

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

*HUKUK FAKÜLTESİNİN KURULUŞUNUN
ONUNCU YILINA ARMAĞAN*

CİLT: VIII

SAYI: 1

YIL: 2013

**Haziran – 2013
KAYSERİ**

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Murat DOĞAN

SORUMLU MÜDÜR

Osman ÖZDEMİR

| | |
|---|--|
| <u>HABERLEŞME ADRESİ</u> | <u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000 |
| ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ | <u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62 |
| 38039 / MELİKGAZİ- KAYSERİ | <u>E-MAİL</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 (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gereklidir.
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. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri olmak üzere özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek, gönderilmesi gereklidir.
4. 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.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 2000 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 başlıklandırılmalar kullanılmamalıdır.
6. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir, yayımlanması uygun görülen çalışmalar ise 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.

7. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
8. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yaralanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
12. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL
Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK
Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL
Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN
Arş. Gör. İsmail ATAMULU
Arş. Gör. Emre KÖROĞLU
Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU
Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU
Arş. Gör. Gülsüm KAYA
Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE
Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK

EDİTÖRLER

Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK
Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI*

Prof. Dr. Murat DOĞAN • Prof. Dr. İsmail KAYAR • Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL • Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN • Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK • Yrd. Doç. Dr. Mete ERDEM • Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL • Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK • Yrd. Doç. Dr. Sinan OKUR, LL.M. • Yrd. Doç. Dr. Gülđen ŞİŞMAN • Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL • Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI • Öğr. Gör. Emrah ÖZDEMİR • Arş. Gör. Kürşat AKÇA • Arş. Gör. Hilal AKIL • Arş. Gör. Aslı NANEÇİ ARICI • Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN • Arş. Gör. İsmail ATAMULU • Arş. Gör. Fatih AYDIN • Arş. Gör. Alpaslan BALCI • Arş. Gör. Harun BODUR • Arş. Gör. Ranegül CAMIZ • Arş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER • Arş. Gör. Eylem ÇAKMAZ • Arş. Gör. Eda DEMİRİSOY • Arş. Gör. Osman DURAN • Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK • Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY • Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLİSOY • Arş. Gör. Derya Başak MEDENİ • Arş. Gör. Emine GÜLSELCEN KAFKASYALI • Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU • Arş. Gör. Gülsüm KAYA • Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN • Arş. Gör. Emre KÖROĞLU • Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL • Arş. Gör. Volkan ÖZÇELİK • Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR • Arş. Gör. Abdulkadir SAKA • Arş. Gör. Şenel SARIKOĞLU • Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN • Arş. Gör. Oğuz USTA • Arş. Gör. Mustafa UYANIK • Arş. Gör. Kürşat YEMENİCİ • Arş. Gör. Hakan YILDIRIM • Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE.

* DERGİDEKİ İSİM SIRALAMALARI UNVAN VE SOYADI ESAS ALINARAK YAPILMAKTADIR.

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI

Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar 1

Doç. Dr. Erhan TEMEL, LL.M.

Die zivile Haftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft gem.
§ 93 AktG..... 13

Doç. Dr. Gökçen TOPUZ

Almanya Federal Mahkeme Kararı Çevirisi - I..... 39

Doç. Dr. Gökçen TOPUZ

Almanya Federal Mahkeme Kararı Çevirisi - II 47

Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL

Konut Yapı Kooperatiflerinde İflas Erteleme Süreci ve Borca Batıklık Sorunu..... 55

Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN

Aşırı Yararlanma (TBK m. 28)..... 87

Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Henüz Var Olmayan Kişilerin ve Ceninin Art Mirasçı Olarak Atanması.....107

Yrd. Doç. Dr. Elvin BATMAZ SİLAHTAROĞLU

Özel Güvenlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası127

Yrd. Doç. Dr. Elvan SÜTKEN

Basın Yoluyla Kişilik Haklarına Yapılan Saldırılarından Doğan Hukuki Sorumluluk ...149

Yrd. Doç. Dr. Selen SERDER YILMAZ

TTK'da Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımına İlişkin Genel Hükümler ve
Kayıtlı Sermaye Sisteminde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı.....187

Arş. Gör. Hasan Ali KAPLAN

Deneme Süreli İş Sözleşmeleri235

Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN

Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği247

Arş. Gör. Aynaz UĞUR

Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yolu ile Takipte Çeke İlişkin Sorunlar259

Başak ÖZKÖK YILDIRIM

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kiracının Kira Bedelini Ödemekte
Temerrüdü Sebebiyle Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi
(TBK m. 315 ve TBK m. 352, f. 2).....277

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Aytaç KOÇAK / Prof. Dr. Ekin Özgür AKTAŞ /

Yrd. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI / Yrd. Doç. Dr. Hikmet VURGUN

Uluslararası ve Türkiye Hentbol Federasyonları Oyun Kurallarından,

Madde 4:9'un Tıbbi ve Adli Yönden Tartışılması319

Doç. Dr. Mustafa ÖZEN

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar333

Doç. Dr. Fatma TAŞDEMİR

Başarısız Devletler ve Uluslararası Hukuk Açısından Ortaya Çıkardığı Sorunlar405

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Yaşar DEMİRCİOĞLU

Yükseköğretim Kurulunun Öğretim Üyeleri Hakkında İstihbarat Toplama Yetkisi

Var mıdır?425

Yrd. Doç. Dr. Kemal ŞAHİN

Demokratik Yönetimin Unsurları ve Demokrasinin Anayasal Güvenceleri469

Yrd. Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN / Araş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER

Kamu Kurumları ve Belediyelerin Vergisel Yükümlülüklerinin Yerine

Getirilmemesi Nedeniyle Doğan Zararın Kamu Zararı ve Haksız Fiil Bağlamında

Değerlendirilmesi485

Dr. Said Vakkas GÖZLÜGÖL

Uluslararası Şirketlerin Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Açısından Hesap

Verebilirliği Sorunu505

Araş. Gör. Beril TAŞKIN

5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'na Göre Zimmet Suçu529

Araş. Gör. Gülsüm KAYA

Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Anadilde Eğitim Sorunu551

CONTENTES

PRIVATE LAW

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI

Preferred Shares in Incorporated Companies According to
New Turkish Commercial Code 1

Assoc. Prof. Dr. Erhan TEMEL, LL.M.

Die zivile Haftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft gem.
§ 93 AktG..... 13

Assoc. Prof. Dr. Gökçen TOPUZ

Translation of the Decision of Germany Federal Court – I..... 39

Assoc. Prof. Dr. Gökçen TOPUZ

Translation of the Decision of Germany Federal Court – II 47

Assist. Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL

Being in Insolvency and Suspension of Insolvency Issues in Building Cooperatives ... 55

Assist. Prof. Dr. Ramazan AYDIN

Übervorteilung (Art. 28 TOGB) 87

Assist. Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Appointment of Nonexistent Persons and Foetus as Reversionary Heir..... 107

Assist. Prof. Dr. Elvin BATMAZ SİLAHTAROĞLU

Private Security Compulsary Liability Insurance 127

Assist. Prof. Dr. Elvan SÜTKEN

Civil Liability Founded on Attacks Against Personal Rights by Press..... 149

Assist. Prof. Dr. Selen SERDER YILMAZ

The General Provisions of Increase of Capital in Joint-Stock Corporations Under the
Turkish Commercial Code and Increase of Capital With External Sources in the
Registered Capital System..... 187

Res. Asst. Hasan Ali KAPLAN

Trial-Term Employment Contract..... 235

Res. Asst. Hasan KAYIRGAN

Qualification of Relationship Between Member of Board of Directors With Joint -
Stock Company..... 247

Res. Asst. Aynaz UĞUR

Issues Concerning Check in Executive Proceeding Peculiar to Bills of Exchange 259

Başak ÖZKÖK YILDIRIM

According to the Turkish Code of Obligations, No: 6098 The Termination of Lease
Contract Due to Default of Payment of the Rent of the Tenant (Turkish Code of
Obligations Art. 315 and Turkish Code of Obligations Art. 352/ p. 2) 277

PUBLIC LAW

Prof. Dr. Aytaç KOÇAK / Prof. Dr. Ekin Özgür AKTAŞ /

Assist. Prof. Dr. Serkan ÇINARLI / Assist. Prof. Dr. Hikmet VURGUN

Discussion on Medical and Legal Perspectives of International and Turkey
Handball Federations' Game Rule; Article 4:9.....319

Assoc. Prof. Dr. Mustafa ÖZEN

Crimes That Were Regulated in the Turkish Commercial Code Numbered 6102333

Assoc. Prof. Dr. Fatma TAŞDEMİR

The Failed States and the Problems They Generate in Terms of International Law405

Assist. Prof. Dr. Mustafa Yaşar DEMİRCİOĞLU

Does the Council of Higher Education Have Authority to Gather Intelligence
About Faculty Members?425

Assist. Prof. Dr. Kemal ŞAHİN

Element of Democratic Management and Constitutional Guarantee of Democracy469

Assist. Prof. Dr. Gülден ŞİŞMAN / Res. Asst. Aynur CİDECİGİLLER

The Evolution in the Context of Public Damage and Tort, Damages Arise as a
Consequence of Default on Public Institutions and Municipalities' Tax Obligation485

Dr. Said Vakkas GÖZLÜGÖL

The Accountability Question of International Corporations Under the
International Human Rights Law505

Res. Asst. Beril TAŞKIN

The Crime of Embezzlement According to Banking Act. No. 5411529

Res. Asst. Gülsüm KAYA

Right to Education in Turkish Law and Right to Education in Mother Tongue551

Özel Hukuk

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ANONİM ŞİRKETTE İMTİYAZLI PAYLAR

*Prof. Dr. Hasan PULAŞLI**

GİRİŞ

I. İMTİYAZ KAVRAMI VE TANINMA KOŞULLARI

İmtiyaz kelimesi Arapça kökenli olup, Türk Dil Kurumunun Lügat'inde “başkalarına tanınmayan özel, kişisel hak veya şart, ayrıcalık”¹ şeklinde ifade edilmektedir. Bütün hukuk sistemlerinde imtiyazlar, sermaye katılım oranına göre diğer paylara nazaran farklı *üstün haklar ve ayrıcalıklar* tanınması biçiminde ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla imtiyaz, paya tanınan üstün bir haktır. Üstün sözcüğü, hiyerarşik anlamı değil, adı paya nazaran daha çok haklardan yararlanmayı ifade eder². Aynı şekilde 6762 sayılı Yasa döneminde bazı yazarlarca savunulan “*kanuna nazaran üstünlük*”³ de değildir. Kaynak İsviçre BK m. 656/1 hükmünde de, “**imtiyazlı paylar, adı paylara nazaran haklardan daha fazla yararlanırlar**” denilmek suretiyle, üstünlüğün, “adı paya” (*Stammaktien*) nazaran olduğu açıkça belirtilmiştir. Nitekim TTK m. 478/2 hükmündeki, “imtiyaz ...paya tanınan üstün bir hak” ifadesi de benzerlik göstermektedir⁴. Ancak yeni Kanunda, YK'da temsil edilmeye ilgili olarak imtiyazın payın yanı sıra özellik ve nitelikleriyle belirli grup oluşturan pay sahiplerine veya azılığa da tanınabilmesi benimsenmiştir (TTK m. 360/1).

Anonim şirketler hukukunda *haklardan yararlanma*, genel olarak “oransallık ilkesi” (*soviel Kapital soviel Rechte*) ilkesi benimsendiğinden,⁵ imtiyaz da, oransallık ilkesinin sonucu olan “**paylar arasında eşitlik**” ilkesinin bir istisnasını teşkil eder. Diğer bir ifade ile imtiyaz sahibinin lehine oransallık ilkesin-

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

¹ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük 1, 9. baskı, Ankara 1998, s. 1078. **Pulaşlı**, Hasan, Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, 2. bası Ankara 2013, § 23, N. 28.

² **Gereke**, m. 478, s. 173.

³ Bkz. **Tekinalp**, Ünal, İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar, XIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1996, s. 1 vd.; **Çeker**, M.; Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 52.

⁴ **Gereke**, m. 478, s. 173. **Pulaşlı**, Şirketler genel Esaslar, 2. bası, § 23, N. 29.

⁵ Buna göre her pay sahibi kural olarak eşit haklara değil, şirket sermayesine katılımı ölçüsünde değişen oranda haklara sahip olacaktır. Aynı yönde, **Nomer**, F. Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi, Prof. Dr. O. İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 469 vd. (471, 485; **Kendigelen**, Yönetime Katılmada İmtiyaz, s. 28.

den sapılmaktadır⁶. Nitekim TTK m. 479/1 hükmünde, **oyda imtiyazın, eşit itibarî değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanınabileceği** öngörülmektedir. Bu bağlamda hemen belirtelim, yeni Ticaret Kanununun sistemine göre, payın çoğunluğuna sahip olmak *ipso iure* oyların da çoğunluğu da sahip olunması sonucunu doğurmayabilir. Çünkü m. 434/2 hükmü uyarınca, **“birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısı esas sözleşmeyle sınırlandırılabilmesi”** mümkündür. Bu durumda, oy hakkının tanınmasında, esas sözleşmede hüküm olması kaydıyla, oransallık ilkesinden sapılabilmesine yasa izin vermektedir.

İmtiyaz, mutlaka esas sözleşme ile tanınır (m. 478/1). Bu durumda, imtiyaz tanınan pay veya paylar ile diğer paylar kendiliğinden ve zorunlu olarak iki farklı grup oluştururlar.⁷ Ancak, mevcut payların aralarında bir üstünlük olmaksızın, esas sözleşmede sadece (A), (B) ve (C) gibi farklı gruplara ayrılması, bir imtiyazın tanındığı anlamını doğurmaz. Aynı şekilde, imtiyazın belirlenmesindeki kriter, “üstün bir hakkın tanınması” olduğundan, bu bağlamda payın nakit veya ayın karşılığı, nama veya hamiline yazılı olması, **kâr payının ya da tasfiye bakiyesinin ödenmiş sermayeye göre değil, itibarî değere göre belirleneceğinin esas sözleşmede öngörülmüş olması da tek başına imtiyaz olarak değerlendirilemez**⁸. Ancak yeni Kanunda, kuruluşta ve sermaye artırımında, nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin en yüzde yirmibeşi (%25) tescilden önce, geri kalan $\frac{3}{4}$ de tescili izleyen en geç 24 ay içinde ödenmesi zorunlu olduğundan, bu kuralın uygulanması istisna teşkil eder.

1. İmtiyaz Esas Sözleşme ile Tanınabilir

İmtiyaz, kuruluşta veya daha sonra esas sözleşmede yapılacak değişikliklerle tanınabilir. Nitekim bu husus yeni Kanunda, *“ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir”* denilmek suretiyle ifade edilmiştir (m. 478/1; İsv. BK m. 656/1.2.cüm). Esasen anonim şirketler hukukunda haklardan yararlanmada oransallık ilkesi geçerli olduğundan, bu ilkedan ayrılabilmek için mutlaka esas sözleşmede açık bir hükmün bulunması gerekir. Bu nedenle, **esas sözleşme değişikliği yapılmadan sadece genel kurulun aldığı bir tavsiye kararıyla imtiyaz oluşturulması mümkün değildir**⁹. Ancak kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş olan anonim şirketlerde, yönetim kurulunun imtiyazlı pay ihraç etme olanağına sahip olması, bu hususta esas

⁶ Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 41, N. 28; **Tekil**, Şirketler Hukuku, s. 513; AŞ, s. 406, 410; **Eriş**, AŞ, s. 609; **Kendigelen**, Yönetime Katılmada İmtiyaz, s. 28-29 ve dn. 109.

⁷ **Kendigelen**, Yönetime Katılmada İmtiyaz, s. 27. **Pulaşlı**, Şirketler, 2. bası, § 23, N. 31

⁸ **Pulaşlı**, Şirketler, Genel Esaslar, 2. bası, § 23, N. 33.

⁹ Aynı yönde, 11. HD. 12.11.1992, E. 3211/K. 10546 (Batider, 1993/1, s. 139); **Kendigelen**, Yönetime Katılmada İmtiyaz, s. 35.

sözleşme ile kendisine (YK'na) yetki verilmiş olması ön şartına bağlıdır (6362 sayılı SPKn m. 18/5).

2. İmtiyazın Konu ve Kapsamı Esas Sözleşmede Açıkça Belirtilmelidir

İmtiyazın esas sözleşmede temellendirilmesi şarttır. Bu nedenle, imtiyazların tanımlanması, somutlaştırılması mutlak surette esas sözleşmenin içeriğine ait bir olgudur. Bu itibarla, esas sözleşmede imtiyazın sadece bir grup paya tanındığının belirtilmesi yeterli olmaz; ayrıca imtiyazın konusu ve kapsamının da *açıkça* belirtilmesi şarttır.

İmtiyaza ilişkin üstünlüğün, paydan kaynaklanan pay sahipliği haklarına ilişkin olması zorunludur. TTK m. 478/1 hükmündeki «*imtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır*» ifadesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, *imtiyazın kaynağını, ancak kanunî pay sahipliği hakkı veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı teşkil edebilir. İmtiyazın konusunu yönetim ve malvarlığı karakterli haklar oluşturur; örneğin, oy hakkı, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, kâr payı hakkı, tasfiye bakiyesi hakkı, rüçhan hakkı gibi. Buna karşın, doğrudan paya bağlı olmayan haklar (örneğin yönetim kurulu veya genel kurul toplantı başkanının üstün oya sahip olması gibi) imtiyaz olarak nitelendirilmeyeceği gibi, paylar arasındaki mevcut diğer farklılıklar da (örneğin payın itibarî değer¹⁰ veya primli paylardaki ihraç değeri, pay bedellerine mahsuben yapılan ödemelerdeki farklılıklar, bir pay grubu için esas sözleşmede öngörülen devir sınırlaması, pay karşılığının nakit veya ayın olması gibi) imtiyaz olarak nitelendirilemez.¹¹ Aynı şekilde, ortakların payları satması durumunda diğer pay sahiplerine esas sözleşmede tanınmış olan alım, geri alım ve önalım hakları da imtiyaz değildir¹².*

Payları gruplara ayırmaksızın, sadece belirli oranda payı temsil eden pay sahiplerine tanınan YK'na aday önerme hakkı imtiyaz olabilir mi? Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin bir kararında aynen şöyle denilmektedir: «**anonim şirket esas sözleşmesinde öngörülen %50.5 payı temsil eden ortakların gösterecekleri adaylardan, ortaklığın beş kişilik yönetim kurulunun üç kişisinin seçileceği koşulu, imtiyaz değildir.**¹³ Çünkü burada, esas sermayenin %50,5'ini temsil eden payların hangi gruptan olduğu belli de-

¹⁰ Aksi görüş **İmregün**. Yazar, farklı nominal değerli payların birer özel kategori pay grubu oluşturacağı görüşündedir. KTH, s. 373.

¹¹ Aynı yönde **Kendigelen**, Yönetime Katılmada İmtiyaz, s. 32 vd.

¹² **Karayalçın**, Meseleler ve Görüşler II, s. 111; **Kendigelen**, Yönetime Katılmada İmtiyaz, s. 33. **Teoman**, Yaşayan Ticaret Hukuku 1/4, s. 12.

¹³ 11.HD.22.10.1991, E.1656/K, 5573 (**Eriş**, AŞ. s. 614).

ğildir ve dolayısıyla, aday belirlemek için özel kurul toplantısına hangi payların veya pay gruplarının katılacağı belirsizdir.¹⁴

3. İmtiyaz Oransallık İlkesinden Sapılarak Tanınabilir

Anonim şirketlerde esas sermaye, belirli itibarî değerleri içeren paylardan oluşur. Pay, üyelik hak ve borçlarının kaynağını teşkil eder. Dolayısıyla *imtiyaz, paya veya özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azınlığa* tanınır (m.360/1). Kural olarak, her pay sahibi şirket sermayesine katılım oranında değişen haklara sahip olur ve dolayısıyla anonim şirketlerde paylar arasında mutlak bir eşitlikten söz edilemez. Bu bakımdan payın sağladığı haklardan yararlanmada ölçü olarak nispî eşitlik ilkesinin bir görünümü olarak “*oransallık ilkesi*” anonim şirketlerde geçerlidir.¹⁵ Nispî (göreceli) eşitlik ilkesi aynı zamanda aynı konumda bulunan pay sahiplerine eşit işlem yapılmasını da emreder. Ayrıca nispî eşitlik ilkesi, imtiyazlı payların mevcut olması hâlinde de geçerliliğini korur ve aynı gruptaki paylara uygulanır. Bu bağlamda eşit işlem ilkesi, aynı gruba ait paylar arasında eşitliğin sağlanması gereğini ifade eder.

Ancak oransallık ilkesine dayanan paylar arasında nispî eşitlik ilkesi, kamu düzeni ile ilgili olmadığından, esas sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla, bazı paylara imtiyaz tanınabileceği kabul edilmektedir (m. 478/1). Böylece, oransallık ilkesinin bir sonucu olan “*paylar arasında eşitlik*” diye nitelenen bu kurala zıt bir hüküm öngörülmüştür. Ayrıca, **esas sözleşme ile bazı paylara yeni pay sahipliği hakkı veya hakları tanınabilir (m. 478/2). Bu da imtiyazlı pay gibi mütalâa edilir.**

4. Kamu Aleyhine İmtiyaz Tesis Edilemez

6335 sayılı Kanunla TTK m.478 hükmüne 4. madde eklenerek, *sermayesinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte; Devlet, il özel idaresi*¹⁶, *belediye ve diğer kamu tüzel kişileri, sendikalar, dernekler, vakıflar, kooperatifler ve bunların üst kuruluşlarına ait anonim şirketlerde* ve bu şirketlerin aynı oranda sermaye payına sahip oldukları *iştiraklerinde*; bunların sahip oldukları paylara tesis edilebilecek imtiyazlar hariç olmak üzere, diğer paylara, belirli bir grup

¹⁴ Eriş, AŞ. s. 614. dn.12.

¹⁵ Tekil, AŞ, s. 47-vd; Pulaşlı, Şirketler, 2. bası, § 23, N. 36. Kendigelen, Yönetime Katılmada İmtiyaz, s. 28; Nomer, İmregün’e Armağan, s.470 vd.; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), 9. bası, N. 788; İmregün, AO, s. 334; Karahan, İmtiyazlı Paylar, s. 41; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 2, N. 49 vd.

¹⁶ 6360 Sayılı “On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” un 1. maddesinin *birinci, ikinci ve dördüncü* fıkrada sayılan illerdeki il özel idarelerinin tüzel kişiliği kaldırılmıştır.

oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa bu Kanunda düzenlenen herhangi bir imtiyaz tesis edilemeyeceği öngörüldü. Ancak bu hüküm, payları borsada işlem gören anonim şirketlere, 5411 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinde tanımlanan kredi kuruluşlarına ve finansal kuruluşlara uygulanmaz¹⁷.

5. İmtiyaz Paya ve Pay Sahiplerine Tanınır

a. Kural: İmtiyaz Paya Tanınır

Kural, İmtiyazın paya tanınması ve bağlanmasıdır. Bu durum TTK m. 478/1' hükmünde, “*ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Bu kural gereği, “*imtiyaz, üstün hak olup, kişiye, makama veya belirli bir sığata değil, yalnızca paya bağlanır*”¹⁸. Dolayısıyla, ilgili pay sahibi, tanınan imtiyazdan diğer imtiyazlı pay sahiplerinden bağımsız bir şekilde, tek başına yararlanabilmesidir. Böylece, imtiyazın paya bağlanmasıyla, bir bakıma imtiyaz kişiselleşmekte ve sahibine doğrudan doğruya üstün haktan yararlanma imkânı sağlanmaktadır¹⁹.

b. İstisna: İmtiyaz Pay Sahiplerine de Tanınabilir

İmtiyazın paya tanınması kuralına, yeni Kanunda bir istisna getirilmiş ve payın yanında “*pay sahiplerine*” de imtiyaz tanınmasına olanak sağlanmıştır (m. 478/3). Gerçekten de TTK m. 478/1 hükmünde imtiyazın; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı *gibi* haklarda tanınabileceği belirtildikten sonra, aynı maddenin 3. fıkrasında, bu hususta yönetim kurulunda temsil edilme hakkını düzenleyen m. 360 hükmünün saklı olduğuna işaret edilmekte ve hükme göre, “**...özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir**” denildikten sonra **2. fıkrasında da, bu maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan payların imtiyazlı sayılacağı ifade edilmektedir**. Dolayısıyla, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının açıkça imtiyaz olduğu belirtilmektedir.

İmtiyazın düzenlendiği 478. maddenin *Gereğesinde*, imtiyazın kişiye değil, “*sadece paya*” tanınabileceği ifade edilmektedir²⁰. Kanımca, m. 360/1 ve 2 hükmü karşısında, bu ifade yerinde değildir. Çünkü yönetim kurulunda temsil edilme hakkı *imtiyaz* olduğuna ve bunun da *özellik ve nitelikleriyle belirli grup oluşturan pay sahiplerine* (örneğin, yan sanayi mensupları, bayiler gibi)²¹ veya

¹⁷ **Pulaşlı**, Şirketler, Genel Esaslar, 2. bası, § 23, N. 37.

¹⁸ Bkz. **Gereğçe**, m. 478, 1. fik. S. 173.

¹⁹ **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar C. I, s. 424; **Kendigelen**, Yönetime Katılmada İmtiyaz, 26; **Çeker**, M. Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 65-66.

²⁰ **Gereğçe**, m. 478, s. 173. **Pulaşlı**, Şirketler Genel Esaslar, 2. bası, § 23, N. 42.

²¹ **Gereğçe**, m. 360, s. 107. **Pulaşlı**, Şirketler Genel Esaslar, 2. bası, § 23, N. 42.

azınlığa tanınabildiğine göre, **“pay”ın yanı sıra pay sahiplerine de imtiyazın tanınabileceği açıktır.** Anılan maddede yan sanayi mensubu veya tedarikçi olma özellik ve niteliği, paya değil, pay sahiplerine ilişkindir. Dolayısıyla **bu, pay sahiplerinin kişiliğiyle ilgili bir özelliktir.** Ayrıca, **“azınlık”, payın değil, pay sahipliğine ilişkin “sermayeye katılım oranıyla ilgili bir durum olup, payla ilgili değildir.** Çünkü payın üzerinde, imtiyazı belirlemek için **“azlık” veya “azınlık” payı diye bir ibare yer almaz;** bu durum, sermayeye katılım oranıyla ilgili ve ilişkilidir. Dolayısıyla, *Gereke*’deki **“sadece paya”** ifadesinin, **“kural olarak paya”** şeklinde anlaşılması gerekir.

Ancak, imtiyazın belirli özellik veya nitelikte olanlara tanınabilmesi için, söz konusu anonim şirketin pay sahipliği yapısının buna uygun olması gerekir. Şöyle ki, Kanunda açıklandığı üzere, belirli pay sahiplerine imtiyazın tanınabilmesi için, bunların yukarıda da açıklandığı üzere **“belirli özellik veya nitelikleri haiz olması”** şarttır. **Eğer şirket ortaklarının tamamı aynı özellikte ise veya hiç birinin diğerinden farklı bir özelliği ve niteliği yoksa YK’da temsil edilme imtiyazı oluşturulamaz.** Örneğin, 10 ortaklı anonim şirket şeklinde kurulan bir hastane işletmesinin 10 ortağının hepsinin doktor olması gibi. Ancak, ortaklarının bir kısmının hekim, bir kısmının da eczacı veya laborantlardan oluşması halinde, esas sözleşme ile hekim ortaklara yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir.

Öte yandan, **belirli grup oluşturan pay sahiplerinin paylarının, “bağlı nama yazılı pay” olması gerekir, çünkü söz konusu payları devralacak kişilerin, mevcut pay sahiplerinin özellik ve niteliğini taşıması gerekir.** Örneğin belirli pay grubunu oluşturan pay sahiplerinin otomobil yan sanayi veya bayisi ya da hastane işletmeciliğinde hekim olması hâlinde payı iktisabı mümkün olabilir. Çünkü söz konusu payı devralan kişi ya da kişiler, imtiyazın tanındığı pay sahibinin özellik veya niteliklerini taşımadığından ve imtiyazın da paya değil, aksine **belirli nitelikleriyle grup oluşturan “pay sahiplerine”** tanındığından, iktisap eden o pay sahipleri grubuna ait olan yönetim kurulunda temsil edilme hakkından yararlanamaz.

İmtiyazın **“azlığa” tanınması halinde, bu payların nama yazılı olması gerekmediği gibi, payın sahiplerinin belirli bir nitelik veya özellikte olması da gerekli değildir; sadece esas sermayeye katılım oranı bakımından “azınlık”ta olmaları yeterlidir.** Ancak sorun, azınlığa YK’da temsil edilme hakkının nasıl ve ne şekilde tespit edilebileceğidir. Kanımca azınlığa veya azınlık pay sahiplerine yönetim kurulunda imtiyaz tanınabilmesi ancak ve sadece ortak sayısı az ve belirli olan kapalı tip anonim şirketlerde mümkün olabilir. Şöyle ki, ortak sayısı 5 veya 7 olan bir anonim şirkette, (A) şahsının pay çoğunluğuna sahip olması halinde, diğer pay sahiplerinin kural olarak yönetim kurulunda temsil edilmeleri mümkün olmaz. Bu durumda, payları (A) ve (B) pay grupları-

na ayırarak, azınlıkta olan (B) pay grubuna yönetimde temsil edilme hakkı tanınabilir ve tanınan üye sayısına göre onların seçeceği kişi veya kişiler genel kurul tarafından yönetim kuruluna seçilir. Ancak burada ortaya şöyle bir sorun çıkabilir, örneğin azınlıktaki (B) grubundaki pay sahiplerinden bir veya bir kaçının (A) grubuna ait payları iktisap etmesiyle çoğunluğuna sahip olması ve (A) grubunun payı azınlığa düşmüş olması halinde, bu durumda, “azınlık imtiyazından” (A) grubu payın sahibi veya sahipleri yararlanır. Burada önemli olan, YK’da temsil edilme imtiyazından, sermayeye katılım bakımından “azınlık” konumundaki pay sahibi veya sahiplerinin yararlanabilmesidir.

II. İMTİYAZ OLUŞTURULABİLECEK KONULAR

Ticaret Kanununda imtiyazın; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı *gibi* haklarda tanınabileceği (m. 478/1) ve bu hususta yönetim kurulunda temsil edilme hakkını düzenleyen m. 360 hükmünün saklı olduğu belirtilmektedir (m. 478/3). Saklı olduğu belirtilen 360. maddenin 2. fıkrasında, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının açıkça imtiyaz olduğu belirtilmektedir. Buna göre, bağlandıkları haklar ve menfaatlerin mahiyetleri bakımından imtiyazlı payları, (1) *malvarlığı haklarında*, (2) *oy hakkında*, (3) *yönetim organında temsil edilme* konularında olmak üzere *üç grup* altında toplayabiliriz.

1. Malvarlığı Haklarında İmtiyaz

a. Kâr Payında İmtiyaz

Kâr payı bakımından imtiyazlı olmak; bu tür pay sahipleri, diğer pay sahiplerine nazaran onlardan önce, belirli bir yüzde oranında kâr payına iştirak ederler²². Kâr payında imtiyaz, başlıca üç noktada pay sahiplerine üstünlük sağlayabilecek şekilde düzenlenebilir.

–*Kârdan daha fazla pay almak*. Halka açık anonim şirketlerde, ilk temettü’ü gözeterek kâr payından daha fazla pay almak şeklinde olabilir.

–*Kâr payından öncelikle yararlanmak*. Kapalı tip anonim ortaklıklarda esas sözleşme ile bir grup paya kârdan öncelikle yararlanma konusunda imtiyaz tanınabilmesi mümkün olmakla beraber, halka açık anonim şirketlerde böyle bir imtiyaz tanınmaz. Çünkü SPKn m. 15 hükmünde, ilk temettünün bütün pay sahiplerine oransallık ilkesine göre dağıtılması emredici olarak tanınmıştır.²³

²² Bu konuda bkz. **Vogt**, Nedim Peter; Basler Kommentar, Art. 654-656, N. 9 vd.

²³ **Pulaşlı**, Şirketler Genel Esaslar, 2. bası, § 23, N. 47. **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), 9. bası, N. 791.

–*Kâr payında imtiyazın birikir (kümülatif) nitelikte olması.* Buna göre, esas sözleşmede öngörülen miktarı (yani belirli yüzde kâr oranı) karşılamaya, o yılın kârının yetmemesi hâlinde, kâr hakları birikir ve ileriki yıllarda şirket kâr ettiği zaman toptan ödenebilmesi ve pay sahibinin de geçmiş yıl veya yıllara ilişkin bu ödemeyi talep edebilmesidir²⁴.

Şirket, esas sözleşmesiyle bu alternatiflerden birini, ikisini veya hepsini içeren düzenlemelerin getirilmesi mümkündür.

b. Tasfiye Payında İmtiyaz

Bu tür pay senetleri, şirketin tasfiyesi sonunda elde edilecek şirket safi malvarlığı, yani tasfiye bakiyesi üzerinde adî pay senetlerine nazaran rüçhan hakkını haizdirler. Buna göre, tasfiye bakiyesi önce, tasfiye bakiyesinde imtiyazlı olan pay sahiplerinin haklarının ödenmesi için kullanılır. Bundan sonra, elde mevcut kısım kalmışsa, bu, esas sözleşmede aksine hüküm yoksa, pay sahipleri arasında, ödedikleri sermayeler ve imtiyaz hakları oranında dağıtılır (TTK m. 543/1).²⁵ Ancak tasfiye payında imtiyazın varlığı hâlinde esas sözleşmedeki düzenleme uygulanır (m. 543/1, 2.cüm.).

c. Rüçhan Hakkında İmtiyaz

Rüçhan hakkında imtiyaz, uygulamada pek kullanılmamaktadır. Anonim şirketin kuruluşunda esas sözleşmede rüçhan hakkının sadece belirli paylara veya pay grubuna (örneğin A grubu paylara) tanınabilir²⁶. Ancak, rüçhan hakkında imtiyazın kuruluştan sonra da esas sözleşme değişikliği ile tanınması mümkündür; bunun için sermayenin %75'ini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oy vermeleri gerekir (m. 421/3, b). Kayıtlı sermayeyi benimsemiş halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulunun esas sözleşme ile, pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını sınırlandırması hususunda yetkili kılınması şart olduğundan (6362 sayılı SPKn m. 18/5), rüçhan hakkında imtiyazın halka açık anonim şirketlerde etkinliği pek yoktur²⁷.

2. Oy Hakkında İmtiyaz

Pay sahipleri oy haklarını, ilke olarak sermayeye katılma oranına göre kullanırlar. Böylece, pay sahiplerinin üstlendikleri riziko oranında oy gücüne sahip

²⁴ **Vogt**, Basler Kommentar, Art. 654-656, N. 10; **Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel**, § 41, N. 27; **von Greyerz**, Aktiengesellschaft, s. 77. **Pulaşlı**, Şirketler Genel esaslar, 2. bası, § 23, N. 447.

²⁵ Aynı yönde **Siegwart**, Zürcher Komm. Art. 656, N. 10; **Vogt**, Basler Kommentar, Art. 654-656, N. 14; Ayrıca, İİD.21.11.1966, E.11612. K.11645.

²⁶ **Vogt**, Basler Kommentar, Art. 654-656, N. 13.

²⁷ **Pulaşlı**, Şirketler genel esaslar, 2. bası, § 23, N. 50.

olma ve dolayısıyla şirket yönetiminde etkin olabilmesi esas alınmış olmaktadır. Ancak anonim şirkette bu oransallık ilkesi yanında, oy hakkında imtiyaz sistemi de benimsenebilir. Buna göre, oransallık ilkesinin istisnasını, oyda imtiyazlı pay teşkil eder. Bu, **TTK m. 479/1 hükmünde «oyda imtiyaz, eşit itibarî değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanınabilir»** denilmek suretiyle belirtilmiştir. Ayrıca m. 434/2 hükmünde de «*her pay sahibi sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir. Şu kadar ki, birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısı esas sözleşme ile sınırlandırılabilir*» ifadesinden de, birden fazla paya sahip olanlara oy hakkında imtiyaz, diğer bir anlatımla, daha fazla oy hakkı tanınabileceği anlaşılmaktadır. Ancak TTK m. 479/1 hükmündeki, «**eşit itibarî değerdeki paylara... birden fazla oy hakkı verilerek tanınabileceği**» ifadesinden, oy hakkında imtiyazın doğrudan ve açık olarak tanınabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, **farklı itibarî değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınmak suretiyle oyda imtiyaz tanınmayacağı sonucu çıkmaktadır.** Nitekim *Gereke*'de de, **farklı itibarî değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınarak imtiyazlı pay yaratılmayacağı; bu yasağın oyda imtiyaza ilişkin kanuni sınırlamaların özellikle kaldırmaç güç sınırlamasının dolanılmasının engellenmesi ve karışıklıklara yol açmaması** ve özellikle m. 479/2 hükmünün uygulanmasında güçlüklerle karşılaşılması için öngörüldüğü belirtilmektedir²⁸.

3. Oy Hakkındaki İmtiyazın Sınırı

TTK m. 479/2 hükme göre, «bir paya en çok *onbeş* oy hakkı tanınabilir». Kaynak İsviçre hukukunda ise, «*nominal değerleri yüksek olan (diğer) payların itibarî değerlerinin, nominal değerleri düşük olan oy hakkında imtiyazlı payların itibarî değerlerinin on mislinden fazla olamaz*» hükmü ile oy hakkında imtiyaz, sermaye yatırıma oranla 10 misli ile sınırlandırılmıştır.

TTK m. 479/2 hükmündeki bir paya en çok 15 oy tanınabilmesi hükmü karşısında, oyun itibarî değere göre hesaplanması kuralına ilişkin TTK m. 434/1 hükmü uygulanmaz. Bu sınırlama çok yönlüdür:

- 1) 15 oy sınırı, adî paylar dikkate alınarak belirlenir.
- 2) Adî pay ile birlikte 434. maddede öngörülen itibarî değer ilkesi uygulanmaz²⁹.

Ancak, oy hakkındaki imtiyazın sınırlandırılması kuralı, iki halde uygulanmaz. Birincisi *kurumlaşmanın gerektiği*; ikincisi *haklı bir sebebin* ispatlandığı durumlardır. Her iki halde de mahkeme kararı gereklidir.

²⁸ Madde 479, s. 226-227. gerekçede ayrıca, 479. maddenin birinci fıkrasında eşit olmayan (farklı) itibarî değerdeki paylara eşit oy hakkı sağlayarak imtiyaz tanınmasının yasaklandığı belirtilmektedir. **Pulaşlı**, Şirketler Genel Esaslar 2. bası, § 23, N. 51.

²⁹ **Gereke**, m. 479, 2. fik. s. 174. **Pulaşlı**, Şirketler Genel Esaslar, 2. bası, § 23, N. 53.

Yasada, kurumlaşmanın gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması veya haklı sebebin ortadan kalktığı hallerde istisna etme hakkı mahkeme tarafından geri alınabileceği öngörülerek (m. 479/2), istisnanın kötüye kullanılmasına engel olunmak istenmiştir³⁰.

4. İmtiyazın Etkisiz Olduğu Haller

Oy hakkında imtiyazın etkisizleştiği durumlar, 479. maddenin 3. fıkrasında öngörülmüştür. Buna göre;

- a) Esas sözleşme değişikliği.
- b) (6335 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır).
- c) İbra ve sorumluluk davası açılması.

Ayrıca, 399. madde hükmü uyarınca genel kurulca seçilen “denetçi” ile yine 437. maddeye göre yine genel kurulun seçtiği özel denetçi seçiminde “oy hakkındaki imtiyazların” etkisizleşeceği söz konusu olabileceği kanısındayım. Çünkü, *Gerekçe*’deki “...oyda imtiyazın hâkimiyet kurulması aracı olarak kullanılmasına engel olmak amacıyla göre belirlenmiştir”³¹ ifadesine ve bununla güdülen amaca da uygun düşmektedir.

5. Yönetim Kurulunda Temsil Edilmeye İlişkin İmtiyaz

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı 6762 sayılı Ticaret Kanununda imtiyaz olarak öngörülmemekle birlikte Yargıtay’ın otuz yılı aşkın süreden beri uygulanan yerleşik içtihadı ile “grup imtiyazı”nın tanınması yönündeydi. Teori ile bağdaştırılması güç olan bu istisnayı göz önüne alan yasa koyucu, esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, *özellik ve nitelikleriyle* belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda *temsil edilme hakkı tanınabileceğini* ve bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceğini veya yönetim kurulu üyeliği için *aday önerme hakkı* da (*Vorschlagsrecht*) tanınabileceğini öngörmüştür (m. 360/1). Ayrıca yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin bu hakkın açıkça imtiyaz olduğu (m. 360/2) belirtilmiştir.

TTK’ya göre, yönetim kurulunda temsil edilme hakkıyla ilgili bazı üyelerin belirli pay sahibi grupları arasından seçilmeleri veya *bağlayıcı aday önerme hakkı tanınması şeklinde* de öngörülmesi mümkündür³².

³⁰ **Gerekçe**, m. 479, 2. fik. s. 175.

³¹ **Gerekçe**, m. 479, 3. fik. s. 175.

³² **Gerekçe**, madde 360, s. 107. **Pulaşlı**, Şirketler Genel Esaslar, 2. bası, § 23, N. 56.

Yönetim kuruluna aday önerme hakkı, esas sözleşmeye dayalı “*imtiyaz*”dır ve bu nedenle de hakların korunmasına göre yapılan ayırım açısından da, “*imtiyazlı pay*”dır (TTK m. 360/2).

III. İMTİYAZ OLUP OLMADIĞI TARTIŞILACAK KONULAR

1. TTK m. 434/2 Hükmüne Göre Oy Sayısının Esas Sözleşme ile Sınırlandırılması

Yeni Yasada, oy hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılmasına ilişkin yasal kural; “*her pay sahibinin en az bir oyunun olmasıdır*”; başka bir ifadeyle, (Sermaye Piyasası Kanunu’ndaki (SPKn) oy hakkından yoksun paylara ilişkin düzenlemesi hariç, TTK’da sisteminde de “*oysuz pay sahibi olmaz*” ilkesi geçerlidir. Ancak, bu ilkeye bağlı kalmak şartı ile yeni sistemde **oy hakkının pay sahibi temelinde sınırlandırılabilmesine izin verilmiştir**. Buna göre, **birden fazla paya sahip olan pay sahiplerine tanınacak oy sayısı esas sözleşme ile sınırlandırılabilir** (m. 434/2). Bu yeni düzenleme gereği, bir anonim şirkette payların çoğunluğuna sahip olmak *ipso iure* oyların çoğunluğunu haiz olmak sonucunu doğurmayabilir; örneğin X AŞ’nin esas sermayesi 100.000 TL olup, bir payın itibarî değeri bir TL’dir. Sermayenin %80’i A grubu payların sahiplerine aittir. A grubu payların sahiplerinin oy hakkının, toplam itibarî değerine göre ancak % 80’ini kullanılabileceği esas sözleşmede öngörülebilir. Bu durumda A grubu payların sahiplerinin, 80.000 adet oy hakkından ancak 64.000 adet oy hakkını kullanabilir ve %20 oranına ilişkin 16.000 adet paylara ilişkin oy hakları ise donmaktadır. **Bu durumda, oy hakkı sınırlandırılmamış olan pay sahiplerinin, oy hakkı bu şekilde sınırlandırılmış pay sahibine nazaran “oy hakkında gizli bir imtiyazı” söz konusu olup olamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır**. Kanımca, yukarıda da açıklandığı üzere, imtiyazın hangi konuda oluşturulacak ise, esas sözleşmede bunun açıkça belirtilmesi şart olduğundan, bunun oy hakkında imtiyaz olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

2. TTK M. 411/1 Hükmü Uyarınca Esas Sözleşme ile Çağrı Hakkının Azınlığın Dışındaki Pay Sahiplerine de Tanınması Halinde Durum.

TTK m. 411 hükmünde azınlık pay sahiplerinin genel kurulu toplantıya çağırması veya genel kurul zaten toplanacaksa, gündeme madde eklenmesi düzenlenmektedir. Bu maddenin 2. cümlesinde ise, **esas sözleşmeyle, çağrı hakkının daha az sayıda paya sahip pay sahiplerine tanınabileceği** öngörülmektedir. Öğretide *Tekinalp*, “**bu 2. cümledeki hakkın tüm pay sahiplerine tanınabileceği gibi, imtiyaz olarak da düzenlenebileceği ve hükmün lafzının buna**

müsaıt olduğunu ileri sürmektedir³³. Kanun sisteminde imtiyazın, “*yönetim ve malvarlığı*” haklarına ilişkin ve *üstün bir hak* olarak düzenlenebileceği dikkate alındığında, esas sözleşmede belirli pay sahiplerine genel kurulu toplantıya çağırmasına ilişkin bir hakkın tanınmasının “üstün bir hak” olmadığı nedeniyle, imtiyaz olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kanısındayım, çünkü genel kurulu toplantıya çağırmanın pay sahibine ne yönetsel ne de malvarlıksal bir menfaat sağladığı söylenemez. Böyle bir düzenleme ancak o pay sahibi için bir “*müktesep hak*” teşkil edebilir.

³³ **Tekinalp**, Ünal “6012 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticarî Mevzuat, Güncelleştirilmiş 14. bası, İstanbul 2012”, s. TTK m. 411, s. 198.

Die zivile Haftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft gem. § 93 AktG¹

*Doç. Dr. Erhan TEMEL, LL.M.**

ZUSAMMENFASSUNG

Die Haftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft stellt in der deutschen Rechtspraxis eine wichtige Frage dar. Dieser Beitrag behandelt zunächst die Rechtsverhältnisse zwischen dem Vorstandsmitglied und der AG. Dies ist für die Frage nach der Rechtsnatur der Haftung der Vorstandsmitglieder von enormer Bedeutung. Ferner thematisiert dieser Aufsatz die Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder. Im Anschluss daran geht der Autor auf die Voraussetzungen der Haftung im Einzelnen ein.

Schlüsselwörter: *Haftung der Vorstandsmitglieder, § 93 AktG, Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder, Anstellung und Bestellung der Vorstandsmitglieder, Voraussetzungen der Haftung.*

ÖZET

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu § 93'de düzenlenen anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusu Alman uygulamasında sık karşılaşılan önemli sorunlardan biridir. Bu makale kapsamında önce yönetim kurulu ile anonim şirket arasında ne tür ilişkiler olduğu ele alınmaktadır. Zira bu ilişkinin hukuki neteliğine göre, yönetim kurulu üyelerinin tazminat sorumlusunun niteliği belirlenmektedir. Makalede son olarak, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun şartları ayrıntıları ile ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu, Alman POK § 93, özen borcu, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişki.*

¹ Überarbeitete Fassung eines Vortrages, den der *Verfasser* an der Juristischen Fakultät der Kadir Has Universität am 30. April 2010 im Rahmen des I. Deutsch-Türkischen Rechtssymposium (Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht) gehalten hat. Diese beruht grundsätzlich auf dem Werk des Verfassers Die aktienrechtliche Haftung der Mitglieder des Vorstands/Verwaltungsrates einer konzernunabhängigen Aktiengesellschaft nach deutschem und türkischem Recht, Frankfurt am Main 2001. Die neue Entwicklungen in den letzten Jahren sowie die neuere Literatur wurden mitberücksichtigt.

* Juristische Fakultät der Universität Augsburg, erhan.temel@jura.uni-augsburg.de.

I. Aktiengesellschaften im Allgemeinen

Die Aktiengesellschaften als handelsrechtlicher Kooperationstyp sind ein Erzeugnis des 19. Jahrhunderts. Sie bilden den elementarsten Aspekt der industriellen Revolution. Die charakteristische Funktion der Aktiengesellschaft als Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit ist heutzutage die eines großen Finanzierungsinstrumentes, das von einzelnen Personen meist nicht gedeckt werden kann, sondern durch ein breites Publikum (d.h. die Ersparnisse zahlreicher Haushalte) auf den Kapitalmärkten angesammelt und sodann in langfristig gebundenes Unternehmenskapital transformiert wird. Dadurch ist die Aktiengesellschaft insbesondere in Deutschland vorzugsweise eine Gesellschaftsform für wirtschaftliche Großrisiken. Das deutsche AktG von 1965 geht von der Publikumsgesellschaft als typische Form der Aktiengesellschaft aus. Die kleinen und mittleren Unternehmen bevorzugen dagegen in Deutschland meistens die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Heute kommen auf eine Aktiengesellschaft etwa 160 Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Im Jahr 2006² befanden sich in Deutschland 15.442 Aktiengesellschaften.

Die Aktiengesellschaften stellen jedenfalls einen unentbehrlichen Teil des Wirtschaftslebens dar. Sie sind für die Volkswirtschaft von zentraler Bedeutung. Durch sie werden Produktions- und Vertriebsaufgaben jeglicher Art bewältigt. Für solch ein wichtiges Wirtschaftselement spielen sicherlich neben anderen zwingenden Organen die Leitungsorgane die bedeutendste Rolle. Sie sind nämlich hauptsächlich Entscheidungsträger der Gesellschaft. An deren erfolgreichem Management haben die Gesellschaft (Unternehmen), Aktionäre, Gläubiger der Gesellschaft, Belegschaft und schließlich die Allgemeinheit ein Interesse. Das Leitungsorgan im deutschen Vorstands-Aufsichtsrats-System (*two tier system*) ist gem. § 76 AktG der Vorstand, während der Aufsichtsrat diese Leitung zu überwachen hat.

Die Hauptversammlung stellt neben Vorstand und Aufsichtsrat ein drittes zwingendes Organ der AG dar. Die Hauptversammlung besteht aus allen stimmberechtigten Aktionären. Demnach üben die Aktionäre ihre Stimmrechte in der Hauptversammlung. Die Hauptversammlung ist in erster Linie für die Beschlussfassungen in den Fragen zuständig, die mit dem wirtschaftlichen und rechtlichen Aufbau der Aktiengesellschaft zusammenhängen. Hierzu zählen insbesondere die Angelegenheiten wie z.B. Satzungsänderung, Kapitalherabsetzung und -erhöhung, Auflösung der Gesellschaft, Verschmelzung, Umwandlung, Vermögensübertragung, Abschluss eines Unternehmensvertrags etc (§ 119 Abs. 1 AktG). Ferner ist die Hauptversammlung für die Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder, für die Entlastung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowie für die Verwendung des Bilanzgewinns zuständig.

² <http://www.bankenverband.de/downloads/082007/ta0708-fm-anzahl-ag.pdf> (Stand: 24.04.2010).

II. Rechtsverhältnisse zwischen dem Vorstandsmitglied und der Aktiengesellschaft

Es ist heute allgemein anerkannt, dass zwischen Vorstandsmitglied und AG zwei Rechtsverhältnisse bestehen: auf der einen Seite das organisationsrechtliche Bestellungsverhältnis, auf der anderen Seite das schuldrechtliche Anstellungsverhältnis.³ Dies ergibt sich aus den Bestimmungen von § 84 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 3 Satz 4 und 5 AktG. Die beiden Rechtsverhältnisse bedingen sich nicht wechselseitig, sondern sie können ein unterschiedliches Schicksal haben.⁴

Die rechtliche Trennung der Bestellung von der Anstellung hat unter anderem vor allem eine praktische Funktion. Sie erleichtert dem sachfremden Aufsichtsratsplenum das Aushandeln des komplizierten Anstellungsvertrages und gewährt ihm die Gelegenheit, diese belastenden Aufgaben an einen sachkundigen Ausschuß zu delegieren.⁵

1. Bestellung

Gemäß der zwingenden Bestimmung des § 84 Abs.1 Satz 1 AktG ist der Aufsichtsrat ausschließlich zuständiges Organ für die Bestellung der Vorstandsmitglieder. Dieses Bestellungsrecht des Aufsichtsrats kann weder durch seinen Beschluss noch durch eine Satzungsbestimmung einem Aufsichtsratsausschuss sowie einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied oder der Hauptversammlung oder irgend einem Dritten übertragen werden. Die Vorbereitung der Bestellung dagegen kann einem Ausschuss oder einem Aufsichtsratsmitglied übertragen werden.

Die Bestellung der Vorstandsmitglieder erfordert nach §§ 84 Abs. 1, 108 Abs. 1 AktG einen wirksamen Beschluss des Gesamtaufichtsrats, welcher der einfachen Mehrheit bedarf. Durch eine Bestimmung der Satzung kann keine qualifizierte Mehrheit verlangt werden⁶, sie widerspräche der zwingenden Zuständigkeit des Aufsichtsrats zur Bestellung der Vorstandsmitglieder.⁷ Es ist

³ Vgl. statt vieler, **GroßKomm/ Hopt, Klaus**, Aktiengesetz 4. Aufl. Berlin 2008, § 93 Anm. 225

⁴ **Fleck, Hans-Joachim**, Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften in der Rechtsprechung des BGH, WM Sonderbeilage 3/1981 S. 3.; **ders.**, Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften in der Rechtsprechung des BGH, WM Sonderbeilage 3/1968 S. 3.

⁵ Vgl. **Säcker, Franz-Jürgen**, Kompetenzstrukturen bei Bestellung und Anstellung von Mitgliedern des unternehmerischen Leitungsorgan, BB 1979 S. 1322.

⁶ **Meyer-Landrut**, Aktiengesetz, Großkommentar, Band I/2, 3. Aufl., 1970 Berlin usw., § 84 Anm. 2 Großkomm; **Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred**, Aktiengesetz, 13. Aufl., München 1968, § 108 Anm. 4 AktG Komm.

⁷ **Hefermehl, Wolfgang**, Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, §§ 76-117 AktG, 2. Aufl., München 2004, § 84 Anm. 12 Komm. AktG.

jedoch zulässig, dass ein Aufsichtsratsmitglied, das zum Vorstandsmitglied bestellt werden soll, mitstimmt.

Der Vorgang der Bestellung ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Deswegen herrscht in der Literatur keine Einigkeit darüber, welche zusätzlichen Erfordernisse zum Bestellungsbeschluss des Aufsichtsrats noch hinzukommen müssen, damit ein Bestellungsverhältnis wirksam begründet wird. Hier besteht aber m.E. kein Anlass, den Zugang der Bestellungserklärung als Wirksamkeitselement der Bestellung zu erachten. Der Aufsichtsrat als Kurationsorgan hat nämlich mit dem Bestellungsbeschluss den Willen der Gesellschaft ausgedrückt, dass der Bestellte das Mitglied des Vorstands sein soll, wenn er dieses Amt akzeptiert. Um es mit anderen Worten auszudrücken, hat der Aufsichtsrat seinerseits alles Erforderliche getan, damit das Bestellungsverhältnis begründet werden kann. Auf den Zugang seines Beschlusses an den Bestellten kommt es nicht mehr an.⁸

Der Gesetzgeber hat die Frage, ob die Bestellung der Annahme (der Zustimmung) von seiten des Bestellten bedarf, offen gelassen. Nach der herrschenden Lehre bildet die Zustimmung des Bestellten einen Teil des ganzen Bestellungsverhältnisses.⁹ Ohne Zustimmung fällt der Bestellungsakt ins Leere.¹⁰ Die Zustimmungsbedürftigkeit basiert auf dem Prinzip der Privatautonomie. Demnach kann niemand ohne sein Einverständnis zum Vorstandsmitglied gemacht und dadurch mit einer Reihe von Pflichten belastet werden. Die Zustimmungserklärung des Bestellten ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung.¹¹ Sie kann entweder ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Die konkludente Erklärung liegt vor, wenn der Bestellte mit der Ausübung seines Amtes anfängt oder sich ins Handelsregister eintragen lässt.

⁸ Vgl. **Natzel, Bruno**, Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern insbesondere von Arbeitnehmervertretern, AG 1959 S. 97 ff.; **Lenze, Jürgen**, Amtsniederlegung durch das Vorstandsmitglied einer AG, Diss., Münster 1982, S. 75 ff.

⁹ **Bergmann, Friedrich**, Die rechtliche Abhängigkeit des Anstellungsvertrages der Vorstandsmitglieder einer AG von der Bestellung und den für sie geltenden Bestimmungen, Diss., Münster 1971 S. 12; **Schwarz, Christian**, Bestellung und Anstellung der Verwaltungsmitglieder von Kapitalgesellschaften, Diss., Berlin 1983, S. 57; **Natzel**, AG 1959, S. 98; **Mertens, Hans-J.**, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, Köln usw. 1996, § 84 Anm. 3 Kölner Komm.; **Baumbach-Hueck**, § 84 Anm. 4 AktG Komm.; **Hefermehl**, § 84 Anm. 13 Komm. AktG; **Hüffer**, Uwe, Kommentar Aktiengesetz, 8. Aufl., München 2008, § 84 Anm. 3, 4 AktienG; **Müller, Klaus**, Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Band 1 (§§ 1-42), Bielefeld 1976, § 24 Anm. 29 KommGenG; **Meyer/ Meulenbergh/ Beuthien**, Genossenschaftsgesetz, 12. Aufl., München 1983, § 24 Anm. 13 GenGK.

¹⁰ **Mertens**, § 84 Anm. 3 Kölner Komm.

¹¹ **Schwarz**, Diss. S. 59; **Hüffer**, § 84 Anm. 4 AktienG.

Mit dem Zugang der Zustimmungserklärung ist ein körperschaftsrechtliches Verhältnis¹² zwischen Vorstandsmitglied und der AG wirksam begründet, d.h. der Bestellte wird als Träger der Organstellung des Vorstandes der juristischen Person angegliedert.¹³

2. Anstellung

Bei der Anstellung des Vorstandsmitglieds handelt es sich um einen Vertrag, in dem das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Vorstandsmitglied und der Gesellschaft entsteht. Der Beschluss über den Anstellungsvertrag fällt wieder in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrates (§ 84 Abs. 1 Satz 5).

Nach einhelliger Literaturmeinung darf aber der Aufsichtsrat die Unterzeichnung des Vertrages - im Gegensatz zur Bestellung - an einen Ausschuss überweisen. Dies folgt aus dem Verweis des § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG auf § 84 Abs. 1 Satz 1 und 3 AktG. Der Anstellungsvertrag ist im § 84 Abs. 1 Satz 5 geregelt. Der Gesetzgeber hat bewusst in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG den Anstellungsvertrag ausgenommen.

Der rechtlichen Trennung zwischen Anstellungs- und Bestellungsverhältnis entsprechend kann der Abschluss des Anstellungsvertrags der Bestellung vorgehen oder ihr nachfolgen. Sie können aber auch gleichzeitig erfolgen. Aus dem dem Anstellungsvertrag vorangegangenen Bestellungsakt kann das angehende Vorstandsmitglied keinen Anspruch auf den Abschluss des Anstellungsvertrags herleiten¹⁴, da die Bestellung nur auf der körperschaftsrechtlichen Ebene von Bedeutung ist.

Der Anstellungsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Solange das AktG keine Sonderbestimmung enthält, finden die für gegenseitige Verträge allgemein geltenden Vorschriften des §§ 323 ff. BGB Anwendung.¹⁵ Aus dem Ans-

¹² Nach der Ansicht von *Schilling* käme mit der Annahmeerklärung des Bestellten ein einheitliches, zweiseitiges Rechtsgeschäft, nämlich Geschäftsführungsvertrag, zustande, der sich in erster Linie nach dem Gesellschaftsrecht richtete; in Hachenburg (6. Aufl.) § 35 Anm. 40. M.E. trifft diese Ansicht nicht zu. Die Zustimmungserklärung qualifiziert sich nicht als die Annahme des Angebots im Sinne des Vertragsrechts, sondern sie ist lediglich eine Rechtsbedingung, die dem körperschaftlichen Akt der Bestellung die Wirksamkeit verleiht. Vgl. *Natzel*, AG 1959 S. 99; *Lenze*, Diss. S. 82. So auch *Reuter, Dieter*, Münchener Kommentar zum BGB, Band I (§§ 1-240), 3. Aufl., München 1994, § 27 Anm. 2; *Schlegelberger-Quassowski*, Aktiengesetz, Berlin 1939, §75 Anm. 2 AktGKomm. 1937.

¹³ *Lehmann, Karl*, Das Recht der Aktiengesellschaften, Aalen 1964, S. 243; *Mack, Wolfgang*, Die Begründung und Beendigung der Rechtsstellung von Organmitgliedern der juristischen Personen im Handelsrecht, Diss., Mainz 1974, S. 10; *Lenze*, Diss. S. 82.

¹⁴ *Bergmann*, Diss. S. 18; *Lenze*, Diss. S. 94. Zum Gegenstandspunkt vgl. *Müller*, § 24 Anm. 38 KommGenG.

¹⁵ BGHZ 10, 187, 190; *Godin, Reinhardt Freiherr v.*, Über die Natur des Vorstandsvertrages, ZAKDR 1938 S. 597; *Meyer-Landrut*, § 84 Anm. 15 Großkomm.

tellungsvertrag lassen sich hauptsächlich die Rechte und Pflichten des Vorstandsmitglieds ableiten, die ihn nicht als Organ, sondern als Partner des zweiseitigen, schuldrechtlichen Vertrages gegenüber der AG betreffen, wie z.B. finanzielle Rechte: Gehalt, Tantieme, Ruhegeld, Umsatzbeteiligung etc. oder Nebenleistungspflichten der Gesellschaft: Gewährung einer Wohnung oder eines PKW etc. Dieser Vertrag dient also im Grunde genommen der Sozialabsicherung und Festlegung der Arbeitsbedingungen des Vorstandsmitglieds.¹⁶

Beim Anstellungsvertrag kommen zwei Vertragstypen in Frage: Auftrag oder Dienstvertrag. Bei der rechtlichen Unterscheidung des Auftrags von dem Dienstvertrag kommt es im deutschen Recht darauf an, ob die Tätigkeit entgeltlich übernommen wurde.¹⁷ Arbeitet das Vorstandsmitglied unentgeltlich (ehrenamtlich), so finden die Vorschriften des BGB für den Auftrag (§§ 662 ff. BGB) Anwendung. Betätigt es sich aber gegen Entgelt, was nach § 612 Abs. 1 BGB vermutet wird, dann spricht man vom Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat¹⁸ (§ 611 BGB). Im deutschen Recht ist der freie bzw. selbständige Dienstvertrag von dem unselbständigen Dienstvertrag (Arbeitsvertrag) zu unterscheiden. Das Abgrenzungskriterium zwischen beiden Verträgen ist, ob die Tätigkeit in einer abhängigen (unselbständigen) Stellung ausgeübt wird.¹⁹ Folglich ist ein Arbeitsvertrag dann gegeben, wenn der Dienstverpflichtete den Weisungen des Dienstherrn unterliegt und ihm Arbeitszeit und -ort allgemein vorgeschrieben sind.

Dem Vorstand steht es zu, die Gesellschaft als Mitglied des obersten Leitungsorgans unter eigener Verantwortung zu leiten, indem sie Art und Weise sowie Dauer und Ort ihrer Tätigkeit selbst bestimmen. Diese autonome Leitungsbefugnis schließt die Weisungsabhängigkeit gegenüber Dritten und infolgedessen auch ein Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft aus. Im Gegenteil übt der Vorstand hinsichtlich der Stellung als Unternehmensträger²⁰ die Arbeitgeber-

¹⁶ *Lenze*, Diss. S. 100.

¹⁷ RG, JW 1936 S. 3212.

¹⁸ *Meyer-Landrut*, § 84 Anm. 15 Großkomm.; *Baumbach-Hueck*, § 84 Anm. 8 AktG Komm.; *Mertens*, § 84 Anm. 33 Kölner Komm.; *Meyer/Meulenbergh/Beuthien* § 24 Anm. 14 GenGK.; *Schaffland*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 33. Aufl. Berlin usw. 1997, § 24 Anm. 47 GenG Komm.; *Schuster-Bonnott, Walther*, Die Rechtsnatur des zwischen AG und Vorstandsmitgliedern geschlossenen Anstellungsvertrages, FS Walther Kastner, Wien 1972, S. 421, 439.

¹⁹ *Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts Band II, Besonderer Teil, 12. Aufl., München 1987, § 52 S. 250 ff.; *Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo*, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 7. Aufl., Heidelberg 1991, § 27 S. 231 ff.; *Medicus, Dieter*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 7. Aufl., München 1995, S. 147 ff.; *Wilhelmi, Carl-Heinz und Sylvester*, Sind Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften und GmbH-Geschäftsführer nach dem Angestelltenversicherungsgesetz versicherungspflichtig?, BB 1968 S. 139.

²⁰ *Fleck, Hans-Joachim*, Das Organmitglied – Unternehmer oder Arbeitnehmer?, FS Hilger-Stumpf München 1983, S. 208.

funktion²¹ gegenüber anderen Arbeitnehmern des Betriebes aus, und es steht ihm das Recht und die Pflicht zu, bindende Weisungen zu erteilen.

III. Rechtsnatur der Haftung der Vorstandsmitglieder

Berücksichtigt man neben der Vorschrift von § 93 AktG auch die Vorschriften von § 34 GenG und von § 43 GmbHG mit, in denen ebenfalls die Verantwortlichkeit des Vorstandsmitglieds der Genossenschaft sowie des Geschäftsführers der GmbH verankert ist, so stellt man unter anderem einen gemeinsamen Punkt fest, nämlich, dass der Gesetzgeber die Pflichtverletzungen für die Verantwortung des Betreffenden vorausgesetzt hat. Es ist für den Rechtscharakter der Haftung des Vorstandsmitglieds, die sich aus § 93 AktG ergibt, entscheidend, ob diese Pflichten aus dem Anstellungsvertrag oder aus der Bestellung folgen.

Die sich aus § 93 AktG ergebende Haftung beruht nicht auf dem Anstellungsvertrag, wie die Vertragstheorie behauptet, sondern auf der durch die Bestellung erhaltenen Organstellung des Vorstandsmitglieds.²² Da die gesetzlich normierte Hauptpflicht der eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft des Vorstandsmitglieds in § 76 Abs. 1 AktG die Wahrnehmung der durch die organisationsrechtlichen Normen begründeten Rechte und vor allem Pflichten, - seien sie im Aktiengesetz, seien sie in der Satzung oder in der Geschäftsordnung geregelt - erfordert und diese Pflicht mit der Zustimmung zur Bestellung

²¹ BGHZ 36, 142, 143; **Bauer, Jobst-Hibertus**, Rechtliche und taktische Probleme bei der Beendigung von Vorstandsverhältnissen, DB 1992 S. 141; **Hueck, Alfred**, Die Rechtsstellung der Mitglieder von Organen der juristischen Personen, DB 1954 S. 275; **Hueck, Götz**, Bemerkungen zum Anstellungsverhältnis von Organmitgliedern juristischer Personen, FS für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, München 1983, S. 368 ff.; **Veith, Günther**, Fehlerhafte Anstellung von Vorstandsmitgliedern, DB 1965 S. 807; **Dietel, Peter**, Der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied bei Vertrauensentzug der Hauptversammlung Diss., Köln 1965 S. 5.

²² Zustimmend, **MünchHandAktG/ Wiesner, Georg**, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, 3. Aufl., München 2007, § 26 Anm. 3 S. 217; **Mertens**, § 93 Anm. 3 Kölner Komm.; **Hefermehl**, § 93 Anm. 8 Komm. AktG; **Schilling**, § 93 Anm. 3 Großkomm.; **Godin-Wilhelmi** § 93 Anm. 3 Aktiengesetz; **Hüffer**, § 93 Anm. 11 AktienG; **Schmidt, Karsten**, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Köln 1997, S. 823; **Kust, Egon**, Zur Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter, WM 1980 S. 758; **Reich, Norbert**, Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des faktischen Organmitglieds im Gesellschaftsrecht, DB 1967 S. 1663; **Sonnenberger, Hans-J.**, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit geschäftsführender Organe von Kapitalgesellschaften, GmbH-Rdsch 1973 S. 26 ff.; **Ebenroth, Carsten Thomas/Lange, Knut Werner**, Die Sorgfaltspflichten und Haftung des Geschäftsführers einer GmbH nach § 43 GmbHG, GmbH-Rdsch. 1992 S. 70; **Meyer/Meulenbergh/Beuthien**, § 34 Anm. 2 GenGG; **Metz**, § 34 Anm. 2 GenG Komm.; **Müller**, § 34 Anm. 2 KommGenG; **GroßKomm/Hopt**, § 93 Anm. 20; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. München 2004, § 93 Anm. 10.

automatisch ihm zufällt, können jene sämtlichen Organpflichten des Vorstandsmitglieds als gesetzlich begründete Pflichten qualifiziert werden. Infolgedessen müssen die Pflichtverletzungen der Vorstandsmitglieder nicht als Vertragswidrigkeiten, sondern als Gesetzesverstöße betrachtet werden.

IV. Beginn und Ende der Haftung des einzelnen Mitglieds des Vorstands

Die Frage, wann die Haftung des Vorstandsmitglieds anfängt, hat der Gesetzgeber offen gelassen. Sie lässt sich unter Berücksichtigung der Rechtsnatur der sich aus § 93 AktG ergebenden Haftung beantworten. Wie schon angeführt, besteht die Haftung des Vorstandsmitglieds kraft Gesetzes und beruht unmittelbar auf seiner Organstellung. Demnach beginnt die Haftung zu dem Zeitpunkt, zu dem das Vorstandsmitglied in die Organisation der AG eingegliedert worden ist und damit zugleich die von ihm zu erfüllenden Pflichten entstanden sind.²³ Dies ist dann der Fall, wenn das Vorstandsmitglied die Bestellung, also das Amt, annimmt.²⁴

V. Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder

1. Funktionen der Regelung von § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG

§ 93 AktG stellt an die Spitze seiner Vorschriften über Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder die Bestimmung: „Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.“ Mit dieser Regelung legt der Gesetzgeber einerseits den Sorgfaltsmaßstab fest. Nach diesem Maßstab des Verschuldens wird das Verhalten des einzelnen Mitglieds des Vorstands bemessen.²⁵

Andererseits schafft der Gesetzgeber in Verbindung mit § 93 Abs. 2 AktG eine selbständige Anspruchsgrundlage, also eine Pflicht des Vorstands: die Pflicht, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Wenn das Vorstandsmitglied die Sorgfaltspflicht verletzt, dann haftet es gegenüber der Gesellschaft. Die Bestimmung des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG hat somit eine *doppelte Funktion*²⁶.

²³ Vgl. *Godin-Wilhelmi*, § 93 Anm. 3 Aktiengesetz; *Golling, Hans-Joachim*, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für Ihre Geschäftsführung innerhalb der nicht konzerngebundenen AG, Köln 1968 Diss. S. 26.

²⁴ *MünchHandAktG/ Wiesner*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. München 2007, § 26 Anm. 4.; *NomosKommAktG/ Pusch, Tobias*, in: Heidel, Thomas (Hrsg.) Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. Baden Baden 2010, § 93 Anm. 2.

²⁵ Vergleichbar mit dem Verschuldensmaßstab in § 276 BGB.

²⁶ Vgl. *Mertens*, § 93 Anm. 7 Kölner Komm.; *ders.*, § 43 Anm. 22 Hachenburg; *MünchHandAktG/ Wiesner*, § 26 Anm. 5 S. 218; *Raiser, Thomas*, Recht der

2. Das Verhältnis des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG zu anderen bürgerlich-, handels- und gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsbegriffen

a) Das Verhältnis des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG zu § 276 BGB

In § 276 BGB wird die Verantwortlichkeit des Schuldners vorgesehen. Die Vorschriften stellen keine selbständige Anspruchsgrundlage dar, sondern beinhalten die Begriffsbestimmung des Vertretenmüssens.²⁷ Demnach hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt, noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Dazu können andere Bestimmungen des BGB, so z.B. §§ 278, 279 ergänzend in Anwendung kommen. Ferner umschreibt der Gesetzgeber zugleich in § 276 den öfters im BGB erwähnten Begriff einer Haftungsvoraussetzung, nämlich den Begriff des Verschuldens. Folglich ist ein Verhalten als schuldhaft zu bezeichnen, wenn es vorsätzlich oder fahrlässig ist und keine Schuldausschließungsgründe bestehen. Diese Begriffsbestimmung des Verschuldens gilt nicht nur für das BGB, sondern sie findet im ganzen Privatrecht und sogar im öffentlichen Recht Anwendung.²⁸

Insofern hat das BGB jedoch offengelassen, was unter Vorsätzlichkeit zu verstehen ist. Er hat den Begriff der Fahrlässigkeit in § 276 Abs.1 Satz 2 BGB folgendermaßen legal definiert: „*die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt*“. Mit dieser Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit schafft der Gesetzgeber abweichend vom Strafrecht keinen individuellen, sondern einen auf allgemeine Verkehrsbedürfnisse ausgerichteten objektiven, abstrakten Sorgfaltsmaßstab²⁹, der für alle Rechtsverkehrsteilnehmer Geltung hat. Dies liegt in erster Linie im Gedanken des Vertrauensschutzes begründet.³⁰ Hier kommt es also darauf an, wie sich eine normale, ordentliche und gewissenhafte Person in der betreffenden Lage verhalten würde.³¹ Dagegen spielen aufgrund

Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., München 1992, § 14 Anm. 52 S. 104; **Dose, Stefan**, Die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Köln 1975, S. 111 ff.; **Hefermehl**, § 93 Anm. 9 Komm. AktG; **Hüffer**, Organpflichten und Haftung in der Publikums-Personengesellschaft, ZGR 1981 S. 350; **Meyer/ Meulenbergh/ Beuthien**, § 34 Anm. 7 GenGK.; **Koppensteiner, Hans-Georg**, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Aufl., München 1989, § 43 Anm. 1, 6 GmbHGKomm.

²⁷ Vgl. BGHZ 11, 80, 83; **Hanau**, im Münchener Kommentar zum BGB, Band II (§§241-432), 3. Aufl., München 1994, § 276 Anm. 1, 2; **Palandt/ Heinrichs**, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl., München 2007, § 276 Anm. 1.

²⁸ Zum Anwendungsbereich ausführlich vgl. **Hanau**, § 276 Anm. 4 ff. Münchener BGB.

²⁹ RGZ 95, 16, 17; 119, 397, 400; BGHZ, 80, 186, 193.

³⁰ **Palandt/ Heinrichs**, § 276 Anm. 15..

³¹ **Battes** in: Erman, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I (§§ 1-853), 8. Aufl., Münster 1989, § 276 Anm. 20.

der objektiven und abstrakten Natur des Sorgfaltsmaßstabes die Fähigkeiten, Fachkenntnisse, Verstandeskkräfte, Erfahrungen u.s.w. des Schuldners für die Beurteilung der Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabes prinzipiell keine Rolle.

Im Unterschied zu § 276 BGB schafft § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG neben seiner Funktion als Verschuldensmaßstab eine selbständige Anspruchsgrundlage. Dagegen schreibt § 93 AktG anders als § 276 BGB weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit ausdrücklich vor, jedoch ist beiden Vorschriften das Prinzip der Verschuldenshaftung gemeinsam.

Der allgemeine, objektive Sorgfaltsmaßstab in § 276 BGB wird durch die nähere Bestimmung von § 93 AktG modifiziert und konkretisiert: Nach § 93 Abs.1 Satz 1 AktG haben sich die Vorstandsmitglieder so zu verhalten, wie es ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter tut. Hier stellt also das AktG den Sorgfaltmaßstab anders als das BGB auf einen bestimmten Personenkreis, nämlich auf den Geschäftsleiterkreis, ab. In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber im Vergleich zu § 276 BGB in § 93 AktG einen individuellen Sorgfaltsbegriff aufgestellt. Dieser Sorgfaltsbegriff geht logischerweise über die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ hinaus: Hier hat der Gesetzgeber den Fahrlässigkeitsmaßstab mit strengeren Anforderungen verschärft. Im Unterschied zu § 276 Abs. 2 BGB kann einem Vorstandsmitglied die Haftung wegen dieser verschärften Fahrlässigkeit im voraus nicht erlassen werden (weder durch die Satzung noch durch eine anstellungsvertragliche Vereinbarung).

Aus all diesen Differenzen zwischen § 276 BGB und § 93 AktG ergibt sich, dass § 93 Abs. 1 eine *lex specialis* hinsichtlich des Verschuldensmaßstabes im Verhältnis zu 276 Abs.1 Satz 1 BGB darstellt.³²

b) Das Verhältnis des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG zu § 347 HGB und zu § 241 Abs. 1 Satz 1 aHGB

Das HGB enthält in § 347 Abs.1 die Bestimmung über den Maßstab der anzuwendenden Sorgfalt, und zwar die „*eines ordentlichen Kaufmanns*“. Auch bei dieser Begriffsbestimmung des Sorgfaltsmaßstabes handelt es sich gegenüber dem in § 276 BGB erläuterten Sorgfaltsbegriff um eine Konkretisierung und zugleich angesichts des strengeren Maßstabes an Sorgfaltsanforderungen auch um eine Verschärfung. Das HGB verlangt hier nicht die Sorgfalt, die von jedermann anzuwenden ist, sondern die Sorgfalt, die „nach Lebenserfahrung ein ordentlicher Geschäftsmann regelmäßig anwendet, um seine eigenen oder fremden Geschäfte, deren Besorgung ihm obliegt, zu führen“.³³ Die Generalklausel

³² Vgl. *Kust*, WM 1980 S. 759.

³³ RGZ 163, 200, 208, 209.

des § 347 HGB stellt dabei auf den jeweiligen Geschäftszweig³⁴ ab, in dem sich der betreffende Kaufmann betätigt.

Die überwiegende Ansicht des deutschen Schrifttums³⁵ geht heute zu Recht davon aus, dass die Sorgfalt eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ weiter geht als die eines „ordentlichen Kaufmannes“. Dieser Begriff der „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ hat zum ersten Mal seinen Platz im AktG von 1937 erhalten. Früher, als die Aktiengesellschaft noch im HGB geregelt war, enthielt § 241 Abs. 1 Satz. 1 aHGB die Bestimmung: „Die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden“.³⁶ Mit dieser Wortwahl in § 93 Abs.1 AktG die Sorgfalt eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ statt der eines „ordentlichen Kaufmanns oder Geschäftsmanns“ zu verlangen, bezieht sich der Gesetzgeber auf die alleinige, eigenverantwortliche und weisungsfreie Leitungsmacht des Vorstands über das fremde Kapital in § 76 AktG.³⁷ Dies bedeutet, dass sich die Leitungsmacht des Vorstandes mit seiner Sorgfaltspflicht somit zugleich mit seiner Verantwortung in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis befindet. Je umfangreicher seine Leitungsmacht und je größer seine Entscheidungsfreiheit ist, desto strenger sind die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht. Deswegen muss das Vorstandmitglied aufgrund seiner gehobenen Position in der Organisation der AG im Vergleich zum früheren Recht nicht die Sorgfalt eines beliebigen Geschäftsmanns oder Kaufmanns, sondern eine erhöhte Sorgfalt walten lassen.³⁸

³⁴ Vgl. beispielsweise § 429 HGB.

³⁵ Statt vieler vgl. **Kust**, WM 1980 S. 759; **Metz**, § 34 Anm. 16 GenG Komm.; **Schlegelberger-Quassowski**, § 84 Anm. 4 AktG Komm. 1937.

³⁶ Zum Begriff der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ausführlich vgl. **Wimpeimer, Heinrich**, Zum Begriff der Sorgfaltspflicht von Aufsichtsrat und Vorstand, FS für Albert Pinner, Berlin und Leipzig 1932, S. 637 ff.

³⁷ Vgl. **Meyer/ Meulenbergh/ Beuthien**, § 34 Anm. 7 GenGK; **Schilling**, § 84 Anm. 9 Großkomm. von 1937; **Baumbach-Hueck**, § 93 Anm. 6 AktG Komm.; **Dose**, S. 112.

³⁸ Vgl. **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 22; **HeidelbergerKommAktG/ Bürgers, Tobias / Israel**, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, Heidelberg 2008, § 93 Anm. 2; **Meyer/ Meulenbergh/ Beuthien**, § 34 Anm. 7 GenGK.; **Golling**, Diss. S. 30; **Saage, Gustav**, Die Haftung des Aufsichtsrates für wirtschaftliche Fehlentscheidungen des Vorstandes nach AktG, DB 1973 S. 118; **Schlegelberger-Quassowski**, § 84 Anm. 4 AktG Komm. 1937; **Gessler, Ernst**, Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz, JW 1937 S. 501; **Metz**, § 34 Anm. 16 ff. GenG Komm.; **Kust**, WM 1980 S. 760; **Lenze**, Diss. S. 88.

VI. Voraussetzungen der Haftung der Mitglieder des Vorstands

1. Allgemeine Bemerkungen

Das deutsche AktG räumt in § 93 den Schadenersatzanspruch wegen der Pflichtverletzung der Vorstandsmitglieder nur der Gesellschaft und den Gläubigern der Gesellschaft ein. Es wird jedoch einer bestimmten Minderheit der Aktionäre ein Anspruch auf Schadenersatz gewährt. Diese anspruchsberechtigte Minderheit muss also % 10 des Grundkapitals vertreten³⁹ (§ 147 Abs. 2 AktG). Die Minderheit kann beim Gericht beantragen, dass andere Personen als Vorstands- und Verwaltungsmitglieder zur Geltendmachung der Ansprüche bestellt werden. Neben der Gesellschaft, den Gläubigern und Minderheitaktionären können bestimmte Aktionäre beim Gericht wiederum die Zulassung beantragen, Schadenersatzansprüche der Gesellschaft im eigenen Namen, aber auf Zahlung an die Gesellschaft zu machen (§ 148 AktG)⁴⁰. Für die Zulassungsklage sind nur

³⁹ Auch die Aktionäre, deren anteiligen Betrag 1 Millionen Euro erreichen, haben die gleiche Position.

⁴⁰ **§ 148 AktG Klagezulassungsverfahren**

(1) Aktionäre, deren Anteile im Zeitpunkt der Antragstellung zusammen den einhundertsten Teil des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100.000 Euro erreichen, können die Zulassung beantragen, im eigenen Namen die in § 147 Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend zu machen. Das Gericht lässt die Klage zu, wenn

1. die Aktionäre nachweisen, dass sie die Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem sie oder im Falle der Gesamtrechtsnachfolge ihre Rechtsvorgänger von den behaupteten Pflichtverstößen oder dem behaupteten Schaden auf Grund einer Veröffentlichung Kenntnis erlangen mussten,

2. die Aktionäre nachweisen, dass sie die Gesellschaft unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben,

3. Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist, und

4. der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen. (2) Über den Antrag auf Klagezulassung entscheidet das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, durch Beschluss. Ist bei dem Landgericht eine Kammer für Handelssachen gebildet, so entscheidet diese anstelle der Zivilkammer. Die Landesregierung kann die Entscheidung durch Rechtsverordnung für die Bezirke mehrerer Landgerichte einem der Landgerichte übertragen, wenn dies der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient. Die Landesregierung kann die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltung übertragen. Die Antragstellung hemmt die Verjährung des streitgegenständlichen Anspruchs bis zur rechtskräftigen Antragsabweisung oder bis zum Ablauf der Frist für die Klageerhebung. Vor der Entscheidung hat das Gericht dem Antragsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Gegen die Entscheidung findet die sofortige Beschwerde statt. Die Rechtsbeschwerde ist ausgeschlossen. Die Gesellschaft ist im Zulassungsverfahren und im Klageverfahren beizuladen.

(3) Die Gesellschaft ist jederzeit berechtigt, ihren Ersatzanspruch selbst gerichtlich geltend zu machen; mit Klageerhebung durch die Gesellschaft wird ein anhängiges Zulassungs- oder

die Aktionäre, deren Anteile zusammen 1% des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100.000 Euro erreichen, klageberechtigt.

Die Haftungsvoraussetzungen sowie die Konsequenzen, die aus der Haftung folgen, sind jedoch zum großen Teil unabhängig davon, wer von diesen Klageberechtigten den Anspruch auf den Schadenersatz geltend macht. Im Folgenden wird im Einzelnen auf die Fragen der Voraussetzungen der Verantwortlichkeit der Mitglieder des Vorstands bei der Gesellschaftsklage eingegangen; die diesbezüglichen Ausführungen finden prinzipiell aber auch auf die Gläubiger- und Aktionärsklage Anwendung.

2. Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen

a) Schaden

Das Vorliegen eines Schadens ist erste und entscheidendste Voraussetzung für das Entstehen des Verantwortlichkeitsanspruchs. Dies gilt bekanntlich sowohl im vertraglichen als auch im deliktischen als auch im aktienrechtlichen Schadenersatzrecht des deutschen Rechtssystems. Die Unabdingbarkeit des Vor-

Klageverfahren von Aktionären über diesen Ersatzanspruch unzulässig. Die Gesellschaft ist nach ihrer Wahl berechtigt, ein anhängiges Klageverfahren über ihren Ersatzanspruch in der Lage zu übernehmen, in der sich das Verfahren zur Zeit der Übernahme befindet. Die bisherigen Antragsteller oder Kläger sind in den Fällen der Sätze 1 und 2 beizuladen.

