

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: VII

SAYI: 1-2

YIL: 2012

**HAZİRAN – 2012
KAYSERİ**

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. İsmail KAYAR

SORUMLU MÜDÜR

İzzet DURGUT

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u> ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 38039 / MELİKGAZİ- KAYSERİ	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 207 66 66 / 38000 <u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62 <u>E-MAIL</u> : hukukdergisi@erciyes.edu.tr
--	--

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

Yayıncı: Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Tic. A.Ş. Sağlık Sok No:21 Sıhhiye/Ankara Tel: 0312 435 30 30 –
Fax: 0312 435 24 72 – www.seckin.com.tr – yayın@seckin.com.tr

Baskı: Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Tic. A.Ş. **Sertifika No:** 12416

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Yayımlanması istenen makalelerin Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
4. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.
5. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden “düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir” şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
6. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
7. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayımlanır.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU*

Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ
Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL
Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN
Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK
Yrd. Doç. Dr. Mete ERDEM
Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL
Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL
Arş. Gör. İsmail ATAMULU

EDİTÖR

Prof. Dr. Murat DOĞAN Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ

* DERGİDEKİ İSİM SİRALAMALARI UNVAN VE SOYADI ESAS ALINARAK YAPILMAKTADIR

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR, Prof. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ, Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN, Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL, Yrd. Doç. Dr. Mete ERDEM, Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK, Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL, Arş. Gör. Hilal AKIL, Arş. Gör. Aslı NANECİ ARICI, Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN, Arş. Gör. İsmail ATAMULU, Arş. Gör. Alpaslan BALCI, Arş. Gör. Fatih BİRTEK, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Ranegül CAMIZ, Arş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER, Arş. Gör. Eylem ÇAKMAZ, Arş. Gör. Eda DEMİRSOY, Arş. Gör. Osman DURAN, Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK, Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY, Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY, Arş. Gör. Musa İYİLER, Arş. Gör. Derya Başak MEDENİ, Arş. Gör. Emine Gülselcen KAFKASYALI, Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĐLU, Arş. Gör. Gülsüm KAYA, Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN, Arş. Gör. Emre KÖROĞLU, Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL, Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR, Arş. Gör. Ebru PEKER , Arş. Gör. Abdulkadir SAKA, Arş. Gör. Şenel SARSIKOĐLU, Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN, Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN, Arş. Gör. Mustafa UYANIK, Arş. Gör. Kürşat YEMENİCİ, Arş. Gör. Hakan YILDIRIM, Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE.

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Recep MAKAS

Bakanlar Kurulu'na Üç Aydan Altı Aya Uzatılan Kısa Çalışma
Dönemi Kıdem Tazminatında Dikkate Alınır mı? (Karar İncelemesi)..... 1

Yrd. Doç. Dr. Mustafa YASAN

İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Teminat Mektuplarında Bankanın Tazmin
Talebini İnceleme Yükümlülüğünün Sınırları.....27

Yrd. Doç. Dr. Ahmet Cemil YILDIRIM

Sözleşme Ekonomisinin Bozulmasıyla İlgili Kuramların Türk
Hukuku'ndaki Uygulamaları ve Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Aşırı
İfa Güçlüğü.....65

Dr. C. Gökhan ERBAŞ LL. M.

Alman İş Hukukunda Fesih Beyanı.....93

Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

Türk Hukukunda Boşanmanın Sebeplerinden Terk (TMK. m. 164).....103

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Hayrettin EREN

Bir İdari İşlem Olarak Kamulaştırma129

Yrd. Doç. Dr. Hasan TÜRKAL

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Türk Gelir Vergisi Tarifesinin Artan Oranlılık Özelliği155

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Son Kanunî Değişiklikler Çerçevesinde Özelge ve Sirkülerin Vergi
Hukukundaki Yeri189

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Zeki YILDIRIM

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Bir Suç Fiili: Aşağılamak.....223

Yrd. Doç. Dr. Mustafa YILMAZ

Eski Vakıf Mallarının Vergi Resim ve Harçtan Muaf Olması243

Arş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER

Yeni Devlet Memurları Kanunu Değişiklikleri Çerçevesinde
“Memur Özlük Sisteminde İdari Başvurular”275

CONTENTS

PRIVATE LAW

Assist. Prof. Dr. Recep MAKAS

Is The Shorttime Working Which Is Extended From Three To Six Months By The Council of Ministers Taken Into Account In The Severance Pay? (Decision Analysis)1

Assist. Prof. Dr. Mustafa YASAN

The Limitations of The Liability to Review The Bank's Indemnity Demand For Letter of Guarantees Payable Upon First Request27

Assist. Prof. Dr. Ahmet Cemil YILDIRIM

Applications of Theories Regarding Supervening Disequilibrium In Contractual Obligations In Turkish Law And Excessive Hardship In The New Code of Obligation65

Dr. C. Gökhan ERBAŞ LL. M.

Notice of Termination According to German Labor Law93

Res. Asst. Emre KÖROĞLU

Divorce Because of Desertion In Turkish Law (Turkish Civil Code Article 164)103

PUBLIC LAW

Doç. Dr. Hayrettin EREN

Expropriation As An Administrative Act129

Assist. Prof. Dr. Hasan TÜRKAL

Assist. Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Progressive Feature of The Turkish Income Tax Tariff155

Assist. Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

The Importance of Advance Ruling And Circulars In Tax Law Under Last Legal Changes189

Assist. Prof. Dr. Mustafa Zeki YILDIRIM

A Malefaction in Turkish Criminal Code Nr. 5237: Humiliation223

Assist. Prof. Dr. Mustafa YILMAZ

The Exemption of Former Foundation Properties From Taxes,
Levies And Charges243

Res. Asst. Aynur CİDECİGİLLER

“Administrative Applications” At Civil Servants Efficiency Record
System, In The Framework of The New Amendments to The Civil
Servants Law275

Özel Hukuk

BAKANLAR KURULU'NCA ÜÇ AYDAN ALTI AYA UZATILAN KISA ÇALIŞMA DÖNEMİ KIDEM TAZMİNATI HESABINDA DİKKATE ALINIR MI? (KARAR İNCELEMESİ)

*Yrd. Doç. Dr. Recep MAKAS**

ÖZET

İşverenler ekonomik kriz dönemlerinde karşılaştıkları ekonomik güçlükleri aşmak için bir takım önlemlere başvururlar. Bu bağlamda işverenler; işçi çıkarma, karşılıklı anlaşmak suretiyle kriz süresince ücretsiz izin uygulaması veya işyerinde çalışma sürelerinin azaltılması yoluna gidebilirler. Kısa çalışma hukukumuzda ilk kez 4857 sayılı İş Kanunu ile girmiştir.

Genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltan veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durduran işveren kanunda öngörülen esaslar çerçevesinde kısa çalışma yaptırabilir.

Kısa çalışma uygulaması sayesinde, işletme riski işçi, işveren ve devlet arasında paylaştırılarak hafifletilmektedir. Bu dönemde işveren kısmen veya tamamen ücret ödemez, işçi ise belli koşulları sağlaması halinde kısa çalışma ödeneği alır. Bu çalışmada, önemli bir uygulama sorunu olarak, ekonomik kriz dönemlerinde Bakanlar Kurulunca kısa çalışma süresinin üç aydan altı aya çıkarılması ve bunun işçinin kıdem tazminatına etkisi incelenecektir.

***Anahtar Kelimeler:** Kısa Çalışma, Kısa Çalışma Ödeneği, Kıdem Tazminatı, 4447 sayılı Kanun Ek m. 2, Yıllık İzin*

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

IS THE SHORTTIME WORKING WHICH IS EXTENDED FROM THREE TO SIX MONTHS BY THE COUNCIL OF MINISTERS TAKEN INTO ACCOUNT IN THE SEVERANCE PAY ?

(DECISION ANALYSIS)

ABSTRACT

To overcome the economic difficulties during the economic crisis employers apply to a number of measures. In this context, employers can dismiss workers, apply unpaid leave by mutual agreement during the crisis or may choose to reduce working hours in the workplace. Shorttime working come into our law with Labour Act No:4857 for the first time.

The employer who temporarily shortens the weekly working time in his establishment or who temporarily suspends work wholly or partially in his establishment due to a general economic crisis or force majeure can make Shorttime working within the framework of the principles prescribed in the law.

With Shorttime working application, business risk alleviated by sharing between employee, employer and government. During this period, the employer does not pay the wage in part or in whole; workers can obtain Shorttime Working Payments in the certain conditions. In this study, as an important application problem, removal of Shorttime Working from three to six months by the Council of Ministers during the economic crisis and its effect to employee severance pay will be examined.

Keywords: *Shorttime Working, Shorttime Working Payments, Severance Pay, Act No:4447 Supplementary Article 2, Annual Leave*

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas Numarası: 2010/50993

Karar Numarası: 2011/27305

Karar Tarihi: 14.07.2011

BAKİYE KIDEM TAZMİNATI ALACAĞI

KISA ÇALIŞMA SÜRELERİNİN ÇALIŞILMIŞ SAYILAN SÜRE KAPSAMINDA KIDEME EKLENMESİ

FİİLİ KISA ÇALIŞMA SÜRESİ

İŞÇİNİN HAKLI NEDENLE DERHAL FESİH HAKKI

YILLIK İZİN BAKIMINDAN ÇALIŞILMIŞ GİBİ SAYILAN SÜRE

4447 s. İşsizlik SK/Ek2, Gç 8

4857 s. İşK/24, 55, 65

ÖZETİ:Dava bakiye kıdem tazminatı talebine ilişkindir. Somut olayda davacı işçinin 22.12.2008-18.06.2009 tarihleri arasında Yasa'ya uygun biçimde 5 ay 27 gün kısa çalışma yaptığı ve kısa çalışma süresinin çalışılmış sayılan süre kapsamında kıdemine eklenmesi gerektiği tartışmasızdır. Dosyada sorun çalışılmış gibi sayılan ve bu nedenle kıdem süresine eklenecek kısa çalışma süresinin Yasa'da ilk olarak belirtilen azami 3 aya kadar ki süre mi, yoksa 5838 sayılı yasanın 1. maddesi ile değiştirilen Geçici 8. maddesinde belirtilen ve 2008, 2009 ve 2010 yıllarında geçerli 6 aylık sürenin mi uygulanacağıdır.

Yasa koyucu 5838 sayılı yasanın 1. maddesi ile yapılan değişiklik ile 2008, 2009 ve 2010 yılları için azami kısa çalışma süresini 3 aydan 6 aya çıkarmıştır. Bu nedenle davacının kıdemine eklenen kısa çalışma yaptığı süre Yasanın Geçici 8. maddesinde 5838 sayılı yasanın 1. maddesi ile yapılan değişiklik kapsamında kaldığından 5 ay 27 günlük fiili kısa çalışma süresinin kıdemine eklenmesine ilişkin Mahkeme kararının Yasa koyucunun iradesine ve Yasaya uygun olduğu açıktır.

DAVA: Temyiz edilmeksizin kesinleşen Sincan 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin İş Mahkemesi sıfatıyla verdiği 24.02.2010 gün ve 2009/444 Esas, 2010/65 sayılı kararının kanun yararına bozulması Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 30.11.2010 gün ve 2010/270441 sayılı tebliğnamesi ile istenilmiş olmakla; Dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar: Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; davacının davalı işyerinde çalışırken 5 ay 27 gün kısa çalışma yaptığını, davacının kıdem tazminatı

hesaplanıp, ödenirken kıdeminin bu süre dikkate alınmadan hesaplandığını iddia ederek bakiye kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılama sonucunda davacının 5 ay 27 gün kısa çalışma yaptığı, bu sürenin çalışılmış sayılan sürelerden olduğu, bu nedenle davacının net 569,80 TL. bakiye kıdem tazminatı hakkının bulunduğu gerekçesi ile taleple bağlı kalınarak 100 TL. kıdem tazminatının kabulüne karar verilmiştir.

Miktar itibarı ile kesin olan iş bu karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı T.C. Adalet Bakanlığı'nın 11.10.2010 gün ve 4023/26682 sayılı talebi üzerine anılan kararın aşağıdaki gerekçelerle kanun yararına bozulmasını talep etmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinde bozma nedeni olarak;

Davacı E. E. vekilinin davalı Erkunt Traktör Sanayi A.Ş.'ne karşı açtığı davada, davacının davalıya ait iş yerinde montaj işçisi olarak çalıştığını, davalının 4447 sayılı Kanuna 5763 sayılı Kanun ile eklenen Ek 2 nci madde ve 5838 sayılı Kanun ile eklenen Geçici 8 nci madde uyarınca Çalışma Bakanlığına yaptığı 22.12.2008 tarihinden itibaren 6 ay süre ile kısa çalışma uygulamasına geçilmesine ilişkin talebin kabulü üzerine, iş yerinde kısa çalışma uygulamasına geçildiğini, bu sürenin sonunda davalı işverenin 18.06.2009 tarihinde bildirimde bulunmak suretiyle davacının işine son verdiğini belirterek, 6 aylık kısa çalışma süresinin kıdem tazminatı hesabına dahil edilmemesi nedeniyle fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla eksik ödenen 100,00- TL'nin en yüksek banka mevduat faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini istediği, 20.01.2010 tarihinde davayı ıslah ederek alacağı 569, 80 TL'ye yükselttiği mahkemece davanın kabulüne karar verildiği, hükmün kesin olduğu anlaşılmıştır.

Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği önce 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 65'inci maddesinde düzenlenmiş olup, daha sonra söz konusu madde İş Kanunu'ndan çıkarılarak 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanununun 18 nci maddesi hükmü gereğince 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Ek 2 nci maddesine taşınmıştır.

4447 sayılı Kanunun Ek 2.nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, kısa çalışma süresi, zorlayıcı sebebin devamı süresini ve her halde üç ayı aşamayacaktır.

Ancak, ülkemizin de karşı karşıya kaldığı ekonomik krizden dolayı alınan tedbirler kapsamında 4447 sayılı Kanuna 5838 sayılı Kanunun 1 nci

maddesi ile eklenen Geçici 8 nci madde hükmü gereğince bu üç aylık süre Bakanlar Kuruluna tanınan yetki doğrultusunda önce altı aya çıkarılmış, daha sonra bir altı ay daha uzatılmıştır.

Dava konusu uyuşmazlığı oluşturan kıdem tazminatın esas sürenin hesabına kısa çalışma döneminin eklenip eklenmeyeceği hususunda kanunda açıklık bulunmamaktadır. Ancak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16.11.1983 tarihli ve Esas: 1981/9-1067, K: 1983/1169 sayılı kararında; kıdeme esas hizmet süresinin tespitinde 4857 sayılı İş Kanununun 55 nci maddesindeki düzenlemenin dikkate alınması gerektiği (o tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı Kanunun 51 nci maddesi) belirtilmektedir.

4857 sayılı İş Kanununun 55 nci maddesinin (j) bendinde; İşveren tarafından verilen diğer izinler ile 65 nci maddedeki kısa çalışma süreleri yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış, süreler arasında sayılmıştır.

Diğer taraftan, kısa çalışma süresi 4447 sayılı Kanunun Ek 2 nci maddesinde azami üç ay olarak belirlenmiş iken, Ülkenin ekonomik yönden karşı karşıya kaldığı olumsuz şartlar nedeniyle bu sürenin altı aya çıkarılması ve akabinde altı ay daha uzatılması nedeniyle, kısa çalışma süresinin yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınacağı yönündeki maddede azami olarak belirlenen üç aylık sürenin esas alınması gerektiği, bu sürenin üstündeki kısa çalışma süresinin hesaplama dahil edilmemesinin hakkaniyete uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Mahkemece, davacının kısa çalışma yaptığı toplam 5 ay 27 günlük süre üzerinden hesaplama yapılarak kıdem tazminatına hükmedildiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan husus da yasal boşluk bulunması ve uygulama birliğinin sağlanabilmesi amacıyla, kısa çalışma süresinin üç ayının kıdem tazminatına esas olmak üzere hesaplanması, üç ayın üzerinde geçen sürenin hesaplama dahil edilmemesi gerekirken, 5 ay 27 günlük süre esas alınarak yapılan hesaplama ile fazla kıdem tazminatına hükmedilmesi doğru bulunmadığı gerekçesi ile hükmün HUMK'nın 427/6. maddesi uyarınca kanun yararına bozulmasını talep etmiştir.

Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nu Ek 2. maddesi ile düzenlenmiş olup,

Maddede “Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işveren; genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltması veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durdurması halinde, durumu derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumu'na, varsa

toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Talebin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirlenir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle iş yerinde geçici olarak en az dört hafta işin durması veya kısa çalışma hallerinde işçilere çalıştırılmadıkları süre için işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği ödenir. Kısa çalışma süresi, zorlayıcı sebebin devamı süresini ve herhalde 3 ayı geçemez, işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için çalışma süreleri ve işsizlik sigortası primi ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanma şartlarını yerine getirmesi gerekir.

Günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, işsizlik ödeneği miktarı kadardır. Kısa çalışma ödeneğinden yararlananlara ait sigorta primlerinin aktarılması ve sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkin işlemler 506 sayılı Kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde yürütülür. Kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği sigortasından düşülür.

Zorlayıcı sebeplerle işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durması halinde, kısa çalışma ödeneği ödemeleri 4857 sayılı Kanunun 24. maddesinin 3 nolu bendinde ve aynı Kanunun 40. maddesinde öngörülen bir haftalık süreden başlar.’’ hükmü getirilmiştir.

Yasanın Geçici 8. maddesinde 5838 sayılı yasanın 1. maddesi ile değişiklik yapılarak‘‘..2008, 2009 ve 2010 yıllarında kısa çalışma için yapılan başvurulara münhasır olmak üzere’’ Ek 2. maddenin ikinci fıkrasında kısa çalışma için öngörülen azami 3 aylık sürenin 6 ay olarak uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Üçüncü fıkrasında öngörülen kısa çalışma ödeneği miktarı %50 oranında artırılarak ödenir ve kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler, başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülmez. Bu maddenin yayımı tarihinden önce uygunluk tespiti yapılan kısa çalışma başvurularında süre işverenin talebi halinde aynı şartlarla ve bu maddede öngörülen sureyi aşmamak kaydıyla uzatılır. Süreyi 6 ay daha uzatmaya Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu ayrıca bu dönemde kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemelerin başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşüleceği belirtilmiştir.

Somut olayda davacı işçinin 22.12.2008-18.06.2009 tarihleri arasında Yasa'ya uygun biçimde 5 ay 27 gün kısa çalışma yaptığı ve kısa çalışma süresinin çalışılmış sayılan süre kapsamında kıdemine eklenmesi gerektiği tartışmasızdır.

Dosyada sorun çalışılmış gibi sayılan ve bu nedenle kıdem süresine eklenecek kısa çalışma süresinin Yasa'da ilk olarak belirtilen azami 3 aya kadar

ki süre mi, yoksa 5838 sayılı yasanın 1. maddesi ile değiştirilen Geçici 8. maddesinde belirtilen ve 2008, 2009 ve 2010 yıllarında geçerli 6 aylık sürenin mi uygulanacağıdır.

Yasa koyucu 5838 sayılı yasanın 1. maddesi ile yapılan değişiklik ile 2008, 2009 ve 2010 yılları için azami kısa çalışma süresini 3 aydan 6 aya çıkarmıştır.

Bu nedenle davacının kıdemine eklenen kısa çalışma yaptığı süre Yasanın Geçici 8. maddesinde 5838 sayılı yasanın 1. maddesi ile yapılan değişiklik kapsamında kaldığından 5 ay 27 günlük fiili kısa çalışma süresinin kıdemine eklenmesine ilişkin Mahkeme kararının Yasa koyucunun iradesine ve Yasaya uygun olduğu açıktır.

Sonuç: Mahkeme kararının Yasaya uygun olduğu anlaşıldığından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma talebinin REDDİNE, 14.07.2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

İş Kanunu 55 uyarınca “...65 inci maddedeki kısa çalışma süreleri” çalışılmış gibi sayılan hallerdendir (j bendi). Bilindiği gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği yani bu bendin düzenlendiği tarihte aynı Kanun'un 65. maddesine göre kısa çalışma süresi azami 3 aydı. Kısa çalışma müessesesinin 5763 sayılı Kanun'la İşsizlik Sigortası Kanunu bünyesine (ek 2. madde) aktarılmasında da bu süre korunmuştur. 18.02.2009 tarihinde kabul edilen 5838 sayılı Kanun'un 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklediği Geçici 8. madde ile “2008, 2009 ve 2010 yıllarında kısa çalışma için yapılan başvurulara münhasır olmak üzere, Ek 2 nci maddenin ikinci fıkrasında kısa çalışma için öngörülen azami üç aylık sürenin altı ay olarak uygulanması” kabul edilmiş ve ayrıca öngörülen ödenek miktarı aynı kalmak kaydıyla, kısa çalışma süresini altı ay daha uzatmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Nitekim kısa çalışma süresi Bakanlar Kurulu'nca 6 ay daha uzatılmıştır. Somut uyuşmazlıkta çözülmesi gereken mesele, kısa çalışmanın hangi süreye göre çalışılmış sayılıp kıdeme dahil edileceği noktasındadır.

Yasa koyucunun iradesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlemeye gidildiği esnada, kısa çalışma süresinin 3 ay olmasına dayanmaktadır ve süre 65. maddede azami 3 ayla sınırlı tutulmuş iken bu sürenin fiilen çalışılmış gibi sayılması benimsenmiştir. O itibarla davacının 5 ay 27 günlük kısa çalışma ödeneği aldığı sürenin 3 aylık kısmın kıdeme dahil edilebileceği değerlendirilmektedir. Esasen işyerinde faaliyetin tamamen durduğu hallerde kısa çalışma uygulaması, işçinin fiilen çalışmaması ve işverenin ücret ödememesi yönüyle bir nevi askı dönemidir. Ancak bu sürede krizin etkileri altındaki işletmenin varlığı ve iş ilişkilerinin yürürlüğü sürdürülürken, işçinin gelirin-

den mahrum kalmaması için menfaatler arasındaki denge kısa çalışma ödeneği ile sağlanmakta ve işverence ücret ödenmesi yerine ödenek ikame edilmektedir. Akdin askıya alındığı sürelerin kural olarak kıdemden dışlanması gerektiği yönündeki yerleşik içtihatlar da dikkate alındığında, 55. maddenin bir gereği olarak azami 3 aylık sürenin fiilen çalışılmış gibi sayılabileceği ancak sonraki düzenlemeyle geçici olarak 6 aya çıkan ve hatta Bakanlar Kurulu kararı ile 6 ay daha uzatılan sürenin genişletici bir yorumla topyekûn kıdeme dahil edilmesinin isabetli olmayacağı, 2003 yılında İş Kanunu'nun 55. maddesinde kısa çalışma süreleri fiilen çalışılmış gibi sayılırken, kısa çalışma süresi 6 ay ve daha sonra Bakanlar Kurulu kararıyla uzatılan 6 aylık sürenin ilavesi ile 1 yıla ulaşabilecek bir nitelikte olsa idi yine bu sürenin tümüyle fiilen çalışılmış olarak kabul edilebileceğine dair bir faraziyeden de söz edilemeyeceği görüşündeyim. Kaldı ki, 5838 sayılı Kanun'la eklenen hüküm geçici bir madde olup, sadece sayılan yıllardaki kısa çalışma uygulamalarını ele almaktadır. Müessesenin esası yine kısa çalışma süresinin 3 ayla sınırlı olmasıdır. Açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesi uyarınca kanun yararına bozulması gerektiğinden sayın çoğunluğun aksi yönde oluşan kararına katılamıyorum. 14.07.2001

www.legalbank.net

KARARIN İNCELENMESİ

I. Hukuksal Uyuşmazlık ve Yüksek Mahkemece Benimsenen Çözüm

İnceleme konusu yaptığımız karara konu olayda, davalı işyerinde davacının çalıştığı dönemde kısa çalışma uygulamasına gidilmiş, davacı 5 ay 27 gün süreyle kısa çalışma yaptıktan sonra işveren tarafından iş sözleşmesi süreli fesih bildirimini ile sonlandırılmıştır. Ancak işveren davacı işçinin kıdem tazminatını hesaplarken kısa çalışma yapılan süreyi dikkate almamıştır. Bunun üzerine davacı işçi kısa çalışma yapılan sürenin de dikkate alınarak kıdem tazminatının hesaplanması gerektiğini iddia ederek bakiye kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur.

İlk derece mahkemesi talep doğrultusunda, davacı işçinin 5 ay 27 gün kısa çalışma yaptığı, bu sürenin çalışılmış sayılan sürelerden olduğu, bakiye kıdem tazminatı hakkının bulunduğu gerekçesi ile bakiye kıdem tazminatının kabulüne karar vermiştir. Miktar itibarı ile kesin olan ilk derece mahkemesi kararı temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

T.C. Adalet Bakanlığının talebi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı anılan kararın kanun yararına bozulmasını istemiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinde kanun yararına bozma gerekçesi olarak;

- kıdem tazminatına esas sürenin hesabına kısa çalışma döneminin eklenip eklenmeyeceği hususunda yasal boşluk olduğu,

- kısa çalışma süresinin 4447 sayılı Kanunla (Ek m. 2) azami olarak üç ay süreli belirlendiği, ancak ülkenin ekonomik yönden karşı karşıya bulunduğu olumsuzluklar sebebiyle sürenin ilk olarak altı aya çıkarıldığı ve akabinde altı ay daha uzatılması sebebiyle, kısa çalışma döneminin yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınacağı yönündeki maddede azami olarak belirlenen üç aylık sürenin esas alınması gerektiği, bu sürenin üstündeki kısa çalışma süresinin hesaplama dahil edilmemesinin hakkaniyete uygun olacağını belirtmiştir.

Yerel mahkeme kararının kanun yararına temyizi üzerine, Yargıtay kanun yararına bozma talebini reddetmiştir. Yargıtay, yasaya uygun olarak yapılan kısa çalışma süresinin çalışılmış sayılan süre kapsamında işçinin kıdemine eklenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay'a göre, yasal düzenlemeyle 2008, 2009 ve 2010 yılları için azami kısa çalışma süresi 3 aydan 6 aya çıkartılmış olup, davacı işçinin kısa çalışma yaptığı süre yasal değişiklik kapsamında kaldığından 5 ay 27 günlük fiili kısa çalışma süresinin işçinin kıdemine eklenmesine ilişkin Mahkeme kararı Yasa koyucunun iradesine ve Yasaya uygundur. Karar oy çokluğu ile alınmıştır.

II. Çözülmesi Gereken Hukuksal Sorun

İncelenen kararın konusunu oluşturan somut olayda, davacı işçinin kıdem tazminatı hesaplanırken çalışılmış gibi sayılan ve bu nedenle kıdem süresine eklenecek kısa çalışma süresinin 4857 sayılı İş Kanununun 65. maddesinde (daha sonra 4447 sayılı Kanun Ek m. 2' de) düzenlenen azami 3 aya kadar olan sürenin mi, yoksa 4447 sayılı Kanunun Geçici 8. maddesi ile 2008, 2009 ve 2010 yıllarında geçerli olacağı öngörülen 6 aylık sürenin mi esas alınması gerektiği noktasında hukuki sorun ortaya çıkmış bulunmaktadır.

III. Genel Olarak Kısa Çalışma Uygulaması

Ekonomik kriz dönemlerinde işletmeler içine düştükleri zor durumdan çıkmak amacıyla işçi çıkarma yoluna başvurabildikleri gibi, personelini çıkarmak istemeyen işverenler çalışma sürelerini azaltmak suretiyle bir yandan stoklarını eritme diğer yandan işçi ücretlerini düşürerek maliyetleri azaltma yolunu tercih edebilmektedirler¹. Özellikle işçi sendikaları ile işverenlerin karşılıklı anlaşmalar yoluyla kısa süreli çalışmalar ve ücretsiz izin uygulama-

¹ N. Caniklioğlu, 4857 sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 499

ları² sonucunda bir yandan toplu işçi çıkarımının önüne geçmeye diğer yandan işletmelerin faaliyetlerinin devamı sağlanmaya çalışılmaktadır³. Bunun sonucunda toplu işçi çıkarmaların işletmelere getireceği çok ciddi mali yüklerin önüne geçilebildiği gibi, bu tür işçi çıkarmaların sebep olacağı sosyal sorunlar engellenebilmekte⁴ ve iş ilişkisinin sürekliliği sağlanabilmektedir⁵. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu m. 65 gerekçesinde, “*özellikle genel ekonomik krizlerde ve zorlayıcı sebeplerle çalışma hayatında sıkça görülen işçilerin ücretsiz izne çıkarılması durumunda, işçilere sınırlı da olsa bir gelir güvencesi sağlamak amacıyla, kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği kavramları*”nın getirildiği ifade edilmektedir.

Şüphesiz iş ilişkisinde sürekliliğin sağlanması sadece işçi lehine bir sonuç olmayıp aynı zamanda işverenin de yararındır. Zira işveren de kısa çalışma uygulaması sonucunda nitelikli işçilerini kaybetmediğinden kriz sonrası üretime çok daha kolay ve hızlı geçebilecektir⁶.

Kısa çalışma kurumu hukukumuzda ilk kez 4857 sayılı İş Kanununun 65. maddesiyle girmiştir. Ancak kısa çalışmaya ilişkin 65. madde 5763 sayılı Kanunla⁷ yürürlükten kaldırılarak 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanuna eklenen Ek 2. maddede yeniden düzenlenmiştir. Hemen belirtelim ki bu konuda atılan adım isabetli olmuştur⁸. Gerçekten, yapılan değişiklik sonrasında 4857

² Ülkemizde öteden beri uygulanmakta olan tarafların anlaşmasına veya işverenin tek taraflı tasarrufuna dayalı ücretsiz izin uygulamaları bir çok hukuki soruna sebep olabilmekteydi, E. Akyigit, Kısa Çalışma, Tühis, Ağustos-Kasım 2004, 1

³ F. Demir, **Kısa Çalışmalar ve İş Sözleşmeleri Üzerine Etkileri**, Legal İSGHD, S. 22, Nisan - Mayıs - Haziran 2009, 542

⁴ S. Süzek, İş Akdinin Türleri, Mercek, Yıl 6, S. 22, 2001, 29; S. Başterzi, Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD, C. 54, S. 3, Ankara 2006, 66

⁵ M. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi’nce Yayınlanan "30. Yıl Armağanı", Ankara 2006, 441

⁶ Başterzi, 66; A. Karaca, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması, Sicil İHD, S. 14, Haziran 2009, 116

⁷ RG. 26. 5. 2008, 26887

⁸ Ö. Ekmekçi, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar, Sicil İHD, S. 14, Haziran 2009, 47; Farklı Bir Yaklaşım İçin Bkz. M. Astarlı, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, 352. Yazara göre, işin düzenlenmesi bağlamında kısa çalışma ve şartlarının İş Kanununda, kısa çalışma ödeneği ve şartlarının ise 4447 sayılı Kanunda düzenlenmeliydi, 352

sayılı İş Kanunu yanında, diğer iş kanunları ve Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçiler de kısa çalışma uygulamasından yararlanabileceklerdir.

Kısa çalışmanın temelinde genel ekonomik kriz dönemlerinde veya zorlayıcı nedenler sonucu işletmenin karşı karşıya kaldığı ekonomik güçlüklerin işçi, işveren ve devlet üçgeninde oluşturulan sistemle aşılması yatmaktadır⁹. Kısa çalışma uygulaması sonucunda işçi kısmen de olsa gelir güvencesine sahip olmakta, işini kaybetme riskini bertaraf etmesi açısından önemli yararlar sağlamaktadır. Öte yandan işverenin işletme riskini tek başına değil de işçi ve devletin katılımı ile üstlenmek suretiyle hafifletmesi bakımından kısa çalışma son derece önem taşımaktadır. Ayrıca işverenin haklı ya da geçerli nedenlerle fesih yoluna gitmesini engellemesi sebebiyle işsizlik sigortası harcamalarını da azaltmaktadır¹⁰.

İşletmede zaman zaman ortaya çıkan risklere katlanma yükümlülüğü esas itibariyle işverene aittir. Ancak genel ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenler sonucu kısa çalışma yapılması halinde işçilerin alacağı kısa çalışma ödeneği normal zamanda aldıkları ücretlerinden düşük olacağından işletme riski bu durumlarda belli ölçüde işçiye yüklenmektedir¹¹. Diğer ifadeyle, işverene ait olan işletme risklerinin kısa çalışma uygulaması ile işçi, işveren ve devlet arasında paylaştırılarak¹² paydaşlar arasında dengenin sağlanması ve daha hafif şekilde atlatılması mümkün olabilmektedir.

IV. Kısa çalışma kavramı

Kısa çalışma kanunda belirtilen koşullar altında ve işçinin rızasına gerek duyulmaksızın geçici olarak çalışma süresinin önemli ölçüde azaltıldığı veya işin tamamen tatil edildiği, buna karşılık işçinin azalan veya tümüyle kesilen ücretini kısmen ikame etmek üzere İşsizlik Sigortası Fonundan ödeneğin öngörüldüğü bir çalışma biçimi olarak tanımlanmaktadır¹³. Bu tanımlamada işçinin rızasına gerek olmadığı ifade edilmekte olup¹⁴, bununla kastedilen işverenin işyerinde kısa çalışma uygulamasına geçebilmesi için işçi-

⁹ N. Caniklioğlu, 6111 sayılı Kanunla İşsizlik Sigortası Kanununda Yapılan Değişiklikler, Toprak İşveren, S. 89, Mart 2011, 12

¹⁰ Caniklioğlu, 546

¹¹ Başterzi, 72; Caniklioğlu, 6111 sayılı Kanun, 13

¹² U. Aydın, Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler, Sicil İHD, S. 13, Mart 2009, 30

¹³ Caniklioğlu, 503

¹⁴ Karş. Ekmekçi, 47. Yazara göre kısa çalışma uygulaması yapılabilmesi işçinin rızasına bağlıdır, 47

nin oluruna ihtiyaç duymaması ise doğrudur. Ancak işçinin, çalıştığı işyerinde uygulamaya konulan kısa çalışmaya katılmaya ve iş ilişkisini sürdürmeye zorlanamayacağı kanaatindeyiz.

4857 sayılı İş Kanunu sonrasında pek fazla başvurulmayan kısa çalışma uygulaması, 2008 yılında ekonomik krizin işletmeleri ciddi şekilde olumsuz yönde etkilemesi, 5763 sayılı Kanunla düzenlenen Ek2. maddenin öncesine kıyasla daha pratik bir prosedürü öngörmesi ve uygulamada iş müfettişlerinin işletmelerin genel ekonomik krizden etkilenip etkilenmediklerini tespit ederken daha esnek davranmaları sonucunda yaygınlaşmıştır¹⁵.

Kısa çalışma uygulaması işyerinde geçici olarak işin tamamen veya kısmen tatil edilmesi şeklinde olabileceği gibi, çalışma sürelerinin önemli ölçüde azaltılması biçiminde de olabilmektedir. İşte azaltılmış çalışma süreleri uygulamasında kısa çalışma kısmi süreli çalışmaya benzemekte, her ikisinde de işçinin normal çalışma süresinden daha az süreyle çalışması sözkonusu olmaktadır¹⁶. Bu iki çalışma biçimi arasındaki en temel farklılık ise kısa süreli çalışma devamlılık niteliğine sahipken, kısa çalışmanın geçici bir uygulama olmasıdır¹⁷.

V. Kısa çalışma nedenleri

Kısa çalışma yapılabilmesi Kanunda sınırlı sayıda belirtilen nedenlerin varlığı halinde mümkündür. 4447 sayılı Kanuna göre; “Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir.

Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işveren, kısa çalışma talebini, derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Talebin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar, ilgili kurum ve kuruluşların da görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir” (6111 sayılı Kanunla değişik Ek m. 2). Görüldüğü üzere, işverenin kısa çalışma yaptırabilmesi ancak genel ekonomik kriz (sektörel ya da bölgesel de olabilir) veya zorlayıcı nedenlerin varlığı halinde kanunda belirtilen koşullarla mümkün olabilecektir.

1. Genel Ekonomik Kriz

¹⁵ Caniklioğlu, 6111 sayılı Kanun, 13; Aydın, 30, 38

¹⁶ S. Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, 743

¹⁷ Süzek, 743; Akyiğit, Kısa Çalışma, 3; Caniklioğlu, 503; Başterzi, 64

Kısa çalışmanın ilk düzenlendiği 4857 sayılı İş Kanununun 65. maddesinde olduğu gibi, bu düzenlemenin taşındığı 4447 sayılı Kanunun Ek 2. maddesinin ilk şeklinde kısa çalışma nedenlerinden olan ekonomik krizin isabetsiz olarak bütün ülkeyi etkisi altına alan “genel” nitelikte olması şartı aranmış ve bu husus öğretilerde eleştiri konusu olmuştu¹⁸. 4447 sayılı Kanununun 6111 sayılı Kanunla değişiklik Ek 2. maddesine dayanılarak çıkarılan “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik”te¹⁹ genel ekonomik kriz, “*Ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumlar*” (m. 3/1, c) olarak tanımlanmıştır. 6111 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle esasen öğretilerde varılan sonuca uygun olarak²⁰, krizin “genel ekonomik kriz” şeklinde olması hususu esnetilerek, sektörel veya bölgesel kriz durumunda da kısa çalışma yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Yapılan değişikliğin isabetli olduğunda kuşku yoktur.

2. Zorlayıcı Neden

İşyerinde kısa çalışma yapılabilmemesine imkan sağlayan nedenlerden ikincisi zorlayıcı nedenlerdir. Zorlayıcı neden, önceden öngörülemeyen, kaçınılmayan ve dıştan gelen olaylardır²¹. Zorlayıcı nedenler; *doğal afetler*

¹⁸ F. Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005, 159; S. Ocak, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008, 115; A. Hekimler, Avrupa Hukuku Işığında Türkiye’de Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Yeni Hükümler, Çimento İşveren, S. 2, C. 18, Mart 2004, 22. Ancak öğretilerde genel ekonomik kriz kavramının tüm ülkeyi etkileyen bir kriz şeklinde anlamayı mümkün kıldığı belirtilmekle beraber, bu şekilde bir daraltmanın hükmün amacına çok da uygun olmadığı, bu nedenle ülkedeki tüm sektörleri etkileyen bir kriz anlamında yorumlanmaması gerektiği, aksi halde kavramın içeriğini ve varlığını son derece tartışmalı hale getirebileceği ifade edilmiştir, Ekmekçi, 48-49. Benzer şekilde ülke ekonomisini ve işyerini önemli ölçüde etkileyen sektörel krizlerin varlığı halinde kısa çalışma yapılabileceği görüşü için bkz. Başterzi, 68

¹⁹ RG. 30. 4. 2011, 27920

²⁰ Akyiğit, Kısa Çalışma, 6; Caniklioğlu, 507; Süzek, 744; Ekmekçi, 48-49; Başterzi, 68; Hekimler, 22

²¹ N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Baskı, İstanbul 2011, 268; Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, 348; E. Akyiğit, İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2008, 205

(deprem, toprak kayması, sel baskını, çığ), *teknik sebepler* (yangın, kaza, arıza gibi) veya *hukuki sebepler* sonucu ortaya çıkmış olabilir²².

Kısa çalışmaya ilişkin yönetmeliğe göre zorlayıcı nedenler; “İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenler”dir (m. 3/1-f). Önemle belirtelim ki, zorlayıcı nedenler burada sayılanlarla sınırlı olmayıp bu nitelikteki başkaca sebeplerle de kısa çalışma yoluna gidilebilir²³. Öte yandan, nakit darlığı, ödeme güçlüğü, stok fazlalığı veya pazar daralması/kaybı gibi işyerine özgü olumsuzluklar zorlayıcı neden sayılmaz²⁴.

Kısa çalışma uygulamasına gidilebilmesi için ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlerle işyerindeki haftalık çalışma süresinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması gerekir (Ek m. 2/I). Kanundaki “önemli ölçüde azaltılması” ifadesi yönetmelikte en az üçte bir oranında azaltılması şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur (m. 3/1, ç).

Kısa çalışma uygulamasında haftalık çalışma süresinin azaltılması veya işyerinde faaliyetin kısmen ya da tamamen durdurulmasının geçici nitelikte olması gerekir. Bu sebeple çalışma sürelerinin azaltılması sürekli nitelikte ise bu durum çalışma koşullarında esaslı değişiklik olup ancak tarafların anlaşması ile olabilirse de kısa çalışmadan söz edilemeyeceğinden, işçiye kısa çalışma ödeneği verilmesi mümkün değildir. Öte yandan faaliyetin sürekli tatil edilmesi halinde, iş sözleşmesi sona ereceğinden kısa çalışma ödeneği değil, koşulları varsa sigortalı, işsizlik ödeneğinden yararlanabilir²⁵.

VI. Kısa Çalışma Talebi ve Uygun Bulunması

İşyerinde kısa çalışma yaptırmak isteyen işveren, kısa çalışma talebini, derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir (Ek m. 2/II). Yapılacak bildirim ile kısa çalışma uygulamasında sosyal diyalog ve katılım mekanizmasının oluştu-

²² Çelik, 268

²³ Caniklioğlu, 509

²⁴ Akyiğit, Kısa Çalışma, 6; Nitekim yönetmelikte, nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması veya stok artışı gibi sebeplere dayalı olarak yapılan başvuruların reddedileceği hüküm altına alınmıştır (m. 5/3).

²⁵ Caniklioğlu, 510-511

rulmaya çalışıldığı söylenebilir²⁶. Yasada öngörülen bildirim yükümlülüğü şekli bir zorunluluk olup sendikanın olurunun alınması veya sendikayla müzakere edilmesi sözkonusu değildir²⁷. Öte yandan 2004 tarihli kısa çalışmaya ilişkin yönetmelikte (mülga) kısa çalışma uygulamasına giden (işyerinde çalışma sürelerini önemli ölçüde azaltan ya da faaliyeti kısmen veya tamamen tatil eden) işveren bildirimde bulunma zorunda idi. Yapılan isabetli düzenleme ile, artık işveren kısa çalışma uygulamasına başlamadan önce resmi makamlara başvurma ve talebin uygun bulunması halinde kısa çalışma yaptırabilecektir. Sendikaya bildirim ve işyerinde ilan yükümlülüğü de yine uygunluk tespiti sonrasına bırakılmıştır (Yön. m. 5/4).

Ekonomik kriz sebebiyle kısa çalışma uygulamasına gidilebilmesi için bu krizin varlığına yönelik kurumca karar alınması gerekir. Buna göre; Genel ekonomik, sektörel ya da bölgesel krizin varlığı, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi veya bu yönde kuvvetli emarenin bulunması halinde, Türkiye İş Kurumu Yönetim Kurulunca²⁸ karara bağlanır (Yön. m. 5/2). Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı tarafından ekonomik krize yönelik açıklık getirilmesi yerine, ekonomik ve siyasi yönden daha az riskli olan Türkiye İş Kurumu Yönetim Kurulu tarafından bu yönde karar verilmesinin benimsenmiş olması isabetlidir. Ekonomik krizin varlığını, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının birlikte iddia etmesi aranmamalı²⁹, her iki kesim konfederasyonlarınca bunun ileri sürülmesi mümkün olabileceği gibi, ekonomik kriz konusunda apaçık belirtilerin olması halinde talep olmadan da konuya ilişkin karar alınabilir.

Önemle belirtmek gerekir ki kurumca alınacak karar belli bir işyerine yönelik olmayıp genel ve işyerlerinden soyut bir nitelik taşıyacaktır. İşyerine yönelik somut tespit ancak uygunluk denetimi sırasında yapılabilecektir³⁰.

²⁶ **Başterzi**, 70

²⁷ **Aydın**, 32; **Caniklioğlu**, 512

²⁸ 2009 tarihli mülga Kısa Çalışma Yönetmeliğinde, konu hakkında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının duruma açıklık getireceği öngörülmüştü. “Açıklık getirir” şeklindeki ifade öğretide muğlak bulunmakla birlikte, önemli konumlarda olan kişilerin çok net olarak ülke ekonomisinin sarsıldığını belirtmelerinin çok ciddi ekonomik hatta siyasi sonuçları olabileceği ve bu nedenle daha az anlaşılır olmakla beraber daha esnek ifadenin kullanılmış olmasının yadrganmaması gerektiği ifade edilmiştir, **Ekmekçi**, 49; **Aydın**, 33

²⁹ **Akyiğit**, Kısa Çalışma, 8

³⁰ **Akyiğit**, Kısa Çalışma, 8; **Ekmekçi**, 49

Kurumca ekonomik krize ilişkin karar alınmadan yapılan başvurular, Kurum tarafından reddedilir (Yön. m. 5/3).

Ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlerle yapılan başvuruların uygunluk tespiti, Kurum yetkililerince ivedilikle yapılır. İnceleme sonucu, Kurum tarafından işverene bildirilir. Bildirim üzerine işveren durumu, işyerinde işçilerin görebileceği bir yerde ilan eder ve varsa taraf işçi sendikasına bildirir. İlan yoluyla işçilere duyuru yapılamadığı durumlarda, kısa çalışmaya tabi işçilere yazılı bildirim yapılır (Yön. m. 5/4).

İşyerinde uygunluk tespiti yapılırken; üretimde ortaya çıkan artış-azalış miktarı, satılan mal miktarı ve cirosu, üretim sonucu oluşan stok durumu, alınan ve iptal edilen siparişler, işletmenin alacak ve borç durumu, işçi sayısında ve üretim maliyetindeki değişiklikler³¹ ve benzeri hususlar değerlendirilmek suretiyle somut olarak işyerinin olumsuz etkilenip etkilenmediği belirlenir.

Kısa çalışma talebine Bakanlıkça olumsuz cevap verilmesi halinde, buna karşı yargısal denetim harekete geçirilebilir. Zira idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır (AY m. 125). Bakanlık kararına karşı görevli mahkemenin tespiti önem taşımaktadır. Kısa çalışmanın ilk düzenlendiği 4857 sayılı İş Kanununun 65. maddesinde konuya ilişkin açık düzenleme mevcut değildi. Ancak madde gerekçesinde kısa çalışma nedenleri ve uygulaması konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmişti. 65. madde bağlamında, kısa çalışma talebinin Bakanlıkça reddi halinde idare mahkemesinin görevli sayılması gerektiği öğretide savunulduğu gibi³², iş mahkemesinin görevli olduğu da ifade edilmişti³³.

Daha önce de belirtildiği gibi, kısa çalışmaya ilişkin düzenleme 4447 sayılı Kanunun Ek 2. maddesine taşınmıştır. Dolayısıyla konunun 4447 sayılı Kanun bakımından değerlendirilmesi gerekir. Öğretide kısa çalışma kurumunun İşsizlik Sigortası Kanununda düzenlenmiş olması dolayısıyla, Bakanlıkça yapılan işlem aleyhine iş mahkemesine gidilebileceği belirtil-

³¹ Karaca, 118

³² Ayrıntı İçin Bkz. Akyiğit, Kısa Çalışma, 18; Ocak, 409

³³ H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara 2005, 714; Caniklioğlu, 517. Yazara göre, gerekçeler kanun metni sayılmamakla beraber, kanun koyucunun iradesinin araştırılmasında yol gösterici olup, bakanlığın kısa çalışma kararına karşı açılan davalarda özel ihtisas mahkemesi olan iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmelidir, 517 ; Baştzerzi, 70

mektedir³⁴. Ancak 4447 sayılı Kanunda görevli yargı yerine ilişkin düzenleme mevcut değildir. İşverenin talebinin reddi halinde uyuşmazlık işverenle Bakanlık arasında ortaya çıkar. Mahkemelerin görev alanına ilişkin hususlar kamu düzenine ilişkin olduğundan³⁵ bu konuda iş mahkemelerinin görevli olduğunun kabul edilebilmesi için kanunda açıkça düzenleme olmalıdır³⁶. Bu nedenle bakanlığın idari nitelikteki red kararına karşı idare mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmelidir. Ancak olması gereken hukuk bakımından, kısa çalışma kurumunun mevzuat bakımından olmasa bile teorik olarak işin düzenlenmesi kapsamında yer alması dolayısıyla iş hukuku ile bağlantısı, öte yandan işsizlik sigortası kapsamında düzenlenmesi sebebiyle sosyal güvenlik hukuku ile bağlantısı dikkate alındığında, kısa çalışmaya ilişkin tüm hususlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların bu alanda ihtisas mahkemesi olan iş mahkemesinde görülmesi esaslı açıkça düzenlenmelidir.

VII. Yararlanma Süresi

Kısa çalışma ödeneğinden yararlanmanın azami süresi 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle yine üç ay olarak kabul edilmiştir (Ek m. 2/I). Ancak 5838 sayılı Kanunla³⁷ 4447 sayılı Kanuna eklenen Geçici 8 madde ile; 2008, 2009 ve 2010³⁸ yıllarında kısa çalışma için yapılan başvurulara münhasır olmak üzere, kısa çalışma için öngörülen azami üç aylık sürenin, altı ay olarak uygulanacağı, kanunun yayımı tarihinden (28.2.2009) önce uygunluk tespiti yapılan kısa çalışma başvurularında süre, işverenin talebi halinde aynı şartlarla ve bu maddede öngörülen süreyi aşmamak kaydıyla uzatılacağı, yine altı aylık süreyi yeniden altı ay daha uzatmaya Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır. Yapılan geçici nitelikteki bu düzenleme ile, ilk altı aylık sürede yapılan kısa çalışma ödeneğinin, işsizlik ödeneği süresinden düşülmemesi benimsenmişken, sürenin Bakanlar

³⁴ C. Tuncay / Ö. Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, 401; Aydın, 35

³⁵ Ocak, 410

³⁶ Nitekim 5510 sayılı Yasada açıkça; bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelelerinde görüleceği (m. 101) öngörülmüştür.

³⁷ RG. 28. 2. 2009, 27155 (Mükerrer)

³⁸ 28.1.2010 tarihli ve 5951 sayılı Kanununun 6 ncı maddesiyle geçici 8. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "2008 ve 2009" ibaresi "2008, 2009 ve 2010" şeklinde değiştirilmiştir.

Kurulunca altı ay daha uzatılması halinde uzatılan 2. altı aylık zaman diliminin işsizlik ödeneği süresinden düşülmesi öngörülmüştür.

Kısa çalışma uygulamasından azami süre kadar yararlanan işverenin ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenin devam ettiği gerekçesiyle yeniden başvurusu mümkün değildir. Aksi halde yasal azami süre sınırlamasının bir anlamı olmayacaktır. Ancak kısa çalışmayı gerektirecek yeni bir nedenin ortaya çıkması durumunda tekrar kısa çalışma yapılması kabul edilmelidir. Örneğin, ekonomik kriz sebebiyle kısa çalışma uygulamasına gidilen işyerinde, bir süre sonra zorlayıcı neden ortaya çıkarsa yeni bir kısa çalışma talebi ortaya konulabilir³⁹.

4447 sayılı Kanunda 2008, 2009 ve 2010 yıllarına ilişkin geçici nitelikte düzenlemelerin aksine, 6111 sayılı Kanunla, konu kalıcı şekilde düzenlenerek, kısa çalışma ödeneğinin süresini altı aya kadar uzatmaya ve işsizlik ödeneğinden mahsup edilip edilmeyeceğini belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır (Ek m. 2/VI). Geçici nitelikteki yasal düzenleme yerine, Ek 2. madde ile konunun kalıcı hale getirilmesi isabetlidir. Zira ileride benzer durumlarda yeni düzenleme yapma ihtiyacı duymadan, Bakanlar Kurulu kendisine tanınan yetki çerçevesinde süre uzatımı yoluna gidebilecektir.

Kısa çalışmanın temelinde geçici bir işsizlik düşüncesinin yatması ve kısa çalışma ödeneğine hak kazanmada işsizlik sigortası ödeneğine hak kazanma koşullarının aranması dikkate alındığında, kısa çalışma ödeneğinden yararlanma süresinin de, işsizlik ödeneği verilen süre kadar olacağına benimsenmesi, ekonomik krizin atlatılması ve istihdamın korunması açısından isabetli olurdu⁴⁰. Esasen azami üç aylık süre sonunda işveren geçerli nedenle işçinin işine son verebileceği düşünülürse, işçi işsizlik sigortasından işsizlik ödeneği alabilecektir.

Yasada belirlenen süre sonunda ekonomik kriz veya zorlayıcı sebepten kaynaklanan kısa çalışma yapma ihtiyacı devam ediyorsa, işveren iş Kanunu m. 22 çerçevesinde, işçilerin yazılı onayı ile anlaşmaya dayalı yeni bir kısa çalışma uygulamasını başlatabilir. Çalışma sürelerinde bu şekilde indirime gidilebilir. Kısa çalışma uygulaması işin kısmen veya tamamen geçici durdurulması şeklinde olup, azami süre bitiminde tarafların anlaşmaları ile uygulama devam ettirilirse artık kısa çalışma uygulaması ücretsiz izne dönüşecek-

³⁹ **Ekmekçi**, 56. Akyiğit 'e göre, kısa çalışma yılda veya tüm faaliyet süresi boyunca bir defayla sınırlanmadığı göz önüne alındığında, koşulları varsa yeniden kısa çalışma uygulamasına gidilebilir, **Akyiğit**, Kısa Çalışma, 26

⁴⁰ **Başterzi**, 73

tir. Ancak önerinin kabul edilmemesi halinde işveren geçerli nedenle fesih hakkını kullanabilir⁴¹.

VIII. Kısa Çalışma Ödeneği

1. Yararlanma Hakkına Sahip Olanlar

İşçinin kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilmesi için; ilk olarak, işverenin kısa çalışma talebinin Kurumca uygun bulunması gerekir. Bu konuda ikinci koşul ise, işçinin kısa çalışmanın başladığı tarihte, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 50. maddesine göre çalışma süreleri ve işsizlik sigortası primi ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanmış olmalıdır. Bir diğer ifadeyle; işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için son 120 gün kesintisiz olması şartıyla son üç yıl içinde en az 600 gün işsizlik sigortası primi ödenmiş olması zorunludur. 50. maddede öngörülen bu koşullar oldukça ağırdır. Hatta kısmi süreli çalışanlardan işsizlik sigortası primi ödenmesine karşın söz konusu çalışanlar bu ödenekten yararlanamamaktadır. Bu sebeple belirtilen koşullar, gerek işsizlik ödeneği gerekse kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilme açısından hafifletilmelidir⁴².

2. Miktarı

4447 sayılı Kanuna 5763 sayılı Kanunla eklenen Ek 2. maddenin ilk şeklinde; Günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarının, işsizlik ödeneği miktarı kadar olduğu belirtilmişti. Buna göre işsizlik ödeneğinin günlük miktarı sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının yüzde kırkı kadardı. Bu şekilde hesaplanan işsizlik ödeneği miktarı, 4857 sayılı İş Kanununun 39. maddesine göre 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının yüzde seksenini geçemeyeceği öngörülerek üst sınır getirilmişti (m. 50/I).

6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, kısa çalışma ödeneği miktarı farklı esaslara bağlanmıştır. Yapılan değişiklikle, günlük kısa çalışma ödeneği, sigortalının son oniki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 60'ı kadardır. Belirtilen şekilde hesaplanan kısa çalışma ödeneği miktarı, 4857 sayılı İş Kanununun 39. maddesine göre 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçemez (Ek m. 2/IV). Gerek hesaplamada son dört değil de oniki aylık prime esas kazancın esas alınması, gerekse miktar ve miktarın azami sınırında artırma gidilmesi son derece isabetlidir.

⁴¹ Başterzi, 71

⁴² Caniklioğlu, 6111 sayılı Kanun, 14, 20

İşyerinde zorlayıcı nedenlerle kısa çalışma uygulamasına gidilmişse, kısa çalışma ödeneği ödemeleri 4857 sayılı Kanunun 24. maddesinin (III) numaralı bendinde ve aynı Kanunun 40 ıncı maddesinde öngörülen bir haftalık süreden sonra başlar (Ek m. 2/V). Zira bir haftalık süre, işverenin haklı nedenle fesih yoluna gidebilmesi için öngörülmüş zorunlu bekleme süresi olup⁴³ bu süre içinde işçiye her gün için yarım ücret ödenmesi gerekir (m. 40).

Kısa çalışma uygulaması işyerinde faaliyetin önemli ölçüde azaltılması şeklinde ise, bu durumda kısa çalışma ödeneği haftalık çalışma süresini tamamlayacak şekilde azaltılan süreler için verilir⁴⁴. Nitekim yönetmelikte, kısa çalışma ödeneğinin işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresini tamamlayacak şekilde, çalışılmayan süreler için aylık olarak hesaplanacağı açıkça düzenlenmiştir (m. 7/3).

IX. Kısa Çalışmanın Kıdeme Bağlı Haklara Etkisi

1. Yıllık İzin Bakımından

4857 sayılı İş Kanununa göre, işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi da dahil olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin hakkı doğar (m. 53/I). Bir yıllık sürenin hesabında çalışılmayan bazı süreler 55. madde gereği çalışılmış sayılmaktadır. Maddede sayılan hallerden biri de kısa çalışma süreleridir. Buna göre, İşveren tarafından verilen diğer izinler ile 65. maddedeki kısa çalışma süreleri (m. 55/j) yıllık izin hakkının hesabında dikkate alınır. Her ne kadar, kısa çalışmanın düzenlendiği 65. madde 5763 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılarak, 4447 sayılı Kanuna (ek m. 2) taşınmışsa da, bu durumun kısa çalışma sürelerinin yıllık izin hakkının hesabında dikkate alınmayacağı sonucunu doğurmayacağı kanaatindeyiz⁴⁵. Ancak bu konudaki tereddütlerin giderilmesi açısından, 65. maddeye yapılan yollamanın, 4447 sayılı Kanun Ek m.2 şeklinde değiştirilerek konuya kesinlik kazandırılması isabetli olacaktır. Kısa çalışma uygulaması çalışma süresinin azaltılması şeklinde ise, söz konusu sürelerin yıllık izin hakkının hesabında dikkate alınması gerektiği tartışma dışıdır⁴⁶.

⁴³ Kısa çalışma ödeneğinin bir haftadan sonra başlatılması ile mükerrer ödemelerin önlenmesi hedeflenmiştir, **Demir**, 545

⁴⁴ **Akyiğit**, Kısa Çalışma, 25; **Süzek**, 747; **Aydın**, 36; **Baştizeri**, 73

⁴⁵ **Demir**, 550, 552. Yazara göre, yıllık izin sürelerinin hesabında kısa çalışma yapılan sürelerin en fazla 3 aya kadar olan kısmı dikkate alınabilir, 552; **Karaca**, 122; Aksi Görüş **Ekmekçi**, 57

⁴⁶ **Ekmekçi**, 58

2. İhbar ve Kıdem Tazminatı Bakımından

Kısa çalışma işin geçici olarak kısmen veya tamamen durdurulması şeklinde ise, bu durumda iş sözleşmesi sona ermemekte askıda kalmaktadır. Sözleşmenin askıda kaldığı durumlarda ise kıdem devam ettiği kabul edilmektedir⁴⁷. O halde kısa çalışma döneminde geçen zaman diliminin ihbar ve kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerekir. Öğretide ileri sürülen aksi yöndeki görüşe göre⁴⁸ ise; kısa çalışma döneminin çalışılmayan ücretsiz izin dönemleri olması sebebiyle bu dönemde işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün olmaması, anayasada ücretin emeğin karşılığı olduğu, ihbar ve kıdem tazminatlarının da ücret eki olduğu, ayrıca ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabında kısa çalışma sürelerinin dikkate alınacağı hususunda kanunda açık bir hüküm bulunmaması dikkate alındığında, ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabında kısa çalışma sürelerinin dikkate alınmaması sözkonusu olabilecektir.

X. Kısa Çalışmanın İş Sözleşmesine ve Fesih Hakkına Etkisi

Kısa çalışma uygulaması, işyerinde işin tamamen veya kısmen tatil edilmesi şeklinde olabileceği gibi, çalışma sürelerinin azaltılması biçiminde de olabilmektedir. İşin tatil edilmesi halinde işverenin ücret ödeme, işçinin ise çalışma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Ancak işin geçici olarak tatil edildiği bu dönemde iş sözleşmesi sona ermemekte, askıya alınmaktadır⁴⁹. Dolayısıyla tarafların yan edim yükümlülükleri devam edecektir. Örneğin, işçinin sadakat borcu kısa çalışma süresince hukuki varlığını korur⁵⁰. Bunun sonucu olarak, askı döneminde gerek işçi gerekse işveren haklı nedenle feshe imkan veren durumlarda fesih hakkını kullanabilirler⁵¹.

Kısa çalışmanın sona ermesine karşın ekonomik kriz veya zorlayıcı neden devam ediyorsa, tarafların anlaşmasına bağlı olarak ücretsiz izin uygulamasına geçilmesi söz konusu olabilir. Bu durumda iş sözleşmesinin askı halinin devam ettiği kural olarak kabul edilir⁵². Kısa çalışma, çalışma sürele-

⁴⁷ Çelik, 321; Süzek, 694; Aynı Yazar, Akdın Türleri, 26; E. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, 520; Caniklioğlu, 519; Karaca, 122; Aksi Görüş, Demir, 550; Ekmekçi, 57; C. İ. Günay, Şerhli İş Kanunu, C. 1, Ankara 1998, 624

⁴⁸ Demir, 550

⁴⁹ Akyiğit, Kısa Çalışma, 19; Caniklioğlu, 518

⁵⁰ Akyiğit, Kısa Çalışma, 19

⁵¹ Ocak, 575

⁵² Aydın, 37

rinin azaltılması şeklinde ise, iş sözleşmesinin askıya alınmasından söz edilemez. Tarafların asli ve yan edim yükümlülükleri devam eder.

Kısa çalışma süresi en az dört hafta olarak kabul edildiğinden, dört haftadan daha az sürelerde, işçi zorlayıcı nedenlerle, bekleme süresi olan bir haftalık süreden sonra İş Kanununun 24/III hükmüne göre haklı nedenle fesih yoluna gidebilir⁵³.

Acaba işçinin kısa çalışma uygulamasına katlanması zorunlu mudur ? Bize göre, ister çalışma süresinin azaltılması, isterse işin tatil edilmesi şeklinde olsun, işçinin kısa çalışmayı kabul zorunluluğu yoktur. İşveren işçilerin rızasına gerek olmaksızın işyerinde kısa çalışma başvuru ve uygulamasını başlatabilir. Ancak her bir işçinin buna katılıp katılmama hakkı mevcuttur. Diğer ifadeyle tüm koşullar yerine getirilmiş olsa dahi işçi kısa çalışma yapmak ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanmak zorunda değildir⁵⁴. Zira kısa çalışma süresince işçinin ücretinde bir azalma meydana gelecektir. İşçinin İş Kanununun 24/II-e (veya 24/II-f) hükmüne göre iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği⁵⁵ kabul edilmelidir. Kaldı ki kısa çalışma uygulamasına katılan tüm işçilerin kısa çalışma ödeneği alabileceği de kesin değildir. Bunun için işsizlik ödeneğine hak kazanma koşullarını sağlıyor olma aranacaktır.

XI. Değerlendirme ve Sonuç

Uyuşmazlık konusu olayda, davacı işçinin çalıştığı dönemde işyerinde kısa çalışma yaptırılmış ve daha sonra iş sözleşmesi işverence süreli fesih yoluyla sonlandırılmış ve işçiye kıdem tazminatı ödenmiştir. Ancak işveren kıdem tazminatını hesaplarken, kısa çalışma yapılan süreyi dikkate almamış ve bunun üzerine aleyhine fark kıdem tazminatı talebiyle dava açılmıştır. Taraflar arasında, kısa çalışma yapılan 5 ay 27 günlük sürenin mi yoksa ya-

⁵³ Demir, 545

⁵⁴ Mollamahmutoğlu, 716; Akyiğit, Kısa Çalışma, 20; Ekmekçi, 53; Baştzerzi, 69. karşıt görüş, Ş. Çil, İş Kanunu Şerhi, 3. Cilt, Ankara 2007, 2972

⁵⁵ Aydın, 38; Baştzerzi, 69; Karşı yönde görüş, Caniklioğlu, 522; Demir, 546. Yazara göre, işverenin bakanlığa yaptığı tek taraflı talep ile kısa çalışma oluru alması halinde işçilerin kısa çalışmayı kabul etmemeleri “objektif iyiniyet ” kuralları ile bağdaşmaz (bunun tek istisnası, işçinin kısa çalışma döneminde henüz kısa çalışma ödeneğine hak kazanmamış olmasıdır) ; işçiler kısa çalışma ödeneği ile belirtilen dönemde geçimlerini sürdürmek zorundadır. kısa çalışma uygulaması işverene işçilerini kaybetmeden belli bir süre için üretimi durdurma, işçilere ise, kısa çalışma ödeneği desteği ile işlerini kaybetmeme imkanı verir, 546

sada öngörülen azami üç aylık sürenin mi esas alınması gerektiği noktasında uyumsuzluk çıkmıştır.

İncelediğimiz karardan, işveren tarafının bu talebe karşı kısa çalışma süresinin dikkate alınmaması yönünde bir itirazın olup olmadığı karardan anlaşılammaktadır. Buna karşın yerel mahkeme kararının kanun yararına temyizi istenirken; konuya ilişkin yasal boşluk olduğu ifade edilerek, uygulama birliğinin de sağlanması bakımından kısa çalışma süresinin üç ayının kıdem tazminatında dikkate alınması, bu sürenin üzerindeki kısa çalışılan sürelerin hesaba dahil edilmemesi gerekçesine dayanılmıştır. Dolayısıyla burada kıdem tazminatı hesabında üç aya kadar olan sürenin değerlendirilmesi hususunda herhangi bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Benzer şekilde karşı oy yazısında; kısa çalışma süresinin çalışılmış gibi sayılan hallerden olduğu ancak azami 3 aylık sürenin fiilen çalışılmış gibi sayılabileceği, uzatılan sürelerin genişletici yorumla kıdeme dahil edilmemesi gerektiği belirtilerek, üç aylık kısa çalışma süresinin kıdem tazminatında hesaba katılması kabul edilmektedir.

İnceleme konusu yapılan karardan, işçinin çalıştığı işyerinde 5 ay 27 gün yapılan kısa çalışmanın, işin tamamen veya kısmen tatil edilmesi şeklinde mi, yoksa çalışma sürelerinin önemli ölçüde azaltılması biçiminde de mi olduğu anlaşılammaktadır. Önemle belirtelim ki, çalışma sürelerinin azaltılması şeklinde kısa çalışma yapılmış ise, iş sözleşmesi devam ettiğinden, tarafların tüm hakları ve borçları işlediği gibi, bu şekilde yapılan kısa çalışma döneminin de işçinin kıdemine bağlı hakları açısından değerlendirileceğinde kuşku yoktur. Örneğin işçinin ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin hakkının tespitinde süre dikkate alınır. Bu ihtimalde, işçinin kıdem tazminatının hesabında 5 ay 27 gün yapılan kısa çalışma süresini dikkate alan yerel mahkeme kararı ve kararı onaylayan Yargıtay kararının isabetli olduğunu belirtmek gerekir.

Kısa çalışma uygulaması işyerinde işin geçici olarak durdurulması şeklinde ise, iş sözleşmesi askıda kalır. Kıdem tazminatı hesabında fiilen çalışılan süreler yanında, deneme süresi, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri, ücretli ve ücretsiz izin günleri, iş kazası ve meslek hastalığı ya da hastalık sebebiyle raporlu olunan günler hesaba katılmalıdır⁵⁶. Zira kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı eski İş Kanununun yürürlüğü devam eden 14. maddesinde “...işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdi-

⁵⁶ **Süzek**, 694; **Çelik**, 321; **Narmanlıoğlu**, 420; **T. Centel**, İş Hukuku, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, 217; **Demir**, İş Hukuku, 285; **H. H. Sümer**, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2009, 258; **Ocak**, 580

nin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı” ödeneceği öngörülerek, açıkça işçinin sadece fiili çalıştığı süre değil, iş sözleşmesinin devamı süresinin esas alındığı görülmektedir.

Daha önce de açıklandığı üzere, 5838 sayılı Kanunla 4447 sayılı Kanuna eklenen Geçici 8. madde ile, 2008, 2009 ve 2010⁵⁷ yıllarına münhasır olmak üzere, kısa çalışma için öngörülen azami 3 aylık süre 6 aya çıkarılmış ve Bakanlar Kurulu'na kısa çalışma süresini altı ay daha uzatma yetkisi tanınmıştı. Bakanlar Kurulu da tanınan yetki çerçevesinde, kısa çalışma süresinin altı ay daha uzatılmasına karar vermişti⁵⁸. 2011 yılında 6111 sayılı Kanunla 4447 sayılı Kanunun Ek 2. maddesinde yapılan değişiklikle, azami kısa çalışma süresi olan 3 aylık süre, Bakanlar Kurulu'nca 6 aya kadar uzatılabilecek, ancak 2008-2010 yıllarındaki geçici nitelikteki düzenlemelerin aksine, tekrar 6 ay daha uzatılamayacaktır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, yıllık izin hakkının hesaplanmasına ilişkin değerlendirmede, 6 aya çıkarılan ve 6 ay daha uzatılan kısa çalışma süresinin dikkate alınması halinde, işçilerin hiç çalışmadıkları halde geçirecekleri bir yılın sonunda yıllık izne hak kazanmaları gibi bir sonucun ortaya çıkabileceği belirtilerek, en fazla 3 aylık sürenin esas alınması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁹. Somut olay açısından konuya baktığımızda, işçinin kısa çalışma yaptığı süre, ilk altı aylık zaman dilimi kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla Bakanlar Kurulu'nca uzatılan ikinci altı aylık zaman diliminin somut olay açısından uygulanması mevcut değildir. Bu nedenle karşı oy yazısında özellikle ikinci altı aylık uzatma durumundan hareketle, somut olayda yapılan 5 ay 27 günlük kısa çalışma süresinin hesaba katılmaması gerektiği görüşü bizce isabetli değildir. Bir diğer ifadeyle ileride ortaya çıkabilecek muhtemel olaylar/olgulardan hareketle somut değerlendirilmesi somut olaya değil, ancak geleceğe ilişkin teorik bir çözüm önerisi olabilir.

Sonuç olarak, ortaya çıkan uyuşmazlıkta, kısa çalışma işyerinde çalışma sürelerinin azaltılması şeklinde uygulanmışsa, iş sözleşmesi devam ettiğinden tarafların tüm hak ve borçları işleyeceğinden, 5 ay 27 gün yapılan kısa çalışma süresinin Yargıtay'ca dikkate alınması son derece isabetlidir. Buna karşılık, kısa çalışma işyerinde işin geçici olarak durdurulması şeklinde yapılmışsa, iş sözleşmesi askıda kalır. Yargıtay kararında “...5 ay 27 gün kısa çalışma yaptığı ve kısa çalışma süresinin çalışılmış sayılan süre kapsamında

⁵⁷ 5951 sayılı Kanunla 2010 yılı da dahil edilmiştir.

⁵⁸ 22.06.2009 tarih ve 2009/15129 sayılı BKK, RG. 02.07.2009, 27276

⁵⁹ Demir, 552

kıdemine eklenmesi ” gerektiğini ifade etmektedir. Hemen belirtelim ki yapılan kısa çalışma süresinin yıllık izin hakkının hesabında dikkate alınacağı İş Kanununda açıkça düzenlenmiş olmasına karşın (m. 55/j)⁶⁰, kıdem tazminatı açısından konu bu kadar net değildir. Diğer ifadeyle, kıdem tazminatı hesabında kısa çalışma sürelerinin dikkate alınıp alınmayacağı hususunda yasada açıklık mevcut değildir. Buna karşın kıdem tazminatının hesabında fiili çalışma süresinin değil, 14. maddede “*hizmet akdinin devamı*” süresi esas alınmıştır. Yargıtay'ın ulaştığı sonuç bize göre isabetli olmakla beraber, kıdem tazminatı hesabında kısa çalışma yapılan süreyi “*çalışılmış gibi sayılan süre*” olarak değerlendirmesi esas yerine, 14. maddedeki “*hizmet akdinin devamı*” ölçütüne dayanması daha isabetli olurdu.

KAYNAKÇA

AKYİĞİT, Ercan; İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2008

AKYİĞİT, Ercan; Kıdem Tazminatı, Ankara 1999 (Kıdem Tazminatı)

AKYİĞİT, Ercan; Kısa Çalışma, Tühis, Ağustos-Kasım 2004 (Kısa Çalışma)

ASTARLI, Muhittin; İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008

AYDIN, Ufuk; Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler, Sicil İHD, S. 13, Mart 2009

BAŞTERZİ, Süleyman; Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD, C. 54, S. 3, Ankara 2006

CANİKLİOĞLU, Nurşen; 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005

CANİKLİOĞLU, Nurşen; 6111 Sayılı Kanunla İşsizlik Sigortası Kanununda Yapılan Değişiklikler, Toprak İşveren, S. 89, Mart 2011 (6111 sayılı Kanun)

CENTEL, Tankut; İş Hukuku, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994

ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Bası, İstanbul 2011

ÇİL, Şahin; İş Kanunu Şerhi, 3. Cilt, Ankara 2007

DEMİR, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005 (İş Hukuku)

⁶⁰ Öğretide Ekmekçi 'ye göre, kısa çalışma süreleri çalışılmış gibi sayılan haller arasında sayılmış olmakla beraber (m. 55/j), kısa çalışmayı düzenleyen 65 madde yürürlükten kaldırılmış olduğundan, bu süreler yıllık izin açısından dikkate alınmamalı, kısa çalışma süresinin işçinin kıdemine bağlı haklar açısından çalışılmış gibi kabul edilebilmesi için yasada açık düzenleme olmalıdır, **Ekmekçi**, 57

DEMİR, Fevzi; Kısa Çalışmalar ve İş Sözleşmeleri Üzerine Etkileri, Legal İSGHD, S. 22, Nisan - Mayıs - Haziran 2009

EKMEKÇİ, Ömer; Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar, Sicil İHD, S. 14, Haziran 2009

EKONOMİ, Münir; İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi'nce Yayınlanan "30. Yıl Armağanı", Ankara 2006

GÜNAY, Cevdet ilhan; Şerhli İş Kanunu, C. 1, Ankara 1998

HEKİMLER, Alpay; Avrupa Hukuku Işığında Türkiye'de Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Yeni Hükümler, Çimento İşveren, S. 2, C. 18, Mart 2004

KARACA, Ali; Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması, Sicil İHD, S. 14, Haziran 2009

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Ankara 2005

NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998

OCAK, Saim; Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008

SÜMER, Haluk, Hadi; İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2009

SÜZEK, Sarper; İş Akdinin Türleri, Mercek, Yıl 6, S. 22, 2001 (Akdin Türleri)

SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008

TUNCAY, Can / EKMEKÇİ, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2005

İLK TALEPTE ÖDEME KAYITLI TEMİNAT MEKTUPLARINDA BANKANIN TAZMİN TALEBİNİ İNCELEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRLARI

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa YASAN**

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu, “ilk talepte ödeme kayıtlı” teminat mektuplarında, bankanın muhatabın tazmin¹ talebini inceleme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğünün sınırlarının tespitinden ibarettir. İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları, bankacılık uygulamasında alacaklısına en üst seviyede güvence sağlayan teminat mektubu türleri olarak kabul görmektedir. Bankanın ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubunu düzenleyerek muhataba vermesi ile gerektiğinde tazmin talebini derhal ve gecikmeksizin yerine getirmeyi de yüklenmiş olması, bankacılık uygulamasında ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının işaret ettiğimiz seviyede güvence sağlamanın ve dolayısıyla da bunun paralelinde hak ettiği rağbeti görmesinin esas sebebi olarak gösterilebilir.

Teminat mektupları ve özel ve yaygın bir tür olarak ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları, havalimanları, köprüler, otoyollar ve hastaneler gibi son yıllarda artan büyük ölçekli devlet ve özel teşebbüs yatırımlarında, ticari hayatın gerektirdiği güvence ihtiyacına cevap veren finansman aracı olarak önem kazanmaktadır. Bu öneme rağmen, teminat mektupları, doğrudan herhangi bir kanuni düzenlemeye konu teşkil etmemiş; bankacılık uygulaması, doktrindeki görüşler ve özellikle mahkeme kararları ile hukuken varlık kazanmış ve geliştirilmiştir².

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Bankanın teminat mektubu ile üstlenmiş olduğu borcun bağımsız bir borç olması sebebiyle, teminat mektubunun “tazminat” kavramından ayrı şekilde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilse de bankacılık uygulamasında “teminat mektuplarının tazmini” ifadesinin artık yaygın bir şekilde tercih edildiği belirtmektedir. Bkz. REİSOĞLU, Teminat Mektupları ve Kontragarantiler, s. 231.

² Teminat mektuplarının kredi mektupları (6098 sayılı TBK m. 515) ile yakın bir benzerlik içerisinde olduğunu kabul etmek gerekir. Buna karşın teminat mektuplarının aksine kanda açıkça düzenlenen kredi mektupları, bir şeyin gerçekleşmesi, yapılması ile anlam

Teminat mektubu marifetiyle tazmin talebinin gereğini derhal yerine getirmeyi üstlenen bankanın tabi olduğu ve çalışmamızın da konusunu teşkil eden muhatabın talebinin haklılığını inceleme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün sınırları, banka açısından aynı zamanda bir yetkinin de sınırlarını biçimlendirmektedir. Bu yetki, bankanın ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubunu derhal ödeyerek borcundan kurtulabilme yetkisidir. Bir başka deyişle, bankanın ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında muhatabın tazmin talebini inceleme yükümlülüğünün sınırları, bu talebin derhal yerine getirilmesi yükümlülüğü ve derhal ödeme yaparak borcundan kurtulabilme yetkisi ile ilişkileri gözetilerek tespit edilmelidir. Bu gerekçelerle bankanın muhatabın tazmin talebini hiçbir inceleme yapmaksızın yerine getirmesinin mümkün olup olmadığı ve şayet bankanın tazmin talebini inceleme yükümlülüğü var ise bu yükümlülüğün sınırlarının nerede başlayıp nerede sona ereceği şeklindeki soruların cevaplandırılması gerekmektedir. Nitekim işaret ettiğimiz bu gereklilik, çalışmamızın konusunu belirlerken önemli bir etkiye sahip olmuştur.

Çalışmamız giriş kısmından sonra esas itibarıyla iki ana başlıktan oluşmaktadır. Birinci ana başlık altında teminat mektupları genelindeki ve devamında ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları özelindeki kavramsal açıklamalar yer alacaktır. İkinci ana başlık altında ise, bankanın tabi olduğu tazmin talebini inceleme yükümlülüğüne ve bu yükümlülüğün sınırları hakkında ortaya çıkan mesele ya da meselelerin çözümüne ilişkin görüşlere ve mahkeme kararlarına, ayrıca tüm bu görüşler ve mahkeme kararları ışığında ulaştığımız çözüm önerilerine yer verilecektir. Sonuç kısmında, ana metinde ortaya koyduğumuz çözümlerin, görüş ve önerilerin bir kez daha altı çizilmek suretiyle çalışmamız tamamlanmış olacaktır.

I. TEMİNAT MEKTUPLARININ ÖZEL VE YAYGIN BİR TÜRÜ OLARAK İLK TALEPTE ÖDEME KAYITLI TEMİNAT MEKTUPLARI

Çalışmamızın bu başlığı altında ilk olarak teminat mektuplarının ulusal ve uluslararası hukuktaki gelişimine, hukuki dayanaklarına, tanımı ve unsurlarına ve esas alınan kıstaslara göre farklılık arz eden tasnifine yer verdikten sonra, söz konusu tasnifin bir sonucu olarak karşımıza çıkan ve çalışmamızda esas alacağımız teminat mektubu türü olan ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları özelindeki açıklamalarımızı sunacağız.

kazanmaktayken teminat mektupları etkisini bir şeyin yapılmaması, yerine getirilmemesi neticesinde doğurmaktadır. Bkz. STAUFFLET, s. 48; LORENZ & PARTNERS, s. 2.

A. Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Teminat Mektuplarının Düzenlenmesi

Teminat mektupları, günümüz ulusal ve uluslararası ticaret uygulamalarında sıklıkla başvurulmuş ve “Bankacılık Hukuku” açısından kredilerin tasnifinde gayri nakdi krediler arasında kendisine yer bulan bir finansman ve teminat modeli olarak kabul edilmektedir³. Teminat mektuplarının Türk hukukundaki uygulaması ilk olarak, Bakanlar Kurulu tarafından 12.04.1927 tarih ve 1025 sayılı “Hükümetle Efrad Arasında Teati Olunacak Mukavele-name ve Şartnameler Hakkında Kanun”un 1. maddesinde düzenlenen yetkiye istinaden çıkarılan 08.01.1928 tarih ve 6048 sayılı Kararname çerçevesinde devlet ihalelerinde kullanılmak üzere gerçekleşmiştir⁴. Bununla birlikte, bankacılık uygulamasında önemli bir yeri bulunan teminat mektupları, buna rağmen hukuki bir müessese olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda (ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda) veya 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda) özel ve doğrudan bir düzenlemenin konusunu da teşkil etmemiştir; sadece 5411 sayılı Bankacılık Kanununda “Krediler” başlığındaki 48. maddede teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro ve kabul gibi gayrinakdi krediler arasında sayılmıştır⁵.

³ Bkz. GIGER, s. 39; CAEMMERER, s. 349; RIGGS, s. 11; STAUFFLET, s. 49; VURAL, s. 84; TEKİNALP, s. 367. Yazar, teminat mektubu ile meydana gelen ilişkiyi garanti kredisi olarak nitelendirmektedir. Teminat mektuplarının finansman ve kredi aracı olmanın yanında “risk yönetimi opsiyonu” olarak da nitelendirildiğine şahit olmaktadır. Bkz. AHVENAINEN, s.2, 6. Banka teminat mektuplarının nakit ödemelerin ve diğer güvence sağlayan araçların bir yedeği haline geldiği hakkında Avusturya Yüksek Mahkeme kararı için bkz. Austrian Supreme Court, December 15, 1998, 1 Ob, 318/98s. Bkz. (<http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/detail.aspx?g=767abd85-af2b-4ad7-bbeb-cadb7280ac85> erişim 12.04.2011).

⁴ REİSOĞLU, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s. 94; BARLAS, s. 10; TURANBOY, s. 58.

⁵ Bkz. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 48: “Bankalarca verilen nakdi krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdi krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdi krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrinakdi kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.”

Türk hukuk sisteminde, başvurulabilecek doğrudan bir kanuni düzenlemenin eksikliğine rağmen teminat mektupları, ticaretin aktörlerinin hukuki menfaatlerinin temini ve muhafazası ve bu sayede ticaretin daha etkin ve güvenilir bir şekilde icra edilmesi amacıyla yönelik olarak bizzat bankacılık uygulaması, doktrindeki görüşler ve mahkeme kararları marifetiyle ve tabii ki özel hukuk disiplinlerine hâkim olan sözleşme serbestisi prensibi çerçevesinde biçimlendirilip geliştirilmiştir. Benzer bir gelişim yabancı hukuk sistemlerinde de kendisini göstermektedir. Nitekim teminat mektupları, İtalyan Medeni Kanununda da özel olarak düzenlenmediğinden, İtalyan hukukunda atipik sözleşmeler arasında kategorize edilmiş ve esas itibarıyla sözleşme serbestisi prensibine dayandırılmıştır⁶. Alman hukukunda da paralel bir gelişimin olduğunu görmekteyiz. Alman hukukunda, aşağıda açıklayacağımız şekilde, The Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) etkisi altında kalan bankacılık uygulamasında belirleyici olarak, talep garantilerinin ithalat ve ihracatçı arasındaki temel sözleşmeden bağımsızlığı ve haksız tazmin taleplerine karşı ihtiyati tedbir yoluyla bu haksız tazmin taleplerinin önüne geçmenin ve bu sayede muhatabın hakkını suistimal etmesini önlemenin mümkün ve makbul olduğu şeklindeki özellikler öne çıkmaktadır⁷. Amerikan hukuk sisteminde, teminat mektupları bankalar tarafından kredi mektubu adı altında düzenlenmiştir ve Amerikan Federal Ticaret Kanunu (The Uniform Commercial Code [UCC]) m.5'te, kredi mektubunda işaret edilen belgelerin muhatap tarafından bankalara ibrazı halinde derhal ödeme taahhüdünün gereğinin yerine getirileceği ilkesi benimsenmiştir⁸. Son olarak, Anglo Saxon hukuk sistemi dışında kalan Avrupa ve Asya ülkelerinde ise, teminat mektuplarının, ortak bir özellik olarak garanti sözleşmesi şeklinde düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz⁹.

B. Uluslararası Ticaret Hukukunda Teminat Mektuplarının Düzenlenmesi

Teminat mektupları günümüzde, uluslararası ticaret hayatında da sıklıkla başvurulmuş bir risk yönetimi aracı olarak kabul edilmektedir. Özellikle

⁶ BRAGGION, s. 35.

⁷ BLAU/JEDZIG, s. 725; GAO, s. 23; AHVENAINEN, s. 19; LORENZ & PARTNERS, s. 4, 5.

⁸ MUGASHA, s. 55, 56; BERTRAMS, s. 5-8; CARR, s. 468; CAEMMERER, s. 355; GAO, s. 1-13; SUNGURTEKİN, s. 545, 546.

⁹ KOZOLCHYK, s. 15 vd; SUNGURTEKİN, s. 545, 546. Fransa ve Belçika hukuk sistemlerinde teminat mektupları hakkında bilgi için bkz. DE SMEDT, s. 19; RIGGS, s. 11-13; STAUFFLET, s. 48-52.

uluslararası nitelik arz eden borç ilişkilerinde, ödemelerin zamanında ve eksiksiz bir şekilde yapılması ve karşı tarafın ediminden istenilen performansın elde edilmesi güvence altına alınmak isteniyorsa, başvuru alan etkin araçlardan biri olarak teminat mektupları öne çıkmaktadır. Uluslararası ticarete teminat mektupları ile ilgili olarak tabi olunan hukuk sistemlerindeki farklılıklar uygulama birliğinin sağlanamaması gibi handikapları da beraberinde getirmektedir. Bu handikapları göz önünde bulunduran uluslararası hukuk otoriteleri, uygulanacak kurallar açısından yeknesaklığın sağlanabilmesi için gerekli olan çalışmaları yürütmektedir. Bu çalışmalara örnek olarak, Uluslararası Ticaret Odası'nın (ICC) 1978'de yayınlanan ve çok da kabul görmeyen 325 Nolu "Sözleşme Garantilerine İlişkin Yeknesak Kuralları" (The Uniform Rules for Contract Guarantees [URCG]) ile 1992'de düzenlenen ve uluslararası sözleşmelerde kullanılması tavsiye edilen 458 Nolu "Talep Garantilerine İlişkin Yeknesak Kuralları"nı (The Uniform Rules for Demand Guarantees [URDG]) göstermemiz mümkündür¹⁰. URDG 1. maddesine göre URDG kurallarının uygulanabilmesi için taraflarca sözleşmenin URDG'ye tabi olduğunun açıkça tespit edilmesi gerekir¹¹. 4. ve 5. maddelerinde ise teminat mektuplarının tabi olduğu zamanaşımı düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükümlerde önce teminat mektuplarında talep için tabi olunan sürenin belirtilmemesi halinde uygulanacak olan tamamlayıcı nitelikteki süreler tespit edilmiş ve hemen devamında ise teminat verene teminat süresinin bitim tarihinde veya ondan önce hiçbir talep ulaşmadığı takdirde teminatın geçersiz hale geleceği hükmüne bağlanmıştır¹². URDG'de yer alan hükümlerden 9. maddede muhatabın bankaya karşı tazmin talebinde bulunabilmesi için taleplerine mahkeme veya hakem kararı ya da lehdarın onayını ortaya koyan bir takım belgeleri de eklemesi gerektiği belirtilmiştir¹³. URDG'de yer alan hükümler özellikle uluslararası ticarete uygulanacak hukuk kurallarının tespiti açısından önem arz etmektedir. Nitekim 10. maddede teminat mektubunda hangi ülke hukukuna tabi olunacağı gösterilmediği takdirde teminat verenin işletmesinin; teminat verenin birden fazla işletmesi var ise teminatı veren şubenin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı gösterilmiştir¹⁴. URDG'nin tüm hükümleri incelendiğinde esas itibarıyla teminat

¹⁰ BERTRAMS, s. 28; GAO, s. 15, 21; GIGER, s. 43; KAPLAN, s. 20; ÖZDEMİR H., s. 731; LORENZ & PARTNERS, s. 4; SUNGURTEKİN, s. 559; MUGASHA, s. 53, 54.

¹¹ KOZOLCHYK, s. 11; ÖZDEMİR H., s. 736; MUGASHA, s. 54; DE SMEDT, s. 19.

¹² ÖZDEMİR H., s. 748.

¹³ BERTRAMS, s. 28; ÖZDEMİR H., s. 735; KOZOLCHYK, s. 11 vd.

¹⁴ SUNGURTEKİN, s. 559; ÖZDEMİR H., s. 745.

mektubunun taraflarının menfaatleri arasında hakkaniyete uygun bir denge- nin sağlanmaya çalışıldığı tespit edilecektir. URDG’de yer alan düzenleme- lerde öne çıkan husus ise, talep garantilerinin hukuken ithalatçı ve ihracatçı arasındaki temel sözleşmeden bağımsızlığıdır¹⁵. URDG kuralları son olarak 758 No ile 458 Nolu URDG’nin yerine 01.07.2010 tarihinden itibaren geçer- li olmak üzere ICC tarafından yenilenmiştir. 758 Nolu URDG, talep garanti- lerinin taraflarının çıkarlarını dengelemeyi amaçlamaktadır ve bu amacın gerçekleşebilmesi için kesin kuralların ve tanımların getirilmesini tercih etmektedir¹⁶. Bu sayede talep garantilerinden doğan hakkın kötüye kullanıl- masının önüne geçmek mümkün olacaktır. 758 Nolu URDG’nin uygulanabilmesi için 458 Nolu URDG’de olduğu gibi uluslararası ticari ilişkide yer alan tarafların bu kuralları teminat mektuplarında açıkça uygulanacak kural- lar olarak tespit etmeleri gerekmektedir¹⁷. Uluslararası hukukta teminat mektuplarına ilişkin diğer çalışmalar ise ICC tarafından 01.07.2007’de yürürlüğe konan 600 Nolu “Doküman Kredileri Gümrükleri ve Pratikleri İçin Yeknesak Kurallar” (Uniform Customs and Practices for Documentary Credits [UCP]) ile Birleşmiş Milletlerin bünyesinde Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından 2000’de yayımlanan “Birleşmiş Milletler Bağımsız Garantiler ve Krediler Stand-by Mektupları Konvansiyonu” dur. (UN Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit)¹⁸. Uluslararası hukukta meydana gelen tüm bu çalışmalar meyvelerini vermeye başlasa da uluslararası ticarete kullanılan teminat mektuplarının tabi olacağı global yeknesak kuralların teşkili henüz tamamen gerçekleşmiş değildir.

C. Banka Hukukuna Özgü Bir Kredi Müessesesi Olarak Teminat Mektupları

Türk ve yabancı hukuk sistemlerinde teminat mektupları ile ilgili geli- şimin arz ettiğimiz şekilde kodifikasyon ile gerçekleşmemesi sebebiyle, her- hangi bir mevzuat kaynağında kavramla ilgili doğrudan bir tanım yer almasa da doktrinde birbirine benzer unsurları içeren tanımlamaların yapıldığını görmekteyiz¹⁹. Tüm bu tanımlarda öne çıkan ortak unsurları dikkate aldığı-

¹⁵ LORENZ & PARTNERS, s. 5, 6; MUGASHA, s. 55; BERTRAMS, s. 31.

¹⁶ 758 Nolu URDG’nin güncel son şekli hakkında geniş bilgi için bkz. EKŞİ, s. 107-133.

¹⁷ KOZOLCHYK, s. 58 vd.

¹⁸ BUTSICK, s. 177 vd; AHVENAINEN, s. 6; CONNOLLY, s. 242; BERTRAMS, s. 25; CAEMMERER, s. 355; GAO, s. 15, 21.

¹⁹ Yüksek mahkeme, teminat mektupları ile bağlantılı olarak garanti sözleşmesini, “feri nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki, garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız

mızda, teminat mektuplarının doktrinde, banka ile müşterisi arasındaki bir mutabakat çerçevesinde ve banka müşterisinin talebi üzerine bankanın, muhatap olarak adlandırılan kişiye müşterisinin bir eylemi yerine getireceğini, bir borcunu ifa edeceğini, etmezse teminat mektubundaki miktarı bizzat kendisinin ödeyeceğini taahhüt ettiği bir sözleşme olarak tanımlandığına tanık olmaktayız²⁰. Belirtmemiz gerekir ki, teminat mektuplarının tanımı ne şekilde yapılırsa yapılsın içerdiği unsurlar yönünden tüm tanımlar benzerlik içerisindedir. Bununla birlikte kanuni bir tanımın en azından bugün için yer almaması çalışmamızda bizim de özgün bir tanıma yer vermemizi gerekli kılmaktadır. Bu gereklilik ışığında teminat mektuplarını doktrin ve mahkeme kararlarındaki kabullere uygun şekilde, bankalar tarafından yurt içinde veya yurt dışında yerleşmiş bulunan gerçek ya da tüzel kişi alacaklıya (bu alacaklı teminat mektubu ilişkisinde muhatap olarak adlandırılmaktadır) hitaben, borçlu müşteri (bu borçlu müşteri teminat mektubu ilişkisinde lehtar olarak adlandırılmaktadır) lehine düzenlenip muhataba teslim edilen ve lehtarın bir malın teslimi, bir işin yapılması veya bir borcun ödenmesi vb. gibi bir edimini yerine getireceğini aksi takdirde belirli bir tutarın banka tarafından ödeneceğini garanti eden, gayri nakdi kredi uygulaması şeklindeki finansman aracı olarak tanımlayabiliriz.

Yukarıda sunduğumuz tanımlardaki ifadelerden hareket ettiğimizde, teminat mektuplarının özelliklerini; banka²¹, muhatap ve lehtar arasında üçlü

olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktadır.” şeklinde tanımlamıştır. Bkz. Y. 11. HD, 1985/4169 E., 1985/5613 K., 15.10.1985 T.

([http://asmevzuat.com/documents?orgs\[1\]=%5B18%5D&per_page=500&ara=&page=2](http://asmevzuat.com/documents?orgs[1]=%5B18%5D&per_page=500&ara=&page=2) erişim 12.10.2011).

²⁰ Benzer tanımlar için ayrıca bkz. AKYOL, s. 161; KÜNEY, s. 592; AKYAZAN, Teminat Mektupları, s. 16; AKYAZAN, Tatbikatta Banka Teminat Mektupları, s. 567. Yazar, teminat mektuplarını fonksiyonları bakımından borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimi yerine getirmemesi halinde belirli bir miktar parayı alacaklının ilk talebinde ona derhal ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğine dair bir banka tarafından verilen mektup olarak tanımlamaktadır. Tanım için ayrıca bkz. TEOMAN, Banka Garantisi, s. 234; BAĞCI, s. 699.

²¹ Doktrinde Akyol, bankaların dışındaki kişi ya da kuruluşlar tarafından da teminat mektubu verilebilmesinin hukuken mümkün ve geçerli olduğunu, ancak banka dışında bir kişinin teminat mektubu vermesinin bankanın vermesi kadar etkili olamayacağını belirtmektedir. Bkz. AKYOL, s. 163. Nitekim mukayeseli hukuk açısından Amerika Birleşik Devletlerindeki bankacılık uygulamasında teminat mektuplarının bankaların yanında sigorta

bir ilişkiye dayanmasına rağmen teminat mektubu ile meydana gelen hukuki ilişkinin taraflarının sadece banka ve muhatap olarak karşımıza çıkmasını, lehtarın ise teminat mektubunun meydana getirdiği hukuki ilişkinin dışında kalmasını²², belirli bir meblağın muhataba ödenmesi konusunda bankanın taahhüdünü içermesine rağmen kıymetli evrak niteliğini haiz olmamasını²³, ekonomik açıdan kredi vasıtası ve hukuki açıdan bağımsız bir garanti sözleşmesi²⁴ olarak nitelendirilebilmesini, bankanın ticari faaliyeti gereği müşte-

şirketleri tarafından da verildiği görülmektedir. Bkz. AHVENAINEN, s. 15. Aynı şekilde Fransız ve Belçika hukuk sisteminde de bankalar kadar yaygın olmasa da sigorta şirketlerince de teminat mektuplarının verildiğine şahit olmaktadır. Bkz. STAUFFLET, s. 48.

²² “Teminat mektubunu veren banka, bir borç yüklendiğinden bu aktin borçlusu ve teminatı alan ise alacaklısı durumundadır. Sözleşme hükümlerini yerine getirme yönünden fiili taahhüt edilen üçüncü şahıs ise bu garanti sözleşmesinin taraflarından değildir. Bu garantinin geçerli olabilmesi için, bu fiilin üçüncü şahıs tarafından yapılabileceğinin düşünülmesi yeterlidir. Teminat altına alınan sonucun gerçekleşmesi halinde bu taahhüt ortadan kalkar.” Bkz. YİBGK, 1966/16 E., 1967/7 K., 13.12.1967 T.; “Tüm bu açıklamaların ışığı altında dava konusu teminat mektubunun garanti sözleşmesi niteliği taşıdığı, davalı bankanın asıl borçtan bağımsız olarak bir yüklenim altına girdiği ve garanti veren olarak asıl borçla ilgisi bulunmadığı konuları kesinlikle saptanmış durumdadır.” Bkz. Y. 11. HD, 1983/2462 E., 1983/2617 K., 17.05.1983 T. (<http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKararDetail> erişim 11.06.2011); “Teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliği bulunmamaktadır. Banka ile muhatap arasında garanti sözleşmesi niteliğinde olan teminat mektubunda lehtar akit durumunda değildir. Başka bir anlatımla teminat mektubu ile lehtar lehine doğmuş veya doğacak bir hak bulunmadığından lehtarın borcu için teminat mektubunun hacedilmesi yasal imkan yoktur. Ancak teminat mektupları hangi iş için verilmiş ise onun için hacedilip paraya çevrilebilir.” Bkz. Y. 12. HD, 2008/8131 E., 2008/10806 K., 28.05.2008 T. Ayrıca bkz. Y. 12. HD, 2000/4332 E., 2000/5403 K., 06.04.2000 T. (<http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=16184> erişim 10.10.2011); Y. 12. HD, 2003/427 E., 2003/2733 K., 18.02.2003 T. (http://www.adaletvehukuk.com/index.php?option=com_kunena&Itemid=20&func=view&catid=15&id=8894 erişim 10.10.2011).

²³ Bkz. ve karş. AHVENAINEN, s. 7, 15. Yazar, teminat mektuplarının bağımsız olamayacağını mutlaka bir sözleşme ile, ki bu sözleşme tedarik eden muhatap (beneficiary) ile lehtar (principal debtor) arasındaki bir sözleşmedir, alakalı olduğunu belirtmektedir.

²⁴ REİSOĞLU, Teminat Mektupları ve Kontragarantiler, s. 29 vd.; TEOMAN, Banka Teminat Mektupları, s. 253. Karayalçın, ilk yazılı talep üzerine nakden ve tamamen ödenecek kayıtlı teminat mektupları ile sigorta sözleşmeleri arasında yakın bir benzerlik bulunduğunu ve bu sebeple, BK m.110'da (TBK m.128) tek maddede düzenlenmiş olan

üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi dolayısıyla ortaya çıkan problemlerde çözüm için sigorta sözleşmeleri hakkında TTK'da yer alan hükümlerden de faydalanılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. KARAYALÇIN, Teminat Mektubunun Hükümsüz Sayılması ve İadesi, s. 92; KARAYALÇIN, Kontragaranti/Ödeyen Bankanın Sorumluluğu, s. 51; GIGER, s. 39, 40; CONNOLLY, s. 241 vd.; VURAL, s. 84; AKYOL, s. 173; TURANBOY, s. 58; ARAL, s. 133, 141. Yazar, teminat mektuplarının BK m.110'da (TBK m.128) düzenlenen üçüncü şahsın fiilini taahhüt şeklinde bir garanti sözleşmesi olduğunu, bu nitelendirmenin özellikle ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları için geçerli olacağını belirtmektedir. Benzer bir şekilde İtalyan Hukukunda da ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının bağımsız garanti sözleşmesi olarak nitelendirildiği hususunda bkz. BRAGGION, s. 35. Yazar ayrıca ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının (bağımsız garanti sözleşmesi) kefaletten farklı olduğunu ve bu farkın teminat mektubunun metni incelenerek ancak tespit edilebileceğini, her iki sözleşmenin birbirinden ayırt edilebilmesi için teminat mektuplarında kullanılan "ilk talepte", "koşulsuzca", "istisnasız" kelimelerinin bankanın ödeme mecburiyetini tanımladığını ve bu sayede kefaletten ayırt edilmesini sağladığını ifade etmektedir. HAZNEDAR, s. 77. Ayrıca bkz. TEKİNALP, s. 393; KAPLAN, s. 127. Yazar, bankanın müşteri ile yaptığı işlemlerin konusuna göre yapılan ayrıma göre teminat mektuplarının garanti sözleşmeleri arasında yer aldığını belirtmektedir.

Teminat mektuplarının hukuki niteliği ile ilgili doktrinde farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Barlas, teminat mektuplarının hukuki niteliğinin ne kefalet ne de garanti sözleşmesi olduğunu, bu sebeple her bir teminat mektubunun içeriğine ve hükümlerine göre hukuki niteliğinin ayrı ayrı tespitinin mümkün olduğunu, bunlara rağmen genelleme yapmak gerekirse teminat mektuplarının hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olarak kabulüne engel bulunmadığını belirtmiştir. Bkz. BARLAS, s. 48. Ayrıca bkz. DOĞAN, s. 36; KAYA, s. 216, 218. Yazar, garanti niteliğindeki teminat mektuplarında bankanın muhataba karşı müşterisi ile olan ilişkisinden bağımsız bir ödeme yükümü altına girdiğini, özellikle ilk talepte ödeme kayıtlı olan garantilerin bağımsız tek tarafa borç yükleyen ve sui generis bir sözleşme olarak yorumlanmasının gerekli olduğunu belirtmektedir. Akyazan, teminat mektuplarının bir kefalet sözleşmesi niteliğinde olmadığı gibi tam anlamıyla başkasının fiilini taahhüt veya garanti sözleşmesi de sayılamayacağını ve fakat kefalet ve garanti sözleşmesinin karması, nevi şahsına münhasır bir teminat müessesesi olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. AKYAZAN, Teminat Mektupları, s. 27; AKYAZAN, Tatbikatta Banka Teminat Mektupları, s. 571. Sengir, banka teminat mektuplarının "geniş anlamıyla bir garanti aktinden madut olmakla beraber durumuna göre bazen bir kefalet bazen de bir garanti mukavelesi mahiyeti gösterdiğini" belirtmektedir. Bkz. SENGİR, s. 597, 598. Erzurumluoğlu, garanti ve kefalet sözleşmelerinin hukuki nitelikleri yönünden teminat mektupları ile benzerlik içerisinde olduğunu, ortak yönlerinin bulunmasına rağmen birçok noktada teminat mektuplarının bu sözleşme triple-

risi lehtar lehine teminat mektubu düzenlemesi ve müşterisinin edimini garanti etmesi bir başka deyişle, hizmette bulunması karşılığında lehtardan komisyon adı altında ücrete hak kazanmasını²⁵, banka tarafından garanti edilen edimin önceden belirlenmiş olmak kaydıyla vermek, yapmak ya da yapmamak şeklinde bir edim olabilmesini, garanti sözleşmesinin unsurlarından olan riskin edimin yerine getirilmemesi ile gerçekleşebilmesini ve riskin meydana gelmesi halinde banka tarafından yapılacak ödemenin tutarının belirlenebilmesinin yetersiz olduğunu, buna karşın mutlaka belirlenmiş olması gerektiğini, sıralamak mümkündür²⁶.

rinden ayrıldığını, teminat mektuplarının bankaların kefil olabileceği haller için verilebileceği gibi başkalarının girişimlerinden doğacak tehlikelerin karşılanmaları için de verilebileceğini, bu sebeple banka teminat mektuplarının hukuki niteliği hakkında kesin bir görüş belirtme olanağının bulunmadığını ve teminat mektupları da dahil olmak üzere kişisel teminat işlemlerinin tümünü kapsayacak genellemelerden kaçınmak gerektiğini belirtmektedir. Bkz. ERZURUMLUOĞLU, s. 121-133.