(4) Hat das Gericht dem Antrag stattgegeben, kann die Klage nur binnen drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung und sofern die Aktionäre die Gesellschaft nochmals unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben, vor dem nach Absatz 2 zuständigen Gericht erhoben werden. Sie ist gegen die in § 147 Abs. 1 Satz 1 genannten Personen und auf Leistung an die Gesellschaft zu richten. Eine Nebenintervention durch Aktionäre ist nach Zulassung der Klage nicht mehr möglich. Mehrere Klagen sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

(5) Das Urteil wirkt, auch wenn es auf Klageabweisung lautet, für und gegen die Gesellschaft und die übrigen Aktionäre. Entsprechendes gilt für einen nach § 149 bekannt zu machenden Vergleich; für und gegen die Gesellschaft wirkt dieser aber nur nach Klagezulassung.

(6) Die Kosten des Zulassungsverfahrens hat der Antragsteller zu tragen, soweit sein Antrag abgewiesen wird. Beruht die Abweisung auf entgegenstehenden Gründen des Gesellschaftswohls, die die Gesellschaft vor Antragstellung hätte mitteilen können, aber nicht mitgeteilt hat, so hat sie dem Antragsteller die Kosten zu erstatten. Im Übrigen ist über die Kostentragung im Endurteil zu entscheiden. Erhebt die Gesellschaft selbst Klage oder übernimmt sie ein anhängiges Klageverfahren von Aktionären, so trägt sie etwaige bis zum Zeitpunkt ihrer Klageerhebung oder Übernahme des Verfahrens entstandene Kosten des Antragstellers und kann die Klage nur unter den Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 Satz 3 und 4 mit Ausnahme der Sperrfrist zurücknehmen. Wird die Klage ganz oder teilweise abgewiesen, hat die Gesellschaft den Klägern die von diesen zu tragenden Kosten zu erstatten, sofern nicht die Kläger die Zulassung durch vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtigen Vortrag erwirkt haben. Gemeinsam als Antragsteller oder als Streitgenossen handelnde Aktionäre erhalten insgesamt nur die Kosten eines Bevollmächtigten erstattet, soweit nicht ein weiterer Bevollmächtigter zur Rechtsverfolgung unerlässlich war.

liegens eines Schadens folgt aus dem Grundgedanken des Schadenersatzrechts, wonach die Schadenersatzleistung des Schädiger an den Geschädigten „die entstandenen Nachteile“ ausgleichen soll. Sie hat dagegen keine pönale Funktion, die etwa nur begangenes Unrecht bestraft. Ohne Schaden gibt es keinen Schadensersatz.⁴¹

Nach § 93 AktG setzt die Ersatzpflicht eines Vorstandsmitglieds wegen Pflichtverletzung voraus, dass dadurch die Gesellschaft einen Schaden erlitten hat. Für diesen Schadensbegriff sind grundsätzlich die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB maßgeblich.⁴² Demnach handelt es sich hierbei gemäß der Bestimmung von § 251 BGB prinzipiell um den Vermögensschaden, d.h. eine in Geld berechenbare und durch eine Geldleistung wiedergutzumachende Einbuße am Vermögen.⁴³ Für die rechtliche Beurteilung des Vermögensschadens geht sowohl die Rechtsprechung⁴⁴ als auch die Literatur⁴⁵ von der sog. Differenzhypothese (bzw. Differenzmethode) aus. Demnach liegt ein Vermögensschaden vor, wenn der gegenwärtige tatsächliche Wert des Vermögens geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis haben würde. Nach dieser Differenzmethode gehört aber zu dem zu ersetzenden Schaden auch der entgangene Gewinn⁴⁶ des Geschädigten (der Gesellschaft), den die Gesellschaft durch das pflichtgemäße Verhalten des Vorstandsmitglieds erhalten hätte.

In der deutschen Literatur ist jedoch umstritten, ob jede festgestellte Einbuße am Gesellschaftsvermögen als Schaden zu qualifizieren ist. Nach heute überwiegender Ansicht in der Literatur stellt nicht jede Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens einen Schaden dar, es wird angesichts der Eigenart der

⁴¹ Demnach kann also ohne herbeigeführte Nachteile logischerweise deren Wiedergutmachung nicht verlangt werden.

⁴² Vgl. **Hüffer**, § 93 Anm. 15 AktienG; **Koppensteiner**, § 43 Anm. 20 GmbHGKomm. So auch OLG Düsseldorf, AG 1997 S. 231, 237.

⁴³ § 251 Schadensersatz in Geld ohne Fristsetzung.

(1) Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen.

(2) Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen sind nicht bereits dann unverhältnismäßig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen.

⁴⁴ BGHZ 27, 181, 183, 184; 40, 345, 347; 45, 212, 218; 54, 45, 52; BGH, NJW 1978, S. 262, 263, 264.

⁴⁵ **Palandt/Heinrichs**, Vorbem. v. § 249 Anm. 8.; **Sirp**, § 249 Anm. 8 ff. Erman BGB; **Brox/Hans**, Allgemeines Schuldrecht, 23. Aufl., München 1996, Anm. 320 S. 185 ff.

⁴⁶ Vgl. **Mertens**, § 93 Anm. 24 Kölner Komm.; **MüchHandAktG/Wiesner**, § 26 Anm. 10 S. 220; **Roth, Holger/Altmeyen, Günther**, Kommentar, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Aufl., München 1997, § 43 Anm. 42.

unternehmerischen Betätigung vielmehr auf die Zweckwidrigkeit der Vermögensminderung abgestellt.⁴⁷ Demnach ist der ersatzpflichtige Schaden im Sinne von § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG eine dem Unternehmenszweck widersprechende Minderung des Gesellschaftsvermögens.⁴⁸ Insofern ist der Schaden mangels der Zweckwidrigkeit der Vermögensminderung etwa bei den Sozialaufwendungen, so zum Beispiel bei den dem Arbeitnehmer im Notfall in vertretbarem Rahmen gezahlten Übergangsgeldern sowie bei akzeptablen Ausgaben für einen Betriebsausflug⁴⁹, nicht gegeben.⁵⁰

Der vom Vorstandsmitglied zu ersetzende Schaden, d.h. - zweckwidrige - Vermögensminderung bzw. entgangener Gewinn, ergibt sich also im deutschen Aktienrecht aus der Differenz zwischen der gegenwärtigen Gesamtlage des Vermögens der Gesellschaft und der hypothetischen bei pflichtgemäßem Verhalten des Vorstandsmitglieds bestehende Lage des gesamten Gesellschaftsvermögens.⁵¹ Für die Beurteilung der Frage nach dem Vermögensschaden der Gesellschaft ist jedoch die Vermögenslage der Aktionäre, d.h. ob sie infolge der Vermögenseinbuße der Gesellschaft auch ihrerseits eine Vermögensminderung erlitten haben oder ob sie sogar davon profitiert haben, völlig irrelevant.⁵²

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Berechnung des Vermögensschadens der Gesellschaft ist allerdings der Zeitpunkt der Schadensfeststellung, zu dem aber zukünftige Entwicklungen vorweggenommen werden dürfen.⁵³ Dieser Zeitpunkt ist im Prozess derjenige der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung.⁵⁴

⁴⁷ Vgl. *Mertens*, § 93 Anm. 23 Kölner Komm.; *ders.*, § 43 Anm. 60 Hachenburg; *Hefermehl*, § 93 Anm. 28 Komm. AktG; *MünchHandAktG/ Wiesner*, § 26 Anm. 10 S. 220; *Hübner, Ulrich*, Managerhaftung, München 1992, S. 13; *Zöllner*, § 43 Anm. 13 a GmbH-Gesetz.

⁴⁸ Gegen diesen eingeschränkten Schadensbegriff neuerdings vgl. *Hüffer*, § 93 Anm. Anm. 15, 17; *GroßKommAktG/ Hopt*, § 93 Anm. 262, 263; *HeidelbergerKommAktG/ Bürgers/ Israel*, § 93 Anm. 22; *NomosKommAktG/ Pusch* §93 Anm. 100.

⁴⁹ Wie *Mertens/Cahn* zu Recht ausführen, fallen unter den Begriff des Schadens auch nicht die Ausgaben des Unternehmens für dauerhafte Sicherung der Umweltstabilisierung oder die Investitionen für die Forschung oder gesetzlich nicht für einen gesetzlich nicht vorgesehenen besseren Umweltschutz. Vgl. *KölnerKommAktG/ Mertens/ Cahn*, Kölner Kommentar zum Aktienrecht, 3. Aufl. Köln 2009, § 93 Anm. 59.

⁵⁰ *Hefermehl*, § 93 Anm. 28 Komm. AktG.

⁵¹ BGH, NJW-RR 2005, 611; *HeidelbergerKommAktG/ Bürgers/ Israel*, § 93 Anm. 22; *GroßKomm/ Hopt*, § 93 Anm. 261; *MünchHandAktG/ Wiesner*, §93 Anm. 7; *MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler*, § 93 Anm. 79.

⁵² So auch *MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler*, § 93 Anm. 79.

⁵³ *Mertens*, § 93 Anm. 24 Kölner Komm.

⁵⁴ BGH, NJW 1978 S. 262, 263.

b) Widerrechtlichkeit bzw. Pflichtwidrigkeit und Rechtfertigungsgründe

aa) *Widerrechtlichkeit bzw. Pflichtwidrigkeit*

Sowohl im deliktischen als auch vertraglichen Schadenersatzrecht reicht allein das Vorliegen eines Schadens für die Begründung einer Verantwortlichkeit des Schädigers nicht aus, hinzukommen muss weiter die Widerrechtlichkeit der schädigenden und schuldhaften Handlung oder Unterlassung. Die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit gilt gleichermaßen im aktienrechtlichen Schadenersatzrecht: Ist der Schaden etwa trotz der sorgfältigen und gewissenhaften Geschäftsführung der betreffenden Organpersonen entstanden, so können sie auf Ersatz des eingetretenen Schaden nicht verklagt werden. Das Verhalten der Organmitglieder muss also nicht nur einen Schaden gestiftet haben, sondern auch noch als widerrechtlich zu bewerten sein.

Im deutschen Aktienrecht ist das Haftungstatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit des Verhaltens eines Vorstandsmitglieds erst dann gegeben, wenn es durch sein Verhalten die ihm obliegenden Pflichten verletzt. Im Aktienrecht lassen sich die Verpflichtungen der Vorstandsmitglieder hauptsächlich in zwei Arten gliedern⁵⁵: auf der einen Seite die den Vorstandsmitgliedern durch den Anstellungsvertrag zugeschriebenen Vorstandspflichten, auf der anderen Seite die auf der Organstellung beruhenden Pflichten: Diese organschaftlichen Pflichten ergeben sich hauptsächlich aus dem Aktiengesetz, aus der Satzung sowie der Geschäftsordnung des Vorstands.

Die gesetzlichen Hauptpflichten⁵⁶ der Vorstandsmitglieder sind die Sorgfaltspflicht und die Treuepflicht⁵⁷. Diese beiden Pflichten bestehen gegenüber

⁵⁵ Vgl. **Spindler/ Stilz/ Fleischer**, Kommentar zum Aktienrecht, München 2007, § 93 Anm. 188, 189; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 68; **HeidelbergerKommAktG/ Bürgers/ Israel**, § 93 Anm. 19.

⁵⁶ **Spindler/ Stilz/ Fleischer**, § 93 Anm. 188; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 69.

⁵⁷ Die Treuepflicht des Vorstands tritt als eine weitere gesetzliche Pflicht in § 88 Abs. 1 AktG in Erscheinung: Wettbewerbsverbot. Demnach dürfen die Vorstandmitglieder mit Ihrer AG nicht in geschäftliche Konkurrenz treten. Widrigenfalls haften Sie für den daraus entstandenen Schaden. Aus der Treuepflicht lässt sich die Verschwiegenheitspflicht herleiten, § 93 Abs. 1 AktG.

§ 88 AktG, Wettbewerbsverbot

(1) Die Vorstandsmitglieder dürfen ohne Einwilligung des Aufsichtsrats weder ein Handelsgewerbe betreiben noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Sie dürfen ohne Einwilligung auch nicht Mitglied des Vorstands oder Geschäftsführer oder persönlich haftender Gesellschafter einer anderen Handelsgesellschaft sein. Die Einwilligung des Aufsichtsrats kann nur für bestimmte Handelsgewerbe oder Handelsgesellschaften oder für bestimmte Arten von Geschäften erteilt werden.

(2) Verstößt ein Vorstandsmitglied gegen dieses Verbot, so kann die Gesellschaft Schadenersatz fordern. Sie kann stattdessen von dem Mitglied verlangen, dass es die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten

der Gesellschaft. Ferner haben die Vorstandsmitglieder die Kapitalerhaltungspflichten. Diese Pflichten kommen in diversen Vorschriften des AktG als Verbote zum Ausdruck, wie z.B. Einlagenrückgewährverbot (§ 57 Abs. 1 AktG), Auszahlungsverbot (§ 230 AktG), Verbot der Zinsen und Gewinnanteile entgegen den Bestimmungen zur Gewinnverwendung. Die Verstöße gegen diese Kapitalerhaltungspflichten sind in § 93 Abs. 3 in neun Tätbeständen sanktioniert.⁵⁸ Liegt eine dieser konkretisierten Pflichtverstöße vor, so ist von einem Schaden der Gesellschaft auszugehen.

Neben diesen Pflichten gibt es auch weitere gesetzliche Vorstandspflichten, die den anderen Organen gegenüber bestehen, wie zum Beispiel Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat (§ 90 AktG) oder Verlustanzeigespflicht gegenüber der Hauptversammlung (§ 92 Abs.1, 2)⁵⁹. Diese Pflichten beruhen jedoch auf der Organstellung und bestehen daher im Prinzip auch der Gesellschaft gegenüber⁶⁰.

Die Pflichtverletzung eines Vorstandsmitglieds kann in einem aktiven Tun oder passiven Unterlassen bestehen. Insofern führt etwa die Vernachlässigung der im Gesetz ausdrücklich geregelten Pflicht der ordnungsgemäßen Buchführung (§ 91 AktG) genauso zur Schadensersatzpflicht wie der Verlust angesichts des Kaufs eines unverhältnismäßig riskanten Grundstücks. In beiden Fällen ist bekanntermaßen die Voraussetzung der Pflichtwidrigkeit (bzw. Widerrechtlichkeit) des Verhaltens erfüllt.

lässt und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgibt oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtritt.

⁵⁸ § 93 Abs. 3 AktG: Die Vorstandsmitglieder sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen diesem Gesetz

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt werden,
2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnanteile gezahlt werden,
3. eigene Aktien der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft gezeichnet, erworben, als Pfand genommen oder eingezogen werden,
4. Aktien vor der vollen Leistung des Ausgabebetrags ausgegeben werden,
5. Gesellschaftsvermögen verteilt wird,
6. Zahlungen entgegen § 92 Abs. 2 geleistet werden,
7. Vergütungen an Aufsichtsratsmitglieder gewährt werden,
8. Kredit gewährt wird,
9. bei der bedingten Kapitalerhöhung außerhalb des festgesetzten Zwecks oder vor der vollen Leistung des Gegenwerts Bezugsaktien ausgegeben werden.

⁵⁹ Der Vorstand hat die Hauptversammlung einzuberufen, sofern ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals abzusehen ist. Bei Zahlungsunfähigkeit der AG hat er spätestens jedoch nach drei Wochen, Insolvenzantrag zu stellen.

⁶⁰ Vgl. **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 68.

bb) Ausschluss der Pflichtverletzung

Die Vorstandsmitglieder haben unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters die Geschäfte der Gesellschaft eigenverantwortlich zu leiten. Im komplexen Wirtschaftsleben muss der Vorstand öfters auch mit Risiko behaftete Geschäfte vornehmen können. Die Frage, ob allein die Gewagtheit eines riskanten Geschäfts die Pflichtwidrigkeit und das Verschulden darstellen kann, war in der Literatur lange Zeit strittig. Anknüpfend an einer BGH-Entscheidung⁶¹ wurde die Problematik mit der Gesetzesänderung im Jahre 2004 folgendermaßen gelöst:

Ausweislich § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG „*liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.*“ Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine gesetzliche unwiderlegbare Vermutung für ein pflichtmäßiges Handeln des Vorstands.⁶² Mit dieser Norm hat der Gesetzgeber das US-amerikanische Rechtsinstitut der sog. **Business Judgement Rule** ins deutsche Recht transformiert.

Wenn die Voraussetzungen der gesetzlichen Vermutung in § 93 Abs. 1 Satz 2 gegeben sind, so ist das Verhalten des Vorstands nicht rechtswidrig und mithin ist die Haftung des Vorstands ausgeschlossen. Diese Voraussetzungen sind in der Regierungsbegründung⁶³ näher umschrieben: Demnach gilt folgendes:

(1) Es muss eine unternehmerische Entscheidung vorliegen. (2) Das Vorstandsmitglied muss annehmen dürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. (3) Das Vorstandsmitglied muss ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse (4) auf der Grundlage angemessener Informationen (5) und schließlich im guten Glauben gehandelt haben.

cc) Rechtfertigungsgründe

Im Zivilrecht allgemein liegt die Tatbestandsmäßigkeit des widerrechtlichen, schuldhaften, schadenstiftenden Verhaltens vor, solange keine Rechtfertigungsgründe, d.h. kein Erlaubnissatz eintritt. Als Rechtfertigungsgründe kommen hierbei Notwehr, Notstand, erlaubte Selbsthilfe, rechtmäßig ausgeübte öffentliche Gewalt, Geschäftsführung ohne Auftrag und Einwilligung des Geschädigten in Betracht. Hinsichtlich des aktienrechtlichen Schadenersatzrechts ist letztere äußerst bedeutsam.

⁶¹ BGH, NJW 1997, 1926.

⁶² Vgl. Statt vieler **HeidelbergerKommAktG/ Bürgers/ Israel**, § 93 Anm. 9; **Hüffer**, § 93 Anm. Anm. 4d.

⁶³ RegE zum UMAG vom 07.01.2005, BT-Drucks. 3/05, S.18.

Im allgemeinen zivilrechtlichen Sinne beseitigt die Einwilligung des Geschädigten die Widerrechtlichkeit und es fehlt somit ein Element für die Entstehung eines Schadenersatzanspruches. Die Widerrechtlichkeit kann jedoch aufgrund der Einwilligung als rechtsgeschäftliche Handlung nur dann ausgeschlossen oder aufgehoben werden, wenn der Einwilligende über das jeweilige Recht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen frei verfügen kann⁶⁴. Ob dies der Fall ist, wird nach den Vorschriften von §§ 134, 138 BGB bestimmt. Demnach ist die Einwilligung z.B. in die Tötung gemäß den obigen Vorschriften ungültig und die Handlung bleibt weiterhin widerrechtlich.

Der Ausschluss der Pflichtwidrigkeit (Widerrechtlichkeit) kann dagegen im konkreten aktienrechtlichen Haftungsfall derart in Erscheinung treten, dass die Gesellschaft als Geschädigte in das schädigende, rechtswidrige Verhalten des Mitglieds des Vorstands einwilligt. Dies ist dann der Fall, wenn die Hauptversammlung als willensbildendes Organ der Gesellschaft durch ihren Beschluss in Kenntnis der Verhältnisse der pflichtwidrigen Handlung des Verantwortlichen zugestimmt hat und nach Gesetz und Statut zustimmen durfte.⁶⁵ Insoweit enthält das deutsche Aktienrecht in § 93 Abs. 4 Satz 1 die positive Bestimmung darüber, dass die *„Ersatzpflicht der Gesellschaft gegenüber nicht eintritt, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht“*. Wie auch aus dem Wortlaut dieser Bestimmung zu folgern ist, setzt dabei die Beseitigung der Pflichtwidrigkeit durch Einwilligung voraus, dass der einwilligende Beschluss der Hauptversammlung (Generalversammlung) weder nichtig noch wegen Verstoßes gegen Gesetz oder Satzung anfechtbar sein soll. In diesem Fall ist das Verhalten des Organmitglieds nur gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären nicht pflichtwidrig. Es bleibt dagegen die Pflichtwidrigkeit und damit zugleich die Verantwortung im Verhältnis der Gläubiger bestehen, sofern sie infolge der Ausführung des Beschlusses einen Schaden erlitten haben. Dies folgt aus dem eindeutigen Wortlaut des § 93 Abs. 5 Satz 3 AktG.

Zum Schluss kann hinsichtlich der Widerrechtlichkeit darauf hingewiesen werden, dass für die Haftung immer ein pflichtwidriges Verhalten als „Mitglied des Vorstands vorausgesetzt ist.“⁶⁶ Die Abstimmung in der Hauptversammlung

⁶⁴ Vgl. **Bürgi, F. Wolfhart/ Nordmann-Zimmermann**, U, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V5b3, Art. 753/754 Anm. 83 (Im Folgenden: Züricher Komm.); **Schellhammer, Kurt**, Zivilrecht nach Anspruchsgrundlage, Heidelberg 1994, Anm. 988 S. 368; **Larenz**, Schuldrecht II, Besonderer Teil, § 71 S. 594.

⁶⁵ **Bürgi**, Art 753/754 Anm. 84 Züricher Komm.

⁶⁶ Zu den Beispielen des pflichtwidrigen Verhalten des Verwaltungsratsmitglieds aus der schweizerischen Gerichtspraxis vgl. **Forstmoser**, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach Schweizerischem Recht – Risiken und Möglichkeiten ihrer Vermeidung, LJZ 1984 S. 7 ff.; **ders.**, Aktienrecht § 37 Anm. 21 ff. S. 443 ff.; **Burckhardt, Mathias**, Die Pflichten und

des Vorstandsmitglieds als Aktionär oder Ausübung weiterer Aktionärsrechte können keinesfalls als pflichtwidrige Handlung des Vorstandsmitglieds betrachtet werden, auch wenn sie gegen Gesellschaftsinteressen verstoßen.

c) Verschulden

Sowohl das deliktische (§ 823 ff. BGB) als auch das vertragliche Schadensersatzrecht (§ 280 Abs. 1 BGB) setzt prinzipiell für die Haftbarmachung des Schädigers ein Verschulden voraus. Nur ausnahmsweise kann jemand zur Verantwortung gezogen werden, obwohl ihm am Entstehen des Schadens kein Verschulden trifft; zu diesen Ausnahmefällen gehört etwa die Gefährdungshaftung (§ 84 Arzneimittelgesetz).

Auch die aktienrechtliche Haftung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG setzt ausdrücklich neben der Pflichtwidrigkeit weiterhin die Schuldhaftigkeit des Verhaltens vom Vorstandsmitglied voraus.

Im deutschen Recht hat das Verschulden eine subjektive und eine objektive Seite. Demnach setzt die Ersatzpflicht vorab gemäß § 827 BGB die Verschuldensfähigkeit des Ersatzpflichtigen voraus, damit ihm seine schädigende, widerrechtliche Handlung zugerechnet werden kann. Dies bildet die subjektive Seite des Verschuldens.

Die Rechtsordnung verlangt allgemein, dass jedermann sich nach einem unter den gegebenen Verhältnissen als angebracht gedachten Durchschnittsverhalten verhält. Die objektive Seite des Verschuldens knüpft hierbei an konkretes schadenstiftendes Verhalten an, das von diesem herangezogenen Durchschnittsverhalten (Normalverhalten) abweicht.⁶⁷ Die Abweichung von als angebracht gedachtem Durchschnittsverhalten kann sich hingegen in zwei Formen aufzeigen: Vorsatz bzw. Absicht und Fahrlässigkeit.

Nach dem auch für das Aktienrecht geltenden Grundsatz in § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB hat im deutschen Aktienrecht das Vorstandsmitglied gleichfalls Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

In der deutschen Rechtsordnung findet sich keine Legaldefinition des Vorsatzes. Nach herrschender Lehre versteht man aber unter Vorsatz „das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges“.⁶⁸ Demnach setzt also der Vorsatz zwei Elemente voraus: ein Wissens- und ein Willenselement. Um den Vorsatz zu bejahen, muss der Handelnde mit dem rechtswidrigen Erfolg seines Verhaltens gerechnet und ihn billigend in Kauf genommen haben und trotzdem so und

die Verantwortlichkeit der Verwaltung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem, französischem und deutschem Recht, Diss., Basel 1969, S. 147 Fn. 30.

⁶⁷ Vgl. *Oftinger, Karl*, Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I, 4. Aufl., Zürich 1975 S. 141.

⁶⁸ Statt vieler vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 276 Anm. 10; *Battes*, § 276 Anm. 16 Erman BGB.

nicht anders gehandelt haben. Dagegen ist es nicht unbedingt erforderlich, dass der Erfolg unmittelbar gewünscht oder beabsichtigt war.⁶⁹ In diesem Fall spricht man von *dolus eventualis* (bedingter Vorsatz). Dolus eventualis hat jedoch keine große praktische Bedeutung im Rahmen der aktienrechtlichen Schadensersatzpflicht, da hier für jedes Verschulden gehaftet wird. Dolus eventualis kommt bei Pflichtverletzungen der Organperson der Gesellschaft insbesondere in Form von Unterlassung öfters in Frage, wenn etwa die Organperson wegen ungenügender Aufklärung des Sachverhalts eine Pflicht zum Tätigwerden nicht erkennen kann, jedoch damit rechnet, dass sie bei der anständigen Aufklärung des Sachverhalts eine Pflicht zum Tätigwerden erkennen könnte und sie die eventuelle Pflichtverletzung billigend in Kauf nimmt.⁷⁰

Die zweite Art des Verschuldens ist die Fahrlässigkeit. Der Begriff der Fahrlässigkeit ist, wie bereits erwähnt, im deutschen Recht in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB als „*Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt*“ definiert. Wie schon ausgeführt, ist der Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gesetzlich für das Aktienrecht explizit festgeschrieben. Danach liegt die Fahrlässigkeit im aktienrechtliche Haftungsrecht nach deutschem Recht darin, dass das Vorstandsmitglied bei der Erfüllung seiner Pflichten die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters außer Acht lässt (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG).

Mit diesen Bestimmungen schafft der Gesetzgeber im Gegensatz zum Strafrecht einen *objektivierten, typisierten*⁷¹ Fahrlässigkeitsbegriff. Demnach bestimmt sich die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nach den konkreten Anforderungen der von ihm wahrzunehmenden jeweiligen Aufgabe.⁷² Das Vorstandsmitglied muss entsprechende Fähigkeiten, Kenntnisse –gegebenenfalls die Erfahrung - welche für den ihm anvertrauten Geschäftsbereich objektiv erforderlich ist, aufweisen können⁷³. Die mangelnden Fähigkeiten und Kenntnisse, die dem verlangten Standard nicht genügen, sind von daher grundsätzlich nicht als Entschuldigungsgrund zulässig.⁷⁴ Insofern ist

⁶⁹ Vgl. **Palandt/Heinrichs**, § 276 Anm. 10; **Battes**, § 276 Anm. 16 Erman BGB.; **Eren, Fikret**, Borclar Hukuku, Genel Hükümler C II, 4. Aufl., Istanbul 1994, S. 117.

⁷⁰ **Müller**, § 34 Anm. 22 KommGenG.

⁷¹ **Hüffer**, § 93 Anm. 14; **MünchHandAktG/Wiesner**, §93 Anm. 9; **MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler**, § 93 Anm. 82.

⁷² Vgl. **KölnerKommAktG/Mertens/Cahn**, § 93 Anm. 136; **GroßKomm/Hopt**, § 93 Anm. 255; **MünchHandAktG/Wiesner**, §93 Anm. 9; **MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler**, § 93 Anm. 82.

⁷³ Vgl. vorangegangene Fußnote.

⁷⁴ Vgl. dafür ausführlich **Temel, Erhan**, Die Aktienrechtliche Haftung der Mitglieder des Vorstands/Verwaltungsrates einer konzerunabhängigen Aktiengesellschaft nach deutschem

es aber nicht auszuschließen, dass sich die Modalitäten der Erfüllung einer plötzlich entstandenen Aufgabe des Organmitglieds seiner Kenntnis entziehen können. In einem solchen Fall ist es die Pflicht des Organmitglieds, sachkundigen Rat einzuholen; er kann jedoch entschuldigt sein, sofern dafür keine Zeit bleibt, weil die Situation sofortiges Handeln erfordert.⁷⁵

Zwei Grade der Fahrlässigkeit lassen sich im Aktienrecht unterscheiden: die grobe Fahrlässigkeit und leichte (einfache) Fahrlässigkeit. Die grobe Fahrlässigkeit ist dann gegeben, wenn das Mitglied des Vorstands die ihm zuzumutende Sorgfalt in besonders schwerem Maß verletzt und nicht beachtet hat, was jedem Mitglied des Vorstands in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen.⁷⁶ Dagegen liegt leichte Fahrlässigkeit vor, wenn die besonderen Merkmale der groben Fahrlässigkeit nicht erfüllt sind.⁷⁷

Der Unterscheidung zwischen den Graden der Fahrlässigkeit kommt im türkischen und schweizerischen Aktienrecht keine Bedeutung zu, während ihr das deutsche Aktiengesetz erhebliche praktische Bedeutung beimisst. Demnach können die Vorstandsmitglieder dem Gläubiger gegenüber außer den in § 93 Abs. 3 AktG aufgelisteten Fällen nur für grobe Verletzung der aktienrechtlichen Sorgfalt zur Verantwortung gezogen werden, während sie der Gesellschaft gegenüber für jede Fahrlässigkeit (d.h. auch für leichte Fahrlässigkeit) haften.

d) Kausalität

Für die Haftung der Vorstandsmitglieder ist die letzte Voraussetzung ein Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen und schuldhaften Verhalten des Organmitglieds (Vorstandsmitglieds) und dem eingetretenen Schaden. Er stellt die Beziehung zwischen Ursache und Wirkung dar. Relevant ist aber für das Schadenersatzrecht im Unterschied zur Naturwissenschaft nicht jeder Zusammenhang zwischen der Ursache (dem pflichtwidrigen Verhalten) und der Wirkung (dem Schaden). Um sehr entfernte Folgen auszuschließen, hat man insofern in der Rechtswissenschaft zunächst einen juristischen Kausalbegriff aufgestellt: „adäquater Kausalzusammenhang“. Die heute wohl herrschende zivilrechtliche Lehre geht von diesem „adäquaten Kausalzusammenhang“ aus.

und türkischem Recht, unter Berücksichtigung des alten und revidierten schweizerischen Obligationenrecht, Frankfurt usw. 2001, S. 85 ff.

⁷⁵ Vgl. **Mertens**, § 93 Anm. 99 Kölner Komm.; ders., § 43 Anm. 56 Hachenburg; **Hefermehl**, § 93 Anm. 29 Komm. AktG; **MünchHandAktG/Wiesner**, § 26 Anm. 11 S. 220.

⁷⁶ Vgl. **Palandt/Heinrichs**, § 277 Anm. 4; **Battes**, § 276 Anm. 70 Erman BGB.

⁷⁷ **Palandt/Heinrichs**, § 276 Anm. 14.

Im deutschen Recht wurde der adäquate Zusammenhang wohl zum ersten Mal durch das Reichsgericht⁷⁸ formuliert, und der BGH⁷⁹ und die Doktrin⁸⁰ haben sich dieser Formulierung angeschlossen. Danach liegt ein adäquater Zusammenhang vor, „wenn ein Verhalten oder Ereignis im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge ganz außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolges geeignet ist.“

Diese Begriffsbestimmung der adäquaten Kausalität gelten allgemein auch für die aktienrechtliche Schadenersatzpflicht.⁸¹ Die Voraussetzung des Kausalzusammenhangs liefert also für viele Haftungstatbestände keine besonderen aktienrechtlichen Probleme. Im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Haftung ist jedoch allgemein nahegelegt, dass an den Beweis des Kausalzusammenhangs keine hohen Anforderungen gestellt werden.⁸² Demnach muss es genügen, wenn der Nachweis einer hohen Wahrscheinlichkeit erbracht wird.⁸³

Für die aktienrechtliche Haftung ist es nicht erforderlich, dass das Verhalten des in Anspruch genommenen Mitglieds die alleinige Ursache des Schadens darstellt.⁸⁴ Vielmehr ist es ausreichend, dass seine Pflichtwidrigkeit eine Teilursache bildet. Dagegen kann sich das Vorstandsmitglied auf rechtmäßiges Alternativverhalten berufen und der Haftung entziehen⁸⁵. Dafür trägt der Beklagte alleinige Darlegungs- und Beweislast. Demnach muss das Vorstandsmitglied einen sicheren Nachweis erbringen, dass der Schaden beim rechtmäßigen Alter-

⁷⁸ RGZ 78, 270, 272; 133, 126, 127; 142, 383, 388; 170, 129, 136.

⁷⁹ BGHZ 3, 261, 267; 7, 198, 204; 57, 137, 141.

⁸⁰ **Palandt/ Heinrichs**, Vorbem. v. § 249 Anm. 58 ff.; **Medicus, Dieter**, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 1996, § 54 S. 276 ff.; **Larenz, Karl**, Lehrbuch des Schuldrechts Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, § 27 S. 435 ff.

⁸¹ **Großkomm/ Hopt**, § 93 Anm. 266; **MünchHandAktG/ Wiesner**, § 93 Anm. 8; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 81.

⁸² BGE 59 II 451; 76 II 319; 93 II 29; **Forstmoser**, Verantwortlichkeit Anm. 269 S. 98; **Bürgi**, Art. 753/754 Anm. 86 Züricher Komm.; **Schiess, Maya**, Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs, Diss., Zürich 1978, S. 50; **Hober, Felix**, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Diss., Zürich 1986, S. 26.

⁸³ **Meier-Wehrli, Jörg**, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäß Art. 754 ff. OR/ 41 ff. BkG, Diss., Zürich 1968, S. 79; Burckhardt, Diss. S. 139.

⁸⁴ **Forstmoser**, Verantwortlichkeit S. 100 Anm. 270; **Horber**, Diss. S. 27; **Meier-Wehrli**, Diss. 79.

⁸⁵ **MünchHandAktG/ Wiesner**, § 93 Anm. 8; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 81; **Großkomm/ Hopt**, § 93 Anm. 266; **Spindler/ Stilz/ Fleischer**, § 93 Anm. 202.

nativverhalten auf jeden Fall eingetreten wäre.⁸⁶ Die bloße Möglichkeit, dass der Schaden auch beim Alternativverhalten eingetreten wäre, reicht also nicht aus.⁸⁷

Beim Verstoß gegen Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensregeln (etwa Berichtspflichten) kann aber die Berufung auf Alternativverhalten die Haftung nicht verhindern.⁸⁸ Die Begründung dafür ergibt sich aus dem Schutzzweck jeweiliger Vorschriften⁸⁹: diese dienen hauptsächlich der Abstimmung und Herbeiführung von gemeinsamen Vorstandsbeschlüssen, ansonsten würden der Schutzzweck und seine Saktionierung weitgehend leer laufen⁹⁰.

VII. Ergebnisse

Als Ergebnisse der vorangegangenen Ausführungen sind zusammenfassend festzuhalten:

1. Nach deutschem Recht besteht ein doppeltes Rechtsverhältnis zwischen einem Vorstandsmitglied und einer Aktiengesellschaft: Das erste Rechtsverhältnis wird als Organverhältnis (d.h. körperschaftsrechtliches Bestellungsverhältnis) und das zweite als schuldrechtliches Anstellungsverhältnis bezeichnet. Die Schadenersatzhaftung der Vorstandsmitglieder gem. § 93 AktG beruht auf diesem organ- bzw. körperschaftsrechtlichen Verhältnis.

2. Die Schadenersatzhaftung endet in der Regel mit der wirksamen Beendigung der Bestellung. Ferner kann diese Haftung durch Ablauf der Amtszeit, durch Widerruf der Bestellung oder durch Amtsniederlegung enden.

3. Die Sorgfaltspflicht eines Vorstandsmitglieds gem. § 93 Abs. 1 AktG geht über die in § 276 BGB, in 347 HGB und in § 241 Abs. 1 aHGB verankerten Sorgfalt hinaus. Die aktienrechtliche Sorgfaltspflicht stellt nämlich eine erhöhte und objektivierte dar.

4. Ausweislich § 93 AktG steht der Schadenersatzanspruch wegen der Pflichtverletzung der Vorstandsmitglieder nur der Gesellschaft und den Gläubigern der Gesellschaft zu. Es wird jedoch einer bestimmten Minderheit der Ak-

⁸⁶ **GroßKomm/ Hopt**, § 93 Anm. 266; **MünchHandAktG/ Wiesner**, §93 Anm. 8; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 81; **Spindler/ Stilz/ Fleischer**, § 93 Anm. 202.

⁸⁷ Vgl. vorangegangene Fußnote.

⁸⁸ **Spindler/ Stilz/Fleischer**, § 93 Anm. 203; **MünchHandAktG/ Wiesner**, §93 Anm. 8; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 81; **GroßKomm/ Hopt**, § 93 Anm. 266.

⁸⁹ **Spindler/ Stilz/ Fleischer**, § 93 Anm. 203; **MünchHandAktG/ Wiesner**, §93 Anm. 8; **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 81

⁹⁰ **MünchKommAktG/ Hefermehl/ Spindler**, § 93 Anm. 81.

tionäre ein Anspruch auf Schadensersatz gewährt. Diese anspruchsberechtigte Minderheit muss also % 10 des Grundkapitals vertreten (§ 147 Abs. 2 AktG). Die Minderheit kann beim Gericht beantragen, dass andere Personen als Vorstands- und Verwaltungsmitglieder zur Geltendmachung der Ansprüche bestellt werden. Neben der Gesellschaft, den Gläubigern und Minderheitsaktionären können bestimmte Aktionäre beim Gericht wiederum die Zulassung beantragen, Schadensersatzansprüche der Gesellschaft im eigenen Namen, aber auf Zahlung an die Gesellschaft zu machen (§ 148 AktG).

5. Die Haftungsvoraussetzungen sowie die Konsequenzen, die aus der Haftung folgen, sind zum großen Teil unabhängig davon, wer von diesen Klageberechtigten den Anspruch auf den Schadensersatz geltend macht. Die Voraussetzungen der Haftung der Vorstandsmitglieder sind im Einzelnen: Schaden der Gesellschaft, Widerrechtlichkeit bzw. Pflichtwidrigkeit, Verschulden und Kausalität.

6. Nach § 93 AktG setzt die Ersatzpflicht eines Vorstandsmitglieds wegen Pflichtverletzung voraus, dass die Gesellschaft einen Schaden erlitten hat. Für diesen Schadensbegriff sind grundsätzlich die Vorschriften von §§ 249 ff. BGB maßgeblich.

7. Die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit des Verhaltens eines Vorstandsmitglieds ist erst dann gegeben, wenn es durch sein Verhalten die ihm obliegenden Pflichten verletzt. Im Aktienrecht lassen sich die Verpflichtungen der Vorstandsmitglieder hauptsächlich in zwei Arten gliedern: auf der einen Seite die den Vorstandsmitgliedern durch den Anstellungsvertrag zugeschriebenen Vorstandspflichten, auf der anderen Seite die auf der Organstellung beruhenden Pflichten. Diese organschaftlichen Pflichten ergeben sich hauptsächlich aus dem Aktiengesetz, aus der Satzung sowie der Geschäftsordnung des Vorstands.

8. Gem. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Mit dieser Norm hat der Gesetzgeber das US-amerikanische Rechtsinstitut der sog. *Business Judgement Rule* ins deutsche Recht übernommen.

9. Für die aktienrechtliche Haftung gem. § 93 AktG ist es nicht nötig, dass das Verhalten des in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieds die alleinige Ursache des Schadens darstellt. Für die Haftung ist es durchaus ausreichend, dass seine Pflichtwidrigkeit eine Teilursache darstellt. Dagegen kann sich das Vorstandsmitglied auf rechtmäßiges Alternativverhalten berufen und der Haftung entziehen. Dafür trägt das beklagte Vorstandsmitglied alleinige Darlegungs- und Beweislast.

ALMANYA FEDERAL MAHKEME KARARI ÇEVİRİSİ - I

*Doç. Dr. Gökçen TOPUZ**

FEDERAL TEMYİZ MAHKEMESİ HALK ADINA KARAR

V ZR 178//08

Bildirme Tarihi: 9 Ekim 2009
Lesniak
Zabıt kâatibi olarak
Adliye Memuru

Uyuşmazlıkta

Başvuru Kitabı: Evet

BGHZ: Hayır

BGHR: Evet

BGB § 138 Abs. 1 D

Fiili karineye göre, edim ile karşı edim arasındaki aşırı orantısızlık halinde bu orantısızlık lehine olan sözleşme tarafının kınanan bir düşünceye sahip olduğu sonucu çıkarılmalıdır. Gerçi fiili karine zarar gören ilgili taraf için gabin benzeri hukuki işlemin sübjektif unsurlarının mevcudiyeti için açıklama ve delil göstermeyi kolaylaştırılmakta ancak söz konusu tarafı bunları iddia yükünden kurtulmamaktadır.

Federal Temyiz Mahkemesi, 9 Ekim 2009 -V. Hukuk Dairesi 178/08-

Berlin İstinaf Mahkemesi

Berlin Eyalet Mahkemesi

Federal Temyiz Mahkemesi'nin V. Hukuk Dairesi 9 Ekim 2009'da hakim Prof. Dr. Krüger başkanlığında Hakim Dr. Lemke, Dr. Schmidt-Räntsch, Bayan Hakim Dr. Stresemann ve Hakim Dr. Czub murafaada hukuk için kabul etti:

Davacının temyizi üzerine, Berlin İstinaf Mahkemesi'nin 4. Hukuk Dairesi'nin 1 Temmuz 2008 tarihli hükmünün bozulmasına karar verildi.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

Dava, yeni duruşma ve karar ayrıca temyiz masrafları hakkında da karar için istinaf mahkemesine bozularak geri gönderildi.

Hukuken

Olay

Davacı ve onun karısı davalılar ile 13 Şubat 1998'de kiraya verilmiş B... 'de bulunan tadil edilen apartman dairesini (97. 560 Alman Markı dairenin satış bedeli, 37.940 Alman Markı tamir için işçi ücreti olmak üzere) toplam 135.500 Alman Markı'na satmak için noterce düzenlenmiş bir senetle teklifte bulunmuş, davalı 24 Şubat 1998'de noterce hazırlanmış kabul beyanında bulunmuştur. Davalılara, dairenin pazarlaması vekâlet verilen bir komisyoncu vasıtasıyla gerçekleştirilmiştir.

Davacı bu dava ile malın iktisabında üstlenilecek yüklerin finansmanı ile ilgili yanlış bilgidен dolayı satım sözleşmesinden dönülmesinden dolayı kendisinin ve karısının temlik etmiş olduğu maddi tazminat hakkını talep etmektedir. Eyalet mahkemesi davayı esastan kabul etmiş, istinaf mahkemesi, davacının Medeni Kanun'un (BGB) 812. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin birinci durumundan kaynaklanan talebini reddederek davayı reddetmiş ve Kurul tarafından davacıya bu taleplerini temyizde devam ettirmesine izin verilmiştir.

Gereke

I

İstinaf mahkemesi maddi tazminat talebini aşağıda belirtilen hukuki gerekçelerle reddetmiştir. İstinaf mahkemesinin değerlendirmesine göre, davacı, delillerin yeniden gösterilmesi sırasında, evin iktisabı için gerekli olan masraflar hakkında komisyoncunun hatalı danışmanlık yaptığı (yanlış bilgilendirdiği) veya alıcıya başkaca yanlış bilgi verdiğini ispat etmediği için dava reddedilmiştir.

Davacıya Medeni Kanun'un (BGB) 812. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin birinci durumuna göre sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir talep hakkı düşmez. Gerçi davacı, ikinci derece mahkemede Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin ikinci fıkrasına göre gabinden (aşırı yararlanmadan) veya Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin birinci fıkrasına göre gabin benzeri işlem olduğu gerekçesiyle satım sözleşmesinin batıl olduğunu ileri sürmüştür. Ama bu ileri sürülen iddialar yeni olup, ilk derece mahkemesinde ileri sürülen iddiaların somutlaştırılması niteliğinde değildir. Gerçi davacı ilk derece mahkemesinde edim ile karşı edim arasında açık orantısızlık olduğunu iddia etmiş ama Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin subjektif unsurlarını açıklamamıştır. Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 531. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen istisna nedenler olmadığı için yeni iddia ileri sürmeye, izin verilemez.

II

Bu durum, hukuki denetime engel değildir. Temyiz, danışma sözleşmesinin kötü ifasından kaynaklanan maddi tazminat talebinin (karşılaştırınız bunun için Senat, BGHZ 140, 111, 117; Urt. V. 14 Mart 2003, V ZR 308/02, NJW 2003, 1811, 1814) reddini kabul etmekte, istinaf mahkemesinin sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan talebini (Medeni Kanun'un (BGB) 812. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesinin birinci alternatifi) esasa ilişkin bir denetim yapılmaksızın reddedilemeyeceği hakkında uyarıda bulunmaktadır.

1. Gerçi, istinaf mahkemesinin, Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin birinci fıkrasının maddi hukuk bakımından unsurlarını yanlış takdir ettiği ve maddi hukuk kurallarını doğru uygulamadığını söylemek doğru değildir. İstinaf mahkemesi, bir satım sözleşmesinin Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin ikinci fıkrasındaki gabinin bütün unsurları gerçekleşmese bile, Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin birinci fıkrasına göre, gabin benzeri hukuki işlem olarak ahlaka aykırı olabileceğini (Karşılaştırınız, Senat, BGHZ 146, 298, 301 m.w. N) gözden kaçırmamıştır. Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin her iki unsuru da ele alınmış ve Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesine göre, bir sözleşmenin ahlaka aykırı olduğunun tespiti için koşul vakıaları doğru belirlenmiştir. Sözleşmenin ahlaka aykırı olduğunun tespiti için edim ile karşı edim arasında objektif açık orantısızlık olmasına ek olarak ayrıca sübjektif şart da aranmalıdır. Bu Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin her iki unsuru içinde aynı şekilde geçerlidir. Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin birinci fıkrasına göre gabin benzeri işlem olarak bir sözleşmenin ahlaka aykırılığının tespiti için, işlem lehine olan tarafın kınanan bir düşüncesinin olması sübjektif unsur olarak zorunludur (Senat, BGHZ 160, 8, 14; Urt. V. 19. Juli 2002, V ZR 240/01, NJW 2002, 3165, 3166).

2. Ancak sonuçta, istinaf mahkemesinin edim ile karşı edim arasında orantısızlık olduğuna ilişkin tartışmalı raporu delil sunularak ayrıntılı şekilde incelemesi gerektiğinden, Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 531. maddesinin ihlali, yani usul kurallarına aykırılık vardır.

a) Gerçi istinaf mahkemesi - temyiz görüşünün aksine-davacının ilk derecede ileri sürmediği, Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin sübjektif koşul vakıalarını dikkate almamıştır. Davacı ilk derece mahkemesinde bunu ileri sürmediği için Anayasa'nın 103. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiği iddiası yerinde değildir.

Dava dilekçesindeki iddiaya işaret edildiği kadarıyla, alıcıların gayrimenkul hukuku ve vergi hukukuna ilişkin tecrübesizlikleri nedeniyle boşlukları komisyoncunun yaptığı danışmanlıkla öğrenemedikleri beyanına, temyizde dayanmak istemelerine bir anlam yüklenmez. İlk derece mahkemesinde, dava dilekçesinde

alıcıların tecrübesizliği ne, danışma sözleşmesinin kötü ifası nedeniyle sadece maddi tazminat talebinin sebebi olarak dayanılmıştır. Bir alıcının finansal konularda tecrübesizliği durumundan, onun taşınmazlar için piyasada rayiç istenilen fiyatı ve satıcının aşırı yararlandığını da bilmediği sonucu çıkarılamaz. Böyle durumlarda daha ziyade müstakbel sözleşme partnerinin kendi menfaatlerini sağlamak istediğinden yola çıkılmalıdır (Senat Urt. v. 14 März 2003, V ZR 308/02, NJW 2002, 1811, 1812, Urt. v. 8 Oktober 2004, V ZR 18/04, NJW 2005, 820, 821).

Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin birinci fıkrasına göre, satım sözleşmesinin ahlaka aykırı olduğunun kabulü için, edimle karşı edim arasında açık orantısızlık lehine olan satıcının kınanan bir düşüncesinin olması gerekir. Bunun için, satıcının bilerek veya ağır ihmalli davranışı, alıcının zor durumda kalması veya serbest iradesini olumsuz etkileyen durumların olması, örneğin muhakeme yeteneğinin eksikliği veya önemli irade zayıflığı gibi başka nedenlerle kendi aleyhine olan sözleşmeyi yapması gerekir (Senat, BGHZ 146, 298, 302; Urt. v. 5 Oktober 2001, V ZR 237/00, NJW 2002, 429, 432). Davacı tarafından ilk derece mahkemesinde bunun gibi ileri sürülmüş olanlara temyiz işaret etmemiştir.

b) Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin sübjektif unsurlarının ileri sürülmesi, temyiz görüşünün aksine, dava dilekçesinde, (şayet başka bağlamda, yani aydınlatma yükümlülüğünün ihlali iddiasının somutlaştırılması için, iç komisyon ücretinin satım parasının %35'inden % 40'ına kadar tutmasının anormal yüksek olduğu ileri sürülse bile) kararlaştırılan fiyat ile evin değeri arasında açık orantısızlık olduğunun iddia edilmesinin de gereksiz olduğu değildir.

Taşınmaz işlemlerinde, eğer edimin değeri karşı edimin değerinin hemen hemen iki katından yüksek ise edim ile karşı edim arasında açık orantısızlık olduğu kabul edilir. Edim ile karşı edim arasında özel açık orantısızlığın bulunması halinde bunun işlem lehine olan tarafın kınanan bir düşüncesinden kaynaklandığı kabul edilmektedir. (Senat, BGHZ 146, 298, 305, Urt. v.5 Oktober 2001, V ZR 237/00, NJW 2002, 429, 432; Urt. v. 29 Juni 2007, V ZR 1/06, NJW 2007, 2841, 2842). Ancak temyiz (mahkemesi), Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin sübjektif unsurlarının ileri sürülmesine gerek olmadan, bu şekilde edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu sonucunu haksız olarak çıkarmıştır. Böylece temyiz (mahkemesi) fiili bir karineyi geniş tutmuş, yani fiili karinenin etkisini Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 292. maddesine göre bir kanuni karinenin etkisi ile aynı tutmuştur.

aa) Kanuni karinelere karine lehine olan taraf sadece karine temelini açıklamalı ancak kanuni karinenin karine sonucunu ileri sürmesine gerek yoktur (MünchKomm-ZPO/Prütting, 3. Baskı, § 292, kenar numarası 21;

Musielak/Huber, ZPO, 6. Baskı, § 292 kenar numarası 4; Stein/ Jonas/Leipold, ZPO, 22. Baskı, § 292 kenar numarası 14; Wieckzorek/Schütze/Assmann, ZPO 3. Baskı § 292 kenar numarası 21). Böyle bir karine, tarafı karine sonucu için hem ispat yükü hem de somutlaştırma yükünden kurtarır. (BGH Urt. v. 19. Januar 1977, VIII ZR 42/75, JR 1978, 18, 20; Urt. v. 4. Februar 2002, II ZR 37/00, NJW 2002, 2101, 2102). Karine aleyhine olan diğer taraf, Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 292, maddesinin birinci fıkrasına göre, aksini ispat yükünü taşır ve aksi ispat için delil göstermesi gerekir.

bb) Edimler arasındaki açık denge bozulması halinde, bu durumun lehine denge ilişkisinin bozulduğu tarafın kınanan bir düşüncesinden kaynaklandığı sonucunun çıkarılmasında ise, bir fiili karineye dayanılmaktadır.

(1) Fiili karineler kanun tarafından düzenlenmeyen, bilakis genel tecrübe kurallarına dayanırlar ve tam tartışmasız olmasa bile doktrinde hâkim olan görüşe göre Medeni Usul Kanunu'nun 292. maddesi uygulama alanı bulmaz (MünchKomm-ZPO/Prütting, 3. Baskı, § 292, kenar numarası 27; Musielak/Huber, ZPO, 6. Baskı, § 292, kenar numarası1; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Baskı, § 292, kenar numarası 7; Wieczorek/ Schütze/ Assmann, ZPO 3. Baskı, § 292, kenar numarası 13; Zöllner/ Greger, ZPO, 27. Baskı, v. § 284, kenar numarası 33; Baumgärtel, Festschrift für Karl Heinz Schwab, 43, 47; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 57; a. A.Bruns, Zivilprozessrecht, 2. Baskı, kenar numarası 171 c; Hirte, MDR 1998, 182, 185). Fiili karineler, iddia edilen vakıyı gerekçelendirebilmek için ilk görünüş ispatı veya emare ispatı olarak, sadece delillerin değerlendirilmesi alanında önem taşır (MünchKomm-ZPO/Prütting, 3. Baskı, § 292, kenar numarası 27; Wieczorek/ Schütze/ Assmann, ZPO 3. Baskı, § 292, kenar numarası 13; Baumgärtel, aaO, 57; Prütting, aaO, 58).

(2) Bu, edim ile karşı edim arasında açık orantısızlık halinde, orantısızlığın lehine olduğu sözleşme tarafının kınanan bir düşünceye sahip olduğuna ilişkin sonuç çıkarmada da geçerlidir. Alışılmışın dışında edim, kural olarak acil durum olmaksızın veya diğer zarar görenin kısıtlayıcı bir durumda bulunduğu ve işlem lehine olan tarafın bu durumdan yararlandığı sonucu tecrübe kurallarından çıkarılır (Senat, BGHZ 146, 298, 302 f.; Urt. v. 29 Haziran 2007; V ZR 1/06; NJW 2007, 2841). Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesinin birinci fıkrasının sübjektif unsurlarının ispatını kolaylaştıran fiili karine, hakim tarafından delillerin takdirinde dikkate alınmalı ve şayet somut olayda fiili karine özel durumlar yoluyla sarsılırsa o zaman uygulanmamalıdır (Senat, BGHZ 146, 296, 305; Urt. v. 5. Okt. 2001, V ZR 237/00, NJW 2002, 429, 432; Urt. v. 19. Juli 2002, V ZR 240/01; NJW 2002, 3165, 3166; Urt. v. 29. Juni 2007, V ZR 1/06, NJW 2007, 2841, 2842; aynı şekilde BGH Urt.v. 18. Dezenber 2002, VII ZR 123/02, NJW-RR 2003, 558).

Gerçi, fiili karine edimler arasındaki açık denge bozukluğu hallerinde zarar gören (dezavantajlı) tarafa gabin benzeri hukuki işlemin sübjektif unsurlarını ileri sürmede yardımcı olur. Şayet edim ile karşı edim arasında özel açık bir dengesizliğe işaret edilmesi yeterli ise gabin benzeri hukuki işlemin somutlaştırılması esaslı şekilde kolaylaşır. Zira kural olarak bundan edimler arasındaki dengesizlikten yararlanan sözleşme tarafının kınanan bir düşünceye sahip olduğuna ilişkin sonuç çıkarılmasına izin verilir (Karşılaştırınız Senat, Urt. v. 5 Oktober 2001, V ZR 237/00, NJW 2002, 429, 430; Urt. v. 29. Juni 2007, V ZR 1/06, NJW 2007, 2841, 2842).

Ancak bu durum, açık orantısızlıktan zarar gören tarafı, gabin benzeri hukuki işlemin sübjektif unsurlarının mevcut olduğunu iddia etme yükünden kurtarmaz. Delillerin değerlendirilmesi alanında uygulanan tecrübe kuralları, sübjektif unsurların (koşul vakıaların) ileri sürülmesini şart koşar.

Zira zarar gören (dezavantajlı) taraftan bunun ileri sürmesinin istenmesi ağır bir talep değildir. Bu, diğer sözleşme tarafının kınanan bir düşünceye dayanarak hareket ettiğinin açıkça iddia edilmesi gerektiği şeklinde değil, şayet edim ile karşı edim arasında açık, objektif orantısızlığın ileri sürülmesi bağlamından açıkça anlaşılıyor ise, orantısızlıktan zarar gören sözleşme tarafının, diğer sözleşme tarafının kınanan bir düşünce ile hareket ettiğine ilişkin karineye dayanak oluşturur (Senat, Beschl. v. 2. April 2009, V ZR 177/08, NJW-RR 2009, 1236, 1237). Ama bundan, edimler arasındaki denge ilişkisinin ağır şekilde bozulması sadece Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesine göre sözleşmenin butlanına neden olmayacağı ve denge ilişkisinin bozulması lehine olan sözleşme tarafının kınanan bir düşünceye sahip olduğuna ilişkin fiili karine özel durumların ileri sürülmesi yoluyla çürütülebileceği için vazgeçilmez (Senat, BGHZ 160, 8, 15; Urt. v. 19 Juli 2002, V ZR 240/01, NJW 2002, 3165, 3166; Urt. v. 27. September 2002, V ZR 218/01, NJW 2003, 283, 284). Bu nedenle de objektif olarak edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması halinde, zarar gören sözleşme tarafının Medeni Kanun'un (BGB) 138. maddesine göre kınanan bir düşünce ile kurulan işlemin aynı zamanda ahlaka aykırı olduğunu iddia etmesi halinde, dengenin lehine bozulduğu sözleşme tarafı buna cevap verebilir.

c) Ancak sonuçta temyiz yerindedir. İstinaf mahkemesi, davacının gabin benzeri (işlemin) unsurunun mevcut olduğunun yeni ileri sürülmesini Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 531. maddesinin ikinci fıkrası gereğince reddedemez.

aa) Temyiz mahkemesi tarafından, yeni iddiaların ileri sürülmesine izin vermeme ancak usul kurallarına aykırılığın denetiminden sonra yapılabilir. Böyle bir aykırılık, temyiz cevap dilekçesindeki görüşün aksine, burada mevcuttur.

Gerçi, temyiz usul eksikliklerini doğru olarak gerekçelendirmemesi, açıklandığı gibi, ilk derece mahkemesi tarafından haksız olarak uygulama, ikinci

derece mahkemede sadece somutlaştırılan beyanlardan yola çıkılmasına temyizde işaret edilmesi doğrudur. Ancak bu yanlış gerekçeler temyiz mahkemesini bağlamaz. Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 557. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi, usul kurallarına aykırılıkların (usul eksikliklerinin) Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 551. maddesinin 3. fıkrasının üçüncü bendine göre, kuralına uygun bir şekilde ileri sürülmesini şart koşar, fakat temyiz talep edenin mantıklı olmayan beyanlarını istemez (karşılaştırmız, BGH Urt.v. 24. November 1980, VII ZR 208/79, NJW 1981, 1453; Beschl. v. 26.Juni 2003, III ZB 71/02, NJW 2003, 2532, 2533).

Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 551. maddesinin üçüncü fıkrası, 554. maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi ikinci bendine göre, temyiz sebeplerinin ileri sürülmesinde usulüne uygun bozma nedenlerinin olduğunun yazılı olarak talep edilmesi yeterlidir. Şayet ikinci derecede (ikinci derece mahkemesinde) ileri sürülenlerin reddedilmesi yoluyla Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 531. maddesinin ikinci fıkrasının ihlal edildiği ihtar edilmiş ise, bunlar ortaya çıkan usul hatası olarak adlandırılır, bunlar, ikinci derece mahkemesinde verilen layihada ileri sürülenlere (dosyadaki yerleri beyan edilerek) işaret edilerek istinaf mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Açıklanan durumlardan, temyizde Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 531. maddesinin ikinci fıkrasının ihlal edilmiş olup olmadığına hukuki değerlendirmesini Kurul kendisi yapmalıdır.

bb)Yeni beyanların reddedilmesi hukuken hatalıdır. İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinden hukuki durum ve meseleyi farklı değerlendirip hüküm verdiği için, ilk derece mahkemesinde davayı kazanan davacının sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan talepleri yeni ileri sürmesine izin vermiştir.

Yerleşmiş içtihatlar göre, istinaf yargılamasını kazanan davalı, önceki derecede verilen hükmün istinafta takip edilmek istenmemesinin nedenlerinin sadece zamanında işaret edilmesine (ikaz edilmesine) değil ve aynı zamanda kendi vakıa iddialarını açıklamaya yardımcı olmak ve başka delil ileri sürmek için bir fırsat elde ettiğine de güvenmektedir (BVerfG NJW 2003, 2524; BGH, Urt. v. 21. Dezember 2004, XI ZR 17/03, Rz. 11; juris; Beschl. v. 15 März 2006; IV ZR 32/05, NJW, NJW-RR 2006, 937; Senat, Beschl. v. 26. Juni 2008, V ZR 225/07, Rz. 5, juris).

Mahkeme, davanın durumuna göre tarafın işine yarayacak beyanlarını Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 139. maddesine göre açıklamalıdır (aydınlatmalıdır). (karşılaştırmız BGHZ 127, 254, 260; Urt. v. 27. November 1996, VIII ZR 311/95, NJW- RR 1997, 441). İstinaf mahkemesinin açıklatma (aydınlatma) yükümlülüğü ve yeni ileri sürülenlerin birlikte dikkate alınması bakımından, Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 531. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki düzenlemeye göre de yeni iddia ve savunma vasıtalarının istinaf mahkemesinde ileri sürülmesinin caizliğinin sınırlandırılması da bunu değiştirmez.

Şayet istinaf yargılamasının davalısı tarafından ileri sürülen, kanun yolu hakkındaki kararda önemli olan açıklamalar dikkate alınmamışsa, açıklatma (aydınlatma) yükümlülüğü ilk derece mahkemesi tarafından yanlış değerlendirme ile yerine getirilmemiş olur (karşılaştırınız, BGH Urt.v. 21. Dezember 2004, XI ZR 17/03, aaO). İstinaf davalısının yeni ileri sürdüğüne (iddiasına), ilk derecede ileri sürülmüş olup olmadığına bakılmaksızın cevaz vermek gerekir. İstinaf davalısının bu yeni iddiası, istinaf mahkemesince açıklattırılır. Yeni ileri sürülenler istinaf mahkemesi vasıtası ile ilk dereceden sapan hukuki veya fiili bir karar nedeniyle davanın kaybedilmesini önlemelidir (karşılaştırınız, BGH, Beschl. v. 27 Noveber 1996, VII ZR311/95, NJW-RR 1997, 441; Urt. V. 21. Dezember 2004, XI ZR 17/03, Rz. 11, juris; Senat, Beschl. v. 26. Juni 2008, V ZR 225/07, Rz. 5, juris).

Buna göre istinaf hükmü bozulmalı ve dava davacının Medeni Kanun'un (BGB) 812. maddesinin birinci fıkrasının birinci durumundan kaynaklanan talebine ilişkin yeni ileri sürdükleri de dikkate alınarak yeni karar için bozularak geri gönderilmelidir.

1. Davacının Medeni Kanun'un (BGB) 812. maddesinin birinci fıkrasına göre olan talebine ilişkin davacının alacağının hesaplanmasının kontrol edilmesi için yeni duruşma yapılmasına işaret edildi.

2. Birleştirilen sözleşmelerde, eve ilişkin satım sözleşmesi ve evin tadil edilmesine ilişkin istisna sözleşmesinde, edim ile karşı edim arasındaki bir orantısızlığın tespiti için, Kurulun 6 Temmuz 2007 tarihli kararındaki açıklamalara yollama yapılmıştır (V ZR 274/06, Rz. 22 bis 24, juris)

Krüger

Lemke

Schmidt-Räntsch

Stresemann

Czub

Önceki Dereceler:

Berlin Eyalet Mahkemesi, 28.06.2006- 23 O 667/04- Karar

Berlin İstinaf Mahkemesi, 01.07.2008- 4 U 190/06- Karar

ALMANYA FEDERAL MAHKEME KARARI ÇEVİRİSİ - II

*Doç. Dr. Gökçen TOPUZ**

FEDERAL TEMYİZ MAHKEMESİ HALK ADINA KARAR

IX ZR 239/09

Bildirme Tarihi: 15 Mart 2012

Preuß

Zabıt katibi olarak

Adliye Memuru

Uyuşmazlıkta

Başvuru kitabı: Evet

BGHZ: Hayır

BGHR: Evet

Aciz Kanunu'nun (InsO) 17. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi, 133. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi

Aciz Kanunu'nun (InsO) 17. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesindeki aciz haline ilişkin karinenin, borçlunun ödemeye isteksiz olduğunun ispatı ile çürütülemeyeceği; ödeme yeteneğinin ispatı gerektiği.

Federal Temyiz Mahkemesi 15 Mart 2012- IX Hukuk Dairesi 239/09-

Düsseldorf İstinaf Mahkemesi

Kleve Eyalet Mahkemesi

Federal Temyiz Mahkemesi'nin IX. Hukuk Dairesi 15 Mart 2012'de hakim Prof. Dr. Kayser başkanlığında Hakim Vill, Bayan Hakim Lohmann, Hakim Dr. Fischer ve Hakim Dr. Pape murafaada hukuk için kabul etti:

Davacının temyizi üzerine Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi (İstinaf Mahkemesi) 12. Hukuk Dairesinin 19 Kasım 2009 tarihli hükmü bozulmuştur.

Dava, yeni duruşma ve karar ayrıca temyiz masrafları hakkında da karar için istinaf mahkemesine bozularak geri gönderilmiştir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

Hukuken

Olay

Davacı, davalının 28 Kasım 2006'da W. Limited şirketinin (daha sonra borçlu olarak bahsedilecektir) malvarlığı hakkında aciz usulünün açılması için verdiği dilekçede idarecidir. Davacı, davalıdan Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasına göre, aczin iptali yoluyla, 7 Nisan 2003 ve 1 Şubat 2006 tarihleri arasında farklı zamanlarda vergi dairesine 21 defa yapılan ve toplam 1.608.583,95 Euro tutarındaki vergi ödemelerinin geri alınmasını talep etmektedir.

Eyalet mahkemesi davayı faizin az bir kısmı hariç kabul etmiş, Yüksek Eyalet Mahkemesi ise, davalının istinaf talebi üzerine davayı tamamen reddetmiştir. Genel Kurul tarafından kabul edilen temyiz ile davacı lehine istinaf hükmünün bozulması ve istinaf mahkemesine bozularak geri gönderilmesine karar verilmiştir.

Gerekçe

Temyiz yerindedir. Temyiz, istinaf hükmünün bozulmasına ve davanın istinaf mahkemesine bozularak geri gönderilmesini sağlamıştır.

I

İstinaf mahkemesi, davalı Eyaletin bilgisinin, Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre borçlunun, alacaklılarını zarara sokma kastı olasılıklarından birine karine oluşturmayacağı, her halükarda davalı Eyaletin böyle bir karineyi çürüttüğü görüşündedir. Davalının, ödemelerin tatilini bilmesi, uyuşmazlık konusu ilk ödemenin yapıldığı 7 Nisan 2003 tarihinden önce başlamış olabilir. Söz konusu tarihte davalıdaki 1,2 Milyon Euro'dan daha fazla mevcut vergi borçları, borçlunun o zamanki muaccel borçlarının önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Zira davalı eyaletin kendi raporlarına göre, vergi dairesi borçlunun tek en büyük alacaklısıdır. Bir defa ortaya çıkan ödemelerin tatili, borçlunun ödemelerinin tamamını tekrar geri alma gibi bir yolla bertaraf edilemez. Fiilen henüz yapılan ödemeler buna karşı durmaz.

Ancak davalı Eyalet, borçlunun ödemelerini tatil ettiğinin ona bildirilmesinden, borçlunun muaccel borçlarını ödeyemez olduğu, yani borçlunun aciz halinde olduğu sonucunu doğal olarak çıkarmamıştır. Davalı Eyalet daha ziyade vergi incelemeleri kapsamında bilinen olaylardan (vakıalardan) hareket ederek, borçlunun sadece ödemeye isteksiz olduğundan yola çıkabilir. Bu vakıalar özellikle vergi dairesinin ihbarından ve yazılarından ortaya çıkmaktadır.

II.

Bu açıklamalar hukuki kontrolün esaslı noktalarına ilişkin değildir. İstinaf mahkemesinin gerekçesine göre borçlunun zarar verme kastını davalının bildiği, inkar edilemez.

1. İstinaf mahkemesi Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki karinenin etkisini haksız olarak kabul etmemiştir. Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, eğer diğer taraf borçlunun aciz hali tehdidini ve alacaklılara zarar veren davranışı biliyor ise, bu durumun borçlunun zarar verme kastını bilmeye karine oluşturduğu kabul edilmektedir.

a) Aciz Kanunu'nun (InsO) 17. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, eğer borçlu ödemelerini tatil etmiş ise, aciz halinde olduğu karine olarak kabul edilir. Bu karine Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi kapsamında da geçerlidir (30. Juni 2011- IX ZR 134/10, WM 2011, 1429 Rn. 10 mwN).

Öncelikli olarak istinaf mahkemesi araştırmış ve borçlunun ilk uyuşmazlık konusu olan (dava konusu olan) ödemeyi 7 Nisan 2003 tarihinde 234.272,30 Euro tutarında ödediğini isabetli olarak tespit etmiştir. Zira borçlu vergi dairesine söz konusu zamanda 1,2 Milyon Euro' dan daha fazla borçlu olup, bu borç borçlunun o zamanki diğer muaccel borçlarının önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Ödemelerin tatili, borçlunun dışa yansıyan davranışlarına göre, muaccel ödeme yükümlülüklerini yerine getirememesinin tipik ifade biçimidir (BGH, Urteil vom 20. November 2001- IX ZR 48/01, BGHZ 149, 178, 184 f). Bu, en azından ilişkiye girdiği iş çevresinde borçlunun muaccel ödeme yükümlülüklerini yerine getirecek durumda olmadığı izlenimini haklı olarak uyandırmalıdır. Muaccel borçların önemli bir kısmının fiili olarak ödenmemesi ödemelerin tatili için yeterlidir. Bu durum, gerçekte dikkate değer ödemeler yapılsa bile, ancak bu ödemelerin borçlunun toplam borçlarına oranla önemli bir kısmını oluşturmaması halinde de geçerlidir (BGH, Urteil vom 21. Juni 2007- IX ZR 231/04, WM 2007, 1616 Rn. 29; 11. Februar 2010- IX ZR 104/07, WM 2010, 711Rn.42; 30. Juni 2011 aaO Rn. 12). Borçluya karşı mevcut borçların belirtilen miktarda olduğunun beyanı ve tespiti veya en azından %10'un altında olmasına gerek yoktur (BGH, Urteil vom 30. Juni 2011, aaO Rn. 13 mwN). Belirtilen bu şartlar altında borçlunun 7 Nisan 2003 tarihinde ödemede bulunduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Ödemelerin tatili, borçlu tüm ödemelerini tekrar ödemeye devam ederse ancak bu durumda bertaraf edilebilir. Buna dayanan kişinin bunu ispat etmesi gerekir (BGH, Urteil vom 21. Juni 2007, aaO Rn.32 mwN). Bu durum istinaf mahkemesinin tespitlerine göre konu edilmemiştir.

Böylece ödemelerin tatilinin devam ettiği ortaya konulursa, bu aciz haline kanuni karine teşkil eder ve bu karinenin karşı tarafça aksinin ispatı gerekir (BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006, IX ZR 228/03, ZIP 2006, 2222 Rn. 12; 21. Juni 2007, aaO Rn.27).

b) Davalı, borçlunun ticari faaliyet yaptığını ve şartlardan başka alacaklılarının olduğunu bilmektedir. Bu nedenle davalı, alacaklıların zarar gördüğünü de bilmektedir. (vgl. BGH, Urteil vom 27. Mai 2003 -IX ZR 169/02, BGHZ 155, 75, 86; HK-InsO/Kreft, 6. Aufl. § 133 Rn.22). Davalının 16 Eylül 2004 tarihli vergi dairesinin itiraz kararından başka, alacaklıların varlığı hakkında bilgisinin olduğu da ortaya çıkmaktadır.

2) İstinaf mahkemesinin tespitlerine göre, davalı, Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki karinenin aksini ispat edememiştir.

a) Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki karine, ispat yükünün yer değiştirmesine sebep olur. Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki karinenin koşul vakıyası gerçekleşmiş ise, bunun karşı ispatı iptal davasının davalısına düşer. Karinenin koşul vakıyasının mevcut olması halinde karine sonucuna ulaşılır, yani iptal edilecek işlemin yapıldığı sırada borçlunun zarar verme kastının iptal davasının davalısı tarafından bilindiği sonucuna ulaşılır. Bu nedenle iptal davasının davalısı ya borçlunun zarar verme kasti ile hareket etmediğini ya da zarar verme kastını bilinmediğini izah ve ispat etmelidir (BGH, Urteil vom 24. Mai 2007- IX ZR 97/06, WM 2007, 1579 Rn.7).

Eğer borçlu hukuki işlemin yapıldığı sırada aciz halinde ise ve somut şartlar nedeniyle yakın zamandaki bir krizi aşabilmek için bu işlemi yapmış ise, bu durumda bütün alacaklılara zarar verme kasti söz konusu olmaz (BGH, Urteil vom 24. Mai 2007 aaO Rn. 8).

b) İstinaf mahkemesinin görüşünün aksine, iptal davasının davalısı, itiraz edilen işlemin yapıldığı sırada borçlunun ödemelerini tatil ettiğini ve alacaklılara zarar verme kastını bilebilir. Davalı, sadece borçlunun ödeme yapmayı istememesinden dolayı ödemelerin tatilinin ortaya çıktığını izah ve ispat etmek suretiyle karşı ispatı yapamaz.

Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde aciz haline (aciz hali tehlikesine) ilişkin bilgi ile ortaya çıkmış olan aciz hali veya aciz hali tehlikesini şartlardan çıkarabilme aynıdır (BGH, Urteil vom 8. Oktober 2009- IX ZR 173/07, ZIP 2009, 2253 Rn.10 mwN). Bu nedenle de iptal davasının davalısının fiili şartları bilmesi ve bu şartlardan tereddütsüz aciz hali tehlikesinin ortaya çıkacağı sonucunu hukuken doğru olarak değerlendirmesi yeterlidir (BGH, aaO). Davalı bu nedenle haberdar olduğu ödemelerin tatilinden, aciz halinin çıkarılamayacağı sonucuna dayanamaz.

Gerçi bir ödemenin tatili, ödeme yapmayı istememekten kaynaklanabilir. Ama aciz hukukunda, sadece aynı zamanda ödeme kabiliyeti varsa cüzi bir ödeme yapmayı istememek olur. Ödemelerin tatili varsa, Aciz Kanunu'nun (InsO) 17. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, sadece ödeme yapmayı istememek değil, aynı zamanda aciz halinde olmak da karine olarak kabul edilmektedir. Aciz hali davalı tarafından çürütülebilir. Bunun için davalı eyalet, ödemelerin tatilinden aciz halinin kabulünü destekleyen örneğin talep üzerine bilirkişi raporu alınması ve tanık beyanı delillerine karşı koymak için, borçlu için net likidite dengesine ölçü olan zaman diliminde açıkta kalan kısmın %10'dan daha az olduğunu ispat etmekte serbesttir (BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 -IX ZR 123/4, BGHZ 163, 134, 144 ff; 30. Juni 2011, aaO Rn.20). Davalı bu delilleri göstermiş ama ispat edememiştir.

Şayet, ancak ödeme kabiliyeti varsa, bu durum iptal hakkı için önemsiz bir ödeme yapmayı istememek olabilir. Bu nedenle önemsiz ödeme yapmayı istememenin iptal hakkı bakımından tespiti için, ödeme kabiliyetinin tespiti şarttır. Son olarak istinaf mahkemesi şimdiye kadar böyle bir tespit yapmamıştır. Ödeme kabiliyeti, davalı tarafından ispat edilmelidir.

3. İstinaf mahkemesi tarafından tespit edilen deliller ve diğerleri, ödeme kabiliyetine sahip olduğu bir kenara bırakılırsa, borçlunun her halükarda ödeme yapmayı istememesinin kabulü için yeterli gerekçe oluşturmamaktadır.

a) Gerçi, 16 Eylül 2004 tarihli vergi dairesinin itiraz kararı senet olarak caiz bir delildir (Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 415 vd.). Ama itiraz kararı, gerekçesinin doğruluğu hakkında ne Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 415. maddesine göre (bir resmi makam önünde yapılan açıklamalara ilişkin resmi senet) ne de Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 417. maddesine göre bir ispatı sağlar. Zira bu düzenlemeye göre sadece, kararın verildiğinin ispatı yapılır ama içeriğinin doğru olduğunun ispatı değil. (Hk-ZPO/Eichele, 4. Aufl., § 417 Rn. 3). Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 418. maddesi de ispat gücünün olmaması bakımından dayanaktır zira bu düzenleme ile sadece tanıklı senet kastedilmektedir. (MünchKomm-ZPO/Schreiber, 3. Aufl., § 418 Rn. 2,4). Yetkili memurun belge düzenlemesi için ya beyan edilen vakıyı kendisi gerçekleştirmiş ya da kendi algıları ile onun güvenilir olduğunu tespit etmiş olması gerekir (BVerfG, NJW-RR 1992, 1084, 1085, BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 - IX ZB 43/03, WM 2004, +391, 1392; 15 September 2009- XI ZB 29/08 Rn.8).

İtiraz kararının 5. sayfasında, davada, borçlunun vergi borçlarını ödemek için gerekli araçları kullanmadığından yola çıkılmadığı açıklanmaktadır. Zira borçlu, vergi dairesindeki evraklara göre, son yıllarda biriken borçlarını ödemek için yeterince sürekli gelire sahiptir. Burada güncel finansal ilişkiler değil, bilakis kanunen muacceliyet anındaki finansal ilişkiler ölçüdür. Bu ifadede somut olayın verileri için bir kez olsun yapılmayan, açığa çıkarılmayan delillerin

değeri söz konusudur. Ayrıca bu ifade açık vergi alacaklarının muacceliyet anı, neredeyse istisnasız 2001 ve 2002 yıllarında yani dava konusu olan ilk ödemenin yapılmasından uzun süre önce yapıldığına dayanmaktadır.

İtiraz kararının 2. sayfasında açıklandığı kadarıyla, 2001 ve 2002 yıllarında vergi incelemelerinin kontrolü yapılmış, özel alanda önemli miktarda vergisi ödenmemiş ve yurt dışına malvarlığı değerlerinin ortak transferinin yapıldığı tespit edilmiştir. Bu ifadenin daha yakından somutlaştırılması kaçınılmazdır. 2001 ve 2002 yılındaki sözü edilen durumlar, borçlunun aciz haline düşmesinin Nisan 2003'ten başlamadığı anlamına gelir.

Bu kararın sadece 6. sayfasında açıklandığı kadarıyla, borçlunun diğer alacaklılarını kayırdığı ve önemli miktarda geliri olduğu, bu durumun daha önceki zaman diliminden de anlaşılmakta olduğundan yola çıkılmalıdır. Ayrıca bu, vakia temeli kontrol edilmeksizin sadece değerlendirme ve karinedir.

Bu nedenle bu senet (belge), istinaf mahkemesinin görüşünün aksine, iddia edilen ödeme yapmayı istememenin ispatı için uygun değildir. Kararda, aksine, vergi dairesinin kendi kararnamesini hazırladığı zamanda da şüpheli zaman dilimi için aciz halinden hareket ettiğinden söz edilmektedir. Yani, üç yıldan beri ödenmeyen yüksek miktardaki muaccel vergi alacakları, eksik teminat ve vergi alacağının tehlikeye girmesine kendisinin neden olmasından dolayı, ödeme için yeni süre verilmesi reddedilmiş ve icra takibi ve gerektiğinde aciz prosedürü yoluyla tahsil edileceği bildirilmiştir.

b) Vergi dairesinin 12 Ağustos 2003 tarihindeki yazısında, gerçi borçluya, neden tahsil edilen gider vergilerini ödemek için para hazır bulundurmadığı ve neden mevcut ödenmemiş vergi borçlarının ödenmesi için öngörülen paraları başka şekilde kullandığı sorulmuş. Ama bu şekildeki sorular, ödeme kabiliyeti olmasına rağmen ödeme yapmayı istememek anlamına gelmemektedir.

c) Borçlunun muaccel borçlarını ödeyemeyeceğine ilişkin kendi beyannameleri, burada olduğu gibi vade verilmesi görevini yapsa bile, ödemelerin tatiline işaret eder. (BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006, IX ZR 228/03, ZIP 2006, 2222 Rn. 15). Bu şekilde burada, iptal davasının davalısının ölçü olan, araştırılan meseleyi izah etmeksizin, delil ileri sürmeksizin ve bu şartlar altında gerekli tespitleri yapmaksızın bu değerlendirmeler bitirilirse, davalının birçok kez vergi dairesine vermiş olduğu beyannameler karşısında istinaf mahkemesinin görüşünün aksine iptal davasının davalısının başka şekilde bilgi sahibi olması nedeniyle emare etkisi reddedilemez.

III.

Bu nedenle itiraz edilen hüküm, esassız olabilir. İtiraz edilen hüküm iptal edilmeli ve bozularak istinaf mahkemesine geri gönderilmelidir (Medeni Usul Kanunu, (ZPO) § 563 fıkra 1 cümle 1). Davalının göstermiş olduğu deliller ile

Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki kanuni karinenin karşı ispatını başarmış olup olmadığı kontrol edilmelidir. Şayet davada bu yok ise, diğer iptal şartları kontrol edilmelidir.

Kayser

Vill

Lohmann

Fischer

Pape

Önceki dereceler:

Kleve Eyalet Mahkemesi, 20.08.2008 -2 0 326/07- Karar

Düsseldorf İstinaf Mahkemesi, 19.11.2009 - I-12 U 143/08-Karar

KONUT YAPI KOOPERATİFLERİNDE İFLAS ERTELEME SÜRECİ VE BORCA BATIKLIK SORUNU

*Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL**

ÖZET

Kooperatifler içinde en çok kurulan tür konut yapı kooperatifleridir. Konut yapı kooperatifleri de TTK m.124'e göre bir ticaret şirketi olarak kabul edilmektedirler. Konut yapı kooperatifleri faaliyetleri sırasında aciz haline düşerlerse Kooperatifler Kanunu m.63 ve İİK m.179 uyarınca iflas ertelemeye başvurabilirler. İflas ertelemeye başvurabilmenin bazı şekli ve maddi şartları söz konusu olup, bu şartlar konut yapı kooperatifleri için de aranır. İşte bunlardan en önemlisi olan borca batık olma şartı konut yapı kooperatiflerinde, kooperatifin kendine özgü özellikleri nedeniyle diğer sermaye şirketlerine nazaran farklılıklar ve sorunlar taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Kooperatif, Konut Yapı Kooperatifi, İflas, İflasın Ertenmesi, Sermaye Şirketleri.*

ABSTRACT

Building cooperatives are the most common sort of cooperatives. According to TTK m. 124, housing cooperatives are considered as commercial companies too. According to 63rd article of Cooperatives Law and İİK m. 179, if housing cooperatives fall in insolvency, they can recourse suspension of insolvency. Recoursing the suspension of insolvency has some condicio juris and these are required for housing cooperatives too. The condition of being in insolvency which is the most important condition, has some differences and issues compared to the other corporations because of its sui generis specifications.

Anahtar Kelimeler: *Cooperative, Building Cooperative, Insolvency, Suspension of Insolvency, Corporations.*

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

I. Giriş

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun (KoopK) 1. maddesine göre, Kooperatifler, "Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklardır." Kooperatiflerin pek çok türü¹ olmakla birlikte, Türkiye'de en sık karşılaşılan kooperatif türü, konut yapı kooperatifleridir².

Bu nedenle, KoopK'nun çeşitli maddelerinde, genel olarak kooperatiflere ilişkin hükümler dışında, sadece konut yapı kooperatiflerine dair hükümler konulmuştur³. Bunun yanında, bazı kooperatifler⁴ için olduğu gibi, konut yapı kooperatifleri bakımından ilgili bakanlık olan Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca⁵ bir tip ana sözleşme hazırlanmıştır⁶. Kurulan konut yapı kooperatiflerinin hemen hemen hepsi, bu tip ana sözleşmenin boş bırakılan kısımlarını doldurarak esas sözleşmelerini hazırlamakta ve kuruluşu gerçekleştirmektedirler.

Ülkemizdeki konut yapı kooperatiflerinin çokluğuna rağmen, gerek KoopK'ndaki gerekse uygulamadaki eksiklikler ve boşluklar nedeniyle, konut yapı kooperatiflerinin çoğunlukla iyi yönetilmediği görülmektedir. İyi yönetilemeyen ve bu nedenle aciz hali içine düşen bir konut yapı kooperatifinin, KoopK m.63'de belirtilen çerçevede bu durumdan çıkmak maksadıyla, İİK m.179 ve devamında düzenlenen iflas ertelemeye başvurması mümkündür. KoopK m.63'dekine paralel olarak tip ana sözleşmenin 75. maddesinde de, konut yapı kooperatiflerinde farklı bir ana sözleşme düzenlenip ticaret

¹ Tüketim, sanayi sitesi, tarım kredi, esnaf kefalet, tarım kefalet, motorlu taşıyıcılar, tarım ürün ekicileri, turizm geliştirme kooperatifleri, konut yapı kooperatifleri dışında Türkiye'de görülen belli başlı kooperatif türleridir.

² Çevre ve Şehircilik Bakanlığının yayınladığı 2012 yılı istatistiğine göre, 2011 yılında Türkiye'de toplam 80.582 adet konut yapı kooperatifi bulunmaktadır.

³ KoopK m.2/2, 8/3, 26/1 c.2, 42/b.8, 44/2, 45/2, 63, 81/2, 88, 96.

⁴ Esnaf ve Kefalet Kooperatifleri ile Tarım Kredi Kooperatifleri de, ülkemizde karşılaşılan kooperatif türleridir.