²⁵ Yargıtay'ın bankanın, müşterisi lehtarın dışında bir başka kişinin borcu için teminat mektubunu tazmin edememesi ile ilgili olarak bkz. Y. 19. HD, 2004/5496 E., 2005/1882 K., 25.02.2005 T. (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/1_ekim-31_ekim06.htm erişim 06.07.2011). Ayrıca bkz. Y. 11. HD, 2003/7598 E., 2004/2149 K., 08.03.2004 T. “*Bu durumda, 4580 sayılı teminat mektubunun sadece ilgili olduğu işe istinaden verilmiş bulunması karşısında, dava dışı müteahhidin davacıya söz konusu teminat mektubunun ilgili bulunduğu sözleşme kapsamında kalan bir borcunun olup olmadığı incelenerek hasıl olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm tesisi hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.*” (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/1_ekim-31_ekim06.htm erişim 06.05.2011). Ayrıca bkz. YHGK, 2001/11-995 E., 2001/1025 K., 14.11.2001 T. “*Kural olarak teminat mektubu iade edilinceye kadar bankanın komisyon talep etme hakkı bulunmaktadır.*” (www.karar.fatihaytac.com.tr/karars/580901 erişim 05.05.2011); Y. 19. HD, 1996/7533 E., 1997/2292 K., 07.03.1997 T. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/19hd-1992-705.htm> erişim 05.06.2011); YHGK, 2007/11-852 E., 2007/892 K., 28.11.2007 T. (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/1_haziran-30_haziran08.htm erişim 15.10.2011).

²⁶ TEOMAN, Teminat Mektubu, s. 218; KAHYAOĞLU, s. 27; REİSOĞLU, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s. 95; GAO, s. 1-15; CAEMMERER, s. 352, 353; TEOMAN, Banka Teminat Mektupları, s. 60; BERTRAMS, s. 11-25; DOĞAN, s. 121; KOZOLCHYK, s. 7-11; AKYOL, s. 176; CARR, s. 474; GIGER, s. 39, 40; BLAU/JEDZIG, s. 725, 726; SENGİR, s. 598; MUGASHA, s. 58; YAKIŞIKLI, s.95; HAZNEDAR, s. 77; BAĞCI, s. 699; ÖZDEMİR A., s. 261-263. Ayrıca bkz. Y. 11. HD, 2006/5679 E., 2007/8483 K., 04.06.2007 T. “*Teminat mektupları BK'nun 110. maddesi*

Teminat mektupları, bankacılık uygulamasında esas alınan kriterlere bağlı olarak farklı şekillerde tasnif edilebilmektedir²⁷. Buna göre teminat mektupları, geçerli oldukları sürelerle göre vadeli (sürelî) – vadesiz (süresiz) teminat mektupları; bankanın taahhüt ettiği meblağa göre limitli – limitsiz teminat mektupları; muhatap ile lehtar arasındaki sözleşmenin ticari iş niteliğini haiz olup olmamasına göre ticari teminat mektupları – ticari olmayan teminat mektupları; teminat mektubunun içeriğini oluşturan garantinin konusuna göre, serbest konulu - gümrüklere hitaben verilen - vergi dairelerine hitaben verilen - mahkemelere ve icra dairlerine hitaben verilen teminat mektupları; rizikonun niteliğine göre, saf teminat mektupları - kefalet benzeri teminat mektupları; bankanın temin ettiği garantinin niteliğine göre ise ilk talepte ödeme kayıtlı – geçici - avans teminat mektupları olarak sınırlı sayı ilkesine bağlı kalınmaksızın tasnif edilebilir²⁸. Nitekim biz de çalışmamızın

sinde düzenlenen 3. kişinin fiilini taahhüt niteliğindedir. Banka muhataba karşı asıl borçlu olan lehtarın borcunu taahhüt etmektedir. Teminat mektupları kıymetli evrak niteliğinde olmadıklarından bankanın borcu sebebe bağlıdır. Banka, teminat mektubu ile belli ve bağımsız bir riski garanti eder. Bu risk gerçekleştiği ölçüde sorumludur. Güvence altına alınan risk gerçekleşmediği takdirde, ödeme talebinde bulunulması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.” (<http://www.turkavukatlar.com/27735/banka-teminat-mektubu-bankan%C4%B1n-sorumlulu%C4%9Fu> erişim 21.10.2011). Ayrıca bkz. Y. 12. HD, 2003/16972 E., 2003/21995 K., 07.11.2003 T. (http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/yld_findKarar erişim 15.08.2011). Aksi yönde karar için bkz. YGBK, 1969/4 E., 1969/6 K., 11.06.1969 T. “*Şu halde bankalar kefil olabilecekleri gibi garanti de verebilirler. Bu sebeple işlemlerin mahiyeti tesbit edilirken bu gibi şahsi teminat muamelelerinin tümünü kapsayacak şekilde bir sonuca varılması doğru olmaz.*” (Naklen, ERZURUMLUOĞLU, s. 133.)

²⁷ İsviçre bankacılık sisteminde uygulaması olan teminat mektuplarının da ihale bonusu (bid bond), avans ödeme garantisi (advance payment guarantee), performans bonusu (performance bond), ödeme garantisi, ki bunu ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu olarak nitelendirmek mümkündür (payment guarantee) ve belirli bir kredi miktarını güvence altına alan garanti (guarantee securing a credit line) olarak tasnif edildiğini görmekteyiz. Bkz. (http://www.ubs.com/1/e/ubs_ch/bb_ch/finance/trade_exportfinance/bankgarantie/garantie/erscheinungsformen.html 12.05.2011)

²⁸ CAEMMERER, s. 351; BARLAS, s. 13-25; TEKİNALP, s. 374-377; AKYOL, s. 169-172; DOĞAN, s. 62, 68, 71, 82; BLAU/JEDZIG, s. 725; ERZURUMLUOĞLU, s. 122; AKYAZAN, Teminat Mektupları, s. 17; CARR, s. 483; AKYAZAN, Tatbikatta Banka Teminat Mektupları, s. 568; RIGGS, s. 11; DE SMEDT, s. 19; BERTRAMS, s. 37-45; CONNOLLY, s. 250; KÜNEY, s. 595-605; VURAL, s. 85; ÖZDEMİR A., s. 259, 260;

bundan sonraki kısmında, teminat mektupları ile temin edilen garantinin niteliğine göre gerçekleşen tasnif neticesinde bankacılık uygulamasında en çok rağbet gören teminat mektubu türü olarak karşımıza çıkan ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları özelindeki açıklamalarımıza yer vereceğiz.

D. İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Teminat Mektuplarının Özel ve Yaygın Bir Teminat Mektubu Türü Olması

Teminat mektuplarının hukuki müessese olarak cevap vermeye çalıştığı ihtiyaç, muhatabın lehtar ile o anda nakit para akışı olmasa da bankanın garantiliğinde kendini güvende hissederek hukuki ilişkiye girmeye ikna edilmesi ve bu sayede ücret veya başka bir ad altındaki masraf karşılığında banka müşterisi lehtar için kredinin ve muhatap lehine de lehtar ile olan ilişkilerinden bağımsız, borçlusu doğrudan banka olan bir teminatın sağlanmasıdır²⁹. Nitekim temin edilen garantinin niteliğine göre tasnifinde karşımıza çıkan ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları, bu ihtiyaca en fazla cevap verebilen teminat mektubu türü olması sebebiyle bankacılık uygulamasında itibar edilen ve yaygın şekilde rağbet gören teminat mektubu türü olarak öne çıkmaktadır³⁰. Mukayeseli hukuk açısından da paralel bir gelişimin gerçekleştiği ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının, bağımsız garantiler (independent guarantees), talep garantileri (on demand guarantees), ilk yazılı

AHVENAINEN, s. 15-18. Ayrıca bkz. Y. 11. HD, 1999/2159 E., 1999/4122 K., 18.05.1996 T.; Y. 11. HD, 1989/4046 E., 1990/8459 K., 27.12.1990 T.

²⁹ Karayalçın, teminat mektuplarında banka ile lehtar arasındaki ilişkide yer alan karşılıklı vecibelerin kıymetli evrak ile benzer şekilde yorumlandığını, bu sebeple teminat mektupları dolayısıyla yüklenilen borçların taraflarca aynen yerine getirilmesinin şart olduğunu ve bunun teminat mektuplarının sertliği olarak adlandırıldığını belirtmektedir. Bkz. KARAYALÇIN, Teminat Mektubu İlmuhaber Taşıyıcı Belgesi, s. 67.

³⁰ Reisoğlu, Türk bankacılık uygulamasında kesin teminat mektuplarında yer alan ibarelerin başlangıçtan günümüze kadar kullanıldığını, o kadar ki bu ibareleri içermeyen teminat mektuplarına nerdeyse hiç rastlanılmadığını, bu sebeple Türkiye’de teminat mektuplarının ekseriyetinin kesin teminat mektuplarının en önemli unsurlarından biri olan ilk talepte ödeme garantisini (first demand guarantee) içerdiklerini belirtmektedir. Bkz. REİSOĞLU, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s. 94. Aral, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının ayrıca temel borç ilişkisinden doğan def’ilerin ileri sürülemeyeceği kaydını taşıması halinde garanti sözleşmesi niteliği noktasındaki soru işaretlerinin tamamı ile ortadan kalkacağını belirtmektedir. Bkz. ARAL, s. 141. Ayrıca bkz. TEOMAN, Banka Teminat Mektupları, s. 187; TEOMAN, Banka Garantisi, s. 234.

talepte banka garantileri şeklinde (first [written] demand bank guarantees) isimlendirildiğini de görmekteyiz³¹.

İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının ayırıcı özelliği, mektup metninde, lehtarın edimini garanti eden bankanın, teminat mektubunda belirtilen riskin meydana gelmesi, bir başka deyişle garanti kapsamında yer alan edimin hiç ya da tamamı ile yerine getirilmemesi sebebiyle muhatabın tazmin talebinin gerçekleşmesi halinde, protesto düzenlenmesine, mahkeme kararına, herhangi bir ihtar ya da ihbara, lehtarın yazılı ya da sözlü onayına ihtiyaç duyulmaksızın³², ayrıca talebin hukukiliği araştırılmaksızın, tazmin talebinin kabulünü engelleyen def'iler ileri sürülmeksizin, lehtar ile muhatap arasındaki hukuki ilişki münasebetiyle ortaya çıkan uyuşmazlık dikkate alınmaksızın, muhataba veya temsilcisine, teminat mektubunda açık bir süre belirtilmediği takdirde derhal ve gecikmeksizin, teminat mektubu bedelini talep tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süre için işleyecek gecikme faizi ile birlikte nakden ve tamamen ödeyeceği şeklindeki taahhütlerine veya aynı anlama gelen benzer ifadelerine yer verilmesidir³³. İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının bir diğer özelliği, garantör bankanın muhataba, tazmin talebi karşısında bu talebi derhal yerine getirmeyi ve yerine getirirken ona sözleşmenin geçersizliği hakkında herhangi bir itirazı dahi ileri sürmemeyi yüklenmesidir. Unutulmaması gerekir ki, bir teminat mektubuna ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu olma özelliğini veren şey o teminat mektu-

³¹ BRAGGION, s. 35 vd; CONNOLLY, s. 251; AHVENAINEN, s. 2; LORENZ & PARTNERS, s. 2 vd; RIGGS, s. 11; BLAU/JEDZIG, s. 725 vd.; GIGER, s. 39 vd.; MUGASHA, s. 21, 22; DE SMEDT, s. 19; CONNOLLY, s. 251; Austrian Supreme Court, December 15, 1998, 1 Ob, 318/98s. Bkz. (<http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/detail.aspx?g=767abd85-af2b-4ad7-bbeb-cadb7280ac85> erişim 12.04.2011).

³² Aksi yöndeki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. YHGK, 2002/19-457 E., 2002/509 K., 12.06.2002 T. “*Bu durumda davacı bankanın S.....Demir Çelik AŞ’ye ödediği teminat mektubu bedellerini davalılardan tahsile girişmekte haklıdır. Ancak mahkemece teminat mektubu bedellerinin geç ödenmesinden dolayı oluşan temerrüt faizi ve ek-lentilerinden lehine teminat mektubu düzenlenmiş olan davalı M.... A.Ş. ’nin verdiği talimat nedeniyle müterafik kusurlu olabileceği gözetilerek konusunda uzman bilirkişiden bu yönde ayrıntılı rapor alınarak*” (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/1_eylul-30_eylul03.htm erişim 12.07.2011).

³³ MUGASHA, s. 22, 23; DE SMEDT, s. 19, 20; AHVENAINEN, s. 15; KAHYAOĞLU, s. 19, 20, 36, 59, 63; KAYA, s. 217; TEOMAN, Banka Garantisi, s. 235; BRAGGION, s. 36.

bunun üzerinde yazılı olan ve teminat mektubunun türünü gösteren ibare değildir; söz konusu teminat mektubunun içeriğini oluşturan garantinin banka tarafından ifade edildiği şeklidir. Bu sebeple, bir teminat mektubunun ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu olduğu yönündeki kanaate ancak mektubun içeriğini oluşturan ifadelerin incelenmesi ile ulaşmak mümkündür. Teminat mektubunun metninin incelenmesi neticesinde, ibraz eden muhatabın sadece tazmin talebinde bulunmuş olmasının, tazmin için gerekli riskin meydana gelmesi açısından yeterliliği tespit edilebiliyorsa, bir başka deyişle teminat mektubunda garanti edilen edimin yerine getirilmediği hususunun ispat edilmesine gerek duyulmuyorsa, söz konusu teminat mektubunun ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu olduğu yönündeki kanaate ulaşılabilecektir.

İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının muhatap lehine en tatmin edici seviyede teminat sağlayabilmesinin ve dolayısıyla ticari hayatta yüksek oranda rağbet görmesinin sebebi, biraz önce izah ettiğimiz şekilde, bankanın muhataba teminat mektubundaki taahhüdü dolayısıyla muhatabın lehtar ile arasındaki ilişkisinden tamamı ile bağımsız bir şekilde ve yine sadece muhatabın tazmin talebi ile teminat mektubunda gösterilen bedeli ödeme yükümlülüğü altına girmiş olmasıdır³⁴. Bu durum, bankanın haksız taz-

³⁴ “Dava konusu nakdi teminatın belirleyeceği muteber bir bankanın mevcut nakdi teminata karşılık teşkil eden miktarda ve istek halinde derhal itiraz ve hüküm istihsaline mahal kalmadan ödeme taahhüdünü havi bir teminat mektubuna çevrilmesine ve karşılıklı ve aynı zamanda olmak üzere böyle bir banka teminat mektubu verilmesine ve nakdi teminatın da davacı kiracıya iadesine karar vermesi gerekir.” Bkz. Y. 13. HD, 1982/5281 E., 1982/7400 K., 03.12.1982 T. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/yargitay/yd70.htm> erişim 20.07.2011); “Her ne kadar davalı banka, davacı şirket ile dava dışı Bayındır İnşaat A.Ş. arasında imzalanan sözleşmedeki edimlerin yerine getirilip getirilmediğinin, teminat mektubunun tazmini istemi açısından araştırılması gerektiğini savunmuş ise de, 863120 nolu teminat mektubunun BK.nun 110. maddesi gereğince asıl borç ilişkisinden bağımsız bir taahhüt niteliği taşımasına (garanti sözleşmesi) ve "kayıtsız şartsız ilk talepte ödeme" koşulunu ihtiva etmesine göre bu yöndeki savunma ve Otoyol yapımı sözleşmesinin tarafları arasında İCSID (Uluslar arası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi)' de görülen tahkim davasının sonucunun beklenmesi istemi yerinde görülmemiştir.” Bkz. Y. 19. HD, 2004/3985 E., 2005/513 K., 01.02.2005 T. (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/1_eylul-30_eylul06.htm erişim 14.06.2011); “Davacı tarafından açılmış bir menfi tespit davasının ve alınmış bir tedbir kararının varlığı iddia ve ispat edilmediğine göre, davacı bankanın davalının teminat mektuplarının tazmini istemine karşı çıkmasına hukuken olanak bulunmamaktadır.” Bkz. Y. 11. HD, 2006/11050 E., 2008/2572 K., 04.03.2008 T. (YKD, C.36, S.7, Temmuz 2010, s.1243-1245.).

min taleplerine karşı ödemezlik def'inde bulunma hakkının ve aynı zamanda yetkisinin sınırlandırılması anlamına da gelmektedir; zira muhatap tarafından teminat mektubu bankaya tazmin talebi ile birlikte ibraz edildiğinde, banka tarafından tazmin talebinin gereğinin kayıtsız ve şartsız yerine getirilmesi gerekir³⁵. Banka muhataba, muhatap ile lehtar arasında yer alan ve aslında teminat mektubuna dolaylı dahi olsa dayanak teşkil eden hukuki ilişkinin sakat veya batıl olduğunu def'i olarak ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınmaz, çünkü banka ile muhatap arasında teminat mektubu sayesinde varlık kazanan hukuki ilişki bağımsız garanti sözleşmesi niteliğini haizdir ve bu bağımsız hukuki ilişkide muhatap ile lehtar arasındaki hukuki ilişkiden doğan def'iler de ileri sürülemez³⁶. Aynı sebeplerle, muhatap ile lehtar arasındaki borç ilişkisi batıl olsa dahi bu durum muhataba karşı bankanın teminat mektubundaki yükümlülüklerini yerine getirmemesine tek başına haklı bir gerekçe teşkil edemez. İzahına çalıştığımız gerekçelere paralel şekilde, lehtarın, teminat mektubu ile meydana gelen hukuki ilişkinin tarafını teşkil edememesi sebebiyle, bankanın muhatabın tazmin talebini yerine getirmemesini engellemek amacıyla teminat mektubunun iptali veya iadesi davasını ikame edebilmesinin de mümkün olmadığı; zira lehtarın söz konusu davalarda teminat mektubu ilişkisinin tarafını teşkil etmediği için aktif husumet şartının gerçekleşmediği ileri sürülmüştür³⁷. İşte muhatap açısından avantaj teşkil eden, teminat mektubunun muhataba ödenmesi hususunda bankanın yüklen-

³⁵ BLAU/JEDZIG, s. 725 vd.; CARR, s. 500; GIGER, s. 40; DE SMEDT, s. 19, 20; BRAGGION, s. 36. Ayrıca bkz. YHGK 1979/1-1941 E., 1981/560 K., 03.07.1981 T. “*Bununla beraber banka, sırf kendisine ait def'ilerle mektup bedelini ödemekten imtina edebilir. Teminat mektubunun zamanaşımına uğraması sahte olması gibi def'ileri ileri sürebilir. Bankanın bunlar dışında itiraz ve dava hakkı düşünülemez.*” (www.kazanci.com/kho2/ibb/yargitay/yd5.htm erişim 20.07.2011).

³⁶ Bkz. ve karşı. Y. 15. HD, 1999/557 E., 1999/1435 K., 15.04.1999 T., “*İdare tutanakla belirlediği tarihler arasında hava koşulları nedeniyle çalışma yapılamadığını saptamak suretiyle mücbir sebebin varlığını kabul ettiğine göre, süre uzatımı vermesi gerekirken sözleşme eki Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 47. maddesindeki fesih yöntemine aykırı biçimde sözleşmeyi eylemli olarak fesh edip teminatı irad kaydetmesi doğru değildir.*” (YKD, C.26, S.2, Şubat 2000, s.239, 240); Y. 15. HD, 2001/3766 E., 2002/305 K., 23.01.2002 T. “*İşin süresinde sonuçlandırılmamasında her iki tarafın da kusurlu olduğu açık olduğundan, mahkemece, yanlar arasındaki ilişkinin tasfiye edilerek sonuçlandırılması gerekir.*” (YKD, C.28, S.11, Kasım 2002, s.1683-1685).

³⁷ POSTACIOĞLU, s. 175-182; SOMUNCUOĞLU, Aktif Husumet, s. 67; SOMUNCUOĞLU, Davalarda Sıfat, s. 131-134.

diği taahhüt o kadar kesinlik arz etmektedir ki, bankacılık uygulamasında ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu teriminin yanında kesin teminat mektubu terimi de kullanılmaktadır. Nitekim doktrinde de ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının muhataba sağladığı teminatın kesinliği dikkate alındığında, görüldüğünde ödenecek poliçelere ve bonolara benzetildiğine şahit olmaktadır³⁸.

II. İLK TALEPTE ÖDEME KAYITLI TEMİNAT MEKTUPLARINDA BANKANIN TAZMİN TALEBİNİ İNCELEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRLARI

A. Bankanın İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Teminat Mektuplarının Tazmin Talebini İnceleme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Dayanakları

İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında, bankanın teminat mektubundaki garanti edimini yerine getirmek hususunda kayıtsız ve şartsız bir taahhüt altına girmesi sayesinde, muhatap açısından sağlanan hukuki güvenenin derecesi, teminat mektubundaki alacağın tazmin ve tahsil edilebilmesi hususunda kesinlik arz edecek seviyede anlaşılabilir de istisnai ihtimallerin varlığı halinde, durum muhatap açısından o kadar da net değildir. Muhatabın tazmin talebinin, ahlaka, adaba ve kişilik haklarına aykırılığı, objektif imkansızlığı vb. gibi butlan sebepleri ile tazmin talebinin zamanaşımına uğraması gibi banka ile muhatap arasındaki garanti sözleşmesi niteliğindeki teminat mektubundan doğan def'i sebepleri gereğince haksız veya dürüstlük kuralına aykırı olması ve tüm bu hususların likit deliller ile ispatlanması ya da lehtarın bankanın ödemesini engellemek amacıyla ihtiyati tedbir kararını süresinde bankaya ibraz etmesi gibi durumlarda ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu da olsa, bankanın muhatabın tazmin talebini reddetmesi banka açısından yetkiden ziyade bir gerekliliktir³⁹. Bu gereklilik, bankanın

³⁸ KAHYAOĞLU, s. 69; CARR, s. 464 vd.

³⁹ KARAYALÇIN, Teminat Mektubu-İlmuhaber Taşıyıcı Belgesi, s. 73; KARAYALÇIN, Kontragaranti/Ödeyen Bankanın Sorumluluğu, s. 51; REİSOĞLU, Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü, s. 73, 74, 76; TEKINALP, s. 384; KAHYAOĞLU, s. 77, 123; BARLAS, s. 72, 75; AKYOL, s. 164, 176, 177; DOĞAN, s. 197; KAYA, s. 229; KÜNEY, s. 635; AKYAZAN, Tatbikatta Banka Teminat Mektupları, s. 569, 574; AKYAZAN, Teminat Mektuplarında Zamanaşımı, s. 1, 13; YAKIŞIKLI, s. 96, 97; BRAGGION, s. 36, 37; KAYA, s. 216, 229. Yazar, muhatabın bankadan talebinin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi halinde bankanın tazmin talebini reddetmesinin ve reddettiğini müşterisi lehtara bildirmesinin müşterisi ile aralarında im-

garantör sıfatıyla aynı zamanda müşterisi olan lehtarın, aralarındaki sözleşme gereği, menfaatlerini korumakla en azından gözetmekle yükümlü olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁰. Aynı gerekçeler, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu ile meydana gelen hukuki ilişkinin borçlu tarafı olan banka açısından da, teminat mektubunda yazılı bedelin kendisine yöneltilen her tazmin ve tahsil talebi üzerine ödenmesi şeklinde, kesin bir yetkinin söz konusu olamayacağını göstermektedir⁴¹. Bankanın bu kesin yetkiye sahip olmamasının sebebi, tazmin talebinin haklılığını veya TMK m.2'ye uygunluğunu her durumda inceleme yükümlülüğüne tabi olması ile açıklanabilir. Bu yükümlülük ve bu yükümlülüğün sınırları aynı zamanda, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının muhatap lehine sağladığı teminatın derecesini ve sınırlarını da tayin etmiş olacaktır.

İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu dolayısıyla meydana gelen garanti sözleşmesi gereğince, bankanın muhataba karşı üstlendiği derhal, kayıtsız ve şartsız ödeme borcunun varlığı ve buna rağmen banka tarafından tazmin talebinin haklılığının ya da dürüstlük kuralına uygunluğunun incelenmesi yükümlülüğü, bankanın muhatabın tazmin talebi karşısındaki davranış şeklini de belirleyecektir. Bu davranış şekli, kendisine ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubunun tazmini ve tahsili hususunda bir talep yöneltilen bankanın, hiçbir araştırma yapmadan, teminat mektubunun tazmini ve tahsili için gerekli koşulların oluşup oluşmadığını incelemeyen, muhatap açısından teminat mektubunun tazmini ve tahsili hususunda bir mani halin bulunup bulunmadığını değerlendirmeden ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubunda yazılı olan bedeli muhataba derhal ve aynen ödemesine engeldir. Aksi bir durumda, bu inceleme yükümlülüğünün gereği yerine getirilmeden banka tarafından ödemenin gerçekleştirilmesi halinde bankanın bu ödemenin kaynağının ve sorumluluk açısından ortaya çıkan hukuki sonuçlara katlanması gerekecektir⁴². Bunun karşısında, bir an için ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubunun konusunu oluşturan garanti yükümlülüğünün kapsamına, her şart altında hiçbir inceleme yapılmaksızın, tazmin talebine karşılık ödemenin önce yapılması ve gerekirse bu ödemenin hukuka aykırılığı sebebiyle dava açılmasının gireceği ileri sürülebilirse de bu ihtimal, yargılama hukukuna

zalan ve vekalet ilişkisi niteliğini haiz bankacılık sözleşmesinin bir gereği olduğunu belirtmektedir. Aynı yönde görüş için bkz. ÖZBEK, s. 51, 52.

⁴⁰ BRAGGION, s. 36, 37; ÖZBEK, s. 54.

⁴¹ REİSOĞLU, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s. 96; KAHYAOĞLU, s. 19, 20; ÖZBEK, s. 54.

⁴² KAHYAOĞLU, s. 63.

yerleşmiş olan usul ekonomisi prensibi ile örtüşmeyeceği için bizim de katıldığımız şekilde doktrinde dışlanmaktadır⁴³.

İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu dahi olsa, bankanın her durumda tazmin talebine uygun şekilde ödemeyi gerçekleştirme gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığı, bankanın her şeye rağmen tazmin talebini reddedebileceği, bu sebeple tazmin talebinin kabul edilebilirliğini bankanın inceleme yükümlülüğünün her durumda mevcut olduğu, zira teminat mektubunun ilk talepte ödeme kayıtlı olmasının sadece bankanın ödeme yükümlülüğü ile ilgili olarak ispat külfetinin yer değiştirmesi gibi bir etkiyi haiz olduğu da ileri sürülebilir⁴⁴. Kanaatimizce bu husus, bankanın inceleme yükümlülüğünün mevcudiyetinin bir gerekçesi değil, bir sonucu olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bir başka deyişle, teminat mektubunun paraya çevrilmesi talebi reddedilen muhatap, tazmin talebini yargıya taşıdığı takdirde, ispat yükünün muhatap değil, bankanın üzerinde gerçekleşeceği, muhatabın sadece teminat mektubundaki riskin gerçekleştiğini beyan etmesine ve teminat mektubundaki bedelin tazminini talep etmesine rağmen banka tarafından ödemenin gerçekleştirilmediğinin ispatının yeterli olacağı; bankanın ise teminat mektubunun paraya çevrilmesi için gerekli koşulların oluşmadığını, oluşmuş olsa dahi talebin haksız veya hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi sebebiyle bu talebin kabul edilemeyeceğini ispatlamasının şart olduğu kabul edilmelidir.

B. Bankanın İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Teminat Mektuplarının Tazmin Talebini İnceleme Yükümlülüğünün Sınırları

Bankanın muhatabın tazmin talebi karşısında bu talebin haklılığını inceleme yükümlülüğüne rağmen, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında bankanın muhataba derhal, şartsız ve kayıtsız ödemeyi de ayrıca üstlenmesi karşısında, bankanın muhatabın tazmin talebini inceleme yükümlülüğünü, sınırları bulunmayan ve muhatabın tazmin talebini anlamsız kılacak bir yükümlülük şeklinde değerlendirmemek gerekir. Bu sebeple, bankanın tabi olduğu inceleme yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesi, garanti sözleşmesi niteliğindeki teminat mektubu vesilesiyle meydana gelen hukuki ilişkinin bir tarafı olan muhatabın ve banka ile arasındaki bankacılık sözleşmesinin bir tarafı olan lehtarın, hukuken korunmaya değer menfaatleri arasında makul bir dengenin kurulabilmesi için de gereklidir. İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları muhatap açısından çok üst seviyede bir güvenceyi sağlamasına rağmen lehtar açısından da aynı derecede riski beraberinde ge-

⁴³ REİSOĞLU, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s. 96.

⁴⁴ REİSOĞLU, Teminat Mektupları ve Kontragarantiler, s. 69; DOĞAN, s. 64.

tirmektedir⁴⁵. Nitekim biz de çalışmamızın bu başlığı altında doktrindeki görüşlerden ve mahkeme kararlarından da yararlanarak bankanın muhatabın tazmin talebini inceleme yükümlülüğünün sınırlarını belirlemeye ve bu sınırların belirlenmesinde esas alınacak kriterleri tespit etmeye çalışacağız.

1. Doktrindeki Görüşler

Doktrinde, bankanın muhatabın tazmin talebini inceleme yükümlülüğünün sınırlarını geniş bir çerçevede kabul eden görüş, meselenin çözümü için, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu olsa dahi bankanın, muhataba karşı teminat mektubu ile oluşan garanti sözleşmesinin hükümsüzlüğü davasını açarak ve garanti sözleşmesinin hükümsüzlüğüne karar aldırarak muhataba ödeme yapmaktan imtina edebileceğini, bunun için muhatabın tazmin talebinin kötünietli ve hileli olması gerektiğini, bu sebeple bankanın muhatabın kötünietli ya da hilesi bulunup bulunmadığını inceleme ve neticesine göre tedbir alabilme konusunda yetkiyi haiz olduğunu ileri sürmüştür⁴⁶. Ayrıca ödemenin gerçekleştirilebilmesi için, garanti alanın riskin gerçekleştiğini ispatlaması gerektiği, bankanın da garanti veren müşterisinin vekili sıfatıyla gerekli özeni göstermekle yükümlü olduğu için ödeme talebinde bulunan garanti alanın beyanıyla bağlı kalmayacağı, gerektiğinde ödeme talebi hakkında müşterisini bilgilendirebileceği ve hatta bilgilendirmesinin özenli bir vekil sıfatıyla davranan bankanın yerine getirmesi gereken bir yükümlülük arz edeceği; aksi takdirde vekâlet sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen ve müşterisinin zararına sebep olan bankanın bu zardan dolayı sorumlu olacağı görüşü de ileri sürülen diğer hususlar arasında yer almıştır⁴⁷.

Doktrinde ayrıca ve daha baskın bir şekilde karşımıza çıkan yaklaşım ise, ilk talepte derhal ödeme kayıtlı teminat mektuplarında muhatabın tazmin talebi karşısında bankanın öncelikli yükümlülüğünün tazmin talebinin gereğini derhal, kayıtsız ve şartsız şekilde yerine getirmekten ibaret olacağını, banka açısından, usulüne uygun şekilde gerçekleşen tazmin talebinin yerine getirilmesinin gerektiğini, hatta bu hususun banka açısından sadece bir yükümlülük değil yetki olarak da kabul edileceğini, ancak bu tazmin yükümlü-

⁴⁵ Muhatap, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu ile kendisine sağlanan güvence sayesinde dilediğinde teminat mektubunu paraya çevirme hakkına sahip bir taraf olarak kabul edilebilir, yeter ki lehtarın kendisine karşı borcunu yerine getirmediğini hissetsin. Bkz. AHVENAINEN, s. 19.

⁴⁶ KARAYALÇIN, Teminat Mektubunun Hükümsüz Sayılması ve İadesi, s. 94, 95; ÖZBEK, s. 54, 55; CARR, s. 500.

⁴⁷ ÖZBEK, s. 54, 55.

lüğünün yine de keyfi bir şekilde yerine getirilemeyeceğini, bu sebeple bankanın tazmin talebinin gereğini yerine getirebilmesi için ancak tazmin talebinin hukuka ve teminat mektubunun metnine uygunluğunun tespit edilmesi gerektiğini benimsemiştir⁴⁸.

Baskın şekilde kabul gören bu görüşe göre, bankanın inceleme yükümlülüğü, tazmin talebinin hukuka ve teminat mektubunun metnine uygunluğunun denetimi şeklinde karşımıza çıkmaktadır ve bu denetim sadece şekli bir incelemeden ibaret olabilir. Şekli inceleme ise bankanın, ödeme talebi ile başvuran kişinin gerçekten garanti alan olup olmadığını teminat mektubu üzerindeki bilgileri başvuran kişinin bilgileri ile karşılaştırarak tespiti ile gerçekleşebilir⁴⁹. Bankanın bunun ötesinde esasa ilişkin bir inceleme yükümlülüğü veya yetkisi söz konusu değildir. Bankanın aksi yönde bir davranışı, muhatap tarafından bankanın dava edilmesine yol açabilir. Bu yöndeki kabul sayesinde, inceleme yükümlülüğünün sınırlarının şekli kimlik denetimi ile tespiti, sadece ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubundan hukuki faydanın elde edilmesi sebebiyle muhatabın değil, aynı zamanda temel ilişkinin tarafları arasında çıkabilecek muhtemel ihtilafların dışında kalması sebebiyle bankanın da lehine bir çözüm olmaktadır⁵⁰.

Yukarıda ileri sürülen görüşlere ilaveten, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında geçerli olan önce öde sonra dava et prensibi ve bankanın inceleme yükümlülüğünün sınırlarının şekli incelemenin yeterliliği ile açıklanması karşısında, lehtarın üstlenmiş olduğu riskin en üst düzeyde olacağı ve hatta olması gerektiği zira, lehtarın, bankası ile teminat mektubu ilişkisine girecek muhatabı seçerken özenli davranması ve seçici olması ve aynı zamanda bankasına teminat mektubuna kendisini güvence altına alacak kayıtları koymasını da dikte edebileceğinin unutulmaması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür⁵¹. Bunun yanında, her şeye rağmen bankanın muhataba

⁴⁸ TEKİNALP, s. 384; REİSOĞLU, Teminat Mektupları ve Kontragarantiler, s. 57, 67, 68, 250, 287, 289; REİSOĞLU, Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü, s. 78; KAHYAOĞLU, s. 67; DOĞAN, s. 64, 66, 67; KAYA, s. 222-224; VURAL, s. 84.

⁴⁹ KAHYAOĞLU, s. 19, 20, 62; DOĞAN, s. 64, 66, 67.

⁵⁰ KAHYAOĞLU, s. 27, 62, 63.

⁵¹ KAHYAOĞLU, s. 19, 20; ARAL, s. 131; KAYA, s. 217. Yazar, garanti sözleşmesi niteliğini haiz ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının karakteristik özelliğinin önce öde sonra dava et prensibi olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca bkz. DOĞAN, s. 64, 66, 67. Yazar, önce öde sonra dava et prensibinin geçerliliğinin gerekçesini açıklarken, bankanın yapmış olduğu ödemenin sonuçlarına lehtarın katlanması gibi bir mecburiyetin bulunduğunu, zira lehtarın bankası ile teminat mektubu ilişkisine girecek muhatabı seçer-

ödeme yapması halinde ise lehtarın bu ödemenin haksızlığını iddia ettiği takdirde muhataba karşı dava açma hakkının bulunduğu, ayrıca tüm bu hal-lerde ispat yükünün banka üzerinde kalacağı, bu sebeple ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının ispat yükünün yerini değiştiren ve banka üzerinde ispat yükünü gerçekleştiren bir etkisinin de bulunduğu⁵², nitekim bankacılık uygulamasında lehtar tarafından edimin yerine getirilmesine rağmen, muhatabın elindeki teminat mektubunun hakkın kötüye kullanılması şeklindeki haksız tazmini talebi sebebiyle yargıya intikal etmiş uyuşmazlıklara da pek rastlanılmadığı altı çizilen diğer hususlardır⁵³.

Doktrinde son olarak, önce öde sonra dava et prensibinin istisnası şeklinde, bankanın, şekli bir inceleme yapmasına ve ödemeye engel teşkil eden bir hususu bu inceleme neticesinde tespit edememesine rağmen, teminat mektubunun garanti ettiği riskin sona erdiğini, riskin vadesi içinde gerçek-

ken, verilecek teminat mektubunun metnini tayin ederken kendisini hukuki güvence altına alacak kayıtları teminat mektubuna koydurabileceğini ve tüm bu aşamalarda lehtarın tacirden beklenen özeni göstermek zorunda olduğunun unutulmaması gerektiğini ifade etmektedir. Teminat mektuplarında bir banka müşterisinin lehtar sıfatıyla yer alabilmesi için tacir olması şart değildir. Nitekim tacir sıfatını haiz olmayan ve buna rağmen ticari işin tarafını teşkil eden bir banka müşterisinden tacirden beklenen özeni göstermesini beklemek, basiretli bir tacir gibi davranmak yükümlülüğü ile ilgili prensipler ışığında mümkün değildir. Kanun koyucu, TTK m. 20 f. 2 (6102 sayılı TTK m.18 f. 2) ile tacirin sadece ticari işletmesi ile ilgili olarak basiretli bir işadamı gibi hareket etmesini şart koşturmuştur. Bu sebeple lehtarın ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının banka tarafından bedellerinin ödenmesi sebebi ile ortaya çıkan sonuca katlanması gerektiği gibi bir düşünce ileri sürüldüğünde, kanaatimizce bu düşüncenin gerekçesi, lehtardan her durumda mutlaka tacirden beklenen, özen yükümlülüğünü göstermemesi olamaz.

⁵² REİSOĞLU, Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü, s. 79; KAYA, s. 228; TEOMAN, Banka Teminat Mektupları, s. 255. Yazar, teminat mektuplarının tazmin edilmesini isteyen yazılı talepten sonra, ancak, mektubu veren bankanın borcun zamanında yerine getirildiğini yani garanti edilen riskin ortadan kalktığını ileri sürerek ödemekten kaçınmak imkânı bulunduğunu, aksi düşüncenin kabulünün genel ispat kuralları ile de ters düşeceğini, yani alacaklı durumundaki bir kişinin olumsuz bir maddi olguyu kanıtlamak durumunda bırakılacağını ve bunun da kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Ayrıca bkz. AKYOL, s. 165. Yazar, bankanın baskın bir şekilde yükümlülüğü haiz teminat mektubu ilişkisi tarafı olduğunu ve her bankanın sözleşmeyi kaleme alan ve de üstelik sözleşmenin uzman tarafı olarak yapılan yanlıslara katlanması gerektiğini belirtmektedir.

⁵³ DOĞAN, s. 64, 66, 67; ARAL, s. 131; KAYA, s. 217; LORENZ & PARTNERS, s. 6.

leşmediğini ya da muhatap tarafından vadeye kadar tazmin talebinde bulunulmadığını ve dolayısıyla teminat mektubundan kaynaklanan tazmin yükümlülüğünün sona erdiğini öğrenmesi halinde de bankanın, muhatabın tazmin talebine karşı teminat mektubunun hükümsüzlüğünü ileri sürerek ödemeyi reddedebileceği görüşü benimsenmiştir⁵⁴. Daha genel bir ifade ile tazmin talebinin likit delillerle⁵⁵ ispatlanmış şekilde haksızlığı veya dürüstlük kuralına aykırılığı (TMK m. 2) banka tarafından kendisine lehtar tarafından yapılan ihbarı ciddiye alarak araştırması⁵⁶ sonucunda ya da her nasılsa bili-

⁵⁴ TEKİNALP, s. 384; DOĞAN, s. 67, 195, 196; KAHYAOĞLU, s. 19, 20, 96, 97; KAYA, s. 230.

⁵⁵ REİSOĞLU, Teminat Mektupları ve Kontragarantiler, s. 289. Yazar, muhatap tarafından düzenlenen belgeler ile üçüncü kişiler tarafından hazırlanan belgelerin teminat mektubunda zikredilmişse ancak likit delil olarak kabul edilebileceğine, buna karşın lehtar tarafından düzenlenen belgelerin ise likit delil olarak hüküm ifade edemeyeceğine işaret etmektedir. Doktrinde ayrıca Tekinalp, likit delilden muhatabın tazmin talebinin haksızlığını açık bir tarzda ortaya koyan delilin anlaşılması gerektiğini, muhatabın talebinin haksızlığına, bankanın veya müşterisinin değerlendirmesi veya yorumu ile varılıyorsa delilin likit delil olmadığını belirtmektedir. Bkz. TEKİNALP, s. 393. Braggion, eserinde bankanın ödeme talebini reddedebilmesine esas teşkil edecek delillerin güçlü, nihai ve objektif nitelikte olmasının gerekliliğinin altını çizmiştir. Yazar muhatabın haksızlığını “prima facie” olarak bir başka deyişle güçlü ve nihai olarak ispatlayan delillere ihtiyaç bulunduğunu, bir delilin güçlü ve nihai olarak nitelendirilebilmesi için tanık beyanına veya teknik bir uzmanlığa ihtiyaç bulunmaksızın muhatabın haksızlığının anlaşılması gerektiğini de ayrıca belirtmiştir. Bkz. BRAGGION, s. 36.

⁵⁶ Doktrinde Reisoğlu, aksi yönde görüş olarak muhatap tazmin talebinde bulunduktan sonra bankanın muhatabın talebinin haksız, hukuka aykırı olduğunu, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilip edilmediğini kendiliğinden araştırma, inceleme yükümlülüğünün bulunmadığını; bankanın bu yükümlülüğünün ancak lehtar tarafından kendisine kesin, likit deliller sunulduğu takdirde söz konusu olacağını belirtmektedir. Bkz. REİSOĞLU, Teminat Mektupları ve Kontragarantiler, s. 290; REİSOĞLU, Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü, s. 76. Ayrıca bkz. KAYA, s. 227, 228. Yazar, lehtarın riskin doğmadığı yahut sona erdiği yönündeki beyanlarına itibar edilemeyeceğini ve ilk talepte koşulsuz ödeme yapılacağını, banka açısından ölçünün teminat mektubundaki garantinin maddi şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmak olamayacağını, bu sebeple talebin şeklen geçerliliğinin ve teminat mektubundaki kayıtlara uygunluğunun yeterli olacağını aksi takdirde ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubunun anlamını yitireceğini belirtmektedir. Bkz. ve karşı. TEOMAN, Teminat Mektubu, s. 220.

niyorsa, öğrenilmişse, bankanın muhataba ödeme yapamayacağı⁵⁷, yapması halinde bankanın lehtara rücu etme hakkından mahrum kalacağı, yapamamasının sebebinin kendisine tanınan bir yetkiden değil, lehtar ile arasındaki bankacılık sözleşmesi gereği lehtarın koruma ve sadakat gösterme yükümlülüğünden kaynaklandığı ayrıca ileri sürülmüştür⁵⁸. İlk talepte ödeme kayıtlı da olsa teminat mektubunun mücerret bir borç ikrarı olmadığı, her şeye rağmen önce ödemesi ve daha sonra yapmış olduğu ödemeyi sebepsiz zenginleşme davası ile geri almasının bankadan beklenmesinin teminat mektubunun niteliği, genel hukuk prensipleri ve usul ekonomisi ile örtüşmeyeceği bu noktada ileri sürülebilen gerekçeler olarak öne çıkmaktadır. Her şeye rağmen banka tarafından, muhatabın tazmin talebinin haksızlığı veya hukuka aykırılığı veya hakkın kötüye kullanımı sebebiyle geri çevrilmesinin mümkün olduğu hallerin sınırlı ve istisnai haller olduğu, kural ve genel olanın ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında bankanın muhatabın talebi karşısında derhal ödemede bulunması şeklinde arz ettiği, bahsi geçen istisnai hallerin varlığı noktasında ise talebin haksızlığı, hukuka aykırılığı konusunda şüphenin bulunmasının yeterli olmayacağı, bu sebeplerle sadece şüphelerin bulunduğu hallerde banka ödediği takdirde bankanın ağır ihmali tespit edilse dahi bankanın bu ödemeden dolayı sorumlu tutulamayacağı da altı çizilen diğer hususlar olarak karşımızda yer almaktadır⁵⁹.

⁵⁷ Doktrinde Tekinalp, iki istisnai halde muhatabın tazmin talebinin reddedilebileceğini, bu istisnai hallerin ise muhatabın talebinin dürüstlük kurallarına, temel ilişkinin ise ahlaka aykırılığı halleri olduğunu belirtmiş ve diğer yazarlardan farklı olarak temel ilişkinin ahlak kuralına aykırılığını bankanın tazmin talebini red sebebi olarak saymıştır. Bkz. TEKİNALP, s. 393.

⁵⁸ BRAGGION, s. 36.

⁵⁹ REİSOĞLU, Teminat Mektupları ve Kontragarantiler, s. 57, 67, 68, 250, 287, 290; REİSOĞLU, Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü, s. 78; DOĞAN, s. 67, 195, 196; KAHYAOĞLU, s. 19, 20, 96, 97; KAYA, s. 230; TEOMAN, Teminat Mektubu, s. 219, 220. Ayrıca bkz. TEKİNALP, s. 384. Yazar, bankanın her durumda, sahte belgenin ibrazı dolayısıyla sorumlu olacağını, bu durumlarda bankanın sorumsuzluk kayıtlarından yararlanamayacağını ileri sürmektedir. BRAGGION, s. 36, 37. Yazar lehtarın bankanın ödemezlik def'inde bulunabilmesini sağlamak için temel borç ilişkisine ilişkin itirazlarını ileri sürebilmesinin çok sınırlı bir ihtimal ve imkan olduğunu, zira lehtarın muhatap ile garantör banka arasındaki birinci derecedeki ilişkinin dışında kaldığını belirtmektedir. Buna ilaveten yazar, lehtarın temel sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirememesinin sebebinin savaş, ambargo ve hükümeti ilgilendiren diğer sosyal olaylar gibi mücbir sebepler (force majeure) olması halinde ise bankanın muhatabın tazmin tale-

2. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Yüksek mahkeme kararlarında, bankanın muhatabın tazmin talebini inceleme yükümlülüğünün sınırlarından ziyade, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının banka tarafından derhal ve kayıtsız tazmini yükümlülüğünün sınırlarının tespit edilmeye çalışıldığını görmekteyiz⁶⁰. Yargıtay, 1990 tarihli bir kararında garanti sözleşmesi olarak hukuki nitelik arz eden teminat mektubunda, rizikonun gerçekleşmesi ile bankanın teminat mektubu bedelini ödemesi gerektiğine, buna karşın mektubu veren banka şubesi yetkililerinin, mektubun muhatabın eline geçtiğini, mektubu teyit eden diğer şubenin sorması ile öğrendiklerinde mektubun yürürlüğe girmesine rağmen bundan çok kısa bir süre sonra mektup aslının lehtar tarafından iade maksadıyla getirilmesi karşısında tedbirli davranmalarının gerekli olduğuna, bu sebeple durumu muhataptan sorarak muhataptan belge getirilmesini istemelerinin şart olduğuna, aksi takdirde kusurlu davranmış sayılabileceklerine hükmetmiştir⁶¹. Yargıtay 1997 tarihli kararında ise bankaların verdikleri teminat mektuplarıyla, 13.12.1967 gün ve 16/7 ile 11.6.1969 gün ve 4/6 sayılı İçtihat Birleştirme Kararlarında açıkça belirtildiği üzere, bağımsız bir borç yüklenmeleri sebebiyle, teminat mektubu veren bankanın, muhatabın ilk yazılı talebinde bu mektupta öngörülen bedeli derhal ödemesi gerektiğine, bankanın muhatabın tazmin talebini geciktirmesinin ve ödemeyi yapmamasının ilk

bine karşı ödemezlik def'ini ileri sürebilmesinin çözüme muhtaç bir mesele olarak nitelendirildiğini ifade etmektedir. Hükümeti ilgilendiren olaylara örnek olarak lehtarın ithalat ve ihracat lisansının iptal edilmesi örnek olarak gösterilebilir. Bkz. LORENZ & PARTNERS, s. 2.

⁶⁰ Meseleye ilişkin olarak Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 1998'de vermiş olduğu karara göre de bankanın inceleme yükümlülüğünün sınırını şekli inceleme yükümlülüğü oluşturabilmektedir. Bu karara göre banka, muhatabın talebinin şeklen eksik olması halinde tazmin talebinin gereğini yerine getirmekten imtina edebilir. Bankanın talebi şeklen incelemesi neticesinde, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubunda muhatabın ismi yanlış yazılmış ise ismin yanlış yazılması sebebiyle veya daha önce doğru şekilde yazılmış olan isim zaman içerisinde hukuka uygun şekilde değiştirilmesi neticesinde güncel isim ile mektupta yazılı olan isim arasında uyumsuzluk olması sebebiyle şeklen aykırılığı ileri sürerek ödeme yapmaktan imtina edebilme yetkisi bulunmaktadır. Bkz. Austrian Supreme Court, December 15, 1998, 1 Ob, 318/98s. Bkz. (<http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/detail.aspx?g=767abd85-af2b-4ad7-bbeb-cadb7280ac85> 12.04.2011).

⁶¹ Y. 11. HD, 1989/4046 E., 1990/8459 K., 27.12.1990 T. (<http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=47048> erişim 15.04.2011).

talepte ödeme kayıtlı kesin teminat mektuplarının içeriğine aykırı olduğuna, lehtara ilişkin def'ilerin kural olarak muhataba karşı ileri sürülemeyeceğine, buna karşın lehtar tarafından yapılan ödemeler şayet kesin delillere dayanıyor ise bu ödemelerin göz ardı edilemeyeceğine, aksi bir kabulün muhatabı haksız bir surette zenginleştireceğine ve TMK m. 2'ye de aykırılık teşkil edeceğine hükmetmiş ve dolayısıyla bankanın tazmin talebini inceleme yükümlülüğünün sınırlarını lehtar tarafından yapılan ve kesin delile dayanan ödemelerin varlığı noktasındaki yeterlilik ile zımnen dahi olsa tespit etmiştir⁶².

Yargıtay 2007 ve 2008 tarihli ve daha yeni tarihli kararlarında, ilk talepte ödeme kayıtlı kesin nitelikte bir teminat mektubu ile bankanın muhatabın talebi üzerine herhangi bir itiraza mahal vermeksizin ve muhatabın teminat mektubuna dayanarak talepte bulunma hakkının olduğunu ispat etmesine gerek kalmaksızın ödeme yapmayı taahhüt ettiği için bankanın kural olarak yalnızca şekli bir inceleme yapmakla yetkili olduğuna, esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapma yetkisini haiz olmadığına, bankanın muhatabın tazmin talebine karşı çıkabilmesinin menfi tespit davasının açılması ve bu davaya dayanılarak bir tedbir kararının alınması hali hariç, imkân bulunmadığına, aksi takdirde geciken ödemeler için bankanın temerrüt faizi ödemek zorunda kalacağına hükmetmiştir⁶³.

⁶² Y. 11. HD, 1997/1201 E., 1997/3407 K., 12.05.1997 T. Aynı yönde bir diğer Yargıtay kararı için bkz. Y. 11. HD, 2003/16972 E., 2003/21995 K. Yargıtay 2003 tarihli bu kararında ise, teminat mektubu veren banka ile muhatap arasındaki sözleşmenin garanti sözleşmesi niteliğinde olduğuna, bankanın sorumluluğunun ferî olmayıp asıl borçtan bağımsız ve asıl nitelikte olduğuna, bankanın bu sebeple lehtara ait def'ileri muhataba karşı ileri sürülemeyeceğine, teminat mektubu ile belirli bir riskin garanti edildiğine, muhatap tarafından rizikonun doğduğu yazılı olarak bankaya bildirildiği takdirde bankanın bu beyana itibar olunarak hiçbir araştırma yapmaksızın ödemeyi taahhüt ettiğine, netice itibarıyla bankanın muhataba karşı yüklediği edimin hiçbir araştırma yapılmaksızın ödeme yapmak şeklinde belirlendiğine hükmetmiştir. (http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/yld_findKarar erişim 12.08.2011).

⁶³ “Teminat mektupları BK'nun 110. maddesinde düzenlenen 3. kişinin fiilini taahhüt niteliğindedir. Banka muhataba karşı asıl borçlu olan lehtarın borcunu taahhüt etmektedir. Teminat mektupları kıymetli evrak niteliğinde olmadıklarından bankanın borcu sebebe bağlıdır. Banka, teminat mektubu ile belli ve bağımsız bir riski garanti eder. Bu risk gerçekleştiği ölçüde sorumludur. Güvence altına alınan risk gerçekleşmediği takdirde, ödeme talebinde bulunulması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.” Bkz. Y. 11. HD, 2006/5679 E., 2007/8483 K., 04.06.2007 T.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1990 tarihli kararında 03.12.1967 gün, 16/7 sayılı ve 11.06.1969 gün 4/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarında banka teminat mektuplarının mahiyet itibariyle BK'nın 110. (TBK m.128) maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olarak kabul edildiğini hatırlatmış, yetkililerce imzalanmış teminat mektuplarında, üçüncü kişi lehtarın fiilini taahhüt eden bankanın, lehtar ile muhatap arasında çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticeleri nazara alınmaksızın taahhütte bulunduğu tutarı, ilk yazılı talep üzerine nakden ve tamamen talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçen günlere ait kanuni faiziyle birlikte ödeyeceğini taahhüt ve beyan ettiğine, ancak banka teminat mektuplarının kıymetli evrak olmaması sebebiyle mücerret bir borç taahhüdünü içermediğinin unutulmaması gerektiğine, bu sebeple mektup karşılığının ödenmesi talep edildiğinde mektubu veren bankanın, borcun, lehtar tarafından yerine getirildiği veya mektubun sahte olduğu ya da zamanlaşımına uğradığı gibi itirazlarla, alacaklının kanuni yollara başvurarak mektup karşılığını geç alabilme ihtimaline rağmen, ödemedi çekinebileceğine hükmetmiştir⁶⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2001 ve 2007 tarihli kararlarında ise bankanın ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubunun kendisine usulüne uygun şekilde süresi içerisinde tazmini talebinde bulunulduktan sonra talebin yapıldığı tarihte herhangi bir itiraza mahal vermeksizin derhal ödeme yapması gerektiğine, kural olarak ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında bankanın, yalnızca şekli manada inceleme yapma yetkisine sahip olup esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapma yetkisini haiz olmadığına, bu kuralın iki önemli istisnasının bankanın, teminat mektubu sözleşmesinin tarafı sıfatıyla kendisine ait olan def'ileri ileri sürerek ödemedi kaçınabilmesi ile lehtarın mahkemelerden ihtiyati tedbir kararı alarak, bankanın ilk talepte ödeme kaydını havi teminat mektuplarının ödenmesine engel olabilmesi halleri olduğuna, muhatabın talebinin haksız olduğunu, dürüstlük kuralı ile (TMK m. 2) bağdaşmadığını kesin olarak bilen bankanın ilk talepte kaydına rağmen muhataba ödeme yapmaktan kaçınması gerektiğine, ancak ilk talepte ödeme kaydını havi ban-

(<http://www.turkavukatlar.com/27735/banka-teminat-mektubu-bankan%C4%B1n-sorumlulu%C4%9Fu> erişim 21.10.2011); Y. 11. HD, 2006/11050 E., 2008/2572 K., 04.03.2008 T. (Bkz. YKD, C.36, S.7, Y.2010, s.1243-1245.).

⁶⁴ YHGK, 1990/6-1 E., 1990/141 K., 28.02.1990 T. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/yargitay/yd10.htm> erişim 21.10.2011).

ka garantilerinde bankanın lehtarın her uyarısını değil, sadece likit delillere dayanan uyarısını dikkate almak zorunda olduğuna hükmetmiştir⁶⁵.

3. Kanaatimiz

Öncelikle, bankanın ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu ile muhataba karşı tazmin talebinin gereğini derhal, kayıtsız ve şartsız yerine getirme yükümlülüğüne rağmen, bu yükümlülüğün, bankaya her koşulda, hiçbir inceleme yapılmaksızın, kendisine yöneltilen tazmin talebinin dürüstlük kuralına ve dolayısıyla hukuka uygunluğu, talep için gerekli olan şekli koşulların varlığı, teminat mektubunun tabi olduğu süre içerisinde talep edilip edilmediği incelenmeksizin, ödeme yapma gibi bir yetkiyi tanımadığını tespit etmemiz gerekir. Ancak şu hususun altı çizilmelidir ki, banka açısından arz ettiğimiz hususların incelenerek muhataba ödeme yapılabilmesinin kabul edilmesi karşısında, bankanın aynı zamanda kendisi açısından bir yetki niteliğini haiz inceleme yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesi ve bu sınırların belirlenmesinde söz konu teminat mektubunun ilk talepte ödeme kayıtlı karakteristiğinin, bankacılık uygulamasında söz konusu teminat mektubu türlerinin arz ettiği önemin, teminat mektubunda alacaklı sıfatını haiz muhatap ve bankanın bankacılık sözleşmesi ile bağlı olduğu müşterisi lehtar arasındaki korunmaya değer menfaatleri arasındaki dengenin mutlak surette göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Bankanın tazmin talebini inceleme yükümlülüğünün sınırlarının doğrudan bir emredici kanuni düzenlemeye ve hatta kanuni herhangi bir düzenlemeye dayanmaması sebebiyle, banka ile teminat mektubu ilişkisine giren muhatap arasında imza edilecek bankacılık sözleşmesinde bankanın tabi olduğu inceleme yükümlülüğünün sınırlarının açıkça belirlenebilmesinin mümkün olduğunu bahsi geçen meselenin çözümü için belirtmemiz gerekir. Nitekim bankacılık uygulaması, doktrin ve mahkeme kararlarıyla gelişen bir müesseseye olduğuna daha önce de işaret ettiğimiz teminat mektupları için, sözleşme hükümleri, inceleme yükümlülüğünün sınırlarının belirlenebilmesi

⁶⁵ “Somut olayda, kesin teminat mektubu mahkemenin tedbir kararının bulunmadığı 26.8.1999 tarihinde bankaya usulüne uygun olarak ibraz edilmiş, banka başvurunun yapıldığı tarihte derhal ödeme yapması gerekirken hiçbir neden ileri sürmeden ödemedi kaçınmış, daha sonra da bir gün sonra verilen mahkeme tedbir kararının bu ödememeye gerekçe göstermiştir. Oysa sonradan ibraz edilen tedbir kararının bankanın tazmin zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı açıktır.” Bkz. YHGK, 2001/11-996 E., 2001/1026 K., 14.11.2001 T. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/yargitay/yl17.htm> erişim 14.05.2011). Ayrıca bkz. YHGK, 2007/11-852 E., 2007/892 K., 28.11.2007 T. (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/1_haziran-30_haziran08.htm erişim 12.05.2011).

noktasındaki meselenin dışında da teminat mektupları ile meydana gelen hukuki ilişkiye, emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla, öncelikle uygulanacak hükümler olarak kabul edilebilir. Bu ihtimalde, garanti sözleşmesi niteliğini haiz bankacılık sözleşmesindeki inceleme yükümlülüğüne dair hükümler bir çerçeve teşkil edecek ve banka açısından inceleme yükümlülüğünün sınırları tespit edilecektir. İşte ortaya koyduğumuz mesele, yani bankanın inceleme yükümlülüğünün sınırları hakkındaki belirsizlik de ancak muhatap ile banka arasında imza edilen sözleşmede bu konuya özgü açık hükümlerin yer almadığı durumlarda ortaya çıkacaktır.

Kanaatimizce, bankanın muhatabın tazmin talebini inceleme yükümlülüğünün sınırlarını tespit ederken her somut olayın kendine özgü koşullarının göz önünde bulundurulması gerekir. Ancak, her somut olayın koşulları birbirinden farklı olsa da ve bankanın inceleme yükümlülüğünün sınırları her somut olay için ayrı ayrı kriterleri gerektirse de özellikle ticaret hukuku ve bankacılık hukuku açısından bir takım genel prensiplerin belirlenmesinin mümkün ve aynı zamanda gerekli olduğu kanaatindeyiz. İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının özellikle bankacılık uygulamasında kredi temini için ihtiyaç duyulan güvenin sağlanabilmesi için ortaya çıkması, bankanın tabi olduğu inceleme yükümlülüğünün sınırlarının belirlenebilmesi noktasında kesinlikle göz ardı edilmemelidir. Benzer bir gerekçe pacta sunt servanda ilkesi ile ilgili olarak da ileri sürülebilir. Bankanın ilk talepte ödemeyi yüklenmiş olması sebebiyle pacta sunt servanda ilkesi gereği bu yükümlülüğünü derhal, kayıtsız ve şartsız yerine getirmesi gerekir. Bu sebeple ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında kuralın bankanın tazmin talebinin gereğini derhal yerine getirmesi olacağını, hayatın doğal akışının da bu kural çerçevesinde gerçekleşeceğini, nitekim ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarını diğer teminat mektuplarından ayıran özelliklerin, derhal ödenmesi, araştırma inceleme yapılmasına gerek kalmaması, muhatabın riskin meydana geldiğini ispatlamasına imkan tanıyan delilleri ileri sürmesine gerek duyulmaması şeklinde belirlenebileceğini, ancak tazmin talebinin haksızlığı ve dürüstlük kuralına aykırılığı, zamanaşımı vs. gibi muhatap ile banka arasındaki teminat mektubu sözleşmesinden kaynaklanan def'ilerin ileri sürülebilmesi şeklinde sınırlı sayıdaki istisnai koşulların varlığı halinde, bankanın tazmin talebini geri çevirebilmesinin mümkün ve aynı zamanda gerekli olduğunu, ifade etmemiz gerekir.

Bankacılık uygulamasında, özellikle ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları söz konusu olduğunda, bankaların sadece şekli bir inceleme yapmakla yetinerek ve lehtar ile muhatap arasındaki ihtilafta hangi tarafın haklı olduğunu dikkate almaksızın muhatabın tazmin talebini derhal yerine

getirdiklerini de görmekteyiz⁶⁶. Bankalar, riskin doğmadığı veya sona erdiği hususunda bilgi sahibi olmalarına rağmen bu hususları def'i olarak ileri sürmektense muhatabın ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarını tazmin taleplerini olumlu karşılayarak derhal ödemeyi ve kontragaranti hükümlerine dayanarak lehtara rucu etmeyi tercih etmektedir⁶⁷. Kanaatimizce bankaların bu yöndeki yaklaşımları ve bankacılık sözleşmelerinde buna dair yer alan genel işlem şartlarına yer vermeleri TMK m.2'ye aykırılık teşkil eder. Aynı şekilde bankalar, lehtarların riskin doğmadığı, sona erdiği iddialarının belgelenmesi ve ödemelerin durdurulması taleplerini de kabul etmemektedir⁶⁸. Bankaların bu şekilde bir uygulamayı benimsemeleri, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının karakteristik nitelikleri ile her ne kadar uyumlu gibi gözükse de aynı uygulama, özellikle muhatap tarafından lehtar üzerinde haksız surette ve kötü niyetli olarak bir tazyik uygulanabilmesine yol açabilecektir⁶⁹.

Bankanın tazmin talebini inceleme yükümlülüğünün sınırlarını tespit ederken, bankanın muhatap ile lehtar arasındaki ilişkinin dışında kalmasını göz önünde bulundurmamız gerekir. Bu sebeple, bankanın inceleme yükümlülüğünün sadece şekli bir inceleme ile sınırlı olduğunu, kendisine ibraz edilen teminat mektubundan anlaşılacak def'ilerin ileri sürülmesi ile ilgili olarak bankanın üzerine düşen özeni göstermekle inceleme yükümlülüğünü yerine getirmiş olacağını kabul etmemiz, kanaatimizce bizleri yanlış sonuca götürmeyecektir. Bankanın inceleme yükümlülüğünün sınırlarının daha geniş bir şekilde tespiti halinde, bankanın kendisini lehtarın yerine koymuş olacağını ve bir nevi halefiyetin varlığının kabulü gibi tercihi mümkün olmayan hukuki sonuçların doğacağını da göz önünde bulundurmak gerekir. Buna ilaveten, bankanın muhatap ile lehtar arasındaki ilişkinin dışında kalması ve dolayısıyla ispat için gerekli ve yeterli delillere ulaşabilmesinin imkan dahilinde olmaması gerekçelerinden hareketle, inceleme yükümlülüğü-

⁶⁶ Bkz. REİSOĞLU, *Teminat Mektupları ve Kontragarantiler*, s. 57; TEOMAN, *Banka Teminat Mektupları*, s. 254; KAHYAOĞLU, s. 19, 20.

⁶⁷ STAUFFLET, s. 51; CAEMMERER, s. 356; RIGGS, s. 13.

⁶⁸ REİSOĞLU, *İhtiyati Tedbir Kararı*, s. 471; TEOMAN, *Banka Teminat Mektupları*, s. 254.

⁶⁹ Özellikle distrübütör şirket ile bayiler arasında yapılan dikey anlaşmanın hükümlerinin teminatı olarak banka tarafından distrübütörler lehine düzenlenen ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları ile bayiler üzerinde distrübütörler tarafından teminat mektuplarının tazmini tehdidi ile baskı kurulması işaret ettiğimiz sakıncalara örnek teşkil etmektedir.

nün kapsamına teminat mektubu ile garanti edilen riskin gerçekleşmemesi, riskin gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi, teminat mektubunun tazmin talebinin hakkın kötüye kullanımını arz etmesi gibi hallerin kendiliğinden girdiğini ileri sürmek pek mümkün değildir⁷⁰. Bu durumda, bankaya lehtar tarafından ileri sürülen, muhatabın tazmin talebinin kabul edilemez olduğu yönündeki iddiaların banka tarafından hangi koşullar altında ciddiye alınacağı ve ciddiye alınsa dahi bu hususun muhatabın ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubunun tazmini talebi karşısında bankaya ne ölçüde bir inceleme yükümlülüğü veya yetkisi tanıdığını da belirlemek gerekir⁷¹. Kanaatimizce bu noktada bir prensip belirlemek gerekirse, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının bankacılık uygulamasında hangi koşullar içerisinde ortaya çıktığını, ticari hayatta hangi ihtiyaca cevap verdiğini, asıl olanın mektubun banka tarafından ödenmesi olduğunu, muhatabın menfaatlerinin korunması gereken menfaatler olarak karşımıza çıktığını buna karşın lehtarın da bankacılık sözleşmelerinde bankaya karşı zayıf tarafı teşkil ettiğini göz önünde bulundurmamız gerekir.

Teminat mektubunda borçlunun 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 7 f. 1 b. a gereği anonim şirket şeklinde kurulması mecburi kılınan ve aynı zamanda TTK m. 18 f. 1 ve m. 20 f. 2 gereğince basiretli bir işadamı gibi davranma yükümlülüğüne tabi olan ve Bankacılık Kanunu gereği itibar ve imtiyaz kuruluşu niteliğindeki banka olduğunu dikkate almamız gerekir⁷². Buna ilaveten haksız tazmin riskinin sigorta ettirilmesi ihtimali de gündeme gelebilmektedir⁷³. Basiretli iş adamı gibi davranmak mecburiyetinde olan bankadan beklenen özen yükümlülüğünün kapsamına, bankanın haksız tazminden

⁷⁰ Aynı yönde görüş için bkz. KAYA, s. 228.

⁷¹ Bankaların ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında özel bir özen gösterme yükümlülüğüne tabiyetleri hakkında bkz. Austrian Supreme Court, December 15, 1998, 1 Ob, 318/98s. Bkz. (<http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/detail.aspx?g=767abd85-af2b-4ad7-bbeb-cadb7280ac85> 12.04.2011).

⁷² İşte arz ettiğimiz şekilde kendisinden beklenen özen gösterme yükümlülüğü banka açısından o derecede üst seviyededir ki bankanın özellikle uluslararası ticaret uygulamalarında SWIFT'den yararlanması ve bu sayede ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu düzenlerken muhatap hakkında gerekli bilgilere ulaşabilmesi gerekir. Bankanın bahsi geçen mekanizmadan yararlanmamış olması tabi olduğu özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirmemiş sayılabilmesi için önemli bir dayanak teşkil edecektir. Bkz. AHVENAINEN, s. 22.

⁷³ LORENZ & PARTNERS, s. 6.

kaynaklanan zarar riskine karşı gerekli sigortayı yaptırması da dahil olmaktadır. Bankanın sigorta imkanından yararlanmaması ve bunun neticesinde haksız tazmin riskinin gerçekleşmesi, ortaya çıkan zarardan bankanın sorumlu olmasına etki eden bir sebep olmalıdır⁷⁴. Aynı şekilde, bankanın teminat mektubu düzenlemesi karşılığında lehtardan komisyon adı altında bir karşılık elde etmesi, bir başka deyişle teminat mektubunun düzenlenmesi sebebiyle bankanın ticari bir kazanç elde etmesi de bankanın özen yükümlülüğünün ve özen yükümlülüğü ile yakın bir ilişki içerisinde olan inceleme yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesinde önemli olmalıdır.

Yukarıda arz ettiğimiz şekildeki soyut kriterler ve bu kriterlerin belirleyeceği özen yükümlülüğünün ölçüleri dikkate alınarak bankanın ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubunun gereğini hangi koşullarda ve ne zaman yerine getireceği ve aynı zamanda hukuka uygun bir ödemenin yapılabilmesi için inceleme yükümlülüğünün sınırlarının nerede sona ereceği, muhatapın ve lehtarın hukuken korunmaya değer menfaatleri arasındaki dengenin bu kriterler sayesinde kurulması ile cevap bulabilecektir⁷⁵. Bankanın göstermek zorunda olduğu özen yükümlülüğünün ölçüsü, teminat mektubunun metnini hazırlayan, koşullarını belirleyen ve basiretli bir iş adamı gibi davranan bankanın haksız ödemelerin sonuçlarına katlanması gereken taraf olarak kabulünü de gerekli kılmaktadır. Muhatap, lehtar ve banka arasındaki dengeyi bu şekilde kurduğumuz ve devamında bankanın tazmin talebini inceleme yükümlülüğünün sınırlarını da bu şekilde belirlediğimiz takdirde kanaatimizce hem ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubundan beklenen fayda muhatap açısından gerçekleşmiş olur, hem de bankanın kendisine yöneltilen tazmin talebini, yukarıda arz ettiğimiz incelemeleri yapmaksızın, ne de olsa yapılan ödemenin banka ile lehtar arasındaki kredi sözleşmesi veya kontragaranti hükümlerine istinaden lehtardan tazmin edilebilmesi ve dolayısıyla banka açısından bir zarar veya risk oluşturmaması, gerekçesine sığınarak TMK m.2'ye de aykırı surette derhal ve aynen yerine getirmesinin ve dolayısıyla lehtar aleyhine hak kaybının meydana gelmesinin önüne geçilmiş olur⁷⁶.

⁷⁴ Aynı yönde görüş için bkz. DE SMEDT, s. 19, 20.

⁷⁵ Aynı yönde görüş için bkz. REİSOĞLU, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s. 96.

⁷⁶ Benzer bir görüş için bkz. TEOMAN, Banka Garantisinin Koşulları, s. 187. Yazar, faaliyetini imtiyaz sureti ile yürüten, bu nedenle de ticaretine ait tüm işlemlerinde özel bir özen göstermekle yükümlü bulunup ağırlaştırılmış bir sorumluluğa tabi olan bankanın teminat mektubunu muhataba verirken bunun ilk talepte kaydını içerdiğini de göz önünde tutarak güven altına aldığı riskin çok sınırlı ve açık bir biçimde tanımlanmasına çaba göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar ayrıca ilk talepte kaydını içeren banka teminat

SONUÇ

Teminat mektupları ve özellikle de yaygın ve rağbet gören bir türü olarak ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları ticari hayatta kredi temini için gerekli olan güven ihtiyacına cevap veren bir finansman aracı olarak kabul edilmektedir. Bu güvencenin derecesi o seviyede yüksektir ki, banka muhatabın tazmin talebini derhal, kayıtsız ve şartsız yerine getirmeyi taahhüt etmiş bulunmaktadır. Bu taahhüt banka açısından tabiri caiz ise, gözü kapalı bir şekilde her zaman muhatabın talebinin gereğinin yerine getirilmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Bankanın teminat mektubu marifetiyle muhatap ile arasında meydana gelen sözleşmeden doğan ve tazmin talebinin açıkça hukuka aykırılığına ve hakkın kötüye kullanımına dayanan def'ileri ileri sürbilmesi banka açısından hem bir yetkidir hem de bir yükümlülüktür. Ancak bu yetki veya yükümlülüğün sınırları, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubunun muhatap lehine sağladığı güvencenin de kapsamının belirlenebilmesi için hayati bir önemi haizdir. Mevzuatta bu hususla ilgili olarak açık bir hüküm yer almamaktadır. Teminat mektuplarının bankacılık uygulaması, doktrin ve yargı kararları ile gelişmiş bir müessese olması sebebiyle bu yetkinin veya yükümlülüğün sınırları her somut durumun özellikleri göz önünde bulundurularak hakim tarafından belirlenecektir. Olması gereken hukuk açısından kanun koyucunun banka teminat mektuplarını TBK veya TTK'da düzenlemesi en ideal çözüm olarak tarafımızdan ileri sürülebilir. Ancak, olması gereken gerçekleşene kadar meselenin önemine binaen ticaret hukuku ve bankacılık hukuku başta olmak üzere özel hukuk disiplinlerine hakim olan prensiplerden yola çıkarak bir takım genel kabul görmüş kriterlerin de belirlenmesi gerekir.

Bu kriterlerin belirlenmesinde ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubunun ticaret hayatında neden ve ne şekilde ortaya çıktığı mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında asıl olan, muhatabın tazmin talebinin gereğinin banka tarafından yerine getirilmesidir. Aksi durum ticaret hayatında ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının ortaya çıkışındaki saike aykırı olacağı gibi pacta sunt servanda

mektuplarında muhatabın sadece riskin gerçekleştiğini bildirmek sureti ile garanti edilen para tutarını tahsil olanağına kavuşacağından bankanın daha mektubun düzenlenmesi aşamasında son derece özenli davranmak zorunda olduğunu da ilave etmektedir. Ayrıca bkz. BATTAL, s. 8. Yazar, bankaların imtiyazlı bir işletme sayıldıklarını, başka bir deyiş ile bankacılık mesleği kapsamında yapılan faaliyetlerin imtiyaz sureti ile hükümet tarafından verilen bir yetkiye dayanılarak kullanıldığını, bu durumun bankanın yaptığı her işlemlerde sorumluluğunu artırıcı bir husus olarak göz önünde bulundurulacağını belirtmektedir.

ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. TMK m. 2, teminat mektubu dolayısıyla meydana gelen hukuki ilişkinin taraflarının ve hatta lehtarın dahi bu ilişkiden doğan haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken tabi oldukları özen gösterme yükümlülüğünün çerçevesinin belirlenmesinde de mutlaka dikkate alınmalıdır. Unutulmaması gerekir ki, gerek lehtarın bankasına vereceği talimatlar ile gerekse bankanın muhataba teminat mektubunu düzenlerken sorumluluk açısından koyabilecekleri kayıtlar ile muhatabın tazmin talebi karşısında gerçekleşecek ödemenin tabi olduğu hukuki rejim belirlenebilir. Bu sebeple lehtar ve banka bu imkana sahip iken ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubu marifetiyle gerçekleşen ödemenin sonuçlarına katlanmaları gerekir. Buna ilaveten bankaların Türk hukukunda bir itibar ve aynı zamanda imtiyaz kuruluşu özelliği göstermesi sebebiyle tabi oldukları basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün ve özen gösterme borcunun kapsamının buna paralel bir şekilde ağırlaştırılmış olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Banka ile teminat mektubu ilişkisine giren taraf olan muhatabın ve hatta lehtarın banka karşısında ekonomik olarak zayıf durumda olmaları ve bu sebeple bankaya karşı korunmalarının öncelik arz etmesi de bankanın tazmin talebini inceleme yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesinde etkili olmaktadır. Somut olayda hakim ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektubunda yer alan hükümleri göz önünde bulunduracak ve bankanın tabi olduğu inceleme yükümlülüğünün sınırlarını tespit etmeye çalışacaktır. Teminat mektubunda bu konuda bir hüküm yok ise veya hüküm yoruma muhtaç ise bankanın tabi olduğu inceleme yükümlülüğünün sınırları bu paragrafta işaret ettiğimiz genel prensiplerden yola çıkılarak belirlenecek kriterler baz alınarak her somut olay için ayrı ayrı tespit edilecektir.

KAYNAKÇA

AHVENAINEN, Laura, On Demand Guarantees in Iran, Business Management Programme Thesis, Laurea Leppavaara 2009.

AKYAZAN, Sıtkı, Banka Teminat Mektupları, *Batider*, Y. 1969, C. 5, s.16-33. (Teminat Mektupları)

AKYAZAN, Sıtkı, Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar, *Batider*, Y. 1973, C. 7, s. 567-579. (Tatbikatta Banka Teminat Mektupları)

AKYAZAN, Sıtkı, Teminat Mektuplarında Zamanaşımı, *Batider*, Y. 1975, C. 8, s. 1-13. (Zamanaşımı)

AKYOL, Şener, Banka Sözleşmeleri, b.1, İstanbul 2001.

ARAL, Fahrettin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Ke-faletten Farkları, *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara 2006, s. 131-145.

BAGCI, Ömer, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Uygulama Sorunları, *Legal Hukuk Dergisi*, Y. Mart 2004, s. 697-716.

BARLAS, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, b.1, İstanbul 1986.

BATTAL, Ahmet, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, b.1, Ankara 2001.

BERTRAMS, Roeland, Bank Guarantees in International Trade, b.1, Hague 2004.

BLAU, Werner/JEDZIG, Joachim, Bank Guarantees to Pay on First Written Demand in German Courts, *The International Lawyer*, Y. Fall 1989, Volume 23, Number 3, s.725-735.

BRAGGION, Antonio, The Notion of Independent Guarantee Contract, *International Pasific Bar Association Journal*, September, Year 2004. s. 35-42.

BUTSICK, Matthew, What Constitutes an Original Letter of Credit in the Fifth Circuit? LaBarge: America's Glencore, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Year 2001, Volume 2, Issue 2, s. 177-199.

CARR, Indira, International Trade Law, b.4, Abingdon 2010.

CONNOLLY, Michael, Briefcase on Commercial Law, b.2, London 1998.

DE SMEDT, Philippe, First Demand Guarantees in Belgian Law, *International Law Review*, Year 1983, Volume 2, s. 19-21.

DOĞAN, Vahit, Banka Teminat Mektupları, b.3, Ankara 2005.

EKŞİ, Nuray, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları (2010 Revizyonu - URDG 758), Makaleler, Editöryel Kitap, b.1, İstanbul 2011, s.107-133.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Teminat Mektupları ve Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, *Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, Y. 1973, C. 5, Sa. 1, s.121-133.

GAO, Xiang, The Fraud Rule In The Law Of Letters Of A Credit, b.1, Hague 2002.

GIGER, Hans, Problems of Bank Guarantee Abuse in Swiss Law, *Arizona Journal of International And Comparative Law*, Year 1987, Volume 38, s. 38-47.

HAZNEDAR, Murat, Banka Teminat Mektupları, *Legal Hukuk Dergisi*, Y. Ocak 2003, s. 77-81.

KAHYAOĞLU, Emin Cem, Banka Garantileri, b.1, İstanbul 1996.

KAPLAN, İbrahim, Banka Sözleşmeleri Hukuku, b.1, Ankara 1996.

KARAYALÇIN, Yaşar, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalaalar, 1992-1996, Ankara 1997, s.89-95. (Teminat Mektubunun Hükümsüz Sayılması ve İadesi)

KARAYALÇIN, Yaşar, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalaalar, 1988-1991, (IV), Ankara 1992, s.40-53. (Kontragaranti/Ödeyen Bankanın Sorumluluğu)

KARAYALÇIN, Yaşar, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalaalar, Ankara 1975, s.64-73. (Teminat Mektubu İlmühaber Taşıyıcı Belgesi)

KAYA, Arslan, İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu, *Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul 1995, s. 211-244.

KOZOLCHYK, Kozolchyk, Bank Guarantees and Letters of Credit: Time For a Return to The Fold, *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, Year 1989, Volume 11, Number 1, s. 1-79.

KÜNEY, Hikmet, Banka Tekniği, b.6, Ankara 1989.

MUGASHA, Agasha, The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees, b.1, Sydney 2003.

ÖZBEK, Mustafa, Banka Teminat Mektuplarında Lehdar ile Garanti Veren Banka Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Y. 2000, Sa. 105, s. 50-57.

ÖZDEMİR, Atalay, Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları, *Yargıtay Dergisi*, C.10, Y. 1984, Sa. 1-2, s. 252-271.

ÖZDEMİR, Hatice, Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları, *İstanbul Barosu Dergisi*, Y. 1999, C. 73, Sa. 7-8-9, s. 730-761.

POSTACIOĞLU, İlhan E., Banka Teminat Mektuplarının Ödenmesi İhtiyati Tedbir Kararları İle Durdurulabilir mi?, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Y. 1982, Sa. 1-3 s. 175-182.

REİSOĞLU, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontragarantiler, b.4, Ankara 2003. (Teminat Mektupları ve Kontragarantiler)

REİSOĞLU, Seza, Teminat Mektuplarının Ödenmesinin İhtiyati Tedbir Kararı ile Önlenmesi ve Sonuçları, *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan*, Ankara 1990, s. 471-481. (İhtiyati Tedbir Kararı)

REİSOĞLU, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, *Bankacılar Dergisi*, Y. 2002, Sa. 43, s. 94-100. (Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar)

REİSOĞLU, Seza, Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI*, Y. 1989, Ankara 1990, s.67-91. (Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü)

RIGGS, John H., Guarantees On First Demand In France, *International Financial Law Review*, Year 1986, Volume 5, Issue 12, s. 11-13.

SENGİR, Turgut, Banka Teminat Mektuplarında Bedelin Depo Edilmesi, *Batider*, Y. 1972, C. VI, s. 597-599.

SOMUNCUOĞLU, Ünal, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Bazı Davalarda Aktif Husumet, *İstanbul Barosu Dergisi*, Y. 1977, C. 51, Sa. 1, s. 64-67. (Aktif Husumet)

SOMUNCUOĞLU, Ünal, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Bazı Davalarda Sıfat ve Bir Eleştirisi, *İstanbul Barosu Dergisi*, Y. 1985, C. 59, Sa. 1-2-3, s. 131-134. (Davalarda Sıfat)

STAUFFLET, Jean, Recent Developments In The Law Of International Bank Guarantees In France and Belgium, *Arizona Journal Of International And Comparative Law*, Year 1987, Volume 38, s. 48-52.

SUNGURTEKİN, Meral, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 1990, Sa. 4, s. 543-565.

TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, b.1, İstanbul 1988.

TEOMAN, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 10: 2000-2002, İstanbul 2003. (Banka Garantisi)

TEOMAN, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I, Hukuki Mütalalar, Kitap 3, 1984-1985, İstanbul 1994. (Banka Teminat Mektupları)

TEOMAN, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 7, 1995-1996, İstanbul 1997. (Teminat Mektubu)

TEOMAN, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I, Kitap 11, 2003, İstanbul 2004. (Banka Garantisinin Koşulları)

TURANBOY, Asuman, Bankacılar İçin Banka Hukuku Bilgisi, b.11, Ankara 2000.

VON CAEMMERER, Ernst, Bank Suretyships And Bank Guarantees In Foreign Trade, *Victory University of Wellington Law Review*, Volume 8, Issue 4, s. 349-357.

VURAL, Güven, Türk Banka Hukuku, b.1, Ankara 1991.

YAKIŞIKLI, Ramazan, Teminat Mektupları, *Vergi Dünyası*, Y. Mart 2001, Sa. 235, s. 95-98.

Austrian Supreme Court, December 15, 1998, 1 Ob, 318/98s. (<http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/detail.aspx?g=767abd85-af2b-4ad7-bbeb-cadb7280ac85>, erişim 12 Nisan 2011).

(http://www.ubs.com/1/e/ubs_ch/bb_ch/finance/trade_exportfinance/bankgarantie/garantie/erscheinungsformen.html, erişim 14 Mayıs 2011).

Lorenz and Partners, Demand Guarantees and Unfair Calling of Guarantees, Newsletter No 62, August 2009. (www.lorenz.co.th/component/option.com_docman/.../long.de/, erişim 26 Haziran 2011).

SÖZLEŞME EKONOMİSİNİN BOZULMASIYLA İLGİLİ KURAMLARIN TÜRK HUKUKU'NDAKİ UYGULAMALARI VE YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

Applications of Theories Regarding Supervening Disequilibrium in Contractual Obligations in Turkish Law and Excessive Hardship in the New Code of Obligations

*Yrd. Doç Dr. Ahmet Cemil YILDIRIM**

Giriş, 1) Türk Hukukunda Sözleşme Ekonomisinin İfa Aşamasında Değişmesiyle İlgili Kuramlar, a) Alman ve İsviçre Hukuklarının Etkisi, b) Yargıtay'ın Genel Eğilimi ve Ekonomik Krizlerin Etkisi, 2) Kira ve Kredi Sözleşmeleriyle İlgili Uyarlama Davaları, a) Genel Olarak Uyarlama, b) Kira Sözleşmeleri ile İlgili Uyarlama Davaları, c) Kredi Sözleşmeleri ile İlgili Uyarlama Davaları, 3) İşlem Temelinin Çökmesi Kuramının BK. 365/II Maddesi Aracılığıyla İstisna Sözleşmelerindeki Uygulaması, 4) Yeni Türk Borçlar Kanunu'ndaki Aşırı İfa Güçlüğü ile İlgili Düzenleme, **Sonuç**

ÖZET:

Özellikle uzun süreli sözleşmelerde sözleşme yapıldıktan sonra meydana gelen olaylar, sözleşmenin öngördüğü edimler dengesini bozabilir. Toplumun tamamını etkileyen, savaş, doğal afet veya ekonomik kriz gibi olayların meydana gelmesiyle çok sayıda sözleşmenin edimler dengesinin bir anda bozulması mümkündür. Yakın tarihinde pek çok ekonomik kriz ve devalüasyon yaşamış olan ülkemizde de sözleşmenin dengesinin bozulmasıyla ilgili kuramlara sıklıkla ihtiyaç duyulmuştur. Her ne kadar Borçlar Kanunumuzda bu konuyla ilgili genel bir düzenleme yoksa da mahkeme kararlarında mukayeseli hukuktaki kuramların bu boşluğu doldurmak amacıyla kullanıldığını görmekteyiz. Bu amaçla kullanılan kuramlardan özellikle “işlem temelinin çökmesi” ve “uyarlama” kuramlarıyla ve istisna sözleşmelerine özgü bir düzenleme olan BK 365/II maddesinin uygulamasıyla ilgili Türk Mahkemeleri'nde oluşan içtihat, ülkemizin ekonomik koşulları neticesinde olağanüstü gelişmiştir. Bu çalışmada bu kuramların uygulaması incelenecek ve Türk

* İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, PhD (Roma II “Tor Vergata” Üniversitesi), LL.M. (East Anglia Üniversitesi).

Borçlar Kanunu Tasarısı'nın konuyla ilgili düzenlemesi bu içtihatlar ışığında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler:

İşlem temelinin çökmesi, uyarılama, Borçlar Kanunu 365/II, aşırı ifa güçlüğü, *rebus sic stantibus*

ABSTRACT:

Events subsequent to the conclusion of the contract may alter the equilibrium of contractual obligations, especially in long-term contracts. Equilibrium of many contracts may be suddenly disturbed by an event that affects the whole society such as war, natural disasters or economic crisis. In our country that experienced economic crisis and devaluations in its recent past, the need for theories regarding supervening disequilibrium is often felt. Although the Code of Obligations (C.O.) does not include a general provision regarding this issue, we may observe that in court decisions different theories in comparative law are used to fill this gap. As regards these theories, "collapse of the foundation of transaction", "adaptation" and the application of art. 365/II of the C.O. in particular, Turkish Courts have a well-established case-law that was developed because of economic conditions of this country. In this paper, the applications of these theories will be studied and the provisions of the Draft Code of Obligations regarding this issue will be examined in the light of the case-law.

Keywords:

Collapse of foundation of transaction, Adaptation, Code of Obligations 365/II, hardship, *rebus sic stantibus*

Giriş

Sözleşme, yapıldığı andaki koşulları yansıtan bir fotoğraf gibidir.¹ Sözleşmenin temelini teşkil eden koşullar sürekli bir değişim halindedir, fakat mecburen belli bir andaki görünümüyle sözleşmeye yansır. Sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan gelişmeler nedeniyle sözleşmenin dayandığı koşulların değişmesi, sözleşmede tarafların hedefledikleri ekonomik edimler den-

¹ Sözleşme için fotoğraf benzetmesi pek çok yazar tarafından kullanılmaktadır. MASKOW, *Hardship and Force Majeur*, 40 American Journal of Comparative Law n. 3, 1992, s. 657; ALPA, *La protezione della parte debole di origine internazionale* BONELL/BONELLI (editörler), *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT* Milan, 1997, s. 231.

gesini de değiştirir. Özellikle uzun süreli sözleşmelerde bu şekilde sözleşmedeki edimler dengesinin bozulması durumuyla sıkça karşılaşılır.

Yirminci Yüzyıl, ticaretin küreselleşmeye başladığı yüzyıl olmakla beraber savaşlar, doğal afetler, siyasi ve ekonomik krizler gibi etkenler yüzünden sözleşmelerin dayandığı koşulların da sıkça ve yaygın olarak değiştiği bir yüzyıl olmuştur. Sözleşmeleri değişen koşullara uyarlama ihtiyacı ulusal ve uluslararası düzeyde sözleşmede edimlerin dengesinin bozulmasıyla ilgili çok sayıda kuramın ve düzenlemenin doğmasını sağlamıştır. Temellerini *rebus sic stantibus* ilkesinden alan bu kuram ve düzenlemeler bir bakıma Borçlar Hukuku'nun Yirminci Yüzyıl'daki en büyük kazanımlarından biridir. Bu çalışmanın amacı bu kuramlarla ilgili bir mukayeseli hukuk çalışması sunmak değil, yalnız bu konuyla ilgili Türk Hukuku'ndaki uygulamaları göstermek ve onların ışığında yeni Borçlar Kanunu'nun "aşırı ifa güçlüğü" başlıklı 138. maddesini değerlendirmektir. Ancak mukayeseli hukukta sözleşme ekonomisinin bozulmasıyla ilgili kuramların ayrıntılı olarak incelendiği çok sayıda çalışma mevcuttur.²

Bu kuramları başlıca iki başlıkta gruplandırmak mümkündür: Sözleşmede edimlerin dengesini esas alan objektif kuramlar (uluslararası ticaret hukukundaki *hardship*, İtalyan Hukuku'ndaki *excessiva onerosità sopravvenuta*, Fransız -İdare- Hukuku'ndaki *imprévision* kuramları buna örnektir) ve sözleşme yaparken tarafların dikkate aldıkları koşulların değiş-

² Bu kuram ve düzenlemelerle ilgili ayrıntılı ve güncel bir çalışma için bkz: YILDIRIM, *Equilibrium in International Commercial Contracts – with Particular Regard to Gross Disparity and Hardship Provisions of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, The Netherlands, 2011 ss. 49-106; Aynı konuda diğer mukayeseli çalışmalar için bkz: YILDIRIM, *Equilibrio Contrattuale nei Principi UNIDROIT e nel Diritto Turco*, Doktora Tezi, Roma, 2008 ss. 94-119 <http://www.trans-lex.org/850001>, PRADO, *Le Hardship dans le Droit du Commerce International*, Brüksel, 2003, PHILIPPE, *Changement de Circonstances et Bouleversement de l'Economie Contractuelle*, Brüksel, 1986; NASSAR, *Sanctity of Contracts Revisited*, Dordrecht/Boston/Londra, 1995, RAPSOMANIKIS, *Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law*, 18 *Duquesne Law Review* 1979-1980, s. 551, PUELINCKX, *Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances; A Comparative Study in English, French, German and Japanese Law*, 3 *Journal of International Arbitration* 2, 1986, ss. 47, www.trans-lex.org/128100.

mesi olgusunu esas alan sübjektif kuramlar (Alman *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, İngiliz *frustration of purpose* kuramları gibi).³

Ulusal hukuklarda ve uluslararası ticaret hukukunda çok sayıda mahkeme ve uluslararası ticari tahkim kararında uygulanan bu kuramların bir kısmı bazı ulusal yasalarda ve uluslararası metinlerde ifadesini bulmuştur. Henüz bizim Borçlar Kanunumuzda [BK] bu kuramların ifadesi çok sınırlı olmakla beraber, özellikle ülkemizde yaşanan ekonomik krizlerin neticesinde sözleşmede edimlerin dengesinin bozulması ile ilgili içtihat çok gelişmiştir.

Bu makalede sözleşmede edimlerin dengesinin bozulmasıyla ilgili kuramların içtihatları incelenecek, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde Türk yargısının bu kuramları nasıl kullandığı üzerinde durulacaktır.

1) Türk Hukukunda Sözleşme Ekonomisinin İfa Aşamasında Değişmesiyle İlgili Kuramlar

a) Alman ve İsviçre Hukuklarının Etkisi

Her ne kadar bugün Türk Hukuku'nda sözleşmede edimlerin dengesinin bozulmasıyla ilgili genel bir hüküm yok ise de bu konuyla ilgili kuramlar içtihatla sıklıkla kullanılmıştır. Bu konuda yargı kararlarında en çok atıf yapılan kuram "işlem temelini çökmesi"dir. Bu ifade, Alman Hukuku'nun *Wegfall der Geschäftsgrundlage* kuramının çevirisidir. Borçlar Kanunumuz İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmış olmakla beraber, İstanbul ve Ankara Hukuk Fakülteleri'nde 30'lu, 40'lı ve 50'li yıllarda ders vermiş Alman hocaların etkisi nedeniyle Alman kuramları ve özellikle *Wegfall der Geschäftsgrundlage* kuramı Türk Hukuku'nda belirleyici bir etkiye sahip olmuştur.⁴ Bu nedenle, İsviçre yargısından farklı olarak Türk yargısı hemen

³ PHILIPPE, 'Pacta Sunt Servanda' et 'Rebus Sic Stantibus' in *L'Arbitrage Commercial International: L'Apport de la Jurisprudence Arbitrale* Les Dossiers de L'Institut du Droit et des Pratiques des Affaires Internationales, ICC Publication no. 440/1, Paris, 1986, s. 217.

⁴ Özellikle Andreas Bertolan Schwarz, Paul Koschaker, Ernst Hirsch, Richard Honig ve Karl Strupp adlı hocaların Roma Hukuku, Ticaret Hukuku, Mukayeseli Hukuk alanlarında İstanbul ve Ankara Üniversitelerinde vermiş oldukları derslerin doktrinadaki etkileri halen hissedilmektedir. Konuyla ilgili bkz. TAHİROĞLU *Les Mouvements de Codification, L'étude et L'enseignement du Droit Romain dans l'Empire Ottoman et dans la République Turque* 24.01.2007 tarihinde Università di Roma I "La Sapienza"da gerçekleştirilen Roma Hukuku'nun Türk Hukuku Üzerindeki Etkisi Koferansı'nda sunulmuş bildiri, s. 22-23.

her zaman işlem temelini çökmesi (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) kuramına atıfta bulunur.⁵

Ancak Türk Hukuku'nda bu kuram, Alman Hukuku'nda olduğu gibi bir sübjektif kuram olarak algılanmaz. Bu konuda Alman Hukuku'nun etkisinin doktrin düzeyiyle sınırlı kaldığını söylemek yerinde olur.⁶ Bunun nedeni Borçlar Kanunu'nun İsviçre'den alınmış olmasının Türk yargısını İsviçre yargısındaki uygulamaları takip etmeye itmesidir. İsviçre Hukuku'nda edimlerin dengesinin bozulmasıyla ilgili bir genel düzenleme olmaması nedeniyle oluşan, bu konuda dürüstlük kuralı hükümlerinin uygulanması eğilimi böylece Türk içtihatlarında da takip edilmiştir.⁷ Aşağıda görüleceği üzere Türk Mahkemeleri, işlem temelini çökmesi kuramını da dürüstlük kuralı hükümlerine dayanarak yorumlamaktadır.

Borçlar Kanunu'ndaki edimlerin dengesinin bozulmasıyla ilgili tek düzenleme 365. maddenin ikinci fıkrasıdır. Bu fıkra istisna sözleşmeleriyle ilgili bir özel düzenleme olmasına rağmen BK 365/II'nin uygulamasıyla ilgili kararlar, bize yargının edimlerin dengesinin ve sözleşme ekonomisinin bozulması konusundaki yaklaşımıyla ilgili önemli ipuçları vermektedir. Hem doktrinde hem de yargı kararlarında BK 365/II maddesini işlem temelini çökmesi kuramı adı altında değerlendirme eğilimi ağır basar.⁸

BK 365/II maddesi ile ilgili başlıca sorun, bunun istisna sözleşmeleriyle ilgili özel bir düzenleme olması ve diğer sözleşmelere uygulanmasının tartışmalı olmasıdır. Bu maddenin diğer sözleşme türlerine de uygulanması doktrinde önerilmiş,⁹ ancak bu öneri çok taraftar bulmamış, bu maddenin

⁵ “Mukayeseli Hukuk açısından olayı irdelediğimizde;Alman Hukukunda Beklenmeyen Hal veya Clausula Rebus Sic Stantibus kuramının daha da somutlaştırılarak kabul edildiğini ve İşlem Temelinin Çökmesi Kuramı olarak adlandırılan bir kuramın geliştirildiğini görmekteyiz.” HGK, 15.10.2003 T. 13-599 E. 599 K., 13. HD. 23.5.2001 T. 3903 E. 6048 K., HGK. 7.5.2003 T. 13-332 E. 340 K. (www.kazanci.com).

⁶ Alman Hukuku'nda bu konudaki görüş ve kuramlar için bkz YILDIRIM, *Equilibrium in International Commercial Contracts*, ss. 59-61.

⁷ OĞUZMAN/ÖZ *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2006, s. 156; EREN *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2008, s. 438.

⁸ Bkz aşağıda 3. Bölüm.

⁹ “Kanımızca bu hüküm, işin özel niteliği ve şartlar elverdiği takdirde, diğer sözleşme ilişkilerine de kıyas yoluyla uygulanabilmelidir.” EREN a.g.e., s. 440. AKMAN *Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para*

uygulanması sınırlı kalmıştır. Yargı kararlarında bu maddenin çeşitli sözleşme türlerine uygulanması konusu pek az tartışılmıştır.¹⁰ Zira “kanun, bu hükmü sadece istisna sözleşmesi yönünden koyduğuna göre, *pacta sunt servanda* ilkesinden yalnızca bu halde ayrılmayı uygun görmüştür”¹¹ görüşü ağırlık kazanmış ve BK 365/II maddesinin kıyasen diğer sözleşme türlerine uygulanması kabul görmemiştir.

Her halükarda BK 365/II hükmünün diğer sözleşme türlerine uygulanmıyor olması uygulamada büyük bir sorun yaratmamaktadır. Zira İsviçre içtihatları örneğini¹² takip eden Türk yargısı, *rebus sic stantibus* ilkesinin dürüstlük kuralı çerçevesinde farklı sözleşme türlerinde uygulanması anlayışını benimsemiştir.¹³ Ancak *rebus sic stantibus* ilkesinin bütün sözleşmelere doğrudan uygulanması çözümü daha isabetli gözükmemektedir.¹⁴ Bazı yazarlar *rebus sic stantibus* ilkesinin ani edimli sözleşmelerle tek taraflı sözleşmelere dahi uygulanması gerektiğini ifade ederler. Çünkü bu sözleşme türlerinde de edimin ifasının aşırı güçleşmesi mümkündür.¹⁵

Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar, İstanbul Barosu Dergisi, 1989, S.10-11-12, s. 626; AKMAN *Yüksek Oranlı Enflasyon ve Ani Ekonomik Krizin Para ve Döviz Borçlarına Etkisi, Ek (Munzam) Zararların Tazmini*, İstanbul Barosu Dergisi, 1994, S.4-5-6, s. 183; DOĞANAY *Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler, Akdın Yerine Getirilmesine Mani Olur Mu?*, Yargıtay Dergisi, 1975, C.1 S.4, s. 42; TEZCAN *Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması* Yüksek lisans Tezi - Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, 2004, s. 61 <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/fulltext/594.pdf>.

TERCIER de İsviçre Hukuku'nda BK 365'in kaynağı olan BK 373'ün diğer sözleşme türlerine de uygulanması gerektiği görüşünü dile getirir. TERCIER *La 'Clausula rebus sic stantibus' en droit suisse des obligations*, 7 Journal des Tribunaux 193, 1979, s. 205.

¹⁰ Örneğin 11. HD. 20.09.1973 T. 2989 E. 3388 K. sayılı kararında BK 365/II maddesinin bir taşıma sözleşmesine uygulanması tartışılmıştır.

¹¹ TEZCAN a.g.e., 519, s. 61.

¹² ATF 93/1967 II 189 = JdT 1968 I 192 (rés.); 97/1971 II 398 = JdT 1973 I 87; 101/1975 II 21 : JdT 1976 I 63 (rés.) TERCIER a.g.e., s. 206. Trib. féd., 26 Sept. 1974, A.T.F., 1974, vol. 100, s. 345 vd. PHILIPPE *op. cit.* 3, s. 213.

¹³ Bkz aşağıda 3. Bölüm.

¹⁴ TERCIER, a.g.e., s. 207.

¹⁵ DURAL, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık*, İstanbul, 1976, s. 30.

Türk yargısının sıklıkla kullandığı bir diğer kurum ise “uyarlama”dır. Aslında uyarlama mukayeseli hukukta bir kuram değil, sözleşme ekonomisinin bozulmasının muhtemel sonuçlarından birisidir. Ancak Türk yargı kararlarında bu kavramla bir hukuki çareden ziyade içtihat ile geliştirilmiş bir “ilke” kastedilmekte, uyarlamadan bir ilke olarak bahsedilmektedir.¹⁶ Bu “ilke”, sözleşmenin yapılmasından sonraki bir olay nedeniyle tarafların edimlerinin dengesinin bozulması halinde hâkimin sözleşmeyi değişen koşullara uyarlamasını öngörür. Uyarlama, özellikle ekonomik kriz zamanlarında BK 365/II maddesinin kapsamı dışında kalan kira ve kredi sözleşmelerinden doğan davalarda sıklıkla kullanılmıştır.

Türk Hukuku’nda işlem temelini çökmesi kuramının, bu kuramın içtihatları yansımalarının, uyarlamaların ve BK 365/II ile ilgili yargı kararlarının ortak noktası “sözleşmede edimlerin dengesi ilkesi”ne dayanmalarıdır.¹⁷ Her ne kadar Türk Hukuku Alman Hukuku’nun etkisiyle *Wegfall der Geschäftsgrundlage* kuramına, yani bir subjektif kurama atıfta bulunuyorsa da, bu kuramın yargıdaki uygulaması ve doktrindeki yansıması, İsviçre Hukuku’nun etkisi nedeniyle daha çok objektif kuramlara yakın olmuştur.¹⁸ Türk Mahkemeleri edimlerin dengesinin bozulması ile ilgili kararlarda sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan olayın işlemin temelini etkisini değil, sözleşmedeki edimlerin dengesine etkisini inceler. Keza Türk doktrini de bu konuyla ilgili olarak işlem temelinden değil, olayların sözleşmenin dengesine etkisinden bahseder.¹⁹ Başka bir ifadeyle, Türk Hukuku’nda bir subjektif kurama atıf yapılarak bir objektif kuram uygulanmaktadır.

Bu durumun sonuçlarından biri Türk Hukuku’nda çok uzun süreden beri uyarlamaların bir hukuki çare olarak sözleşmenin dengesinin tekrar sağlanması amacıyla kullanılıyor olmasıdır.²⁰ Oysa Alman Hukuku’nda işlem temelini çökmesi durumunda sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması çözümünün benimsenmesi, 2001 yılında Alman Medeni Kanunu’nda yapılan değişiklikle getirilen, oldukça yeni bir düzenlemedir. İşlem temelini çökmesi kuramının objektif bir kuram gibi uygulanmasının bir diğer sonucu da

¹⁶ Bkz aşağıda 2. Bölüm.