⁵ 13.06.2010 tarihli 27610 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 03.06.2010 tarihli 5983 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4. maddesi ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun Ek 1. maddesinde değişiklik yapılarak, yapı kooperatifleri ve üst kuruluşları için ilgili Bakanlık olarak Bayındırlık ve İskan Bakanlığı belirlenmiştir. Bu bakanlık, isim değişikliği sonucu, Çevre ve Şehircilik Bakanlığıdır. Yapı kooperatifleri de kendi içinde, Bakanlığın yayınladığı tip ana sözleşmelere bakılarak konut yapı kooperatifi, küçük sanayi sitesi yapı kooperatifi, toplu iş yeri yapı kooperatifi olarak ayrılmaktadır. Buna karşılık, yapı kooperatifleri dışında kalan kooperatifler için ilgili Bakanlık, Gümrük ve Ticaret Bakanlığıdır.

⁶ Tip ana sözleşme için bkz. <http://yapikooperatifportal.csb.gov.tr> [27.12.2012].

siciline tescil ettirilmediği sürece, iflas ertelemeye ilişkin bir düzenleme yer almaktadır⁷.

Bununla birlikte, konut yapı kooperatiflerinin, KoopK'da ve Bakanlığın çıkardığı tip ana sözleşmedeki hükümler dikkate alındığında, hukuki özellikleri nedeniyle iflas erteleme sürecine başvurmakta bazı zorluklarla karşı karşıya kalmaktadırlar. Bilhassa İİK m.179'da da ifadesini bulan borca batıklık kavramının belirlenmesi sorunu, bu zorluklardan birisidir.

İncelememizde, iflasın ertelenmesinin, konut yapı kooperatifleri açısından değerlendirilecek ve iflas erteleme için en önemli şart olan borca batıklık kavramının, yapı kooperatifleri açısından meydana getirdiği sorun ile bunun çözümü irdelenmeye çalışılacaktır. Bunun yanında konut yapı kooperatiflerinin kendine has özellikleri nedeniyle, bir yapı kooperatifinin iflasının ertelenmesi için gerekli şartlardan biri olan iyileştirme ümidine yönelik alınabilecek tedbirler de değerlendirilecektir.

II. Konut Yapı Kooperatifinde İflas Erteleme

A. Genel Olarak

Konut yapı kooperatifleri 1163 sayılı KoopK'na tabi olmakla beraber bu kanununun 98. maddesi uyarınca kanunda hüküm olmayan hususlarda, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümleri uygulanmaktadır.

Bu bakımdan mali durumun bozulması açısından KoopK'nun 63. maddesi, konut yapı kooperatiflerinde uygulanacağına göre, bu hükümde mali durumun bozulmasına ilişkin boşluk bulunduğu takdirde, 6102 sayılı TTK'nın anonim şirkette sermayenin kaybı ve borca batık olma durumu ile ilgili m.376 ve iflasın ertelenmesine dair 377. madde hükümleri uygulanacaktır.

Elbetteki, İİK m.179, 179/a ve 179/b maddeleri iflas erteleme süreci talebinde ve sürecin devamında asıl uygulanacak hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır.

KoopK m.63 ve İİK m.179 çerçevesinde iflasın ertelenebilmesi için, doktrinde birbirinden ayrılarak sınıflandırılan şekli ve maddi şartların var olması gereklidir⁸.

⁷ Tip ana sözleşmede yer alan 75. maddenin ikinci fıkrasına göre, "Mali durumun düzeltilmesinin mümkün görülmesi halinde yönetim kurulunun veya alacaklılardan birinin isteği üzerine mahkeme iflasın açılmasını erteleyebilir. Bu takdirde, mahkeme mevcutlar defterinin tutulması, yönetim memuru (yeddiemin) atanması gibi kooperatif varlığının korunmasına ve devamına yarayan tedbirler alır." Uygulamada Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve Gümrük Ticaret Bakanlığının İl müdürlükleri, Ticaret Sicili Müdürlükleri tip esas sözleşme ile ticaret siciline başvuru yapılmasını istemektedirler.

⁸ Bu ayırım için bkz. Atalay Oğuz; Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007, s.76 vd, Deliduman Seyithan; İflasın Ertelenmesinin Etkileri, Kocaeli 2008, s.31vd, Öztekin Selçuk; İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2007, s.31 vd,

B. Şekli Şartlar

1. İflas Erteleme Talebi ve Borca Batıklık Bildirimi

a) Talep

İflas ertelenmesi kararı verilebilmesi için bu yönde bir talebin varlığı şarttır⁹. Talep, konut yapı kooperatifi ya da konut yapı kooperatifin bir alacaklısı tarafından yapılabilir. KoopK m.63/3, konut yapı kooperatifinin yönetim kurulu veya alacaklılardan birinin isteği üzerine mahkemenin iflasın açılmasını erteleyebileceğinden bahsetmektedir. İİK m.179 ise, idare ve temsil ile vazifelenmiş kimselerin iflasın ertelenmesi talebinde bulunabileceğini öngörmektedir. Ancak bu konut yapı kooperatifinde yönetim kurulu tarafından kısmen veya tamamen yetki devri yoluyla temsil yetkisinin bir murahhas aza veya murahhas müdüre bırakılmış olduğunda, bu kişinin tek başına iflasın ertelenmesi talebinde bulunabileceği anlamına gelmez. Zira iflasın ertelenmesi şirketi temsil değil yönetim görevinin bir sonucudur¹⁰. Bu nedenle yönetim kurulu tarafından bu yönde karar almak gerekmektedir¹¹.

Konut yapı kooperatifi tasfiyeye girmişse, atanmış tasfiye memurlarınca borca batıklık nedeniyle iflas ertelenmesi talebinde bulunup bulunamayacağı tartışmalıdır. Zira tasfiye memurlarının İİK m.179/c.1 hükmü uyarınca, ancak iflas talebiyle mahkemeye başvurabileceği, iflas erteleme talep edemeyeceği yönünde bir görüş söz konusudur¹². Bunun yanında, tasfiye halinde dahi iflasın ertelenmesinin istenebileceği, bu nedenle iflas erteleme talebinin tasfiye memurları için de mümkün olduğu görüşü de ileri sürülmektedir¹³. Kanımızca da, iflas erteleme talebinin tasfiye memurlarınca istenebilmesi mümkündür. Öncelikle KoopK m.63/1'de yer alan tasfiye bilançosunda kooperatif mevcudunun, borçlarını artık karşılamayacağını görülmesi halinde Bakanlığa bildirim ve genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma zorunluluğu bunu mümkün kılmak-

⁹ Atalay; Erteleme, s.77, Deliduman, s.32, Çavdar Seyit/Biçkin İnci; İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2006, s.81, Muşul Timuçin; İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2008, s.82

¹⁰ Atalay; Erteleme, s.80, Türk Ahmet; Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s.280, Toraman Barış; İcra ve İflas Kanuna Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Ertelenmesi, Ankara 2007, s.59. Aksi görüş, Muşul, s.86.

¹¹ Türk, s.332, Toraman, s.59. Temsil yetkisiyle görevlendirilmiş bir yönetim kurulu üyesinin de, dışı karşı temsil nedeniyle mutlaka bu kararda imzasının olması gerektiği ileri sürülmüştür. Özbek, s.31. Bununla beraber, temsil yetkisi verilmiş yönetim kurulu üyesinin karara muhalif kalmış olması kararın alınmasını engelleyemeyecektir. Ancak sorun, bu üye toplantıya katılmamış ve buna rağmen karar alınmışsa, ne olacaktır. Kanımızca, idari nitelikte olan iflasın ertelenmesi talebi, bu durumda da geçerli bir şekilde alınmış kabul edilmelidir.

¹² Atalay; Erteleme, s.82, Çavdar/Biçkin, s.88-89, Pekcanitez Hakan; İflasın Ertelenmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C.79, 2005/2, s.336.

¹³ Deliduman, s.32-33, Özbek, s.37,

tadır. Bunun yanında, böyle bir hüküm olmasa bile, TTK m.548 uyarınca ortaklara kooperatif malvarlığının dağıtımına başlanılmış olmadıkça, tasfiyeden dönme mümkün olduğuna göre, konut yapı kooperatifi tasfiyeden dönerek eski amacına ulaşmak için faaliyetine devam edebilir. Böyle bir durumda kooperatif tasfiye halinde iken de, tasfiye memurlarının iflas erteleme talep etmesinde herhangi bir yasak olmamalıdır¹⁴.

Konut yapı kooperatifinin bir veya birden fazla alacaklısı iflas erteleme isteyebilir. Ancak alacaklıların iflas erteleme talebinde bulunmaları kooperatifin borca batık olduğunu anlamaları veya anlasalar bile iyileştirilmesinin mümkün olduğunu ispatlamaları çok zordur¹⁵. Nitekim bu yüzden iflas erteleme taleplerinin çok azının alacaklılar tarafından istendiği görülmektedir.

Alacaklının alacağına türünün ve miktarının ne olduğunun bir önemi yoktur. Konut yapı kooperatifi açısından alacaklı müteahhit, malzeme tedarik eden tacir, esnaf veya kooperatiften çıkarak ortaklığını sonlandırmış, ancak kooperatiften aidat ödemelerine bağlı olarak ortaya çıkacak alacağını geri alamamış eski ortak olabilir. Hatta bir konut yapı kooperatifi ortağı, çıkma dışında ortaklıktan bir şekilde alacaklı hale gelmişse, o dahi iflasın ertelenmesini isteyebilir. Konut yapı kooperatiflerinde ortaklar, KoopK m.27'de belirtilen sair ödemeleri de ödemek yükümlülüğündedirler. Bu durum, yapı kooperatifleri tip sözleşmesinin 21. maddesinde de, ortakların taahhüt ve tediye ettikleri ortaklık payı bedelleri dışında, kooperatif amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere genel kurulca kararlaştırılacak miktarlardaki, arsa, altyapı, inşaat ve benzeri gider taksitlerini ödemek zorunda oldukları ibaresi ile açıklanmıştır. İşte konut yapı kooperatifi ortağı bu ödemeleri dışında¹⁶, kooperatiften bir şekilde ödünç sözleşmesi ya da yaptığı bir iş karşılığında alacaklı hale gelmişse, bu alacak bakımından da ortak olmasına rağmen konut yapı kooperatifinin iflasının ertelenmesini isteyebilir¹⁷.

¹⁴ Aynı yönde, Öztekin, s.37.

¹⁵ Öztekin, s.38-39.

¹⁶ Ortak kooperatiften ayrıldığında, yaptığı bu ödemeleri, hepsi aynen olmamak üzere, bazı farklarla geri alma hakkı doğmakta ve bu eski ortağın kooperatiften alacağına dönüşmektedir. Bununla birlikte söz konusu ödemeler, kooperatif bilançosunda ortaklara borçlar hesabına yazılmakta ve muhasebe tekniği açısından ortaklara olan borçlar olarak belirtilmektedir. Ancak bunlar yapı kooperatifi için o anda hukuken bir borç sayılamazlar.

¹⁷ Anonim şirketler açısından kâr payı alacağı dışında başka bir alaktan dolayı, ortağın şirketin iflasının ertelenmesini isteyebileceği yönünde, Öztekin, s.41, Muşul, s.86. Buna karşılık Atalay, kâr payının dağıtılmaması nedeniyle şirketten alacaklı hale gelmiş ortağın da iflasın ertelenmesi talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir. Atalay, Erteleme, s.83. Kanımızca bu yolu açmak tüm ortakların bir şekilde kâr payına bağlı olarak iflas erteleme talebinde bulunmasını sağlayacağından, şirket iradesinin oluşumunda söz sahibi olan ortaklara böyle bir yetkiyi vermek uygun değildir.

İflas ertelenmesi talebi konut yapı kooperatifi tarafından borca batıklık bildirimini ve iflas talebiyle beraber yapılabileceği gibi, iflas talebine yönelik bir incelemenin sonuna kadar da yapılabilir¹⁸. Hatta bir görüşe göre, iflasın açılması kararı verilmiş olsa bile, sonradan talep edilen iflasın ertelenmesinin şartları varsa, mahkeme iflası kaldırıp yerine iflas erteleme dahi verilebilir¹⁹.

Konut yapı kooperatifi hakkında borca batıklık nedeni ile ilgili olmayan takipli ya da doğrudan doğruya bir iflas davasında da iflas erteleme istemek mümkündür²⁰.

İflas erteleme talebinin konut yapı kooperatifi yönetim kurulu tarafından istenmesi söz konusuysa da, bunu bir vekil aracılığı ile gerçekleştirmesi mümkündür. Vekil olan avukatın iflas erteleme talebinde bulunabilmesi için, kendisine verilmiş olan vekâletnamede bu yönde özel bir yetkinin de bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte, yönetim kurulunun iflas erteleme yönünde bir kurul kararı alması yine de şart olup, iflas erteleme yönünde avukatın sadece özel yetki alıp, bu yetkiye istinaden kurul kararı olmaksızın başvurması mümkün değildir.

b) Borca Batıklık Bildirimi

İflasın ertelenmesi talebiyle birlikte borca batıklık bildiriminde de bulunmak gereklidir. Aslında, konut yapı kooperatifi borca batık olduğu için iflas erteleme talebinde bulunmakta olduğundan, biri diğerinin içindedir ve birbirlerinden ayrılamazlar. Ancak doğrudan doğruya iflas halleri ya da konut yapı kooperatifi hakkında iflas yoluyla takip sonucu açılan iflas davasında iflasın ertelenmesi istenmişse, o zaman borca batıklık bildiriminin iflasın ertelenmesi talebiyle birbirinden ayrılarak mahkeme önüne gelmesi söz konusu olur²¹. Buna karşın, bir görüşe göre, iflasın ertelenmesi yönünde talepte bulunmak zımnen borca batıklık bildirimini de içermektedir²². Gerçekten de, sadece iflas erteleme talebinde bulunulması halinde, mahkemece borca batıklık bildiriminde bulunulmadı diye, davanın reddi söz konusu olamaz. Mahkeme esasa girerek yaptıracağı bilirkişi incelemesi sonucu yapı kooperatifinin borca batık olup olmadığını anlayacak ve ona göre bir karar verecektir²³.

¹⁸ Atalay; Erteleme, s.86, Çavdar/Biçkin, s.89, Pekcanitez, s.336.

¹⁹ Böckli Peter; Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zurich 2009, s. 1886, Aksi görüş; Atalay; Erteleme, s.86.

²⁰ Atalay; Erteleme, s.88, Kaya Arslan; Borca Batık Anonim Şirketin İflasının Ertenmesi, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999, s.287-288.

²¹ Türk, s.329,

²² Muşul, s.83. Aynı yönde Y.19.HD. 07.04.2005 tarih 2005/448 E. 2005/3753 K. ve 07.12.2006 tarih 2006/8204 E. 2006/11659 K. sayılı ilamları

²³ Atalay; Erteleme, s.76, Öztekin, s.48. Aksi görüş, Deliduman, s.36. Yazar borca batıklık bildirimini iflasın ertelenmesi için bir şart kabul edip, devamında bu şartı ortadan kaldırmak anlamına gelen böyle bir kabulün mümkün olmadığını, İİK m.345a hükmünün açıkça borca batıklık bildirim yapılmamasını suç saydığını, ön şart olan bu bildirim olmaksızın iflasın ertelenmesinin istenemeyeceğini ileri sürmüştür.

Borca batıklık bildirimini, geri alınamayan bir bildirim niteliğindedir. Bu bakımdan iflas erteleme talebinde bulunup daha sonra bundan feragat edilse dahi, mahkeme konut yapı kooperatifinin borca batık olup olmadığını inceleyip, kooperatif borca batık ise, iflasına karar verecektir²⁴.

KoopK m.63/1, yapı kooperatifinin aciz halinde bulunduğunu kabul ettirecek ciddi sebepler mevcut ise, yönetim kurulunun piyasada cari fiyatlar esas olmak üzere, derhal bir ara bilanço tanzim edeceğini öngörmektedir. Hüküm, aynı zamanda son yılın bilançosu veya daha sonra yapılan bir tasfiye bilançosu veyahut ara bilanço, yapı kooperatifinin mevcudunun, borçlarını artık karşılamayacağını gösteriyorsa, yönetim kurulunun, Bakanlığa da keyfiyeti bildireceğini ve genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağıracağından da bahsetmektedir.

Madde aciz halinden bahsediyorsa da, söz konusu kavram aslında aciz hali değil, borca batıklık olmalıdır. Zira aciz hali ile borca batıklık aynı kavramlar değildir. Ancak birbiriyle bağlantılıdır.

Bakanlığa yapılan bildirim neden yapılması gerektiği belli değildir. Aynı zamanda bu bildirim hukuki niteliği de açık değildir. Çünkü TTK m.376/3, anonim şirket için çıkarılacak ara bilançodan sonra borca batıklığın tespit edilmesi halinde mahkemeye bildirim zorunluluğu öngörmüştür. Kooperatif açısından bu sadece KoopK m.63/2'de, o da bakanlıkla beraber bildirim zorunluluğu olarak vardır. Kanımızca bu husus, KoopK m.86/b.2-3 ve 90. maddedeki ilgili bakanlığın denetim ve gözetim görevinin diğer ticaret şirketlerine nazaran daha geniş düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Bakanlık kooperatif işlemlerini, hesaplarını ve varlıklarını denetleyerek talimat verme yetkisine sahiptir. Kooperatiflerin çok ortaklı yapısı ve ortaklarının, kooperatiflerin sermaye özelliği nedeniyle halktan her kesimden olabilmesi, borca batık hale gelmiş olan bir kooperatife yönelik bakanlıkça bazı tedbirlerin de uygulanması gerekliliğini doğurduğundan, böyle bir hükme yer verildiğini düşünüyoruz.

Olağanüstü genel kurul toplantısı, yönetim kurulunun durumu, ortaklara arz etmesi için yapılmaktadır. Böylelikle kooperatif genel kurulunda duruma vâkıf olan ortaklar, sunulan ya da müzakere esnasında ortaya çıkan bir tedbir veyahut tedbirlere karar verebilirler.

KoopK m.63/1'de borca batıklık bildirimini Bakanlığa yapılmasından bahsedilip, mahkemeye bildirim yer almaması, İİK m.179 uyarınca borca batık yapı kooperatifi için iflas isteminin zorunlu olmasından kaynaklanmaktadır²⁵. Bu halde mahkemeye zaten bildirim yapılacağından, madde bundan dolayı konuya değinmemiştir.

²⁴ Öztekin, s.49 ve bu yönde Y.19.HD. 16.12.2004 tarih 2004/11113 E. 2004/12672 K. sayılı ilamı. www.kazanci.com.

²⁵ Kayar İsmail; Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997 s.98.

KoopK m.63/2’de ise, konut yapı kooperatifinin pay senetleri çıkarılmış olmak şartıyla, son yılın bilançosunda kooperatif varlığının yarısı karşılıksız kaldığı takdirde, yönetim kurulunun derhal genel kurulu toplantıya çağırarak durumu ortaklara arz edeceği, aynı zamanda mahkemeye ve ilgili bakanlığa bildirimde bulunacağını öngörmüştür.

Öncelikle yapı kooperatifleri de dâhil olmak üzere, kooperatiflerde anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde olduğu gibi pay senedi çıkarmak mümkün olmadığından, hükmün yanlış bir ibare içerdiği, ancak kastedilenin, KoopK m.18’de²⁶ belirtilen ortaklık senedi olduğunu söylemeliyiz. Böyle bir senet uygulamada konut yapı kooperatiflerinde de kullanılmamaktadır.

Hükme göre, konut yapı kooperatifinin varlığının²⁷ yarısının karşılıksız kalması halinde genel kurulu toplantıya çağırarak ve durumu mahkemeye ve ilgili bakanlık olan Çevre ve Şehircilik Bakanlığına bildirecektir. Bu halde de toplanacak genel kurul, olağanüstü genel kurul olacak, bu genel kurulda mevcut durum hakkında bilgi verilecektir. Kanunun lafzından genel kurula bildirim ile mahkemeye bildirim ve tabi ki ilgili bakanlığa bildirim aynı anda yapılması gerektiği anlaşılmaktadır²⁸. Kanımızca hem m.63/1 hem de m.63/2’de yer alan iki durumda da, yapı kooperatifi genel kurulu toplantıya çağırılmayla aynı anda mahkemeye başvurarak, borca batıklık halinin varlığını bildirip, iflasın ertelenmesini istemelidir.

Borca batıklık bildirimini, alacaklıların korunması amacıyla yapılan bir bildirim olmakla beraber üçüncü kişilerin ve kamunun da menfaatinde²⁹. Bu nedenle bildirim zorunluluğu öngörülmüş olup, İİK m.345a uyarınca, bildirimde bulunması gerekip de bildirimde bulunmayan idare ve temsil ile görevlendirilmiş kişiler veya tasfiye memurları hapis cezası ile cezalandırılırlar.

2. Bilançonun Mahkemeye Verilmesi

KoopK’da bilançonun mahkemeye verilme zorunluluğu ile ilgili bir hüküm olmadığı gibi, KoopK m.98 atfıyla uygulanacak hükümler açısından anonim şirketlere ilişkin TTK m.376 ve 377’de de bu konuda bir hüküm yer almamaktadır.

²⁶ “Her ortağın üyelik haklarının, ada yazılı ortaklık senedi ile tescil olunması şarttır. Bu senede kooperatifin unvanı, sahibinin adı ve soyadı, iş ve konut adresi, kooperatife girdiği ve çıktığı tarihler yazılır. Bu hususlar, senet sahibi ile kooperatifi temsile yetkisi olan kişiler tarafından imzalanır. Ortağın yatırdığı veya çektiği paralar tarih sırasıyla kaydedilir. Bu kayıtlar kooperatifin ödediği paralara ait ise ortak imza eder. İmzalı ortak senedi makbuz hükmündedir. Mezkûr senet ana sözleşmeyi ihtiva etmek şartıyla ortaklık cüzdanı şeklinde de düzenlenebilir. Ortaklık senetleri kıymetli evrak niteliğinde olmayıp sadece beyine vesikası hükmündedir.”

²⁷ Bu kavramında varlık değil sermaye olması lazımdır.

²⁸ Aynı yönde, Kayar, s.96. Aksi görüş, Kuru Baki; İcra ve İflas Hukuku, C.III, Ankara 1993, s.2819 ve dn.42.

²⁹ Deliduman, s.35, Muşul, s.50.

Bununla birlikte, doktrinde ve Yargıtay kararlarında bilançonun mahkemeye verilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmektedir³⁰. Zaten, iflasın ertelenmesini isteyen konut yapı kooperatifinin borca batık olduğunu ispatlayabilmesi için, bir bilanço mahkemeye sunması şarttır³¹. Yalnız bu bilanço, yıllık bilançodan farklı olarak yapı kooperatifinin aktiflerinin satış değerlerini esas alacağı için, ara bilanço olarak adlandırılır³². Yıllık bilanço ise, işletmenin bir yıllık faaliyeti sonucunda kâr mı zarar mı ettiğini tespit etmek için yapılan bir bilançodur³³ ve aktifler satış değerleri üzerinden değil, en fazla maliyet değeri üzerinden hesaplanır³⁴.

Ara bilançonun düzenlenme süresi, borca batıklık şüphesinin mevcut olduğunun kabulü gereken tarih ile durumun mahkemeye bildirilmesinin zorunlu hale geldiği tarih arasındaki dönemdir³⁵. Anlaşılacağı üzere bu konuda kanuni kesin bir süreden bahsetmek mümkün değildir. Ancak konut yapı kooperatifinin borca batık olduğu şüphesi halinde KoopK m.63 uyarınca genel kurulu derhal toplantıya çağırarak yükümlü olan yönetim kurulu, aynı zaman içinde de, 63/3 uyarınca iyileşme ümidi içinde olan konut yapı kooperatifi için mahkemeye iflas erteleme için başvuru yapması gerekmektedir. Aksi takdirde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

İflas erteleme için sunulan bilanço, konut yapı kooperatifinin tüm aktiflerini içermelidir³⁶. Bilançonun aktif kısmında kooperatif malvarlığını oluşturan bütün parçalar, pasif kısmında ise kooperatifin yükümlülükleri yer alır. Bununla,

³⁰ Atalay; Erteleme, s.92-93, Muşul, s.36-37, Öztekin, s.42.

³¹ Bilanço ETK m.74'de envanterde gösterilen kıymetlerin tasnifi ve karşılıklı olarak değerleri itibarıyla tertiplenmiş özeti olarak tarif edilmiştir. Bununla birlikte, bilanço izlenilen amaca göre değişik anlamlar yüklenen genel bir kavram olup, düzenleniş sebepleri, değerlendirme ilkeleri ve izledikleri gaye bakımından birbirinden ayrılmakta ve bu nedenle de tam bir tanım vermek mümkün olmamaktadır. Bu yönde, Tekinalp Ünal; Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İstanbul 1979, s.57 vd. Ancak bilanço çok özet olarak işletmenin belli bir tarihteki varlıkları ve bu varlıkların sağlandığı kaynakları gösteren mali tablo olarak tarif edebiliriz. Bu yönde, Çaldağ Yurdakul/Ayanoğlu Yıldız; Genel Muhasebe, 3.Baskı, Ankara 2006, s.11. Oldukça özet bir diğer tarif ise, bilanço işletmenin dönem sonu mali dengesi gösteren belge olarak ortaya koymaktadır. Karayalçın Yaşar; Muhasebe Hukuku, Ankara 1988, s.40.

³² Yargıtay, bu bilanço borca batıklık bilançosu adını vermektedir. Y.19.HD. 10.03.2005 tarih 2004/9014 E. 2005/2429 K. sayılı ilamı.

³³ Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin; Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2009, s.801.

³⁴ Karayalçın, s.99 vd, Öztekin, s.43-44.

³⁵ Türk, s.243.

³⁶ Deliduman, s.38, Kayar İsmail; Yargıtay 19.Hukuk Dairesi'nin İflasın Ertelenmesine İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXIII, Ankara 12 Haziran 2009, s.56, Öztekin, s.43. Bunun dışında, yine yıllık bilançodan farklı olarak, sermaye şirketlerinde de, bu bilançoda sermaye ve yedek akçeler pasif hanede yer almaz. Cavdar/Biçkin, s.90, Öztekin, s.44, Tekinalp, s.298-300.

ortaklığın likidite sağlayabilecek varlıkları bakımından tamamen açık bir görüntü verilmek istenmektedir³⁷.

Ara bilançoda yer alan bütün kalemlere ilişkin belgelerin de iflas erteleme başvurusunda ya da mahkemenin gerekli görmesi halinde süreç içinde ibraz edilmesi gereklidir. Zira mahkemece borca batıklık iddiası araştırılırken bilançonun dayanağı olan tüm belgeler incelenir ve ticari defter ve belgelerde yer almayan borç ve alacak kalemleri, borca batıklığın tespitinde dikkate alınmaz³⁸.

Bilançodaki kayıtların gerçeği yansıtması şarttır. Bu gerçeği yansıtmama, defter kayıtlarıyla paralel olması anlamına gelmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında, borçların ticari defterlerde yer alıp almadığı hususu üzerinde durularak borca batıklığın tespit edilmesi gerektiğinden bahsetmiştir³⁹. Eğer, mahkeme bilançonun gerçeği yansıtmadığı yönünde şüphe içindeyse, iflas erteleme talebinde karar verebilmek için, yine aktiflerin satış değerleri üzerinden yeni bir bilanço hazırlanmasını isteyebilir⁴⁰.

3. İyileştirme Projesinin Sunulması

İİK m.179'da iflas ertelenmesi için başvuruda bulunan sermaye şirketi veya kooperatifin bir iyileştirme projesini de mahkemeye sunması şart tutulmuştur. İyileştirme projesi, mahkemenin yapı kooperatifinin mali durumunun iyileştirilebileceği ümidinin olup olmadığı konusunda bir karara varabilmesi için uygulanacak iyileştirme tedbirlerinin neler olduğunu, bu tedbirlerin ne şekilde konut yapı kooperatifinin iyileşmesine imkân vereceğini, ortaya koyan ciddi ve inandırıcı bilgileri içinde barındırması gerekmektedir⁴¹. Çünkü iyileştirme projesi yapı kooperatifinin borca batıklıktan çıkabilmesi için bir yol haritasıdır⁴². Bu proje yanında, projedeki tedbirlere yönelik gerekli belgelerin de sunulması gerekmektedir⁴³.

Projenin ciddi ve inandırıcı olması anlamında, somut verilere dayanması gerekmektedir. Belirsiz emarelere dayanılarak konut yapı kooperatifi için iflasın ertelenmesi kararı verilemez⁴⁴.

³⁷ Böckli, s.1849.

³⁸ Kayar; Sempozyum, s.57.

³⁹ Y.19 HD. 25.09.1997 tarih 1997/5151 E. 1997/7714 K. ve 14.02.2001 tarih 2001/6232 E. 2001/8385 K. sayılı ilamları. Aynı yönde Muşul, s.75.

⁴⁰ Atalay; Erteleme, s.93, Deliduman, s.39.

⁴¹ Atalay; Erteleme, s.93, Deliduman, s.40, Muşul, s.101-102.

⁴² Deliduman, s.41.

⁴³ Kayar; Sempozyum, s.70 ve orada anılan Y.19. HD. 17.04.2008 tarih 2007/10786 E. 2008/4039 K. sayılı ilamı.

⁴⁴ Kayar; Sempozyum, s.68 ve orada anılan Yargıtay kararları.

4. Masrafların Peşin Ödenmesi

İİK'da açıkça düzenlenmemesine rağmen, iflasın ertelenmesi taleplerinde, erteleme süresine yönelik kararın ilanı (İİK m. 179/a,4), erteleme süresi içerisinde alınacak tedbirlerin uygulanması (İİK m. 179/a,1), kayyım ücretinin ödenmesi (İİK m. 179/a,2) gibi masraflar için gereken tutarda paranın mahkeme veznesine depo edilmesi gerekmektedir. Zira İİK m. 181, masraflar konusunda İİK m. 160'a da yollamada bulunmuştur. Mahkemece belirlenen süre içerisinde masrafların peşin olarak yatırılmaması, yeterli avansın da bulunmaması yapı kooperatifinin erteleme talebinin reddini gerektirecektir.

Şayet iflasın ertelenmesi talebi, daha önce başlamış bir iflas yargılaması içerisinde istenmişse, masraflar iflas tasfiyesi için yatırılmış durumda olur. Ancak masrafın yatırılmamış olması ya da yetmemesi hallerinde, mahkemece bunlar talep edilmek zorundadır⁴⁵.

5. Fevkalade Mühletten Yararlanılmamış Olması

Konut yapı kooperatifinin iflasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, İİK m.317 ve devamı maddelerinde düzenlenen fevkalade mühletten yararlanmamış olması da gerekmektedir. Fevkalade müddet, bilhassa ekonomik krizlerde Bakanlar Kurulu tarafından belli bir süre için ve yine bu maddede belirtilen şartların varlığı halinde borçluların belli bir süre ödemelerini tatil etmeleridir. İcra mahkemesinden alınan bu karar, en fazla altı ay süreli olabilir (İİK m.318/1). Fevkalade müddetten yararlanabilmek için kusuru olmaksızın borçlunun taahhütlerini ifa etmemiş olması, müddetin sonun borcun tamamını ödeyeceği ümidi olması ve bulunduğu bölgede fevkalade müddet kararının bakanlar kurulu tarafından verilmiş olması gerekmektedir.

İflas erteleme açısından fevkalade müddetin önemi ise, İİK m.329/a'da gösterilmiştir. Fevkalade müddetten yararlanan bir konut yapı kooperatifi, mühlet bitiminden itibaren bir sene süreyle iflas ertelemeye başvuramamaktadır. Aynı durum tersi için de söz konusudur. Yani iflas ertelemeyen yararlanmış bir konut yapı kooperatifi bir sene süreyle fevkalade müddetten de yararlanmaz.

C. Maddi Şartlar

1. Yapı Kooperatifinin Borca Batık Olması

a) Borca Batıklık Kavramı

KoopK m.63/1'e göre, kooperatifin aciz halinde olması durumunda, yönetim kurulu cari fiyatlarla bir ara bilanço tanzim eder. KoopK m.63/1'deki hüküm as-

⁴⁵ Deliduman, s.42.

İnında TTK m.376/3'ün (mülga 6762 sayılı TTK m.324) KoopK'na yansımastır. Ancak madde özensiz terminoloji kullanılması nedeniyle, oldukça karışık bir anlam içermektedir. Çünkü KoopK m.63/3 de, mali durumun düzeltilmesinin mümkün görülmesi halinde mahkeme yönetim kurulunun veya alacaklılardan birinin isteği üzerine iflasın açılmasını erteleyebilir diyerek, kooperatifin aczi ile mali durumun bozulmasını birbirine bağıladığından, hüküm borca batıklık ile aciz halini aynı kavram olarak değerlendirmiştir. Aslında esas yanlış, 6762 sayılı TTK m.324/2'de kullanılan aciz hali tabiri olup, KoopK'da bu yanlış devam ettirmiştir.

Her ne kadar aciz hali de bir mali durum bozulması ise de, aciz haline düşme, borca batıklığı doğurmayabilir.

Zira aciz hali bir kimsenin muaccel para borçlarını önemli bir miktarını ödeyememesi, ödeyebilme iktidarını görünüşe göre devamlı olarak yitirilmesi olup⁴⁶, likit varlıklar ile muaccel borçların karşılanamamasıdır. Yani bir konut yapı kooperatifinin duran varlıkları, borçlarından fazla olup, borca batık değil iken, bu varlıkları paraya çeviremediği için vadesi gelmiş borçlarını ödeyemez durumda olabilir.

Buna karşın, borca batıklık TTK m.376/3'den de anlaşılacağı üzere, kooperatifin aktiflerinin, borçlarını karşılamaya yetmemesidir. Kooperatifin borca batık olması da, mutlaka ödemededen aciz halinde olduğu anlamına gelmez⁴⁷.

Bu çerçevede, KoopK m.63/1'deki aciz halinde bulunma kavramının, daha önce de belirttiğimiz üzere borca batıklık olduğu kabul edilmelidir⁴⁸. Madde, borca batıklığa dair ciddi sebeplerin varlığında, yönetim kurulunun bir ara bilanço tanzim etmesi gerektiğini söylemektedir. Ancak son yılın bilançosu veya daha sonra yapılan bir tasfiye bilançosu da kooperatifinin mevcudunun, borçlarını artık karşılamayacağını gösterebilir. Bunun anlamı, normal olarak konut yapı kooperatifinde yıl sonunda düzenlenmesi gereken bilançodan da, durumun borca batıklık olduğu görüldüğü takdirde, KoopK. m.63/1'deki bildirim ve genel kurulu toplama zorunluluğu yönetim kurulunun bir yükümlülüğüdür. Ancak, yıllık bilançodan borca batıklığın anlaşılması varlıkların en fazla maliyet değerinden hesaplanması nedeniyle zordur. Fakat imkânsız değildir⁴⁹.

⁴⁶ Böckli, s.1836, Kayar, s.122, Toraman, s.175, Türk, s.36,

⁴⁷ Böckli, s.1836, Kaya, s.289, Kayar, s.122, Toraman, s.177, Türk, s.39.

⁴⁸ Aynı yönde, Kayar, s.93.

⁴⁹ Normal yıllık bilanço dışında, borca batıklık şüphesini haklı gösterebilecek bazı olgular da olabilir. Örnek olarak yüksek tutarda bir zarara uğrama, politik sebeplerle bazı ekonomik değerlerin kaybedilmesi, önemli alacak davalarının kaybedilmesi, kooperatif yönetim kurulu üyelerinin zimmet yoluyla büyük bir kooperatif varlığını kendi varlıklarına aktardıklarının anlaşılması verilebilir. Bu konuda, Atalay Oğuz; Borca Batıklığın Tespiti, Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.158.

İlk durumda, konut yapı kooperatifinin yönetim kurulunun borca batıklık halinden, kooperatifin ekonomik gidişatı nedeniyle şüphelenmesi nedeniyle, bir yükümlülük olarak önce ara bilanço tanzim ettirerek, borca batıklığın var olup olmadığını tespit ettirmesi gerekmekte, borca batıklık bu bilanço ile ortaya çıktığı takdirde, Çevre ve Şehircilik Bakanlığına bildirimde bulunarak, genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırması gerekmektedir⁵⁰.

İkinci durum olan KoopK m.63/2’de ise, yapı kooperatifinin mevcut malvarlığının yarısının karşılıksız kalması halinden bahsedilmektedir. Burada da bir kavram kargaşası söz konusudur. Zira burada kastedilen aslında sermayesinin karşılıksız kalmasıdır. Mamafih konut yapı kooperatifi açısından KoopK m.1 uyarınca değişir ortak ve buna bağlı olarak değişir sermaye söz konusu olduğu için, esas sermaye ölçü olamaz⁵¹.

Kooperatiflerde sermaye kaybı için, ortaklığın malvarlığı esas alınmış olup, burada anlatılmak istenilen kooperatifin kuruluşunda ana sözleşmede gösterilen ve ticaret siciline tescil edilen ortakların payları tutarından oluşan sermaye değil, yapı kooperatifinin net malvarlığıdır.

Bilançoda ortaklar tarafından konulan sermaye payları, bir taraftan bilanço da pasifte yer alırken, aktif tarafta yatırım olarak kabul edilir ve ayrı bir kalem olarak görülmez. Ara bilançoda ise esas sermaye payları yapı kooperatifinin gerçek borcu olmadığından pasifte gösterilmeyecektir⁵².

Yani yapı kooperatifine giren her ortağın koyduğu sermaye aktiflere eklenir. Çıkan ortak da, koyduğu sermaye payı tutarında malvarlığının azalmasına neden olur. Çünkü ortaklar tarafından yapı kooperatifine konan sermaye, aktif tarafta ayrı bir aktif kalemi olarak yazılmaz. Muhasebeleştirme açısından, sadece kooperatiflerde değil, tüm ticaret şirketlerinde de durum böyledir.

Bir başka görüşe göre, kooperatifin net varlıklarından kasıt, ortaklık sermaye payları, yedek akçeler ve müspet gelir gider farkıdır (*risturn*)⁵³. Kooperatiflerde kâr dağıtımını mümkün olduğunda gelir-gider farkının ortaklara iadesi söz

⁵⁰ Bir görüşe göre, bu halde yapı kooperatiflerinde sadece Çevre ve Şehircilik Bakanlığına değil, Gümrük ve Ticaret Bakanlığına da bildirim yapılması zorunluluğu vardır. Kayar, s.97. Madde lafzından böyle olduğu anlaşılıyorsa da, 03.06.2010 tarih 5583 sayılı kanun ile KoopK’nun 90, Ek Madde 1 ve getirilen 3 ve 4.maddeler kapsamında artık yalnızca Çevre ve Şehircilik Bakanlığına bildirim yapılması gerektiği kabul edilmelidir.

⁵¹ Türk, s.101.

⁵² Atalay; Batıklığın Tespiti, s.168.

⁵³ Kurtulan Ahmet; Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması, Ankara 2007, s.564. Başka bir görüşe göre ise hali hazır varlıklar olarak özsermaye, yedek akçe ve müspet fiyat farkının KoopK m.62/2’de belirtilen varlık olarak anlaşılması gereklidir. Eriş Gönen/Ulusoy Yılmaz; En Son İçtihatlı Madde Açılmalı Kooperatifler Kanunu ve Vergilendirme, Ankara 1989, s.670.

konusudur. Buna risturn adı verilir. Risturn yıl sonunda, sermayeye eklenebileceği gibi, ortaklara da dağıtılabilir.

Ancak müspet gelir gider farkı (*risturn*) da, konut yapı kooperatifinin sermayesinin belirlenmesinde esas alınmaz. Zira müspet gelir gider farkının (*risturn*) konut yapı kooperatiflerinde her yıl sonunda belirlenmesi söz konusu değildir. Risturn, konut yapı kooperatiflerinde, amaca ulaşılma sonucunda, yani konut yapı kooperatifi tasfiyeye giderken ortaya çıkabilir.

Böyle bir durumda yıllık faaliyet sonucu ortaya çıkan gelir gider farkının sermayeyi düşürmesi ve bunun belli bir süre içinde sermayenin yarısının kaybına yol açması konut yapı kooperatifleri açısından söz konusu değildir⁵⁴.

Her ne kadar konut yapı kooperatifi tip ana sözleşmesinin 70. maddesinde gelir gider farkının olduğu ve bu farkın ortaklara verilmeyip yedek akçelere aktarılacağı belirtilmişse de, bu konut yapı kooperatifinin amacı ve muhasebesi açısından mümkün değildir. Çünkü konut yapı kooperatifi ortaklarına konut yapmak amacıyla faaliyet göstermekte, topladığı aidatlar konut inşaat maliyetlerine harcanmaktadır⁵⁵. Konut yapı kooperatifi ancak ortaklarından topladığı aidatları uzun süre kullanmaz ve bunu nemalandırırsa veya başka varlıklara yatırıp, daha sonra onları satmasıyla yatırım maliyeti üzerinde bir gelir elde ederse, bu durumda gelir-gider farkı söz konusu olabilir. Mafih bu hal, konut yapı kooperatifinin en makul zamanda ortaklarını konut sahibi yapmak amacı ile bağdaşmaz. Kaldı ki, yedek akçeler de ara bilançoda borca batıklık hesaplanırken bilançonun pasifinde gösterilememektedir⁵⁶.

Sonuçta sermaye şirketlerindeki gibi yıl sonu kâr veya diğer kooperatiflerdeki gibi yıl sonu risturn olmadığı için, bunun sermayeye eklenmesi konut yapı kooperatifi amacını gerçekleştirinceye kadar mümkün olmayacaktır.

Ayrıca konut yapı kooperatiflerinde, sermayenin hesaplanmasında yedek akçelerin bulunması da söz konusu değildir. Zira konut yapı kooperatifleri kâr amaçlı olmadıklarından ve topladıkları aidatları, ortakları için konut yapımında kullandıklarından, yedek akçe ayıramazlar. Çünkü yedek akçe dönem kârının işletme içinde tutulan kısmı olup⁵⁷, konut yapı kooperatiflerinde dönem sonunda

⁵⁴ Diğer kooperatifler açısından aksi yönde, Kayar, s.92-93. Muhasebe biliminde yer alan dönemsellik ilkesi yapı kooperatiflerinde uygulanmamaktadır. Dönemsellik ilkesi, bir işletmenin sürekliliği uyarınca sınırsız kabul edilen ömrünün, belli dönemlere bölünmesi, ve her faaliyet döneminin sonuçlarının diğer dönemlerden bağımsız hesaplanacağı anlamına gelir. Muhasebe biliminde en uzun dönem bir yıl kabul edilir.Çaldağ/Ayanoğlu, s.7.

⁵⁵ Konut Yapı Kooperatifi Tip Ana Sözleşmesi m.6.

⁵⁶ Atalay; Batıklığın Tespiti, s.168

⁵⁷ Karayalçın, s.112.

kooperatiflerde risturn da hesaplanmadığından, yedek akçe de ayrılamaz. Teorik olarak konut yapı kooperatifince toplanan aidatların nemalandırılması yoluyla faiz geliri elde edilmesi halinde, bunun yedek akçeye aktarılması mümkün ise de, konut inşaatları için topladığı ve harcadığı aidatlardan faiz geliri elde etmesi hem amacıyla bağdaşmaz hem de pek mümkün değildir.

Konut yapı kooperatifinin asıl önemli malvarlığı, ortakları için yaptığı konutlardır. Yapıtırılan konutların mülkiyeti ana sözleşmede yazılı esaslara göre ortaklara aktarıncaya kadar, konutlar ister tamamlanmış isterse tamamlanmamış olsun bir varlık olarak konut yapı kooperatifinin bilançosunun aktif kısmında yer alacaktır. Bunun dışında konutlar için alınmış arsalar da bilançoda varlıklar olarak yer alabilirler.

Bahsettiğimiz bu çerçevede konut yapı kooperatifinin borca batıklığı hesaplanırken, yapılmakta olan konutların veya diğer varlıkların cari satış değerleri üzerinden belirlenen varlık toplamından, konut yapı kooperatifinin borçları, çıkarılır. Konut yapı kooperatifinin iflas erteleme talep edebilmesi için, KoopK m.63/2'de belirtildiği şekilde sermayesinin yarısını kaybetmesi şart olmayıp, borca batık olması gereklidir.

Konut yapı kooperatiflerinde borca batıklık esasta böyle hesaplanabilmekle beraber, bilançoda yer alan borçların bir kısmı, muhasebe ilkeleri ile tek düzen hesap planına göre bu hesaplamada bazı sorunlara yol açmaktadır. Hem uygulamada hem de muhasebe ilkeleri açısından ortaya çıkan sorunlar, kanımızca gerçekte konut yapı kooperatifinin borca batık olup olmadığı tartışmasına yol açar.

b) Borca Batıklık Sorunu

Konut yapı kooperatiflerinin daha önce de değindiğimiz üzere temel amacı, ortaklarına konut sağlamak olduğundan, bunu ortaklarından topladığı aidatlarla yerine getirmektedir. Konut yapı kooperatifi tip ana sözleşmesinin 21. maddesi de buna ilişkindir. Bu hükme göre ortaklar, taahhüt ve tediyeye ettikleri ortaklık payı bedelleri, yani konut yapı kooperatifinin tip sözleşmesinin 8. maddesine göre, her ortağın koymasına gerekli 100 TL sermaye dışında, kooperatif amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere genel kurulca kararlaştırılacak tutardaki, arsa, altyapı, inşaat ve benzeri gider taksitlerini ödemek zorundadırlar. Görüldüğü üzere, aidat adı altında ortaklardan toplanan bu bedeller, kooperatifin yapacağı konutların, arsasının alımı, altyapısının yapılması, inşaatının başlanması, devamı ve bitirilmesi ve benzeri harcamalarda⁵⁸ kullanılır.

⁵⁸ Konut yapı kooperatifi tip ana sözleşmesinin 61.maddesine göre, bunlar yol, su, elektrik gibi müşterek tesis masrafları, okul, kütüphane, satış mağazaları, bahçe ve spor alanı gibi genel hizmet tesislerin yapımı için harcanacak bedellerdir.

Ortaklar tarafından konut yapı kooperatifine ödenen aidatlar, kooperatif bilançosunun pasif tarafında, ortaklara borçlar olarak gösterilmektedirler.

Borca batıklığı tespit eden ara bilançonun aktif tarafında, konut yapı kooperatifinin ortakları için yaptığı konutların cari değerleri, varlıkların asıl tutarını oluşturmaktadır. Eğer konut yapımı için alınmış arsalar varsa, bunlar da bilançonun aktif tarafında önemli yer tutar. Her ne kadar bunlar dışında da konut yapı kooperatifinin malvarlıkları bulunsun da, bunlar genellikle çok büyük değer taşıyan kalemler olmamaktadır⁵⁹. Bilançonun aktif ve pasif dengesinde ortaklara borçlar olarak yazılan aidatlar, kooperatif kasasına girmekte ve büyük bir ağırlıkla kooperatifin ortaklarına yaptığı konutlara harcanmaktadır. Bunun dışında konut yapı kooperatifi bu aidat geliri üstünden sadece genel gider harcamaları yapar⁶⁰.

İflas erteleme talebi sonucu yapı kooperatifine ait bu gayrimenkul varlıklar piyasa cari fiyatlarından değerlendirildiği için, elbette ki ortaklardan toplanan aidatların tam karşılığı olması beklenemez. Konut yapı kooperatifine ait konutlar ve inşaatlar, kooperatife ödenmiş toplam aidat miktarından fazla bir değerde veya daha az bir değerde olabilir⁶¹.

Bu durum, tamamen iflas erteleme sürecinde gayrimenkulleri değerleyen uzman bilirkişinin değerlendirme usulüne ve gayrimenkuller için değerlemede kabul gören ilkelere bağlıdır⁶². Konut yapı kooperatifine ait gayrimenkullerin değerinin toplanan aidatlardan ve diğer borçlardan düşük çıkması, kooperatifin borca batık olmasına, yüksek çıkması ise borca batık olmamasına yol açacaktır. Yani bir konut yapı kooperatifi açısından borca batık olup olmama, öncelikli olarak ortakları için yapmış olduğu konut ve bunların inşaatlarının varlık olarak değerine bağlıdır. Kısaca konut yapı kooperatifinin borca batık çıkmasına neden olacak husus, ancak bu varlıkların değerlendirme sonucu ortaya çıkacak bedelleri-

⁵⁹ Konut yapı kooperatifleri amacı dolayısıyla bahsettiğimiz malvarlıkları dışında malvarlığı sahibi olmazlar. Genel olarak konut yapı kooperatiflerinin vasıtalar şeklinde menkul veya kassadaki para veya çeşitli alacaklarının bilançonun aktif tarafında yer aldığını söyleyebiliriz.

⁶⁰ Genel gider harcamaları, konut yapı kooperatifinin yönetim kurulu ve denetçilere ödediği ücretler, vergi, hizmet sözleşmesi yoluyla aldığı avukatlık veya mali müşavirlik hizmet bedelleri, kira gideri, kiralanan yerin veya mülkiyet sahibi olduğu yere ait elektrik, su vs. giderler olarak açıklanabilir.

⁶¹ Tabii ki burada kooperatifin ortaklara borçlar dışında diğer borçları da pasif tarafta hesaplama yer alır.

⁶² Gayrimenkul değerlendirme, bir gayrimenkulün veya gayrimenkule bağlı hak ve faydaların belli bir tarihteki değerinin belirlenmesi amacı ile yapılan çalışma ile bu çalışmanın sonucunda tespit edilen kanaattir. Bir gayrimenkul değerlendirilirken, mülkün türü, müşteri kitlesi, inşaat kalitesi, tasarım özellikleri, konfor unsurları, piyasa yöresi (coğrafi ve konum durumu), rakip mülklerin özellikleri ve konumları varsa tamamlayıcı mülkler etkindir. Bu konuda, bkz. <http://www.dud.org.tr> (13.02.2013).

dir. Zira konut yapı kooperatifi zarar etmediği için, kooperatifte öz sermayeden azalma mümkün değildir.

Konut yapı kooperatifine ait ve iflas erteleme talebi sonucu cari fiyatlardan değerlendirilen gayrimenkul varlıklar, bilanço üzerinden yapılan hesaplama sonucu, borca batık olmaması sonucunu da doğurabilir. Zira aktif tarafta bu gayrimenkullerin cari değeri ile oluşan varlık değerinin toplamı, bilançonun pasif tarafında ağırlıklı olarak ortaklara borçlar biçiminde yer alan ortakların toplam aidat ödemelerinden genellikle fazla bir değerde çıkar. Bu nedenle kooperatifin ortaklara borçlar olarak pasif tarafta yazılmış toplam aidat ödemeleri ile ortaklıktan ayrılmış alacaklı durumuna gelmiş eski ortaklar dışında bir borcu yoksa borca batık olmaz. Ama buna rağmen yapı kooperatifi aciz hali durumunda bulunabilir.

Bilançonun pasif tarafında, kooperatif ortaklığından ayrılmış eski ortakların alacakları da, ortaklara borçlar kısmında yer almaktadır. Yani konut yapı kooperatifi ortağı kooperatife ortak iken, tek düzen hesap planına göre kooperatif ona borçlu, ortak kooperatiften ayrılmış durumda olduğunda da eski ortağa karşı yine aynı tutarda borçludur.

Ancak ortaklara borç olarak bilançoda yer alan değerler, ortaklığı devam edenler için aslında bir borç değildir. Çünkü ortak bu aidatı bir yükümlülük olarak yerine getirmekte, bunu belli bir dönemde geri istememektedir. Geri isteme imkânı da yoktur. Bu geri talep etme hakkı ancak ortaklıktan ayrılırsa mevcuttur.

KoopK m.17 ve yapı kooperatifi tip ana sözleşmesi m. 15 uyarınca konut yapı kooperatifinin ortaklığından ayrılmış ortağın kooperatife yapmış olduğu aidat ödemelerinden genel giderler düşüldükten sonra ortaya çıkan alacağı, ayrıldığı yıl bilançosunun görüşüldüğü genel kurul tarihinden bir ay sonra muaccel olmakta ve ortak kooperatiften bu alacağını talep edebilmektedir. Bu şekilde birçok ortağı ayrılmış kooperatif, ödemesi gerekli muaccel borçlarla yüz yüze kalmakta ve ödemedi aciz haline gelebilmektedir. Bu konuda KoopK m.17'de öngörülen kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürecek nitelikteki ödemelerin, ana sözleşmede daha kısa bir süre tespit edilmiş olsa bile genel kurulca üç yılı aşmamak üzere geciktirilmesi de mümkün olabilir.

Konut yapı kooperatifinin ara bilançoya göre borca batık olmamakla birlikte aciz halinde olabileceğini belirttik. Borca batıklık ile aciz hali aynı olmamakla beraber, çoğu kez de, birlikte ortaya çıkar. Borca batıklık yapı kooperatifini acze sürüklediği gibi, aciz hali de yapı kooperatifinin borca batık olmasını doğurabilir⁶³.

⁶³ Türk, s.40

Konut yapı kooperatifinin varlıkları olan konutlar veya inşaatları, ortakları için yapıldığından, tahsis edilmiş konutları satıp paraya çevirmesi ve aciz halinden kurtulması çok zor bir ihtimaldir. Çünkü konut yapı kooperatifinin, bunları satabilmesi, genel kurulda ortakların kararına bağlıdır ve hiçbir ortak oturduğu veya tahsis edilmiş olan konutunun satılmasını istemez. Bu bakımdan da konut yapı kooperatifinin aslında varlıkları, borçlarını karşılayabilir olmaktan uzaktır ya da kısa bir zaman içinde bu hale gelecektir.

Konut yapı kooperatifinin bilanço açısından yüksek miktarda banka veya başka bir finans kurumuna borcu yok ise, bahsettiğimiz durumda borca batık çıkma ihtimali de Türkiye’de gayrimenkul piyasasının gidişatı açısından pek mümkün olmaz. Zaten çok büyük bir kredi borcu, konut yapı kooperatifinin, iyileşme ümidini ortadan kaldıracak, konut yapı kooperatifinin iflasının ertelenmesine karar verilmesi mümkün olmayacaktır.

Doktrinde bir görüşe göre, konut yapı kooperatifinin ortaklardan topladığı aidatların, kooperatifin ortaklarına olan borçları olarak kabul edildiğinden, üçüncü şahıslardan alınan borçlardan farklı olarak, bu aidatları kooperatif borçları dışında tutmak gereklidir⁶⁴. Fakat bu durum, yapı kooperatifinin borca batık olmasını oldukça zorlaştırır. Hatta ortaklara borçlar, konut yapı kooperatifinin bilançosunun pasif tarafında görülmezse, konut yapı kooperatifinin borca batık olması ancak çok istisnai hallerde ortaya çıkabilir. Çünkü yaptığı inşaatlar varlık olarak mutlaka bir değer taşıyacak ancak borç tarafında, ortaklara borçlar dışında çok büyük bir miktarda borç olmadıkça borca batıklıktan bahsedilemez. Kaldı ki bu görüşte, bilançoda var olan ortakların kooperatife ödediği bu aidatları muhasebe açısından bilançoda ne şekilde yazmak gerektiği de cevaplanmamaktadır.

Mesela kooperatif üyelerinin yapmış olduğu ödemelerin borç yerine sermaye olarak dikkate alınırsa, yani kooperatif üyelerinin yapmış olduğu üye aidatlarını sermaye olarak kabul etmek gerekirse, kooperatifin mal varlığının ortak aidat ödemeleri dışındaki borçlarla kıyaslanması gerekecek ve bu borçları karşılayıp karşılamayacağına bakılacaktır. Bu durumda da kooperatifin borca batık olması ihtimali çok istisnaidir. Çünkü ortaklardan toplanan aidatlar sermaye olarak kabul edilirse, bu sefer yapı kooperatifi bilançosunda aktif tarafa yazılırlar⁶⁵.

⁶⁴ Kurtulan, s.564.

⁶⁵ Genel kabul görmüş muhasebe ilkelerindeki öz sermaye tanımına göre, işletmenin sahip olduğu varlıkların, işletme sahip veya ortaklarının bilanço tarihinde işletmeye yapmış oldukları sermaye yatırımlarının tutarını gösteren, ödenmiş sermaye yedekleri, kâr yedekleri, geçmiş yıl kârları ve dönem net kândır. Çaldağ/Ayanoğlu, s.308. Bu tanım gereğince ortaklardan toplanan aidatlar sermaye olarak kabul edilemez..

Buna karşılık kooperatif ortağının yaptığı aidat ödemesi, borç olarak dikkate alındığında iflas erteleme için düzenlenecek ara bilançoda hesaplanmasında kooperatif malvarlığının değeri ortaklarca ödenen sermaye payı kadar azaldığında borca batık olması sonucunu da doğurabilir. Zira konut yapı kooperatifinin esas sermayesini belirleyen ortak sayısının az olduğu ya da çıkan ortaklar sonucu büyük miktarda düştüğü takdirde, kooperatifin esas sermayesi de az olacak ya da düşecektir. Misal olarak yedi ortaklı bir konut yapı kooperatifi verilebilir. KoopK m.2 uyarınca bir konut yapı kooperatif de diğer kooperatifler gibi yedi ortakla kurulabilir ve ortak sayısı yedinin altına düşmedikçe fesih söz konusu olmaz. Yedi ortaklı bir konut yapı kooperatifinin esas sermayesi 700 TL'dir.

Bu konut yapı kooperatifinin iflas erteleme sürecinde ara bilançosunun aktif tarafında 700 TL esas sermaye, yapmış olduğu konut, inşaatlar veya arsaların değeri içinde aktifte yer alacaktır. Buna karşılık, bilançosunun pasif tarafında, ortaklara borçlar ve varsa başka borçları yer alacaktır. Bilançoda pasif tarafta ortaklara borçların ile aktif tarafta yer alan gayrimenkulların değerlendirme sonucu birbirini büyük oranda karşıladığı ortaya çıkarsa, bunun sonucu, konut yapı kooperatifinin pasif tarafında yer alan fazladan bir borç her zaman konut yapı kooperatifini borca batık hale sokacaktır. Aslında konut yapı kooperatifi normal olarak faaliyetini sürdürüyor olabilir; ama ara bilanço açısından borca batık görünmektedir ve KoopK m.63'deki prosedürü uygulamak zorunda kalacaktır.

c) Sorunun Çözümü

Konut yapı kooperatifinin, bahsettiğimiz şekilde borca batıklığını belirleme yönünden bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bunun temel nedeni, konut yapı kooperatiflerinde bir sermaye şirketi gibi sermaye yapısının olmayışı, bilanço üzerinden borca batıklık hesaplamasında, sermaye şirketlerinde var olan birçok öz sermaye kaleminin hesaplamada ya olmaması ya da çok küçük bir değer taşımasıdır.

Konut yapı kooperatifinin ortaklarının kooperatife getirdiği sermaye miktarı 100 TL gibi bir değer olarak çok düşüktür. Örneğin, yüz ortaklı bir konut yapı kooperatifinde esas sermaye 10.000 TL olmak zorundadır. Ara bilanço düzenlerken de, kooperatifte o an için ortak olanlar esas alınacağından, yirmi ortak ayrılmışsa, seksen ortağın varlığı ile sermayenin 8.000 TL olarak hesaplanması söz konusudur. Bunlar borca batıklık bilançosunda aktifin içinde yatırım olarak yer alırlar. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, kooperatifin yedi ortakla kurulmuş olması halinde 700 TL sermayenin yer alması da mümkündür.

Her ortağın kooperatife aidat olarak ödedikleri, ortağa borç olarak muhasebeleştirildiği için, ortakların toplam ödedikleri aidat miktarınca kooperatifin ortaklara borcu vardır. Bu aidatlar inşaat maliyetlerine harcandığı için, ortaya çıkan inşaatlar aktif tarafta varlık olmakta ve gayrimenkul değerlemesine göre, toplam malvarlığının toplam borcunu karşılamaya yetip yetmediği belirlenebilmektedir.

Bunların sonucu, kooperatifin ortak başına ödediği sermaye miktarının küçüklüğü daha az ortaklı konut yapı kooperatiflerinde aktifteki gayrimenkul değerlerine göre, kooperatifin borca batık olmasına yol açtığından, konut yapı kooperatiflerinin sermaye yapısının güçlendirilmesi gerekir. Bu her bir ortaktan alınan sermaye payının arttırılması ile mümkün olabilir. Gerçek biçimde yapı kooperatiflerinin borca batık olup olmadığının belirlenmesi açısından da, bu gereklidir.

Çok ortaklı bir konut yapı kooperatifinde de, konut yapı kooperatifinin aktifinde yer alan malvarlığı ile uyumlu olmayan bir esas sermaye yapısının varlığı söz konusudur. Örneğin 5.000 ortaklı bir konut yapı kooperatifinde esas sermaye 500.000 TL iken, bu konut yapı kooperatifinin 5.000 ortağı için daire yapması durumunda sadece 5.000 dairelik bir gayrimenkul varlığında, her bir dairenin farazi olarak 50.000 TL değerinde olması halinde 250.000.000 TL aktif malvarlığı olacaktır. Bu konut yapı kooperatifinin esas sermayesi malvarlığının beş yüzde biridir. Bu sermaye şirketlerinin sermaye yapısı ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır. Bu bakımdan güçlü sermaye yapısı için her ortağın yapı kooperatifine getireceği sermaye payını arttırmak şarttır.

Bunun dışında ortakların getireceği sermaye bakımından bir sermaye yeterlilik rasyosu belirlenerek, belirlenen orana bağlı olarak sermaye açısından ortaklara ek yükümlülükler getirmek de bu açıdan bir çözüm olabilir.

2. İyileşme İhtimalinin Bulunması

Borca batık olduğu tespit edilen konut yapı kooperatifinin iflasının ertelenmesi kararı verilebilmesi için iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olması şarttır.

İyileştirme kavramının ne olduğu konusunda doktrinde genel kabul gören bir tanım yoktur⁶⁶. Bir görüşe göre buradaki iyileştirme kavramı işletme bilimindeki iyileştirme kavramından daha dar kapsamlıdır⁶⁷. Hukuki olarak iyileştirme, yapı kooperatifinin borca batık durumdan çıkması anlamına gelmektedir. Bu, bilançodaki varlıklar borçlar arasındaki farkın, gerçekte artık sermaye kaybı veya borca batıklığı yansıtmaması olarak da tarif edilebilir⁶⁸.

⁶⁶ Böckli, s.1824, Atalay; Erteleme, s.98, Deliduman, s.53, Kaya, s.291, Türk, s.321, Özbek, s.60.

⁶⁷ Deliduman, s.53. İşletme biliminde iyileştirme, bir işletmenin içinde bulunduğu borca batıklık halini ve nakit yoksunluğunu tamamen bertaraf etmesini ve aynı zamanda işletmenin kârlılığını tekrar kazanmasını ve herhangi bir tedbir veya koruma olmaksızın varlığını sürdürmesi için gerekli tüm yapısal ve mali tedbirlerin alınmış olmasını ifade eder. Kayar İsmail; İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık ve İyileştirme Projesiyle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 33, Temmuz-Aralık 2009, s.32.

⁶⁸ Böckli, s.1824.

Sadece borca batıklık hali, iflas veya iflasın ertelenmesi gibi mahkeme kararını gerektirir, diğer mali olarak bozulma meydana getiren durumlar, hukuki olarak iyileştirme gerektiren hallerden sayılmaz⁶⁹.

İİK m.179 uyarınca, konut yapı kooperatifinin borca batık olmakla beraber, mahkemeye bu durumu ortadan kaldıracabileceği, normal olarak faaliyetlerine devam edebileceği yönünde kanaat oluşturabilirse, iflasının ertelenmesine karar verilir⁷⁰. Mahkemenin bu yönde bir kanaat sahibi olabilmesi için, konut yapı kooperatifinin objektif olarak iyileşme ümidine yönelik gerekçelerini ortaya koyması, bunların yapılabilir olduğunu, somut bilgi ve belgelerle ispatlaması gerekmektedir⁷¹. TTK m.377'de, nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesinin sunulması gerektiğinden bahsetmektedir.

Bu açıdan mahkeme iyileştirmenin tamamen tesadüflere bağlı vakıalarla ilişkilendirildiği kanaatine vardığı takdirde, bu biraz sonra değineceğimiz alacaklıların korunması şartını ortadan kaldırdığından iflas erteleme kararı yerine, iflas kararı vermelidir⁷².

İflas erteleme talebinde bulunan konut yapı kooperatifi, mahkemeye somut vakıaları barındıran bir iyileştirme projesi vermek zorundadır⁷³. İyileştirme projesindeki vakıaların aynı zamanda alacaklıların yararına da olması gereklidir⁷⁴.

Konut yapı kooperatifinin iyileştirme yönünde ortaya koyacağı vakıalar aslında sınırlıdır. Zira konut yapı kooperatifinin tüm geliri, ortaklarından konut yapımı için sağladığı aidatlardır. Bu bakımdan konut yapı kooperatifi temel olarak gelecek aidat miktarlarına bağlı bir şekilde kooperatifin iyileşeceğine dair mahkemeye bir proje sunabilir.

Bunun dışında diğer bir imkân, KoopK m.31 uyarınca, ortakların ek ödeme ile yükümlendirilmesidir. Zira ek ödeme, sadece bilanço açıklarının kapatılmasında kullanılabileceğinden, borca batık olma durumu da bir bilanço açığı meydana getirdiğine göre, böyle bir imkân borca batılıktan kurtulmak için kullanılabilir. Ancak 31. maddeye göre, öncelikle ana sözleşme değişikliği yapılmalı, daha sonrada genel kurulda ortakları sınırlı veya sınırsız bir şekilde ek ödeme ile yükümlendirmelidir. Bu genel kurul kararı, KoopK m.52 uyarınca konut yapı

⁶⁹ Kayar; Değerlendirme, s.31.

⁷⁰ Atalay; Erteleme, s.103, Deliduman, s.54

⁷¹ Bu ispat, yaklaşık bir ispattır. Yani somut olarak gerçekleşmiş bir vakıa değil, planlanan ve ileride gerçekleşmesi muhtemel olan bir vakıa ispatlanmaktadır. Deliduman, s.54.

⁷² Öztekin, s.60-61. Y.19.HD. 15.12.2005 tarih 2005/10187 E. 2005/12550 K. sayılı ilamı. www.kazanci.com.

⁷³ Çavdar/Biçkin, s.94.

⁷⁴ Kuru, s.2809.

kooperatifinin bütün ortaklarının 3/4'ünün rızası ile mümkündür. Bu bahsettiğimiz usul şartları nedeniyle, konut yapı kooperatifinin çoğu kez bu durumu iyileştirme için kullanması mümkün olamayabilecektir.

Konut yapı kooperatifinin son olarak yapabileceği iyileştirmeye yönelik projesi, aktifte yer alan bazı varlıkların satışidir. Bu varlıklar, ortaklar için konut yapımında kullanılacak arsalar, konut dışında inşaat konusu olan ticari gayrimenkullar ve tabi ki konutlar olabilir.

Bu varlıkların satışı için konut yapı kooperatifi, KoopK m.42/b.6 uyarınca kooperatif genel kurulundan yetki almak zorundadır.

Konut yapı kooperatifinin ortakları için yaptırdığı konutları satması, eğer kur'a çekilmiş ve ortaklara tahsis edilmişse, zordur. Çünkü tahsis edilen konutların satılmasında, ortakların muhalefetiyle karşılaşmak büyük bir ihtimaldir. Ancak konut yapı kooperatifinin başka bir imkânı yoksa bu konuda genel kuruldan yetki alınması ve öncelikle borca batıklıktan çıkılması ortakların yararınadır.

Genelde konut yapı kooperatiflerinin ortakları için yaptırdıkları konutlardan başka gayrimenkulleri olmamakla beraber, bazen konutların altında kooperatife veya tasfiye sonunda ortaklara ek gelir sağlamak amacıyla iş yeri yapılması söz konusu olabilmektedir. Bu halde de konut yapı kooperatifi, bu işyerlerini borca batıklıktan kurtulmak amacıyla paraya çevirebilir.

Bununla beraber, iyileştirme projelerindeki asıl sorun, konut yapı kooperatifinin kâr elde ederek borçlarını ödeyememesidir. Konut yapı kooperatifinin aidat toplama, ek yükümlülük yükleme, gayrimenkullerini satma şeklindeki tüm iyileştirme yöntemleri, aynı anda pasifte artış veya aktifte azalış meydana getirmektedir. Projelerin uygulanması sadece aciz halinin ortadan kalkmasına katkı sağlar. Borca batıklığı tam olarak ortadan kaldırmaz. Çünkü konut yapı kooperatifi kâr elde etmediği için, sermaye şirketleri gibi dış kaynak olan kâr yoluyla borcunu azaltamaz. Ortaklardan aldıkları bilançoda ortaklara borçlar olarak görüldüğünden, borç ile borç ödenmesi söz konusu olur. Varlık satışı da aktiften azalış, borç ödendiğinde pasiften azalış ortaya çıkarır ve bilançoda aktif ve pasif olarak her iki tarafta, aynı durumda kalmaya devam eder.

Sonuçta, konut yapı kooperatifinde iflas erteleme kararı ile iyileştirme projelerinin uygulanması aciz halinin sona ermesine neden olurken, bilanço hesaplaması açısından kooperatifin borca batıklıktan çıkmasını sağlamayacaktır.

3. Alacaklıların Haklarının Korunması

a) Korunmanın Mahiyeti

İflasın ertelenmesi kararı verilmesi için alacaklıların menfaatlerinin, konut yapı kooperatifinin menfaatleri ile eşit olarak değerlendirilmesi lazımdır⁷⁵. Ala-

⁷⁵ Çavdar/Biçkin, s.99.

çaklıların haklarının korunmasında esas olan, iflasın ertelenmesinin, derhal iflasın açılmasına nazaran alacaklıları daha kötü bir duruma sokmamasıdır⁷⁶. İflasın ertelenmesi çoğunlukla alacaklıların alacaklarının belli bir miktarını gözden çıkarmaları sonucunu doğursa da, genel bir bakışla iflasın açılmasının birçok alacaklının alacağını hiç alamamasına neden olduğundan⁷⁷, iflasın hemen açılması yerine, iflas erteleme daha koruyucu bir kurumdur.

Elbetteki iflas ertelemeye amaçlanan, alacaklıların tam tatminin sağlanmasıdır. Ancak bu iflas ertelemesinin bir şartı olmayıp, alacaklıların sürecin sonunda kısmi de olsa alacaklarına kavuşmaları, hakların korunması açısından yeterli olmaktadır.

Bununla beraber, iflasın ertelenmesi, iflasa nazaran alacaklıların haklarını korumada etkisizse, onları daha çok zarara uğratacağı kanaatine ulaşıyorsa mahkeme, iflas erteleme yerine yapı kooperatifinin iflasına karar vermelidir.

Konut yapı kooperatiflerinin iflası, bir sermaye şirketinin iflası gibi sadece şirket ortakları veya alacaklıları üzerinde bir etki meydana getirmemekte, hele kooperatif çok sayıda ortağa sahip ise, bu etki topluma yayılabilmektedir. Zira konut yapı kooperatiflerinin ortaklarının temel amacı, kooperatif birlikteliğinden yararlanarak düşük bedelle konut sahibi olabilmektir. Bu nedenle konut sahibi olmada daha çok alt ve orta gelir düzeyindeki bireylerce tercih edilen bir yöntemdir.

b) Alacaklıların Haklarının Korunmasında İflas Kararının Etkisi

Konut yapı kooperatifinin iflas etmesi halinde, alacaklıları kadar ortakları için de birçok sonuç doğacaktır.

Birincisi, konut yapı kooperatifi ortaklarının kooperatiften ayrılmış olmaları halinde, kooperatiften ödedikleri aidat üzerinden belirlenen çıkma payı oranında kooperatiften alacaklı olacaklardır. Fakat bunlar eski ortak olduğu için, İİK m.206 uyarınca imtiyazlı olmayan son sıradaki alacaklardır ve bu alacağa kavuşmaları, imtiyazlı alacakların varlığında hemen hemen yok gibidir. Haklarında iflas kararı verilmiş bir konut yapı kooperatifinin belki miktar olarak olmasa da, kişi olarak en fazla alacaklısı bu eski ortaklardır.

KoopK m.36'ya göre, sınırsız veya sınırlı sorumlu bir ortak ölür veya diğer bir sebeple kooperatiften ayrılışının kesinleştiği tarihten başlayarak bir yıl veya ana sözleşme ile tespit olunan daha uzun bir süre içinde kooperatif iflas ettiği takdirde, ayrılmasından önce doğmuş olan borçlar için ortak sorumluluktan kurtulamaz. Konut yapı kooperatifi tip ana sözleşme m.20/2'e göre, Kooperatif-

⁷⁶ Öztekin, s.68.

⁷⁷ Deliduman, s.54.

ten ilişkisi kesilen ortağın sorumluluğu, ayrıldığı tarihten itibaren iki yıl devam eder. Ana sözleşme ile kanundaki sorumluluk süresini uzatmak mümkün olduğundan, ana sözleşmedeki iki yıllık süre esas alınacaktır.

Böyle bir durumda konut yapı kooperatifinden ayrılmış ortak ayrıldığı kesinleştiği tarihten yapı kooperatifinin iflası halinde, iki yıl müddetle kendi ortak olduğu dönemdeki kooperatifin borçları için takip edilebilir. O halde ayrılan ortak ayrılma payı ödenmemişse alacaklı olduğu gibi, iki yıl süreyle ayrıldığı dönemki borçlardan dolayı kooperatife karşı sorumlu da olabilmektedir. Ayrılmış, ayrılma payını alamamış ortak kooperatifin ayrıldığı dönemki borçlarından var olan sorumluluğunu iflas eden konut yapı kooperatifi ile takas edebilir.

Durum bu olmakla birlikte, kanımızca bu sorumluluğun ne olduğu tartışmalıdır. Çünkü KoopK m.28-31 hükümleri uyarınca, ortaklar sınırlı sorumlu bir nitelik taşır ve konut yapı kooperatifi alacaklarına karşı yalnız mamelekiyle sorumludur (KoopK m.28). Yine konut yapı kooperatifi tip sözleşmesinin 20/1. maddesine göre, her ortak, kooperatifin borçlarına karşı, taahhüt ettiği pay tutarı kadar sorumludur.

Bu durumda konut yapı kooperatifi açısından ortağın sorumluluğu ödememiş olduğu pay miktarı mıdır, yoksa kooperatifin borcu mudur? KoopK, maalesef sorumluluk ve borç kavramlarını birbirine karıştırmış, bir yerde sınırlı sorumluluktan bahsederken, diğer tarafta kooperatif borcundan sorumluluktan bahsederek çelişkiye düşmüştür. Zira bir kooperatifin sınırlı sorumlu olması söz konusu ve ortak sadece ödemesi gereken esas sermaye payıyla sorumlu ise, bunu ödemesi ile sorumluluktan kurtulur. Ortağın ayrılması halinde dahi sorumluluğu, ödemediği sermaye payı için olmalıdır. Bu da, tip esas sözleşmeye göre 100 TL'dir.

Mamafih sadece 100 TL düşük bir sermaye payı için sorumluluktan bahsedilmesi, kooperatiflerin yapısı ve teşkil ettiği hukuki durum göz önüne alındığında söz konusu olamaz. Bu kooperatif alacaklıları bakımından hakkaniyet ve adalet ile de bağdaşmaz. Bu nedenle bahsedilenin kooperatifin ortağın çıktığı dönemdeki kooperatifin tüm borcundan payı oranında olduğu kesindir. Nitekim KoopK m.27, sair ödemelerle yükümlü olan ortakların ödemelerle sorumlu olduklarını, aksi takdirde kooperatif ortaklığından ihraç edileceklerini belirtmektedir. Sair ödemeler konut yapı kooperatiflerinde tip esas sözleşme m.21'de öngörülen aidatlardır. Aidatlar kooperatifin yaptırdığı konutlar veya yapı kooperatifinin borcu oranında ortakların sorumluluğudur.

Bunun doğal sonucu olarak, iflas anında kooperatifin ortaklarının, var olan kooperatif borcundan sorumlu olacakları kabul edilmelidir. Çünkü kooperatifin borcu, ortakları için yaptırdığı konutlar için söz konusu olmakta, bu borçlar ortak aidatları ile karşılanmaktadır. Kanımızca bu sorumluluk kooperatife karşı ortağın yükümlülüğü miktarınca olabilir. Yani konut yapı kooperatifinin ortakları, yapı

kooperatifi için iflas kararı verildiğinde henüz konut almamış veya konut tahsis edilmemiş ise, tüm kooperatif borçlarından paylarına düşen aidat yükümlülüğü oranında sorumludurlar⁷⁸. Bu yükümlülükte normal bir yapı kooperatifi ortağının kesin maliyet nedeniyle ödemek zorunda kalacağı aidat miktarından fazla olamaz.

Fakat KoopK m.33’de, “ortakları şahsen sorumlu bulunan veya ek ödemelerle yükümlü olan bir kooperatifin iflası halinde, iflas idaresi sıra cetvelini düzenlemekle beraber ortaklardan her birinin payına düşen borcun ödenmesini kendilerinden ister” hükmü ile bahsettiğimiz bu durumun nereye oturtulacağı sorunu da ortaya çıkmaktadır. Kanımızca bu hükmün, konut yapı kooperatifinin iflası halinde, sınırsız veya ek ödemelerle sorumlu ortakların tüm borçtan sorumlu olmaları, iflas tasfiye sürecinde ortaya çıkacak bütün borçları ödemeleri gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır.

Konut yapı kooperatifi tip ana sözleşmesinin “Ortakların Şahsi Sorumlulukları” başlıklı 20. maddesine göre de, kooperatife giren her ortak, girişinden önce doğmuş olan kooperatif borçlarından dolayı diğer ortaklar gibi sorumlu olur. Hüküm ortağın kooperatife girişinden sonraki borçlardan da sorumlu olacağını aslında kabul etmektedir.

Kanımızca, bu hüküm ve yukarıda bahsettiklerimiz çerçevesinde konut yapı kooperatifinin ortaklarının iflas anında, konut yapı kooperatifine esas sermaye payı ve ödemeleri gereken aidatlarla sorumlu oldukları kabul edilmelidir.

Ancak bu durum, konut yapı kooperatifinden tahsis edilen konutu henüz almayanlar veya oturmamış olanlar içindir.

Buna karşı konutu konut yapı kooperatifleri tip ana sözleşmesi m.61-64 uyarınca çıkarılmış kesin maliyetle devralmış veya oturmuş iken kendisine konut kesin maliyeti çıkarılmış ortaklar için konut yapı kooperatifine, kesin maliyet miktarınca borç devam etmektedir. Bu ortaklar borçlu olarak, konut yapı kooperatifince çıkarılmış kesin maliyeti ödemek zorundadırlar. Bu ortaklar kooperatifin konutlar için belirlediği kesin maliyet bedeli ne ise, onu konut yapı kooperatifine ödemekle yükümlüdür⁷⁹. Kesin maliyet bedeli ise, konut yapı

⁷⁸ Yargıtay eski tarihli bir kararında, konut yapı kooperatifleri açısından da iflas halinde kooperatifin mamelekinin borçlarını karşılamaya yetmemesi halinde, ana sözleşmede tersine kural bulunmadıkça, borç ve taahhütlerden kooperatif sorumlu olacağını, ilk derece mahkemesinin ana sözleşmenin mesuliyet sınırlarını değil de, kooperatifin üçüncü kişilere olan borcunu, ortaklardan her birine tahsis edilmiş dairenin nafisahaları ile orantılı olarak paylaşım suretiyle ödeyecekleri meblağı tespiti kalkışması ve binnetice bu paranın sorumluluk sınırlarını aşmış olduğunu incelenmemesinin isabetsiz olduğuna içtihat etmiştir. Y.12 HD. 20.12.1973 tarih 1973/11908 E. 1973/11535 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

⁷⁹ Nitekim Yargıtay, Y.11.HD.27.12.1973 tarih 1973/5072 E. 1973/5214 K. sayılı ilamında, “Yapı Kooperatifinin sınırlı sorumlu bulunduğu, statüsünde yazılı ise de ana sözleşmesinin 45. maddesinde her ortağın kendisine düşen binayı kesin maliyet bedeli üzerinden kabul ede-

kooperatifi tip sözleşmesinin 61. maddesine göre, arsa bedeli ile yapı masrafları ve yol, su, elektrik gibi müşterek tesis masrafları, okul, kütüphane, satış mağazaları, bahçe ve spor alanı gibi genel hizmet tesis bedellerinden her konuta düşecek olan miktar ile genel giderler ve yönetim masraflarından ortaklara düşecek paylar hesaplanmak suretiyle konutların bulunan geçici maliyetine, sonra yapılan masrafların kesinleşen kıymet takdiri ile orantılı olarak bölünmesiyle elde edilir. Bunun içinde kooperatifin bütün borçları da vardır.

Çünkü konut kesin maliyeti esasen kooperatifin tüm borçları üzerinden hesaplanmış bir konut maliyetini ortaya koyar. Bu ortakların kesin maliyet bedeli dışında kooperatif diğer borçlarından da sorumlulukları eşit oranda devam eder.

Bununla beraber konut yapı kooperatifinde bazı ortakların kesin maliyeti belirlenmiş şekilde dairelerin ferdi mülkiyete geçmesi mümkün iken, bazı ortakların henüz daire tahsis edilmemiş halde bulunması tip ana sözleşme m.59/2 uyarınca mümkündür⁸⁰. Böyle bir durumda yapı kooperatifi iflas ederse, bu ortaklar arasında kooperatife kesin maliyetle ev alan ortak ile kesin maliyeti ortaya çıkmamış ortak arasında ödediği bedele göre oranlama yapmak suretiyle kooperatif borcundan dolayı sorumlu olmaları zorunluluğu kabul edilmelidir.

Bu şekilde sorumluluk KoopK m.23'deki hak ve vecibelerdeki eşitlik ilkesine de uygundur. Zira bu eşitlik bütün ortakların aynı şekilde mutlak eşitlik değil, nisbi bir eşitliktir. Nisbi eşitlikte ortakların çeşitli nedenlerden doğan farklı durumları göz önüne alarak değerlendirilir ve sonuçta eşit olacak biçimde bir ölçü uygulanır. İflas halinde konutunu almış ortak ile konut alamamış ortak açısından da nisbi eşitliğin uygulanması gerekir.

Bununla beraber, konutunu almış ve kooperatife karşı kesin maliyeti ödemiş ortağın hiçbir şekilde ferdileştirme sonucu kendisine devredilmiş konutunun üzerinden iflasa bağlı olarak talepte bulunulamaz. Yani ortağın mülkiyetine sahip olduğu konutuna iflas şerhi konularak iflas idaresince işlem yapılamaz⁸¹.

ceği belirtilmiş ve 46. maddesinde de ortağın sermayesi ile yatırdığı paranın toplamının kesin maliyet bedelinden indirilerek geri kalanının genel kurulca kararlaştırılacak taksitlerle ödeneceği ve kooperatifin ödünç aldığı paranın faiz ve komisyonlarının da bu taksitlere ilave edileceği hükümleri yer almıştır. Bahsi geçen maddelere göre ortaklar ek ödeme ile yükümlü tutulmuşlardır. Bu itibarla olayda kooperatifler Kanununun 31. maddesinin uygulanması gerekir. Bu maddeye göre ortaktan ek ödemeyi kooperatif veya ancak iflas idaresi talep edebilir” diyerek biraz zorlama bir yorumla, kesin maliyet bedelini ek yükümlülük saymış ve konut yapı kooperatifi ortaklarının kesin maliyet bedeli ile sorumlu olacağını kabul etmiştir.

⁸⁰ KoopK m.59, “Konutlar; arsa durumuna, projeye, ortakların ihtiyaç ve tercihlerine göre değişik tip ve gruplar halinde planlanabilir. Yapılacak konutlar ile 61. maddede belirtilen genel hizmet tesislerinin sayı, cins ve özellikleri, kooperatifin amacına ve ortakların ihtiyaçlarına uygun olarak genel kurulca belirlenir.

Bu belirleme sırasında, konutların gerek tip ve gruplar, gerekse diğer özellikleri itibari ile; ortakların isteklerine göre dağıtılması esası da kararlaştırılabilir” demektedir.

⁸¹ Y.12.HD.22.07.2005 tarih 2005/11889 E. 2005/16348 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

Kooperatifin eski ortaklar dışında diğer alacaklıları da, ipotek gibi imtiyazlı alacak hakkı sağlayan bir teminata sahip değillerse konutları dağıtılmış bir yapı kooperatifinde alacaklarını çoğunlukla alamazlar. Hele konutları ferdileştirmiş ve üçüncü kişilere devredilmiş bir konut yapı kooperatifinde imtiyazlı alacaklıların bile alacaklarını alabilmeleri mümkün olmayabilir.

Bütün bunların anlamı, iflasın sadece alacaklılar için değil, kooperatif ortaklarının aleyhine de bir sonuç doğurduğudur. Bu nedenle, konut yapı kooperatifinin iflasına karar verilmeye alacaklılar yanında, yapı kooperatifinin ortakları da göz önüne alınmalı, az da olsa borca batıklıktan daha doğrusu aciz halinden kurtulma ışığı görülüyorsa, iflas bir yapı kooperatifi için son çare olarak karar verilecek bir durum olarak kabul edilmelidir.