¹⁷ EREN a.g.e., s. 437.

¹⁸ ATF 97/1971 II 398 = 87; ATF 93/1967 II 189 = JdT 1968 I 192 (rés.) TERCIER a.g.e., s. 208.

¹⁹ EREN a.g.e., s. 441.

²⁰ DURAL a.g.e., s. 38-39.

sözleşmenin sona erdirilmesinin sözleşmenin süresiyle ilgili bir uyarlama olarak kabul edilmesidir.²¹

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanmasıyla Türk Hukuku'nda Alman etkisinin artması, hatta objektif kuramın uygulamasının son bulması dahi beklenebilir; çünkü aşağıda da görüleceği üzere, bu kanunun "aşırı ifa güçlüğü" başlıklı 138. maddesi büyük ölçüde 2001 tarihli Alman Medeni Kanununun [BGB] 313. paragrafından esinlenilmiştir ve tamamen subjektif kurama dayanan bir düzenlemedir.

b) Yargıtay'ın Genel Eğilimi ve Ekonomik Krizlerin Etkisi

Kural olarak Türk Mahkemeleri bu kuramların uygulamasının istisnai niteliğini koruması gerektiği görüşündedir ve bu kuramları uygularken çok temkinlidir. Türkiye'de sözleşmede edimlerin dengesinin bozulmasıyla ilgili kuramların uygulanmasında her ne kadar olağanüstü gelişmiş bir içtihat bulunmakta ise de bunun asıl nedeni ekonomik krizlerin bu uygulamaları gerektirmiş olmasıdır. Aşağıda görüleceği üzere bu kuramların en yoğun şekilde uygulandığı dönemlerde dahi Yargıtay, bu uygulamaların istisnai olduğunu belirtmiş ve ahde vefa ilkesinin geçerliliğini vurgulamıştır.

Ahde vefa ilkesinin yanı sıra Türk Ticaret Kanunu'nun [TTK] 20. maddesinin ikinci fıkrası Yargıtay'ın bu yaklaşımının önemli bir nedenidir. Alman Ticaret Kanunu (*Handelsgesetzbuch*)'un 347. paragrafından devşirilmiş olan bu madde, her tacir için "ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranma" zorunluluğu öngörür.²² Türk Hukuku'nda bu maddenin varlığı, Türk Hukuku'nun İsviçre Hukuku'ndan ayrıldığı en önemli noktalardan birisidir. TTK 20. maddesinin etkisi Yargıtay'ın BK 365/II maddesinin uygulamasıyla ilgili kararlarında kendisini gösterir.²³

²¹ Bkz. aşağıda 2/a.

²² TTK'nun 20. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: "Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır."

²³ "Hemen belirtelim ki davacı tarafından ileri sürülen [hammadde] fiyat farkı umulmayan, beklenilmeyen, olağanüstü bir hal olarak kabul edilemez; toplanan deliller de bu kabulü doğrulamaktadır. Davacı tacir olup müdebbir olması ve sözleşmeyi kurarken hasıl olması muhtemel rizikoları düşünerek sözleşmeyi yapması gerekir. Kural olarak aksi ileri sürülüp kesin delillerle kanıtlanmadıkça akid düzenlenirken davacının inşaat malzemesi fiyatlarını ve buna etki yapan ekonomik ve sair koşulları göz önünde tutmuş bulunduğu ve her türlü etken dışında serbest iradeleri [ile] satış sözleşmesini imzaladığı kabul edilmelidir." 13. HD, 7.7.1994 T. 5079 E. 6889 K. (www.kazanci.com).

Sözleşme ekonomisinin veya sözleşmede edimler arasındaki dengenin bozulması ile ilgili kuramlar ancak savaş ya da ekonomik kriz gibi olağanüstü koşullarda uygulanır. Ancak 1940'lı yıllardan bu yana ekonomik kriz durumu Türkiye için istisna değil, adeta kural haline gelmiştir.²⁴ 1994 ve 2001'deki son iki büyük ekonomik kriz Türkiye ekonomisi üzerinde yıkıcı etkiler üretmiş, çok sayıda şirket iflas etmiş, çok sayıda sözleşmede edimler arasındaki denge bozulmuş, bu durum Türk Mahkemeleri'nde sözleşmenin uyarlanması talebiyle çok sayıda dava açılmasına neden olmuştur.

Yargıtay bu ihtiyaca cevap verebilmek amacıyla olağan dışı bir yöntem geliştirmiş, şablon karar gerekçeleri üretmiştir. Bu yöntem, bir şablon metne yalnız tarafların adlarının ve uyuşmazlık konusunun yazılmasıyla yüzlerce gerekçeli mahkeme kararının kısa sürede üretilmesine yarayan bir yöntemdir. Tip sözleşme yöntemine benzetilebilecek bu yöntem, adil yargılanma hakkına uygunluğu konusunda eleştirilebilir. Bu çalışmada bu metinlerden "şablon karar" olarak bahsedilecektir.

Yargıtay'ın konuyla ilgili başlıca üç şablon kararı bulunmaktadır. Bunlardan ikisi kira sözleşmelerinin, biri de dövize endeksli kredi sözleşmelerinin uyarlanmasıyla ilgilidir. Kira sözleşmelerinin uyarlanmasıyla ilgili ilk şablon karar 1994 ekonomik krizinin ardından, 2003 yılına kadar kriz koşulları nedeniyle dengesi bozulmuş kira sözleşmelerinin uyarlanması amacıyla kullanılmıştır.²⁵ 2003 yılında, 2001 ekonomik krizinin etkisini yitirmeye

²⁴ Türk Lirası'nın değerinde 07.09.1946, 16.07.1958, 10.08.1970, 24.01.1980, 01.05.1981, 27.01.1984, 05.04.1994 ve 21.02.2001 tarihlerinde devalüasyonlar olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELEBİ *Türkiye'de Devalüasyon Uygulamaları (1923-2000)*, Doğuş Üniversitesi Dergisi 3, 2001, s. 60 http://www1.dogus.edu.tr/dogustru/journal/sayi_3/m00041.pdf.

²⁵ Bu şablon kararın kullanıldığı kararlar, *inter alia* HGK 15.10.2003 T. 13-599 E. 599 K., HGK 07.05.2003 T. 13-332 E. 340 K., 13. HD 03.03.2005 T. 14870 E. 3171 K., HGK 18.11.1998 T. 13-815 E. 835 K., HGK. 11.02.1998 T. 13-4 E. 87 K., 13. HD 08.05.1997 T. 3616 E. 4059 K., HGK 01.10.1997 T. 13-493 E. 764 K. (www.kazanci.com) 13. HD 06. 04.1995 T. 3540 E. 3462 K., 13. HD 22.12.1995 T. 11895 E. 11611 K., 13. HD 30.06.1994 T. 5850 E. 6883 K., 13. HD 29.03.1996 T. 3071 E. 3088 K., 13. HD 02.11.1995 T. 7722 E. 9526 K., 13. HD 24.10.1994 T. 6791 E. 9014 K., 13. HD. 15.06.1995 T. 6065 E. 5981 K., 13. HD 16.09.1997 T. 6149 E. 6663 K., 13. HD 10.03.1997 T. 1202 E. 1901 K., 13. HD 08.07.1997 T. 4573 E. 6354 K., 13. HD 04.06.2001 T. 5012 E. 6006 K., 13.HD 17.05.2001 T. 4384 E. 5327 K., 13. HD 05.04.2001 T. 2554 E. 3541 K., 13. HD 19.04.2001 T. 3144 E. 4167 K., 13. HD 22.02.2001 T. 1169 E. 1891 K. (ERTÜRK *Kira Tespiti ve Uyarlama Davaları*, Ankara,

başlamasıyla Yargıtay uyarılama taleplerini reddetmek üzere ikinci şablon kararı kullanmaya başlamıştır.²⁶ Üçüncü şablon karar 1994 ekonomik krizinin ardından dengesi bozulan dövize endeksli kredi sözleşmelerinin uyarlanmasını öngörür.²⁷

Bu kararların içerikleri aşağıda incelenecektir. Burada ikinci şablon kararın 2003'ten beri kullanılıyor olmasının ekonomide yakalanan istikrarla açıklanabileceğini söylemekle yetineceğiz. Ancak bu (ikinci) şablon karar, devalüasyonun ekonomideki istikrarsızlık nedeniyle önceden öngörülebilir olduğu, bu nedenle uyarlamaya gerekçe olamayacağı fikrine dayanmaktadır. Bu gerekçeye ilişkin eleştirilere aşağıda değinilecektir.

2) Kira ve Kredi Sözleşmeleriyle İlgili Uyarılama Davaları

a) Genel Olarak Uyarılama

Sözleşmede edimlerin dengesinin bozulmasıyla ilgili genel bir hükmün yokluğunda uyarılama çözümü bu boşluğu doldurmak amacıyla bir ilke gibi kullanılmıştır.²⁸ Türk Hukuku'nda uyarılama kavramı sözleşmede edimlerin dengesi ilkesine dayanmakta²⁹ ve bütün uzun süreli sözleşmelere uygulan-

2005, ss. 475 - 544) Bu şablon kararın kısmen, uyarılama talebinin reddedildiği davalarda da ilgili kuramları açıklama amacıyla kullanıldığını görüyoruz. Bu kararlar *inter alia* 13. HD 05.05.2001 T. 2908 E. 3543 K., 13. HD 13.03.1997 T. 1817 E. 2048 K., 13. HD 06.02.1997 T. 342 E. 787 K., 13. HD 10.04.1997 T. 2757 E. 3244 K., 13. HD 10.06.1996 T. 5657 E. 5877 K., 13. HD 12.10.1994 T. 9786 E. 8765 K. (ERTÜRK a.g.e., s. 544 - 568).

²⁶ Bu şablon karar, *inter alia*, şu kararlarda kullanılmıştır: HGK, 15.10.2003 T. 13-599 E. 599 K., 13. HD. 23.5.2001 T. 3903 E. 6048 K., HGK. 07.05.2003 T. 13-332 E. 340 K. (www.kazanci.com).

²⁷ Bu şablon karar, *inter alia*, şu kararlarda kullanılmıştır: HGK 17.09.1997 T. 11-460 E. 651 K., HGK 19.02.1997 T. 11-762 E. 77 K., HGK 19.2.1997 T. 11 -674 E. 87 K. (www.kazanci.com).

²⁸ Uyarılama ile ilgili bkz. BURCUOĞLU, *Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılama*, İstanbul, 1995; BAYSAL, *Sözleşmenin Uyarlanması*, İstanbul, 2009, ARAT, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*, Ankara, 2006.

²⁹ “Hemen belirtelim ki, beklenilmeyen olağan dışı sonuçları önceden tahmin edilemeyen, ekonomik krizden dolayı kiralayanın bir gün içinde sözleşme dışı nedensiz zenginleşmesi ve yarar sağlaması MK. md. 2/1 hükmünce asla haklı görülemez. Bu tarafların sözleşmede eşit hak sahibi olmaları ilkesine de aykırı olup; dahası somut adalet duygularını da zedeler.” HGK 15.10.2003 T. 13-599 E. 599 K., HGK 07.05.2003 T. 13-332 E. 340 K., 13 HD. 03.03.2005 T. 14870 E. 3171 K., HGK 18.11.1998 T. 13-815 E.

maktadır. Uyarlama objektif bir kuram gibi uygulanmakla beraber, aşağıda görüleceği üzere uyarlama davalarında işlem temelinin çökmesi kuramına da atıfta bulunmaktadır.

Türk Mahkemeleri'nin kararlarında uyarlamanın uygulaması o kadar yaygın ve istikrarlı olmuştur ki, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması-na karşı maddeler içeren sözleşmelerde dahi Türk Mahkemeleri iyiniyet ve dürüstlük kuralı hükümlerine dayanarak uyarlama yoluna gitmişlerdir. Bu davalarda özetle sözleşmenin uyarlanmayacağını öngören maddelere dayanarak uyarlamayı reddetmenin Medeni Kanun'un [MK] 2. maddesinin 2. fıkrası anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği görüşü dile getirilmektedir.³⁰ Türk doktrini de uyarlamayı o kadar geniş yorumlamaktadır ki, sözleşmenin sona erdirilmesi dahi sözleşmenin süresiyle ilgili bir uyarlama olarak kabul edilmektedir.³¹

Sözleşmede edimlerin dengesinin bozulmasıyla ilgili mukayeseli hukuktaki diğer kuramlar³² gibi uyarlamanın da en çok uygulandığı dönemler, ekonomik kriz dönemleri olmuştur. 1994 ve 2001 ekonomik krizleri enflasyonun %100'ü geçtiği bir ortamda ortaya çıkmıştır.³³ Böyle bir ortamda gayrimenkullerini kiraya veren mal sahipleri, yüksek enflasyondan korunmanın yollarını aramışlar ve sözleşmelerini döviz üzerinden yapmışlardır.

835 K., HGK. 11.02.1998 T. 13-4 E. 87 K., 13. HD 08.05.1997 T. 3616 E. 4059 K., HGK 01.10.1997 T. 13-493 E. 764 K.

³⁰ “Bazen de sözleşmede olumlu veya olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtlı birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK. md. 2/2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir nisbetsizlik çıkmışsa uyarlama yine yapılmalıdır. İşlem temelinin çöküşüne ilişkin uyumsuzlukların giderilmesinde kaynak olarak MK'nun 1, 2 ve 4'üncü maddelerinden yararlanılacaktır.” HGK 15.10.2003 T. 13-599 E. 599 K., HGK 07.05.2003 T. 13-332 E. 340 K., 13. HD 03.03.2005 T. 14870 E. 3171 K., HGK 18.11.1998 T. 13-815 E. 835 K., HGK 11.02.1998 T. 13-4 E. 87 K., 13. HD 08.05.1997 T. 3616 E. 4059 K., HGK 01.10.1997 T. 13-493 E. 764 K.

³¹ EREN a.g.e., s. 438; OĞUZMAN/ÖZ a.g.e., s. 156.

³² Bkz. Dipnot 2.

³³ Bu dönemde Türkiye'nin ekonomik koşulları ile ilgili bir fikir vermek amacıyla yıllık enflasyon oranlarının 1993'te %71,1, 1994'te %120,3, 1995'te %76,0, 1996'da %79,8, 1997'de %99,1, 1998'de %69,7, 1999'da %68,8 ve 2000'de %39,0 olduğunu söylemekle yetineceğiz <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/duyuru/DUY2002-07.html> .

Zira bankalar da bu dönemde Amerikan Doları ya da Alman Markı gibi daha istikrarlı bir para birimine endeksli olarak kredi vermeyi tercih etmişlerdir.

5 Nisan 1994 ve 21 Şubat 2001 tarihli devalüasyonlar dövize endeksli bütün sözleşmelerde edimlerin dengesini bozmuş, kredi borçlularının ve kiracıların edimlerinin ifasını aşırı zorlaştırmıştır. Bu durum Türk Mahkemeleri'nde uyarılma davalarının sayısında bir patlamaya yol açmıştır. Türk Mahkemeleri dövize endeksli sözleşmelerde edimlerin dengesinin sağlanması amacıyla uyarılmanın kabul edilmesi yönünde pek çok karar vermiş, bu kararlarında iyiniyet ve dürüstlük kuralı, işlem temelinin çökmesi ve hatta emprevizyon kuramlarına atıfta bulunmuştur.³⁴

Bu dönemin mahkeme kararlarında uyarılmanın şartları şu şekilde sayılmıştır: “Sözleşme kurulduktan sonra ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağanüstü ve objektif nitelikte olmalıdır... Yine değişen hal ve şartlar nedeni ile tarafların yükledikleri edimler arasındaki denge aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olması şarttır. Uyarılma isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir. Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir, beklenebilir, olağan ve hesaba katılabilen nitelikte olmamalı veya olaylar, öngörülebilir olmakla beraber bunların sözleşmeye etkileri kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmemelidir.”³⁵

Yargıtay'ın uyarılmanın koşullarını sayarken, İsviçre Hukuku'nun ve doktrindeki görüşlerin etkisi nedeniyle tamamen objektif bir yaklaşıma sahip olduğu dikkat çekmektedir. Bu objektif yaklaşım UNIDROIT Uluslararası

³⁴ 13. HD 06.04.1995 T. 1995/145 E. 1995/3339 K.; HGK 19.02.1997 T. 1996/11-762 E. 1997/77 K. ERYİĞİT Dövize Endeksli Borçlarda “Uyarılma Davaları” Hakkında Yargıtay Ne Diyor? Ada. Net Hukuk Bülteni, 31.02.2001 <http://www.ada.net.tr/hukuk/yargitay3.htm>.

³⁵ Bu paragrafın kullanıldığı kararlar, *inter alia* HGK 15.10.2003 T. 13-599 E. 599 K., HGK 07.05.2003 T. 13-332 E. 340 K., 13 HD. 03.03.2005 T. 14870 E. 3171 K., HGK 18.11.1998 T. 13-815 E. 835 K., HGK 11.02.1998 T. 13-4 E. 87 K., 13. HD 08.05.1997 T. 3616 E. 4059 K., HGK 01.10.1997 T. 13-493 E. 764 K. (Bu paragrafta Yargıtay KAPLAN'a ve HATEMİ/SEROZAN/ARPACI'ya atıfta bulunmuştur: KAPLAN *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Ankara, 1987, s. 152, HATEMİ/SEROZAN/ARPACI *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, 1992, s. 186).

Ticari Sözleşme İlkeleri'nin *hardship* hükümlerinin yaklaşımıyla bire bir örtüşmektedir.³⁶

b) Kira Sözleşmeleri ile İlgili Uyarılama Davaları

İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana Türkiye ekonomisinin yaşadığı istikrarsızlık daima gayrimenkul kiracılarını enflasyona karşı koruma ihtiyacının hissedilmesine neden olmuştur. Bu amaçla 18.1.1940'ta çıkarılan Milli Korunma Kanunu kira oranlarının 1939'daki düzeyde tutulmasını öngörmüştür. 18.05.1955 tarih ve 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun 1 Haziran 1955'te yürürlüğe girmiştir ve halen yürürlükte dir.³⁷ Bu Kanun'un 17. maddesi ile Milli Korunma Kanunu'nun kira oranları ile ilgili hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Yine aynı Kanun'un 2. ve 3. maddeleri kira oranlarının 1953'teki seviyesinde dondurulacağı düzenlemesini getirmiştir. Bu iki madde 1963'e kadar uygulanmış, ancak 1963'te Anayasa Mahkemesi bu maddeleri sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.³⁸

Ancak bu karar, bu tarihten sonra da kira oranı artışlarına müdahale edilmesine engel olmamıştır. Yargıtay daima uyarılama kurumu aracılığıyla kira artışlarına müdahale etmiş, bu konuda bir düzenlemenin eksikliğini hissettirmemiştir.³⁹

1994 ekonomik krizi nedeniyle kira sözleşmelerinin uyarlanması davalarının sayısında bir patlama yaşandığında Yargıtay, olağan dışı bir uygulama ile yıllık kira artış oranının %65'i geçemeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay bu kararını mal sahiplerinin enflasyondan kiracılar kadar etkilenmeyeceği savına dayandırmıştır.⁴⁰ Bu kararın kiracıları korumak bakımından etkili

³⁶ Bkz. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, madde 6.2 (<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>)

Türkçesi için bkz. DAYINLARLI, *Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler*, Ankara, 2005. UNIDROIT İlkelerinin 6.2 maddesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, *Equilibrium in International Commercial Contracts*, ss. 95-111.

³⁷ Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 338-355. maddelerinde belediye sınırları içindeki üstü kapalı yerlerin kiralanması düzenlenmiş olduğu için bu kanunun yürürlüğe girmesiyle bu düzenlemeler 6570 sayılı kanunun yerini alacaktır.

³⁸ AYM 26.03.1963 T. 1963/3 E. 1963/67 K. (RG.31.5.1963, s. 11416).

³⁹ ALTAŞ *Kira Parası Artışlarının Sınırlanması* 49 AÜHFD 01, 2000, s. 98.

⁴⁰ 3. HD. 06.12.1994 T. 14420 E. I557I K. (Yargıtay Kararları Dergisi, 1995, s. 388); 3.HD., 2.4.1996 T., 377 E., 4339 K. (Yargıtay Kararları Dergisi, 1996, s. 1051) Bu kararlar ALTAŞ tarafından aktarılmaktadır: ALTAŞ a.g.e, s. 98-99.

olduğu söylenebilir, çünkü daha 1994 yılında enflasyon, yıllık kira artışı için Yargıtay'ın öngördüğü rakamın iki katına kadar çıkmıştır.

Bu karar sayesinde 2000 yılına kadar kira artışları %65 ile sınırlandırılmış ve kiracılar bu dönemde daima daha yüksek olan enflasyondan korunmuşlardır. 90'lı yılların sonunda kiralardaki artışların yüksek enflasyonun önemli nedenlerinden biri olduğu düşünülmüştür. Dönemin hükümeti kira artışlarını 2000 yılında %25, 2001 yılında da %10 ile sınırlandıran bir kanun kabul ederek enflasyonu düşürmeye çalışmıştır.⁴¹ Ancak bu kanunun kira artış oranlarıyla ilgili hükümleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁴²

Bu kanunun bir başka hükmü dövize endekli kira sözleşmelerinde kiranın arttırılamayacağını öngörmektedir.⁴³ Bu madde halen yürürlükte ve dövize endekli kiralarda arttırılamayacağı Yargıtay tarafından da tasdik edilmiştir.⁴⁴ Kanunun bu hükmü liberal ekonominin ilkelerine aykırı olmakla, sözleşme özgürlüğüyle ters düşmekle ve yabancı döviz kurunun düşmesi olasılığını göz ardı etmekle de eleştirilmektedir.⁴⁵

Dövize endekli kira sözleşmelerinde döviz kurunun yükselerek kiracıyı mağdur ettiği durumlarda Yargıtay, kiranın düşürülmesi yönünde kararlar vermiştir. Örneğin Hukuk Genel Kurulu 1994'te verdiği bir kararda⁴⁶ Amerikan Doları üzerinden yapılmış bir kira sözleşmesinin uyarlanması talebiyle açılan bir davada sözleşmede edimlerin dengesi ve iyiniyet ve dürüstlük

⁴¹ 16.2.2000 Tarihli 4531 Sayılı Kanun (RG 23968, 18.02.2000).

⁴² AYM 19.07.2001 T. 303 E. 333 K. (RG 24524, 15.09.2001) Belirtmeliyiz ki Anayasa Mahkemesi bu kararını 2000 yılında enflasyonun kanunda öngörülen sınırı geçip %39 olmasına dayandırmıştır. Ancak enflasyonun 1999'da %68,8 olduğu düşünülürse bu hızlı düşüşte 2000 yılında yürürlükte kalmış olan bu Kanun'un da katkısı olduğu varsayılabilir.

⁴³ 4531 Sayılı Yasanın 1. maddesiyle 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna eklenen geçici 7. maddenin ikinci fıkrası şu şekildedir: "Kira parasının yabancı para veya kıymetli madene endekli olarak belirlendiği sözleşmelerde ayrıca yıllık artış uygulanmaz."

⁴⁴ HGK. 27.04. 2005 T. 6-233 E. 279 K.

⁴⁵ "Bu kural serbest piyasa ekonomisi ve sözleşme özgürlüğüne aykırıdır. Çünkü, taraflar kira bedelini yabancı parayla tespit ettikleri durumlarda, yabancı paranın da bir yıl içinde değer kaybedebileceği gözden kaçırılmamalıdır." ALTAŞ a.g.e., s. 111.

⁴⁶ HGK. 30.11.1994 T. 13-657 E. 778 K.

kuralına dayanarak kiranın düşürülmesine hükmetmiş, bu karar benzer davalarda emsal teşkil etmiştir.⁴⁷

Ancak bütün bunlardan Yargıtay'ın her zaman kira sözleşmelerinin uyarlanması davalarında davayı kabul etme eğiliminde olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Aksine, Yargıtay daima uyarlama yolunun ekonomik kriz zamanlarında kullanılan bir istisna olduğunu belirtmiş ve ahde vefa ilkesine vurgu yapmıştır. Hatta ekonomik kriz zamanına ait bir davada dahi Yargıtay, Amerikan Doları üzerinden yapılmış bir kira sözleşmesinin uyarlanması talebini sözleşmenin yalnız bir yıl için yapılmış olduğu, uyarlamanın ancak uzun süreli sözleşmelerde söz konusu olabileceği gerekçesiyle reddetmiştir.⁴⁸

2001 ekonomik krizinin etkileri, yapılan reformlar sonucu hafiflemeye başlar başlamaz Yargıtay'ın uyarlama taleplerini daha geniş ölçüde reddetmeye başladığını görmekteyiz.⁴⁹ 2003'te Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu amaçla yeni bir şablon karar kullanmaya başlamıştır.⁵⁰

Bu (ikinci) şablon kararda özetle Alman ve İsviçre Hukuklarından bahsedilerek uyarlamanın, işlem temelinin çökmesi ve emprevizyon kuramlarının geçerlilikleri vurgulanır. Daha sonra Türkiye'nin ekonomi tarihinde istikrarsızlığın belirleyici bir karaktere sahip olduğu savı ileri sürülür. Sonuç olarak "Yukarıdan beri açıklandığı gibi Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının güvenilir olmadığı bir gerçektir"⁵¹ saptaması dile getirilir. Böylece, önceden tahmin edilemeyen bir halin bulunması koşulunun gerçekleşmediği gerekçesiyle uyarlama talebi reddedilir.

Bu şablon karar 21 Şubat 2001 ekonomik krizinin TTK 20. maddesi anlamında basiretli iş adamları tarafından öngörülebilir olduğu yanlış savına

⁴⁷ 3. HD. 27.3.2000 T. 2648 E. 2640 K.

⁴⁸ 13. HD 13.03.1995 T. 599 E. 2437 K. ile ilgili HGK 22.11.1995 T. 13-823 E. 1011 K.

⁴⁹ HGK 15.10.2003 T. 13-599 E. 599 K.; 13 HD 23.05.2001 T. 3903 E. 6048 K.; HGK 07.05.2003 T. 13-332 E. 340 K.

⁵⁰ Hukuk Genel Kurulu bu şablon kararı, kira sözleşmelerinden doğan davalara bakan 13. Hukuk Dairesi'nin 1994'ten beri kullanılan ilk şablon metni kullanarak verdiği kararları bozmak için bile kullanmıştır. 13. HD 04.07.2002 T. 5667 E. 8263 K.

⁵¹ HGK 15.10.2003 T. 13-599 E. 599 K.; 13. HD 23.5.2001 T. 3903 E. 6048 K.; HGK 7.5.2003 T. 13-332 E. 340 K.

dayandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁵² Bu eleştirilere göre öngörülemezlik ölçütü için enflasyon ile devalüasyon arasında ikili bir ayırım yapılmalıdır. Türkiye ekonomisinin 70'li yılların sonundan 2003'e kadar yüksek enflasyondan muzdarip olduğu ve istikrarı yakaladığı dönemlerin epey az olduğu bir gerçektir. Ancak bu, sözleşmelerde edimlerin dengesini bozan devalüasyonların da öngörülebilir olduğunu varsaymak için yeterli değildir. Zira devalüasyon kararları hükümetler tarafından gizlice alınır.⁵³ Örneğin Milli Güvenlik Kurulu'ndaki bir siyasi kriz neticesinde patlak veren 21 Şubat 2001 devalüasyonunun aynı günün sabahında dahi öngörülmesi mümkün olmamıştır.⁵⁴ Ayrıca Yargıtay'ın daha önceki devalüasyonlarla ilgili kararlarında devalüasyonun öngörülemez olduğunu kabul etmiş olduğunu da belirtmek gerekir.⁵⁵

Enflasyona gelince, enflasyonu öngörmek ve sözleşmeyi enflasyonun etkilerinden korumaya yönelik tedbirler almak mümkündür. Örneğin sözleşmelere fiyat revizyonu maddesi eklemek veya sözleşmeyi Türk Lirası'ndan daha istikrarlı bir yabancı kur üzerinden yapmak bu tür tedbirlerdendir.⁵⁶ Yalnız bu tedbirler sözleşmeyi devalüasyonun etkilerinden koruyamaz. Bilakis, dövize endeksli sözleşmeler uyarlama davalarının başlıca konusu olmuştur. Çünkü bu tedbirler dövize endeksli olarak kiraya verenleri ve kredi verenleri enflasyonun etkisinden korurken, bir devalüasyon halinde sözleşmenin edimler dengesinin karşı taraf aleyhine aşırı ölçüde değişmesi sonucunu doğurmuştur.

Bu eleştirilere ayrıca bu şablon kararın kullanılmaya başlandığı 2003 yılında Türkiye'nin ekonomik koşulları⁵⁷ dikkate alındığında Yargıtay'ın gerekçesinin çok karamsar olduğu saptaması da eklenebilir. 2003 yılı Türkiye ekonomisinin istikrara kavuştuğu, ekonomik krizin yaralarının sarıldığı ve ekonomik koşulların sözleşmeler üzerindeki olumsuz etkilerinin azaldığı bir dönem olmuştur. Yargıtay'ın ekonomik istikrarsızlığın Türkiye'nin kaderi

⁵² Özellikle HGK 07.05.2003 T. 13-332 E. 340 K. (Yargıtay Kararları Dergisi, Ekim 2003, Cilt 29, S.10, s.1502) kararıyla ilgili olarak bkz. TEZCAN a.g.e., s. 100.

⁵³ TEZCAN a.g.e., s. 99.

⁵⁴ TEZCAN a.g.e., s. 99, DOĞANAY a.g.e., s. 45, ERMAN *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/II)*, İstanbul, 1979, s. 99.

⁵⁵ 15. HD., 4.12.1975 T., 4684 E., 4790 K.; HGK. 07.10.1977 T. 976 / 15-3502 E. 778 K.

⁵⁶ TEZCAN a.g.e., s. 100.

⁵⁷ 2003 yılında yıllık enflasyon % 18,4 olarak gerçekleşmiştir. http://www.belgenet.com/eko/enf_2003.html.

olduğu izlenimi uyandıran gerekçesi ne yazıldığı dönem için gerçekçidir, ne de geleceği öngörme iması taşıdığı için ekonomik hayata ve ticaret hayatının gerçeklerine uygundur. Özetle, dönemin koşullarına bakıldığında bu şablon kararın benimsenip uygulanmaya başlamasının ardında yatan ekonomik gerçekler ile kararın lafzı arasında bir zıtlık vardır: Yargıtay aslında ekonomideki istikrarsızlık kalıcı hale geldiği için değil, ekonomi istikrara kavuştuğu için uyarılama taleplerini reddetmeye başlamıştır.

Burada kira sözleşmelerinde edimlerin dengesi ile ilgili iki dava türü arasındaki farkı vurgulamak gerekir: Uyarılama davalarının yanı sıra süresi bitmekte olup yenilenecek kira sözleşmeleriyle ilgili “kira tespit davaları” da uygulamada oldukça yaygındır. Kira tespit davası kira döneminin bitiminde açılır ve bu dava ile bir sonraki dönem için kiranın tespit edilmesi talep edilir. Uyarılama davalarında ise, aksine, sözleşmede edimlerin dengesinin bozulmuş olması ve sözleşmenin devamının taraflardan biri için tahammül edilemeyecek hale gelmiş olması koşulları aranır. Yargıtay’ın bir kararında belirttiği gibi, bir kira döneminin sonunda bu koşulların varlığından bahsedilemez.⁵⁸

Kira tespit davaları sözleşmede edimlerin dengesinin sonradan bozulması kavramının dışında kaldığı için konumuzun dışındadır. Ancak bu dava türü, sözleşmede edimlerin dengesi genel ilkesine dayanan bir çözüm yolu öngörmesi bakımından önemlidir.

c) Kredi Sözleşmeleri ile İlgili Uyarılama Davaları

Uyarılama kurumunun ekonomik krizlerin etkisini hafifletmek amacıyla kullanıldığı bir diğer alan, dövize endeksli kredi sözleşmeleridir. 1994 ekonomik krizi döneminde bankalardan dövize endeksli kredi almış olan müşteriler, mahkemelerden sözleşmelerinin değişen koşullara uyarlanmasını talep etmişlerdir. Bu dönemde ilk derece mahkemeleri henüz uyarılama taleplerini kabul etme eğiliminde değillerdi. İlk derece mahkemelerinin uyarılama taleplerini reddetme yönündeki çeşitli kararları Yargıtay tarafından aynı şablon karar metni kullanılarak bozulmuş,⁵⁹ ilk derece mahkemeleri uyarılama taleplerini reddetme kararlarında direnince konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’na gelmiştir. Bu davalarda Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay’ın kullandığı

⁵⁸ 11.HD., 16.12.1997 T., 7759 E., 9296 K. (www.kazanci.com).

⁵⁹ 11. HD., 18.11.1996 T., 7674 E., 8061 K.; 11. HD., 12.9.1995 T., 4961 E., 6268 K.; 11. HD., 7.11.1995 T., 739 E., 84 K. (www.kazanci.com).

karar şablonunu tekrar ederek uyarılama taleplerinin kabul edilmesi gerektiğini açıklığa kavuşturmuştur.⁶⁰

Bu kararlarda Yargıtay, devalüasyonların ve yüksek enflasyonun dövize endeksli kredi sözleşmelerinin iyiniyet ve dürüstlük kuralı ve işlem temelinin çökmesi kuramı çerçevesinde uyarlanması için geçerli bir gerekçe olduğunu açıkça ifade etmiştir:

“İşte edimler arasındaki dengeyi aşırı derece bozan olağanüstü haller harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki olağanüstü yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi hallerde sözleşmeye bağlılık ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık sözleşmeye sıkı sıkı bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK. md. 2/2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Bu adaletsiz sonuçları bertaraf etmek için, bugün İsviçre-Türk Hukukunda çoğunlukla dayanılan esas, dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır.”⁶¹

Bu kararlarda Yargıtay’ın, subjektif bir kuram olan Alman *Wegfall der Geschäftsgrundlage* kuramından devşirilen işlem temelinin çökmesi kuramını, objektif bir kuram olan sözleşmede edimlerin dengesi kuramı temeline dayandırarak uyguladığı açıkça görülmektedir:

“Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişimler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçleştirilmesi ve belki de imkansız hale gelmesi durumunda ‘işlem temelinin çökmesi’ gündeme gelir.”⁶²

⁶⁰ HGK., 17.9.1997 T., 11-460 E., 651 K.; HGK., 19.2.1997 T.,11-762 E., 77 K.; HGK., 19.2.1997 T., 11 -674 E., 87 K.

⁶¹ 11. HD., 18.11.1996 T., 7674 E., 8061 K.; 11. HD., 12.9.1995 T., 4961 E., 6268 K.; 11. HD., 7.11.1995 T., 739 E., 84 K.; HGK., 17.9.1997 T., 11-460 E., 651 K., HGK. 19.2.1997 T., 11-762 E., 77 K. (Bu kararlar ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU *İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?* M.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 503 vd.), HGK., 19.2.1997 T., 11 -674 E., 87 K.

⁶² 11. HD., 18.11.1996 T., 7674 E., 8061 K.; 11. HD., 12.9.1995 T., 4961 E., 6268 K.; 11. HD., 7.11.1995 T., 739 E., 84 K.; HGK., 17.9.1997 T., 11-460 E., 651 K., HGK. 19.2.1997 T., 11-762 E., 77 K.; HGK., 19.2.1997 T., 11-762 E., 77 K. (www.kazanci.com).

1994 ekonomik krizi dönemine ait bu kararlar 2001 ekonomik krizi döneminde emsal olarak kullanılmıştır.⁶³ Ancak bu uygulama sınırlı kalmıştır; zira iki kriz arasındaki dönemde dövize endeksli kredi almanın riskli olduğu fikri toplumda kabul görmüş, ikinci ekonomik krizden sonra da Türk Lirası'nın güçlenmesi dövize endeksli kredi vermeyi avantajlı olmaktan çıkarmıştır.

3) İşlem Temelinin Çökmesi Kuramının BK. 365/II Maddesi Aracılığıyla İstisna Sözleşmelerindeki Uygulaması

BK 365/II maddesi Borçlar Kanunu'nda edimlerin dengesinin bozulması ile ilgili yegâne düzenlemedir. Borçlar Kanunu'nun 365. maddesi "Götürü Taahhüt" başlıklı özel bir hükümdür ve istisna sözleşmesi ile ilgili hükümler arasında "İş Sahibinin Borçları" başlığı altında bulunmaktadır. Bu maddenin ikinci fıkrası şu şekildedir:

"Fakat evvelce tahmin olunamıyan veya tahmin olunup ta iki tarafça nazara alınmıyan haller için yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekerrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyler."⁶⁴

Bu hüküm *rebus sic stantibus* ilkesinin özel bir düzenlemesi olarak kabul edilmektedir ve bu hükmün uygulamasında mukayeseli hukuktaki sözleşmede edimlerin dengesinin bozulmasıyla ilgili kuramlara atıf yapılmaktadır.⁶⁵ Doktrin, bu fıkıyla ilgili içtihattan bu fıkranın uygulanması için aranan koşulları şu şekilde çıkarmaktadır:

⁶³ ERYİĞİT *Dövize Endeksli Borçlarda "Uyarlama Davaları" Hakkında Yargıtay Ne Diyor?* Ada. Net Hukuk Bülteni, 31.02.2001 <http://www.ada.net.tr/hukuk/yargitay3.htm>.

⁶⁴ BK 365. maddesi şu şekildedir:

"Götürü pazarlık edilmiş ise, mütaahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiata yapmağa mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla say ve masrafı mucip olsa bile, müteahhit bedelin arttırılmasını isteyemez.

Fakat evvelce tahmin olunamıyan veya tahmin olunup ta iki tarafça nazara alınmıyan haller için yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekerrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyler.

Yapılacak şey, evvelce tahmin edilen miktardan daha az bir say ile vücuda gelmiş ise, iş sahibi bedeli tamamen vermeğe mecburdur."

⁶⁵ "BK. md. 365 f. II, sözleşmenin temelini teşkil eden koşullarda önceden görülemeyen önemli değişiklikler ortaya çıkması yüzünden edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde bozulması halinde iyi niyet kurallarına dayanılarak hakim tarafından sözleşmenin değiştirilmesine olanak tanıyan '*clausola rebus sic stantibus*' kuralının, öngörememe

“1 – Taraflarca önceden tahmin edilemeyen veya tahmin edilse bile göz önüne alınmayan olağanüstü haller ortaya çıkmış olmalıdır...

2 – Sonradan ortaya çıkan olgu için yapılmasını engellemeli veya aşırı derecede güçleştirmelidir...

3 – Olağanüstü halin meydana gelmesinde müteahhit kusurlu olmamalıdır...

4 – Müteahhit olağanüstü olay sebebiyle sözleşme şartlarına uyarak işi tamamlayamayacağını ifadan önce bildirmelidir.”⁶⁶

BK 365/II'nin amacı müteahhidi götürü olarak ücret kararlaştırmanın sakıncalarından korumaktır. Bu nedenle yalnız müteahhidi koruyan bir çözüm yolu söz konusudur.⁶⁷ Her ne kadar sözleşmenin dengesinin iş sahibi aleyhine değiştiği durumlarda bu çözüm yolunun yorum yoluyla iş sahibi için de tanınması gerektiği savı ileri sürülmüşse de,⁶⁸ bu hüküm böyle bir yoruma elvermeyecek şekilde yazılmış özel bir hüküm olduğu için bu sav pek etkili olamamıştır.

Bu fıkranın öngördüğü ilk koşul işin yapılmasını engelleyen koşulların önceden öngörülememesi veya öngörülüp de nazara alınmamış olmasıdır.⁶⁹ Öngörülmezlik koşulunun içtihat ve doktrinde objektif olarak değerlendirildiğini görmekteyiz. Örneğin inşaat için gerekli olan bir malzemenin ithalatının yasaklanması öngörülemeyen bir durum olarak kabul edilmekte,⁷⁰ ekonominin istikrarlı olduğu bir dönemde enflasyondaki belirgin bir artışın veya devalüasyonun öngörülebilir ama nazara alınamayacak bir duruma örnek teşkil edeceği ifade edilmektedir.⁷¹ Başka bir örnek ile, bir grev normalde BK 365/II anlamında öngörülemeyen bir durum olmadığı halde,⁷² grevin öngö-

(umulmazlık, *imprévision*) kuramının bir uygulamasını oluşturmaktadır.” TANDOĞAN *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, İstanbul, 1989, s. 240.

⁶⁶ ÖZ *İnşaat sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, İstanbul, 2007, s. 61 vd.

⁶⁷ ÖZ a.g.e., s. 64.

⁶⁸ TANDOĞAN a.g.e., s. 258.

⁶⁹ 15. HD 11.6.1974 T. 548 E. 538 K. (www.kazanci.com).

⁷⁰ 15. HD 4.12.1975 T. 4684 E. 4790 K.; HGK 07.10.1977 T. 976 / 15-3502 E. 778 K. İthalattaki zorluklar nedeniyle inşaat malzemelerinin fiyatının artmasının BK 365/II maddesinin uygulamasına esas teşkil edemeyeceği yönündeki karşıt görüş için bkz. KOSTAKOĞLU *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul, 1995, s. 626.

⁷¹ ÖZ a.g.e., s. 63.

rülebilecek süreden daha uzun sürmesi halinde BK 365/II maddesinin uygulanmasına neden olabileceği görüşü dile getirilmektedir.⁷³

İnşaat sözleşmelerinde inşaatın yapılacağı arazinin inşaaata elverişli olmadığı veya inşaaata elverişli hale getirilmesinin öngörülenden çok masraflı olacağı keşfedilmesi durumuyla ilgili olarak doktrinde bir görüş birliği yoktur. Bir yazar bu durumda sözleşme ücretinin arttırılması gerektiğini savunurken,⁷⁴ karşıt görüşteki bir diğer yazar bu durumun sözleşmenin olağan risklerinden sayılması gerektiğini söyler.⁷⁵ Yargıtay da ikinci görüşü benimsemiştir.⁷⁶

BK 365/II maddesine TTK'nun 20. maddesi ile getirilen subjektif sınırlamalara da değinmek gerekir: TTK'nın bu maddesi, 19. Yüzyıl'daki liberal kodifikasyon akımının Alman Hukuku vasıtasıyla Türk Hukuku'nda bıraktığı en belirgin izlerden biridir.⁷⁷ Yukarıda da değinilen bu maddeye göre her tacirin "ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranma" zorunluluğu vardır. Bu nedenle tacir taraflar sözleşmeyi yaptıkları sırada öngöremedikleri bir hususu sonradan ileri sürerek sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden kurtulamazlar. BK 365/II maddesi bağlamında düşünersek, örneğin bir müteahhit inşaat malzemelerindeki olağan bir fiyat artışı nedeniyle bu maddenin uygulanıp sözleşme fiyatının yükseltilmesini talep edemez.⁷⁸ Yargıtay'ın yanı sıra doktrin de müteahhitlerin sonradan BK 365/II maddesine dayanarak fiyat yükseltme düşüncesiyle, ihaleyi almak için düşük fiyat vermeleri ihtimaline dikkat çeker ve bu maddenin bu amaçla kullanımının önlenmesi gerektiği görüşünü dile getirir.⁷⁹

⁷² 15. HD 20.6.1991 T. 795 E. 3330 K.

⁷³ TANDOĞAN a.g.e., s. 241.

⁷⁴ KARATAŞ *Eser Sözleşmeleri*, Ankara, 2004, s. 198-199.

⁷⁵ KOSTAKOĞLU a.g.e., s. 626.

⁷⁶ 15 HD 11.6.1974 T. 1974/548 E. 538 K.

⁷⁷ Liberal kodifikasyon hareketinin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ile ilgili düzenlemelerinin bir değerlendirmesi ve eleştirisi için bkz. YILDIRIM, *Subjective Reasons of Gross Disparity and the Presumption of Professional Competence: A Contradiction in the New Lex Mercatoria?*, Murdoch University e-Law Journal, Vol 15, No 1, 2008, ss. 94.

⁷⁸ 13. HD 7.7.1994 T. 5079 E. 6889 K.

⁷⁹ TANDOĞAN a.g.e., s. 241.

Bazı sözleşme türlerinde sözleşmenin dengesini değiştirebilecek olaylar önceden öngörülüp sıralanabilir. Bu durumları sıralayıp bu belli durumlarda sözleşmenin uyarlanmasını öngören sözleşme şartlarına “müspet uyarlama şartı” denir.⁸⁰ Türk Hukuku’nda bu tür sözleşme şartlarının geçerliliği konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Bu şartların BK 365/II maddesinin uygulanmasına karşı kullanılmasının mümkün olmadığı, zira sözleşmede sayılan haller dışında bir halin sözleşmenin dengesini bozması durumunda BK 365/II anlamında öngörülemez bir hal olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü dile getirilmektedir.⁸¹

Benzer bir durum “menfi uyarlama şartı” için de geçerlidir. Bu tür şartlarda taraflar sayılan durumlarda sözleşmenin uyarlanmayacağını kabul edip BK 365/II maddesine başvurma haklarından feragat ederler.⁸² Menfi uyarlama şartlarının da geçerli olduğu Yargıtay tarafından kabul edilmekle beraber,⁸³ ifayı zorlaştıran durumun menfi şartta öngörülmemiş olması halinde veya öngörülmüş bir durumun sözleşmenin dengesi üzerinde öngörülemez kadar etkili olması halinde ediminin ifası zorlaşan tarafın BK 365/II maddesinin sağladığı haklardan yararlanabilmesi gerektiğine ilişkin bir görüş de vardır.⁸⁴

İşin yapılmasındaki “zorlaşma”nın ölçüsüne gelince, Tandoğan subjektif bir ölçüt ileri sürer ve müteahhidin mali durumunun ifaya elvermesi halinde, sözleşmede edimlerin dengesi bozulmuş olsa bile müteahhidin ifaya devam etmekle yükümlü olduğunu söyler.⁸⁵ Buna uygun olarak, Öz’e göre ücretteki artış sözleşmede edimlerin dengesini yeniden sağlamaya yönelik değil, müteahhidin işi bitirmesini sağlamaya yönelik bir artıştır.⁸⁶ Yargıtay da bu görüşü benimsemiştir. Bir davada müteahhit malzeme fiyatlarındaki

⁸⁰ KAPLAN a.g.e., s. 119; TEZCAN a.g.e., s. 85.

⁸¹ ÖZ a.g.e., s. 63-64.

⁸² KAPLAN a.g.e., s. 123; TEZCAN a.g.e., s. 88.

⁸³ HGK 6.11.1957 T. 76 E., 82 K.; HGK 22.1.1958 T. 1 E. 7 K.; HGK 16.1.1963 T. 28 E. 2 K.; 15. HD 12.10.1973 T. 67 E. 108 K.; TD 24.6.1961 T. 2510 E. 2152 K. (www.kazanci.com).

⁸⁴ TANDOĞAN a.g.e., s. 251.

⁸⁵ TANDOĞAN a.g.e., s. 245; ÖZ a.g.e., s. 64 Ancak DURAL karşıt görüştedir ve subjektif bir ölçüt ileri sürer: “Edimler arasındaki dengenin bozulması, değişen durumlar sonucu, edimlerden birinin artık, karşı edime yaklaşık olarak dahi eşit sayılamayacağı hallerde ağır sayılır.” DURAL a.g.e., s. 38.

⁸⁶ ÖZ a.g.e., s. 67.

bir artış nedeniyle işten beklediği bütün kazancı yitirdiği halde, Yargıtay bu durumun tek başına BK 365/II maddesinin uygulanması için yeterli olmadığını hükmetmiştir.⁸⁷

Ancak zorluğun ölçüsü konusunda doktrinde farklı görüşler de mevcuttur. Başka bir görüşe göre müteahhit ifaya devam ederse uğrayacağı zarar sözleşmeyi feshetmesi halinde uğrayacağı zarardan daha büyükse BK 365/II hükmünden yararlanmaya hakkı vardır.⁸⁸ Bu görüş iyiniyet ve dürüstlük kuralına dayanır ve fiyat artışının sözleşmede edimlerin dengesini sağlamaya yönelik olması gerektiğini savunur.⁸⁹

İfanın zorlaşmasının ölçüsüyle ilgili bir diğer husus, BK 365/II maddesinin (İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki "si l'exécution de l'ouvrage est empêchée" ifadesinden gelen) "haller işin yapılmasına mani olur[sa]" ifadesinin, imkânsızlıkla ilgili bir düzenleme izlenimi veriyor olmasıdır. Oysa buradaki "mani olur" ifadesini imkânsızlık bağlamında yorumlamamak gerekir. Bu ifadenin "işin tespit edilmiş olan götürü ücretle yapılmasına engel olur" şeklinde anlaşılması maddenin amacına daha uygun gözükmektedir.⁹⁰

Müteahhidin BK 365/II'nin tanıdığı imkânlardan yararlanabilmesi için işin yapılmasını zorlaştıran olayları iş sahibine ihbar etmesi gerekir.⁹¹ Bu ihbar yükümlülüğü BK'nun 357. maddesinin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Bu fıkra göre müteahhit, işin yapılmasını zorlaştıran olayları ihbar etmez ise "bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir."⁹²

İhbar yükümünü yerine getirmemenin sonucu oldukça ağırdır: Olayları ihbar etmeyen müteahhit, BK 365/II maddesinden yararlanma hakkını kaybeder.⁹³ Zira ifayı güçleştirip masraf artışına neden olan bir olayı ihbar et-

⁸⁷ 11. HD 20.9.1973 T. 2989 E. 3388 K. (www.kazanci.com).

⁸⁸ KARATAŞ a.g.e., s. 200.

⁸⁹ KARATAŞ a.g.e., s. 197-198.

⁹⁰ TANDOĞAN a.g.e., s. 246.

⁹¹ ÖZ a.g.e., s. 66.

⁹² BK'nun 357. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: "İş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeğe mecbur aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir."

⁹³ TANDOĞAN a.g.e., s. 253.

meden ifaya devam edip, sonradan BK. 365/II maddesi vasıtasıyla ücret artışı talep etmenin iyiniyet ve dürüstlük kuralına aykırı olduğu düşünülmektedir.⁹⁴

Türk Hukuku'nda bu ihbar yükümüne büyük önem atfedilmiştir; bu ihbar tek başına müteahhide işi durdurma hakkı verir. Hatta ihbardan sonra işe devam eden müteahhit yine fiyat artışı talep etme hakkını yitirir.⁹⁵ BK 365/II maddesinden yararlanma hakkını yitirmeden ifaya devam etmek isteyen bir müteahhidin ya iş sahibinin talebini kabul etmesini beklemesi, ya da ifaya devam ederken haklarını saklı tuttuğunu belirtmesi gerekir.⁹⁶

Olağan koşullarda BK 365/II'den yararlanmak için mahkemeye başvurulur. Ancak tarafların sözleşmeyi yeniden müzakere ederek anlaşmaları halinde sözleşmeyi değişen koşullara uyarlamalarına hiçbir engel yoktur.⁹⁷

4) Yeni Türk Borçlar Kanunu'ndaki Aşırı İfa Güçlüğü ile İlgili Düzenleme

Uzun süredir üzerinde çalışılan yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı 11 Ocak 2011'de yasalaşmış, 14 Şubat 2011'de Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Yeni Türk Borçlar Kanunu 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girerek 1926'dan beri yürürlükte olan Borçlar Kanunu'nun yerini alacaktır.

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği en büyük yeniliklerden biri, "aşırı ifa güçlüğü" başlığı altında bütün sözleşme türleri için genel bir düzenleme olan 138. maddedir. Bu maddeye göre:

"Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme- yen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden

⁹⁴ TANDOĞAN a.g.e., s. 247.

⁹⁵ ÖZ a.g.e., s. 66.

⁹⁶ TANDOĞAN a.g.e., s. 253.

⁹⁷ KARATAŞ a.g.e., s. 201.

dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.”⁹⁸

Görüleceği üzere bu düzenleme Yargıtay’ın uygulamalarına aykırı olarak sübjektif kurama dayanmakta ve sözleşme yapıldığı sırada mevcut olan koşulların öngörülemez ölçü ve biçimde değişmesi durumunu esas almaktadır. Düzenlemede objektif kuramın esas aldığı, sözleşmede edimlerin dengesinin değişmesi durumuna değinilmemektedir. Maddenin içeriğinin aksine maddenin başlığındaki “aşırı ifa güçlüğü” ifadesi, objektif kuramlar olan İtalyan *excessiva onerosità sopravvenuta* [sonradan ortaya çıkan aşırı güçlük] kuramını ve uluslararası ticaret hukukunun *hardship* [aşırı güçlük] kuramını çağrıştırmaktadır.

Bu maddenin mahkeme kararlarının aksine objektif kuramdan ayrılıp sübjektif kuramı benimsemiş olması, maddenin yazarlarının 2001 tarihli Alman Medeni Kanunu BGB’nin 313. paragrafından etkilenmiş olmalarıyla açıklanabilir.⁹⁹ Ancak BGB’nin 313. paragrafından farklı olarak bu madde-

⁹⁸ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm>

⁹⁹ BGB’nin ilgili paragrafı şu şekildedir:

“§ 313 İşlem temelini sarsılması

(1) Eğer sözleşmeye esas teşkil eden olgular sözleşmenin akdedilmesinden sonra önemli ölçüde değişirse ve taraflar bu değişimi öngörmüş olsalardı sözleşmeyi yapmayacak veya başka bir içerikle yapacak idilerse, her bir somut halin bütün şartları, özellikle sözleşmesel veya yasal risk dağılımı göz önünde tutulduğunda taraflardan birinden sözleşmenin mevcut haline bağlı kalmasının beklenemeyeceği durumda sözleşmenin uyarlanması istenebilir.

(2) Sözleşmeye esas olan temel tasavvurların yanlış çıkması da koşulların değişmesi gibidir.

(3) Sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse veya taraflardan birinden beklenemezse, zarar gören taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli borç ilişkilerinde sözleşmeyi feshetmek, sözleşmeden dönmenin yerine geçer.”

Bu maddenin orjinal metni şu şekildedir:

“§ 313 Störung der Geschäftsgrundlage

- (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

nin dürüstlük kuralına da atıfta bulunması içtihadın bir etkisi olarak yorumlanabilir.

Uyarlamanın talep edilebilmesinin koşulları ile ilgili olarak madde, BK 365/II'nin uygulanmasının koşulları ile ilgili doktrinindeki görüşlerden uzaklaşmamıştır.¹⁰⁰ Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 138. maddesi uyarlama için doktrinde belirtilen koşullara uygun olarak, öngörülemez olağanüstü bir durumun varlığı, bu durumun borçludan kaynaklanmaması ve sözleşme kurulurken mevcut olan olguları değiştirip borçlunun borcunu ifasını aşırı ölçüde güçleştirmesi şartlarını aramaktadır.

Bu maddenin sözleşmenin ifasını güçleştiren durumu ihbar etme mükellefiyetine yer vermemiş olması dikkat çekmekte ve doktrin ile mahkeme kararlarının bu mükellefiyete atfettikleri öneme ters düşmektedir.

Aşırı ifa güçlüğü'nün sonuçlarına gelince, sözleşmenin uyarlanması çözümünün ilk çözüm yolu olarak belirtilmesi sözleşmeyi ayakta tutma amacını yansıtmaktadır. Bu yenilik hem Yargıtay'ın uygulamalarına hem de ticaret hayatının gereklerine uygundur. Ancak borçlunun sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını hâkimden isteyeceğinin belirtilmesi, tarafların sözleşmeyi yeniden müzakere ederek uyarlama imkânına sahip olmadıkları gibi bir izlenim yaratmakta, bu nedenle eleştirilmektedir.¹⁰¹ Bu ifadenin hâkimin sözleşmeyi uyarlama yetkisinin olduğu yönünde yorumlanması uygun olacaktır. Uyarlamadan daha ağır bir çözüm yolu olan sözleşmeden dönmenin de hâkime gitmeden yapılacağı şeklindeki ifadedden de aynı şekilde, hâkimin sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisinin olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Hâkim, sözleşmeyi sona erdirmeye yolunu ancak uyarlamanın mümkün olmadığı durumda uygulamalıdır.

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 138. maddesinin son cümlesinde BGB'nin 313. maddesinin son cümlesinin etkisi hissedilmektedir. Bu cüm-

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung. ”
<http://dejure.org/gesetze/BGB/313.html>

¹⁰⁰ ÖZ a.g.e., s. 61.

¹⁰¹ Bkz. TÜSIAD *Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Güncelleştirilmiş TÜSIAD Görüşü* İstanbul, 2008, s. 33: <http://www.tusiad.org/FileArchive/2008.03.20-TurkBorclarKanunuTasarisiTUSIADGorusu.pdf>

leye göre “sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.” Bu kuralın mutlak olmadığına belirtilmesi de dönme ya da fesih yollarından hangisini tercih edeceği hususunun ediminin ifası güçleşen tarafa bırakıldığı anlamına gelmekte, sözleşmeden dönmeyi çıkarına daha uygun bulan borçluyu yine korumaktadır.

Bu maddenin en önemli özelliği, sözleşme ekonomisinin bozulması konusuyla ilgili Türk Hukuku’ndaki ilk genel düzenlemeyi teşkil edecek olmasıdır. Bu madde bu konuda Türk Hukuku’ndaki büyük bir boşluğu dolduracak ve sözleşmede edimlerin dengesinin bozulmasının kodifikasyonu yönündeki ulusal ve uluslararası yasama akımlarına Türk Hukuku’nu bir adım yaklaştıracaktır. Ancak diğer taraftan bu düzenleme Türk Hukuku’nu objektif kurama dayanan kendi içtihatlarından uzaklaştırarak BGB’nin 313. maddesine yaklaştıracaktır.

Dile getirilmesi gereken son bir husus, bu maddenin kanun yazım tekniği bakımından çok başarılı bir madde sayılamayacağı, ilk cümlenin çok uzun ve karışık olduğudur.

Sonuç:

Sözleşmede edimlerin dengesi yüzyıllardır var olan, fakat sadece olağanüstü koşullarda uygulandığı için yer yer kendisini unutturan bir ilkedir. Türkiye’nin ekonomik koşulları gereği bu ilkeyi unutma imkânı olmamış, ekonomik krizler ve devalüasyonlar sebebiyle bu ilke, çeşitli kuramların adı altında sıkça uygulanmıştır. Öyle ki, Yargıtay 1994 ve 2001 ekonomik krizleri sırasında bu ilkenin uygulanmasına yönelik şablon karar metinleri dahi üretilmiş kullanılmıştır.

Bu ilkenin Türk Hukuku’nda sıklıkla kullanılmış olması, bu ilkeyle ilgili Türk Hukuku’nda genel bir düzenlemenin eksikliğini hep hissettirmiştir. Bu boşluğu doldurmak için kullanılan mukayeseli hukuk kuramlarının uygulanması ülkemizde ekonomik kriz dönemlerinde, bu kuramların geliştirildikleri ülkelerdeki uygulamalarından dahi daha yoğun olmuştur.

Küreselleşmenin dünya piyasalarının gittikçe daha çok entegre olmasını sağladığı son yıllarda ekonomik krizler de ulusal ekonomilerin boyutlarını çok aşmış, Türkiye, Güney Kore ve Japonya, Arjantin, Amerika Birleşik Devletleri ve Yunanistan örneklerinde olduğu gibi yerel ekonomik krizler bütün dünyanın ekonomisini etkiler hale gelmiştir. Liberal dünya pazarlarında ekonomik entegrasyonun artmasıyla beraber ekonomik krizlerin de gittikçe daha çok küresel boyutta hissedildiği gözlenebilir. Nitekim 2008 yılında Amerika Birleşik Devletleri’nde *mortgage* piyasalarında başlayıp, Euro Bölgesi ve özellikle Yunanistan’da devam edip günümüzde halen etkisini sürdüren ekonomik krizler zinciri bunun açık bir örneğidir.

Böyle bir dönemde son on beş yıl içinde iki büyük ekonomik kriz yaşamış olan Türkiye'nin bu deneyimi sonucunda oluşan içtihatlar, bütün açık pazar ekonomileri için çok değerli bir bilgi kaynağı olabilir. Türk Hukuku'nda sözleşmede edimlerin dengesinin bozulmasıyla ilgili genel bir hüküm veya ulusal nitelikte bir kuram olmaması ve bu eksikliğin mukayeseli hukuktaki kuramlarla doldurulmuş olması da ülkemiz içtihatlarının küresel çapta yararlanılabilir örnekler olma niteliğini artırmaktadır. Uluslararası Ticaret Hukuku'nda da son yıllarda ağır basan objektif kuramın Türkiye'de yıllardır uygulanıyor olması yine olumlu bir durumdur.

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle Türk Hukuku bir yandan sözleşmede edimlerin dengesinin bozulması durumunda çok yerleşik şekilde uygulanan objektif kuramı terk edecek, fakat diğer yandan ilk defa bu konuda genel bir hükme kavuşmuş olacaktır.

ALMAN İŞ HUKUKUNDA FESİH BEYANI *

*Dr. C. Gökhan ERBAŞ LL. M. ***

I. Giriş

II. Genel Olarak

III. İçeriksel Gereksinimler

1. Fesih Sebebinin Belirtilmesi

2. Mevcut Olup da Bildirilmeyen veya Sonradan Ortaya Çıkan Fesih Sebeplerine Dayanılması

IV. İşyeri Kurulunun Görüşünün Alınması

1. BetrVG md. 102 f. 1 Uyarınca Feshe Karşı Korumanın Şartları

2. Bildirimin Kapsamı

3. İşyeri Kurulunun Tepkisi

4. Hukuki Sonuçları

V. Sonuç

I. Giriş

Sanayi devrimi ile başlayıp günümüze kadar süregelen ve hala devam eden dünya düzenindeki değişimle birlikte her geçen gün iş sözleşmesinin önemi gittikçe artmaktadır. Bu bağlamda iş sözleşmesi günün koşullarına göre farklı şekillere bürünmekte ve her daim daha detaylı bir hal almaktadır. Bu bağlamda iş sözleşmesinin mevcudiyetinin tespiti açısından feshin ve bilhassa feshin geçerliliğinin ön koşulu olan fesih beyanının geçerli olup olmadığının tespiti özel bir anlam kazanmaktadır.

Bu çalışmada Alman iş hukuku kapsamında fesih beyanının usulü ve öne çıkan özellikleri incelenmek suretiyle Türk hukukuna yeni bir bakış açısı kazandırılmaya çalışılacaktır.

* Bu makale esas itibarıyla Prof. Dr. Ralph WEBER danışmanlığında C. Gökhan ERBAŞ tarafından hazırlanan ve 2010 yılında Shaker Verlag - Aachen tarafından yayımlanan „Die Entwicklung des türkischen Kündigungsschutzrechts bis zur Neufassung und Rechtsvergleich des neuen türkischen Kündigungsschutzrechts mit dem deutschen Kündigungsschutzrecht“ başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

II. Genel Olarak

Yenilik doğurucu bir hukuki işlem olarak fesih bildirimini, şüpheye yer vermeyecek ve yanlış anlaşılmalara sebebiyet vermeyecek şekilde beyan edilmelidir. Bu noktada yazılı fesih bildiriminin „feshedilmektedir“ veya „fesih“ kelimelerini muhakkak içermesi gerekmektedir, fakat fesih beyanının bütününden, fesih bildiriminde bulunan kişinin mevcut iş sözleşmesini tek taraflı yenilik doğurucu bir irade beyanı ile gelecekte sonlandırmak istediği açık bir şekilde anlaşılmalıdır.¹

Ayrıca bu beyandan, söz konusu olanın fesih mi, nispi butlandan kaynaklanan iptal mi yoksa iş sözleşmesinin mutlak butlanla malul olduğunun ileri sürülmesi mi olduğu açık bir şekilde anlaşılmalıdır.²

Fesih beyanında temel itibariyle tarih belirtilmelidir. Yapılan beyanın olağan feshe mi yoksa olağanüstü feshe mi ilişkin olduğunun anlaşılıp anlaşılabilmesi, fesih beyanının geçerliliği noktasında herhangi bir önem arz etmemektedir. Muhataba ulaşan bir fesih beyanı, muhatap için sadece, *muhatap tarafından bilinen durumlar dikkate alınarak, doğruluk ve güven kuralları çerçevesinde ve geçerli olan ahlak kuralları göz önünde bulundurulmak suretiyle makul bir şekilde anlaşılabilir* bir içerik ile ulaşıp kabul edilebilir.³ Bu konuda herhangi bir şüphenin mevcut olması halinde, bunun sonuçlarına fesih beyanında bulunan kişi katlanmalıdır. İş sözleşmesi feshedilen kişi için olağanüstü feshe nispeten olağan feshin sonuçlarının daha az zararlı olması nedeniyle, tereddüt halinde olağan feshin söz konusu olduğu kabul edilmektedir.⁴

Diğer taraftan fesih herhangi bir şarta bağlı olarak beyan edilememektedir. Bu bağlamda şartlı olarak beyan edilen bir fesih esas itibariyle geçersizdir.⁵ Feshin temel itibariyle bir şarta bağlı olarak beyan edilememesi durumu, muhataba hukuk güvenliği sağlamaktadır. Normal şartlar altında, iş sözleşmesi feshedilen kişi için iş sözleşmesini fesheden kişinin gerçek irade-

1 BAG 19.1.1956, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Kündigungserklärung = BB 1956, 210; Günay, § 19 İK; 776; Hekimler, NZA 2004, 642, 646; Stahlhacke/Preis, **kenar numarası (bundan sonra kısaltılmış haliyle “kn.” olarak belirtilecektir)** 159.

2 Stahlhacke/Preis, kn. 177.

3 BAG 19.1.1956, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Kündigungserklärung = DB 1956, 212; BAG 11.6.1959, AP Nr.1 zu § 130 BGB; BAG 15.3.1991, AP Nr. 2 zu § 47 BBiG = NZA 1992, 452.

4 Stahlhacke/Preis, kn. 160, 177.

5 BAG 15.3.2001, BAGE 97, 193, 195 vd.; Kılıçoğlu/Şenocak, 54.

sinin açık bir şekilde anlaşıldığı yazılı fesih beyanının karşı tarafa ulaşması ile bu beyana karşı dava açma süresi başlamaktadır.⁶

Bunlara karşın şarta bağlı olmama esası, iradi şartlar olarak tanımlanan şartları kapsamamaktadır, çünkü bu gibi durumlarda şartın ortaya çıkması sadece muhatabın iradesine bağlıdır.⁷ Değişiklin feshi iradi şartların ana örneğini teşkil etmektedir.⁸

III. İçeriksel Gereksinimler

1. Fesih Sebebinin Belirtilmesi

İşverenin fesih sebeplerini bildirmeksizin fesih beyanında bulunması hali, Alman Feshe Karşı Koruma Yasası [**Kündigungsschutzgesetz (KSchG)**] md. 1 uyarınca feshin sosyal açıdan haksız olması nedeniyle geçersizliği sonucuna götürmemektedir.⁹ İşyeri Teşkilatı Kanunu [**Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)**] md. 102 f. 4, işyeri kurulunun olağan feshi onay vermemesi halinde, işvereni fesih bildirimi ile birlikte işçiye işyeri kurulunun raporunun bir suretini tebliğ etmekle yükümlü kılmaktadır. Fakat bu yükümlülük, fesih için herhangi bir geçerlilik şartı mahiyetinde değildir.¹⁰

Federal İş Mahkemesi [**Bundesarbeitsgericht (BAG)**]'nin¹¹ bir ilke kararına göre KSchG md. 1'den, işçiye fesih sebeplerinin fesih beyanı ile bildirilmesi gerektiği şeklinde bir sonuç çıkarılmamaktadır. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, ihbar süresi verilmeksizin ve dolayısıyla olağanüstü şekilde yapılan bir fesihte Alman Medeni Kanunu [**Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**] md. 626 f. 2 c. 3 uyarınca, karşı tarafın talebi üzerine fesih nedeni, BGB md. 121 hükmü çerçevesinde, gecikmeksizin yazılı olarak bildirilmelidir. Aynı durum KSchG md. 1 f. 3 c. 1 yan c. 2 uyarınca sosyal seçim sebepleri için de geçerlidir. Bunların haricinde uygulamada fesih sebeplerinin bildirimi zaman zaman toplu iş sözleşmelerinde veya bireysel iş sözleşmele-

6 Raab, RdA 2004, 321, 323.

7 BAG 27.6.1968, AP Nr.1 zu § 626 BGB = NJW 1968, 2078; BAG 15.3.2001, AP Nr. 26 zu § 620 Bedingung; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 137 vd.; v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG kn. 128.

8 Krş. Weber/Erbaş, Güzel'e Armağan (Almanca), 819, 819 vd.; Weber/Erbaş, Güzel'e Armağan (Türkçe), 829, 829 vd.

9 BAG 21.3.1959, AP Nr. 55 zu § 1 KSchG = RdA 1959, 476.

10 Kliemt, NZA 1993, 921, 921 vd.; diğer görüş için bkz. Düwell, NZA 1988, 866, 866 vd.

11 BAG 21.3.1959, AP Nr. 55 zu § 1 KSchG.

rinde taraflarca kararlaştırılmaktadır.¹² Bildirim ödevinin kusurlu bir şekilde ihlali, esas itibariyle feshin nispi butlanla veya mutlak butlanla malûliyeti ve dolayısıyla geçersizliği sonucuna götürmemekte, aksine diğer şartların da varlığı halinde feshe karşı koruma davası nedeniyle yapılan gereksiz masraflardan ötürü zararın tazminini talep hakkı doğurmaktadır.

İstisnai olarak, Alman Mesleki Eğitim Kanunu [*Berufsbildungsgesetz (BBiG)*] md. 22 f. 3 uyarınca mesleki eğitim ilişkisi için¹³ ve Annenin Korunması Hakkında Kanun [*Mutterschutzgesetz (MuSchG)*] md. 9 f. 3 c. 2 uyarınca hamile bir işçinin iş sözleşmesinin feshi durumları için yasal gerekçelendirme zorunluluğu mevcuttur. Bu gibi durumlarda yazılı fesih beyanı içerisinde fesih nedenlerinin hiç bildirilmemiş olması veya yeterli bir şekilde açıklanmamış olması, BGB md. 125 uyarınca feshin mutlak butlanla malullüğü ve dolayısıyla geçersizliği sonucuna götürmektedir. Mevcut olup da bildirilmeyen veya sonradan ortaya çıkan fesih sebeplerine dayanılmak suretiyle bu şekildeki bir kusurun sonradan bertaraf edilmesi burada mümkün değildir.¹⁴ Bunların dışında bir toplu iş sözleşmesinin tarafları diledikleri herhangi bir anda, *bir iş ilişkisinin feshinin ancak fesih sebeplerinin bildirilmesi şartı ile gerçekleştirilebileceğini* kararlaştırabilirler.¹⁵

2. Mevcut Olup da Bildirilmeyen veya Sonradan Ortaya Çıkan Fesih Sebeplerine Dayanılması

Burada, fesih beyanında bulunan kişinin başka bir fesih nedenine veya daha önce beyan ettiği ek olarak yeni bir fesih nedenine dayanıp dayanamayacağı ya da hâlihazırda bildirdiği fesih nedenine ilişkin olarak ifadelerini genişletip genişletemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Bireysel iş hukuku açısından bakıldığında, fesih beyanında bulunan kişi, feshi destekleyen ve fesih beyanı anında objektif olarak mevcut olan bütün nedenleri feshe karşı koruma davasının sonuna kadar ileri sürebilecektir. İşçinin bu sebepleri daha önceden bilmesi gerekli değildir.¹⁶ Çünkü fesih beyanında bulunan kişi tarafından feshin beyanı alanında herhangi bir fesih

12 Hromadka/Maschmann, Bd. 1, § 10 kn. 47.

13 BAG 22.2.1972, AP Nr. 1 zu § 15 BBiG = BB 1972, 1191; BAG 25. 11. 1976, AP Nr. 4 zu § 15 BBiG = RdA 1977, 127.

14 BAG 22.2.1972, AP Nr. 1 zu § 15 BBiG = BB 1972, 1191.

15 v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG kn. 132.

16 BAG 4.6.1997, AP Nr. 5 zu § 626 BGB Nachschieben von Kündigungsgründen; BAG 11.4.1985, AP Nr. 39 zu § 102 BetrVG 1972 = EzA Nr. 62 zu § 102 BetrVG 1972; KR/Etzel, § 1 KSchG kn. 243; Stahlhacke/Preis, kn. 186.

nedeni bildirilmesi esas itibarıyla bir feshin geçerlilik nedeni teşkil etmemektedir.¹⁷ Fesih beyanında bulunan işverenin de feshin beyan edildiği anda fesih nedeninin mevcudiyetine ilişkin sübjektif olarak bilgisinin olup olmaması da herhangi bir önem arz etmemektedir.¹⁸ Ayrıca, fesih beyanında bulunan kişinin, iş sözleşmesi feshedilen kişinin talebi üzerine fesih nedenleri hakkındaki bildirim ödevi de, fesih nedenlerinin bildirimine ilişkin bir geçerlilik şartının mevcudiyeti sonucuna götürmemektedir.¹⁹

Mevcut olup da bildirilmeyen veya sonradan ortaya çıkan fesih nedenlerine dayanılması, hâlihazırda daha önceden bildirilmiş olan fesih nedenleri ile esasa ilişkin olarak veya zamansal olarak herhangi bir bağlantının mevcut olmasını gerektirmemektedir.²⁰ Burada sadece, iş ilişkisinin devamının mevcut şartlar altında taraflar için beklenebilir olup olmadığı sorusu belirleyici rol oynamaktadır.²¹

İşyeri teşkilatı hukuku açısından bakıldığında, fesih beyanında bulunan kişi, fesih beyanı anında kendisi tarafından bilinmekte olan fesih sebeplerini veya fesih olayı için önem arz eden durumları, BetrVG md. 102 uyarınca fesih beyanından önce işyeri kuruluna bildirmemiş ise kullanamaz.²² Fakat böyle bir durumda fesih beyanında bulunan işveren, mutata uygun olarak işyeri kuruluna durumun bildirilmesi ve onun görüşünün alınmasının akabinde yeni bir fesih beyanında bulunma imkânına sahiptir.²³

İşverenin, fesih anında hâlihazırda mevcut olan yeni fesih nedenlerinden ilk olarak fesih beyanından sonra haberdar olması halinde, söz konusu

17 BAG 17.8.1972, AP Nr. 65 zu § 626 BGB = AuR 1973, 122; BAG 18.1.1980, AP Nr. 1 zu § 626 BGB = RdA 1980, 183.

18 APS/Preis, Grundlagen D., kn. 30; v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG kn. 258.

19 BAG 17.8.1972, AP Nr. 65 zu § 626 BGB = AuR 1973, 122.

20 BAG 18.1.1980, EzA Nr. 71 zu § 626 BGB n. F. = NJW 1980, 2486; BAG 4.6.1997, AP Nr. 5 zu § 626 BGB Nachschieben von Kündigungsgründen = EzA Nr. 167 zu § 626 BGB n. F.

21 BAG 18.1.1980, EzA Nr. 71 zu § 626 BGB n. F. = NJW 1980, 2486; BAG 11.4.1985, EzA Nr. 62 zu § 102 BetrVG 1972 mit Anm. Kraft = NZA 1986, 674; BAG 4.6.1997, AP Nr. 5 zu § 626 BGB Nachschieben von Kündigungsgründen = EzA Nr. 167 zu § 626 BGB n. F.

22 BAG 29.03.1990, AP Nr. 50 § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1991, 181.

23 MünchArbR/Wank, § 118 kn. 24.

bu fesih nedenleri, *feshe karşı koruma davası içerisindeki yeni durumlardan işyeri kurulunun önceden bilgilendirilmesinin ardından* kullanılabilir.²⁴

Buna karşın sürelerle ilişkin BGB md. 626 f. 2 hükmü, mevcut olup da bildirilmeyen fesih nedenlerine dayanılmasına ilişkin fiili bir sınırlama teşkil etmektedir. Fesih nedeni teşkil edebilecek nitelikte olan ve fesih hakkı sahibinin fesih beyanından önceki iki haftadan daha uzun bir zamandır bildiği durumlar (diğer bir ifade ile zamanaşımına uğramış sebepler), artık tek başına bir fesih nedeni olarak kullanılamaz.²⁵

IV. İşyeri Kurulunun Görüşünün Alınması

1. BetrVG md. 102 f. 1 Uyarınca Feshe Karşı Korumanın Şartları

BetrVG md. 102 f. 1 c. 1 uyarınca her fesihten önce işyeri kurulunun görüşünün alınması gerekmektedir. Bu noktada, işyerinde çalışan işçi sayısı ve aynı şekilde fesih bildiriminden önceki süre içerisinde yapılmış yapılmadığı ve söz konusu işçinin henüz KSchG uyarınca söz konusu olan feshe karşı korumadan yararlanıp yararlanmadığı herhangi bir önem arz etmemektedir.²⁶ Buna karşın iş ilişkisinin, örneğin belirli süreli iş sözleşmesinde belirlenen sürenin dolması veya iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesi halinde olduğu gibi başka bir şekilde sonlandırılması durumunda işyeri kurulunun görüşünün alınması gerekli değildir.²⁷ İşyeri kurulunun görüşünün alınması sadece, BetrVG md. 11, 7 ile karşılaştırılmalı olarak BetrVG md. 1 uyarınca söz konusu işyerinde normal fonksiyonlarını yerine getirebilen bir işyeri kurulunun mevcut olması halinde zorunludur.²⁸

Her halükarda işyeri kurulunun görüşünün alınması feshin ihbarından önce, fakat en geç fesih ihbarının muhataba gönderilmesinden önce gerçekleştirilmelidir.²⁹

24 BAG 11.4.1985, AP Nr. 39 zu § 102 BetrVG 1972 = EzA Nr. 62 zu § 102 BetrVG 1972; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, § 1 KSchG kn. 259; KR/*Fischermeier*, § 626 BGB kn. 184.

25 KR/*Fischermeier*, § 626 BGB kn. 178; Schaub/*Linck*, § 127 kn. 20; vgl. auch KR/*Fischermeier*, § 626 BGB kn. 187.

26 BAG 8.4.2003, AP Nr. 133 zu § 102 BetrVG; BAG 16.9.2004, AP Nr. 142 zu § 102 BetrVG; KR/*Etzel*, § 102 BetrVG kn. 62 b; Richardi/*Thüsing*, § 102 BetrVG kn. 10 vd.; *Fitting*, § 102 BetrVG, kn. 5 vd.

27 KR/*Etzel*, § 102 BetrVG kn. 27, 38 vd.; *Fitting*, § 102 BetrVG, kn. 15.

28 DKK/*Kittner/Bachner*, § 102 BetrVG kn. 26 vd.; Richardi/*Thüsing*, § 102 BetrVG kn. 29 vd.

29 BAG 13.11.1975, AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG.

2. Bildirimin Kapsamı

İşyeri kuruluna karşı yapılacak bildirim, feshin açık gerekçelerini ve işverenin iş sözleşmesini feshe yönelik somut niyetini ihtiva etmelidir. Bu şekilde işveren, işyeri kurulunu öngörülen fesih hakkında bilgilendirmekte ve onun konu hakkında kendi görüşlerini içeren bir rapor hazırlamasına imkân vermektedir. Bu noktada özellikle iş sözleşmesi feshedilecek işçinin kişisel bilgileri, feshin türü, feshin tarihi ve BetrVG md. 102 f. 1 c. 2 uyarınca fesih sebepleri bildirilmelidir ve bu sebepler somut olaylara dayandırılmak suretiyle gerekçelendirilmelidir.³⁰ Fesih sebeplerine dair özet mahiyetinde genel bilgiler yeterli değildir. İşveren işyeri kuruluna sadece önemli fesih nedenlerini değil, aksine feshi dayandırmak istediği bütün somut durumları ve kendi subjektif görüşlerini bildirmelidir.³¹ BetrVG md. 102 f. 2 c. 4 uyarınca işyeri kurulu, gerekli görülmesi halinde iş sözleşmesi feshedilmek istenen işçiyi dinlemelidir.

3. İşyeri Kurulunun Tepkisi

İşyeri kurulu tarafından feshe onay verilmesi ile birlikte görüş alma süreci sona ermektedir. Bir haftalık sürenin işyeri kurulu tarafından herhangi bir şey yapmaksızın geçirilmesi halinde, BetrVG md. 102 f. 2 c. 2 uyarınca feshe onay verildiği kabul edilir. Fakat işyeri kurulu işverene, olağan bir feshe karşı kendi düşüncelerini veya itirazlarını BetrVG md. 102 f. 2 c. 1 ve c. 3 uyarınca gerekçelerini belirtmek suretiyle bir haftalık süre içerisinde yazılı olarak bildirebilir. Olağanüstü fesih halinde BetrVG md. 102 f. 2 c. 3 uyarınca işyeri kurulu için görüş bildirim süresi üç günle sınırlı tutulmuştur. İş sözleşmesi olağan olarak feshedilemeyen bir işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından olağanüstü olarak fakat olağan fesih bildirim sürelerine uyulmak suretiyle feshetmek istemesi halinde, böyle bir fesih, olağan bir fesih ile eşdeğer tutulmaktadır.³² Bu nedenle diğer hususlardaki benzer uygulamalar yanında bu konu hakkında görüş bildirmek üzere işyeri kuruluna bir haftalık süre tanınmıştır.³³ İşveren tarafından planlanan olağan bir feshe işyeri kurulu tarafından itiraza imkân veren durumlar, BetrVG md. 102. f. 3 sayı 1 ile 5 arasındaki hükümler içerisinde tahdidi olarak sayılmıştır. Buna göre işyeri

30 Vgl. BAG 11.7.1991, AP Nr. 57 zu § 102 BetrVG; BAG 15.3.2001, AP Nr. 46 zu § 4 KSchG; BAG 22.9.2005, AP Nr. 20 zu § 1 KSchG Wartezeit; *Fitting*, § 102 BetrVG, kn. 23 vd.; DKK/*Kittner/Bachner*, § 102 BetrVG kn. 60 vd.

31 KR/*Etzels*, § 102 BetrVG kn. 62; DKK/*Kittner/Bachner*, § 102 BetrVG kn. 72.

32 KR/*Fischermeier*, § 626 BGB kn. 304 vd.; KR/*Etzels*, § 102 BetrVG kn. 92a.

33 KR/*Etzels*, § 102 BetrVG kn. 92a.

kurulu olağan bir feshe karşı bir haftalık süre içerisinde şu sayılan hallerde itiraz edebilecektir;

- işverenin iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde sosyal hususları hiç ya da yeterince değerlendirmemiş olması,
- feshin BetrVG md. 95 uyarınca söz konusu olan bir direktife aykırılık teşkil etmesi,
- iş sözleşmesi feshedilecek işçinin aynı işyerindeki başka bir kadroda veya işletme içerisindeki başka bir işyerinde istihdamına devam etme imkanı olması,
- beklenebilir nitelikteki bir meslekiyi değişim veya meslekiyi ilerleme eğitiminden sonra söz konusu işçinin istihdamının devamının mümkün olması veya
- farklı sözleşme şartları altında işçinin istihdamının mümkün olması ve söz konusu işçinin buna rıza göstermesi.³⁴

4. Hukuki Sonuçları

BetrVG md. 102 f. 1 c. 3 uyarınca işyeri kurulunun görüşünün alınması fesih için bir geçerlilik şartı teşkil etmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu feshin geçerliliği için işyeri kurulunun görüşünün alınmasının yeterli olduğu, fakat onayının alınmasının gerekli olmadığıdır. İşveren, iş sözleşmesini ilk olarak işyeri kurulundan görüş alma sürecinin tamamlanmasının sonrasında geçerli olarak feshedebilecektir. Sonuç olarak işverenin işyeri kurulunun görüşünü hiç almaması veya usulüne uygun şekilde almaması halinde fesih geçersiz olacaktır.³⁵

Ayrıca işveren muhtemel bir feshe karşı koruma davası içerisinde sadece kendisinin görüş alma süreci içerisinde işyeri kuruluna hâlihazırda bildirmiş olduğu durumları ileri sürebilecektir.³⁶

İşyeri kurulunun, görüşlerini ifade etme, feshe onay verme veya görüş bildirmekten imtina etme şeklindeki kararı sadece muhtemel bir feshe karşı koruma davası içerisinde delil sunma hususunda etkiye sahiptir.

İşyeri kurulunu süresi içerisinde usulüne uygun olarak feshe itiraz etmesi ve işçinin KSchG hükümleri uyarınca feshe karşı koruma davası açması

34 Ayrıntılar için bkz. KR/Etzel, § 102 BetrVG kn. 148 vd.; DKK/Kittner/Bachner, § 102 BetrVG kn. 186 vd.; Richardi/Thüsing, § 102 BetrVG kn. 149 vd.

35 BAG 16.9.1993, DB 1994, 381; DKK/Kittner/Bachner, § 102 BetrVG kn. 226.

36 BAG 11.7.1991, DB 1991, 2445; KR/Etzel, § 102 BetrVG kn. 190b; DKK/Kittner/Bachner, § 102 BetrVG kn. 109.

halinde, işveren istisnai olarak BetrVG md. 102 f. 5 c. 2 uyarınca iş mahkemesi tarafından bu yükümlülüğünden muaf tutulmadığı veya işyeri taraflarının BetrVG md. 102 f. 6 uyarınca aksini kararlaştırmadıkları müddetçe, BetrVG md. 102 f. 5 c. 1 uyarınca talep üzerine söz konusu işçiyi ihbar süresinin bitiminin ardından hukuki uyuşmazlığın kesinleşmiş mahkeme kararı ile sonuçlanmasına kadar aynı çalışma şartları altında istihdam etmeye devam etmelidir.

V. Sonuç

Yukarıdaki ifadelerden anlaşıldığı üzere iş hukuku kapsamındaki fesih beyanına ilişkin olarak Türk ve Alman hukuku arasındaki en büyük fark, Alman hukuku uyarınca işverenin iş sözleşmesini feshetmeden önce işyeri kurulunun görüşünü alma zorunluluğudur. Türk sosyal ve ekonomik yapısı dikkate alınmak suretiyle gerekli düzenlemelerin yapılması şartı altında bu yöndeki bir uygulamanın hayata geçirilmesinin işverenin fesih beyanında bulunurken adaletin sağlanması noktasında daha dikkatli olması ve iş mahkemelerinin yükünü hafifletilmesi amacına hizmet edeceği açıkça ortaya çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

Alp, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.

Atıf şekli: *Alp*, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, ...

Ascheid, Reiner / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid: Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 3. Bası., München 2007.

Atıf şekli: *APS/Bölüm yazarı*, ...

Däubler, Wolfgang / Kittner, Michael / Klebe, Thomas : Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, Kommentar für die Praxis, 11 Aufl., Frankfurt am Main 2008.

Atıf şekli: *DKK/Bearbeiter*, ...

Düwell, Josef: § 102 Abs. 4 BetrVG - eine noch zu entdeckende Formvorschrift, NZA 1988, 866-870.

Atıf şekli: *Düwell*, NZA 1988, ...

Etzel, Gerhard: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 8. Bası, Neuwied 2007.

Atıf şekli: *KR/Bölüm yazarı*, ...

Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, Band 1, §§ 1-31 İK, 2. Aufl., Ankara 2006.

Atıf şekli: *Günay*, ...

Hekimler, Alpay: Das neue türkische Arbeitsrecht - Is die Türkei der EU durch die Arbeitsrechtsreform einen Schritt näher gekommen? NZA 2004, 642 - 647.

Atıf şekli: *Hekimler*, NZA 2004, ...

v. Hoyningen-Huene, Gerrick / Linck, Rüdiger: Kündigungsschutzgesetz Kommentar, 14. Aufl., München 2007.

Atıf şekli: *v. Hoyningen-Huene/Linck*, ...

Hromadka, Wolfgang / Maschmann, Frank: Arbeitsrecht, 1. Band, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg 2005.

Atıf şekli: *Hromadka/Maschmann*, ...

Kılıçoğlu, Mustafa / Şenocak, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.

Atıf şekli: *Kılıçoğlu/Şenocak*, ...

Kliemt, Michael: § 102 Abs. 4 BetrVG - keine unentdeckte Formvorschrift!, NZA 1993, 921-925.

Atıf şekli: *Kliemt*, NZA 1993, ...

Raab, Thomas: Der Abfindungsanspruch gemäß § 1 a KSchG, RdA 2005, 1-12.

Atıf şekli: *Raab*, RdA 2005, ...

Richardi, Reinhard / Thüsing, Gregor / Annuß, Georg: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 11. Aufl., München 2008.

Atıf şekli: *Richardi/Bearbeiter*, ...

Richardi, Reinhard / Wlotzke, Otfried: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Bände., 2. Aufl., München 2000, mit Ergänzungsband 2001

Atıf şekli: *MünchArbR/Bearbeiter*, ...

Schaub, Günter: Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Aufl., München 2007.

Atıf şekli: *Schaub/Bearbeiter*, ...

Weber, Ralph / Erbaş, C. Gökhan: Änderungskündigung nach dem türkischen Recht, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, 819-827.

Atıf şekli: *Weber/Erbaş*, Güzel'e Armağan (Almanca), ...

Weber, Ralph / Erbaş, C. Gökhan: Türk Hukukunda Değişiklik Feshi, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, 829-836.

Atıf şekli: *Weber/Erbaş*, Güzel'e Armağan (Türkçe), ...

TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMANIN SEBEPLERİNDEN TERK (TMK. m. 164)

*Arş. Gör. Emre KÖROĞLU**

ÖZET

Genel olarak terk, eşlerden birinin bilerek ve isteyerek, haklı bir sebebi olmadan evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini sona erdirmek amacıyla ortak hayatı sona erdirmesidir. Terk, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun m. 164' te düzenlenme alanı bulan kusura dayalı, özel ve mutlak bir boşanma sebebidir.

ANAHTAR KELİMELEER: Türk Medeni Kanunu, Terk, Boşanma, Evlilik, Madde 164.

ABSTRACT

Desertion (Abandonment) generally means that one spouse decides to abandon family life prepensely and without just cause and continuously with an intention to omit the marriage obligations. Desertion, was formed by Turkish Civil Code of the Law no 4721 in article 164, is a particular and absolute divorce reason, which is fault-based.

KEY WORDS: Turkish Civil Code, Desertion (Abandonment), Divorce, Marriage, Article 164.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

GİRİŞ

Hukukumuzda eşler arasındaki evliliğin sona ermesini sağlayan normal durum boşanmadır. Boşanma eşler henüz hayatta iken, eşlerden birinin kanunda öngörülen sebeplerden birine dayanarak açacağı dava yoluyla evlilik birliğine hakim kararı ile son verilmesi halidir¹.

Hukukumuzda boşanma sebepleri 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku kitabının birinci kısmı olan Evlilik Hukukunun ikinci bölümünde madde 161-166 arasında düzenlenmiştir.

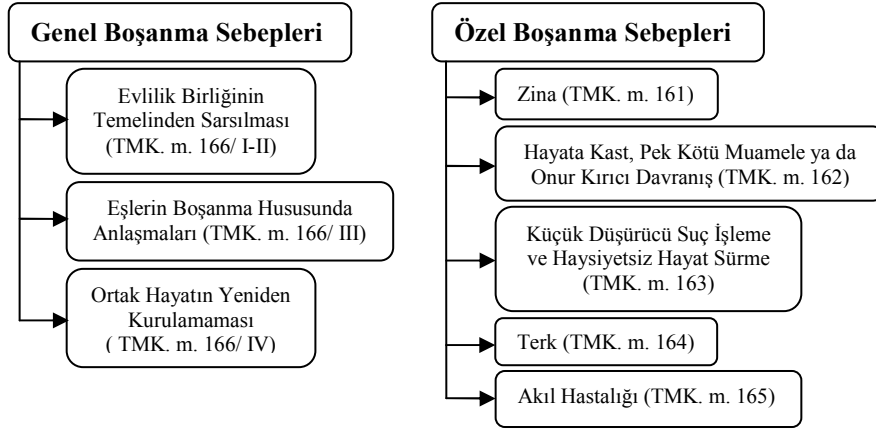
Hukukumuzda boşanma sebepleri öğreti tarafından çeşitli açılardan sınıflandırılmıştır². Bunlar *genel boşanma sebepleri – özel boşanma sebepleri, mutlak boşanma sebepleri – nisbi boşanma sebepleri* olmak üzere ikiye ayrılır.

Genel boşanma sebepleri – Özel boşanma sebepleri ayrımı, boşanma sebebi olan olguların kanunda somut olarak düzenlenmiş olup olmamasından

¹ Andreas **Schwarz**, Aile Hukuku, (Çev. Bülent **Davran**), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1946, s. 135-136; August **Egger**, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aile Hukuku, Birinci Kısım: Evlenme Hukuku, m. 90-251, (Çev. Tahir **Çağa**), Kenan Matbaası, İstanbul 1943, s. 144; Pierre **Tuor**, İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihadlarına Göre Sistemli İzahı, (Çev. Amil **Artus**), Örnek Matbaası, Ankara 1956, s. 157; Mustafa **Dural**/ Tufan **Öğüz**/ Mustafa Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 100; Turgut **Akıntürk**/ Derya **Ateş Karaman**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, Yenilenmiş 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 235; Kemal **Oğuzman**/ Mustafa **Dural**, Aile Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 112; Feyzi Necmeddin **Feyzioğlu**, Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s. 244; Erol **Cansel**, “Boşanmanın Dayandığı Hukuki Esaslar”, Ankara Üniversitesi 50.yıl Armağanı, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, Yıl 1977, s. 71; Seher **Kandil**, Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma (TTMK. m. 164), Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 19; Nurşen **Ayan**, “Terk Nedeniyle Boşanma”, SÜHFD., Cilt 15, Sayı 1, s. 40.

² **Schwarz**, s. 137- 142; **Egger**, s. 150-152; **Tuor**, s. 157; **Dural**/ **Öğüz**/ **Gümüş**, s. 101; **Akıntürk**/ **Ateş Karaman**, s. 243-244; **Oğuzman**/ **Dural**, s. 113; **Feyzioğlu**, s. 254-258; **Kandil**, s. 27; **Ayan**, s. 41; Haluk **Tandoğan**, Aile Hukuku Ders Notları, (Der. Nuşin **Ayiter**), Ankara 1966, s. 73-74; Bilge **Öztan**, Aile Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 373; Bülent **Köprülü**/ Selim **Kaneti**, Aile Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 146-149; Hüseyin **Hatemi**, Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 103-104; Erden **Kuntalp**, “Mutlak Boşanma Sebepleri”, Ankara Üniversitesi 50.yıl Armağanı, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, Yıl 1977, s. 115, 116.

hareket eden ayrımdır³. Genel boşanma sebeplerinde, boşanma sebebi olgular somut bir şekilde ortaya konulmaz, sadece genel kurallar belirtilir⁴. Özel boşanma sebeplerinde ise boşanma sebebi olgular tüm unsurlarıyla ortaya konulur ve söz konusu unsurlar gerçekleştiği takdirde mahkeme tarafından boşanmaya karar verilir⁵. Kanunda düzenlenmiş olan zina (TMK. m. 161), hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış (TMK. m. 162), küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK. m. 163), terk (TMK. m. 164) ile akıl hastalığı (TMK. m. 165) özel boşanma sebeplerini, evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK. m. 166/ I-II), eşlerin boşanma hususunda anlaşmaları (TMK. m. 166/ III) ile ortak hayatın yeniden kurulamaması (TMK. m. 166/ IV) da boşanmanın genel sebeplerini oluşturmaktadır.



Şekil I

³ Schwarz, s. 141; Egger, s. 150, 151; Tuor, s. 157; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 101; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 243; Oğuzman/ Dural, s. 113; Feyzioğlu, s. 254-255; Tandoğan, s. 73; Öztan, s. 373; Köprülü/ Kaneti, s. 146; Hatemi,, s. 103; Kandil, s. 27; Ayan, s. 41; Kuntalp, s. 115.

⁴ Schwarz, s. 141; Egger, s. 150, 151; Tuor, s. 157; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 101; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 243; Oğuzman/ Dural, s. 113; Feyzioğlu, s. 254-255; Tandoğan, s. 73; Öztan, s. 373; Köprülü/ Kaneti, s. 146; Hatemi,, s. 103; Kandil, s. 27; Ayan, s. 41; Kuntalp, s. 115.

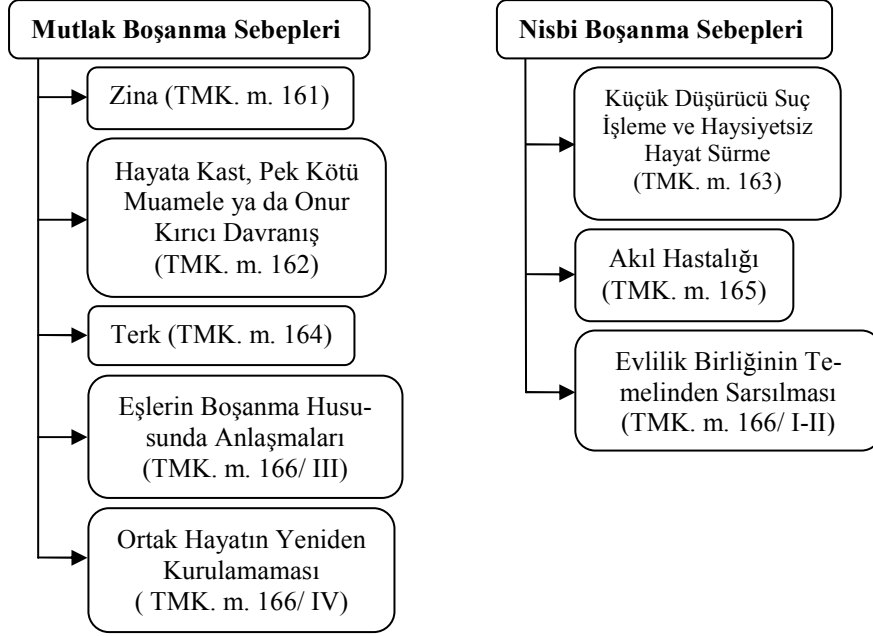
⁵ Schwarz, s. 141; Egger, s. 150, 151; Tuor, s. 157; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 101; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 243; Oğuzman/ Dural, s. 113; Feyzioğlu, s. 254-255; Tandoğan, s. 73; Öztan, s. 373; Köprülü/ Kaneti, s. 146; Hatemi,, s. 103; Kandil, s. 27; Ayan, s. 41; Kuntalp, s. 115.

Mutlak boşanma sebepleri – Nisbi boşanma sebepleri ayrımı hakimnin boşanmaya karar verebilmesi için kanunda öngörölmüş olan olayın gerçekleşmiş ve ispatlanmış olmasının yeterli olup olmadığını dikkate alan ayırımdır⁶. Mutlak boşanma sebeplerinde kanunda öngörölmüş olan olayın gerçekleşmiş olması ve bunun ispatlanmış olması halinde hakim tarafından boşanmaya karar verilir⁷. Nisbi boşanma sebeplerinde ise, hakim kanunda öngörölmüş olan olayın gerçekleşmiş ve ispatlanmış olmasının yanında, söz konusu olayın diğer eş için ortak yaşamı çekilmez hale getirip getirmediğini araştırarak olup, ortak yaşam diğer eş için çekilmez hale geldiyse eşlerin boşanmasına karar verir⁸. Sonuç olarak, mutlak boşanma sebepleri – nisbi boşanma sebepleri ayrımı tarafların boşanabilmesi için ortak hayatın eşlerden biri için çekilmez hale gelip gelmediği ayrımından hareket etmektedir. Kanunda düzenlenmiş olan zina (TMK. m. 161), hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış (TMK. m. 162), terk (TMK. m. 164), eşlerin boşanma hususunda anlaşmaları (TMK. m. 166/ III) ile ortak hayatın kurulmaması (TMK. m. 166/ IV) mutlak boşanma sebeplerini; küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK. m. 163), akıl hastalığı (TMK. m. 165), evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK. m. 166/ I-II) da boşanmanın nisbi sebeplerini oluşturmaktadır.

⁶ Schwarz, s. 141; Egger, s. 151, 152; Tuor, s. 157; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 101; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 243, 244; Oğuzman/ Dural, s. 113; Feyzioğlu, s. 254-255; Tandoğan, s. 74; Öztan, s. 373; Köprülü/ Kaneti, s. 147; Hatemi., s. 104; Ayan, s. 41; Kuntalp, s. 116.

⁷ Schwarz, s. 141; Egger, s. 151, 152; Tuor, s. 157; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 101; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 243, 244; Oğuzman/ Dural, s. 113; Feyzioğlu, s. 254-255; Tandoğan, s. 74; Öztan, s. 373; Köprülü/ Kaneti, s. 147; Hatemi., s. 104; Kandil, s. 27; Ayan, s. 41; Kuntalp, s. 116.

⁸ Schwarz, s. 141; Egger, s. 151, 152; Tuor, s. 157; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 101; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 243, 244; Oğuzman/ Dural, s. 113; Feyzioğlu, s. 254-255; Tandoğan, s. 74; Öztan, s. 373; Köprülü/ Kaneti, s. 147; Hatemi., s. 104; Kandil, s. 27; Ayan, s. 41; Kuntalp, s. 116.



Şekil II

Çalışmamızda TMK. m. 164’ te düzenlenmiş olan terk incelenecek olup, inceleme yapılırken gerektiği ölçüde dipnotlar yoluyla MK. m. 132 ile değinilecek olup, bunun yanında 6217 sayılı Kanunun⁹ 1/10/2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 19. maddesi ile TMK.m.164’ün birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “*hakim*” ibarelerinden sonra gelmek üzere eklenen “*veya noter*” ibareleri de dikkate alınacaktır.

§ 1. TERK KAVRAMI

Terk sözcüğü günümüzde sözlük anlamı itibariyle “*bırakma, ayrılma, vazgeçme, bakmama veya ihmal etme*¹⁰” şeklinde farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Fakat boşanma sebeplerinden terkte ise terk sözcüğü farklı bir anlam taşımaktadır. Boşanmanın sebeplerinden terk, eşlerden birinin evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemek amacıyla ortak konutu bilerek ve isteyerek terk etmesi veya ortak konuta geri dönme-

⁹ *Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*, R.G. 14 Nisan 2011, sayı 27905.

¹⁰ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, Erişim Tarihi: 01.06.2012.

mesidir¹¹. Görüldüğü üzere burada eşlerden biri haksız bir şekilde evlilik birliğini devam ettirmek istememekte ve böylece evlilik birliğinin kendisine yüklemiş olduğu mükellefiyetlerden kaçmaktadır. Gerçekten TMK. m. 164/ I¹²'e göre “Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır.”.

TMK. m. 164/ II' de ise terk eden eşe yapılacak ihtarın şekinden bahsedilmiştir. TMK. m. 164/ II' ye göre “Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim, esası incelemeyen yapacağı ihtar da terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar gerektiğinde ilân yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmaz.”.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere TMK.'nin 164. maddesinde düzenlenmiş olan Terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesinin şartlarını beşli bir ayrıma tabi tutarak incelemek mümkündür.