Kanımızca, konut yapı kooperatifinin iflas etmesi çoğunlukla alacaklıların da aleyhine sonuçlar doğurur. Hâlbuki şartları sağladığı takdirde, iflas erteleme ile konut yapı kooperatifinin borca batıklıktan kurtulma şansı vermek, alacaklılar için de, alacaklarını kısmen de olsa elde etmede daha elverişli sonuçlar doğuracaktır.

D. İflas Erteleme Usulü

Konut yapı kooperatifi KoopK m.63 uyarınca yönetim kurulu tarafından borca batıklığı tespit edilip ara bilanço ile yukarıda belirttiğimiz şartlar çerçevesinde konut yapı kooperatifinin muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi, asliye ticaret mahkemesi olmayan yerlerde ticaret mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesine başvurduğu takdirde, mahkeme envanter düzenlenmesi ve yönetim kurulunun yerine geçmesi ya da yönetim kurulu kararlarının onaylanması için derhal kayyım atar (İİK m.179/1). Aynı husus KoopK m.63/3'de, mevcutlar defterinin tutulması, yönetim memuru atanması gibi denilerek paralel şekilde ortaya konulmuştur.

Kayyım atanmasına ilişkin karar, kayyımın mahkemece belirlenmiş görevleri ve temsil yetkisi ile bunun sınırları ve iflasın ertelenmesine ilişkin talep, İİK m.166/2'de belirtilen usule göre ilan ve ticaret siciline tescil edilecektir⁸².

Mahkeme kayyım atadıktan sonra, ayrıca konut yapı kooperatifinin malvarlığının korunması için gerekli diğer önlemleri alacaktır. Mahkemece alınacak bu

⁸² Daire, kararı kendiliğinden ve derhal tapuya, ticaret sicil memurluğuna, gümrük ve posta idarelerine, Türkiye Bankalar Birliğine, mahalli ticaret odalarına, sanayi odalarına, menkul kıymet borsalarına, Sermaye Piyasası Kuruluna ve diğer lazım gelenlere bildirir. Daire, ayrıca kararı, karar tarihinde, tirajı ellibinin (50.000) üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtım yapılan gazetelerden biri ile birlikte iflas edenin muamele merkezinin bulunduğu yerdeki bir gazete ve Ticaret Sicili Gazetesinde ilan eder. Tirajı ellibinin (50.000) üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtım yapılan gazetenin yayınlandığı yer aynı zamanda muamele merkezi ise mahalli gazetede ilan yapılmaz.

tedbirler, kanunda açık olarak gösterilmemekle birlikte, biraz önce değindiğimiz örnek kabilinden sayılanlar dışında, somut olayın özelliğine göre gerekli bütün tedbirler olabilir⁸³. Dikkat edilirse, bu tedbirler iflasın ertelenmesi kararından önce alınacaktır. Bu tedbirlerin içine İİK m.179/b'de yer alan tüm icra ve iflas takiplerinin durması da vardır. Bu husus esasen iflas erteleme kararı ile mümkün olan bir etki olmakla beraber, HMK m.389/2 uyarınca mahkemece ihtiyati tedbir yoluyla verilmesi de mümkündür. Bu şekilde bir karar verilmesi iflas erteleme müessesesinin gereğidir. Çünkü erteleme kararı verilmesiyle birlikte bu tedbirlerin gerçekleşmesi, çoğunlukla istenen sonucu doğurmaz hatta erteleme talebi konusuz bile kalabilir⁸⁴. Gerçekten de uygulamada iflas ertelemeye başvuran sermaye şirketleri ve kooperatiflerin ihtiyati tedbir yoluyla takiplerin durması ve yeni takip yapılamaması yönünde karar verilmemesi halinde, alacaklıların iflas erteleme isteyen şirket veya kooperatife var olan takipler dolayısıyla hacizler yaptıkları, yeni takipler açtıkları ve bunu sonucu iflas erteleme isteyen iflas erteleme elde edeceği faydanın tamamen ortadan kalktığı, borca batıklıktan kurtulma ihtimalinin yok olduğu görülmektedir⁸⁵.

Bu nedenle mahkemece iflas erteleme talebi ile başvuru halinde konut yapı kooperatifine kayyım atanması ve konut yapı kooperatifinin malvarlığını koruyucu önlem olarak tensip zaptında ihtiyati tedbir yoluyla tüm icra ve iflas takiplerinin durdurulması gerekmektedir. İİK m.179/a'nın birinci fıkrasının yeniden düzenlenmesi buna imkân sağlamıştır. İİK m.179/2'de iflasın ertelenmesi taleplerinin öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılması zorunluluğu, tensiple birlikte ihtiyati tedbir kararı verilmesinin alacaklıların haklarının zarara uğraması sonucunu da doğurmayacağı kanaatindeyiz. Zaten konut yapı kooperatifinin yapılacak inceleme ile borca batık olmadığı kanaatine varılırsa, ihtiyati tedbir kararı kaldırılacaktır⁸⁶. Bu bakımdan ihtiyati tedbir kararı geçici bir süre için alacaklıların konut yapı kooperatifine karşı takiplerine devam etmelerini engeller. Buna karşın, kayyım atanmasına rağmen tedbir kararı verilmemesi, konut yapı kooperatifinin satış aşamasındaki bazı gayrimenkullarının satılması sonucu iyileştirme ümidi açısından bu gayrimenkulleri dayanak olarak koyduğu bazı iyileştirme projelerinin çökmesine, iflas erteleme talebinin konusuz kalmasına neden olacaktır.

⁸³ Çavdar/Biçkin, s.107, Türk, s.338 vd. Başka koruma önlemleri için, Deliduman, s.72 vd.

⁸⁴ Deliduman, s.58.

⁸⁵ Yargılama sürecinin uzunluğu, mahkemelerin bu yönde tedbir kararı vermelerine yol açmış, Yargıtay'ca da bu uygulama benimsenmiştir. Bu hususta Öztekin, s.91.

⁸⁶ Bir görüşe göre, tensip zaptıyla ihtiyati tedbir kararı vermenin ancak iflas erteleme kararı verilinceye kadar alacaklı takipleri neticesi telafisi güç zararlar doğacağına talep eden taraftan gerçeğe yakın olarak ispat edilmesi gerekmektedir, Öztekin, s.92.

Sonuç

Konut yapı kooperatiflerinde borca batıklık halinde, İİK m.179 uyarınca iflas ertelemeye başvurma imkânı vardır. Bu başvuru ancak yönetim kurulu tarafından KoopK m.63 hükmü esas alınarak yapılabilir. İflas erteleme talebinin mahkemece kabul edilebilmesi için ise, konut yapı kooperatifinin borca batık olması ve iyileştirme ümidinin varlığı şarttır.

Bununla beraber iflas erteleme talep edebilmesi için konut yapı kooperatifinin borca batık olduğunun belirlenmesinde, TTK m.376'da öngörülen şekilde, ara bilanço üzerinden hesaplamaya ihtiyaç vardır. Bunun hesaplanmasında ise, sermaye şirketlerinden farklı durumlarla ve sorunlarla karşılaşmaktadır.

Bu sorun özellikle konut yapı kooperatifinin ara bilançosunda aktiflerinin değerlendirilmesi sırasında gün yüzüne çıkmaktadır.

Zira konut yapı kooperatifleri değişir ortaklı değişir sermayeli olduğundan, ara bilanço hazırlanması anında sermayenin belirlenmesi gereklidir. Bu sermaye de, bilançoda aktif tarafta yatırımda görünecek, ayrı bir esas sermaye kalemi olmayacaktır.

Aynı zamanda konut yapı kooperatifi kâr elde etmediği için, kâr elde etme yoluyla borca batıklığı ortadan kaldırması da söz konusu değildir. Yine konut yapı kooperatifinde diğer kooperatifler gibi yıllık gelir-gider farkı (risturn) da söz konusu olmayıp, bu ancak tasfiye esnasında gerçekleşeceğinden, bu dahi bilançoda yer almaz.

Bu bakımdan konut yapı kooperatifinin borca batıklığını hesaplamak ancak aktif tarafta kooperatifin malvarlığı olarak gayrimenkuller (arsa, yapılan inşaatlar ve bitmiş inşaatlardaki konutlar) ile pasif tarafta başka bir borç yoksa ortaklardan konut yapı kooperatifi tip sözleşmesinin 22. maddesi uyarınca toplanan aidatlar ve varsa diğer borçlar üzerinden söz konusu edilecektir.

Kooperatifin bilançosunun pasif tarafından ortaklara borçlar olarak belirtilen aidatların, kooperatifin inşaatları için harcanması, aktifte meydana getirmesidir. Buradaki sorun, aktiflerdeki gayrimenkulların cari fiyattan değerleri, diğer borçlar yüksek olmadığı takdirde, ortaklardan toplanan aidatlardan fazla çıkarsa, konut yapı kooperatifinin borca batık olmaması söz konusu olacaktır. Yani borca batıklık tamamen aktifteki gayrimenkulların değerlendirilmesine bağlıdır.

Mamafih konut yapı kooperatifi aciz halinde iken ve bu aciz hali devam ederken konut yapı kooperatifi açısından söylediğimiz nedenle borca batıklık söz konusu olmazken, iflas erteleme alınamaması, konut yapı kooperatifinin iflasına neden olur.

Değindiğimiz sebeplerle, konut yapı kooperatiflerinde borca batıklığını tam ve gerçek olarak hesaplamak da çoğu kez mümkün olmamaktadır. Çünkü yapı

kooperatifi zarar etmediği için, kooperatifte öz sermayeden azalma olmamaktadır. Bunun için de aciz hali ile borca batıklık arasındaki ilişkinin, sermaye şirketlerine nazaran konut yapı kooperatiflerinde daha iç içe olduğu söylenebilir.

Sonuçta konut yapı kooperatiflerinde, ortak başına 100 TL gibi düşük bir değerle, sermayenin oluşturulması, konut yapı kooperatifinin küçük tutardaki bir borçla aciz halin girmesine ve borca batık olmasına yol açabileceği gibi, borca batık değilken, aciz hali nedeniyle çok kısa bir zamanda iflas etmesine yol açabilir. Bundan dolayı konut yapı kooperatifinin esas sermaye yapısının güçlendirilmesi, ortaklardan daha yüksek sermaye ile ortaklığa katılımlarının sağlanması şarttır.

Aynı zamanda konut yapı kooperatifinin iflas erteleme talebinde, iyileşme ümidine bağlı olarak iyileştirmeye dair planlarının da çok sınırlı olduğunu da söylemek lazımdır. Konut yapı kooperatifi kâr eden bir nitelikte olmadığı için, iyileşme ortaklardan alınan aidatlar, ek ödeme yüklemi veya varlık satışı ile mümkün olur. Bunlardan varlık satışı da, ortaklara tahsis edilmiş konutlar, ya da tapusu verilmiş konutlar için mümkün değildir. Çünkü genel kurul kararı ile yapılabilecek bu işlemin ortaklar tarafından kabul edilmesi çok zordur. Bunun yanında, gerek varlık satışı, gerekse ortaklardan toplanan ek ödeme veya aidatlar, borca batıklığın azalmasına yol açmayıp, sadece kooperatifin aciz halinden kurtulmasına neden olurlar. Aslında bu çerçevede konut yapı kooperatifinin borca batıklıktan kurtulması değil, aciz halinden kurtulmasından bahsetmek daha doğrudur. Zira kâr elde etmeyen yapı kooperatifinin borca batıklığı bu yolla azaltmaz ve ortadan kaldıramaz.

Konut yapı kooperatifleri esasta sınırlı gelire sahip kişiler tarafından konut elde etmek amacıyla tercih edildikleri için, bunların iflas etmeleri genel olarak ortaklarına olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Çıkan ortaklar için alacağını alma imkânı azalırken, iflas anında ortak olanlar KoopK m.36 uyarınca kooperatif borçlarından sorumlu olacaklardır.

Bu bakımdan çoğunlukla borca batık bir konut yapı kooperatifi için iflas yerine iflas erteleme kararı verilmesi, konut yapı kooperatifleri için daha gereklidir. Ancak iyileşme ümidinin hiç olmaması elbetteki konut yapı kooperatifinin iflası kararının verilmesi sonucunu doğurur.

İflas, çoğunlukla alacağını rehin gibi bir teminata bağlamamış konut yapı kooperatifi ortaklığından çıkmış ortaklar için de, konutunu almak bir yana, alacağını bile alamamak sonucunu doğurmaktadır. Çünkü alacaklılar, yine çoğunlukla yapı kooperatifinden ayrılmış ortaklar olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Atalay Oğuz:** Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007. (**Erteleme**)
- Atalay Oğuz:** Borca Batıklığının Tespiti, Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008. (**Batıklığının Tespiti**)
- Böckli Peter:** Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zurich 2009.
- Çaldağ Yurdakul/Ayanoğlu Yıldız:** Genel Muhasebe, 3. Baskı, Ankara 2006.
- Çavdar Seyit/Biçkin İnci:** İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2006.
- Deliduman Seyithan:** İflasın Ertelenmesinin Etkileri, Kocaeli 2008.
- Eriş Gönen/Ulusoy Yılmaz:** En Son İçtihatlı Madde Açıklamalı Kooperatifler Kanunu ve Vergilendirme, Ankara 1989.
- Karayalçın Yaşar:** Muhasebe Hukuku, Ankara 1988.
- Kaya Arslan:** Borca Batık Anonim Şirketin İflasının Ertelenmesi, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999.
- Kayar İsmail:** Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997.
- Kayar İsmail:** İflasın Ertelenmesinde Borca Batıklık ve İyileştirme Projesiyle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 33, Temmuz-Aralık 2009.
- Kayar İsmail:** Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin İflasın Ertelenmesine İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXIII, Ankara 12 Haziran 2009.
- Kurtulan Ahmet:** Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması, Ankara 2007.
- Kuru Baki:** İcra ve İflas Hukuku, C. III, Ankara 1993.
- Muşul Timuçin:** İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2008.
- Öztek Selçuk:** İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2007.
- Pekcanitez Hakan:** İflasın Ertelenmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C.79, 2005/2.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2009.
- Tekinalp Ünal:** Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İstanbul 1979.
- Toraman Barış:** İcra ve İflas Kanuna Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Ertelenmesi, Ankara 2007.
- Türk Ahmet:** Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve Borca Batıklığının Hukuki Sonuçları, Ankara 1999.
- www.kazanci.com.**

AŞIRI YARARLANMA (TBK m. 28)

Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN*

ÖZET

Türk Borçlar Kanunu m. 28'de düzenlenen aşırı yararlanma hükmü, eski Borçlar Kanunu m. 21'de öngörülen gabin hükmünden farklı olarak, bazı değişiklikler öngörmektedir. Buna göre, gabine maruz kalan taraf, sözleşmeyi tümüyle iptal edebilir ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir (Kısmî iptal hakkı). Bu hakların kullanılması için ise, bir ve beş yıllık süreler öngörülmektedir. Çalışmada, söz konusu yeni gelişmelere riayet edilecektir. Burada ayrıca diğer önemli bir husus ise, TBK m. 28 hükmünde sayılan gabine uğrayanın zayıflık durumlarının (zor durumda kalma, düşüncesizlik ve deneyimsizlik) sınırlayıcı nitelikte olup olmadığıdır. Burada, bu konu da işlenecektir. Bu çalışmada Türk Borçlar Kanunu m. 28'deki aşırı yararlanma normu, yeni gelişmelere riayet edilerek, genel olarak ele alınacaktır. Çalışmada, aşırı yararlanma normunun amacı, uygulama alanı, şartları ve sonuçları incelenecektir.

ANAHTAR KELİMELER: Türk Borçlar Kanunu m. 28, Aşırı Yararlanma, Aşırı Yararlanma Hükümünün Uygulama Alanı, Aşırı Yararlanmanın Şartları, Aşırı Yararlanmanın Sonuçları

ZUSAMMENFASSUNG:

Die Übervorteilungsbestimmung in Art. 28 des Türkischen Obligationengesetzbuches enthaelt im Unterschied zur Übervorteilungsbestimmung des Art. 21 des alten Obligationengesetzbuches, einige Aenderungen. Danach kann der Übervorteilte den gesamten Vertrag anfechten oder diesen Vertrag unter Korrektur des Leistungsmissverhaeltnisses aufrechterhalten (Teilanfechtungsrecht). Zur Ausübung dieser Rechte sind Fristen von einem bzw. fünf Jahren vorgesehen. Ein entscheidender Punkt ist auch, ob die in Art. 28 des Türkischen Obligationengesetzbuches aufgezaehlten Schwaechezustaende (Notlage, Leichtsinns und Unerfahrenheit) abschliessend sind. Deshalb wird hier darauf eingegangen. In dieser Arbeit wird also die Übervorteilungsbestimmung des Art. 28 des Türkischen Obligationengesetzbuches im Allgemeinen sowie unter Berücksichtigung der neuen Entwicklungen behandelt. Danach werden Zweck, Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Übervorteilungsregelung untersucht.

SCHLAGWÖRTER: Art. 28 des Türkischen Obligationengesetzbuches, Übervorteilung, Anwendungsbereich der Übervorteilungsbestimmung, Voraussetzungen der Übervorteilung, Rechtsfolgen der Übervorteilung

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. Giriş

818 Sayılı BK m. 21’de *gabin* adı altında düzenlenmiş olan *aşırı yararlanma* kurumuna, bu kez bazı değişikliklerle 6098 sayılı TBK m. 28’de yer verilmiştir. TBK m. 28 aynen şöyledir:

“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.”

İşte bu makalede, TBK m. 28 hükmü, getirdiği değişikliklerle birlikte, ana hatlarıyla ele alınıp incelenecektir. Bu bağlamda öncelikle hükmün amacı incelenecek, bunu takiben sırasıyla hükmün uygulama alanı, uygulanma şartları ile hükme aykırılığa bağlanan hüküm ve sonuçlar ele alınacaktır.

II. Normun Amacı

Aşırı yararlanma normu, ilk kez 1911 Revizyonu ile, İsviçre Borçlar Kanunu’na 21. madde olarak girmiştir¹.

Söz konusu norm, Türk Borçlar Kanunu’nda “sözleşme içeriği” üst başlığının, “sözleşme özgürlüğü” ve “kesin hükümsüzlük” (TBK m. 26 ve 27) alt başlıklarını müteakip üçüncü bir alt başlık olarak “aşırı yararlanma” (TBK m. 28) başlığı altında düzenlenmiştir. Bundan sonra ise “irade bozuklukları” üst başlığı altında yanılma, aldatma ve tehdit (TBK m. 30 vd.) düzenlenmektedir. Böylece, aşırı yararlanma hükmü, sözleşme içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlandırılması ile irade bozuklukları arasındaki bağlantı noktasını oluşturmaktadır². Bu sistematik; aşırı yararlanma kurumunun, bir taraftan tarafların sözleşme içeriğini düzenleme özgürlüğünü sınırladığını, diğer taraftan irade sakatlığında olduğu gibi sübjektif bir unsurun gerekliliğini öngördüğünü ve hukukî sonuçları açısından da irade sakatlığı kurumuna benzediğini göstermektedir³.

¹ *Gauch*, recht 1989, s. 91. İsviçre Borçlar Kanunu m. 21’in oluşumunda, o zamanki Alman Medeni Kanunu § 138 f. 2 hükmü ile kantonal *gabin* kanunları model olarak esas alınmakla beraber, nihai metne ulaşılan kadar, yirmiden fazla farklı metin üzerinde tartışılmış; hattâ tartışma, metnin içeriği ve kaleme alınış biçimiyle sınırlı kalmamış, böyle bir hükme ihtiyaç bulunup bulunmadığına da sirayet etmiştir, *Gauch*, recht 1989, s. 91.

² *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 5; *Schwenzer*, s. 213; *Huguenin*, N. 439; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 479.

³ *Schwenzer*, s. 213.

1982 Anayasası m. 48 f. 1 hükmüne göre, herkes sözleşme hürriyetine sahiptir. TBK m. 26'ya göre ise, “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” Sözleşme özgürlüğü, bugün için münferit özgürlükler olarak karşımıza çıkmaktadır ki, bunlar, sözleşme yapma, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin muhtevasını belirleme, sözleşmenin şeklini seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlükleridir⁴. Tarafların, edim ile karşı edim arasındaki değer ilişkisini serbestçe belirleyebilmeleri de sözleşme özgürlüğünün sonucudur⁵. Bu yüzden, tarafların kararlaştırdıkları karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık olması, yalnız başına, sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Bu açık oransızlık, bir tarafın diğer tarafın zor durumda kalması, düşüncesizliği ya da deneyimsizliği durumunu sömürerek yaptığı bir sözleşme sebebiyle söz konusu olursa, hukuken önem taşır. İşte, bu hâlde TBK m. 28’de hükme bağlanan aşırı yararlanma (gabin) kurumu karşımıza çıkmaktadır⁶. Aşırı yararlanmanın varlığında sömürülen, durumun özelliğine göre, ya sözleşme ile bağlı olmadığını bildirerek edimlerin geri verilmesini ya da sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Öyleyse TBK m. 28 hükmü, bir tarafın diğer tarafı ekonomik olarak sömürmesiyle oluşan sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasına karşı sömürülen tarafı korumayı amaçlamaktadır⁷. Burada yasak olan ve yaptırıma bağlanan husus ise, edimler arasındaki açık oransızlığın meydana geliş biçimidir⁸. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin karşısında duran adil olma ilkesi, TBK m. 28 ile, özel hukukun ahlakî temelini bir ifadesi olarak pozitif bir düzenlemeye kavuşmuş bulunmaktadır⁹. Aşırı yararlanma hükmü, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sosyal asgari standardın muhafaza edilmesi kaygısına dayanmaktadır¹⁰. Bu kaygı, Yargıtay HGK’nın 24.1.1973 tarih ve E. 1971/1 – 376, K. 24 sayılı kararında gayet çarpıcı biçimde ifade edilmiştir: “*Gabin, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmağa sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir*”¹¹.

⁴ Eren, s. 300; BernerKomm/Kramer, Art. 19/20 OR N. 42.

⁵ Bucher, s. 228.

⁶ Gauch, recht 1989, s. 92; aynı yazar, recht 1998, s. 55.

⁷ Gauch, recht 1989, s. 92; aynı yazar, recht 1998, s. 55.

⁸ Gauch, recht 1989, s. 92; aynı yazar, recht 1998, s. 59; Buz, Gabin, s. 60.

⁹ Gauch, recht 1989, s. 93. Sözleşme özgürlüğünü tehdit eden gabin normunun dar yorumlanması gerektiği şeklindeki görüşe (Elbir, Gabnin Unsurları, s. 200) ve söz konusu normun marginal bir anlamı olduğunu iddia eden görüşe (Bucher, s. 229) katılmıyoruz, bu konuda haklı olarak bkz. Gauch, recht 1989, s. 93; Kocayusuşpaşaoğlu, s. 489 vd.

¹⁰ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 4.

¹¹ Karar için bkz. Eren, s. 417.

III. Normun Objektif ve Sübjektif Uygulama Alanı

Aşırı yararlanmanın mevcudiyeti için aranan şartlara geçmeden önce TBK m. 28'in objektif ve sübjektif uygulama alanı üzerinde durmak gerekir.

1. Objektif Uygulama Alanı

Normun objektif uygulama alanı kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki bütün gabin hallerini kapsamaktadır¹². Aşırı yararlanma normu tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin bütün görünüm biçimlerine (kısa ve uzun vâdeli sözleşmelere, basit borç sözleşmelerine ve sürekli sözleşmelere; satış, kredi, kira ve iş sözleşmelerine vs.) uygulanır ve somut sözleşmenin isimli ya da isimsiz sözleşme olması önemli değildir¹³. TBK m. 28'in tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere doğrudan uygulanması, başka sözleşmelere kıyas yoluyla uygulanmasına engel değildir¹⁴. Örneğin TBK m. 28 şirket sözleşmelerine, sulh sözleşmelerine ve mirasın paylaşılması sözleşmesine kıyasen uygulanabilir¹⁵. Buna karşılık, bahsi geçen hükmün, bağışlama vaadi sözleşmesi gibi sadece bir tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanması caiz görülmemektedir¹⁶. Zira, bu gibi işlemler nitelikleri gereği karşı tarafa ivazsız bir kazandırmaya matuf olduğundan, ivazsız olmayı kabahat gibi görüp edimler arasında nispetsizliğin söz konusu olduğu iddiası kabul edilemez¹⁷.

2. Sübjektif Uygulama Alanı

TBK m. 28'in kural olarak hem adı işlemlere hem de ticarî işlemlere uygulanması mümkündür¹⁸. Ancak, Türk Ticaret Kanunu m. 18 f. 2 uyarınca, "*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.*" Şu durumda, basiretli iş adamı gibi davranma yükümü olan tacirin, ticarî işlemler açısından, aşırı yararlanma normunun sübjektif unsurlarından düşüncesizlik ve deneyimsizlik durumlarına dayanması ve dolayısıyla TBK m. 28'den istifade etmesi mümkün değildir¹⁹. Aşırı yararlanmanın sübjek-

¹² BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 11; *Gauch*, recht 1989, s. 94.

¹³ *Gauch*, recht 1989, s. 94.

¹⁴ *Gauch*, recht 1989, s. 94.

¹⁵ *Gauch*, recht 1989, s. 94; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 735; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 484 dn. 12.

¹⁶ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 485 dn. 13; *Kalkan*, s. 96; aksi görüş, *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 735; *Koller*, § 14 N. 254.

¹⁷ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 485 dn. 13.

¹⁸ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 14.

¹⁹ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 492.

tif unsurlarından zor durumda kalma durumu ise, bütün gerçek ve tüzel kişiler²⁰, bu arada tacirler için de söz konusu olabilir²¹.

IV. Aşırı Yararlanmanın Şartları

TBK m. 28'in uygulanabilmesi için, biri objektif, diğerlerinden ilki sömürülen tarafında ikinci ise sömüren tarafında gerçekleşmesi gereken subjektif şartlar olmak üzere üç şartın mevcudiyeti aranır. Bu üç şartın birlikte (kümülatif) gerçekleşmesi kaydıyla TBK m. 28 uygulanacaktır²².

1. Objektif Şart

Aşırı yararlanmanın kabulü için aranan ilk şart, bir sözleşmede edim ile karşı edim arasında “açık bir oransızlığın” varlığıdır. Açık bir oransızlığın bulunup bulunmadığının tespitinde, sözleşmede kararlaştırılan edimler esas alınır. Borçlu sözleşmede kararlaştırılan edimi kötü ifa ediyorsa, TBK m. 28 değil, TBK m. 112 vd. uygulanır²³. Açık bir oransızlığın belirlenmesi için, tüm edimlerin ve tarafların hak ve yükümlülüklerinin karşılıklı olarak tartılması gerekir²⁴.

Açık oransızlığın tespitinde edimlerin objektif değeri esas alınır²⁵. Bu yüzden aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafın, sözleşmenin yapıldığı anda edimler arasındaki ilişkiyi subjektif olarak orantılı bulması ya da zor durumda kalmasından dolayı yüksek bulunan fiyatı itiraz etmeden ödemesi, TBK m. 28'e baş vurmasına engel teşkil etmez²⁶.

Edimlerin objektif değerlendirilmesinde, kural olarak kararlaştırılan edimlerin piyasa veya borsa fiyatından hareket edilir²⁷. İlgili edimin piyasa veya bor-

²⁰ BGE 123 III 292, 301; BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 14; Beck OK/Wendtland, § 138 BGB N. 51; Eren, s. 420; v. Tuhr, s. 312 dn. 9; Bucher, s. 233 dn. 22; Schwenger, s. 214; Stocker, s. 79; Özkaya, s. 32. “...Tacir olan banka (tüzel kişi) BK.nun 21. maddesinde belirtilen hiffet veya tecrübesizlik hallerine dayanamazsa da müzayaka halinden istifade suretiyle meydana gelen edimler arasında açık bir nisbetsizlik bulunan hallerde akdi feshedebilir...”, Yargıtay 19 HD., 14.7.2005, E. 2005/4985, K. 2005/7980 (www.kazanci.com) (8.6.2013).

²¹ Kocayusufoğlu, s. 492; Arkan, s. 134; Aslan, s. 94. “... Ö.'nin dersane olarak kullandığı, diğer bir deyimle ticarethane de olarak yararlandığı taşınmazını, satış vaa dinde bulunması, kendisinin ticari yönden sıkıntı içerisinde olduğunu gösterir. Olağan üstü koşullar hariç karşılığını sağlamadan hiçbir tacir, ticaret yaptığı dükkanı veya işyerini satmak istemez. Ak-sini kabul etmek, ticari hayatın olağan akışına ve koşullarına ters düşer...”, Yargıtay 14. HD., 6.5.1986, E. 1985/7787, K. 1986/3066 (www.kazanci.com) (17.5.2013).

²² Gauch, recht 1989, s. 98 vd.; Gauch/Schlu ep/Schmid, N. 743.

²³ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 17; Bucher, s. 232.

²⁴ Huguenin, N. 444.

²⁵ BGE 123 III 292, 303; Gauch/Schlu ep/Schmid, N. 734; Koller, § 14 N. 249.

²⁶ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 20.

²⁷ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 21.

sa fiyatı bulunmuyorsa, kuşkusuz başka kriterlerden yararlanılmalıdır. Örneğin, sözleşme konusu mal karşı tarafa icapta bulunulmadan daha önce piyasaya sunulmuş ve birden çok kimse aynı fiyatı vermiş ise, ivaz objektif ve kesin olarak tespit edilmiş olacaktır; buna mukabil, değişik fiyatlar verilmişse, bu fiyatların ortalaması ivazın objektif değerini oluşturur²⁸. Hâkim, değer belirlemesi için bilirkişiye başvurabilir²⁹.

Edim ile karşı edim arasında açık oransızlık olup olmadığı sözleşmenin yapıldığı zamana göre değerlendirilir³⁰. Sözleşmenin yapılmasından sonra çeşitli sebeplerle edimler arasında oransızlığın ortaya çıktığı durumlarda, aşırı yararlanma kurumuna değil, şartlarının gerçekleşmesi kaydıyla sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kurumuna başvurulur³¹. Hâkim, edimler arasında açık bir oransızlık olup olmadığını, TMK m. 4'e göre serbestçe takdir eder³².

TBK m. 28, her oransızlığı değil, açık oransızlığı esas almaktadır. Herkesin gözüne çarpan³³, başka bir anlatımla, kolayca fark edilip, anlaşılabilen³⁴ bir oransızlık, açık oransızlıktır. Dolayısıyla kılı kırk yarararak birçok zekâ, mantık ve emsal oyunları ile oransızlığın kabulüne gidilmemelidir³⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında, açık oransızlığın belirlenmesine yönelik yüzdeler bir orana, bir tolerans sınırına yer verilmediği ifade edilmektedir³⁶. Yargıtay ise, oranın %25 veya daha aşağı olması durumunda açık bir oransızlığın mevcudiyetini kabul etmemiş, buna karşın oranın %50 ve

²⁸ Saymen, s. 151; Aslan, s. 78.

²⁹ Eren, s. 419; Elbir, Gabnin Unsurları, s. 196; Özkaya, s. 28. "... İvazların maddi ve ekonomik değerini bilirkişi "tesbit" eder...", Yargıtay 1. HD, 27.12.1976, E. 1976/10791, K. 1976/12751 (www.kazanci.com) (4.6.2013).

³⁰ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 19; Gauch, recht 1989, s. 95; Koller, § 14 N. 249; Schwenzer, s. 214; Huguenin, N. 444; Stocker, s. 110; Eren, s. 418 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 484; Acabey, s. 109; Ozanemre-Yayla, s. 207; Özkaya, s. 25.

³¹ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 19; Bucher, s. 231 dn. 13; Kocayusufpaşaoğlu, s. 484.

³² Eren, s. 419; Ozanemre-Yayla, s. 206.

³³ Eren, s. 419; Kocayusufpaşaoğlu, s. 483; BGE 53 II 483, 488 (Koller, § 14 N. 249). "...Karşılıklı ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik göze çarpan ve batan açık bir dengesizlik varsa gabinin "objektif unsuru" gerçekleşmiş olur...", Yargıtay 1. HD., 24.11.1976, E. 1976/10536, K. 1976/11572 (www.kazanci.com) (8.6.2013).

³⁴ Koller, § 14 N. 249; Huguenin, N. 444.

³⁵ Saymen, s. 157.

³⁶ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 27. İsviçre Federal Mahkemesi, takriben 33.000 Frank değerindeki bir taşınmazın 65.000 Frank'a satılmasında açık oransızlığın varlığını kabul ederken (BGE 61 II 31, 34 vd); eksperlerin yaklaşık 5.500 Frank değer biçtiği kullanılmış bir arabanın 7.500 Frank'a satılmasında açık bir oransızlık görmemiştir (BGE 46 II 55, 60 vd.). Bu kararlar için bkz. BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 28, 30.

daha fazla olması durumunda ise açık bir oransızlığın varlığını kabul etmiştir³⁷. Söz konusu oranın %25 ile %50 arasında olması durumunda ise hâkimin takdir yetkisini kullanması gerekecektir³⁸. *Kocayusufpaşaoğlu*'nun da haklı olarak belirttiği üzere³⁹, Yargıtay herhalde uygulamada birlik ve kolaylık sağlamak üzere yüzdelik oranların tespiti yöntemini benimsemiştir; bu oranların kanunda yeri ve dayanağı bulunmamaktadır. Gerçekten de, İsviçre hukukunda olduğu gibi⁴⁰, Türk hukukunda da, kanunda önceden tam olarak öngörülen katı bir oran söz konusu olmadığı, bunun yerine TMK m. 4 anlamında münferit sözleşmenin ekonomisine dayanan esnek bir takdir yetkisinin öngörüldüğü kabul edilmelidir.

Nihayet, aşırı yararlanma hükmünün uygulanabilmesi için, çok yüksek malvarlığı menfaatlerinin varlığı da aranmaz. Çünkü, aşırı yararlanma hükmüyle yaptırıma bağlanan, edimler arasındaki oransızlık değil, bir sözleşme ilişkisinde gaddar ve acımasız bir şekilde karşı tarafın zararına orantısız bir sözleşme yapılmış olmasıdır⁴¹.

2. Sübjektif Şart

Aşırı yararlanmanın kabulü için yukarıda açıklanan objektif şarta ilave olarak bir de sübjektif şartın somut olayda gerçekleşmesi gerekir. Sübjektif şart ile kastedilen, edimler arasında açık oransızlık bulunan sözleşmenin akdedilmesine, zarar görenin zor durumda kalmasının, düşüncesizliğinin veya deneyimsizliğinin sebebiyet vermesidir (TBK m. 28). Görüldüğü üzere aşırı yararlanmada sömürülen tarafın içinde bulunduğu olağanüstü durum, onun sözleşme şartlarını serbestçe müzakere etmesine engel teşkil etmekte⁴²; onun karar verme özgürlüğüne halel getirmektedir⁴³. Aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafın, söz konusu olağanüstü durumun ortaya çıkmasına kendisinin sebebiyet verip vermemesinin bir önemi yoktur⁴⁴.

³⁷ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 484. “Dairenin sürekli uygulamasına göre ivazlar arasındaki 50/100 oranındaki bir fark açık nisbetsizliktir, bu kesindir. 10.000 lira değer taşıyan bir mal veya hizmetin 5000 lira karşılığında değiş-tokuş edilmesi normal bir kişinin kabul edebileceği makul bir alış veriş tarzı değildir. Dairenin uygulamalarında ivazlar arasında yüzde yirmibeş oranındaki bir farkın açık nisbetsizlik sayılmadığı dahi kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, olağan koşullar altında açık nisbetsizlikten söz edilebilmesi için ivazlar arasında en az yüzde yirmibeşten fazla bir fark olması zorunluğudur.”, Yargıtay 1. HD., 27.12.1976, E. 1976/10791, K. 1976/12751 (www.kazanci.com) (8.6.2013).

³⁸ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 484

³⁹ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 483 vd..

⁴⁰ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 16.

⁴¹ *Gauch*, recht 1989, s. 95.

⁴² *Huguenin*, N. 445.

⁴³ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 34.

⁴⁴ *Huguenin*, N. 445.

a) Zor Durumda Kalma

Sübjektif ve alternatif nitelik taşıyan şartlardan ilki, sözleşmenin yapıldığı sırada aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafın zor ya da sıkıntılı bir durumda bulunmasıdır (TBK m. 28 f. 1). Daha önce belirttiğimiz üzere, tacir zor durumda kalabileceği gibi, tüzel kişiler de zor durumda kalabilir⁴⁵. Burada önem arz eden husus, aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafın, kendisi için elverişli olmayan bir sözleşme yapmasının, sözleşme yapmaması durumunda uğrayacağı sonuçlardan daha az kötü olacağı düşüncesidir⁴⁶. Zor durumda kalma; ekonomik⁴⁷, kişisel, ailesel veya siyasal sebeplerden dolayı ileri gelebilir⁴⁸. Yine söz konusu durum, hukuki açıdan önem arz eden başka bir sebepten de kaynaklanabilir⁴⁹. Zor durumda kalmanın sürekli olması aranmaz; anlık, geçici nitelik de taşıyabilir⁵⁰. Herkesin maruz kaldığı genel elverişsizlik durumu (meselâ kötü piyasa durumu) zor durumda kalma için yetmez; zor durumda kalmanın bireysel olması, yani gabine uğrayanın şahsında gerçekleşmesi gerekir⁵¹. Bu arada kişinin kendisinin zor durumda kalmadan doğrudan doğruya etkilenmesi aranmaz; üçüncü bir kişi (akraba veya arkadaş) zor durumda kaldığı için, kişinin kendisini zor durumda görmesi de yeterlidir⁵².

Nihayet belirtmek gerekir ki, aşırı yararlanma bakımından önem taşıyan, kişinin yaptığı elverişsiz sözleşme sebebiyle zor duruma düşüp düşmediği değil, kişinin, zor durumdan kurtulmak için, bu içerikte yapılmak istenmeyen bir sözleşme yapmak zorunda kalıp kalmadığıdır⁵³.

b) Düşüncesizlik

Öncelikle vurgulayalım ki, “düşüncesizlik” ile bundan sonraki başlıkta inceleyeceğimiz “deneyimsizlik” kavramları arasındaki en ayırt edici unsur; deneyimsizlikte gerçeği görememenin, düşüncesizlikte ise gerçeği görmek istememenin söz konusu olmasıdır⁵⁴. Düşüncesizlik durumunda, gabine maruz ka-

⁴⁵ Bkz. III 2.

⁴⁶ BGE 123 III, 292, 301; *Oser/Schönenberger*, İBK m. 21 (Art. 21 OR) N. 10; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 737; *Huguenin*, N. 446; *Gauch*, recht 1989, s. 96; *Schwenzer*, s. 214.

⁴⁷ Meselâ, ekonomik sıkıntı içinde olan bir kişiyi çok az ücretle çalıştırmak veya finansal sıkıntı sebebiyle taşınmazı çok düşük bir fiyata satmak gibi, *Esener*, s. 162 vd.

⁴⁸ BGE 123 III, 292, 301; *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 36; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 737.

⁴⁹ BGE 123 III, 292, 301.

⁵⁰ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 37.

⁵¹ *Beck OK/Wendtland*, § 138 BGB N. 51.

⁵² *Beck OK/Wendtland*, § 138 BGB N. 51.

⁵³ BGE 123 III, 292, 302; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 737.

⁵⁴ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 44.

lan tarafta dikkat ve tasavvur eksikliği mevcuttur⁵⁵. Düşüncesizlikten söz edebilmek için, aşırı yararlanmadan zarar gören tarafın bir karakter zayıflığının bulunması aranmaz. Zarar gören tarafın, sözleşmeyi zayıf bir anında, her ne sebepten olursa olsun sorumsuz, ölçüp biçmeden akdetmesi, düşüncesizliğin oluşumu için yeterlidir⁵⁶. Bu anlamda zarar gören tarafın genel kayıtsızlığı, genç ya da çok yaşlı olması, bir anlık ruh hali (tutkulu evlenme psikolojisi⁵⁷) vs., düşüncesizliğe sebebiyet verebilir⁵⁸.

Nihayet, daha önce belirttiğimiz üzere tacir, düşüncesiz olduğu iddiasıyla aşırı yararlanmaya başvuramaz⁵⁹.

c) Deneyimsizlik

Düşüncesizlik bir irade zayıflığı iken, deneyimsizlik bir bilgi zayıflığıdır⁶⁰. Diğer bir ifadeyle deneyimsizlikte, aşırı yararlanma sebebiyle zarar gören tarafta bilgi eksikliği mevcuttur⁶¹. Bilgi eksikliği ile kastedilen ise, ilgili sözleşmeyi akdetmek için gerekli olan bilginin somut olarak eksik olmasıdır⁶².

Önemle vurgulamak gerekir ki, deneyimsizlik için bilgi eksikliği yeterli olup kişinin genel olarak tecrübesiz bir kişi olması aranmaz⁶³. *Oftinger*'in haklı olarak belirttiği üzere, iş dünyasında çoğu satıcılar kurnazca, etkileyici ve gaddarca yön-

⁵⁵ *Gauch*, recht 1989, s. 97; *Huguenin*, N. 448; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 737.

⁵⁶ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 44; *Gauch*, recht 1989, s. 97; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 737.

⁵⁷ 63 yaşındaki dul bir erkek, 43 yaşındaki dul bir kadının ağına düşer. Erkek, kadınla evlenmeyi kafasına koyar. Kadın da, erkeğin satış sözleşmesi yapması için, erkekteki tutkuyu daha fazla ateşlendirir. Neticede erkek, kadından, takriben 33.000 Frank değerindeki bir taşınmazı, 65.000 Frank'a satın alır, BGE 61 II 31, 35, 36.

⁵⁸ *Gauch*, recht 1989, s. 97 dn. 65.

⁵⁹ Bkz. III 2.

⁶⁰ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 625.

⁶¹ *Gauch*, recht 1989, s. 96; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 737.

⁶² BGE 92 II 168, 175 vd.; *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 40; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 737; İsviçre Federal Mahkemesi daha önceki kararlarında, meselâ BGE 41 II 571, 579'da, deneyimsizliği yapılan sözleşmeye ilişkin somut durumların ekonomik değerlendirilmesindeki bilgi eksikliği olarak değil, genel olarak böyle durumları değerlendirme yeteneksizliği olarak anlamakta idi. Yargıtay'ın bir kararına göre ise, 'Tecrübesizlik genel olarak, delikanlılık çağında olup hayata yeni atılmış bulunan ve henüz yeteri kadar görgü ve bilgi edinmek fırsatını elde edememiş olan kişilerin yararlanabilecekleri bir durumdur. Bunun dışında, yetişme tarzı, sosyal ve mesleki durumu itibarıyla yaptığı muamelenin mahiyet ve ehemmiyeti bakımından acemi sayılabilecek kimseler için pek istisnai şekilde tecrübesizlikten bahsedilmesi mümkün olabilir', YHGK, 30.9.1972, E. 229, K. 765 (*Kocayusufpaşaoğlu*, s. 487 dn. 24). Kararda yer alan, "pek istisnai şekilde" ibaresi, *Kocayusufpaşaoğlu*'nun (s. 487 dn. 24) haklı olarak belirttiği üzere, aşırı ölçüde bir sınırlama öngörmektedir.

⁶³ *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 737.

temler kullanmaktadır. Ayrıca piyasaya sürülen mal ve bir kısım hizmetler aşırı çeşitliliğe sahiptir. Bu nedenle dışarıdan birisi için söz konusu bu mal ve hizmetlerin değerinin tahminî çok zordur ya da hiç mümkün değildir. Bu bakımdan, bizler de bu sayısız mal ve hizmet piyasalarında birer acemi, yani TBK m. 28 anlamında deneyimsiz sayılırız⁶⁴. Modern ilim ve teknik alanındaki sürekli gelişmeler kişileri deneyimsiz kılmaktadır⁶⁵. Bu arada bir sözleşmeyi ilk defa yapıyor olmanın, deneyimsizliğin mevcudiyeti için yeterli bulunmadığını belirtmek gerekir⁶⁶.

Nihayet, tacir, basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olduğundan (TTK m.18 f. 2), işletmesiyle ilgili hususlarda deneyimsiz olduğu iddiasıyla gabin kurumundan yararlanamaz⁶⁷.

d) TBK m. 28 f. 1'deki Üç Durumun Sınırlayıcı Nitelikte Olmaması

Bu çalışma kapsamında cevaplandırılması gereken kilit sorulardan biri de gabine uğrayanın içinde bulunduğu olağanüstü durumların TBK m. 28 f. 1'de sınırlayıcı olarak ele alınıp alınmadığıdır. TBK m. 28 f. 1'de sübjektif şartın gerçekleşmesi için öngörülen üç durum (zor durumda kalma, düşüncesizlik ve deneyimsizlik) sınırlayıcı olarak gösterilmemiştir⁶⁸. Çünkü, TBK m. 28'in temel amacı, sözleşmede karar verme özgürlüğü zedelenen tarafı mümkün olduğunca iyi korumaktır. Başka zayıflık durumlarında da kişinin karar verme özgürlüğünün çığneneceği her türlü şüpheden uzaktır. O hâlde gabin normunun bu koruma amacından hareketle TBK m. 28 f. 1'de sayılan üç durumun sınırlayıcı nitelikte olmadığı kabul edilmelidir. Bu yüzden TBK m. 28, hükümde sıralanan zayıflık durumlarına benzer hâller için de uygulanabilmelidir⁶⁹. “Alkol ve uyuşturucu bağımlılığı”⁷⁰, “psikolojik olarak satın almak zorunda kalma hissi”, “has-talık ve bitkinlik durumları”, “bir kimseye karşı minnet duygusu içinde olmak”

⁶⁴ *Oftinger*, s. 163; aynı görüşte *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 41.

⁶⁵ *Eren*, s. 421.

⁶⁶ *Gauch*, recht 1989, s. 97.

⁶⁷ Bkz. III 2.

⁶⁸ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 35; *Gauch*, recht 1989, s. 97; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 738; *Huguenin*, N. 445; *Stocker*, s. 72 vd.; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 489 vd.; *Antalya*, s. 253; aksi görüş, *Oser/Schönenberger*, İBK m. 21 (Art. 21 OR) N. 13; *Kılıçoğlu*, s. 209; *Elbir*, Gabnin Unsurları, s. 197, 200; *Kalkan*, 133 vd.

⁶⁹ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 35.

⁷⁰ Alman Medeni Kanunu § 138 f. 2'de “önemli irade zayıflığı” durumundan söz edilmektedir. Birisinin bir hukuki işlemin zararlı sonuçlarını görmesine rağmen, psikolojik mukavemet yeteneğinin zayıflığından dolayı, söz konusu işlemi yapmaktan vazgeçememesi, önemli irade zayıflığıdır ki, meselâ karar verme gücünü haleldar eden uyuşturucu, alkol ya da oyun bağımlılığı, önemli irade zayıflığı durumlarıdır, *MünchKomm/Armbriester*, § 138 BGB N. 152. TBK m. 28'in yorumlanmasında, Alman Medeni Kanunu'nun bu formülünden de faydalanılabilir, *Bucher*, s. 232, dn. 19.

vs., diğer subjektif hâllere örnek olarak gösterilebilir⁷¹. TBK m. 28'in hükümde sayılanlar dışında kalan zayıflık hâllerini kapsayıcı biçimde kaleme alınmaması⁷², hükmün lâfzına bağlı kalmamız sonucunu doğurmamalıdır⁷³. Zira sadece lâfzî yorum metodundan hareket etmek, çoğu zaman haksız ve tarafların adalet duygularını zedeleyen sonuçlara neden olmaktadır. *Kocayusuflpaşaoğlu*'nun haklı olarak belirttiği üzere, bütün düzenleyici kurallar kaldırılarak, her şeyin insafsız rekabet kurallarına bırakıldığı çağımızda, istismar tehlikesinin çok yüksek düzeyde olması karşısında, hukuk düzenindeki mevcut koruyucu hükümlerin çağın gereklerine uygun biçimde yorumlanması gerekir⁷⁴. Buna karşılık ilgili taraf, bu bahsettiğimiz başka irade zayıflık durumlarından dolayı temyiz gücünden yoksun kalmışsa, gabin normuna başvurmaya gereksinim yoktur⁷⁵.

3. Sömürme Şartı

TBK m. 28 anlamında aşırı yararlanmadan söz edebilmek için gerekli üçüncü şart (sömüren açısından subjektif şart), sömürenin, edimler arasındaki açık oransızlığı sömürülenin zayıf durumundan bilerek yararlanmak suretiyle gerçekleştirmiş bulunmasıdır⁷⁶. Sömürenin, sömürülenin zayıflık durumunu (örneğin zor durumda kalma ya da deneyimsizlik) ve edimler arasındaki açık oransızlığı bilmesi gerekir⁷⁷. Sömürenin, sözleşme yapıldığı zamanda sömürülenin müzakere pozisyonu itibarıyla güçsüz durumda olduğunu bilmesi gerekmele beraber, bu durumun sömürülenin hangi zayıflık durumundan meselâ deneyimsizlikten mi, düşüncesizlikten mi ileri geldiğini tam ya da doğru olarak tasavvur etmesi gerekmez⁷⁸. Sömürenin, edim ile karşı edim arasındaki oransız-

⁷¹ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 45; *Kocayusuflpaşaoğlu*, s. 489.

⁷² İsviçre Federal Meclisi'ndeki görüşmeler esnasında *Theelin* İsviçre Borçlar Kanunu m. 21 f. 1'de yer alan üç durumun, meselâ sarhoşluğu kapsamadığı için, sınırlı olduğuna dikkat çekmesi sonucu, komisyon rapörtörleri *Huber* ve *Rossel*, bu üç durumdan sonra "ya da başka sebeplerden" ibaresiyle metnin tamamlanıp tamamlanamayacağını, kanunun redaksiyonu esnasında gözden geçireceklerine söz vermişlerdi, *Gauch*, recht 1989, s. 97 dn. 68.

⁷³ *Gauch*, recht 1989, s. 97 dn. 68.

⁷⁴ *Kocayusuflpaşaoğlu*, s. 489 vd.

⁷⁵ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 45; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 739; *Huguenin*, N. 445.

⁷⁶ *Kocayusuflpaşaoğlu*, s. 483. "Aşırı oransızlığın karşı tarafın özel durumundan yani müzayaka veya hiffeti ya da tecrübesizliğinden bilerek yararlanması sonucu doğması gerekir ki buna da subjektif şart denmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 5.2.1969 tarih, ve 66/1-263/90 sayılı kararında da açıkça belirtildiği gibi "Gabin vardır diyebilmek için, objektif şart ile birlikte subjektif şart teşkil eden müzayaka veya hiffet veyahut tecrübesizlik hallerinden birinin dahi bulunması ve alıcının bu durumu bilmesi ve ondan faydalanması, diğer bir deyimle karşı tarafın durumunun istismar etmesi lazımdır.", Yargıtay 19. HD., 21.2.2005, E. 2004/6115, K. 2005/1568 (www.kazanci.com) (9.6.2013).

⁷⁷ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 33; *Schwenzer*, s. 215; *Kocayusuflpaşaoğlu*, s. 490.

⁷⁸ *Gauch*, recht 1989, s. 98 dn. 76; *Kocayusuflpaşaoğlu*, s. 490 vd.

lık için kesin bir bilgi sahibi olması gerekli değildir, kârlı bir iş yaptığının bilincinde olması yeterlidir⁷⁹. Sömürenin, karşı tarafı mahvetmek kasdının mevcut olması da aranmaz⁸⁰. Sömüren tarafta, istismara yönelik bir ihtimalî kasdın bulunması hâlinde de, TBK m. 28 uygulanır⁸¹. Nihayet, TBK m. 28'in uygulanması için, sözleşmenin sömürülenin girişimiyle yapılmış olması da şart değildir⁸².

V. Aşırı Yararlanmanın Sonuçları

6098 Sayılı TBK m. 28 f. 1'de gabinin hukuki sonuçları düzenlenmekte olup, 818 Sayılı BK m. 21 f. 1'de yer almayan önemli bir değişiklik de öngörülmektedir. TBK m. 28 f. 1'e göre, aşırı yararlanmanın şartları gerçekleşmişse, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. O halde ilk olarak, sömürülen, sözleşmeyi tümüyle iptal etme imkânına sahiptir (iptal hakkı). İkinci olarak, TBK m. 28 f. 1'de yer alan önemli değişiklik ise, sömürülenin sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilmesi imkânı söz konusudur (kısmî iptal hakkı).

1. İptal hakkı

TBK m. 28 f. 1'de zarar görenin sözleşme ile bağlı olmadığı ifade edilmektedir. İrade bozukluklarıyla ilgili hükümlerde de (TBK m. 30, 36, 37 f. 1), irade bozukluğuyla yapılan sözleşmenin, iradesi yanılma, aldatma veya korkutma ile bozulan kimseyi bağlamayacağı öngörülmektedir. İsviçre doktrininde söz konusu hukukî durum, aşırı yararlanma için de geçerli olmak üzere, 'tek taraflı bağlamazlık' olarak belirtilmektedir⁸³. Dolayısıyla tek taraflı bağlamazlık kurumu, aşırı yararlanma hükmü açısından da, aynı irade bozukluğu hükümlerinde olduğu gibi yorumlanmalıdır⁸⁴. Tek taraflı bağlamazlıktan ne anlaşılması gerektiği hususu ise tartışmalıdır⁸⁵. Üstün tutulması gereken görüş *iptal teorisidir*⁸⁶. O halde, sözleşme

⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 491; Aslan, s. 98; Acabey, s. 111.

⁸⁰ Gauch, recht 1989, s. 98; Kocayusufpaşaoğlu, s. 491; Acabey, s. 111.

⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 491; Acabey, s. 111.

⁸² BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 33; Gauch, recht 1989, s. 98; Gauch/Schluiep/Schmid, N. 742; Kocayusufpaşaoğlu, s. 491; Ozanemre-Yayla, s. 204.

⁸³ Gauch/Schluiep/Schmid, Nr. 888 vd.

⁸⁴ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 47.

⁸⁵ Ayrıntılı olarak bkz. Gauch/Schluiep/Schmid, Nr. 888 vd.; Koller, § 14 N. 271 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 427 vd.; Eren, s. 409 vd.; Stocker, s. 129 vd.

⁸⁶ İptal teorisine göre, her iki taraf için geçerli olan sözleşme, iptal hakkı kullanılmadığı sürece geçerliliğini korur. Ancak, iradesi sakatlanan taraf, geçerli olarak kurulan sözleşmeyi iptal hakkını kullanarak geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracaktır, Eren, 410; Bucher, s. 210;

ile bağlı olmamak, aslında yaptırım olarak sözleşmeyi iptal etmek anlamına gelmektedir⁸⁷. Bu yüzden hâkim, iptali re'sen göz önünde tutamaz⁸⁸. Neticede, TBK m. 28 f. 1'e göre, sömürülen, isterse sözleşmeyi tümüyle iptal edebilir. Sömürülen taraf, gabine maruz kaldığını ileri sürmediği müddetçe, askıda geçerli bir sözleşme söz konusudur; ancak, sömürülen süresinde sözleşme ile bağlı kalmak istemediğini açıklarsa, sözleşme başından itibaren (ex tunc) geçersiz hale gelir⁸⁹.

Aşırı yararlanmaya uğrayan tarafın iptal hakkı, hukukî niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır⁹⁰. İptal hakkını sadece gabine maruz kalan taraf kullanabilir⁹¹. İptal beyanı geçerliliği yönünden herhangi bir şekil şartına bağlı değildir⁹². Sömürülenin iptale yönelik tek taraflı irade beyanının, sömürülenin hâkimiyet alanına ulaşması gereklidir⁹³. Bu durum gerçekleşince, iptal beyanı istenilen sonucu kendiliğinden meydana getirmeye yeterlidir⁹⁴. Dolayısıyla, sömürülenin bu beyanı kabul etmesine hacet yoktur⁹⁵. Bu yüzden, iptal için dava açmaya ihtiyaç yoktur⁹⁶. Diğer yandan iptal hakkının kullanılması şarta bağlı tutula-

Koller, § 14 N. 274 vd.; *Schwenzer*, s. 242; *Huguenin*, N. 518; *Buz*, s. 86 dn. 100; *Stocker*, s. 132. Geçersizlik teorisine göre ise, başından itibaren her iki taraf için de geçersiz olan sözleşme, iradesi sakatlanan tarafın, sözleşmeyi onaması ile geçmişe etkili olarak geçerli hale gelir, BGE 114 II 131, 143; *Gauch*, recht 1989, s. 99; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 890; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 432 vd. Bölünmüş geçersizlik teorisine göre ise, sözleşme başından itibaren iradesi sakatlanan taraf için geçersiz iken, diğer taraf için geçerlidir; iradesi sakatlanan taraf, sözleşmeyle bağlı olmadığını açıklarsa, diğer taraf da sözleşmeyi ifa yükümlülüğünden kurtulur ya da onama söz konusu olursa, iradesi sakatlanan da kendi edimini yerine getirmekle yükümlü olur, v. *Tuhr*, 302 vd., 307; *Oğuzman/Öz*, s. 125.

⁸⁷ *Eren*, s. 422.

⁸⁸ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 46, 47; *Bucher*, s. 234 dn. 27; *Eren*, s. 422; *Stocker*, s. 115; *Antalya*, s. 257. Geçersizlik teorisine göre de geçersizlik re'sen göz önünde tutulmaz, *Gauch*, recht 1989, s. 99 vd. Bu durum, bölünmüş geçersizlik teorisi için de geçerlidir, v. *Tuhr*, s. 313.

⁸⁹ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 47; *Eren*, s. 410, 422; *Stocker*, s. 129 vd., 132. Geçersizlik görüşüne göre ise, sözleşme başından itibaren her iki taraf için de geçersizdir; gabine maruz kalan tarafın süresi içinde hiçbir şey yapmaması veya sözleşmeyi onaması, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak (ex tunc) geçerli duruma getirir, *Gauch*, recht 1989, s. 99 vd.; *aynı yazar*, recht 1998, s. 57; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 493. Bölünmüş geçersizlik teorisine göre ise, sözleşme, gabine uğrayan için geçersiz, ancak onama ya da sürenin geçirilmesiyle geçerli hale gelir, v. *Tuhr*, 313.

⁹⁰ *Eren*, s. 412, 422; *Huguenin*, N. 519; *Stocker*, s. 102; *Elbir*, s. 199; *Kılıçoğlu*, s. 213; *Antalya*, s. 257; *Aslan*, s. 114.

⁹¹ *Huguenin*, N. 519; *Stocker*, s. 116; *Antalya*, s. 257.

⁹² *Elbir*, s. 200; *Kılıçoğlu*, s. 213; *Aslan*, s. 113 vd.

⁹³ *Eren*, s. 412, 422.

⁹⁴ *Eren*, s. 414; *Stocker*, s. 103.

⁹⁵ *Stocker*, s. 103 dn. 379; *Buz*, s. 73; *Aslan*, s. 114.

⁹⁶ *Bucher*, s. 211; *Eren*, s. 414; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 436; *Oğuzman/Öz*, s. 145; *Antalya*, s. 257.

maz⁹⁷. Bu hak kullanıldıktan sonra da geri dönülemez⁹⁸. Ayrıca, iptal hakkı kötüye kullanılmaz⁹⁹.

TBK m. 28 f. 2'ye göre, gabine maruz kalan, iptal hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir¹⁰⁰. *Eren*'in haklı olarak belirttiği üzere, irade bozukluğunda azami süre koymayan kanun koyucunun, hukuki nitelikleri aynı olmasına rağmen, gabinde beş yıllık bir azami süre öngörmek suretiyle içine düştüğü çelişkinin sebebi anlaşılammaktadır¹⁰¹. Söz konusu bir yıllık ve beş yıllık süreler nitelikleri itibarıyla hak düşürücü sürelerdir¹⁰². Bu sürelerin hak düşürücü süre olduğu TBK m. 28'in gerekçesinde de belirtilmektedir. Söz konusu sürelerin kullanılmaksızın geçirilmesiyle gabini ileri sürme hakkı kendiliğinden düşer¹⁰³. Bu yüzden, gabine maruz kalan taraf, TBK m. 28'de öngörülen süreler içinde, iptal hakkını ya da kısmî iptal hakkını kullanmadığı takdirde, bu durum tam ve kısmî iptal hakkından feragat anlamına gelir¹⁰⁴. Ancak bu süreler geçirilmeden de, sömürülen iptal hakkından feragat edebilir¹⁰⁵. Sömürülenin iptal hakkından feragati, açık ya da örtülü olarak gerçekleşebilir¹⁰⁶. Sömürülen, gabini bilmesine rağmen, meselâ sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerini yerine getirdiği veya karşı tarafın edimlerini kabul ettiği takdirde örtülü feragat söz konusu olur¹⁰⁷. İptal hakkından feragat, daha sonra sözleşmenin iptalini ileri sürmeye engel teşkil eder¹⁰⁸.

İptal hakkını kullanan sömürülen, borçlanmış olduğu edimi yerine getirmeyi reddedebilir¹⁰⁹. Sömürülen, borçlanmış olduğu edimini yerine getirmiş ise, bunu sömüründen geri isteyebilir (TBK m. 28 f. 1). Sömürülen, kabul etmezse,

⁹⁷ *Eren*, s. 412, 422.

⁹⁸ *Bucher*, s. 212; *Eren*, 412, 422.

⁹⁹ *Koller*, § 14 N. 291; *Eren*, 412, 422.

¹⁰⁰ 818 Sayılı BK m. 21'de öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre, irade sakatlığı durumlarından farklı olarak sözleşmenin yapıldığı andan itibaren başlatılmakta idi, *Antalya*, s. 257. Sürenin sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren işletilmesi ise tenkit edilmekteydi, bkz. *Oğuzman/Öz*, s. 146 dn. 358.

¹⁰¹ *Eren*, s. 423 dn. 26.

¹⁰² *Eren*, s. 423; *Kılıçoğlu*, s. 215; *Antalya*, s. 258; *Nomer*, s. 76; *Acabey*, s. 115; *Özkaya*, s. 36.

¹⁰³ *Eren*, s. 423; *Oğuzman/Öz*, s. 146.

¹⁰⁴ *Eren*, s. 423; *Nomer*, s. 76 vd.

¹⁰⁵ *Stocker*, s. 100 vd.; *Elbir*, s. 198.

¹⁰⁶ *Stocker*, s. 102.

¹⁰⁷ *Bucher*, s. 214; *Eren*, s. 416; *Stocker*, s. 102; *Schwenzer*, s. 246.

¹⁰⁸ *Eren*, s. 415.

¹⁰⁹ v. *Tuhr*, s. 313.

sömürülen aynen irade bozukluğunda olduğu gibi ya mülkiyet (istihkak) davası ya da sebepsiz zenginleşme davası ile ifa ettiği edimi talep edebilir¹¹⁰. Gabin, şüphesiz *culpa in contrahendonun* bir görünüm biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹¹. Gabine maruz kalanın, isteyebileceği tazminat menfi zarardır¹¹².

2. Kısmî İptal Hakkı

İsviçre öğretisinde, gabinin söz konusu olduğu yüksek ya da düşük edimlerin, hâkim tarafından indirilebileceği ya da yükseltilebileceği tartışmasız kabul edilmektedir¹¹³. İsviçre Federal Mahkemesi de yüksek bir edimi, ortalama piyasa değerine indirgeyerek, aynı yönde bir karar vermiş bulunmaktadır¹¹⁴. Bir ilmî çalışma titizliği ve yöntemi ile kaleme alınan bu karar, bir yüksek mahkeme kararının nasıl dizayn edilmesi gerektiğine ilişkin de derslerle doludur¹¹⁵. Türk öğretisinde de, hâkim görüş, haklı olarak ivazlar arasındaki dengesizliğin düzeltilerek sözleşmenin ayakta kalmasının sağlanmasının mümkün olduğunu kabul etmekteydi¹¹⁶. Kanun koyucu da, TBK m. 28 f. 1’de, hâkim görüşüne uygun ola-

¹¹⁰ Eren, s. 423; Antalya, s. 257; Acabey, s. 113.

¹¹¹ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 61; Gauch/Schluemp/Schmid, N. 748.

¹¹² BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 61; Eren, s. 423.

¹¹³ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 49; Gauch, recht 1989, s. 100; aynı yazar, recht 1998, s. 56 vd. ve s. 56 dn. 2’de zikredilen yazarlar; Gauch/Schluemp/Schmid, N. 754 vd.; Schwenger, s. 215. Ancak, aşırı oransızlığın giderilmesini talep hakkı tanıyan yazarların dayandıkları hukukî temeller farklılık göstermektedir, bunun için bkz. Gauch, recht 1998, s. 56 dn. 2; Buz, Gabin, s. 64 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 494 vd.

¹¹⁴ BGE 123 III 292 vd. Bu karara konu olan olaya göre, bir anonim ortaklık sahibi olduğu çim sahayı, 17.10.1974’de bir futbol kulübüne, futbol sahası olarak kullanması için, senelik 300 Frank karşılığında kiraya vermiştir. 1.6.1990 tarihinde, anonim ortaklık, 31.12.1992’den itibaren geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshetmiştir. Bunun üzerine futbol kulübünün tesis kurma amacının da rol oynadığı sözleşme görüşmeleri başlamıştır. Futbol kulübü, çim sahayı kullanmaya devam etmek için, yıllık 2000 Frank bedel ödemeyi teklif etmiştir. Buna karşılık, anonim ortaklığın 3000 Frank bedel talep etmesini, futbol kulübü 24.7.1991 tarihinde kabul etmiştir. Bunun üzerine, iki taraf, 17/22.1.1992 tarihinde, 1.1.1993 tarihinden itibaren başlayacak yeni bir sözleşme yapmış ve 1997 yılının sonuna kadar yıllık 3000 Frank’a anlaşmışlardır. 14.8.1992 tarihinde futbol kulübü, kanton mahkemesinde İBK m. 21’e dayanarak, kira bedelinin yıllık 800 Frank’a indirilmesi için dava açmıştır. Kanton mahkemesi, 25.1.1994 tarihli kararı ile futbol kulübünün talebini kabul etmiş ve kira bedelini senelik 800 Frank’a indirmiştir. Yüksek kanton mahkemesi de 28.6.1996 tarihli kararıyla, bu kararı onaylamıştır. Federal Mahkeme de kararı kısmen onamıştır. Bu karar hakkında bkz. Gauch, recht 1998, s. 55 vd.; Buz, Gabin, s. 60 vd.

¹¹⁵ Buz, Gabin, s. 53.

¹¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 496; Eren, s. 422; Kılıçoğlu, s. 214; Buz, Gabin, s. 65. Buna karşılık, YHGK, 13.12.2006, E. 2006/13-784, K. 2006/796, (www.kazanci.com) (4.6.2013) kararı şöyledir: “Somut olayda, davacı kiracı, davasını müzayaka iddiasına (gabin hukuksal nedenine) dayandırdığına göre, sadece ve ancak davalı ile arasındaki kira sözleşmesini feshetmek ve sözleşme nedeniyle davalıya verdiği geri istemek hakkına sahiptir. Oysa, davadaki istek, taraflar arasındaki kira sözleşmesinin feshine değil, tam tersine, sözleşmenin ayakta tutulmasına, ancak kira bedelinin belirli bir miktara indirilmesine yöneliktir. Yukarıda açıklanan hukuki durum karşısında, böylesi bir davanın dinlenmesine olanak yoktur.”

rak, kısmî iptal hakkını sömürülene tanımış ve kanunî bir hüküm olarak eklemiştir¹¹⁷. Madde gerekçesinde de kanun koyucu bunu ifade etmiştir: “... Öğretide ileri sürülen görüşlere uygun olarak, aşırı yararlanmanın söz konusu olduğu bir sözleşmede zarar görenin, her zaman sadece sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulması yerine, oransızlığın giderilmesini istemek suretiyle sözleşmeyle bağlılığını sürdürmesi olanağı da tanınmıştır.”

TBK m. 28 f. 1 uyarınca, zarar görenin, durumun özelliğine göre, sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilmesi mümkündür. Burada kısmi bir iptal hakkı söz konusu olmaktadır¹¹⁸. Kısmî iptal hakkı, yenilik doğuran bir dava hakkı değil, yenilik doğuran bir haktır¹¹⁹. Dolayısıyla, aşırı oransızlığın giderilmesi hâkimin kararı üzerine değil, sömürülenin bu yöndeki talebi üzerine gerçekleşir¹²⁰. Burada, yenilik doğuran hak sömürülene, doğrudan tek taraflı irade beyanıyla, araya hâkimin girmesine gerek kalmaksızın, sözleşme durumunu değiştirme gücü verir¹²¹. Ancak, sömüren, sömürülenin talep ettiği edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini kabul etmeyecek olursa, sömürülen mahkemeye başvurmalıdır¹²².

Sömürülenin, kısmî iptal beyanını inceleyen hâkim, gabinin şartları mevcutsa, sömürülenin edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi beyanının değerlendirilmesine geçecektir¹²³. Edim ile karşı edimin, sözleşmenin yapıldığı zamandaki objektif kıymetleri, aynı ya da karşılaştırılabilir edimlerin piyasa fiyatına göre değerlendirilir¹²⁴. Sömürülenin kısmî iptal hakkı, yenilik doğuran bir hak olduğu için, mahkemenin vereceği karar da, bir tespit kararı niteliğinde olacaktır¹²⁵. Kısmi iptal hakkı imkânı sadece sömürülene tanınmaktadır¹²⁶. Bu yüzden, sözleşmenin tümünün iptalini isteyen sömürülenin, edimler arasındaki oransızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta kalmasını kabule zorlanmaması gerekir¹²⁷. Zira sömüren, böyle bir korumayı hak etmemektedir¹²⁸. Sömürenin

¹¹⁷ Eren, s. 422.

¹¹⁸ Eren, s. 422; Antalya, s. 258.

¹¹⁹ Gauch, recht 1998, s. 58; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 755; Stocker, s. 182; Buz, Gabin, s. 68.

¹²⁰ Buz, Gabin, s. 68.

¹²¹ Gauch, recht 1998, s. 58; Stocker, s. 182.

¹²² Antalya, s. 259.

¹²³ Antalya, s. 259.

¹²⁴ BGE 123 III 292, 303; ayrıntılı olarak bkz. IV 1.

¹²⁵ Gauch/Schlupe/Schmid, 755.

¹²⁶ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 51; Antalya, s. 258.

¹²⁷ Gauch, recht 1998, s. 60; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 755; Schwenzler, s. 215.

¹²⁸ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 51.

korunması, TBK m. 28 hükmünün koruma amacına aykırıdır¹²⁹. Bunun aksinin kabul edilmesi, sömürme ile mücadeleden ziyade, sömürünün teşvik edilmesi anlamına gelirdi; zira, sömüren, gerekli olursa her zaman için oransızlığın giderilmesine dayanabileceğini umarak gabinli bir sözleşme yapardı¹³⁰. Sömürülenin, kısmî iptal hakkını kullanması durumunda, sömürenin TBK m. 27 f. 2 c. 2'ye dayanarak, bu durumu bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri sürerek, kısmî iptali tam iptale dönüştürmek imkânı söz konusu değildir, çünkü böyle bir durum TBK m. 28'in sömürüleni koruma amacına ters düşer¹³¹.

TBK m. 28 f. 2'ye göre, zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneysizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir. Söz konusu hak düşürücü süreler, sözleşmenin tümüyle iptalinde olduğu gibi, kısmî iptal hakkı için de geçerlidir¹³².

VI. Sonuç

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sonucu olarak, taraflar karşılıklı edimler arasındaki değer ilişkisini serbestçe belirleyebilmektedirler. Bu yüzden sadece karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlık, sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Ancak, açık oransızlık bir tarafın diğer tarafın zayıf durumunu sömürmesine istinaden oluşuyorsa, gabin karşımıza çıkar. Dolayısıyla TBK m. 28, sömürülenin diğer tarafı ekonomik sömürmesiyle oluşan sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasına karşı sömürüleni korumayı amaçlamaktadır. Aşırı yararlanma normu sayesinde, sömürülene prensip olarak tüm karşılıklı sözleşmelerde korunma imkânı sağlanmaktadır. Hatta bu korumadan zor durumda kalan tacirler ve tüzel kişiler de yararlanabilir. Gabin normunun korumasından yararlanmak için, sözleşmede edim ile karşı edim arasında açık bir oransızlık, sömürülenin zayıf bir durum içinde olması ve sömürme şartlarının mevcut olması gerekir. Somut olayda her üç şartın birlikte (kümülatif) gerçekleşmesi gerekir. Hâkim, açık bir oransızlık, yani herkesin gözüne çarpan bir oransızlık olup olmadığını serbestçe takdir eder. Sömürülenin içinde bulunduğu zayıflık durumları kanunda zor durumda kalma, deneysizlik ve düşüncesizlik olarak belirtilmiş olmakla beraber, benzer başka zayıflık durumları için de aşırı yararlanma hükmünün uygulanması mümkündür. Ayrıca, deneysizlik durumunun varlığı için, sömürülenin şahsında yapılacak sözleşme için gerekli bilgi eksikliği yeterli sayılma-

¹²⁹ *Schwenzer*, s. 215.

¹³⁰ *Gauch*, recht 1998, s. 60.

¹³¹ BGE 123 III 292, 300; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 496; *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 53; *Stocker*, s. 176.

¹³² *Nomer*, s. 76 vd.; *Acabey*, s. 115.

lıdır. Sömürülen, TBK m. 28'in şartları oluştuğu zaman, ister sözleşmeyi tümüyle iptal edebilir, isterse kısmî iptal hakkından faydalanabilir. Sözleşmenin tümüyle iptal edilmesi durumunda, askıda her iki taraf için geçerli olan sözleşme, başından itibaren (ex tunc) geçersiz hale gelir. Bu hakların kullanılması için bir ve beş yıllık hak düşürücü süreler öngörülmüştür. Bu süreler içinde iptal ya da kısmi iptal hakkı kullanılmazsa gabini ileri sürme hakkı düşer. İptal ve kısmî iptal haklarının her ikisi de sadece sömürülene tanınmaktadır. Her iki hak da yenilik doğuran haktır. Sömürülenin tek taraflı irade beyanının, sömürenin hâkimiyet alanına ulaşması gereklidir ve sonucun kendiliğinden doğması için yeterlidir. Bu yüzden, söz konusu hakların kullanılması için de dava açılmasına gerek yoktur. Sömürülenin sözleşmenin tümünü iptal etmek istemesi durumunda, sömürenin oransızlığın giderilmesini talep hakkı olmadığı gibi, sömürülenin kısmi iptal hakkını kullanması durumunda da, sömürenin kısmi iptali tam iptale dönüştürmek imkânı yoktur.

KAYNAKÇA

Acabey, M. Beşir: Aşırı Yararlanma (TBK m. 28), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), MÜHFHAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Baskı, 2012, 107

Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 1. Baskı, İstanbul 2012

Arkan, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005

Aslan, Çiğdem Mine: Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (BK. m. 21), Ankara 2006

Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2013 (Beck-Online die Datenbank) (13.6.2013), (Beck OK/İşleyen)

Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988

Buz, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998

Buz, Vedat: Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, BATİDER, Cilt XIX, Sayı 4 (1998), 51 (*Buz*, Gabin)

Elbir, Halid Kemal: Gabinin Müddeti ve Hükümleri, İÜHFİM, Cilt 17, Sayı 1-2 (1951), 196

Elbir, Halid Kemal: Gabinin Unsurları, İBD, Cilt XXV Sayı 4 (1951), 193 (*Elbir*, Gabin Unsurları)

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012

Esener, Turhan: Borçlar Hukuku I, Ankara 1969

Gauch, Peter: Die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR, recht 1989, 91

Gauch, Peter: Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markenter Entscheid zur Übervorteilung, BGE 123 III 292 ff., recht 1998, 55

Gauch, Peter/*Schlupe*, Walter R./*Schmid*, Jörg/*Emmenegger*, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I und II, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (*Gauch/Schlupe/Schmid*)

Huguenin, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008

Kalkan, Burcu: Türk Hukukunda Gabin, 1. Baskı, İstanbul 2004

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2011

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölün, Cilt 1, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 5. Baskı, İstanbul 2010

Koller, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009

- Kramer*, Ernst A.: Berner Kommentar, Band VI/1/2/1a, Art. 19-22 OR, Bern 1991 (BernerKomm/Kramer)
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 6. Auflage 2012 (Beck-Online die Datenbank) (13.6.2013) (MünchKomm/İşleyen)
- Nomer*, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul 2012
- Oftinger*, Karl: Ausgewahlte Schriften, Zürich 1978
- Oğuzman* M. Kemal/Öz M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2011
- Oser*, H./Schönenberger, W.: Çeviren Recai Seçkin, İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, 5. Cilt, Borçlar Hukuku Birinci Kısım, Şerhin 2. Baskısının Tercümesi, Ankara 1947
- Ozanemre-Yayla*, Hatice Tolunay: Gabinin Şartları, Çankaya University Journal of Law, 7/2 (2011), 195
- Özkaya*, Eraslan: Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, 2. Baskı, Ankara 2013
- Saymen*, Ferit H.: Gabinde İvazlar Arasındaki Nisbetsizlik, İÜHFM, Cilt 11, Sayı 3-4 (1945), 145
- Schwenzer*, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 2000
- Stocker*, Claudio: Wucher und Laesion, Begriff und Rechtsfolgen de Aequivalenzstörung im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2010
- Tekinay*, Selâhattin Sulhi//Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 1988
- von Tuhr*, Andreas: Çeviren Cevat Edege, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt 1-2, 2. Baskı, Ankara 1983

HENÜZ VAR OLMAYAN KİŞİLERİN VE CENİNİN ART MİRASÇI OLARAK ATANMASI

Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR*

ÖZET

Miras hukuku, kişilerin yaşarken malları üzerinde sahip oldukları mülkiyet hakkının kendilerine bahsettiği yetkileri, öldükten sonra da malikin istediği kişi veya kişilerce kullanılmasını, art mirasçılık sistemi ile sağlamaktadır. Muris, kendisine tanınan bu haklarını kullanarak henüz var olmayan kişiyi veya cenini art mirasçı olarak atayabilir. Bu sayede öldükten sonra kendi malını istediği kişiye nihai olarak bırakabilme yetkisine sahip olur. Ancak atama işleminin saklı paylı mirasçıların paylarını ihlâl etmesi durumunda, açılacak davada taraf ve dava ehliyeti hususu cenin için kanunda düzenlenmişken, henüz var olmayan kişi için herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, Medenî Kanununda ve Usul Hukukunda cenin yararına konulmuş hükümlerin Türk Medenî Kanununda da, henüz var olmayan kişilerin art mirasçı olmaları durumunda, İsviçre de olduğu gibi bağımsız bir düzenleme yapıluncaya kadar, cenine ilişkin hükümler, kurumların benzerliği ve amaçları göz önünde tutulduğunda, kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Art Mirasçılık, Saklı Payların İhlali, Cenin, Henüz Var Olmayan Kişi, Taraf ve Dava Ehliyeti.

SUMMARY

Inheritance law, the right of ownership over the goods of persons, the powers granted him this right after his death, the right to use it with the requirement to fulfill the right to increase their share of inheritance to the provisions provided. Muris, with the rights granted to it does not yet exist it may appoint a person or an heir to the fetus increases. In this way, after the death of their property to the desired person will have the final authority to drop them. However, their share of the assignment process, violates the right of the heirs principled, open to the fetus designed party to legal proceedings and litigation matters license, specifically designed for people who do not yet exist. In this case, the Civil Code and the Law on the Turkish Civil Procedure Law provisions put in place for the benefit of the fetus as an independent arrangement is made in Switzerland until the application, mutatis mutandis, to persons who are non-existent institutions, given the similarity and objectives, are considered.

Keywords: Art Inheritance, Hidden Shares Violation, Jenin, People that do not exist yet, Parties and Case Licence.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Kürsüsü Öğretim Üyesi, hayrunnisazdemir@gmail.com

I. GENEL OLARAK CENİN VE ART MİRASÇI ATAMA KAVRAMI

Cenin (*fetüs, nasciturus*) kavramı, hukukî metinlerde de kullanılan, ancak esasen tıp bilimine ait bir kavramdır¹. Cenin genel olarak ana rahmine düşmüş, fakat henüz doğmamış olan çocuk olarak tanımlanmaktadır². Embriyo, insan organizmasının yumurtanın spermle döllenesinden bir hücreler topluluğunun, yani ceninin oluşmasına kadar geçirdiği evredir³. Yumurtanın döllendiği andan itibaren 8. haftaya kadar olan dönemdeki insan organizmasına “embriyo”, 8. haftadan doğuma kadar sürecek evredeki insan organizmasına ise “cenin” denilmektedir⁴. Yumurta ve sperm hücrelerinin bir araya gelmesinden itibaren yaklaşık 24 saat sonra yumurtanın döllendiği kabul edilmektedir⁵.

Embriyo, ana rahminde gerçekleşen doğal bir döllenenin sonucunda meydana gelebileceği gibi, yumurtanın sperm ile ana rahmi dışında tıbbî bir müdahale ile döllendirilmesi sonucunda da oluşabilir. Bu sonuncu durum, “yapay döllene” olarak adlandırılmaktadır⁶.

Türk Miras Hukukunda art mirasçı atama kurumu, TMK. m. 521-525. maddeler arasında düzenlenmiştir. TMK. m. 521’ e göre, “*Miras bırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla ön mirasçı atadığı kişiyi mirası art mirasçıya devretmekle yükümlü kılabilir*” hükmüne yer verilmiştir. Miras bırakan kendisi öldükten sonra terekesinin kime kalacağını önceden belirleme yoluna gidebilmektedir⁷. Art mirasçılık kurumu vasıtasıyla miras bırakan ölümünden sonra kendisine ard arda küllî halef olacak kişiyi belirlemektedir.

Art mirasçı atama kurumunda, ilk sırada terekeyi mirasçıya devretmekle yükümlü olana ön mirasçı, ardından mirasçı olacak kişiye de art mirasçı adı

¹ Mannsdorfer, 523 vd; Özsunay, Embryo and Foetus, 1302 vd; Kurt, 3 vd.

² Özsunay, Gerçek Kişiler, 17; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 17; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 199; Serozan, 91; Arpacı, 7-8; Riemer, PN. 122, 81.

³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 15 dpn. 22; Kurt, 4; Riemer, PN. 122, 81.

⁴ Özsunay, Hayatın Başlangıcı, 10; Özsunay, 1277; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 15; Ünver, 16 vd; Honsell/Vogt/Geiser, PN. 20, Art. 31 ZGB; Mannsdorfer, PN. 56-57; Breitschmid, Handkommentar, PN. 7, Art. 31 ZGB; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 200;

⁵ Özsunay, Embryo and Foetus, 1277; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 13 dpn. 21; Honsell/Vogt/Wiegand, PN. 12, Art. 31 ZGB.

⁶ Nomer, 545. Türk hukukunda, yapay döllene hukuken düzenlenmiş bir kurumdur. “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği”, belirli şartlar altında, anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle vücut dışında döllendirilmesine ve elde edilen embriyonun ana rahmine transferine izin vermektedir (m. 4/h). Bu yönetmelik için bkz. 6.3.2010 tarihli ve 27513 s.lı RG. (UT. 08.06.2013).

⁷ Escher, PN. 1 Art. 488 ZGB; Hrubesch-Millauer, PN. 1 Art. 488 ZGB; Weimar, PN. 1 Art. 488 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 26, 694; Köprülü, 185; Kocayusufpaşaoğlu, 290; Dural/Öz, 168 vd; Serozan/Engin, PN. 165 vd, 310 vd; Antalya, 210 vd; İmre/Erman, 141 vd.

verilir⁸. Art mirasçılık kurumu, vasiyetname ile gerçekleştirilebileceği gibi miras sözleşmesi ile de yapılabilir. Sözleşmede mirasçılara teker teker yer verilir. Art mirasçı, ön mirasçının mirasçısı olmayıp, bilakis miras bırakanın doğrudan mirasçısıdır⁹. Art mirasçılığın özelliği, gerek ön mirasçının gerek art mirasçının miras bırakanın halefi olmalarıdır. Bu hâlefîyet ilişkisi, mirasçı atanmasında küllî, vasiyetçi atamada ise cüzî hâlefîyettir. Her ikisi içinde, hâlefîyet şarta ve ya ecele bağlıdır. Kural olarak ön ve art mirasçı olabilme yeteneği miras bırakanın iradesine bağlıdır. Art mirasçı atama yolunda miras bırakan son tahlilde malının art mirasçıya kalmasını ister. Ancak mal zaman itibarıyla ön mirasçılara geçtikten sonra en sonunda art mirasçıya kalır¹⁰. Ancak bazı hallerde ön veya art mirasçıların söz konusu sıfatları kanuna dayanabilir. Bu durumda kurucu ikame söz konusu olur¹¹. Örneğin, TMK. m. 515'e göre¹², bir kimsenin geciktirici şarta bağlı olarak mirasçı atanması, bir kurucu art mirasçı atamasıdır. Çünkü burada, şart gerçekleşinceye kadar ön mirasçı sıfatı yasal mirasçılara, şart gerçekleşikten sonra art mirasçı sıfatı ise, mirasçı atanan kişiye aittir. Bu duruma paralel olarak miras bırakanın mirasçı ataması durumunda ön mirasçı sıfatı yasal mirasçıya ait olacağı için yine bir kurucu art mirasçı ataması söz konusu olur. Ancak bu durumdan mirasçılar arasında ceninin bulunması halini birbirinden ayırmak gerekir¹³.