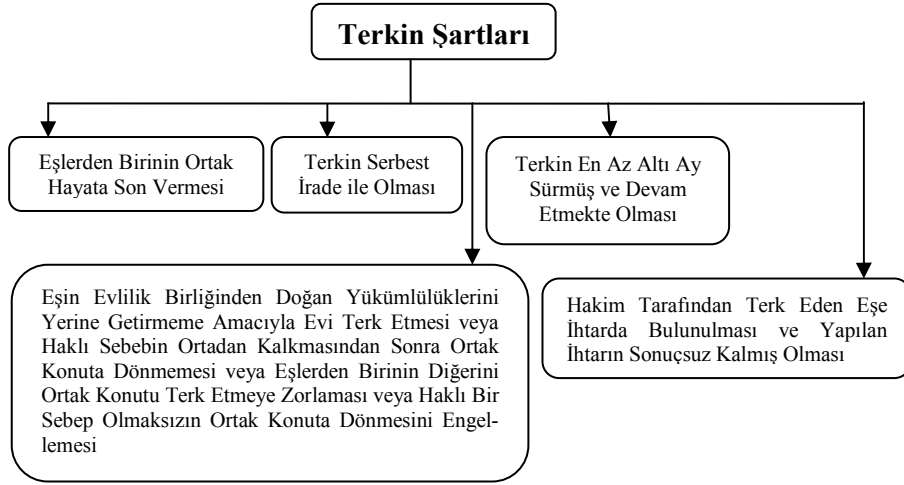
¹¹ Schwarz, s. 148; Egger, s. 168, 169; Tuor, s. 157; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 254; Oğuzman/ Dural, s. 119; Feyzioğlu, s. 279; Tandoğan, s. 78; Öztan, s. 392; Köprülü/ Kaneti, s. 157; Hatemi., s. 106; Kandil, s. 45; Ayan, s. 42; Şakir Berki, “Boşanma ve Ayrılık”, AÜFHD, Yıl 1975, Cilt 32, Sayı 1-4, s. 141; İsmail Doğanay, “Terk Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarına Tekaddüm Eden İhtar Ne Şekilde Yapılmalıdır?...” AD., Yıl 50, Sayı 3, Eylül 1959, s. 382; Şenol Şenol, “Terk Nedeni ile Boşanma”, AD., Yıl 79, Sayı 3, Mayıs – Haziran 1988, s. 26; Esat Şener, “Terk Hukuki Sebebine Dayanan Boşanma Davası Üzerinde Düşünceler”, YHD., Şubat 1983, Sayı 2, s. 173; Lütfi Fikri Soner, “Terk Nedeni ile Boşanma Davası ve Bunda Kesin Hüküm Sorunu”, AD., Yıl 60, Sayı 5, Mayıs 1969, s. 284.

¹² MK. m. 132 “Karı kocadan biri, evlenmenin kendisine tahmil ettiği vazifeleri ifa etmemek maksadıyla diğerini terkettiği veya muhik bir sebep olmaksızın evine dönmediği takdirde, ayrılık en az üç ay sürmüş ve devam etmekte bulunmuş ise diğeri boşanma davasında bulunabilir. Davaya hakkı olan tarafın talebi ile hakim, diğeri tarafa bir ay zarfında evine avdet etmesini ihtar eder. Bu ihtar icabında ilan tarikiyle yapılır. Şu kadar ki boşanma davasını ikame için muayyen müddetin ikinci ayı hitam bulmadıkça ihtar talebinde bulunulamaz ve ihtar vukuunda bir ay bitmeden dava ikame olunamaz.”.

Şimdi TMK. m. 164' ten çıkarmış bulunduğumuz terk sebebine dayanan boşanma davasını açabilmek için gerekli olan şartları incelemeye geçebiliriz.

§ 2. TERKİN ŞARTLARI

TMK. m. 164'e göre terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için beş şart bulunmaktadır. Söz konusu şartlar; eşlerden birinin ortak hayata son vermesi, terkin serbest irade ile olması, eşin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini getirmeme amacıyla evi terk etmesi veya haklı sebebin ortadan kalkmasından sonra ortak konuta dönmemesi veya eşlerden birinin diğerini ortak konutu terk etmeye zorlaması veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engellemesi, terkin en az altı ay sürmüştü ve devam etmekte olması ile hakim tarafından terk eden eşe ihtarda bulunulmuş olması ve yapılan ihtarın sonuçsuz kalmış olmasıdır.



Şekil III

I. EŞLERDEN BİRİNİN ORTAK HAYATA SON VERMESİ

Terk sebebiyle boşanma davası açabilmesi için TMK. m. 164' te belirtildiği üzere eşlerden birinin *haksız bir şekilde* ortak hayata son vermesi gereklidir. Görüldüğü üzere terkin gerçekleşmesi için terk eden eş tarafından

sadece ortak hayata son verilmesi yetmemekte, bunun yanında eşin kusurlu olması da gerekmektedir¹³.

Terkte haksız olma durumu başlangıçta -yani terk anında- olabileceği gibi, daha önce terkte haklı bir sebep olup ta bu haklı sebep ortadan kalktıktan sonra da meydana gelmiş olabilir. Sonuçta terkin haksız olması terk sebebine dayanan boşanma davası açılabilmesi için zorunlu bir unsurdur¹⁴.

Terk için eşlerin ortak hayata son vermeleri zorunludur¹⁵. Ortak hayata son vermeden kastedilen eşlerden birinin eşiyle birlikte evlenme ile meydana getirmiş oldukları aile düzenine, daha açık bir deyişle aile olmanın gerektirdiği birlikte bir hayat sürdürmeye son vermektir¹⁶. Bu nedenle doktrinde de

¹³ Schwarz, s. 149; Egger, s. 169; Tuor, s. 157; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 254, 255; Oğuzman/ Dural, s. 119; Feyzioğlu, s. 280; Tandoğan, s. 78; Öztan, s. 393; Köprülü/ Kaneti, s. 158; Hatemi., s. 106; Kandil, s. 48; Ayan, s. 44; Berki, s. 141; Doğanay, s. 383; Şenol, s. 26, 29.

¹⁴ Schwarz, s. 149; Egger, s. 169; Tuor, s. 157; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 254, 255; Oğuzman/ Dural, s. 119; Feyzioğlu, s. 280; Tandoğan, s. 78; Öztan, s. 393; Köprülü/ Kaneti, s. 158; Hatemi., s. 106; Ayan, s. 47, 48; Şenol, s. 29; Soner, s. 285.

¹⁵ Schwarz, s. 149; Egger, s. 169; Tuor, s. 157; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 254, 255; Oğuzman/ Dural, s. 119; Feyzioğlu, s. 280; Tandoğan, s. 78; Öztan, s. 393; Köprülü/ Kaneti, s. 158; Hatemi., s. 106; Ayan, s. 45; Şenol, s. 27; Soner, s. 285.

¹⁶ Cansel, s. 67' de aile birliğinin kurulmasının nedenini şu şekilde belirtmiştir: "insanlar iç güdü olarak neslin devamı; beslenme, barınma gibi iktisadi ihtiyaçların giderilmesi; ve çocukların terbiye edilip yetiştirilmesi, eşlerin birbirine ihtimam göstermeleri gibi ruhi ve ahlâki ödevlerini yerine getirebilmeleri için aile dediğimiz birliği kurmuşlardır."; aynı yönde Kuntalp, s. 113; Kanaatimce terk ile Cansel'in belirttiği olduğu aile birliğinin kurulması amaçlarından vazgeçilmiş olmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.2.2001 T., E. 2001/2-122, K. 2001/116, sayılı kararı ortak hayata son verme hususunda dikkat çekicidir. Kararda belirtildiği üzere: "Dava, terk nedeniyle boşanma talebine ilişkindir. İki ay süreyle cinsel ilişkinin kurulamaması halinde davalı ayrı yaşamakta haklıdır. Davalının evi terk ettiği tarihe kadar cinsel ilişkinin kurulamadığı ihtilaftır. Davalı, engelin kalktığından haberi olmadığı için eve dönmediğini beyan etmiştir. Davacı, ihtar tarihinden önce engelin kalktığını ispat edememiştir. İhtarın hukuki sonuç doğurabilmesi için davalının haklı neden olmaksızın eve dönmemiş olduğunun ispatlanması gerekir. Bu durum karşısında boşanmaya karar verilmesi hatalıdır." (www.kazanci.com.tr). Yargıtay bu uyuşmazlıkta ortak konutu terk

belirtildiği üzere eşler ortak konutta¹⁷ birlikte oturmaya devam ederlerse, bu süre zarfında dargın olsalar, beraber yemek yemeseler, cinsel ilişkide bulunmasalar, ayrı yatak odalarında kalsalar, oturdukları konutun odalarını sadece kendi kullanımlarına has olarak paylaşmış olsalar dahi ortak hayat sona ermemiş olur¹⁸, çünkü bu şekilde eşler yine de aynı çatı altında kalmaya devam etmekte olup, eşlerin evlilik birliğinin kurulmasıyla ortaya çıkmış olan ortak hayatları sınırlı da olsa devam etmektedir.

Kanaatimce özel bir durum olarak -somut olayda haklı göstermek şartı ile- çiftlik gibi içinde birden fazla konut bulunarak kendi içinde bütünlük oluşturan yerlerde oturan eşler arasında terkin meydana gelebilmesi terk eden eşin sadece eşiyile birlikte oturdukları konutu terk etmesi yetmeyebilir, çiftliği de terk etmesi gerekli olabilir. Çünkü somut olayda haklı gösteriyorsa sadece konutu terk eden eş bu şekilde ortak hayatı sona erdirmiş olmaz, ayrı konutlarda da kalsalar eşler sonuçta gene iç içe yaşayarak, birbirlerini görmekte ve birlikte iken çiftliğin olanaklarından nasıl yararlanmışlarsa aynı şekilde yararlanmaya devam etmektedirler. Ayrıca ayrı evde oturan eş, çiftlikte oturmaya devam ettiği, dolayısıyla eşiyile birlikte oturduğu evi terk ederek uzaklara gitmediği ve eşinin yakınında kaldığı için ortak hayata son

eden ortak konutu evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerinden kaçmak için terk etmediği sonucuna varmıştır.

¹⁷ TMK. m. 186 “Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler.” demektir, dolayısıyla bu boşanma sebebine dayanılabilmesi için eşlerin ortak konut seçmiş olmaları gerekir. Eğer ortak konutu henüz seçmemişlerse ortada terk edilecek ortak konut olmadığı için bu boşanma sebebine dayanılmaz.; Aynı yönde, **Kandil**, s. 49; François **Knoepler**, “İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler”, (Çev. Ahmet **Özer**), YD., Cilt 14, S.1-2, s. 124; Murat **Doğan**, “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessesese; Aile Konutu”, AÜEHF’nin 15. Kuruluş Yılına Armağan, AÜEHFD, Yıl 2002, s.287; Murat **Doğan**, “Türk Medeni Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, AÜHFD., Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 4, s. 104; Cem **Baygın**, “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’ e Armağan, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 452; Pınar Özlem **Demir**, Evli Kadınların Hukuki Durumu İle İlgili Yenilik ve Değişiklikler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 17; Aynı yönde; **Y. 2.HD., 9.2.2011 T., E. 2010/684, K. 2011/2020** sayılı kararı; Aksi yönde ve kanaatimce isabetsiz; **Y. 2.HD., 23.1.2006 T., E. 2005/16026, K. 2006/5** sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

¹⁸ **Schwarz**, s. 149; **Egger**, s.168, 169; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 109; **Akıntürk/ Ateş Karaman**, s. 255; **Oğuzman/ Dural**, s. 120; **Feyzioğlu**, s. 279, 280; **Tandoğan**, s. 78; **Öztan**, s. 393; **Köprülü/ Kaneti**, s. 158; **Ayan**, s. 45; **Şenol**, s. 27; **Soner**, s. 285.

verme amacı olmadığı sonucu gibi bir sonuçta ortaya çıkabilmektedir. Yine eşler kanaatimce bir apartmanda birden fazla daireye sahip iseler ve eşlerden biri eşiyile kullanmış olduğu daireyi terk edip, kullanmadıkları dairede yaşamaya başlıyorsa az önce belirtmiş olduğumuz gibi -somut olay haklı göstermek şartıyla- ortada terk söz konusu olmayabilir.

Son olarak ortak hayata son verme ile ilgili olarak belirtmek gerekir ki, terk sebebine dayanan boşanma davasının açılabilmesi için terk eden eşin TMK. m. 186¹⁹ da belirtildiği üzere ortak konutu terk etmesi gereklidir, dolayısıyla bu boşanma sebebine dayanılabilmesi için eşlerin ortak konut seçmiş olmaları gereklidir. Hukukumuzda TMK. m. 195/ I eşlerin evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmesi halinde hakimin müdahalesini isteyebileceklerini belirtmiştir ve yine TMK. m. 195/ III' de hakimin gerekli önlemleri alabileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla TMK. ilgili maddesinde hakimin eşler yerine ortak konutu belirleyebileceğinden bahsetmediği, hakimin sadece tarafları uzlaştırmaya çalışabileceğini, gerektirdiği takdirde önlemler alabileceği belirtildiği için, eğer hakimin müdahalesi halinde de ortak konut belirlenemezse, ortada terk edilecek ortak konut bulunmadığı için terk sebebine dayanan boşanma davası açılmaz²⁰.

II. TERKİN SERBEST İRADE İLE OLMASI

Terk sebebine dayanan boşanma davası açılabilmesi için terk, terk eden eşin serbest iradesine dayalı olmalıdır. Hile, cebir ve tehdit²¹ gibi terk eden eşin iradesinin yanıldığı veya baskı altında olduğu veya eşin ayırt etme gü-

¹⁹ TMK. m. 186 “Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler.”.

²⁰ Aynı yönde, Doğan, s. 288; Aksi yönde, Y. 2. HD. 9.2.2011 T., E. 2010/684, K. 2011/2020 sayılı kararında “Koşulların oluşması halinde eşlerden biri konutun seçimine hakim tarafından yetkili kılınabileceği gibi; ortak konut hakim tarafından da belirlenebilir. Terk ihtarında eşin davet edildiği konutun eşlerin birlikte seçmiş oldukları veya açıklanan hakim müdahalesiyle seçilmiş, belirlenmiş konut olması gerekir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir.; Y. 2. HD., 3.5.2007 T., E. 2006/18718, K. 2007/7329 sayılı kararında “Davalının tarafların birlikte seçtiği veya eşlerden biri tarafından seçilen ya da hakim tarafından belirlenen bağımsız bir eve davet edilmediğinin anlaşılmasına ihtar istem dosyasında gidiş, dönüş ve konaklama parasının konutta ödemeli olarak gönderilmemesine ve miktarının yetersiz olmasına ve böylece davalının ihtara uymamakta haklı görülmesine göre davanın reddi gerekir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir (www.kazanci.com.tr).

²¹ TMK. m. 164’ te “hile, cebir, tehdit” ifadesi yerine “zorlama” ifadesi kullanılmıştır.

cüne sahip bulunmadığı durumlarda ortak konutun terk edilmesi terk sebebi-
ne dayanan boşanma davasının açılabilmesini mümkün kılmaz²².

III. EŞİN EVLİLİK BİRLİĞİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ- Nİ YERİNE GETİRMEME AMACIYLA EVİ TERK ETMESİ VEYA HAKLI SEBEBİN ORTADAN KALKMASINDAN SONRA ORTAK KONUTA DÖNMESİ VEYA EŞLERDEN BİRİNİN DİĞERİNİ ORTAK KONUTU TERK ETMEYE ZORLAMASI VEYA HAKLI BİR SEBEP OLMAKSIZIN ORTAK KONUTA DÖNMESİNİ ENGELLEMESİ

Terk sebebine dayanılarak boşanmaya karar verilebilmesi için gerçek-
leşmesi gerekli olan bu şartta TMK. m. 164'te görüldüğü üzere birbirinden
ayrı üç ihtimal düzenlenmiştir. Bu üç ihtimali daha net anlaşılabilmesi için
ayrı ayrı inceleyeceğiz;

A. Eşin Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülüklerini Yerine Getirmeme Amacıyla Evi Terk Etmesi

Eşin ortak hayatı sona erdirmesi askerlik hizmeti²³, tedavi²⁴, hapiste
yatma²⁵, iş için başka bir yere gitme²⁶, taraflar arasında başka bir boşanma

²² Berki, s. 141. Berki bu hususta şu örneği vermiştir: “Kadının erkeğin zulmünden annesi-
nin evine gitmesi terk olamaz.”; Öztan, s. 394.

²³ Schwarz, s. 149; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 255;
Oğuzman/ Dural, s. 120; Feyzioğlu, s. 282; Tandoğan, s. 78; Öztan, s. 394; Hatemi,
s.106; Ayan, s. 46; Doğanay, s. 383; Şenol, s. 28.

²⁴ Schwarz, s. 149; Egger, s. 169; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109; Akıntürk/ Ateş Kara-
man, s. 255; Oğuzman/ Dural, s. 120; Öztan, s. 394; Köprülü/ Kaneti, s. 158; Ayan, s.
46; Doğan, Aile Konutu, s. 297; Doğanay, s. 383; Şenol, s. 28; Aynı yönde, Y. 2.HD.,
28.9.2007 T., E. 2007/370, K. 2007/12849 sayılı kararında “davalı kadının kronik böb-
rek yetmezliği hastası olduğu, merkeze uzak olan yayladan haftada 3 kez diyalize girmek
için gelip gitmenin yaşamını tehlikeye sokacağını ileri sürerek dönmemesi haklı bir ge-
reğe dayanmaktadır. Terke dayalı davanın kabulüne karar verilmesi hukuka aykırı-
dır.”demektedir (www.kazanci.com.tr).

²⁵ Schwarz, s. 149; Egger, s. 169; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109; Akıntürk/ Ateş Kara-
man, s. 255; Tandoğan, s. 78; Köprülü/ Kaneti, s. 158; Hatemi, s.106; Ayan, s. 46;
Doğanay, s. 383; Şenol, s. 28; Şener, s. 179.

davasının derdest olma-sı²⁷, eşin mahkeme kararına dayanarak ayrı yaşaması²⁸, eşin kötü davranması²⁹, eşin bulaşıcı hastalık taşıması³⁰ gibi eşin evden ayrılmasını gerektiren haklı bir sebebe dayanmamalı, tam tersi eşin evi terk etmekteki amacı haksız bir şekilde ortak hayatı sona erdirmek olmalıdır.

B. Eşin Haklı Sebebin Ortadan Kalkmasından Sonra Ortak Konuta Dönmemesi

Eş haklı sebep olarak yukarıda belirttiğimiz askerlik hizmeti, tedavi, hapiste yatma, iş için başka bir yere gitme (özellikle yurt dışında çalışma hali) gibi durumların sona ermesinden itibaren ortak konuta geri dönmezse terk etmiş sayılır.

²⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109; Oğuzman/ Dural, s. 120; Köprülü/ Kaneti, s. 158; Ayan, s. 46; Doğan, Aile Konutu, s. 297; Doğanay, s. 383; Şener, s. 179; Aynı yönde, Y. 2.HD. 4.11.1947 T., 4903-5600 sayılı kararında “Koca iş gereği gitmiş olsa dahi, dört sene gibi uzun bir zaman, müşterek eve dönmeyip, ailesine bakmadığı sabit olursa, karı tarafından koca aleyhine ihtar davası açılabilir.” demekte olup, eşin iş gereği ortak konuttan belirli bir süre bulunmamasını dolaylı olarak makul sebep saymaktadır. (Nihat İnal, Yeni Medeni Yasaya Göre Örnek Dava Dilekçeleri, Kararlarla Açıklamalı Nişanlanma, Evlenme, Mal Rejimi, Boşanma, Velayet, Nafaka ve Eşya Davaları, Ankara 2003, s. 177).

²⁷ Y. 2.HD., 3.6.2010 T., E. 2010/8507, K. 2011/10920 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

²⁸ Schwarz, s. 149; Egger, s. 169; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 255; Oğuzman/ Dural, s. 120; Feyzioğlu, s. 281; Tandoğan, s. 78; Köprülü/ Kaneti, s. 158; Kandil, s. 57; Şenol, s. 30; Aynı yönde, Y. 2.HD., 10.4.2007 T., E. 2006/11197, K. 2007/5958 sayılı kararında “Davalı (kadın) Ailenin Korunmasına İlişkin Kanun uyarınca gerekli tedbirinin alınmasını istemiş, mahkemece kocanın, kadına ait taşınmaza altı ay süre ile yaklaşmaması konusunda tedbir alınmıştır. Davalının (kadın) eşinden ayrı yaşadığı ve haklı sebeple davet edilen eve dönmediği anlaşılmaktadır. Terk sebebine dayalı boşanma davasının reddi gerekir.” demektedir (www.kazanci.com.tr).

²⁹ Egger, s. 169; Oğuzman/ Dural, s. 120; Aynı yönde, YHGK., 16.6.1993 T., E. 1993/2-117, K. 1993/457 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

³⁰ Ali İhsan Özüğür, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma ve Ayrılık, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 103.

C. Eşlerden Birinin Diğerini Ortak Konutu Terk Etmeye Zorlaması veya Haklı Bir Sebep Olmaksızın Ortak Konuta Dönmesini Engellemesi

TMK. m. 164⁷ te yalnızca eşlerden birinin ortak konutu terk etmiş olması boşanma sebebi sayılmamış, aynı zamanda ortak konutu terk etmek istemeyen eşin konutu terk etmeye zorlanmasını ve ortak konuta geri dönmek isteyen eşin haklı bir sebep olmaksızın geri dönmesinin engellenmesini de boşanma sebebi olarak kabul etmiştir³¹.

IV. TERKİN EN AZ ALTI AY SÜRMÜŞ VE DEVAM ETMEKTE OLMASI

Terk sebebiyle boşanma davasının açılabilmesi için yukarıdaki üç şartın yanında altı aylık³² bir sürenin de geçmesi gereklidir. Altı aylık süre geçmeden terk nedeniyle boşanma davası açılmaz. Bununla birlikte eşlerden biri daha önce ortak konutu terk etmiş ve altı aylık süre dolmadan geri dönmüşse, altı aylık süre dolmadığı için terk sebebine dayanan boşanma davası açılmaz, terk eden eş daha sonra ortak konutu tekrar terk ederse altı aylık süre

³¹ Schwarz, s. 149; Tuor, s. 158; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 110; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 255; Oğuzman/ Dural, s. 120; Feyzioğlu, s. 280; Tandoğan, s. 78; Öztan, s. 394; Köprülü/ Kaneti, s. 158; Kandil, s. 48, 62, 97; Şenol, s. 28; Soner, s. 286; Baygın, s. 443, 444; Demir, s. 8.

³² eTMK m.132'de bu süre üç ay olarak düzenlenmiş olup 4721 sayılı Medeni Kanun bu süreyi altı aya çıkartmıştır. Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 256'da MK' daki üç aylık süre yerine altı aylık süre kabul edilmesinin nedenini "eşlerin barışma ümitlerini uzatabilmek ve kendilerine daza uzun süre düşünme fırsatı tanımak..." olarak belirtmiştir. Aynı şekilde Veysel Başpınar, "Türk Medeni Kanunu İle Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Öneriler", AÜHFD, Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 3, s. 84'de Medeni Kanun'un gerekçesi s. 295 ve 373'ten hareketle "pek önemli olmayan sebeplerle ortak konutu terk eden eşlerin, zaman geçtikçe yaptıkları davranışın doğru olmadığını anlayarak, telafisi mümkün olmayacak hataya düşmeleri önlenmiş olacağı ifade edilmiştir." demektedir; Yine Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Kanun'unuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 13' de "Türk toplumunda evin terk edilmesi halinde yakın akrabaların ve dostların devreye girmek suretiyle aile ocağının yıkılmasını önleme yönünde çaba gösterme geleneğine sahip olduğunu, bu tür çabaların çoğu kez sonuç verdiğini" belirterek üç aylık sürenin altı aya çıkarıldığını belirtmiştir; Benzer yönde görüşler, Kandil, s. 46; Baygın, s. 443.

yeniden işlemeye başlar, daha önce işlemiş olan süre eklenmez³³. Ancak doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere terk eden eş ihtarı sonuçsuz bırakmak amacıyla altı ay dolmadan sık sık ortak konutu terk ediyorsa ve sonra ortak konuta tekrar geri dönüyorsa TMK. m.2/ II gereği hakkın kötüye kullanılmasını korunmayacağı için terk edilen eş terke dayalı boşanma davasını açabilir³⁴.

Altı aylık süre eşin ortak hayatı sona erdirmek amacıyla ortak konutu terk etmesiyle birlikte başlar³⁵, görüldüğü üzere askerlik hizmeti, tedavi, hapiste yatma, iş için başka bir yere gitme, taraflar arasında başka bir boşanma davasının derdest olması, eşin mahkeme kararına dayanarak ayrı yaşaması, eşin kötü davranması, eşin bulaşıcı hastalık taşıması gibi sebeplerle eşin ortak konutu bir süreliğine - makul olmak şartıyla bu süre uzunca bir süre olsa da - terk etmesi altı aylık sürenin işlemeye başlamasına neden olmaz. Ayrıca eş başlangıçta ortak konuttan yukarıda belirtilen sebeplerden biriyle ayrıldıktan sonra niyetini değiştirip ortak hayatı sona erdirmeyi amaçlarsa, kanaatimce başlangıçtaki sebep ortak hayatı sona erdirmeye amacını taşımadığı için altı aylık sürede hesaba katılmaz, yani ortak hayatı sona erdirmeye niyetinden itibaren altı aylık süre hesaplanır.

V. HAKİM TARAFINDAN TERK EDEN EŞE İHTARDA BULUNULMASI VE YAPILAN İHTARIN SONUÇSUZ KALMIŞ OLMASI

TMK. m.164/ II-son'dan anlaşıldığı üzere terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için terk edilen eşin³⁶ öncelikle terk eden eşe samimi³⁷ bir

³³ Schwarz, s. 149, 150; Egger, s.170; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 110; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 256; Oğuzman/ Dural, s. 120; Tandoğan, s. 79; Kandil, s. 67; Ayan, s. 48; Berki, s. 141; Soner, s. 287.

³⁴ Egger, s. 170; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 110; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 256; Oğuzman/ Dural, s. 120; Tandoğan, s. 79; Öztan s.396; Kandil, s. 67; Ayan, s. 48; Doğanay, s. 385; Şenol, s. 31; Soner, s. 287.

³⁵ Schwarz, s. 149; Egger, s. 170; Tuor, s. 158; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 110; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 256; Oğuzman/ Dural, s. 120; Feyzioğlu, s. 282, 283; Tandoğan, s. 79; Köprülü/ Kaneti, s. 159, 160; Hatemi, s. 106; Ayan, s. 48; Doğanay, s. 389; Şenol, s. 31.

³⁶ Y. 2.HD., 5.5.2004 T., E. 2004/4901, K. 2004/5829 sayılı kararında "terk edilen eş boşanma davası açabilir. Terk eden eşin, bu sebebe dayanarak boşanma davası açma hakkı bulunmamaktadır." Demektedir (www.kazanci.com.tr).

şekilde hakim veya noter aracılığı ile ihtarda³⁸ bulunması gereklidir³⁹. İhtar talebinde görevli mahkeme 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun⁴⁰ m. 4 gereğince aile mahkemeleridir, yine ihtar talebinde yetkili mahkeme, ihtar bir dava olmadığı ve dolayısıyla TMK. m. 168 uygulanmayacağı için herhangi bir yer mahkemesince yerine getirilir. İhtar terk sebebine dayalı boşanma davasının açılabilmesi için dava şartıdır⁴¹ ve ihtar yapılması hakim veya noterden istendiği zaman yerine getirilmesi mecburidir⁴².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun⁴³ da belirttiği olduğu üzere “...ihtar kararının sonuç doğurabilmesi, dolayısıyla da ihtar kararının tebliğine rağ-

³⁷ YHGK., 6.11.2002 T., E. 2002/2-824, K. 2002/896; Y. 2.HD., 20.12.2006 T., E. 2006/11758, K. 2006/18035; Y. 2.HD., 13.6.2005 T., E. 2005/6937, K. 2005/8966 sayılı kararında “Davacının, dört yıldır başka kadınla evlilik dışı yaşadığı ve bu kadından nüfusuna kayıtlı çocuğu bulunduğu, davatıyı davet ettiği konutun köyde davacının anne-babasına ait bulunduğu” hususlarını göz önüne alarak davacının ihtarında samimi olmadığı kanısına varmıştır (www.kazanci.com.tr).

³⁸ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 257’de Y. 2.HD. 11.5.1976 T., 3754/4043 sayılı kararını dayanak alarak “davacı, yetki kuralları ile bağlı olmaksızın herhangi bir mahkemeden eşinin evine dönmesi için ihtar yapılması isteminde bulunabileceğini” belirtmiştir (www.kazanci.com.tr).

³⁹ Schwarz, s. 149; Egger, s. 170; Tuor, s. 158; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 110, 111; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 256, 257; Oğuzman/ Dural, s. 120; Feyzioğlu, s. 284-288; Tandoğan, s. 80; Köprülü/ Kaneti, s. 159; Hatemi, s. 106; Kandil, s. 71; Ayan, s. 49; Şenol, s. 32; TMK. m.164/II-son “...boşanma davası açmak için belirli sürenin doldüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmaz.” Bunun dışında hakim yine TMK. m.164/II, c.2’de belirtildiği üzere ilan yoluyla da ihtarda bulunabilir.

⁴⁰ R.G. 18 Ocak 2003, Sayı 24997.

⁴¹ YHGK., 13.2.2008 T., E.2008/2-136, K.2008/117 sayılı kararında “...hakim tarafından yapılan "ihtar" terk sebebine dayalı boşanma davasının dava şartıdır.” (www.kazanci.com.tr).

⁴² Schwarz, s. 150; Egger, s. 170; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 110, 111; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 257; Oğuzman/ Dural, s. 121; Feyzioğlu, s. 284; Tandoğan, s. 80; Öztan, s. 395; Köprülü/ Kaneti, s. 159; Kandil, s. 73; Soner, s. 289; Aynı yönde, YİBGK., 27.3.1957 T., E. 1956/10, K. 1957/1 sayılı kararında “İhtar talebinin isafı hakimlikçe mecburidir.” Demektedir (www.kazanci.com.tr).

⁴³ YHGK., 13.2.2008 T., E. 2008/2-136, K. 2008/117 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

men yasal süresinde ortak konuta dönmeyen eş aleyhine açılacak boşanma davasının kabul edilebilmesi için iki unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Bunlardan ilki, ihtar kararında ve ekinde bulunması gereken biçimsel koşulların varlığı; diğeri ise işin esasına ilişkin unsurların tamlığıdır.

*İhtar isteğinde bulunabilmenin koşulu; boşanma davası açmak için belirli sürenin (dördüncü ayının) bitmesi yani, eşin terk eyleminin üzerinden en az dört ay geçmiş olmasıdır. Bu halde mahkemece verilecek ihtar kararında; davet edilen evin açık -ayrıntılı- adresi gösterilmeli, davet eden eş evde bulunmayacaksa evin anahtarının bulunduğu yer belirtilmeli; davet edilenin yol gideri konutta ödemeli olarak gönderilmeli ve özellikle davete iki ay içinde uyulması gerektiği, aksi halde bunun doğuracağı sonuçların neler olduğu açıklanmalıdır.*⁴⁴. Kanaatimce YHGK' nın kararı doğru olmakla birlikte terk eden eşe dönmesi için terk edilen tarafından ödenmesi gereken yol gideri hususunda ayrıma gitmeliydi. Çünkü terk eden eş zaten eşini evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla terk etmektedir, dolayısıyla kusurlu olmasına rağmen bir de yol giderleri karşılanmak suretiyle ödüllendirilmesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Bunun yerine YHGK' nın kararında olması gereken, yol gideri hususunda kesin olarak bir kural belirtmek yerine, terk eden eşe hangi şartlarda yol giderinin ödeneceğinin ve hangi şartlarda ödenmeyeceğinin somut olaya bırakılmasıdır, görüldüğü üzere ancak bu şekilde somut olay adaleti sağlanabilir⁴⁵. Ayrıca yol gideri hususunda son olarak belirtmek gerekir ki TMK. m. 164/ I-son' da da belirtildiği üzere eşini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılacağı için ve terk eden eş zaten konutta bulunduğu için yol giderlerinin ödenmesi söz konusu olmaz, aksine terk edilen eşin yol giderlerinin ödenmesi gerekir. Dolayısıyla YHGK' nın söz konusu kararında bu husus da dikkate alınmalıydı.

Yine başka bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında da belirtildiği üzere ihtarda davet edilen evin "*bağımsız*⁴⁶, *güvenli, ihtiyaçları karşılaya-*

⁴⁴ Şener, s. 175 ve 176' da belirttiği üzere kanunda belirtilmiş olan 4 aylık ve 2 aylık süreler, kesin süreler olduğu için taraflarca aksi kararlaştırılmak suretiyle değiştirilemez.; Aynı yönde, Öztan, s. 395; Kandil, s. 69.

⁴⁵ Aynı yönde, Feyzioğlu, s. 288; Öztan, s. 397; Köprülü/ Kaneti, s. 163; Ayan, s. 51.

⁴⁶ Y. 2. HD., 10.2.2010 T., E. 2008/ 20693, K. 2010/ 2231 sayılı kararında "Tarafların birlikte seçtikleri veya Türk Medeni Kanunu'nun 188. maddesi şartlarının oluşması sebebiyle eşlerden birinin seçtiği ya da hakim tarafından belirlenen hallerine uygun, oturmaya elverişli bağımsız bir evleri yoksa, birlik dışında bulunan eşin bu davranışı haklı se-

*cak, sosyal yaşantıya uygun olması gerekir*⁴⁷, “boş eve davet geçersizdir.”⁴⁸. YHGK’ nın bu husustaki kararı da doğru olmakla birlikte TMK. m. 186’ de belirtildiği üzere eşler oturacakları konutu birlikte seçtikleri ve daha sonra seçtikleri konuta, terk eden eşin gerekli nitelikleri taşımadığını bildirerek dönmemesi hali somut olaya göre TMK. m. 2 gereğince hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabileceği için, sonuçta ortak konut hususunda da

bebe dayanır.” şeklinde hüküm tesis etmiştir. (www.kazanci.com.tr); **Y. 2. HD., 21.9.2007 T., E. 2006/ 22079, K. 2007/ 12371** sayılı kararında “*Davet edilen konutta kocanın anne ve babasının da oturmakta olduğu, bu haliyle konutun bağımsız olmadığı anlaşılmaktadır. Davalı kadın davet edilen müşterek konuta dönmekle haklıdır. Bu yön gözönünde bulundurularak kocanın terk sebebine dayalı boşanma davasının reddi gerekir.*” şeklinde hüküm tesis etmiştir. (www.kazanci.com.tr); **Y. 2.HD., 21.10.1993 T., E. 8682, K. 9635** sayılı kararında “... *davacıların ebeveynleriyle birlikte altlı üstlü dairelerde oturmalarından ve aynı mutfağı paylaştıklarından başka evlilik birliğini temelinden sarsan ve davalıdan kaynaklanan bir olay iddia ve ispat edilememiştir... Belirtilen birlikte mutfağı paylaşma olayı Anadolu’da uyulan geniş aile geleneğinin sonucudur*” diyerek mutfağın eşlerden birinin diğer aile fertleri ile birlikte kullanılmasının eşlerin oturdukları konutun bağımsız olma niteliğini zedelemeyeceğini belirtmiştir. (**Özüğür**, s.168); **Y. 2. HD., 29.01.1999 T., E. 124841, K. 307** sayılı kararında “... *evin tuvaleti bahçe duvarının dışında 20-25 m. uzakta olduğu ve bu tuvaletin kayınpeder ve ailesi ile ortak kullanıldığı, ayrıca kadının evi terk etme sebebi de kayınpeder ile kayınvalidenin davranışlarından kaynaklandığı...*” sebepleriyle davet edilen evin bağımsız olmadığı kanaatine varmıştır. (**Özüğür**, s.135); **Y. 2. HD., 22.05.1998 T., E. 4894, K. 6351** sayılı kararında “...*Davacı evlilik birliğinin yüklediği görevlerini çalışarak yerine getirmemekte, babasının yardımı ile ve yemekler onlarla birlikte yenilerek birliği devam ettirmektedir. İhtarın sonuç doğurabilmesi için evin bağımsızlığının ... bulunması gerekir.*” demekle olup yemeklerin davacının ailesinin evinde yenilmesini, davacının eşiyle birlikte oturduğu konut açısından bağımsızlığı kaldırıcı bir sebep olarak kabul etmiştir. (**Özüğür** s.148); aynı yönde benzer bir karar, **Y. 2. HD., 18.6.1985 T., E. 5768, K. 6043** (**Özüğür**, s.195).

⁴⁷ **YHGK., 5.4.1995 T., E. 1995/2-93, K. 1995/254**; aynı yönde; **YHGK., 13.4.2005 T., E. 2005/2-212, K. 2005/263**; **YHGK., 3.5.2000 T., E. 2000/2-836, K. 2000/855**; **Y. 2.HD., 10.2.2010 T., E. 2008/20693, K. 2010/2231**; yine ayrıca **Y. 2.HD., 14.6.2007 T., E. 2006/21052, K. 2007/10083** sayılı kararda “*davet edilen konutun ihtar istek tarihinden dört ay önce hazır edilmesi*” gerektiğini belirtmiştir (www.kazanci.com.tr).

⁴⁸ **Schwarz**, s. 150; **Akıntürk/ Ateş Karaman**, s. 256; **Oğuzman/ Dural**, s. 121; **Feyzioğlu**, s. 286; **Köprülü/ Kaneti**, s. 160; **Kandil**, s. 83; **Ayan**, s. 51; **Şener**, s. 177, 178, 182; **Soner**, s. 288; **Doğan**, Yenilikler, s. 104; Aynı yönde, **YHGK., 30.1.1985 T., E. 1984/2-67, K. 1985/44** sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

somut duruma göre hareket edilmelidir. Örneğin başlangıçta eşler ortak konut olarak seçtikleri konutta yalnız bir şekilde yaşamakta iken, daha sonra eşlerden birinin anne-babasının eşlerle birlikte yaşamaya başlaması ve diğer eşin evi terk etmesi haklı sebep oluşturabilir. Ancak eşlerden birinin anne-babasının ortak konut seçilirken dahi eşlerle birlikte yaşayacağı belli idiye terk eden, sırf bu sebebe dayanarak ortak konutun gerekli nitelikleri taşımadığı ve bu nedenle eşini terk etmesinin haklı olduğunu öne süremez. Bunların dışında, ayrıca mahkeme davet edilen evin müstakil ve oturmaya elverişli olup olmadığını da incelemelidir, inceleme yapılmadan verilen boşanma kararı yolsuzdur⁴⁹.

Sonuçta görüldüğü üzere hakim veya noter aracılığı ile olmadan eşin bizzat veya mektup ile ihtarda bulunması boşanma davası açabilmek için yeterli değildir, ihtarın şekil şartlarına uygun olarak yapılmış olması gereklidir, şekil şartlarına uygun olarak yapılmamış bir ihtar terk sebebine dayanan davayla boşanma sonucunu doğurmaz⁵⁰.

TMK. m. 164/ II' ye göre terk edilen eş, terk eden eşin ortak konutu terk etmesinden dört ay sonra hakime veya notere başvurarak ihtarda bulunulmasını isteyebilir⁵¹. Dört aylık süre terk eden eşin ortak hayatı sona erdirmeye amacıyla ortak konutu terk etmesiyle başlar ve *Akıntürk*'ün haklı olarak belirttiği üzere dört aylık süre asgari süre olduğu için burada TBK. m. 93⁵² (BK. m. 77) uygulanma kabiliyetini haiz değildir⁵³. Hakim veya noter davaya hakkı olan eşin istemi üzerine davanın esasını incelemeyen ihtarda bulunur ve ihtardan itibaren iki ay geçmeden terk sebebine dayalı boşanma

⁴⁹ YHGK. 19.1.1951 T., 2/109-40-5 sayılı kararı (İnal, s.178)

⁵⁰ YHGK., 13.2.2008 T., E. 2008/2-136, K. 2008/117 sayılı kararında "...boşanma davasına bakan hakim, salt ihtarın varlığını yeterli görmemeli; bu ihtarın, boşanma davası açabilmenin ön koşulu olmasını da gözeterek, kanunda yer alan unsurları taşıyıp taşımadığını, re'sen (kendiliğinden) incelemelidir." yine aynı karara göre " Sonuçta da; ihtar kararı yasaya uygun ve geçerli değilse diğer koşullar incelenmeden salt bu nedenle dava reddedilmeli; ihtar kararının yasaya uygun olması halinde ise, eve haklı sebeple dönmediğini ispat yükünün davalıya ait olduğu da gözetilerek, davanın esasına ilişkin incelemeye geçilmeli; davacının ihtar isteğinde samimi olup olmadığı, davalının da ortak konuta dönmekte haklı olup olmadığı üzerinde durulmalıdır." demektedir (www.kazanci.com.tr).

⁵¹ Hakim de dört aylık süre geçmeden ihtarda bulunamaz.

⁵² TBK. m. 93 "İfa zamanı veya sürenin son günü, kanunlarda tatil olarak kabul edilen bir güne rastlarsa, kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçer."

⁵³ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 256; Aynı yönde, Ayan, s. 50.

davası açılmaz⁵⁴. Yani anlaşıldığı üzere TMK. m.164/ I' de belirtilen altı aylık süre ihtar için beklenilmesi zorunlu olan dört aylık süre ile ihtardan itibaren beklenilmesi zorunlu süre olan iki aylık sürenin toplamıdır. Ancak TMK. m.164/ II' de belirtilen dört aylık süre minimum süredir, aradan bir yıl gibi uzunca bir süre geçtikten sonra da hakim tarafından ihtarda bulunulması istenebilir, böylelikle iki aylık süre hakim tarafından ihtarda bulunulduktan sonra işlemeye başlar.

Hakim TMK. m. 164/ II, c. 1 gereği ihtarını yaparken gerekli şartların oluşup oluşmadığı konusunda herhangi bir araştırmada bulunmaz, şartların oluşup oluşmadığı mahkemece belirlenir⁵⁵. Yine dava açıldıktan sonra, hakim terk sebebine dayanan boşanma davası mutlak bir boşanma sebebi olduğu için, evliliğin eşler için çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmaksızın boşanmaya karar vermek zorundadır⁵⁶.

Son olarak konuyla ilgili olarak belirtmek gerekir ki, terk sebebine dayanan boşanma davasında, davalının "davayı kabul" beyanı sonuca etkili değildir⁵⁷ ve *Dural*'ın da belirttiği üzere "şartlar gerçekleştikten sonra, terk

⁵⁴ **YHGK., 13.2.2008 T., E.2008/2-136, K.2008/117** sayılı kararında "Kanunda gösterilen süreler hakim veya taraflarca değiştirilemeyeceğinden konuta dönmesi istenen eşe "iki aylık" süreden farklı bir süre verilemez ve bu sürenin ihtarda yer alması geçerlilik koşulu"dur. Zira, kanun koyucu, yasada yer alan sürelerde her türlü olayın etkilerinin ve tepkilerinin sona ereceğini bir karine olarak kabul etmiştir. Bu sürelerin değiştirilmesi, bunlara ayrı bir süre eklenmesi düşünülemez. Maddede yer alan süreler karşı tarafça ileri sürülmesi dahi hakim tarafından re'sen nazara alınmalı ve özellikle de ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmayacağı unutulmalıdır." demektedir (www.kazanci.com.tr).

⁵⁵ **Egger**, s. 170; **Tuor**, s. 158; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 111; **Akıntürk/ Ateş Karaman**, s. 257; **Oğuzman/ Dural**, s. 121; **Feyzioğlu**, s. 284; **Tandoğan**, s. 80; **Köprülü/ Kaneti**, s. 160; **Kandil**, s. 73; **Ayan**, s. 50; **Doğanay**, s. 394; **Şenol**, s. 33; **Soner**, s. 289.

⁵⁶ **Dural/Ögüz/Gümüş**, 2.Bası, s.112; **Akıntürk/ Ateş Karaman**, s. 258; **Oğuzman/ Dural**, s. 121; **Öztañ**, s. 393; **Kuntalp**, s.117.

⁵⁷ **Y. 2.HD., 8.6.2009 T., E. 2008/8710, K. 2009/10983** sayılı kararında "...terk hukuki sebebine dayanarak boşanma davası açmış, mahkemece ilk celse davalının davayı kabul beyanına dayanılarak Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi gereğince tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi, ancak aynı yasanın 166. maddesine dayanılarak açılmış davalarda gerçekleşebilir. Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesine dayalı açılmış bir dava olmadığı ve usulüne uygun ıslah da bulunmadığı halde, Türk Medeni Kanunu'nun 184/3, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 95/2.(HMK. m.308) maddelerince davalının davayı kabulünün hukuki sonuç doğur-

eden eşin ortak konuta dönmesi ya da dönme isteminde bulunması” da davayı etkilemez⁵⁸.

VI. İHTARIN NOTER TARAFINDAN ÇEKİLMESİ

Yukarıda da belirtildiği üzere 6217 sayılı Kanununun 1/10/2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 19. maddesi ile TMK. m. 164’ün birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “hakim” ibarelerinden sonra gelmek üzere eklenen “veya noter” ibareleri eklenmiştir. Görüldüğü üzere eski uygulamaya ek olarak terk sebebine dayanan boşanma davasının açılabilmesi için önceden yapılması gereken ihtarın hakim yanında noterler tarafından da çekilebileceği hususu düzenlenmiştir.

6217 sayılı kanun ile yapılan düzenlemeden sonra doktrin ve uygulamadaki tereddütleri gidermek amacıyla noterler tarafından çekilecek ihtarın hangi şekilde yapılacağını göstermek üzere 4/10/2010 tarihinde “*Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*” yayınlanmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki noterler tarafından ihtar yapılabilmesinin ön şart olarak yönetmelik m. 2’de tarafların nüfus kayıtlarının yeterli olması⁵⁹, yargılamanın gerekmemesi veya talep edenin yabancı olmaması belirtilmiştir. Görüldüğü üzere söz konusu şartlardan birinin bulunmaması halinde noterler tarafından ihtar çekilemeyecektir. Yine m. 7’ de eski uygulamada olduğu gibi noterler tarafından çekilecek ihtarın da hakimlerde olduğu gibi dava şartları incelemeksizin yapılacağı belirtilmiştir.

Yönetmelik m. 8’de ise noterlerce yapılacak ihtarın şekli düzenlenmiştir. Maddeye göre terk eden eşe gönderilen ihtar; İhtar gönderen eşin ad, soyad ve adresini, ihtar gönderilen eşin ad, soyad ve adresini, davet edilen ortak konutun adresini, davet edilen eş ve yanında çocukları varsa bunların ortak konuta dönmesi için gereken giderler ile konuta kabul edilmemesi halinde dönüş için yol ve konaklama giderlerini karşılayacak yeterli paranın konutta teslim şeklinde gönderilmesi durumunda buna ilişkin açıklamayı, davet edilen konuta ait anahtarın bulunduğu yeri, iki ay içinde dönmesi ge-

mayacağı gözetilmeden boşanmaya karar verilmesi doğru değildir.” demektedir; aynı yönde Y. 2.HD., 1.5.2007 T., E. 2006/11958, K. 2007/7198 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

⁵⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 112; Aynı yönde Oğuzman/ Dural, s. 121.

⁵⁹ Yönetmelik m. 14’de nüfus kayıtlarının sorgulanmasının “Kimlik Paylaşımı Sistemi”nden ve “Adres Paylaşımı Sistemi”nden yapılacağı belirtilmiştir.

rektiğini, dönmemesi halinde hakkında TMK' nın 164 üncü maddesine göre boşanma davasının açılabilceğini kapsmalıdır.

Yine Yönetmelik m.8/ II' de ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmeyi engelleyen eşe de ihtar gönderileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere yönetmelik m. 8 ile yine hakimler tarafından yapılan ihtarlarla paralellik sağlanmıştır. Son olarak belirtmek gerekir ki m. 10' da notere iletilecek taleplerin sözlü veya yazılı olarak yapılabileceği ve m. 12' de noterler tarafından tutulan dosyaların yanında özel bir dosya tutulacağı ve terk sebebine dayanan boşanma davasını gören mahkemenin talep etmesi halinde noter tarafından ilgili dosyada tutulan kaydın mahkemeye sunulacağı belirtilmiştir.

§ 3. SONUÇ

Terk sebebine dayanan boşanma görüldüğü üzere ağır şekil şartlarına tabi tutulmuş bir boşanma sebebidir. Söz konusu şartlar sağlanmadan açılan boşanma davaları esasa girilmeden reddedileceği için hukukumuzda pek fazla tercih edilmeyen bir boşanma sebebidir.

Terk sebebine dayanan boşanma TMK. m. 164' de, - MK dönemindeki Yargıtay içtihadları göz önüne alınarak -, MK. m. 132' ye oranla daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiş ve bununla birlikte bir kısım değişikliklere gidilmiş bir boşanma sebebidir. İlk olarak TMK. m. 164' de TMK. m. 132' den farklı olarak kanun koyucu boşanma hukuku alanındaki eğilimleri de göz önüne alarak 3 aylık terk süresini 6 aya çıkarmıştır. Yine MK. m. 132 sadece eşlerden birinin ortak konutu terk etmesini düzenlemişken, TMK. m. 164 bunun yanında eşlerden birinin diğerini ortak konutu terk etmeye zorlamasını veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engellemesini de terk olarak düzenlemiştir. Üçüncü olarak TMK. m. 164, MK. m. 132' den farklı olarak, ihtarın hâkim veya noter tarafından esaslı incelenmeden yapılacağı ve terk eden geri dönmemesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunulacağı belirtilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki TMK. m. 164' de 2011 yılında kanaatimce mahkemelerin ağır iş yükünün hafifletilmesi ve terk edilen kişinin de daha kolay bir biçimde ihtar çekebilmesi amaçlarıyla yapılmış olan değişiklik ile terk sebebine dayanan boşanma davasının açılabilmesi için yapılması zorunlu olan ihtar, hakimler yanında noterler tarafından da çekilebilecektir.

KISALTMALAR

AD.	Adalet Dergisi
AÜEHFD.	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Çev.	Çeviren
Der.	Derleyen
E.	Esas
BK.	818 sayılı Borçlar Kanunu
MK	743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi
HD.	Hukuk Dairesi
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	Karar
TMK.	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
m.	madde
R.G.	Resmî Gazete
s.	sayfa
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	Tarih
TBK.	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Y.	Yargıtay
YD.	Yargıtay Dergisi
YHD.	Yasa Hukuk Dergisi
YHGK.	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK.	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AKINTÜRK, Turgut ve **ATEŞ KARAMAN, Derya**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, Yenilenmiş 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.

AYAN, Nurşen, “*Terk Nedeniyle Boşanma*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2007, Cilt 15, Sayı 1, s.39-54.

BAŞPINAR, Veysel, “*Türk Medeni Kanunu İle Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Öneriler*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 3, s.79-101.

BAYGIN, Cem, “*4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler*”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’ e Armağan, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 437-461.

BERKİ, Şakir, “*Boşanma ve Ayrılık*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1975, Cilt 32, Sayı 1-4, s.135-154.

CANSEL, Erol, “*Boşanmanın Dayandığı Hukuki Esaslar*”, Ankara Üniversitesi 50.yıl Armağanı, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, Yıl 1977, s. 67-112.

DEMİR, Pınar Özlem, *Evli Kadınların Hukuki Durumu İle İlgili Yenilik ve Değişiklikler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

DOĞAN, Murat, “*Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu*”, AÜEHF’nin 15. Kuruluş Yılına Armağan, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜEHFD), Yıl 2002, s. 285-300 (Aile Konutu).

DOĞAN, Murat, “*Türk Medeni Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 4, s. 141 (Yenilikler).

DOĞANAY, İsmail, “*Terk Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarına Tekaddüm Eden İhtar Ne Şekilde Yapılmalıdır?...*” Adalet Dergisi, Yıl 50, Sayı 3, Eylül 1959, s. 380-400.

DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan ve GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.

EGGER, August, *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aile Hukuku, Birinci Kısım: Evlenme Hukuku*, m. 90-251, (Çeviren **Tahir Çağa**), Kenan Matbaası, İstanbul 1943.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.

HATEMİ, Hüseyin, *Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

İNAL, Nihat, *Yeni Medeni Yasaya Göre Örnek Dava Dilekçeleri, Kararlarla Açıklamalı Nişanlanma, Evlenme, Mal Rejimi, Boşanma, Velayet, Nafaka ve Eşya Davaları*, Ankara 2003.

KANDİL, Seher, Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma (TMK. m. 164), Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Kanun’umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

KNOEPLER, François, “İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler”, (Çeviren **Ahmet Özer**), Yargıtay Dergisi, Cilt 14, S.1-2, s. 116-133.

KÖPRÜLÜ, Bülent ve **KANETİ, Selim**, Aile Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

KUNTALP, Erden, “Mutlak Boşanma Sebepleri”, Ankara Üniversitesi 50.yıl Armağanı, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, Yıl 1977, s. 113-126.

OĞUZMAN, Kemal ve **DURAL, Mustafa**, Aile Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998.

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 5.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

ÖZUĞUR, Ali İhsan, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma ve Ayrılık, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.

SCHWARZ, Andreas, Aile Hukuku, (Çeviren **Bülent Davran**), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1946.

SONER, Lütfi Fikri, “Terk Nedeni ile Boşanma Davası ve Bunda Kesin Hüküm Sorunu”, Adalet Dergisi, Yıl 60, Sayı 5, Mayıs 1969, s. 283-297.

ŞENER, Esat, “Terk Hukuki Sebebine Dayanan Boşanma Davası Üzerinde Düşünceler”, Yasa Hukuk Dergisi, Şubat 1983, Sayı 2, s. 173-184.

ŞENOL, Şenol, “Terk Nedeni ile Boşanma”, Adalet Dergisi, Yıl 79, Sayı 3, Mayıs – Haziran 1988, s. 25-39.

TANDOĞAN, Haluk, Aile Hukuku Ders Notları, (Derleyen **Nuşin Ayiter**), Ankara 1966.

TUOR, Pierre, İsviçre Medeni Kanunu’nun Federal Mahkeme İçtihadlarına Göre Sistemli İzahı, (Çeviren **Amil Artus**), Örnek Matbaası, Ankara 1956.

Kamu Hukuku

BİR İDARİ İŞLEM OLARAK KAMULAŞTIRMA

*Doç. Dr. Hayrettin EREN**

ÖZET

İdarenin ihtiyaç duyduğu taşınmaz malı edinme yolu olarak kamulaştırma, çok önemli bir idari işlem türüdür. Kamulaştırma önemine binaen hem Anayasa'da hem de ayrı bir kanunla düzenlenmiştir. Kamulaştırma idarenin tek yanlı idari işlemlerindedir. İdarenin ihtiyaç duyduğu bir taşınmazı temin etmeye yönelik iradesini tek taraflı olarak açıklamasıyla oluşan bir işlemdir. Fakat beklenen sonucun ortaya çıkabilmesinin yani mülkiyetin idareye geçmesinin adli yargı kararına bağlandığı bir işlemdir. Dolayısıyla kamulaştırma işlemi hem idari, hem idari yargı ve hem de adli yargı aşamalarını bünyesinde barındıran, idari işlemlerden farklı özellikleri de olan bir işlem türüdür. Bu çalışmamızda kamulaştırma işlemini, bir idari işlem olarak, taşınması gereken özellikleri açısından ele alacağız. Aşağıda önce kamulaştırma işlemine hâkim olması gereken temel ilkelere değinilecek, sonra kamulaştırma işleminin unsurları incelenecek ve kamulaştırma işleminin aşamaları konusunda çalışma tamamlanacaktır.

ANAHTAR KELİMELELER

Kamulaştırma, kamulaştırma işlemi, kamulaştırma işleminin unsurları.

EXPROPRIATION AS AN ADMINISTRATIVE ACT

ABSTRACT

Expropriation as administration's obtain properties that need is a very important kind of administrative acts. Expropriation is settled both constitutional and a separate code for its importance. Expropriation is administration's unilateral administrative acts. It's an act, constituted administration's unilateral decision that administration obtain properties that need. But it is an act that depends on judicial court decision for appearance of expectation result. These means that expropriation act, contains both administrative, administrative adjudication and judicial adjudication stages, has particulars different from other administrative acts, is a kind of

* Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

administrative acts. In our study, we take in hand expropriation act as administrative act, for the purposes of particulars that necessary. Firstly It is mentioned basic principle that is master of expropriation, then analysed elements of expropriation act and study is fulfil with expropriation acts stages.

KEY WORDS

Expropriation, Expropriation act, Elements of the expropriation act

GİRİŞ

İdare yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetlerini düzenli ve gerekli bir biçimde yerine getirebilmek için çeşitli taşınır ve taşınmaz mallara ihtiyaç duyar¹. Taşınır ve taşınmaz mallara sahip olmadan idarenin üstlendiği kamu hizmetlerini, görevlerini yerine getirebilmesi imkânsızdır. İdare ihtiyaç duyduğu malları satın alma, kiralama, geçici işgal, devletleştirme, istimval, kamulaştırma gibi çeşitli yolları kullanarak temin eder.

İdare ihtiyaç duyduğu malları özel hukuk usulleri kullanarak da temin edebilir. Fakat bu durumda mutlaka, işlemin eşit tarafı olarak özel kişinin rızasının alınması gerekir. Kişi malını satmak, kiraya vermek istemiyorsa, İdarenin özel hukuk usulleri çerçevesinde bu işlemleri yapabilmesi, yaptırabilmesi imkânsızdır. İdare ne kadar fiyat verirse versin, kişinin iradesi işleme katılmaksızın bu işlemler oluşamaz. İdare bu malları kişiyle anlaşmaksızın temin edemez. İdarenin ihtiyaç duyduğu malları temin edememesi nihayetinde kamunun zarar görmesi sonucunu doğurur. Çünkü İdare kamu yararını gerçekleştirmek üzere o malı temin etmek istemektedir, temin edememesi halinde kamunun bir ihtiyacı görülemeyecek demektir. İdarenin özel hukuk kuralları çerçevesinde ihtiyaç duyduğu malı temin edememesi ihtimal dahilindedir. Bundan dolayı İdareye özel hukuk kurallarından farklı, kamu hukuku kurallarına dayalı mal edinme usullerinin tanınması gerekir². Böylece idare kamu gücüne dayanarak, karşı tarafın rızası olmaksızın ihtiyaç duyduğu malları temin edebilecektir³. İdareye kamu yararı dolayısıyla geçici işgal, devletleştirme, istimval, kamulaştırma gibi çeşitli kamu gücü ayrıcalıkları içeren mal edinme usulleri tanınmıştır. Kamu hukukuna dayalı mal edinme usulleri özü itibariyle, malın mülkiyetinin cebren devri sonucunu doğuran usullerdir.

Kamulaştırma, İdarenin ihtiyaç duyduğu malı, karşı tarafın rızası olmasa dahi temin edebildiği, kamu hukuku kurallarına dayalı mal edinme usullerinin en önemlilerinden biridir. Kamulaştırma, idarenin ihtiyaç

¹ GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, *İdare Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2006, s.382.

² ONAR, Sıdık, Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, İstanbul, 1966, s.1511.

³ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, s.382.

duyduğu özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların mülkiyetinin İdarenin mülkiyetine cebren geçirilmesini öngören bir mal edinme usulüdür⁴.

Kamulaştırma her ne kadar özel hukuka ilişkin bazı sonuçlar doğursa da bir kamu hukuku işlemidir⁵. Kamulaştırma bir idari işlemdir. İdarenin tek yanlı işlemlerindedir. İdarenin ihtiyaç duyduğu bir taşınmazı temin etmeye yönelik iradesini tek taraflı olarak açıklamasıyla oluşan bir işlemdir. Fakat beklenen sonucun ortaya çıkabilmesinin yani mülkiyetin idareye geçmesinin adli yargı kararına bağlandığı bir işlemdir. Dolayısıyla kamulaştırma işlemi hem idari, hem idari yargı ve hem de adli yargı aşamalarını bünyesinde barındıran, idari işlemlerden farklı özellikleri de olan bir işlem türüdür. Diğer bir ifadeyle kamulaştırma oldukça karmaşık, çok aşamalı ve ayrıntılı bir işlemdir⁶. Biz bu çalışmamızda kamulaştırma işlemi, bir idari işlem olarak, taşınması gereken özellikleri açısından ele alacağız. Aşağıda önce kamulaştırma işlemine hâkim olması gereken temel ilkelere değinilecek, sonra kamulaştırma işleminin unsurları incelenecek ve kamulaştırma işleminin aşamaları konusunda çalışma tamamlanacaktır.

I. KAMULAŞTIRMANIN TEMEL İLKELERİ

Kamulaştırma özel mülkiyetin cebren İdareye geçirilmesini öngören bir usuldür. Anayasamız 35.maddesinde mülkiyet hakkını düzenlemiş ve güvence altına almıştır. Fakat aynı maddenin ikinci fıkrasında, mülkiyet hakkının kamu yararı dolayısıyla kanunla sınırlanabileceğini de belirlemiştir ki kamulaştırma bu kapsamda karşımıza çıkan bir sınırlamadır. Kamulaştırma anayasal bir müessesedir. Kamulaştırma, özel mülkiyete ilişkin sonuçlarından dolayı, önemine binaen ayrıca Anayasanın 46.maddesinde düzenlenmiştir⁷. Kamulaştırma ile ilgili temel ilkeler bu

⁴ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2009, s.516.

⁵ KALABALIK, Halil, İmar Hukuku, C.I, Ankara, 2010, s. 598.

⁶ YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul, 2009, s.206.

⁷ “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir.

maddede belirlenmiştir. Kamulaştırmaya yönelik şu temel ilkeler saptanabilir:

1. Kamulaştırma, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yapılabilir: Kamulaştırma yetkisi kamu hukuku tüzelkişilerine aittir. Özel hukuk gerçek ve tüzelkişileri kamulaştırma yapamaz.

2. Kamulaştırma, kamu yararı sebebiyle yapılabilir: Kişinin rızası hilafına özel mülkiyetin İdareye geçmesi sonucunu doğuran bu önemli kamu gücü ayrıcalığının temelinde kamu yararı yatmaktadır. İdare ancak kamu yararı sebebiyle kamulaştırma yapabilir.

3. Kamulaştırma, ancak özel mülkiyette bulunan mallar hakkında yapılabilir.

4. Kamulaştırma, ancak taşınmaz mallar hakkında yapılabilir. İdare ihtiyaç duyduğu taşınır malları temin etmek için kamulaştırma usulünü kullanamaz.

5. Kamulaştırma, malın karşılığının ödenmesiyle yapılır. İdareye özel hukuk kurallarından farklı, kamu hukuku kurallarına dayalı mal edinme usulleri tanınmıştır. Ama bu usullerin hiçbirisi karşılıksız değildir. Hepsi karşılıklı usullerdir. Yani bedellerinin ödenmesi gerekir. Dolayısıyla kamulaştırma işlemi karşılığı olan bir usuldür. Bir bedel ödenmesi gerekir. Bu kamu külfetleri karşısında fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin bir sonucudur⁸. Kamulaştırma dolayısıyla nasıl herkes faydalanacaksa, bu işin külfetinin de kamu tarafından üstlenilmesi gerekir. Külfet sadece bir kişi, malik üzerinde bırakılmamalıdır⁹.

6. Kamulaştırma, malın gerçek karşılığının ödenmesiyle yapılır. Kamulaştırma bedeli olarak ödenecek miktar gerçek değer olmalıdır. Örneğin vergi değeri üzerinden kamulaştırma yapılamaz¹⁰. Dolayısıyla taşınmazın gerçek değerinin çok iyi hesaplanması gerekir.

Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleyen küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.

İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.”

⁸ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.516.

⁹ KALABALIK, s. 610.

¹⁰ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C.II, Bursa, 2009, s.937.

7. Kamulaştırma, malın gerçek karşılığının peşin olarak ödenmesiyle yapılır. Kamulaştırmada malın gerçek karşılığı kural olarak peşin ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırmalarda taksitlendirme yapılabilir. Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli taksitlendirilemez, peşin ödenir. Taksitlendirmelerde süre 5 yılı aşamaz. Taksit yapılan durumlarda değer, eşit olarak taksitlere bölünür ve kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.

8. Kamulaştırma, malın gerçek karşılığının nakden ödenmesiyle yapılır. Kamulaştırmada ödeme kural olarak nakden bir diğer ifadeyle para ile yapılır. Ödeme tahvil, bono, borç senetleri verilerek yapılamaz. Malikin rızası olmadıkça taşınabilir veya taşınmaz mal ile ödeme yapılamaz¹¹.

9. Kamulaştırma bedeli herhangi bir sebeple ödenmemiş ise bu bedele, kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.

10. Kamulaştırma, kanunla gösterilen esas ve usullere göre yapılır. Kamu tüzelkişileri, kamulaştırma konusunda yetki veren ve kamulaştırma usulünü düzenleyen bir kanun olmaksızın kendiliğinden kamulaştırma yapamazlar. Kamulaştırma için Kanunla düzenleme yapma zorunluluğu aynı zamanda Anayasamızın 13.maddesinin de bir gereğidir. Çünkü Kamulaştırma kişilerin mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlamadır. Mülkiyet hakkı, Anayasanın KHK. ile düzenlenemeyecek ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hak ve özgürlük olduğu için, kamulaştırma ile ilgili düzenleme mutlaka kanunla yapılmalıdır¹². Bu kanun 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunudur.

11. Kamulaştırmaya ilişkin ilkeler sadece Anayasanın 46.madde düzenlemesiyle sınırlı değildir. Anayasanın diğer maddelerinde yer alan hükümler de dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda kamulaştırma açısından hukuk devleti ilkesi, sosyal devlet ilkesi, eşitlik ilkesi, insan haklarına saygılı devlet ilkesi, ölçülülük ilkesi gibi ilkeler önemli diğer anayasal ilkelerdir. Ayrıca kamulaştırma alanındaki temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlandırmalarda, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak kanunla yapılmasına dikkat etmek gerekir.

12.Yeterli ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemlerine başlanılamaz. Kamulaştırmayla ilgili bu ilke Kamulaştırma Kanunuyla

¹¹ KALABALIK, s.610, 611.

¹² GÖZLER, s.939.

getirilmiştir. Dolayısıyla kamulaştırma açısından bu ilkenin de dikkate alınması gerekir.

Bu ilkeler hukuka uygun bir kamulaştırma için dikkate alınması gereken ilkelere uymadan yapılan kamulaştırmalar, kamulaştırmayla ilgili düzenlemeler ve işlemler hukuka aykırı olur. Kamulaştırmaya hakim olan bu temel ilkelere değindikten sonra şimdi kamulaştırma işleminin unsurlarını incelemeye geçebiliriz.

II. KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNİN UNSURLARI

Kamulaştırma temelinde bir idari işlemdir. Özelliği olan bir idari işlemdir. Kamulaştırma işlemi zincir işlemler dediğimiz, birden fazla işlemin yapılması ile oluşan, idarenin tek yanlı işlemlerindedir. Fakat sonuçlarının doğabilmesi için yargı kararı gereken bir işlemdir. Ülkemizde yapılış usulü ve oluşumu kanunen belirlenmiş birkaç işlemde biridir. Kamulaştırma süreci 2942 sayılı Kanunda düzenlenmiştir.

Her ne kadar farklı özelliklere sahip olsa da bir idari işlemde bulunması gereken özellikler ve unsurlar kamulaştırma işlemi açısından da gereklidir. Hukuka uygun bir idari işlem olarak kamulaştırma işlemi, unsurları itibariyle hukuka uygun bir şekilde oluşmalıdır. Aksi takdirde ortaya çıkan kamulaştırma işlemi çeşitli açılardan hukuka aykırı olacaktır. Aşağıda kamulaştırma işleminin yetki, şekil, usul, sebep, konu ve amaç unsurları açısından dikkatimizi çeken bazı noktalarına değinilecektir.

A. Yetki

Anayasa ve Kamulaştırma Kanunu kamulaştırma yapma yetkisini “devlet ve kamu tüzelkişileri”ne vermiştir.

Kamulaştırma kararı ancak kamu tüzelkişileri tarafından alınabilir. Dolayısıyla kamu tüzelkişiliğine sahip birimler kamulaştırma yapabilir. Kamu tüzelkişiliğine sahip olan Devlet, il özel idareleri, belediyeler, köyler ve bütün kamu kurumları kamulaştırma yapabilirler. Vakıf üniversiteleri de birer kamu tüzelkişilikleri olduğu için kamulaştırma yapabilirler.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları açısından durum tartışmalıdır. Danıştay meslek kuruluşlarının kamulaştırma yapamayacağı görüşündedir¹³. Danıştay bu kararıyla Kanunun düzenlemesine aykırı bir

¹³ “...2942 sayılı Yasanın 5.maddesinde kamu yararı kararı verecek merciler sıralanmış, bunların arasında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yer verilmemiştir... kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, meslek hizmetlerini görmek, mesleki ahlaki ve tesanüdü korumak ve mesleğin gelişmesini sağlamak ve bu amaçla üyeleri hakkında disiplin cezaları vermek; bir takım resim ve harçlar almak; kayıt ve para cezası

sonuç ortaya çıkarmaktadır. Kaldı ki Kanunun 2.madde gerekçesinde, kamu tüzelkişilerinden il özel idareleri, belediyeler, köyler, üniversiteler, Yüksek Öğretim Kurulu, Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu ve bütün kamu kurumlarının kastedildiği ifade edilmiştir. Ayrıca, kamu kurumlarından ne anlaşılması gerektiği de üç grup oluşturularak anlatılmak istenmiştir. Birinci grup idari kamu kurumları dediğimiz klasik kamu kurumları, ikinci grup belirli mesleklerle ilgili barolar, ticaret ve sanayi odaları gibi meslek örgütleri, üçüncü grup ise KİT'ler yer almaktadır¹⁴. Bu kadar açık görünen bir konuda Danıştay farklı yönde karar verebilmiştir. Diğer taraftan Danıştay bu kararıyla kamu tüzelkişileri arasında kamulaştırma yapabilen ve yapamayan ayrımını ortaya çıkarmıştır. Kaldı ki Danıştay'ın dayandığı Kamulaştırma Kanununun 5.maddesinde bu sonucu çıkarabilecek netlikte kamulaştırma yapabilen kamu tüzelkişilerinin sayma yoluyla belirlendiği söylenemez. Kanun metni bu konuda çok net sınıflandırma yapamamıştır. Kamu tüzelkişileri arasında kamulaştırma yapabilen ve yapamayanlar ayrımı kaldırılmalıdır. Bu kapsamda ya Kamulaştırma Kanunu 5.maddeye meslek kuruluşları ile ilgili ilave hüküm koyarak Danıştay'ın farklı yorum yapabilmesine imkan vermemek gerekir. Ya da açıkça Kanunda kamulaştırma yapamayacak kamu tüzelkişileri belirtilmelidir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamu tüzelkişiliğine sahip olması gerekip gerekmediği ayrı bir tartışma konusudur. Madem Anayasa bunları kamu tüzelkişisi olarak kabul etmiştir. Yetki açısından bunların kamulaştırma yapamayacağını söylemek zorlama bir yorum olur.

Kamu tüzelkişiliğine sahip olmayan idari birimler kamulaştırma yapamaz. Örneğin devlet tüzelkişiliği içinde yer alan, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmayan müsteşarlık, genel müdürlük, başkanlıklar kamulaştırma yapamaz. Aynı şekilde bir kamu tüzelkişiliği içinde yer alan, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmayan birimler de kamulaştırma yapamaz. Örneğin üniversiteler kamulaştırma yapabilir, fakat fakülteler kamulaştırma yapamaz.

tahsil etmek gibi sınırlı bazı kamu yetkileriyle donatılmış, kamu kurumlarından ayrı kendine özgü kuruluşlar olduğunu ortaya koymaktadır. Bu itibarla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamulaştırma gibi sadece Devlet ve kamu tüzel kişilerine tanınan ve yukarıda tanımlandığı gibi bir zor alım olan kamulaştırma yetkileri bulunmamaktadır..." D.6.D., K.T.26.03.1986, E.1986/212, K.1986/321, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et.10.06.2010.

¹⁴ KALABALIK, s.600.

Özel hukuk kişileri kamulaştırma yapamazlar. Kamulaştırma yapabilme yetkisi özel hukuk kişilerine tanınmamıştır. Fakat özel kişiler lehine kamulaştırma yapılabilir. Kamu hizmetini özel kişinin yürüttüğü durumlarda örneğin imtiyaz sözleşmesi kapsamında imtiyazcı yararına kamulaştırma yapılabilir. Özel kişi yararına kamulaştırma yapılabilmesi için özel kişi tarafından kamu hizmetinin idari bir karara veya sözleşmeye dayalı olarak yerine getirilmesi gerekir. Örneğin, hukuka uygun bir imtiyaz sözleşmesi yapılmadan sanki imtiyazcıymış gibi özel kişi lehine kamulaştırma yapılamaz. Ancak bu durumda özel kişi lehine kamulaştırma yapılabilmesine imkan veren bir hükme ihtiyaç vardır. Hukukumuzda özel kişiler yararına kamulaştırma yapılabilmesini öngören pek çok kanun vardır¹⁵. Özel bir hüküm ve kamu hukuku ilişkisi aramaksızın özel kişi lehine kamulaştırma yapılabilmesi amacı aşan bir yaklaşım olur. Özel mülkiyete mümkün olduğu kadar sınırlı bir şekilde müdahale edilmelidir. Sadece kamu yararı kavramında hareketle bu yola başvurulmamalıdır. Yasal bir çerçeve ve kamu hukuku ilişkisi üzerine kamu yararı dolayısıyla özel kişiler lehine kamulaştırma yapılabilir. Özel kişiler lehine kamulaştırma yapma yetkisi, özel kişiler tarafından yerine getirilen hizmetin denetimini gerçekleştiren kamu tüzelkişisine aittir.

Kamu tüzelkişileri her konuda ve her yerde değil, sadece kendi görev alanlarında ve yetki sahalarında kamulaştırma yapmaya yetkilidir¹⁶. Bir kamu tüzel kişisi sadece görevli olduğu konularla ilgili olarak kamulaştırma yapabilir. Örneğin Karayolları Genel Müdürlüğü lise binası yapmak için bir arsayı kamulaştıramaz. Burada görev alanına ilişkin yaklaşım kamu yararı eksenli olmalıdır. Dolayısıyla kamu yararının gerektirmesi durumunda görevleri arasında sayılmasa bile kamulaştırma yapabilmesi şeklinde geniş yorumlanmalıdır. Örneğin, köye fırın yapmak Köy Kanununda köy idaresinin görevleri arasında sayılmamıştır. Fakat köye fırın yapılması bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmışsa, köy idaresi fırın yapmak için kamulaştırma yapabilir ve yapmalıdır. Nitekim Danıştay bazı kararlarında bu yaklaşımı göstermiştir¹⁷. Fakat başka bir kararda da Danıştay, çay bahçesi yapmanın köyün görevleri arasında sayılmadığı gerekçesiyle kamulaştırma yapamaz

¹⁵ Özel kişiler lehine kamulaştırmaya imkan veren kanunlar için bkz.; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.521, 522; GÖZLER, s.945.

¹⁶ GÖZLER, s.941.

¹⁷ D.6.D., K.T., E.1986/310, K.1986/559; D.6.D., K.T. 11.10.1991, E.1991/1115, K.1991/12872; D.6.D., K.T. 24.04.19918, E.1997/3697, K.1998/2219, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et.10.06.2010.

diyerek aksi yönde karar vermiştir¹⁸. Danıştay bu kararında lafzi yorum yaparak meseleye yaklaşmıştır. Bu olayda ilk derece mahkemesinin yaklaşımı tamamen kamu yararı eksenli ve daha doyurucu olmuştur. Danıştay bu gibi durumlarda, görev alanının belirlenmesinde geniş yorum yapmalıdır.

Kamulaştırma yetkisi yer itibariyle de sınırlıdır. Her kamu tüzel kişisi yetki sahası kapsamında kamulaştırma yetkisini kullanabilir. Örneğin, bir il özel idaresi il sınırları dışında kalan, başka bir il sınırları içinde kalan bir araziye kamulaştıramaz. Fakat kamu yararının gerektirmesi durumunda kamu tüzel kişilerinin kendi sınırları dışında kalan bir taşınmazı da kamulaştırabileceklerini kabul etmek gerekir. Örneğin, bir belediyenin içme suyunu getirdiği kendi sınırları dışında kalan baraj alanını ve kanalların geçtiği arazileri kamulaştırabileceğini kabul etmek gerekir. Aynı şekilde bir belediye kendi sınırları dışında, kendi halkının ürettiği malların nakliyesini sağlamaya yönelik olarak liman ve iskele inşa etmek için kamulaştırma yapabilmelidir¹⁹.

Kamulaştırma yetkisi kişi itibariyle de sınırlıdır. Kamu yararı almaya veya onaylamaya yetkili kişi, kurul, makam ve merciler Kanunda belirlenmiştir. Kanunda belirtilen kişi, kurul, makam ve merciler dışında yetki kullanılması işlemi hukuka aykırı hale getirir.

B.Şekil

Kamulaştırma işlemi genel olarak yazılı şekle tabidir. Fakat kamulaştırmanın önemine binaen Kamulaştırma Kanunu, basit yazılı şekilden resmi şekle kadar değişik birçok şekil kuralı aramıştır²⁰. Örneğin, kamulaştırma kararının alınmasından önce “onaylı imar planı veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve proje” alınması veya bunlar yoksa kamu yararı kararı alınması, bu kararın yetkili mercilerce onaylanması, kamulaştırılacak taşınmaz malların yüzölçümünün ve cinsinin gösterildiği ölçekli planın yapılması, tapu siciline şerh verilmesi gibi. Şekille ilgili olarak şunu da ifade etmek gerekir. Önümüzdeki yıllarda kamulaştırma sürecindeki işlemlerin bazıları elektronik ortamda da yapılacaktır. Bu işlemler açısından dikkat edilmesi gereken nokta, e-işlemlerin güvenli elektronik imza ile oluşturulması, yapılmasıdır.

¹⁸ D.6.D., K.T.18.09.2002, E.2001/2945, K.2002/3816, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et.10.06.2010.

¹⁹ GÖZLER, s.943.

²⁰ GÖZLER, s.957.

C.Usul

Türkiye’de bütün idari işlemler için geçerli bir idari usul yoktur. Çeşitli düzenlemelerde bazı idari işlemler için öngörölmüş usul kuralları vardır. Kamulaştırma Kanunu kamulaştırma işleminin usulünü ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Kamulaştırma işlemi idari aşama, adli yargı ve idari yargı aşamalarını içermektedir. Kamulaştırma işlemi açısından izlenmesi gereken usul aşağıda kamulaştırma işleminin aşamaları başlığı altında ele alınacaktır.

D.Sebep

Kamulaştırma işleminin sebep unsuru Kamulaştırma Kanunu’nda özel olarak belirtilmemiştir. Her ne kadar Kanunda açık olarak sebep belirtilmemiş olsa da, İdare bu konuda tam bir serbestiye sahip değildir. Sebep belirtilmemiş işlemler açısından gerekli olan yaklaşım, kamulaştırma açısından da geçerlidir. Nihayetinde İdare kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bir sebeple hareket edebilir. Dolayısıyla kamulaştırma işleminin sebebi, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik, çok değişik şekillerde ortaya çıkabilen bir dürtüdür²¹. Örneğin üniversitenin fakülte binası yapmak için bir arsayı, tarlayı kamulaştırma işleminde sebep unsuru yüksek öğretim hizmetini gerçekleştirmek istemesidir. Sebep unsuru açısından kamu yararı geniş yorumlanmalıdır. Sadece bayındırlık, okul ve hastane gibi alanlarda değil turizm, spor, estetik vb. sosyal nedenlerle de kamulaştırma yapılabileceğini kabul etmek gerekir²².

İmar planına dayanılarak yapılan kamulaştırmalarda sebep unsuru, imar planının kendisidir²³. Bu durumda sebep unsuru açısından imar planı, idarenin takdir yetkisini sınırlandırır. Ve idare imar planında belirlenen sebebin dışına çıkamaz. Örneğin planda, arazi yol olarak ayrılmışsa idare o araziye başka bir sebeple değil, yol yapmak üzere kamulaştırabilir.

E.Konu

Kamulaştırma işleminin konu unsuru, bir taşınmaz üzerindeki özel mülkiyetin sona ermesi ve o taşınmazın idarenin mülkiyetine geçmesidir²⁴. Taşınmazla ilgili taşınmaz üzerinde bulunan bina ve ağaç gibi bütünleyici parçalar (mütemmim cüz) ve aksi kararlaştırılmadıkça fabrika içindeki makine gibi eklentiler (teferruat) taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girer.

²¹ GÖZLER, s.946.

²² AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.522.

²³ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Ankara, 2002, s.230.

²⁴ ONAR, s.1522.

Taşınmaz kamulaştırılmadan bütünlüğü parça ve eklenti kamulaştırılmaz²⁵.

Anayasada yer alan özel mülkiyette bulunan mallar kavramına sadece özel kişilere ait mallar değil, kamu tüzel kişilerinin özel malları da girer. Kamu tüzel kişilerinin özel malları üzerindeki mülkiyeti tamamıyla özel mülkiyettir. Dolayısıyla kamu tüzel kişilerinin özel mallarının kamulaştırılmasına anayasal bir engel yoktur²⁶. Fakat Kamulaştırma Kanunu, kamulaştırma işlemine konu olacak taşınmazlar açısından özel hukuk tüzel kişilerine ait malların kamulaştırılabileceğini düzenlemiştir.

Kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan mallar kamulaştırmaya konu olmazlar. Ancak özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunan mallar kamulaştırma işlemine konu olabilir. Dolayısıyla kamu tüzel kişilerinin malları ki bu malları kamu tüzel kişilerinin özel malları kategorisinde yer alsın bile kamulaştırılmaz. Fakat Danıştay Birinci Dairesi, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları açısından sadece kamu tüzel kişiliğini yeterli görmemektedir²⁷. Kamulaştırma Kanunu 30.madde kapsamında kamu tüzel kişiliği aramaktadır. Halbuki 30.maddede bu şekilde bir yoruma imkan verecek düzenleme yoktur. Madde, malları devredilebilecek idareleri belirlememiştir, tamamen devir usulüyle ilgilidir. Danıştay bu yaklaşımıyla kamu tüzel kişilerini bir anlamda sınıflandırmaktadır. Bir grup kamu tüzel kişilerinin malları kamulaştırılabilir anlamına gelmektedir.

Bir kamu tüzel kişinin mülkiyetinde bulunan bir kamusal veya özel taşınmaza diğer bir kamu tüzel kişisi ihtiyaç duyarsa Kamulaştırma Kanununun 30.maddesinde öngörülen usulü izlemelidir. Taşınmaz mala ihtiyacı olan idare, Kamulaştırma Kanununun 8.maddesine göre malın bedelini tespit eder. Ödeyeceği bedeli belirterek mal sahibi idareye yazılı olarak başvurur. Mal sahibi idare devire muvafakat etmez veya altmış gün içinde cevap vermez ise anlaşmazlık, alıcı idarenin başvurusu üzerine Danıştay Birinci Dairesince incelenerek iki ay içinde kesin karara bağlanır. Taraflar bedelde anlaşamadıkları takdirde, alıcı idare, devirde anlaşma tarihinden veya Danıştay kararının tebliği tarihinden itibaren 30 gün içinde, Kamulaştırma Kanununun 10.maddesinde yazılı usule göre asliye hukuk mahkemesine başvurarak, kamulaştırma bedelinin tespitini ister. Tespit edilen kamulaştırma bedelinin mal sahibi idare adına bankaya yatırılması

²⁵ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.522.

²⁶ YAYLA, s.210; GÖZLER, s.949.

²⁷ D.1.D., K.T.14.009.2005, E.2005/839, K.2005/982, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et.10.06.2010.

durumunda mahkeme, taşınmaz malın alıcı idare adına tesciline ve kamulaştırma bedelinin mal sahibi idareye ödenmesine karar verir. Bu karar paranın yatırıldığı bankaya ve tapu dairesine bildirilir. Tescil hükmü kesindir. Bedele ilişkin kısmı temyiz edilebilir. Bu yolla devir alınan taşınmaz mal, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır. Devir amacı ve devreden idarenin izni dışında başkaca bir kamusal amaçla kullanılamaz. Aksi takdirde devreden idare, Kamulaştırma Kanununun 23.maddesinde öngörülen geri alma hakkı kapsamında geri alınabilir. Bu husus tapu kütüğünde beyanlar hanesine şerh verilir.

Taşınmaza ihtiyaç duyan idarenin bedel tespiti için, Danıştay kararının tebliğinden itibaren asliye hukuk mahkemesine başvuru için öngörülen 30 günlük süre oldukça kısadır. Bu süre hak düşürücü müdür? Değil midir? Çeşitli nedenlerle bu süre kaçırılabilir. Bu süre geçirildiğinde ihtiyaç sahibi idare taşınmazı elde edemeyecek midir? Aynı konuda Danıştay'a başvurulduğunda Danıştay aynı yer hakkında mükerrer karar alamam diyerek başvuruyu reddetmektedir²⁸. Dolayısıyla bu sürenin örneğin 60 gün veya altı ay gibi daha uzun tutulması gerekir. Bu boşluğun doldurulması gerekir.

Danıştay Birinci Dairesi devir konusunda karar verirken, söz konusu ihtiyaç duyulan taşınmaza hangi idarenin daha fazla ihtiyacı olduğunu araştırmakta ve ona göre karar vermektedir. Dolayısıyla buradaki değerlendirme sadece hukukilik açısından değil yerindelik açısından da olmaktadır. Danıştay Birinci Dairesinin üyeleri nasıl olacak da, bir kamu tüzel kişinin diğerinden daha fazla ihtiyacı olduğunu takdir edebileceklerdir? Bu değerlendirmede kullanabilecekleri hukuki bir ölçüt yoktur. Tamamen yerindelik değerlendirilmesi yapılacaktır²⁹. Bu tartışmaya açık bir noktadır. Yargı organı olmaması açısından, bir idari daire olarak yerindelik denetimi yapabileceği söylenebilir. Çünkü idari denetim yerindelik denetimini kapsar. Fakat yargı yolunun kapatılmaması gerekir.

Danıştay Birinci Dairesinin Kamulaştırma Kanununun 30.maddesi kapsamında vermiş olduğu karar, niteliği açısından bir idari karardır. Mala ihtiyaç duyan idarenin Danıştay'a yaptığı başvuru yargısal değil idari başvurudur³⁰. Çünkü Danıştay Birinci Dairesi bir idari dairedir. Yargı organı değildir. Dolayısıyla bu dairenin aldığı kararlar, idari karar niteliğindedir. Bu

²⁸ D.1.D., K.T.08.01.2008, E.2007/1433, K.2008/26, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et.10.06.2010.

²⁹ GÖZLER, s.952.

³⁰ YAYLA, s.219.

başvuruda çekişmeli yargı usulü uygulanmadığı gibi sadece hukukilik değerlendirmesi değil, yerindelik araştırması da yapılarak karar verilmektedir³¹. Bu dairenin kararları kural olarak bir yargı kararı gibi “kesin hüküm” niteliğinde değildir. Kamulaştırma Kanununun 30.maddesinde “kesin karara” bağlanacağını ifade edilmiş olması, bu kararı yargısal karara dönüştürmez. Burada kastedilen kesinlik, idari anlamda kesinliktir. Bu karara karşı başkaca bir idari merciye başvurunun yapılamayacağı anlamında bir kesinliktir³². Dolayısıyla bu karar açısından Danıştay Birinci Dairesinin idari daire olduğu, bu Dairenin aldığı kararların idari karar olduğu genel kuralından ayrılmayı gerektiren bir sebep yoktur³³. Nitekim aynı doğrultuda Danıştay Birinci Dairesi bir kararında, Kamulaştırma Kanununun 30.maddesi kapsamında verilen kararın idari nitelikte olduğunu ve bu nedenle başka bir idari merci tarafından tekrar incelenmesinin veya kaldırılmasının istenemeyeceğini belirtmiştir³⁴. Bu durum kamulaştırma usulüne göre daha az güvenceli bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Kamulaştırma usulünde mal sahibi özel hukuk kişisi dava açabilme imkânlarıyla daha iyi korunmaktadır. Kamu tüzel kişilerinin özel malları da nihayetinde özel mülkiyete dâhildir. Böyle bir ayırım yapılması, farklı usullere tabi tutulması Anayasanın 10.maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur³⁵.

Bu çerçevede, Danıştay Birinci Dairesince Kamulaştırma Kanununun 30.maddesi kapsamında verilen kararlarının dava konusu yapılabilmesi gerekir. Bu kararlar üzerine uygulanan işlem ve eylemlere karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da iptal davası açılabilmesi gerekir. Bu sonuç hak arama özgürlüğünün de bir gereğidir. Ayrıca Hukuk devleti ilkesi de bunu gerektirmektedir. Anayasanın 125.maddesi de idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır hükmü dava edilebilmesine imkân vermektedir. Dolayısıyla hukuk sistematığımız açısından çelişkili bu durum ya Kanunun 30.maddesinde, “Danıştay ilgili dairesince” şeklinde değişiklik yapılarak düzeltilmeli, ya da Anayasaya aykırı bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmelidir. Ayrıca 1.maddedeki ifade de Anayasadaki düzenleme gibi “kamu yararının gerektirdiği hallerde özel

³¹ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, C.I, Ankara, 2004, s.1044.

³² GÜNDAY, s.215.

³³ GÖZLER, s.952.

³⁴ D.1.D., K.T.20.09.1984, E.1984/190, K.1984/198, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et.10.06.2010.

³⁵ GÖZLER, s.949.

mülkiyette bulunan taşınmaz malların” şeklinde düzeltilmesi gerekir. Kamulaştırma Kanunu açısından Anayasanın geçici 15.madde engeli 2001 de kaldırıldığına göre bu konu Anayasa Mahkemesi önüne götürülebilir. Fakat pratikte bu yolun kullanılma ihtimali düşüktür. Çünkü Danıştay 6.Dairesi, Kamulaştırma Kanununun 30.maddesi kapsamında Danıştay Birinci Dairesince verilen kararların kesin olduğuna ve Danıştay’da dava konusu edilemeyeceğine karar vermektedir. Diğer taraftan Danıştay Birinci Dairesi üzerinden Anayasa Mahkemesine götürülüp götürülemeyeceği de tartışma konusudur. Acaba Birinci Daire teknik olarak bir mahkeme sayılıcak mıdır? Sayılmayacak mıdır? Kanaatimce, bir idari daire olmasından hareketle mahkeme sayılmaması gerekir.

Taşınır mallar kamulaştırmaya konu olmazlar. Ancak taşınmaz mallar, kaynaklar ve irtifak hakları kamulaştırma işlemine konu olabilir. Dolayısıyla özel kişilere ait taşınır mallar kamulaştırılmaz. İdare taşınır malları satın alarak veya şartları çerçevesinde istimval yolunu kullanarak temin edebilir. Kamulaştırma işleminin konusu taşınmaz mallar, kaynaklar ve irtifak haklarıdır.

Konu unsuru açısından değinilmesi gereken bir başka nokta taşınmazın tamamının mı yoksa bir kısmının mı kamulaştırılacağı konusudur. İdare bir taşınmazın tamamını kamulaştırabileceği gibi sadece bir kısmını da kamulaştırabilir. İdare kamu yararını gerçekleştirecek miktarla yetinmelidir. Kamu yararı taşınmazın sadece bir kısmının kamulaştırılmasıyla tatmin edilebiliyorsa, taşınmazın tamamının kamulaştırılmaması gerekir. Yetecek kadar kısmı kamulaştırılmalıdır. Böylece bir yandan ihtiyaçtan fazlası için kamu parasının harcanmasına yol açılmamış olunur, diğer taraftan da malik veya zilyed taşınmazın kalan kısmını muhafaza etmiş olur³⁶. Taşınmazın sadece bir bölümünün kamulaştırılmasına “kısmi kamulaştırma” denir. Kısmi kamulaştırma durumunda kamulaştırma bedeli tespit edilirken, kamulaştırma dolayısıyla kamulaştırılmayan kısmın değerinin düşmesi ve artması dikkate alınır. Kısmi kamulaştırmada kamulaştırılmayan kısım yararlanmaya elverişsiz hale gelmişse, malın sahibi kamulaştırılmayan, kalan kısmın da kamulaştırılmasını, kamulaştırma kararının tebliğinden itibaren 30 gün içinde, kamulaştırma yapan idareden ister. İdare kamulaştırılmayan kısmı da kamulaştırmak zorundadır.

İdare ulaşmak istediği kamu yararı amacına, taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurarak ulaşabiliyorsa, irtifak kurmayla yetinmelidir. Bu kapsamda, taşınmaz kamulaştırması yapmamalıdır. Örneğin Botaş, altından doğalgaz

³⁶ YAYLA, s.211.

boru hattı geçirdiği tarlayı kamulaştırmamalı, sadece bu tarla üzerinde kamulaştırma yoluyla mecra irtifağı hakkı tesis etmelidir³⁷.

F.Amaç

Kamulaştırma işlemi de bütün idari işlemler gibi kama yararı amacına yönelik olmalıdır. Kamulaştırma işleminin amaç unsurunu kamu yararı oluşturur. İdare ancak kamu yararını gerçekleştirmek için kamulaştırma yapabilir. Kamu yararı yoksa kamulaştırma amaç unsuru açısından hukuka aykırı hale gelir.

Başlangıçta kamu yararı kavramı oldukça dar anlamda anlaşılmıştır. Kamulaştırma yolu kamu malı oluşturmak, kamu bina ve tesisleri, karayolu, demiryolu ve liman yapmak amacıyla kullanılmıştır. Kamulaştırma işlemi açısından kamu yararı kavramı geniş yorumlanmalıdır³⁸. Kamulaştırma işleminin sadece kamu malı elde etmek veya bayındırlık faaliyeti için değil, daha genel menfaatlere hitap eden pek çok amaçla örneğin, estetik, imar planı uygulaması, toplu konut alanı oluşturma, turizm alanı oluşturma gibi amaçlarla yapılabileceğini kabul etmek gerekir. İdarenin görev alanı içerisinde görevini yerine getirebilmeye yönelik her türlü faaliyet bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yargı organı da içtihatlarıyla kamu yararı kavramını bu çerçevede geniş yorumlamalıdır.

Kamu yararı ne kadar geniş anlaşılırsa anlaşılınsın, her şey için kamulaştırma yapılabilir sonucu çıkarılamaz. İdarenin kamu yararı kavramının kapsamına giremeyecek amaçlarla kamulaştırma yapması hukuka aykırı olur. Özel yarar amaçlı kamulaştırmalar amaç unsuru bakımından hukuka aykırı olur. Bu tür kamulaştırmalar yetki saptırması ile maluldür. Örneğin, aleyhe olan kira sözleşmesi hükümlerinden kurtulmak, kar elde etmeye yönelik, beldeye yabancı bir kişinin beldede taşınmaz satın almasına engel olmak, mahkeme hükmünü etkisizleştirmek, kişisel çıkar veya düşmanlık veya siyasal amaçlarla kamulaştırma yapılamaz³⁹. Bu tip apaçık aykırılıklar dışında idarenin güttüğü kamu yararı amacının gerçekten bir kamu yararı amacı olup olmadığını, kamulaştırma ile fiilen bu amacın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini yargı organları inceleyememelidir. Çünkü kamu yararının tartışmasız, kabul edilen bir tanımı yapılamaz. Kamu yararının hangi tedbirle daha iyi bir şekilde gerçekleşeceğini kimse

³⁷ GÖZLER, s.957.

³⁸ YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri I, Konya, 2009, s.335; GÖZLER, s.959.

³⁹ GÖZLER, s.961.

bilemez⁴⁰. Bu alan bir yerindelik alanıdır ki yargısal denetimin kapsamı dışında kalır.

Kamu yararına karar verme ve keza birden fazla kamu yararı olan durumda hangisinin öncelikli olduğunu takdir etme yetkisi esas olarak idareye aittir. Bir yol, köprülü kavşak, çocuk parkı veya pazaryeri yapılması amaçlarından hangisini gerçekleştireceğine veya hangisine öncelik vereceğine idare kendisi karar verir. Örneğin idare trafik sorununu çözmek için raylı sistem yapmaya ve bu amaçla kamulaştırma kararı vermiş olsun. Mahkeme bu kararda kamu yararı bulunmadığına, raylı sistemin trafik sorununa çözüm getiremeyeceğine karar veremez. Söz konusu kamulaştırma tedbirinin öngörülen kamu yararı amacına (trafik sorununun çözümüne) fiilen ulaşılmasını sağlayıp sağlamayacağını araştırmak mahkemelerin görevi değildir⁴¹.

III. KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNİN AŞAMALARI

Kamulaştırma işlemi birden fazla işlemin yapılmasıyla oluşan bir süreçtir. Kamulaştırma sürecindeki işlemlerin bir kısmı idari alanda bir kısmı yargısal alanda gerçekleşir. Bunun temelinde bir taraftan özel mülkiyet hakkının korunması, diğer taraftan da karşılanması gereken toplumsal bir zorunluluk yatmaktadır. Kamulaştırma işleminde ilgili kişinin haklarını koruyucu, güvence altına alıcı bir dizi önlem öngörülmüştür⁴². Kamulaştırma Kanunu kamulaştırma işleminin oluşumu açısından izlenmesi gereken aşamaları, usulü ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

A.İdari Aşama

1.Kamulaştırma bedeli için yeterli ödenek temin edilmesi. Kamu tüzelkişileri yeterli ödenek temin etmeden kamulaştırma ile ilgili işlemlere başlayamaz. Yeterli ödenekten anlaşılması gereken para miktarı, kamulaştırılacak taşınmazın tahmini değeri kadar olan paradır⁴³. Dolayısıyla idare artık yeterli ödeneği baştan temin etmeden, kamu yararı kararı alamaz, kamulaştırılacak taşınmazı belirleyemez, kamulaştırma kararı alamaz ve diğer aşamalardaki işlemleri yapamaz.

2.Kamu yararı kararının alınması. Yeterli ödeneği temin eden idare kamu yararı kararı alabilir. Kamu yararı kararı aslında kamulaştırma

⁴⁰ GÖZLER, s.962.

⁴¹ GÖZLER, s.963.

⁴² ATAY, Ender, Ethem, İdare Hukuku, Ankara, 2006, s.645, 646.

⁴³ YILDIRIM, s.335; ATAY, s.646.

işleminin sebep unsurunu oluşturur⁴⁴. Kamu yararı kararı aşaması, kamulaştırma kararının ön koşuludur. Bu aşama tamamlanmadan kamulaştırma kararı alınmaz. Bu karar idarenin belli bir işin örneğin, okul, yol, otopark, hastane yapılmasında kamu yararı olduğu yolunda aldığı bir karardır. Kamu yararı kararı, idareye kamulaştırma sürecinin başında satın alma veya kamulaştırma için verilmiş bir “izin”dir. Ancak bu iznin içi boştur. Bu aşamada iktisap edilecek taşınmaz belli değildir. Kamu yararı kararı idareye kamulaştırma yapma konusunda izin verir; ama idareyi kamulaştırma yapmaya zorlamaz. Kamu yararı kararı almış olan idare kamulaştırma yapmaktan vazgeçebilir de⁴⁵.

Kamu yararı kararı niteliği itibariyle bir idari işlem midir? İdari işlem ise nasıl bir idari işlemdir. Acaba bireysel işlem midir? Yoksa düzenleyici işlem midir? Hak yaratıcı işlem midir? Veya hak yaratıcı olmayan işlemlerden midir? Kamu yararı kararı icrai nitelikte bir işlem midir?

Kamu yararı kararı, bir bireysel idari işlem değildir. Çünkü kararda kimsenin adı geçmemektedir. Belli bir kişi ve duruma yönelik değildir. Bu nedenle maddi açıdan subjektif işlem değil, şart işlemdir⁴⁶. Diğer taraftan kamu yararı kararı düzenleyici idari işlem de değildir. Çünkü bu kararlar kişilik dışı, soyut, objektif bir takım kurallar konulmamakta, bir düzenleme yapılmamaktadır. Dolayısıyla kamu yararı kararı ne bireysel ne de düzenleyici idari işlem sınıflandırmasına tam uymamaktadır. Bu işlemlere Fransa’da “düzenleyici olmayan işlem” veya “somut durum işlem” denir. Bu işlemler belirli bir somut duruma, genel bir düzenlemenin uygulanmasına imkân verir⁴⁷. Ara işlem kategorisinde değerlendirilebilir.

Kamu yararı kararı hak yaratıcı olan-olmayan işlemler ayrımı açısından hak yaratıcı olmayan işlemler grubuna girer. Kamu yararı kararı “kazanılmış hak” yaratmazlar. Dolayısıyla idare kamu yararı kararını her zaman, dava açma süresi geçtikten sonra bile geri alabilir⁴⁸.

Kamu yararı kararı icrai nitelikte bir işlemdir. Bu karar bir içdüzen işlemleri veya hazırlayıcı nitelikte bir işlem değildir. Kamu yararı kararı hak yaratıcı bir işlem olmasa da icrai bir işlemdir. Çünkü her ne kadar somut bir takım kişi ve duruma yönelik olmasa da bir takım sonuçlar doğuran bir

⁴⁴ ONAR, s.1529.

⁴⁵ GÖZLER, s.965, 966.

⁴⁶ ONAR, s.1529; GÖZÜBÜYÜK / TAN, s.1048.

⁴⁷ GÖZLER, s.966.

⁴⁸ GÖZLER, s.966.

işlemdir. Bundan dolayı tek başına, kamulaştırma kararını beklemeksizin dava konusu edilebilir⁴⁹. Menfaati ihlal edilen herkes kamu yararı kararının iptaline yönelik dava açabilir⁵⁰. Kamulaştırma tehlikesiyle karşı karşıya kalanlar, komşular dava açabilir, açabilmelidir⁵¹. Kamu yararı kararı iptal edilirse, idare kamulaştırma işlemlerine devam edemez. Kamu yararı kararı alınmadan ve bu karar onaylanmadan oluşturulan kamulaştırma işlemi hukuka aykırı hale gelir.

Fakat Danıştay kamu yararı kararını icrai işlem olarak görmemekte, hazırlık işlemi niteliğinde kabul etmektedir. Ve doğrudan tek başına iptal davasına konu edilemeyeceği görüşündedir⁵².

Kamu yararı kararı almaya yetkili makamlar Kamulaştırma Kanununun 5.maddesinde düzenlenmiştir. Köy yararına kamulaştırmalarda köy ihtiyar meclisi, belediye yararına kamulaştırmalarda belediye encümeni, il özel idaresi lehine kamulaştırmalarda il encümeni, devlet yararına kamulaştırmalarda il idare kurulu, aynı ilçe sınırları içinde birden çok köy ve belediye yararına kamulaştırmalarda ilçe idare kurulu, bir il sınırları içindeki birden çok ilçeye bağlı köyler ve belediyeler yararına kamulaştırmalarda il idare kurulu, ayrı illere bağlı birden çok kamu tüzelkişileri yararına kamulaştırmalarda Bakanlar Kurulu, birden çok il sınırları içindeki Devlet yararına kamulaştırmalarda Bakanlar Kurulu, kamu kurumları yararına kamulaştırmalarda yönetim kurulu veya idare meclisi, bunların olmaması halinde yetkili idare organları, özel hukuk kişiler lehine kamulaştırmalarda özel hukuk kişilerinin başvuruları üzerine gördükleri hizmet bakımından denetimine bağlı oldukları köy, belediye, özel idare veya bakanlık. kamu yararı kararı almaya yetkilidir.

Yetkili mercilerce alınmış kamu yararı kararlarının onaylanması gerekir. Onay aşaması tamamlanmadan kamulaştırma işlemlerinin diğer aşamalarına geçilemez. Kanunun 6.maddesi kamu yararı kararını onaylayacak mercileri düzenlemiştir. Köy ihtiyar kurulları ve belediye encümenleri kararları, ilçelerde kaymakamın, il merkezlerinde valinin; İlçe idare kurulları, il daimi encümenleri ve il idare kurulları kararları, valinin; Üniversite yönetim kurulu kararları, rektörün; Yükseköğretim Kurulu

⁴⁹ ONAR, s.1534, 1535.

⁵⁰ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.525.

⁵¹ GÖZLER, s.967.

⁵² D.6.D., K.T.30.01.2007, E.2004/718, K.2007/454, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et.10.06.2010.

kararları, Kurul başkanının; Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu yönetim kurulu kararları, genel müdürün; Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yönetim Kurulu kararları, Yüksek Kurum Başkanının; Kamu kurumları yönetim kurulu veya idare meclisleri veya yetkili idare organları kararları, denetimine bağlı oldukları bakanın; Gerçek kişiler veya özel hukuk tüzelkişileri yararına köy, belediye veya özel idarece verilen kararlar, valinin onayı ile tamamlanır. Bakanlıklar veya Bakanlar Kurulu tarafından verilen kamu yararı kararlarının ayrıca onaylanması gerekmez.

Onaylı imar planına veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak hizmetler için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek yoktur. Bu durumlarda yetkili icra organınca kamulaştırma işlemine başlanıldığını gösteren bir karar alınır.