Cenin tam ve sağ doğmak koşulu ile kanundan dolayı mirasçılığını kazanır. Yoksa art mirasçılık durumundan dolayı kazanamaz. Miras bırakanın kendisinden sonra atadığı ön ve art mirasçılar, miras bırakanın küllî halefleridir ve murisin borçlarından müteselsilen sorumludurlar. Ancak söz konusu olan bu sorumluluk aynen mirasçılıkta olduğu gibi sıra ile gerçekleşir. Ön mirasçı, kendi dönemindeki murisin borçlarından sorumlu olur. Bu sorumluluğu, terekeyi art mirasçıya devredene kadar sürer. Ancak art mirasçının sorumluluğu, malların kendine intikalinden itibaren başlar¹⁴. Mirasın art mirasçıya geçmesi için ölüm şartının yanında belirli

⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, 294; **Weimar**, PN. 1 Art. 488 ZGB; **Studhalter**, PN. 1, Art. 488 ZGB; BGer v. 12.04.2007, 5C.53/2006; **Hrubesch-Millauer**, PN. 2, Art. 488 ZGB.

⁹ **Hrubesch-Millauer**, PN. 2, Art. 488 ZGB.

¹⁰ **Engin**, 33.

¹¹ **Escher**, PN. Art. 488 ZGB; **Kocayusufpaşaoğlu**, 291; **İmre/Erman**, 133; **Köprülü**, 189; **Dural/Öz**, 172.

¹² TMK. m. 515 "Miras bırakan, ölüme bağlı tasarruflarını koşullara veya yüklemelere bağlayabilir. Tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren her ilgili koşul veya yüklemelerin yerin getirilmesini isteyebilir.

Hukuka ve ahlaka aykırı koşullar ve yüklemeler, ilişkin buldukları tasarrufu geçersi kılar.

Anlamsız veya yalnız başlarına rahatsız edici nitelikte olan koşullar ve yüklemeler yok sayılır".

¹³ **Dural/Öz**, 172; **İmre/Erman**, 133; Aksi görüş, **İnan/Ertaş**, 186.

¹⁴ **Piotet**, 104; **Dural/Öz**, 172; **Hrubesch-Millauer**, PN. 3, Art. 488 ZGB.

bir süre kullanma veya başka şartlar da kararlaştırılabilir¹⁵. Ön mirasçı terekeyi şartlı olarak iktisap ederken, art mirasçı ise, taliki şarta bağlı olarak mirasçı olur¹⁶. Ön mirasçı terekeye sahip olduğunda onu sanki intifa hakkı sahibiymiş gibi kullanabilir¹⁷. Söz konusu terekeyi kullanır, ondan yararlanabilir hatta onu kendi malıymış gibi yönetebilir¹⁸. Ancak terekeye zarar vermemeli ve değerinin düşmesine engel olmalıdır. Aksi takdirde oluşan zararı art mirasçıya tazmin etmek zorunda kalır¹⁹. Ön mirasçı terekeyi art mirasçıya devrederken normal kullanım sonucu terekede ne kalmışsa onu art mirasçıya devreder. Bu anlamda ön mirasçının durumu malların kullanım konusunda eğer muris tarafından kullanıma ilişkin kısıtlayıcı şartlar öngörülmemiş ise diğer mirasçılara göre daha elverişlidir²⁰. Bunlara ek olarak ön mirasçı malları kullanırken teminat göstermek zorunda da değildir²¹

Türk ve İsviçre Medenî Kanunu, art mirasçı olarak hayatta olan kişilerin atanmasının yanı sıra sağ doğmak şartıyla m. 582 gereği “*Cenin sağ doğmak koşulu ile mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz*” kuralını öngörmüştür. Türk ve İsviçre Medenî Kanunu bir adım daha ileri giderek henüz var olmayan kişilerin de art mirasçı olabileceklerini TMK. m. 583/I (İMK. m. 545)’de “*Mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye art mirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir*” şeklinde düzenlemiştir. Vasiyetçinin mirasçı atadığı veya lehine mal vasiyet ettiği kimse ana rahmine düşmemişse, fakat ileride dünyaya gelmesi muhtemelse, bu takdirde bu ölüme bağlı tasarruf ancak bir fevkalade ikame ile gerçekleşir²². Böyle bir durumda, mirasçı veya ön mirasçı gibi iktisap edecek ve çocuk ileride doğunca yapılmış olan başışı ona devredecektir (TMK. m. 583/II).

Bu tür atamalar yapılırken miras sözleşmesinde ve vasiyetnamede saklı paylı mirasçıların payları ihlâl edilmemeli veya ihlâl edici şartların yer almaması gerekir. Eğer art mirasçılık dolayısıyla diğer mirasçıların payları ihlâl ediliyorsa söz konusu mirasçılar cenine ve henüz mevcut olmayan kişiye karşı tenkis davası açma hakları vardır (TMK. m. 569). Ayrıca saklı payları ihlâl edilen saklı paylı mirasçılar, ihlâli gerçekleşmesine sebep vasiyetnamede art mirasçı lehine yapılan bir düzenleme olması durumunda, bu düzenlemenin ortadan kal-

¹⁵ Eitel, 630; Dural/Öz, 174.

¹⁶ Tuor/Schnyder/Schmid, PN. 27, 694; Eitel, 630.

¹⁷ Eitel, Anwartschaft, 85 ff; Escher, PN. 4, Art. 491 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 27, 694; Bessenich, PN. 2 Art. 491 ZGB; Schürmann, PN. 14, Art. 491 ZGB.

¹⁸ Eitel, 630; Bessenich, PN. 3, Art. 491 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 28, 694.

¹⁹ Hrubesch-Millauer, PN. 6, Art. 491 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 29, 694.

²⁰ Bessenich, PN. 9, Art. 491 ZGB; Schmuki, 19.

²¹ Bessenich, PN. 9, Art. 491 ZGB.

²² İmre/Erman, 145.

dırılabilmesi için vasiyetnamenin iptali davası açabilirler (TMK. m. 557/III). Her iki davada kanuni süre olan, saklı payın ihlâlinin öğrenildiği veya geçersiz şartın öğrenilmesinden itibaren bir yıldır. Burada öngörülen süre hak düşürücü süredir. Sözü edilen bu taleplere, henüz var olmayan çocuklar da sahiptir²³.

II. TÜRK MEDENÎ KANUNUNA GÖRE CENİN VE HENÜZ VAR OLMAYAN KİŞİNİN HAKLARINI İLERİ SÜRMELERİ

Gerçek kişilerde hak ehliyeti tam²⁴ ve sağ²⁵ doğmakla başlar. Ancak cenin söz konusu ise hak ehliyeti TMK. m. 28/II'e göre, tam ve sağlıklı doğmak üzere ana rahmine düşmesinden itibaren başlar. Burada hak ehliyeti hükümlerini geriye etkili olarak doğurur²⁶. Hak ehliyeti kişinin haklara ve borçlara sahip olma ehliyetidir²⁷. Bu itibarla cenin hak ehliyetini kazandığında, sadece haklara değil, borçlara da sahip olabilecektir²⁸. Hak ehliyeti açısından ana rahminde döllenmiş embriyo ile yapay olarak tüpte (in vitro) döllenmiş embriyo arasında bir fark bulunmamaktadır²⁹. Her iki durumda da cenin, sağ doğmak şartıyla hak ehliyetini geçmişe etkili olarak kazanır³⁰. Bir görüşe³¹ göre,

²³ Bak, 496.

²⁴ Tam doğum, çocuğun ananın bedeninden tümüyle ayrılmasıdır; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 195; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 10; Ünver, 26 vd; Honsell/Vogt/Wiegand, PN. 3, Art. 31 ZGB; Bucher, PN. 202, 49; Helvacı, 23; Hatemi, 29; Breitschmid, Handkommentar, PN. 2, Art. 31 ZGB; Riemer, PN. 120; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 1, 78.

²⁵ Sağ doğum, çocuğun çok kısa bir süre dahi olsa anneden bağımsız olarak yaşamış olmasıdır. Bunun için çocuğun nefes alma, kalp atışı gibi bir hayat belirtisi göstermiş olması gerekir; Bucher, PN. 203, 49; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 196; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 10-11; Ünver, 12; Breitschmid, Handkommentar, PN. 2, Art. 31 ZGB; Hatemi, 29; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 1, 78.

²⁶ Bucher, PN. 208, 51; Özsunay, Gerçek Kişiler, 20; Özsunay, Hayatın Başlangıcı, 30 dñn. 51; Hatemi, 30.

²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 39; Akipek/ Akıntürk, 267; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 4, 78.

²⁸ Mannsdorfer, 521; Bucher, 53.

²⁹ Özsunay, 1294; Bucher, PN. 213, 53; Pedrazzini, 139 ff; Hausheer/Aebi-Müller, PN. 3.26, 19; Köprülü, Medenî Hukuk, 238, dñn. 19; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 15; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 224; Kırkbeşoğlu, 17, 53; Yıldırım, 45; Ünver, 20 vd.

³⁰ Bucher, PN. 214, 53.

³¹ Bigler-Eggenberger, PN. 8, Art. 31; Riemer, 82; Akipek/Akıntürk, 245; Dural/Öğüz, 19; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 200; İmre/Erman, 286; Özsunay, Hayatın Başlangıcı, 30 dñn. 51. "Hukukumuzda, ceninin Medenî haklardan yararlanma (hak ehliyeti) ehliyetinin, gerektirici koşula bağlı bir ehliyet olduğu kabul edilmektedir. Kural olarak medenî haklardan yararlanma ehliyeti, ceninin kişilik kazandığı anda (tam olarak sağ doğum) gerçekleşir." (Y. 4. HD, 23.10.1984, E. 1983/6447, K. 1984/2849: (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) (UT. 29.05.2013).

ceninin hak ehliyeti geciktirici şarta bağlı bir ehliettir. Buna göre, geciktirici şart, yani sağ doğum gerçekleşinceye kadar ceninin hak ehliyetinin hüküm ve sonuçları askıdadır. Sağ doğum şartı gerçekleştiğinde cenin hak ehliyetini kazanacak, ancak hak ehliyeti hükümlerini geçmişe etkili olarak, yani ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren doğuracaktır (TMK m. 28 f. 2)³². Bir başka görüşe³³ göre ise, ceninin hak ehliyeti, onun sağ doğmaması bozucu şartına bağlıdır. Bu görüş kabul edilirse, cenin hak ehliyetini ana rahmine düştüğü anda kazanacak ve haklarını ana rahmine düştüğü andan doğana kadarki süreçte kanunî temsilcisi vasıtasıyla kullanabilir. Cenin ölü doğduğu takdirde, hak ehliyeti geriye etkili olarak ortadan kalkar. Diğer bir görüşe³⁴ göre ise, burada şartın geciktirici mi, yoksa bozucu mu olduğuna, kazanılması ve kullanılması söz konusu hakkın niteliğine ve cenin korunma ihtiyacına göre bir ayırım yapılarak karar verilmelidir. Buna göre, ceninin kişiliğinin korunması, miras hakkı ve menfaatlerinin kanunî temsilci tarafından korunması bakımından, hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazandığı kabul edilmelidir. Buna karşılık, sözleşme ehliyeti bakımından, doğacak çocuğun hak ehliyetinin geciktirici şarta bağlı olduğu kabul edilmelidir³⁵.

Cenin hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazanması, yani henüz doğmamışken kanunî temsilci vasıtasıyla sözleşmeye taraf olma hakkının bulunması, hukukî işlem güvenliğini sarsacak nitelikte olduğundan, kabul edilemez. Zira çocuk ölü doğduğu takdirde, hukukî işlem başlangıçtan itibaren geçersiz hale gelir³⁶. Keza ceninin hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazandığı kabul edilirse, cenin daha ana rahminde iken yasal temsilci aracılığıyla örneğin, tazminat davalarında taraf sıfatını kazanabilir. Ancak cenin ölü doğduğu takdirde, taraf ehliyeti başlangıçtan itibaren ortadan kalkacağından mahkemeler boşuna meşgul edilmiş olur. Kanaatimizce, ceninin hak ehliyetinin geciktirici şarta bağlı olduğu kabul edilmeli, ceninin ana karnında bulunduğu süreçte ancak kanunun açıkça öngördüğü istisnaî durumlarda kanunî temsilci aracılığıyla korunması ile yetinilmelidir.

Kanun metninde ceninin hak ehliyetinin başlangıcı bakımından “ana rahmine düşmüş” olmasından söz edilmektedir. Ancak tüp bebek (in vitro fertilizasyon) yönteminde, hak süjesi olma anının, sperm ile yumurtanın tüpte döllendirilmesi sonucunda elde edilen embriyonun ana rahmine yerleştirildiği an olarak kabul edilmesi, özellikle embriyo oluşumundan uzun süre sonra ana

³² Akipek/Akıntürk, 245; Dural/Öğüz, 19.

³³ Tuor/Schnyder/Scmid/Rumo-Jungo, 78 vd; Kurt, 182.

³⁴ Mannsdorfer⁵²²; Hausheer/Aebi-Müller, PN. 2.24 vd, 11-12; Bucher, 52; Özsunay, 1297-1298.

³⁵ Hausheer/Aebi-Müller, PN. 3.12, 16 vd.

³⁶ Kurt, 182.

rahmine yerleştirilmişse, çocuğun aleyhine olur. Oysa kanun koyucunun amacı, cenini başlangıçtan itibaren korumaktır. Bu amaca uygun olarak, “ana rahmine düşme” ifadesi, “*döllenme*” olarak anlaşılmalı³⁷ ve tüpte döllenme yönteminde, hak ehliyetinin kazanılma anının, embriyonun ana rahmine yerleştirildiği an değil, onun oluştuğu an, yani yumurtanın döllendiği an³⁸ olduğu kabul edilmelidir³⁹. Böylece embriyo, dondurulup saklandığı ihtimal de dâhil olmak üzere, sağ doğmak kaydıyla, henüz ana rahmine konulmadan önceki dönem için de hukuken korunabilecektir. Örneğin, çocuğun fiziksel bozukluğunun temelinde embriyonun ana rahmine yerleştirilmeden önce veya yerleştirilme sırasında maruz kaldığı hatalı bir işlem varsa, çocuk uğradığı zararı hem annesinden hem de hekimden sağ doğmak kaydıyla talep edebilecektir⁴⁰.

İsviçre ve Türk Medenî Hukukunda yer alan ceninin durumu aynı zamanda usul hukukunu da yakından ilgilendirmektedir. Bu konuda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 114/I/d’de taraf ehliyetine yer verilmiştir. Taraf ehliyeti bir yönüyle de Türk Medenî Kanununda düzenlenmiş olan hak ehliyetine tekabül eder⁴¹ (TMK. m. 8, 48). Bir davada taraf olabilme yeteneğine gerçek ve tüzel kişiler sahiptir. Taraf ehliyeti, HMK. m. 50’de belirtildiği gibi “*Medenî haklara sahip olan davada taraf ehliyetine de sahiptir*” kuralı gereği taraf ehliyeti aslında maddi hukuk ile usul hukukunun kesiştiği bir yerde bulunmaktadır. Usul hukukunda yer alan düzenleme ile maddi hukuk ile usul hukukunun ilişkisini dikkate almış ve taraf ehliyeti için geniş bir açıklamadan kaçınarak Medenî Kanundaki değişimlere yeniden bir düzenleme olmaksızın ayak uydurması sağlanmıştır. Bu nedenle taraf ehliyeti, içeriği maddi hukukla doldurulan ancak usul hukukuna ait hukukun ihtiyaçlarına hizmet eden bir kurumdur⁴².

İsviçre ve Türk hukukunda ceninin taraf ehliyeti geciktirici şarta tabidir⁴³. Cenin adına dava açabilmek için bir kayyım tayin edilir⁴⁴. Kayyım cenin doğmadan onun adına dava açar. Ancak çocuk ölü doğarsa açılan dava konusuz

³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 15 dpn. 28; Aydın, 14. Arpacı’ya göre, kanundaki “ana rahmine düşme” ifadesi geniş yorumlanarak, erkeğin spermi ile kadının yumurtasının birleştiği tüp ana rahmi gibi değerlendirilip, tüpteki embriyo da MK m. 28 f. 2’den yararlandırılabilir. Arpacı, 9.

³⁸ Kurt, 184.

³⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 13; Honsell/Vogt/Wiegand, PN. 18, Art. 31 ZGB; Arpacı, 9-10; Helvacı, 7 dpn. 24.

⁴⁰ Mannsdorfer, Schädigung, 66; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 17; Helvacı, 7 dpn.24.

⁴¹ Muşul, 104; Kuru, 888; Kale, 66; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 4, 78; Hafliger, 11 ve 104 ff.

⁴² Erişir, 34.

⁴³ Beratta, PN. 10 ff, Art. 31 ZGB; Breitschmid, PN. 2 Art. 31 ZGB.

⁴⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 253.

kalır⁴⁵. Dava çocuk doğmadan karara bağlanır ve çocuk doğarsa, mahkemenin kararı geçersiz olur.

Gerçek ve tüzel kişilerde dava ehliyetine gelince bu durum da Türk Medenî Kanunda yer alan fiil ehliyetini karşılığıdır. Fiil ehliyeti TMK m. 14'de olumsuz bir şekilde tanımlanmıştır. Buna göre, “*Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur*” şeklindedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 114/I/d'de dava ehliyeti olarak düzenleme getirilmiştir. Buradan hareketle, dava ehliyetini; kişinin veya yetkili kılacağı bir temsilci (vekil) aracılığı ile bir davayı (davacı veya davalı olarak) takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir⁴⁶. Cenin art mirasçı atandığında, saklı payın ihlâlinde tenkis davası ve vasiyetnamenin geçersiz hükmünün iptali için öngörülen bir yıllık sürede diğer mirasçılara karşı dava açmaz veya doğmazsa söz konusu haklarını kaybeder⁴⁷.

Henüz var olmayan kişilerin taraf ehliyetleri, Medenî Usul hukukunda düzenlenmemiştir. Çünkü henüz cenin şeklinde bile olsa ortada bir kişilik bulunmamaktadır. Buna karşın Türk Medenî Kanununda henüz var olmayan kişi lehine art mirasçılık atayabilme yetkisi tanınmıştır. Miras bırakanın tanıdığı bu yetki ancak ileride doğması beklenen çocuğun tam ve sağ doğarak kişilik kazanması halinde mümkün olur⁴⁸. Aksi takdirde çocuk kişilik olarak göz önüne alınmaz. Bundan dolayı, önce hakların kazanılması ve kullanılması için bir kanuni temsilci atanması söz konusu olmaz. Kanun sadece mirasçılar arasında cenin varsa ve ceninin menfaatleri gerekli kılıyorsa doğumdan önce kayyım tayini imkânı bizim hukuk sistemimizde kabul edilmiştir (TMK. m. 427/b.3 ve m. 643). Buna karşın hukuk sistemimizde henüz doğmamış bir kimsenin art mirasçı olarak atanması durumunda, saklı payları ihlâl edilen ön mirasçının

⁴⁵ **Kuru**, 889; **Kale**, 68; Medenî Yasa'nın 8/1. maddesinde her insanın hak ehliyeti olduğu, 28. maddesinde de kişiliğin, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayacağı kuralına yer verilmiştir. Kişiliğin hangi anda kazanılacağı, kişinin hak ve yükümlülüklerine sahip olması ve hukuk düzenince korunması yönünden önem taşır. Çocuğun hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde edeceği belirtilerek, cenine de koşullu olarak hak ehliyeti tanınmasına ilişkin Medenî Yasa'nın 28/2. maddesindeki yasal düzenlemenin amacı, Miras Hukuku ve özel hukuk bakımından açılacak davalar yönünden önem taşımaktadır. Miras Hukuku yönünden sağ olarak doğmayan cenin mirasçı olamaz. Dava konusu olayda; davacılardan Fatma'nın trafik kazası geçirdiği sırada 13 haftalık hamile olduğu, kazaya bağlı olarak düşük yaptığı doktor raporları ile anlaşılmaktadır. 13 haftalık hamileliğin düşük ile sonuçlanması durumunda cenin, sağ olarak doğmadığı için kişilik kazanamamıştır. Kişilik kazanmadığından hak ehliyeti de bulunmayan ceninin ileride davacılara destek olacağı da düşünülemez”. (Y. 4.HD. T. 16.06.2010, E. 2009/11806, K. 2010/7378, **naklen Kazancı Otomasyon**) (UT. 20.05.2013).

⁴⁶ **Kuru**, 1027; **Muşul**, 105; **Bak**, 496; **Kuzmie-Tenchio**, PN. 6, Art. 66 ZPO.

⁴⁷ **Bak**, 497.

⁴⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 19.

kime karşı dava açacağı konusu cevapsız kalmaktadır. Bu boşluğu cenine yönelik hükümlerin kıyasen uygulanarak kayyım atanması ve ona karşı dava açılması İsviçre Medenî Kanunundaki gibi bağımsız bir düzenleme yapılmaya kadar kanaatimizce sağlanabilir.

III. MİRAS HUKUKUNA GÖRE CENİNİN VE HENÜZ VAR OLMAYAN KİŞİNİN HUKUKÎ TALEPLERİ

A. Genel Olarak

Cenin, art mirasçı olarak atandığında ön mirasçı atanmaların kendilerine kalacak kısmı ihlâl ediyorsa, ön mirasçıya onlara karşı kanuni süreler içerisinde tenkis davası açabilir. Henüz var olmayan kişinin tenkis davası açma yetkisi kanunumuzda düzenlenmemiştir. Burada sözü edilen kişinin, haklarının korunması konusunda bir boşluk söz konusudur. Bu boşluk ise bizim hukukumuz için cenine ilişkin hükümler kıyasen uygulanarak doldurulabilir. Ayrıca vasiyetnamede yer alan hükümler ceninin haklarını ihlâl ediyor ise, kanuni olarak öngörülen süre içerisinde cenin, diğer mirasçılara karşı vasiyetnamenin iptalini kendisine atanacak kayyım vasıtasıyla talep edebilir. Miras hukukunda öngörülen bu talep hakları sayesinde ceninin ve dolayısıyla henüz var olmayan kişinin hakları korunmuş olmaktadır. Aksi takdirde, doğduklarında herhangi bir talep ileri süremezler⁴⁹. Bu husus temellerini TMK. m. 569'dan almaktadır. Aynı şekilde art mirasçıya malları devretmek zorunda olan ön mirasçı da art mirasçıya karşı kendi saklı payını ihlâl eden oranın tenkisi ve vasiyetnamedeki kendi aleyhine cenin ve var olmayan kişi lehine olan şart için kanuni süre içerisinde dava açabilir. Çünkü ön mirasçının saklı payı üzerinde serbestçe tasarruf yetkisi vardır. Ancak saklı pay art mirasçılığa yüklenmemelidir⁵⁰. Bu şekilde cenin, hem davada davacı hem de davalı olma durumu kanunda yer alan düzenlemele-re göre sahip olmaktadır.

Miras hukukunda öngörülen haklar savunma malzemesi olarak tereke mallarını teslimle yükümlü birlikte mirasçılara ve vasiyet alacaklılarına karşı da ileri sürülebilir⁵¹. Ön mirasçı ve art mirasçı arasında kanunda öngörülen bu talep hakları ilk olarak ancak, art mirasçılık gerçekleştiğinde söz konusu olabilir. Eğer art mirasçılık, en çok rastlanılan hal olan ölüm ile gerçekleşirse, ön mirasçı ancak vasiyetnamenin iptali için dava açabilir, yoksa saklı payın ihlâli için tenkis davası açamaz. Art mirasçılık, ön mirasçı yaşarken gerçekleşmiş olsa da, cenin kendisine öngörülen pay üzerinde tasarruf özgürlüğüne sahiptir.

⁴⁹ **Bak**, 497.

⁵⁰ **Hurubesch-Millauer**, PN. 1 Art. 531 ZGB.

⁵¹ **Hurubesch-Millauer**, PN. 9 ff; **Abt**, 53 ff; **Bak**, 497.

Cenin, kanunda belirtilen haklarından olan saklı payın tenkisi ve vasiyetnamenin iptali haklarını, art mirasçılık gerçekleşmeden evvel de ileri sürebilir. Ön mirasçının art mirasçıya saklı paylarını devretmesi yıllar alabilir. Hatta ön mirasçı TMK. m. (523/II⁵²)’de yer alan ve ön mirasçıya art mirasçının payının teminatı olarak öngörülen şartlar ön mirasçı tarafından göz ardı edilebilir. Bu durumda terekenin resmen yönetimine karar verilir. Cenine tanınan söz konusu bu haklar henüz var olmayan kişiye de aynen tanınmış bulunmaktadır.

B. Ceninin ve Henüz Var Olmayan Kişinin Art Mirasçılığa İlişkin Taleplerinin İleri Sürülmesi

Henüz var olmayan kişinin art mirasçı olarak atanması durumunda saklı paylarının ihlâlinde veya var olmayan kişi lehine yapılan vasiyetname şartlarının geçersizliğini ileri sürmede tarafların davacı ve davalı olabilme ehliyeti hususu göz önünde tutulmamış ve bu konuda ayrıntılı hükümler kanun koyucu tarafından öngörülmemiştir. Usul hukukunda bu konularla olan sorunlarda miras hukukuna atıf yapılmakla yetinilmiştir⁵³. Ancak ortaya miras ve usul hukukunu ilgilendiren bir sorun çıktığında usul hukuku ile miras hukuku hükümleri arasında paralellik sağlanarak problemlerin çözümünde başvurulmaktadır. Aksi takdirde miras hukukunda yer alan saklı payların ihlâlinde tenkis ve vasiyetnamenin hukuka aykırı hükümlerinin iptalinde dava açılmamasının kabulü yargılama yapmaktan kaçınma olarak kabul edilir. Ayrıca yine miras hukuku hükümleri ile usul hukuku hükümleri birlikte uygulanmamış olsaydı henüz dünyaya gelmemiş olan kişinin saklı payını ihlâl eden ön mirasçıya ve vasiyetnamenin kendisi aleyhine olan hükümlerinin iptalini istemesi mümkün olamazdı⁵⁴.

Henüz var olmayan bir kişinin dava açabilmesi sınırlı da olsa TMK. m. 557 ve 569. maddelerinde art mirasçıların saklı paylarının ihlâlinde dava açabileceklerine dair hükümde yer almıştır. Buna karşın henüz var olmayan kişiler lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufların iptali için kendilerine dava açılması hususu da Türk Medenî Hukukunda düzenlenmemiş olmasında bir çelişki söz konusudur. Hem henüz var olmayan kimse TMK. m. 583 anlamında art mirasçı veya vasiyet alacaklısı atanabiliyor, ancak atanmış bu kişiler kendilerine karşı açılacak davalarda sahip olacakları taraf ehliyeti sıfatlarına Usul Hukukunda ve Medenî Hukukunun kendi içerisinde yer verilmemiştir. Burada düzenleme eksikliğinden

⁵² TBK. m. 523 “Ön mirasçıya geçen mirasın sulh mahkemesince defteri tutulur. Miras bırakan açıkça başışık tutmadıkça, mirasın ön mirasçıya teslimi onun güvence göstermesine bağlıdır. Taşınmazlarda bu güvence, yeterli görüldüğü takdirde mirası geçirme yükümlülüğünün tapu kütüğüne şerh verilmesiyle de sağlanabilir. Ön mirasçı güvence göstermez veya art mirasçının belirlenen haklarını tehlikeye düşürürse, mirasın resmen yönetimine verilir”.

⁵³ **Bak**, 498.

⁵⁴ **Tenchio-Kuzmic**, PN. 8, Art. 66 ZPO.

dolayı bir kanun boşluğu söz konusudur. Hâkim önüne gelen olayda Türk Medenî Kanununda düzenlenen bu hususa ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde önüne gelen olaya da kıyasen uygular.

C. Cenin Lehine Öngörülen Usul Hukukuna İlişkin Tedbirler

Usul hukukunda taraf ehliyeti ile dava ehliyeti de HMK. m. 14/I-d'de düzenlenmiştir. Böylelikle henüz dünyaya gelmemiş olan ceninin hakları güvence altına alınmıştır. Ancak henüz doğmamış cenin ve var olmayan kişi kendi yararını doğal olarak bizzat kendini koruyamaz. Burada cenin ve var olmayan kişinin hakları kanuni temsilci tarafından korunması gerekir. Ancak var olmayan kişinin art mirasçı atanması durumunda ise kanuni temsilcinin kim olacağı hususu tartışmalıdır.

Ceninin ailesi yok veya ailesinin cenin haklarını koruyacak kadar maddi imkânlarla sahip değilse, yetkili makam tarafından cenini temsil edecek avukat veya temsil kayyımının atanması gerekir. Aynı şekilde henüz var olmayan kişiye karşı saklı payların ihlâli ve vasiyetnamenin ilgili hükümlerinin iptali için dava açılmasında, atanacak temsilcilerin tümü yetkili makam tarafından atanırlar. Cenini davada temsil edecek avukatın ailenin gücü olmadığı durumlarda baro tarafından karşılanması gerekir.

Bu durumda ceninin davada temsil edilmesi yani dava ehliyeti hükümleri Türk Medenî Kanununda yer alan fiil ehliyeti hükümlerine tabi olur (TMK. m. 9). Ayrıca TMK. m. 583/I'de yer alan hüküm ile, henüz var olmayan kişinin art mirasçı olarak atanma hakkı verilerek henüz var olmayan kişinin ileride mal sahibi olabilme hakkı kendisine verilmiştir. Bu hükümle henüz var olmayan kişiye mal sahibi olabilme yetkisi verilirken TMK'da bir boşluk oluşmuştur. Sözü edilen kişi, kendisine verilecek mal varlığına yönelik haklarını nasıl savunabilecektir. Bu soru bizim Medenî Kanunumuzda açık kalmıştır. Buna karşın İsviçre Medenî Kanununda yapılan ve 1 Ocak 2013'den itibaren yürürlüğe giren Medenî Kanun değişikliği ile henüz var olmayan kişilere de temsilci atanacağı hükmü getirilmiştir. Bu düzenleme, hak sahibinin kendisine kanun tarafından bahşedilen haklarını objektif sebeplerden dolayı savunamayacak olması halinde öngörülen bir tedbirdir. Kanunda öngörülen bu tedbir tamamıyla, kanunun kendisine tanımış olduğu haklarını kullanamayan cenin ve henüz var olmayan kişinin ihtiyaçları temel alınarak yapılmıştır. Söz konusu kişiye TMK. m. 427/b. III'e kıyasen kanımızca yönetim kayyımı atanmalıdır. Bu hükümde cenin mirasçılar arasında bulunduğu ana ve babası ile mirastan dolayı menfaat çatışması olması halinde yönetim kayyımının atanacağı öngörülmüştür. Bu hüküm aynı şekilde henüz var olmayan kişilere karşı atanacak olan kayyımlara da uygulanabilir. İsviçre Medenî Kanununda 545/I ve 531. maddeleri 01 Ocak 2013 değişikliği ile yeniden geniş bir şekilde düzenlenerek eski temsil kayyımlığı ile ilgili 392. madde değişikliğe uğramıştır.

İsviçre doktrin ve uygulamasında, çocukların ve yetişkinlerin korunması hususunda Medenî Kanunda yapılan düzenlemeye kadar, doktrin ve uygulamada henüz var olmayan kişiler (nondum conceptus) lehine öngörülecek uygulamalar ve resmi makamlarca alınacak tedbirler çok nadir söz konusu olmuştur⁵⁵. Ancak Ocak 2013 değişikliği ile İsviçre Medenî Kanununda yapılan yeni düzenleme resmi olarak henüz var olmayan kişi için kayyım atanabilme yolunu açmıştır. Bu durumda eğer henüz var olmayan kişi lehine bir art mirasçılık durumu söz konusu olursa, kişinin saklı payının ön mirasçı tarafından ihlâlinde, ön mirasçıya karşı kendisine atanacak kayyım vasıtasıyla dava açılabilir. Aynı şekilde henüz var olmayan kişi lehine, miras bırakan tarafından yapılan vasiyetnamede ön mirasçı aleyhine tasarrufların söz konusu olması durumunda da, bu tasarrufların iptali, var olmayan kişiye kayyım atandıktan sonra ön mirasçı tarafından dava ileri sürülebilir⁵⁶.

İsviçre’de 01 Ocak 2013 itibariyle yürürlüğe giren çocuğun ve yetişkinlerin korunmasına yönelik düzenlemede de kayyımın atanması ve atayacak makam açısından İsviçre Medenî Kanununda yer alan eski düzenleme (İMK. m. 396/1) hükmü içerik olarak aynı kalmış ancak madde numarası İMK. m. 442/I ZGB olarak değişmiştir. Söz konusu hükümde, kayyımı atayacak yetkili makam olarak, miras bırakanın en son ikamet ettiği yerdir. Adı geçen makam ise İsviçre’de bulunan çocuk ve yetişkinleri koruma dairesidir⁵⁷.

D. Cenin ve Henüz Var Olmayan Kişi İçin Atanan Temsilcinin Hukukî Durumu

Cenin ve henüz var olmayan kişilerin temsili ve haklarının korunması için atanan temsilci TMK. m. 426 anlamında kayyımdır. Kayyım henüz var olmayan kişi için gerçekleştirdiği faaliyetler dolayısıyla TMK. m. 457 (aİMK. m. 416) ve 458/II (aİMK. m. 417) hükmü gereğince ücret istemeğe yetkilidir. Kayyımın ücreti ilk etapta, atandığı kişinin malvarlığından karşılanır. Ancak kişi henüz var olmadığı için bu durumda ücretin, kamusal kaynaklardan karşılanması gerekir⁵⁸. Söz konusu hüküm İsviçre’de Medenî Kanuna yeni getirilen çocuk ve yetişkinlere ilişkin düzenlemede de aynen korunmuştur. Hatta bir adım daha ileri gidilerek kayyımın, atandığı kişi için yaptığı masrafları, kişinin herhangi bir malı olmaması durumunda Kanton tüzelkişiliği tarafından karşılanacağı hükmüne de yer verilmiştir⁵⁹. İsviçre Medenî Kanununa göre, masrafları ödeye-

⁵⁵ Eitel, *Anwartschaft*, 630 ff; Riemer, PN. 125 vd; Bak, 498.

⁵⁶ Botschaft; BBl 7001, 7073 ff.

⁵⁷ Botschaft; BBl 7001, 7073 ff.

⁵⁸ Deschnaux/Steinauer, PN. 954; ZVW 1998, 106 ff; Bak, 499.

⁵⁹ Botschaft; BBl 7001, 7073 ff.

cek olan makam, kendisine kayyım atananın ikametgâhında bulunan belediye-
dir. Makalemize konu olan “Henüz Var Olmayan Kişilerin ve Ceninin Art Mi-
rasçı Olarak Atanması” inceleme konusunu esas aldığımızda, miras bırakanın
ikametgâhı, henüz var olmayan kişinin veya ön mirasçının ikametgâhında da
geçerli ikametgâh olarak kabul edilir.

Temsil kayyımını henüz var olmayan kişinin haklarını korumak için atanır.
Kayyımın talep edeceği ücreti ilk aşamada kişinin malvarlığından karşılanır.
Ancak ikame mirasçılığı öngören şartın gerçekleşmemesi durumunda, art mi-
rasçının herhangi bir malvarlığı söz konusu olamaz. Art mirasçılık gerçekle-
şmediği için, ön mirasçının miras paylarına da başvurulamaz. Çünkü henüz ön
mirasçının art mirasçıya terekeyi teslim etmesi için gerekli olan şartlar gerçek-
leşmemiştir. Dolayısıyla da henüz var olmayan çocuğun ihlâl edilen bir yararı
söz konusu değildir. Bununla birlikte, ön ve art mirasçının vasiyetnamenin iptal-
inde davacı ve davalı olarak birbirlerine karşı hak ileri sürebilmeleri için işin
doğası gereği ortada korunacak bir yarar olmalıdır. Eğer ortada korunacak bir
yarar söz konusu olmazsa, aynen art mirasçılıkta olduğu gibi kayyımın henüz
dünyaya gelmemiş çocuk yararına gerçekleştireceği herhangi bir fiil söz konusu
olmayacaktır. Bu her iki durumda da atanın kayyımın ücreti kamusal kaynak-
lardan karşılanır. Yapılan bu ödemeler daha sonra kamu makamlarınca şatlar
gerçekleştiğinde art mirasçıya ileri sürülebilir⁶⁰.

İsviçre’de 01 Ocaktan 2013’den itibaren yürürlüğe giren çocuk ve yetişkinle-
rin korunmasına ilişkin yeni düzenlemede temsil kayyımlığı yer almıştır. Ancak
temsil kayyımının atanması için “*gereklilik prensibi*”ne yer verilmiştir⁶¹. Bu bağ-
lamda İMK. m. 394’de düzenlenen, “*isteğe bağlı kısıtlanma sebeplerinden biri
varsa, ergin bir kişiye kendi isteği üzerine bir kayyım atanabilir*” kuralı, kanun
koyucu tarafından geniş yorumlanmıştır. Ancak kanun koyucu, henüz var olma-
yan çocuk (nondum conceptus) için vesayet hukukunda yaptığı kayyımlık konu-
sundaki değişiklikleri miras hukukunda da ayrıntılı bir şekilde düzenlemeyi ihmal
etmiştir. Buna karşılık ceninin mirasçılığı yine özel bir düzenleme olarak İMK. m.
544 (TMK. m. 582) yer almaktadır. Bu düzenleme ile henüz var olmayan çocu-
ğun mirasçılığı söz konusu olduğunda, çocuk koruma makamı tarafından, çocu-
ğun korunmaya değer menfaatleri göz önüne alınarak kayyım atanır.

IV. ART MİRASÇI ATANAN HENÜZ VAR OLMAYAN KİŞİ HAKKINDA ZÜRİH VESAYET MAKAMININ İLGİLİ KARARI

Çalışmamızın konusu ile yakından ilgili olan Zürih Vesayet Makamı Kara-
rina konu olan olayda; muris tek oğlunu kendine karşı olan yükümlülüklerini

⁶⁰ Bak, 500.

⁶¹ BBI 2006, 7001, 7016, 7045 ff.

yerine getirmediğinden dolayı vasiyetnamesinde ön mirasçı olarak atamıştır. Ayrıca, yine vasiyetnamede ön mirasçı olan oğlunun, saklı payını ihlâl edecek şekilde diğer kişiler lehine kazandırmalarda bulunarak, onları art mirasçı olarak atamıştır. Bunların arasında henüz dünyaya gelmemiş kişiler de bulunmaktadır. Murisin oğlu mirasın açıldığı anda diğer alt soyun ve vasiyetname ile atanan art mirasçıların haklarını ihlâl eden tasarruflarda bulunmuştur. Miras bırakanın oğlunun, saklı payını ihlâl eden art mirasçı olan henüz dünyada olmayan kişilere karşı açacağı iptal davası açısından olaya baktığımızda, henüz var olmayan art mirasçılara dava açmak için yetkili vesayet dairesi tarafından ona bir temsil kayyımı atanması hususunda başvuru yapılmıştır. Ancak Zürih Vesayet Makamı ilk aşamada talebi uygun bulmamıştır. Karara gerekçe olarak da; “Kayyım atanması gerçek kişiler için öngörülen vesayet hukukuna dayanan bir tedbirdir. Somut olayda henüz var olmayan bir kişinin art mirasçı olarak atanması söz konusudur. Kişilik doğumla başlar ve ölümle sona erer. Ancak tam ve sağlıklı doğmak üzere ana rahmine düşen çocuğun sağ doğmak kaydıyla hak ehliyeti vardır. Bu anlamda henüz var olmayan kişi hak ehliyetine sahip olamaz. Bundan dolayıdır ki, henüz doğmamış çocuk için kayyım atanması dilekçesi yerinde değildir”⁶² görüşüne yer verilmiştir.

Zürih Vesayet Makamının kararını, denetim makamı, eski İMK. m. 420’de⁶³ belirtilen “*vesayet makamının kararlarına karşı denetim makamına şikayette bulunulur*” hükmü gereği, kararı iptal etmiştir. Çünkü burada eski İMK. m. 392 ve yine ölüme bağlı tasarrufların iptalini içeren İMK. m. 519 (TMK. m. 557) ve miras art mirasçıya geçirme yükümlülüğü ile saklı payı zedelenen mirasçının, aşan kısmın tenkisini isteme hakkını düzenleyen İMK. m. 531 (TMK. m. 569) hükümlerine aykırılık söz konusudur. Üst makamın bozma kararı doğrultusunda, vesayet makamı kararı tekrar ele alarak henüz var olmayan art mirasçı için kayyım atanmasına karar vermiştir. Söz konusu bu kararlar, ileride doğacak çocuğun korunmaya layık haklarının söz konusu olması halinde kendisine kayyım atanabileceği tespit edilmiştir. Bu durumda atanacak kayyım eski İMK. m. 392 (TMK. m. 426)’e göre belirlenir⁶⁴. Atanacak kayyımın niteliği ise temsil kayyımlığıdır.

SONUÇ

Miras Hukukuna hâkim olan saklı payların dışında murisin kendi malları üzerinde istediği ölüme bağlı tasarrufu gerçekleştirebilme özgürlüğünün bir görünümü olarak art mirasçılık müessesesi kabul edilmiştir. Söz konusu müessesede murisin

⁶² Zürih Vesayet Dairesi Kararı, **Egg/ZH** vom. 10.Juli 2012 (**Geschaef** Nr. 82, **Protokoll**, 151).

⁶³ Yeni düzenleme ile İMK. m. 450 olmuştur.

⁶⁴ **Egg/ZH** vom 10 Juli 2012 (**Geschaef** Nr. 82, **Protokoll**, 151).

terekeyi önce ön mirasçıya sonra art mirasçıya geçirilmesini talep etmesi haline ek olarak, henüz var olmayan kişilerin de ön mirasçıya art mirasçı olarak atanması söz konusu olabilir. Bu kurum, murise tanınan malından özgürce tasarruf edebilme yetkisini vermektedir. Ancak henüz var olmayan kişiye tanınan bu haklar ön mirasçının saklı paylarını ihlâl ediyorsa veya henüz var olmayan kişi lehine yapılan vasiyetnamede yer alan hükümler karşısında ön mirasçının hakları ihlâl ediliyorsa, dava hakkı söz konusu olur. Ancak dava açabilmek için usul hukukunda taraf ve dava ehliyeti Medenî Hukuktaki hak ve fiil ehliyetine göre gerçekleşir.

Taraf ve dava ehliyeti cenin için problem arz etmez. Çünkü ana rahmine tam ve sağlam doğmak şartı ile düştüğü andan itibaren hak ehliyetine ilişkin hükümler uygulanmaya başlar ve kendisine bir kayyım atanır. Ancak henüz var olmayan bir kişi için kayyım atanması hususu Hukuk Muhakemeleri Kanununda ve Medenî Kanunda düzenlenmemiştir. Miras Hukukunda düzenlenen henüz var olmayan kişi lehine art mirasçılık kurumu paralel bir düzenleme diğer kanunlarda ilginç bir şekilde yer almamıştır. İsviçre Medenî Kanununda yeni yapılan değişiklikle henüz var olmayan kişiye kayyım atanması kuralı, bizim Medenî Kanunumuzda da yapılacak düzenleme ile bu alandaki boşluk en iyi şekilde doldurulabilir. Hukuk sistemimiz için de, taraf ve dava ehliyetine sahip olmayan henüz var olmayan kişiye kayyım atanması ve bu kayyımla davaların yürütülmesi için cenine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması kabul edilebilir.

KISALTMALAR

- aİMK. : Alt (eski) İsviçre Medenî Kanunu.
AJP. : Aktuelle Juristische Praxis.
Art. : Artikel (madde).
Aufg. : Auflage (bası).
AÜEHFD. : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi.
AÜHFD. : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
B. : Band (Cilt).
BGB. : Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.
BGE. : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BJM. : Basler Juristische Mitteilungen.
BT. : Besonderer Teil (İsviçre Borçlar Kanunu Özel Kısım).
C. : Cilt.
E. : Esas.
Egg/ZH. : Gemeinde Egg/Zürich (Zürich’de Egg Belediyesi).
FS. : Festschrift (Armağan).
HD. : Hukuk Dairesi.
HMK. : Hukuk Muhakemeleri Kanunu.
Hrsg. : Herausgeber (Yayıncı).
İBK. : İsviçre Borçlar Kanunu.
İMK. : İsviçre Medenî Kanunu.
K. : Karar.
m. : madde.
OG. : Ober Gericht (Yüksek Mahkeme).
PN. : Paragraf Numarası.
S. : Sayı.
s. : sahife.
SJZ. : Schweizerische Juristen Zeitung (Zürich).
T. : Tarih.
TBK. : Türk Borçlar Kanunu.
TMK. : Türk Medenî Kanunu.

- VVMT. : Vesayet ve Miras Hükümlerinin Kullanılmasına İlişkin Tüzük.
vd. : ve devamı.
Y. : Yargıtay.
YHGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
YKD. : Yargıtay Kararlar Dergisi.
ZBJV. : Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern).
ZGB. : Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).
ZPO. : Zivilprozessrecht (İsviçre Usul Kanunu).
ZVW. : Zeitschrift für Vormundtschaftswesen.

KAYNAKÇA

Abt, Daniel: in Daniel Abt/Thomas Weibel: (Hrsg) Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 2. Aufl. Basel 2011.

.....: Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Basel 2002.

Akipek, J./Akıntürk, T.: Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 1. Cilt, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.

Antalya, Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul 2009.

Arpacı, A.: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Yayınevi, İstanbul 2000.

Aydın, T.: Kişilik Haklarının Doğum Öncesi Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

Bak, Rudolph: Herabsetzung und Ungültigkeitsklage gegen noch nicht gezeugte Nacherben (nondum conceptus), AJP/PJA 2013, 496 vd.

Beratta, Piera: in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg), Basler Kommentar 2010.

Bessenich, Balthasar: in: Basler Kommentar, Basel 2002.

Bigler-Eggenberger, M.: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser (Hrsg.) 2. Aufl. Basel 2003,

Breitschmid, Peter: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch 1, Art. 1-456 ZGB (Hrsg. Heinrich, Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 2. Aufl., Basel/Genf/München, 2002.

Breitschmid, Peter: Handkommetar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007. (Breitschmid, Handkommentar).

Bucher, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 1999 Basel.

Bucher, Eugen: in: Berner Kommentar, Bern 1976.

- Deschnaux, H/Steinauer, Paul-Henri:** Personnes physiques et tutelle, 4. Auflg. Bern 2001.
- Dural, M./Ögüz, T.:** Kişiler Hukuku, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.
- Dural, M./Öz, T.:** Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2011.
- Engin, Baki İlkay:** Yedek Mirasçılık, İstanbul 2003.
- Escher, A.** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, Der Erbgang (Art. 537-640), E. Beck (Hrsg.), Zürich 1960.
- Eitel, Paul:** Die Funktion der nach Erbrecht oder Vormundschaftsrecht zustandigen behörde bei der Nacherbeneinsetzung, AJP/PJA 2000.
- Eitel, Paul:** Die Anwartschaft des Nacherben, Bern 1991 (Eitel, Nacherben).
- Erişir, Evrim:** Medenî Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
- Gümüş, M. A.:** Türk Medenî Hukukunda Kayımlık, İstanbul 2006.
- Haefliger, Ruth:** Die Parteifähigkeit im Zivilprozess, Zürich 1987.
- Hatemi, Hatemi, H.:** Kişiler Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Hausheer, H/Aebi-Müller, R.:** Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005.
- Helvacı, Serap.:** Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2007.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie:** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007.
- İmre, Z./Erman, H.:** Miras Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2011.
- İnan, A. N./Ertas, Ş/Albaş, H:** Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Kale, Serdar:** Medenî Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan:** Soybağı Alanında Bioetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul 2006.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.
- Köprülü, Bülent:** Miras hukuku Dersleri, İstanbul 1985.
- Köprülü, Bülent:** Medenî Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984. (Köprülü, Medenî Hukuk).
- Kurt, L, Müjde:** Ceninin Malvarlığı Hakları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt. 2, Sayı.1, Yıl. 2011.
- Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, C. I, İstanbul 2001.
- Kuzmie-Tenchio, Kristiana:** in: Karl Spühler/Luca Technio/Dominik Inganger (Hrsg), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010.
- Mannsdorfer, T. M.:** “Rights of Embryo and Fetus in Private Law”, Rapports suisses présentés au XVIème Congrès international de droit comparé, Zurich 2002, s. 515-554.

Mannsdorfer, T. M.: Pränatal Schädigung, Freiburg 2000. (Mannsdorfer, Schädigung).

Muşul, Timuçin: Medenî Usul hukuku, Ankara 2012.

Nomer, Haluk: Sun'î Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 545 vd.

Oğuzman, M. K/Seliçi, Ö/Oktay-Özdemir, S.: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.

Özsunay, Ergun: "Rights of embryo and foetus in private law", Convergence of legal systems in the 21st century, General Reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane, Australia, 14-20 July 2002), Extrait, Bruxelles 2006, s. 1275-1413.

Özsunay, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, İstanbul 1979. (Özsunay, Gerçek Kişiler)

Özsunay, Ergun: "Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar", Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, s. 2-58. (Özsunay, Hayatın Başlangıcı).

Pedrazzini, Mario: Für eine kohaerente Rechtsordnung, SJZ 86 (1990), 133-141.

Piotet, Paul: Droit successoral, Traité de droit privé suisse, Tome IV, Fribourg 1975.

Riemer, Hans Michael: Personenrecht des ZGB 2. Auflg. Bern 2002.

Rosenberg, /Schwab/Gottwald: Zivilprozessrecht, 16. Auflg. München 2004.

Serozan, Rona: Çocuk Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

Serozan, R/Engin, B. İ.: Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012.

Schmuki, Peter H: Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest, Zürich 1982.

Schürmann, Edgar: in: (Hrsg) Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 2. Auflg. Basel 2011.

Studhalter, Philipp: ZGB Kommentar –Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflg. 2011 (www.navigato.ch) UT. 30.05.2013.

Tuor P./Schnyder B./Schmid J./Rumo-Jungo A.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflg., Zürich 2010.

Ünver, Aydın, Tülay: Ceninin Hukukî Konumu, İstanbul 2011.

Weimar, Peter: Berner Kommentar, Bd. III/1/1/1, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009.

Yıldırım, Günel, Hülya: Tıpta Yapay Döllenme ve Hukuki Sorunlar, İstanbul 1996 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Zevkililer, A./Acabey, B./Gökyayla, E.: Medenî Hukuk, 6. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara 2000.

ÖZEL GÜVENLİK ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

*Yrd. Doç. Dr. Elvin BATMAZ SİLAHTAROĞLU**

ÖZET

Sorumluluk sigortası, genel sigorta sisteminin bir parçası olup, sigorta ettireni, yaptığı işlerden dolayı üçüncü kişilere verebilecekleri zararlar nedeniyle ödemekle yükümlü olacakları tazminat riskini güvence altına alır. Sorumluluk sigortaları ve genel hükümleri Eski Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak Yeni Türk Ticaret Kanunu ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Bununla birlikte farklı kanunlarla düzenlenmiş olan çeşitli sorumluluk sigortaları bulunmaktadır. Bunlardan biri de Özel Güvenlik Hizmetleri Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiş bulunan Özel Güvenlik Zorunlu Sorumluluk Sigortasıdır. Özel Güvenlik Zorunlu Sorumluluk Sigortası genel şartları Hazine Müsteşarlığı tarafından düzenlenmiştir.

Anahtar Sözcükler: *Sigorta, sorumluluk sigortası, özel güvenlik.*

ABSTRACT

Liability insurance is a part of the general insurance system that protects the insured from the risk of indemnity claims coming from the third persons, which are occurred while discharging the duties. Contrary to the old Turkish Commercial Code, liability insurance is regulated with its general terms and conditions by the new Turkish Commercial Code under a separate heading. However there are several types of liability insurances that are regulated under different codes. One of these liability insurances is Private Security Compulsory Liability Insurance which is regulated with article 21 of Private Security Service Code. The principles of Private Security Compulsory Liability Insurance are determined by the Treasury.

Keywords: *Insurance, liability insurance, private security.*

* Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu'nda sorumluluk sigortalarıyla ilgili özel hükümler dağınık şekilde düzenlenmiştir. Yangın dolayısıyla sorumluluk sigortası 1309/1310, hırsızlık sebebiyle sorumluluk sigortası 1320, kaza nedeniyle sorumluluk sigortası 1335. maddede düzenlenmiştir. Rizikonun gerçekleşmesine dair Ticaret Kanunu'nun 1292/1 ile 1336/2 hükümleri de zorunlu sorumluluk sigortalarında uygulama alanı bulmaktadır. Eski Türk Ticaret Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ise sorumluluk sigortalarını ayrı bir başlık altında düzenlediği gibi, bu sigortalara dair genel hükümlere de yer vermiştir. Ticaret Kanunu'nda yer alan genel hükümler dışında başka kanunlarla düzenlenmiş zorunlu sorumluluk sigortaları da bulunmaktadır. Bununla birlikte, sorumluluk sigortalarındaki hükümler yetersiz olduğundan uygulamada bu eksiklik ilgili genel şartlarla giderilmeye çalışılmaktadır.

İnceleme konumuz olan özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortasına temel teşkil eden, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetleri Kanunu 10.06.2004 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş ve Cumhurbaşkanınca onaylanarak 26 Haziran 2004 tarih ve 25504 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan yasanın uygulama yönetmeliği ise 07.10.2004 tarih, 25606 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun temel olarak özel güvenlik hizmetinin kapsamını, bir başka deyişle özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabilecek, özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ile kamu tüzel kişilerinin bu hizmetlerden faydalanmaları ve bunun ne şekilde olacağına ilişkin düzenlemelere yer vermiştir.

Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun, özel hukuk kişilerince ve özel güvenlik şirketleri tarafından istihdam edilen özel güvenlik görevlilerinin üçüncü kişilere verecekleri zararlardan kaynaklanan sorumluluklarıyla ilgili olarak 21. maddesinde özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortasını düzenlenmiş bulunmaktadır.

Özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortası ile ilgili incelememiz sırasında Özel Güvenlik Kanunu kapsamında getirilen özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarındaki düzenlemeler ve Ticaret Kanunu'nun sorumluluk sigortaları ile ilgili genel hükümleri göz önünde bulundurulacaktır.

I. ÖZEL GÜVENLİK ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASINA DAİR KANUNİ DÜZENLEME

Günümüzde güvenlik önemli bir ihtiyaç haline gelmiş ve kamu tarafından karşılanan güvenlik hizmetlerinin özel sektör tarafından da desteklenmesi ve bu çerçevede bütünleşmiş bir sistemin oluşturulması ihtiyacı özellikle ticari hayatta sıklıkla dile getirilir olmuştur¹.

¹ Sarıkaya, B.: "Özel Güvenlik Hizmetleri", A&G Bülteni, s.21 (www.izto.org.tr, 03.04.2013)

Özellikle 1990'lı yıllarda önemli ölçüde gelişme sağlayan hizmet sektörü bu ihtiyacın giderilmesine yönelik olarak iyi bir yapılanma göstermiştir. Büyük mağazalar, bankalar, iş merkezleri, fabrikalar gibi işyerlerinin sürüklediği bu hizmet, giderek çarşıların güvenlik ihtiyacının karşılanması boyutuna varmıştır².

Bu gelişim içinde ortaya çıkan ihtiyaç ve ülkemizin Avrupa Birliği ile bütünleşme çabaları özel güvenlik hizmetlerinin yeniden yapılandırılması gerekliliğini gündeme getirmiştir³. Bu çerçevede ilk olarak Özel Güvenlik Hizmetleri Meslek Standardı oluşturulmuş, uzun bir hazırlık döneminden sonra da 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetleri Kanunu 10.06.2004 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş ve Cumhurbaşkanınca onaylanarak 26 Haziran 2004 tarih ve 25504 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan yasanın uygulama Yönetmeliği ise 07.10.2004 tarih, 25606 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun temel olarak özel güvenlik hizmetinin kapsamını, bir başka deyişle özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabilecek, özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ile kamu tüzel kişilerinin bu hizmetlerden faydalanmaları ve bunun ne şekilde olacağına ilişkin düzenlemelere yer vermiştir⁴. Kanun ayrıca özel güvenlik şirketlerinin nasıl kurulacağını, bu şirketlerle çalışacak kişi veya şirketlerin veya kamu kurumlarının ne gibi özelliklere sahip olmaları gerektiğini, özel güvenlikten yararlanma koşullarını, özel güvenlik hizmetinin sınırlarını ve özel güvenlik hizmetinden kaynaklanan sorumlulukları ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunmaktadır⁵.

Kanuna göre, özel güvenlik hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluklar iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Bunlardan ilki özel güvenlik şirketlerinin veya bireysel olarak özel güvenlik personelinin, görevlerini yerine getirirken yaralanması, sakatlanması durumunda özel güvenlik hizmetinden yararlanan kişiye yüklenen sorumluluktur. 5188 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca kanunda yazılı görevleri yerine getirirken yaralanan, sakatlanan özel güvenlik görevlilerine veya ölen özel güvenlik görevlisinin kanuni mirasçılara, iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen miktar ve esaslar çerçevesinde tazminat ödenir.

Özel güvenlik hizmetinden yararlanan kişiler açısından düzenlenmiş diğer bir sorumluluk hali ise, özel hukuk kişilerince ve özel güvenlik şirketleri tarafından istihdam edilen özel güvenlik görevlilerinin üçüncü kişilere verecekleri zararlardan kaynaklanan sorumluluklarıyla ilgilidir. Bu durum ise, 5188 sayılı Kanun'un 21. maddesinde Özel Güvenlik Mali Sorumluluk Sigortası başlığı altında düzenlenmiş bulunmaktadır. Özel Güvenlik Mali Sorumluluk Sigortası

² Sarıkaya, s.21.

³ Sarıkaya, s.21.

⁴ Karan, N.: "Özel Güvenlik", Legal Hukuk Dergisi, S.50, İstanbul 2007, s.429

⁵ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Karan, s. 427 – 441; Sarıkaya, s.21-27.

başlığını taşıyan 21. maddeye göre, özel hukuk tüzel kişileri ve özel güvenlik şirketleri, istihdam ettikleri özel güvenlik görevlilerinin üçüncü kişilere verecekleri zararların tazmini amacıyla özel güvenlik malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Özel güvenlik malî sorumluluk sigortasına ilişkin esas ve usuller Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.

1. Özel Güvenlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası

Hazine Müsteşarlığı tarafından, özel güvenlik mali sorumluluk sigortasının uygulanmasına ilişkin usul ve esasları içeren Özel Güvenlik Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları 26.02.2005 tarihinde 25739 nolu Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Daha sonra 11 Şubat 2006 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 26077 sayılı Bazı Sigortalarda Değişiklik Yapılmasına Dair Genel Şart’ın 7. maddesi ile başlık, Özel Güvenlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları olarak değiştirilmiştir.

Söz konusu düzenleme, özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortasına dair yapacağımız açıklamalarda temel metin olarak ele alınacak ve Genel Şartlar’da yer alan hükümler zorunlu sorumluluk sigortalarının esasları çerçevesinde incelenmeye çalışılacaktır.

A. Sigortanın Kapsamı

a. Özel Güvenlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının Tarafları

Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’un 21. maddesinde düzenlenmiş olan özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortasının kapsamı ve sigorta poliçesinde düzenlenmesini gereken sorumluluk halleri ile bu sorumluluğu doğuran şartlar, özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında ayrıntılı olarak ele alınmış bulunmaktadır.

Buna göre Kanun’un 21. maddesine paralel olarak, genel şartların, sigortanın konusu başlığını taşıyan A.1. maddesinde, “*Sigortacı, sigorta ettiren taraftan 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanuna istinaden istihdam ettikleri özel güvenlik görevlilerinin, özel güvenlik hizmetine dair mevzuat çerçevesindeki görevlerini yerine getirmeleri sırasında üçüncü şahıslara verecekleri zararları, sigorta poliçesinde belirtilen tutara kadar teminat altına alır.*”denmektedir.

Sigorta Genel Şartları’nın A.1. ve A.2. maddelerine göre iş bu sigorta sözleşmesinin tarafları, sigortacı sıfatıyla sigorta şirketi ve sigorta ettiren sıfatıyla da özel güvenlik görevlilerini istihdam eden özel hukuk kişileri ve özel güvenlik şirketleridir. Burada özel hukuk kişileri ile kastedilenin özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri olduğuna şüphe etmemek gerekir. Kanunun ve Genel Şartlar’ın lafzından kamu hukuku tüzel kişilerinin bu sigorta kapsamında sigorta ettiren sıfatına sahip olamayacakları anlamı çıkmaktadır.

aa- Sigorta Kapsamında Düzenlenen Sorumluluğun Niteliği ve Sorumluluğu Ortadan Kaldıran Haller

Özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında düzenlenen sorumluluk ise, Kanun'un 21. maddesinde ve Genel Şartlar'ın A.1. maddesinde belirtildiği üzere, özel güvenlik elemanlarının özel güvenlik mevzuatı çerçevesinde yerine getirdikleri görevler sırasında üçüncü kişilere verecekleri zararlar dolayısıyla, sigorta ettiren sıfatıyla özel güvenlik görevlilerini istihdam eden özel hukuk kişileri ve özel güvenlik şirketleri nezdinde oluşan sorumluluktur.

Burada sigorta ettiren bakımından kusursuz bir sorumluluk halinden kaynaklanacak zararın sigorta ettirilmesi söz konusudur. Bu sigorta çeşidinde sorumluluk, sigorta ettirenin kendi fiilinden kaynaklanmamakta, istihdam ettiği yani yanında çalıştırdığı kişinin fiili neticesinde ortaya çıkan ve sigorta ettirene izafe edilen bir sorumluluk olmaktadır.

Bununla birlikte, ne kanundaki düzenlemede ne de genel şartlarda sigorta kapsamında düzenlenen sorumluluğun niteliğinin kusursuz sorumluluk olduğu açıkça ortaya konmuş değildir. Biz buradaki sorumluluğun niteliğini ancak genel şartların "sorumluluğu kaldırın ve azaltın haller" başlığı altında düzenlenmiş olan A.4. maddesinden çıkartabilmekteyiz. Genel şartlarda yapılmış olan bu düzenleme genel kurallara aykırılık arz eder mahiyettedir. Zira sorumluluğun niteliğinin, özellikle de hukukumuzda tamamen istisnai nitelikte olan kusursuz sorumluluk halinin, sorumluluğu ortadan kaldırın haller başlığı altında ve dolaylı olarak değil fakat ayrı bir maddede hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek açıklıkla düzenlenmesi gerekirdi.

İncelediğimiz sigorta çeşidindeki sorumluluk hali Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesi anlamında adam çalıştırmanın sorumluluğu haline benzetilebilecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinde bilindiği üzere adam çalıştıran yanında çalışanların kendilerine verilen işlerin yapılması sırasında üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumlu olmaktadır. Bir başka deyişle hiçbir kusuru olmamasına karşın zarar gören üçüncü kişiler adam çalıştırana başvurarak zararlarının tazminini talep edebilmektedirler⁶. Üçüncü kişilerin zararlarını adam çalıştırandan talep edebilmeleri demek, adam çalıştırmanın pasifinde artışın meydana gelmesi demektir.

İşte özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortası ile sigorta ettirenin yani güvenlik elemanlarını istihdam edenlerin, güvenlik elemanlarının davranışları neticesinde üçüncü kişilere verecekleri zararlar dolayısıyla maruz kalacakları ve pasiflerinde artışa neden olacak olan tazminat taleplerini sigorta poliçesinde belirtilen tutara kadar teminat altına almaktadırlar. Böylece kendi pasiflerindeki artışın da önüne geçebilmektedirler.

⁶ Oğuzman, K/Öz, T: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, İstanbul 2013, s.135 vd.; Hatemi, H./Gökyayla, E.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s.143 vd.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere üçüncü kişilerin tazminat talebine maruz kalmanın iktisadi neticelerine karşı korunmak isteyen kişi, kanun koyucu tarafından sorumluluk sigortasını akdetmeye yöneltilir. Sorumluluk sigortalarındaki amaç, sigorta ettirenin bu sıfatla üçüncü bir şahsa vermiş olduğu zararlardan doğan tazminat taleplerinden korumak, bu taleplere sigortacıyı muhatap kılmaktır⁷. Özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortası ile bu koruma istihdam eden özel hukuk kişileri ve güvenlik şirketleri bakımından sağlanmaya çalışılmaktadır.

Genel şartların A.4. maddesinde ise sigorta ettirenin (adam çalıştıran) sorumluluğunu kaldıran ve azaltan hallerin neler olduğu belirtilmiş bulunmaktadır. A.4. maddeye göre sigorta ettirenin iki halde sorumluluğu ortadan kalkmaktadır.

Birincisi, sigorta ettiren kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu görevlilerin kusuru bulunmaksızın zararın meydana gelmemesi için hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulacaktır.

Genel Şartlar'ın A.4. maddesinin bu cümlesi eleştirilebilir mahiyettedir. Cümlede, “*sigorta ettirenin kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu görevlilerin kusuru bulunmaksızın*” denilmektedir. Oysa hem Özel Güvenlik Kanunu'nun 21. maddesinde hem de Genel Şartlar'ın A.1. maddesinde sigorta ettirenin kendi kusurundan doğan sorumluluklarından değil fakat istihdam ettiği kişilerin kusurlarından doğan sorumluluklarından bahsedilmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere sigorta ettiren bakımından kusursuz bir sorumluluk hali vardır. Dolayısıyla burada sigorta ettirenin kendisinin kusuru bulunup bulunmamasının sigorta kapsamında düzenlenen sorumluluk bakımından bir öneminin olmaması gerekir. Sigorta ettiren kendi kusurları neticesinde verdiği zararlardan ise ayrıca genel hükümler gereği sorumlu olacaktır.

Genel Şartlar'ın A.4. maddesinin bu ifadesi, teminat dışı kalan haller başlığını taşıyan A.5. maddesinin (c) bendine de aykırılık teşkil etmektedir. A.5. maddesinin ilgili bendinde, zarara sebebiyet veren bir olay sonucunda, sağlanan özel güvenlik hizmetinin eksik veya yetersiz olduğu iddiasıyla sigorta ettirene yöneltililecek zarar ve ziyan taleplerinin sigortada belirtilen teminatın dışında kalacağı belirtilmektedir. Söz konusu madde bendinde sigorta ettirenin yani istihdam edenin kendi kusurundan kaynaklanan bir sorumluluk teminat dışı bırakılmaktadır. Dolayısıyla A.4. maddesindeki ifadenin hem kanunla hem de genel şartlardaki diğer hükümlerle çelişki içerisinde olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır.

⁷ Çeker, M.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2012, s.251; Kender, R.: “Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri”, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 1977, s.3; Taşdelen, N: “Mali Mesuliyet Sigortalarında Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde İhbar Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, S.6, İstanbul 2000, s.479.

Sigorta ettirenin sorumluluğunu ortadan kaldıran birinci halde iki şartın bir arada bulunması gerektiğinden bahsedilebilecektir. İlk şart, sigorta ettirenin eylemlerinden sorumlu tutulduğu özel güvenlik görevlilerinin kusurlarının bulunmamasıdır. Bir başka deyişle özel güvenlik görevlileri tamamen kusursuz olmalıdır. Özel güvenlik görevlilerinin kusursuzluğuna eklenen diğer şart ise sigorta ettirenin, zararın meydana gelmemesi için hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermiş olmasıdır. Dolayısıyla özel güvenlik görevlileri tamamen kusursuz iseler ve sigorta ettiren (adam çalıştıran) zararın meydana gelmemesi için hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermiş ise, sigorta ettiren sorumlu olmayacaktır.

Sigorta ettirenin sorumluluğunu ortadan kaldıran ikinci şart ise, sigorta ettirenin bütün dikkat ve özeni göstermiş olsa bile zarara sebebiyet veren olayın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmesi durumudur. Bir başka deyişle zararı meydana getiren olay ile sigorta ettirenin istihdam ettiği güvenlik görevlisinin kusuru arasında illiyet bağı tamamen ortadan kalkmış olmalıdır. A.4. madde bu hallere, mücbir sebebi, zarar görenin veya başka bir üçüncü kişinin ağır kusurunu örnek olarak göstermiş bulunmaktadır.

Sigorta ettirenin sorumluluğunu azaltan hal olarak ise Genel Şartlar'ın A.4/2. maddesinde zarara sebebiyet veren olayın meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun varlığı gösterilmiştir. A.4. maddenin birinci ve ikinci fıkraları birlikte ele alındığında zarar görenin kusurunun ağır olması durumunda sigorta ettirenin sorumluluğunun tamamen ortadan kalkacağını, hafif olması durumunda ise bunun sadece bir indirime sebep olacağını söylemek mümkündür. Ancak kusurun hangi hallerde ağır ve hangi hallerde hafif olacağı somut olayın özelliklerine göre tespit edilebilecek bir konu olmalıdır.

Genel Şartlar'ın A.1/2. maddesinde sigorta ettiren, sigorta konusu olaylar neticesinde kendisine yöneltilebilecek haksız taleplere karşı da savunmasını temin eder denilmektedir. Genel şartların bu hükmü ile tam olarak hangi durumları kastedtiğini anlayabilmek mümkün değildir. Zira üçüncü kişiler zaten ancak kanunun kendilerine verdiği hakkı, yine kanunda belirtilen sınırlar dahilinde kullanarak sigorta ettirene başvurabilmektedirler. Sigorta ettirenin hangi hallerde sorumlu olacağı bellidir. Bu hallerin dışında sorumlu olması söz konusu olmayacaktır. Üçüncü kişilerin de sigorta ettirene kanun tarafından yüklenen sorumluluk halleri dışında bir nedenle başvurmaları zaten haksız olarak nitelendirilecek ve reddedilecektir. Dolayısıyla bunun için ayrıca haksız taleplere karşı da savunmasını temin eder denilmesinin bir anlamı bulunmadığı düşüncesindeyiz.

aaa- Sigorta Kapsamındaki Teminatlar – Sigorta Kapsamı Dışında Tutulan Teminatlar

Kanun koyucu, sigorta poliçesinde sigorta ettirenin sorumluluğunun üçüncü kişilere verilen hangi zararları teminat altına alması gerektiğini Genel Şartlar'ın A.3. maddesinde ve hangi hallerin bu teminat dışında kalacaklarını da A.5. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

Buna göre, zarar görenin ölümü halinde destekten yoksun kalma tazminatı, sakat kalması halinde sakatlanma tazminatı, tedavi giderleri için yapılan masraflar, maddi zararlardan doğan tazminat talepleri sigorta teminatında sayılan zararlar olmaktadır.

Ölüm halinde, zarara sebebiyet veren olayın zarar görenin derhal veya olay tarihinden itibaren iki sene içinde ölümüne neden olması halinde, hak sahibinin destekten yoksun kalma tazminatını karşılar. Madde metninde belirtilen hak sahibi kavramı ile zarara sebebiyet veren olay sonucu ölenlerin desteğinden yoksun kalanlar ifade edilmektedir.

Sakatlık teminatında ise, zarara sebebiyet veren olayın zarar görenin derhal veya olay tarihinden itibaren iki sene içinde geçici veya sürekli bir biçimde sakatlanmasına neden olması halinde, tıbbi tedavinin sona ermesi ve sakatlığın kesin olarak tespiti sonucunda saptanan sakatlanma tazminatını karşılar.

Tedavi giderleri teminatı, zarara sebebiyet veren olay sonucunda zarar görenlerin; ilk yardım, muayene, kontrol veya yaralanmadan ötürü hastane veya benzeri diğer tedavi merkezlerindeki ayakta veya yatakta tedavi giderleri ile tedavinin gerektirdiği diğer giderleri kapsar.

Maddi zarar teminatı, zarara sebebiyet veren olay nedeniyle zarar görenlerin taşınır ve taşınmaz malvarlıklarına gelebilecek zararları kapsar.

Bununla birlikte Genel Şartlar'ın A.5. maddesinde hangi hallerin teminat dışı bırakılacağı da detaylı olarak sayılmış bulunmaktadır. Buna göre;

- a) Sigorta ettirenin uğradığı zarar ve ziyana ilişkin talepler,
- b) Sigorta ettirene bir hizmet veya vekalet ilişkisiyle bağlı kimseler ile sigorta ettirenin eşinin, usul ve furuunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşleri tarafından öne sürülecek zarar ve ziyan talepleri,
- c) Zarara sebebiyet veren bir olay sonucunda, sağlanan özel güvenlik hizmetinin eksik veya yetersiz olduğu iddiasıyla özel güvenlik görevlilerinin mesleki sorumlulukları nedeniyle sigorta ettirene yöneltilebilecek zarar ve ziyan talepleri,
- d) Özel güvenlik görevlilerinin yetkilerini görevli olmadığı süre içinde ve/veya görev alanının dışında kullanmaları nedeniyle sigorta ettirene yöneltilebilecek zarar ve ziyan talepleri,
- e) Sigorta ettirene, savaş, her türlü savaş olayları, istila, yabancı düşman hareketi, çarpışma (savaş ilan edilmiş olsun olmasın), iç savaş, ihtilal, isyan, ayaklanma, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda tanımlanan terörist eylemler ve bu eylemlerden doğan sabotajlar ile bunların gerektirdiği askeri ve inzibati hareketler sonucu yöneltilebilecek zarar talepleri,

f) Özel güvenlik görevlilerinin 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu uyarınca mülki idare amiri ve genel kolluk amirinin sevk ve idaresi altında bulunmaları esnasında bu kişilerin kusurlu ve/veya yetkisini aşan emirlerinin yerine getirilmesi nedeniyle uğranabilecek zarar ve ziyana ilişkin talepler,

g) Sigorta ettirenin özel güvenlik görevlilerine karşı yönelteceği zarar ve ziyan talepleri,

h) Sigorta ettirene dolaylı zararlar nedeniyle yöneltilebilecek talepler,

i) Sigorta ettirene, herhangi bir nükleer yakıt olayı ile bu yakıtın yanması sonucu oluşacak nükleer atıklar veya buna atfedilebilecek nedenlerden ötürü iyonlayıcı radyasyon veya radyoaktivite bulaşmaları sonucu yöneltilebilecek zarar ve ziyan talepleri,

j) Kanunda belirtilen gerekli izin, eğitim ve ruhsatı bulunmayan kişi ve kuruluşlar tarafından verilmiş olan özel güvenlik hizmeti sonucu ileri sürülebilecek tazminat talepleri,

k) Özel güvenlik mevzuatı dahilinde koruma gerektirecek bir durumda, suç teşkil edecek bir zarara sebebiyet veren olayın faili tarafından uğranılan zararlar.

l) Manevi tazminat talepleri teminat dışında kalacaktır.

B. Riziko Kavramı ve İhbar Mükellefiyeti

Bilindiği üzere sigorta sözleşmesi, sigorta ettirene prim ödeme, sigortacıya riziko taşıma borcu yükleyen karşılıklı iki taraflı bir sözleşmedir⁸. Riziko veya tehlike taşıma, sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan ana edimini teşkil eder⁹.

Riziko, genel olarak ilerde gerçekleşmesi muhtemel ve zarar veya başkaca uygun olmayan bir hal ve ihtiyaç doğuran bir olay olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Sorumluluk sigortaları bakımından ise riziko, genel tanıma paralel olarak, sigorta ettiren –üçüncü şahıslara karşı sorumluluğunu doğuracak olaylar sonucunda malvarlığının pasif kısmında meydana gelmesi muhtemel bir artmaya karşı kendisini güvence altına aldığından riziko da, sigorta ettirenin malvarlığının pasif kısmında meydana gelecek artış ihtimalinin mevcudiyetidir¹¹.

⁸ Çeker, s.59; Kender, R.: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2011, s.290.

⁹ Çeker, s.78; Kender, Sigorta Hukuku, s.290.

¹⁰ Çeker, s.2; Kender, Sigorta Hukuku, s.290.

¹¹ Bozer, A.: Sigorta Hukuku, Ankara 2004, s.122.

Sorumluluk sigortalarında genel olarak zararı doğuracak olaylar baştan belirlenemediğinden, sigorta genel şartlarında zararı oluşturan rizikoları teker teker saymak yerine, hangi olayların riziko olarak kabul edilmediğinin sayılmasıyla yetinilmektedir¹².

Sigorta, rizikonun gerçekleşmesiyle ortaya çıkan durumlar için himaye fonksiyonuna sahip olduğundan; riziko sigorta sözleşmesinin esaslı bir unsurudur. Rizikonun gerçekleştiği zaman, zamanaşımının başlangıç tarihini, rizikonun gerçekleşmesini müteakip yapılan ihbar mükellefiyetinin tabii olduğu sürenin başlangıcını ve sigorta süresinin son bulduğu tarihi saptamak hususunda önemli rol oynar¹³. Bu nedenle rizikonun, sigorta sözleşmesinde açık bir şekilde tayin edilmesinde fayda vardır¹⁴. Aksi halde yapılan sözleşme geçersiz olarak kabul edilecektir¹⁵.

Riziko kavramını ve önemini bu şekilde açıkladıktan sonra, sigorta ettirenin ihbar mükellefiyeti konusuna değinmekte fayda görüyoruz. Sigorta ettirenin ihbar mükellefiyeti üç aşamada incelenebilecektir. Bunlar, sigorta sözleşmesi yapılırkenki ihbar mükellefiyeti veya sözleşme öncesi ihbar mükellefiyeti, sigorta sözleşmesi süresinde ihbar mükellefiyeti ve riziko gerçekleştikten sonraki ihbar mükellefiyeti olarak sayılabilecektir¹⁶.

İhbar mükellefiyeti bakımından var olan bu üç aşama, sorumluluk sigortaları bakımından ve özellikle inceleme konumuz olan özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortaları bakımından da geçerlidir. Konunun detayına girmeden önce özel güvenlik zorunlu mali mesuliyet sigortası bakımından hem başlangıçtaki ihbar yükümlülüğü hem de sözleşme sırasındaki ihbar yükümlülüğüne dair düzenlemenin eleştirilebilir mahiyette bir düzenleme olduğunu belirtmekte fayda görmekteyiz.

Zira özel güvenlik kavramı sadece mahiyeti itibariyle değil ve fakat kapsamı, konusu, şartları bakımından da özel düzenlemelere, izinlere tabi kılınmış olan bir konudur. Özel güvenlik hizmetinin verilmesi ve özel güvenlik elemanlarının yetkileri adeta kamusal bir güç olan polis gücünün kullanılmasına benzer şekilde ortaya çıktığından, bu yetkiler ile bu yetkilerin kullanımlarının nasıl ve ne şekilde olacağı, kimler tarafından bu yetkilerin hangi izinlere bağlı olarak ve ne oranda kullanılabileceği 5188 sayılı kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Kanun tarafından yapılmış olan bu denli ayrıntılı düzenlemeler karşısında, özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigorta sözleşmeleri bakımından, ne sözleşmenin

¹² Bozer, s.122.

¹³ Bozer, s.122.

¹⁴ Bozer, 122; Kender, Sigorta Hukuku, 292.

¹⁵ Taşdelen, s.470.

¹⁶ Taşdelen, s.460.

tarafı olan özel güvenlik şirketini istihdam eden özel hukuk kişileri ve özel güvenlik şirketleri açısından saklanabilir bir riziko ne de sigorta şirketi bakımından sözleşme öncesinde varlığından haberdar olunamayacak bir riziko söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla burada genel hükümlere paralel olarak sözleşme öncesi ihbar mükellefiyeti kurumuna yer verilmesi füzuli ve hatta yanlış bir düzenlemedir.

Sigorta sözleşmesi süresi içerisinde ihbar mükellefiyeti konusu bakımından da, benzer eleştirilerde bulunulabilir. Özel Güvenlik Kanunu'nda yapılan düzenlemeler karşısında, sigorta sözleşmesi sırasında özel güvenlik hizmeti veren şahıslar bakımından rizikonun ağırlaşması söz konusu olmamaktadır. Zira daha en başından zaten sorumluluk sigortası verilecek özel güvenlik hizmetlerinin her türü dikkate alınarak yapılmaktadır. Özel Güvenlik Kanunu'ndaki ayrıntılı düzenleme karşısında, sigorta şirketi de sigorta ettiren de karşılıklı olarak bu rizikoları bilmekte dirler ve bütün bu rizikolar sigorta ettirilmektedir.

Ayrıca burada şunu da belirtmekte fayda görüyoruz, özel güvenlik elemanları ister bil fiil görev yapsınlar ister yapmasınlar, özel güvenlik elemanı olarak çalışmaya başladıkları andan itibaren kanun gereği sigorta ettirilmek durumundadırlar. Bu durum bile söz konusu sigorta çeşidi bakımından rizikonun ağırlaşması veya hafiflemesi kavramlarından bahsedilemeyeceğini ortaya koyar niteliktedir.

Özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortaları Genel Şartnamesi B.2. maddesinde sigorta ettirenin riziko gerçekleşmesi halinde beyan yükümlülüğü, C.2. maddesinde sigorta ettirenin sözleşme yapılırkenki beyan yükümlülüğü ve C.3. maddesinde de sigorta ettirenin sigorta süresi içerisindeki beyan yükümlülüğünü düzenlemiştir.

Biz Genel Şartlar'da yapılan sıralamadan farklı olarak incelemelerimiz sırasında Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili maddelerinde öngörülen sıralamayı takip etmeyi tercih edeceğiz. Bu anlamda öncelikli olarak sigorta ettirenin sözleşme yapıldığı sıradaki beyan yükümlülüğü, daha sonra sigorta ettirenin sigorta süresi içerisindeki beyan yükümlülüğü ve son olarak da riziko gerçekleştikten sonraki beyan yükümlülüğü ele alınacaktır.

a- Sigorta Ettirenin Sigorta Sözleşmesi Yapılması Aşamasındaki İhbar/Beyan Mükellefiyeti

Türk Ticaret Kanunu'ndaki bu temel düzenleme yani başlangıçtaki ihbar yükümlülüğü, inceleme konumuz olan özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortası Genel Şartları'nda da benzer şekilde ele alınmış bulunmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1435. maddesine göre sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1435. maddesi, sözleşmenin kuruluşundaki ihbar yükümlülüğünü emredici bir şekilde düzenlemiştir (TTK. 1452)¹⁷. Bu düzenleme ile sigorta ettiren, sigorta sözleşmesi yapılırken rizikonun ve prim miktarlarının en doğru biçimde tespit edilebilmesi için önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlü kılınmaktadır. Burada sigortacıya bildirilmesi gereken hususlar, sigortacının bilmesi halinde, sözleşmeyi yapmamasını veya değişik şartlarla yapmasını gerektiren bilgilerdir (TTK. 1435). Bu hususlar rizikoyu kıymetlendiren faktörlerdir. Bu türden bilgiler prim tespiti dışında, sözleşmenin özel şartlarının belirlenmesinde de önemli rol oynamaktadır¹⁸. Sigorta ettirenin sözleşme öncesi ihbar mükellefiyetini yerine getirmemesi durumunda sigortacı durumu öğrendiği andan itibaren 15 gün içinde sözleşmeden cayabilir veya aynı süre içinde prim farkı isteyebilir (TTK. 1439, TTK. 1440/2). İstenilen prim farkının on gün içerisinde kabul edilmemesi halinde, sözleşmeden cayılmış kabul edilir (TTK. 1439).

Sigorta sözleşmeleri bakımından genel şartlarda yapılan düzenleme Türk Ticaret Kanunu'na paralel olmakla birlikte, özellikle ihbar/beyan külfetinin yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak yaptırımlar ve hak düşürücü süreler bakımından Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemeye nazaran daha farklı bir düzenleme yapıldığından bahsetmek gerekir.

Genel Şartlar'da ise beyan yükümlülüğüne dair temel kural zikredildikten sonra, Ticaret Kanunu'nun ilgili maddesinden tamamen farklı şekilde, sigorta ettirenin beyanının gerçeğe aykırı veya eksik olması halinde, sigortacının sözleşmeyi daha ağır şartlarla yapmasını gerektirecek durumlarda, sigortacının durumu öğrendiği andan itibaren 8 gün içinde prim farkının ödenmesi hususunu sigorta ettirene ihtar edeceği, sigorta ettirenin, ihtarın tebliğ tarihini izleyen sekiz gün içinde talep olunan prim farkını ödemez veya ödemeyeceğini bildirir ise sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı belirtilmektedir. Söz konusu iki düzenleme arasında açıkça görüleceği üzere hak düşümü süreleri bakımından farklılıklar vardır. Genel Şartlar'da Ticaret Kanunu'ndan daha kısa hak düşümü sürelerine yer verilmiştir.

Ticaret Kanunu'nun koruyucu hükümler başlığını taşıyan 1452. maddesi, Ticaret Kanunu'nun sigortaya ilişkin hangi hükümlerinin emredici nitelikte olduğunu ve bu hükümlere uyulmaması durumunda hangi tür yaptırımların uygulanacağını düzenlemektedir. Buna göre 1452. maddede sayılan bazı hükümlere uyulmaması sigorta sözleşmesinin tamamının geçersiz olmasına, bazı hükümlere uyulmaması sözleşmenin değil sadece kanuna aykırı olan kısmın geçersiz olmasına, diğer bazı hükümlerin ise sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine olmadığı sürece geçerli olmasına yol açacaktır¹⁹.