3.Kamulaştırılacak taşınmazın belirlenmesi. Kamu yararı kararı aşaması tamamlandıktan sonra, kamulaştırmayı yapacak idare, kamulaştırılacak taşınmazın veya taşınmazların sınırını, yüzölçümünü ve cinsini gösterir ölçekli planını yapar veya yaptırır. Burada kamulaştırma sonucu kurulacak hizmetin özelliği ve belirlenecek taşınmazın kurulacak hizmete yeterli olup olmayacağı dikkate alınır⁵³. Ayrıca tapu, vergi ve nüfus kayıtlarından veya yaptıracığı araştırma ile belgelere bağlamak suretiyle kamulaştırılacak taşınmaz malın sahiplerini, tapu kaydı yoksa zilyetlerini, bunların adreslerini tespit ettirir. İdare bu aşamadan sonra belirlediği taşınmazın beyan ve değerini ilgili vergi dairesinden ister. İlgili vergi dairesi de taşınmazın vergi beyan ve değerini, vergi beyanı yok ise beyan yerine geçecek takdir edilecek bir değeri en geç bir ay içerisinde ilgili idareye gönderir.

4. Kamulaştırma kararı alınması ve tapu siciline şerh verilmesi. İdare yukarıdaki aşamaların tamamlanmasından sonra kamulaştırma kararı alır. Kamulaştırma kararı kamulaştırmaya konu taşınmaz malın kayıtlı bulunduğu tapu dairesine bildirilir. Tapu dairesi de tapu siciline bu konuda şerh koyar. Şerh, taşınmaz hakkında kamulaştırma işlemine başlandığını gösterir, yoksa taşınmaz mülkiyetinin idareye geçmesi sonucunu doğurmaz. Kamulaştırma işlemi 6 ay içinde bitmez veya Kanunun 10.maddesi kapsamında idarece kamulaştırma bedelinin tespiti ve idare adına tescilin mahkemedен istendiğine ilişkin belge 6 ay içinde tapu dairesine sunulmaz ise şerh tapu idaresince resen sicilden silinir.

5. Satın alma usulünün denenmesi. Kamulaştırma kararı alındıktan sonra öncelikle satın alma ve trampa usulünün denenmesi gerekir. İdare en

⁵³ YILDIRIM, s.337.

az üç kişiden oluşan bir veya birden fazla kıymet takdir komisyonu kurarak taşınmazın tahmini bedelini belirler. Daha sonra, pazarlıkla satın alma işlerini yürütmesi için üç kişilik bir uzlaşma komisyonu oluşturur. İdare, tahmin edilen bedeli belirtmeksizin, kararlaştırılan taşınmazı pazarlıkla satın almak veya idareye ait bir başka taşınmaz ile trampa yoluyla devralmak istediğini resmi taahhütlü bir yazıyla malike bildirir. Malik idareye 15 gün içinde başvurursa, malik ile uzlaşma komisyonu arasında pazarlık görüşmeleri yapılır. Tespit edilen tahmini değeri geçmemek üzere bedelde veya trampada anlaşmaya varılması halinde bir tutanak düzenlenir ve bu tutanak malik veya komisyon üyeleri tarafından imzalanır. İdare 45 gün içinde bedeli hazır eder ve malikten tapuda idare adına ferağ vermesini ister. Malik tapuda ferağ verirse, kamulaştırma bedeli kendisine ödenir.

Satın alma usulüyle satın alınan veya trampa edilen taşınmaz mal, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmaz. Bu düzenleme de anayasaya aykırıdır. Hak arama özgürlüğüne aykırıdır. Satın alma veya trampa işlemi karşılıklı iradelerin uyuşumuyla meydana geldiğine göre ve ferağ verildiğine göre dava yolunu kapatmanın bir anlamı yoktur. Bu yolla mal elde etme nihayetinde kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır diyerek hak arama yolunu niye kapatalım. Kamulaştırma yoluyla yapıldığını kabul edersek, kamulaştırma bir idari işlemdir. Dolayısıyla idarenin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetime tabi olması gerekir. Bu düzenlemeyle özel hukuk usulüne fazlaca ve gereksiz yere kamu gölgesi getirilmiştir. Buna gerek yoktur. Çünkü satış ve trampa bedel dahil tarafların her şey üzerinde esasen anlaşmış olmayı ifade eder⁵⁴. Dolayısıyla Kanundan bu fıkranın çıkarılması gerekir.

B.Yargısal Aşama

Satın alma usulünde anlaşma olmaması veya taşınmaz malikinin mülkiyetin idareye geçmesine ferağ vermemesiyle idari aşama biter, adli yargı ve-veya idari yargıyı içeren mahkeme aşaması başlar. İdari aşamanın sonunda ortaya bir kamulaştırma kararı çıkar. Kamulaştırma kararının oluşmasıyla beraber, kamulaştırma kararının ilgilileri açısından iptal davası açma imkanı doğar. Esas olarak mahkeme aşaması idarenin asliye hukuk mahkemesine müracaatıyla beraber başlar. Bu yüzden bu aşamaya adli aşama da denir.

1.İdarenin Asliye Hukuk Mahkemesine Müracaatı. Satın alma usulünün başarısız olması durumunda kamulaştırma kararı alan idare hala

⁵⁴ YAYLA, s.212.

taşınmazı elde etmek istiyorsa, taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine müracaat eder ve taşınmaz malın kamulaştırma bedelinin tespitiyle, bu bedelin ödenmesi karşılığında idare adına tesciline karar verilmesini ister ve istemek zorundadır. Çünkü kamulaştırma işlemi sonuçlarını diğer idari işlemlerden farklı olarak hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak doğurmaz. Kamulaştırma kararını idare resen icra edemez. Kamulaştırma kararının sonuçlarını doğurabilmesi, bir başka organın, yani mahkemenin kararına bağlanmıştır.

2.Meşruhatlı Davetiye: Tebligat ve İlan. Asliye hukuk mahkemesi, idarenin başvuru tarihinden itibaren en geç 30 gün içinde bir duruşma günü belirler ve duruşma gününü idareye ve malike meşruhatlı davetiye ile tebliğ eder veya adresleri bulunamayanlar, Tebligat Kanunu hükümlerine göre ilanen tebligat yapar. Mahkeme, söz konusu meşruhatlı davetiyede Kamulaştırma Kanununun 10.maddesinde belirlenmiş hususlara yer verir. Tebliğde, taşınmaz malın malikine, tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal davası açabileceğini de belirtir.

Bu başvuruyla beraber, 30 günlük maddi hatalara karşı düzeltim davası açma süresi de idare açısından işlemeye başlar. İdare, adli yargıda düzeltim davasını, kamulaştırma belgelerini mahkemeye verdiği günden itibaren 30 gün içerisinde açmalıdır.

3.İdari yargıda iptal davası açılması. Malik, tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde idari yargıda iptal, adli yargıda da maddi hataların düzeltimi davalarını açabilir. İptal davaları öncelikle görülür. Asliye hukuk mahkemesi, idari yargıda açılan davayı bekletici mesele olarak kabul eder ve davayı, iptal davasının kesin hükümle sonuçlanmasına kadar bekletir. Şayet kamulaştırma kararı iptal edilmişse, asliye hukuk mahkemesi idarenin bedel tespiti ve idare adına tescil istemini reddeder. Fakat malik 30 gün içinde idare mahkemesinde iptal davası açmamış ise veya idare mahkemesi yürütmeyi durdurma kararı vermemişse veya idare mahkemesi açılan iptal davasını reddetmiş ise, asliye hukuk mahkemesi Kamulaştırma Kanununun 10 ve 11.maddeleri kapsamında taşınmaz malın bedelini tespit eder.

İdari yargıda iptal davası ne zaman açılmalıdır? Danıştay davanın tebliğle beraber açılacağı görüşündedir⁵⁵. İdari işlemlerin oluşumunda son imzanın atılıp işlemin tamamlanması halinde, işlem ilgililere tebliğ edilmeden de dava konusu edilebilmektedir. İlgililer kendileriyle ilgili

⁵⁵ D.6.D., K.T.30.01.2007, E.2004/718, K.2007/454, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, et.10.06.2010.

işlemleri bir şekilde öğrenmiş iseler dava açabilirler. Tebliğ, dava açma süresinin hesabında dikkate alınır. Dolayısıyla işlemle ilgili dava açmak için mutlaka tebliğ gerekmez. Kamulaştırma işlemi açısından da bu yaklaşımdan uzaklaşmayı gerektirecek bir durum yoktur. Dolayısıyla ilgililer kamulaştırma kararıyla ilgili davalarını, en erken son imzanın atılmasıyla beraber açabilmelidirler.

4.Duruşmada Tarafların Anlaşmasıyla Bedelin Tespiti. Hâkim, duruşmada tarafları taşınmaz malın bedeli konusunda anlaşmaya davet eder. Taraflar anlaşırsa hâkim, taraflarca anlaşılan bedeli kamulaştırma bedeli olarak kabul eder.

5.Mahkeme Tarafından Bedelin Tespiti. Tarafların bedel konusunda anlaşamaması halinde bedel, mahkeme tarafından keşif yaptırılarak ve bilirkişiye başvurularak tespit edilir. Mahkemece tespit edilen bedel, kamulaştırma bedeli olur.

6.Kamulaştırma Bedelinin Bankaya Yatırılması. Duruşmada tarafların anlaştığı veya tarafların anlaşamaması halinde hâkim tarafından kamulaştırma bedeli olarak tespit edilen miktar peşin ve nakit olarak, taksitli yapılabilen bir kamulaştırma ise ilk taksidin yine peşin ve nakit olarak hak sahibi adına, hak sahibi tespit edilememiş ise ileride ortaya çıkacak hak sahibine verilmek üzere mahkemece belirtilen bankaya yatırılması ve yatırıldığına ilişkin makbuzu ibrazı için idareye 15 gün süre verilir. Gereken hallerde bu süre bir defa mahkemece uzatılabilir.

7.Taşınmazın İdare Adına Tescili ve Bedelin Hak Sahibine Ödenmesi Kararı. İdarece kamulaştırma bedeli olarak tespit edilen miktarın peşin ve nakit olarak, taksitli yapılabilen bir kamulaştırma ise ilk taksidin yine peşin ve nakit olarak hak sahibi adına, hak sahibi tespit edilememiş ise ileride ortaya çıkacak hak sahibine verilmek üzere mahkemece belirtilen bankaya yatırıldığına ilişkin makbuzun ibrazı halinde mahkemece, taşınmaz malın idare adına tesciline ve kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesine karar verilir. Bu karar tapu dairesine ve paranın yatırıldığı bankaya bildirilir.

Tapuda gerekli işlemler yapılır. Kamulaştırılan taşınmaz malın mülkiyeti, mahkemece verilen tescil kararıyla idareye geçmiş olur. Tapu dairesince yapılacak işlem mülkiyetin geçme anı açısından dikkate alınmaz. Tapuda tescil kurucu değil, beyan edici niteliktedir⁵⁶. Tescille beraber mülkiyet idareye geçmiş sayılır. Tescil hükmü kesindir. Temyiz edilemez. Fakat bedele ilişkin kararlar temyiz edilebilir.

⁵⁶ GÖZLER, s.980.

Bu süreçlerin tamamlanmasıyla kamulaştırma işlemi tamamlanmış olur.

Kamulaştırma idarenin kamu gücü kullandığı mal edinme usullerinden biridir. Kamulaştırma işlemi sonucunda taşınmaz mal idarenin mülkiyetine geçer. Kamulaştırma işlemi sonucu özel mülkiyetten idarenin mülkiyetine geçen mal doğrudan, derhal kamu malı niteliğini kazanmaz. Taşınmaz, idarenin özel malları kategorisinde yer alır. Bu malın kamu malı olabilmesi kamu malı niteliğinin kazanılması usullerine tabidir. Yani bu malın kamunun doğrudan kullanımına sunulması veya kamu hizmetine tahsisi gerekir.

SONUÇ

Kamulaştırma sürecine ilişkin bazı tespitler aşağıda sonuç olarak ifade edilmiştir.

Kamu tüzelkişileri arasında kamulaştırma yapabilen ve yapamayanlar, malları kamulaştırılan ve kamulaştırılmayanlar ayrımı kaldırılmalıdır. Bu kapsamda ya Kamulaştırma Kanunu 5.maddeye ilave hüküm koyarak Danıştay'ın farklı yorum yapabilmesine imkan vermemek gerekir. Ya da açıkça Kanunda kamulaştırma yapamayacak kamu tüzelkişileri belirtilmelidir. Kamulaştırma Kanunu 30.madde de malları devre tabi birimleri belirlememiştir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamu tüzelkişiliğine sahip olması gerekip gerekmediği ayrı bir tartışma konusudur. Madem Anayasa bunları kamu tüzelkişisi olarak kabul etmiştir. Yetki açısından bunların kamulaştırma yapamayacağını söylemek, 30.madde kapsamı dışında kabul etmek zorlama bir yorum olur. Yetki ile ilgili değerlendirmelerde gene kamu yararı yaklaşımı referans kavram olarak dikkate alınmalıdır. Kamu tüzelkişilerinin görev alanlarının ve yer itibarıyla sınırlarının belirlenmesinde pozitivist bir yaklaşımdan çok kamu yararı ekseninden hareketle yorum yapmak gerekir.

Konu unsuru bağlamında kamu tüzelkişilerinin özel malları açısından güvencesiz durum düzeltilmelidir. Kamulaştırma usulünde mal sahibi özel hukuk kişisi dava açabilme imkânlarıyla daha iyi korunmaktadır. Kamu tüzel kişilerinin özel malları da nihayetinde özel mülkiyete dâhildir. Böyle bir ayırım yapılması, farklı usullere tabi tutulması Anayasanın 10.maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Bu çerçevede, Danıştay Birinci Dairesince Kamulaştırma Kanununun 30.maddesi kapsamında verilen kararlarının dava konusu yapılabilmesi gerekir. Çünkü Danıştay 1.Dairesi idari bir dairedir ve kararları da idari karardır. Any. m.125 çerçevesinde dava yolu açık olmalıdır. Bu kararlar üzerine uygulanan işlem ve eylemlere karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da iptal davası açılabilmesi gerekir. Bu sonuç hak arama özgürlüğünün de bir gereğidir. Ayrıca Hukuk devleti ilkesi de bunu gerektirmektedir. Anayasanın 125.maddesi de idarenin her

türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır hükmü dava edilebilmesine imkân vermektedir. Dolayısıyla hukuk sistematüğimiz açısından çelişkili bu durum Kamulaştırma Kanununun 30.maddesinde, “Danıştay ilgili dairesince” şeklinde değışiklik yapılarak düzeltilmelidir. Ayrıca 1.maddedeki ifade de Anayasadaki düzenleme gibi “kamu yararının gerektirdiğı hallerde özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların” şeklinde düzeltilmesi gerekir. Veya Anayasaya aykırı bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmelidir Kamulaştırma Kanunu açısından Anayasanın geçici 15.madde engeli 2001 de kaldırıldığına göre bu konu Anayasa Mahkemesi önüne götürülmeli ve iptal edilmelidir.

Amaç unsuru açısından da kamu yararı amacı dikkate alınmalıdır. Kamu yararı amacının somut bir takım belirtilerle dışına çıkılması veya özel yarar güdülmesi veya yetki saptırması halleri dışında kamu yararı kavramını geniş yorumlamak gerekir. Kamulaştırma işleminin sadece kamu malı elde etmek veya bayındırlık faaliyeti için değil, daha genel menfaatlere hitap eden pek çok amaçla örneğın, estetik, imar planı uygulaması, toplu konut alanı oluşturma, turizm alanı oluşturma gibi amaçlarla yapılabileceğini kabul etmek gerekir. İdarenin görev alanı içerisinde görevini yerine getirebilmeye yönelik her türlü faaliyet bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yargı organı da içtihatlarıyla kamu yararı kavramını bu çerçevede geniş yorumlamalıdır.

Kamu yararına karar verme ve keza birden fazla kamu yararı olan durumda hangisinin öncelikli olduğunu takdir etme yetkisi esas olarak idareye aittir. Kamulaştırma tedbirinin öngörülen kamu yararı amacına fiilen ulaşılmasını sağlayıp sağlamayacağını araştırma konusunda mahkemelerin çok dikkatli davranması gerekir. Yerindelik denetimi denebilecek yaklaşım göstermemelidir.

Kamu yararı kararı kamulaştırma kararının önkoşuludur. İcrai nitelikte olmadığını söylemek zordur. Çünkü bu karar da bir takım sonuçlar doğurmaktadır. Hazırlık işlemi niteliğindeki işlemler de bir takım sonuçlar doğuruyorsa artık bunların icrai nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu kararın da dava konusu edilebilmesi gerekir.

Kamulaştırma sürecinin satın alma ile sonuçlanması durumunda da dava yolunu kapatmamak gerekir. Çünkü bu şekilde alınma kamulaştırma yolu ile alınmış sayılmaktadır ki kamulaştırma bir idari işlemdir. Dolayısıyla Any. m.125 çerçevesinde yargı yolunun açık olması gerekir.

Kamulaştırma kararına karşı en erken dava açma zamanı, işlemin tamamlanması anı olmalıdır. Bu karar tebliğ edilmeden ilgili, işleme bir şekilde muttali olmuş ise dava açabilmelidir. Çünkü ortada bir idari işlem

vardır. Tebliğ tarihi dava açma süresinin hesaplanması bağlamında dikkate alınmalıdır.

Kamulaştırma daha doğru bir ifadeyle istimlâk eskiden vardı, bugün de var, bundan sonra da olacaktır. Bir tarafta özel mülkiyet diğer tarafta da kamu hizmetinin yerine getirilmesi zorunluluğu devam ettiği sürece kamulaştırma vazgeçilmez bir usul olarak varlığını koruyacaktır. Sosyal hukuk devleti açısından önemli olan, kamulaştırmanın anayasal ve yasal temellerinin iyi ve net bir şekilde belirlenmesi, kamulaştırmayla ilgili işlem ve düzenlemelerin belirlenen kurallara uygun yapılması ve belirlenen kurallara aykırılık halinde de yargı yolunun açık tutulmasıdır.

TÜRK GELİR VERGİSİ TARİFESİNİN ARTAN ORANLILIK ÖZELLİĞİ

*Yrd. Doç. Dr. Hasan TÜRKAL**

*Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN***

ÖZET

Vergi tarifeleri, vergilemede adaletin sağlanmasında en önemli araçlardan biridir. Özellikle, verginin mükelleflerden ödeme güçlerine göre alınmasının gerektiği görüşünün ortaya çıkmasıyla, artan oranlılığa olan ilgi artmıştır.

Bu çalışma kapsamında, artan oranlı vergi tarifelerinin vergi ödeme gücü açısından önemi üzerinde durulacak ve Türk Gelir Vergisi tarifesinin tarihî süreç içindeki durumu incelenerek değerlendirme yapılacaktır.

***ANAHTAR KELİMELER:** Türk Gelir Vergisi, vergi tarifesi, vergi oranı, artan oranlılık.*

PROGRESSIVITY FEATURE OF THE TURKISH INCOME TAX TARIFF

ABSTRACT

Tax tariffs is one of the most important tools in providing tax equity. Especially, the interest about the issue of the progressively proportionality of tax tariffs has increased with the emergence of the opinion that taxes should be taken by taxpayers according to their ability to pay.

In this study, the importance of progressive tax tariffs for the ability to pay will be examined and Turkish Income Tax tariff will be analyzed within the historical process.

***KEYWORDS:** Turkish Income Tax, tax tariff, tax rate, progressive tax tariffs.*

* Harran Üniversitesi İİBF. Maliye Bölümü.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

GİRİŞ

Vergi tarifeleri, devletin ihtiyaç duyduğu vergilerin toplanmasında olduğu kadar, bireylerin vergi ödeme gücüne ulaşılabilmesinde de kullanılan vergilemede adaletin sağlanmasında en önemli araçlardan biridir.

Vergi oran ve tarifeleri, geçmişten günümüze kadar hep tartışıla gelmiştir. Verginin geçmişinde, artan oranlı vergileme yönteminin çok ilgi gördüğü anlaşılmaktadır. Özellikle, verginin mükelleflerden ödeme güçlerine göre alınmasının gerektiği görüşünün ortaya çıkmasıyla, artan oranlılığa olan ilgi artmıştır.

Günümüzde artan oranlı vergi tarifeleri, vergilemenin eşitlik ve ödeme gücü gibi iki önemli ilkesinin gerçekleştirilmesinde önemli fonksiyon görmektedir. Ayrıca, vergileme yoluyla eşitlik sağlamanın da önemli aracı durumundadır.

Bu çalışma kapsamında, artan oranlı vergi tarifelerinin vergi ödeme gücü açısından önemi incelenerek, bu konuda Türk Gelir Vergisi tarifesi analiz edilmeye çalışılacaktır.

I. ARTAN ORANLI VERGİ TARİFELERİ

A. GENEL OLARAK

Vergi tarifesi, ödenecek olan vergi tutarının saptanabilmesi için, vergi matrahına uygulanacak olan oran veya ölçüler olarak tanımlanabilir¹. Vergi adaletinin ve verginin sosyo-ekonomik fonksiyonlarının gerçekleştirilebilmesi için, nasıl bir tarifenin düzenlenmesi gerektiği sorunu, hem teoride, hem de pratikte sıkça tartışılmaktadır².

¹ AKDOĞAN Abdurrahman, **Kamu Maliyesi**, Gazi Kitabevi, Ankara 2009, s. 236; Bkz. BULUTOĞLU Kenan, **Türk Vergi Sistemi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 250-251; Advalorem vergilerde vergi matrahı değer olarak ifade edilmekte ve vergi alacağının hesaplanması için, bir veya birden fazla oran uygulanmaktadır. Birden fazla vergi oranı olması halinde, bu oranları gösteren tabloya *vergi tarifesi* denilmektedir. Vergi tarifeleri, daha çok artan oranlı vergilerde söz konusu olmaktadır. Bkz: DEĞER Nuri, “Vergi Projelerinin Hazırlanması ve Gelir İdaresinin Örgütlenmesi Üzerine”, **Maliye Yazıları**, S. 38, Ocak-Mart 1993, s. 24.

² “Tarife eşit oranlı mı yoksa artan oranlı mı olmalıdır? Eşit oranlı olacaksa hangi büyüklükte olmalıdır? Artan oranlı olacaksa, yükseklik farkı, uzunluk farkı, yükselme oranı, dilim sayısı, en düşük ve en yüksek oranların düzeyi, ortalama ve marjinal oranların düzeyi, diklik nasıl olacaktır? Uygulama açısından dilim usulü artan oranlılık mı seçilmelidir?” Bkz. AKDOĞAN, s. 236.

Vergi tarifeleri; tek oranlı, artan oranlı veya azalan oranlı şekilde düzenlenebilir. Artan oranlı vergi tarifeleri en genel anlamıyla, matrah yükseldikçe uygulanan vergi oranının da yükseldiği tarife çeşididir³.

Matrah arttıkça ortalama vergi oranının da yükseldiği tarife, artan oranlı (müterakki) vergi tarifesi olarak nitelendirilmektedir⁴. Artan oranlılık, "verginin, matrahın hiç olmazsa belirli bir noktasına kadar matrahtan daha hızlı artması olayıdır"⁵. Artan oranlı tarife bu özelliği sayesinde, vergide adaletin bir gereği olan yatay ve dikey adalet ilkelerini gerçekleştirmede önemli fonksiyon görmektedir⁶.

Artan oranlı vergi tarifeleri; sınıf usulü, dilim usulü, gizli ve tersine artan oranlı şekillerde tasnif edilebilmektedir⁷.

Artan oranlılığın aleyhinde görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler şu şekilde özetlenebilir⁸: Liberal düşünceye göre, piyasa mekanizması zaten

³ BİLİCİ Nurettin/BİLİCİ Adem, **Kamu Maliyesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 157.

⁴ TURHAN Salih, **Vergi Teorisi ve Politikası**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 55; Bkz. ŞENER Orhan, **Kamu Ekonomisi**, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 232-237.

⁵ NADAROĞLU Halil, **Kamu Maliyesi Teorisi**, Beta Yayıncılık, İstanbul 1998, s. 257-261.

⁶ YILMAZ Gülay Akgül, "Türkiye'de Gelir Vergisi Tarifesinde Meydana Gelen Değişikliklerin Vergilendirmede Adalet İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi**, 2006, C. XXI, S. 1, s. 242.

⁷ **Sınıf Usulü Artan Oranlılık**: Vergi konusu gelire tekabül eden dilim yükseldikçe, tüm matraha uygulanan oran da yükselmektedir.

Dilim Usulü Artan Oranlılık: Matrahtaki belirli dilimler için, o dilime mahsus vergi oranları uygulanmaktadır. Ülkemizdeki gelir vergisi tarifesi, dilim usulü artan oranlılığa sahiptir. İki şekli bulunmaktadır:

1. **Sınırlı Artan Oranlılık**: Matrahın belirli bir seviyesinden sonra tarife düz oranlılığa dönüşmektedir.

2. **Sınırsız Artan Oranlılık**: Matrahtaki son dilime % 100 oran uygulanmaktadır.

Gizli Artan Oranlılık: Bir tarife olmamakla birlikte, "nominal vergi oranı yerine, reel oranı" dikkate almayı ifade etmektedir.

Tersine Artan Oranlılık: Bir vergi tarifesi olmamakla birlikte, toplam gelir seviyesiyle, katlanılan nihai vergi yükü karşılaştırılarak kurulan ilişkiyi belirtmektedir. Daha çok gider vergilerinde görülmektedir. Bkz: AKDOĞAN, s. 238-246; BİLİCİ – BİLİCİ, s. 157-159.

gelir dağılımında adaleti sağladığından, artan oranlılığa gerek yoktur. Artan oranlı vergi tarifesi, keyfi nitelikte bir tarifiedir ve ödeme gücü ilkesine tam uygun bir şekilde uygulanamamaktadır. Ayrıca artan oranlılık teşebbüs arzusunun kırıp tasarruf düzeyinin düşük gerçekleşmesine sebep olur. Artan oranlılığın derecesine göre işletmelerin maliyetleri, dolayısıyla rekabet gücü etkilenir. Bütün bunlara ilaveten, dik ve sert yapıya sahip bir artan oranlı tarife, vergiden kaçınma ve kaçırmaya yol açabilir ve vergi ahlakı bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilir niteliktedir.

Artan oranlı vergileme ekonomik etkinliği bozmakta ve ekonomik refahın düşmesine yol açmaktadır. Zira, bireylerin iktisadi davranışlarına yön veren ekonomik teşvik edici unsurları azaltmaktadır. Artan oranlı gelir vergileri, üretim faktörlerinin iktisadi hasıladan aldıkları ücret, faiz, rant ve kar gelirlerinin azalmasına yol açmakta ve daha çok gelir kazananın oransal olarak daha fazla vergi ödemesine yol açmaktadır. Bu durum, iktisadi hasılanın arttırılamamasına hatta azalmasına yol açabilmektedir. Artan oranlı vergileme kişilerin iktisadi davranışlarının olumsuz etkilenmesine; çalışma, tasarruf, yatırım ve girişim eğiliminin azalmasına; böylece ekonomik etkinliğin azalmasına ve büyüme hızının düşmesine yol açabilmektedir. Artan oranlı vergiler, bilhassa enflasyonist dönemlerde, pozitif reel mali sürüklenme olgusuyla siyasi iradenin inisiyatifi olmaksızın vatandaşların vergilendirilmesine, demokratik yönetim ve denetim sisteminin aşınmasına yol açmaktadır⁹.

Artan oranlı vergileme, bilhassa yüksek gelir grupları açısından, ikame etkisinin varlığı nedeniyle kaynak dağılımına müdahale ettiği ve refah kaybına neden olduğu için eleştirilmektedir. Ancak, vergi adaletinin

⁸ TEKİN Fazıl, **Artan Oranlılık ve Türk Gelir Vergisindeki Uygulaması**, Eskişehir 1978, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, s. 32-33; ERDEM Metin/ŞENYÜZ Doğan/TATLIOĞLU İsmail, **Kamu Maliyesi**, Ekin Kitabevi, Bursa 2006, s. 118; EKİCİ M. Sena, **Kamu Maliyesi**, Şanlıurfa 1996, s. 72.

⁹ KARAYILMAZLAR Ekrem/GÜRAN M. Cahit, "Gelir Vergisinde Tarife Yapısı: Adalet ve Etkinlik Temelli Teorik Tartışmalar Çerçevesinde Karşılaştırmalı Bir Analiz" **AÜ SBF Dergisi**, 2005, s. 156-157, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/60/2/6_ekrem_karayilmazlar_mehmet_cahit_guran.pdf, 6.8.2012.

⁹ AKDOĞAN, s. 238.

sağlanabilmesi açısından sahip olduğu üstünlükler dolayısıyla kapitalizmin aşırılıklarını sınırlandıran bir müessese olarak da görülmektedir¹⁰.

Ancak artan oranlılığın faydalarının sakıncalarından daha çok olduğu söylenebilir. Artan oranlı vergilerin vergi adaletini daha etkin bir şekilde sağlamaya yönelik bir uygulama olduğu belirtilmektedir¹¹. Bu tarife yapısının lehindeki görüşler şu şekilde belirtilebilir: Artan oranlı tarife yapısı, tek oranlı vergilemenin sakıncalarını giderici ve vergi adaletini gerçekleştirici niteliktedir. Sahip olunan kaynaklar yükseldikçe vergi ödeme gücü de artan oranlı olarak yükseleceği için artan oranlı vergi tarifeleri adaleti gerçekleştirmeye daha uygun yapıdadır. Ayrıca bu tarife yapısına sahip vergiler, dolaylı vergilerin olumsuz etkilerini de gidermede olumlu niteliğe sahiptir. Toplumdaki gelir ve servet dağılımındaki eşitsizliği gidermeye de yardımcı olmaktadır. Artan oranlı vergiler, konjonktürel dalgalanmalarda otomatik düzenleyici özelliğe sahiptir¹².

Vergi tarifelerinin nasıl belirleneceği konusunda kesin ölçüler bulunmamaktadır. Her ülke kendi şartları çerçevesinde vergi tarifelerini belirlemektedir. Nitekim doktrinde de bu husus artan oranlı vergi tarifelerinin düzenlenmesi konusunda şu şekilde belirtilmektedir: Artan oranlı gelir vergisi tarifesi, “genellikle, ülkelerin sosyal adalet konusundaki değer yargılarına, vergileme ile kamu ekonomisinin temel fonksiyonlarını gerçekleştirme çabalarına ve kamu harcamalarının etkin finansmanı gibi nedenlere bağlı olarak biçimlenmektedir”¹³. Yine artan oranlılığın boyutunun günün malî, sosyal ve ekonomik şartlarına bağlı olarak yasama organı tarafından belirlendiği vurgulanmakta ve bu konuda bir keyfilik ya da belirsizliğin bulunmadığı belirtilmektedir¹⁴.

¹⁰ SARIOĞLU Fatih, “Vergi Sisteminin Bütünselliği ve Artan Oranlılık”, **GÜ İİBF Dergisi**, 1/2002, s. 220.

¹¹ AKDOĞAN, s. 238.

¹² Bkz: AKDOĞAN s. 238-239; BATIREL Ömer Faruk, **Kamu Maliyesi Teorisine Giriş**, İ.İ.T.İ.A. Nihad Sayar Yay. ve Yard. Vakfı, İstanbul 1976, s. 98-99; ERDEM/ŞENYÜZ/TATLIOĞLU, s. 117.

¹³ ŞENER, s. 232.

¹⁴ AKDOĞAN, s. 239-240.

B. ARTAN ORANLI VERGİ TARİFELERİNİN VERGİ ÖDEME GÜCÜ AÇISINDAN ÖNEMİ

a. Vergi Adaleti ve Vergi Adaletine Ulaşma Yöntemleri

Vergilemede adalet ve eşitlik ilkeleri aynı şeyi ifade ediyor gibi görünse de, farklı anlamlarda iyi ayrı kavramdır. Vergi adaletinin sağlanabilmesi için, eşitlik ilkesinin de uygulanması gerekmektedir. Aynı şartlara ve aynı gelire sahip iki mükellefin aynı tutarda vergi ödememesi ne kadar adil değilse; farklı şartlara ve farklı gelire sahip iki mükellefin aynı tutarda vergi ödemeleri de vergi eşitliğine ve vergi adaletine aykırılık oluşturacaktır¹⁵.

Vergilemede adalet, “vergi mükelleflerinin ödedikleri vergiler sebebiyle katlandıkları fedakarlıkta eşitlik sağlanması”dır. Fedakârlık ise, eşit mutlak, eşit oransal ve eşit marjinal fedakarlık olmak üzere üçe ayrılmaktadır¹⁶: Eşit mutlak fedakârlıkta, vergi mükellefleri ödedikleri vergi dolayısıyla aynı mutlak faydadan mahrum kalmaktadır. Eşit oransal fedakârlıkta, vergi mükellefleri arasında vergi yükü dağıtılırken vazgeçilen faydalarda oransal eşitlik sağlanmaktadır. Eşit marjinal fedakârlıkta ise vergi mükellefleri ödedikleri son birim vergi dolayısıyla aynı fedakârlığa katlanmaktadır.

Aynı durumda bulunan kimselerin aynı vergilendirilmesiyle yatay eşitlik; farklı durumlarda bulunan kimselerin farklı vergilendirilmesiyle de dikey eşitlik sağlanabilecektir¹⁷.

Vergi adaleti, “vergi yükünün mükellefler arasında adil bir şekilde dağıtılması” olarak tanımlanmaktadır. Adil bir vergi sisteminin gerçekleştirilebilmesi için ileri sürülen birçok yaklaşımdan en önemlileri, fayda (yarar) ve ödeme gücü yaklaşımlarıdır¹⁸.

¹⁵ (TÜZÜN) ÇELİK Binnur, **Vergilemede Müdahale İlkesi**, Gazi Kitabevi, Ankara 2001, s.18; “Genellikle adalet prensibi diye adlandırılan bu kural (vergilemede eşitlik kuralı), gerçekte vergi yükünün dağıtımı anlamında «âdalet – equity» değil, iktisadî anlamda bir «eşitlik - equality»nin gerçekleşmesini amaçlar.Çünkü Smieth’in ileri sürdüğü bu ilkeye göre fertlerin devlet himayesi altında sağladıkları gelir ile oranlılı olarak vergi ödemeleri gerekir”. TURHAN, s. 191.

¹⁶ TÜRK İsmail, **Kamu Maliyesi**, Turhan Kitabevi, Ankara 1992, s.156

¹⁷ HANCOCK Dora, **Taxation Policy & Practice**, London 1996, International Thomsan Business Press, s. 49.

¹⁸ YERELİ Ahmet Burçin/ATA Ahmet Yılmaz, “Vergi Adaletine Ulaşma Yöntemleri Çerçevesinde Fayda İlkesinin Teorik Açından Değerlendirilmesi”, **Maliye Dergisi**, S. 161, Temmuz -Aralık 2011, s. 24.

Vergilemede fayda yaklaşımına göre vergi mükellefleri, kamusal mal ve hizmetlerden elde ettikleri faydaya göre vergi ödemelidir¹⁹. Piyasa kurallarına göre vergi yükü dağıtılacaktır. Vergi adaleti de ancak kişilerin belirli bir kamusal mal ve hizmeti kullanmalarıyla elde ettikleri fayda karşılığında vergi ödemeleri suretiyle sağlanacaktır. Bazı kişilerin elde ettikleri kamusal faydanın bedelini başkalarına ödemeleri sonucunda ise adaletsizlik ortaya çıkacaktır²⁰.

Fayda vergilemesinde devlet, tam kamusal mal ve hizmetlerin yanı sıra sunmuş olduğu yarı kamusal mal ve hizmetleri, faydaları bölünebildikleri için kısmen fiyatlandırılmaktadır²¹.

b. Vergi Ödeme Gücü

Vergi ödeme gücü ilkesi, vergi ödeme gücü aynı olan kimselerin aynı işleme tabi olmalarını ve farklı olanların da sahip oldukları vergi ödeme gücüne göre farklı işlemlere tabi olmalarını gerektirmektedir. Aynı ödeme gücüne sahip kişilerin aynı vergi yükümlülüğüne tabi olmaları “yatay adalet”; daha fazla ödeme gücüne sahip kişilerin, daha az ödeme gücüne sahip olanlardan daha çok vergi ödemeleri de “dikey adalet” kavramları ile ifade edilmektedir.

Vergi ödeme gücü ise, bireylerin kendilerini ve ailelerini geçindirebilecekleri gelirlerinden fazla olan kısmı olarak tanımlanmaktadır²².

Vergi ödeme gücü ilkesinin vergi uygulaması yönünden daha adil olduğu görüşü hâkimdir²³. Verginin ödeme gücüne göre alınmasıyla, vergi

¹⁹ MUSGRAVE Richard Abel/MUSGRAVE Peggy, **Public Finance in Theory and Practice**, Mcgraw Hill Book Company, New York 1989, s. 219 ; HINES James R. Jr., “What is Benefit Taxation?”, **Journal of Public Economics**, 75, 2000, 483; BULUTOĞLU Kenan, **Kamu Maliyesine Giriş – Devletin Ekonomik Kuramı**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 417; YERELİ/ATA, s. 24-25.

²⁰ YERELİ/ATA, s. 25.

²¹ BUCHANAN James M./FLOWERS Marilyn, (Çev. ÖZGEN Ferhat B.), “Mali Sürece İlişkin Kuralların İyileştirilmesi Amacıyla Vergi ve Harcama Yetkilerinin Çerçevesinin Belirlenmesi”, **Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi**, Yıl 37, Sayı 11, Kasım 2000, s. 59.

²² AKDOĞAN, s. 217; AYDIN Selda, “Vergi Uygulamasında Yararlanma İlkesi ve Ödeme Gücü İlkesinin Karşılaştırılması”, **Vergi Sorunları**, S. 128, Mayıs 1999, s. 22; Bkz. ŞENER, s. 213-223.

²³ AKDOĞAN, s. 217; AYDIN, s. 12.

yükü adil ve mükellefleri güç durumda bırakmayacak şekilde dağıtılmaya çalışılmaktadır²⁴.

c. Vergi Ödeme Gücüne Ulaşmak Açısından Yararlanılan Teknikler

Vergi yükünün adaletli bir şekilde dağıtılabilmesi için, bireylerin insanca yaşayabilmelerine ancak yetecek kadarki mali güçlerinden vergi alınmaması gerekmektedir²⁵. Vergi ödeme gücünü tam olarak saptayabilmek ise mümkün değildir. Ancak günümüzde bazı teknik ve araçlarla vergi ödeme gücüne ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bilhassa gelir vergisi açısından etkili olan bu teknik veya araçlar arasında en az geçim indirimi uygulaması, artan oranlı vergi tarifeleri, ayırma ilkesi ile istisna ve muafiyetler sayılabilir²⁶. Çalışma kapsamında artan oranlı vergi tarifeleri incelendiğinden, diğer teknik ve araçlar üzerinde durulmayacaktır.

d. Vergi Ödeme Gücü Açısından Artan Oranlı Vergi Tarifelerinin Önemi

Vergi tarifeleri, devletin ihtiyaç duyduğu vergilerin toplanmasında olduğu kadar, bireylerin vergi ödeme gücüne ulaşılabilmesinde de kullanılan, vergilemede adaletin sağlanmasında etkili olan en önemli araçlardan biridir. Vergileme sistemi, hem hazinenin gerek duyduğu kadar vergi toplayabilecek ve bu arada bireyler arasında adaletli davranabilecek bir vergi tarifesine sahip olmalıdır²⁷.

Bir vergi sistemi, kamu harcamalarının yükünü topluma adil şekilde dağıtacak ve verginin toplum üzerindeki olumsuz etkisini, en aza indirecek şekilde tesis edilmelidir. Bu amacın sağlanabilmesi için, vergilemede adalet ve ödeme gücü; eşitlik ve genellik; verimlilik ve etkinlik ile belirlilik ve açıklık ilkelerinin gerçekleştirilmesi gerekir²⁸.

²⁴ AKDOĞAN, s. 217. Bkz. LANG Joachim, (Çev. BAŞARAN Funda), "Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri", XII. Maliye Sempozyumu'nda Sunulan Tebliğ, Bodrum 1998, s. 6-15.

²⁵ AKDOĞAN Abdurrahman, **Gelir Vergisi Açısından Vergi Adaletine Teknik Bir Yaklaşım**, Maliye ve Vergi Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara 1980, s. 1.

²⁶ AKDOĞAN, s. 225-253; BİLİCİ/BİLİCİ, s. 155.

²⁷ KORKUSUZ Mehmet, "Gelir Vergisi Tevkifat Oranlarının Yeniden Belirlenmesi İhtiyacı", **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 287, 1 Ocak 1999, s. 28.

²⁸ Bu bakımdan vergi sisteminin yalnızca vergi ödeme gücü ilkesine dayandırılması ve diğer ilkelerin göz ardı edilmesi bir eksiklik oluşturacaktır. Bkz: GEDİKLİ Bülent,

Vergilemede ekonomik etkinlik ilkesi ile vergi sisteminin, kişi başına üretimi azamîleştirecek, kalkınma hızının mümkün olan en yüksek seviyede gerçekleşmesini kolaylaştıracak, aşırı vergi yükünü önleyecek ve reel gelir artışını sağlayacak ekonomik davranışları teşvik edecek bir niteliğe sahip olması amaçlanmaktadır. Bu ilkeye göre vergiler, iktisadi kalkınmaya elverişli faaliyetleri teşvik etmeli, verimli olmayan faaliyetleri ise caydırmalıdır²⁹.

Vergileme sonucunda kişisel davranışlarda herhangi bir değişiklik meydana gelmiyorsa, aşırı bir vergi yükü ve ekonomik etkinsizlik söz konusu olmayacaktır. Mükellefler üzerindeki yükü en aza indiren ve davranışlarını en az seviyede değiştiren bir vergi sistemi ekonomik olarak etkindir. Artan oranlı vergiler ise ekonomik faaliyetleri etkileyebilmektedir³⁰.

Vergi ödeme gücüne göre vergi alınmış olması için, bireylerin gelir dilimlerine göre, gittikçe artan oranlarda vergi alınması gerekir³¹.

Artan oranlılık, vergi ödeme gücünün gerçekleştirilmesi için başvuru olan araçlardan birisidir ve iki anlamda kullanılmaktadır³²; bunlardan biri, daha kapsamlı olup, ekonomik ve sosyal bir niteliğe sahiptir. Buna göre artan oranlılık, yükümlülerin toplu vergi ödeme güçleri dikkate alınarak, artan oranlarda vergilendirilmeleridir. Diğeri ise, daha özel ve çok teknik bir kavramdır ve buna göre artan oranlılık, matrah arttıkça vergi oranının da yükselmesini ifade etmektedir.

Vergi oranlarının, tarifinin ilk basamaklarında düşük olarak belirlenmesi ve basamakların geniş miktarlara göre düzenlenmesi ve bunlara karşın son basamaklarda oranların yükseltilerek marjinal ve ortalama oranların yükseltilmesi, vergi adaletini sağlamada etkili olacaktır. Artan oranlı tarifeye göre alınan vergiler, aslında marjinal fayda teorisinden doğmuştur. Buna göre, insanın servet ve geliri arttıkça, bunların son

“Vergi Sistemimizin Parametrelerine Genel Bir Bakış”, **Vergi Dünyası**, S. 182, Ekim 1996, s. 46-47.

²⁹ GÖKBUNAR Ali Rıza, “Vergileme İlkeleri ve Küreselleşme”, **Celal Bayar Üniversitesi İİBF Yönetim ve Ekonomi Dergisi**, Yıl:1998, S:4 s.177-201 s.183

³⁰ KARAYILMAZLAR Ekrem, “Artan Oranlı Gelir Vergisine Karşı Düz Oranlı Gelir Vergisi” **Piyasa**, Güz 2004, Sayı:12, s. 96-97.

³¹ BOZKURT Hamit, “Gelir Vergisi Tarifesi ve Verginin Ödenmesi”, **Sayıştay Mali Hukuk**, S. 49, Mart 1978, s. 51.

³² TEKİN, s. 7.

birimlerine verdikleri değer de o kadar azalır³³. Dolayısıyla, fedakârlık için geliri fazla olandan daha yüksek oranda vergi almak gerekir. Gelir vergisi ile veraset ve intikal vergileri, artan oranlılığın uygulandığı vergilerin başında gelmektedir³⁴.

II. TÜRK GELİR VERGİSİ TARİFESİNİN İNCELENMESİ

A. YAPISAL NİTELİĞİ İTİBARIYLA TÜRK GELİR VERGİSİ TARİFESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

a. 1980 Yılı Öncesi

Türkiye’de 1949 ve 1950 yıllarında yapılan düzenlemelerle, 5421 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 5423 sayılı Esnaf Vergisi Kanunu ve 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu’nu kabul edilmiştir. Yapılan bu kanunî düzenlemeler cumhuriyet tarihinin en önemli vergi reformu olarak kabul edilmekte ve bu suretle çağdaş vergiciliğe geçildiği vurgulanmaktadır³⁵.

Getirilen vergi sistemi, tarım kazançları dışında bütün gelir ve kazanç kaynaklarını vergilendiren, çağdaş bir vergi sistemiydi. Ancak, atılan bu temel yıllar geçtikçe geliştirilememiştir. Vergi oranları giderek artırılmıştır. Asgari geçim indirimi geliştirilmemiş, aksine kaldırılmıştır. Vergi ödeme gücü yüksek olan menkul ve gayrimenkul sermaye iradı sahiplerinin bazı kazançları vergi dışı bırakılmıştır³⁶.

9 Haziran 1949 tarihinde, 7228 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Gelir Vergisi Kanunu’nda gelir vergisi artan oranlı bir tarifeye sahipti. Tarife yedi dilimden oluşuyordu. Vergi tarifesi, Kanunun 99. maddesinde şu şekilde düzenlenmekteydi:

³³ AKDOĞAN, s. 239.

³⁴ ERDEM/ŞENYÜZ/TATLIOĞLU, s. 127.

³⁵ ÖNCEL Muallâ/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 10, 229; DOĞAN Hasan, “Vergi Düzenimiz Yeniden Ele Alınacaksa”, **Mükellefin Dergisi**, S. 79, Temmuz 1999, s. 7.

³⁶ DOĞAN, s. 7-8.

	Gelir Dilimleri	Verginin Nispeti %
İlk	2 500 lira için	15
Sonra gelen	5 000 lira için	20
Sonra gelen	10 000 lira için	25
Sonra gelen	20 000 lira için	30
Sonra gelen	20 000 lira için	35
Sonra gelen	20 000 lira için	40
Sonra gelen	22 500 lira için	45
100000 lira ve daha fazla matrahlara % 35 nispeti uygulanır.		

1958’de dilim sayısı 10’a çıkartılmıştır. Türk vergi sisteminde, 1950 yılından sonra en kapsamlı değişiklikler, 1960 ve 1980 yıllarında yapılmıştır. Alt gelir diliminin vergi oranı düşürülmüş, üst gelir diliminin vergi oranı ise yükseltilmiştir. 1963 yılında yapılan bu düzenlemelerden sonra, 1980 yılına kadar gelir vergisi oranlarında herhangi bir düzenleme yapılmamıştır³⁷.

1980 Yılına Kadar Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi³⁸		
	Dilimler (TL)	Oranlar (%)
İlk dilim	2.500	10
Sonra gelen	2.500	15
Sonra gelen	5.000	20
Sonra gelen	15.000	25
Sonra gelen	30.000	30
Sonra gelen	60.000	45
Sonra gelen	150.000	55
Sonra gelen	225.000	60
Sonra gelen	255.000	65
Sonra gelen	285.000	68
1.000.000 ve fazlası	-	60

³⁷ SELİM Raziye/ŞENESEN Ümit, “Gelir Vergisinin 1960’dan Sonra Türkiye Kişisel Gelir Dağılımı Üzerine Etkisi”, **İktisat İşletme ve Finans**, S. 158, Mayıs 1999, s. 34; NEMLİ Arif, **Kamu Maliyesi**, İ.Ü.İ.F. Maliye Enstitüsü Yayınları, İstanbul 1979, s. 162; İlgili dönemdeki vergi tarifeleri ve yapılan değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: YILMAZ, s. 257 vd.

³⁸ 202 sayılı Kanun, Resmi Gazete (RG), 28.02.1963, S. 11343.

b. 1980 Yılı Sonrası

1980 sonrasında, ekonomi politikasındaki değişikliklere paralel olarak vergi sisteminde de büyük boyutta değişiklikler yapılmıştır. Bu dönemde, tasarruf eğiliminin yüksek olduğu varsayılan yüksek gelirli kesimin vergi yükü azaltılarak, bunlar vasıtasıyla özel yatırımların desteklenmesi ve böylece kamu yatırımlarını geriletici politikaların telafisi, vergi politikasının en öncelikli amaçlarından biriydi. Ayrıca, gelir ve kurumlar vergisinde istisna ve muafiyetlerin kapsamı genişletilmiştir. Yapılan değişikliklerle gelir vergisi, gerçek usulde toplanan bir vergi olmaktan büyük ölçüde uzaklaşmıştır³⁹.

Gelir vergisi dilimleri ve oranlarında yapılan düzenlemeler de, vergi sistemindeki düzenlemelerin bir uzantısı olarak gerçekleşmiştir. Enflasyon nedeniyle aşınmış bulunan 1980 öncesi gelir dilimlerinin ilk onu, 1981 yılında birinci gelir dilimini oluşturmuştur. Gelir vergisi tarifesi, hesaplama kolaylığı sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. 1980 yılı öncesi vergi tarifelerinden farklı olarak, her dilim içerisinde, daha önceki dilimlerle ilgili oranlara göre hesaplanan vergi tutarı belirtildiğinden, verginin hesaplanması daha kolaylaşmış ve basitleşmiştir⁴⁰.

1981-1985 yılları arasında gelir dilimleri sabit tutularak marjinal vergi oranları düşürülmüştür. 1981 yılı gelirlerine uygulanan tarifedeki dilim sayısı altıya indirilmiş, ilk dilime uygulanan oran % 40'a, son dilime uygulanan oran % 75'e yükseltilmiştir. 25.000.000 lirayı aşan gelirler için % 66 oranı uygulanmıştır⁴¹.

³⁹ SELİM/ŞENESEN, s. 34.

⁴⁰ AKDOĞAN Abdurrahman, **Vergilerin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi**, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, Ankara 1996, s. 20; "Artan oranlı tarifeyi **kümülatif tarife** biçimine dönüştürerek ifade etmek de mümkündür. Bundan amaç, vergiyi hesaplarken kolaylık sağlamaktır. Dilimli tarifede matrahın tamamını vergilendirebilmek için matrahın yüksekliğine bağlı olarak birden fazla hesaplama yapmak gerekirken, kümülatif olarak düzenlemelerde matraha ilişkin en fazla iki hesaplama yapılarak vergi bulunur" ERDEM/ŞENYÜZ/TATLIOĞLU, s. 126.

⁴¹ YILMAZ, s. 258.

1981 Yılı Gelirleri İçin Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi⁴²						
1.000.000	liraya kadar					% 40
3.000.000	liranın	1.000.000	lirası için	400.000	lira, fazlası	% 45
5.000.000	liranın	3.000.000	lirası için	1.300.000	lira, fazlası	% 50
10.000.000	liranın	5.000.000	lirası için	2.300.000	lira, fazlası	% 60
15.000.000	Liranın	10.000.000	lirası için	5.300.000	lira, fazlası	% 70
25.000.000	Liranın	15.000.000	lirası için	8.800.000	lira, fazlası	% 75
25.000.000	liradan fazlasının	25.000.000	lirası için	16.300.000	lira, fazlası	% 66
nispetinde vergilendirilir.						

1982 yılı gelirlerine uygulanacak tarifede oran değişikliğine gidilmiş oranlar azaltılmıştır:

1982 Yılı Gelirleri İçin Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi⁴³						
1.000.000	liraya kadar					% 25
3.000.000	liranın	1.000.000	lirası için	250.000	lira, fazlası	% 30
5.000.000	liranın	3.000.000	lirası için	850.000	lira, fazlası	% 38
10.000.000	liranın	5.000.000	lirası için	1.610.000	lira, fazlası	% 48
15.000.000	liranın	10.000.000	lirası için	4.010.000	lira, fazlası	% 58
25.000.000	liranın	15.000.000	lirası için	6.910.000	lira, fazlası	% 63
25.000.000	liradan fazlasının	25.000.000	lirası için	13.210.000	lira, fazlası	% 55
nispetinde vergilendirilir.						

1986 yılında ise gelir dilimleri genişletilerek, üst gelir gruplarının marjinal vergi oranları düşürülürken, alt gelir marjinal vergi oranları sabit

⁴² 2361 sayılı Kanun, RG, 27.12.1980, S. 17203.

⁴³ 2574 sayılı Kanun, RG, 05.01.1982, S. 17565.

bırakılmıştır⁴⁴. 1985 yılına kadar uygulanan belli seviyeyi aşan gelirler için son dilime uygulanan orandan daha düşük oran uygulamasına 1986 yılından itibaren son verilmiştir⁴⁵.

1986 Yılı Gelirleri İçin Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi ⁴⁶						
3.000.000	liraya kadar					% 25
6.000.000	liranın	3.000.000	lirası	750.000	lira,	% 30
			için		fazlası	
12.000.000	liranın	6.000.000	lirası	1.650.000	lira,	% 35
0			için		fazlası	
24.000.000	liranın	12.000.000	lirası	3.750.000	lira,	% 40
0		0	için		fazlası	
48.000.000	liranın	24.000.000	lirası	8.550.000	lira,	% 45
0		0	için		fazlası	
48.000.000	liradan	48.000.000	lirası	19.350.000	lira,	% 50
0	fazlasının	0	için	0	fazlası	
Nispetinde vergilendirilir						

Daha sonra yapılan düzenlemeyle, 1994 yılı için geçerli gelir vergisi tarifesinde dilim sayısı bir artırılarak altıya çıkarılmış, oranlar % 25 ila % 55 arasında düzenlenmiştir.

1994 Yılı Gelirleri İçin Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi ⁴⁷ (x milyon TL)						
75	liraya kadar					% 25
150	liranın	75	lirası için	18,75	lira, fazlası	% 30
300	liranın	150	lirası için	41,25	lira, fazlası	% 35
600	liranın	300	lirası için	93,75	lira, fazlası	% 40
1.200	Liranın	600	lirası için	213,75	lira, fazlası	% 45
2.400	Liranın	1.200	lirası için	483,75	lira, fazlası	% 50
2.400	liradan fazlasının	2.400	lirası için	1.083,75	lira, fazlası	% 55
Nispetinde vergilendirilir.						

1994 ila 1998 yıllarında uygulanan vergi tarifesinde dilim sayısı 6'dan 7'ye çıkarılmıştır. Ayrıca tarifenin yükseklik farkı da 25'ten 30'a

⁴⁴ SELİM/ŞENESEN, s. 34-35.

⁴⁵ YILMAZ, s. 259.

⁴⁶ 3239 sayılı Kanun, RG, 11.12.1985, S. 18955.

⁴⁷ 3946 sayılı Kanun, RG, 30.12.1993, S. 21804 mükerrer.

artırılmıştır. Bunun temel sebebi olarak 1994'teki ekonomik kriz gösterilmektedir⁴⁸.

4369 sayılı Kanunla⁴⁹ yapılan düzenlemeyle, 1998 yılının ikinci yarısından itibaren geçerli olmak üzere, gelir vergisi tarifesi oranları 10'ar puan aşağıya çekilmiş, en üst gelir grubunu ilgilendiren oran ise 15 puan indirilmiştir. Dilim sayısı yediden altıya indirilmiştir. Ayrıca ilk dilim % 166 ve son dilim de % 108 artırılmıştır. Bu düzenlemelerin alt gelir gruplarını koruyan bir özellik taşıdığı belirtilmektedir⁵⁰.

Kanunun gerekçesinde, içinde yaşanabilir bir vergi sistemi gerçekleştirmek için böyle yapıldığı, gelirlerde beklenmeyen bir azalmaya neden olmamak için gelir vergisindeki köklü oran indirimlerinin 1998 ve 1999 yıllarında iki aşamada yaşama geçirileceği belirtilmiştir. Gelir vergisi tarifesinin alt dilim oranlarındaki 10 puanlık indirimle, alt gelir grubundaki kimselerin vergi yükünün hafifletildiği; en üst marjinal oranlarda yapılan 10 puanlık indirimle de, girişimcilik ruhunu destekleyen bir vergi yapısından girişimciliği teşvik eden düşük oranlı bir yapıya geçildiği belirtilmektedir.

Aynı Kanun'un 54. maddesiyle Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 52. madde ile, birden fazla işverenden alınan ücretlerin birleştirilerek beyan edilmesi ve vergilendirilmesi sağlanmıştı. Ancak 4444 sayılı Kanun⁵¹ değişikliğiyle, bir veya birden çok işverenden alınan ücret gelirlerinin, yıl içinde bir kez vergilendirilmeleri hükmü getirilmiştir. Bunun sonucunda, tek işverenden alınan ücretler birleştirilmiş olarak daha yüksek oranlarda; birden fazla işverenden alınan ücretler ise, her biri ayrı işveren tarafından düşük oranlarda (ilk vergi dilimi üzerinden) vergilendirileceğinden bu ücretlerin vergi yükü çok daha düşük olacaktır. Dolayısıyla, bir ve birden fazla işverenden alınan ücret gelirlerinin vergilendirilmesinde, büyük bir vergi

⁴⁸ Bkz: ARMAĞAN Ramazan, "Türkiye'de Gelir ve Kurumlar Vergisi Oranlarında İndirimin Vergi Gelirleri Üzerine Etkileri", Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, yıl 2007, C. 12, S. 3, s. 230.

⁴⁹ 4369 sayılı Kanun, RG, 29.07.1998, S. 23417 mükerrer.

⁵⁰ GÜNGÖR Kamil, "4369 Sayılı Yasa İle Getirilen Temel Değişikliklerin 2003 Mali Yılına Girmeden Hatırlanması ve İrdelenmesi", *Mevzuat Dergisi*, yıl 5, S. 56, Ağustos 2002, <http://www.mevzuatdergisi.com/2002/08a/01.ht>, ET. 05.01.2011.

⁵¹ 4444 sayılı Kanun, RG, 14.08.1999, S. 23786.

adaletsizliği yaşanarak; az ücretten çok, çok ücretten de az vergi alınmış olacaktır⁵².

4369 sayılı Kanunla 1998 yılının ikinci yarısından itibaren elde edilen ücret gelirlerine uygulanan gelir vergisi tarifesi değiştirilmiştir. Ücret gelirlerinin vergilendirilmesinde, diğer gelir türlerine nazaran beş puanlık indirimle gidilmiştir. 4444 sayılı Kanunla da Gelir Vergisi Kanununa eklenen geçici 57. madde gereğince 1999 yılından itibaren ücret gelirlerinin vergilendirilmesinin diğer gelir unsurlarına uygulanan oranlardan 5 puan düşük uygulanmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Ücretlilere farklı vergi tarifesinin uygulaması hayata geçirilmesiyle, ayırma ilkesi gerçek anlamda uygulanır hale gelmiştir⁵³.

1999 yılında ücret ve ücret dışındaki gelirler için uygulanacak gelir vergisi tarifesi şu şekildedir:

1999 Yılı ÜCRET Gelirleri İçin Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi (x milyon TL)						
2000	liraya kadar					% 15
5.000	liranın	2.000	lirası için	300	lira, fazlası	% 20
10.000	liranın	5.000	lirası için	900	lira, fazlası	% 25
25.000	liranın	10.000	lirası için	2.150	lira, fazlası	% 30
50.000	liranın	25.000	lirası için	6.650	lira, fazlası	% 35
50.000	liradan fazlasının oranında	50.000	lirası için	15.400	lira, fazlası	% 40

⁵² Bkz. ÇANKAYA İslam, “Bu Bir Vergi Ayıbıdır”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 308, 15 Kasım 1999, s. 104; BULUT Mehmet, “Birden Fazla İşverenden Alınan Ücretin Beyanında Uygulanacak Vergi Oranı” **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 305, 1 Ekim 1999, s. 89-91.

⁵³ YILMAZ, s. 253; GERÇEK Adnan, “Ücretlerin Vergilendirilmesi ve 6009 Sayılı Kanunla Bu Konuda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/adnangercek/002/#_edn9, ET. 05.01.2011.

1999 Yılı Ücret Dışı DİĞER Gelirler İçin Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi (x milyon TL)						
2000	liraya kadar					% 20
5.000	liranın	2.000	lirası için	400	lira, fazlası	% 25
10.000	liranın	5.000	lirası için	1.150	lira, fazlası	% 30
25.000	liranın	10.000	lirası için	2.650	lira, fazlası	% 35
50.000	liranın	25.000	lirası için	7.900	lira, fazlası	% 40
50.000	liradan fazlasının	50.000	lirası için	17.900	lira, fazlası	% 45
	oranında					vergilendirilir.

4444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, tarife yapısı, önceki tarifelere göre yumuşatılmış olmaktadır. 1999 ila 2004 arasında dilimler Bakanlar Kurulu kararları ile yükseltilmiş, böylece uzunluk farkı değişmesine rağmen, dilim sayısı, oranlar ve artma oranı aynı kalmıştır⁵⁴. İlgili dönemde yükseklik farkı 25 olarak gerçekleşmiştir.

Ülkemizde ayırma ilkesi kapsamında uzun yıllar özel indirim uygulanmıştır. Ancak 2004 yılından itibaren özel indirim uygulamasına son verilmiştir. 2008 yılından itibaren sadece ücret geliri elde edenlere yönelik olarak asgarî geçim indirimi uygulamasına geçilmiştir⁵⁵.

⁵⁴ YILMAZ, s. 259.

⁵⁵ Bkz. GERÇEK, agm; KIZILOT Şükrü, “Çağdaş Vergicilikte Oran Yapısı ve Türk Vergi Sistemi”, **Vergi Sorunları**, S. 111, Aralık 1997, s. 65-79; BİLİCİ Nurettin, “Türk Vergi Sisteminin Genel Bir Değerlendirmesi”, **Yaklaşım**, S. 58, Ekim 1997, s. 121-122; KALKAN Süleyman, “Bir Bütün Olarak İngiliz Vergi Sistemi”, **Vergi Dünyası**, S. 182, Ekim 1996, s. 31-39; KANTARCI H. Bülent, “Avrupa Birliğine Üye Ülkelerde ve Türkiye’de Gelir Vergisi Tarifesi ve Hesaplama Oranlarının Karşılaştırılması”, **Vergi Sorunları**, S. 110, Kasım 1997, s. 114-120.

GVK madde 32: “Ücretin gerçek usûlde vergilendirilmesinde asgarî geçim indirimi uygulanır.

Asgarî geçim indirimi; ücretin elde edildiği takvim yılı başında geçerli olan ve sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgarî ücretin yıllık brüt tutarının; mükellefin kendisi için % 50’si, çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan eşi için % 10’u, çocukların her biri için ayrı ayrı olmak üzere; ilk iki çocuk için % 7,5 diğer çocuklar için % 5’idir. Gelirin kısmî döneme ait olması halinde, ay kesirleri tam ay sayılmak suretiyle bu süreye isabet eden indirim tutarları esas alınır. Asgarî geçim indirimi, bu fıkra göre belirlenen tutar ile 103 üncü maddedeki gelir vergisi tarifesinin birinci gelir dilimine uygulanan oranın çarpılmasıyla bulunan tutarın, hesaplanan

4369 Sayılı yasa ile sadece gelir vergisinin değil, başta gelir üzerinden alınan kurumlar vergisi olmak üzere diğer bazı vergilerin oranlarında da değişiklikler yapılmıştır.

Daha sonra çıkarılan 5281 sayılı Kanunla⁵⁶ yapılan düzenleme ile 2005 yılı gelirleri için uygulanacak gelir vergisi tarifesi yeniden belirlenmiş, son dilime uygulanan vergi oranı beş puan düşürülmüştür. Ücret gelirlerinin vergilendirilmesinde tarifede yer alan vergi oranlarının beş puan indirilmek suretiyle uygulanmasına devam edilmiştir.

2005 Yılı ÜCRET DIŞI Gelirler İçin Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi					
(Yeni Türk Lirası) (Ücret Gelirleri 5 puan az olarak uygulanmaktadır)					
6600	liraya kadar				% 20
15000	liranın	6600	lirası için	1320	lira, fazlası % 25
30000	liranın	15000	lirası için	3420	lira, fazlası % 30
78000	liranın	30000	lirası için	7920	lira, fazlası % 35
78000	liradan fazlasının	78000	lirası için	24720	lira, fazlası % 40
oranında vergilendirilir.					

5479 sayılı Kanununun 1. maddesiyle 1.1.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yapılan değişiklikle, gelir vergisinde iki ayrı tarife uygulamasına son verilmiştir. Ayrıca, dilim sayısı beşten dörde indirilmiş, tarifenin uygulandığı gelir uzunluğu iyice kısaltılmıştır. Ücretlilere tanınan beş puanlık indirimin kaldırılması, yani ayırma ilkesinin sona erdirilmesi vergi adaletine aykırılık oluşturmaktadır⁵⁷.

2006 Yılı Gelirleri (Ücret Geliri Dahil) TÜM GELİRLER İçin Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi					
7.000	liraya kadar				% 15
18.000	liranın	7.000	lirası için	1.050	lira, fazlası % 20
40.000	liranın	18.000	lirası için	3.250	lira, fazlası % 27
40.000	liradan fazlasının	40.000	lirası için	9.190	lira, fazlası % 35

vergiden mahsup edilmesi suretiyle uygulanır. Mahsup edilecek kısmın fazla olması halinde iade yapılmaz”.

⁵⁶ 5281 sayılı Kanun, RG, 31.12.2004, S. 25687 (3. Mükerrer).

⁵⁷ YILMAZ, s. 262-263.

Yeni tarifede diğer gelirlerle ücret gelirlerinin vergi oranları eşitlenmiştir. Toplam dilim sayısı dörde indirilmiş olup üçüncü dilimdeki oran %27 ve son dilim ise %35 olarak belirlenmiştir. Üçüncü dilimin oranı eski tarifeye göre ücret gelirlerinde bir artışı, diğer gelirlerde ise yine azalmayı ifade etmektedir. Dördüncü dilimde de yine ücret gelirleri için bir artış söz konusu iken, diğer gelirler için bir değişiklik olmamıştır. Beşinci dilim kaldırılmış, 40000 liradan fazlası için tüm gelirlerde % 35 oranı belirlenmiştir. Ücret gelirleri için daha önce 78000 liradan fazlası % 35'lik dilime girerken, yeni tarife sonrası 40000 liradan fazlası bu dilime girmektedir. Dolayısıyla ücret dışı gelirlerde % 35'lik orana giren matrahta bir avantaj, ücret gelirlerinde ise dezavantaj meydana gelmiştir⁵⁸.

5479 sayılı Kanunla yapılan tarife değişikliği, anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, ücret gelirlerinin ücret dışı gelirlerle aynı oranda vergiye tabi tutulmasının adalet ilkesini zedeleyeceğini vurgulamış ve "...fazlası % 35 oranında ..." ibaresini "ücret gelirleri" yönünden anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkemenin kararında vurgulanan hususlar şu şekildedir⁵⁹: "*Önceki tarifede, ilk dilimde 6.600 liraya kadar uygulanan % 15 oranı yeni tarifede 7.000 liraya kadar uygulanacaktır. Bu dilimde ücretliler yönünden 400 liralık bir matrah farkı söz konusudur. İkinci dilimde önceki tarifede 6.600-15.000 arası % 20 oranına tabi tutulurken yeni tarifede bu dilimin üst tutarı 18.000 lira olarak belirlenmiştir. Bu dilimde de ücretliler açısından (18.000-15.000) 3.000 liralık bir matrah farkı doğmaktadır. Üçüncü dilimde, önceki tarifede 15.000-30.000 arası % 25 oranında vergilendirilirken yeni tarifede 18.000-40.000 arası vergi oranı % 27'ye çıkarılmıştır. Dolayısıyla (30.000-18.000) 12.000 lira matrah farkının bu dilimde ücretliler aleyhine vergilendirilmesi düzenlenmiştir. Dördüncü dilimde ise 40.000 lira ve fazlası matrahın vergi oranı % 35 olarak belirlenmiştir. Böylece, önceki tarifede ücret gelirleri yönünden 78.000 lira fazlası için uygulanan % 35 oranı, yeni tarifede 40.000 liraya çekilerek (78.000-40.000) 38.000 lira matrah farkının yine ücretliler aleyhine vergilendirilmesi öngörülmüştür*".

⁵⁸ ÜSTÜN Ümit Süleyman, "Anayasa Mahkemesinin Ücret Gelirlerine İlişkin Gelir Vergisi Tarifesi İptal Kararı ve Değerlendirilmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, yıl 2010, C. XIV, S. 2, s. 595-596.

⁵⁹ Bkz.: AYM., 15.10.2009 tarih ve E. 2006/95, K.2009/144, RG., 8.1.2010, S. 27456.

Anayasa Mahkemesinin kararına uygun olarak daha sonra çıkarılan 6009 sayılı Kanunla⁶⁰ gelir vergisi tarifelerini yeniden düzenlenmiştir:

6009 sayılı Kanunla Yapılan Düzenleme - <i>Gelir Vergisine Tabi (ÜCRETLER DIŞINDAKİ) Gelirler</i>		
8.800	TL'ye kadar	% 15
22.000	TL'nin 8.800 TL'si için 1.320 TL, fazlası	% 20
50.000	TL'nin 22.000 TL'si için 3.960 TL, fazlası	% 27
50.000	TL'den fazlasının 50.000 TL'si için 11.520 TL, fazlası	% 35

Oranında vergilendirilir

6009 sayılı Kanunla Yapılan Düzenleme - <i>ÜCRETLER</i>		
8.800	TL'ye kadar	% 15
22.000	TL'nin 8.800 TL'si için 1.320 TL, fazlası	% 20
76.200	TL'nin 22.000 TL'si için 3.960 TL, fazlası	% 27
76.200	TL'den fazlasının 76.200 TL'si için 18.594 TL, fazlası	% 35

Oranında vergilendirilir

En son olarak 2012 yılı gelirleri için geçerli olacak tarife dilimleri, 280 seri numaralı Gelir Vergisi genel tebliği⁶¹ ile şu şekilde belirlenmiştir:

2012 Yılı Gelirleri İçin Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi - <i>Gelir Vergisine Tabi (ÜCRETLER DIŞINDAKİ) Gelirler</i>		
10.000	TL'ye kadar	% 15
25.000	TL'nin 10.000 TL'si için 1.500 TL, fazlası	% 20
58.000	TL'nin 25.000 TL'si için 4.500 TL, fazlası	% 27
58.000	TL'den fazlasının 58.000 TL'si için 13.410 TL, fazlası	% 35

Oranında vergilendirilir

⁶⁰ 6009 sayılı "Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 01.08.2010, S. 27659.

⁶¹ 280 seri numaralı Gelir Vergisi Genel Tebliği, RG, 26.12.2011, S. 28154.

2012 Yılı Gelirleri İçin Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi - ÜCRETLER			
10.000	TL'ye kadar		% 15
25.000	TL'nin	10.000TL'si için 1.500 TL, fazlası	% 20
88.000	TL'nin	25.000TL'si için 4.500 TL, fazlası	% 27
88.000	TL'den fazlasının	88.000 TL'si için 21.510 TL, fazlası	% 35

Oranında vergilendirilir

B. GELİR VERGİSİ TARİFESİNİN YAPISI VE ÖZELLİKLERİ

Türk Gelir Vergisi, dilim usulüne göre hazırlanmış olan artan oranlı bir tarifeye sahiptir. Vergi matrahı belli dilimlere ayrılmıştır; her dilimdeki matrah bir üst dilim sınırına kadar belirli bir oranda vergilenmekte, sınırı aşan matrah yeni bir üst sınıra kadar, yeni ve daha yüksek bir oranda vergiye tabi tutulmakta ve bu şekilde devam etmektedir⁶². Düzenleniş şekli ve tekniği bakımından basitlik sağlamaktadır⁶³. Bu basitlik ise hem mükellefler ve vergi sorumluları, hem de vergi idaresi açısından büyük önem taşımaktadır⁶⁴.

Gelir vergisi tarifesinin ilk dilimi, ilk dilim sınırına kadar olan gelirler için, tek oranlı bir tarife özelliği taşımaktadır. Tarifedeki basamak sayısı azdır. 1980 yılı öncesinde uygulanan dilim sayısı 10 iken, günümüzde 4 olması, vergilemede ödeme gücü ilkesine aykırılık göstermektedir. Zira dilim sayısı azaldıkça, dilimler arasında dikey eşitliği bozucu uygulamalara neden olmaktadır⁶⁵. Tarife dilimlerindeki artış ile oranlardaki artış oranları arasındaki ilişki yeterli düzeyde değildir ve vergi ödeme gücünün takip edilmesi yönünden yetersiz kalmaktadır. Ama uygulama kolaylığına sahiptir ve vergi cetveli kullanılmasına gerek bulunmamaktadır⁶⁶.

⁶² ULUATAM Özhan, **Vergi Hukuku**, Ankara 1995, s. 323.

⁶³ AKDOĞAN Abdurrahman, **Türk Vergi Sistemi ve Uygulaması**, Gazi Kitabevi, Ankara 1995, s.173.

⁶⁴ AKDOĞAN Abdurrahman: **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Gazi Kitabevi, Ankara 2009, s. 338.

⁶⁵ Ekonomi Forumu, **Türk Vergi Sistemi**, İstanbul 1990, Friedrich-Ebert-Stiftung, s. 2.

⁶⁶ Karş. AKDOĞAN, Vergiler, s. 20.

Gelir vergisi tarifесinin basamak ve oransal yapısı, basık bir özellik taşımaktadır. Gelir dilimlerindeki büyük artışlarla, oranlardaki yükselişler uyum göstermemekte ve artan oranlı vergi etkisi büyük ölçüde kaybolmaktadır. Tarifedeki taban vergi oranı ile tavan vergi oranına tabi olan gelir tutarında ortaya çıkan ortalama vergi oranı arasındaki değişim düşük düzeydedir. Basamak sayısının azlığı, gelir seviyesindeki değişimle bağlantılı olarak, ortalama vergi oranının oldukça dar bir sınıf aralığı içinde değişimine sebep olmaktadır⁶⁷.

Aşağıdaki tablolarda gelir dilimlerine göre verginin görünümü ve nisbi artışları gösterilmektedir⁶⁸: (Bir kıyaslama yapılabilmesi için 1999 yılı tarifesi ile mevcut tarife yapısına ilişkin artış oranları birlikte verilmektedir).

Türk Gelir Vergisinde Gelir Dilimlerine Göre Verginin Görünümü ve Oransal Artışı 1999 Yılı ÜCRET DIŞI Gelirler İçin Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi (Milyon TL)

Gelir Dilimi	Vergi Oranı (%)	Dilimin Vergisi	Kümülatif Gelir	Dilimlerin Kümülatif Vergisi	Ortalama Vergi Oranı (%)	Oranın Artışı (%)
2.000'e kadar	20	400	2.000	400	20	-
2.000-5.000	25	750	5.000	1.150	23	3
5.000-10.000	30	1.500	10.000	2.650	26,5	3,5
10.000-25.000	35	5.250	25.000	7.900	31,6	5,1
25.000-50.000	40	10.000	50.000	17.900	35,8	4,2
50.000'den fazla	45	-	-	-	-	-

⁶⁷ AKDOĞAN, Vergiler, s. 21.

⁶⁸ Tablolar, AKDOĞAN, Gelir Vergisi, s. 58'den uyarlanarak düzenlenmiştir.

2012 Yılı ÜCRET DIŞI GELİRLER İçin Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi

Gelir Dilimi	Vergi Oranı (%)	Dilimin Vergisi	Kümülatif Gelir	Dilimlerin Kümülatif Vergisi	Ortalama Vergi Oranı (%)	Oranın Artışı (%)
10.000'e kadar	15	1.500	10.000	1.500	15	-
10.000 - 25.000	20	3.000	25.000	4.500	18	3
25.000 - 58.000	27	8.910	58.000	13.410	23,12	5,12
58.000'den fazla	35	-	-	-	-	-

2012 Yılı ÜCRET GELİRLERİ İçin Uygulanan Gelir Vergisi Tarifesi

Gelir Dilimi	Vergi Oranı (%)	Dilimin Vergisi	Kümülatif Gelir	Dilimlerin Kümülatif Vergisi	Ortalama Vergi Oranı (%)	Oranın Artışı (%)
10.000'e kadar	15	1.500	10.000	1.500	15	-
10.000 - 25.000	20	3.000	25.000	4.500	18	3
25.000 - 88.000	27	17.010	88.000	21.510	24,44	6,44
88.000'den fazla	35	-	-	-	-	-

Tablolarda görüldüğü üzere, 1999 yılı gelirlerinde, 25 milyar TL'lik gelir dilimine kadar ortalama vergi artış oranları dik bir şekilde yükselmekte, bu tutardan sonra azalışa geçmektedir. Yüksek gelir sahipleri yüksek oranlarda vergilenmiş olmalarına rağmen, gelir düzeyi en yüksek düzeye çıktıkça, artan oranlılık özelliği kaybolmaktadır.

2012 yılı gelirlerinde ise, dilim sayısının azalmasının, artan oranlılıktan beklenen faydayı gerçekleştirmekten uzak olduğu anlaşılmaktadır. Vergide dengeli ve adaletli bir artış için dilim sayısının artırılması gerekmektedir.

Mevcut tarife ücret gelirleri bakımından adaleti gerçekleştirmekten uzak görünmektedir. Özellikle düşük gelir elde eden ücretliler bakımından tarifenin olumlu bir yönü bulunmamaktadır. Sadece son iki dilim bakımından dilim tutarının artırılması, adaleti yeterince gerçekleştirmeyecektir. Tarife bu haliyle ayırma ilkesinin gereklerini tam olarak yerine getirememektedir.

C. GELİR VERGİSİ TARİFESİNDE ARTAN ORANLILIK

Türkiye'deki gelir vergisinin 1960 – 1986 yıllarındaki artan oranlılığını ölçen ekonometrik bir çalışmada⁶⁹; 1960'da gelir vergisinin artan oranlı bir yapıya sahip olduğu, 1960-1980 yılları arasında artan oranlılığın zamanla düşüş gösterdiği, 1980'lere gelindiğinde ise, gelir vergisinin en temel özelliği olan artan oranlılığını kaybettiği saptanmıştır.

Yine aynı çalışmaya göre, 1981'de artan oranlılık ölçülerinin düz oranlılık seviyesine yaklaştığı, 1981-1986 yıllarında vergi artan oranlılık ölçülerinde artış olduğu, ancak 1986 yılında vergi artan oranlılık ölçülerinin 1980 yılındaki seviyesine dahi ulaşamadıkları belirlenmiştir.

4369 ve 4444 sayılı Kanunlarla birlikte ücret gelirlerinin, diğer gelirlere uygulanan orandan beş puan indirilmek suretiyle vergilendirilmesi uygulanması geçilmesi, ayırma ilkesinin gerçekleşmesine ve böylelikle vergi adaletine uygun bir düzenleme niteliğindedir. Ancak 5479 sayılı Kanunla bu uygulamaya son verilmesi, vergi adaleti bakımından olumsuz niteliktedir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonucu şekillenen mevcut tarifenin ise, sadece yüksek ücretliler bakımından kısmî nitelikte adalet sağladığından bahsedilebilir.

Ayrıca en az geçim indiriminin ücret gelirleri için uygulama konulmasıyla, ücretlilerin vergi yükünde azalma meydana gelmiştir. Özellikle düşük gelir grubu elde eden mükelleflerde bu etki daha hissedilir niteliktedir. Ancak, düşük gelirli kesimleri vergi dışında bırakmak, vergilemede genellik ilkesinin yanı sıra devletin malî amaçlarına da ters düştüğü için, en az geçim indirimi miktarına yakın seviyedeki düşük gelirlere başlangıçta düşük ve yukarıya doğru yavaş yavaş artan vergi oranları ile yükümlü kılınması gerektiği doktrinde belirtilmektedir⁷⁰. Buna göre, en az geçim indiriminin önemli ölçüde üstüne çıkılması halinde, artan

⁶⁹ SELİM/ŞENESEN, s. 30-38.

⁷⁰ TURHAN, s. 132.

oranlılığın hızlandırılması lâzımdır. Ayrıca tarife oranlarının aritmetik, dilimlerin ise geometrik diziye göre artırılmasına dikkat edilmelidir⁷¹.

En az geçim indirimleri, vergilemede eşitlik bakımından önemli fonksiyon görmektedir. Şekli açısından tek oranların uygulandığı durumlarda bile, en az geçim indirimi ve diğer indirimler yoluyla fiilî bir dolaylı artan oranlılık etkisi oluşturulmaktadır⁷².

Mevcut gelir vergisi tarifesinde, ilk gelir diliminin vergi yükü, son gelir diliminin vergi yüküne göre, son derece yüksektir. Şöyle ki, 1980'den önce uygulanan gelir vergisi tarifesine göre, ilk dilimin vergi oranı, son dilimin vergi oranından en az 6,8 kat daha düşük⁷³ iken; mevcut tarifede 10.000 liraya kadar uygulanan % 15 olan ilk oran, 58.000 liradan fazla olan matrah için uygulanan % 35'lik en yüksek oranın yaklaşık yarısı kadardır (0,42). Bu nedenle, son yıllarda Türk vergi sisteminde artan oranlı vergi tarifesinin son derece yumuşatılmış biçimde uygulandığını söyleyebiliriz.

Ayrıca, 1980 öncesinde uygulanan ve % 68'lere varan en üst gelir diliminin vergi oranındaki düşüşün (% 35), vergilemede adaleti olumsuz etkilediğini söyleyebiliriz⁷⁴. Ancak, son dilime uygulanan orandaki düşüşün, girişim arzusunu engelleme özelliğinin de artık ortadan kalktığı, rahatlıkla söylenebilir. Bu bakımdan son dilimdeki oranın düşüşü temel itibarıyla vergi adaletini olumsuz etkilemez. Fakat bunun için vergi dilimlerinin daha iyi belirlenmesi, dilim sayısının artırılması, oranlardaki artışların makul düzeyde tutulması da önem arz eden etkenlerdendir.

III. TÜRK GELİR VERGİSİ TARİFESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. MALÎ AMAÇLAR AÇISINDAN

Türk Vergi Sisteminde vergi oranlarının yüksek olmasının en önemli nedenlerinden biri, vergi tabanının darlığı ve yüksek vergi kayıp ve kaçığıdır. Bundan dolayı, gerekli geliri elde edebilmek için yüksek vergi oranları uygulanmaktadır. Vergi oranı arttıkça vergilemenin etkinlik maliyeti ile birlikte çarpıklıklar da artmaktadır. Bu sebeplerle verginin tabanının genişletilmesi gerekmektedir.

⁷¹ TURHAN, s. 132.

⁷² TURHAN, s. 131.

⁷³ Ekonomi Forumu, s. 6.

⁷⁴ ŞENER Orhan, "AET ve OECD Ülkelerindeki Reform Eğilimleri Yönünden Türk Vergi Sistemi'nin Ekonomik Analizi", **Çeşitli Açılardan Vergileme ve Sorunları**, Ankara HÜ.İİBF Maliye Bölümü, 1990, s. 68.

Vergi oranları vergi vermeyi teşvik edici düzeyde olmalıdır. Bunun için de vergi oranlarının düşürülerek verginin yaygınlaştırılması akla gelmektedir⁷⁵. Vergi oran indirimlerinin çeşitli sebepleri vardır. Vergi yükünün azaltılması, yabancı sermaye girişinin teşviki ve küresel rekabetin sağlanabilmesi, kayıtdışı ekonominin önlenmesi ve vergi gelirlerinin artırılabilmesi gibi sebeplerle vergi oranlarında indirimler yapılmaktadır⁷⁶.

En az geçim indiriminin tanınması ile gelir kaybının ortaya çıkması söz konusu olmaktadır. Ancak adaletin sağlanabilmesi için en az geçim indiriminin yakınındaki gelirlere düşük oranların uygulanması ve oranlarda yavaş artışların olması gerekmektedir⁷⁷. Vergi oranlarının indirilmesi ile ortaya çıkacak gelir kayıplarının kısa vadede başka gelir kaynakları ile (örneğin özelleştirme geliri gibi) karşılanması, uzun dönemde de vergi kapasitesi ve gayretini artırmak gerektiği belirtilmektedir⁷⁸.

Vergi oranlarında indirim kısa vadede vergi gelirlerinde azalmaya yol açacaktır. Örneğin, 4369 sayılı Kanun ile Gelir Vergisi tarifesi dilimleri genişletilmiş, dilim sayısı azaltılmış ve oranlar % 25-55 aralığından % 15-40 aralığına indirilmiştir. Bu da vergi gelirlerini azaltıcı bir etki yapmıştır⁷⁹.

Gelir Vergisinin toplam vergi hâsılatı içindeki payı yıllar itibariyle şu şekilde belirtilebilir⁸⁰:

⁷⁵ AKTÜRK İsmail/GÖKBUNAR Ali Rıza, “Genel Bir Yaklaşımla Türk Vergi Sistemi’nde Reform Arayışlarının Değerlendirilmesi”, **Vergi Dünyası**, S. 173, Ocak 1996, s. 151.

⁷⁶ Bkz: ARMAĞAN, s. 236-249.

⁷⁷ TURHAN, s. 132; “Asgari geçim indirimi haddini yüksek düzeyde saptamanın, düşük gelirlili kişiler bakımından mutlaka faydalı olduğunu her zaman söylemek mümkün değildir. Çünkü bu durumda düşük gelirlilerin vergiden muaf tutulmasına karşılık, vergi gelirlerinde bu yüzden meydana gelen açığın muamele ve tüketim vergileri ile giderilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır”. TURHAN, s. 125, dn. 70.

⁷⁸ “Öyle ki; 2006 mali yılı dokuz aylık dönemdeki vergi hâsılatında bir önceki yıla göre %17’lik bir artış elde edilmesi mali performans açısından dikkat çekicidir”. Bkz: ARMAĞAN, s. 250-251.

⁷⁹ OYAN Oğuz, “Vergi Politikasında Yazbozlar”, **Türk-İş Yıllığı’99**, Ankara 1999, s. 112.

⁸⁰ 1999-2001 yılları arasındaki bilgiler ARMAĞAN, s. 248’den alınmıştır. 2002-2009 arası veriler ise, Gelir İdaresi Başkanlığı, Faaliyet Raporu 2009, Ankara 2010, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/faaliyetraporlari/2009/2009_faaliyet_raporu.pdf, s. 163’den alınmıştır.

Yıllar	Gelir vergisinin vergi gelirleri içindeki payı %	Yıllar	Gelir vergisinin vergi gelirleri içindeki payı %
1999	33,3	2005	19,1
2000	23,4	2006	21,0
2001	29,1	2007	22,2
2002	23,0	2008	23,4
2003	20,2	2009	23,4
2004	19,5		

1999'dan sonra ücret gelirlerinin beşer puan indirilerek vergilendirilmesi sonrası gelir vergisinin toplam vergi hâsılatı içindeki payı azalmıştır. 2006'dan itibaren vergi diliminin dörde inmesine ve ilk oranın ücret dışı gelirler için de % 15'e inmesine rağmen, (1999, 2000 ve 2001 yıllarında yaşanan ekonomik krizlerin etkileri, ÖTV uygulaması ve dolaylı vergi gelirlerinin gelir vergisinden daha hızlı artması gibi faktörler de göz ardı edilmemekle birlikte) gelir vergisinin toplam vergi hâsılatı içindeki payının azalmadığı, bilakis artış meydana geldiği anlaşılmaktadır.

B. SOSYAL AMAÇLAR AÇISINDAN

Devlete gelir sağlamak amacıyla toplanan verginin, en az bu amaç kadar önemli bir fonksiyonu da, kişisel gelir dağılımını düzeltmede etkili olmasıdır. Eğer bu fonksiyon yerine geliyorsa, vergi öncesindeki gelir dağılımına göre, vergi sonrasındaki gelir dağılımı, tam eşitliğe daha yakın olacaktır.⁸¹

Vergi sistemi içerisinde artan oranlı bir gelir vergisinin payının ve etkinliğinin artması, bireysel gelir dağılımı eşitsizliklerinin azaltılması bakımından olumlu etki yapmaktadır.⁸²

4369 Sayılı Kanun ile vergi adaletinin sağlanması amaçlanmış ve bunun gerçekleşebilmesi için vergi oranları indirilmiştir. Ancak, Gelir Vergisi sistemi basitleştirilmeye çalışılırken, vergi yükünün adil dağıtılması ve verginin ödeme gücüne göre alınması prensiplerine zarar verilmiştir. Gelir vergisinde yıllık beyanname verilecek durumların saptanmasında, her bir gelir unsuru için ayrı ayrı beyan sınırı konulması, az kazananın çok; çok

⁸¹ SELİM/ŞENESEN, s. 31.

⁸² SELİM/ŞENESEN, s. 31.

kazanandan az vergi alınmasına neden olmuştur⁸³. Doğal olarak, anayasanın “malî güce göre vergilendirme” ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmıştır.

Gelir vergisi gerek hasılatının büyüklüğü ve gerekse bünyesinde taşıdığı özellik dolayısıyla iyi uygulandığı ülkelerde gelir dağılımını denkleştiren en etken araçtır⁸⁴. Özellikle düşük ücret gelirlerine diğer gelirlere nazaran düşük oran uygulanmaması, tarifedeki dilim sayısının azlığı, beyan usulünün esas alınmasına karşın istisnaların neredeyse ana kural haline gelmesi gibi sebeplerle gelir vergisi kendinden beklenen faydayı gerçekleştirilememektedir. Bu bağlamda verginin kaynakta kesilmesi de önemli etki etmektedir. Kaynakta kesilen gelir vergisi içinde en yüksek pay, ücret ve ücret sayılan gelirlere ilişkindir⁸⁵.

Kaynakta kesilen gelir vergisinin toplam gelir vergisine oranının yüksekliği de artan oranlı tarifelerin etkisizleşmesine ve kendinden beklenen faydaları sağlayamamasına yol açmaktadır. Örneğin 2001 yılında kaynakta kesilen gelir vergisinin toplam gelir vergisine oranı %95'tir⁸⁶. Bu da, artan oranlı tarifelerin tek başına vergi adaletini sağlamaya yetmediğini, çeşitli yöntem ve uygulamalarla desteklenmeleri gerektiğini göstermektedir.

6009 sayılı Kanunla, Anayasa Mahkemesinin kararı doğrultusunda yapılan değişiklikle, orta ve yüksek gelire sahip ücretliler açısından mali güc ilkesi dikkate alınmış olmaktadır. Fakat düşük ücretlilerde adaletli bir sonuç elde edilememektedir. Oysa vergi adaleti sağlanmak isteniyorsa Anayasa Mahkemesinin kararında belirttiği gibi gelir türleri arasındaki farklılıkların mutlaka dikkate alınması gerekir⁸⁷. Ayırma ilkesinin hayata geçirilmesi için, ücret gelirleri açısından gelir vergi tarifesindeki tüm oranların beş puan indirilmesi daha isabetli olacaktır⁸⁸.

⁸³ Hesap Uzmanları Kurulu, “4369 Sayılı Kanun’un Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Değişiklik Önerileri”, **Vergi Dünyası**, S. 217, Eylül 1999, s. 186.

⁸⁴ TURHAN, s. 385.

⁸⁵ Bkz. AKKOYUNLU Pınar, “Türkiye’de Ücretlilerden Alınan Verginin Gelir Vergisi İçindeki Yeri ve Önemi”, **İ.Ü. İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları**, 43-44. Seri, yıl 2003, s. 80 vd.

⁸⁶ AKKOYUNLU, s. 82.

⁸⁷ ÜSTÜN, s. 604-605.

⁸⁸ GERÇEK, agm.

C. EKONOMİK AMAÇLAR AÇISINDAN

Artan oranlı gelir vergileri, vergi hâsılatında otomatik değişmeler sağlayarak, otomatik stabilizatör görevi görmektedir. Ekonomideki genişleme zamanında, vergi gelirleri vergi matrahından daha hızlı artarak, vergi yükümlülerinin harcamalarını artırmalarını engellemektedir. Ekonominin daralma zamanında, yükümlülerin ödedikleri verginin ortalama oranı da düşmekte ve yükümlüler sanki vergi indirimlerinden yararlanıyormuş gibi olmakta ve gelirleri azalmış olsa da harcamalarını büyük ölçüde sürdürebilmektedirler. Bireysel gelir vergisinin otomatik stabilizatör görevi görebilmesi için; genel bir vergi olması, kaçakçılık olmaması, mükelleflerinin çoğunluğunun en düşük gelir diliminde bulunmaması, götürü usulde tarh edilmemesi yanında mutlaka dik artan oranlı bir tarifeye sahip olması da gerekir⁸⁹.

Ülkemizde gelir vergisi tarifesi, % 15 – % 35 aralığına indirilmiştir. Yani, artan oranlılığı azaltılmıştır⁹⁰. Ancak, “kaçakçılık olmaması ve mükelleflerin çoğunluğunun en düşük gelir diliminde bulunmaması” şartının tam olarak yerine gelmemesinden dolayı, otomatik stabilizatör olma fonksiyonunu yeterince gerçekleştirememektedir.

SONUÇ

Vergi ödeme gücü, bireylerin kendilerini ve ailelerini geçindirebilecekleri gelirlerinden fazla olan kısımdır. Vergi ödeme gücünün tam olarak saptanabilmesi ve ona göre vergi alınması mümkün değildir. Günümüzde, vergilendirmenin ödeme gücüne göre yapılmasını sağlamaya çalışan teknik ve araçlardan en etkilisinin, artan oranlı vergi tarifeleri olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Artan oranlılık, yükümlülerin toplu vergi ödeme güçleri dikkate alınarak, artan oranlarda vergilendirilmeleridir ve matrah arttıkça vergi oranının da yükselmesini ifade etmektedir.

Türk Gelir Vergisi, dilim usulüne göre hazırlanmış olan artan oranlı bir tarifeye sahiptir. Tarifedeki basamak sayısının azlığı, vergilemede ödeme gücü ilkesine aykırılık göstermektedir. Dilim sayısı azaldıkça, aynı dilim içerisinde çok sayıda dikey eşitliği bozucu uygulamalara neden olmaktadır. Gelir dilimlerindeki büyük artışlara uygun oranlarda yükselişler olmamakta ve artan oranlı vergi etkisi büyük ölçüde kaybolmaktadır. Tarifedeki taban vergi oranı ile tavan vergi oranına tabi olan

⁸⁹ TÜRK İsmail, **Maliye Politikası**, S Yayınları, Ankara 1997, s. 101-102.

⁹⁰ ŞENER, s. 241-245.

gelir tutarında ortaya çıkan ortalama vergi oranı arasındaki değişim düşük düzeydedir. Mevcut haliyle, otomatik stabilizatör görevi görebilecek haldeyken; diğer şartların bulunmamasından dolayı, bu fonksiyonu yeterince görmemektedir.

Mevcut gelir vergisi tarifesinde, ilk gelir diliminin vergi yükü, son gelir diliminin vergi yüküne göre, son derece yüksektir. Şöyle ki, 1980'den önce uygulanan gelir vergisi tarifesine göre, ilk dilimin vergi oranı, son dilimin vergi oranından en az 6,8 kat daha düşüktü. Mevcut tarifede ise ilk oran en yüksek oranın yaklaşık yarısı kadardır. Bu nedenle, son yıllarda Türk vergi sisteminde artan oranlı vergi tarifesinin son derece yumuşatılmış biçimde uygulandığını söylenebilir.

Vergi adaletinin sağlanabilmesi için, gelir türleri arasındaki farklılıkların da mutlaka dikkate alınması gerekir. Bunun için de ücret gelirleri açısından gelir vergi tarifesindeki tüm oranların beş puan indirilmesi daha isabetli olacaktır. Vergi dilimlerinin sayısının artırılması ve tarife basamaklarının daha adil bir şekilde artırılması da büyük önem arz etmektedir.

Vergi adaletinin sağlanmasında artan oranlı vergi tarifelerinin tek başına yeterli olmadığını da göz ardı etmemek gerekir. Bu tarifeler, taşınmaları gerekli özelliklerin yanı sıra, asgarî geçim indirimi, kaynaktan kesilen vergilerin azaltılıp beyan usulünün yaygınlaştırılması gibi düzenleme ve uygulamalarla da desteklenmelidir.

KAYNAKÇA

(TÜZÜN) ÇELİK Binnur, **Vergilemede Müdahale İlkesi**, Ankara 2001, Gazi Kitabevi.

AKDOĞAN Abdurrahman, **Gelir Vergisi Açısından Vergi Adaletine Teknik Bir Yaklaşım**, Ankara 1980, Maliye ve Vergi Hukuku Enstitüsü Yayını.

AKDOĞAN Abdurrahman, **Kamu Maliyesi**, Ankara 2009, Gazi Kitabevi.

AKDOĞAN Abdurrahman, **Türk Vergi Sistemi ve Uygulaması**, Ankara 1995, Gazi Kitabevi.

AKDOĞAN Abdurrahman, **Vergilerin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi**, Ankara 1996, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları.

AKDOĞAN Abdurrahman: **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Ankara 2009, Gazi Kitabevi.

AKKOYUNLU Pınar, “Türkiye’de Ücretlilerden Alınan Verginin Gelir Vergisi İçindeki Yeri ve Önemi”, **İ.Ü. İktisat Fakültesi Maliye araştırma Merkezi Konferansları**, 43-44. Seri, yıl 2003, s. 78-93.

AKTÜRK İsmail/GÖKBUNAR Ali Rıza, “Genel Bir Yaklaşımla Türk Vergi Sistemi’nde Reform Arayışlarının Değerlendirilmesi”, **Vergi Dünyası**, S. 173, Ocak 1996, s. 139-158.

ARMAĞAN Ramazan, “Türkiye’de Gelir ve Kurumlar Vergisi Oranlarında İndirimin Vergi Gelirleri Üzerine Etkileri”, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, yıl 2007, C. 12, S. 3, s. 227-252.

AYDIN Selda, “Vergi Uygulamasında Yararlanma İlkesi ve Ödeme Gücü İlkesinin Karşılaştırılması”, **Vergi Sorunları**, S. 128, Mayıs 1999, s.12-31.

BATIREL Ömer Faruk, **Kamu Maliyesi Teorisine Giriş**, İstanbul 1976, İ.İ.T.İ.A. Nihad Sayar Yay. ve Yard. Vakfı.

BİLİCİ Nurettin, “Türk Vergi Sisteminin Genel Bir Değerlendirmesi”, **Yaklaşım**, S. 58, Ekim 1997, s. 117-125.

BİLİCİ Nurettin/BİLİCİ Adem, **Kamu Maliyesi**, Ankara 2011, Seçkin Yayıncılık.

BOZKURT Hamit, “Gelir Vergisi Tarifesi ve Verginin Ödenmesi”, **Sayıştay Mali Hukuk**, S. 49, Mart 1978, s. 51-67.

BUCHANAN James M./ FLOWERS Marilyn, (Çev. ÖZGEN Ferhat B.), "Mali Sürece İlişkin Kuralların İyileştirilmesi Amacıyla Vergi ve Harcama Yetkilerinin Çerçevesinin Belirlenmesi", **Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi**, Yıl 37, Sayı 11, Kasım, s. 55-66.

BULUT Mehmet, “Birden Fazla İşverenden Alınan Ücretin Beyanında Uygulanacak Vergi Oranı” **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 305, 1 Ekim 1999, s. 89-91.

BULUTOĞLU Kenan, **Kamu Maliyesine Giriş – Devletin Ekonomik Kuramı**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998.

BULUTOĞLU Kenan, **Türk Vergi Sistemi**, İstanbul 1976, Fakülteler Matbaası.

ÇANKAYA İslam, “Bu Bir Vergi Ayıbıdır”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 308, 15 Kasım 1999.

DEĞER Nuri, “Vergi Projelerinin Hazırlanması ve Gelir İdaresinin Örgütlenmesi Üzerine”, **Maliye Yazıları**, S. 38, Ocak-Mart 1993, s. 20-28.

DOĞAN Hasan, “Vergi Düzenimiz Yeniden Ele Alınacaksa”, **Mükellefin Dergisi**, S. 79, Temmuz 1999, s. 7-15.

EKİCİ M. Sena, **Kamu Maliyesi**, Şanhurfa 1996.

Ekonomi Forumu, **Türk Vergi Sistemi**, İstanbul 1990, Friedrich-Ebert-Stiftung.

ERDEM Metin/ŞENYÜZ Doğan/TATLIOĞLU İsmail, **Kamu Maliyesi**, Bursa 2006, Ekin Kitabevi.

GEDİKLİ Bülent, “Vergi Sistemimizin Parametrelerine Genel Bir Bakış”, **Vergi Dünyası**, S. 182, Ekim 1996, s. 46-52.

Gelir İdaresi Başkanlığı, Faaliyet Raporu 2009, Ankara 2010, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/faaliyetraporlari/2009/2009_faaliyet_raporu.pdf.

GERÇEK Adnan, “Ücretlerin Vergilendirilmesi ve 6009 Sayılı Kanunla Bu Konuda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, http://www.muhasibetr.com/yazarlarimiz/adnangercek/002/#_edn9, ET. 05.01.2011.

GÖKBUNAR, Ali Rıza, “Vergileme İlkeleri ve Küreselleşme”, **Celal Bayar Üniversitesi İİBF Yönetim ve Ekonomi Dergisi**, Yıl:1998, S:4 s.177-201.

GÜNGÖR Kamil, “4369 Sayılı Yasa İle Getirilen Temel Değişikliklerin 2003 Mali Yılına Girmeden Hatırlanması ve İrdelenmesi”, **Mevzuat Dergisi**, Yıl 5, S. 56, Ağustos 2002, <http://www.mevzuatdergisi.com/2002/08a/01.ht>, ET. 05.01.2011.

HANCOCK Dora, **Taxation Policy & Practice**, London 1996, International Thomsan Business Press.

Hesap Uzmanları Kurulu, “4369 Sayılı Kanun’un Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Değişiklik Önerileri”, **Vergi Dünyası**, S. 217, Eylül 1999, s. 181-241.

HINES James R. Jr., “What is Benefit Taxation?”, **Journal of Public Economics**, 75, 2000, 483-492.

KALKAN Süleyman, “Bir Bütün Olarak İngiliz Vergi Sistemi”, **Vergi Dünyası**, S. 182, Ekim 1996, s. 31-39.

KANTARCI H. Bülent, “Avrupa Birliğine Üye Ülkelerde ve Türkiye’de Gelir Vergisi Tarifesi ve Hesaplama Oranlarının Karşılaştırılması”, **Vergi Sorunları**, S. 110, Kasım 1997, s. 114-120.

KARAYILMAZLAR Ekrem/GÜRAN M. Cahit, “Gelir Vergisinde Tarife Yapısı: Adalet ve Etkinlik Temelli Teorik Tartışmalar Çerçevesinde Karşılaştırmalı Bir Analiz” **AÜ SBF Dergisi**, 2005, s. 141-169,

http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/60/2/6_ekrem_karayilmazlar_mehmet_cahit_guran.pdf, 6.8.2012.

KARAYILMAZLAR Ekrem, “Artan Oranlı Gelir Vergisine Karşı Düz Oranlı Gelir Vergisi” **Piyasa**, Güz 2004, Sayı:12, s. 89-120.

KIZILOT Şükrü, “Çağdaş Vergicilikte Oran Yapısı ve Türk Vergi Sistemi”, **Vergi Sorunları**, S. 111, Aralık 1997, s. 65-79.

KORKUSUZ Mehmet, “Gelir Vergisi Tevkifat Oranlarının Yeniden Belirlenmesi İhtiyacı”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, S. 287, 1 Ocak 1999, s. 28-30.

LANG Joachim, (Çev. BAŞARAN Funda) “Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri”, XII. Maliye Sempozyumu’nda Sunulan Tebliğ, Bodrum1998, s. 6-150.

MUSGRAVE Richard Abel/MUSGRAVE Peggy, **Public Finance in Theory and Practice**, New York 1989, Mcgraw Hill Book Company.

NADAROĞLU Halil, **Kamu Maliyesi Teorisi**, İstanbul 1998, Beta Yayıncılık.

NEMLİ Arif, **Kamu Maliyesi**, İstanbul 1979, İ.Ü.İ.F. Maliye Enstitüsü Yayınları.

OYAN Oğuz, “Vergi Politikasında Yazbozlar”, **Türk-İş Yılığır’99**, Ankara 1999, s. 97-129.

ÖNCEL Muallâ/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, Ankara 2010, Turhan Kitabevi.

SARIOĞLU Fatih, “Vergi Sisteminin Bütünselliği ve Artan Oranlılık”, **GÜ İİBF Dergisi**, 1/2002, s. 219-228.

SELİM Raziye/ŞENESEN Ümit, “Gelir Vergisinin 1960’dan Sonra Türkiye Kişisel Gelir Dağılımı Üzerine Etkisi”, **İktisat İşletme ve Finans**, S. 158, Mayıs 1999, s. 30-38.

ŞENER Orhan, “AET ve OECD Ülkelerindeki Reform Eğilimleri Yönünden Türk Vergi Sistemi’nin Ekonomik Analizi”, **Çeşitli Açılardan Vergileme ve Sorunları**, Ankara HÜ.İİBF Maliye Bölümü, 1990, s. 66-86.

ŞENER Orhan, **Kamu Ekonomisi**, İstanbul 1996, Beta Yayınları.

TEKİN Fazıl, **Artan Oranlılık ve Türk Gelir Vergisindeki Uygulaması**, Eskişehir 1978, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları.

TURHAN Salih, **Vergi Teorisi ve Politikası**, İstanbul 1998, Filiz Kitabevi.

TÜRK İsmail, **Maliye Politikası**, Ankara 1997, S Yayınları.

ULUATAM Özhan, **Vergi Hukuku**, Ankara 1995, Seçkin Yayınevi.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Anayasa Mahkemesinin Ücret Gelirlerine İlişkin Gelir Vergisi Tarifesi İptal Kararı ve Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, yıl 2010, C. XIV, S. 2, s. 593-606.

YERELİ Ahmet Burçin/ATA Ahmet Yılmaz, “Vergi Adaletine Ulaşma Yöntemleri Çerçevesinde Fayda İlkesinin Teorik Açından Değerlendirilmesi”, **Maliye Dergisi**, S. 161, Temmuz-Aralık 2011, s. 21-32.

YILMAZ Gülay Akgül, “Türkiye’de Gelir Vergisi Tarifesinde Meydana Gelen Değişikliklerin vergilendirmede Adalet İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi**, yıl 2006, C. XXI, S. 1, s. 239-268.

SON KANUNÎ DEĞİŞİKLER ÇERÇEVESİNDE ÖZELGE VE SİRKÜLERİN VERGİ HUKUKUNDAKİ YERİ

*Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN**

ÖZET

Vergi mevzuatındaki değişikliklerin çok sık bir şekilde meydana gelmesi, mevzuatın takibini güçleştirdiği gibi, belirsiz ve çelişkili durumların oluşmasına da yol açmaktadır. Mükelleflere vergi durumları bakımından tereddüde düştükleri durumlarda vergi idaresinden izahat isteme hakkı tanınmıştır.

Vergi idaresinin mükellefe verdiği izahat niteliğinde olan özelge ve sirkülerler konusunda kanun değişikliği yapılmıştır. Söz konusu kanunî değişiklik sonrası, özelge ve sirkülerin hukukî niteliği bu çalışma kapsamında ortaya konmaya çalışılacaktır.

ANAHTAR KELİMELER: *Mükellef, Vergi İdaresi, Özelge, Sirküler, Gecikme Faizi.*

THE IMPORTANCE OF ADVANCE RULINGS AND CIRCULARS IN TAX LAW UNDER LAST LEGAL CHANGES

ABSTRACT

Changes about tax legislation taking place frequently leads to the formation of ambiguous situations and make difficulties to follow up legislations to the taxpayers. Taxpayers have a right to request explanations from the Tax Administrations about their tax situations when they fall in doubt.

The law has been changed about advance rulings and circulars which are explanations of Tax Administration given to the taxpayers. The legal structure of advance rulings and circulars will be examined in this study.

KEYWORDS: *Taxpayer, Tax Administration, Advance Rulings, Circulars, Overdue Interest.*

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Malî Hukuk Anabilim Dalı.

I. GİRİŞ

Vergi mevzuatının ekonomi ile yakından ilgisi dolayısıyla, diğer hukuk dallarındakine nazaran çok daha hızlı değişim içinde olması, mevzuatın takibini güçleştirmektedir. Bu güçlük sadece mükellefler bakımından değil, aynı zamanda vergi ile uğraşan meslek mensupları için dahi büyük bir önem teşkil etmektedir. Kanunî değişikliklerin sıklığının yanı sıra, vergi idaresinin düzenleyici işlemlerinin sayısının çokluğu ve sıklığı da bu konuda etkili olmaktadır.

Vergi ile ilgili gerek kanunî gerekse idarî düzenlemelerin sayısının çokluğu, muğlak hükümlerin bulunmasına yol açabildiği gibi, birbiriyle çelişen hükümlerin varlığına da sebebiyet verebilmektedir. Bu da vergi mükelleflerini, vergi ödevlerini yerine getirirken zor duruma sokabilmektedir. Bu bakımdan mükelleflerin vergi durumları hakkında müphem buldukları ve tereddüde düştükleri hallerde vergi idaresine başvurmaları ve idareden konuyla ilgili görüş almaları imkânı kabul edilmiştir.

İdarenin görüşü, Vergi Usul Kanununda (VUK) “izahat” olarak belirtilmiştir. İzahat genel olarak, vergi idaresinin, vergi kanunlarının uygulanması bakımından vergi mükellefinin şahsî durumu hakkında açıkladığı görüşünü içeren bir idarî işlem olarak tanımlanabilir¹. VUK’un 413/1. maddesinde bu husus, “*Mükellefler, Gelir İdaresi Başkanlığından veya bu hususta yetkili kıldığı makamlardan, vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında yazı ile izahat isteyebilir*” şeklinde belirtilmiştir. Vergi idaresinin vereceği izahatlar da maddenin ikinci fıkrasında, özelge ve sirküler olarak belirtilmiştir: “*Gelir İdaresi Başkanlığı, kendisinden istenecek izahatı özelge ile cevaplandırabileceği gibi, aynı durumda olan tüm mükellefler bakımından uygulamaya yön vermek ve açıklık getirmek üzere sirküler de yayımlayabilir*”.

VUK’un 413. maddesindeki düzenleme ışığında, izahat kavramının üst kavram² olduğu anlaşılmaktadır. İdare açısından bağlayıcılığı da dikkate alınmak suretiyle izahat, vergi mükellefi veya vergi sorumlusunun gelecekteki kişisel vergi durumu ve belirsiz, kuşkulu vergi uygulaması hakkında yazılı olarak yönelttiği soruya karşı vergi idaresinin münferit

¹ Bkz. YALTI Billur, “Vergisel İzahatlar: Sirküler ve Özelge Düzeninde Değişen-Değişmeyen Hükümlere Genel Bakış”, Prof. Dr. Sadık Kırbaş’a Armağan Kitap, Eylül 2011, s. 316.

² YALTI, s. 315, 316.

olarak verdiği veya benzer durumlar için toplu şekilde oluşturduğu, kendisini kısmen veya tamamen bağlayan idarî görüş olarak tanımlanabilir³. Vergi idaresinin görüşünü teşkil eden özelge ve sirkülerler, vergi hukukunun karmaşıklığı ve belirsizliği karşında, belirliliği sağlamak bakımından büyük önemi haizdir⁴.

Özelge ve sirküler konusunda en son 6009 sayılı Kanunla⁵ değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerle VUK'un özelge ve sirkülerle ilgili 413 ve 369. maddelerinde düzenleme yapılmıştır. Ancak bu hükümlerin yanı sıra özelge ve sirkülerin hukukî durumunu etkileyen bir başka değişiklik de vergi incelemeleri ile ilgili VUK'un 140. maddesinde gerçekleştirilmiştir. Söz konusu değişiklikler sonrası özelge ve sirkülerlerin bağlayıcı niteliğe sahip olup olmadığı netlik kazanamamış, bu konuda belirsizlik meydana gelmiştir.

Çalışmada özelge ve sirkülerin tanımı, vergi hukuku açısından taşıdıkları önem ele alınacak, bunların hukukî nitelikleri üzerinde durulacaktır. Vergi incelemeleri açısından yapılan düzenleme sonrasında özelge ve sirkülerin durumu incelenecek ve genel bir değerlendirme yapılacaktır.

³ YALTI, s. 317. İzahat kavramı yerine açıklama ya da idarî görüş kavramının kullanılması hususunda bkz. YALTI, s. 316.

⁴ GIVATI Yehonatan, Resolving Legal Uncertainty: The Unfulfilled Promise of Advance Tax Rulings, Harvard, John M. Olin Center For Law, Economics and Business Fellows' Discussion Paper Series no. 30, 6/2009, s. 5.

⁵ 6009 sayılı Kanun, Resmi Gazete (RG.), 01.08.2010, S. 27659.

II. GENEL OLARAK ÖZELGE (MUKTEZA⁶) ve SİRKÜLER⁷

A. ÖZELGE VE SİRKÜLER HAKKINDAKİ KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ

1. 6009 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİ

Yapılan kanun değişikliği öncesi VUK'un 413. maddesinde şu şekilde bir hüküm bulunmaktaydı: “*Mükellefler, Maliye Bakanlığından veya Maliye Bakanlığının bu hususta yetkili kıldığı makamlardan vergi durumları ve vergi uygulanması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında izahat isteyebilirler.*

Yetkili makamlar yazı ile istenecek izahatı yazı ile en kısa bir zamanda cevaplamak mecburiyetindedirler.

Alacakları cevaplara göre hareket eden mükelleflerin bu hareketleri cezayı istilzam etse dahi ceza kesilmez”.

Bu hükümde özelgeden kavram olarak bahsedilmemekte, ancak özelge kavramını ifade edecek şekilde, istenen izahatın yazı ile verileceği düzenlenmekteydi.

Aynı konuda birden fazla özelge talebinde bulunulması durumunda idarenin iş yükü artmaktaydı. Buna çözüm olarak aynı konuda istenen izahat taleplerinin tek bir idarî işlemle cevaplanması (sirküler çıkarılması) yolunda düzenleme yapılmıştır⁸. Sirkülerlerle ilgili ilk düzenleme 315 sıra numaralı

⁶ Mukteza, Arapça iktiza kökünden gelmekte olup, bir şeyin gereği olan, lazım gelen şey anlamındadır. Ayrıca konu itibarıyla, “eskiden resmî dâirelerin kalemlerinde incelenen evrâkın kenarına görüş belirtmek için usûlüne uygun biçimde yazılan yazı, çıkma, derkenar” anlamına gelmektedir. Bkz. AYVERDİ İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Lugatı, İstanbul 2011, s. 850. Özelge ise genelge'ye kıyasen, bir tek kişiye, şeye ait olma anlamında özel kelimesinden türetilmiş bir kelime niteliğindedir. ATEŞ Leyla, “Vergi İdaresinde Demokrasinin Vazgeçilmez Aracı Olarak Mukteza”, Prof. Dr. Mualla ÖNCEL'e Armağan, C. 1, Ankara 2008, s. 632. Uygulamada son kanun değişikliğine kadar ağırlıklı olarak (kanunda isim belirtilmemesinin de etkisiyle) mukteza kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bkz. BİLİCİ Nurettin, Vergi Hukuku, Ankara 2009, s. 38; ÖNCEL Muallâ – KUMRULU Ahmet – ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2011, s. 16; ATEŞ, s. 632. Ancak 6009 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle özelge kelimesi kanuna girdiği için çalışmada özelge kavramı tercih edilecektir.

⁷ Sirküler Fransızca circulaire kelimesinden gelen sirküler, genel, tâmin anlamına gelmektedir. Bkz. AYVERDİ, s. 1114.

⁸ Sirkülerlerin vergi hukuku alanında bir kaynak olarak kabul edilmesinden önce de doktrinde, verilen özelgelerin yayımlanmasının uygulamada birliği sağlayacağı, aynı

VUK Genel Tebliği⁹ ile yapılmıştır. Bu genel tebliğde bazı durumlarda aynı konuya ilişkin ayrı ayrı özelge talep edilmesinin bakanlığın iş yükünü artırdığı ifade edilmiş ve o tarihten itibaren özelge taleplerinin sirküler yoluyla cevaplandırılması yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. Bu genel tebliğle idareye sirküler çıkarma konusunda yetki tanınmıştır.

315 sıra numaralı genel tebliğde ayrıca, yayımlanan sirkülelere uygun davranan mükelleflere VUK'un 413. maddesinin son fıkrasında yer alan hüküm uyarınca ceza kesilmeyeceğine dair hüküm de yer almıştır¹⁰. Kanunî düzenleme yapılmadan çıkarılan bir genel tebliğle, sirküler çıkarılmasının hükme bağlanması ve hatta daha ileri gidilerek sirkülelere uyulması halinde ceza verilmeyeceğinin düzenlenmesi, kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır¹¹. Ceza kesmek her şeyden önce idare için bir bağlı yetki halidir. Kanunî düzenleme olmadan genel tebliğle böyle bir hüküm

durumdaki mükellefler için yol gösterici nitelikte olacağı ve vergi hukukunun gelişmesine katkıda bulunacağı ileri sürülmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. UYANIK Namık Kemal, "Genel Tebliğler ve Muktezalar", Vergi Dünyası, S. 242, Ekim 2001, s. 72; ARIKAN Zeynep, "Vergi Hukukunun Kaynaklarından Mukteza ve Sonuçları", DEÜİİBFD, C. 13, S. 11, 1998, s. 132; ERDEM Doğan, "Vergi Hukukunda Özelgeler (Muktezalar) ve Uygulanışı", Vergi Sorunları, S. 91, Nisan 1996, s. s. 92-93; YILDIZ Murat A., "Özelge (Mukteza) Kavramı ve Değerlendirilmesi", Vergi Sorunları, S. 123, Aralık 1998, s. 42-43; TANRIKULU Lütfi, "Özelgeler (Muktezalar) Üzerine...", Vergi Dünyası, S. 163, Mart 1995, s. 26; Ayrıca sirkülelere benzer şekilde "tip özelge" verme yöntemine geçilmesi önerilmekteydi. Bkz. ÇELİK Celal, "Vergi Hukukunun Yardımcı Kaynağı Olarak İdari Düzenlemeler", Vergi Dünyası, S. 261, Mayıs 2003, s. 28. Sirkülerin kabul edilmesiyle bu yöndeki öneriler hayata geçirilmiş oldu.

⁹ 315 Sıra No.lu VUK Genel Tebliği, RG., 30.4.2003, S. 25094. Ayrıca bkz. DEMİRCİ Azmi, "315 Sıra Numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin Değerlendirilmesi", Vergi Dünyası, S. 262, Haziran 2003, s. 104 vd.

¹⁰ Genel tebliğde sirkülerin vergi suçluluğunu kaldıran etkisi VUK'un (eski) 413/3. maddesine dayandırılmıştır. Ancak izahat talep etmeyen mükellefler bakımından "alacakları cevaplara göre hareket" etme söz konusu olamayacağından, genel tebliğde ceza kesilmeyeceğine ilişkin hukukî dayanak yanlış olarak açıklanmıştır. Sirkülelere uygun dayanma halinde ceza kesilememesinin hukukî dayanağını aslında VUK'un (eski) 369/2. maddesi oluşturmaktadır. Bkz. ATEŞ, s. 648, dn. 136; NAZALI Ersin, "Sirkülerin Hukuki Niteliği (Sirküler Ne Demek Değildir?)", Vergi Dünyası, S. 324, Ağustos 2008, s. 3, <http://www.vergidunyasi.com.tr>, ET. 12.12.2011.

¹¹ Bu husus doktrinde de haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz. DEMİRCİ, Genel Tebliğ, s. 106-107, 111.

getirilmesi, vergilerin kanunîliği ilkesinin yanı sıra belirlilik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Bu düzenlemenin ardından çıkarılan 4962 sayılı Kanunla¹² VUK'un 413. maddesine sirküler ibaresi eklendi. Böylece söz konusu hukuka aykırılık giderilmiş oldu. Yapılan kanun değişikliğiyle sirküler, kanunî dayanağa kavuşturuldu.

4962 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle VUK'un 413/2. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “*Yetkili makamlar yazı ile istenecek izahatı yazı ile veya sirkülerle cevaplamak mecburiyetindedirler*”.

Maddeye eklenen “yazı ile veya sirkülerle” ibaresiyle, vergi idaresinin hakkında izahat istenen konu ile ilgili görüşünü özelge gibi bireysel bir işlemle açıklayabileceği gibi, genel bir işlem olan sirkülerle de açıklayabileceği hükme bağlanmıştır¹³. Vergi idaresine burada özelge veya sirküler çıkarma konusunda takdir yetkisi tanınmış olmaktadır. Vergi idaresi, kendisine tanınan takdir yetkisini bu işlem türlerinden biriyle kullanabileceği gibi, bu işlemlerin içeriklerini belirlemede de takdir yetkisine sahiptir¹⁴.

16.01.2010 tarihi 395 sıra numaralı VUK genel tebliği¹⁵ ile mükelleflerin izahat taleplerine ilişkin olarak ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. 01.08. 2010 tarihinde çıkarılan 6009 sayılı Kanunla VUK'un 369 ve 413. maddeleri yeniden düzenlenmiştir.

6009 sayılı Kanun öncesi VUK'un Yanılma başlıklı 369. maddesi ise şu şekilde düzenlenmişti: “*Aşağıdaki yazılı hallerde vergi cezası kesilmez:*

1.Yetkili makamların mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları;

2.Bir hükmün uygulanma tarzı hususunda yetkili makamların görüş ve kanaatini değiştirmiş veya bu hükme ait bir içtihadın değişmiş olması”.

¹² 4962 sayılı Kanun, RG., 7.8.2003, S. 25192.

¹³ Bkz. ATEŞ, s. 628.

¹⁴ ÜSTÜN Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2007, s. 227.

¹⁵ RG. 16.10.2010, S. 27464. Bu tebliğde yapılan düzenlemeler için bkz. ÖZDEMİRCİ Fahrettin, “Özelge otomasyon Sistemi ve E-Özelge Uygulaması”, Vergi Dünyası, S. 344, Nisan 2010, s. 47 vd.; AKYOL Mehmet Emin, “Özelge Uygulamasında Yeni Esaslar”, Yaklaşım, S. 207, Mart 2010, s. 74 vd.; Bu tebliğ de daha sonra çıkarılan 400 sıra no.lu VUK Genel Tebliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır. RG. 01.10.2010, S. 27716.

Bu düzenleme ile mükellefin kendisine yanlış izahat verilmesi, görüş değişikliği ve içtihat değişikliği olmak üzere üç durum yanılma olarak kabul edilmiş ve bunlar ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran haller olarak belirtilmiştir¹⁶. Bu gibi durumlarda suçun manevî unsuru olan kast bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu durumlarda mükellefe vergi cezası kesilmemektedir¹⁷. Ancak maddenin 6009 sayılı Kanunla değişmesinden önceki halinde, sadece ceza kesilmeyeceğine ilişkin düzenleme yer almaktaydı. İlave tarhiyata konu olan vergiler ve buna ait gecikme faizlerinin tahsilinden, daha önce alınmış olan yazılı görüş sebebiyle vazgeçilmemekteydi.

Özelgeye uyan mükelleflerin sadece cezadan kurtulmasının yeterli olmadığı doktrinde belirtilmekteydi. Özelgeye uyulması halinde, ileride yapılacak tarhiyat sonucu gündeme gelebilecek gecikme faizinin alınmaması gerektiği vurgulanmaktaydı¹⁸.

2. 6009 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI

6009 sayılı Kanunla VUK'un özelge ve mukteza ile ilgili maddeleri yeniden düzenlenmiştir, bu konuda önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

VUK'un 413. maddesinin son hali yapılan değişiklik sonrası şöyledir: *“Mükellefler, Gelir İdaresi Başkanlığından veya bu hususta yetkili makamlardan, vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında yazı ile izahat isteyebilir.*

Gelir İdaresi Başkanlığı, kendisinden istenen izahatı özelge ile cevaplandırabileceği gibi, aynı durumda olan tüm mükellefler bakımından uygulamaya yön vermek ve açıklık getirmek üzere sirküler de yayımlayabilir.

Sirküler ve özelgeler, Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde, Gelir İdaresi Başkanı veya tevkil edeceği bir başkan yardımcısının başkanlığında en az üç daire başkanından müteşekkil bir komisyon marifetiyle oluşturulur.

Söz konusu komisyonda oluşturulmuş sirküler veya özelgeler ile konu, kapsam ve ilgili olduğu mevzuat bakımından tamamen aynı mahiyeti taşıyan bir hususta izahat talebinde bulunulması halinde, komisyon tarafından oluşturulan sirküler veya özelgelere uygun olmak şartıyla Gelir İdaresi Başkanlığı taşra teşkilatı tarafından da özelgeler verilebilir.

¹⁶ YALTI, s. 322.

¹⁷ ÜSTÜN, s. 84.

¹⁸ ÜSTÜN, s. 231; KORKUSUZ Mehmet, “Mükelleflerin Vergi İdaresinden Yazılı Görüş (Mukteza) İsteme Hakkı”, Maliye Postası Dergisi, yıl: 17, S. 381, 15 Temmuz 1996, s. 53, 56.

Sirküler ve vergi mahremiyetine ilişkin hükümler göz önünde bulundurulmak şartıyla özelgeler, Gelir İdaresi Başkanlığı'nca internet ortamında yayımlanır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir”.

VUK'un 413. maddesinin ilk fıkrasında yapılan değişiklikle izahatın Gelir İdaresi Başkanlığı'ndan veya yetkili kılınan makamlar isteneceği belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise “özelge” kavramı kullanılmıştır. Daha önce istenen izahatın “yazı” ile cevaplanabileceği belirtilirken, artık “özelge” ile cevaplandırılabilen hükme bağlanmıştır. Böylece özelge terimi, kanunî bir terime dönüşmüş bulunmaktadır¹⁹.

Özelge ve sirkülerlerin artık oluşturulacak bir komisyon tarafından verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu komisyon tarafından oluşturulan sirküler ve özelgelerle konu, kapsam ve ilgili olduğu mevzuat bakımından tamamen aynı mahiyeti taşıyan bir husus hakkında izahat istenilmesi halinde, Gelir İdaresi Başkanlığı'nın taşra teşkilatı tarafından da söz konusu özelge ve sirkürlere uygun olmak şartıyla özelge verilebileceği de belirtilmiştir.

Daha önce çıkarılan genel tebliğle, özelgelerin defterdarlıklar tarafından verileceği düzenlenmişti²⁰. Özelgelerin bu şekilde ayrı defterdarlıklar tarafından verilmesi, zaman zaman birbirinden farklı görüşlerin verilebilmesine ve dolayısıyla ister istemez mükellefler arasında farklılıkların meydana gelmesine yol açabilmekteydi²¹. Bunun için özelgelerin tek bir merkezden verilmesinin daha isabetli olacağı ileri sürülmekteydi²². Böylece aynı kanunlar yürürlükteyken benzer olaylara

¹⁹ YALTI, s. 316.

²⁰ Bu tebliğle göre mükellefler Bakanlıktan değil, doğrudan doğruya defterdarlıklardan bilgi isteyeceklerdir. Defterdarlıklar tereddüt ettikleri ya da çözemedikleri konularda Bakanlığa başvuracaklardır. Mükelleflerin doğrudan Bakanlığa başvurmaları halinde ise dilekçeler defterdarlıklara gönderilecektir. Defterdarlıkça verilen cevabı yetersiz bulan mükellefler tekrar defterdarlığa başvurarak bakanlıktan görüş alınmasını isteyecektir. Bkz. 188 No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, RG. 20.12.1988, S. 20025.

²¹ KARYAĞDI Nazmi, “Yeni Özelge Sistemi”, Vergi Dünyası, S. 343, Mart 2010, s. 23; ERDEM, s. 93; ÇELİK, s. 26.

²² ÜSTÜN, s. 230; YILDIZ, s. 43; SARAÇOĞLU Fatih – ŞAHAN Özgür, “Vergi Hukukunda Özelgeler ve Neden Olduğu Sakıncalar”, Mali Kılavuz, yıl 7, S. 28, Nisan-Haziran 2005, s. 147; Hatta, bu dönemde 3568 sayılı Kanun kapsamındaki meslek

benzer özelgeler verilebileceği, bunun da idarede bütünlük ve devamlılık ilkeleri bakımından bir gereklilik teşkil ettiği belirtilmekteydi²³. Bunun sağlanması bakımından Maliye Bakanlığı bünyesinde ilgili bir hukuk biriminin oluşturulması gerektiği vurgulanmıştı²⁴.

Özelge ve sirküler verilmesi konusunda komisyon kurulmasıyla, merkezî bir yapı oluşturulmuş olmaktadır. Böylelikle idarenin görüşlerinde yeknesaklık sağlanmış olacaktır²⁵. Özelge ve sirkülerlerin internet ortamında yayımlanacak olması²⁶ da önemli bir adım niteliğindedir. Özelge ve sirkülerlerin yayımlanması, uygulamada birliği ve belirliliği sağladığı gibi, idarenin karar alma sürecindeki şeffaflığı ve hesap verilebilirliği de

mensuplarının yani, serbest muhasebeci ve malî müşavirlerin de sistem içerisine alınmalarının isabetli olacağı ve özelgelerin bunlar tarafından da verilmesinin idarenin iş yükünü büyük ölçüde hafifleteceği ileri sürülmekteydi. Bkz. YILDIZ, s. 44-45; ÇOLAK Mustafa, “Özelge Müessesesi, 3568 Sayılı Kanun ve Meslek Mensuplarının İşlevi”, Yaklaşım, S. 119, Kasım 2002, s. 99. Fakat özelgelerin Bakanlık bünyesinde oluşturulacak merkezden verilmesi elbette çok daha isabetli olacaktır. Bkz. ÜSTÜN, s. 230.

²³ ARIKAN, Mukteza, s. 129; YILDIZ, s. 44.

²⁴ “Özelgelerin tek birimden çıkmasının uygulamada birliğin sağlanması bakımından da önemli yararları olacaktır. Söz konusu hukuk birimi Maliye Bakanlığının diğer işlemlerinin hazırlanmasında da etkili ve yol gösterici olmalıdır. Diğer işlemlerde ortaya çıkabilecek muhtemel hukuka aykırılıklar bu birimin denetimi sayesinde önlenir. Böylelikle, örneğin bir genel tebliğle vergilemenin temel öğelerine yönelik düzenleme yapılmasının veya bir iç genelgeyle genel tebliğ konusuna giren bağlayıcı nitelikte hüküm getirilmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Takdir yetkisinin daha başlangıçta bu şekilde kontrol edilip hukuka uygun kullanılmasının sağlanması, vergilemede hukukî güvenlik ilkesine uygun olacak ve ihtilafların ortaya çıkmasını önleyecektir”. Bkz. ÜSTÜN, s. 230-231.

²⁵ YALTI, s. 314, 334.

²⁶ Bu düzenlemeden önce, özelgelerin yayımlanmasının kanunî bir dayanağa kavuşturulmasının mükellefler açısından daha sağlam bir güvence sağlayacağı belirtilmekteydi. Vergi mahremiyetinin de dikkate alınması gerektiği haklı olarak vurgulanmaktaydı. Bkz. ATEŞ, s. 649; İnternette sadece emsal nitelikteki özelgelerin değil, bütün özelgelerin yayımlanması gerekmektedir. Bkz. BAYRAKTAR İhsan Kağan, “Özelgede Yeni Sistemin Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, S. 350, Ekim 2010, s. 95.

güçlendirir²⁷. Özelge ve sirkülerlerin yayımlanması, mükelleflerin hukukî güvenliğini sağlamaya yönelik çok önemli bir düzenlemedir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığınca yönetmelikle belirleneceği, maddenin son fıkrasında hükme bağlanmıştır. Maliye Bakanlığı bu yetkiye dayanarak çıkardığı “Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik”te ayrıntıları belirlemiştir²⁸.

VUK’un 369. maddesinin başlığı “Yanılma ve Görüş Değişikliği” olarak değiştirilmiş ve madde yeniden düzenlenmiştir: “*Yetkili makamların mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları veya bir hükmün uygulanma tarzına ilişkin bir içtihadın değişmiş olması halinde vergi cezası kesilmez ve gecikme faizi hesaplanmaz.*

Bir hükmün uygulanma tarzı hususunda yetkili makamların genel tebliğ veya sirkülerde değişiklik yapmak suretiyle görüş ve kanaatini değiştirmesi halinde, oluşan yeni görüş ve kanaate ilişkin genel tebliğ veya sirküler yayımlandığı tarihten itibaren geçerli olup, geriye dönük olarak uygulanamaz. Şu kadar ki, bu hüküm yargı mercileri tarafından iptal edilen genel tebliğ ve sirküler hakkında uygulanmaz”.

Yapılan düzenleme ile yanlış izahat verilmesi halinde artık vergi cezasının kesilmemesinin yanı sıra, gecikme faizi de uygulanmayacaktır. Böylece, doktrinde yanlış izahat verilmesi durumunda gecikme faizinin de alınmaması gerektiği yönündeki öneriler gerçekleşmiş oldu²⁹. Gecikme faizi mükellef bakımından ağır bir yük oluşturabilmekteydi³⁰. Vergi cezasının

²⁷ GÖKBEL Doğan, “Vergi Mükelleflerine Daha Fazla Belirlilik İçin Özelge Uygulaması”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Ekim 2008, C. 3 S. 2, s. 179.

²⁸ Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik, RG. 28.08.2010, S. 27686.

²⁹ ÜSTÜN, s. 231; KORKUSUZ, s. 53, 56; Doktrinde özelgenin cezayı kaldırdığı, gecikme faizi ve vergi aslını ise etkilemediği belirtilmekte, fakat cezanın zaten uzlaşma yoluyla büyük oranda kaldırıldığı için özelgenin çok fazla işlevinin olmadığı ileri sürülmektedir. Bkz. DOĞRUSÖZ Bumin, “Yeni Özelge Düzeni ve Sorunları”, Referans Gazetesi, 01.02.2010.

³⁰ “Gecikme faizinin normal piyasa faiz haddini aşan kısmının gecikme faizi olarak görülmesi, paranın kullanım karşılığı olarak nitelendirilmesi mümkün olamayacağına göre, gecikme faizinin bu kısmının da özünde ceza olduğunu kabul etmek gerekmektedir”. Bkz. DOĞRUSÖZ Bumin, “Muktezanın Yeniden Düzenlenme Gereği”, Yaklaşım, yıl 17, S. 204, Aralık 2009, s. 262.

alınmamasına ilaveten gecikme faizinin de alınmamasıyla, izahatın etki alanı genişletilmiş olmaktadır³¹. Böylece mükellef üzerinde ağır bir yük oluşturan gecikme faizinin de alınmaması sağlanmak suretiyle isabetli bir düzenleme yapılmıştır.

Maddenin yeni halinde yanılma ve görüş değişikliği artık ayrı ayrı düzenlenmiş bulunmaktadır. Yanlış izahat verilmesi (ve bu izahata uyulması) halinde vergi cezası ve gecikme faizi uygulanmayacaktır³². Görüş değişikliği ise artık bir yanılma sebebi değildir. Maddenin ikinci fıkrasında ayrı bir hal olarak belirtilmiş bulunmaktadır. Görüş değişikliğinin bulunması halinde kanun hükmüne göre, vergi cezası ve gecikme faizinin yanında vergi aslının da uygulanmayacağı anlaşılmaktadır³³.

B. ÖZELGE VE SİRKÜLERİN TANIMI VE ÖZELLİK ARZEDEN DURUMLAR

1. ÖZELGE

VUK'ta 6009 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde özelge ve mukteza kavramları kanunda yer almamaktaydı. Sadece mükellefe yazı ile verilen izahat olarak belirtilmekteydi. Uygulama da her iki kavramında kullanılmaktaydı³⁴. Ancak kanun değişikliği sonrası artık özelge kavramının yerleştiği kabul edilmektedir.³⁵ Kanunda özelgenin tanımı yapılmamıştır. Özelgeler genel olarak, mükelleflerin vergi durumları ve vergi uygulaması

³¹ YALTI, s. 314.

³² Doktrinde, gecikme faizinin ceza niteliğinde olmadığı vurgulanmakta ve yeni düzenlemeyle yanlış izahat verilmesinin ceza sorumluluğunu ve tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı belirtilmektedir. VUK'un ceza hükümleri ile ilgili bölümünün cezaların ödenmesi ve kalkması alt başlığında yer alan maddenin yeni haliyle, kanun sistematigi içindeki yerinin uygun olmadığı ifade edilmektedir. YALTI, s. 329.

³³ YALTI, s. 323, 334. Bu sonuca, maddede yer alan "mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat verilmiş olması" hükmünden ulaşılmaktadır. Mükellefin kendisine yazı ile verilen izahat ise ancak özelge olabilir. Sirkülerler de bu şekilde mükellefe yazı ile tebliğ yoktur. Hatta herhangi bir izahat talebinde bulunmamış fakat durumu sirkülere uyan mükellefler bakımından da geçerli olmalıdır. Bkz. YALTI, s. 332. Vergi idaresinin özelge taleplerini sirküler yayımlamak suretiyle karşıladığında, mükellefi sirkülerin yayımlandığı numarası hakkında bilgilendirmesinin doğru bir uygulama olacağı vurgulanmaktadır. ATEŞ, s. 628.

³⁴ Bkz. ATEŞ, s. 631.

³⁵ "Kanundaki tek yenilik, özelge teriminin kanuni bir terime dönüşmüş ve uygulamada kullanıldığı şekliyle mukteza teriminin tarihe karışmış olmasıdır". Bkz. YALTI, s. 316.

bakımından karmaşık ve tereddüde yol açan durumlar hakkında bilgi istemeleri üzerine, yetkili makamlar tarafından kendilerine yazılı olarak verilen cevaplar olarak tanımlanabilir. İdare tarafından verilen bu yazılı görüşler, sadece verildikleri mükellefler açısından hüküm ifade ederler³⁶.

Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan, Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmeliğin 3/f maddesinde özelge tanımlanmıştır: “*Özelge, mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından, kendilerince açık olmayan ve tereddüt ettikleri konular hakkında yazılı olarak açıklama talebinde bulunmaları üzerine yetkili makamlarca kendilerine verilen yazılı görüşü, ifade eder*”.

Yine özelge talebinin kapsamını düzenleyen Yönetmeliğin 8. maddesinin ilk fıkrasında özgelelerin, “*mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkındaki izahat taleplerine ilişkin olarak*” verileceği belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 9. maddesinde özelge talep edebilecek olanlar düzenlenmiştir. Buna göre, mükellefler, vergi sorumluları ve bunların mirasçıları ile yetki belgesine sahip kanunî temsilcileri veya vekilleri tarafından özelge talep edilebilecektir.

Yönetmeliğin 9/2. maddesinde ise, odalar ve birlikler gibi meslekî kuruluşların kendi mükellefleriyle ilgili olanlar hariç olmak üzere, üyelerine ilan etmek üzere özelge talebinde bulunamayacakları hükme bağlanmıştır³⁷. Ancak bu kuruluşların Başkanlıktan vergilendirme ile ilgili konularda “özelge niteliğinde olmayan görüş” talep edebilecekleri düzenlenmiştir. Bu kuruluşların alacakları cevap her ne kadar bir idarî görüş olsa da hukukî bakımdan özelge niteliği taşımayacak ve dolayısıyla özelgenin hukukî sonuçlarından (ceza kesilmemesi, gecikme faizi uygulanmaması) yararlanması mümkün olmayacaktır.

Yönetmeliğin 8. maddesinde ise özelge talebinin kapsamı düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında mükelleflerin özelge kapsamında değerlendirilmeyecek başvuruları belirtilmiştir:

“*a)Başkalarının vergi durumları hakkında bilgi ve izahat talepleri.*”

³⁶ ARIKAN, Mukteza, s. 127; KORKUSUZ, s. 56; SEVGİ Şuayip, “Vergi Hukuku’nda Mukteza”, Vergi Sorunları, S. 197, Şubat 2005, s. 50, 52.

³⁷ Bu konuda ayrıca bkz: OZANSOY Ahmet, “Özelge Müessesesinin Özellikleri”, Yaklaşım, yıl 18, S. 207, Mart 2010, s. 58-59.

b)Yargıya intikâl etmiş olaylara ilişkin izahat talepleri.

c)Hakkında vergi incelemesi yapılmakta olan mükelleflerce veya vergi sorumlularınca incelemeye konu olan işlemlerle ilgili izahat talepleri.

ç)Somut bir olaya dayanmayan, teorik hususlara ilişkin bilgi ve izahat talepleri.

d)Mücbir sebep hâli ilanı, vergi borçlarının terkinini, belge düzenine ilişkin yetkilerin kullanılması gibi kanunlarla uygulamanın tespitine dair Maliye Bakanlığına yetki verilen konulara ilişkin talepler.

e)Mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi uygulamaları ile ilgili işlemlerinin gerçekleşmesinden sonra yaptıkları başvuruları ile Kanununun 122 nci maddesine göre vergi hataları ile ilgili yapılan düzeltme talepleri ve 124 üncü maddesine göre Maliye Bakanlığınca incelenecek olan şikâyet yoluyla müracaatlar.

f)Sözlü veya yazılı olarak veya internet aracılığıyla, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca yapılan talepler”.

Ancak belirtilen durumlar dışındaki özelge talepleri dikkate alınacaktır. Mükelleflerin kendilerine tebliğ edilen özelgeye göre işlemde bulunmaları halinde, bu işlem cezayı gerektirse dahi ceza kesilmeyecek ve gecikme faizi uygulanmayacaktır. Ancak bunun için mükellefe izahatın yetkili makamlar tarafından yazılı olarak verilmiş olması gerekmektedir. Bilgi mükellefin bizzat şahsına verilmiş olmalıdır³⁸. Bir başka mükellefe verilmiş izahata dayanarak hareket edenler, izahatın yanlış olması durumunda cezaya muhatap olacaklardır. Ayrıca izahattaki maddî unsurların, o bilgiye göre uygulama yapılan olaylarda aynen bulunması gerekir³⁹.

³⁸ Dolayısıyla, özelgeler bir bakıma “mükellefe özel” idarî açıklamalardır. Bkz. DEMİRCİ Azmi, “Vergi Uygulamasında Özelgeler (Muktezalar); İşlevleri ve Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, S. 255, Kasım 2002, s. 33; Zaten mükelleflerin kendileri ile ilgili olmak şartıyla vergi durumları veya vergi uygulaması bakımından doğrudan yaptıkları başvurular dikkate alınacaktır. Bkz. ARPACI Altar Ömer, “Özelgelerin Denetim Elemanını Bağlayıcılığı Hangi Boyutta?”, Vergi Sorunları, S. 192, Eylül 2004, s. 80.

³⁹ ÖZBUDAK Mehmet, “Vergi İdaresinden Yazılı Görüş (Özelge) İsteme”, Yaklaşım, S. 39, Mart 1996, s. 94-95; YILDIZ, s. 43; ARIKAN, Mukteza, s. 130-131; Zaten kanuna göre özelge isteme hakkı sadece mükelleflere aittir. Ancak, ilgileri nedeniyle çeşitli kuruluşların özelge talebinde bulunmaları halinde, yanlış müessesesinin vergi yükümlülerine sağladığı ceza kesmeme hükmünden yararlanmaları imkânsızdır. Bkz.

2. SİRKÜLER

İcraî karar alma ve takdir yetkisine sahip olan her organ, çeşitli isimler altında düzenleyici işlemler yapabilmektedir. İdarî işlemlerdeki bu isim farklılıkları esas itibariyle, işlemi yapan organı veya düzenlenen konuyu göstermede önem arz etmektedir. Sirküler de bu işlemlerden biridir⁴⁰. Sirküler, hiyerarşik amirlerin ve özellikle bakanların, sahip oldukları hiyerarşi gücüne dayanarak, astlarına uygulamakla yükümlü oldukları kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması konusunda verdikleri emir, talimat ve görüşler olarak tanımlanabilir⁴¹. Vergi hukuku bakımından sirküler, özel bir kanun maddesine dayanmayan, Maliye Bakanlığının genel düzenleme yetkisine dayanarak, uygulamada birlik sağlanmasına yönelik çıkardığı, kendi görüşünü yansıtan yazılar olarak ifade edilebilir⁴².

Sirküler VUK'ta tanımlanmamıştır. Buna karşın, Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmeliğin 3/g maddesinde sirkülerin tanımına yer verilmiştir: “*Sirküler: Vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından açık olmayan ve tereddüt edilen konular hakkında aynı durumda olan tüm mükellef ve vergi sorumluları için uygulamaya yön vermek ve açıklık getirmek üzere Gelir İdaresi Başkanlığınca yayımlanan görüşü ifade eder*”. Yönetmeliğin 13. maddesinde de Başkanlığın, “*mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında tüm mükelleflere yönelik olarak uygulamaya yön vermek ve açıklık getirmek üzere sirküler*” yayımlayabileceği hükme bağlanmıştır.

Uygulamada sirkülerlerin çeşitli içerik ve nitelikte yayımlandığı görülmektedir. İlk olarak özelge işlevini gören sirkülerler şeklinde yayımlanmaktadır. Bunlar genel nitelikli özelge olarak kabul edilebilir⁴³.

ÖZEL Salih, “Türk Vergi Hukukunda Yanılma-I”, Yaklaşım, S. 120, Aralık 2002, s. 18, 19; SARAÇOĞLU – ŞAHAN, s. 145.

⁴⁰ Bkz. GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965, s. 187; ÖZ N. Semih, “Özelge Uygulamasına Küresel Bir Bakış”, Vergi Sorunları, S. 263, Ağustos 2010, s. 8.

⁴¹ Bkz. GERÇEK Adnan, ““Sirküler”lerin Vergi Hukuku Kaynağı Olma Niteliği”, Yaklaşım, S. 135, Mart 2004, s. 205.

⁴² AK Mehlika Sultan, “Vergi Hukuku Bakımından Sirküler”, Vergi Dünyası, S. 278, Ekim 2004, s. 110.

⁴³ GERÇEK, s. 206; Özelgeler tek mükellefe verilmesine karşın, sirküler tüm mükelleflere verilmiş bir özelge niteliğindedir. Bkz. NAZALI, s. 4; ŞENYURT İdris, “Özelge ve

Sirkülerin amacına ve niteliğine uygun olan yayımlanma tarzı budur. Bunun dışında bazı sirkülerlerin, genelge ve genel yazı şeklinde veya açıklayıcı (ikinci grup) genel tebliğ şeklinde yayımlanmasına da rastlanmaktadır⁴⁴.

Bazı durumlarda ise, sirkülerlerin düzenleyici (birinci grup) genel tebliğ şeklinde yayımlanmalarıyla da karşılaşılabilir⁴⁵. Ancak, Resmî Gazetede yayımlanmadıkları için bunların ilgililere tebliğinde sorunlar vardır. Bu şekilde çıkarılan sirkülerler kendilerine uyulması zorunlu yeni hüküm getirdikleri için dava konusu yapılabilmektedirler. Bu durum, bu tip sirkülerlerin hukukî durumlarını tartışmalı hale getirmesi sebebiyle eleştirilmektedir⁴⁶. Ancak olması gereken, sirkülerin genel nitelikte özelge şeklinde çıkarılmalarıdır.

Kavram kargaşalığının önlenmesi için her işlem kendi amaçları doğrultusunda çıkarılmalıdır. Aksi halde kanunîlik ve belirlilik ilkelerine aykırı durumlar ortaya çıkacak ve kişilerin hukukî güvenlikleri zedelenecektir⁴⁷.

Sirkülerin Hukuki Durumu, Yeni Özelge Sistemi ve 6009 Sayılı Kanunla Mükelleflerin İzahat Talebine İlişkin Esaslarda ve Sonuçlarında Yapılan Değişiklikler”, Vergi Dünyası, S. 349, Eylül 2010, s. 50; YALTI, özelgeler için “bireysel özelge”; açıklayıcı nitelikteki sirküler içinse “kamusal özelge” tabirini tercih etmektedir. Bkz. YALTI, s. 325 vd. Ancak özelgenin özel, kişiye yönelik olması anlamlarından hareketle, böyle bir ayırmda özelge kavramı yerine mukteza kavramının kullanılmasının daha isabetli olabileceği söylenebilir: Bireysel mukteza – kamusal mukteza gibi.

⁴⁴ GERÇEK, s. 207-208; AK, s. 111; NAZALI, s. 5.

⁴⁵ “Maliye Bakanlığı, esas itibariyle düzenleyici tebliğlerle getirmesi gereken kuralları yayınladığı sirkülerle duyurmakta ve mükelleflerin de bu hususlara uygun davranmalarını istemektedir. Buna en güzel örnek 3 Seri Nolu KVK Sirküleridir. Bu sirkülerde Maliye Bakanlığı 5479 Sayılı Kanunla kendisine verilen esas ve usulleri düzenleme yetkisini kullanmıştır”. Bkz. ŞENYURT, s. 50.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: AK, s. 111-112; GERÇEK, s. 208-209.

⁴⁷ “Yani bir sirküler ile genel tebliğin veya bir iç genelgenin konusuna giren düzenleme yapılmamalıdır. Sirkülerlerin açıklayıcı genel tebliğ tarzında çıkarılması mevzuatı iyice karmaşıktırmakta, mevzuat sistematiğini bozmakta ve takibi zorlaştırmaktadır. Sirkülerlerin birinci grup, kendilerine uyulması zorunlu genel tebliğ tarzında çıkarılmaları ise daha büyük bir hukuka aykırılık teşkil etmektedir. ... Her şeyden önce bağlayıcı hükümlerin sirkülerlerle getirilmemesi, bu tür hükümlerin ancak genel tebliğlerle getirilmesi ve bunların da Resmî Gazetede yayımlanması gerekir. Hukukî niteliğine aykırı çıkarılan bu tür sirkülerler dava konusu edilebilmektedirler. Böyle

3. ÖZELGE VE SİRKÜLER KOMİSYONU

VUK'un 413/3-4. maddesinde sirküler ve özelgelerin oluşturulacak bir komisyon tarafından verileceği düzenlenmiştir: “Sirküler ve özelgeler, Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde, Gelir İdaresi Başkanı veya tevkil edeceği bir başkan yardımcısının başkanlığında en az üç daire başkanından müteşekkil bir komisyon marifetiyle oluşturulur

Söz konusu komisyonda oluşturulmuş sirküler veya özelgeler ile konu, kapsam ve ilgili olduğu mevzuat bakımından tamamen aynı mahiyeti taşıyan bir hususta izahat talebinde bulunulması halinde, komisyon tarafından oluşturulan sirküler veya özelgelere uygun olmak şartıyla Gelir İdaresi Başkanlığı taşra teşkilatı tarafından da özelgeler verilebilir”.

Böylelikle özelge ve sirküler verilmesinde önemli bir adım atılmıştır. Daha önce bu yönde getirilen öneriler hayata geçirilmiş oldu⁴⁸. Bu sayede izahat verme sisteminde merkezî bir yapı oluşturulması ve aleniyet sağlanması gerçekleştirilmiştir⁴⁹. Böylelikle benzer konularda farklı görüşlerin verilmesi önleneceğinden uygulamada birlik sağlanacaktır⁵⁰. Merkezî sistemle birlikte ayrıca, mevzuatın uygulanmasında tutarlılık sağlanacağı ve idarenin uzmanlığının gelişeceği de vurgulanmaktadır⁵¹.

düzenlemeler Resmî Gazetede yayımlanmadıkları için belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmekte ve kişilerin hukukî güvenliklerini zedelemektedirler. Kanunilik, belirlilik ve hukukî güvenliğin son derece önemli olduğu bir hukuk dalında, bu derece özensiz yetki kullanımı açıkça hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Kendisine tanınan takdir yetkisini özensiz ve kötü bir şekilde kullanan idarenin işlemlerinden bir zarar meydana gelmesi halinde, idarenin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir”. Bkz. ÜSTÜN, s. 233-234.

⁴⁸ ÜSTÜN, s. 230-231; GÖKBEL, s. 185.

⁴⁹ YALTI, s. 314, 334.

⁵⁰ ŞENYURT, s. 52; BAYRAKTAR, s. 97; Ayrıca gelen özelge taleplerinden hareketle genel düzenleyici işlemler, sirkülerler çıkarılması suretiyle özelge başvuru sayısının azaltılması da yeni özelge sisteminin amaçları arasında belirtilmektedir. Bk. KARYAĞDI, s. 23; Taşra teşkilatının vereceği özelgelere de azami dikkat gösterilmesi gerekmektedir. Bunlar da birbirine zıtlık ulunması, sorunlara yol açabilecektir. Bu konuda bkz. PALA Orhan. “Taşınmaz Üzerinde Gerçekleştirilen İntifa Hakkı Tesisi Karşılığında Elde Edilen Gelirin Niteliği ve Beyanı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın Resmi İnternet Sitesi'nde Yer Alan İki Zıt Özelge”, Vergi Dünyası, S. 365, Ocak 2012, s. 104.

⁵¹ Merkezîleşmiş bir özelge sistemi aynı zamanda mükellefin farklı vergi idarelerinden lehine olabilecek özelgeleri araştırmasını da engelleyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKBEL, s. 175.

Yönetmeliğin 10. maddesinde özelgelerin, "mükelleflerin gelir veya kurumlar vergisi bakımından sürekli mükellefiyetlerinin bulunduğu vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairesi başkanlığı bulunmayan illerde defterdarlıklardan talep" edileceği belirtilmiştir. Yönetmeliğin 11. maddesinde⁵² ise, özelge ve sirkülerin verilmesine ilişkin usûl hükümlerine yer verilmiştir. Buna göre özelge ve sirkülerler komisyon tarafından verilecektir. Komisyonca onaylanan özelgeler ise emsal özelge havuzunda toplanacaktır.

Komisyonca daha önce oluşturulmuş sirküler veya özelgelerle konu, kapsam ve ilgili olduğu mevzuat bakımından tamamen aynı mahiyeti taşıyan bir hususta özelge talebinde bulunulması hâlinde, sirküler veya emsâl özelge havuzunda yer alan özelgelere uygun olmak şartıyla vergi dairesi başkanlıklarının (başkanlık olmayan yerlerde defterdarlıkların) özelge verebileceği belirtilmiştir.

Yapılan düzenlemeye göre, ilk kez verilen özelge ve sirkülerlerin komisyonun yetkisinde olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre komisyon, ilk kez verilen özelge ve sirküler konusunda aslî yetkiye sahiptir. Vergi dairesi başkanlıkları ve başkanlığın bulunmadığı yerlerde ise defterdarlıklar özelge verme konusunda talî nitelikte yetkiye sahiptir⁵³. Çünkü vergi dairesi ve defterdarlıklar ancak daha önce Komisyonca verilmiş sirküler ve özelgelerle konu, kapsam ve mevzuat bakımından aynı mahiyette özelge talebinde

⁵² Yönetmelik madde 11: "(1) Vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairesi başkanlığı bulunmayan illerde defterdarlıklar özelgetaleplerini, 8 inci, 9 uncu ve 10 uncu maddelerde yer alan hükümler bakımından değerlendirir. Söz konusu maddelerde yer alan hükümlere aykırı bir durumun varlığı hâlinde, başvuru sahibine yazılı ve gerekçeli olarak gerekli bildirim yapılır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen makamlarca; konu, kapsam ve ilgili olduğu mevzuat bakımından ilk defa özelge talep edilen hususlara ilişkin olarak özelge taslağı hazırlanarak, Başkanlığa gönderilir ve Komisyonun onayından sonra özelge tayin edilir.

(3) Komisyonca onaylanmış özelgeler emsâl teşkil etmek üzere Özelge Otomasyon Sisteminde bu amaçla hazırlanan emsâl özelge havuzuna konulur.

(4) Vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairesi başkanlığı bulunmayan illerde defterdarlıklar, Komisyonca oluşturulmuş sirküler veya özelgeler ile konu, kapsam ve ilgili olduğu mevzuat bakımından tamamen aynı mahiyeti taşıyan bir hususta özelge talebinde bulunulması hâlinde, Komisyon tarafından oluşturulan sirküler veya emsâl özelge havuzunda yer alan özelgelere uygun olmak şartıyla özelge verebilir".

⁵³ YALTI, s. 314.

bulunulması halinde, söz konusu sirküler ve özelgelere uygun olmak şartıyla özelge verebileceklerdir.

Yönetmeliğin 3/e maddesinde komisyon şu şekilde tanımlanmıştır: “Komisyon: Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 413 üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca teşekkül ettirilen Komisyonu ifade eder”.

Yönetmeliğin 4. maddesinde ise Komisyonun nasıl oluşacağı hükme bağlanmıştır: “Komisyon, Başkanlık bünyesinde, Gelir İdaresi Başkanı veya tevkil etmesi hâlinde gelir yönetimi daire başkanlıklarından sorumlu olan bir başkan yardımcısının başkanlığında, üç kişiden az olmamak şartıyla gelir yönetimi daire başkanlıklarından sorumlu daire başkanlarından teşekkül eder”⁵⁴.

Komisyonun görevleri ise Yönetmeliğin 5. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: “Komisyon, mükelleflerin ve vergi sorumlularının özelge taleplerine uygun olarak özelgetayinine yetkili makamlarca hazırlanan özelge taslaklarını değerlendirerek tayin edilecek özelgeleri ve gerekli görmesi halinde vergi uygulamalarına ilişkin olarak tüm mükellefler bakımından uygulamaya yön vermek ve tereddüt edilen hususlara açıklık getirmek amacıyla yayımlanacak sirkülerleri oluşturur”.

III. VERGİ İNCELEMELERİNDE YAPILAN DÜZENLEMELER KARŞISINDA ÖZELGE VE SİRKÜLERLERİN DURUMU

Vergi incelemeleri ile ilgili olarak son yıllarda iki önemli düzenleme yapılmıştır. İlk olarak 6009 sayılı Kanunla yapılan düzenleme ile vergi incelemesinde uyulacak esaslarda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu kanunla “Vergi İnceleme ve Denetim Koordinasyon Kurulu” (VİDKK) Maliye Bakanlığı sürekli kurulları arasında yerini almış, diğer taraftan, vergi incelemelerinde uyulacak usul ve esaslara ilişkin yeni hükümler eklenmiştir.

İkinci önemli düzenleme ise, 646 sayılı “Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname”⁵⁵ (KHK) dir. 646 sayılı KHK ile vergi denetiminin örgütlenmesiyle ilgili düzenleme yapılmış, vergi denetim birimlerinin

⁵⁴ Yönetmelik madde 4/2: “Komisyona, gelir yönetimi daire başkanlıkları dışında bir daire başkanlığı tarafından özelge taslağı sevk edilir ise taslağı sevk eden daire başkanı da sevk edilen bu taslakla sınırlı olmak üzere üye sıfatıyla Komisyona katılır”.

⁵⁵ RG. 10.07.2011, S. 27790.

birleştirilmiştir. Bu kararname ile “Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı” kurulmuştur. 646 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 1. maddesine göre, “Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı, doğrudan Bakana bağlı olarak Başkan, Başkan Yardımcıları, Grup Başkanları ve Vergi Müfettişleri (Vergi Başmüfettişi, Vergi Müfettişi ve Vergi Müfettiş Yardımcısı)’nden oluşur”.

Vergi müfettişlerinin inceleme raporlarını hazırlarken uyacakları esaslar ayrıntılı olarak 6009 sayılı Kanunla düzenlenmiştir. Vergi müfettişlerinin vergi inceleme raporlarını hazırlarken uyacakları kurullarla vergi rapor değerlendirme komisyonlarının kuruluşu ve bunların yapacakları değerlendirmelerle ilgili olarak VUK’un 140. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendi ile aynı maddenin 2, 3 ve 4. fıkralarında yer alan hükümler ise şu şekildedir: “5. Vergi kanunlarıyla ilgili kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülere aykırı vergi inceleme raporu düzenleyemezler. Ancak, bu düzenlemelerin vergi kanunlarına aykırı olduğu kanaatine varılırsa bu hususu bağlı oldukları birimler aracılığıyla Gelir İdaresi Başkanlığına düzenleyecekleri bir rapor ile bildirirler.

Vergi Müfettişleri ile Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından düzenlenen vergi inceleme raporları, işleme konulmak üzere ilgili vergi dairesine tevdi edilmeden önce, meslekte on yılını tamamlamış en az üç Vergi Müfettişinden oluşturulacak rapor değerlendirme komisyonları tarafından vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu yönünden değerlendirilir. İncelemeyi yapanla komisyon arasında uyumsuzluk oluşması halinde uyumsuzluğa konu vergi inceleme raporları üst değerlendirme mercii olarak, Maliye Bakanlığınca belirlenen tutarları aşan tarhiyat önerisi içeren vergi inceleme raporları ise doğrudan, Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı bünyesinde bir Başkan Yardımcısının başkanlığında dört grup başkanından oluşan beş kişilik merkezi rapor değerlendirme komisyonu tarafından vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu yönünden değerlendirilir. İncelemeyi yapanlar, bu komisyon tarafından yapılacak değerlendirmeye uygun olarak düzenleyecekleri vergi inceleme raporlarını işleme konulmak üzere bağlı oldukları birime tevdi ederler.

135 inci madde ile vergi incelemesi yapmaya yetkili kılınan diğer memurlar tarafından düzenlenen vergi inceleme raporları, Gelir İdaresi Başkanlığı merkez ve taşra birimlerinde oluşturulacak rapor değerlendirme komisyonları tarafından değerlendirilir.

Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonu ile diğer rapor değerlendirme komisyonları yaptıkları değerlendirme sırasında, verilmiş bir

özelgenin 369 uncu maddenin birinci fıkrası kapsamında olduğu kanaatine varmaları halinde, söz konusu özelge, Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonundan üç üye ile 413 üncü maddeye göre oluşturulan komisyondan iki üyenin katılımıyla oluşturulacak beş kişilik bir komisyon tarafından değerlendirilir. Bu komisyonca verilen kararlar, ilgili rapor değerlendirme komisyonu ile incelemeye yetkili olanı bağlar”.

Yapılan düzenlemelerin verdiği yetkiye dayanılarak yönetmelikler çıkarılmıştır. 31.12.2010 tarihinde çıkarılan iki yönetmelik de, daha sonra çıkan 646 sayılı KHK’ye uyum sağlamak amacıyla kaldırılmış ve yeni yönetmelikler çıkarılmıştır. Bunlardan ilki “Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”tir⁵⁶. Diğer yönetmelik ise “Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”tir⁵⁷. Bu yönetmeliklerde ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

6009 sayılı Kanun öncesinde inceleme elemanları genel tebliğ, sirküler, özelge gibi kaynaklara aykırı raporlar düzenleyebilmekteydi. Bu raporlara müdahale edilememekteydi⁵⁸. Bu bakımdan özelgelerin kural olarak denetim elemanını bağlamadığı söylenebilir⁵⁹. Yapılan değişiklikten önce, denetim elemanı sadece kendilerine uyulması zorunlu, aslı kaynaklara uymak durumundaydı. Zaten, özelgelere uyan mükelleflerin durumunun cezayı gerektirmesi durumunda ceza kesilmeyecek olması da buna işaret etmektedir. Mükellefin hareketinin cezayı gerektirip gerektirmeyeceği, denetim sonucunda belli olacaktır⁶⁰. 6009 sayılı Kanun öncesinde, denetim elemanı yaptığı denetimde sirküler ve özelgenin hukuka aykırı olup olmadığını da göz önüne alarak denetim yapabilmekteydi.

⁵⁶ RG. 31.10.2011, S. 28101.

⁵⁷ RG. 31.10.2011, S. 28101.

⁵⁸ ERSOY Adnan, “6009 Sayılı Kanun Sonrası Vergi İncelemelerinde Genel Tebliğ, Sirküler ve Mukteza (Özelge) Etkisi”, Vergi Dünyası, S. 357, Mayıs 2011, 48.

⁵⁹ Bkz. TANRIKULU, s. 24; KORKUSUZ, s. 56; Özelgelerin incelemeler yoluyla yargı denetimine götürülebilmesi imkânı, hukuk sisteminin gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Bkz.: ÇELİK, s. 26; Bu konuda ayrıca bkz. ENEY Hasan, “Genel Yazı, İç Genelge ve Özelgelere İnceleme Elemanlarının Uymaları Gerektiği”, Yaklaşım, S. 125, Mayıs 2003, s. 229-230; SEVGİ, s. 53, 54; ARPACI, s. 84; Bu durumun mükellef ile vergi idaresini karşı karşıya getirmesi ve vergi idaresinin iş yükünü artırması doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. SARAÇOĞLU – ŞAHAN, s. 146.

⁶⁰ ÜSTÜN, s. 231.

Daha önce vergi inceleme elemanının hazırladığı raporlar üzerine yapılan tarhiyata karşı dava yoluna gidilebilmekteydi. Ancak, yeni düzenlemeyle vergi müfettişleri artık, vergi kanunlarıyla ilgili kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ **ve sirkülere** uymak zorundadırlar, bunlara aykırı vergi inceleme raporu düzenleyemeyeceklerdir. İlgili düzenlemelerin vergi kanunlarına aykırı olduğu kanaatine varırlarsa bu hususu bağlı oldukları birimler aracılığıyla Gelir İdaresi Başkanlığına düzenleyecekleri bir rapor ile bildireceklerdir. Buna göre sirkülerler iç ilişkide, açıklayıcı genel tebliğler gibi vergi müfettişlerini bağlayıcı niteliğe sahip olmuştur⁶¹. Sirkülerlerin denetim elemanı bağlaması gerektiği, yapılan değişiklikten önce de vurgulanmaktaydı⁶². Yapılan düzenleme ile vergi müfettişlerinin sirkülere uymalarının zorunlu hale getirilmesi, sirkülerin hukukî niteliğine de daha uygun ve isabetli olduğu söylenebilir. Ancak böyle bir değerlendirme yaparken sirkülerin hukukî niteliklerinin göz önünde bulundurulması da önem arz etmektedir.

Bütün inceleme raporları, yeni düzenlemeye göre Rapor Değerlendirme Komisyonuna gidecektir. VUK'un 140/1-5. maddesinde inceleme elemanın "*Vergi kanunlarıyla ilgili kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülere*" aykırı rapor düzenleyemeyecekleri belirtilmiştir. Buna göre, inceleme elemanı özelgeye aykırı rapor düzenleyebilecektir⁶³. Ancak, VUK'un 140/2. maddesinde, Rapor Değerlendirme Komisyonlarının raporların vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler **ve özelgelere** uygunluğunu değerlendirecekleri hükme

⁶¹ "Sirküler, merkezi komisyonun merkezi/resmi yorumunu ifade eden idari bir işlemdir; inceleme elemanının merkezi görüşten farklı yorumda bulunması halinde, sadece görüş farklılığını GİB'e rapor etme olağanı mevcuttur... GİB'in de yayınlanan sirkülerdeki görüşün kanuna aykırı olduğu kanaatine varması halinde, ortaya çıkacak durum artık yanılma ile ilgili değil "görüş değişikliği" ile ilgilidir ve bunun hukukî sonuçları da VUK, 369(2)'de yanılmadan ayrı olarak düzenlenmiştir". Bkz. YALTI, s. 333.

⁶² "Sirkülerlerin üst tarafından verilen yazılı emir niteliğinde olduğu ve Bakanlık tarafından yayımlandığı dikkate alındığında, inceleme elemanlarının da sirkülerlere uygun davranmalarının daha isabetli olacağı sonucuna ulaşılır. Yayımlanan sirkülerde bir hukuka aykırılık görüldüğünde inceleme elemanları bunu direkt Bakanlığa bildirmek suretiyle gerekli düzenlemenin yapılmasını sağlamalıdır". Bkz. SÜSTÜN, s. 233.

⁶³ ŞİRİN Z. Ertunç, "Özelge ve Sirkülerin Vergi Hukuku Kaynağı Olarak Konumları ve İşlevleri: 6009 Sayılı Yasa Öncesi ve Sonrası Durum", Prof. Dr. Sadık Kırbas'a Armağan Kitap, Eylül 2011, s. 238.

bağlanmıştır. Burada özelgelere uygunluğun da değerlendirilecek olması önemli bir husustur.

Yapılan değerlendirme sırasında, verilmiş bir özelgenin yanlış olduğu kanaatine varılması halinde, söz konusu özelge, Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonundan üç üye ile VUK'un 413. maddesine göre oluşturulan komisyondan iki üyenin katılımıyla oluşturulacak beş kişilik bir komisyon tarafından değerlendirilecektir⁶⁴. Bu komisyonca verilen kararlar, ilgili rapor değerlendirme komisyonu ile incelemeye yetkili olanı bağlayacaktır (Yön. m. 17/6). Doktrinde, tebliğ, sirküler gibi kaynakların kanunlara aykırılığı ile ilgili olarak başvurulması halinde, Gelir İdaresi Başkanlığının kendi oluşturduğu metinleri yine kendisinin araştırması gibi bir durumun ortaya çıkacağı bunun da sadece zaman kaybına yol açacağı vurgulanmaktadır⁶⁵. Ayrıca özelge bakımından daha da karmaşık bir düzenleme yapıldığı belirtilerek, vergi inceleme elemanlarına doğrudan özelgeye de uyma zorunluluğunun getirilmesinin daha isabetli olacağı ileri sürülmektedir⁶⁶.

Özelgelerin yanlışlığının tespiti ancak karma özelge değerlendirme komisyonunun kararıyla olabilecektir. Bu bakımdan VUK'un 140.

⁶⁴ Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik madde 17: “(1) Rapor değerlendirme komisyonları, yaptıkları değerlendirme sırasında verilmiş bir özelgenin Kanununun 369 uncu maddesinin birinci fıkrası kapsamında olduğu kanaatine varırlarsa, söz konusu özelgeyi, Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonundan üç üye ile Kanununun 413 üncü maddesine göre oluşturulan komisyondan iki üyenin katılımıyla oluşturulacak beş kişilik Komisyona gönderirler.

(2) Birinci fıkrada belirtilen beş kişilik Komisyonun üyeleri Bakan tarafından belirlenir.

(3) Bu Komisyon, konunun kendisine geliş tarihinden itibaren otuz gün içerisinde karar verir.

(4) Bu Komisyon, üyelerin tamamının hazır bulunması ile toplanır ve oy çokluğuyla karar alır.

(5) Alınan kararlar tutanağa bağlanır ve tüm üyeler tarafından imzalanır.

(6) Bu Komisyonca verilen kararlar, ilgili rapor değerlendirme komisyonu ile vergi incelemesi yapmaya yetkili olanı bağlar”. Ayrıca bkz. YETKİNER Erkan, “6009 Sayılı Kanun İle Vergi İncelemelerinde Uygulacak Esaslara İlişkin Yapılan Yeni düzenlemeler”, Vergi Dünyası, S. 359, Temmuz 2011, s. 32.

⁶⁵ ERSOY, s. 48.

⁶⁶ ERSOY, s. 48.

maddesindeki yeni inceleme esasları ile VUK'un 369. maddesi uyumlu olmadığı ortaya çıkmaktadır⁶⁷. Özelge ve inceleme süreçlerindeki yeni düzen, aslında hukukî sonuçları bakımından tam bağlayıcı bir sistemin yapı taşlarını içermektedir. Sistemin bu bağlayıcılık unsurunun eksik bırakılması ise bütünlüğün bozulmasına ve çeşitli sorunların ortaya çıkmasına yol açmaktadır⁶⁸. Özelgeler artık vergi tarhi bakımından idare açısından bağlayıcı hale gelmiştir⁶⁹. Kanundaki düzenlemelerin uyumu bakımından, özelge ve sirkülerlerin bağlayıcı nitelikte olduklarına ilişkin kanunî düzenlemenin yapılabilir.

Özelgelerin tam bağlayıcı sonuç vermesi, mevcut düzenlemeler itibariyle olması gereken durum olarak gözükmektedir. Özelgeye uygun davranan mükellefin güveninin korunması gerekliliğinin önemi de inkâr edilemez⁷⁰. 6009 sayılı Kanunla yapılan düzenleme sonucunda artık özelge ve sirkürlere mükellefler de uymak durumunda kalmışlardır. Bu durum ise, söz konusu kaynakların hukukî niteliklerine aykırılık teşkil etmektedir.

⁶⁷ YALTI, s. 326.

⁶⁸ YALTI, s. 328; *“Sirküler vergi idaresini tamamen bağlayıcı mahiyet taşır. Talepte bulunmuş olsun olmasın, sirkülere uyan bir vergi mükellefi hakkında, sirküler yanlış olsa ve bu yanlışlık sonraki bir görüş değişikliği ile ortadan kaldırılsa dahi ek vergi tarhiyatı yapılamaz. Bu durumda eğer bireysel özelgelerin VUK, 369(1) kapsamında ceza ve faizi ortadan kaldıracağı, vergi aslına bağlı ek tarhiyat olanağını engellemediği görüşü geçerli ise, kamusal özelgelerle bireysel özelgelerin hukuki sonuçları farklılaşmış olacaktır. Böylesi çelişik bir sonuç kabul edilemez. O nedenle, bireysel özelgelerin tam bağlayıcı sonuç vermesi gerektiği ve çelişkili davranma yasağı ile haklı beklenti ilkesinin bunu gerektirdiği yönündeki değerlendirme, bu anlamda olması gereken hukuki sonucu vermektedir”*. YALTI, s. 334.

⁶⁹ ŞİRİN, s. 238; Yanlış izahata uyan mükellefe sonradan tarhiyat yapılmasının sakıncalı olduğu doktrinde şu şekilde belirtilmektedir: *“Özellikle karşı tarafa yansıtılan (sözleşme ile diğer tarafa aktarılan veya aktarılması gereken) vergilerde, vergilmiş mukteza uyarınca hesaplanmayarak yansıtılmamış verginin, muktezaya uygun davranan mükelleften aranılmasının gerekip gerekmediği tartışmaya değer bir konudur. Özellikle KDV’de teslim veya hizmetin vergiden istisna olduğu yolunda verilmiş muktezaya uygun olarak satışlarında KDV hesaplamayan bir mükelleften, daha sonra düzeltilmiş mukteza ile KDV hesaplayarak beyan etmesinin istenmesi halinde, mükellef zarara sokulmuş olmaktadır. .. İşte bu gibi durumlarda mükelleften vergi aslının istenilmesi, yanlış mukteza veren idarenin bu konudaki hizmet kusurunun mükellefe adeta bir ceza gibi yansıtılması sonucunu doğurmaktadır”*. Bkz: DOĞRUSÖZ, s. 262-263.

⁷⁰ YALTI, s. 330.

Kişilerin hukukî durumlarını etkileyen bu kaynaklar, yine de doğrudan dava konusu edilemeyecekler (vergi inceleme işleminin kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmaması, sadece ön işlem olmasından dolayı⁷¹), ancak yapılan incelemeye dayanılarak yapılan tarh işlemine karşı dava açılabilir. Fakat yeni düzenleme çerçevesinde artık tarh işlemi beklenmeden mükellefin hukukunu etkileyen sirküler ve özelgelerin dava konusu edilebilmesi mümkün hale geldiği söylenebilir⁷². Yargı aşamasında sirküler ve özelgelerin hukuka uygun olup olmadığı incelenebilecektir. Bunların bağlayıcı kaynak olduklarının belirtilmesi, mevcut düzenlemenin kendi içindeki uyumsuzluğunu ve karmaşıklığını ortadan kaldıracaktır. Ancak bu husus, sonuç bölümde tekrar değerlendirilecektir.

IV. ÖZELGE VE SİRKÜLERİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

İdarenin görüşü niteliğinde olan özelge ve sirkülerler vergi hukukunda belirsizliklerin giderilmesi bakımından önemli fonksiyon görmektedir. İdarenin yorumunu içermektedirler. Özelge ve sirkülerlerde idare çoğunlukla lafzî ve sistematik yorum yöntemlerine başvurmaktadır⁷³.

Vergi ile ilgili işlemlerin yürütülmesi konusundaki açıklamalar olan özelgeler, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliği taşımadıkları için mükellefler için bağlayıcı değildir. Özelgeler kural olarak, vergi hukukunun açıklayıcı nitelikteki yardımcı (ikincil, talî) kaynaklarından⁷⁴.

Özelgeler sadece verildiği mükellef açısından geçerli iken, sirkülerler tüm mükellefler için uygulanabilecek bakanlık görüşleridir⁷⁵. Sirkülerler ise, vergi uygulamalarıyla ilgili belirli bir durumdaki çok sayıda mükellefin

⁷¹ ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 99.

⁷² Ancak mevcut düzenleme karşısında mükelleflerin artık özelge ve sirkülere uymak durumunda kalmaları, bunları ayrı olarak yargı önüne getirmelerine yol açacaktır. Yargı organının da yapılan kanunî düzenlemeler çerçevesinde bunları incelemesi gerekecektir. Karş. ŞİRİN, s. 239-240. Bu bakımdan tarh işlemi beklenmeden sirküler ve özelgelerin dava konusu edilmesinin önünün açıldığı söylenebilir. Sirküler ve özelgelerin merkezî komisyondan çıkarılmaları da aslında bunların bağlayıcı nitelikte olmaları gerektiğini göstermektedir.

⁷³ SAYGILIOĞLU Nevzat, Vergi Hukukunda Yorum, Ankara 1987, s. 139.

⁷⁴ ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 16; NAS Adil, “Vergi Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Muktezalar (Özelgeler)”, Vergi Sorunları, S. 259, Nisan 2010, s. 186; ERDEM, s. 90-91; ARIKAN, Mukteza, s. 130; KORKUSUZ, s. 52; ÖZ, s. 8, 11.

⁷⁵ SEVGİ, s. 54; DEMİRCİ Genel Tebliğ, s. 110; Dolayısıyla bunlar münferit bir durum değil, genel bir yorum, görüş içerir. Bkz.: AK, s. 111.

tereddüde düşmesi halinde “genel nitelikli özelge” şeklinde çıkarılan hukukî metinlerdir⁷⁶. Buna göre sirkülerle vergi hukuku alanında yeni bir düzenleme getirilemez. Sirkülerlerin de aynen özelgeler gibi herhangi bir icraî niteliği ve bağlayıcılığı yoktur⁷⁷. Özelge ve sirkülerler aralarında hukukî nitelik bakımından bir fark bulunmayan açıklayıcı, icraî nitelik taşımayan ve bağlayıcı olmayan kaynaklardır⁷⁸. Dolayısıyla kural olarak bunlar hakkında doğrudan dava açılabilmesi mümkün değildir⁷⁹.

Gerçekleştirilen kanunî düzenlemeler sonrası artık bu kaynakların bağlayıcı nitelik kazandığı vurgulanmaktadır. Buna göre önceden sadece vergi cezaları (ve gecikme faizi) açısından idare ve yargı organları açısından

⁷⁶ GERÇEK, s. 209.

⁷⁷ İdarî emir ve idarî yorum niteliğinde olduğundan sadece vergi dairelerini bağlamaktadır. GERÇEK, s. 209; AK, s. 110, 111.

⁷⁸ YALTI, s. 317, 319.

⁷⁹ “Uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla bildirilen görüşler, tavsiye ve danışma yazıları, kesin ve yürütülmesi gereken işlemler olmadıkları gibi hukuki sonuç doğuracak nitelik taşımadıkları için idari davaya konu olamazlar”. DVDDGK., 25.10.2002 gün ve E. 2002/203, K. 2002/340, DKD, S. 2, s. 128; D.7.d., 26.5.1998 gün ve E. 1997/2574, K. 1998/2036, DD, S. 98, s. 424; “Uyuşmazlık konusu Sirkülerin incelenmesinden, Vergi Usul Kanununun 413 üncü maddesinde Maliye Bakanlığına veya Bakanlığın yetkili kıldığı makama vergi uygulamaları ile ilgili olarak açıklama yapma konusunda verilen yetki aşılarak, yatırım indirimi ve özel maliyet bedeli uygulamaları yönünden Kanunda yer almayan hukuki sonuçlar doğuracak genel nitelikte düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, düzenlemenin yetki aşımı nedeniyle hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Bu nedenlerle, dava konusu düzenlemenin iptali (gerekir)”. Aynı karardaki karşı oy yazısında da sirkülerin kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığı belirtilmiştir: “İdari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliği taşımayan, aykırı davranılması durumunda, vergi kanunlarıyla ilgili ödevlerinin yerine getirilmediğinden söz etmenin de mümkün olmadığı dava konusu Sirkülerin, Danıştay’da idari davaya konu edilebilecek düzenleyici bir işlem olarak kabulüne olanak bulunmaması nedeniyle davanın, Sirkülerin iptali istemiyle açılan kısmının incelenmeksizin reddi (gerekir)”. DVDDGK., 18.04.2008 gün ve E. 2007/49, K. 2008/249, <http://www.danistay.gov.tr>; “Dava konusu sirkülerin hukuki sonuçlar doğurmak üzere yayımlanan, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken genel bir düzenleyici işlem niteliğinde olduğunu kabule olanak bulunmadığından, ... davanın sirkülerin iptali istemine ilişkin kısmının reddi gerekir”. DVDDGK., 22.02.2008 gün ve E. 2007/495, K. 2008/159, <http://www.danistay.gov.tr>.

bağlayıcı olan bu kaynaklar⁸⁰, artık vergi tarhı açısından da bağlayıcı hale gelmiştir⁸¹. Kendisine verilen özelgeye uygun davranan mükellef hakkında ek tarhiyat yapılması ihtimalinin mevcut düzenleme çerçevesinde mümkün olmadığı vurgulanmaktadır⁸². Dolayısıyla, vergi incelemesi hakkında yapılan yeni düzenlemeler sonrasında, artık özelge ve sirkülerlerin hukukî niteliğinin yeniden ele alınması ve net olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Özelgelerin vergi idaresinde demokrasi hedefine yönelik mekanizmalardan biri olduğu ifade edilmektedir⁸³. Ayrıca genelge, tebliğ, sirküler, özelge gibi hukuk metinleri açıklayıcı nitelikleri sayesinde belirlilik ilkesinin gerçekleşmesine de yardımcı olurlar⁸⁴. Yapılan değişikliklerle

⁸⁰ Özelgeler ceza uygulaması bakımından vergi idaresi ve yargı organlarını bağlayıcı niteliktedir. Bu bakımdan özelgelerin belli açıdan bağlayıcı, belli açıdan ise yardımcı kaynak niteliğini bünyesinde barındıran karma niteliğe sahip olduğu vurgulanmaktadır. Benzer durumun sirküler için de geçerli olduğu belirtilmektedir. Bkz. ŞİRİN, s. 232-234; Düzenleme öncesi vergi idaresi için kısmen bağlayıcı nitelikte olduğu hakkında bkz. YALTI, s. 323; “Mükellef özelgeye uygun olarak işlem yaptığında özelge vergi idaresi açısından tamamen bağlayıcı olmaktadır...Özelgelerin idare üzerindeki bağlayıcılığı ile mükellef üzerindeki bağlayıcılığı karşılaştırıldığında bir orantısızlık söz konusudur. Başvuru sahibi idarenin yaptığı yoruma bağlı kalmak zorunda değilken idare kendi yaptığı yoruma bağlı kalmaktadır”. GÖKBEL, s. 177, 179.

⁸¹ İnceleme elemanları rapor hazırlarken sirkülere uygun davranmak zorundadır. İnceleme elemanının özelgeye uygun rapor hazırlamasının zorunlu olduğu düzenlenmemesine rağmen rapor değerlendirme komisyonunun özelgeleri de dikkate alacağı belirtildiği için, özelgeye aykırı raporlar, komisyon tarafından geri çevrilecektir. Yani özelgeye aykırı rapor düzenlenmesi mümkün olamayacaktır. Bkz. ŞİRİN, s. 238-239; YALTI, s. 334.

⁸² “İdari görüş üretimi ve uygulanması bakımından merkezi yapıya ve denetime dayanan bu sistemdeki bütün düzenlemeler, her yönüyle vergi idaresi inceleme elemanlarını bağlayıcı mekanizmalarla sonuçlanmışken, mesele bireysel özelgelerin hukuki etkisine gelince, idarenin bu işlemlerle bağlanmama iradesini sürdürmeye çalışması ayırksı ve sistemle uyumsuz bir sonuç yaratmıştır...Özelge oluşturma sürecindeki yeni hükümlere bakınca, merkezi komisyon temelinde onay esasına bağlanmış bir özelgenin hala ve neden tam bağlayıcı mahiyet arz etmediğini anlamak mümkün değildir”. Bkz. YALTI, s. 334-335.

⁸³ ATEŞ, s. 623, 650.

⁸⁴ ARIKAN Zeynep, Demokratik Gelişim Sürecinde Vergilendirme Yetkisinin kullanımı ve Sınırları (Türkiye Analizi), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 1994, s. 212; GIVATI, s. 5.

öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerinin gerçekleştirilmesinin hedeflendiği belirtilmektedir⁸⁵.

VUK'un eski 413/2. maddesinde, "yetkili makamlar yazı ile istenecek izahatı yazı ile veya sirkülerle cevaplamak mecburiyetindedirler" hükmü yer almaktaydı. Dolayısıyla vergi idaresinin mükelleflerden gelen talepleri cevaplandırıp cevaplandırmamak bakımından takdir yetkisinin olmadığı açıktı. Yeni düzenlemeyle "mecburiyet" terimi maddeden çıkarılmıştır. Fakat konu mükellef hakları bakımından da ele alındığında, idarenin cevap verip vermeme konusunda takdir yetkisine sahip olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁸⁶. İdarenin izahat taleplerine mutlaka cevap vermesi gerekmektedir.

İdarenin mükelleflerden gelen talepleri cevaplamak zorunda olmasına rağmen kanunda cevaplamak için belli bir süre öngörülmemiştir⁸⁷. Yetkili makamların da bilgiyi zamanında ulaştırmaları gerekir⁸⁸. 4962 sayılı

⁸⁵ ŞENYURT, s. 54.

⁸⁶ "Diğer yandan, özelge talepleri bakımından olay, konu, koşul ve uygulanacak kanun hükmü bakımından aynı durumda olan vergi mükellefleri için, sirküler yayımlama seçeneğinin de tercih edilmediği hallerde, bunlardan birine özelge verilmesi, diğerine ise verilmemesi –yani talebin reddi- de idarenin eşit muamele yükümlülüğü açısından kabul edilemez". Bkz. YALTI, s. 319, 320.

⁸⁷ Özelge ve sirküler verilmesi ile ilgili doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 18/2. maddesinde, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların, inceleme sırasında vergi kanunlarıyla ilgili kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülerin vergi kanunlarına aykırı olduğu kanaatine varmaları halinde, bu hususu bağlı oldukları inceleme ve denetim birimleri aracılığıyla Gelir İdaresi Başkanlığına bir rapor ile bildireceği hükme bağlanmıştır. Maddenin son fıkrasında ise Gelir İdaresi Başkanlığının en geç yirmi iş günü içinde görüşünü bildireceği belirtilmiştir.

Rapor Değerlendirme Komisyonların Oluşturulması ile ilgili yönetmeliğin 17. maddesinde, Rapor değerlendirme komisyonlarının yaptıkları değerlendirme sırasında verilmiş bir özelgenin yanlış olduğu kanaatine varmaları halinde, bu özelgenin oluşturulacak karma bir komisyonda inceleneceği belirtilmektedir. Komisyonun konu hakkında otuz gün içinde karar vereceği maddede hükme bağlanmıştır.

⁸⁸ Ayrıca verilen cevabın açık olması ve konunun tüm maddî unsurlarını kapsaması gerekir. ARIKAN, Mukteza, s. 129; TANRIKULU, s. 23; Bilgi istenilen olay ya da konu, açıkça tüm unsurlarıyla birlikte ortaya konmalı ve yetkililerin konuyu cevaplamaları için gerekli süreyi gözönüne alınıp zamanında başvuru yapılmalıdır. Bkz. KARAASLAN Ali,

Kanunla VUK'un 413. maddesine sirküler ibaresi eklenmeden önce, ilgili maddede vergi idaresinin istenilen izahatı en kısa zamanda cevaplamak zorunda olduğuna dair hüküm yer almaktaydı. Cevaplamak için idareye süre bakımından bir sınır getirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁹. Mükelleflere farklı sürelerde cevap verilmesi eşitliğe aykırı sonuçlar doğurabilmektedir⁹⁰. İdarenin cevaplama süresi bakımından takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilse bile, bunun oldukça sınırlı bir yetki olacağı gözardı edilmemelidir⁹¹. İdarenin belli süre içinde cevap vermesi zorunluluğunun getirilmesi, idarenin keyfî davranma ihtimalini ortadan kaldırmada olduğu gibi⁹², mükelleflerin hukukî güvenliğini sağlama bakımından da önem arz etmektedir. Bu sayede mükellefler arasında muhtemel eşitliğe aykırı uygulamaların da önüne geçilmiş olacaktır.

İdare genel olarak, idarî yoruma başvurmak suretiyle, takdir yetkisine dayanarak sirküler çıkarmaktadır. Ayrıca idarenin sirküler çıkarıp çıkarmama konusunda da bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁹³. Bu bakımdan mükelleflerin özelge talep etmeleri yerinde olacaktır. Ayrıca sirküler yayımlanması durumunda, mükelleflerin kendi durumlarının sirküler kapsamına girip girmediğini iyi değerlendirmeleri de önem arz etmektedir⁹⁴. Aksi halde ceza kesilmemesi ve gecikme faizi uygulanmaması söz konusu olmayacaktır. Vergi idaresinin sirküler çıkarmayı tercih etmemesi durumunda izahat isteyen mükelleflere özelge vermesi gerekmektedir.

“Mukteza ve Yanılma”, Vergi Dünyası, S. 105, Mayıs 1990, s. 22-23; ARIKAN, Demokratik, s. 129; DEMİRCİ, Özelge, s. 33.

⁸⁹ ERDEM, s. 93; YILDIZ, s. 44.

⁹⁰ DEMİRCİ, Özelge, s. 36.

⁹¹ “İdare olayın özelliklerine göre mümkün olan en kısa sürede cevap vermelidir. Verilecek cevabın gecikmesi, ilgili mükelleflerin durumlarındaki belirsizliklerin uzamasına ve bazı durumlarda zarara uğramalarına neden olabilir. Bu bakımdan idarenin haklı bir neden olmaksızın cevap vermede gecikmesi halinde takdir yetkisinin kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir. Özelgelerin verilmesinde belli süre sınırının getirilmesi, mükellefler arasında ortaya çıkabilecek muhtemel eşitsizliklerin önüne geçecektir”. Bkz. ÜSTÜN, s. 230.

⁹² ÖZ, s. 16.

⁹³ ÜSTÜN, s. 232; Vergi idaresinin aynı konuda çok sayıda özelge talebi olsa da bunları sirkülerle cevaplamak mecburiyetinde değildir. ATEŞ, s. 629.

⁹⁴ ATEŞ, s. 629.

V. SONUÇ

Vergi mevzuatında meydana gelen sık değişiklikler, idarenin düzenleme yetkisini sık olarak kullanması, vergi ile ilgili bazı durumlarda belirsizlikler ve hatta çelişkiler oluşturabilmekte, mükellefler ise ne şekilde hareket edeceklerine dair bir kararsızlık ve duraksama yaşayabilmektedirler. İşte, bu gibi belirsiz veya çelişkili durumların aydınlığa kavuşturulabilmesi bakımından özelgeler ve sirkülerler büyük bir boşluğu doldurmakta, uygulamaya bir hız ve tutarlılık kazandırmaktadırlar. Aynı zamanda mükellefin vergi idaresine başvurması ve bunlar arasındaki iletişimin sağlanması bakımından vergi idaresinde demokrasinin gelişmesinde de önemli fonksiyon ifa etmektedir.

İdarenin yorumunu ifade eden özelge ve sirkülerler, uyumsuzlukların henüz doğmadan önlenmesinde önemli ölçüde rol oynamaktadır. Vergi idaresi sirküler yoluyla takdir yetkisini benzer olaylar için ayrı ayrı kullanmak yerine topluca bir defada kullanmış olmaktadır. Benzer konulardaki özelge talepleri ortadan kalkacağı için idarenin iş yükü azalmakta ve bu da usûl ekonomisine uygunluk arz etmektedir. Sirkülerler esas itibarıyla 'genel nitelikli özelge' niteliğinde çıkarılmalıdır. Yani, sirkülerler esas amacı doğrultusunda çıkarılmalıdır. Genel tebliğ gibi diğer kaynaklarla düzenlenecek hususların sirkülerlerle düzenlenmemesi gerekir. İlgili komisyonun bu hususa azamî dikkat etmesi gerekmektedir ki kanaatimce bu şekilde kurulan merkezî komisyon zaten sirkülerlerin sadece amacı doğrultusunda çıkarılmasını sağlayacaktır.

Yapılan kanunî değişiklikler sonrası, idarenin yanlış izahat vermesi halinde mükellefe ceza kesilmeyeceği gibi gecikme faizi de uygulanmayacaktır. VUK'un 369/2. maddesi uyarınca sirkülerde yapılan değişiklikler görüş değişikliği kapsamında değerlendirildiği için, sirkülere uyulması halinde tarhiyatın da yapılmaması gerekecektir. Yeni düzenlemeyle mükellefe vergi cezası yanında gecikme faizinin uygulanmamasına yönelik düzenleme olumlu niteliktedir.

Özelge ve sirkülerler kural olarak vergi hukukunun yardımcı, talî nitelikteki kaynaklarıdır. Ancak vergi incelemeleri ile ilgili yapılan değişiklikten sonrası bunlar büyük ölçüde bağlayıcı karakter kazanmışlar, fakat hukukî nitelikleri hakkında açık bir hüküm getirilmemiştir. Bu durum da mevcut düzenlemede karışıklık ve belirsizliklere yol açmaktadır. Vergi inceleme elemanları raporlarını hazırlarken sirkülere uymak zorundadırlar. Bu bakımdan sirkülerlerin vergi idaresini bağlama yanında artık mükellefleri de bağlayıcı hale geldiği söylenebilir. Sirkülere aykırı rapor düzenlenmemesi bu durumu göstermektedir. Mükellefler inceleme

raporlarının sirkülere aykırı düzenlenemeyeceğini bildikleri için, sirkülere uymak zorunda kalacaklardır.

İnceleme elemanları özelgelere aykırı rapor düzenleyebilirlerse de, bu raporlar ilgili komisyonda özelgelere uygunluk bakımından da değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Burada özgelelerin yanlışlığı hakkında kanaat oluşursa, durum sirküler ve özelge verme konusunda yetkili komisyondan iki üyenin de katılacağı beş kişilik karma komisyonda incelenecektir. Bu düzenlemeler de artık özgelelerin de bağlayıcı niteliğe büründüğünü göstermektedir.

Belirtilen düzenlemeler bağlamında, özelge ve sirkülerlerin mükelleflerin hukukî durumunu etkileyen niteliğe büründüğü sonucuna ulaşılmaktadır. Mükellefler mevcut düzenleme kapsamında artık en azından sirkülerleri, tarh işlemini beklemeksizin dava konusu edebileceklerdir. Çünkü hukuka aykırı olduğu kanaatine vardığı bir sirkülere uyması ve ihtirazî kayıtlı beyannamesi verip yapılacak beyana dayanan tarhiyatı beklemesi ve ardından dava açması halinde, mükellefin hukukî durumu daha fazla etkilenecektir. Bu bakımdan yapılan düzenlemelerle sirkülerin bağlayıcı hale gelmesi, bunların dava edilebilme ihtimallerini ortaya çıkarmıştır.

Vergi incelemeleriyle ve dolayısıyla özelge ve sirkülerlerle ilgili yapılan yeni düzenlemeler, aslında hukukî sonuçları bakımından tam bağlayıcı bir sistemin yapı taşlarını içermektedir. Ancak özelge ve sirkülerlerin bağlayıcı olduklarına ilişkin net bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu bakımdan kanundaki düzenlemeler arasında bir uyumun sağlanması gerekmektedir. Bunun için, özelge ve sirkülerlerin bağlayıcı nitelikte olduklarına ilişkin kanunî bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı söylenebilir. Böylece mevcut düzenlemeler arasındaki uyumsuzluk ortadan kalkacak ve belki de kanun koyucunun uzun vadede olmasını arzuladığı sistem tamamlanmış olacaktır. Ancak, böyle bir değerlendirme yapmadan önce mutlaka özelge ve sirkülerin hukukî nitelikleri ve vergi incelemelerinin özelliği dikkate alınmalıdır.

Özelge ve sirkülerler vergi hukukunun yardımcı, talî nitelikte kaynaklarıdır. Vergi incelemeleri ise vergi adaletinin sağlanmasında, en önemli ön şartlardan birisini oluşturmaktadır. Vergide adaletin sağlanabilmesi için vergi incelemelerinin etkinliği büyük bir önem arz etmektedir. Vergi incelemelerinin kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi için, vergi müfettişlerinin nasıl hareket etmeleri gerektiği sorusuna mutlaka cevap verilmelidir. Vergi müfettişleri incelemelerini yaparken vergi idaresinin bütün düzenleyici işlemlerine ve bu arada özelge

ve sirkülere uymalı mıdır, yoksa daha objektif bir inceleme gerçekleştirilebilmesi için biraz daha özgür hareket etme imkânına mı sahip olmalıdırlar? Aslında, özelge ve sirkülerin nasıl bir hukukî niteliğe sahip olmaları gerektiği sorusuna verilecek cevabın temelinde, bu nokta yatmaktadır. Vergi müfettişlerinin bütün idarî düzenlemelere uyması, idarenin iç ilişkisinde sorunların çıkmaması ve belki de yeknesaklık sağlanması açısından savunulabilir. Ancak, vergi incelemelerinin vergi adaleti bakımından taşıdığı önem, kanaatimce, yapılacak incelemelerin daha objektif ve özgür ortamlarda yapılmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan vergi inceleme elemanlarının özelge ve sirkülere uyması zorunlu olmamalıdır. Bu noktada vergi müfettişlerinin hazırlayacakları raporların ilgili rapor değerlendirme komisyonunda incelenecek olması da bir kontrol müessesesi olarak olumlu fonksiyon ifa edecektir. Vergi müfettişlerine bu ölçüde bir serbestlik tanınması, vergi hukukunun gelişimine de olumlu katkılar sağlayacaktır.

Özelge ve sirkülerlerin artık merkezî bir komisyon tarafından verilmesi, uygulamada birliğin sağlanması, mükelleflere eşit muamele ve hukukî güvenlik ilkesi bakımından oldukça önemli bir adımdır. Bu sayede uygulamadaki muhtemel eşitsizlik ve aksaklıklar da önlenmiş olacaktır. Ancak bu merkezîleşmenin doğal sonucu olarak, mükelleflerin hukukî güvenliklerinin tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için, verilen özelge ve sirkülere uygun hareket eden mükelleflere, ilave vergi tarhiyatının da yapılmaması gerekmektedir. Sadece ceza kesilmemesi ve gecikme faizi uygulanmaması bu bakımdan yeterli değildir. Özelge ve sirkülerlerin tek merkezden verilmesinin zarurî sonucu, kanaatimce, bu görüşlere uygun davranan mükelleflerin maruz kalması muhtemel vergi tarhlarının da yapılmayacağına ilişkin düzenlemenin mutlaka kanuna eklenmesi gerektiğidir.

Sonuç olarak mevcut düzenlemede özelge ve sirküler bağlayıcı bir niteliğe bürünmüştür. Fakat kanunda bunların açıkça belirlenmemesi sistemi belirsiz hale getirmektedir. Bu belirsizliğin giderilebilmesi için, ya özelge ve sirkülerlerin bağlayıcı olduğuna dair bir düzenleme yapılmalı, ya da vergi müfettişlerinin özelge ve sirkülere uyma zorunluluğu olmamalıdır. Ancak, vergi incelemelerinin taşıdığı önem, özelge ve sirkülerin bağlayıcı olmamasını gerektirmektedir. Kendisine verilen izahata uygun davranan mükellefe ceza ve gecikme faizinin uygulanmamasının yanı sıra ilave vergi tarhiyatının da yapılmaması, bu konudaki düzenlemelerin ruhuna çok daha uygundur. Hukukî güvenlik ilkesi de bunu gerektirmektedir.

KAYNAKÇA

AK Mehlika Sultan, “Vergi Hukuku Bakımından Sirküler”, Vergi Dünyası, S. 278, Ekim 2004, s. 109-113.

AKYOL Mehmet Emin, “Özelge Uygulamasında Yeni Esaslar”, Yaklaşım, S. 207, Mart 2010.

ARIKAN Zeynep, “Vergi Hukukunun Kaynaklarından Mukteza ve Sonuçları”, DEÜİİBFĐ, C. 13, S. 11, 1998, s. 127-133 (Mukteza).

ARIKAN Zeynep, Demokratik Gelişim Sürecinde Vergilendirme Yetkisinin kullanımı ve Sınırları (Türkiye Analizi), Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 1994 (Demokratik).

ARPACI Altar Ömer, “Özelgelerin Denetim Elemanını Bağlayıcılığı Hangi Boyutta?”, Vergi Sorunları, S. 192, Eylül 2004, s. 77-87.

ATEŞ Leyla, “Vergi İdaresinde Demokrasinin Vazgeçilmez Aracı Olarak Mukteza”, Prof. Dr. Mualla ÖNCEL’e Armağan, C. 1, Ankara 2008, s. 623-655.

AYVERDİ İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Lugatı, İstanbul 2011.

BAYRAKTAR İhsan Kağan, “Özelgede Yeni Sistemin Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, S. 350, Ekim 2010, s. 93-97.

ÇELİK Celal, “Vergi Hukukunun Yardımcı Kaynağı Olarak İdari Düzenlemeler”, Vergi Dünyası, S. 261, Mayıs 2003, s. 24-28.

ÇOLAK Mustafa, “Özelge Müessesesi, 3568 Sayılı Kanun ve Meslek Mensuplarının İşlevi”, Yaklaşım, S. 119, Kasım 2002, s. 93-99.

DEMİRCİ Azmi, “315 Sıra Numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği’nin Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, S. 262, Haziran 2003, s. 104-111 (Genel Tebliğ).

DEMİRCİ Azmi, “Vergi Uygulamasında Özelgeler (Muktezalar); İşlevleri ve Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, S. 255, Kasım 2002, s. 31-39 (Özelge).

DOĞRUSÖZ Bumin, “Muktezanın Yeniden Düzenlenme Gereği”, Yaklaşım, yıl 17, S. 204, Aralık 2009, s. 261-263.

DOĞRUSÖZ Bumin, “Yeni Özelge Düzeni ve Sorunları”, Referans Gazetesi, 01.02.2010.

ENEY Hasan, “Genel Yazı, İç Genelge ve Özelgelere İnceleme Elemanlarının Uymaları Gerektiği”, Yaklaşım, S. 125, Mayıs 2003, s. 228-230.

ERDEM Doğan, “Vergi Hukukunda Özelgeler (Muktezalar) ve Uygulanışı”, Vergi Sorunları, S. 91, Nisan 1996, s. 90-94.

ERSOY Adnan, “6009 Sayılı Kanun Sonrası Vergi İncelemelerinde Genel Tebliğ, Sirküler ve Mukteza (Özelge) Etkisi”, Vergi Dünyası, S. 357, Mayıs 2011, 46*49.

GERÇEK Adnan, ““Sirküler”lerin Vergi Hukuku Kaynağı Olma Niteliği”, Yaklaşım, S. 135, Mart 2004, s. 203-209.

GIVATI Yehonatan, Resolving Legal Uncertainty: The Unfulfilled Promise of Advance Tax Rulings, Harvard, John M. Olin Center For Law, Economics and Business Fellows’ Discussion Paper Series no. 30, 6/2009.

GÖKBEL Doğan, “Vergi Mükelleflerine Daha Fazla Belirlilik İçin Özelge Uygulaması”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Ekim 2008, C. 3 S. 2, s. 171-187.

GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965.

KARAASLAN Ali, “Mukteza ve Yanılma”, Vergi Dünyası, S. 105, Mayıs 1990, s. 22-23.

KARYAĞDI Nazmi, “Yeni Özelge Sistemi”, Vergi Dünyası, S. 343, Mart 2010, s. 21-26.

KORKUSUZ Mehmet, “Mükelleflerin Vergi İdaresinden Yazılı Görüş (Mukteza) İsteme Hakkı”, Maliye Postası Dergisi, yıl: 17, S. 381, 15 Temmuz 1996, s. 52-56.

NAS Adil, “Vergi Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Muktezalar (Özelgeler)”, Vergi Sorunları, S. 259, Nisan 2010, s. 185-190.

NAZALI Ersin, “Sirkülerin Hukuki Niteliği (Sirküler Ne Demek Değildir?)”, Vergi Dünyası, S. 324, Ağustos 2008, s. 1-7, <http://www.vergidunyasi.com.tr>, ET. 12.12.2011.

OZANSOY Ahmet, “Özelge Müessesesinin Özellikleri”, Yaklaşım, yıl 18, S. 207, Mart 2010, s. 58-65.

ÖNCEL Muallâ – KUMRULU Ahmet – ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2011.

ÖZ N. Semih, “Özelge Uygulamasına Küresel Bir Bakış”, Vergi Sorunları, S. 263, Ağustos 2010, s. 8.7-25.

ÖZBUDAK Mehmet, “Vergi İdaresinden Yazılı Görüş (Özelge) İsteme”, Yaklaşım, S. 39, Mart 1996, s. 94-95.

ÖZDEMİRCİ Fahrettin, “Özelge otomasyon Sistemi ve E-Özelge Uygulaması”, Vergi Dünyası, S. 344, Nisan 2010, s. 47-52.

ÖZEL Salih, “Türk Vergi Hukukunda Yanılma-I”, Yaklaşım, S. 120, Aralık 2002, s. 14-19.

PALA Orhan. “Taşınmaz Üzerinde Gerçekleştirilen İntifa Hakkı Tesisi Karşılığında Elde Edilen Gelirin Niteliği ve Beyanı Gelir İdaresi Başkanlığı’nın Resmi İnternet Sitesi’nde Yer Alan İki Zıt Özelge”, Vergi Dünyası, S. 365, Ocak 2012, s. 103-113.

SARAÇOĞLU Fatih – ŞAHAN Özgür, “Vergi Hukukunda Özelgeler ve Neden Olduğu Sakıncalar”, Mali Kılavuz, yıl 7, S. 28, Nisan-Haziran 2005, s. 143-147.

SAYGILIOĞLU Nevzat, Vergi Hukukunda Yorum, Ankara 1987.

SEVGİ Şuayip, “Vergi Hukuku’nda Mukteza”, Vergi Sorunları, S. 197, Şubat 2005, s. 50-54.

ŞENYURT İdris, “Özelge ve Sirkülerin Hukuki Durumu, Yeni Özelge Sistemi ve 6009 Sayılı Kanunla Mükelleflerin İzahat Talebine İlişkin Esaslarda ve Sonuçlarında Yapılan Değişiklikler”, Vergi Dünyası, S. 349, Eylül 2010, s. 49-54.

ŞİRİN Z. Ertunç, “Özelge ve Sirkülerin Vergi Hukuku Kaynağı Olarak Konumları ve İşlevleri: 6009 Sayılı Yasa Öncesi ve Sonrası Durum”, Prof. Dr. Sadık Kırbas’a Armağan Kitap, Eylül 2011, s. 230-241.

TANRIKULU Lütfi, “Özelgeler (Muktezalar) Üzerine...”, Vergi Dünyası, S. 163, Mart 1995, S. 19-26.

UYANIK Namık Kemal, “Genel Tebliğler ve Muktezalar”, Vergi Dünyası, S. 242, Ekim 2001, s. 66-73.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Ankara 2007.

YALTI Billur, “Vergisel İzahatlar: Sirküler ve Özelge Düzeninde Değişen-Değişmeyen Hükümlere Genel Bakış”, Prof. Dr. Sadık Kırbas’a Armağan Kitap, Eylül 2011, s. 313-336.

YETKİNER Erkan, “6009 Sayılı Kanun İle Vergi İncelemelerinde Uyulacak Esaslara İlişkin Yapılan Yeni düzenlemeler”, Vergi Dünyası, S. 359, Temmuz 2011, s. 28-32.

YILDIZ Murat A., “Özelge (Mukteza) Kavramı ve Değerlendirilmesi”, Vergi Sorunları, S. 123, Aralık 1998, s. 41-45.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA BİR SUÇ FİİLİ: AŞAĞILAMAK

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa Zeki YILDIRIM**

I. Giriş

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olmayan bazı yenilikler içermektedir. Bu yenilikler; ceza kanununun felsefesi, içeriği, yeni suç kalıpları gibi birçok konuyu ihtiva ettiği söylenebilir¹. Eleştiriye açık olmakla birlikte² hem ceza hukukunun genel ilkeleri kısmında yenilikler yapılmış hem de özel hükümlerde yeni suçlar ihdas edilmiştir. Bunun yanında var olan suç kalıplarında da değişiklikler yapılmıştır.³ Bu yeniliklerden biriside; mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer almayan aşağılamak kavramıdır. Bu kavram 2002 yılında yapılan değişiklikle,⁴ Türk Ceza Kanununa tahkirin bir vasfı olarak girmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ise devlete karşı suçlarda kullanılan bir suç fiili olarak yer almıştır.