¹⁷ Taşdelen, s.462.

¹⁸ Taşdelen, s.462.

¹⁹ Çeker, s.72-73.

Dolayısıyla sözleşmenin başlangıcındaki ihbar yükümlülüğüne uyulmamasının sonuçlarını düzenleyen 1439. madde hükmünden farklı düzenlemeler ancak sigorta ettirenin aleyhine olmadığı sürece geçerli kabul edilecektir. Genel Şartlar'la Ticaret Kanunu'ndan daha kısa hak düşümü sürelerinin belirlenmiş olması sigorta ettiren lehine bir düzenleme olarak kabul edilemeyeceğinden genel şartların bu maddesinin geçerli olarak kabul edilmesi gerektiği, onun yerine Kanun'daki sürelerin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bir diğer farklılık ise sözleşmenin sona ermesi noktasında cayma ve fesih kavramları bakımından ortaya çıkmaktadır. Kanun, sözleşmenin başlangıcındaki ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesini bir cayma nedeni olarak düzenlerken genel şartlarda bu durum bir fesih sebebi olarak düzenlenmektedir. Bilindiği üzere cayma hakkının kullanılması durumunda sözleşme başından itibaren geçersiz olarak kabul edilecek fesih hakkının kullanılması durumunda ise sözleşme feshedildiği andan itibaren ortadan kalkmış sayılacaktır²⁰. Bu durumda her ikisinin sonuçları da birbirinden farklı olacaktır. Genel Şartlar'daki bu farklılıkların Kanun'a uygun hale getirilmesinde fayda vardır.

Genel Şartlar'ın sigorta ettirenin sözleşme yapılırken beyan yükümlülüğü başlığını taşıyan C.2. maddesi sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü, "*Sigorta ettiren, sözleşme yapılırken gerçek durumu bildiği takdirde, sigortacının sözleşmeyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektiren bütün hususları sigortacıya bildirmeye mecburdur*" demek suretiyle düzenlemektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere ilgili maddeye göre sigorta ettirenin bu hükme aykırı davranması durumunda sigortacının sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmaktadır. Sözleşmenin feshi durumunda, feshin hüküm ifade edeceği tarihe kadar geçen sürenin primi gün esaslı üzerinden hesap edilecek ve fazlası sigorta ettirene geri verilecektir.

Sigorta ettiren, sözleşme yapılırken sorulduğu halde kasten susmuş veya bilerek noksan ya da gerçeğe aykırı beyanlarda bulunmuşsa, bir başka deyişle kötüniyetli ise, gerçeği tam olarak bilmeyen sigortacı herhangi bir ihtarda bulunmaksızın ve süre vermeksizin sözleşmeyi derhal feshedebilir.

Fesih halinde sigortacı primin tamamına hak kazanır. Sigortacı gerçeği öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde fesih hakkını kullanmadığı takdirde ise bu hakkı düşer. Bu süre, yani bir aylık süre içinde riziko gerçekleşmişse, sigortacı tazminatı hak sahibine öder. Sigortacı, bu durumda ödediği miktar kadar sigorta ettirene rücu etme hakkına sahip olacaktır.

²⁰ Kender, Sigorta Hukuku, s.250.

Gerçeğe aykırı beyan hali, tazminatı gerektiren olayın meydana gelmesinden sonra öğrenilmişse, sigortacı, bu zararından dolayı ödenmiş ve ödenecek tazminatın;

a) Gerçeğe aykırı beyanın kasten yapılmış olması halinde tamamı için,

b) Kasıt olmaması halinde, ödenecek tazminat miktarı ile, bu tazminatın alınan primin alınması gereken prime oranı ile çarpılması sonucu ortaya çıkan miktar arasındaki fark için sigorta ettirene rücu edebilir.

aa- Sigorta Ettirenin Sigorta Sözleşmesi Süresi İçinde İhbar/Beyan Mükellefiyeti

Ticaret Kanunu'nun sözleşme süresi içinde ihbar yükümlülüğünü düzenleyen 1444. maddesine göre, sigorta ettiren sözleşmenin yapılmasından sonra sigortacının izni olmadan rizikoyu veya mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarının artmasını etkileyici davranış ve işlemlerde bulunamaz.

Sigorta sözleşmesi, taraflar arasında devamlı bir ilişkiyi meydana getirmektedir, ancak zaman içerisinde sözleşmenin konusuyla ilgili bazı şartlar değişebilir²¹. Özellikle rizikonun ağırlaşması yönünden bazı değişiklikler zorunlu hal alabilir²². Ticaret Kanunu'nun 1444. maddesinin devamında sigorta ettirenin, kendisinin veya bir başkasının, rizikonun gerçekleşme ihtimalini arttırıcı veya mevcut durumu ağırlaştırıcı işlemlerde bulunması durumunda veyahut sözleşme yapılırken açıkça riziko ağırlaşması olarak kabul edilmiş hususlardan birinin gerçekleşmesi durumunda derhal; bu işlemlerin bilgisi dışında yapılmış olması durumunda ise öğrendiği tarihten itibaren 10 gün içerisinde durumun sigortacıya bildirmesi gerektiğini belirtmektedir. Kanunun amacı, sözleşme yapılırken dikkate alınan riziko ile buna göre tespit edilen prim arasındaki dengenin bozulmasından dolayı, bu haliyle sigorta sözleşmesini devam ettirip ettirmeme noktasında sigortacıya düşünme ve karar verme imkanı tanımaktır²³.

Sigorta ettirenin sözleşme sırasındaki ihbar mükellefiyeti ile ilgili olarak özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında da Ticaret Kanunu'nda yapmış olduğu düzenlemeye eşdeğer –hak düşümü süresi farklıdır– bir düzenleme bulunmaktadır. Genel şartların C.3. maddesinde, “*Sigorta ettiren, sözleşmeden sonra rizikoyu ağırlaştırıcı mahiyette meydana gelecek değişiklikleri, durumu öğrenir öğrenmez en geç sekiz gün içinde sigortacıya ihbarla yükümlüdür.*” demek suretiyle, sigorta ettirene rizikonun ağırlaşması durumunda bunu sigortacıya bildirme yükümlülüğü yüklemiş bulunmaktadır. Genel şartlarda yer alan bu hüküm Ticaret Kanunu'ndan ayrı bir düzenleme getirmekle

²¹ Taşdelen, s.465.

²² Bozer, s.80; Taşdelen, s.465.

²³ Taşdelen, s.465.

birlikte nisbeten sigorta ettirenin lehine gibi görünmektedir. Zira 1444. madde ile sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü daha ayrıntılı ve kesin çizgilerle ortaya konmuş bulunmaktadır.

C.3. maddenin devamında sigorta ettirenin, sözleşme süresi içerisinde rizikonun ağırlaştığını sigortacıya ihbar etmesi üzerine, sigortacı durumu öğrendiği andan itibaren sekiz gün içinde prim farkının ödenmesi hususunu sigorta ettirene ihtar edecektir. Sigorta ettiren, ihtarın tebliğ tarihini takip eden sekiz gün içinde talep olunan prim farkını ödemez veya ödemeyeceğini bildirirse sözleşme feshedilmiş olur. Prim farkının süresinde istenilmemesi halinde fesih hakkı düşer.

Sözleşme süresi içerisinde sigorta ettirenin ihbar mükellefiyetini yerine getirilmesi durumunda sigortacının ne gibi haklara sahip olacağı da Ticaret Kanunu'nun 1445. maddesinde daha farklı düzenlenmiş ve sigortacıya bu durumda bir ay içinde sözleşmeyi feshetme veya primin arttırılmasını talep etme hakkı tanınmıştır. Prim arttırma talebinin 10 gün içerisinde sigorta ettiren tarafından kabul edilmemesi durumunda sözleşme feshedilmiş sayılacaktır.

Söz konusu değişikliklere ilişkin ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden önce meydana gelen olaylardan dolayı ödenmiş veya ödenecek tazminatlar için değişikliğin bildirilmemiş olması durumunda ise kanun koyucu sözleşme öncesi ihbar mükellefiyeti hükümlerine yollama yapmış bulunmaktadır. Buna göre bildirim yapılmaması kasıtlı değilse, sigortacı, ödenecek tazminat miktarı ile, bu tazminatın alınan primin alınması gereken prime oranı ile çarpılması sonucu ortaya çıkan miktar arasındaki fark için sigorta ettirene rücu edebilir. Gerçeğe aykırı beyanın kasten yapılmış olması halinde ise sigortacı sigorta ettirene bu miktarın tamamı için rücu edebilecektir.

Genel Şartlar'da, rizikonun hafifleşmesi durumunda tarafların yükümlülüklerinin ne olacağına dair de düzenleme yapılmış bulunmaktadır. Buna göre sigorta süresi içinde meydana gelen değişikliklerin rizikoyu hafifletici nitelikte olduğu ve bunun daha az prim alınması gerektirdiği anlaşılırsa, bu değişikliğin yapıldığı tarihten sözleşmenin sona ermesine kadar geçecek süre için gün esasına göre hesaplanacak prim farkı sigorta ettirene geri verilecektir. Genel Şartlar'daki bu hüküm Ticaret Kanunu ile paralellik arz etmektedir (TTK.1433).

aaa- Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Sigorta Ettirenin İhbar/Beyan Mükellefiyeti

Rizikonun gerçekleşmesi halindeki ihbar yükümlülüğü, diğer ihbarlardan mahiyet itibarıyla ayrılmaktadır²⁴. Bir yazar tarafından bu ayrımın nedeni şu şekilde açıklanmaktadır²⁵:

²⁴ Taşdelen, s.472.

²⁵ Taşdelen, s.472.

“Diğer iki ihbarda amaç prim ile riziko arasında dengeyi sağlamaktır. Burada ise amaç, sigortacının hasarı tespit etmesini sağlamak ve gerektiğinde zararın azaltılması veya artmasını önleyecek tedbirleri alma imkanına kavuşturmadır. Ayrıca yapılacak ihbar ile sigortacı, sigorta ettirene karşı ileri süreceği def’ileri, maddi delillerini elde etmesi sağlanabilir. Hatta rizikonun, sigorta ettirenin kusurundan ileri gelip gelmediğine ilişkin deliller bile bu kısa sürede toplanabilir.”

İhbar süresi, yukarıda belirtildiği gibi, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğini öğrenmesiyle başlar. Dolayısıyla rizikonun gerçekleşmesi anı değil; sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğini öğrendiği an önem arz eder, zira rizikonun gerçekleşmesiyle sigorta ettirenin durumu öğrenmesi arasında bir süre geçmiş olabilir²⁶.

Bilindiği üzere 6762 sayılı Eski Ticaret Kanunu’nda sorumluluk sigortaları ayrı bir başlık halinde düzenlenmemişti. Genel bir düzenleme yapmak yerine 6762 sayılı Kanun özel bazı sorumluluk sigortası hallerini düzenlemekle yetinmiş, diğer sorumluluk sigortaları ise farklı kanunlarla düzenlenmiştir. Oysa 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu sorumluluk sigortalarını 1473-1485. maddelerinde ayrı bir başlık halinde düzenlemiş ve bu sigortalara ilişkin genel hükümlere yer vermiştir.

Rizikonun gerçekleşmesi halinde, sigorta ettirenin ihbar yükümlülüğü, Ticaret Kanunu’nun sorumluluk sigortalarını düzenlediği kısımda ayrıca düzenlenmiştir. Bildirim yükümlülüğü başlığını taşıyan 1475. maddesine göre sigortacı sorumluluğunu gerektirecek olayları 10 gün içinde sigortacıya bildirmek durumundadır. 1475/2. maddeye göre sigorta ettiren ayrıca kendisine yöneltilen istemi de derhal sigortacıya bildirmek durumundadır.

Mali sorumluluk sigortalarında sorumluluğu doğuran sebebin gerçekleşmesinden tazminat talebinin ileri sürülmesine hatta mağdura tazminatın ödenmesine kadar uzun ya da kısa bir süre geçer²⁷. Bu çeşit sigortalarda rizikonun gerçekleştiği zamanı tespit etmek, hem rizikonun gerçekleşmesi halindeki ihbar yükümlülüğünün bağlı olduğu sürenin başlangıcı açısından hem de rizikonun gerçekleştiği anın bu zaman aralığı içerisindeki yerinin belirlenmesi, sigorta himesinin zaman yönünden sınırının tespiti açısından önem arz eder²⁸.

Sorumluluk sigortaları bir zarar ve pasif sigortası olarak nitelendirildiğinden, bu tür sigortalarda rizikodan bahsedebilmek, sigorta ettirenin malvarlığının pasif kısmında bir artışın olmasına bağlıdır²⁹. 6762 sayılı Eski Ticaret Kanunu’nun

²⁶ Taşdelen, s.478.

²⁷ Şenocak, K.: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s.78.

²⁸ Şenocak, s.78.

²⁹ Kender, Mesuliyet Sigortası, s.9-10.

yürürlükte olduğu dönemde, sorumluluk sigortaları bakımından rizikonun gerçekleşme anının tespiti konusunda doktrinde çeşitli fikirler öne sürülmüştür³⁰.

Bir görüşe göre, sigorta ettirenin sorumluluğunu gerektiren olayın vukuu bulunmasıyla riziko gerçekleşir. Bu görüşün, mali sorumluluk sigortaları açısından uygun olmadığı belirtilerek, olayın meydana gelmesiyle, sigorta ettirenin malvarlığında bir azalma meydana gelmediği dolayısıyla da sigorta ettirenin tazminat ödeyip ödemeyeceği belli olmadığı söylenerek eleştirilmiştir.

Diğer bir görüşe göre, sigorta ettiren rizikonun gerçekleştiğini öğrenince riziko gerçekleşmiş sayılır. Bu görüş de isabetli bulunmamıştır. Zira sigorta ettirenin bir tazminat ödeyip ödemeyeceği belli değildir. Dolayısıyla malvarlığında bir azalmanın varlığından bahsetmek mümkün olmadığından sigortacıyı üçüncü kişiyle muhatap kılmak doğru değildir³¹.

Başka bir görüşe göre ise, riziko, sulh veya sigorta tazminatının ödenmesini gerektiren hükmün kesinleşmesiyle gerçekleşmektedir.

Diğer bir görüş de yaygın riziko görüşüdür. Bu görüşe göre riziko, sorumluluğa yol açan davranış ile sigorta ettirenin talepte bulunması anı arasındaki süreçteki durumdur³².

Doktrinde savunulan diğer bir görüş ise³³, sorumluluk sigortalarında rizikonun gerçekleştiği zamanın tespiti için; bu hususta açık hüküm bulundurmayan 6762 sayılı Kanun'un 1292. maddesinden yararlanılabileceğine işaret etmektedir. Yazara göre, sigortacının, sigorta ettirenin savunmasını yapmak zorunda olduğu hallerde sigorta ettirenin tebligat üzerine davayı öğrendiği tarih; sigorta ettireni savunmak zorunda olmadığı durumlarda da sigorta ettirenin, tazminat ödemeye mahkum olduğunu gösteren ilamı öğrendiği tarih; dava açılmamış ise veya açılmış ancak dava sonucunu beklemeden sigorta ettiren ödemedi bulunmuşsa bu tarih; üçüncü kişiye doğrudan doğruya dava hakkını veren sorumluluk sigortalarında, mağdurun, rizikonun gerçekleştiğini öğrendiği tarih rizikonun gerçekleşme zamanı olarak kabul edilmelidir. Yargıtay'ın da benzer yönde kararları bulunmaktadır³⁴.

Bir başka görüşe göre ise, zarara maruz kalanın, sigorta ettirene tazminat talebinde bulunmasıyla riziko gerçekleşmiş sayılır³⁵. Bu görüş diğerlerinden daha isabetlidir, çünkü sorumluluk sigortası, mahiyeti itibariyle zarar sigortalarının pasif kısmında yer almaktadır. Yani sigorta himayesi, sigorta ettirenin malvarlığının pasif kısmında meydana gelecek bir artışı karşılamaya yöneliktir. Sigorta

³⁰ Doktrinadaki görüşler için bkz. *Bozer*, s.123; *Şenocak*, s.78 vd.; *Taşdelen*, s.478 vd.

³¹ *Bozer*, s.123; *Taşdelen*, s.478 vd.

³² Samim Ünan'ın görüşü için bkz. *Taşdelen*, s.478 vd.

³³ Aynı yönde görüş için bkz. *Bozer*, s.123-124.

³⁴ Kararlar için bkz. *Taşdelen*, s.482.

³⁵ *Kender*, Mesuliyet Sigortası., s.9; Aynı yönde *Taşdelen*, s.480.

ettirenin bir zararı olmadıkça, sigortacının tazmin borcu doğmaz. Malvarlığında bir azalmanın olabilmesi için, zarar gören üçüncü şahsın tazminat talebinde bulunması gerekir. Sigorta ettirene karşı, zarara uğrayan talepte bulunmadıkça sigorta ettirenin malvarlığı açısından zararın varlığından bahsedilemez³⁶.

Sorumluluk sigortalarının amacı, yukarıda belirtildiği gibi, sigorta ettireni bu sıfatıyla üçüncü kişiye verdiği zararlara karşı tazminat talebinden korumak ve sigortacıyı üçüncü kişiyle muhatap kılmaktır. Öyle ise zarar görenin tazminat talebine karşı, sigorta ettiren sigorta himayesinden faydalanmakta; sigorta ettirenin malvarlığında ortaya çıkan azalmayı sigortacı üzerine almaktadır³⁷. Zira, sigorta ettirenin malvarlığında meydana gelen azalma, zarar görenin tazminat talep etmesiyle oluşur. Öyleyse rizikonun, zarara uğrayanın, sigorta ettirene karşı tazminat talebinde bulunmasıyla gerçekleştiğini kabul etmek diğer görüşlere nazaran daha isabetlidir³⁸.

Bununla birlikte Ticaret Kanunu'nun 1475. maddesinde yer alan hüküm bu tartışmalara bir son vermekte ve ihbar yükümlülüğünün başlangıç tarihi olarak sigortalının sorumluluğunu gerektirecek olayın meydana gelmesini yeterli görmektedir. Sigortalıya yöneltilecek tazminat talepleri ise ayrıca bir bildirim konusu olarak karşımıza çıkmaktadır (TTK. 1475/2).

Özel güvenlik zorunlu mali mesuliyet sigortası bakımında rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta ettirenin ihbar mükellefiyetinin ne olduğu, genel şartların B.2. maddesinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır.

B.2. maddeye göre sigorta ettiren sorumluluğunu gerektiren bir olayı, haberi olduğu andan itibaren 5 gün içerisinde sigortacıya ihbar etmek mecburiyetindedir. Genel Şartlar'ın lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere, burada da ihbar mükellefiyetinin başlangıç anı olarak ne zarar görenin talep anı ne de olayın vuku bulunduğu an değil ancak sorumluluğu gerektirecek olayın öğrenildiği andır.

B.2. madde sigorta ettirenin ihbar yükümlülüğünü koymuş olmakla birlikte, bu yükümlülüğü yerine getirmemesi durumunda ne yapılacağına dair bir düzenlemeye yer vermemiş bulunmaktadır. Bu durumda konuyla ilgili olarak 1475. maddenin atfıyla Ticaret Kanunu'nun genel olarak sigorta sözleşmesinde rizikonun meydana gelmesi halindeki ihbar yükümlülüğünü düzenleyen 1446. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Buna göre rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılmaması veya geç yapılması halinde, bu durum ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre tazminattan veya bedelden indirim yapılacaktır. Bununla birlikte sigortacının rizikonun gerçekleştiğini daha önce fiilen öğrenmesi halinde bu hüküm uygulanmayacaktır. Burada fiilen öğrenme kavramı ile

³⁶ Kender, Mesuliyet Sigortası., s.9; Taşdelen, s.480.

³⁷ Taşdelen, s.480.

³⁸ Kender, Mesuliyet Sigortası, s.9; Taşdelen, s.480.

sigorta ettiren rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya ihbar etmese dahi sigortacının bu durumdar haberdar olmuş olması olarak anlamak gerekir.

C. Zarar Görenin Dava Hakkı

Sorumluluk sigortaları bakımından zarar gören kişi genel olarak sigorta sözleşmesine taraf olmayan yani sigorta sözleşmesine yabancı olan kişidir³⁹. Zira sigorta sözleşmesi yukarıda da belirttiğimiz üzere sigortacı ile sigorta ettiren arasında yapılan bir sözleşmedir ve bu sözleşme ile sigorta ettirenin istihdam ettiği kişilerin, üçüncü kişilere (zarar gören veya hak sahibi) verdiği zararlar sigorta kapsamına alınmaktadır.

Özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarının, tanımlar başlığını taşıyan A.2. maddesinde zarar gören, zarara sebebiyet veren olay sonucu ölen, yaralanan, sakatlanan veya maddi zarara uğrayan üçüncü kişi olarak tanımlanmaktadır. Hak sahibi ise zarara sebebiyet veren olay sonucu ölenlerin desteğinden yoksun kalan kişileri ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Genel şartların A.3.1. maddesinde ölüm teminatı başlığı altında yapılan düzenlemeden konumuz bakımından hak sahibi kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuş bulunmaktadır.

Zarar görenin veya hak sahibinin dava hakkı ise, genel şartların zarar görenin başvuru hakkı ve başvuru süresi başlığını taşıyan B.1. maddesinde zarar gören/hak sahibi poliçede öngörülen teminat sınırları içinde sigortacıya doğrudan talepte bulunabilir. 6762 sayılı Eski Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde yangın sigortası ile ilgili olarak doğrudan dava hakkı tanınmaktaydı. 6102 sayılı Yeni Ticaret Kanunu, sorumluluk sigortaları ile ilgili olarak doğrudan dava hakkı başlığını taşıyan 1478. maddesinde zarar görenin, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmı için tazminini, sigorta sözleşmesi içi geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebileceğini belirtmektedir. Böylece Genel Şartlar'da bu yönde bir hüküm bulunmasaydı dahi 1478. maddeden hareketle zarar gören doğrudan dava hakkına sahip olacaktı.

B.1. maddesinin devamında sigortacının, zarar gören/hak sahibiyle temasa geçerek anlaşma hakkına sahip olduğu ancak, sigortacının yazılı izni olmadıkça, sigorta ettiren tazminat talebini kısmen veya tamamen kabule yetkili olmadığı gibi zarar gören/hak sahibine herhangi bir tazminat ödemesinde bulunamayacağı da hükme bağlanmış bulunmaktadır.

D. Tazminatın Kapsamı ve Sigortacının Halefiyeti

Sorumluluk sigortası bir zarar sigortası niteliğinde olduğunda üçüncü şahısların maruz kaldığı gerçek zararların giderilmesini amaçlamaktadır⁴⁰. Bu tür sigorta

³⁹ Bozer, s.125.

⁴⁰ Bozer, s.125.

poliçelerinde gösterilen miktarların sigortacının sorumlu olduğu azami miktarlar olduğu savunulmaktadır⁴¹. Yine sorumluluk sigortaları bakımından en önemli özelliklerden birinin de, sigortacının, üçüncü kişinin uğradığı gerçek zararın yanı sıra üçüncü şahsın açtığı dava ve icra takibi masraflarını da karşılayacak olmasıdır⁴².

Sigortacı, B.2 bölümündeki belgelerin eksiksiz olarak kendisine iletiildiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde, poliçedeki teminat tutarları dahilinde tazminatı öder. Tazminatın bu süre içinde haklı bir neden olmaksızın ödenmemesi halinde, sigortacı temerrüde düşmüş olur ve ödenmemiş tazminat tutarına yasal temerrüt faizi uygulanır. Temerrüt faizi teminat sınırları içinde yapılmış ödeme sayılmaz.

Bu sigortayla ilgili olarak zarar gören/hak sahibi tarafından dava açılması halinde, sigorta poliçesinde yazılı sınırlara kadar davanın takip ve idaresi sigortacıya ait olup, sigorta ettiren, sigortacının göstereceği avukata gereken vekaletnameyi vermek zorundadır. Sigortacı dava masrafları ile avukatlık ücretlerini öder. Şu kadar ki, hükmolunan tazminatın sigorta bedelinden fazla olması halinde, sigortacı bu masrafları sigorta bedelinin tazminata oranı dahilinde öder. Bu durumda geri kalan miktar bakımından sigorta ettirenin ödeme yapması gerekecektir.

Zarar gören/hak sahiplerinin tazminat alacaklarının birden çok kişiyi kapsamaması halinde, sigorta sözleşmesinde belirtilen teminat tutarından fazla ise, zarar gören/hak sahiplerinden her birine ödenecek tazminat tutarı, teminat tutarının tazminat alacakları toplamına olan oranına göre indirime tabi tutulur.

Birden çok kişinin zarar gördüğü hallerde, başka tazminat taleplerinin bulunduğunu bilmeksizin, zarar gören/hak sahiplerinden birine veya bir kaçına, yukarıda belirtilen indirime göre kendilerine düşmesi gerekenden fazla ödemede bulunan iyi niyetli sigortacı, yaptığı ödeme çerçevesinde diğer zarar gören/hak sahiplerine karşı da borcundan kurtulmuş olur.

Genel şartların B.5. maddesinde ise sigortacının halefiyeti düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre sigortacı ödediği tazminat miktarınca hukuken sigorta ettiren yerine geçer. Bunun anlamı sigortacının, zarar gören/hak sahibine karşı sigorta ettirenin öne sürebileceği her türlü def'iye ileri sürebilmesidir.

E. Zamanaşımı

Zamanaşımı genel şartların C.7. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, meydana gelen zararların tazminine ilişkin talepler, zarar gören/hak sahibinin, zarar ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde zarara sebebiyet veren olay gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar. Dava, cezayı gerektiren bir fiilden oluşmuşsa ve Türk Ceza Kanunu'nda

⁴¹ Bozer, s.125.

⁴² Bozer, s.125.

bu fiil için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmekte ise tazminat davasında bu zamanaşımı dikkate alınır.

Sorumluluk sigortaları bakımından Ticaret Kanunu'nun 1482. madde hükmü sorumluluk sigortalarında sigortacıya yöneltilen tazminat istemlerinin sigorta konusu olaydan itibaren on yıl olduğunu düzenlemektedir. Dikkat edilirse Ticaret Kanunu'nun bu maddesi sadece sigortacıya yöneltilen tazminat taleplerinden bahsetmektedir. Dolayısıyla genel şartlarda yer alan zarar gören/hak sahibinin, zarar ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl içinde dava açabilmesi ile ilgili hak düşümü süresi aslında zarar gören/hak sahibi açısından sınırlandırma getirdiğinden sigortalı aleyhine bir düzenleme teşkil edecektir. Bu durumda Ticaret Kanunu'nun 1452. maddesinin 2. fıkrası gereğince genel şartlardaki hükmün yerine Ticaret Kanunu'nun 1482. maddesindeki 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir.

SONUÇ

Zorunlu sigorta ihdas edilmesi ihtiyacı özellikle mali mesuliyet sigortaları açısından baş göstermiş ve kanun koyucu birçok konuda zorunlu mali mesuliyet sigortası ihdas etmiştir. Kanun koyucu bu müdahalesinin sebebini, genel olarak rizikoya maruz bulunan kişilerin korunması, milli servetin korunması, sosyal güvenlik ve sosyal fayda gerekliliklerine bağlamıştır.

Sorumluluk sigortalarındaki hükümler yetersiz olduğundan uygulamada bu eksiklik ilgili genel şartlarla giderilmeye çalışılmaktadır. Bununla birlikte genel şartlarla getirilen düzenlemelerin bazıları bir yandan zorunlu sorumluluk sigortalarının temel özelliklerine aykırı ve onlarla tezat oluşturmakta bir yandan da Ticaret Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırı olmaktadır.

Özel güvenlik mali mesuliyet sigortası bakımından da Genel Şartlar'da yer alan düzenleme eleştirilebilir mahiyette bir düzenlemedir. Burada genel düzenlemelerden farklı şekilde bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Zira özel güvenlik kavramı sadece mahiyeti itibarıyla değil ve fakat kapsamı, konusu, şartları bakımından da özel düzenlemelere, izinlere tabi kılınmış olan bir konudur. Özel güvenlik hizmetinin verilmesi ve özel güvenlik elemanlarının yetkileri adeta kamusal bir güç olan polis gücünün kullanılmasına benzer şekilde ortaya çıktığından, bu yetkiler ile bu yetkilerin kullanımlarının nasıl ve ne şekilde olacağı, kimler tarafından bu yetkilerin hangi izinlere bağlı olarak ve ne oranda kullanılabileceği 5188 sayılı kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla 5188 sayılı Kanun tarafından yapılmış olan bu denli ayrıntılı düzenlemeler karşısında, özel güvenlik mali mesuliyet sigortala sözleşmeleri bakımından, Genel Şartlar'da yapılan düzenlemeler ciddi bir takım yanlışlıklar ve eksiklikler içermektedir. Bu anlamda özel güvenlik mali mesuliyet sigortası genel şartlarının 5188 sayılı Kanun'un özellikleri göz önünde bulundurularak hazırlanması gerektiği düşüncesindeyiz.

KISALTMALAR

bkz. : bakınız

S. : Sayı

s. : sayfa

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TTK. : Türk Ticaret Kanunu

vd. : ve devamı

KAYNAKÇA

Bozer, A.: Sigorta Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004.

Çeker, M.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2012.

Hatemi, H./Gökyayla, E.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.

Karan, N.: "Özel Güvenlik", Legal Hukuk Dergisi, S.50,, İstanbul 2007.

Kender, R.: "Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri", Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 1977 (*KENDER*, Mesuliyet Sigortası).

Kender, R.: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2011 (*KENDER*, Sigorta Hukuku).

Oğuzman, K. /Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, İstanbul 2013.

Sarıkaya, B.: "Özel Güvenlik Hizmetleri", A&G Bülteni, (www.izto.org.tr, 03.04.2013).

Şenocak, K.: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000.

Taşdelen, N.: "Mali Mesuliyet Sigortalarında Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde İhbar Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, S.6, İstanbul 2000.

BASIN YOLUYLA KİŞİLİK HAKLARINA YAPILAN SALDIRILARDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

*Yrd. Doç. Dr. Elvan SÜTKEN**

GİRİŞ

Günümüz sosyal yaşantısının önemli bir parçası olan basın, toplumu bilgilendirme ve kamu oyu oluşturma görevini yerine getirirken, sahip olduğu özgürlüğü sınırsız bir biçimde kullanırsa, bu durum, kişilik haklarına saldırı oluşturmaktadır.

İnceleme konumuz “Basın Yoluyla Kişilik Haklarına Yapılan Saldırlardan Doğan Hukuki Sorumluluk”tur. Bu incelemeyi yaparken öncelikle basın ve basın rejimine ilişkin temel kavramlar ele alınarak, basın özgürlüğü konusuna açıklık getirmeye çalışılacak ve daha sonra kişilik hakları üzerinde durularak, basının kişilik haklarıyla olan ilişkisi ana hatlarıyla tespit edilmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın ilerleyen bölümünde, basın açıklamalarından doğan hukuki sorumluluk ele alınacaktır. Burada, basının saldırı sebebiyle sorumluluğunun hukuki şartları incelenecek, basın açıklamalarında hukuka uygunluk sebepleri üzerinde durulacak ve kamu yararı ile kişi yararının yarışmasını konu alan “yarrarların çatışması” ilkesine açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

İnceleme sırasında kişilik haklarının korunması açısından daha fazla önem taşıyan ve uğranılan zararın giderilmesine yönelik olan hukuki sorumluluğa esas olarak yer verilecek, zarar vereni cezalandırmaya yönelik olan ve toplumsal karakter taşıyan cezai sorumluluğa istisnai olarak değinilecektir.

1. Basın

1.1. Kavram

Günlük hayatımızın önemli bir parçası olan basın kavramı kimi zaman “günlük basın” deyiimiyle de adlandırılmaktadır. “Dar anlamda basın” olarak da ifade edilen günlük basın, belirli zaman aralıklarıyla yayınlanan gazete ve dergi gibi basılmış eserlerden oluşur. Bunun yanında basın kavramı geniş anlamda da kullanılmaktadır. “Geniş anlamda basın” ise, düşüncelerin çeşitli araçlar yardımıyla kağıt gibi maddeler üzerine yazı ve resim şeklinde sınırsız sayıda basıla-

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

rak kamu oyuna açıklanması olarak ifade edilebilir. Bazı durumlarda “basın” sözcüğünün anlamı daha da genişlemekte ve bununla basın kurumlarının, basın görevlilerinin, basın sorumluluğunun, basın özgürlüğünün ve tüm basın faaliyetlerinin ifade edildiği de görülmektedir.¹

Çalışmamızda, basın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırılardan doğan hukuki sorumluluk konusu incelenirken, basın geniş anlamda ele alınmaya çalışılacak, yeri geldikçe basının sorumluluğu, basın özgürlüğü vb. konulara da değinilecektir. Nitekim basın yoluyla kişilik haklarına saldırı, günlük basın denenen gazete ve dergilerle yani dar anlamda basın vasıtasıyla gerçekleştirilebileceği gibi, bunların yanında kitap, broşür, bildiri, el ilanları vb. gibi diğer basılmış eserler vasıtasıyla yani geniş anlamda basın vasıtasıyla da gerçekleştirilebilmektedir.²

1.2. Basının Hak ve Görevleri

1.2.1. Kitle İletişim Araçlarının Önemi

İnsanların haberleşme gereksinimleri kitle iletişim vasıtalarıyla karşılanmaktadır. Kitle iletişim araçları söz konusu olduğunda akla ilk gelen vasıtalarından biri basındır. Radyo ve televizyon, sinema filmleri, plaklar, video bantları, ses bantları ve internet ise basın dışındaki diğer önemli kitle iletişim araçlarıdır. Bu araçların ortak özelliği, haberleri, bilgileri, yorumları, duyguları ve düşünceleri, yazı, resim ya da ses şeklinde çoğaltmak yoluyla insan topluluklarına ulaştırmalarıdır. Kitle iletişim araçlarının en önemli fonksiyonları ise halkı aydınlatmak, eğitmek ve kimi zamanda eğlendirmektir. Özellikle kamu oyunun oluşması ve düzenlenmesi yönünden, devletin tanıtma faaliyetinin gerçekleştirilmesi bakımından ve devletlerarası ilişkiler yönünden diğer kitle iletişim araçlarının ve basının önemi küçümsenemeyecek niteliktedir.³

Kitle iletişim araçları ile ulaşılması hedeflenen kamu oyu, “belli bir zamanda, kamusal sorunlar hakkında bireysel kanıların sonucu olan ve kişilerin içinde buldukları toplumda karşılıklı etkileşimleriyle meydana gelen genel yargı ya da ortak kanı” olarak nitelenebilir. Günümüzün çok sayıda bireyden oluşan toplumlarında, çeşitli toplumsal sorunlar söz konusu olduğunda, halkın bilgi ve kanılarını düzenlemeden siyasal, sosyal ve ekonomik faaliyetlerin başarılı biçimde örgütlenmesi olanaksız olduğundan, kamu oyunun belli konularda istenilen biçimde oluşması ve düzenlenmesi gereksinimi vardır. Böylelikle bi-

¹ Ahmet Kılıçoğlu. **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk** (Ankara: 1982, AÜHFY) s. 16.

² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 16.

³ Kayıhan İçel – Yener Ünver. **Kitle Haberleşme Hukuku**, 9. Bası (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2012), s. 14-15.

reylerin, yaratılan tartışma ortamında en akılcı olan çözüme ulaşmaları ve bu yolla da devlet yönetimine katılma haklarını etkin biçimde kullanmalarında toplumsal yarar olduğu görülür. Devletin kendisini yurt içinde ve yurt dışında tanıtma politikalarının gerçekleştirilmesinde de yine bu araç önem arz etmektedir. Bunun yanında, devletin dış politikasının yürütülmesinde de, basın ve diğer araçların yardımıyla kamu oyu desteği sağlanması amaçlanmakta, aynı zamanda kamu oyunun devletin dış politikasına uyması da sağlanmaya çalışılmaktadır. Devlet, yabancı uluslara ulaşabilmek ve onlar üzerinde siyasal, sosyal ve kültürel konularda etkin olabilmek için de kitle iletişim araçlarından yararlanmaktadır. Kitle iletişim araçlarının ayrıca, halkın eğlence gereksinimini karşılamada da önemi olduğunu belirtmiştik. Bununla amaçlanan kamu yararı ise, halkı eğlendirirken aynı zamanda eğitmektir. Sonuç olarak basın ve diğer kitle iletişim araçları, insan haklarına saygılı ve demokratik rejimlerde, devlet düzeninin temel öğelerinden biri olarak kabul edilir.⁴

1.2.2. Basının Önemi, Hak ve Görevleri

Kamuyu ilgilendiren konularda doğru ve gerçek bilgiyi vermekle yükümlü olan basına, ileride üzerinde durulacak olan basın özgürlüğü gereğince bir takım haklar tanınmıştır. Basın, haberleri bilmek ve haberlere ulaşmak, haberleri toplamak, haber ve düşünceleri isteyebilmek, açıklamak, çözümlmek, yorumlamak, eleştirmek ve bunları basıp yaymak hakkına sahiptir. Basının başlıca görevleri; kamu oyunu aydınlatmak, yönetmek ve eğitmektir. Basın, toplumu ilgilendiren ya da ilgilendirmesi gereken konularda tarafsız bir şekilde gerçekleri açıklama, denetim yapma, uyarma ve eleştirme yoluyla bu görevlerini yerine getirir; çeşitli sorunlarda kamu oyunu düşünmeye yönlendirmek için tartışmalar açar, halkı toplumsal ve siyasal olaylarla ilgili olarak bilgilendirir, devleti yönetenleri ve kamuya mal olmuş kişileri (sanatçılar, yazarlar) hem işleri hem de yasaların izin verdiği ölçüde özel yaşantılarıyla ilgili olarak eleştirir, uyarır ve kişileri tüm insanlığın sorunları hakkında bilinçlendirir.⁵

Bazı yazarlar ise basının dördüncü bir erk niteliği taşıdığı konusunda fikir birliğindedirler. Dolayısıyla basına ayrı bir önem atfedilmiş bulunmaktadır. Şöyle ki, bir devleti yöneten iktidarın yasama, yürütme ve yargı erklerinin birbirlerinden ayrı olmaları esas iken, çeşitli sebeplerle bu erklerin birbirlerini etkilemesi yadsınamaz bir gerçek olduğundan, dördüncü bir erke gereksinim duyulmuştur. Çağdaş demokrasilerde diğer üç erkten bağımsız olan bu erk, “kontrol erki” olarak da adlandırılır. Bu erkin görevi devlet mekanizmalarını ve kamu görevlilerini eleştirerek ve denetleyerek oluşabilecek sapmaları engelle-

⁴ İçel - Ünver, **a.g.e.**, s. 15-16.

⁵ Erhan Günay, **Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999), s. 73-74.

mektir. Basın, muhalefetteki siyasal partiler, sendikalar, çeşitli meslek birlikleri ve bazı dernekler, söz konusu kontrolü yerine getirmeleri beklenen kurumlardır. Ancak basın, sahip olduğu özgürlük ve prestij nitelikleriyle daha etkin konumda bulunduğundan, devlet mekanizmasını ve kamu görevlilerini en iyi şekilde denetleyebilmekte ve bu sebeple de “dördüncü erk” olarak adlandırılmaktadır.⁶

1.3. Basın Açıklaması

1.3.1. Basın Rejimine İlişkin Temel Kavramlar

Basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenlemeyi amaçlayan 5187 sayılı yeni Basın Kanununun 2. maddesinde⁷ “tanımlar” başlığı altında temel kavramlar yer almaktadır.

⁶ İçel - Ünver, **a.g.e.**, s. 103-104; Jale G. Akipek, - Turgut Akıntürk - Derya Ateş Karaman. **Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**. Birinci Cilt. (9. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2012), s. 387.

⁷ 5187 sayılı yeni Basın Kanununun, “Tanımlar” başlığı altındaki 2. maddesi şöyledir:

“Bu Kanunun uygulanmasında;

- a) Basılmış eser: Yayımlanmak üzere her türlü basın araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını,
- b) Yayın: Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması,
- c) Süreli yayın: Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını,
- d) Yaygın süreli yayın: Tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından aynı isimle basılan ve her coğrafi bölgede en az bir ilde olmak üzere, ülkenin en az yüzde yetmişinde yayımlanan süreli yayın ile haber ajanslarının yayınlarını,
- e) Bölgesel süreli yayın: Tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından basılan ve en az üç komşu ilde veya en az bir coğrafi bölgede yayımlanan süreli yayını,
- f) Yerel süreli yayın: Tek bir yerleşim biriminde yayımlanan süreli yayınlar ile haftada bir veya daha uzun aralıklarla yayımlanan yaygın ve bölgesel yayınları,
- g) Yayın türü: Süreli yayınların yaygın, bölgesel ve yerel yayın türlerinden hangisinin kapsamında olduğunu,
- h) Süresiz yayın: Belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserleri,
 - 1) Eser sahibi: Süreli veya süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazanı, çevireni veya resmi ya da karikatürü yapanı,
 - j) Yayımcı: Bir eseri basılmış eser durumuna getirip yayımlayan gerçek veya tüzel kişiyi,
 - k) Basımcı: Bir eseri basın araçları ile basan veya diğer araçlarla çoğaltan gerçek veya tüzel kişiyi,
 - l) Tüzel kişi temsilcisi: Yayın sahibi veya yayımcının tüzel kişi olması halinde bu tüzel kişinin yetkili organı tarafından, yöneticiler arasından belirlenen gerçek kişiyi veya kamu kurum ve kuruluşlarınca belirlenen gerçek kişiyi, ifade eder.”

1.3.1.1. Basılmış Eser

Bir düşünce açıklama aracı olarak da nitelenebilen basın, bu görevini basılmış eserlerin yayımı ile gerçekleştirir. Basın yolu ile düşünce açıklamasının iki unsuru vardır. Birincisi “basılmış eser” unsuru, ikincisi ise “yayım” unsurudur. Bu unsurlar bazı kaynaklarda basın rejiminin iki temel kavramı olarak da ifade edilir. Basın Kanununun 2. maddesine göre basılmış eser; yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını ifade eder.

Buna göre basılmış eserden söz edebilmek için “yazı ve resim gibi eserlerin bulunması”, “her türlü basım araçları ile basılma ya da her türlü başka araçla çoğaltma” ve “yayımlama amacı”nın olması gerekir. Kanun maddesi anlam bakımından yorumlandığında var olduğu anlaşılan koşullara bir de “bir düşüncenin varlığı”nı eklemek gerektiği kaynaklardan anlaşılmaktadır. Bu sonuncu koşulu, her basın açıklaması ve basılmış eserin konusunu bir düşüncenin oluşturduğu gerçeğinden yola çıkarak benimsemekteyiz.⁸

Basın Kanununun 2. maddesinde yer alan koşullar incelendiğinde öncelikle belirtmeliyiz ki, yukarıda belirtilen koşullardan “yazı ve resim gibi eserlerin bulunması” yani “basılmış eserin maddi varlığının bulunması”, “basılmış eserin çoğaltılması” ve “basılmış eserin düşünsel içeriği” gibi koşullar doktrinde basılmış eserin *objektif koşulları* olarak adlandırılır. Basımın ve çoğaltmanın “yayımlanmak üzere” yapılması ise doktrine göre *subjektif koşuldur*.⁹

Objektif koşullardan “basılmış eserin düşünsel içeriğe sahip olması gereği”ni ele aldığımızda öncelikle belirtmeliyiz ki, basılmış eserler bu düşünsel içerikleri sebebiyle “basın hukuku” adı altında özel bir hukuk rejimine tâbi tutulmuşlardır. Düşünce açıklamasının tek aracı basın olmamakla birlikte, basın, düşünce açıklamasının bir şeklidir. Önemle belirtilmesi gereken bir konu ise, basın açıklamasının konusunu oluşturan düşüncenin, bir “değer yargısı” ya da “bir olay bildirmesi” şeklinde ortaya çıkabileceğidir. Böylelikle, basın açıklamasının konusunu “olaylar” ve “değerlendirmeler” oluşturmaktadır. O halde, “düşünce” kavramına bu açıdan bakıldığında, konusu olay bildirmesi ya da değer yargısı olan anlamlı bir zihin faaliyeti, düşünce olarak nitelenir. Dolayısıyla, harflerin, sayıların, çizgi ve resimlerin anlamsız bir şekilde bir araya getirilmeleri belli bir düşünceyi ifade etmeyeceğinden, bunlar basılmış eser değildir. Örnekle açıklarsak; oyun kağıtları, desen baskıları, madeni ve kağıt paralar, kıymetli kağıtlar basılmış eser niteliği taşımazlar.¹⁰

⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.19-20.; İçel - Ünver, **a.g.e.**, s.105-106.; Sevil Yıldız, **Medya ve Hukuk**. (1. Basım. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım Tic. Ltd. Şti, 2010), s. 52-53.

⁹ İçel - Ünver, **a.g.e.**, s. 106 ve s. 108.

¹⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 20.

Yine, objektif koşullardan “yazı ve resim” gibi biçimlerin varlığı yani basılmış eserin “maddi varlığı” incelendiğinde, düşüncelerin başkalarına açıklanmasında en çok “yazı”nın araç olarak kullanıldığı görülmektedir. Kullanılan yazı dili ise önemsizdir, öyle ki, artık kullanılmamakta olan ya da herkesin anlamadığı bir dil ya da rakamlar, şifreler, üstü kapalı ifadeler bile yazı dili olarak kullanılabilir. Resim ise, bir görüş ve düşünceyi açıklar nitelikte olduğu sürece doktrinde basılmış eser olarak kabul edilir. Yine, yazı ve resimler gibi çoğaltılabilen ve elden ele geçebilen ses bandları, video band ve diskleri, plaklar maddi varlık koşulu yönünden Basın Kanununa göre basılmış eser sayılmaktadır. Ancak, televizyon ve radyo yayınları, projeksiyon, sinema filmleri, yürüyen ışıklı reklamlar ise, basılmış eser değildir. İnternetteki sayfalar da basılırlarsa, basılmış eser sayılırlar. Bu koşullardan sonuncusu olan, “basma ve çoğaltma” koşuluna göre ise, yazı, resim ve benzeri şekiller, basılmış eser niteliği taşıyabilmeleri için her türlü basım araçlarıyla basılabilmeli ve her türlü teknik, elektronik mekanik ve kimyasal çoğaltma yöntemleriyle çoğaltılabilirler. Basma ve çoğaltma işleminde kullanılan maddenin ise bir önemi yoktur yani, kağıt, deri, kumaş, cam, tahta, taş vb. gibi üzerine yazı yazılabilen ve resim çizilebilen maddeler basım işi için kullanılabilir. ¹¹

Basın açıklamasının *subjektif koşulu* ise, basımın ve çoğaltmanın “yayımlanmak üzere” yapılmasıdır. Basın Kanununa göre, basımda ve çoğaltmada izlenen amaca bakılması gerekir. Yayımlamak amacı olmaksızın bir yazı ya da resim bastırılırsa, ortada bir basılmış eser olduğu söylenemez. Her somut olayın özelliklerine ayrı ayrı bakıldığında, yayımlamak amacı belirtmeyen baskı tasahihleri ve provaların basılmış eser olmadığı görülür ve ortada bir basılmış eser bulunup bulunmadığının tespitinde, çoğaltılan nüshaların sayısı ölçü olabilir ve buna dayanarak bir karar verilebilir. Çoğaltma işleminden sonra amaçta değişiklik olabilir, yani, bir eser başka bir amaçla çoğaltıldıktan sonra yayımlanmak istenebilir ya da yayımlanmak için basıldıktan sonra başka bir amaçla kullanılmak istenebilir. Bu durumda yapılması gereken, en son amaca bakmaktır yani, son amaç “yayımlamak” ise ortada bir basılmış eser olduğu kabul edilir. Önemli olan bir diğer konu ise, Basın Kanununun 2. maddesine göre bir eserin basılmış eser niteliğini taşıyabilmesi için, bu eserin fiilen yayımlanmasının gerekmediği, yayımlamak amacının varlığının yeterli görüldüğüdür. ¹²

1.3.1.2. Yayımlama

Basın rejimine ilişkin ikinci temel kavram, basın yoluyla düşünce açıklamasının ikinci unsuru olarak da nitelenebilen “yayımlama” unsurudur. ¹³ 5680 sayılı eski Basın Kanunundaki “yayın” kavramı yerine, 5187 sayılı yeni Basın Kanunu m. 2/b’de,

¹¹ İçel-Ünver, a.g.e., s. 108-109; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 20-21.

¹² İçel - Ünver, a.g.e., s. 108-109.

¹³ İçel - Ünver, a.g.e., s.112.

“yayım” kavramı kullanılmıştır. Yeri gelmişken belirtmek gerektiği üzere, doktrinde bazı yazarlar yayım kelimesini kullanmakta, bazıları ise yayın kelimesini kullanmaya devam etmektedir. Yine bazı yazarlar, 5680 sayılı eski Basın Kanununda kullanılan “yayımlamak” kelimesini kullanmakta, bazı yazarlar ise 5187 sayılı yeni Basın Kanununda kullanılan “yayımlamak” kelimesini kullanmayı tercih etmektedir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, basılmış eserin yayımlanması gerekmektedir. Yayımlamak, basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasıdır. Basılmış bir eser yayımlanmadığı sürece basın açıklamasından söz edilemez, çünkü bu durumda basın yoluyla kişilik haklarına saldırı değil, yalnızca saldırı tehlikesi vardır. Dolayısıyla, basılmış bir eser yayımlanmadığı sürece basın suçu meydana gelmez.¹⁴ Yayına ilişkin reklamlar ve duyurular, bir gazetede baskı provası ve diğer yayına hazırlık niteliğindeki çalışmalar, “yayın” unsurunu taşımadıklarından basın açıklaması niteliğinde değildirler. Bir basılmış eserin yayımlanmış sayılabilmesi için kaç kişiye ulaştırılması gerektiği konusunda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden birine göre, yayından söz edebilmek için basılmış eserin belirsiz ve sınırsız sayıda bir kitleye ulaştırılması gerekir. Diğer bir görüşe göre, yayında bulunan, basılmış eseri ele geçirebilecek kimselerin sayısını önceden belirleyemiyorsa, yayım koşulu gerçekleşmiştir. Bu görüşlerden bir diğerine göre ise, basılmış eser en az üç kişiye ulaştırılmışsa, yayından söz etmek mümkündür.¹⁵ Basılmış bir eserin yayım şekilleri 5680 sayılı eski Basın Kanununun 3. maddesinde gösterilmişti. Buna göre, basılmış eserlerin herkesin görebileceği ya da girebileceği yerlerde gösterilmesi, asılması, dağıtılması, dinletilmesi¹⁶, satılması veya satışa arzı yayım sayılırdı.¹⁷ 5187 sayılı yeni Basın Kanununda ise, 5680 sayılı eski Basın Kanunundaki gibi yayım türlerinden söz edilmeyip, basılmış eserin her türlü şekilde kamuya sunulmasının mümkün olduğu ifadesine yer verilmiştir. O halde, 5680 sayılı eski Basın Kanununda yer alan yayım türlerinin, 5187 sayılı yeni Basın Kanununda tanımlanmış olan yayım türlerine de karşılık geldiğini söylemek mümkündür.¹⁸

¹⁴ Yargıtayın 9. CD. 23.3.1983 tarihli 185/ 881 sayılı kararına göre; Basın yoluyla işlenen suçlarda, suçun genel unsurlarından başka, basılmış eserin varlığı ve yayım unsurunun da gerçekleşmiş olması gerekir. Buna göre, yazının suç oluşturan bölümlerinin çıkartılarak yayımlanması durumunda, basın suçun yasal ögesi bulunmamaktadır.: Feridun Yenisey ve Cevat Özel, **İçtihatlı Basın Mevzuatı** (1. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1996), s. 1.

¹⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.23-24.

¹⁶ 5680 sayılı eski Basın Kanununun 3. maddesinde basılmış eserin dinletilmesi de yayım olarak kabul ediliyordu. Buna göre; yazı ve resim dışındaki araçlarla (plaklar, ses bantları) düşüncenin açıklanmış basılmış eserler için dinletme şeklindeki yayım söz konusu olabilir. Dolayısıyla dinletme, yazılı basın için söz konusu olabilecek bir yayım şekli değildir. Bkz.: Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.26.

¹⁷ Yenisey - Özel, **a.g.e.**, s.1.; Adem Sözüer, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu** (1. Basım. İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım., 1996), s. 16-17.

¹⁸ İçel-Ünver, **a.g.e.**, s. 116-117.

1.3.2. Basın Açıklamasının Türleri

Basın açıklamaları, açıklamanın konusuna, yayının sürekli olup olmamasına ve açıklama için kullanılan araca göre sınıflandırılabilir. Bir düşünce açıklaması olan basın açıklaması konu bakımından “olay açıklaması” ve “değer yargıları” olmak üzere ikiye ayrılır. Günlük basında yer alan haberlerdeki olaylar geçmişte kalmış ya da halen yaşanmakta olabilir ve bunlar kamu oyununa aktarılırken herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Ayrıca, herhangi bir suçun işlendiğine ilişkin bir haberde, failin ve mağdurun isminin açıkça belirtilmesi, kişilik haklarını zedeleyici bir sonuç yaratacağından, bu şekildeki bir haber, söz konusu haklara saldırı oluşturur.¹⁹ Haberlerin tarafsız bir şekilde verilmesi gerekir. Çalışmamızda esas olarak ele alacağımız konu, kişilik haklarına saldırı niteliğindeki bir olayın gerçek bir haber özelliğini taşıyıp taşımadığının tespitinde, bu açıklamanın yapılmasında kamu yararı bulunup bulunmadığının ve haberin güncel olup olmadığının araştırılması gereğidir. İlk olarak, günlük basındaki haberler “olay açıklamaları”dır. Düşünce açıklaması dar anlamda, “bir kimsenin belli bir konudaki olumlu ya da olumsuz değer yargıları, yorumları” olarak ifade edilebilir. O halde, basın açıklamaları konuları bakımından ele alındığında ikinci olarak karşımıza “değer yargıları” çıkmaktadır. Olay açıklaması yapılırken bir olay objektif olarak aktarılır ancak değer yargısı (makale yazmak, eleştiri yapmak vb.) subjektif nitelik arz eder. Değer yargısında bulunmak basın için hem bir hak, hem de görevdir. Böylelikle toplumdaki aksaklıklar ortaya konabilmekte ve yaratılan tartışma ortamıyla çözüme ulaşılmaya çalışılmaktadır.²⁰

Basılmış eserler, sürekli nitelikte olup olmamalarına göre de sınıflandırılırlar. Basın Kanunumuzun 2., 11. ve 13. maddelerinde bu ayrım, “sürelî” ve “sürelî olmayan” şeklinde yapılmaktadır. 5187 sayılı yeni Basın Kanunu m. 2/c’ye göre “sürelî yayın”; belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi, gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarıdır. Bunlar belli bir isimle, belli bir kişinin sorumluluğu altında çıkarılmaktadırlar. “Süresiz yayınlar” ise, okuyucu kitlesine, düzenli ya da belli olmayan zaman aralıklarında ulaştırılan basılmış eserlerdir.²¹ 5187 sayılı yeni Basın Kanunu m. 2/h’ye göre “süresiz yayın”; belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserlerdir. Sürelî yayınlar ve

¹⁹ Yargıtayın 7. CD., 15.10.1991 tarihli, 7805/10807 sayılı kararına göre, Hürriyet gazetesinde 11.6.1990 tarihinde yayınlanan bir haber yazısında, işlediği suç sebebiyle çocuk mahkemesine sevk edilen M. S. Ş. isimli küçüğün kimliğine açıkça yer verilmiş olduğundan, kişilik haklarına saldırı söz konusudur.: Yenisey - Özel, a.g.e., s. 23.

²⁰ Bilal Kartal, “Basın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Sorumluluk”, Yargıtay Dergisi. Cilt no: 23, Sayı no: 1-2 (Ocak – Nisan 1997), s. 116.

²¹ Kitap, broşür, el ilanları, bildirimler, 5680 sayılı eski Basın Kanununa göre sürekli olmayan yayınlar kapsamındaydılar.: Bkz. Kılıçoğlu, a.g.e., s.31.

süresiz yayınlar, kişilik haklarına yapılan saldırılar açısından değerlendirildiklerinde görülmektedir ki, gazete, dergi gibi süreli yayınlar, zengin içeriklerine rağmen düşük fiyatlıdır, daha geniş bir kamu oyu kitlesi tarafından takip edilirler. Buna oranla, süresiz yayınları takip eden okuyucu kitlesi dardır. Dolayısıyla, süreli yayınlarda kişilik haklarına yöneltilen saldırılar daha ağır, süresiz yayınlarda söz konusu saldırılar ise daha hafif nitelik arz ederler.²²

Basın açıklamaları yazı ya da resim ve karikatür aracıyla yapılabilirler. Resim ile, bir kimsenin dış görünüşü kendisini tanıtabilir şekilde kopya edilir. Resim, teknik araçlarla (fotoğraf makinesi, kamera) elde edilebileceği gibi, çizim yolu ile de elde edilebilir, dolayısıyla karikatür de bir çeşit resimdir. Resim, olay açıklama aracı olarak kullanılırken, karikatür ile hem olay açıklanabilir hem de değer yargısı bildirilebilir. Karikatürde abartma unsuru da yer alabileceğinden, okuyucu üzerinde daha fazla etki bırakabilir, dolayısıyla en etkin eleştiri aracıdır denebilir. O halde, genelleme yapmak gerekirse, yazı ile karşılaştırıldığında resim, inandırıcılık ve dikkat çekicilik gibi özellikleriyle okuyucu üzerinde daha fazla etki bırakmakta, karikatür ise resimden de fazla etki bırakmaktadır. Bu nedenle, basın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırılarda resim ve karikatür gibi araçlar oldukça önem taşımaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki, resmin yayını ile kişilik haklarına yapılan saldırı olaya ve kişilere göre farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, kamuya mal olmuş bir kimsenin izinsiz bir fotoğrafının çekilmesi saldırı olarak nitelenemezken, kamuya mal olmamış normal bir vatandaşın resminin izinsiz olarak çekilmesi ise kişilik haklarına saldırı niteliği taşır. Bunun yanında, kamuya mal olmuş bir kişinin resminin izinsiz olarak bir reklamda kullanılması ise kişilik haklarına saldırı niteliğindedir.²³ Öyle ise, kişilik haklarına saldırı olup olmadığı tespit edilirken, her somut olaya göre farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.²⁴

1.4. Basın Özgürlüğü

Kitle iletişim araçları ve dolayısıyla basın, düşüncenin açıklanması açısından araç niteliğindedirler. İletişim özgürlüğü, “düşünce açıklamak özgürlüğü” olarak ifade edilebilir. Kitle iletişim araçları, kişilerin olaylara bakış açılarını genişlettiğinden ve dikkatlerini belli konular üzerinde toplamalarını sağladığından, demokratikleşme sürecindeki toplumlarda kalkınma aşamalarının tamamlanmasında önemli rol oynarlar. Şöyle ki, demokrasinin temel öğelerinden olan “çoğulculuk” ve “gelişim-

²² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 30-31, İçel-Ünver, **a.g.e.**, s. 132 vd. Ayrıca bkz.: Anayasa'nın 29. maddesi, “Süreli ve süresiz yayın hakkı” başlığı altında, bu hakkın kullanımı konusunda düzenleme getirmiştir.

²³ Yargıtayın 7. CD. 22.9.1992 tarihli 3901/5106 sayılı kararına göre, cinsel suç mağduresinin resmini yayınlamak kişilik haklarına saldırı teşkil etmektedir.: Yenisey - Özel, **a.g.e.**, s. 23.

²⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 34, Kartal, **a.g.m.**, s. 116-117.

cilik” ilkeleri, ancak düşünce açıklama özgürlüğünün bir esas olarak kabul edilmesi durumunda işlerlik kazanabilir. Nitekim demokratik sistemin varlığının bir ölçüsü de, o toplumda düşünce açıklama özgürlüğünün var olup olmadığıdır. Bir düşünce açıklama aracı olan basın, siyasal ve sosyal hayatı etkileyici niteliğiyle, büyük önem taşımaktadır. Basının, kişilerin bilme ve öğrenme haklarını kullanabilmeleri ve tercihlerini buna göre belirlemelerinde oldukça etkili olduğu bir gerçektir.²⁵

Basının ve diğer kitle iletişim araçlarının birçok kamusal yararı vardır ancak özgürlükleri sınırsız değildir. Bunun nedeni, sınırsız biçimde kullanılan hak ve özgürlüğün başkasının haklarına zarar vermesidir. Her hak gibi, basın özgürlüğünün de sahipleri tarafından kötüye kullanılmasının önlenmesi gerekir. Bunun için, uluslararası sözleşmeler, Anayasa ve yasalar ile çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. Düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün kullanılmasının kamu yararına olduğu bir gerçektir. Ancak bazı durumlarda bu özgürlüğün kullanılmasıyla elde edilecek kamu yararı ile, özel hayatına herhangi bir saldırı gelmeden yaşamak hakkına sahip olan kişi için söz konusu olan yarar arasında (yani iki ayrı yarar arasında) bir çekişme meydana gelecektir. Bu iki yarar arasındaki sınırı belirlemek zordur çünkü, bir yandan kamusal olaylar hariç olmak üzere devlet tarafından kişilerin dokunulmazlığının sağlanması gerekirken, bir yandan da düşünce özgürlüğü ilkesinin uygulanması esastır.²⁶

1982 Anayasası başta 25., 26., 27. maddeler olmak üzere bunlara benzer maddeler ile düşünce özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Anayasanın 25. maddesine göre; “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz”. Anayasanın 26. maddesine göre ise; “Herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına ve toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber ve fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...”.

Anayasa m. 12/I’ e göre; “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlığı altındaki Anayasa m. 13’ e göre ise; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”. Basın Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Askeri Ceza Kanunu, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu vb., temel hak ve

²⁵ Gürsel Öngören, **Televizyon ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırlara Karşı Hukuki Başvuru Yolları** (İstanbul: Der Yayınları, 1996), s. 24.

²⁶ Öngören, **a.g.e.**, s. 25.

hürriyetlere ilişkin düzenleme getirmiş olan kanunlardır. Anayasanın 29. maddesinde "...Kanun, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici ya da zorlaştırıcı siyasal, ekonomik, malî ve teknik şartlar koyamaz" hükmü getirilmiştir.²⁷ Basın özgürlüğü ise Anayasanın 28. maddesi ile güvence altına alınmıştır.²⁸ Anayasa m. 28/I'e göre: "Basın hürdür, sansür edilemez...". Anayasa m. 28/II'ye göre: "Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır". Anayasa m. 28/III'e göre: "Basın hürriyetinin sınırlanmasında Anayasanın 26. ve 27. maddeleri hükümleri uygulanır." Bunun yanında, Anayasanın ikinci kısmının birinci bölümünde düzenlenmiş olan "Temel Haklar ve Ödevler" ile ikinci bölümde düzenlenmiş olan "Kişinin Hakları ve Ödevleri" kapsamındaki diğer haklar da, bu bağlamda basın özgürlüğü ile yakından ilgilidir.

Sonuç olarak, iletişim özgürlüğü ve dolayısıyla basın özgürlüğünden söz edebilmek için, temel öge niteliğindeki bazı hakların varlığı gerekir. Bu haklar; "haber, düşünce ve kanıları serbestçe öğrenebilmek ve toplayabilmek hakkı", "düşünce ve kanıları serbestçe açıklayabilmek hakkı", "haber, düşünce ve kanıları serbestçe yayabilmek hakkı" olmak üzere üç başlık altında incelenebilir. Anayasamız çerçevesinde düzenlenmiş olan bu haklar, haberleşme özgürlüğünün "zorunlu ön koşulları" olarak nitelenebileceklerinden, yasa koyucular tarafından çeşitli kanunlarda güvence altına alınmaya çalışılmıştır.²⁹

2. Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Yapılan Saldırı

2.1. Kavram

Basın yoluyla kişilik haklarına saldırının söz konusu olup olmadığını tespit etmek için, kişilik haklarının kapsamının ana hatlarıyla incelenmesi gerekmektedir.

Kişilik hakları, bir kişiye, kişi olması sebebiyle tanınmış olan haklardır. Bu haklar, tabii hukuk tarafından öngörülüp, pozitif hukuk tarafından somutlaştırılmıştır. Kavram olarak "kişilik", kişinin hürriyeti alanına giren temel hak ve talepleri kapsar. Bu temel hak ve talepler, pozitif anlamda ele alındığında, kişinin serbest karar vermesi ve kendini serbestçe geliştirmesi; negatif anlamda ele

²⁷ Öngören, *a.g.e.*, s. 21.; Mahmut İhsan Özgen, *İnsanlık ve Sosyolojik Boyutlarıyla Basın Meslek Ahlakı ve Yasalar* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994), s.157-158.

²⁸ Yazılı basın ile ilgili düzenleme Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmında yer aldığı halde, radyo ve televizyon ve kamuya ilişkin haber ajansları ile ilgili düzenleme Anayasanın "Cumhuriyetin Temel Organları" başlıklı üçüncü kısmında yer almıştır. Yazılı yayınlarla ilgili olan basın özgürlüğü Anayasanın 28. maddesinde güvence altına alındığı halde, görsel ve sözlü yayınlar için aynı güvence söz konusu değildir denebilir. Ancak, görsel ve sözlü yayınların da, yazılı basın gibi sahip oldukları yetki ve sorumluluklar gereğince, objektif biçimde yayın yapıp kişilik haklarına saldırıdan uzak durmaları şarttır. Bkz. Günay, *a.g.e.*, s.94.

²⁹ İçel-Ünver, *a.g.e.*, s. 58 vd.; Öngören, *a.g.e.*, s.24.

alındığında ise, kişinin vücut ve ruh bütünlüğünün dokunulmazlığı anlaşılır. Kişilik haklarının en önemli özellikleri; maddi bir değerle ilişkili olmamaları, mutlak hak olmaları ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olmalarıdır. Kişilik haklarının maddi bir değere ilişkin olmamalarının anlamı, bunların doğrudan doğruya ekonomik değerlerinin olmaması yani para ile ölçülememeleri ve mamelek haklarının tersine, sınırlarının belli olmamasıdır. Bu hakların mutlak haklar olmalarının anlamı, herkese karşı ileri sürülebilmeleridir. Kişilik haklarının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olmalarının anlamı ise, bunların kişinin varlığında bulunmaları ve kazanılmaları için özel bir kazanma sebebine ihtiyaç olmaması, devredilememeleri ve bunlardan vazgeçilememesidir.³⁰

Kişilik hakları,³¹ kanun koyucu tarafından bazı genel ilkeler esas alınarak düzenlenmiştir. Kişiler Hukukuna hakim olan genel ilkeler; Anayasanın 10. maddesinde ve Medeni Kanununun 8. maddesinde düzenlenmiş olan “eşitlik ilkesi”, Türk Medeni Kanununun 23. maddesinde düzenlenmiş olan ve sınırsız bir nitelik arz etmeyen “özgürlük ilkesi” ve yine Türk Medeni Kanununun 23. maddesinde ve 24. maddesinde düzenlenen “kişiye saygı ve kişiliğin korunması ilkesi”dir.³²

2.2. Kişilik Değerleri

Kişilik hakkını oluşturan değerler, bazı yazarlara göre “maddi bedensel değerler” ve “manevi değerler” olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayrıma göre, kişilik hakkını oluşturan maddi bedensel değerler; insanın sağlığı, bedensel bütünlüğü gibi değerlerdir. Manevi değerlerin kapsamında ise; şeref, haysiyet, özel yaşam, resim, isim vb. değerler yer almaktadır. Ancak, maddi ve manevi değerlerin kapsamına girecek unsurların sınırını tayin etmek güç olduğundan, bazı yazarlar, “özel bir hakkın konusu olmayan bütün kişisel değerler kişilik hakkını oluştururlar” düşüncesindedirler. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında; “bir kimseyi ferdileştirmeye hizmet eden bütün değerler kişilik hakkıdır” denmektedir. Yine doktrinde, yazarların çoğu tarafından benimsenen *Egger*'in yapmış olduğu sınıflandırmaya göre, kişisel değerler “iç kişisel değerler” ve “dış kişisel değerler” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *Egger*'e göre, insanın insan olması sebebiyle var olduğu kabul edilen iç kişisel değerler; bedensel bütünlüğe ilişkin değerler olan vücut, yaşam, sağlık ve ruhsal değerlere ilişkin olan ruhsal bütünlük üzerindeki hak, faaliyet özgürlüğü ve kişisel

³⁰ Bilge Öztan, **Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar** (15. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), s.255-256.; Akipek-Akıntürk-Karaman, **a.g.e.**, s. 347-348.; İlknur Serdar, **Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlâli ve Kişiliğin Korunması** (Ankara: Tuhan Kitabevi, 1999), s. 28-29.

³¹ Kişilik hakları bilindiği üzere, 1982 Anayasasının “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmında, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altındaki ikinci bölümde, m. 17 ve m. 40 arasında güvenceye kavuşturulmuştur.

³² Kemal Oğuzman - Özer Seliçi - Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku** (12. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012), s. 4-5.; Öztan, **a.g.e.**, s. 208.

iç gücü üzerindeki haklardan oluşmaktadır. Egger'e göre dış kişisel değerler ise, ilişkide bulunma hakkı olarak nitelenen, birlikte yaşamının sonucu olarak doğan, kişinin toplum içindeki durumunu belirleyen, "şeref ve haysiyet, isim, meslek unvanı, ticari tanıtma araçları, resim, ses" gibi değerlerdir. Doktrinde yer alan diğer bir sınıflandırma ise, kişisel değerleri; "fiziki kişilik değerleri", "duygusal kişilik değerleri" ve "sosyal kişilik değerleri" olarak üçe ayırır. Buna göre fiziki kişilik değerleri; bedensel bütünlük, yaşam, sağlık gibi kişinin bedensel dokunulmazlığı üzerindeki haklarıdır. Duygusal kişilik değerleri ise; kişinin karar ve serbest irade özgürlüğü ve kişinin toplum içindeki yeri ve birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanına giren haklardan oluşur. Sosyal kişilik değerleri ise; basın yolu ile en çok saldırıya uğrayan, kişinin toplum içindeki durumunun korunmasına ilişkin olan, "şeref ve haysiyet, özel yaşam, isim, resim, ticari marka, meslek sırları, kişinin mesleki durumu, ekonomik gücü, vb." değerler üzerindeki haklardır.³³

2.3. Kişilik Haklarına Yapılan Saldırı

Kişilik haklarına, hukuki bir işlem nedeniyle (akdi bir ilişkiye dayalı olarak) saldırıda bulunulacağı gibi, haksız fiil ile de (akdi dışı bir ilişkiye dayalı olarak) saldırıda bulunulabilir. TMK. m. 23 ve TMK. m. 24; kişiliğin özel hukuk kapsamında korunmasının genel esaslarını içerir. Türk Medeni Kanununun 23. maddesinde kişilik hakları, hukuki bir işlem nedeniyle yapılan saldırıya karşı korunmaktadır. Türk Medeni Kanununun 24. maddesinde ise kişilik hakları, haksız fiille yapılan saldırıya karşı korunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu m. 58 de, haksız fiil ile kişilik haklarına yapılan saldırılar sonucunda zarar gören kişilik haklarını güvence altına alan bir diğer hükümdür.³⁴ Akdi bir ilişkiye dayalı olarak kişilik haklarına yapılan saldırı söz konusu olduğunda, kişinin bizzat yapacağı hukuki işlemler sonucunda kişilik haklarının zarar görmesi durumu ortaya çıkar. Akdi bir ilişkiye dayalı olarak kişilik haklarına saldırı, *akdi bir ilişkiye uygun* bir davranışla yapılacağı gibi, *akdi ilişkiye aykırı* bir davranışla da yapılabilir. Akdi ilişkiye uygun davranış; Türk Medeni Kanununun 23. maddesinde yer alan, "kimsenin kişilik haklarından vazgeçemeyeceği" hükmü ile ilgilidir. Buna göre, bir kişinin, kişilik haklarından vazgeçeceğine ilişkin olarak yaptığı sözleşmeler hükümsüzdür. Akdi ilişkiye aykırı davranış ise, ya akitten doğan bir borcun ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda söz konusu olabilir. Bir kimsenin, özel yaşamı ile ilgili bir röportaja izin vermesi ancak anlaşmaya aykırı olarak bu röportajın yayımlanması sırasında özel hayatına ilişkin sırların deşifre edilmesi vb. durumlar, akdi ilişkiye aykırı davranışla kişilik hakkına yapılan saldırıya örnektir.³⁵

³³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 5-6; Öngören, **a.g.e.**, s. 65.

³⁴ Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 182-183.; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.9. ve s.14.

³⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 9-10.; Serdar, **a.g.e.**, s.68-69.

Kişilik haklarına haksız fiillerle yapılan saldırılar, maddi bir fiile dayanabileceği gibi, söz, yazı, uygunsuz fotoğraf çekmek gibi maddi olamayan fiillere de dayanabilir. Basın yoluyla kişisel değerlere yapılan saldırılar, maddi kişisel varlıklardan çok manevi kişisel değerler ile ilgili olarak meydana gelebilir. Ancak, bir kimsenin özel hayatının sırlarını açıklayan bir belgenin yayımlanması sonucunda bu kimsenin kalp krizi geçirmesi halinde olduğu gibi, maddi olmayan bir saldırı sonucu maddi kişisel değerlerinin zarar görmesi de mümkündür. Bunun yanında, yüzüne tokat atılan bir kimsenin şeref ve haysiyetine saldırılmış olunması durumundaki gibi, maddi bir fiille kişinin manevi değerleri zarar görmüş olabilir. Bu çalışmadaki inceleme konumuz ise, yazı ve resim ile ilişkili olan, basın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırılardır.³⁶

2.4. Saldırıya Uğrayan Kişilik Haklarının Korunması

Kişilik haklarını koruyan kamu hukuku kurallarının başında uluslararası düzenlemeler gelir. Bunlar arasında en önemlileri arasında 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1948 tarihli Avrupa İnsan Hakları Evrensel Beyanname, 1929 tarihli Cenevre Sözleşmesi, Medeni ve Siyasi haklar Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması, 1950 tarihli Roma Konvansiyonu sayılabilir. Uluslararası kaynaklar dışında kamu hukuku alanında Anayasamızda da daha önce belirtmiş olduğumuz üzere kişilik haklarını koruyan önemli maddeler yer alır. Bunun yanında, Türk Ceza Kanununun bir çok maddesi ve nihayet, 5187 sayılı yeni Basın Kanununun özellikle 11. maddesi ve kısmen 13. maddesi, kişilik haklarını korumaya ilişkin kamu hukuku alanında yapılmış düzenlemeler arasında yer almaktadır.³⁷

Kişilik hakları, özel hukuk kurallarıyla da korunmuştur. Yukarıda bahsedilmesine rağmen, yeri gelmişken vurgulamak gerektiği üzere; akdi bir ilişkiye dayalı olarak yapılan saldırılar sonucunda zarar gören kişilik hakları Türk Medeni Kanununun 23. maddesinde güvence altına alınmıştır. Akit dışı bir ilişkiye dayalı olarak (haksız fiille) yapılan saldırılar sonucu zarar gören kişilik hakları ise genel olarak Türk Medeni Kanununun 24. maddesinde ve Türk Borçlar Kanununun 58. Maddesinde güvence altına alınmıştır³⁸.

3. Basın Yoluyla Kişilik Haklarına Yapılan Saldırıdan Doğan Hukuki Sorumluluğun Şartları

Özel hukuk ve kamu hukuku kapsamındaki düzenlemelerle yukarıda incelendiği şekilde güvence altına alınan kişilik haklarının saldırıya uğraması halin-

³⁶ Serdar, **a.g.e.**, s. 70-71.; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.9.

³⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 12-13.; Akipek-Akıntürk-Karaman, **a.g.e.**, s. 352-353.

³⁸ Akipek-Akıntürk-Karaman, **a.g.e.**, s. 354.; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 14-15.; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 183 ve s. 189.

de, ortaya hem cezai hem de hukukî sorumluluk³⁹ çıkacak ve diğer haklarda olduğu gibi uğranılan zararın giderilmesi gerekecektir. Çalışmamızda, kişilik haklarının korunması açısından, taşıdığı önem sebebiyle incelemeye değer bulduğumuz, uğranılan zararın giderilmesine yönelik olan hukuki sorumluluk etrafıca ele alınıp, zarar vereni cezalandırmaya yönelik olup toplumsal karakter taşıyan cezai sorumluluğa istisnai olarak yer verilecektir.

Basın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırılar sonucunda hukuki sorumluluğun doğup, ortaya çıkan zararın giderilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

3.1. Basın Yoluyla Yapılan Açıklama ile Kişilik Hakları Saldırıya Uğramış Olmalıdır

Basın yoluyla yapılan açıklama ile kişilik haklarının saldırıya uğraması ve bunun sonucunda hukuki sorumluluk doğması için⁴⁰, öncelikle bir “saldırı”nın söz konusu olması, yani “hukuka aykırılık”⁴¹ unsurunu taşıyan bir yayının yapılmış olması gerekir. Bazı yazarlara göre, hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını tespit ederken, şöyle bir yol izlenmelidir: Basın kamu görevini yaparken göz önünde tutulan amaç yani kamu menfaati ile, söz konusu münferit durumda kişilik haklarına verilen zarar arasında açık bir oransızlık varsa, yayının hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir. Gerçek olmayan, onur kırıcı bir haber yoluyla kişilik haklarına yapılmış olan bir saldırı söz konusuysa, saldırıda bulunanın kusursuz olması durumunda bile “hukuka aykırılık” unsurunun var olduğu kabul edilir. Hukuka aykırılık unsurunu taşıyan durumlara örnek olarak; “objektiflikten ayrılmak, haber sınırını aşmak, genişletici ve yanlış yorumlarda bulunmak, gerçek dışı haber vermek, açıklamanın içeriğinde yersiz ve onur kırıcı deyimler kullanmak, dürüstlük kuralına aykırı davranmak, sansasyon amacıyla yayın yapmak” verilebilir.⁴²

³⁹ Hukukî sorumluluk ve cezai sorumluluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Henri Deschenaux – Pierre Tercier, **Sorumluluk Hukuku**. Çeviren: Salim Özdemir (Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983), s. 2 vd.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı (Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2012), s.804-805.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman-Seliçi- Özdemir, **a.g.e.**, s. 190-191.

⁴² Mustafa Reşit Karahasan, **Tazminat Hukuku** (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1996), s.982.; Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler** (Dördüncü Bası. İstanbul: Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti., 2012), s. 149-150. Ayrıca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 06.03.2002 gün ve 2002/4-115-151 sayılı kararı aynı yöndedir. Bkz.: Harun Bulut, **Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları** (1. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006), s.158.

3.2. Saldırı Sebebiyle Bir Zarar Meydana Gelmelidir

Sorumluluğun genel unsurlarından olan “zarar” unsuru, saldırı sonucu meydana gelmiş olmalıdır. O halde, zarar yoksa, sorumlu da yoktur. Saldırı sonucu maddi bir zarar⁴³ (kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalma) söz konusu olabileceği gibi, manevi bir zarar⁴⁴ (bir kişinin parayla ölçülemeyen kişisel değerleri ile ilgili olarak iradesi dışında meydana gelen zarar) da söz konusu olabilir. Örnekle açıklamak gerekirse, basın yoluyla şeref ve haysiyeti, özel yaşamı, ismi ve diğer kişilik değerlerini saldırıya uğrayan bir kimse, bu durumda telefon görüşmeleri yaparak ve ilânlar vererek zararın önlenmesi ya da çoğalmasının engellenmesi için tedbirler alırsa, bunlar için giriştiği masraflar, maddi zarardır. Manevi zarara ise, söz konusu saldırı sonucu kişinin ruhsal dengesinin bozulması ve yaşama zevkinde meydana gelen azalma örnek olarak verilebilir. Şunu da belirtmek gerekir ki, basın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırı sonucunda genel olarak kişinin manevi değerleri zarar gördüğünden, zarar gören kimisenin genellikle “manevi tazminat” talep ettiğine rastlanmaktadır.⁴⁵

3.3. Saldırı ile Zarar Arasında İlliyet Bağı Olmalıdır

İlliyet bağı, hukuki sorumluluğun oluşumunda büyük önem taşır. İlliyet bağı, zararın giderilmesinin yani tazminat hukukunun temel ilkesi olarak nitelenebilir. İlliyet bağı, zarar ile söz konusu olay ya da davranış arasında bir sebep-sonuç bağının bulunması demektir. Saldırı ile zarar illiyet bağı ilişkisinin var olup olmadığı, her şeyden önce mantık kurallarına göre belirlenir. Kişilik hakkına basın yoluyla saldırı, bu saldırı sonucunda meydana gelen zararın uygun sebebi ise ve de söz konusu zarar, saldırı fiilinin uygun sonucu ise, uygun illiyet bağının varlığından bahsedilir.⁴⁶

Uygulamada illiyet bağı, kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda yansıma yoluyla başkalarına tesirin söz konusu olup olmayacağı bakımından, tartışma konusu olma niteliğini taşır. Örnekle açıklamak gerekirse; basın açıklamasında, belli bir kimseyi hedef almadan, o mesleği icra edenler için hakaret niteliği taşıyan ifadeler kullanılması durumunda, o meslekteki herkesin, kendilerine saldırı yapılmış olduğu gerekçesiyle tek tek dava açıp açamayacağı tartışma konusudur. Bu konuda birbirleriyle çelişen kararlar olduğundan, Yargıtay kararları yeterli derecede açıklayıcı değildir. Bazı yazarlara göre ve de kanımızca, o meslektekilerin tek tek dava açması durumunda, zarar veren, orantısız

⁴³ Eren, **a.g.e.**, s. 781-782.

⁴⁴ Eren, **a.g.e.**, s.781 ve s. 804.

⁴⁵ Serdar, **a.g.e.**, s. 213-214.; Haluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku** (Ankara: AÜHFY, 1961), s. 69.

⁴⁶ Eren, **a.g.e.**, 804.

şekilde, yüklü bir manevi tazminatla karşı karşıya gelecektir. Nitekim, bu kadar büyük olan tazminat miktarının zarar veren tarafından karşılanması genelde olanaksızdır. Bu durum ise, yargı merciinin kararını etkisiz bırakacaktır. O nedenle, somut olayın özelliklerine göre dava sahiplerinin “tazminat” yerine “zarar verenin eyleminin hukuka aykırı olduğunun tespiti ve kınanması (Türk Borçlar Kanunu m. 58/II’de belirtildiği şekilde) istemi”nde bulunması (çalışmamızın 6.1. bölümünde tekrar değinileceği üzere) yerinde olacaktır.⁴⁷

4. Basın Açıklamalarında Hukuka Uygunluk Sebepleri ve Yararların Çatışması

Basının sahip olduğu “haber verme”, “denetim ve eleştiride bulunma” ve “kamu oyu oluşturma” gibi başlıca görevler aynı zamanda birer haktır. Doktrinde bu hakların aynı zamanda hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu düşüncesinde olanlar vardır.⁴⁸

Basın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda, basının belli konularda serbestçe açıklamada bulunmasına ilişkin yarar ile ferdin kişilik haklarına ilişkin yararı çatışmaktadır. Somut olayda, basın özgürlüğü ile kişilik hakları çatıştığında, hangisinin korunacağı, başka bir deyimle, basın özgürlüğü kişilik haklarına zarar verir nitelikte kullanıldığında, öncelikle söz konusu yayının hangi durumlarda hukuka uygun sayılabileceğini incelemek gerekir.⁴⁹

Basın açıklamalarıyla ilgili olarak hukuka uygunluk sebepleri doktrinde; “rıza”, “özel uygunluk sebepleri” ve “genel uygunluk sebepleri” olmak üzere üçe ayrılmaktadır.⁵⁰ Bahsedilen hukuka uygunluk sebeplerinin dayanağı Türk Medeni Kanunu m. 24/II’dir. Buna göre; “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”

4.1. Basın Açıklaması Sebebiyle Zarar Görenin Rızasının Bulunması

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimse, rızasıyla zarara sebep olmuşsa, zarar verenin eylemi hukuka aykırı sayılmaz.⁵¹ Ancak rıza, Medeni Kanunun 23. maddesinde belirtildiği üzere kişilik haklarından vazgeçme niteliğinde olmamalıdır. Bir kimse, resminin basılıp yayımlanmasına ya da kendi yaşamı hakkında yazı yazılmasına rıza

⁴⁷ Kartal, **a.g.m.**, s. 118-119.

⁴⁸ İçel-Ünver, **a.g.e.**, s. 282.

⁴⁹ Karahasan, **a.g.e.**, s. 984-985.; Eren, **a.g.e.**, s. 806.

⁵⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 119.