Bu çalışmada kanun koyucu tarafından bilinçli olarak tercih edilip kullanılan aşağılamak kavramının tercih sebebi ve kullanıldığı maddeler açısından kattığı anlam üzerinde durulacaktır.

Bu bağlamda ceza kanununun hangi maddelerinde yer aldığı, ilgili maddelerin gerekçelerindeki açıklamalar, önceki yasa olan mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda aşağılamak kavramı hangi kavramlarla karşılandığı, halen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda kullanılan hakaret kavramıyla ilişkisi ve anlam farkının ne olduğu, lügatlerin nasıl anlam verdiğine bakılacaktır.

Konunun vuzuha kavuşması açısından mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda aşağılamak kavramı yerine kullanılan mefhumlarla ilgili doktrin

* Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü.

¹ Adalet Komisyonu Raporu, E. 1/593-08.03.2004,K.60.

² Zeki Hafizoğulları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Yorumu Meselesi, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/tck-yorum.html> (30.01.2012).

³ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu İle Getirilen Yenilikler, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/114.doc, (11.05.2010).

⁴ Değişiklik:06.02.2002-4744/2.madde.

ve yargı kararların yol göstericiliği çerçevesinde aşağılamak kavramı incelenecektir. Bu incelemenin yapılması gerekir, çünkü kanun koyucu hakaret gibi bilinen, eski yasada da yer alan, bu nedenle de doktrin görüşleri ve yargı kararlarıyla anlamı belirginleşmiş olan bir kavramı, kişilerin şerefine karşı işlenen suçlara münhasır olarak kullanmış, buna karşılık bazı suçlar açısından ise bilinçli bir şekilde aşağılamak kavramını tercih edip kullanmıştır.

Tabi bu çalışmada; detaylı bir incelemenin yapılmadığı, yargının da henüz yorumlamadığı bir kavram inceleme konusu yapıldığı için, bazı noktaların eksiklik olarak algılanması kaçınılmazdır. Ancak yapılan çalışmada; anlamlandırma yapılırken genel hukuk düzeniyle uyumlu olacak şekilde, çağdaş normlara, temel hak ve özgürlüklere açık, geçmişin birikimlerinden istifadeyle bir anlam verilmeye çalışılmıştır.

II. Sözlük Anlamı

Etimolojik olarak aşağılamak kelimesi aşak (aşağı, dağ eteği, dağ dibi) tan aşak-ı-la-mak/ aşak/lamak /aşağlamak /aşağılamak (küçük düşürmek, değersiz önemsiz saymak) sözcüğün gerçek anlamında; (aşağılamak: dağın eteğine indirmek, tepeden eteğe doğru indirmek, doruktan dibe yollamak) aşağılaşmak, aşağılık gibi anlamlar verilmektedir.⁵

Aşağılama kavramı Türk Dil Kurumu'nun Büyük Türkçe Sözlüğü'nde şöyle tanımlanmaktadır. Aşağılamak; (-i) 1. Değerinden düşük göstermek. 2. Küçültücü davranışlarda bulunmak, hor görmek; Yine aynı kurumun Güncel Türkçe Sözlüğünde⁶; Aşağılamak durumu, istihkar, tenzil şeklinde yer almaktadır.⁷ Türkiye Türkçesi Ağızları Sözlüğünde⁸; düşmek, hakir olmak,

⁵ Türk Dilinin Etimolojisi Sözlüğü, İsmet Zeki Eyüboğlu, Sosyal Yayınları, İstanbul 2004.

⁶ Güncel Türkçe Sözlük <http://tdk.org.tr/TR/Genel/SozBul>.

⁷ Adalet Komisyonu Başkanı Köksal Toptan,. Sivil toplum örgütleri TCK'nın 301. maddesindeki 'aşağılama' kelimesinin yerine 'tahkir ve tezyif' kelimesinin yazılmasını önerdi. Toptan ise "Bu öneri TCK'nın 159. maddesine geri dönüştür. Tahkir ve tezyif çok geniş bir kavramdır. Aşağılama ise daha dar bir kavramdır... 301. maddede eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz yazılmaktadır. Aslında bu cümle yazılmasa bile hakimlerin özgürlükçü yorum yapması gerekir. Çünkü TCK'nın mantığı, özgürlükleri esas alan mantıktır." Yeni Şafak Gazetesi Bilal Çetin 08.02.2007. (Zik, Mustafa Zeki Yıldırım, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (TCK m. 301), yayınlanmamış doktora tezi, s.77.).

⁸ <http://tdkterim.gov.tr/ttas/>

anlamalarını vermektedir. Şair ve yazar Yahya Kemal'in eserinden verilen örnek kullanım "O adam onları aşağıladıkça utancından kaçacak delik arayan Âşık Ali'ye acıyordu." açıklayıcıdır.

Bir diğer sözlük ise " aşağı-la-mak (geçişli fiil olarak): kıymetini itham etmek, kıymetini aşağı göstermek, geçişsiz fiil olarak: hor görmek, tahkir etmek, hakir görmek kötü gösterme..." anlamlarını vermektedir⁹

Hayat Büyük Türk Sözlüğü ki Neşir Müdürü; Şevket Rado, İlmi Kontrol; Muharrem Ergin, Redaksiyon; Yılmaz Öztuna-Şemsettin Kutlu'dan oluşan bu konuda mütehassıs bir kadro tarafından yayınlanmıştır. Bu sözlüğün aşağılamak kelimesine verdiği anlam; inmek, düşmek, tenezzül etmek, 2.kıymet ve itibardan düşmek, bayağılaşmak, bir gazete pek aşağıladı, kadir ve itibardan düşürmek. Aynı sözlük aşağılatmak kelimesine ise aşağı duruma düşürmek, indirmek, küçültmek şeklinde anlam vermektedir.¹⁰Dikkat edilirse verilen anlamlarda muhatabın durumunda bir değişikliğe işaret vardır.

Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yayınlanan Örnekleriyle Türkçe Sözlükte ise; daha önce verilen anlamlara ilave olarak "2. "değerinden daha aşağı seviyeye indirmek" şeklinde bir anlam vermektedir.¹¹

Hakaret kelimesine ise lügatler; " Onur kırma, onura dokunma, Küçültücü söz veya davranış"¹² "hakaret etme, hor ve hakir nazarıyla bakma, ehemmiyet vermeyip zelil görme"¹³ şeklinde anlam vermektedirler. Benzer anlamlar diğer sözlüklerde de yer almaktadır. TCK m. 125'in gerekçesine baktığımızda¹⁴ hakaretin oluşması için muhataba somut fiil veya olgu isnadı

⁹ Topaloğlu Ahmet, Kubbealtı Lügatı, Ankara, 2004. (Derleyen: İlhan Ayverdi).

¹⁰ Hayat Büyük Türk Sözlüğü, Tıfdruk Matbacılık Sanayi A.Ş. İstanbul, Aralık,1969.

¹¹ Örnekleriyle Türkçe Sözlük, M.E.B. Milli Eğitim Basımevi, İstanbul,2002.

¹² Güncel Türkçe Sözlük <http://tdk.org.tr/TR/Genel/SozBul>.

¹³ Şemseddin Sami, Kamusi Türki, İstanbul .

¹⁴ Madde metninde hakaret suçu tanımlanmıştır. Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukukî değer, kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığıdır. /Bu düzenlemede 765 sayılı Türk Ceza Kanununda benimsenen hakaret ve sövme suçu ayırımı kaldırılmıştır. /Hakaret suçunun oluşabilmesi için, kişiye somut bir fiil veya olgu isnat edilmelidir. Örneğin, kamu görevlisinin bir kişiden bir iş karşılığında belli bir miktar rüşvet aldığı yönünde isnatta bulunulması durumunda hakaret söz konusudur. Kişiye isnat olunan somut fiilin gerçek olup olmamasının, hakaret suçunun oluşması bakımından bir önemi yoktur. Ancak, iddia olunan hususun gerçek olduğunun ispat edildiği durumlarda, fail cezalandırılır.

aranmıştır. Tabi bu isnadın muhatapın şeref ve saygınlığını zedelemek kastıyla yapılması gerekir.¹⁵ Ancak bunun ötesinde hakaretin muhataptaki tesiri suçun oluşması bakımından önemli değildir. Bu konuda, aşağılamak kavramını kritik eden, inceleyen bir yargı kararına henüz görme imkânı olmamıştır.

Lügatlerin kullanımından da şu çıkarımda bulunulabilir. Aşağılamak ve hakaret bazı durumlarda aynı anlamda kullanılabilir, aynı anlam içeren yönleri vardır. Bazı durumlarda ise sadece aşağılamak kullanılması daha yerinde ve doğrudur, özellikle yapılan fiil muhatapta manevi yıkım, üzüntü, mahcubiyet, korumasız bir suçluk hissi oluşturduğu durumlarda aşağılamak kullanılması daha yerindedir. Çünkü “değerinden daha aşağı seviyeye indirmek”¹⁶ anlamı hakaret için değil aşağılamak için verilen bir anlamdır. Şöylede örneklendirmek mümkündür. Genelde herkesin bir başkasına hakaret etmesi mümkündür, ancak aşağılamakta dikkat edersek genelde patron işçisini, öğretmen öğrenciyi, zengin fakiri, hoca asistanı aşağılaması mümkün iken bunun tersi pek mümkün değildir veya en azından çoğu zaman aşağılamak anlamlı değildir. Demek ki failde ve fiilde muhatapta tesir oluşturabilecek bir ağırlık gerektiği söylenebilir.

III. Kanun Metinlerinde Kullanım Şekli ve Anlamı

5237 sayılı Türk Ceza Kanununa bakıldığında aşağılama kavramı, Türk Ceza Kanununun “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama” başlıklı

rılmayacaktır./Keza, kişiye herhangi bir olayla irtibatlandırmadan, soyut olarak yakıştırmalarda bulunulması hâlinde de, hakaret suçu oluşur. Kötü bir niteliği veya huyu ifade eden sözler, somut bir fiil veya olguyla irtibatlandırılmadıkları hâlde, yine de hakaret suçunu oluştururlar. Örneğin, bir kimseye “serseri”, “alçak”, “hayvan” denmesi hâlinde, somut fiil isnadı söz konusu değildir. Aynı şekilde kişiye soyut olarak “hırsız”, “rüşvetçi”, “sahtekâr”, “fahişe” gibi yakıştırmalarda bulunulması hâlinde de hakaret suçu oluşmaktadır. Kişinin bedenî arızasını ifade etmekle veya kişiye bir hastalık izafe etmekle de hakaret suçu işlenmiş olur. Örneğin, kişiye “kör”, “şası”, “topal”, “kambur”, “kel” vs. demekle; kişiye “psikopat”, “fregili” veya “AIDS’li” demekle, hakaret suçu işlenmiş olur.

¹⁵ Saniğin davacıya hitaben kahvede söylediği sözlerin “anneme kim sövmüş ise bende aynen iade ediyorum”...demesinde davacının namus ve şöhretine veya vekar ve haysiyetine Taarruz Kastının Bulunduğunu Kabule İmkan Yoktur”.CGK. 03.07.1972,2-228/265(Savaş-Mollamahmutoğlu, IV, S.5058), Zik; Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya. Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2010, s.390; Süheyl Donay,Türk Ceza Kanunu Şerhi,Beta, İstanbul, 2007, s.197.

¹⁶ Örnekleriyle Türkçe Sözlük, M.E.B. Milli Eğitim Basımevi, İstanbul,2002.

TCK m.216 da, “Devletin egemenlik alametlerini aşağılama” başlıklı TCK m.300 de “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” TCK m.301 de; Türk Ceza Kanunun üç maddesinde¹⁷ farklı şekillerde geçmektedir¹⁸

TCK m.216’ya bakıldığında aşağılamak hemen madde başlığında yer almaktadır. Madde başlığında; “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama” şeklinde geçmektedir. Kullanılış şekline bakarak yapılabilecek

¹⁷ Farklı bir bağlamda TCK m. 94, İşkence ve Eziyet suçunun tanımında aşağılamak yer almaktadır burada da ağır bir fiil olarak öngörülmektedir. “ (1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

¹⁸ *Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama / Madde 216-* (1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır./ (2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır./ (3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır./ *Devletin egemenlik alametlerini aşağılama/ Madde 300-* (1) Türk Bayrağını yırtarak, yakarak veya sair surette ve alenen aşağılayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu hüküm, Anayasada belirlenen beyaz ay yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaret hakkında uygulanır./ (2) İstiklal Marşını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır./ (3) Bu maddede tanımlanan suçların yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır./ *Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama / Madde 301- (Değişik: 30/4/2008-5759/1 md.)*(1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır./ (2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkraya hükmüne göre cezalandırılır./ (3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturamaz./ (4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

çıkartım şudur. Buradaki “Aşağılama” eski yasa¹⁹ döneminde bu maddenin karşılığı olan 312. maddeye genelde doktrinin verdiği başlıkta²⁰ yer alan “Aşağılayıcı Tahkir” yerine ve bu anlamı karşılamak üzere kullanılmıştır. Aynı şekilde 312.made içerisinde kullanım şekline baktığımızda “halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden bir kimseye” şeklinde yer almaktadır.²¹ TCK m.216’da bu düzenlemenin karşılığı “ Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi,” şeklinde yer almaktadır. Dikkat edilirse burada da aşağılamak kavramı, eski yasa dönemindeki manevi bir zarar oluşturan tahkir fiiline karşılık olarak kullanılmıştır.

TCK m.300’e baktığımızda aşağılamak madde başlığında yer almakta, madde içerisinde de önce “Türk Bayrağını yırtarak, yakarak veya sair surette ve alenen aşağılayan kişi” şeklinde birinci fıkrada geçmekte, ikinci fıkrada da örnekleme yapılmaksızın, ancak aynı ceza öngörülerek “İstiklal Marşını alenen aşağılayan kişi” şeklinde yer almaktadır. Eski ceza kanununda 300. Maddenin karşılığı olan 145.maddede²² şu şekilde yer almaktadır. “Türk

¹⁹ Mülga 765 sayılı Ceza Kanunu, bundan sonra makalede eski yasa şeklinde zikredilecektir.

²⁰ Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya. Gerekçeli Ceza Kanunları Turhan Kitapevi Ankara,2010.

²¹ “Yasada yeni düzenlenen bu suçta, halkın bir kısmının aşağılanacak ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir edilmesi ifadelerine yer verilmiştir. “Tahkir etme”, hor görme, küçük, aşağı görme, aşağılama ve hakaret etme demektir. Hemen belirtelim ki, madde metninde, tahkirin aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyici olmasının aranması bir tekrar niteliğindedir. Ayrıca, fıkra dilbilgisi açısından da eleştiriye açıktır. “Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir” şeklindeki ifadenin “halkın bir kısmını aşağılayacak ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde” veya “aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyici bir şekilde” olarak düzeltilmesi gerekir.” Hamide Zafer; Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m.312/3), <http://hamidezafer.com/> (11.06.2012)

²² **Madde 145 – (Değişik: 11/6/1936 - 3038/1 md.)** Türk bayrağını veya Devletin diğer bir hakimiyet alametini tahkir kasdile bulunduğu yerden sökü� kaldıran veya yırtan, bozan, yahut diğer her hangi bir suretle tezlil eden kimse, bir seneden 3 seneye kadar hapsolünür./ Ceza Kanununun tatbikatında Türk bayrağından maksad Devletin resmi bayrağıle milli renkleri taşıyan her hangi bir bayraktır./ Bayraktan başka her hangi bir şey üzerinde bulunan milli renkleri tahkir kasdile bulunduğu yerden sökü� kaldıran veya yırtan, bozan yahut diğer her hangi bir suretle tezlil eden kimse hakkında da aynı ceza

bayrağını veya Devletin diğer bir hakimiyet alametini tahkir kasdile bulunduğu yerden söküp kaldıran veya yırtan, bozan, yahut diğer her hangi bir suretle tezlil eden kimse,” “Tezlil” kelime anlamı²³ olarak zelil ve hakir bulma anlamına gelmektedir. Demek ki fiil tahkir kastıyla yapılacak buradaki tahkir hakaret etmek anlamındadır. Ancak sadece hakaret kastıyla yapılmış herhangi bir fiil yeterli değildir. Bu fiilin neticesinde tezlil edilmiş olacak ki suç oluşmuş olsun. Burada dikkat edilirse muhataba bir zarar verilerek yapılan fiilin ismidir tezlil etmek, aynı şekilde yeni kullanımda aşağılamak ta aynı anlamı yani “tahkir kasdile” “tezlil eden” anlamını karşılamak için kullanılmıştır.

TCK m.301’de ise aşağılamak “tahkir ve tezyif” kavramlarının ikisinin yerine kullanılmıştır. Madde başlığında yer aldığı gibi, madde içerisinde de geçmektedir. “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” şeklinde başlıkta yer alırken madde içerisinde de “alenen aşağılayan kişi” şeklinde iki defa yer almaktadır. Konuyla ilgisi olması dolayısıyla maddenin üçüncü fıkrasında “Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” ifadesiyle aşağılama fiiline sınır tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

Eski yasanın karşılık gelen 159. maddesinde²⁴ aşağılamak yerine doktrin öngördüğü başlıkta “Anayasal Organları Tahkir ve Tezyif Suçu”

verilir./ Bu maddede yazılı cürüm yabancı bir memlekette bir Türk tarafından işlenirse, ceza üçte birden eksik olmamak üzere artırılır.

²³ Birisini tahkir etme, aşağılatma. Zelil ve hakir bulma, <http://www.turkcesozluk.gen.tr/tezlil.html>, (10.06.2012).

²⁴ **Anayasal Organları Tahkir ve Tezyif Suçu Madde 159 – (1/3/1926 tarih ve 765 sayılı Kanunun hükmüdür.)**/ Büyük Millet Meclisini veya hükümetin şahsı manevisini veya ordu ya donanmasını yahut Türklüğü tahkir ve tezyif edenler hakkında dahi bundan evvelki madde ahkamı tatbik olunur./Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına sövenler, altı ayı geçmemek üzere hapis olunur ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur. /**Madde 159 – (Değişik: 5/1/1961 - 235/2 md.)**/ Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahrir ve tezyif edenler altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar./ Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikabında muhatap sarahaten zikredilmemiş olsa bile onlara matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vuku bulmuş addolunur./ Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi Kararlarına alenen sövenler 15 günden 6 aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır./ Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte

şeklindeki ibareyle tahkir ve tezyif²⁵ kullanılmış, madde içerisinde de “tahkir ve tezyif edenler”, “kanunlarına sövenler”, “tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez” şeklindeki fiillerle ilgili, yeni düzenlemede aşağılamak kavramı kullanılmıştır.

IV İlgili Gereçeklerdeki Açıklamalar

Aşağılamak kavramının geçtiği maddelerin gerekçelerine baktığımızda; aşağılamak kavramının anlamı, tercih nedeni hakkında bir bilgiye, 301. maddeyle ilgili yapılan son düzenlemenin gerekçesi hariç rastlanılmamaktadır. TCK m.216'nın gerekçesinde “Suçun oluşması için fıkra da belirtilen özelliklere sahip ve halkın bir kesimini oluşturan gayrimuayyen sayıdaki kişilerin aşağılanması, tahkir edilmesi gerekir.” “bir halk kesiminin benimsediği dinî değerlerin alenen aşağılanması, suç hâline getirilmiştir. Fiilin cezalandırılabilmesi için, “kamu barışını bozmaya elverişli” olması gerekir.” şeklinde aşağılamak gerekçede yer almaktadır. Birinci cümlede yer alan “aşağılanması, tahkir edilmesi” ibaresi aynı anlamda iki kelimenin kullanıldığı şeklinde yorumlanabileceği gibi, anlam kuvvetlendirmek için yakın anlamdaki kavramlar peşi sıra kullanılmış olduğu da söylenebilir. İkinci cümlede kanun metni tekrar edilmiştir.

TCK m.300'nün gerekçesinde aşağılamak fiili ile bir bilgi olmadığı gibi, tahkir kelimesi de aşağılamak kavramı yerine kullanılarak aynı anlamda kullanıldıkları izlenimi vermektedir.²⁶

TCK m.301'nin gerekçesinde ise aşağılamakla ilgili muğlak, eleştiriye açık bir izah yapılmıştır. İlk halinin gerekçesinde “Suçun maddî unsuru

birden yarıya kadar artırılır./**Madde 159 fıkra son- (3/8/2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanunun hükmüdür.)**Birinci fıkra da sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.(madde birçok değişikliğe uğradığı için ilk ve son halini ve 2002 kısmi değişikliğe yer verilmiş oldu.)

²⁵ Tezyifin anlamı “ 1. isim Bir şeyi değersiz, adi, bayağı, aşağılık göstermeye çalışma, küçültmek isteme,2. Alay etme, eğlenme;"Biz, ancak her vesile ile bize yapılan yersiz hakaretlere, istihfaf ve tezyiflere layık olmadığımızı söylüyoruz." - A. H. Çelebi” Güncel Türkçe Sözlük <http://tdk.org.tr/TR/Genel/SozBul>.

²⁶ “Suçun maddî unsuru, bayrağın aşağılanmasıdır. Bu aşağılama çeşitli suretlerde gerçekleştirilebilir. Madde metninde yer verilen “yırtarak”, “yakarak” kelimeleri, tahkirin gerçekleştiriliş suretleri ile ilgili örnekleri oluşturmaktadır./Maddenin ikinci fıkrasında, millî hâkimiyet alameti olan İstiklal Marşının alenen aşağılanması, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır.”

aşağılamaktır. Bu aşağılamanın alenen gerçekleşmesi gerekir. Aşağılamak, suçun konusunu oluşturan değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlardan ibarettir.” Gerekçede geçen “değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya” yönelik “davranışlardan” bahsetmektedir. “Değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya yönelik” kısmı anlamın kapsamını belirsiz bir şekilde çok genişletmekte, “davranış” kelimesinin anlamı²⁷ ve kapsamı da tartışma götürür nitelikte ve ceza hukuku kavram olmaktan uzaktır.

Muhtemelen bu belirsizlikler ve eleştiriler nedeniyle 2008 yılında kanun metninde yapılan değişiklik, suç fiili olan aşağılamak değişmemiş olmakla birlikte yeni bir izah denemesi yapılmıştır. “Aşağılamak, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan "tahkir ve tezyif" kavramı karşılığında kullanılmıştır. Hakaret, ancak gerçek kişilere karşı işlenebilen bir suç olduğu için, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda çeşitli suç tanımlarında kurum veya kuruluşlarla ilgili olarak "aşağılama" kavramına yer verilmiştir. Zayıf düşürmek anlamına gelen "tezyif" sözcüğüne suç tanımında ayrıca yer verilmemiştir./ Suçun konusunu oluşturan değerlerin toplum nezdindeki saygınlığını zedeleyici söz ve fiillerle işlenebilen aşağılamanın suç oluşturabilmesi için, alenen gerçekleşmesi gerekir.”

Bu gerekçedeki anlatımda eleştiriye açıktır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda 125. maddede yer alan hakaret suçunun muhatabının gerçek kişiler olması, hakaret kelimesinin gerçek kişiler dışında kullanılmasını engellemez, şayet aynı anlamda kullanıyorsanız aynı kelimeyle ifade edilmesi daha yararlı olduğu söylenebilir. Ayrıca Türk dilinin kullanımıyla ilgili, dilde oluşmuş böyle bir farklılıkta yoktur. Yani edebi metinlerde gerçek kişilerle ilgili hakaret, kurum ve kuruluşlarla ilgili aşağılamak kavramının kullanıldığını gösteren bir teamül yoktur.²⁸

²⁷ “Davranma işi, tutum, davranım, muamele, hareket”, <http://www.tdk.org.tr/index>, (10.11.2011)dikkat edilirse sözlüğün verdiği anlamda söz veya ifade yer almamaktadır.

²⁸ “Hakaret, ancak gerçek kişilere karşı işlenebilen bir suç olduğu için, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda çeşitli suç tanımlarında kurum veya kuruluşlarla ilgili olarak "aşağılama" kavramına yer verilmiştir” derken şu soru cevaplanmalıdır. Türk dilinde gerçek kişilere karşı hakaret tabiri kullanılır, kurum ve kuruluşlarla ilgili hakaret tabiri kullanılmaz, kullanılması yanlıştır. Bundan dolayı aşağılamak tabiri kullanılmıştır diyebilir miyiz? Pek tabii ki hayır. Hakaret tabirinin ve aşağılamanın kullanımların tahsisıyla ilgili Türkçemizde böyle bir durum yoktur. Hatta incelediğimiz 301. Maddenin eski halinde (159 madde) “hakaret veya tecavüze uğrayanın adı sarahaten zikredilmemiş” gibi bir ibareyle devlete karşı suçlarda da hakaret kavramı kullanılmıştır. O halde şu yorumu yapmak zorundayız. Aşağılamak deyimini "tahkir ve tezyif" kavramının karşılığı

Gerekçede bu farklı kullanımın veya gerçek kişilerin dışındaki kurum veya kuruluşlarla ilgili olarak "aşağılama" kavramının niçin kullanıldığının, bu farklılıkta ne hedeflendiğinin izahı yoktur. Ancak soru; neden gerçek kişilerin dışındaki değerleri korumak için hakaret yerine aşağılamak tercih edilmiştir, sorusu cevapsızdır. Şayet kurum veya kuruluşlara karşı suçlar daha ağır bir fiil gerektirmesi nedeniyle hakaret yerine aşağılamak kullanılmıştır denmiş olsaydı anlamlı bir gerekçe olurdu.

2008 yılında gerekçede olumlu olarak yapılan değişiklik veya izah, ilk halinde eleştiriye açık olan "değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlardan" ibaresi değiştirilmiş ilave yapılmıştır. "değerlerin toplum nezdindeki saygınlığını zedeleyici söz ve fiillerle işlenebilen aşağılamanın" şeklinde yapılan değişiklikle davranış kelimesi yerine "söz ve fiiller" gelmiş, ayrıca önemle altını çizmek gerekir ki "zedeleyici" kelimesi eklenerek aşağılamak fiilinin muhatapta tesir oluşturmasının gerekliliği belirtilmiştir.

Bu kısmı özetlemek gerekirse "aşağılamak" kavramı kanun metninde kullanım biçimlerine ve eski kanunda aşağılamak yerine kullanılan kavramları değerlendirdiğimizde, aşağılamak hakarettten farklı ve daha ağır bir anlam hedeflenerek kullanıldığı, aşağılamanın oluşması için muhatapta maddi veya manevi bir zararın, bir tesirin oluşması gerektiği anlaşılmaktadır. Yani suç bir tehlike suçu olmaktan ziyade zarar suçu olma hususiyetleri taşıdığı söylenebilir. Madde gerekçelerinde 301. maddenin gerekçesinden başka yerde konuya değinilmemiştir. 301.maddenin 2008 tarihli değişiklikle ortaya çıkan gerekçesi de bu anlamı kuvvetlendirmektedir.

V. Doktrin Görüşleri ve Yargı Kararları

Bu konuda aşağılamadan ziyade aşağılamadan önce kullanılan, belli bir fikrin oluştuğu hususiyetle tahkir ve tezyifle ilgili görüşlere ve mahkeme kararlarına bakılabilir. Doktrindeki görüşlere baktığımızda; doktrin de önemli ve büyük çoğunluğu itibarıyla yasa metninde yer alan "Tahkir ve Tezyif" mefhumlarının muhtevasının ayrı ayrı "Tahkir" ve "Tezyif" in muhtevasından daha ağır ve ileri bir anlam taşıdığı kabul edilmektedir.²⁹

olarak daha ağır bir ihlalin karşılığı olsun anlamında kanun koyucunun iradi bir tercihidir. Yoksa bilinen ve oturmuş bir kavram olan hakaret tabirini kullanması gerekirdi." Yıldırım, s.81.

²⁹ Sahir Erman, "Hükümetin Manevi Şahsiyetini Tahkir Ve Tezyif Suçu" İBD.1951,C.XXV,S.5,s.276-286; Öztekin Tosun, "Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi ve Basın Hürriyeti ile İlişkisi" I. Yargıtay Dergisi 1980,C.6 S.4,s. 459 vd.; Muhtar Çağlayan, "Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi üzerine bir inceleme" Adalet Dergisi,1963 S.11, s.1168. Mahmut Koca, "Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi üzerine bir inceleme"

“159. Maddede düzenlenen suçun maddi unsuru olan ‘tahkir ve tezyif’ sadece hakaret ve sövme olarak anlaşılabilir. Bu kavram özel bir anlamda ve basit hakareten farklı bir şeyi anlatmak için kullanılmıştır. Kanun koyucu şahıslar ve heyetler söz konusu olduğunda tahkiri yeterli gördüğü halde, 159. Maddede yer alan değer ve organlar bakımından ‘tahkir’den başka ‘tezyif’in varlığını da aramıştır. ‘Ve’ bağlacı kullanılmak suretiyle ikisi birlikte aranmaktadır. Tahkirin tek başına suç teşkil etmediğini vurgulamak için ‘tezyif’ kavramının yanında ‘tahkir’ kavramına da yer verilmiştir. Böylece basit hakaret fiillerini kapsam dışında bırakmak amaçlanmıştır. Burada maddede korunan değer ve kurumların geniş bir şekilde eleştirisini mümkün kılmak gibi bir amaç da söz konusudur. Eleştiriler hakareti aşır, tezyif aşamasına gelmedikçe suç sayılmayacaktır. Bu suç bakımından asıl üzerinde durulması gereken kavram ‘tezyif’tir. Bu kavram ‘tahkir’ kavramına nazaran çok daha fazla haysiyet kırıcı bir özelliğe sahiptir. Hakaretimiz olmakla beraber, tezyif edici, adileştirici, alçaltıcı olmayan fiiller cezalandırılmak istenmemiştir.”³⁰

Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsal’e Armağan, İzmir,2001, s.581 vd, Artuk,Mehmet Emin “Türklüğü Cumhuriyeti, Devletin Kurum Ve Organlarını Aşağılama Suçu”. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, s.1, 2007. “Bu çerçevede ‘hakaret’ fiili gerek doktrinde gerekse uygulamada daha çok işlenmiş, tarihi süreç içinde ‘tahkir ve tezyif’e göre belirgin bir kavram olma niteliğine kavuşmuştur. ‘Tahkir ve tezyifle’ ilgili olarak ise; hem İtalya’da kullanılan ‘vilipendio’ ile ilgili hem de Türkiye’de vilipendio yerine kullanılan tahkir ve tezyifin anlamı kapsamı ağırlığı üzerinde farklı görüşler ifade edilmiş olmakla birlikte doktrinde büyük çoğunluk belirttiğim gibi daha ağır ve yoğun bir ihlalin arandığı konusunda hemfikirlerdir.” Yıldırım, s.66.

³⁰ Sahir Erman, “Hükümetin Manevi Şahsiyetini Tahkir Ve Tezyif Suçu” s.276-286. Yine Koca, “Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi üzerine bir inceleme” s.581 vd. “Gerçekten de maddi unsur yorumlanırken, fiili yasaklamakla korumak istenen hukuksal değer göz önünde tutulması gerekir. Kişilere karşı söylendiğinde hakaret ve sövme oluşturan pek çok hareket, 159. maddede korunan değer ve kurumların prestijini, saygınlığını sarsmayabilir. Eğer öyle olsaydı, kanun koyucu sadece en genel tanımıyla ‘mağdurun şeref ve haysiyetine tecavüz anlamına gelen’ ‘tahkir’ sözcüğünü kullanmakla amacına ulaşmış olurdu. Oysa 159. maddede koruma konusu olan kişiler değildir ve bu nedenle de basit tahkirler suç sayılmamalıdır. Korunan değer ve kurumların saygınlığı, otoritesi basit tahkirlerle sarsılmaz o nedenle tahkirin ağır olması gerekir. İşte bu amaçla, basit tahkirden ayırmak için kanun koyucu ayrıca ‘tezyif sözcüğünü de kullanmıştır. Tezyif tahkire nazaran daha ağır ve bilinçli bir saldırı olduğundan, sadece tezyif oluşturan bir

Tahkir ve tezyif'in özel bir anlam taşımadığı, "Hakaret ve Sövme ile Aynı" Olduğu Görüşünü savunanlara göre saldırı niteliğindeki bir sözün veya bir küfrün tahkir ve aynı zamanda ve birlikte tezyif sayılması gibi bir zorlamaya gitmeye gerek yoktur. Bir tek saldırıda her iki kavram karşılayacak nitelik her zaman hatta belki de hiç bulunmaz. Aksi halde şu ana kadar yapılan uygulamada, birçok eylemin suç sayılmaması gerekirdi.³¹

Yargıtay Genel Kurulu'da doktrindeki bu baskın görüşe uygun karar vermiştir. "TCK. m. 159 'da "tahkir ve tezyif etmek ifadesine yer verilmek suretiyle suçun oluşu bakımından sadece tahkir yeterli görülmemiş, bunun yanında "tezyif 'de aranmıştır. Bu itibarla tipe uygun eylem unsurunun oluşması için söz, işaret veya yazının sadece tahkiri içermesi yetmez, ayrıca bunun tezyif edici bir karakterde olması da lazımdır. "Tahkir", kelime olarak hakaret etme, hor görme, küçük düşürme, onur kırma, aşağılama, gurur kırıcı davranış ve hareketlerde bulunma anlamına gelmektedir. "Tezyif" tabiri ise, bayağı, adi, küçük düşürücü ve mağdurun şeref ve haysiyetini pek büyük ölçüde rencide edici bir kelime ile hakir görücü tahkirleri içermektedir. Diğer bir ifadeyle, tezyif, tahkirden kemiyet ve vahamet itibarıyla daha ağırdır. Kanun Türklüğü, ancak bu gibi pek ağır ve alçaltıcı hakaretlere karşı korumuş, tahkir edici olmakla beraber tezyif edici, adileştirici, istihkar edici ve ağır bir mahiyet arz etmeyen söz ve yazıları cezalandırmamıştır."³²

Özetle hem doktrinde baskın görüş, hem yargı kararları "tahkir ve tezyif" kavramını hakarete göre daha ağır bir ihlal olarak kabul etmişlerdir. Dolayısıyla "tahkir ve tezyif" yerine kullanılan aşağılamak kavramı da bu anlamları karşılamak üzere kullanılmıştır.

Aşağılamakla ilgili detaylı bir inceleme olmamakla birlikte doktrinde bazı yorumlar yapılmıştır. "Bazen eleştiri hakkının kullanım sınırları içinde kalan eleştiriler de maddede sayılan organların itibarını zedeleyip, saygınlıklarını azaltabilir. Bu sonuç eleştirinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Kullanılan "aşağılamak" şeklindeki ifade bu tarz eleştirileri de kapsayacak şekilde yorumlanırsa, düşünce özgürlüğü ve eleştiri hakkının kullanımı açısından ciddi sıkıntılar yaşanabilecektir. Çünkü günlük dilde, "aşağılamak" ifadesi "tahkir ve tezyif"e ya da "hakaret"e nazaran daha hafif bir saldırı olarak algılanır. Üstelik çok sert bir şekilde

saldırı tahkiri de içerecektir. Tahkir etmeksizin, tezyif etmek mümkün değildir, fakat her tahkiri edici fiil, aynı zamanda tezyif edici de değildir. Bir düşünce açıklaması tahkiri aşp, tezyif aşamasına gelmedikçe cezalandırılmaz" (Zik: Yıldırım, s.67)

³¹ Odyakmaz, s.522-522, zik. Sancar,s. 166, (Zik: Yıldırım, s.67)

³² CGK K. 2006 / 184,11/7/2006, www.hukukturk.com. (11.12.2010.)

yapılan eleştirilerde, itibardan düşürme gayretinin olduğunu söylemek her zaman mümkündür. “Tahkir ve tezyif” kavramı dahi, basit birçok eleştirinin suç olarak değerlendirilmesini engelleyememişken, ”aşağılamak” sözcüğünün daraltıcı bir yorumla “baskıcı” uygulamalara temel alınması ihtimali yüksektir. eğer “tahkir ve tezyif” kavramından vazgeçilmesi gerekiyorsa, yanıtıcı olabilecek kavramlar kullanmaktan kaçınmak ve “hakaret” sözcüğünü kullanmak tercih edilmeliydi.”³³ Bir diğer görüş;³⁴“aşağılamak tahkir ve tezyife ya da hakarete göre daha hafif bir saldırı teşkil etmektedir.” dedikten sonra konunun sonunda yazarlar yukarıda verdiğimiz tahkir ve tezyifin daha ağır kabul edilen anlamını verip, “ yeni kanun dönemindeki “aşağılamak” hareketini bu manada anlama ve algılamının hükmün konuluş gayesine daha uygun düşeceği kanaatindeyiz” şeklinde ifadeleriyle aşağılamaya tahkir ve tezyifin daha ağır olan anlamının verilmesini savunmaktadırlar. Bir başka yazar ise³⁵ “kurumların tahribi, çökertilmesive fonksiyonlarını yapamaz hale getirilmesine yönelik ve aşağılama teşkil eden hareketlerle bunların doğru olmayan faaliyetlerinin eleştirilmesi arasındaki ayrımın iyi yapılması lazımdır. Yargıtay’ın da son uygulamalarında böyle bir yola girmeye çalıştığını memnuniyetle gözlemliyoruz.”

Yukarılardaki görüşlere dikkat edildiğinde temel ve ortak yaklaşım aslında bu suçlar hakarete göre daha ağır bir ihlal durumunu gerektirmelidir. Sancar’ın bu ağır ihlal durumunun aşağılamak kavramıyla karşılanamayacağı şeklinde görüşleri olmakla birlikte, bu görüş bir kanaat açıklaması şeklindedir.

VI. Değerlendirme

Burada aşağılamak konusunda Yıldırım’ın (TCK m. 301) ile ilgili yaptığı çalışmada tahkir ve tezyifin yerine kullanılan - ki tahkir ve tezyifin hakareten ağır bir ihlal anlamına geldiği konusunda doktrin ve uygulamada

³³ Sancar, s.168.

³⁴ Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya. TCK Şerhi, Turhan Kitapevi, Ankara 2009, s.5642,5643.

³⁵ Gündel Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Sözkese Matbacılık, Ankara 2009, s.5352.

neredeysse mutabakat vardır ³⁶ - aşağılamak kavramıyla ilgili değerlendirmesine değinmekte fayda vardır. ³⁷

“ a.Aşağılama fiilinin oluşabilmesi için muhatabın bundan etkilenmiş tesir oluşmuş olması gerekir. Dikkat edersek hem Sözlüklerde verilen anlam bunu ifade etmektedir, (Düşmek, hakir olmak, kadir ve itibardan düşürmek, değerinden daha aşağı seviyeye indirmek) hem de ilgili Büyük Sözlükte edebi eserlerden alınan ki Yahya Kemal’in eseridir bu görülmektedir. “O adam onları aşağıladıkça utancından kaçacak delik arayan Âşık Ali'ye acıyordu.” Görüldüğü gibi hakarettten farklı bir anlam içermekte mağdurda eziklik, aşağılanmışlık hissi, mahcubiyet hissi, toplum nazarında değerden düşmüşlük psikolojisi oluşturmaktadır. Bu anlamda Malkoçun önerisi de aşağılamanın varlığından bahsedebilmek için ³⁸ “ulus için ortak bir duygunun incitilip incitilmediğinin araştırılması” fikriyle örtüşmüş oluyor. Tekraren belirtelim ki; “değerlerin toplum nezdinde ki saygınlığını zedeleyici söz ve fiillerle işlenebilen aşağılamanın” ifadesinin, anlamlarından anlaşılabilir; yapılan fiilin bu durumu(aşağılanmış olma hali) oluşturmuş olması, bir tehlikeden ziyade muhatapta manevi bir zarar oluşturması, saygınlığının zedelenmiş olma durumunu, fiilin bu kapasitede olması halini ifade etmektedir.

³⁶ “Tahkir ve Tezyifin”, hem doktrinde hem de yargı kararlarında baskın görüş olarak hakarettten daha ağır ve ileri bir anlam içerdiği hususunda bakınız: Sahir Erman, “Hükümetin Manevi Şahsiyetini Tahkir Ve Tezyif Suçu” İBD.1951,C.XXV,S.5, s.276-286.; Tarık Senkeri, Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, s. 186; Türkan Yalçın Sancar, Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Ankara, Seçkin Yayınları, s.161; Mahmut Koca, “Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi üzerine bir inceleme” Prof. Dr. Mahmut Tefik Birsnel’e Armağan, İzmir,2001,s.581 vd., “Kanun Türklüğü, ancak bu gibi pek ağır ve alçaltıcı hakaretlere karşı korumuş, tahkir edici olmakla beraber tezyif edici, adileştirici, istihkar edici ve ağır bir mahiyet arz etmeyen söz ve yazıları cezalandırmamıştır.” CGK K. 2006 / 184,11/7/2006, www.hukukturk.com. (23.12.2011.)

³⁷ Mustafa Zeki Yıldırım, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (TCK m. 301), yayınlanmamış doktora tezi,

³⁸ Malkoç, İsmail, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2006, s. 1951.(Zikreden, yıldırım, s.)

*b. Aşağılama fiilinde bulunan kişi, konum olarak ya daha üstün bir konumdadır veya sübjektif olarak kendini aşağılamaya muktedir görmektedir. Failde bir kibir halini belirtir.*³⁹

c. Yine aşağılamaya verilen anlamlardan çıkan bunun bir tepki ve ani kızgınlık ifadesiyle değil, herhangi bir saikle, soğukkanlı bir şekilde, planlanmış olarak, muhatabı incitme, rahatsız etme, itibarını yıkma, yok etmeye dönük yapılan eylemi anlatan bir kavramdır.

*d. Aşağılama fiilinde bir varlığın fonksiyonlarının eleştirisi veya tahkirinden ziyade, muhatabın zatına, varlığına karşı bir saldırdır. Fonksiyonlarının faaliyetlerinin eleştirisi veya tahkirinden ziyade, varlığın itibarına kastedilmektedir.*⁴⁰”

Aşağılamak kavramı konusunda yorum yaparken, aşağılamak kavramının devlete karşı suçlarda geçmesi nedeniyle AİHM kararlarına da bakmak icap eder. Çünkü eleştiri hakkı ve düşünce özgürlüğünün sınırları, bu sınırın aşılıp, aşağılamak fiiline dönüşmesin nerede başlayacağı konusunda AİHM kararları önem arz etmektedir.

Aşağılamak kavramını AİHM kararlarıyla ortaya çıkan düşünce özgürlüğünün kapsamına uygun bir şekilde, anlamlandırmak ve yorumlamak, tabii ki imkân elverdiği ölçüde yorumlamak çağdaş evrensel hukukun aktığı istikamete doğru milli hukukun evrimleşmesine katkı sağlar. “AİHM düşünce özgürlüğü ile ilgili verdiği kararlarda altını çizdiği husus; siyasilere veya devlete karşı eleştirilerde düşünce özgürlüğünün sahası daha geniştir. Buradan iki çıkarım yapılabilir. Birincisi koruma sınırları daha dar

³⁹ “Aşağılama veya küçümseme, bir insanın, bir durumu veya bir kimseyi, kendinden daha az sahip olduğu değerler için kendinden küçük görmektir. Bu kavram çoğu zaman kibir ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Bir kimseyi aşağılayan insanlar için çoğu zaman "kibirli" sıfatı kullanılmaktadır. Her ne kadar aşağılama duygusu, belli bakımdan **üstün** insanlar tarafından yapılsa da, bu; her üstün kimsenin kibirli olacağı anlamına gelmemektedir. Bununla beraber, bir durumda üstün olmayan herhangi kimse dahi bu duyguyu yaşayabilir. Kısacası kibir, bir durumdaki üstünlüğe göre değil, kişinin kendini gördüğü duruma göre değişkenlik gösterir” <http://www.maxihayat.net/maxiforum/nedir/134050-asagilama-nedir-asagilama-nedemek-asagilama-sozluk-anlami-nedir.html>. (08.28.2009).

⁴⁰ “...sadece tahkir yeterli görülmemiş, bunun yanında "tezyif 'de aranmıştır. Bu itibarla tipe uygun eylem unsurunun oluşması için söz, işaret veya yazının sadece tahkiri içermesi yetmez, ayrıca bunun tezyif edici bir karakterde olması da lazımdır.”. CGK K. 2006 / 184,11/7/2006, www.hukukturk.com. (23.12.2011.)

olsa da bu tür yasaların olabileceği, meşruyetidir.⁴¹ İkincisi ise bir bireye karşı hakaret suçu oluşturan ifadelerin, muhatap siyasiler veya devlet ve kurumları olunca çoğu zaman suçun oluşmayacağı düşünce özgürlüğü ve eleştiri hakkı kapsamında değerlendirileceğidir.⁴²

AİHM bu konudaki kararlarının birin de; “Hükümet söz konusu olduğunda, izin verilebilecek eleştirinin sınırları bir vatandaş, hatta bir politikacı için olduğundan çok daha geniştir. Demokratik bir toplumda, Hükümetin yaptıkları ve yapmadıkları, sadece yasama ve yargının değil, aynı zamanda basının ve kamuoyunun yakın denetimine tâbi olmalıdır. Ayrıca, Hükümetin üstün konumu, karşıtlarının ve medyanın haksız saldırı ve eleştirilerine cevap vermek açısından başka yolların açık olduğu durumlarda, cezai kovuşturmayla başurmaktan kaçınmasını zorunlu kılmaktadır... Kurumların bireylere göre veya hükümetin muhalefete göre daha kapsamlı bir korumadan yararlanmasının hiçbir gerekçesi yoktur.”⁴³

Kanun koyucu aslında kişilerin dışında hakaret yerine aşağılamak tabirini kullanırken, AİHM kararları ve evrensel hukukun geldiği düzeyi, bilerek⁴⁴ veya bilmeyerek ancak bu birikime yaslanarak hukuka yansıtılmış, doktrin ve uygulamaya bu konuda farklılaşma imkânı vermiştir. Şayet hakaret kavramı kullanılmış olsaydı AİHM kararlarına yansıyan bu farklılığı yani gerçek kişilerle kişilerin dışındaki varlık ve değerlere karşı yapılan fiiller arasındaki mahiyet ve ağırlık farklılığını oluşturma şansı olmazdı.⁴⁵

⁴¹ Kemal Şahin, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gerekçeleri ve Sınırları, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 408.

⁴² Şahin, s.408.

⁴³ *AİHM, Castells-İspanya, 1992.* (Zik, yıldırım, s.207.)

⁴⁴ “ *Sözüler’ in deyimiyile* ”301. maddenin kapsamının daraltılması ve ifade özgürlüğüne daha az müdahale etmek amacıyla maddeye işlenen “ **aşağılamak** ”.” Fatih Birtek, “İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Kanunu’nun 301. Maddesinin Bu Kavram Işığında Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 2, 2007; Adalet Komisyonu Başkanı Köksal Toptan, Sivil toplum örgütleri TCK’nın 301. maddesindeki 'aşağılama' kelimesinin yerine 'tahkir ve tezyif' kelimesinin yazılmasını önerdi. Toptan ise "Bu öneri TCK'nın 159. maddesine geri dönüştür. Tahkir ve tezyif çok geniş bir kavramdır. Aşağılama ise daha dar bir kavramdır... 301. maddede eleştiri maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz yazılmaktadır. Aslında bu cümle yazılmasa bile hakimlerin özgürlükçü yorum yapması gerekir. Çünkü TCK'nın mantığı, özgürlükleri esas alan mantıktır." Yeni Şafak Gazetesi Bilal Çetin 08.02.2007. (Zik, yıldırım, s.77.)

⁴⁵ “Bu anlamlar yani aşağılamaya hakaretten daha ağır bir tahkirin gerekli olduğu düşüncesi, hem bugüne kadar “Tahkir ve tezyif” için öngörülen anlamla örtüşmektedir.”⁴⁵

VII. Sonuç

Buraya kadar aşağılamak kavramının kanuna girişi, kanunda hangi kavramların yerine kullanıldığı, mülga 765 sayılı ceza kanununda aşağılamak kavramını karşılayan ifadelerin neler olduğu, bu kavramların yerine aşağılamak kavramının varsa gerekçesinin ne olduğu, dil bilimi açısından anlamı, aşağılamak kavramının kullanıldığı yerler itibariyle ortak bir anlam verme imkânının olup olmadığı, bu yeni durumun hukuk uygulayıcılarına nasıl bir imkân verdiği üzerinde durulmaya çalışıldı.

Bu inceleme neticesinde aşağılamak kavramıyla ilgili şu neticeleri ifade etmek mümkündür.

Mülga 765 sayılı ceza kanununda yer alan “Aşağılayıcı Tahkir” , “aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir”, “yahut diğer her hangi bir suretle tezlil eden kimse,” , “tahkir ve tezyif” gibi kavramlar yerine ve bu kavramlarla kast edilen anlamları karşılamak üzere kullanılmıştır.

“Tahkir” yani “hakaret etmek” 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer almaya devam etmiş, ancak 125. Maddesin de sadece gerçek kişilerle ilgili duruma inhisar ettirilmiştir. Bunun dışındaki varlıklarla ilgili aşağılamak kavramı tercih edilmiştir.

“5237 sayılı Türk Ceza Kanununda çeşitli suç tanımlarında kurum veya kuruluşlarla ilgili olarak "aşağılama" kavramına yer verilmiştir.” şeklinde gerekçedeki ifade olmakla birlikte aşağılamak kavramının neden tercih edildiğine dair bir izah yapılmamıştır.

Aynı zamanda yargı kararlarında devamlılıkla birlikte, özgürlüğe dönük gelişme sağlamakta, hem de soğuk savaş ortamından çıkmış, devletin öncelikle korunmasının gerekliliği, devlete kutsiyet tanıyan anlayışlardan sıyrılmış, günümüz evrensel normları, çağdaş düşüncesi, Avrupa Birliği normları ve tabii ki AİHM kararlarıyla uyum göstermiş olacaktır. Bu konudaki AİHM kararlarında yer alan yaklaşım, anayasal organ kurum ve değerlerin korunması, bireylerin korunmasına nispetle daha dar kapsamdadır özgürlük alanı daha geniştir.... Özetle çağdaş normlar olması gerekeni; bireyle, organ kurum ve siyasi yapının korunmasında derecelendirmeye gidilmesini, birey daha geniş bir çerçevede korunurken, birey dışı sùjelerin daha dar bir korunmadan yararlanması gerektiğini belirtiyor. Yasa metni bireyle ilgili “hakaret” tabirini, birey dışı sùjeler için “aşağılama” tabirini kullanarak uygulamacılara bu farklılığı oluşturma imkânını veriyor. Hâlbuki yasa ikisinde de hakaret tabirini kullansaydı, olması gereken farklılığı oluşturma imkânı için temellendirmede bulunmak zorlaşır.” Yıldırım, s.79.

Kelime anlamı olarak hakaretle benzerliklerinin yanında, hakaretin anlamından daha ileri ve muhatapta tesir oluşturan anlamlar verilmiştir. Mağdurda eziklik, aşağılanmışlık hissi, mahcubiyet hissi, toplum nazarında değerden düşmüşlük psikolojisi oluşturmaktadır.

Aşağılama fiilinde bulunan kişi, konum olarak ya daha üstün bir konumdadır veya sübjektif olarak kendini aşağılamaya muktedir görmektedir.

Aşağılamak tepki ve ani kızgınlık ifadesiyle değil, herhangi bir saikle, soğukkanlı bir şekilde, planlanmış olarak, muhatabın itibarına zarar verme, yıkma, yok etmeye dönük yapılan eylemi anlatan bir kavramdır.

Aşağılama fiilinde muhatabın fonksiyonlarının tahkirinden ziyade, muhatabın zatına, varlığına karşı bir saldırdır. Fonksiyonlarının tahkirinden ziyade, varlığın itibarına kastedilmektedir.

Sonuç olarak; kavramlar ve kelimeler canlı uzuv gibidir, zaman içerisinde gelişir, değişir, anlam derinliği kazanırlar. Bu çerçevede aşağılamak kavramının da kullanıldığı yer, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesi ve bunun gerektirdiği belirlilik prensibi bunun yanında diğer hukuki temel yaklaşımları dikkate alınarak aşağılamak kavramının anlamının netleşmesine, derinlik kazanmasına, akacağı yönün gösterilmesine katkı yapılmaya çalışılmıştır.

Kaynakça

Adalet Komisyonu Başkanı Köksal Toptan, Yeni Şafak Gazetesi Bilal Çetin 08.02.2007.

Artuk, Mehmet Emin, “Türklüğü Cumhuriyeti, Devletin Kurum Ve Organlarını Aşağılama Suçu”. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, s.1, 2007.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2010.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, TCK Şerhi, Turhan Kitapevi, Ankara 2009.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları Turhan Kitapevi Ankara,2010.

Birtek, Fatih “İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Kanunu’nun 301. Maddesinin Bu Kavram Işığında Değerlendirilmesi”,İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 2, 2007.

Çağlayan, Muhtar, “Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi üzerine bir inceleme” Adalet Dergisi,1963 S.11.

Donay, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta, İstanbul, 2007.

Erman, Sahir “Hükümetin Manevi Şahsiyetini Tahkir Ve Tezyif Suçu” İBD.1951,C.XXV,S.5.

Güncel Türkçe Sözlük <http://tdk.org.tr/TR/Genel/SozBul>.

Gündel Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Sözkese Matbacılık, Ankara 2009

Hafizoğulları, Zeki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Yorumu Meselesi, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/tck-yorum.html> (30.01.2012).

Hayat Büyük Türk Sözlüğü, Tifdruk Matbacılık Sanayi A.Ş. İstanbul, Aralık,1969.

Koca, Mahmut ,“Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi Üzerine Bir İnceleme” Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsal’e Armağan, İzmir,2001.

Örnekleriyle Türkçe Sözlük, M.E.B. Milli Eğitim Basımevi, İstanbul,2002.

Sancar, Türkan Yalçın, Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006.

Senkeri, Tarık, Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1996

Sami,Şemseddin Kamusi Türki, İstanbul (baskı yılı tespit edilemedi)

Şahin, Kemal, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gereçekleri ve Sınırları, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2009 .

Topaloğlu Ahmet, Kubbealtı Lügati, Ankara, 2004. (Derleyen: İlhan Ayverdi).

Tosun, Öztekin “Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi ve Basın Hürriyeti ile İlişkisi” I.Yargıtay Dergisi 1980,C.6 S.4

Türk Dilinin Etimolojisi Sözlüğü, İsmet Zeki Eyüboğlu, Sosyal Yayınları, İstanbul 2004.

Yıldırım, Mustafa Zeki, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (TCK m. 301), yayınlanmamış doktora tezi, MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

Zafer,Hamide, Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m.312/3), <http://hamidezafer.com/> (11.06.2012).

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu İle Getirilen Yenilikler, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/114.doc, (11.05.2010).

ESKİ VAKIF MALLARININ VERGİ, RESİM VE HARÇTAN MUAF OLMASI

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa YILMAZ**

GİRİŞ

Vakıflar, insanın fitratında varolan başkasına iyilik yapma, insanlar için yardımda bulunma, karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma duygusunu hukuki statüye kavuşturan ve ona süreklilik sağlayan, düzenli ve koordineli bir şekilde hayata geçirilmesini temin eden en önemli müesseselerden birisidir. Çok eski zamanlardan beri insanlar çeşitli nedenlerle vakfetmişler, ancak İslam'ın vakıf müessesesine verdiği önemden dolayı İslam toplumunda ve özellikle de Osmanlı Devleti zamanında zirveye ulaşmıştır. Bir çok sosyal, kültürel, ekonomik faaliyetin yanı sıra devletin yapması gereken kamu hizmetleri vakıflar eliyle yürütülmüştür. Üstelik bu vakıfların çoğalması kamu makamları tarafından idare ve sevk edilmesini zorunlu kılmıştır. Tanzimatla başlayan ve devam eden sosyal, kültürel yapıdaki bozukluk vakıf müessesesini etkilemiş, bir takım düzenlemelerin yapılmasını gerektirmiştir.

Cumhuriyetin ilanı ve bazı kanunların kabulü ile birlikte vakıf müessesesinde önemli değişiklikler olmuştur. 1926 yılında Medeni Kanun'un kabulü ve 1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile birlikte vakıfların hukuki rejimi değişmiş, 1926 yılından önce kurulan vakıflara "eski vakıf", bu tarihten itibaren kurulan vakıflara ise "yeni vakıf" tabiri kullanılmaya başlanmıştır. Eski vakıflarla yeni vakıflar arasında hukuki nitelik, unsur, çeşit, amaç ve mallarının hukuki rejimi gibi alanlarda farklılıklar ortaya çıkmıştır.

Biz bu çalışmamızda eski vakıfların ve mallarının pozitif hukuk açısından ne anlama geldiğini ve vergi, resim ve harçlar karşısındaki durumunu ele alacağız.

I- VAKIF MÜESSESESİ

A) Kavram ve Tanım

Vakıf, Arapça kökenli bir kelime olup çeşitli anlamlara gelmektedir. Vakıf kelimesinin çoğulu evkaf ve vukuf'tur. Organik açıdan incelendiğinde vakıf kavramı, bir kurumu, bir müesseseyi, bir kuruluşu, bir tüzel kişiliği, bir tesisi anlatmak için kullanılmaktadır. Fonksiyonel açıdan ele alındığında ise bir malı başkalarının müdahalelerinden men etmek, bir şeyi daimi surette durdurma, hapsedme, hareketten alıkoyma, dinlendirme anlamlarına

gelmektedir¹. Nitekim Türk Medeni Kanunu²'nin 101. maddesinde organik açıdan bir tanımlama yapılırken³, yürürlükten kalkan eski Türk Medeni Kanunu⁴'nin 73. maddesinde fonksiyonel açıdan bir tanımlama yapılmıştır⁵.

Vakıf müessesesinin kökeni çok eskilere dayandığından tarihsel süreçte farklı anlamların yüklendiği görülmektedir. Eski çağlarda ve tarihin bir çok döneminde vakıf müessesesine uymayan ama benzeyen oluşumlar söz konusu olmakla birlikte⁶, özellikle İslamiyetin ortaya çıkışı ve İslam'ın vakıf müessesesine vermiş olduğu değer dolayısıyla çok fazla gelişmiş⁷ ve üzerinde teorik ve pratik açıdan çok çeşitli çalışmalar yapılmış ve değişik şekillerde tanımlanmıştır. Bu yüzden vakıf konusunda İslam'ın büyük fıkıh

* Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı.

¹ Vakfın sözlük ve kelime anlamı olarak yapılan tanımlar için bkz: ÖZTÜRK Nazif, Menşe'i ve Tarihi Gelişimi Açısından Vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 1983, s.27 vd (bu eser bundan böyle "Vakıflar" şeklinde kısaltılacaktır); ÖZTÜRK Nazif, Elmalılı M.Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar, Ankara 1995, s.49 vd (bu Eser, bundan böyle "Elmalılı Gözüyle Vakıflar" şeklinde kısaltılacaktır); AKGÜNDÜZ Ahmet, İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, İstanbul 1996; s.76 vd; Cumhuriyetin 50. Yılında Vakıflar, İstanbul 1973, s.13; ERGÜN Ömer, Danıştay İçtihatlarında Eski Vakıfların Konumu, İstanbul 1995, Yayınlanmamış Yük. Lis. Tezi, s.1; YEDİYILDIZ Bahaeddin, "Müessese Toplum Münasebetleri Çerçevesinde XVIII. Asır Toplumu ve Vakıf Müessesesi", Vakıflar Dergisi, S.XV, Ankara 1982, s.25-26; AKI Erol/DEMİRBILEK Sevdâ, Sosyal ve Kültürel Hayatımızda Vakıflar ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1996, s.3 vd.

² 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK), RG: 08.12.2001/24607.

³ TMK m. 101/1: "Gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgüllemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır."

⁴ 13.07.1967 tarih ve 903 sayılı Türk Medeni Kanunu (eski TMK), RG: 24.07.1967/12655.

⁵ Eski TMK. m.73: "Başlı başına bir malvarlığı olmak üzere, bir mal veya mal topluluğunun veya bunların gelirinin ya da ekonomik olan haklarının belirli bir amaca özgülennesidir."

⁶ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.30 vd; AKGÜNDÜZ, s.52 vd; HATEMİ Hüseyin, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, İstanbul 1979, 53 vd; HATEMİ Hüseyin, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969, s. 11 vd (bu eser bundan böyle "Vakıf Kurma Muamelesi" şeklinde kısaltılacaktır);

⁷ AKGÜNDÜZ, s.52 vd; AKI/DEMİRBILEK, s.7; ERKİLET Şaban, Vakıflar ve Derneklerin Vergilendirilmesi, Ankara 1991, s.7-8.

imamlarından⁸ yakın tarih İslam alimlerine⁹ kadar, bu alanda bir çok eseri kaleme alan müellif, yazar ve düşünürün yaptığı tariflerden¹⁰ kanunlardaki düzenlemelere kadar bir çok tanımlama yapılmıştır.

-
- ⁸ İmam-ı Azam Ebu Hanife, vakfı “bir mülkün aynı sahibinin mülkü hükmünde kalmak üzere menfaatinin bir cihete tasadduk edilmesi” şeklinde tarif ederken, talebeleri İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed “aynı memluku sürekli olarak Cenab-ı Hakkın mülkü hükmünde olmak üzere temlik ve temellükten men ve menfaatini fukaraya veya vücuh-u birre tasadduk etmektir” şeklinde tanımlamışlardır. Nakleden ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 28-29.
- ⁹ Elmalılı Hamdi Yazır, “lisan-ı şer’ide bir aynın, menfaati ibadullaha ait olmak üzere aslını müebbeden haps etmektir” şeklinde bir tanım yapmaktadır. ÖZTÜRK, Elmalılı M.Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar, s. 49 ; Ali Haydar Efendi ise şöyle bir tanım yapmaktadır: Menfaati, ibada raci olmak üzere ayn-ı memluku Cenab-ı Hakkın mülkü hükmünde olarak temlik ve temellükten alavechi’t-te’bid kavlen hapsi ve menafiini tasadduk veyahut dilediğine sarf etmektir” Nakleden ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 28.
- ¹⁰ Vakıfla ilgili önemli çalışmaları bulunan Köprülü, vakfı “menfaati insanlara ait olmak üzere ve bir zaman süresi ile tahdit edilmeksizin mülk bir malı temlik ve temellükten haps ve men eylemek” şeklinde tarif etmektedir. KÖPRÜLÜ Bülent, “Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev’iyetleri ve İcareteynli Vakıflar”, İÜHFİM, C.XVII (1951), S.3-4, s.699-700; Belgesay, vakfı, “muayyen bir gayeye bir patrimuan tahsis edilerek ona şahsiyet verilmesi” şeklinde tarif etmektedir. BELGESAY Mustafa Reşid, İktisat ve Ticaret Ansiklopedisi “Vakıf” Maddesi, C. X, İstanbul 1954, s. 131; Akipek, vakfı “müstakil ve yeni bir hak süjesi meydana getirmek üzere devamlılık arzeden, muayyen bir gayeye bir malın kanundaki şekillere uygun olarak tahsisi neticesinde vuku bulan bir hükmi şahıs” olarak tanımlamaktadır. AKİPEK Jale G, Vakıflar (Türk Medeni Hukuku Birinci Cildin İkinci Cüzüne, B.2, Ankara 1966, Ek), Ankara 1970, s.3-4; Berki’ye göre vakıf, “gerçek veya tüzel bir kişinin, kendi mamelekine dahil menkul veya gayrimenkulü yahut bunların gelirlerini ammeye faydalı olacak şekilde tahsis etmesidir”. BERKİ Şakir, “Vakıflar”, AÜHFİM, C.XXXVIII, S.I-IV, 1983, s.133; Sosyo-kültürel açıdan yapılan bir tanımlamada da “Türk-İslam kültür sistemi unsurlarından birini, bu topluma mensup bir kişiyi harekete geçirerek onun özel mallarından bir kısmını kamu hizmeti görececek kuruluşlara dönüştürmesi eylemi” olarak tanımlanmıştır. YEDİYILDIZ Bahaeddin, “Türk Kültür Sistemi İçinde Vakfın Yeri”, Vakıflar Dergisi, S.6, s.404; GÜNERİ ise, “bir aynı, Allah’ın mülkü hükmünde olmak ve menfaati Allah’ın kullarına ait bulunmak üzere ve kurbet kasdı ile, başkasının mülküne geçirmekten ve mülküne alıp sahip olmaktan ebdiyen hapis ve yasak kılmaktır” şeklinde bir tanım getirmiştir. GÜNERİ Hasan, Vakıfta Amaç ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara 1976, s.6.

Vakıflarla ilgili bir çok temel eserde şu tanım, genel kabul görmüş bir tanım olarak karşımıza çıkmaktadır: “*Menfaati ibadullaha (Allahın kullarına) ait olmak üzere bir aynı (malı) Cenab-ı Hakkın mülkü hükmünde olmak üzere temlik ve temellük etmektir*”¹¹.

Bir başka tanıma göre vakıf, “*bir malı, menfaati (kendisi ve/veya geliri) Hayri bir hizmetin görülmesine tahsis edilmek amacıyla ve hizmetin ebediyete kadar devamı niyetiyle, vakfeden kişinin mülkiyetinden ve özel mülkiyete konu olmaktan çıkararak hususi (nev’i şahsına münhasır) bir mülkiyet kategorisine aktarma ve o kategoride tutma*” şeklinde ifade edilmiştir¹². Başka bir tanımda “*vakıf, sahip olunan bir malın ideal, felsefi, dini, insani, ilmi veya bedii bir nedenle belirli bir amaca daimi surette tahsisi*” şeklinde tarif edilmiştir¹³.

Vakıfla ilgili 1967 tarihli 903 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 73. maddesinde, “*başlı başına bir malvarlığı olmak üzere, bir mal veya mal topluluğunun veya bunların gelirinin ya da ekonomik olan haklarının belirli bir amaca özgülenmesidir*” bir tanımlama yapılmış¹⁴, 2001 tarihli 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu’nda m. 101/1: “*Gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır*” denmiştir. Görüldüğü üzere tarihsel süreçte vakfa yüklenen misyon ile günümüzdeki vakıf anlayışı arasındaki farklılık tanımına da yansımıştır.

B) Tarihsel Süreç

Vakıfların ilk oluşumları hakkında kesin bir bilgiye rastlanılmamaktadır. Dinleri ve inançları ayrı da olsa bütün milletler vakıf benzeri bazı tasarruflarda bulunmuşlardır¹⁵. Zira vakıf müessesesi sadece İslam dinine özgü bir müessese olmadığı gibi Türklere has bir müessese de

¹¹ Ömer Hilmi Efendi, İthaf’ul Ahlaf fi Ahkam’il- Evkaf, İstanbul 1307, Nakleden ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 28; SUNGURBEY İsmet, Eski Vakıfların Temel Kitabı, İstanbul 1978, s. 1; ERGÜN, s.1.

¹² KOZAK İ.Erol, Bir Sosyal Siyaset Müessesesi Olarak Vakıf, Adapazarı 1994, s.14.

¹³ AKİPEK Jale G./AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt İkinci Cüz Şahsın Hukuku Ankara 2002, s.660 vd,

¹⁴ 1967 tarihli Kanunda vakıf kavramı ile birlikte “tesis” kavramı da kullanılmış ve terminolojik karışıklığa neden olunmuştur. Bunun nedenleri için bkz: HATEMİ, Vakıf Kurma Muamelesi, s. 7; ERGÜN, s.3.

¹⁵ AKGÜNDÜZ, s. 51 vd; ERGÜN, s. 5 vd.

değildir¹⁶. Eski Babil’de¹⁷, Eski Mısır’da¹⁸, Eski Yunan Hukuku’nda¹⁹, Roma Hukuku’nda²⁰, Bizans Hukuku’nda²¹, Germen Hukuku’nda²², Eski

¹⁶ AKI/DEMİRİLİK, s.13.

¹⁷ Eski Babil Hukukunda vakfa benzeyen bazı mali tasarruflara rastlanılmaktadır. Kral, arazisinin intifa hakkını bazı kamu görevlilerine bağışlamakta, arazinin maliki olmayıp intifa hakkını elinde bulundurmakta, Hammurabi Kanunları’nda bu intifa hakkının mirasçılara intikal edebileceği ve bazı şartlarda kayıtlanabileceği belirtilmektedir. AKGÜNDÜZ, s. 52; ERGÜN, s. 5. Başka örnekler için bkz: ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 37-38.

¹⁸ İlahlara, mabedlere ve kabirlere, ilahlara yakınlaşmak ve hayır işlemek gayesiyle bazı tahsisler yapılmaktaydı. Ayrıntılı örnekler için bkz: AKGÜNDÜZ, s. 52-53.

¹⁹ Site denilen korporasyonlar lehine yapılan bağış ve vasiyetler tahsis amacına uygun olarak kullanılmaktaydı. AKGÜNDÜZ, s.53.

²⁰ Roma hukukunda vakıflara rastlanıldığını söyleyen yazarlar kadar (AKİPEK Jale G, Türk Medeni Hukuku 1. Cilt, İkinci Cüz, Ankara 1966, s. 219-220), İslam vakıflarının eski Roma Hukuku’ndan esinlenerek geliştiğini söyleyen yazarlar (KÖPRÜLÜ Fuat, Bibliyografya (Tanıtma yazısı) VD, İstanbul 1974, s. 458; KAYAOĞLU İsmet, “Vakfın Menşei Hakkında Görüşler”, VD, S. 11, Ankara 1978, s. 54) da bulunmaktadır. Ancak vakfın menşei Roma hukukuna bağlama gayretlerine bazı yazarlar şiddetle karşı çıkmaktadır (MARDİN Ebül’ala, “Vakıf Müessesesi Maddesi”, İktisat ve Ticaret Ansiklopedisi, C. 10, İstanbul 1954, s. 133-134; ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 34) Roma hukukunda vakıf müessesesi ilk dönemlerde gelişmemiş (AKGÜNDÜZ, s. 53; ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 34; ERGÜN, s. 6), Hıristiyanlığın yayılması ve Roma’nın resmi dini olarak kabulünden sonra vakıf müessesesi gelişmeye başlamıştır (KÖPRÜLÜ Bülent, “Tarihte Vakıflar” AHFM, C.VIII, S. 3-4, Ankara 1951, s. 482, AKGÜNDÜZ, s. 53; ÖZTÜRK, Vakıflar, s.34; GÜNERİ, s.5; AKI/DEMİRİLİK, s.15). Roma hukukundaki vakıf örnekleri için bkz: AKGÜNDÜZ, s. 53; ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 34; ERGÜN, s. 6-7; GÜNERİ, s. 5.

²¹ Yörükoğlu, İslam vakıf müessesesinin, ilk örneğini ve başta tabi olduğu hukuki kurallarını Bizans hukukundan aldığı iddia etmektedir. YÖRÜKOĞLU Ömer, “Vakıf Müessesesinin Hukuki, Tarihi, Felsefi Temelleri”, II. Vakıf Haftası 3-9 Aralık 1984, Vakıflar Gen.Müd. Yayınları, Ankara, s. 117; Ayrıca Bizans Hukukundaki örnekler için bkz: AKI/DEMİRİLİK, s.16; ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 33-34; ERGÜN, s.8.

²² Germen Hukukunda amaç ve yapı itibarıyla vakfa benzeyen tasarruf şekilleri bulunmaktaydı. Özellikle bizim tarihimizdeki evlatlık vakıflarına benzeyen vakıf türleri bulunmaktaydı. AKGÜNDÜZ, s. 53.

Türklerde²³, günümüz Fransız²⁴, İngiliz²⁵ ve Amerikan Hukuku'nda²⁶ vakıf benzeri bazı uygulamalara rastlamak mümkündür. Yerleşik düzene geçmiş, mal varlığına, özel mülkiyete ve değer yargılarına sahip bir toplumda bu tür hayır müesseseleri görülmektedir. Ancak İslam'dan önce bu müesseselere rastlanıyor ise de, hükmi şahsiyeti haiz ve ebedi şekilde hayır ve sevap amacıyla yapılan vakıflar İslam'la ortaya çıkmıştır²⁷.

İslam'ın ortaya çıkıp yayılışı ile birlikte vakıf müessesesinde çok ciddi gelişme kaydedilmiş, neredeyse en fazla gelişme kaydeden müesseseler arasında yerini almış, devlet eliyle gerçekleştirilmesi gereken bir çok kamu hizmeti vakıflar aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Kur'an-ı Kerim'de vakıf müessesesine açıkça yer verilmemesine karşın, vakıflara konu olabilecek hayır, sosyal yardımlaşma, dayanışma, sadaka, fakir ve yetimlerin gözetilmesi gibi sosyal nitelikli esaslara sıklıkla yer verilmiş, Hz. Peygamber'in (SAS) bu konudaki sözleri ve uygulamaları, kısaca hadisleri, vakıf müessesesinin gelişmesinde etkili olmuştur. Hz. Peygamberin bizzat

²³ Türk vakıfçılığının ilk yazılı vesikası olarak gösterilen Kral Hattusilis tarafından bir taş üzerine yazdırılan M.Ö 1280-1290 tarihlerine ait Hitit vakfiyesi olduğu ileri sürülmektedir. Bu tabletten anlaşıldığına göre Kral, bir ev ve eklentilerini Tanrıça İşter'e tapınmak üzere vakfetmiş ve her türlü vergiden muaf bağışık tutmuştur. AKI/DEMİRBİLEK, s.13; ERGÜN, s. 8. Yine 12. Ve 13. Yüzyılda yaşamış eski Budist Uygur Türklerine ait vakfiyelerden de söz edilebilir. AKGÜNDÜZ, s. 53; AKI/DEMİRBİLEK, s.13; ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 31-32; ERGÜN, s. 8.

²⁴ Fransız hukukunda evlatlık vakıflarına ve hayri vakıflara benzeyen çok sayıda vakıf örneklerine rastlanmaktadır. AKGÜNDÜZ, s.54.

²⁵ Bugün kamu malları teorisini ortaya çıkaran ihtiyaçların tatmini için İngilterede uygulanan ve Fransa için de teklif edilen "trust" modeli, malların hukuki durumu ve faydalanma bakımından Osmanlı vakıf uygulamasından örnek alınmış intibamı vermektedir. GÜLAN Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, İstanbul 1999, s.72.

²⁶ İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde vakfa benzeyen trust ve foundation şeklinde oluşumlar bulunmaktadır. AKGÜNDÜZ, s.54-55. Nitekim bugün Amerikan toplumundan "vakıf cenneti" olarak bahsedilmekte, hükümet dışı kuruluşların (Non-Governmental Organisation) her alanda faaliyet gösterdikleri görülmektedir. MAHMATLI Serap, "Dünyada Yeni Salgı ve NGO Cenneti ABD", 3. Sektör Dergisi, Ekim 1996, s.46 vd. Amerika'daki çok önemli vakıf örnekleri için bkz: AKYILDIZ Ali, Türk Hukukunda Vakıflar Üzerinde Vesayet Denetimi, Doktora Tezi, İstanbul 1997, s. 34.

²⁷ AKGÜNDÜZ, s. 51; BERKİ Ali Himmet, İslam'da Vakıf Sahih ve Gayr-ı Sahih Nevileri, AÜİFD, C.VI, s.1-4; ÖZTÜRK, Vakıflar, s.40.

kendisi vakfetmiş, ashabına da vakıfta bulunmalarını tavsiye etmiştir. Bu tavsiyeye uyan ashabın ileri gelenleri ve daha sonraki yıllarda halifeler ve zenginler mallarını vakfetmişler, çok çeşitli alanlarda vakıf medeniyetinin örneklerini sergilemişlerdir. Emeviler döneminde de vakıf müessesesi gelişmiş, Abbasiler döneminde hukuki temellere dayandırılarak İslam dünyasının her tarafına yayılmıştır²⁸. Abbasiler devrinde olduğu kadar, Selçuklu Devleti'nde²⁹ ve diğer Türk ve Müslüman devletlerde de (Harzemşahlar, Atabekler, Eyyubiler, Danişmendliler, Memlükler, Akkoyunlular, Timurlar, vb.) vakıf anlayışı gelişme kaydederek önemi her geçen gün artmıştır³⁰.

Osmanlı Devleti'nde vakıf müessesesi, devletin siyasi, mali gücüne paralel olarak çeşit ve kapsam itibarıyla ilerlemiş; hukuki, iktisadi, sosyal ve siyasi yapıyı etkilemiş; sosyal siyasetin, sosyal adaletin, dayanışmanın, toplumsal huzur ve barışın gerçekleşmesinde, fırsat eşitliğinin dağılımının sağlanmasında rol oynamış³¹ ve daha birçok yönden insanlığa hizmet etmişlerdir³². Medrese, kütüphane, hastane, han, hamam, kervansaray, köprü, yol, çeşme ve su tesisatı vb. bir çok eser ve hizmet, başta padişahlar ve

²⁸ AKI/DEMİRBİLEK, s.19.

²⁹ Selçuklular zamanında medreselerden darü'ş-şifalara, kervansaraylardan camilere kadar bir çok kamu hizmeti vakıflar eliyle gerçekleştiriliyordu. Selçuklu vakıfları hakkında ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz: KAYAOĞLU İsmet, "Selçuklu Vakıflarına Genel Bir Bakış", II. Vakıf Haftası 3-9 Aralık 1984, Ankara, s. 22 vd; MİROĞLU İsmet, "Türk İslam Dünyasında Vakıfların Yeri", II. Vakıf Haftası 3-9 Aralık 1984, Ankara, s.122.; TURAN Osman, Selçuk Devri Vakfiyeleri III, Celaleddin Karatay, Vakıfları ve Vakfiyeleri, Belleten, S. 45, s. 78 vd.

³⁰ ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 56 vd; AKI/DEMİRBİLEK, s.20.

³¹ AKI/DEMİRBİLEK, s.21; ÖZTÜRK Nazif, "Sosyal Siyaset Açısından Cumhuriyet Öncesi Vakıfları", Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslar arası Vakıf Sempozyumu, 15-17 Aralık 2003, Ankara 2004, s. 39 vd (bu Eser, bundan böyle "Sosyal Siyaset Açısından" şeklinde kısaltılacaktır).

³² ÖZTÜRK, Sosyal Siyaset Açısından...,s. 39 vd; CİN Halil, "Osmanlı Devletinde Vakıf Hukuku", Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslar arası Vakıf Sempozyumu, 15-17 Aralık 2003, Ankara 2004, s. 66 vd; ÖZTÜRK Nazif, Türk Yenileşme Tarihi Çerçevesinde Vakıf Müessesesi, Ankara 1995, s. 109 vd (bu Eser, bundan böyle "Vakıf Müessesesi" şeklinde kısaltılacaktır); ÖZTÜRK, Elmalılı Gözüyle Vakıflar, s. 28 vd; AKI/DEMİRBİLEK, s. 77 vd; İŞERİ'ye göre bir vakfi meydana getiren saik dini veya başka nitelikte de olsa bunların meydana getirdikleri sosyal netice aynıdır. İŞERİ Ahmet, Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf (Tesis), Ankara 1968, s.3.

saltanat hanedanı olmak üzere en yüksek mevkilerde görev yapan kişilerden mütevazı mal varlığına sahip bir çok kişi tarafından kurulan vakıflar aracılığıyla gerçekleştirilmiş ve daha birçok hayır hizmeti³³ bu müesseselerle yerine getirilmiştir. Vakıf hizmetleri yalnız dini alanlarda değil, devletin faaliyet alanına giren³⁴, sosyal ve kültürel hizmetler alanında da yapılmıştır. Örneğin, Tanzimat'tan önceki bayındırlık, yardım ve belediye işleri vakıflar tarafından gerçekleştirilmiştir³⁵.

Osmanlı Devleti'nde vakıf müessesesi o kadar genişlemiş³⁶ ve sayıları o kadar artmıştır³⁷ ki bunların idare ve denetimi belli makamlara verilmesi zarureti ortaya çıkmıştır³⁸. Osmanlı Devleti'nin ilk yıllarında, ilk beyler döneminde hükümdar vakıflarına vezirler, müteveli ve nazır olarak tayin edilmiş, hususi vakıflar ise kadılar tarafından denetlenmiştir. Yükselme devrinde ve daha sonraki yıllarda başta padişah, eş ve devlet büyüklerinin

³³ Örneğin, aşevi, öksüz kızlara çeyiz verilmesi, borçlu kişilerin borcunun ödenmesi, yetim ve dullara yardım edilmesi, hayvanlara gıda ve su verilmesi gibi bir çok alanda sosyal yardımlaşma vakıfları mevcuttu. ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 2-3. Başka alanlardaki örnekler için bkz: ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, İstanbul 1966, s. 663; ERKİLET, s.5-6.

³⁴ GÜLAN, s.72.

³⁵ ONAR, C.II, s.662 vd; ERKİLET, s.9; Bugün yerel yönetimlerin yaptığı şehrin doğal güzelliklerinin korunması, su ihtiyacının giderilmesi, temizliğinin sağlanması, park ve bahçelerin yapılması, mezarlıklar gibi konular vakıflar aracılığıyla yapıyordu. YİĞİTGÜDEN Galip, "Türk-İslam Kültüründe Vakıf Kavramı ve Sosyal Yaşantımızdaki Yeri", II. Vakıf Haftası 3-9 Aralık 1984, Ankara, s.14-15. 1856 yılına kadar Osmanlı'da belediye teşkilatı olmadığı ve şehir sakinlerinden vergi alınmadığından belediye hizmetleri vakıflar aracılığıyla yerine getiriliyordu. ÖZTÜRK, Vakıf Müessesesi, s.43.

³⁶ Öztürk'e göre Osmanlı döneminde kurulan vakıf sayısı 35.000'in üzerindedir. 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu'ndan önce kurulmuş bulunan mazbut ve mülhak vakıflara ait arşivdeki vakfiyelerin toplam sayısı 29.000 civarındadır. ÖZTÜRK, Sosyal Siyaset Açısından...,s. 39-40. Altaş'a göre 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu'ndan önce 26.000 vakıf senedi bulunmaktadır. ALTAŞ Hüseyin, 'Türkiye'de 1926-1967 Dönemi Arasında Vakıf Sistemi', Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslar arası Vakıf Sempozyumu, 15-17 Aralık 2003, Ankara 2004, s.88.

³⁷ Eğitim, sosyal güvenlik ve hayır hizmetlerinin önemli bölümünü karşılayan bu müesseseler, kamu gelirlerinin %12'lik bölümünü oluşturmaktaydı. ERKİLET, s.12.

³⁸ ERKİLET, s.10.

olmak üzere vakıfların çeşitlerine göre, kazaskerler, sadrazamlar³⁹, şeyhülislam⁴⁰, bab'üs-saade ve dar'üs-sade ağaları⁴¹, İstanbul kadıları tarafından mütevellilikleri ve nazırlıkları yürütülmüştür. 15. Yüzyılda Harameyn (Mekke ve Medine) vakıfları önem kazandığından kapı ağaları, bab'üs-saade ve dar'üs-sade ağaları nazır sıfatıyla bunların başına getirilmiş, daha sonra Harameyn Evkaf Nezareti kurulmuştur⁴². Daha sonraki yıllarda Evkaf-ı Hümayun Nezareti ihdas edilmiş⁴³, nezareti Darphane-i Amire verilmiştir. Daha sonra tekrar Evkaf-ı Hümayun Nezaretine bırakılmıştır.

Tanzimatla başlayan Meşrutiyetle devam eden sosyal, kültürel, ekonomik bozulma ve değişiklikler vakıf müessesesini de etkilemiş, ıslahı ve yeniden canlandırılması konusunda değişik fikirler ortaya atılmıştır. Tek bir çatı altında merkezleştirilerek idare ve denetimi tek bir makam tarafından

³⁹ II. Murat ve Fatih Sultan Mehmet dönemlerinde kazaskerler tarafından bütün vakıfların denetimini yapılmış, Fatih'in kurduğu vakıflar ise sadrazamlar tarafından nezaret edilmiştir. Yine Fatih, Yavuz ve Kanuni'nin vakıflarının idaresi sadrazamlara verilmiştir. ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 58-59; ÖZTÜRK, Vakıf Müessesesi, s.66; AKGÜNDÜZ, s.360; SALEBCİ Hüseyin, "Tarih Boyunca Vakıflar", II. Vakıf Haftası 3-9 Aralık 1984, Ankara, s.109-110; ERKİLET, s.10.

⁴⁰ II. Bayezid ve I. Ahmed'in vakıflarının idaresi şeyh'ül-islamlara verilmiştir. ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 58-59; ÖZTÜRK, Vakıf Müessesesi, s.66; AKGÜNDÜZ, s.360; SALEBCİ, s.109-110.

⁴¹ Diğer padişahlara ait vakıflarla nesilleri tükenip mütevellilikleri kalmayan, vezir ve devlet büyüklere ait vakıfların müteveli ve nazırlıkları bab'üs-saade ve dar'üs-sade ağaları tarafından yerine getiriliyordu. ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 59.

⁴² 1587 yılında Harameyn Evkaf Nezareti kurularak Dar'üs-sade Ağası Habeşi Mehmet Ağa, padişah fermanı ile nazırlığa tayin edilmiştir. ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 59; ÖZTÜRK, Vakıf Müessesesi, s.67; AKI/DEMİRİLİK, s.65; Harameyn vakıfları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: GÜLER Mustafa, Osmanlı Devletinde Harameyn Vakıfları, İstanbul 2002, s.213 vd.

⁴³ I.Abdülhamid, Hamidiye vakıfları adıyla kurduğu meşhur vakıflarının nezaretini Dar'üs-sade Ağalarına vermiştir. I. Abdülhamid'in kendi vakfı hakkında kurduğu yönetim biçimi daha sonra Evkaf-ı Hümayun Nezareti'nin esasını teşkil etmiştir. ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 59. Aslında Sultan vakıflarının gelirlerini toplamak, korumak, bu vakıflara ait hayır müesseselerindeki görevlilerin maaşları ve işleri ve bu müesseselerin tamir, inşa ve devamlılığını sağlamak amacıyla kurulan Evkaf Nezareti, zamanla genişleyerek mütevellileri bulunmayan veya amacına uygun işletilmeyen vakıfların idaresini de üstlenerek mütevellisi haline gelmiştir. AKGÜNDÜZ, s.362.

yürütülmesi fikri, özellikle de Meşihat'a (Şeyh'ül-İslamîliğe) bağlanması görüşü ağırlık kazanmıştır⁴⁴.

1920'de TBMM kurulup 11 kişilik İcra Vekilleri Heyeti'nde yani Bakanlar Kurulu'nda Şer'îye ve Evkaf Vekaleti'ne yer verilmiş, vakıflar bir bakanlık marifetiyle idare ve denetlenmeye başlanmıştır. 1924 yılında, Şer'îye ve Evkaf Vekaleti kaldırılarak Başbakanlığa bağlı Vakıflar Umum Müdürlüğü kurulmuş, vakıfların idare ve denetimi bu Genel Müdürlüğe verilmiştir.

Cumhuriyetin ilanı ve bazı kanunların kabulü ile birlikte vakıf müessesesinde önemli değişiklikler olmuştur. 1926 yılında Medeni Kanun'un kabulü ve 1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile birlikte vakıfların hukuki rejimi değişmiş, 1926 yılından önce kurulan vakıflara "eski vakıf", bu tarihten itibaren kurulan vakıflara ise "yeni vakıf" tabiri kullanılmaya başlanmıştır⁴⁵.

II) ESKİ VAKIF ÇEŞİTLERİ

Tarihsel açıdan bakıldığında çok sayıda vakıf kurulması bunların tasnifini de zorunlu kılmıştır. Bu açıdan eski vakıfların çeşitli açılardan sınıflandırmaya tabi tutulduğu görülmektedir⁴⁶.

A) Cumhuriyetten Önceki Eski Vakıf Çeşitleri

1926 yılından önce kurulmuş olan eski vakıflar farklı açılardan sınıflandırılmıştır:

1) Menkul ve Gayrimenkul Olmaları Bakımından

Vakıfta ebedilik ve süreklilik esas olduğundan vakfedilen şeyin akar veya akar nevinden olması gerekmektedir. Oysaki menkulün sürekli vakfı mümkün olmadığından menkul malların vakfının caiz olmadığı ileri sürülse

⁴⁴ Bu görüşler için bkz: ÖZTÜRK, Vakıf Müessesesi, s.32 vd ve s.70 vd.

⁴⁵ Bazı yazarlar Medeni Kanunun kabulünden önceki ve sonraki vakıflara "eski vakıflar-vakıflar" ayrımını uygun görürken (VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C.I Cüz 2 Şahsın Hukuku, İstanbul 1960, s.256.), bazı yazarlar da "Medeni Kanundan önceki vakıflar – Medeni Kanun uyarınca kurulan vakıflar" ayrımını yapmaktadırlar (KÖPRÜLÜ Bülent, Medeni Kanun Hükümlerine Göre Vakfın (Tesisin) Meydana Gelebilmesi İçin Mevcudiyeti İktiza Eden Şartlarla Vakıfların (Tesislerin) Nevileri, Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, s.670)..

⁴⁶ Bu konuda Öztürk ile Akı/Demirbilek aynı sınıflandırmayı yaparken Erkilet'in sınıflandırması daha farklıdır. Biz bu çalışmamızda Öztürk ile Akı/Demirbilek'in sınıflandırmasını esas alarak incelemeye çalıştık.

de örf ve adete göre vakfediliyorsa menkul malların da vakfedilmesi kabul edilmiştir⁴⁷.

Vakfedilen esas malın gayrimenkul olması gerekmektedir. Üstelik tesis edilen vakfin sahih olması için mevkufun (vakfedilen şey) vakfedenin malı ve mülkü olması gerekmektedir.

2) Mahiyeti Bakımından

a) Aynı İle İntifa Olunan (Hayri) Vakıflar

Vakıflardan toplumun yararlanması doğrudan olabileceği gibi, dolaylı da olmaktadır. Doğrudan doğruya vakıf gayrimenkullerine “müessesat-ı hayriye”, dolaylı şekilde yararlanılana (geliri ile intifa) da “müsakkafat” veya “müstağallat-ı vakfiye” denilmiştir. Müessesat-ı hayriye, cami, mektep, kütüphane, hastane, yol köprü, çeşme, kabristan gibi herkesin yararlanabileceği tesisler olduğu gibi, toplumun belli kesimlerin yararlanacağı (örneğin aşevleri) tesisler de olabilir. Bu vakıflardan toplum aracısız olarak doğrudan hizmet almıştır⁴⁸. Bunların imarı, inşası ve devamlılığı için ihtiyaç duyulan sermayeyi temine yarayan işhanı, zeytinlik gibi gelirinden istifade olunan vakıflar da bulunmaktadır. Şimdi bunları ele alalım

b) Geliriyle İntifa Olunan Vakıflar

Vakıf müessesesinin ebedilik taşıması ve hizmetlerin sürekliliği sermaye ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu ihtiyacın karşılanması amacıyla gelirinden faydalanılan arazi, bağ, bahçe ve zeytinlik gibi gayrimenkullere müstegillat, işhanı, çarşı ve mesken gibi bina halindeki akarlara müsakkafat denilmiştir⁴⁹.

c) Zürrî Vakıflar

Bu vakıflarda malın bütünü veya bir kısmı sadece dini inanç va hayır amacıyla değil aynı zamanda kendi soyundan gelenlere de bir miktar mal bırakmak veya onların kendilerine miras kalacak malı dağıtmamaları için vakfedenin mülkünü kendi soyundan gelenlere bu amaçla tahsis etmesi söz konusudur. Osmanlılar döneminde rastlanan bu vakıflar, günün şartları içerisinde aileyi birarada tutmayı hedeflemiştir. Nitekim vakfedilen malın

⁴⁷ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.80; AKI/DEMİRBİLEK, s.27.

⁴⁸ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.83; AKI/DEMİRBİLEK, s.27.

⁴⁹ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.83; AKI/DEMİRBİLEK, s.28; AKGÜNDÜZ, s.214.

gelirinin tamamı veya tamamına yakını vakfın evlat ve torunlarına tahsis edilmiştir⁵⁰.

d) Avarız Vakıfları

Bu vakıflar, istenmeyen durumlar ile arzu edilmeyen sıkıntılara karşı bir köy veya mahalle halkının ihtiyacını karşılamak üzere tesis olunmuş vakıflardır. Bu vakıflar herhangi bir hayır sahibi tarafından mahalle veya köyün zenginlerinden para toplanmak suretiyle yardım sandığı şeklinde kurulurlardı. Örneğin bir mahalle veya köyde hastalık sebebiyle çalışamayan veya yedirilip giydirilmesi tedavilerinin karşılanması, gerektiğinde sermaye verilmesi, mahalle veya köyün yol, su gibi hizmetlerinin tamir edilmesi amacıyla din farkı gözetmeksizin faaliyet gösterirlerdi⁵¹.

3) Mülkiyeti Bakımından

a) Sahih Vakıflar

Vakıf tesis edenlerin vakfın devamı ve yaşatılması amacıyla tahsis ettikleri gelir kaynaklarını meydana getiren gayrimenkul, menkul ve nakitlerin mülkiyeti vakfın kendisine ait olan vakıflara sahih vakıf denilmiştir⁵².

b) İrsadi Vakıflar

Mülkiyeti (rakabesi) hazineye ait olan bir mülkün menfaatinin yahut tasarruf hakkının hükümdar veya onun izniyle başkası tarafından belli bir amaca tahsis edilmesine irsadi vakıf denilmiştir. Buna aynı zamanda irsad-ı gayri sahih veya evkaf-ı gayri sahiha da denilmektedir⁵³.

4) Kiraya Verilmesi Bakımından

a) İcare-i Vahideli Vakıflar

Vakıf yönetiminin arazi veya binaları işletebilme durumu söz konusu olduğu halde mütevellinin kira akdine dayanarak vakfı belli bir süre işletmesi durumunda icare-i vahideli vakıf denilir⁵⁴.

b) İcare-i Vahide-i Kademeli Vakıflar

⁵⁰ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.83; AKI/DEMİRBEK, s.28; AKGÜNDÜZ, s.201; ERKİLET, s.22.

⁵¹ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.85-86; AKI/DEMİRBEK, s.29; AKGÜNDÜZ, s.216.

⁵² ÖZTÜRK, Vakıflar, s.87 vd; AKI/DEMİRBEK, s.30; AKGÜNDÜZ, s.216.

⁵³ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.90 vd; AKI/DEMİRBEK, s.30.

⁵⁴ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.104 vd; AKI/DEMİRBEK, s.33 vd; ERKİLET, s.21.

Bu çeşit vakıflar, icare-i vahide ile icar olunmakta iken kira süresi sonunda belli bir ücret ile kiracıları ve bunların vereseleri elinde bırakılan müstegallat-ı mevkufedir. Günümüzdeki finansal kiralamaya benzemektedir⁵⁵.

c) Mukataalı Vakıflar

Mukataa, arsası vakıf ve üzerindeki bina, ağaç gibi sonradan yapılmış şeyler mülk olan ve bu mülk sahibinden alınan yıllık kiradır. Bu vakıflara da mukataalı vakıf denilir⁵⁶.

d) İcareteynli Vakıflar

Vakfa ait arazide bulunan ve tesisatın tamire ihtiyaç duymasına rağmen vakıf yönetimi bunu gerçekleştirecek imkana sahip değilse binaların atıl kalmaması vakfa gelir getirmesi ve tamirinin gerçekleştirilmesi amacıyla peşin bir kira bedeli verilmesi şartıyla vakfa ait binalar kiraya verilebilir. Alınan kiralar ile binaların tamiri sağlanır⁵⁷.

5) İdaresi Bakımından Vakıflar

Bizim konumuzu esas ilgilendiren vakıfları ele alalım. Osmanlı Devletinde Evkaf-ı Hümayun Nezareti kurulmadan önce vakıflar değişik şekillerde idare ediliyordu. Harameyn Nezareti, Vezir Nezareti, Şeyhül İslam Nezareti, Kadı Nezareti gibi nezaretlerin vakıflara müdahale edip etmemesi bakımından vakıflar 4 çeşide ayrılmışlardır:

a) Mazbut Vakıflar

Doğrudan doğruya devlet tarafından idare olunan vakıflardır. Bunlar da kendi aralarında üçe ayrılmışlardır:

aa) Selatin (Sultan) Vakıfları

Bu vakıflar Osmanlı sultanları ve ailelerine aittir. Mütevelliliği saltanat makamına ait olan bu vakıflar, idareleri için Evkaf Nezaretine devredilmişlerdir⁵⁸.

⁵⁵ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.105 vd; AKI/DEMİRBEK, s.34; ERKİLET, s.21.

⁵⁶ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.106-107; AKI/DEMİRBEK, s.34;ERKİLET, s.21.

⁵⁷ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.108 vd; AKI/DEMİRBEK, s.34; ERKİLET, s.22.

⁵⁸ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.93; AKI/DEMİRBEK, s.31;AKGÜNDÜZ, s.287 vd; ERKİLET, s.23.

bb) Mütevellisi Kalmayan Vakıflar

Mütevellisi vakfedenin evlat ve torunlarına bırakılmış olup sonrada bunların munkarız olması halinde Evkaf Nezareti tarafından zaptedilerek idare olunan vakıflardır⁵⁹.

cc) İdaresi Mazbut Olan Vakıflar

Müteveli olarak tayin edilen kimselerin bulunmasına rağmen kendilerine belirli maaş tahsis edilerek vakıf işlerine müdahale ettirilmeyen ve Evkaf Nezareti tarafından idare olunan vakıflardır⁶⁰.

b) Mazbut Olmayan Vakıflar

Bu vakıflar da mülhak ve müstesna olmak üzere ikiye ayrılır:

aa) Mülhak Vakıflar

Mütevellileri tarafından bağımsız bir şekilde idare edilen ancak Evkaf Nezaretinin denetimine tabi olan vakıflardır. Mazbut vakıflar doğrudan hükümetçe idare edildiği halde mülhak vakıfların kendi mütevellilerince idare edilmeleri esastır. Mütevelliler Evkaf Nezaretinin emrinde değildirler⁶¹.

bb) Müstesna Vakıflar

Hükümet ve Evkaf Nezaretinin müdahalesi bulunmayan, kendi mütevellileri tarafından idare olunan vakıflardır. Devlet bu vakıflara ancak kamu velayetine dayanarak genel hükümler çerçevesinde kadılar eliyle bir denetim hakkına sahiptirler. Osmanlı asayiş politikalarının sağlanmasında önem arzemiş olan bu vakıflar eizze vakıfları ve guzat vakıfları olarak faaliyet gösterirlerdi⁶².

cc) Meşruiyet Üzere Tasarruf Olunan Vakıflar

Müstesna vakıflara çok benzemekle birlikte, müstesna vakıflar hükümetin siyasi bakımdan kısmi kontrolünde olmasına rağmen bu vakıflar böyle bir kontrole tabi değillerdi⁶³.

⁵⁹ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.93; AKI/DEMİRBEK, s.31; AKGÜNDÜZ, s.288; ERKİLET, s.23.

⁶⁰ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.93; AKI/DEMİRBEK, s.31; AKGÜNDÜZ, s.288 vd; ERKİLET, s.24.

⁶¹ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.101 vd; AKI/DEMİRBEK, s.32; ERKİLET, s.26.

⁶² ÖZTÜRK, Vakıflar, s.103; AKI/DEMİRBEK, s.32; ERKİLET, s.24.

⁶³ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.104; AKI/DEMİRBEK, s.33.

B) Cumhuriyet Sonrası Eski Vakıfların Durumu

Osmanlı dönemindeki vakıf çeşitlerinden mukataalı, icareteynli, icare-i vahide-i kadimeli vakıflar ile müstesna vakıfları ve bunların türü olan eizze ve guzat vakıfları, Cumhuriyet dönemi ile birlikte kaldırılmış, sadece mazbut ve mülhak vakıflar ile cemaat vakıfları faaliyetlerini devam ettirebilmişlerdir.

1-) Mazbut Vakıflar

1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesine göre, "1926 tarihinden önce vücut bulmuş vakıflardan, Medeni Kanundan önce zabtedilmiş bulunan, bu Kanun'dan önce idaresi zabtedilmiş, mütevelliliği bir makama şart edilmiş, kanunen veya fiilen hayri bir hizmeti kalmamış, mütevelliliği vakfedenlerin fer'ilerinden başkalarına şart edilmiş vakıflar" mazbut vakıf olarak nitelendirilmiş, bunların Vakıflar Genel Müdürlüğüne idare olunacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere o tarihlerde Kanun koyucu, mazbut vakıfların kapsamını geniş tutmuş ve tek bir elden idare etmeyi hedeflemiştir. Bu vakıfların tüzel kişiliklerinin bulunup bulunmadığı hususunda bir açıklık getirilmemiştir.

Pozitif hukukumuzda mazbut vakıflar, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 3. maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır: "Bu Kanun (5737 sayılı Vakıflar Kanunu) uyarınca Genel Müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğüne yönetilen vakıflar"dır. Bu tanımdan hareketle mazbut vakıflar, 1926 tarihli 743 sayılı Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan ve Şer'iyeye ve Evkaf Nezaretine ve daha sonra Vakıflar Genel Müdürlüğüne devredilen, mütevelliliği VGM tarafından yürütülen kendine ait ayrı bir tüzel kişiliği olmayan ve yukarıda 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu'nun saydığı özelliklere sahip vakıflardır.

2- Mülhak Vakıflar

Mülhak vakıflar, 5737 sayılı Kanun'da "Mülga 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıflar olarak tanımlanmaktadır (m.3).

1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 1/8. fıkrasında mülhak vakıflar, mütevelliliği vakfedenlerin fer'ilerine şart edilmiş vakıflar şeklinde tarif edilerek bu vakıfların mütevellileri tarafından idare olunacağı, mütevellilerinin Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün kontrolü altında olduğu, bu vakıfların ayrı tüzel kişiliklerinin bulunduğu (m.6) ifade edilmişti. Mülhak vakıflar, özel durumlarını, menşelerini ve tüzel kişiliklerini muhafaza

ettikleri gibi mütevelliler tarafından idare olundukları yönüyle mazbut vakıflardan farklı olarak devlet ve idare kurumu niteliğinde görülmemiş, yerine getirdikleri faaliyetler bakımından kamuya yararlı kurum sayılsa bile kamu kurumu olarak addedilmemişlerdir⁶⁴.

3- Cemaat ve Esnaf Vakıfları

Cemaat vakıfları 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 3. maddesinde: "Vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıflar olarak tanımlanmıştır. Gerçekten de farklı dini inanışlara sahip gayrimüslim cemaatlerin kurdukları tüzel kişilikler Lozan ile tanınmış ve 1936 yılındaki beyannameleri vakfiye kabul edilerek tüzel kişiliklerini devam ettirmişlerdir.

Esnaf vakıfları da 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 3. maddesinde: "2762 sayılı Vakıflar Kanununun yürürlüğünden önce kurulmuş ve esnafın seçtiği yönetim kurulu tarafından yönetilen vakıflar" olarak tanımlanmıştır. Ancak birkaç tane esnaf vakfı faaliyet göstermektedir.

III) ESKİ VAKIFLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Günümüzde vakıflar, nitelik ve köken itibarıyla özel hukuk tüzel kişisidirler. Medeni Hukuk konuları arasında yer alan Kişiler Hukuku kısmında ele alınmış, yukarıda yer verildiği gibi Türk Medeni Kanunu'nda tanımlanmış ve 3. Bölüm olarak 101-117. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yine 5737 sayılı Vakıflar Kanunu⁶⁵'nin 4. Maddesinde de vakıfların özel hukuk tüzel kişiliğine sahip oldukları ifade edilmiştir.

Bugünkü vakıf müessesesinin, anlayışının, sisteminin oluşmasında ve niteliğinin değişmesinde kısacası hukuki rejimi konusunda 1926 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun ve 1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu önemli rol oynamıştır. 1926 tarihli Medeni Kanunda vakıf müessesesi, 73-81. Maddeleri arasında düzenlenmiş, bu tarihten itibaren kurulan vakıflara "yeni vakıf"⁶⁶, bu tarihten önce kurulanlara ise "eski vakıf" tabiri kullanılmaya başlanmıştır. Yeni vakıfların tanımı, amacı, unsurları, hukuki niteliği ve denetimi gibi bir çok konuda değişiklikler gözlemlenmiştir.

Tarihsel süreçte de ifade edildiği gibi vakıflar, nitelik, köken ve kurulması bakımından bir özel hukuk kişisi olmakla birlikte tarihsel süreçte geçirdiği değişim ve başkalaşımdan dolayı idari bir nitelik almaya başlamış

⁶⁴ ONAR, C.II, s.680; ÖZTÜRK, Vakıflar, s.118.

⁶⁵ R.G: 27.02.2008 Sayı: 26800.

⁶⁶ Hatta bu Kanun'un bazı maddelerinde vakıf yerine "tesis" kavramı kullanılmıştır.

ve devlet örgütü içerisinde yer bulmuştur⁶⁷. Cumhuriyetten önce kurulan özellikle Osmanlı dönemindeki bir çok eski vakıf, kamu tüzel kişiliğine dönüşmüş, bazılarına göre adeta devletleştirilmiş⁶⁸, bazılarına göre de tasfiye edilmiştir⁶⁹. Eski vakıf mallarının önemli bir kısmının sevk ve idaresi Vakıflar Genel Müdürlüğüne, bir kısmı Diyanet İşleri Başkanlığına, bir kısmı da hazineye devredilmiştir. Bu yüzden yeni vakıfların özel hukuk tüzel kişisi olduğu konusunda tereddüt olmasa da eski vakıfların statüsü ve mallarının hukuki niteliği tartışma konusu olmuştur.

Eski vakıflardan mazbut vakıfların hukuki niteliği konusunda doktrin ve yargı kararlarında farklı görüşler söz konusudur. Özellikle malvarlıkları ve bu mallar üzerindeki Vakıflar Genel Müdürlüğünün yetkisi üzerinde başlayan tartışmalar hukuki niteliği üzerinde de yapılmıştır. Özel hukuk tüzel kişisi şeklinde yorumlanabilecek yargı kararlarının yanında⁷⁰, alelade bir özel hukuk tüzel kişisi olmadığı⁷¹ ve kendine özgü bir yapının söz konusu

⁶⁷ ONAR, C.II, s.663 vd. Ayrıca sadeleştirilmiş metin için bkz: ONAR Sıddık Sami, Bayındırlık, Yardım, Belediye (Komün) İşleri ve Bu İşlerdeki Rollerini Bakımından Osmanlı Vakıfları, in ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 314-315.

⁶⁸ ALTAŞ, s.89.

⁶⁹ AKYILDIZ, 2672 sayılı Vakıflar Kanununun eski vakıflar açısından bir tasfiye kanunu olduğunu eski vakıfların sistemin içine alınmadığını ifade etmektedir. AKYILDIZ Ali, İmparatorluktan Günümüze Türk Vakıf Hukuku Gelişmelerine Kamusal Bakış, Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s.983.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, 1969 tarihli bir kararında "...İslam hukukuna göre kurulmuş olan ve varlıkları 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile tanınan vakıfların taşınmaz mallarının bu vakıfların mülkiyetinde olduğu,... vakıf mallarının malikinin hiçbir zaman devlet olmayıp vakıfların kendilerinin olduğu ..." (Anayasa Mah, 04.12.1969 tarih ve E.1969/35, K.1969/70, AMKD, VII, s.455 vd) şeklinde yorum getirirken, Yargıtay 1978 tarihli İçtihadı Birleştirme kararında "... mazbut vakıflar nedeniyle çıkan uyuşmazlıkların tahkim suretiyle değil, genel mahkemelere açılacak dava yoluyla çözümlenmesi gerektiği..." (Yargıtay Birleştirme Büyük Genel Kurulu 06.03.1978 tarih ve E.1978/2, K.1978/2, RG.05.04.1978-16250) şeklindeki kararı mazbut vakıfları bir özel hukuk kişisi olarak görme eğiliminde olduğu şeklinde yorumlanabilir (HATEMİ, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, s.470).

⁷¹ HATEMİ, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, s.470; ÖZTÜRK, Vakıflar, s.101. Hatemi ayrıca 1935 tarihli Vakıflar Kanunu'nundan önceki mazbut vakıflarla Kanun yürürlüğe girdikten sonraki mazbut vakıflar arasında fark olduğunu, Kanun'dan önceki mazbut vakıfların tüzel kişiliği veya fesdiyetinin son bulmadığını, sadece idaresinin zaptolunduğu söylemektedir. HATEMİ, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri. S.435.

olduğu yönünde görüşler de bulunmakta⁷², özellikle kamu hukukçularınca savunulan görüşler⁷³ ve daha sonraki uygulamalar sonucu oluşan yüksek yargı kararları kamu tüzel kişiliği özelliğinin ağır bastığını göstermektedir⁷⁴. Kiralama ve parasal bir takım hususlar dışında gerçekleştirilen bir çok işlem ve faaliyet, idare ve denetimi, organlarının seçimi, mallarının hukuki rejimi itibariyle idare hukuku ve kamu hukuku kurallarına tabi olup uyumsuzlukların idari yargıda görülmesi, bu görüşü kuvvetlendirmektedir. Bu yüzden mazbut vakıfların Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından idare edilen kamu tüzel kişisi olduğu söylenebilir.

Mazbut vakıflarla mülhak vakıflar arasında fark vardır. Mazbut vakıflar doğrudan doğruya VGM tarafından idare edildiği halde mülhak vakıflar kendi mütevellileri tarafından idare edilirler. Mütevelliler VGM tarafından tespit edilmedikleri için vakfeden vakfiyede belirttiği kimseler vakfi yönetir. Bu yüzden mülhak vakıflar, mazbut vakıflardan farklı olarak devlet ve idare müessesesi olarak addedilmemişlerdir⁷⁵. Her ne kadar kamu yararına hizmet eden işler yapsalar da kamu kurumu olarak görülmemiştir⁷⁶. Ancak denetimi VGM tarafından gerçekleştirilmektedir.

Eski vakıflar arasında yer alan vakıflardan cemaat vakıfları⁷⁷ ve esnaf vakıflarının, özellikle de cemaat vakıflarının hukuki statüsü, mallarının hukuki rejimi, mal iktisabı sürekli tartışılmış ve halen de tartışılmaktadır⁷⁸.

⁷² ÖZTÜRK, Vakıflar, s.101; ERGÜN, s.16.

⁷³ ONAR, C.II, 680 vd: GİRİTLİ İsmet, Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli, İstanbul 1983, s.192. Benzer görüşler ve tartışmalar için bkz: ERGÜN, s.30.

⁷⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, "... Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün (VGM) idare ve temsil ettiği vakıflarda bir kül halinde hükmü şahsiyet sayılacağı hükmünün bu vakıfların tüzel kişiliğinin VGM'ne intikal ettiğini, bir kamu kuruluşu olan bu kurumun yaptığı işlemlerinin de idari nitelikte sayılması gerektiği"ne karar vermiştir. UM, 10.03.1980 Tarih ve E.1979/7, K.1980/1, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları (Hukuku-Ceza, 1961-1987), Derleyen: KÖKER İsmet/DİNÇ İlhan, Ankara 1988, s.144 vd.

⁷⁵ ÖZTÜRK, Vakıflar, s.102 vd; ONAR, C.II, s.680; ERGÜN, s.31.

⁷⁶ ONAR, C.II, s.680.

⁷⁷ Cemaat vakıflarına azınlık vakıfları, gayrimüslim vakıflar ve diyani vakıflar da denilmektedir. EKŞİ Nuray, Yargıtay, Danıştay ve AİHM Kararları Işığında Cemaat Vakıflarının Mülkiyet Sorunları, İstanbul 2011, s.8.

⁷⁸ AKYILDIZ, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile cemaat vakıflarına ayrıcalık tanındığını, aynı ayrıcalığın eski Müslüman vakıflarına tanınmadığını, cemaat vakıflarına tüzel kişilik tanınmasının cemaatlere tüzel kişilik tanınmasına yol açacağını ifade etmekte

Esnaf vakıfları, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nda "2762 sayılı Vakıflar Kanununun yürürlüğünden önce kurulmuş ve esnafın seçtiği yönetim kurulu tarafından yönetilen vakıflar" olarak nitelendirilmektedir ve üzerinde çok fazla tartışma bulunmamaktadır. Esnaf vakıfları belirli meslek gruplarına hitap eden vakıflardır. Her birinin ayrı tüzel kişiliği olup kendi seçtikleri yönetim kurulu eliyle yönetilirler. Mülhak vakıflar arasında sayılmalarına rağmen pek gelişmemişlerdir⁷⁹.

Esas tartışma konusu olan vakıflar cemaat vakıflarıdır. Osmanlı Devletinde müslüman olmayan tebaa da vakıflar kurmuş ve hayri, dini, sosyal ve kültürel faaliyetlerini, inanç ve geleneklerine uygun olarak bu vakıflar aracılığıyla yerine getirmişlerdir. Padişah fermanları ile kurulan cemaat vakıfları, 1912 tarihli Eşhas-ı Hükmiyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarruflarına Dair Kanun-u Muvakkat ile kültürel, dini, ilmi ve hayri müesseselerine ve bunlara bağlı cemaat vakıflarına tüzel kişilik verilmiş⁸⁰, bunların doğrudan doğruya mal edinmesine ve daha önce elde ettikleri taşınmaz malların tapu kayıtlarını kendi adlarına tescil etmelerine imkan tanınmıştır⁸¹.

Lozan Barış Antlaşmasıyla cemaat vakıflarının korunması ve varlıklarını sürdürmesi teminat altına alınmıştır. Ancak 1926 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun'la tüm vakıflarda olduğu gibi cemaat vakıfları konusunda da farklı bir sürece girilmiştir. 1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile vakıflar mazbut vakıf ve mülhak vakıf olmak üzere ikiye ayrılmış, cemaatlerce idare olunan vakıfların mütevellileri tarafından yönetilmesi esası benimsenerek bunlara mülhak vakıf tüzel kişiliğine

(AKYILDIZ, İmparatorluktan Günümüze Türk Vakıf Hukuku, s.985.), benzer kaygıları ÖZTÜRK de dile getirmektedir (ÖZTÜRK Nazif, Azınlık Vakıfları, Ankara 2003, s.160-162). Danıştay'ın, "kiliselerin tek başına tüzel kişiliklerinin bulunmadığına dair karar için bkz: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 04.12.2008 tarih ve E.2006/1219, K.2008/2216, Danıştay Bilgi Bankası.

⁷⁹ HATEMİ Hüseyin, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerine Genel Bakış, Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslar arası Vakıf Sempozyumu, 15-17 Aralık 2003, Ankara 2004, s.245; ERGÜN, s.18.

⁸⁰ Cemaat vakıflarının tüzel kişiliğinin ne zaman oluştuğu ile ilgili tartışma ve görüşler için bkz: EKŞİ, s. 36 vd.

⁸¹ ÖZTÜRK, Vakıflar, s. 119-120. EKŞİ, s.30; HATEMİ, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerine Genel Bakış, s.252; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2007/99, K.2008/2201, Danıştay Dergisi, Sayı:121, 2009, s.52; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2006/1219, K.2008/2216, Danıştay Dergisi, Sayı:121, 2009, s.57 vd.

dönüştürülmüştür (m.1/2). Daha önceleri devletin denetim ve gözetimi altında olmayan cemaat vakıfları, VGM'nün denetimine verilmiştir⁸². Cemaat vakıfları, 1936 yılında beyanname vermiş ve bu beyannameleri vakıf senedi yerine geçerek bu tarihe kadar edindikleri mallar, tapuda kendi adlarına tescil edilmiş, 1936 yılından sonra tüzel kişi olarak yeni taşınmaz mal edinmeye başlamışlardır⁸³. 1949 yılında yapılan değişiklikle mütevelliliği vakfedenlerin fer'ilerle şart edilmiş vakıflara mülhak vakıf denileceği ifade edilerek, cemaatlere mahsus vakıfların bunlar tarafından seçilen kişi veya heyetlerce yönetecekleri ilkesi tekrar getirilmiştir. Bugünkü tabloya bakıldığında cemaat vakıflarının kamu tüzel kişisi olmadığı ortadadır. Her ne kadar kamuya yararlı faaliyet gösterse bile kamu kurumu olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Cemaat vakıflarının hukuki niteliği ve sorunları üzerinde durulması ve geniş bir şekilde ele alınması gereken konular⁸⁴ olup biz bu kadarıyla yetiniyoruz.

⁸² HATEMİ, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, s.400 vd.

⁸³ “2762 sayılı Yasa uyarınca verilen beyanname si de bulunmadığına göre cemaat vakfi sayılmasına olanak bulunmayan davacı hakkında cemaat vakıflarına ilişkin mevzuat hükümlerinin zaman içerisinde uygulanmış olmasının davacıya cemaat vakfi statüsünü, dolayısıyla vakıf tüzel kişiliğini kazandıramayacağı kuşkusuzdur” Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 04.12.2008 tarih ve E.2006/1219, K.2008/2216, Danıştay Bilgi Bankası.

⁸⁴ Cemaat vakıflarının en önemli sorunlarından birisi cemaat mensuplarını destekleyecek vakıf kurulup kurulamayacağı sorunudur. 1926 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun'un 74. Maddesine 1967 yılında 903 sayılı kanunla eklenen hükümlerle cemaat mensuplarını desteklemek gayesiyle vakıf kurulmasını yasaklamıştır. Aynı şekilde 2002 tarihli 4721 sayılı Medeni Kanunu'nun 101/III fıkrasında yer almaktadır. Bu durumda cemaat vakıfları, ilgili Kanunun hükümlerine aykırı bir tüzel kişilik oluşturmuyor mu sorusu akla gelebilir. Yukarıda bahsi geçen kanunlarda cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulması yasaklanmıştır. Aynı yasak Müslüman Türk vatandaşlarını da kapsamaktadır. Yoksa gayrimüslim Türk vatandaşlarının vakıf kurmaları yasaklanmış değildir (EKŞİ, s.34). Nitekim cemaat vakıfları, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nda “vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıflar” olarak tanımlanmıştır. Cemaat vakıflarını yabancı tüzel kişilerle veya vakıflarla karıştırmamak gerekir (HATEMİ Hüseyin, “Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış”, in ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s.307; EM Ali, Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, Ankara 2011, s.43.). Bunlar Osmanlı veya daha sonra Türk vatandaşlarının kurduğu vakıflardır. Cemaat

Kısacası, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu eski vakıfları, mazbut vakıf, mülhak vakıf ile cemaatlere ve esnaflara mahsus vakıflar olmak üzere üçe ayırmıştır⁸⁵.

vakıfları ile ilgili diğer bir sorun da taşınmaz mal iktisap edip etmemeleri ile ilgilidir. Ancak 1974 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, “1936 yılındaki vakıf senedi olarak kabul edilen beyannamelerinde taşınmaz mal iktisap etmeleri yazmadığı...” gerekçesiyle taşınmaz mal edinmeyeceklerine karar vermiş (HGK, 08.05.1974 tarih ve E.1971/2-280, K.1974/505, YKD, s.16-18), cemaat vakıfları da 1936-1974 yılları arasında edindikleri taşınmazları iade etmek zorunda kalmışlardır (REYNA Yuda/MORENO ZONANA Ester, Son Yasal Düzenlemelere Göre Cemaat Vakıfları, İstanbul 2003, s.127 vd; YUMUL Arus, Azınlık mı Vatandaş mı, Türkiye’de Çoğunluk ve Azınlık Politikaları: AB Sürecinde Yurttaşlık Tartışmaları, İstanbul 2005, s.92). 2762 sayılı Vakıflar Kanunu’nda 2002 ve 2003 yıllarında önemli değişiklikler yapılmış, 2002 yılında 2762 sayılı Vakıflar Kanunu’nda 4771 sayılı ve 2003 yılında 4778 sayılı Kanunlarla önemli değişiklikler yapılmış, 4771 sayılı Kanuna istinaden Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Bunlar Üzerinde Tasarruflarda Bulunmaları Hakkında Yönetmelik çıkarılmış, bu Yönetmelik kısa bir süre uygulandıktan sonra, 4778 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarruflarda Bulunmaları ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmelik çıkarılarak cemaat vakıflarının tekrar taşınmaz mal edinmelerinin önü açılmıştır. 2008 tarihli 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri ve taşınmaz malları üzerinde tasarruflarda bulunmaları sağlanarak kurallara ve bazı şartlara bağlanmıştır. Ancak bütün bunlara rağmen tartışmalar devam etmektedir. Öte yandan SAKMAR, cemaat vakıflarına tanınan taşınmaz mal edinmesinin izne bağlı olmasını eleştirmektedir (SAKMAR Ata, Cemaat Vakıflarıyla İlgili Hukuki Düzenlemeler, Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslar arası Vakıf Sempozyumu, 15-17 Aralık 2003, Ankara 2004, s.116-117) Benzer görüşler için bkz: TARHANLI Turgut, Cemaat Vakıfları Bugünkü Sorunları ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2002, s.37. Başka sorunlar için bkz: REYNA/MORENO ZONANA, s149 vd; REYNA Yuda/Şen Yusuf, Cemaat Vakıfları ve Sorunları, İstanbul 1994, s. 21 vd: Türk vakıflarının yabancı vakıflarla ilişkileri konusunda eleştirirler için bkz: ŞANLI Cemal, Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslar arası Vakıf Sempozyumu Açılış Konuşması, 15-17 Aralık 2003, Ankara 2004, s. 141-142. Yapılması gereken konularda öneriler için bkz: HATEMİ, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerine Genel Bakış, s.252 vd.

⁸⁵ Danıştay, 1936 yılında verdiği beyannameden sonra kesintisiz olarak faaliyetlerine devam eden davacı vakfın mazbut vakıflar arasında sayılamayacağına karar vermiştir. Danıştay 10. Daire, 21.06.2005 tarih ve E.2004/8356, K.2005/3544, Danıştay Dergisi, Sayı: 111, 2006, s. 287; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2007/99, K.2008/2201, Danıştay Dergisi, Sayı:121, 2009, s.51.

IV) ESKİ VAKIFLARIN UNSURLARI

Eski ve yeni hukukumuzda bir vakfın kurulabilmesi için çeşitli şartlar aranmıştır. Bunların bir kısmı aynı olabileceği gibi bir takım farklılıkların da olması gayet tabiidir. Konumuz itibarıyla eski vakıfları incelediğimizden eski hukukumuzda bir vakfın varolabilmesi için gerekli şartları ele alıp günümüz hukukunda benzer ve farklı yönlerini kısaca zikredeceğiz. Eski hukukumuzda bir vakfın kurulabilmesi için;

A) Vakfeden Bir Kişinin Bulunması

Bir vakfeden olması ve bu vakfeden kişinin akıl-baliğ ve reşit olması gerekmektedir. Günümüz hukukunda da fiil ehliyetine sahip gerçek kişiler vakıf kurabilirler, ayrıca tüzel kişiler de vakıf kurabilirler.

B) Vakfetme İradesinin Bulunması

Vakfeden tek taraflı irade beyanı ile hukuki muamele⁸⁶ çerçevesinde kendine ait mal veya mameleki belli bir gayeye tahsis etmekte, böylece temlik ve temellükten men etmek suretiyle tek yönlü irade beyanı ile vakfın kurulmasını sağlamaktadır. Vakfeden mallarını sağlığında vakfedebileceği gibi ölüme bağlı tasarruf şeklinde de vakfedebilir. Günümüz hukukunda da aynı hükümler geçerlidir.

C) Vakfın Amacının Olması

Vakfın belli bir amacının bulunması gerekir. Bu amaç, eski vakıflarda genel olarak Allah'a kurbet (yakınlaşma, O'nun rızasını kazanma) amacıyla yapıldı. Bunun yanında vakıfların asıl gayelerini gerçekleştirmek için gelir getirici ve ekonomik amaçla da kurulabilirdi. Ayrıca malların ne için ve kimlere sarfedileceği açıkça zikredilirdi. Günümüz hukukunda bu amacın ne olduğu kanunlarda açıklanmamaktadır. Sadece amacın Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı olmayacağı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı ifade edilmektedir (T.Medeni K. m.101/3).

D) Malvarlığı Tahsisi

Bir vakfın kurulabilmesi için gayeye tahsis edilmiş bir malvarlığının olması gerekir. Çünkü vakıflar, kişilerin yeterli mal ve hakları belirli bir amaca özgülemeleri ile oluşan mal topluluklarıdır. Bu yüzden bir vakfın

⁸⁶ Vakıf kurma işleminin akit olduğunu savunanlar olduğu gibi genel olarak hukuki muamele olarak kabul edilmiştir. HATEMİ, Vakıf Kurma Muamelesi, AKGÜNDÜZ, s.79 vd; ERKİLET, s.29.

meydana gelebilmesi için belli bir amaca bir mal tahsisi yapılması şarttır⁸⁷. Bu tahsisin ebedi ve sürekli bir şekilde olması gerekir.

E) Vakıf Senedi

Vakfın gayesini açıklayan bir senedinin bulunması gerekir. Eski vakıflarda özellikle hükümdar ve devlet büyüklerinin kurduğu vakıflarda bu mümkün iken bütün vakıflarda bu mümkün olmamıştır. Mülhak ve cemaat vakıflarında 1936 tarihli beyannameleri, vakıf senedi yerine geçerli kabul edilmiştir. Günümüz hukukunda vakıf senedinin olması ve bu senette amaç, uzuvlar, mallar ve haklar, teşkilat ve isminin yazılması gerekir.

F) Vakfın Organlarının Olması

Vakıf işlerini yürütmek üzere bir organ bulunması gerekir. Mazbut vakıfları Osmanlı Devletinde farklı kamu makamları idare etmiştir. 1926'dan sonra Vakıflar Genel Müdürlüğü bu görevi yürütmüştür. Mülhak ve cemaat vakıflarında ise mütevelliler idare etmiş, Vakıflar Genel Müdürlüğü denetleyen bir organ olmuştur.

V) ESKİ VAKIF MALLARININ HUKUKİ REJİMİ

Osmanlı Devletinde kamu malları rejimi 1858 tarihli Arazi-i Kanunname-i Humayun ile düzenlenmişti⁸⁸. Bu düzenlemeye göre kamu malları 6 gruba ayrılmıştır. Bunlardan dördüncüsü de Arazi-i Mevkufe⁸⁹ (vakıf malları) dir. Devlete ait mallar ile hükümdarın özel mal varlığı için ayrı kategoriler oluşturulmuştur⁹⁰. Halkın ortak yararlandığı mallar devletin ve başında bulunanların özel mülkiyetinde sayılmamış ve bu mallardan yararlanma imkanlarını belirleyen çeşitli kategoriler düzenlenmiştir.

Günümüzde kamu malları denilince genel olarak “bir malın kamu tüzel kişisine ait olması ve o malın kamunun ortak kullanımına, yararlanmasına ya da bir kamu hizmetine tahsis edilmesi” şeklinde bir tanımlama yapılmakta⁹¹

⁸⁷ DOĞAN Murat, Vakıflarda Mal Varlığı, Ankara 2000, s.7; ERKİLET s.31.

⁸⁸ ONAR, C.II, s.1289 vd; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, Bursa 2010, s.825; AKGÜNER Tayfun/GİRİTLİ İsmet, İdare Hukuku, İstanbul 2010, s.804.

⁸⁹ ONAR, C.II, s.1293.

⁹⁰ GÜLAN, s.72.

⁹¹ Tanımlar ve kamu mallarının genel özellikleri için bkz: TAN Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2011, s.546 vd; GÖZLER, s.824; AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 2010, s.534; GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN

ve yine genel olarak tahsis amaçlarına göre (sahipsiz mallar-orta malları-hizmet malları) şeklinde bir sınıflandırma yapılmaktadır. Eski vakıf mallarının bu sınıflandırmada nerede yer alacağına dair bir görüş birliği yoktur. Çünkü vakıf mallarının hepsinin kamu malı olup olmadığı da belli değildir. Bazı yazarlar, içinde vakıf eserlerinin de olduğu eski eserleri genel olarak ele almış, eski eserlerin bazen orta malı, bazen hizmet malı, bazen de sahipsiz mal kategorisine girebileceğini ifade etmişlerdir⁹². Bazı yazarlar da, eski vakıf mallarını kategorik olarak ele alarak mazbut vakıfların mallarının kamu malı niteliğinde olduğunu, diğer mülhak ve cemaat vakıflarının mallarının ise kamu malı olarak nitelendirilemeyeceğini söylemektedirler⁹³.

Bir malı kamu malı olarak nitelendirmenin pratik bir takım sonuçları bulunmaktadır. Çünkü bir malın kamu malı olarak kabul edilmesi halinde kamu mallarının tabi olduğu hukuki rejime tabi olacak, hak ve ayrıcalıklarından yararlanacaktır. Nitekim 5737 sayılı Vakıflar Kanunu mazbut vakıfların mallarının devlet (kamu) malı statüsünde olduğunu ve kamu mallarının tabi olduğu bir takım hak ve ayrıcalıklarından yararlanacağını 77. maddede beyan etmiştir. Ancak aynı ayrıcalık mülhak ve cemaat vakıflarının malları için geçerli değildir.

VI) ESKİ VAKIF MALLARININ VERGİ RESİM VE HARÇTAN MUAF OLUP OLMADIĞI

Biraz önce açıklamaya çalıştığımız üzere eski vakıflar ile mallarının hukuki statüleri aynı değildir.

A) Mazbut Vakıfların ve Mallarının Değişik Vergiler Açısından Mükellefiyet Durumu

Mazbut vakıflar hukuki niteliği itibariyle kamu tüzel kişiliği olarak kabul edildiğinden malları da kamu malı ayrıcalıklarından yararlanmaktadır. Nitekim 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 77. maddesinde "Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmazlar Devlet malı imtiyazından yararlanır, haczedilemez, rehnedilemezler. Tüm iş ve işlemleri, her türlü vergi, resim, harç ve katılım payından istisnadır" denilerek mazbut vakıflar, her türlü vergi, resim, harç ve katılım payından muaf tutulmuştur. Ayrıca bazı vergi kanunlarında mazbut vakıflar, vergiden muaf tutulmuştur.

Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2011, s.1076 vd; NOHUTÇU Ahmet, İdare Hukuku, 2011, s.466.

⁹² DÜREN Akın, İdare Malları, Ankara 1975, s.125 vd.

⁹³ ONAR, C.II, s.663 vd; GİRİTLİ, s.192 vd.

1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nun 4/a maddesine göre, mazbut vakıflar emlak vergisinden muaf tutulmuştur. Ancak emlak vergisi muafiyetinin tanınabilmesi için binaların mazbut vakıflara ait olması gerekir. Bu binaların kiraya verilmesi muafiyete engel değildir. Mazbut vakfa ait bina kiraya veriliyorsa emlak vergisi muafiyeti devam edecektir⁹⁴. Binaların emlak vergisinden muaf olduğuna dair bir düzenleme varken arazi vergisine tabi olup olmadığı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Dava konusu olan bir olayda Danıştay "... adı geçen Yasanın 4/a maddesinde bina vergisinden muaf olduğu açıklanan mazbut vakıfların, 14/a maddesinde mazbut vakıf ibaresine yer verilmemesi sebebiyle arazi vergisine tabi tutulacağı ... şeklinde yorumlanamayacağı, Kanun koyucunun mazbut vakıflara ait binaları vergiden muaf tutarken aynı vakıflara ait arazilere muafiyet tanımak istemiyeceğini kabul etmenin yasanın özüne aykırılık teşkil edeceğine" karar vermiştir⁹⁵.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 14/6 maddesine göre genel ve katma bütçeli kuruluşlar her türlü ilan ve Reklam vergisinden muaf tutulmuştur. Aynı Kanunu'nun 36/1 maddesine göre kazanç amacı gütmemek şartıyla işletilen kurumlardan, dini hizmetlerin ifasına mahsus ve umuma açık bulunan cami, mescit, kilise ve havra gibi ibadethaneler elektrik ve havagazı tüketim vergisinden muaf tutulmuşlardır. Yine aynı Kanunun mükerrer 44/2 maddesinde genel ve katma bütçeli kuruluşlar çevre temizlik vergisinden muaftır.

Gelir vergisi, gerçek kişiler tarafından verilen bir vergi olduğu ve vakıfların tümü tüzel kişi olduğu için mazbut vakıflar da bu vergiden muaftır.

Kurumlar vergisi açısından ele alındığında mazbut vakıflarla ilgili Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK)'nda açık bir düzenlemeye gidilmemiştir. İlgili Kanununun 1. maddesinde kurumlar vergisine tabi olan kurumlar sayılmış, bunlar arasında mazbut vakıflar yer almadığı gibi muafiyet tanınan kurumlar arasında da yer almaktadır. Kanun'un 1/ç maddesinde vakıflara ait iktisadi işletmelerden bahsedilmekte, 2/5 maddesinde de bunlar açıklanmaktadır. Burada mazbut vakıfların mükellef olduğu veya olmadığı ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.

Mazbut vakıfların bir kamu tüzel kişiliği olduğu noktasından hareket ederek Kanununun 2/2 maddesinde yer alan iktisadi kamu kuruluşları kapsamında kurumlar vergisine tabi olup olmadığına ise olumlu cevap

⁹⁴ ERKİLET, s.414.

⁹⁵ Danıştay 9. Dairesi, 25.12.1985 gün ve E.1983/3888, K.1985/1896.

vermek mümkün değildir. Çünkü mazbut vakıfların tüzel kişiliği ile mündemiç Vakıflar Genel Müdürlüğü, iktisadi bir kamu kurumu olmayıp idari bir kamu kurumudur. Dolayısıyla mazbut vakıflar, KVK'nun mükellefleri arasında yer almamaktadır.

Mazbut vakıflara gelir sağlayan işletmelerin kurumlar vergisine tabi olup olamayacağı sorusu akla gelebilir. Bu konuda çok fazla yargı kararına rastlanılmamıştır. Danıştay'ın konuyla ilgili bir kararında, “mazbut vakıfların kira ödemeleri dolayısıyla vergi tarh ve tahakkuk ettirilemeyeceğine”⁹⁶ hükmetmiştir.

Kamu tüzel kişiliğine sahip Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından temsil ve idare edilen mazbut vakıflar, veraset ve intikal vergisi açısından Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu (VİVK)'nin 3/a maddesinde öngörülen amme idareleri kapsamında değerlendirilmelidir. Vakıflara yapılacak gayrimenkul bağışlarında da veraset ve intikal vergisi ödenmeyecektir.

Mazbut vakıflar, katma değer vergisi bakımından vergi mükellefi olup olmadığı konusunda Katma Değer Vergisi Kanunu (KDVK)'nda açık bir düzenleme yoktur. İlgili Kanun'un 17/1-2 maddelerinde ilgili istisnalar düzenlenmiştir. İstisnalarla ilgili 17. maddenin 1. fıkrasında sayılan kuruluşların belirli faaliyetleri ve teslimleri vergiden istisna edilmiştir. Bu kurum ve kuruluşlar arasında genel ve katma bütçeli kuruluşlar da bulunmaktadır. Bu bağlamda Vakıflar Genel Müdürlüğü, genel ve katma bütçeli bir kuruluş olduğundan bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ayrıca vergiden istisna edilen faaliyet konuları da 17/1-a ve b bentlerinde belirtilmiştir. Bu alanda faaliyet gösteren vakıflarda vergi mükellefi olmayacaklardır.

Mazbut vakıflar çeşitli harçlardan da muaftır. Zaten Vakıflar Kanunu'nun 77. maddesinde bu muafiyet zikredilmiştir. Tapu harçları açısından Harçlar Kanunu'nun 59. maddesinde genel ve özel bütçeli idarelerle Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıfların iktisap edecekleri gayrimenkullerin ve sair aynı hakların tescilleri ve şerhi gerektiren işlemleri tapu harçlarından müstesna tutulmuştur⁹⁷. Ayrıca Belediye Gelirleri Kanunu (BGK)'nin bina inşaat harçlarında muafiyetleri düzenleyen Ek-2. maddesinde inşaat giderleri genel ve katma bütçeler ile il

⁹⁶ “Mazbut vakıflara ait taşınmazların kiralanması dolayısıyla 1.1.2004 tarihinden önceki dönemlere ilişkin olarak yapılan kira ödemeleri üzerinden, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren gelir (stopaj) vergisi tarhiyatı yapılmaz.” Danıştay 3. Dairesi, 28.12.2006 tarih ve E.2006/1712, K.2006/3659, Danıştay Bilgi Bankası.

⁹⁷ ERKİLET, s.451.

özel idareleri ve belediye bütçelerinden karşılanan her türlü binalar bina inşaat harcından muaf tutulmuştur. Dolayısıyla mazbut vakıflar bina inşaat harcından muaftır.

Ancak yargı harçları, noter harçları, ruhsat harcı gibi harçlar için Harçlar Kanunu'nda herhangi bir muafiyet öngörülmemiştir. Bu durumda 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun genel hükümlerine göre işlem yapılması gerekecektir.

B) Mülhak Vakıfların ve Mallarının Değişik Vergiler Açısından Mükellefiyet Durumu

Mülhak vakıflar, ayrı tüzel kişiliği bulunduğu, kendi müteveli heyetleri tarafından idare edildiği, kamu tüzel kişiliğine sahip olmadıkları için mazbut vakıflarda olduğu gibi bir vergi muafiyeti, Vakıflar Kanunu'nda açıkça belirtilmemiştir. Ancak bu vakıflara kanun koyucu tarafından özel vergi kanunlarında muafiyet tanınabileceği gibi, şartlarını sağlamak kaydıyla Bakanlar Kurulu tarafından da vergi muafiyeti tanınabilir.

Türk Medeni Kanunu'na Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü'nün 37/1 maddesine göre Bakanlar Kurulunca, gelirlerinin en az %80'ini, nevi itibariyle genel, özel ve katma bütçeli idareler bütçeleri içinde yer alan bir hizmet veya hizmetlerin yerine getirilmesini istihdaf etmek üzere tahsisan kurulacağı kabul edilen vakıflara, bunlara tahsis edilen miktar için vergi muafılığı tanınabilir. Ayrıca vakfın muafiyetten yararlanabilmesi için belli miktarda bir mal varlığı ve gelire sahip olması gerekir⁹⁸. Bağışlar dışında yıllık geliri 3 milyon lirayı bulmayan ve mal varlığı 30 milyon liradan az olan vakıflara, vergi muafılığı tanınmaz. Bu miktarlar Bakanlar Kurulunca arttırılabilir.

Çeşitli vergiler açısından ele aldığımızda gelir vergisi açısından mülhak vakıflar, mükellef değildir. Kurumlar vergisi açısından olaya bakıldığında ise, mülhak vakıfların kendileri vergi mükellefi olmamakla birlikte bu vakıfların iktisadi işletmeleri varsa bu işletmeler vergi mükellefidir (KVK m.5). İktisadi işletme mülhak vakıf içinde ve vakfa bağlı ise kurumlar vergisine tabi olacaktır. Örneğin mülhak vakfa bağlı bir okul veya bir sosyal tesis varsa kurumlar vergisine tabi olacaktır. Kamu idare ve müesseseleri tarafından okul, aşhane, öğrenci yurdu, kütüphane, kitap, gazete ve mecmua yayınevleri vb. işletmeler kurumlar vergisi kapsamı dışındadır (KVK m.7/3-4-5).

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: DOĞAN, s.199 vd; ERKİLET, s.214 vd.

Mülhak vakıflara ait binaların emlak vergisinden muaf tutulacağına dair bir hüküm bulunmadığından bu vakıflara ait binalar vergiye tabi tutulacaktır⁹⁹. Keza arazi vergisi için de aynı durum sözkonusudur.

Veraset ve İntikal Kanunu hükümlerinde mülhak vakıflarla ilgili bir muafiyet açıkça zikredilmemektedir. Ancak ilgili Kanun'un 3/a maddesinde muafiyet tanınacak müesseseler arasında "umumi menfaate hizmet eden cemiyetler" yer almaktadır. Mülhak vakıflar da bu kategoride değerlendirilebilir.

Tüketim vergisi olarak Belediye Gelirleri Kanunu'nun 36/1 maddesine göre kazanç amacı gütmemek şartıyla işletilen kurumlardan, dini hizmetlerin ifasına mahsus ve umuma açık bulunan cami, mescit, kilise ve havra gibi ibadethaneler elektrik ve havagazı tüketim vergisinden muaf tutulmuşlardır. Bu şekilde faaliyet gösteren mülhak vakıflar istisna hükümlerinden yararlanabilir.

KDV açısından baktığımızda KDVK'nun 17. maddesinde muafiyet uygulanacak müessese ve faaliyetler sıralanmıştır. Kamuya yararlı dernekler statüsünde ve eğitim-kültür ve sosyal amaçlı faaliyet kapsamında olan vakıflar bu muafiyetten yararlanabilmektedir.

Harçlar açısından Harçlar Kanunu'nda açıkça bir muafiyet söz konusu değildir. Ancak 59/b maddesine göre kamu menfaatlerine yararlı dernekler ile Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıfların iktisap edecekleri gayrimenkullerin ve sair aynı hakların tescilleri ve şerhi gerektiren işlemleriyle bu dernek ve vakıflara ait tesislerin ve bu tesislerin sonradan iktisap edecekleri gayrimenkullerin ve sair aynı hakların tescilleri ve şerhi gerektiren işlemleri ve bunların terkinleri her türlü harçtan muaf tutulmuştur. Mülhak vakıflarda kamuya yararlı dernek kategorisinde mütalaa edilebilir. Ayrıca bina inşaat harcından hastane ve sağlık kuruluşları ile dini hizmetlerin ifasına mahsus ve umuma açık ibadethaneler ve bunların müştemilatı yararlanmaktadır. Bunun dışındaki harçlardan yararlanma imkanı bulunmamaktadır.

C) Cemaat Vakıflarının ve Mallarının Çeşitli Vergiler Açısından Mükellefiyet Durumu

Eski vakıflardan cemaat ve esnaf vakıfları genellikle beraber zikredilmektedir. Ancak esnaf vakıfları sayı ve etkinlik açısından çok az olduğu için sadece cemaat vakıfları ile ilgili muafiyetleri inceleyeceğiz.

⁹⁹ ERKİLET, s.414.

Cemaat vakıfları genel olarak mülhak vakıfların statüsü ile büyük benzerlikler içermektedir. Cemaat vakıfları da bir kamu tüzel kişisi olmayıp mazbut vakıflara sağlanan imkanlardan yararlanamamaktadırlar. Hatta mülhak vakıflara sağlanan Bakanlar Kurulu kararıyla vergi muafiyetinden yararlanma imkanları cemaat vakıflarına verilmemektedir¹⁰⁰. Bu açıdan cemaat vakıflarına tanınan muafiyetler daha sınırlıdır.

Cemaat vakıfları gelir vergisi açısından vergi mükellefi değildir. Kurumlar vergisi açısından cemaat vakıfları KVK’nda zikredilmektedir. KVK’nun 1/ç maddesinde vakıflara ait iktisadi işletmelerin kurumlar vergisine tabi olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca 2/5 maddesinde cemaatlerin vakıf sayılacağı zikredilmektedir. Bu durumda cemaat vakfının kendisi değil iktisadi işletmeleri kurumlar vergisine tabidir. Cemaat vakıflarına ait işletmelerin kurumlar vergisine tabi tutulabilmesi için ticari, zirai ve sınai işletmenin mevcut olması¹⁰¹ ve süreklilik arz etmesi gerekmektedir¹⁰². Cemaat vakıflarının kurum kazancını oluşturan gelir türlerini elde etmesi halinde bu gelir unsurlarının toplamı vergiye tabi tutulmamıştır. Sadece ticari, zirai ve sınai faaliyeti niteliğindeki işletmeler vakfa bağlı işletme kabul edilmiştir¹⁰³. İktisadi işletme vakfın içinde ise ve vakfa bağlı ise kurumlar vergisine tabi olacaktır. Örneğin cemaat vakfına bağlı bir hastane, okul, sosyal tesis bu yönüyle iktisadi işletme kabul edilmekte ve kurumlar vergisine tabi tutulmaktadır¹⁰⁴. Cemaat vakfının menkul sermaye iradı, gayrimenkul sermaye iradı, ücret ve serbest meslek kazancı ile arazi kazanç türlerinin bir veya bir kaçını elde etmesi halinde bu kazançlar kurumlar vergisine tabi değildir.

Emlak Vergisi Kanunu’nun 4/f maddesine göre kazanç gayesi olmamak şartıyla işletilen hastane, düşünler evi gibi tesislerle, 4/g maddesine göre dini hizmetlerin ifasına mahsus ve umuma açık ibadethaneler bina vergisinden muafır. Bunlar dışında cemaat vakfının kendi ihtiyacına tahsis ettiği binalar, bina vergisine tabidir. Ayrıca aynı Kanunun 4/r maddesine göre karşılıklı olmak kaydıyla uluslar arası anlaşmalar hükümlerine göre azınlık sayılan cemaatlere ait özel okul binaları bina vergisinden muafır¹⁰⁵.

¹⁰⁰ REYNA/MORENO ZONANA, s.217 vd.

¹⁰¹ ERKİLET, s.149.

¹⁰² REYNA/MORENO ZONANA, s.216 vd.

¹⁰³ ERKİLET, s.149.

¹⁰⁴ REYNA/MORENO ZONANA, s.216.

¹⁰⁵ REYNA/MORENO ZONANA, s.217.

Bina vergisi dışında cemaat vakıflarına mahsus arazi vergisi muafiyeti bulunmamaktadır. Ayrıca Belediye Gelirleri Kanunu'na göre dini hizmetlere ait umuma açık ibadethaneler çevre temizlik vergisinden muafır.

Belediye Gelirleri Kanunu'nun 36/2 maddesine göre dini hizmetlerin ifasına mahsus ve umuma açık olan cami, kilise ve havra gibi ibadethanelerde tüketilen elektrik ve havagazı tüketim vergisinden muafır.

Veraset ve İntikal Kanunu hükümlerinde cemaat vakıflarıyla ilgili bir muafiyet açıkça zikredilmemektedir. Ancak ilgili Kanun'un 3/a maddesinde muafiyet tanınacak müesseseler arasında "umumi menfaate hizmet eden cemiyetler" yer almaktadır. Ayrıca 3/b maddesine göre umumun istifadesi için ilim, araştırma, kültür, sanat, sıhhat, eğitim, din, hayır, imar, spor gibi maksatlarla kurulan teşekküller bu vergiden muafır. Bu maddeye göre, eğitim, din, hayır ve sıhhat gibi işlerle meşgul olan cemaat vakıflarına herhangi bir surette bedelsiz olarak intikal eden mallar ve bağışlar bu vergiden muaf olmalıdır.

Harçlar Kanunu'nda cemaat vakıfları ile ilgili açıkça bir muafiyet söz konusu değildir. Ancak 59/b maddesine göre kamu menfaatlerine yararlı dernekler ile Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıfların iktisap edecekleri gayrimenkullerin ve sair aynı hakların tescilleri ve şerhi gerektiren işlemleriyle bu dernek ve vakıflara ait tesislerin ve bu tesislerin sonradan iktisap edecekleri gayrimenkullerin ve sair aynı hakların tescilleri ve şerhi gerektiren işlemleri ve bunların terkinleri her türlü harçtan muaf tutulmuştur. Cemaat vakıfları da aynı mülhak vakıflar gibi kamuya yararlı dernek kategorisinde mütalaa edilebilir. Ayrıca bina inşaat harcından hastane ve sağlık kuruluşları ile dini hizmetlerin ifasına mahsus ve umuma açık ibadethaneler ve bunların müstemilatı yararlanmaktadır. Bunun dışındaki harçlardan yararlanma imkanı bulunmamaktadır.

SONUÇ

Cumhuriyetten önce kurulan özellikle Osmanlı dönemindeki bir çok eski vakıf, 1926 tarihli Medeni Kanunun yürürlüğe girmesiyle mazbut vakıflar adı altında Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün sevk ve idaresi altında kamu tüzel kişiliğine dönüşmüş, bazıları ise mülhak vakıf olarak kamu tüzel kişiliği vasfı olmadan Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün vesayeti altında faaliyetlerini yürütmüşlerdir. Önceleri mülhak vakıflar arasında sayılan cemaat vakıfları, daha sonra ayrı bir statü olarak hukuk sistemimiz içerisinde yerini almıştır. Sahip oldukları statü ve mallarının hukuki rejimi açısından farklılıklar bulunan bu vakıfların ayrı ayrı incelenmesi ve mevcut sorunlarının çözümü konusunda daha detaylı çalışma yapılması gereği ortadadır. Biz bu çalışmamızda eski vakıfların kısaca hukuki niteliği ve bu

vakıfların mallarının çeşitli vergi, resim ve harçlar karşısındaki durumlarını, muaf olup olmadıklarını ve farklılıklarını ortaya koymaya çalıştık.

Mazbut vakıfların kamu tüzel kişiliği vasfı dolayısıyla bir takım kamu ayrıcalıklarından yararlanmakta ve malları da kamu mallarının tabi olduğu hukuki rejime tabi olduğundan bu hak ve ayrıcalıklarından yararlanmaktadır. Ancak aynı ayrıcalık mülhak ve cemaat vakıflarının kendileri ve malları için geçerli değildir. Vergi, resim ve harçlar karşısındaki durumu da bunu teyit etmektedir.

1926 yılından sonra kurulan yeni vakıflar ise özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edildiği ve özel hukukun kapsamına girdiği için incelememiz dışında tutulmuştur.

YENİ DEVLET MEMURLARI KANUNU DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE “MEMUR ÖZLÜK SİSTEMİNDE İDARİ BAŞVURULAR”

*Arş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER**

GİRİŞ

Memur olarak kabul edilen kişilerin kanunlarla belirlenmiş şartlar altında sahip oldukları haklara ‘özlük hakkı’ denilmektedir. Devlet memurlarının özlük haklarını düzenleyen genel kanun 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunudur. Kanun devlet memurlarının hizmet şartlarını, niteliklerini, atanma ve yetiştirilmelerini, ilerleme ve yükselmelerini, ödev, hak, yüküm ve sorumluluklarını, aylıklarını ve ödeneklerini ve diğer özlük işlerini düzenleme amacı ile çıkarılmıştır (DMK md. 2). Çok sayıda kanunda değişiklik yapılmasına ilişkin hükümler içermesi sebebi ile gündemde torba yasa olarak adlandırılan 6111 sayılı ‘Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’ ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda da birçok önemli değişiklik yapılmıştır.

657 sayılı Kanunun kapsamı altındaki personelin yine kanun tarafından kendilerine sağlanan haklardan yararlanabilmeleri için kanunda öngörülen gerekli başvuruları ilgili makamlara yapmaları gerekmektedir. Bu başvuruların niteliğinin bilinmesi, başvuruların doğurduğu sonuçları tespit edilebilmek açısından oldukça önemli bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızın amacı en kısa şekli ile idari makamlara yapılan başvurular olarak tanımlanabilecek idari başvuru¹ kavramının Devlet Memurları Kanununun öngördüğü özlük sistemi açısından uygulamasını tespit edebilmektir.

Bu amaçla çalışmamızda son yapılan yasal değişikliklerle beraber Devlet Memurları Kanunu özlük sistemindeki idari başvuruların yeri, esasları ve sonuçları incelenecektir.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Eroğlu, Hamza, **İdare Hukuku**, Ankara 1984, s. 332; Sezer, Yasin / Bilgin, Hüseyin, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, **AÜHFĐ**, Yıl 2008, C. 57, S. 4, s. 340.

I. GENEL OLARAK

“Kişilerin menfaatleri bulunan ve idari işlev kapsamına giren konularda, kamusal makamlara yaptıkları başvuruların tümü ile kamu yararını korumak amacı ile yetki verilen kamu görevlilerinin veya kamu tüzel kişilerinin, diğer idari makamların yaptığı idari işlemlerin iptali, değiştirilmesi veya geri alınması gibi nedenlerle, yine yasaların gösterdiği idari işleve sahip makamlara yaptıkları İdare Hukukuna ilişkin başvurular”² şeklinde en geniş hali ile tanımlanabilecek idari başvuru kavramı gerek başvurunun yapılacağı makamın bilinmesi gerekse de başvurunun ifade edeceği anlam açısından oldukça önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu sonuçlar ise idari başvurunun türüne göre değişmektedir. Bu sebeple idari başvuru olarak kabul edilecek durumları tespit ederek idari başvuru türlerine ve buna bağlı doğan sonuçlara genel olarak bakmak da fayda bulunmaktadır. Geniş kapsamlı olarak yapılan bu tanıma göre bir başvurunun idari başvuru olarak kabul edilebilmesi için şu unsurları taşıması gerekmektedir:

- Başvuruyu menfaati bulunan kişiler ve kamu yararını korumak amacı ile yetkilendirilen kamu görevlilerinin yapması,
- Başvuruda bulunan kişinin başvuruyu yapmakta bir menfaati bulunması,
- Başvurunun kanunun göstermiş olduğu ve idari fonksiyona sahip makamlarca yapılmış olması ve
- Yapılan başvuruların İdare Hukukuna ilişkin bir konu ile ilgili olarak yapılması gerekmektedir.

İdari başvurular çeşitli açılardan bir takım sınıflandırmalara tabi tutulmakta ve her bir sınıflandırma kendine has bir takım özellikler taşımaktadır. İlk olarak idari başvurular hukuki sonuçları açısından bir değerlendirmeye tabi tutulmakta ve etkili idari başvurular ve etkisiz idari başvurular olarak ikiye ayrılmaktadır³.

Etkili idari başvurular, kanunlarda düzenlenen bireysel bir hakkı içeren ve başvurudaki talep ile idareyi belli bir yönde işlem veya eylem yapmakla zorunlu kılan başvurulardır⁴. Buna karşılık etkisiz idari başvurularda idarenin etkisiz idari başvuruyu yapan kişinin talebini yerine getirmek gibi

² Yıldırım, Ramazan, **İdari Başvurular**, 2. B., Konya 2006, s. 30.

³ Yıldırım, s. 62; Sezer / Bilgin, s. 341.

⁴ Yıldırım, s. 68.

bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁵. Devlet Memurları Kanununun genel sistematigi incelendiğinde kanunda öngörülen başvuruların tamamının subjektif bir hakka dayandığı ve idareyi başvuru konusu hakkında bir cevap verme yükümlülüğü altına soktuğu dolayısı ile de kanunda öngörülen başvuruların tamamının etkili birer idari başvuru türü olduğu görülmektedir. Bu sebeple çalışmamızda etkisiz idari başvuru olarak ayrı bir başlıklandırma yoluna gitmedik. Ancak elbette ki kanunda korunan bir hakka dayanmadan idareden bir talepte bulunulması amacı ile yapılan bir başvurunun etkisiz bir idari başvuru olarak değerlendirilmesi gerekecektir.

İdari başvurular yapıldıkları zaman itibari ile ortada hiçbir idari işlem veya eylem yokken yapılan idari başvurular (İYUK md. 10) ve daha önceden yapılan bir idari işlem (İYUK md. 11) veya eylem (İYUK md. 13) üzerine yapılan idari başvurular olmak üzere de ikiye ayrılarak incelenmektedir⁶. İdarenin daha önceden yaptığı bir işleme karşı yapılan başvurular işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. Memur özlük sisteminde öngörülen idari başvurular hem ortada idarenin bir eylem veya işlemi olmaksızın yapılan idari başvurular ve hem de daha önceden yapılan bir eylem veya işlem üzerine yapılan idari başvurular olmak üzere iki şekilde olabilmektedir.

İdari başvuruların bir diğer ayrımı ise idari başvuruların yapıldıkları makam açısından ve işlemi yapan makama yapılan idari başvurular, üst makama yapılan hiyerarşik idari başvurular, idari vesayet makamlarına yapılan idari başvurular, idari eylem başvuruları ve disiplin hukukuna ilişkin kurullara yapılan başvurular olmak üzere beş başlık altında incelenmektedir⁷. 657 sayılı kanundaki madde hükümleri incelendiğinde kanunda öngörülen başvuruların ya atamaya yetkili amirlere yapıldığı yani hiyerarşik başvuru olduğu ya da disiplin hukukuna ilişkin bir kurula yapılan başvurular olduğu görülmektedir. Çalışmamızda bu genel ayırmadan yola çıkılarak öncelikle kanunda öngörülen hiyerarşik başvurular daha sonrada disiplin kurullarına yapılacak idari başvurulara yer verilecektir.

Başvurma iradesi açısından idari başvurular ise kanunların idari başvurunun yapılmasını zorunlu olarak öngördüğü durumlarda söz konusu olan zorunlu idari başvurular ve kişilerin isteğine bağlı olarak yaptıkları

⁵ Duran, Lütfi, “İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında İdarenin Sükutu”, **İ. Ü. H. F. M.**, C. XII, S. 1, s. 141.

⁶ Yıldırım, s. 71.

⁷ Onar, Sıdık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 3. B., İstanbul 1967, s. 1814-1817.

ihtiyari – isteğe bağlı idari başvurular olarak ikiye ayrılmaktadır⁸. İdari bir başvurunun başvurma iradesi açısından hangi tür idari başvuru olduğunu tespit etmek kanun metnindeki ‘başvurulabilir’, ‘müracaat edilebilir’ gibi ifadelerden mümkündür⁹. Bu tarz ifadeleri içeren maddelerdeki başvurular isteğe bağlı birer idari başvuru örnekleridir. Süresi içinde yapılan isteğe bağlı idari başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur¹⁰. Devlet Memurları Kanunu incelendiğinde memur özlük sistemi içinde öngörülen başvuruların başvurma iradesi açısından bazılarının isteğe bağlı bazılarının da zorunlu idari başvurular şeklinde düzenlendiği görülebilir.

İdari başvuru kavramını ve türlerini genel hatları ile ele aldıktan sonra esas konumuza -memur özlük sisteminde idari başvurular- baktığımızda DMK’ nun özlük haklarını düzenleyen birçok hükmünde idari başvuru yolunun öngörüldüğünü görmekteyiz. Çalışmamızda son yapılan yasal değişiklikler kapsamında kanunda öngörülen idari başvurulara ağırlık verilmeyle beraber genel olarak memur özlük sistemindeki idari başvurular ele alınacaktır. Zira Kanun 21. maddesi ile açık bir şekilde devlet memurlarının kurumları ile ilgili olarak resmi ve şahsi işlerinden dolayı başvuru hakkına sahip olduklarını belirtmiştir¹¹. Sistematik olması açısından konuyu ilk olarak başvurunun yapıldığı makam üst başlığı altında ele almayı uygun bulduk. Başvurunun yapıldığı makam itibari ile Kanunun öngördüğü

⁸ Sezer / Bilgin, s. 355 – 360.

⁹ Yıldırım, Turan, “İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru”, **İdari Usul Kanunu Uluslararası Sempozyumu Bildiriler**, Ankara 17-18 Ocak 1998, s. 253.

¹⁰ Danıştay 6. D., 12.05.2004, E. 2004/492, K. 2004/2973, **Danıştay Kararları Dergisi**, S. 6, s. 171.

¹¹ DMK md. 21 “Devlet memurları kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaat; amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari eylem ve işlemlerden dolayı şikâyet ve dava açma hakkına sahiptirler.

Müracaat ve şikâyetler söz veya yazı ile en yakın amirden başlayarak silsile yolu ile şikâyet edilen amirler atlanarak yapılır.

Müracaat ve şikâyetler incelenerek en kısa zamanda ilgiliye bildirilir. Müracaat ve şikâyetlerle ilgili esas ve usuller Başbakanlıkça hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.” Madde hükmünde belirtilen yönetmelik 28.11.1982 tarihli ve 8/5743 sayılı Bakanlar Kurulu ile kabul edilen 12.01.1983 tarihli ve 17926 sayılı Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe konulan Devlet Memurlarının Şikâyet Ve Müracaatları Hakkında Yönetmeliktir.

idari başvurular ya hiyerarşik olarak üst makama yapılan idari başvurular ya da disiplin hukukunun uygulamasının söz konusu olduğu durumlarda disiplin kuruluna ya da yüksek disiplin kurullarına yapılan başvurular olarak iki şekilde yapılabilecektir.

II. DEVLET MEMURLARI KANUNUNA GÖRE ÜST MAKAMA YAPILACAK ETKİLİ İDARİ BAŞVURULAR

657 sayılı Kanuna göre yapılacak başvurular çoğunlukla üst makama yapılmaktadır. Üst makam yani hiyerarşik amir kanunun 10. maddesinde de belirtildiği üzere amiri olduğu kuruluş ve hizmet birimlerinde kanun, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenen görevleri zamanında ve eksiksiz olarak yapmaktan ve yaptırmaktan, maiyetindeki memurlarını yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten görevli ve sorumlu olan kişidir. Kanun kapsamında yapılacak başvurular en yakın amirden başlanarak hiyerarşik olarak en üst makama kadar çıkmaktadır.

Üst makama yapılan başvurularda idarenin her hangi bir işlem veya eylemi olmadan yapılan idari başvurular ve daha önceden yapılan bir eylem veya işleme karşı yapılan başvurular olmak üzere iki farklı şekilde olmaktadır.

A. HİÇBİR İDARİ İŞLEM VEYA EYLEM YOKKEN YAPILAN İDARİ BAŞVURULAR

Kanunda öngörülen idari başvurulardan, hiyerarşik olarak üst makama yapılan idari başvuruların bir kısmı başvurunun yapıldığı zaman açısından ortada idarenin herhangi bir işlem veya eylemi olmaksızın yapılan idari başvurular grubuna girer. Bu tarz bir başvuru ile karşılaşan idare dilerse başvuruyu olumlu olarak sonuçlandırır. Dilerse zımnen veya açık bir şekilde reddeder. Memurun bu ret kararına karşı altmış gün içinde idari yargıda dava açması mümkündür.

Ortada idarenin herhangi bir işlem veya eylemi olmaksızın yapılan idari başvurular, kanunda isteğe bağlı olarak yapılan idari başvurular ve yapılması zorunlu olan idari başvurular olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir.

1. İsteğe Bağlı İdari Başvurular

Devlet Memurları Kanununun getirmiş olduğu özlük sistemi son yapılan yasal değişikliklerle beraber ele alınıp incelendiğinde kanunda birçok yerde isteğe bağlı idari başvuruların bulunduğu görülebilir. Kanunda öngörülen ortada idarenin herhangi bir idari işlem veya eylemi olmaksızın yapılan isteğe bağlı idari başvuru türleri şunlardır.

a. Yer Değiştirme Sureti İle Atama İstemi Olarak Yapılan Başvuru

Kanunun 73. maddesine göre “aynı kurumun başka başka yerlerinde bulunan aynı sınıftaki memurları, karşılıklı olarak yer değiştirme suretiyle atanmalarını isteyebilirler. Bu isteğin yerine getirilmesi atamaya yetkili amirlerince uygun bulunmasına bağlıdır.”

Aynı konumda bulunan fakat farklı yerlerde çalışan memurlar birbirleri ile yer değiştirme talebi ile atamaya yetkili amirlerine başvurabilirler. Bu başvuru idare tarafından daha önceden yapılan bir eylem veya işlem yokken üst makama yapılan isteğe bağlı bir idari başvuru örneğidir.

b. 76. madde Gereğince Yapılan İdari Başvurular

Kanunun ‘memurların kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilmesi’ başlıklı 76. maddeye göre “kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler. Memurlar istekleri ile kurumlarında kazanılmış hak derecelerinin en çok üç derece altında aynı veya başka yerlerdeki kadrolara atanabilirler.” Bu sebeple örneğin aynı kurum içinde kendine uygun bir pozisyon olmayan memur yapacağı bir başvuru ile kazanılmış hak derecesinin altında bir kadroya atanmayı isteyebilecektir. Bu başvuru idare tarafından daha önceden yapılan bir eylem veya işlem yokken üst makama yapılan isteğe bağlı bir idari başvuru örneğidir.

c. Yabancı Bir Memleket veya Uluslar arası Kuruluşta Hizmet Alma İstemi İle Yapılan İdari Başvuru

Kanunun 77. maddesine göre “Yabancı memleketlerin resmî kurumları veya uluslararası kuruluşlarda kurumlarının muvafakati ile görev alacak memurlara, ilgili Bakanın onayı ile (her üç yılda bir Bakan onayı yenilenmek kaydıyla) memuriyeti süresince yabancı memleketlerin resmî kurumlarında on yıla, uluslararası kuruluşlarda yirmi bir yıla kadar aylıksız izin verilebilir.” Memurun bu amaçla yaptığı bir başvuru daha önceden idare tarafından gerçekleştirilen bir eylem veya işlem olmaksızın memurun isteğine bağlı olarak yapılan bir idari başvuru örneğidir.

d. Yurt Dışına Gönderilecek Devlet Memurlarının Sayılarının Tespiti İstemi ile Devlet Personel Başkanlığının Bakanlar Kuruluna Yaptığı Başvuru

Kanunun 80. maddesine göre şahsen özel burs sağlayan ve bu burstan istifade etmesi için kendilerine maaşsız izin verilenler hariç olmak üzere her yıl yurt dışına gönderilebilecek Devlet memurlarının kurumlar itibarıyla

sayıları, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınmak suretiyle Devlet Personel Başkanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecektir. Devlet Personel Başkanlığının sayının tespiti amacı ile Bakanlar Kuruluna yapmış olduğu başvuru bir idari başvuru örneğidir.

e. Kanunda Öngörülen Uygulamaların Kendisi Hakkında da Uygulanmasını İstemek Amacı ile Yapılan İdari Başvuru

Devlet memurları, DMK ve bu kanuna dayanılarak yayınlanan tüzük ve yönetmeliklere göre tayin ve tespit olunup yürürlükte bulunan hükümlerin kendileri hakkında aynen uygulanmasını istemek hakkına sahiptirler (DMK md. 17). Bu sebeple kanunda öngörülen bir hakkın kendisi hakkında da uygulanması amacı ile memurlar her zaman amirlerine bir idari başvuru da bulunma hakkına sahiptirler. Bu başvuru idare tarafından daha önceden yapılan bir eylem veya işlem yokken üst makama yapılan isteğe bağlı bir idari başvuru örneklerinden biridir.

f. Çekilme Başvurusu

Devlet memurluğunu sona erdiren durumlardan biri de memurun görevinden çekilmesi¹² yani istifa etmesidir¹³. Çekilme, kabule bağlı

¹² “Devlet memurluğundan çekilme istemi, kişi bakımından, artık bu statüde memur olarak çalışmayacağına ilişkin özgür bir istenç açıklamasıdır. Anayasal bazda herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olup yasalarda öngörülen hallerin dışında kimse zorla çalıştırılmaz. Kişinin yaşamını kendi tercihlerine göre yönlendirme ve dilediği alanda çalışma hakkının doğal sonucu olarak, memuriyetten çekilip çekilmemesi hakkındaki tercihini de kendi özgür istenciyle belirleyecektir.” AYİM, 2. D., E. 1997/266, K. 1997/814 sayılı kararı, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, S. 12, s. 512.

¹³ “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 94.maddesinde Devlet memurunun bağlı olduğu kuruma yazılı olarak başvurarak memurluktan çekilme isteminde bulunabileceği, çekilmek isteyen memurun yerine atanan kimsenin gelmesine veya çekilme isteğinin kabulüne kadar görevine devam edeceği, yerine atanan kimsenin bir aya kadar gelmemesi halinde veya yerine bir vekil atanmadığı takdirde üstüne haber vererek görevini bırakabileceği; izinsiz olarak görevin terk edilmesi ve bu terkin 10 gün devam etmesi halinde yazılı başvuru şartı aranmaksızın çekilme isteğinde bulunmuş sayılacağı kuralları yer almıştır. Türk pozitif hukukunda istifa, şarta bağlı bir tasarruf olmayıp, kişinin kendi iradesiyle ilgili hukuki bir muameledir. Nitekim 657 sayılı Yasada istifa idarenin kabulüne bağlı tutulmamış yalnızca 97.maddesinde görevden çekilmenin 94.maddenin 2.fikrasına uyulmadan yapılması halinde, ilgilinin daha sonra göreve dönmek için yapacağı başvuru süre yönünden yaptırma bağlanmış bulunmaktadır. Bu durumda 17.9.1989 tarihli dilekçesiyle görevinden çekilme isteğini kurumuna bildiren

olmayan yenilik doğurucu bir hak olup memurun tek taraflı irade beyanı ile kullanılır ve memurun kendi isteği ile memurluk statüsünü sona erdirmesi olarak tanımlanabilir¹⁴. Çekilme aynı zamanda kanunun 20. maddesi ile memurlara tanınmış bir haktır.

Devlet memurlarının istifası kanunun 94. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre “devlet memuru bağlı olduğu kuruma yazılı olarak müracaat etmek suretiyle memurluktan çekilme isteğinde bulunabilir.” Memurun çekilme amacı ile idareye başvurması bir isteğe bağlı idari başvuru örneğidir.

g. Emeklilik¹⁵ Başvurusu

Kanunun memurluğun sona ermesi başlıklı 98. maddesine göre memurluğu sona erdiren hallerden biri de emekliliktir. Emeklilik, belli bir yaşa gelmiş veya belli bir hizmet yılını tamamlamış memurların statü değiştirerek memurluk statüsünden çıkıp emeklilik statüsüne girmesine sebep olan bir sosyal güvenlik uygulaması olarak tanımlanabilir¹⁶.

Zorunlu olan durumlar¹⁷ ve resen emeklilik durumu dışında memurun emekli olma istemi ile yaptığı başvuru daha önceden idare tarafından yapılan bir işlem olmaksızın yapılan ve memurun isteğine bağlı olarak yaptığı bir başvuru türü olarak karşımıza çıkar.

davacının yasa ile tanınan bir aylık sürenin dolduğu 18.10.1989 tarihinde görevinden ayrıldığı kabulü gerekeceğinden, sağlık raporunun bittiği 26.10.1989 tarihinden itibaren 10 günden fazla süre özürsüz olarak görevine gelmediği nedeniyle görevden çekilmiş sayılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Danıştay 5. D., 3.3.1993, E. 1991/2002, K. 1993/999, **Danıştay Dergisi**, S. 28, s. 228.

¹⁴ Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, 2. B., Bursa 2009, s. 708.

¹⁵ “Kendi isteği ile bir tarih göstererek emekli olmak üzere başvuran; ancak belirtilen tarihten önce, emeklilik işleminin onayından sonra bu isteğinden vazgeçtiğini bildiren davacının vazgeçme talebi kabul edilerek emeklilik onayının geri alınması gerekirken reddi yönündeki işlemde hukuka uyarlık görülmediği hakkındaki kararda Danıştay tarafından, yapılan idari başvurunun bu başvuru kabul edilmeden yapılacak yeni bir başvuru ile geri alınabileceğine karar verilmiştir.” Danıştay 11. D., 06.10.2004, E. 2001/3220, K. 2004/3925, **Danıştay Dergisi**, S. 109, s. 318.

¹⁶ Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, **İdare Hukuku**, 3. B., İstanbul 2008, s. 782.

¹⁷ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre üç durumda emeklilik söz konusu olabilir; Zorunlu emeklilik (yaş haddi nedeniyle ve malulen emeklilik), isteğe bağlı emeklilik ve resen emeklilik.

h. Günlük Çalışma Saatlerinin Tespiti Amacı İle Devlet Personel Başkanlığının Bakanlar Kuruluna Yaptığı Başvuru

Günlük çalışma saatlerinin başlangıç ve bitiş saatleri ile öğle dinlenme saatlerinin süresi bölgelerin özelliği ve yapılan hizmetin niteliğine göre merkezde Devlet Personel Başkanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecektir (DMK md. 100). Devlet Personel Başkanlığının bu amaçla yaptığı teklif tipik bir idari başvuru örneğidir.

ı. Özürlü Memurun Kendisine Gece Nöbeti ve Gece Vardiyası Verilmemesi Talebi ile Yaptığı Başvuru

Kanununun 101. maddesinin son fıkrasına göre özürlü memurlara isteği dışında gece nöbeti ve gece vardiyası görevi verilemez. Bu sebeple özürlü bir memurun kendisine gece nöbeti ve gece vardiyası verilmemesi talebi ile yaptığı başvuru daha önceden idare tarafından yapılan bir işlem olmaksızın yapılan ve memurun isteğine bağlı olarak yaptığı bir başvuru türü olarak karşımıza çıkar.

i. Mazeret İzni Başvurusu

Kanununun mazeret izni başlıklı 104. maddesinin 6111 sayılı kanunla değişik son haline göre madde hükmünde belirtilen durumlarda memurlar mazeret izninin kullanılması amacı ile idari başvuru yapabilirler. Maddede öngörülen durumlar şunlardır:

- Maddenin ilk fıkrasındaki düzenlemeye göre kadın memurun doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı hafta süreyle analık izni hakkı bulunmaktadır. Çoğul gebelik durumunda, doğum öncesi sekiz haftalık analık izni süresine iki hafta eklenir. Ancak beklenen doğum tarihinden sekiz hafta öncesine kadar sağlık durumunun çalışmaya uygun olduğunu tabip raporuyla belgeleyen kadın memur, isteği hâlinde doğumdan önceki üç haftaya kadar kurumunda çalışabilir. Buradaki memurun son üç haftaya kadar çalışma isteği ile idareye başvurması bir idari başvuru örneğidir.
- Yine ilk fıkrada öngörülen bir başka idari başvuru örneği de doğumda veya analık iznini kullanılırken annenin ölmesi durumunda memur olan babanın anne için öngörülen süre kadar izin kullanması istemi ile yapmış olduğu idari başvurudur.
- Maddede öngörülen bir diğer başvuru örneği eşi doğum yapan memurun on günlük babalık iznini kullanmak amacı ile yaptığı başvurudur.

- Memur kendisinin veya çocuğunun evlenmesi ya da eşinin, çocuğunun, kendisinin veya eşinin ana, baba ve kardeşinin ölümü hâllerinde sahip olduğu yedi günlük izni kullanmak için başvuru yapabilir.
- Yukarıda belirtilen hâller dışında da, mazeretleri bulunan memurlar, on güne kadar mazeret izni kullanmak için başvuru yapabilirler.
- Maddenin 4. fıkrasına göre “kadın memura, çocuğunu emzirmesi için doğum sonrası analık izni süresinin bitim tarihinden itibaren ilk altı ayda günde üç saat, ikinci altı ayda günde bir buçuk saat süt izni verilir. Süt izninin hangi saatler arasında ve günde kaç kez kullanılacağı hususunda, kadın memurun tercihi esastır.” Dolayısı ile kadın memur süt izninin kullanımı ve ne şekilde kullanılacağı konusunda amirine bir başvuru yapma hakkına sahiptir.

j. Aylıksız İzin Kullanmak İçin Yapılan Başvuru

Kanununun 108. maddesine göre maddede belirtilen durumlarda memura yine maddede belirtilen sürelerle aylıksız izin verilebilecektir. Aylıksız izin kullanmak için memurun bu konudaki talebini amirine bildiren başvurusunu yapması gerekir. Maddede belirtilen aylıksız izin kullanılacak durumlar şunlardır;

- 105. maddenin son fıkrası gereğince verilen iznin bitiminden itibaren memurun isteği üzerine, sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi şartıyla, on sekiz aya kadar,
- Doğum yapan memura, 104. madde uyarınca verilen doğum sonrası analık izni süresinin bitiminden; eşi doğum yapan memura ise, doğum tarihinden itibaren istekleri üzerine yirmi dört aya kadar,
- Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşlerine, çocuğun ana ve babasının rızasının kesinleştiği tarihten veya vesayet dairelerinin izin verme tarihinden itibaren, istekleri üzerine yirmi dört aya kadar,
- Özel burs sağlayan ve bu burstan istifade etmesi için kendilerine aylıksız izin verilenler de dâhil olmak üzere burslu olarak ya da bütçe imkânlarıyla yetiştirilmek üzere yurtdışına gönderilen veya sürekli görevle yurtiçine ya da yurtdışına atanan veya en az altı ay süreyle yurtdışında geçici olarak görevlendirilen memurlar veya diğer personel kanunlarına tâbi olanlar ile yurtdışına kamu kurumlarınca gönderilmiş olan öğrencilerin memur olan eşleri ile 77. maddeye göre izin verilenlerin memur olan eşlerine görev veya öğrenim süresi içinde,

- Memura, yıllık izinde esas alınan süreler itibarıyla beş hizmet yılını tamamlamış olması ve isteği hâlinde memuriyeti boyunca ve en fazla iki defada kullanılmak üzere, toplam bir yıla kadar aylıksız izin verilebilir.

Bu başvuru idare tarafından daha önceden yapılan bir eylem veya işlem yokken üst makama yapılan isteğe bağlı bir idari başvuru örneğidir.

k. Hastalık ve Refakat İzni Dolayısı İle Yapılan Başvuru

Kanunun 105. maddesi gereğince hastalığı sebebi ile uzun süreli tedavi görmesi gereken memurlara madde hükmünde öngörülen süreler kadar aylıksız izin verilebilecektir. Bu sürelerin sonunda memurun işe başlayabilmesi için iyileştiğine dair belge ile birlikte çalıştığı kuruma başvurması gerekmektedir.

Maddede öngörülen ikinci bir idari başvuru maddede belirtilen süreler içinde iyileşemeyip hakkında emeklilik hükümleri de uygulanamayan memurun sonradan iyileşmesi halinde, memuriyete yeniden dönmek için yapacağı başvurudur.

Maddede öngörülen bir diğer idari başvuru örneği, memurun bakmakla yükümlü olduğu veya memur refakat etmediği takdirde hayatı tehlikeye girecek ana, baba, eş ve çocukları ile kardeşlerinden birinin ağır bir kaza geçirmesi veya tedavisi uzun süren bir hastalığının bulunması hâllerinde refakat izni talebi ile yapacağı başvurudur.

l. Ölüm Yardımı Ödeneğinin Ödeneceği Kişinin Gösterilmesi Amacı İle Yapılan Başvuru

Kanunun 208. maddesinin ilk fıkrası hükmüne göre memurun, memur olmayan eşi veya aile yardım ödeneği aldığı çocuğunun ölümü halinde en yüksek Devlet memuru aylığı tutarında, memurun ölümü halinde sağlığında bildiri ile gösterdiği kimseye, eğer bildiri vermemiş ise eşine ve çocuklarına, bunlar yoksa ana ve babasına, bunlar da yoksa kardeşlerine en yüksek Devlet memuru aylığının iki katı tutarında, ölüm yardımı ödeneği verilecektir. Memurun sağlığında, ölümü sebebi ile ödenecek aile yardım ödeneğinin kime yapılacağını belirten bildirisini bir idari başvurudur.

m. Kamu Personel Bilgi Sisteminin Oluşturulması Amacı İle DPB'nin Kamu Kurum ve Kuruluşlarından Gerekli Gördüğü Bilgi ve Belgeleri İsterken Yaptığı Başvuru

Kanunun 231. maddesi hükmüne göre Devlet Personel Başkanlığı, kuruluş kanunlarına ve bütçe türlerine bağlı kalınmaksızın, tüm kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat yapılarına ve personeline ilişkin konularda, gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri kamu kurum ve kuruluşlarından talep eder. Başkanlığın yapmış olduğu bu talep idare tarafından daha önceden yapılan

bir eylem veya işlem yokken üst makama yapılan isteğe bağlı bir idari başvuru örneğidir.

n. Memurun Geçici Görevlendirilmesi Amacı İle İhtiyaç Duyan Kurumun Yaptığı Başvuru

Memurların, geçici görevlendirme yapmak isteyen kurumun talebi ve çalıştıkları kurumun izni ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarında kanunun ek 8. maddesinde belirtilen şartlarla geçici süreli olarak görevlendirilebilmeleri mümkündür. Personel ihtiyacı olan kamu kurumunun, personelin çalıştığı kuruma geçici görevlendirme isteği ile yapmış olduğu talep bir idari başvuru - idare tarafından daha önceden yapılan bir eylem veya işlem yokken üst makama yapılan isteğe bağlı bir idari başvuru - örneğidir.

2. Zorunlu İdari Başvurular

Kanunda öngörülen ortada idarenin herhangi bir idari işlem veya eylemi olmaksızın yapılması zorunlu görülen idari başvuru türleri şunlardır:

a. Özürlü Personel Alımı için DPB' na yapılan Bildirim Başvurusu

Kanunun 53. maddesine göre “özürlü personel çalıştırma yükümlüğünün yerine getirilmesinin takip ve denetimi ile özürlülerin Devlet memurluğuna yerleştirilmesinden Devlet Personel Başkanlığı sorumludur. Özürlü açığı bulunan kamu kurum ve kuruluşları bir sonraki yıl için alım yapacakları özürlülere ilişkin taleplerini her yılın Ekim ayının sonuna kadar Devlet Personel Başkanlığına bildirmek zorundadır. Devlet Personel Başkanlığı kurum ve kuruluşların bildirimini üzerine, özürlü kontenjanlarına yerleştirme yapabilir veya yaptırabilir.”

Özürlü açığı bulunan kamu kurum ve kuruluşunun bir sonraki yıl için ihtiyaç duyduğu özürlü personel sayısını Devlet Personel Başkanlığına bildirmesi kanunda üst makama yapılan, etkili ve zorunlu idari başvuru türlerinden biridir.

b. Aday Memurun¹⁸ Görevine Son Vermek İçin Disiplin Amirinin Yaptığı Başvuru

Adaylık süresi içinde kanunun 56 ve 57. maddelerinde öngörülen durumların ortaya çıkması üzerine disiplin amirleri atamaya yetkili amirden aday memurun görevine son verilmesini isterler. Kanunda zorunlu olarak öngörülen bu başvurunun yapılması gereken durumlar:

¹⁸ Devlet memurluğu sınavında başarılı olanlar öncelikle bir yıldan az iki yıldan fazla olmamak koşulu ile belirlenecek bir süre zarfında kurumlarınca aday memur olarak atanmaktadırlar. Aday memurlar, adaylık süresi içinde memurların niteliklerine ilişkin temel eğitim ve bağlı olacakları sınıfları ile ilgili hazırlayıcı eğitime tabi tutulurlar.

- Aday memurun temel ve hazırlayıcı eğitim ve staj devrelerinin her birinde başarısız olması,
- Aday memurun adaylık süresi içindeki hal ve hareketlerinin memurluk mesleği ile bağdaşmaması,
- Adaylık süresi içinde disiplin cezası alma ve
- Aday memurun göreve devamsızlığının tespit edilmesidir.

Bu başvuru idare tarafından daha önceden yapılan bir eylem veya işlem yokken üst makama yapılan zorunlu bir idari başvuru örneğidir.

c. Aday Memurun Asli Memurluğa Atanması Amacı İle Disiplin Amirinin Yaptığı Başvuru

Adaylık devresi içinde eğitimini başarı ile tamamlayan aday memur disiplin amirinin başvurusu ile asli memurluğa atanır (DMK md. 58). Disiplin amirinin atamaya yetkili amire başvurarak aday memurun asli memurluğa atanmasını talep etmesi üst makama yapılan etkili ve zorunlu idari başvurulardan biridir.

d. Ödüllendirilen Personel Sayısının DPB' na Bildirilmesi Amacı İle Yapılan Başvuru

657 sayılı kanununun 122. maddesine göre görevli olarak çalıştığı kurumda çalışmalarını ile başarılı bir şekilde görev yapan personele başarı belgesi, üç defa başarı belgesi alan personele de üstün başarı belgesi verilecektir. Üstüne başarı belgesi alan personel ödüllendirilebilecektir. Yıl içinde ödüllendirilen personel sayısı kurumlarınca izleyen yılın Ocak ayı sonuna kadar Devlet Personel Başkanlığına bildirilir. Kurumun ödül alan personel sayısını bildirmek amacı ile Devlet Personel Başkanlığına yaptığı başvuru üst makama yapılan etkili ve zorunlu idari başvurulardan biridir.

B. İDARENİN DAHA ÖNCE DEN YAPTIĞI BİR İDARİ İŞLEM VEYA EYLEM ÜZERİNE YAPILAN İDARİ BAŞVURULAR

Kanunda öngörülen başvuruların bir kısmı idarenin daha önceden yaptığı bir işlem veya eylem üzerine yapılan idari başvurulardır¹⁹. Bu tür

¹⁹ Esasen yapıldıkları zaman açısından idari başvuruların ikinci grubu her hangi bir idari işlem veya eylemden sonra yapılan idari başvurulardır ve “daha önceden yapılan bir idari işlem veya eylemden sonra yapılan idari başvurular” ile “özel hukuk işlem veya eylemlerinden sonra yapılan idari başvurular” olarak ikiye ayrılırlar. Özel hukuk işlem veya eylemlerinden sonra yapılan idari başvurular hukuki sonuçları açısından hiçbir idari işlem veya eylem yokken yapılan idari başvurular ile aynı sonuçları doğurmaktadır (Yıldırım, s. 138). Bu sebeple bu başlık altında sadece idarenin daha önceden yaptığı eylem veya işlemler üzerine yapılan idari başvurular ele alınacak, özel hukuk işlem veya

idari başvurular belirli bir süre içinde idareye başvuruyu cevaplama yükümlülüğü yükler, başvuru kanunda öngörülen süre içinde cevaplandırılmazsa başvuru reddedilmiş sayılır. İkinci olarak bu başvurular işlemeye başlayan dava açma süresini durdurur. İdarenin daha önceden yaptığı bir işlem veya eylem üzerine yapılan idari başvurularda tıpkı daha önceden yapılan hiçbir işlem veya eylem olmaksızın yapılan idari başvurularda olduğu gibi kanunda isteğe bağlı ve zorunlu idari başvurular şeklinde iki farklı türde düzenlenmişlerdir.

1. İsteğe Bağlı İdari Başvurular

a. Memurun Kanunda Öngörülen Uygulamaların Kendisi Hakkında da Uygulanmasını İstemek Amacı ile Yaptığı İdari Başvuru

Daha öncede belirttiğimiz gibi Kanunun 17. maddesinde belirtildiği şekilde memurlar kanunla kendilerine tanınan hakların kendileri hakkında uygulanmasını idareden her zaman isteyebilirler. Bu sebeple idare tarafından yapılan uygulamadan memnun kalmayan memurun idareye başvurup kanunda öngörülen uygulamanın kendisi hakkında da uygulanmasını istemesi her zaman için mümkündür.

b. Devlet Memuru Olmak İçin Yapılan Sınavlara Katılmak Sureti ile Yapılan İdari Başvuru

Duyurulan, Devlet, kamu hizmet ve görevlerine Devlet Memuru olarak girmek isteyenler, belirlenen şartları yerine getirerek başvurularını yaparlar (DMK md. 49). Buradaki idari başvuru memur olmak isteyen vatandaşlar tarafından yapılan idarenin daha önceden yaptığı bir idari işlem üzerine yapılan isteğe bağlı bir idari başvuru örneğidir.

c. Atamalarda Diğer Eşin Atanan Eşin Yanına Atanması İstemi ile Yaptığı Başvuru

Kanunun 72. maddesine göre “yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda; aile birimini muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak memur olan diğer eşin de isteği halinde atanması, atamaya tabi tutulan memurun atandığı yere 74 ve 76. maddelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılır.” Dolayısı ile eşi başka bir yere atanan memur olan diğer eş, eşinin atanmasını yaptığı yere kendi atanmasını da yapılmasını isteyebilir. Bu tarz bir idari başvuru da idarenin daha önceden yaptığı bir işleme karşı yapılan ve eşi atanan memurun isteğine bağlı olarak yaptığı bir idari başvuru örneğidir.

eylemlerinden sonra yapılan idari başvurular şeklinde bir sınıflandırmaya ayrıca yer verilmeyecektir.

d. Özürlü Memurun Kendisine Gece Nöbeti ve Gece Vardiyası Verilmemesi Talebi ile Yaptığı Başvuru

Daha öncede belirttiğimiz üzere kanunun 101. maddesine göre özürlü memurlara isteği dışında gece nöbeti ve gece vardiyası görevi verilemez. Bu sebeple özürlü bir memura idare gece nöbeti veya vardiyası verdi ise bu görevin kaldırılması talebi ile özürlü personelin yaptığı başvuru idare tarafından yapılan bir işleme karşı yapılan isteğe bağlı bir idari başvuru türü olarak değerlendirilmelidir.

e. Verilen Disiplin Cezalarının Bir Süre Sonra Özlük Dosyasından Silinmesi Amacı İle Yapılan İdari Başvurular

6111 sayılı kanunun memur özlük sistemi açısından getirdiği değişikliklerden biri de memurlar için özlük dosyası tutulması yeniliğinin getirilmiş olmasıdır. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren artık memurlar hakkında verilen disiplin cezaları her bir memurun özlük dosyasına işlenecektir. Kanunun 133. maddesine göre memurluktan çıkarma cezasından başka bir disiplin cezasına çarptırılmış olan memur, uyarma ve kınama cezalarının uygulanmasından itibaren beş yıl diğer cezaların uygulanmasından itibaren on yıl geçtikten sonra atamaya yetkili amire başvurarak, verilmiş olan cezalarının "özlük dosyasından" silinmesini isteyebilecektir. Memurun disiplin cezasını aldığı tarihten itibaren sergilediği davranışlar cezasının kaldırılması talebini haklı gösteriyor ise isteği yerinde görülerek verilen disiplin cezasının kaldırılması kararı özlük dosyasına işlenecektir.

Madde hükmünde öngörülen, verilen disiplin cezalarının bir süre sonra özlük dosyasından silinmesi amacı ile yapılan idari başvuru idare tarafından daha önceden verilen bir disiplin cezası üzerinden belli bir sürenin geçmesi ile yapılabilen isteğe bağlı bir idari başvuru türüdür.

2. Zorunlu İdari Başvurular

İdarenin daha önceden yaptığı işlem veya eylemler üzerine yapılan başvuru türlerinden bir diğeri kanunun başvurunun yapılmasını mecburi olarak öngördüğü zorunlu idari başvurulardır. Kanunda geçen idarenin daha önceden yaptığı işlem veya eylemler üzerine yapılan zorunlu başvurular şunlardır:

a. Kadrosu Kaldırılan Memurun 190 Sayılı KHK Kapsamında Belirtilen Kadrolara Atanmaları Hakkında Devlet Personel Başkanlığı Tarafından Atamayı Yapacak Kamu Kurum ve Kuruluşuna Yapılan Başvuru

DMK md. 91'e göre kadrosu kaldırılan memurların kendi kurumlarında atanmaya imkân bulamamaları halinde bu memurlar başka bir kurumdaki

boş kadroya atanmak üzere Devlet Personel Başkanlığına bildirilirler. DPB tarafından tespit edilen kadrolara da kırk beş gün içinde bu memurların atanması teklif edilir. Bu teklif idare tarafından daha önceden yapılan bildirim üzerine DPB tarafından yapılması zorunlu olan bir idari başvuru örneğidir.

b. Verilen Disiplin Cezasının Bildirilmesi Amacı İle Yapılan Başvuru

Kanunun 132. maddesine göre verilen disiplin cezaları üst disiplin amirine bildirilecektir. Devlet memurluğundan çıkarma cezası üst disiplin amiri ile birlikte ayrıca Devlet Personel Başkanlığına da bildirilir. Verilen disiplin cezasının bildirilmesi amacı ile yapılan bu başvuru, daha önceden idare tarafından yapılan bir işlem üzerine üst makama yapılan zorunlu bir başvuru örneğidir.

III. DEVLET MEMURLARI KANUNUNA GÖRE DİSİPLİN KURULLARINA YAPILACAK ETKİLİ İDARİ BAŞVURULAR

“Disiplin hukukuna ilişkin yasalar ve diğer düzenleyici işlemlerde gösterilen kurullara, disiplin hukukuna ilişkin itiraz başvuruları ile kamu görevi gereği yapılan başvurulara disiplin hukukuna ilişkin kurul başvuruları denir.”²⁰ Bu tanımdan yola çıkılarak ve DMK sistematığı gözetilerek, disiplin hukukuna ilişkin kurullara yapılan başvuruların başvuru sahibi açısından iki türünün olduğu söylenebilir. İlki hakkında disiplin cezası verilen memurun disiplin kuruluna başvurması, ikincisi ise disiplin amirinin memur hakkında disiplin cezası verilmesi istemi ile yapmış olduğu başvurulardır²¹.

Devlet Memurları Kanununda disiplin kurullarına yapılacak başvurular konusunda iki madde bulunmaktadır. Bunlardan ilki disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurulları gösteren kanunun 126. maddesindeki isteğe bağlı idari başvuru diğeri ise memurun hakkında verilmiş olan disiplin cezasının kaldırılması istemi ile yapabileceği kanunun 135. maddesinde belirtilen ve yine isteğe bağlı olarak yapılabilen itiraz başvurusudur.

Her iki madde de incelendiğinde disiplin kurullarına yapılacak başvuruların isteğe bağlı olarak düzenlendiği, bu başvuruların yapılmasının zorunlu olarak öngörülmediği görülecektir. Zira 126. madde ‘amirin isteği üzerine’, 135. madde ‘itiraz edilebilir’ ifadelerini taşımaktadır. Bu ifadeler

²⁰ Yıldırım, s. 107.

²¹ Yıldırım, s. 107.

başvuruların isteğe bağlı idari başvurular olarak kanunda düzenlendiğini göstermektedir.

Disiplin kurullarına yapılacak başvuruların hepsi, kanun tarafından tanınan sübjektif hakka dayandığından ve bu başvurular üzerine idarenin yapacağı işlemler yargısal denetimine tabi tutulabileceğinden üst makama yapılan idari başvurularda olduğu gibi etkili birer idari başvuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Disiplin kurullarına yapılacak başvurular konusunda yapabileceğimiz bir diğer ayırım 126. maddedeki başvurunun memurun disiplin cezasını gerektiren bir fiili sebebi ile yapılıyor olması yani idarenin her hangi bir eylem veya işlemi olmaksızın yapılan bir idari başvuru olarak nitelendirilmesi gerekirken, 135. maddedeki itiraz başvurusunun daha önceden idare tarafından yapılan bir işlem – verilen disiplin cezası – üzerine yapılan başvurular olarak nitelendirilmesi gerektiğidir.

A. KANUNUN 126. MADDESİ GEREĞİNCE DİSİPLİN KURULLARINA YAPILACAK İDARİ BAŞVURULAR

Kanunun 126. maddesi hükmü disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurulları göstermektedir. Hükme göre,

- Uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirleri tarafından;
- Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra, atamaya yetkili amirler, il disiplin kurullarının kararlarına dayanan hallerde Valiler tarafından verilir.
- Devlet memurluğundan çıkarma cezası ise amirlerin bu yoldaki isteği üzerine, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulu kararı ile verilecektir.

126. maddenin idari başvurular açısından önem taşıyan ilk noktası 2. fıkrası hükmüdür. Hüküm memurluktan çıkarma şeklindeki disiplin cezasının amirin yapacağı başvuru üzerine yüksek disiplin kurulu kararı ile verilebileceğini belirtmektedir.

Devlet memurluğundan çıkarılma veya diğer bir deyişle ihraç, bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere, memurun memurluk statüsünün sona erdirilmesini sağlayan bir disiplin cezasıdır ve 125. maddenin E bendinde belirtilen sebeplerle uygulanır. Bentte belirtilen durumların ya da belirtilen fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları açısından benzeyen durumların

oluşması üzerine²² memurun bağlı bulunduğu amirin başvurusu üzerine yüksek disiplin kurulunca memur hakkında memurluktan çıkarma cezası verilebilecektir.

Uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması şeklindeki disiplin cezalarına nazaran bir daha memurluğa alınmama sonucunu doğurduğundan çok daha ağır nitelikte bir disiplin cezası olan memurluktan çıkarma cezası bu niteliği sebebi ile memurun bağlı bulunduğu amir tarafından veya disiplin kurulu tarafından değil, bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulu kararı ile verilebilecektir. Ancak yüksek disiplin kurulunun memur hakkında doğrudan memurluktan çıkarma cezasını vermesi mümkün değildir. Bu cezanın verilmesi gerektiğini düşünen amir bu istem ile bağlı bulunulan kurumun yüksek disiplin kuruluna bu yönde bir başvuruda bulunacaktır. Amirin yapması gereken bu başvuru, disiplin amirinin yüksek disiplin kuruluna yapacağı, isteğe bağlı ve etkili bir idari başvuru olarak değerlendirilmelidir.

126. madde de disiplin cezasının verilmesi istemi ile yapılan bir diğer idari başvuru örneği kademe ilerlemesinin durdurulması şeklindeki disiplin cezası kararının alınması sürecine ilişkin olarak görülür.

Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra, atamaya yetkili amirler, il disiplin kurullarının kararlarına dayanan hallerde Valiler tarafından verilir. Disiplin amirinin soruşturma bittikten sonra 15 gün içinde memur hakkında kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmesi istemi ile kanunun 128. maddesi gereğince disiplin kuruluna başvurusu gerekmektedir. Soruşturma dosyasının on beş günlük süre içinde disiplin kuruluna gönderilmesi gerekmektedir. Bu süre zamanaşımı süresidir.

B. KANUNUN 135. MADDESİ GEREĞİNCE DİSİPLİN KURULUNA VEYA YÜKSEK DİSİPLİN KURULUNA YAPILACAK İDARİ BAŞVURULAR

Devlet Memurları Kanununda disiplin kurullarına yapılacak başvuruların bir diğeri, hakkında disiplin cezasına hükmedilen memurun bu cezaya karşı yapabileceği itiraz başvurusudur. Kanunun 135. maddesine göre “disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir.”

²² DMK’nda öngörülen özlük sistemi incelendiğinde disiplin cezaları açısından geçerli olan kanunilik ilkesinin disiplin suçları açısından geçerli olmadığı görülecektir. Sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, s. 756 – 759.

Hakkında disiplin cezasına hükmedilen memur bu cezanın haksız yere verildiği ya da ağır bir ceza olduğu kanaatinde ise bu cezanın kaldırılması veya hafifletilmesi amacı ile disiplin kuruluna veya yüksek disiplin kuruluna başvurabilir²³. Başvurulacak makam,

- Uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kurulu,
- Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı ise yüksek disiplin kuruludur.

Devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı kanunda her hangi bir itiraz başvurusu yolu öngörülmemiştir. Kanunun düzenleme biçiminden kanunda açık bir şekilde çıkarma cezası için itiraz yolu öngörülmediği için bu konuda başvuru yapılamayacağını kabul edenler²⁴ bulunmakla beraber bu konuda bizim katıldığımız görüş şudur; kanunda memurluktan çıkarma cezası için bir başvuru yolu öngörülmemekle beraber kanunda açıkça memurluktan çıkarma cezasına karşı itiraz yoluna başvurulmasını yasaklayan bir hükümde bulunmamaktadır. Bu sebeple kanunda açıkça yasaklayıcı bir hüküm bulunmayan durumlarda idari başvuru yolunun bulunduğunu kabul etmek ve yargı yoluna başvurmadan önce genel hükümlere göre idari dava açma süresi içinde üst makama idari başvuru yapılabileceğini kabul etmek gerekmektedir²⁵. Ancak yapılacak bu başvurunun işlemi tesis eden makama yapılması mümkün değildir. Disiplin hukuku alanında verilen disiplin cezaları ceza hukukunda mahkemelerce verilen cezalara paralel olarak, disiplin cezası veren idari makamın kararına karşı yapılacak itirazın işlemi yapan makamın dışında bir makama yapılması gerekir²⁶. Zira işlemi yapan makam daha önceden konu hakkındaki tavrını ortaya koymuştur ve objektif davranamayabilir.

Memurluktan çıkarılan kişi doğrudan idari yargıya başvurup dava açarak hakkında verilen disiplin cezası işleminin iptalini de talep edebilir (İYUK md. 2). Bu konuda kanunda her hangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Aksine maddenin son hükmü açık bir şekilde disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceğini belirtmiştir.

²³ Danıştay 10. Dairesi, 23.10.1989 tarih ve E. 1989/203, K. 1989/1825 sayılı karar, Danıştay Dergisi, S. 78 – 79, s.530.

²⁴ Dündar, Erol, “Milli Eğitim Teşkilatı Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi” **Danıştay Dergisi**, S. 68 -69, s. 22; Karahoğulları, Onur, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri” **Çağdaş Yerel Yönetimler**, C. 8, S. 3, s. 75.

²⁵ Yıldırım, s. 178; Sezer / Bilgin, s. 342 – 343.

²⁶ Yıldırım, s. 104.

Yapılan itiraz üzerine disiplin kurulu veya yüksek disiplin kurulu ya başvuruyu kabul eder ya da reddeder. Başvurunun reddi üzerine birey yargısal başvuru hakkını kullanabilir (DMK md. 135/son). Başvurunun kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler. Ancak verilen disiplin cezasını az bulup daha ağır bir disiplin cezasına hükmedemezler. Buna “refarmatio in pejus” yasağı denir²⁷.

İdari başvurunun yapılabilmesi için kanunda öngörülen süre, kararın memura tebliğinden itibaren yedi gündür. 7 günlük itiraz süresi hak düşürücü niteliktedir. Bu süreye uyulup uyulmadığı başvuru kurul tarafından araştırılmalıdır. Bu süre içinde idari başvuru hakkı kullanılmaz ise karar idari açıdan kesinleşir. Bu karara karşı artık başka bir makama idari başvuru yapma imkânı tanınmamıştır. Memur dilerse bu süre içinde idari başvuru hakkını kullanmayarak doğrudan dava açabilir. Zira disiplin cezalarına karşı yapılabilecek idari başvuru kanunda isteğe bağlı olarak düzenlenmiştir. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ve 6111 sayılı kanunla getirilen değişikliklerden önce uyarma ve kınama şeklindeki disiplin cezalarına karşı yargı yolu kapalı idi. Ancak şu an için bu tür disiplin cezalarına karşı idari yargıda dava açma hakkı bulunmaktadır. Dolayısı ile memur isterse doğrudan dava açabilir, isterse önce itiraz başvurusu yapar ve eğer sonuçtan memnun değilse karara karşı dava yoluna başvurabilir²⁸.

Disiplin kurullarına yapılacak olan itiraz başvurusu ile kararın alınmasından itibaren başlayan idari dava açma süresi durur²⁹. İtiraz üzerine verilen karar sonucunda duran dava açma süresi yeniden işlemeye başlar.

²⁷ Gözler, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 8. B., Bursa 2009, s. 665.

²⁸ Ancak Danıştay baktığı bir davada baro disiplin kurulu kararına karşı Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz edilmesi ve kararın burada incelendikten sonra kesinleşmesi üzerine dava yoluna başvurulabileceğine karar vermiştir. Danıştay 8. D., 19. 02.1997, E. 95/1883, K. 97/579 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, S. 94, s. 484. (Yıldırım, **İdari Başvurular**, s. 190)

²⁹ Danıştay, temyiz incelemesini yaptığı bir davada DMK’ nun 135. maddesinde sadece uyarma ve kınama cezaları için itiraz hakkının düzenlendiği, kademe ilerlemesinin durdurulması şeklindeki disiplin cezası için itiraz yetkisi düzenlenmediğinden (6111 Sayılı kanunla değiştirilmeden önceki DMK md. 135 hükmü gereğince) bu yöndeki başvuruyu etkili bir idari başvuru olarak kabul etmemiş ve yapılan itirazın işlemeye başlayan dava süresini durdurmayaacağı gerekçesi ile davanın süre aşımı yönünden reddine karar vermiştir. (Danıştay 12. D., 17.02.2006, E. 2003/873, K. 2006/473, Sezer / Bilgin, s. 342.)

TABLO 1. DEVLET MEMURLARI KANUNDA ÖNGÖRÜLEN İDARİ BAŞVURULAR

		ÜST MAKAMA YAPILACAK BAŞVURULAR	DİSİPLİN KURULUNA YAPILACAK BAŞVURULAR
İDARENİN HERHANGİBİR EYLEM/İŞLEMİ OLMAKSIZIN YAPILACAK BAŞVURULAR	İhtiyari Başvurular	md. 17, md. 101 md. 73, md. 104 md. 76, md. 105 md. 77, md. 108 md. 80, md. 208 md. 94, md. 231 md. 98, ek md. 8 md. 100	md. 126
	Zorunlu Başvurular	md. 53 md. 56 – 57 md. 58 md. 122	

İDARENİN EYLEM/İŞLEMİ ÜZERİNE YAPILACAK BAŞVURULAR	İhtiyari Başvurular	md. 17 md. 49 md. 72 md. 101 md. 133	md. 135
	Zorunlu Başvurular	md. 91 md. 132	

SONUÇ

Kişilerin kendileri veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetlerini idari makamlara iletmeleri genel olarak idari başvuru olarak tanımlanmaktadır. İdari başvurular kişilerin doğrudan mahkemeye başvurup uzun süreçler sonucunda karar almalarını beklemeksizin, araya bir aracı girmeksizin taleplerini idareye doğrudan iletmeleri bakımından önem taşımaktadır. İdari başvurular eğer doğru bir şekilde değerlendirilebilirse bireyler açısından oldukça önemli ve pratik bir çözüm yolu sunmaktadır.

Genel kurallar gereğince bireyler idareye taleplerini her zaman için ulaştırma imkânına sahiptirler. Genel kuralların dışında idari başvuruların yapılmasına imkân tanıyan özel nitelikli mevzuatta bulunmaktadır. Bu mevzuattan birisi de 657 sayılı Devlet Memurları Kanunudur. 6111 sayılı kanunla yapılan son değişikliklerle beraber inceleme konumuzu oluşturan ‘memur özlük sistemindeki idari başvurular’ oldukça kapsamlı ve derinlemesine incelenmesi gereken bir konudur. Bu tür başvuruların memurlara tanınan hakların kullanılması açısından uygulanmasına imkân tanıyan 657 sayılı kanun memurların yapabileceği idari başvurular konusunda temel kanun niteliğindedir. Kanunun ‘müracaat, şikâyet ve dava açma’ başlıklı 21. maddesi ile açık bir şekilde devlet memurlarının kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaat; amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari eylem ve işlemlerden dolayı şikâyet ve dava açma hakkına sahip olduklarını belirtmiştir. Memur özlük sisteminde Devlet Memurları Kanunu ile tanınan idari başvuruları ele aldığımız çalışmamız boyunca elde ettiğimiz sonuçları şu şekilde sıralamamız mümkündür;

Devlet Memurları Kanununu son yapılan yasal değişikliklerle beraber bütünü ile ele alıp incelendiğimizde kanunda öngörülen başvuruların tamamının sübjektif bir hakka dayandığı ve idareyi başvuru konusu hakkında bir cevap verme yükümlülüğü altına soktuğu görülmektedir. Bu sebeple de kanunda öngörülen başvuruların tamamı etkili birer idari başvuru türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanunda öngörülmeyen bir hakka dayanarak yapılan başvurular ise elbette ki etkisiz idari başvuru olarak değerlendirilecektir.

Memur özlük sisteminde yapılan idari başvurular hem ortada idarenin bir eylem veya işlemi olmaksızın yapılan idari başvurular ve hem de daha önceden yapılan bir eylem veya işlem üzerine yapılan idari başvurular şeklinde olabilmekte ve kanun tarafından bu tür başvurular isteğe bağlı ve zorunlu başvurular olarak iki şekilde söz konusu olabilmektedir.

Kanunda öngörülen idari başvurular başvurunun yapıldığı makam açısından ya hiyerarşik üst makama yapılan idari başvurular ya da disiplin kuruluna veya yüksek disiplin kuruluna yapılan idari başvurular olarak iki şekilde yapılabilmektedir.

KAYNAKÇA

Duran, Lütfi, “İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında İdarenin Sükutu”, **İ.Ü.H.F.M.**, C. XII, S. 1.

Dündar, Erol, “Milli Eğitim Teşkilatı Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi” **Danıştay Dergisi**, S. 68 -69.

Eroğlu, Hamza, **İdare Hukuku**, Ankara 1984.

Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, **İdare Hukuku**, 3. B., İstanbul 2008.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, 2. B., Bursa 2009.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 8. B., Bursa 2009.

Karahoğulları, Onur, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri” **Çağdaş Yerel Yönetimler**, C. 8, S. 3.

Onar, Sıdkı Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 3. B., İstanbul 1967.

Sezer, Yasin / Bilgin, Hüseyin, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, **AÜHFD**, Yıl 2008, C. 57, S. 4.

Yıldırım, Ramazan, **İdari Başvurular**, 2. B., Konya 2006.

Yıldırım, Turan, “İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru”, **İdari Usul Kanunu Uluslararası Sempozyumu Bildiriler**, Ankara 17-18 Ocak 1998.