⁵¹ Mustafa Dural - Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku, Cilt II Kişiler Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012), s. 149-150.; Helvacı, **a.g.e.**, s. 141.; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 191-192.

gösterebilir. Bu ve benzeri durumlarda yapılan yayınlar, kişinin rızasına dayandığı için, hukuka aykırılık ortadan kalkar. Her konuda rızanın olması mümkün değildir. Rızanın sonuca etkili olabilmesi için, hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerekmektedir. Ayrıca, rızanın saldırıdan önce verilmiş bulunması, basın açıklamasının rıza gösterilen kısımla ilgili olması ve rıza gösteren kimsenin temyiz gücüne sahip bulunması gerekir.⁵² Bazı yazarlara göre rıza, hukuka uygunluk sebebi teşkil eder nitelikte değilse de, yeni TBK. m. 52 uyarınca tazminattan indirim sebebi oluşturabilir.⁵³

4.2. Özel Hukuka Uygunluk Sebepleri

Basın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırılarda, özel hukuka uygunluk sebepleri ile istisnai olarak karşılaşılar. “Meşru müdafaa”, “zaruret hali” ve “bir görevin ifası” özel hukuka uygunluk sebepleridir.

4.2.1. Meşru Müdafaa

Basın açıklamalarında, kişilik haklarına saldırı nitelikli bir yayın hazırlığı ya da var olan yayının devam etmesi durumunda meşru müdafaa durumu söz konusu olabilir. Örneğin, bir gazetede, “yarın A’nın adının karışmış olduğu yolsuzluk olayını açıklayacağız” şeklinde bir haber yayınlandığında, bu durumda hem kişilik haklarına saldırıda, hem de asıl yayına ilişkin bir hazırlıkta bulunulmuştur ve zarar tehlikesi doğmuştur. Ancak, ortada henüz bir açıklama olmadığından ve açıklamanın içeriği bilinmediğinden, bu yayına karşı 5187 sayılı yeni Basın Kanununun 14. maddesinde düzenlenmiş olan cevap ve düzeltme hakkı kullanılamaz.⁵⁴ Olayın mağduru olan A, bu yayını önlemek (örneğin ihtiyati tedbir yoluyla) gibi hukuksal başvuru yolları yoksa, başka bir gazetede ya da özel bir broşür yayınlayarak, aleyhine yayın yapan gazetenin yalan haber verdiğini, sansasyon amaçlı bir gazete olduğunu, haberi veren muhabirin meslek ahlakı ve bilincinden uzak olduğunu belirterek olayın gerçek yüzünü kamu oyuna açıklayabilir. Burada, kişilik haklarına saldırı içerikli bir basın açıklamasına karşı, saldırıda bulunanın yaptığı haksızlığı gösterecek cevap niteliğindeki yayın yoluyla, meşru müdafaa hakkının kullanılması söz konusudur. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, karşı yayında kullanılan ifadelerin, kişilik haklarına saldırıda bulunan ilk yayına nazaran daha ağır olmaması, her ikisinin ağırlığının denk olması gerekir.⁵⁵

⁵² Kartal, **a.g.m.**, s. 106.; Akipek-Akıntürk-Karaman, **a.g.e.**, s. 401 ve 403.; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 199.; Dural-Öğüz, **a.g.e.**, s.150.

⁵³ Helvacı, **a.g.e.**, s. 105, Dural, **a.g.e.**, s. 149.

⁵⁴ Atilla Coşkun, **Gazete, Radyo ve Televizyon Yayınlarında Cevap Hakkı** (İstanbul: Legal Yayıncılık Ltd. Şti., 2002), s. 43 vd.

⁵⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.120-121. Bazı yazarlara göre “meşru müdafaa”, hukuka aykırılığı kaldıran sebeplerden “üstün nitelikte özel yarar” kapsamında incelenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 199-200.; Dural-Öğüz, **a.g.e.**, s. 150.

4.2.2. Zaruret Hali

Doktrinde zaruret halinin, üçüncü kişinin yalnızca malvarlığına verilen zararlarla sınırlı olan bir hukuka uygunluk sebebi değil, üçüncü kişilerin şahıs varlığına verilen zararlar için de söz konusu olduğu düşüncesini benimseyenler vardır. Kanımızca da zaruret halinde başkasının kişilik haklarına zarar verme durumu söz konusu olabilir. Basın yoluyla böyle bir hukuka uygunluk sebebinin doğabileceği şu örnekle açıklanabilir: Bir gazetede, “yarınki sayımızda, ilaç sektöründe faaliyet gösteren A firmasının ithal ettiği ve yabancı ülkelerde yasaklanmış olan ilaçlarla ilgili haberi yayınlayacağız” şeklinde bir basın açıklaması yapılmışsa, söz konusu A firması esasen doğru olmayan bu haberi, başka bir gazete aracılığı ile ya da özel bir broşürle, “söz konusu ilaçları ithal eden firmanın kendileri olmadığını, bu ilaçların B firmasına ait olduğunu, haber için kendi firmasının adının geçmesinde yanlışlık olduğunu” açıklayabilir. Burada, A firmasının yaptığı yayınlara B’nin kişilik haklarına zarar vermesi söz konusudur ve bu saldırı, “zaruret hali” nedeniyle hukuka uygun olarak değerlendirilecektir.⁵⁶

4.2.3. Bir Görevin İfası

Kamu menfaatini koruyan kanun hükümleri uyarınca, “bir görevin ifası” ya da “kanunun verdiği yetki”⁵⁷ başlığı altında; kamu görevlileri ve kurumlarının kanunlardan kaynaklanan yetkileri incelenir. Kamu görevlileri ve kurumları, görevlerini ifa ederken kişilik haklarına saldırıda bulunsalar da söz konusu yetkinin kanunlarda düzenlenen maddi ve şekli şartlara uygun olarak kullanılması durumunda hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Ancak, görevin ifa edildiği ya da diğer deyişle kanunun verdiği yetkinin kullanıldığı her durumda hukuka aykırılığın ortadan kalkmasından bahsedilemez⁵⁸.

Hukuka uygunluk sebeplerinden “bir görevin ifası”; yetkili makamın emrinin yerine getirilmesi, yasal yükümlülüğün yerine getirilmesi vb. şeklinde olabilir. Örneğin, sıkıyönetim makamlarının suçlulara yönelik “teslim ol” çağrısında bulunmaları durumunda, mahkemelerin ise suç faillerinin kimliğini açıklamaları durumunda ve bunun gibi, güvenlik kuvvetlerinin bazı emirlerinin yayımlanmasının gerektiği durumlarda, bu görevlerin basın organlarınca yerine getirilmesi hukuksal sorumluluk doğurmaz.⁵⁹

⁵⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.121.; Akipek-Akıntürk-Karaman, **a.g.e.**, s. 401.

⁵⁷ Akipek-Akıntürk-Karaman, **a.g.e.**, s. 402.

⁵⁸ Dural-Öğüz, **a.g.e.**, s. 151-152.; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 211.

⁵⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.122.; Akipek-Akıntürk-Karaman, **a.g.e.**, s. 402.

4.3. Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri

Doktrindeki genel görüşe göre ve Yargıtay'ın da aynı yöndeki kararları doğrultusunda; haber, resim, yazı vb. basılmış eser aracılığıyla kullanılan basın özgürlüğü kişilik haklarına zarar verir nitelikte kullanıldığında, “yararların çatışması ve üstün yarar ilkesi”, “kamu yararının gözetilmesi ilkesi”, “gerçeklik ilkesi”, “güncellik ilkesi”, “konu ile ifade arasındaki düşünsel bağlılık (basın açıklamalarının sunulmuş biçimi)” vb. genel hukuka uygunluk sebeplerine uyulduğu takdirde, artık söz konusu yayın, hukuka uygun sayılacaktır.⁶⁰

4.3.1. Yararların Çatışması ve Üstün Yarar İlkesi

Bilindiği üzere, hukuk kurallarının amacı, kişileri haksız saldırılara karşı korumaktır. Böyle bir saldırı karşısında, birbiriyle uyuşmayan iki yarar karşı karşıya bulunur. Bu çatışma, hem malvarlığına ilişkin yararlar için, hem de kişi varlığına ilişkin yararlar için söz konusu olabilir. Bu yarar çatışmaları kişiler arasında olabileceği gibi, devletle kişiler arasında da olabilir ve çatışma, sözleşme dışı ilişkilerden doğabileceği gibi, sözleşmeye dayanan ilişkilerden de doğabilir. Hukuk düzeni, çatışan yararlardan her ikisini aynı zamanda birlikte koruyamayacağından, bir tanesini korur ve böylelikle çatışmayı çözer. Doktrinde bu durum; “Yararların çatışması ve üstün yarar ilkesi” olarak adlandırılır. Sonuç olarak, çatışan yararlardan yalnızca birinin hukuka uygunluğu kabul edilmektedir. Çatışan yararlardan hangisinin korunması gerektiği bazen kanun tarafından belirlenmiştir, bazen de yararların sınırı belli edilmediğinden hakime Türk Medeni Kanununun 1. maddesi uyarınca geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Hakim, her somut olayda, bütün durum ve şartları değerlendirerek ve tarafların yararlarını tartarak, saldırının hukuka aykırılığı ya da hukuka uygunluğu konusunda bir karar verecektir. Bunu yaparken, çatışan varlıklar derecelendirilerek tartılacak, saldırının üstün tartılan amaç (uygun amaç) için uygun bir araç olup olmadığına karar verilecektir. Bunun sonunda, zarara yol açan yararın üstünlüğüne karar verildiğinde, zararı doğuran fiil hukuka aykırı olarak değerlendirilmeyecektir. Üstün olan yararın korunması sonucunda sınırlandırılmış olan diğer yararın sahibi, hukuksal korumadan yararlanamayacağından, hukuka aykırılık iddiasında bulunamayacaktır.⁶¹ Basında yer alan yazı, resim, karikatür ile kişilik hakkına saldırı olup olmadığının tespiti için hakim; basının belli bir kişiyle ilgili halkı aydınlatma konusundaki menfaati ile bu kişinin böyle bir yazıya konu olmama hususundaki menfaatini karşılıklı olarak tartmalıdır. Söz konusu çatışan menfaatleri tartarken hakim, basın özgürlüğünün dayanaklarını ve basının işlevini göz ardı etmemelidir. Nitekim, devlet yöneticilerinin, ünlü sanatçı ve yazarların, sporcuların ve kendilerini kamunun ilgisine sunmuş başka deyişle toplu-

⁶⁰ Bkz.: İçel-Ünver, **a.g.e.**, s. 286.

⁶¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 110-111.; Karahasan, **a.g.e.**, s. 984.

ma mal olmuş kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi gereğince hoşgörülü olmaları gerekir. Basının kamuyu bilgilendirme işlevi ve kamunun bu bilgileri edinmedeki menfaatinin, devlet yöneticileri, sanatçılar vb. kişilerin basılmış esere konu olmamak hususundaki menfaatlerine üstünlüğü gereğince, basın, çoğu zaman bu kişilerin özel hayatlarına müdahale edebilmektedir.⁶²

Türk Medeni Kanunu m. 24/II'de, kişilik hakkına verilebilecek zararın üstün bir kamu yararı sebebiyle de haklı kılınabileceğinden bahsetmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, bu maddede, bazı durumlarda kamu yararının kişilik hakkına üstün tutulacağı düzenlenmiştir. Kişi özgürlüğü, diğer kişilerin (kamu) özgürlüğü ile sürekli çatışma halindedir ve kişilik hakları, diğer kişilerin yararları ve özellikle kamu oyunun bilgi edinme hakkı ve düşüncelerini serbestçe ifade edebilme hakkı ile çatışmaktadır.⁶³

O halde hakimin, üstün yararın saptanması konusunda takdir hakkını kullanırken titiz davranması gerekecektir. Yargıtay kararlarına göre; basın yoluyla kişilik hakkına saldırı olup olmadığının tespiti ancak hakimlik mesleğinin gerektirdiği bilgi ile olmalıdır ve bu konuda bilirkişiye başvurulmamalıdır.⁶⁴ Aşağıda, üstün yararın saptanmasında hakimin başvurabileceği bazı ölçütler yer almaktadır.

4.3.2. Kamu Yararının Gözetilmesi İlkesi

Kamu yararı ve düzeni, bütün temel hak ve ödevlerin yasalarla belirlenmesinde gözetilen nihai amaçtır.⁶⁵ Bazılarınca kamu yararı, basına tanınan özgürlüğün de temel dayanağı olarak nitelenir. Kamu yararının ne olduğu konusunda açık ve sınırları belli bir tanım yapmak olanaksızdır. Kamu yararı kısaca, toplumun menfaatlerinin ferdin menfaatlerine üstün tutulması olarak ifade edilebilir. Oysa hukuk düzeni genel olarak her iki menfaati de ayrı zamanlarda korumaktadır. Ancak daha önce belirttiğimiz gibi, bu iki menfaatin karşı karşıya geldiği durumlarda, hukuk düzenince her ikisi de birden korunamayacağından, birinin diğerine feda edilip, üstün olanın korunması gerekmektedir.⁶⁶

⁶² Akipek-Akıntürk-Karaman, **a.g.e.**, s. 388.; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 207.; Dural-Öğüz, **a.g.e.**, s. 133.; Çetin Özek, **Türk Basın Hukuku** (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978), s.242. Ancak buna karşılık "Caroline kararı" adlı karara göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel hayata müdahale ve basın özgürlüğü arasındaki dengenin, yayım konusu fotoğraf ve haberlerin kamu menfaatine katkı ölçüsünü tartarak sağlanması gerektiğini ve halkın, topluma mal olmuş kişilerin özel hayatlarını bilme konusunda her zaman yasal menfaatlerinin olamayacağını belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 208.

⁶³ Serdar, **a.g.e.**, s. 125-126.; İnel-Ünver, **a.g.e.**, s.284-285.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 203.; Helvacı, **a.g.e.**, s. 149.

⁶⁵ Öngören, **a.g.e.**, s. 86.

⁶⁶ Kartal, **a.g.m.**, s. 120.; Eren, **a.g.e.**, s. 807-808.

Konumuz olan “basın yoluyla kişilik haklarına saldırı halinde hukuki sorumluluk” açısından duruma bakıldığında, kamunun, kendisini ilgilendiren konularda bilgilendirilmesinin gerektiği açıktır. Çünkü ancak bu bilgilendirme yolu ile toplumu oluşturan bireyler olup bitenlerden haberdar olup buna göre davranışlarında tercihini kullanacaktır.⁶⁷ Basın böylelikle yol gösterici olma işlevini de gösterecektir. Bu görevi yapan basın, açıklamalar yaparak yetkisini kullanırken, bazı kişilerin kişilik haklarına saldırabilmektedir.⁶⁸ Somut olayda eğer kamu yararının üstün tutulması gerekiyorsa, üstün yarar ilkesi gereğince yapılan yayının hukuka uygun olduğu kabul edilecek, olayda kamu yararının üstün tutulması gerekmiyorsa, basın yoluyla kişilik haklarına saldırıda bulunulmuş olunduğuna karar verilecektir.⁶⁹

4.3.3. Basın Açıklamalarının Gerçek Olması Gereği

Gerçeklik, basın açıklamasının ya da eleştirilen olayın gerçeğe uygun olmasını ifade eder. Söz konusu gerçeklik, olayın haberin verildiği andaki belirli biçimine uygunluktur. Eleştirilen bir olayın gerçeği yansıtması durumunda, en sert eleştiriler dahi haklı kabul edilebilir. Ancak basın açıklamasının, üslup ve konu açısından da hukuka aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Basın açıklaması yapılırken, insan şeref ve haysiyetini ihlâl eden, kişileri küçük düşürücü üsluptan uzak durulmalıdır.⁷⁰

Gerçeklik, orta düzeyde bir okuyucunun ya da dinleyicinin basın açıklamasından edineceği kanıya göre belirlenir. Açıklama yapan, bunun gerçeğe uygun olduğunu kanıtlamalıdır, yoksa kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimse, açıklamanın gerçek olmadığını kanıtlamak zorunda değildir.⁷¹

⁶⁷ İçel-Ünver, **a.g.e.**, s. 280.

⁶⁸ Yargıtayın 4. HD.’nin 17.11.1978 tarih ve 1444 E., 12805 K. sayılı kararına göre, 743 sayılı MK. m. 24 (4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu m. 24.’e karşılık gelir) ve 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 49 (6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu m. 58’e karşılık gelmektedir); basın özgürlüğünü sınırlamaktadır. Buna karşılık kişinin haklarının sınırı da kamu yararı gözeterek aşılabilir. Bkz.: Öngören, **a.g.e.**, s. 107. Ayrıca, Yargıtay 4. HD.’nin 18.03.2004 gün ve 2684-3675 sayılı kararı da aynı yöndedir. Bkz.: Bulut, **a.g.e.**, s. 154.

⁶⁹ Kartal, **a.g.m.**, s. 120.; Helvacı, **a.g.e.**, s. 147. Yargıtayın 4. HD.’nin, 06.07.1983 tarihli, 4456/6868 sayılı kararına göre, kamu yararı gerektiğinde kişi yararına üstün tutulmalıdır. Bkz.: Cevat Özel, **Türk Medya Hukuku** (1. Baskı, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 1999.), s. 229.

⁷⁰ İçel-Ünver, **a.g.e.**, s. 286.; Özek, **a.g.e.**, s. 239-240.; Ömer Gedik, **Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü** (Birinci Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), s. 156 ve s. 158.; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 204.; Dural-Öğüz, **a.g.e.**, s. 131.; Helvacı, **a.g.e.**, s.148-149.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun aynı yöndeki 30.01.2002 gün, 55-27 sayılı kararı ve yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29.05.2002 gün ve 447-465 sayılı kararı için bkz.: Bulut, **a.g.e.**, s. 164.

⁷¹ Kartal, **a.g.m.**, s. 121.

Bir gazetecinin haber yayınlamadan önce kendisinden beklenen özeni gösterip, haberin doğruluğunu araştırması gerekmektedir. Basın açıklamasının ya da haberin, hukuka uygunluk sebebinin barındırabilmesi için, öncelikle gerçeğe uygun olması gerekir.⁷² Bu şu bakımdan da önemlidir; haber gerçekse, kişilik haklarına saldırı niteliğini taşısa bile artık manevi tazminat talep edilemeyecektir.⁷³ Gerçeklik ilkesinin, haber vermenin yanında, eleştirme, değerlendirme, yorumlama sırasında da var olması gerekir. Hukuka aykırı olan ise, olmayan ya da yalan olan yani gerçek dışı bir haberi vermektir. Esasen doğru olan bir habere gerçek dışı eklemeler yapılması ya da gerçek olaydan başka bir anlam çıkarmaya yol açar şekilde olayın aşırı derecede abartılması da hukuka aykırılık yaratır.⁷⁴ Örneğin, bir haberin gerçek olduğuna dair belge ve diğer delillere yayın sırasında sahip olunması şarttır. Bir haberin yayınlanmasından sonra, davalının haberin doğruluğunu kanıtlamak için mahkeme aracılığıyla delil sağlamaya çalışması, haberin gerçekliğinin kabulünü sağlamaz.⁷⁵

4.3.4. Basın Açıklamalarının Güncel Olması Gereği

Basın açıklamasının güncel olması, olayın açıklandığı tarihlerde söz konusu açıklamayla ilgili kamu yararının bulunması esasına dayanır. Basın açıklaması olay anında yapılmamış olabilir ancak makul bir süre içinde yapılması gerekmektedir. Olay, üzerinden zaman geçip toplumun ilgisini kaybetmişse ve artık bu olayın hatırlanmasında kamu yararı yoksa, artık yapılan açıklamanın söz konusu kimsenin kişilik haklarına saldırı nedeniyle yapıldığı kabul edilmektedir. Olayın üzerinden zaman geçtikten sonra yayınlanmasının, tarafsızlık ilkesine de aykırılık teşkil ettiği düşünülür. O halde, toplumsal ilgi bulunmayınca, ortada kişilik hakkı ile çatışan kamu yararının korunacak bir yönünün de bulunmadığı kabul edilir. Böyle bir durumda korunan kişilik haklarına saldırı niteliğindeki basın açıklaması, hakları zarar gören kimsenin TBK. m. 58 'e göre manevi tazminat talep edebilmesine sebep olur.⁷⁶

⁷² Yargıtayın 4. Hukuk Dairesinin 14.05.1992 tarihli 2712/ 6476 sayılı kararı için bkz.: Karahasanoğlu, **a.g.e.**, s. 988-989. Ayrıca bkz.: Nusret İlker Çolak, **Kitle İletişim Hukuku**, 2. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2010), s. 215-216.; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 204-205.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz.; Yargıtay 4. HD.'nin 24.03.1978 tarihli, 3578/3908 sayılı kararı: Karahasanoğlu, **a.g.e.**, s. 991.

⁷⁴ Karahasanoğlu, **a.g.e.**, s. 985.; Eren, **a.g.e.**, s. 807.; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s.210.

⁷⁵ İçel-Ünver, **a.g.e.**, s. 288; Özek, **a.g.e.**, s. 240-241.

⁷⁶ Yargıtayın 4. HD.'nin 19.0.1988 tarihli 8085 / 344 sayılı kararı da bu yöndedir.: Bkz. Karahasanoğlu, **a.g.e.**, s.999.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.02.2004 gün ve 61-110 sayılı kararı da aynı yöndedir. Bkz.: Bulut, **a.g.e.**, s. 161.; ayrıca bkz.: Özek, **a.g.e.**, s. 243.; İçel-Ünver, **a.g.e.**, s.295.; Eren, **a.g.e.**, s.808.; Çolak, **a.g.e.**, s.217.; Gedik, **a.g.e.**, s.160-161.

Geçmişteki bir olayı basın açıklaması ile gündeme getirmenin güncellik ilkesinden ayrılmaya yol açacağıın istisnaları yok değildir. Örneğin, kişinin yeni işlediği bir suç ile ilgili açıklama yapılırken, geçmişte işlemiş olduğu başka bir suçtan da bahsedilmesinin güncellik ilkesine aykırılık oluşturmadığı düşünülür. Yine, önemli bir kamu görevine istekli olan kişilerin geçmişlerinin basın yoluyla eleştirilmesinde, hukuka aykırılık yoktur. Kişi ile ilgili geçmişteki olayın güncelliğini yitirmesine rağmen, kişinin yeniden toplumsal olayların içine girmesi güncellik arz ettiğinden, geçmişteki olayın da kişi ile sıkı sıkıya ilişkisi olduğundan, toplumun, kamuya mal olacak bu kişiyi bütün özellikleriyle bilmesine hakkı olduğu kabul edilir.⁷⁷

4.3.5. Basın Açıklamalarının Sunuluş Biçimi

Basın açıklamasının sunuluş biçimi bakımından da kamu yararı amacına uygun olması gerekir. İncelemekte olduğumuz hukuka uygunluk sebebi doktrinde; “konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık”, “yayında öze biçim arasında uygun bağ olması (haber bütün olarak ele alınması ve yalnızca içerikteki bazı sözcüklere göre yorum yapılmaması, ayrıca kullanılan dilin ve sözcüklerin başka bir anlam çıkarmaya yol açmayacak şekilde öze uygun olması gereği)” ve “basın açıklamasında kullanılan ifadeler bakımından uygunluk (açıklamada kullanılan ifadeler bakımından kamu yararı amacına uygunluğunun gerekmesi)” başlıkları altında da incelenmiştir.⁷⁸

Bir olayın basın açıklamasının yer aldığı sayfa, açıklamanın genişliği, harflerin diziliş biçimi, açıklamanın resimli olarak yapıp yapılmaması kısacası açıklamanın okuyucuya sunuluş biçimi, bir yandan kamu yararı amacına uygun olmalı, bir yandan da açıklamanın özüne uygun olması gerekmektedir. Açıklamayı yaparken sözcükler özenle seçilmeli, kişileri incitici, iğneleyici, aşağılayıcı ifadeler kullanılmamalıdır. Örneğin, bir kimsenin hırsızlıktan mahkum olduğu belirtildikten sonra, “meğer adam hırsızın biriymiş” şeklinde bir ifade kullanılırsa, bu kişi adeta hayatı boyunca hırsızlık yapmış gibi haksız bir sonuç ortaya çıkar. Kafalarda başka soru yaratarak da olaydaki açıklamanın başka bir anlama gelmesi önlenmelidir. Nitekim, bir haberi doğru değerlendirmek için gereken bütün unsurların yayınlanmaması halinde hukuka aykırılık söz konusu olabilir. Açıklama, gereksiz olmamalı ve kişilik haklarına saldırı niteliğini taşımalıdır. Örneğin, öneminin üzerinde, abartılarak gazetenin ilk sayfasında yer alan ya da gazetenin büyük bir kısmını kaplayan açıklamaların, bu biçimsel özelliklerden dolayı kamu yararı amacına uygun olmadığı ve bu şekilde ancak sürüm, sansasyon, kin, küçük düşürme vb. kişisel amaçların güdüldüğü kabul

⁷⁷ Kartal, **a.g.m.**, s. 121.

⁷⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 173.; Kartal, **a.g.m.**, s. 121.; Karahasan, **a.g.e.**, s. 1005.; Özek, **a.g.e.**, s. 243-244.; İçel-Ünver, **a.g.e.**, s. 295.; Gedik, **a.g.e.**, s. 165.

edilir. Basın açıklamaları dışında, bir değerlendirme yayını yapıldığında da aynı özen gösterilmeli, kişiler eleştirilirken gerçeklerden yola çıkılarak tarafsız bir yaklaşımla toplum, kamu oyu oluşturmak gibi haklı bir çıkar sebebiyle bilgilendirilmelidir.⁷⁹ Eleştiri, kişiye saldırı için araç değil amaç olmalıdır. Basın açıklamasının yalnızca bir kesiti değil tümü göz önüne alınarak, bunu okuyan orta seviyeli bir kişinin anlayışına göre eleştiri sınırı belirlenir.⁸⁰ Örneğin bir haberin, ölçülü olması gerekir. Buna göre; haberdeki olayın abartılması, gereksizce genişletilmesi ve böylelikle kamuyu etkileyecek bir duruma dönüştürülmesi, hakkın kötüye kullanılmasıdır. O halde haber verme hakkını kullanılırken gazetecinin hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanabilmesi için ölçülülük ilkesine de bağlı kalması gerekir. “Ölçülülük ilkesi” uyarınca; haberin verilmiş biçimi ile haberin önemi ve kamusal yarar arasındaki ölçüye uygun davranılması gerekir.⁸¹

5. Basın Açıklamalarından Dolayı Hukukî Sorumluluk

5.1. Sorumluluğun Hukukî Niteliği

Bu çalışmadaki inceleme konumuzun, toplumsal karakterli cezai sorumluluk olmayıp, zararın giderilmesine yönelik olan ve Türk Borçlar Kanunu ile güvence altına alınan hukuki sorumluluk olduğunu daha önce belirtmiştik. Bir kimsenin, basılmış eserler yoluyla işlenen fiiller nedeniyle sebep olduğu maddi ve manevi zarar sonucunda zarara uğrayan kişinin zararını tazmin etmekte zorunda kalması, hukuki sorumluluktan kaynaklanır.

5680 sayılı eski Basın Kanununun 16. ve 17. maddelerinde,⁸² esasen cezai sorumluluğun düzenlenmiş olduğu ancak, hukuken sorumlu kişilerin de var olduğu kanunun lafzından anlaşılıyordu. 5187 sayılı yeni Basın Kanunu’nda ise 11. madde, “cezai sorumluluk” başlığı altında düzenlenirken, 13. madde “hukuki sorumluluk” başlığı altında düzenlenmiştir.⁸³

5680 sayılı eski Basın Kanununun 16. maddesinde, basın yoluyla işlenen suçlarda cezaen sorumlu olan kişiler, sürekli yayınlar (mevkute) ve süreksiz yayınlara (mevkute olmayan) göre ayrı ayrı belirlenmiştir. 5680 sayılı eski Basın Kanununun 16. maddenin ilk bendine göre; “Mevkutelerle işlenen suçlarda sorumluluk, suçu vücuda getiren yazıyı yazan veya resmi yapan kimse ile bera-

⁷⁹ Kartal, **a.g.m.**, s. 117, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 177.; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 203.; Dural-Öğüz, **a.g.e.**, s. 133.; Akipek-Akıntürk-Karaman, **a.g.e.**, s. 386.

⁸⁰ Dural-Öğüz, **a.g.e.**, s. 133.; ayrıca Yargıtay 4. HD.’nin 23.06.1977 gün ve 1976/10894 – 7295 sayılı kararı da aynı yöndedir. Bkz.: Bulut, **a.g.e.**, s. 157.

⁸¹ Özek, **a.g.e.**, s. 246.; İçel-Ünver, **a.g.e.**, s. 296.

⁸² Yenisey - Özel, **a.g.e.**, s. 5-6.

⁸³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 272.

ber bu mevketenin ilgili sorumlu müdürüne aittir". 16. maddenin 4. bendine göre ise, "mevkute tanımına girmeyen basılmış eserlerle işlenen suçlarda ceza sorumluluğu, suçu oluşturan eserin yazarı, çevireni veya çizenine, fail belli olmadığı veya bu kimse aleyhine Türk mahkemelerinde dava açılmadığı veya kendisinin bilgi ve veya izni dışında yayınlandığı takdirde yayınlatana, yayınlatan belli olmazsa basana, basan da belli olmadığı takdirde satana ve dağıtana aittir". 5187 sayılı yeni Basın Kanununun 13. maddesinde ise, hukuken sorumlu kişiler belirtilmiştir. Bu maddede, hukuki sorumluluk bakımından müteselsil sorumluluk esas alınmıştır. Buna göre 5187 sayılı yeni Basın Kanununun 13. maddesinin ilk fıkrası şöyle der: "Basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddî ve manevî zararlardan dolayı süreli yayınlarda, eser sahibi ile yayının sahibi ve varsa temsilcisi, süresiz yayınlarda ise eser sahibi ile yayıncı, yayıncının belli olmaması halinde ise basımcı müştereken ve müteselsilen sorumludur."⁸⁴

Hukuki sorumluluğu Basın Kanunu açısından ileride ele almaya devam edeceğiz. Ancak yeri gelmişken, basın açıklaması yoluyla kişilik haklarına saldırı olduğunda doğan hukuki sorumluluğu, doktrindeki tartışmalara da yer vererek incelemekte fayda vardır. Böylelikle, kişilik haklarına saldırı sonucunda doğan maddî ve manevî zarara, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin mi yoksa kamu oyu oluşturma ve toplumu aydınlatma görevi olan basın ve yayın kuruluşlarının mı katlanması gerekeceği sorunu da çözüme kavuşabilecektir.⁸⁵

Bazı yazarlar, söz konusu sorunu çözümlerken "kusursuz sorumluluk" ilkesini benimserler. Bunlara göre, günümüzde kitle iletişim araçlarının ve dolayısıyla basının önlenemez etkisi karşısında, zayıf olan bireylerin hukuk düzenince korunması gerekmektedir. Şöyle ki, basın açıklaması ile haberin duyurulması sırasında, yayıncının kusuru olmasa dahi kişiye zarar verebilecek durumlar ortaya çıkmakta ve bireyler bundan dolayı mağdur olmaktadır. Kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca, yayıncı kusuru olmasa dahi sorumlu tutularak, bireylerin mağduriyeti giderilmeye ve denge sağlanmaya çalışılmaktadır.⁸⁶

Eren ve diğer bazı yazarlara göre ise, basın yoluyla kişilik haklarına saldırı olduğunda, zarara katlanması gerekenin tespitinde benimsenmesi gereken, "kusur sorumluluğu ilkesi"dir. Bunlara göre, kişilik haklarına yapılan saldırıyı yaptırma bağlayan kanun maddelerinden TBK.'nun 58. maddesinin uygulanabilmesi için kusur şarttır. Kusur tespit edilirken, orta zekâda, makûl ve dürüst bir basın mensubunun basın yoluyla açıklama vb. yaparken göstermesi gereken

⁸⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 272.; Nurettin Güz, **Basında Yasalar Suç ve Cezalar** (Ankara: Gazeteciler Cemiyeti Yayını, 1988), s. 26-27.

⁸⁵ Öngören, **a.g.e.**, s. 27.

⁸⁶ Öngören, **a.g.e.**, s. 27.

davranış ölçüt alınır. Bu ölçütten ayrılan bir tutum içinde haber, eleştiri vb. yapan basın mensubunun davranışının, basın mensubu kötünietli ya da kasıtlı olmasa dahi kusur içerdiği kabul edilir. O halde, yayından dolayı sorumluluk için kusurun varlığı zorunlu olmakla birlikte, söz konusu kusurun ağır ve hafif olması, sonuca etkili değildir ve bu ölçüler yalnızca tazminat kapsamının belirlenmesinde önem taşımaktadır.⁸⁷

TBK. madde 58’de “kusur” sözcüğü yer almamaktadır. Kanımızca, kusur sorumluluğu ya da kusursuz sorumluluk ilkelerinden birini istisnasız olarak kabul etmek yerine, hakimin titiz davranıp, basın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırıların çok hızlı şekilde, çok geniş kitlelere yayılabildiği, basının karşısında bireylerin zayıf durumda olduğu gerçeğini göz önünde bulundurarak, her somut olayı ayrı ayrı değerlendirmesi gerekmektedir.

5.2. Süreli Yayınlarda ve Süresiz Yayınlarda Hukuki Sorumluluğu Olan Kişiler

Basın yoluyla kişilik haklarına saldırılması sonucunda, süreli ya da süresiz bir yayında çıkan bir haber, yazı, çeviri, yorum ya da resim, karikatür vb. eserler sebebiyle kişilik hakları zedelenirse, meydana gelen maddi ve manevi zararlardan dolayı kimlerin hukuki sorumluluğa sahip olduğu 5187 sayılı yeni Basın Kanunu’nun 13. maddesinde düzenlenmiştir. Basın Kanunu m. 13/II’ye göre; “Bu hüküm, süreli veya süreli olmayan yayınlarda yayın sahibi, marka veya lisans sahibi, kiralayan, işleten veya herhangi bir sıfatla yayımlayan, yayımcı gibi hareket eden gerçek veya tüzel kişiler hakkında da uygulanır. Tüzel kişi şirketse, anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde en üst yönetici, şirket ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.” Basın Kanunu m. 13/III’e göre; “Zararı doğuran fiilin işlenmesinden sonra yayının her ne surette olursa olsun devredilmesi, başka bir yayınlara birleştirilmesi veya sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin herhangi bir surette değişmesi halinde, yayını devir alan, birleşen ve her ne surette olursa olsun yayın sahibi gibi hareket eden gerçek ve tüzel kişiler ve anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde üst yönetici, bu fiil nedeniyle hükmedilecek tazminattan birinci ve ikinci fıkrada sayılanlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.”

Yukarıda belirtilen kanun maddesine göre, basılmış eserlerden kaynaklanan hukuki sorumluluk, öncelik sırası olmaksızın ilgili kişilere (süreli yayınlarda eser sahibi, yayın sahibi ve varsa temsilcisi arasında, süresiz yayınlarda ise eser sahibi, yayımcı, yayımcı belli değilse basımcı) eşit olarak dağıtılmıştır. Bu kişilerin müştereken ve müteselsilen sorumlu olduklarını kanunun açıkça belirtmiş olmasına rağmen uygulamada, zararın giderilmesinde ödenecek tazminatı ya-

⁸⁷ Kartal, **a.g.m.**, s. 123.; Eren, **a.g.e.**, s. 805.

yıncı üstlenmekte ve diğer kişilere sorumluluğu yansıtmamaktadır. Bu durum, basın yayın faaliyetleri sırasında uyulması gereken hukuki sınırlar içinde kalınmadığının işaretidir. Durum böyle olduğunda, eser sahibi konumundaki bazı kişiler, yaptırımla karşılaşma korkusu olmadan, kişilik haklarına saldırmama konusunda gerekli hassasiyetten uzak davranabilmektedirler. Bazı yazarlara göre ve bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda bu sorunun çözülebilmesi için, basın alanında faaliyet gösteren meslek sahiplerinden meydana gelen bir özdenetim kurumunun faaliyete geçirilmesinin yararlı olacağı ortadadır.⁸⁸

6. Basın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı Karşısında Zarar Görenin Özel Hukuk Kapsamındaki Başvuru Yolları

Doktrinde kişilerin yaşam alanları konumuz açısından değerlendirildiğinde, üç alan ile karşılaşılır. Bunlar; “gizli alan”, “özel alan” ve “ortak alan”dır. Gizli alan, kişilerin saklı kalmasını istediği olayları içerir. Özel alan ise, kişilerin kendisine yakın olan diğer kişilerle ortak nitelikli yani yalnızca bu kişilerle paylaşmak istediği yaşantısını kapsar. Ortak alan ise, kişinin herkes gibi umuma açık yerlerde girdiği faaliyetleri kapsar. Basına tamamen açık olan alan, ortak alandır. Ancak, kendisine serbesti tanınan bu alanda basının kişilik haklarına saygılı olmaya özen göstermesi gerekmektedir. Özel alan ise, basına kısmen açıktır. Özel alana giren davranışları basın kamu oyuna aktarırken, bunlara, herkesin gördüğü ve duyduğu biçimde herhangi bir kimsenin hareketi gibi yer vermeli, bu davranışların belli bir kimseye ait olduğunu yani olay konusu kişi ya da kişilerin kimliklerini açıklamadan kamuyu bilgilendirme görevini yerine getirmelidir. Ancak gizli alan, basına tamamen kapalı alandır, basın bu alana hiçbir şekilde müdahale etmemelidir.⁸⁹

Basın, girmemesi gereken bu alanlardan birine girdiğinde ya da girebileceği alana, bazı ölçütlere uymadan yani sınırı aşarak girdiği takdirde, bu tecavüz, kişilik haklarına saldırı olarak nitelenmektedir. Bu şekilde kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunda, 5187 sayılı yeni Basın Kanununun 11. maddesindeki cezai sorumluluğun doğduğuna daha önce değinmiştik. Buna göre, ceza sorumluluğu esaslarına göre ceza kavuşturması yapılır ya da zararın giderilmesi için hukuk mahkemesinde dava açılır ya da ceza mahkemesinden her ikisi de istenir. Basın yoluyla kişilik haklarına saldırı olduğunda belki de en etkin yaptırım sıklıkla karşımıza çıkan manevi tazminat istemidir. Maddi tazminat istemi de sıkça karşılaşılan diğer bir yaptırım türüdür. Bazı yazarlara göre kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda açılacak “tazminat davaları” başlığı altında, “maddi tazminat davası” ve “manevi tazminat davası” yanında ele alınan diğer

⁸⁸ Çolak, **a.g.e.**, s.76-77.

⁸⁹ İçel-Ünver, **a.g.e.**, s. 274-275.

bir dava türü ise, saldırıdan elde edilen kazancın vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca geri istenebildiği “kazancın geri verilmesi davası”dır. Maddi tazminat ve manevi tazminat istemleri ya da davaları ve kazancın geri verilmesi davası dışında, saldırıya uğrayan kişinin başvurabileceği başka hukuksal korunma yolları da vardır.⁹⁰ Bunlara aşağıda kısaca değinilecektir. İncelememizde saldırılara karşı sadece özel hukuktan kaynaklanan başvuru yollarına yer vermek uygun görüldüğünden, başka deyişle basında ceza sorumluluğu değil de, basında hukuk sorumluluğu esas inceleme konumuz olduğundan, Anayasa’da ve Basın Kanununda hakkında düzenleme getirilen cevap ve düzeltme hakkı⁹¹ ile saldırılara karşı açılacak ceza davaları burada ele alınmayacaktır.

6.1. Manevi Tazminat İstemi

Kişilik haklarına saldırılar genellikle, maddi açıdan ölçülemeyen kişilik haklarına yönelik olarak meydana gelmektedir. Bu nedenle de söz konusu saldı-

⁹⁰ İçel-Ünver, **a.g.e.**, s. 275.

⁹¹ Cevap ve düzeltme hakkı, kitle iletişim araçlarıyla yapılan yayınlardan dolayı kişilik hakları saldırıya uğrayan kimselerin belli şartlar varsa kullanabildikleri, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin karşılık olarak aynı kitle iletişim aracı ile cevap ya da düzeltmesini yayınlama ve saldırı içerikli yayının kaldırılmasını olanağını ücretsiz olarak sağlayan bir haktır. Bkz.: Abdullah Güzel, **Cevap ve Düzeltme Hakkı** (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), s. 23.

Bu hak, basın - meslek ahlakı ilkesinin uygulanması gereksiniminden dolayı, yalan ya da yanlış haberin bir an önce düzeltilmesi amacıyla doğmuştur. Bu hakka basın dışındaki kişiler başvurur. Bu hakkın kullanılmasıyla, hukuk düzeni tarafından, basın dışındaki kişiler ile basın yayın erki arasındaki denge sağlanması hedeflenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Coşkun, **a.g.e.**, s. 13-14.

5187 sayılı yeni Basın Kanunu’nun 14. maddesinde, “Düzeltilme ve Cevap” başlığı altında bu hakka ilişkin düzenleme getirilmiştir. Buna göre; “Sürelî yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlâl edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden itibaren iki ay içinde göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük sürelî yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer sürelî yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır.

Düzeltilme ve cevapta, buna neden olan eser belirtilir. Düzeltme ve cevap, ilgili yazıdan uzun olamaz. Düzeltme ve cevaba neden olan eserin yirmi satırdan az yazı veya resim veya karikatür olması hallerinde düzeltme ve cevap otuz satırı geçemez.

Sürelî yayının birden fazla yerde basılması halinde, düzeltme ve cevap yazısı, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasına sebebiyet veren eserin yayımlandığı bütün baskılarda yayımlanır...”

Anayasanın 32. maddesinde “Düzeltilme ve Cevap Hakkı” başlığı altındaki düzenleme ise şöyledir: “Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayımlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.

Düzeltilme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hâkim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir.”

rılar sonucunda, manevi tazminat istemleri doğmaktadır. Kişilik haklarına yönelen saldırıları yaptırma bağlayan Türk Medeni Kanununun 25. maddesi maddi ve manevi tazminat davalarından, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 58. maddesi ise yalnızca manevi tazminattan söz eder.

Manevi tazminat istemi karşısında, 818 sayılı eski Borçlar Kanununu m. 49/II uyarınca hakimin manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı, diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alacağına hükmedilmişti. 818 sayılı eski Borçlar Kanununun getirmiş olduğu bu düzenleme ile ilgili olarak doktrinde, 49. maddedeki ölçütlerin Anayasanın genellik ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmekte olduğu ile ilgili eleştiriler yoğunlaşmıştı. Bu eleştirilere karşı, hakimin her somut olayı ayrı ayrı ele alması gerektiği, örneğin, topluma mal olmuş kişilerin, normal kişilere göre, yapılan saldırı ile daha fazla kişi katında itibar ve yetki kaybına uğramakta olduğu, dolayısıyla bu kişilerin talep edebileceği manevi tazminat miktarının normal kişilere göre daha fazla olacağı ileri sürülüyordu.⁹² 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 49. maddesine kısmen karşılık gelen 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesinde, önceki kanunda yer alan "Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır" hükmü artık yer almamaktadır. Bunun sebebi, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu m. 49/II hükmünün, insan onuru ve şerefi açısından eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği konusunda, yeni kanunun tasarı aşamasında ve öncesinde doktrinde yoğun bir şekilde eleştirilmiş olmasıdır.⁹³ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu madde gerekçesine göre; "tarafların sosyal ve ekonomik durumları, sıfat ve ihraz ettiği makamlar, ayrı bir takdir kriteri oluşturmaz. Burada aslolan insan ve insanın manevi değerleri soyutlamasıdır. Yoksula az, seçkine çok tazminat fikrinin manevi tazminat hukukunda yeri yoktur."⁹⁴

⁹² 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu m.49/II'ye göre, hakimin takdir yetkisini kullanırken dikkat etmesi gereken bazı durumlara dair doktrinde şöyle örnekler verilmişti: Yazılı basın yoluyla saldırıya uğrama sonucunda, görsel basına karşı daha fazla tazminat talep edilebilir çünkü örneğin bir gazete yazılı belge olduğundan kalıcıdır ve saklanarak yıllar sonra bile okunduğunda manevi olarak mağduru yıpratır ve zarara uğratabilir. Saldırı yayın yoluyla yapıldığında, yayının kapsadığı alan da tazminat miktarının belirlenmesinde önemlidir. Yurt içinde ve yurt dışına yayın yapılması, kısıtlı bir bölgeye yayın yapılmasına oranla, daha fazla tazminat gerektirecektir. Bunların yanında, ağır bir saldırı için hükmedilen tazminat, hafif saldırı için hükmedilenden daha fazla olacaktır ve kusurun ağırlığı da yine tazminat miktarını etkileyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kartal, **a.g.m.**, s. 124-125.

⁹³ Nihat Yavuz, **Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, 2. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), s. 117.

⁹⁴ Turgut Uygur, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, 1. Baskı (Cilt I, Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., 2012), s. 450.

Manevi tazminatın sıklıkla istem konusu olması, basın yoluyla kişilik haklarına saldırıda bulunacakları caydırıcı niteliktedir. Nitekim hukuk, bozulan dengeyi hem düzeltmeyi, hem de korumayı amaçlar. Asgari düzeyde bile olsa, denge sağlanmaya çalışılırken, genellikle kişilik hakları zedelenen kişiler, tazminatı almakla kaybolan itibarlarına kavuşamamaktadırlar. Açılan dava ile zarar görenin uğradığı haksızlık kanıtlanırsa bile, bu ancak mağdurun yakınları ya da olayı takip eden sınırlı sayıda kişi tarafından öğrenilebilecektir. Toplumun olayı ilk öğrenişindeki yargısını değiştirmek ise oldukça zordur. Bu nedenle, manevi tazminatı takdir eden hakimin oldukça titiz davranması gerekmektedir.⁹⁵

Kişilik haklarına saldırı durumunda, kişilik değerlerinde meydana gelen eksikliğin para ile ölçülmesi esasen mümkün olmadığından, manevi tazminatın tayininde hakime geniş takdir hakkı tanınmıştır. Hakim manevi tazminat miktarını belirlerken TBK. m.51, m.52'yi de dikkate alır. Özellikle kusur sorumluluğu söz konusu olan durumlarda failin kusurunun ağırlığını, kusursuz sorumluluk söz konusu olduğu durumlarda ise zarar verenin kusurunu hakim göz önünde tutulmalıdır. TBK. m. 52'ye göre; zarar görenin zarara razı olması, zararın doğmasında ve artmasında etkili olması ya da tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış olması tazminattan indirim sebepleridir. Manevi tazminattan indirim sebepleri arasında ayrıca; zarar verenin tazminatın tamamını ödemesi durumunda yoksulluğa düşecek olması, zarar görenin çok yüksek gelire sahip olması, hatır işleri, kişisel ilişkilerin boyutu vb. sebepler yer almaktadır.⁹⁶

TBK. m.58/II'ye göre; "Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir". Doktrinde bazı kişiler tarafından bir manevi tazminat şekli olarak kabul edilen, bazılarına göre ise tazminat şekli sayılmayan "manevi zarara sebep olan fiilin hakim tarafından kınanması" yoluyla, hukuken sonuçsuz kalma olasılığı olan bazı manevi tazminat istemlerinin yaptırma bağlanması, böylelikle mahkeme kararlarının etkin olarak uygulanması ve nihayet manevi tazminatı elde etmekten yoksun kalabilecek mağdurun manevi olarak tatmini kısmen de olsa sağlanmaktadır.⁹⁷

6.2. Maddi Tazminat İstemi

TMK. m. 25/III'te, sorumluluk şartları gerçekleştiyse kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin maddi tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. TBK. nun 49. maddesi ise, haksız fiillerde maddi tazminat talebine ilişkin genel bir hükümdür. TBK. m. 49/I'e göre; kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar

⁹⁵ Kılıçoğlu, *a.g.e.*, s. 243-244.; Kartal, *a.g.m.*, s. 125-126.

⁹⁶ Eren, *a.g.e.*, s. 796;

⁹⁷ İçel-Ünver, *a.g.e.*, s. 282.; Yavuz, *a.g.e.*, s. 116.

veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. TBK. m. 49/II'ye göre; zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür. O halde, kişilik haklarına saldırılarda maddi tazminat talebinin dayanağı TBK. m. 49 olmalıdır.⁹⁸ Kişilik haklarına saldırıda bulunanın kusurlu olması, olayda zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurlarının bulunması durumunda maddi tazminata hükmedilmelidir.⁹⁹ Zarara uğrayanın aktifindeki azalma ve pasifindeki çoğalmanın toplamı, yani malvarlığındaki eksilme onun maddi zararını oluşturur. Maddi tazminat ile, zarar ortaya çıkmasaydı zarara uğrayanın malvarlığı ne olacaksa, malvarlığının o duruma kavuşturulması hedeflenir.¹⁰⁰

6.3. Kazancın Geri Verilmesi Davası

Daha önce de belirtildiği üzere, TMK. m. 25/III'e göre; davacının maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Bir kimsenin kişilik hakkına saldırıda bulunanın, kişilik hakkı zedelenen kimseye yönelttiği saldırı sebebiyle bazı kazançlar ve çıkarlar elde etmesi sonucunda malvarlığında meydana gelen artışın hakkı zedelenen kişiye ödenmesini sağlayan dava, doktrinde bazı yazarlar tarafından "kazancın geri verilmesi davası" olarak adlandırılır. Aynı dava, bahsedilen duruma göre gerçek olmayan vekâletsiz işgörme hükmünün¹⁰¹ (6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu m. 530) uygulanması söz konusu olduğundan "vekâletsiz işgörme davası" olarak da adlandırılır.¹⁰² Bu davanın şartları; kişilik haklarına saldırı olması, saldırının hukuka aykırı olması, saldırıda bulunanın (failin) hakkı zedelenen kişinin (mağdurun) elde etmek istemediği veya elde edemeyeceği bir kazancı elde etmesi, saldırı ile kazanç arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Failin kusurlu olmasının aranmadığı bu davada, mağdura geri verilecek kazanç miktarı hakimin takdir yetkisiyle belirlenir. Örneğin, bir gazetede bir kimsenin özel hayatının ve sırlarının hukuka aykırılık

⁹⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 223.

⁹⁹ İçel-Ünver, **a.g.e.**, s. 281.; Çolak, **a.g.e.**, s. 247-248.

¹⁰⁰ Kartal, **a.g.m.**, s. 129.; Eren, **a.g.e.**, s. 762-763.

¹⁰¹ 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu m. 526. ve devamı hükümlerde düzenlenen "gerçek anlamda vekâletsiz işgörme"de, işgörenin, iş sahibi tarafından yetkili kılınmaksızın iş sahibinin yararına işgörmesi söz konusudur. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu m. 530'da düzenlenen "gerçek olmayan vekâletsiz işgörme"de ise işgörenin, iş sahibinin yararını gözetme iradesi değil, kendisine yarar sağlama iradesi bulunmaktadır. Bkz.: Hüseyin Hatemi – Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)** (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), s. 67.

¹⁰² Akipek-Akıntürk-Karaman, **a.g.e.**, s. 412; Helvacı, **a.g.e.**, s. 161-162; Hatemi-Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 67.

unsuru içerecek şekilde açıklanması ve bu yolla kazanç elde edilmesi vb. durumda, kişilik hakkı zedelenen kimse kazancın geri verilmesi davasını açabilecektir.¹⁰³ Eren'e göre; "... TMK. m. 25/III, kişilik hakkına saldırıdan elde edilen kazancın haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeye göre değil, vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edileceğini hükme bağlamıştır."¹⁰⁴

6.4. Diğer Hukuksal Başvuru Yolları

Kişilik haklarına yönelen saldırılara karşı kişinin korunmasının yollarını düzenleyen Türk Medeni Kanununun 25. maddesinde, kişilik hakları saldırıya uğrayan ya da saldırıya uğrama tehlikesi olan kişilere çeşitli dava hakları tanınarak kişilik hakları güvence altına alınmaya çalışılmıştır. TMK. m. 25/I'e göre; kişilik hakkı saldırıya uğrayan ya da saldırıya uğraması tehlikesi olan kimse; saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, ayrıca, sona ermiş olsa bile etkisi devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. TMK. m. 25/II'ye göre; davacı, önleme davası, son verme davası ve tespit davası ile birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesini ya da yayımlanmasını talep edebilir. TMK. m. 25'in son fıkrasına göre; davacı bu davaları kendi yerleşim yeri ya da davalının yerleşim yeri mahkemesinde açabilir.¹⁰⁵ Bazı yazarlar, önleme davası, son verme davası ve tespit davasını "koruyucu davalar" başlığı altında incelerler. Koruyucu davaları açabilmek için failin kusurlu olması şartı ve saldırı sonucunda bir zararın doğmuş olması şartı aranmaz.¹⁰⁶

Saldırı tehlikesinin önlenmesi davası (kısaca, "önleme davası") ile hakimden, davalının saldırı niteliğindeki davranıştan uzak durması talep edilir. Bu davanın açılabilmesi için, saldırı tehlikesi bulunan kimsenin kusuru aranmaz. Bu dava, yakın zamanda ciddi bir saldırı tehlikesi bulunuyorsa, tehlike var oldukça (örneğin, hukuka aykırı şekilde şeref ve haysiyete saldırı teşkil edecek bir dergi basılmaktaysa) açılabilir. Tehlike sona erince ya da saldırı gerçekleşmişse artık tehlikenin önlenmesi davası açılamaz. Bu dava sonucunda hakim, davalıyı saldırı niteliğindeki davranıştan uzak durmaya mahkum edecektir. Hakimin saldırının önlenmesine dair verdiği karara rağmen saldırının gerçekleştirilmiş olması, saldırıda bulunanın, kendisine karşı açılacak maddi ve manevi tazminat davalarında kusurlu sayılmasına sebep olabilir.¹⁰⁷ Bir saldırı olacağına yalnızca varsayımdan ibaret olması, önleme davası açmak için yetersizdir.¹⁰⁸

¹⁰³ Helvacı, **a.g.e.**, s. 161-162.; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 233-234.

¹⁰⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 606.

¹⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: 04.05.1988 tarihli 3444 sayılı Kanun.

¹⁰⁶ Helvacı, **a.g.e.**, s. 152-153.

¹⁰⁷ Oğuzman-Seliçi-Özdemir, **a.g.e.**, s. 221-222.

¹⁰⁸ Helvacı, **a.g.e.**, s. 153.

Saldırıya son verilmesi davası (kısaca, “son verme davası”) ile hakimden, kişilik hakkına karşı devam etmekte olan saldırının durdurulması ve tekrarlanmasına engel olunması talep edilebilir. Bu davanın amacı; saldırıya son vermek, saldırının kaynağını kurutmak, böylelikle söz konusu saldırı sebebiyle gelecekte karşılaşılabilecek yeni maddi ve manevi zararları önlemektir de denebilir.¹⁰⁹ Genel nitelikli bu dava, dava açıldığı tarihte devam eden, hukuka aykırılık unsuru barındıran her türlü saldırıyı bertaraf etmek için, saldırıdan dolayı zarar doğmuş olup olmamasına bakılmaksızın açılır. O halde saldırıya son verilmesi davasının şartları; kişilik haklarına karşı girişilmiş saldırı olması, saldırının hukuka aykırı olması ve saldırının davanın açıldığı tarihte sürmekte olmasıdır. Anlaşıldığı üzere, saldırıya son verilmesi davasının açılabilmesi için ortada durdurulması gereken bir haksız saldırının bulunması gerekmektedir. Özellikle basın yoluyla gerçekleşen saldırılarda, yayınlanan yazının birçok kişinin eline geçmesi olasılığı yüksek olduğundan, ortada halen devam etmekte olan bir saldırının bulunduğu inanılır.¹¹⁰

Saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasının (kısaca, “tespit davası”)nın tek amacı, davacının kişilik hakkına karşı yapılmış bulunan ve etkileri halen sürmekte olan¹¹¹ davranış ya da eylemin hukuka aykırılığının¹¹² mahkeme kararıyla tespit edilmesini sağlamaktır. Hukuka aykırı saldırı; başkalarının kişilik hakkına yönelik saldırının, kişiliği koruma amacını güden yazılı ve yazılı olmayan tüm hukuk kurallarına, bazen de hakim tarafından yarattığı hukuk kurallarına aykırı olmasıyla meydana gelir.¹¹³ Saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası, kişilik haklarına saldırı olasılığı durumunda ya da saldırı yapıldığı anda açılmaz. Saldırının olasılığı durumunda açılan dava önleme davası, saldırı yapıldığı anda açılan dava ise son verme davasıdır. O halde tespit davası, diğer davaların artık açılmasına olanak kalmadığı hallerde açılacak olan dava türüdür.¹¹⁴

¹⁰⁹ Helvacı, **a.g.e.**, s. 154.

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Akipek-Akıntürk-Karaman, **a.g.e.**, s. 395-396.

¹¹¹ Üçüncü kişilerin kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin durumunu öğrenmesi ve bu nedenle şeref ve haysiyeti zedelenen mağdurun durumunun toplumda yanlış izlenimler yaratıyor olması da saldırının etkisini sürdürdüğüne işarettir. Bkz.: Helvacı, **a.g.e.**, s. 156.

¹¹² Genel anlamda hukuka aykırılık, hukuki değerleri (konumuz itibarıyla ele alındığında ise kişilik haklarını) korumak için hukuk düzeninin koyduğu emirlerin ve yasakların haklı sebep olmaksızın ihlâlidir. TMK m. 24/ II’ye göre; “Kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası, daha üstün nitelikteki özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”. Bilindiği üzere, hukuka uygunluk sebepleri bulunuyorsa, kişilik haklarına saldırının hukuka aykırılığından artık söz edilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Helvacı, **a.g.e.**, s. 139-140.

¹¹³ Akipek-Akıntürk-Karaman, **a.g.e.**, s. 400.

¹¹⁴ Akipek-Akıntürk-Karaman, **a.g.e.**, s. 398-399.

SONUÇ

Basın ve diğer kitle iletişim araçları, insan haklarına saygılı demokratik rejimlerde devlet düzeninin temel öğelerinden biri olarak kabul edilir. Basının en önemli görevleri, toplumu ilgilendiren konularda tarafsız bir şekilde gerçekleri açıklamak, denetim ve eleştiri yapmak ve dolayısıyla kamu oyu oluşturmak, ortaya çıkan tartışma ortamında bireylerin bilinçli olarak tercih yapmalarını sağlamaktır. Bir düşünce açıklama aracı olarak da nitelenebilen basın, bu görevini, basılmış eserlerin yayımı yoluyla gerçekleştirebilir. Basılmış eserler, söz konusu düşünsel içerikleri sebebiyle “Basın Hukuku” adı altında özel bir hukuk rejimine tâbi tutulmuşlardır.

Basın açıklamasının konusunu olaylar ve değerlendirmeler oluşturmaktadır. Oldukça etkili bir araç olan basına geniş özgürlük alanı tanınmıştır. Ancak basın, bu özgürlüğü kullanırken, kamu yararı sınırını aşıp, bireylerin kişilik haklarının zarara uğramasına sebep olmamalıdır. Kişilik hakları Anayasamızda da güvence altına alınmıştır. Çalışmamızda, Türk Medeni Kanununun 23. ve 24. maddeleri, Türk Borçlar Kanununun 58. maddesi ve 5187 sayılı yeni Basın Kanununun özellikle 11. ve 13. maddeleri ve Anayasanın ilgili maddeleri, kişilik haklarının korunmasında ve hukuki sorumluluğun belirlenmesinde esas olarak ele alınan düzenlemelerdir. Çalışmamızda ayrıca, basın açıklamaları söz konusu olduğunda çatışan kişi menfaati ve kamu yararının hangisinin üstün tutulması gerektiği sorununa çözüm bulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızda daha çok yazılı basın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırılar üzerinde durulmuştur. Basın yoluyla kişilik haklarına saldırı söz konusu olduğunda, kişilik hakları zarar görenler, maddi tazminat istemi, kazancın geri verilmesi davası ve diğer hukuksal yollara da başvurmakla birlikte, genellikle manevi tazminat talep etmektedirler. Çalışmamızda, kişilik hakları saldırıya uğrayanın zararının giderilmesi açısından diğerlerine göre daha etkin yaptırım doğuran manevi tazminat istemi diğer hukuksal başvuru yollarına göre da ayrıntılı incelenmiş, zarara uğrayanın başvurabileceği diğer hukuksal yollar hakkında da bilgi verilmiştir. Böylelikle, basın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırılardan doğan hukuki sorumluluk konusu elden geldiğince aydınlatılmaya çalışılmıştır.

KISALTMALAR

- a.g.e.** : Adı geçen eser
a.g.m : Adı geçen makale
AÜHFY. : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
Bkz. : Bakınız
C. : Cilt
CD. : Ceza Dairesi
E. : Esas
HD. : Hukuk Dairesi
K. : Karar
TBK. : Türk Borçlar Kanunu
TCK. : Türk Ceza Kanunu
TMK. : Türk Medeni Kanunu
s. : Sayfa
vb. : ve benzeri
vd. : ve devamı

BİBLİYOGRAFYA

Akipek, Jale G. - Akıntürk, Turgut – Karaman, Derya Ateş. **Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku.** Birinci Cilt. 9. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2012.

Bulut, Harun. **Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları.**1. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006.

Coşkun, Atilla. **Gazete, Radyo ve Televizyon Yayınlarında Cevap Hakkı.** İstanbul: Legal yayıncılık Ltd. Şti., 2002.

Çolak, Nusret İlker. **Kitle İletişim Hukuku.** 2. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Deschenaux, Henri – Tercier, Pierre. **Sorumluluk Hukuku.** Çeviren: Salim Özdemir. Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983.

Dural, Mustafa – Ögüz, Tufan. **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku.** İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler.** 14. Baskı. Ankara: Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2012.

Gedik, Ömer. **Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü.** Birinci Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.

Günay, Erhan. **Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk.** Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.

Güz, Nurettin. **Basında Yasalar Suç ve Cezalar.** Ankara: Gazeteciler Cemiyeti Yayını, 1988.

- Güzel, Abdullah. **Cevap ve Düzeltme Hakkı**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Hatemi, Hüseyin – Oğuztürk, Burcu Kalkan. **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Helvacı, Serap. **Gerçek Kişiler**. Dördüncü Bası. İstanbul: Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti., 2012.
- İçel, Kayıhan. **Kitle Haberleşme Hukuku**. 5. Bası. Ankara: Beta Basım A.Ş., 2001.
- İçel, Kayıhan – Ünver, Yener. **Kitle Haberleşme Hukuku**. 9. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2012.
- Karahasan, Mustafa Reşit. **Tazminat Hukuku**. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1996.
- Kartal, Bilal. “**Basın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Sorumluluk**”. Yargıtay Dergisi. Cilt no: 23, Sayı no: 1-2 (Ocak – Nisan 1997).
- Kılıçoğlu, Ahmet. **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**. Ankara: AÜHFY, 1982.
- Oğuzman, Kemal - Seliçi, Özer – Özdemir, Oktay Saibe. **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**. 12. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012.
- Öngören, Gürsel. **Televizyon ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırlara Karşı Hukuki Başvuru Yolları**. İstanbul: Der Yayınları, 1996.
- Özek, Çetin. **Türk Basın Hukuku**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.
- Özel, Cevat. **Türk Medya Hukuku**. 1. Baskı. İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 1999.
- Özgen, Mahmut İhsan. **İnsanlık ve Sosyolojik Boyutlarıyla Basın Meslek Ahlâkı ve Yasalar**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.
- Öztaş, Bilge. **Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar**. 9. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2000.
- Serdar, İlknur. **Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlâli ve Kişiliğin Korunması**. Ankara: Tuhana Kitabevi, 1999.
- Sözüer, Adem. **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**. 1. Basım. İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım., 1996.
- Tandoğan, Haluk. **Türk Mes’uliyet Hukuku**. Ankara: AÜHFY, 1961
- Uygur, Turgut. **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**. 1. Baskı. Cilt I. Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., 2012.
- Yavuz, Nihat. **Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Yenisey, Feridun ve Özel, Cevat. **İçtihatlı Basın Mevzuatı**. 1. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1996.
- Yıldız, Sevil. **Medya ve Hukuk**. 1. Basım. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım Tic. Ltd. Şti, 2010.

TTK'DA ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYE ARTIRIMINA İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLER VE KAYITLI SERMAYE SİSTEMİNDE DIŞ KAYNAKLARDAN SERMAYE ARTIRIMI

*Yrd. Doç. Dr. Selen SERDER YILMAZ**

ÖZET

Anonim Şirketlerde sermaye artırımı, ana sözleşme değişikliğinin özel bir halidir. Sermayenin anonim Şirket alacaklılarının tek teminatı olması nedeniyle korunmasına duyulan ihtiyaç, sermaye artırımının özel olarak düzenlenmesini zorunlu kılmıŐtır. Eski Türk Ticaret Kanunu ile kıyaslandığında, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda sermaye artırımı daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Tüm sermaye artırımı türlerine uygulanacağı belirtilen genel hükümlerden sonra, her bir sermaye artırımı türüne ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. Sermaye artırımı hakkındaki genel hükümlerde (m. 456-457), sermaye artırımının ön koşulu, artırıma karar verecek organ, tescil ve sermaye artırımına uygulanacak kuruluş hükümleri gibi hususlar yer almaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nda sermaye artırımı türü olarak sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı, iç kaynaklardan sermaye artırımı ve Şartlı sermaye artırımı düzenlenmiştir. Sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı, esas sermaye sistemi ve kayıtlı sermaye sistemi açısından ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Kayıtlı sermaye sistemi, Türk Şirketler hukukunda yalnızca halka açık anonim Şirketlerin kabul edebileceği bir sistemdir. Türk Ticaret Kanunu'nda yapılan düzenlemelerle birlikte kapalı anonim Şirketlerin de bu sistemi kabul edebilmesine imkan tanınmıştır. Kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımına yönetim kurulu karar verdiği için sermaye artırımı daha hızlı ve kolay bir biçimde gerçekteşmektedir. Bu nedenle kapalı anonim Şirketlere de kayıtlı sermaye sistemini kabul etme imkanının tanınması yararlı bir düzenlemedir.

Anahtar Kelimeler: *Anonim Şirket, sermaye, kayıtlı sermaye sistemi, dış kaynaklardan sermaye artırımı.*

ABSTRACT

In joint-stock corporations, increase of capital is a special state of alteration of memorandum. The need to protect the capital, since its the only guarantee of company's creditors, requires distinctive regulations for the

* Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

increase of capital. In comparison with the old Turkish Commercial Code, the new Turkish Commercial Code has more detailed provisions about the capital increase. Following the general provisions which are applied to all capital increase types, special provisions about each type of capital increase are also included. Among the general provisions (article 456-457) of capital increase, subjects like precondition of capital increase, the agency that decides the capital increase, registration and the provisions about the establishment of joint-stock corporations that are applied to the capital increase, are regulated.

Capital increase with external sources, capital increase with internal sources and conditional capital increase are the three types of capital increase that are regulated under the Turkish Commercial Code. Capital increase with external sources is regulated individually for share capital system and registered capital system.

Under Turkish Commercial Law, registered capital system was a system that only public joint-stock corporations can accept. With the new Turkish Commercial Code, closed joint-stock corporations now have the opportunity to accept the registered capital system. As in the registered capital system the board of directors decides on the capital increase, implementation of capital increase is faster and easier. For that reason, the opportunity to accept the registered capital system is a beneficial regulation for closed joint-stock corporations.

Keywords: *Joint-stock corporations, capital, registered capital system, capital increase with external sources.*

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (TTK) anonim şirketlerde sermaye artırımını, “esas sözleşmenin değiştirilmesinde özel değişiklikler” başlığı altında düzenlemiştir. Esas sermayeli anonim şirketlerde esas sermaye tutarı ana sözleşmede gösterildiğinden, bu tutarın artırılması için ana sözleşmenin değiştirilmesi gerekir. Sermaye artırımını, ana sözleşmenin değiştirilmesi açısından özel bir nitelik taşımaktadır. Bunun nedeni ise sermayenin anonim şirket alacaklılarının teminatı olması ve korunmasının gerekliliğidir. Ayrıca sermaye artırımını pay sahiplerinin paylarının, sermayeye oranlarıyla da doğrudan bağlantılı olduğundan özel bir ana sözleşme değişikliği niteliğini taşımaktadır. Ancak kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde çıkarılmış sermayenin yönetim kurulu kararıyla artırılmasında gerçek anlamda bir ana sözleşme değişikliği yoktur. Yalnızca ana sözleşmede yer alan çıkarılmış sermaye miktarı değiştiğinde, bu değişikliğin ana sözleşmeye yansıtılması söz konusudur. Çünkü ana sözleşme değişikliği yalnızca genel kurul tarafından yapılmaktadır. Kayıtlı sermaye sisteminde ise sermaye artırımını kararını yönetim kurulu verdiği için, bu karar ana sözleşmenin değiştirilmesi sonucunu doğurmamaktadır².

6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu (ETTK) ile kıyaslandığında, anonim şirketlerde sermaye artırımını hakkında TTK'da daha ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Bu düzenlemelerle birlikte ETTK döneminde ortaya çıkan sorunları giderilmesi hedeflenmiştir. Ancak yapılan düzenlemeler birtakım karışıklıklara da yol açabilecek niteliktedir.

Anonim şirketlerde sermaye artırımına ilişkin hüküm sayısının artmasının nedeni TTK'da ilk olarak tüm sermaye artırımını türlerinde uygulanacak birtakım genel hükümlere yer verildikten sonra üç ana sermaye artırım türüne ilişkin özel hükümlerin düzenlenmiş olmasıdır. Sermaye artırımını türlerinden olan iç kaynaklardan sermaye artırımını ile şartlı sermaye artırımını ve kapalı anonim şirketlerde kayıtlı sermaye sistemi TTK'da ilk kez düzenlendiğinden, anonim şirketlerde sermaye artırımına ilişkin hüküm sayısı da artmıştır. Bu çalışmamızda anonim şirketlerde sermaye artırımına ilişkin genel hükümler ve sermaye artırımını türleri kısaca açıklandıktan sonra kayıtlı sermaye sistemine geçmiş kapalı anonim şirketlerde dış kaynaklardan sermaye artırımının nasıl gerçekleştirileceği konusu üzerinde durulacaktır.

Kayıtlı sermaye sistemi Türk Hukuku'na yeni girmiş bir sistem değildir. Halka açık anonim şirketler Sermaye Piyasası Kanunu³ (SPK) düzenlemeleri ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SP Kurulu) ilgili tebliğleri çerçevesinde bu sis-

¹ RG. 14.02.2011, S. 27846.

² Bkz. aşağıda III. Sermaye Artırımının Hukuki Niteliği, s. 8-10.

³ RG. 30.12.2012, S. 28513.

temi kabul ederek uygulayabilmektedirler. TTK'da yapılan yeni düzenlemeler sonucunda kapalı anonim şirketler de kayıtlı sermaye sistemini kabul ederek uygulayabileceklerdir. Bunun yanı sıra Gümrük ve Ticaret Bakanlığı (GTB), "Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği"ni⁴ (HAOŞ Tebliği) çıkararak kapalı anonim şirketlerde kayıtlı sermaye sisteminin uygulanmasına ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. Çalışmamızda kapalı anonim şirketlerde kayıtlı sermaye sistemi çerçevesinde gerçekleştirilecek sermaye artırımları HAOŞ Tebliği hükümleri de dikkate alınarak ve kayıtlı sermayeli halka açık anonim şirketlerde sermaye artırımıyla ilgili SPK hükümleriyle kıyaslanarak, açıklanmaya çalışılmıştır.

Sermaye artırımında veya sermaye artırımına ilişkin işlemlerde eksiklik ve sakatlıklar bulunması halinde uygulanacak yaptırım ve açılacak davalar, ayrı bir çalışmanın konusu olabileceğinden, çalışmamızda bu hususlar üzerinde fazla durulmayacaktır.

I. SERMAYE ARTIRIMI KAVRAMI VE SERMAYE ARTIRIMININ TÜRLERİ

Esas sermayeli anonim şirketlerin ana sözleşmede yer alan esas sermaye tutarını veya kayıtlı sermaye sistemine geçmiş anonim şirketlerin başlangıç sermayesi ile kayıtlı sermaye arasında yer alan çıkarılmış sermaye tutarını yükseltmeleri, sermaye artırımını olarak tanımlanmaktadır⁵. Sermaye artırımında amaç, şirketin o andaki veya gelecekteki ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir sermaye tutarı sağlamaktır⁶.

TTK'da sermaye artırımını kavramı tanımlanmamıştır; ancak temel olarak üç sermaye artırım türüne ilişkin özel düzenlemeler ile bu sermaye artırım türlerinin hepsinde uygulanacak genel hükümlere yer verilmiştir. Sermaye artırım türleri arasında ilk olarak dış kaynaklardan sermaye artırımını şeklinde de adlandırılan⁷ sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını, ikinci olarak uygulamada kullanılan ve vergi mevzuatında kısmen düzenlenmiş olan, ancak ETTK'da düzenlenmemiş ve TTK ile hükme bağlanmış olan iç kaynaklardan sermaye artırımını ve son olarak TTK ile hukukumuza giren şartlı sermaye artırımını düzenlenmiştir. Sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımında ise esas sermaye sistemi ile kayıtlı sermaye sistemi arasında bir ayırım yapılarak hükümler öngörülmüştür.

⁴ RG. 19.10.2012, S. 28446.

⁵ Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu E.: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Tıpkı Bs., İstanbul 2005, s. 727, N. 1378.

⁶ Süzek, S./Kabakçı, A.: İşletmelerde Sermaye Artırımını Etkileyen ve Gerekli Kılan Faktörler, DEÜ İİBF Dergisi, C. 2, S. 1, 1987, s. 50.

⁷ Bu çalışmamızda "sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını" ifade etmek üzere "dış kaynaklardan sermaye artırımını" ibaresi kullanılacaktır.

Sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımında, anonim şirket mevcut payların itibari değerini artırmakta ya da yeni paylar oluşturmaktadır. Bunların karşılığında ise ortaklar ya da üçüncü kişiler aynı ya da nakdi sermaye getirmektedirler. Böylece anonim şirkete dışardan aynı veya nakdi yeni sermaye getirilmesi yoluyla sermaye artırılmaktadır⁸. Bu nedenle sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını, dış kaynaklardan sermaye artırımını olarak da adlandırılmaktadır⁹. Dış kaynaklardan sermaye artırımıyla birlikte anonim şirketin sermayesinin yanı sıra malvarlığında da bir artış meydana gelmektedir. Dış kaynaklardan sermaye artırımını hem esas sermaye sisteminde hem de kayıtlı sermaye sisteminde gerçekleştirilebilen bir sermaye artırımını türüdür.

İç kaynaklardan sermaye artırımını, serbest yedek akçelerin ve mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonların sermayeye dönüştürülmesiyle yapılan sermaye artırımınıdır. Dış kaynaklardan sermaye artırımında şirketin malvarlığı arttığı halde, iç kaynaklardan sermaye artırımını şirketin malvarlığını değiştirmemektedir¹⁰. İç kaynaklardan sermaye artırımında malvarlığı içinde bulunan ve sermayeye aktarılabilen kaynaklar sermayeye eklenerek artırım gerçekleştirilmektedir¹¹. İç kaynaklardan sermaye artırımını ETTK'da düzenlenmemiştir. TTK m. 462 ise iç kaynaklardan sermaye artırımını açıkça hükme bağlamıştır.

Şartlı sermaye artırımını¹², Türk Hukuku'na ilk kez TTK ile giren bir sermaye artırımını türüdür¹³. Şartlı sermaye sisteminde sermaye artırımını yetkisi genel kurula aittir. Ancak bu sistemde genel kurul doğrudan sermayeyi artıran bir karar vermemektedir¹⁴. Genel kurul sadece yeni çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle şirketten alacaklı olanlara veya çalışanlara, ana sözleşmede, değiştirme veya alım haklarını kullanmak yoluyla yeni payları edinmek hakkını

⁸ *Bahtiyar*, M.: Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış 7. Bası, İstanbul 2012, s. 268; *Karahan*, S.(Edit): Şirketler Hukuku, 1. Bs., Konya 2012, s. 560.

⁹ *Moroğlu*, E.: Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımını, 2. Bs., İstanbul 2003, s. 27; *Bahtiyar*, M.: Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımını, İstanbul 1996, s. 16-17.

¹⁰ *Moroğlu*, Esas Sermaye, s. 29; *Karahan/Saraç*, s. 575; *Bahtiyar*, Ortaklıklar, s. 272; *Bilgili*, F./*Demirkapı*, E.: Şirketler Hukuku, 9. Bs., Bursa 2013, s. 461.

¹¹ *Bahtiyar*, Ortaklıklar, s. 272.

¹² Şartlı sermaye artırımını hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Saraç*, T.: Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımını, Ankara 2009; *Altaş*, S.: Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımını, Mali Çözüm, S. 98, Y. 2010, s. 145 vd.

¹³ Şartlı sermaye sistemi ilk olarak Almanya'da uygulanmaya başlanmıştır. 1937 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunuyla ilk kez kabul edilen şartlı sermaye sistemi, daha sonra 1967 tarihli kanunda da birtakım değişikliklerle yer almıştır. Alman Hukukundan sonra, Avusturya ve Fransız hukukuna da giren şartlı sermaye sistemi, İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1991 yılında yapılan bir değişiklik ile İsviçre hukukunda da kabul edilmiştir. *Bahtiyar*, Kayıtlı Sermaye, s. 29.

¹⁴ *Bilgili/Demirkapı*, s. 463.

kullanma imkanı sağlamak için şarta bağlı sermaye artırım kararı almaktadır¹⁵. Genel kurul sermaye artırım kararını verdikten sonra, şartların gerçekleşmesi halinde yönetim kurulu sermaye artırım kararını uygulayarak yeni paylar çıkaracaktır. Bu halde şartlı sermaye sisteminde yönetim kurulu birtakım şartlara bağlanmış olsa da sermaye artırımının uygulanmasında yetkilendirilmiştir¹⁶.

Şartlı sermaye artırımında, anonim şirket çıkardığı tahvil/borçlanma senetlerini itfa zamanında ödemek yerine, şirket çalışanlarına ya da alacaklılarına pay senedi verir ve ortak yapar. Burada şirket çalışanlarına ya da alacaklılarına seçimlik bir hak tanınmıştır. Sermaye artırımının gerçekleşmesi için borçlanma senedi/tahvil sahibi olan çalışanların ya da alacaklıların seçimlik haklarını kullanmaları gerekir¹⁷. Bu artırım şekli değişken bir sermaye yaratır¹⁸. Bir başka deyişle, bu sistemde sermaye gerçek durumu yansıtmaz; ana sözleşmede yazılı olan sermaye ile gerçek sermaye farklı olabilir. Bu nedenle yönetim kurulunun, hesap dönemi sonunda ana sözleşmeyi yeni duruma uyarlaması gerekmektedir (TTK m. 470).

Doktrinde de sermaye artırım türleri çeşitli şekillerde sınıflandırılarak ortaya konmaktadır. Sermaye artırımından hedeflenen finansal katkının nasıl sağlandığına göre yapılan tasnifte, dış kaynaklardan sermaye artırım ve iç kaynaklardan sermaye artırım türleri karşımıza çıkmaktadır¹⁹. Dış kaynaklardan ve iç kaynaklardan sermaye artırımını yeni pay çıkartılarak yapılabileceği gibi, mevcut payların itibari değerinin yükseltilmesi şeklinde de gerçekleştirilebilir²⁰. Sermaye artırımında uygulanacak prosedür esas alınarak yapılan tasnifte ise, ani sermaye artırım ve tedrici sermaye artırım türleri bulunmaktaydı. Ancak TTK, tedrici kuruluş sistemine ve buna bağlı olarak tedrici sermaye artırımına ilişkin hükümlere yer vermemiştir. TTK kapsamında artık yalnızca ani yol ile sermaye artırımını mümkündür²¹. Sermaye artırım kararını verecek organ esas alınarak yapılan tasnifte ise genel kurul kararıyla gerçekleştirilen esas sermaye sistemin-

¹⁵ Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 279-280.

¹⁶ Arslan, İ.; Kayıtlı Sermayeli Anonim Şirketlerde Sermayenin Artırılması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 1, 1990, s. 250.

¹⁷ Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 281.

¹⁸ Bilgili/Demirkapı, s. 465.

¹⁹ Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 265.

²⁰ Pulaşlı, H.: Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 863; Moroğlu, Esas Sermaye, s. 28; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 265.

²¹ Pulaşlı, Şirketler, s. 862; Tedrici kuruluşun kaldırılmış olması karşısında TTK m. 346'da kurucular tarafından taahhüt edilen payların halka arz edilmesine ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, tedrici kuruluşun farklı olarak halka arzdan önce tüm paylar kurucular tarafından taahhüt edilmekte ancak karşılıkları halka arz sonucu elde edilen gelirden ödenmektedir. Halka arz ise SPK hükümlerine göre gerçekleştirilmektedir. Sermaye artırımında çıkarılacak yeni paylar halka arz yoluyla satılacaksa, TTK m. 459/3'deki atıf gereği 346. madde uyarınca halka arz aşamasında SPK hükümleri uygulanır.

deki artırım ve yönetim kurulu kararıyla gerçekleştirilen kayıtlı sermaye sistemindeki artırım türleri bulunmaktadır²².

İç kaynaklardan sermaye artırımı da çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilmektedir. Örneğin, yedek akçelerin sermayeye eklenmesi yolu ile veya yeniden değerlendirme fonunun sermayeye eklenmesi yolu ile iç kaynaklardan sermaye artırımını yapılabilir.

II. SERMAYE ARTIRIMININ NEDENLERİ

Anonim şirketler çeşitli nedenlerle sermaye artırımına gidebilirler. Sermaye artırımına gitmek isteyen bir anonim şirketin tek bir nedeni olabileceği gibi birden fazla nedeninin bulunması da mümkündür. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, geçerli bir sermaye artırımını yapabilmek için mutlaka bir nedene ihtiyaç bulunmamaktadır. Hiçbir neden olmaksızın dahi bir anonim şirket sermayesini artırabilir²³. Diğer bir ifade ile sebebi belirtilmeden yapılan bir sermaye artırımının sırf bu gerekçeyle iptali mümkün değildir²⁴. Ancak unutulmamalıdır ki, her genel kurul kararında olduğu gibi sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının da dürüstlük kurallarına aykırı olmaması gerekir²⁵. Sermaye artırımını kararı bazı pay sahiplerini zarara uğratmak amacıyla veya eşit işlem ilkesi ile hakların başkalarına en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesine aykırı bir nitelik taşıyorsa, bu karar dürüstlük kurallarıyla bağdaşmamaktadır. Yargıtay da uygun olmayan zamanda oy çokluğuna sahip pay sahipleri tarafından yapılarak pay sahiplerini zarara uğratma amacı taşıyan sermaye artırımını kararlarını dürüstlük kuralına aykırı bulduğu için iptal etmektedir²⁶. Bunun yanı sıra sermaye

²² Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 264.

²³ TTK'da sermaye artırımının nedenleri bakımından kural olarak bir sınırlandırma bulunmadığı gibi sermaye artırımının yapılacağı zaman açısından da herhangi bir kısıtlama yoktur. Bir anonim şirket isteğe ve ihtiyaca bağlı olarak her zaman sermaye artırımına gidebilir. Ancak Türk ve Alman hukukunda özellikle iflas nedeniyle sona eren ve tasfiye haline giren bir anonim şirkette sermaye artırımını yapılamayacağı görüşü çoğunlukla kabul edilmektedir (Karahana/Saraç, s. 544; Moroğlu, Esas Sermaye, s. 3; Pulaşlı, Şirketler, s. 856). Tasfiye haline giren bir anonim şirkette ancak ihya kararının alınması veya iflasın kaldırılması veya konkordatonun uygulanması nedeniyle iflasın sona ermesi halinde, sermaye artırımına gidilmesi mümkündür (Karahana/Saraç, s. 544).

²⁴ Yargıtay'ın aksi yöndeki bir kararına göre sermaye artırımına karar verilirken, sermaye artırımının nedenleri açıklanmalı ve bu nedenler değerlendirilerek, genel kurulca uygun görülmesi halinde sermaye artırımına karar verilmeli veya uygun görülmemesi halinde de, red edilmelidir. Bkz. 11. HD, 11.03.1993, E. 7756, K. 1660 (Eriş, G.: Ticari İşletme ve Şirketler, 2. Cilt, 4. Bs., Ankara 2007, s. 2247).

²⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 728, N. 1380; Pulaşlı, H.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı, C. XXIII, S. 4, Batıder, 2006, s. 37.

²⁶ Bkz. 11. HD, 06.03.2007, E. 14045, K. 4032 (www.kazanci.com, 26.03.2013); 11. HD, 11.03.1986, E. 218, K. 1318 (Eriş, s. 2262).

artırımı kararı ile birlikte bazı pay sahiplerinin rüçhan haklarının diğer bazı pay sahiplerinin çıkarı gözetilerek kısıtlanması veya kaldırılması halinde, bu sermaye artırımı kararının dürüstlük kurallarıyla bağdaşmadığı kabul edilmektedir²⁷.

Sermaye artırımının nedenleri, sermaye artırımının türüne göre farklılık gösterebilmektedir²⁸. Ancak anonim şirketlerin sermaye artırımına gitmesinin nedeni çoğunlukla sıcak paraya duyulan ihtiyaçtır²⁹. Faaliyetlerin yürütülmesi, yatırımların gerçekleştirilebilmesi ve özellikle teknik gelişmelere ayak uydurabilmesi için ihtiyaç duyulan nakit akışı sermaye artırımı yoluyla sağlanır³⁰. Bu gerekçeyle daha çok dış kaynaklardan sermaye artırımı yoluna gidilmektedir. Anonim şirket kâr ediyorsa, yatırımların gerçekleştirilmesinde ihtiyaç duyulan sermaye, kârın dağıtılmayarak sermayeye eklenmesi suretiyle iç kaynaklardan sermaye artırımı yapılarak da sağlanabilir.

Anonim şirketler bazen ödünç kaynaklarının daralması halinde kredi alma yoluna başvurmanın riskleri karşısında sermaye artırımına gitmeyi tercih edebilirler. Bu şekilde sermaye artırımı yoluyla anonim şirket borçlarının ödenmesi imkanı yaratılmaktadır³¹. Bunun yanı sıra borçların sermayeye dönüştürülmesi ve böylece ödeme güçlüklerinin önlenmesi için de sermaye artırımı yoluna gidilmektedir³².

Şirket ana sözleşmesinde veya herhangi bir sözleşmede zorunlu kılınmışsa³³, anonim şirket halka açılmak istiyorsa halka arzı gerçekleştirmek amacıyla³⁴ veya ekonomik ve politik koşullar nedeniyle³⁵ sermaye artırımına gidilmesi mümkündür.

Yukarıda sayılan nedenler anonim şirketlerin daha çok dış kaynaklardan sermaye artırımına gitmesinin nedenleri olarak ifade edilebilir. Sermaye artırımının bir türü olan iç kaynaklardan sermaye artırımı daha farklı nedenlerle³⁶ de

²⁷ Moroğlu, Esas Sermaye, s. 12.

²⁸ Sermaye artırımı türüne göre sermaye artırımının nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Moroğlu, Esas Sermaye, s. 4 vd.

²⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 727, N. 1379; Aytaç, Z.: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Arttırılmasından Dönülmesi Sorunu, Mali Sorunlara Çözüm Dergisi, S. 5, Y. 1, 1985, s. 68.

³⁰ Pulaşlı, Şirketler, s. 855; Süzek/Kabakçı, s. 71.

³¹ Pulaşlı, Şirketler, s. 855.

³² Moroğlu, Esas Sermaye, s. 5.

³³ Moroğlu, Esas Sermaye, s. 6.

³⁴ Halka açık bir anonim şirket olmak amacıyla halka arz yoluyla sermaye artırımına gidilmesi halinde Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri ile diğer sermaye piyasası mevzuatı uygulanacaktır.

³⁵ Süzek/Kabakçı, s. 52.

³⁶ İç kaynaklardan sermaye artırımının nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Moroğlu, Esas Sermaye, s. 7 vd.

yapılabilir. İç kaynaklardan sermaye artırımını kâr oranını ve pay senetlerinin gerçek değerini azaltmak amacıyla da gerçekleştirilebilir³⁷. Şirketin kredisini artırma amacı da iç kaynaklardan sermaye artırımına gidilmesine neden olabilir³⁸. Şirketin özkaynağını güçlendirmek amacıyla, kârı dağıtmak yerine iç kaynaklardan sermaye artırımını yapılabilir³⁹.

Sermaye artırımını bazen kanundan dolayı zorunlu hale de gelebilmektedir. Örneğin, şirket birleşmelerinde, devralan şirketin sermaye artırımına gitmesi TTK. m. 142 uyarınca gerçekleşmektedir. 6103 sayılı Yürürlük Kanunu⁴⁰ m. 20/f. 1 uyarınca anonim ve limited şirketlerin, TTK'nın yayımı tarihinden itibaren 3 yıl içinde sermayelerini, anılan kanunun 332 ve 580. maddelerinde öngörülen tutarlara yükseltmeleri zorunludur. Bu artırımını öngörülen süre içinde gerçekleştirilmeyen şirketlerin infisah edeceği de aynı maddede hükme bağlanmıştır.

III. SERMAYE ARTIRIMININ HUKUKİ NİTELİĞİ

ETTK'da düzenlendiği yer ve bu düzenlemelerin içeriği nedeniyle sermaye artırımının hukuki niteliği konusunda değişik görüşler ortaya konmuştur. TTK'nın sermaye artırımına ilişkin hükümlerine bakıldığında bu tartışmaların tamamen ortadan kalkmayacağı sonucuna varmak mümkündür.

Sermaye artırımının hukuki niteliği konusundaki tartışmalar, sermaye artırımının yeni veya ek kuruluş mu yoksa ana sözleşme değişikliği mi olduğu noktasında yoğunlaşmaktadır⁴¹. ETTK'da esas sermayenin artırılması "esas mukavelenin değiştirilmesi" başlığı altında özel bir değişiklik hali olarak düzenlenmişti. Buna karşın, ETTK'nın 392. maddesinin 1. fıkrasında yeni hisse senetleri çıkarmak suretiyle esas sermayenin artırılması halinde, anonim şirketin kuruluşuna dair hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

ETTK döneminde m. 392/f. 1'den hareketle, ETTK'da anonim şirketlerde sermaye artırımının ek bir kuruluş niteliğinde kabul edildiği görüşü ileri sürülmüştü⁴². Bu görüş, sermaye artırımını yoluyla kuruluş hükümlerinin dolanılmasını önleme amacıyla sermaye artırımına kuruluş hükümlerinin uygulanması düşüncesi-

³⁷ *Moroğlu, Esas Sermaye, s. 7.*

³⁸ Esas sermaye anonim şirketlerde alacaklıların yegane teminatı niteliğindedir. Kârın ve yedek akçelerin esas sermayeye eklenmesi, alacaklıların teminatının güçlenmesine ve buna bağlı olarak anonim şirketin kredisinin artmasına yol açacaktır. *Moroğlu, Esas Sermaye, s. 8; Pulaşlı, Şirketler, s. 855.*

³⁹ *Moroğlu, Esas Sermaye, s. 9.*

⁴⁰ RG. 14.02.2011, S. 27846.

⁴¹ *Moroğlu, E.: Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımının Hukuki Niteliği, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1972, S. 9, s. 31; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 731, N. 1382.*

⁴² *Arslanlı, H.: Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, 3. Bs., İstanbul 1960, s. 108-109.*

sine dayanmaktaydı. Ancak şirketin kuruluş aşamasıyla sermaye artırımını nitelik olarak birbirinden farklı olduğundan, sermaye artırımının kısmen yeni kuruluş niteliğinde olduğu ve kuruluşa ilişkin hükümlerin, sermaye artırımının bünyesine uyduğu ve aksine düzenleme bulunmadığı sürece uygulanabileceğini ifade eden bir başka görüş daha ortaya çıkmıştır⁴³. Bu görüşe göre ETTK m. 392/f.1'deki hüküm, anonim şirketin kuruluşuna ilişkin hükümlerin sermaye artırımının mahiyetine uygun olduğu ölçüde uygulanması anlamını taşımaktaydı⁴⁴.

Kurulmuş bir anonim şirketin yeniden kurulması teorik açıdan mümkün değildir. Anonim şirket sermaye artırımından sonra ayniyetini muhafaza etmektedir; bu halde yeni bir kuruluştan bahsetmek mantık kurallarına aykırıdır⁴⁵. Bu gerekçelerden hareketle ETTK. m. 392/ f. 1'in, sermaye artırımının bir ek ya da yeni kuruluş olduğu sonucuna varılmasına neden olmadığı; sermaye artırımının bir ana sözleşme değişikliği olduğu görüşü de ileri sürülmekteydi⁴⁶. Bu çerçevede anonim şirketin kuruluşuna ilişkin hükümler, sermaye artırımını için özel hükümler öngörülmediği takdirde uygulama alanı bulur⁴⁷.

Yargıtay da sermaye artırımının yeni bir şirketin kurulması anlamını taşımadığı fikrinden hareketle kararlar vermiştir⁴⁸. Bu durumda ETTK m. 392/f. 1'deki düzenlemenin, sermaye artırımını aşamasında sermaye taahhüdünde bulunan kimselere taahhüt ettikleri sermaye türüne göre uygulanacak hükümlerin tespitine yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Kanaatimizce de, ETTK m. 392/ f. 1'deki ifade sermaye artırımını yeni bir kuruluş niteliğinde olduğunu işaret etmemekteydi. Sermaye artırımını özel bir ana sözleşme değişikliği olup ETTK m. 392/f. 1, hüküm bulunmayan hallerde anonim şirketin kuruluşuna ilişkin hükümlerin sermaye artırımının mahiyetine uyduğu ölçüde uygulanması sağlamaya yönelik bir düzenleme niteliğindedir.

TTK'nın sermaye artırımına ilişkin hükümlerinin kanunun sistematigi içindeki yerine bakıldığında, ETTK'da olduğu gibi ana sözleşmenin değiştirilmesinin özel bir hali olarak düzenlendiği görülmektedir. Bunun yanı sıra TTK'da ETTK m. 392'nin tam karşılığı yer almamaktadır. Ancak m. 456/f. 3 ve 4'de tüm sermaye artırım türleri için fesih davası, ticaret siciline tescil ve ilan ile tüzel kişilik kazanılmasına ilişkin kuruluş hükümlerine; m. 459'da ise dış kaynaklardan sermaye artırımında, nakdi ve aynı sermaye taahhüdünde ve bu taah-

⁴³ Hırş, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bs., İstanbul 1948, s. 269

⁴⁴ İmregün, O.: Anonim Ortaklıklar, 4. Bs., İstanbul 1989, s. 442.

⁴⁵ Moroğlu, Hukuki Nitelik, s. 33.

⁴⁶ Moroğlu, Hukuki Nitelik, s. 36; Moroğlu, Esas Sermaye, s. 23.

⁴⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 731, N. 731; Eriş; s. 2255.

⁴⁸ Bkz. TD, 10.03.1959, E. 725, K. 721 (Ansay, T.: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bs., Ankara 1982, s. 187-188).

hüdün ifasında kıyasen uygulanacak kuruluş hükümlerine atıfta bulunulmuştur. ETTK'dan farklı olarak, TTK'da sermaye artırımında kuruluşla ilişkin hangi hükümlerin uygulanacağı açık bir şekilde belirtilmiştir.

TTK'da sermaye artırımına ilişkin bazı hususlarda, anonim şirketin kuruluşuna ilişkin birtakım hükümlere atıfta bulunulması sermaye artırımının anonim şirket bakımından ek ya da yeni bir kuruluş olduğu sonucuna varmak için yeterli değildir⁴⁹. Ancak yapılan bu atıflar nedeniyle, sermaye artırımının hukuki niteliği konusunda doktrinde aynı tartışmaların devam etmesi mümkündür. Bu nedenle TTK'da sermaye artırımına ilişkin tüm hususların, kuruluşla ilişkin hükümlere atıf yapılmaksızın, sermaye artırımının mahiyetine uygun olarak düzenlenmesi yoluna gidilmesi kanun yapma tekniğine daha uygun olurdu. Bu şekilde hem sermaye artırımının hukuki niteliği bakımından herhangi bir tartışma doğmasına hem de kuruluşla ilişkin hükümlerin uygulanması aşamasında bir sorun çıkmasına engel olunabilirdi. Bunun yerine ETTK'nın sistematığına benzer şekilde sermaye artırımında kuruluşla ilişkin hükümlere atıfta bulunulması yine birtakım tartışmalara ve uygulama sorunlarına yol açabilecek niteliktedir.

Sermaye artırımının hukuki niteliği tartışılırken kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş anonim şirketlerdeki sermaye artırımlarını ayrıca değerlendirmek gerekir. Sermaye artırımını TTK'da ana sözleşmeye ilişkin olarak "özel değişiklikler" başlığı altında düzenlenmiş olmasına rağmen, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermaye artırımını kararı tam olarak ana sözleşmenin değiştirilmesi anlamını taşımamaktadır⁵⁰. Bir başka ifadeyle, esas sermaye sisteminde sermaye artırımını ana sözleşme değişikliği gerektirdiği halde, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun gerçekleştirdiği sermaye artırımını gerçek anlamda bir ana sözleşme değişikliği değildir⁵¹. Çıkarılmış sermaye ana sözleşmede gösterildiği için sermaye artırımını sonucunda yeni çıkarılmış sermaye miktarının ana sözleşmeye yansıtılması gerekir. Bu ise ana sözleşmenin değiştirilmesi değil ana sözleşmenin uyarlanması olarak kabul edilebilir⁵². Aksi takdirde yönetim kurulu kararıyla ana sözleşmenin değiştirilebileceğinden söz etmek gerekir ki mevcut hükümler uyarınca bu mümkün değildir⁵³. Bu sistemde sermaye artırımını

⁴⁹ Karahan/Saraç, s. 543.

⁵⁰ Kurulmuş bir anonim şirketin sonradan kayıtlı sermaye sistemine geçmek istemesi halinde, ana sözleşmesinde değişikliğe gitmesi zorunludur. Bu açıdan bakıldığında, kayıtlı sermaye sisteminin TTK'da ana sözleşmeye ilişkin olarak "özel değişiklikler" başlığı altında düzenlenmesinin yanıltıcı olmadığını savunulabileceği ifade edilmiştir. Bahtiyar, M.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi, Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s. 64.

⁵¹ Bahtiyar, Tasarı, s. 64; Karahan/Saraç, s. 574;

⁵² Bahtiyar, Tasarı, s. 64.

⁵³ TTK m. 408 /f.2, a bendi uyarınca ana sözleşmenin değiştirilmesi, genel kurulun devredilemez yetkilerindedir.

yalnızca bir yönetim kurulu işlemi niteliğindedir⁵⁴. Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermaye artırımları sonucunda tavan sermayeye ulaşması halinde, tavan sermayenin yükseltilmesi için ana sözleşmenin değiştirilmesi gündeme gelecektir^{55,56}. Ancak bir başka görüşe göre, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararıyla gerçekleştirilen sermaye artırımları da ana sözleşme değişikliği niteliğindedir. Esasen ana sözleşme değişikliği, genel kurulun vazgeçilmez yetkilerinden olmasına rağmen kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararıyla gerçekleştirilmesi ise istisnai bir düzenlemedir⁵⁷.

IV. SERMAYE ARTIRIMINDA ÖN KOŞULLAR

Anonim şirketlerde sermaye artırımı yapılmadan önce gerçekleşmiş olması gereken birtakım ön koşullar mevcuttur. Bu ön koşullar gerçekleşmeden geçerli bir sermaye artırımı yapılması mümkün değildir⁵⁸. Sermaye artırımında ön koşullar konulmasının nedeni pay sahiplerini koruyarak sermaye artırımının kötüye kullanılmasını önlemek olarak ifade edilmektedir⁵⁹.

Sermaye artırımında karşımıza çıkan ön koşullar, payların nakdi bedellerinin tamamen ödenmesi (m. 456/f.1) ile sermayeye eklenebilir fonların sermayeye dönüştürülmesidir (m. 462/f.3). Sermaye artırımına ilişkin ön koşullar getiren TTK hükümleri incelendiğinde, bu ön koşulların özellikle dış kaynaklardan sermaye artırımında önem kazandığı görülmektedir.

1. Payların Nakdi Bedellerinin Tamamen Ödenmesi

TTK'nın 456. maddesinin 1. fıkrasına göre, "payların nakdi bedelleri tamamen ödenmediği sürece sermaye artırılamaz⁶⁰". Ancak aynı fıkarda bu ön

⁵⁴ *Moroğlu*, Esas Sermaye, s 25; *Bahtiyar*, Kayıtlı Sermaye, s. 98.

⁵⁵ Kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesi için alınan ve ana sözleşmenin değiştirilmesi anlamını taşıyan genel kurul kararı bakımından TTK m. 421'de herhangi bir özel toplantı ve karar yeter sayısına yer verilmemiştir. Yalnızca m.421/f.5'de pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerde, kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine ilişkin ana sözleşme değişikliklerinde 418. maddedeki toplantı nisabının uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

⁵⁶ Kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine ilişkin ana sözleşme değişikliği için, GTB iznine tabi olan şirketler dışındaki anonim şirketlerin GTB'den izin almaları zorunluluğu yoktur. Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Tebliği'nin (Seri: IV, No: 38) m. 4/f.1 uyarınca halka açık anonim şirketlerde ise kayıtlı sermaye miktarının yükseltilmesi için SPKuru'nun izni gerekir.

⁵⁷ *Bilgili/Demirkapı*, s. 453.

⁵⁸ Sermaye artırımı türüne göre TTK'da öngörülen ön koşullar yerine getirilmeksizin alınan sermaye artırımı kararının ve yapılan diğer işlemlerin hukuki akıbeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Karahan/Saraç*, s. 546.

⁵⁹ *Bahtiyar*, Kayıtlı Sermaye, s. 17-18; *Karahan/Saraç*, s. 546.

⁶⁰ Ödenmeyen pay bedelleri, kuruluşta taahhüt edilen sermayeden doğan sermaye borcu olabileceği gibi daha önce yapılan bir sermaye artırımı nedeniyle taahhüt edilen sermaye borcundan

koşulun, iç kaynaklardan sermaye artırımında geçerli olmadığı da düzenlenmiştir⁶¹. Payların nakdi bedellerinin tamamen ödenmesi şartı hem esas sermaye sisteminde hem de kayıtlı sermaye sisteminde yapılacak dış kaynaklardan sermaye artırımlarında geçerli olan bir ön koşuldur.

TTK m. 456/f.1'de "payların nakdi bedelleri" ibaresinin kullanılması eleştirilmiş ve sermaye artırımından önce yalnızca nakdi sermaye paylarının ödenmesini öngören bir ön koşul yerine şirkete konulması taahhüt edilen ayın, hak ve alacakların da yerine getirilmesini kapsayan bir ön koşul olması gerektiği ifade edilmiştir⁶². Madde hükmünde kullanılan bu ifadeye rağmen, bu ön koşulun sağlanabilmesi için taahhüt edilen nakit, ayın ve diğer hakların tamamının şirkete getirilmesi gerekir^{63,64}. Ancak belirtmek gerekir ki, "payların nakdi bedellerinin tamamen ödenmesi" ön koşulu, TTK'nun sermaye borcunun ifasına ilişkin genel hükümlerde yaptığı yenilikler neticesinde, yalnızca nakdi sermaye taahhütlerinde önem kazanmaktadır. TTK'daki düzenlemeler (m. 128), nakit sermaye taahhütleri dışında kalan aynı ve gayri maddi mallara ilişkin sermaye taahhütlerinin, henüz şirket tüzel kişilik kazanmadan veya en geç tüzel kişiliği kazanmasıyla birlikte ifa edilmesini sağlamayı hedeflemektedir.

da kaynaklanabilir. Ayrıca, payların nakdi bedellerinin tamamen ödenmesi şart olduğundan, itibari değerinden yüksek bedelle çıkarılan paylar varsa, bu farkın da ödenmiş olması gerekir. *Moroğlu, E.: Esas Sermaye Artırımı İçin Eski İştirak Taahhütlerinin Ortaklığa Tamamen Ödenmiş Olması Şartı, İktisat Maliye Dergisi, C. XVII, S. 3, 1970, s. 130.*

⁶¹ *Moroğlu*, ETTK döneminde de açık hüküm olmamakla birlikte, şirket birleşmeleri nedeniyle yapılacak sermaye artırımlarında hisse senetlerinin bedellerinin tamamen ödenmiş olması şartının işin mahiyetine uygun düşmediği gerekçesiyle aranmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Hatta amaca uygun yorum yoluyla, şirket birleşmelerinde ETTK m. 391'de düzenlenen bu şartın, şirket birleşmeleri nedeniyle yapılan sermaye artırımlarında uygulanmayacağını belirtmiştir.; *Moroğlu, Şart, s. 130-131.* TTK da, şirket birleşmeleri nedeniyle yapılacak sermaye artırımlarında payların nakdi bedellerinin tamamen ödenmesi şartının uygulanmasına gerek olmadığına ilişkin bir hükme yer vermemiştir.

⁶² *Moroğlu, E.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, 7. Bs., İstanbul 2012, s. 261.*

⁶³ *Pulaşlı, Sermaye Artırımı, s. 49; Moroğlu, Esas Sermaye, s. 42.*

⁶⁴ TTK'nın 128. maddesinde yapılan düzenlemeler nedeniyle nakit dışı sermaye taahhütleri, şirketin ticaret siciline tescili ile birlikte muaccel hale gelir. Getirilen aynı sermaye taşınmaz ise, sermaye olarak kabulü için tapu siciline şerh verilmesi; taşınır ise güvenilir bir kimseye tevdi edilerek tevdi belgesi alınması zorunludur. Anonim şirketin ticaret siciline tesciliyle birlikte ticaret sicili müdürü, taşınmazın şirket adına tescilini resen ve hemen tapu sicilinden ister. Taşınmazların ise güvenilir kişi tarafından anonim şirkete teslim edilmesi gerekir. Bu şekilde nakit dışı sermaye taahhütleri, anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla yerine getirilmektedir. Nakit sermaye taahhütleri ise anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte muaccel hale gelmemektedir. TTK m. 344/1 uyarınca nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmibeşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenir. TTK m. 128 kapsamında bir anonim şirkette nakit dışı sermayenin yerine getirilmemesi ihtimali oldukça düşük olduğundan, m. 456/1'de "payların nakdi bedelleri" ibaresine yer verilmiştir.

Sermaye artırımında öngörülen bu ön koşul, paraya ihtiyaç duyan anonim şirketin bu ihtiyacını öncelikle kendi içinde ve kendi olanaklarıyla çözmesini sağlamaya yöneliktir⁶⁵. Pay sahiplerinin pay bedellerini ödemeleri halinde anonim şirket ihtiyaç duyduğu finansmanı sağlayacak ve belki de bunun sonucunda sermaye artırımına gerek kalmayacaktır⁶⁶. Aynı zamanda pay sahiplerinden pay bedellerini ödemelerini talep etmek ve bu bedelleri tahsil etmek, sermaye artırımına ilişkin prosedürün yerine getirilmesinden daha hızlı sonuç verebilecektir. Bu şekilde anonim şirket finansman ihtiyacını daha çabuk giderebilecektir. Nakit ihtiyacının öncelikli olarak sermaye borçlarının ödenmesi yoluyla karşılanması, sermaye artırımını nedeniyle ortaya çıkabilecek muhtemel spekülasyonların da engellenmesini sağlayacaktır⁶⁷.

Madalyonun diğer yüzünden bakıldığında, “payların nakdi bedellerinin tamamen ödenmesi” ön koşulunun, sermaye artırımının önünde ciddi bir engel oluşturabileceği sonucuna da varılabilir. Nitekim ETTK⁶⁸’da da yer alan bu koşul doktrinde eleştiri konusu olmuştur⁶⁹; çünkü pay sahiplerine pay bedellerini ödemeleri hususunda çağrıda bulunulmasına rağmen bazı pay sahiplerinin ödeme yapmamaları halinde, sermaye artırımına gidilemeyecek ve anonim şirket finansman ihtiyacını karşılayamayacaktır. Bu eleştiriler göz önünde bulundurulurken 456. maddenin 1. fıkrasının son cümlesinde, sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarların ödenmemiş olmasının sermaye artırımını engellemeyeceği hükme bağlanmıştır⁷⁰. Pay bedellerini çeşitli sebeplerle ödeyemeyen pay sahiplerinin bulunması halinde sermaye artırımının önündeki engelleri ortadan kaldırmak için yapılan bu düzenleme isabetli olmakla birlikte yoruma açıktır. “Sermayeye oranla önemli sayılmayan tutar” kavramı açık bir ifade olmadığından doktrinde tartışmaların ve uygulamada birtakım sorunların ortaya çıkması muhtemeldir⁷¹. PULAŞLI’ya göre, “sermayeye oranla önemli sayılmayan ödenmemiş tutar”, şirket sermayesiyle oranlandığında, toplam sermaye miktarı karşısında çok az bir oranı temsil etmelidir⁷². Ödenmemiş oranın çok az olup

⁶⁵ *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu*, s. 732, N. 1384.

⁶⁶ *Bahtiyar*, Ortaklıklar, s. 265.

⁶⁷ *Moroğlu*, Şart, s. 129.

⁶⁸ ETTK m. 391’de de “esas sermayeye karşılık olan hisse senetlerinin bedelleri tamamen ödenmedikçe, umumi heyet yeni hisse senetleri çıkarmak suretiyle sermayenin arttırılmasına karar veremez” hükmüyle, TTK m. 456/f. 1’e benzer bir düzenlemeye yer verilmişti.

⁶⁹ *Moroğlu*, Şart, s. 134.

⁷⁰ Sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarların ödenmemiş olmasına rağmen sermaye artırımını yapılabilmesi; bu ödenmemiş sermayenin ödenmeyeceği anlamını taşımamaktadır. Ödenmemiş bu sermaye borcunun, sermaye artırımını ile birlikte ödenmesi gerekir. *Pulaşlı*, Şirketler, s. 858.

⁷¹ *Bahtiyar*, Ortaklıklar, s. 266, *Moroğlu*, Öneriler, s. 261; *Bahtiyar*, Tasarı, s. 59.

⁷² *Pulaşlı*, Şirketler, s. 857.

olmadığı her şirketin sermaye miktarına göre farklılık taşıyacaktır. Sermaye miktarı yüksek olan anonim şirketlerde sermayeye oranla önemli sayılmayan ödenmemiş tutar, sermaye miktarı daha düşük olan anonim şirketler karşısında daha yüksek bir tutar olacaktır. Sermaye miktarı daha düşük olan şirketlerde ise, ödenmemiş tutar da daha az olacaktır. Bu nedenle, ödenmemiş tutarın belirli ve sabit bir miktar olarak belirlenmesi yerine, mevcut sermayeye belirli bir “oran” olarak hesaplanması daha adil bir çözüm yoludur. Doktrinde ifade edilen görüşe göre ödenmemiş tutarların sermayeye oranı en fazla %5 civarında olmalıdır⁷³.

TTK m. 456/f.1'in 2. cümlesindeki “sermayeye oranla önemli sayılmayan tutar” ibaresi, sadece nakdi sermayeyi kapsadığı için eleştirilmiş ve nakit olmayan sermaye taahhütlerini kapsamadığından eksik bulunmuştur⁷⁴. Önemli sayılmayan tutarlar hesaplanırken esas alınan sermaye sadece nakdi sermaye değildir; şirketin ana sözleşmesinde yer alan ve nakit dışı sermayenin de değerinin belirlenmesiyle ortaya çıkan toplam sermaye miktarıdır. Maddenin lafzından da esas alınması gereken sermayenin bu olduğu anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle “sermayeye oranla önemli sayılmayan tutar” ibaresinde yer alan “sermaye”, anonim şirket ana sözleşmesinde belirli bir miktar olarak belirtilen sermayedir. Bunun yanı sıra nakit dışı sermayenin değeri de mahkemece atanan bilirkişi tarafından tespit edilerek ana sözleşmeye yazılacağından, bu cümlede yer alan sermaye ibaresi yalnızca nakdi sermayeyi kapsamamaktadır.

Payların nakdi bedellerinin tamamen ödendiğinin nasıl ve kim tarafından tespit edileceği ise önemli bir husustur. GTB'nin “Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ”i⁷⁵ m. 6, f. 2, ç bendi 1'e göre sermayenin tamamının ödendiğine, karşılıksız kalıp kalmadığına ve şirket özvarlığının tespitine ilişkin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu hazırlanır⁷⁶.

Tüm sermaye artırımını türlerinde, artırımın türüne göre 457. madde uyarınca hazırlanacak yönetim kurulu beyanında, aynı maddenin 2. fıkrasının a bendine göre, “kanuni ve iradi gerekliliklerin yerine getirildiği hakkında belgeli ve gerekçeli açıklamaların” yer alması gerekir. Bu halde, dış kaynaklardan sermaye artı-

⁷³ *Pulaşlı*, Şirketler, s. 858; *Moroğlu* da 1970 yılında yazmış olduğu makalesinde sermaye artırımını için öngörülen bu şartın çok katı olduğunu ve amacı aşar bir niteliği bulunduğunu ifade ederek yumuşatılması gerektiğini, iştirak taahhütlerinin %95'nin ödenmiş olması şartının öngörülmesinin yerinde olacağını belirtmiştir. *Moroğlu*, Şart, s. 134; *Moroğlu*, Esas Sermaye, s. 50.

⁷⁴ *Moroğlu*, Öneriler, s. 261.

⁷⁵ RG. 15.11.2012, S. 28468.

⁷⁶ GTB'nin bu Tebliğinden önce STB'nin 1994/1 sayılı Tebliği uyarınca, serbest muhasebeci, mali müşavir veya yeminli mali müşavir raporu ile anonim şirketin pay bedellerinin tamamının ödendiği tespit ettirilirdi.

rımına giden bir anonim şirkette, payların nakdi bedellerinin, önemli sayılmayan tutarlar hariç tamamen ödenmesi kanuni bir gereklilik olduğundan, yönetim kurulunun beyanında, sermayenin önemli sayılmayan tutarlar hariç tamamının ödendiğine ilişkin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporunun da yer alması gerekecektir. Bu raporu alan yönetim kurulu, hazırlayacağı beyanda bu kanuni şartın gerçekleştiğini belgeli ve gerekçeli şekilde açıklayabilir.

Sermayeye oranla önemli sayılan miktarda payların nakdi bedelleri ödenmemiş olmasına rağmen, ana sözleşme değişikliği GTB iznine bağlı anonim şirketlerin izin için başvuruları halinde GTB sermaye artırımına izin vermekten kaçınılmalıdır. Ticaret sicili müdürlüğü de, sermayeye oranla önemli sayılan tutardaki payların nakdi bedelleri ödenmeden alınan sermaye artırımını kararını tescil etmemelidir⁷⁷. Böyle bir sermaye artırım kararı tescil edilmiş olsa bile, sermayeye oranla önemli sayılan tutardaki payların nakdi bedelleri ödenmeden yapılan sermaye artırımını geçersizdir. Ancak geçersizliğin türü konusunda TTK'da açık bir hüküm yoktur. ETTK m. 392/f.2'de, payların nakdi bedelleri tamamen ödenmeden verilen sermaye artırımını kararının batıl olduğu ve bundan dolayı yönetim kurulu üyeleriyle denetçilerin müteselsil sorumluluğunun bulunduğu düzenlenmişti. Ancak yeni TTK'da bu maddeye karşılık gelen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu takdirde m. 456/f.4'de atıf yapılan ve kuruluştaki fesih davasını düzenleyen 353. maddenin kıyasen uygulanması mümkündür. Ayrıca genel kurul kararlarının butlanına ilişkin 447. maddeye ve kayıtlı sermayeli anonim şirketler için yönetim kurulu kararlarının butlanına ilişkin 391. maddeye bakmak gerekir. TTK'nın 447. maddesinin 1. fıkrasının c bendine göre sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan genel kurul kararları batıldır. Yönetim kurulunun batıl kararlarını düzenleyen 391. maddenin 1. fıkrasının b bendinde de aynı yönde bir düzenleme bulunmaktadır⁷⁸. Kanaatimizce, TTK m. 456/f.4'de m. 353'de yer alan fesih davasına yapılan atıf gereği, sermayeye oranla önemli miktarda pay bedelinin ödenmemiş olmasına rağmen alınan sermaye artırımını kararının tescil edilmesi halinde, kanuna aykırılık bulunduğu, menfaati önemli derecede ihlal edilmiş veya tehlikeye düşürülmüş olanlar sermaye artırımının tescil ve ilanından itibaren 3 aylık hak düşürücü sürede, sermaye artırımının geçersizliği için dava açabilirler. Sermaye artırımını kararını hakkında butlan nedeniyle tespit davası açılması bakımından herhangi bir süre sınırlaması bulunmadığından, m. 456/f. 4 uyarınca bu hallerde kıyasen m. 353'deki fesih davasının uygulanması hukuk güvenliğiyle

⁷⁷ Moroğlu, Esas Sermaye, s. 48.

⁷⁸ Sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarları aşan ödenmemiş sermaye taahhütlerinin bulunmasına rağmen yapılan sermaye artırımının ve alınan sermaye artırımını kararının akıbeti hususunda uygulanacak TTK hükümleri açıkça belirtilmediğinden, Yargıtay'ın bu husustaki uygulamaları önem kazanacaktır. Bir görüşe göre, sermayeye oranla önemli sayılacak tutarların ödenmemiş olmasına rağmen alınan sermaye artırımını kararı batıldır. Şener, O. H.: Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012, s. 506-507.

bağdaşır niteliktedir. Sermaye artırımı kararı tescil edildikten sonra, anonim şirketin pay sahiplerinin birtakım hakları ve toplantı ve karar yeter sayıları tescil edilmiş yeni sermaye miktarına göre belirlenecektir. Tescil edilerek kesinleşmiş bir sermaye artırımı kararının, herhangi bir hak düşürücü süreye bağlanmamış butlan davası tehdidi altında olması hukuk güvenliğiyle bağdaşmayacağı gibi anonim şirketin sermayesinin belirli olması kuralıyla da uyumlu değildir.

2. Bilançoda Sermayeye Eklenebilir Fonların Bulunmaması

İç kaynaklardan sermaye artırımını düzenleyen 462. maddenin 3. fıkrasında, bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların⁷⁹ bulunması halinde, bu fonların sermayeye dönüştürülmeden, sermaye taahhüdü yoluyla sermayenin artırılamayacağı düzenlenmiştir. Maddenin ifadesinden anlaşıldığı üzere bu ön koşul, dış kaynaklardan sermaye artırımı için aranmaktadır. Ancak maddenin devamında bu ön koşul da yumuşatılmış ve hem bu fonların sermayeye dönüştürülmesi hem de aynı zamanda ve aynı oranda dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılması imkanı getirilmiştir.

Dış kaynaklardan sermaye artırımı için getirilen bu ön koşulun amacı özellikle rüçhan hakkını kullanamayacak pay sahiplerini korumaktır⁸⁰. Uygulamada bazı şirketler, sermayeye eklenecek fonlar olduğu halde, doğrudan dış kaynaklardan sermaye artırımına giderek, mali durumu iyi olmayan pay sahiplerinin rüçhan hakkını kullanamamasından yararlanarak diğer pay sahiplerinin pay miktarlarını artırmalarını sağladıkları görülmüştür. Dış kaynaklardan sermaye artırımının bu şekilde kötüye kullanılmasını önlemek için m. 462/f.3'de bu yönde bir koşula yer verilmiştir.

Bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonlar, sermayeye eklenmeden dış kaynaklardan sermaye artırımına gidilirse, bu sermaye artırımı batıldır; çünkü 462. maddenin 3. fıkrasının gerekçesinde bu hükmün istisnasının bulunmadığı ve emredici nitelikte olduğu ifade edilmiştir.

TTK m. 462/f.3'de iç kaynaklardan sermaye artırımı yapma olanağı mevcutken dış kaynaklardan sermaye artırımına gidilemeyeceği hükme bağlandığından, şartlar oluşmuşsa iç kaynaklardan sermaye artırımının zorunlu olduğu sonucuna varmak mümkündür. Bir başka deyişle, dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılmak isteniyorsa, bundan önce veya bununla birlikte şartları oluşan iç kaynaklardan sermaye artırımının yapılması mecburidir.

⁷⁹ Bu fonlara örnek olarak enflasyon düzeltme farkları, yeniden değerlendirme değer artış fonları, mali af kanunundan yararlanılarak oluşturulan fonlar, iştirak ve gayrimenkul satış kazancından doğan fonlar ve yenileme fonu gösterilebilir. Ayrıca serbest yedek akçeler ile dağıtılmamış karlar da bu fonlar kapsamında değerlendirilmektedir. *Karahan/Saraç*, s. 549.

⁸⁰ *Pulaşlı*, Şirketler, s. 859; *Bahtiyar*, Ortaklıklar, s. 266; *Karahan/Saraç*, s. 549.

V. TÜM SERMAYE ARTIRIMI TÜRLERİNDE ORTAK HÜKÜMLER

TTK'da sermaye artırımı türlerine ilişkin özel hükümlerden önce, 456. ile 457. maddelerde tüm sermaye türlerine ilişkin genel hükümlere yer verilmiştir. Yukarıda açıklanan "payların nakdi bedellerinin tamamen ödenmesi" ön koşulu da bu genel hükümlerde düzenlenmiştir. Tüm sermaye artırımı türleri için genel düzenlemeler öngören 456. maddede bu ön koşul dışında sermaye artırımına karar verecek organ, GTB'nin onayı, sermaye artırımı kararının tescili ve tüm sermaye artırımı türlerine kıyasen uygulanacak TTK hükümleri de yer almaktadır. Sermaye artırımına kıyasen uygulanacak TTK hükümleri, anonim şirketlerin kuruluşuna ilişkin m. 345/f. 2, m. 353, m. 354 ve m. 355/f. 1'dir. Sermaye artırımında anonim şirketin kuruluşuna ilişkin birtakım hükümlerin kıyasen uygulanacağını belirtmesi, sermaye artırımı düzenlemelerinin ETTK m. 392'nin izlerini taşıdığı bir göstergesi olarak nitelendirilebilir.

ETTK'nın 392. maddesinin ilk cümlesinde yeni hisse senetleri çıkarmak suretiyle esas sermayenin çoğaltılması yoluna gidilirse, anonim şirketlerin kuruluşuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmişti. Kuruluşa ilişkin hükümlere atıf yapılması ise, uygulamada birtakım hukuki sorunlara yol açmış⁸¹; aynı zamanda sermaye artırımının hukuki niteliği konusunda da tartışmalara sebep olmuştu. TTK'da ise buna benzer bir hükme açıkça yer verilmemiş olmasına rağmen, 456. maddede kuruluşa ilişkin bazı maddelere atıfta bulunulmuştur. Atıfta bulunulan maddeler ise fesih davasına ilişkin 353. madde, şirketin tescil ve ilanına ilişkin 354. madde, tüzel kişiliğin kazanılmasına ilişkin 355. maddenin birinci fıkrası ve sermaye artırımının zamanında tescil edilmemesi halinde bunun sonuçlarına ilişkin olarak 345. maddenin ikinci fıkrasıdır. Sermaye artırımının yapısına özgü hükümler öngörmek yerine anonim şirketin kuruluşuna ilişkin birtakım hükümlerin sermaye artırımında kıyasen uygulanacağını düzenlenmesi uygulamada sorun yaratabileceği gibi hukuki tartışmalara da neden olacaktır.

Genel hükümler arasında yer alan 457. maddede ise yönetim kurulu beyanı düzenlenmiştir. 6335 sayılı Kanunla⁸² kaldırılmadan önce genel hükümler arasında TTK'nın 458. maddesinde düzenlenen işlem denetçisi raporu da bulunmaktaydı. Ancak işlem denetçiliği kurumu daha yürürlüğe girmeden, 6335 sayılı kanunla tamamen yok edildiğinden, sermaye artırımlarında aranan işlem denetçisi raporuna ilişkin bu hüküm de kaldırılmıştır.

1. Sermaye Artırımına Karar Verecek Organ

TTK'nın 456. maddesinin 2. fıkrasına göre esas sermaye sisteminde genel kurul, kayıtlı sermaye sisteminde ise yönetim kurulu sermaye artırımı kararını

⁸¹ Moroğlu, Öneriler, s. 238.

⁸² RG. 30.06.2012, S. 28339.

vermeye yetkili organdır. TTK ile kapalı anonim şirketlere de kayıtlı sermaye sistemine geçiş imkanı tanındığından, anonim şirketin kabul ettiği sermaye sistemi türüne göre sermaye artırımı kararını vermeye yetkili organ açık bir şekilde m. 456/f.2'de hükme bağlanmıştır. Maddenin ifadesinden, sermaye sistemi türüne göre sermaye artırımı kararını vermeye yetkili olan organın bu yetkisini devredilemez olduğu sonucuna varmak mümkündür.

2. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Onayı

Kuruluşu GTB iznine bağlı anonim şirketlerin, ana sözleşme değişikliğine gitmeden önce de GTB'den izin almaları gerekir. Sermaye artırımının hukuki niteliği ana sözleşme değişikliği olduğu için, kuruluşu GTB iznine bağlı şirketlerin sermaye artırımından önce de izin almaları zorunludur. GTB'den izin almak için ana sözleşme değişikliğine ilişkin yönetim kurulu kararının noter onaylı örneği ve ana sözleşmenin değişen maddesinin yeni metni ile başvuruda bulunmak gerekmektedir. GTB izni sermaye artırımının görüşüleceği genel kurul toplantısından önce alınmalıdır. TTK m. 456/f.2 son cümle uyarınca genel kurul toplantısında, GTB tarafından incelenen ana sözleşmenin değişen maddesi değiştirilerek kabul edilirse, bu değişikliğin yeniden GTB tarafından onaylanması şarttır.

3. Sermaye Artırım Kararının Tescil ve İlanı

Genel kurul veya yönetim kurulu tarafından alınan sermaye artırımı kararının ticaret siciline tescil edilmesi gerekir. Sermaye artırımı kararının tesciline ilişkin m. 456'da çelişkili düzenlemeler ve gereksiz atıflar bulunmaktadır. Tescille ilgili çeşitli maddelere atıfta bulunulması karışıklıklara yol açabilecektir⁸³.

TTK m. 456/f.3'e göre sermaye artırımının, genel kurul veya yönetim kurulu kararı tarihinden itibaren 3 ay içinde tescil edilmesi gerekir. Aksi takdirde, genel kurul veya yönetim kurulu kararı ve GTB'den izin alınan hallerde bu izin geçersiz hale gelir. Bunun neticesinde kuruluşta şirketin 3 ay içinde tescil edilmemesi halinde uygulanan 345. maddenin 2. fıkrası sermaye artırımında da uygulanır. Bu fıkra göre, tescilin yapılmadığını doğrulayan bir sicil müdürlüğü yazısının sunulması üzerine, sermaye artırımı için ödenen tutarlar banka tarafından sahiplerine geri verilir.

TTK m. 456/f.4'de, anonim şirketin tescil ve ilanı ile ilgili 354. maddeye atıf yapılmıştır. Bu maddeye göre ise tescil ve ilanın, GTB izniyle kurulacak olan anonim şirketlerde izin alınmasını, diğer şirketlerde 355. maddenin 1. fıkrası uyarınca şirketin kuruluşunu izleyen 30 gün içinde yapılması gerekmektedir. Bu halde sermaye artırımının tesciliyle ilgili iki farklı süre karışımına çık-

⁸³ Bahtiyar, Tasarı, s. 61.

maktadır. Bu durum ise sermaye artırımının tescil süresi konusunda birtakım tartışmaların ortaya çıkmasına sebep olacak niteliktedir. Ancak 30 günlük tescil süresine uymamanın bir yaptırımı olmadığı halde, 3 aylık tescil süresine uymamanın yaptırımı m. 345/f.2’de düzenlenmiştir. Bu nedenle tescil süresi olarak esas alınması gereken süre 3 aylık süredir.

354. maddede ayrıca tescil ve ilan edilerek sicilin olumlu etkisine dahil olacak hususlar sayılmıştır. TTK m. 456/f. 4’de 354. maddenin tamamına atıf yapıldığından, sermaye artırımı ile ilgili olarak bu fıkra da kıyasen uygulanacaktır. Ancak bu atıf da eleştirilmiştir; çünkü şirketin kuruluşu aşamasında tescil ve ilan edilecek hususlar ile sermaye artırım aşamasında tescil ve ilan edilecek hususlar arasında farklılık bulunmaktadır⁸⁴.

TTK m. 456/f.4’de, tüzel kişiliğin kazanılmasına ilişkin 355. maddenin 1. fıkrasına atıf yapılmıştır. 355. maddenin 1. fıkrası şirketin tüzel kişilik kazanması bakımından kurucu niteliktedir. Ancak sermaye artırımında şirket tüzel kişiliğinin kazanılması söz konusu olmadığından, sırf tescilin kurucu niteliğini vurgulamak için m.355/f.1’e yapılan atfın çok doğru ve gerekli bir atıf olmadığı ifade edilmektedir⁸⁵. Kanaatimizce, 355. maddenin 1. fıkrasına yapılan bu atıf, sermaye artırımının kuruluş işlemlerinin tekrar edildiği yeni/ek bir kuruluş olduğu düşüncesine dayanan ETTK’nın izlerini taşımaktadır.

TTK m. 456/f.5’de sermayenin artırılması kararının tesciline, özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, ana sözleşme değişikliklerinin tesciline ilişkin 455. maddenin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, sermaye artırım kararı üçüncü kişilere karşı tescilden önce hüküm ifade etmeyecektir. Bunun anlamı tescille birlikte sermaye artırımının dış ilişkide de geçerli hale geldiği ve şirketin alacaklılara karşı artırılan sermaye tutarıyla sorumlu olduğudur. Bu durumda tescil kurucu niteliktedir⁸⁶. Sermaye artırımını nedeniyle çıkarılan yeni paylara ilişkin pay sahipliği hakları da tescilden sonra kullanılabilir⁸⁷.

TTK m. 455 uyarınca sermaye artırım kararı tescil edilmesinin yanı sıra; sermaye artırımında ilana bağlı hususlar ilan ettirilir. İlan edilecek hususlar, m. 456/f.4’de yapılan atıf gereği m. 354’de sayılan hususlardan olup sermaye artırım ile uyuşan hususlardır. Tescil ve ilan edilen karar, varsa anonim şirketin internet sitesine de konulur.

⁸⁴ Moroğlu, Öneriler, s. 263; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 267; Bahtiyar, Tasarı, s. 59 vd.

⁸⁵ Ana sözleşme değişikliklerinde tescili düzenleyen 455. maddeye atıf yapılması karşısında da, m. 355/f.1’e yapılan atfın gereksiz olduğu ifade edilmiştir. Bahtiyar, Tasarı, s. 60 vd.

⁸⁶ Pulaşlı, Şirketler, s. 864; Pulaşlı, Sermaye Artırımı, s. 39; Moroğlu, Esas Sermaye, s. 352; Sermaye artırımında tescilin işlevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar, M.; Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımının Tescili ve Tescilin İşlevi, Batider, C. XVIII, S. 4, Aralık 1996, s. 12 vd.

⁸⁷ Pulaşlı, Sermaye Artırımı, s. 61.

4. Sermaye Artırımında Fesih Davası

Anonim şirketlerin kuruluşunda kanun hükümlerine aykırı hareket edilmesi neticesinde ilgililerin menfaatlerinin önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmesi veya ihlal edilmesi halinde açılan fesih davasını düzenleyen m. 353, m. 456/4'de yapılan atıf nedeniyle tüm sermaye artırım türlerinde kıyasen uygulanacaktır.

ETTK m.392/f.2'de yeni pay senedi çıkarılarak yapılan sermaye artırımında aynı maddenin 1. fıkrasındaki hükümlere uyulmaması halinde sermaye artırımına ilişkin işlemlerin batıl olduğu ve bu nedenle yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin şirkete, pay sahiplerine ve üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumlu olduğu düzenlenmişti. Bu fıkra hukuk güvenliğine aykırı bulunmuş ve yaratacağı sakıncaların, iptal davası sınırlaması ile giderilebileceği ifade edilmişti⁸⁸. Buradaki en önemli sakınca butlan davasının bir süreye bağlı olmamasıdır. İptal davalarında 3 aylık hak düşürücü süre nedeniyle, m.392/f.2 bakımından iptal davası sınırlaması getirilmesi önerilmişti. Yargıtay ise daha da ileri giderek, m. 299/f.5 uygulayarak 1 aylık dava süresini kabul etmiştir⁸⁹. Ancak m.299, 559 sayılı KHK ile kaldırılınca, bu dayanak ortadan kalkmıştır⁹⁰.

ETTK m. 392, TTK'ya alınmamıştır. ETTK m. 392/f. 2'nin yarattığı tartışmalar göz önüne alınarak ve hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla, TTK m. 456/f. 4'de kuruluşa ilişkin fesih davasını düzenleyen 353. maddenin tüm sermaye artırım türlerine kıyasen uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu halde, sermaye artırımını kanun hükümlerine aykırı bir şekilde yapılırsa⁹¹ ve bundan dolayı alacaklıların, pay sahiplerinin ve kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülür veya ihlal edilirse yönetim kurulu, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, ilgili alacaklı veya pay sahibi tarafından, sermaye artırım kararının tescil ve ilan tarihinden itibaren 3 ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde sermaye artırımının feshi için dava açılabilir. 3 aylık süre hak düşürücü niteliktedir ve bu süre içinde dava açılmaması halinde, sermaye artırımının iyileşmesi sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir⁹².

⁸⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 755, N. 1416.

⁸⁹ Bkz. 11. HD, 29.11.1985, E. 5840/K. 5586, 11. HD, 25.02.1987, E. 6804/K. 1099 (Eriş, s. 2261, s. 2267).

⁹⁰ Bkz. 11. HD, 24.09.2002, E. 6168/K. 8120 (Eriş, s. 2268).

⁹¹ Örneğin GTB'den izin alınması gereken hallerde izin alınmamışsa, yönetim kurulu beyanı hiç veya usulüne uygun hazırlanmamışsa veya sermayeye oranla önemli miktarda pay bedelleri ödenmemişse, kanun hükümlerine aykırı hareket edildiğinden, fesih davası açmak mümkündür.

⁹² Bilgili/Demirkapı, s. 454.

Fesih davasıyla ilgili 353. maddeye atıf yapılması, bir bütün olarak sermaye artırım işleminin geçersizliğinin⁹³ dava edilebilmesi imkanının tanınmak istenmiş olmasının neticesidir⁹⁴. Sermaye artırımını nedeniyle fesih davası açılabilmesi imkanının getirilmiş olması, bu davada süre kısıtlaması bulunduğundan hukuk güvenliğinin sağlanması açısından da yerinde bir düzenlemedir. Ancak esas sermaye sisteminde sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararına, genel kurul kararlarının iptal ve butlanına ilişkin maddelerin; kayıtlı sermaye sisteminde ise sermaye artırımına ilişkin yönetim kurulu kararına, yönetim kurulu kararlarının iptaline ve butlanına ilişkin maddelerin de uygulanabilmesi imkanı bulunduğundan; sermaye artırımını ile ilgili olarak 353. maddeye atıf yapılması ETTK döneminde doktrinde yer alan tartışmaların TTK döneminde daha farklı boyutta devam etmesine ve uygulamada birtakım sorunların ortaya çıkmasına neden olabileceği ifade edilmiştir⁹⁵. Tartışma ve sorunlar özellikle süreler bakımından ortaya çıkacaktır; çünkü fesih davası ve genel kurul kararlarına karşı iptal davasında süre 3 ay, yönetim kurulunun sermaye artırımını kararına karşı iptal davasında ise 1 ay⁹⁶ olduğu halde; genel kurul veya yönetim kurulunun sermaye artırımını kararının batıl olduğuna ilişkin tespit davası herhangi bir süre sınırı olmaksızın açılabilir. Sermaye artırımını kararının geçersizliği bakımından butlan yaptırımının kabul edilmesi halinde, bu geçersizliğin çok uzun zaman sonra ileri sürülebilmesi nedeniyle hukuk güvenliği ilkesinin zedelenmesi de kaçınılmazdır. Bu sorunların bertaraf edilmesi için sermaye artırımının geçersizliğini, ayrı ve özel bir hükümle düzenlemenin yerinde olacağı ifade edilmiştir⁹⁷. Ancak unutulmamalıdır ki, butlan ya da iptal davası sermaye artırımını kararlarına karşı açılan davalardır. Sermaye artırımını kararı dışında sermaye artırımını ile ilgili diğer işlemlerde kanuna aykırılık bulunması halinde 353. maddedeki fesih davasının kıyasen uygulanması mümkündür. Ancak bu davaların uygulanma alanları birbirinden farklı olsa da, ortaya çıkaracakları sonuç sermaye artırımının geçersizliği olduğundan, hangi davanın açılacağı konusunda uygulamada tereddütler yaşanması muhtemeldir. Bu nedenle sermaye artırımının geçersizliğine ilişkin ayrı ve özel bir düzenlemenin yapılması gerektiği görüşüne katılmaktayız.

⁹³ TTK m. 353'de düzenlenen kuruluşa ilişkin fesih davasının, sermaye artırımının geçersizliğine ilişkin bir butlanın tespiti davası olduğu belirtilmektedir. *Bilgili/Demirkapı*, s. 454, dn. 1056.

⁹⁴ *Moroğlu*, Öneriler, s. 262.

⁹⁵ *Bahtiyar*, Tasarı, s. 61. TTK m. 456/4'de kuruluştaki fesih davasına atıfta bulunduğu için TTK'da yer alan genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının butlanı davasının, genel kurul kararlarına karşı iptal davasının ve kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davasının açılmayacağı kabul edilmesi mümkün değildir. Özellikle kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermaye artırımını kararına karşı iptal davası açılması istisnai ve özel bir hüküm olduğundan öncelikli olarak uygulanma alanı bulacaktır.

⁹⁶ Kayıtlı sermaye sisteminin amacı sermaye artırımının daha hızlı bir şekilde yapılmasını sağlamak olduğundan, yönetim kurulunun sermaye artırımını kararına karşı açılacak iptal davalarında sürenin 1 ay olarak belirlenmesi amaca uygundur. *Bilgili/Demirkapı*, s. 460.

⁹⁷ *Moroğlu*, Öneriler, s. 262.

Kanaatimizce, tüm sermaye artırımı türleri için 353. maddeye atıf yapıldığından, sermaye artırımı kararı dışında kalan sermaye artırımı işlemlerinde kanuna aykırılık varsa bu geçersizliğin tescilden itibaren 3 ay içinde fesih davası açılarak ileri sürülmesi gerekir. Sermaye artırımına ilişkin kararda sakatlık bulunması halinde ise kabul edilen sermaye sistemine göre genel kurul veya yönetim kurulu kararlarının iptali ya da butlamı için dava açılması yoluna gidilmelidir.

5. Yönetim Kurulu Beyanı

TTK m. 457 uyarınca yönetim kurulu, sermaye artırımının türüne göre bir beyan hazırlayıp imzalar. Bu beyan açık, eksiksiz, doğru ve dürüst bilgi verme ilkesine göre hazırlanmalıdır. Bu ilke nedeniyle, yönetim kurulu beyanının şirketin mali durumunu ve faaliyet sonuçlarını anlaşılabilir şekilde ayrıntılı olarak ortaya koyması gerekir⁹⁸.

Yönetim kurulu beyanında yer alması gereken bilgiler sermaye artırım türüne göre farklılık arz eder. Dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılıyorsa, taahhüt edilen sermayenin türüne göre yönetim kurulu beyanında yer alan bilgiler şekillenir.

Bir borcun takası, fon veya yedek akçelerin sermayeye dönüştürülmesi veya rüçhan haklarının sınırlandırılması veya kaldırılması söz konusuysa; bunlara ilişkin bilgi ve açıklamaların yönetim kurulunun beyanında yer alması gerekir.

İç kaynaklardan sermaye artırımı yapılıyorsa, yönetim kurulu beyanında, artırımın hangi kaynaklardan karşılandığı, bu kaynakların gerçekliği ve şirket malvarlığı içinde var oldukları konusunda garanti verilir.

Şartlı sermaye artırımı yapılması halinde, yönetim kurulu beyanında bu artırımın ve uygulanmasının kanuna uygunluğu belirtilir.

Yönetim kurulu beyanında yer alması gereken bilgiler incelendiğinde, yapılan sermaye artırımının hem ekonomik hem hukuki açıdan geçerliliğinin yönetim kurulu tarafından kontrol edilerek garanti altına alınmasının hedeflendiği görülmektedir.

Yönetim kurulu beyanını düzenleyen 457. maddenin gerekçesinde, kuruluş-taki kurucular beyanına ilişkin 349. maddenin gerekçesine atıf yapılmıştır. 349. maddenin gerekçesinden hareketle yönetim kurulu beyanının, sermaye artırımının bir tür iç denetimini sağlama amacını taşıdığını ve gerçeğe uygun olmaması halinde yönetim kurulunun hukuki (m. 549) ve cezai (m. 562/f.8) sorumluluğunun⁹⁹ ortaya çıkacağını söylemek mümkündür. Bunun yanı sıra sermaye artırı-

⁹⁸ Karahan/Saraç, s. 538.

⁹⁹ TTK m. 562/f. 8 uyarınca yönetim kurulu beyanının sahte olarak düzenlenmesi halinde, bu suçu işleyenler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

mında yönetim kurulu beyanın zorunlu tutulmasından amaç kamuyu aydınlatma ilkesine ve sermayenin korunmasına hizmet etmektir. Bu çerçevede yönetim kurulu beyanı gerekçeli olmalı, emsal göstermeli, karşılaştırmalara yer vermeli ve anlaşılır bir dille yazılmalıdır.

Yönetim kurulu beyanının, tüm yönetim kurulu üyeleri tarafından birlikte hazırlanıp imzalanması gerekmektedir¹⁰⁰. Niteliği itibarıyla beyanın imzalanmasında vekalet mümkün değildir.

Yönetim kurulu beyanının m. 457/f.2’de belirtilen içeriğine bakıldığında, bu beyanın en geç sermaye artırımının tescilinden önce hazırlanması gerektiği sonucuna varmak mümkündür.

Yönetim kurulu beyanı, denetime tabi anonim şirketlerde denetçiye verilir; denetime tabi olmayan anonim şirketlerde ise ticaret sicili müdürlüğüne verilerek onun incelemesine sunulur ve sicil dosyasında saklanır¹⁰¹. TTK m. 354’de göre yönetim kurulu beyanı tescil ve ilan edilmesi zorunlu hususlardan değildir; tescil ve ilan edilse dahi yönetim kurulu beyanı hakkında sicilin olumlu etkisi geçerli değildir.

VI. KAPALI ANONİM ŞİRKETLERDE KAYITLI SERMAYE SİSTEMİNDE YENİ PAYLAR ÇIKARMAK SURETİYLE YAPILAN DIŞ KAYNAKLARDAN SERMAYE ARTIRIMI VE USULÜ

1. Kayıtlı Sermaye Sisteminin Tanımı

Kayıtlı sermaye sistemi, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde, esas sermaye artırımının sakıncalarını gidermek için bir çözüm yolu olarak kabul edilen ve sermaye sistemleri arasında yönetim kuruluna en geniş yetkileri tanıyan Anglo-Amerikan hukuku kökenli bir sermaye sistemidir¹⁰². Kayıtlı sermaye sisteminin en önemli özelliği sermaye artırım yetkisinin yönetim kuruluna devredilmesidir¹⁰³. Bu sistemde yönetim kurulu, uzun ve formal işlemlere gerek olmaksızın, ana sözleşmede belirlenen ve tescil edilen kayıtlı sermaye miktarına kadar sermaye artırımını gerçekleştirmektedir¹⁰⁴.

Esas sermaye sisteminde sermaye artırım kararının genel kurul tarafından verilmesi ve artırımın yapılması için tamamlanması gereken işlemlerin fazlalığı, özellikle esas sözleşmenin değiştirilmesi zorunluluğu, bu sistemde ser-

¹⁰⁰ Gereke m. 349.

¹⁰¹ Gereke m. 349.

¹⁰² *Bahtiyar*, Kayıtlı Sermaye, s. 34.

¹⁰³ *Bahtiyar*, Kayıtlı Sermaye, s. 34; *İmregün*, s. 456; *Pulaşlı*, Sermaye Artırımı, s. 42.

¹⁰⁴ *Bahtiyar*, Kayıtlı Sermaye, s. 34.

maye artırımının gerçekleştirilmesinin uzun bir sürece yayılmasına neden olmaktadır. Ticaret hayatının en önemli ihtiyaçlarından biri işlemlerin süratle tamamlanmasıdır. Esas sermaye artırımının uzun sürmesi, anonim şirketlerin değişen piyasa koşullarına hızlı bir şekilde ayak uydurmalarının önündeki engellerden biri olarak değerlendirilebilir. Kayıtlı sermaye sisteminde sermayeyi artırma yetkisinin yönetim kuruluna verilmesiyle birlikte, sermaye artırımı daha kolay ve hızlı bir şekilde gerçekleştirilebilmekte ve böylece ticari hayattaki değişikliklere ve sermaye piyasasındaki yeniliklere ayak uydurmak mümkün olmaktadır¹⁰⁵. Bu sistemde, hızlı bir şekilde yeni pay senetlerinin çıkarılması da nakit ihtiyacının daha çabuk ve kolay bir şekilde giderilmesini sağlamaktadır¹⁰⁶. Bunun yanı sıra sermaye artırımına karar verecek organın yönetim kurulu olması da sermaye artırımına hız kazandırır; çünkü genel kurulun hantal bir organ olması toplanmasında güçlükler neden olduğu gibi; karar yeter sayıları da karar vermesini zorlaştırmakta ya da uzatmaktadır. Yönetim kurulu ise sürekli bir organ olduğu için genelde toplanmak ve karar almak hususunda sıkıntılar ortaya çıkmamaktadır¹⁰⁷.

Kayıtlı sermaye sisteminde, sermayenin üst sınırı ana sözleşmede gösterilmek suretiyle, yönetim kuruluna bu sınıra kadar yeni pay çıkarmak yetkisi tanınmıştır. Kayıtlı sermaye sisteminde üç farklı sermaye kavramı karşımıza çıkmaktadır; başlangıç sermayesi veya taban sermaye, çıkarılmış sermaye ve kayıtlı sermaye veya tavan sermaye. Başlangıç sermayesi, kuruluşta veya sisteme ilk geçişte anonim şirketin sahip olması gereken asgari sermayedir. Ana sözleşmede yönetim kurulunun sermaye artırımı yapabileceği üst sınırı gösteren miktara tavan sermaye veya kayıtlı sermaye denilmektedir. Çıkarılmış sermaye, kapalı anonim şirketlerde çıkarılmış payların tümünün itibari değerlerinin toplamını (TTK m. 332/f.2), halka açık anonim şirketlerde ise satışı yapılmış pay senetlerini (SPK m. 3/f bendi) temsil eder. Bir anonim şirketin kurulduktan sonra kayıtlı sermaye sistemine geçmesi halinde, esas sermayesi çıkarılmış sermayeye dönüşür¹⁰⁸.

¹⁰⁵ *Moroğlu*, Esas Sermaye, s. 31; *Helvacı*, M.: Kayıtlı Sermaye Sisteminde Sermaye Artırım Usulü ve Bu Sisteme Tabi Anonim Ortaklıklarda Hisse Senetlerinin Çıkarılma Zamanı, *Batider*, S. 1-2, C. 18, 1995, s. 158; *Arslan*, s. 252.

¹⁰⁶ *Pulaşlı*, Sermaye Artırımı, s. 41.

¹⁰⁷ TTK m. 359/f. 1'de yönetim kurulunun tek kişiden oluşabileceğinin ve TTK m. 390/ f. 4'de toplantı yapmaksızın kağıt üzerinde karar alabileceğinin düzenlenmesi, yönetim kurulunun toplantı ve karar alma bakımından herhangi bir sorun yaşamaması olasılığını oldukça azaltmıştır. Bu düzenlemelerle birlikte kayıtlı sermaye sisteminden beklenen ve yukarıda belirtilen faydalar Türk şirketler hukukunda sağlanabilecektir.

¹⁰⁸ *Bahtiyar*, Tasarı, s. 56.

2. Türk Hukukunda Kayıtlı Sermaye Sistemi

Türk hukukunda kayıtlı sermaye sistemi ilk olarak 1960 yılında çıkarılan özel kanunlarla iki anonim şirket tarafından uygulanmaya başlanmıştır¹⁰⁹. 28.7.1981 tarihinde kabul edilerek 1.2.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu¹¹⁰ ile halka açık anonim şirketlerin kayıtlı sermaye sistemini kabul edebilmesi hakkında düzenlemeler yapılmış ve böylece bu sistem Türk Hukuku'na girmiştir. SPK'da da kayıtlı sermaye sistemi, birtakım değişikliklerle 18. maddede düzenlenmiştir. SPK Kurulu ayrıca Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Tebliği'ni (Seri: IV, No: 38)¹¹¹ de çıkarmıştır. Son olarak 13.01.2011 tarihinde kabul edilerek 1.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TTK ile kapalı anonim şirketlere de kayıtlı sermaye sistemini kabul etme imkanı tanınmıştır. Kapalı anonim şirketlerde kayıtlı sermaye sistemine ilişkin uygulamaları düzenlemek için GTB tarafından HAOŞ Tebliği de çıkarılmıştır.

A. Sermaye Piyasası Kanunu Kapsamında Kayıtlı Sermaye Sistemi

SPK'ya göre kayıtlı sermaye sistemi, yalnızca halka açık anonim şirketlerin kabul edebileceği bir sermaye sistemidir. Ancak yatırım ortaklıkları dışındaki halka açık anonim şirketlerin bu sistemi kabul etmesi zorunlu değildir.

SPK m. 18 hükmü uyarınca, pay senetlerini halka arz etmek üzere kurulan veya sermaye artırımı yoluyla pay senetlerini halka arz edecek olan anonim şirketler, SPK Kurulu'ndan izin almak şartıyla kayıtlı sermaye sistemini kabul edebilirler. Kayıtlı sermaye miktarının yükseltmek istenmesi halinde de SPK Kurulu'ndan izin alınması gerekmektedir. Kayıtlı sermaye sistemini kabul etmek isteyen halka açık anonim şirketlerin bu sisteme geçerken sahip olmaları gereken başlangıç sermayesi miktarı da, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenmektedir.

SPK mevzuatı çerçevesinde kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş bir halka açık anonim şirkette yönetim kurulu, ana sözleşmede belirlenen kayıtlı sermaye miktarına kadar yeni pay çıkarmak suretiyle sermaye artırımını gerçekleştirebilecektir. Bu sermaye artırımını hakkında TTK'nın sermaye artırımına ilişkin hükümleri uygulanmaz¹¹². Yönetim kurulunun yapmış olduğu sermaye artırımları

¹⁰⁹ Türk hukukunda ilk olarak 1960 yılında çıkarılan 7462 sayılı Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi Kanunu ile kayıtlı sermayeli bir anonim şirket kurulmuştur. Yine aynı yıl çıkarılan 86 sayılı Yatırımlar (Holding) Türk Anonim Şirketi Kanunu ile bir diğer anonim şirkette daha kayıtlı sermaye sistemi uygulanmaya başlanmıştır.

¹¹⁰ RG. 30.7.1981, S. 17416.

¹¹¹ RG. 23.01.2008, S. 26765.

¹¹² Kayıtlı sermaye miktarının yükseltmek istenmesi halinde artık TTK'nın ana sözleşme değişikliğine ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

neticesinde kayıtlı sermaye miktarına ulaşması halinde, genel kurulun TTK'nın ana sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin hükümleri uyarınca bir karar alarak yeni bir kayıtlı sermaye miktarı belirlemesi gerekir.

Yönetim kurulunun kayıtlı sermaye sistemi kapsamında kayıtlı sermaye miktarına kadar sermaye artırımı yetkisi, izninin verildiği yıl da dahil olmak üzere en fazla 5 yıllık süre için geçerlidir (SPK m. 18/f. 2).

Kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımı yetkisinin yanı sıra, yönetim kuruluna, SPK m. 18/f. 5 uyarınca imtiyazlı veya itibari değerinin üzerinde hisse senedi çıkarılması, pay sahiplerinin yeni pay almak haklarının sınırlandırılması konularında veya imtiyazlı hisse senedi sahiplerinin haklarını kısıtlayıcı nitelikte karar alabilmesi için ana sözleşmede yetki verilebilir.

Kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımı gerçekleştirmek üzere çıkarılan yeni payların bedellerinin SPK m. 12/1'e göre tamamen ve nakden ödenmesi gerekmektedir.

Seri: IV, No: 38 sayılı Tebliğ'in 8. maddesi uyarınca kayıtlı sermaye sistemine geçişte olduğu gibi bu sistemden çıkmak istenilmesi halinde de halka açık anonim şirketin SPK Kurulu'ndan izin alması gerekmektedir. Ancak sistemden çıkmak için kuruldan izin alınması zorunluluğu bulunmasının, kayıtlı sermaye sisteminin ihtiyariliği ile bağdaşmadığı ifade edilmektedir¹¹³. Yine Tebliğ'in aynı maddesine göre sisteme geçiş için aranan şartları kaybeden veya bu sistemi kötüye kullanan halka açık anonim şirketler, SPK Kurulu tarafından kayıtlı sermaye sisteminden çıkarılabilirler.

B. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Kayıtlı Sermaye Sistemi

SPK ile halka açık anonim şirketlere tanınan kayıtlı sermaye sistemine geçiş imkanı, TTK m. 332'de yapılan düzenleme sonucunda kapalı anonim şirketlere de tanınmıştır. Kapalı anonim şirketler henüz kuruluş aşamasında ana sözleşmelerine bu yönde bir madde koyarak kayıtlı sermaye sistemini kabul edecekleri gibi, kurulduktan sonra ana sözleşme değişikliği yapmak suretiyle de kayıtlı sermaye sistemine geçebilirler.

332. maddenin gerekçesinde halka açık anonim şirketlerle halka açık olmayan anonim şirketler arasındaki hüküm farklarını en aza indirme ilkesinin benimsenmesi nedeniyle kapalı anonim şirketlere de kayıtlı sermaye sistemine geçiş imkanının sağlandığı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra kayıtlı sermaye sisteminin yalnızca halka açık anonim şirketlere özgü bir sistem olmasının teorik bir temele dayanmadığı da ifade edilmiştir. Doktrinde de halka açık olmayan anonim şirketlerin sermaye artırımı hızlı ve masrafsız bir şekilde yapma ihtiyacı

¹¹³ Bahtiyar, Kayıtlı Sermaye, s. 89.

bulduğundan, kayıtlı sermaye sistemini kabul etme imkanının bu şirketlere de tanınması gerektiği belirtilmiştir¹¹⁴.

Kayıtlı sermaye sistemine ilişkin düzenlemelerde özellikle yönetim kurulunun yetki ve yükümlülükleriyle ilgili SPK ile TTK hükümleri arasında birtakım farklılıklar bulunmasına rağmen, TTK'daki hükümler genel olarak SPK ile paraleldir. Ancak TTK'daki düzenlemelerden bazıları kayıtlı sermaye sisteminden beklenen faydaların sağlanmasını engelleyebilecek niteliktedir. SPK ile TTK hükümleri arasındaki bu farklılıklara, aşağıda kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin artırılması usulüne ilişkin açıklamalar kısmında yer verilecektir.

SPK'yla paralel olarak kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş bir kapalı anonim şirkette, yönetim kurulu başlangıç sermayesi ile kayıtlı sermaye¹¹⁵ arasında gerekli gördüğü zamanlarda, TTK'nın esas sermayenin artırılmasına ilişkin hükümlerine uymaksızın sermayeyi artırabilecektir. TTK m. 460/f.1 uyarınca yönetim kuruluna bu yetki en çok beş yıl için tanınabilir¹¹⁶.

Yeni kurulacak veya kurulmuş olan kapalı bir anonim şirketin kayıtlı sermaye sistemini kabul edebilmesi için TTK m. 332/f.1'de belirlenen 100 bin TL başlangıç sermayesine¹¹⁷ sahip olması gerekmektedir. Bu miktar esas sermayeli anonim şirketler için öngörülen asgari sermaye miktarının iki katıdır. TTK'ya göre kapalı anonim şirketlerin kayıtlı sermaye sistemine geçebilmesi için 332. maddede belirtilen başlangıç sermayesine sahip olmaları ve ana sözleşmede bu yönde bir değişiklik yapmaları yeterlidir; ayrıca bu sistemi kabul etmek için GTB'den veya herhangi başka bir makamdan izin alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak TTK m. 454/f.1 uyarınca kurulmuş bir anonim şirketin ana sözleşmesinde değişiklik yaparak kayıtlı sermaye sistemini kabul etmesine ilişkin genel kurul kararı, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek bir nite-

¹¹⁴ *Moroğlu*, Esas Sermaye Artırımı, s. 31; *Moroğlu*, E.: Türk Ticaret Kanunu-Sermaye Piyasası Kanunu, Sermaye Piyasası Kurulu'nun 15. Yıl Sempozyumu, Ankara 1998, s. 21; *Arslan*, s. 266; *Helvacı*, s. 171.

¹¹⁵ HAOŞ Tebliği m.5/f.5 uyarınca kayıtlı sermaye miktarı, başlangıç sermayesinin beş katından fazla olamaz. Kayıtlı sermaye miktarı, çıkarılmış sermayenin kayıtlı sermaye miktarına ulaşmış olmadığına bakılmaksızın ana sözleşme değiştirilerek yükseltilebilir. Kayıtlı sermaye sisteminin kabul edilmesinden veya sisteme geçilmesinden sonra izleyen dönemlerde kayıtlı sermaye miktarı, ana sözleşmenin değiştirileceği genel kurul toplantısı sırasındaki çıkarılmış sermayenin en fazla 5 katı olarak belirlenir. Halka açık anonim şirketlerdeki kayıtlı sermaye miktarına ilişkin bir sınırlama ise dolaylı olarak SPK m. 13/f. 1'de yer almaktadır.

¹¹⁶ HAOŞ Tebliği m. 5/f.3, b bendi uyarınca kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna verilen sermayeyi artırma yetkisinin süresi, sürenin başlangıç ve bitiş tarihi ana sözleşmede yer almak zorundadır.

¹¹⁷ Kayıtlı sermaye sisteminde önemli olan yönetim kurulunun sermaye artırımındaki yetki sınırını gösteren kayıtlı sermaye miktarıdır. Bu nedenle başlangıç sermayesinin, esas sermaye sistemindeki asgari miktardan yüksek tutulmasının bir yararının bulunmadığı ifade edilmiştir. *Bahtiyar*, Tasarı, s. 57.

lik taşıyorsa, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunca onaylanmadan uygulanamaz¹¹⁸.

TTK'daki kayıtlı sermaye sistemine ilişkin hükümler arasında bu sisteme geçiş için GTB izni aranmadığı halde, HAOŞ Tebliği'nin 5. maddesinin ilk fıkrası uyarınca kapalı anonim şirketler GTB'den izin almak şartıyla kuruluşta veya sonradan ana sözleşmelerini değiştirerek kayıtlı sermaye sistemine geçebilirler. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise kuruluşta kayıtlı sermaye sistemini kabul edecek şirketlerin başlangıç sermayesinin tamamının ödenmiş olması; sonradan kayıtlı sermaye sistemine geçecek şirketlerde ise çıkarılmış sermayenin tamamının ödenmiş ve sermayenin karşılıksız kalmamış olması şartı getirilmiştir. Kayıtlı sermaye sistemini kabul edecek halka açık anonim şirketler için ise böyle bir şart getirilmemiştir (Tebliğ Seri: IV, No: 38, m. 5/1/c).

Halka açık anonim şirketlerde olduğu gibi kapalı anonim şirketlerin de kayıtlı sermaye sisteminden GTB'den izin almak kaydıyla çıkabilecekleri veya aranan şartları kaybetmeleri halinde GTB tarafından çıkarılabilecekleri düzenlenmiştir (TTK m. 332/f.3, HAOŞ m. 8). Ayrıca HAOŞ Tebliği'nde kapalı anonim şirketlerin bazı koşulların gerçekleşmesi halinde kayıtlı sermaye sisteminden çıkmış sayılacakları da düzenlenmiştir (m. 5/f.6). Buna göre, yönetim kuruluna tanınan yetki süresinin dolmasından sonra, yönetim kurulunun sermaye artırımı kararı alabilmesi için ana sözleşmenin değiştirilerek yönetim kuruluna yeniden yetki süresi belirlenmesi şarttır. En geç yetki süresinin dolduğu yıl genel kurul toplantısında yetki süresine ilişkin ana sözleşme değişikliği yapmayan şirketler kayıtlı sermaye sisteminden çıkmış sayılırlar.

HAOŞ Tebliğiyle kayıtlı sermaye sistemini kabul edecek kapalı anonim şirketler için GTB'den izin alınması zorunluluğu getirilmeden önce, TTK hükümleri kapsamında kapalı anonim şirketlerin kayıtlı sermaye sistemine geçişte herhangi bir makamdan izin alma zorunluluğu bulunmadığından; kapalı anonim şirketlere, halka açık anonim şirketlerde olduğu gibi bu sistemden çıkmak için izin alma zorunluluğunun getirilmesi bir çelişki olarak nitelendirilmiştir¹¹⁹. Bunun yanı sıra kapalı bir anonim şirketin kayıtlı sermaye sistemine geçişi bakımından asgari başlangıç sermayesi miktarı dışında başka herhangi bir koşul öngörülmediği halde TTK m. 332/f.3'de anonim şirketin aranan şartları kaybetmesinden bahsedilmesi de bir başka çelişki olarak ifade edilmiştir¹²⁰. Ancak

¹¹⁸ TTK m. 454/f.1 uyarınca yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine ilişkin genel kurul kararı, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise, bu kararın imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunca alınacak bir kararla onanması gerekir. Aksi takdirde genel kurulun yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine ilişkin kararı uygulanamaz.

¹¹⁹ *Bahtiyar*, Tasarı, s. 57.

¹²⁰ *Bahtiyar*, Tasarı, s. 57.

HAOŞ Tebliği'nin 5. maddesinde, kapalı anonim şirketlerin kayıtlı sermaye sistemine geçişine ilişkin şartlar düzenlenmiştir. Kanaatimizce asıl çelişki kapalı anonim şirketlerin kayıtlı sermaye sistemine geçişinde aranan GTB izni ile diğer şartların tebliğ ile düzenlenmesidir. En azından bu sisteme geçiş için aranan GTB izninin TTK'da düzenlenmiş olması gerekirdi.

3. Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yeni Pay Çıkarmak Suretiyle Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımında Yapılması Gereken İşlemler

Kayıtlı sermaye sisteminde dış kaynaklardan sermaye artırımı, çıkarılmış sermaye miktarının, ana sözleşmede belirlenen kayıtlı sermaye miktarına kadar yönetim kurulu tarafından artırılmasıdır¹²¹. Yönetim kurulu sermaye artırımını, esas sermayenin artırılmasına ilişkin TTK hükümleriyle bağlı olmaksızın, TTK m. 460 hükmü çerçevesinde gerçekleştirir. Yönetim kurulunun çıkarılmış sermayeyi artırması, ana sözleşme değişikliğini gerektirmemektedir.

Kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde dış kaynaklardan sermaye artırımı yalnızca yeni pay çıkarmak suretiyle gerçekleştirilir. Mevcut payların itibari değerinin yükseltilmesi suretiyle dış kaynaklardan sermaye artırımının yapılabilmesi için tüm pay sahiplerinin onayı bir başka deyişle genel kurulun oy birliği kararı arandığından, yönetim kurulunun bu tür bir artırım yapması mümkün değildir¹²².

Yönetim kurulunun yeni pay çıkarmak suretiyle dış kaynaklardan sermaye artırımında yapması gereken işlemler, TTK'nın 460. maddesinde ve HAOŞ Tebliği'nin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin yanı sıra, sermayenin artırılmasına ilişkin genel hükümler ile ana sözleşmenin değiştirilmesi hakkındaki hükümler de mahiyetine uyduğu ölçüde kayıtlı sermaye sisteminde gerçekleştirilecek sermaye artırımına uygulanır.

A. Yönetim Kurulu Kararı

Yönetim kurulu, TTK hükümleri ve ana sözleşmede kendisine tanınan yetkiler çerçevesinde, önce ana sözleşmenin ilgili maddesinin değişik (yeni) şeklini hazırlar ardından da çıkarılmış sermaye miktarını artırmak üzere karar alır. Yönetim kurulunun toplantı ve karar yetersayılarını düzenleyen 390. maddeye¹²³ uygun olarak sermaye artırım kararı alınmalıdır. 390. maddede yönetim kurulunun kayıtlı sermaye sistemi çerçevesinde alacağı sermaye artırım kararı bakımından

¹²¹ *Bahtiyar*, Ortaklıklar, s. 277.

¹²² *Bahtiyar*, Ortaklıklar, s. 278; *Bahtiyar*, Kayıtlı Sermaye, s. 100.

¹²³ TTK m. 390/f.1'e göre ana sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır.

ağırlaştırılmış bir toplantı ya da karar yeter sayısına yer verilmemiştir. TTK m. 390/f. 4 uyarınca yönetim kurulunun, üyelerden hiçbirinin toplantı yapılması yönünde talebi bulunmaması halinde, kurul üyelerinden birinin sermaye artırımını konusunda yaptığı karar şeklinde yazılmış önerisine en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınarak sermaye artırım kararı alması da mümkündür.

Yönetim kurulu kararında artırılan sermayenin tutarı, çıkarılacak yeni payların itibari değerleri, sayıları, cinsleri, primli veya imtiyazlı olup olmadıkları¹²⁴, rüçhan hakkının sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı, bu hakkın kullanılmasının şartları ile süresine ve kamuyu aydınlatma ilkesi uyarınca gerekli olan diğer konulara ilişkin bilgiler yer alır (TTK m. 460/f.2, son cümle, HAOŞ Tebliği m. 9/f. 1). Bu düzenlemelere göre yönetim kurulunun, sermaye artırımını gerçekleştirmek istediğinde, çıkarılacak yeni paylara ilişkin düzenlemeleri de yapması ve buna ilişkin bilgilere sermaye artırım kararında yer vermesi gerekir.

B. Gerekiyorsa GTB İzni

Anonim şirket, “Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ”in¹²⁵ 5. maddesinde sayılan şirketlerden¹²⁶ biriye, yönetim kurulunun sermaye artırımından önce GTB’den izin alması gerekmektedir. Bu sonuç TTK m. 460/f.2’de yer alan “sermayenin artırılabilmesi için, yönetim kurulu, esas sözleşmenin sermayeye ilişkin hükümlerinin, 333. madde uyarınca gerekli olması halinde, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’ndan izni alınmış şekillerini...” ifadesinden çıkmaktadır. Oysaki kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararıyla yapılan sermaye artırımını ana sözleşmenin değiştirilmesi niteliğini taşımamaktadır. GTB izni ise yalnızca ana sözleşme değişikliklerinde arandığından, TTK m. 460/f.2’deki düzenleme doğru değildir¹²⁷. Ayrıca kayıtlı sermayenin tanımını yapan HAOŞ Tebliği m. 4/f. 1, f bendine göre bu sistemde sermaye artırımını, esas sermaye sistemindeki sermayenin artırılmasına ilişkin hükümlere tabi olmaksızın gerçekleştirilir. Esas sermaye

¹²⁴ TTK m. 460/f.4 ve HAOŞ Tebliği’nin 5. maddesinin 4. fıkrası uyarınca yönetim kurulunun imtiyazlı veya itibari değerinin üzerinde pay çıkarabilmesi için ana sözleşmede bu yönde bir düzenleme bulunması zorunludur.

¹²⁵ RG. 15.11.2012, S. 28468.

¹²⁶ 5. madde uyarınca bankalar, finansal kiralama şirketleri, faktöring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, sigorta şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulan holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, ürün ihtisas borsası şirketleri, bağımsız denetim şirketleri, gözetim şirketleri, teknoloji geliştirme bölgesi yönetici şirketleri, SPK’ya tabi şirketler ile serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketlerin kuruluş ve ana sözleşme değişikliklerinde GTB’den izin almaları zorunludur.

¹²⁷ *Moroğlu, Öneriler*, s.267.

ye sisteminde sermaye artırımını ana sözleşme değişikliği olduğundan, kuruluşu GTB iznine bağlı anonim şirketlerin sermaye artırımını nedeniyle gerçekleştirecekleri ana sözleşme değişikliklerinde de m. 333 uyarınca GTB'den izin almaları gerekmektedir. Kayıtlı sermaye sisteminde ise sermayenin artırılmasına ilişkin yönetim kurulu kararı ana sözleşme değişikliği niteliğinde olmadığından, esas sermaye sistemindeki sermaye artırımına uygulanabilecek m. 333'ün uygulanmasına gerek yoktur.

HAOŞ Tebliği'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında ise "kayıtlı sermaye sistemine kabul edilmesine veya bu sisteme geçmesine izin verilen şirketlerin kayıtlı sermaye tavanı içinde yapacakları sermaye artırımlarında Bakanlık izni aranmaz" ifadesine yer verilerek, TTK ile çelişkili ancak kayıtlı sermaye sisteminin yapısına uygun bir düzenleme getirilmiştir. TTK m. 460/f.2 ile paralel bir düzenleme içeren HAOŞ Tebliği'nin 9. maddesinin 1. fıkrasıyla da yönetim kurulunun sermaye artırımlarında GTB izni aranmayacağı sonucuna ulaşmak mümkündür. Esasen bu fıkra m. 460/f.2 ile aynı düzenlemeyi getirmiştir; aralarındaki tek fark Tebliğ'deki hükümde "esas sözleşmenin sermayeye ilişkin hükümlerinin, 333. madde uyarınca gerekli olması halinde, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alınmış şekillerini" ibaresinin yer almamasıdır.

Tebliğ'deki hükümlere rağmen, esas sermaye sistemindeki sermaye artırımının uzun süren prosedürü karşısında daha kolay bir yol olarak kabul edilen kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararıyla sermaye artırımını bakımından GTB izninin aranacağı kabul edilmesi, bu sistemin hızlı ve kolay olma özelliğiyle bağdaşmayacaktır. Ancak buna ilişkin düzenlemelerin GTB'nin çıkarmış olduğu HAOŞ Tebliği yerine TTK'da yapılması daha uygun olacaktır. Bu haliyle yönetim kurulunun alacağı sermaye artırımını kararından önce, gerekli hallerde ana sözleşmenin sermaye maddesinin yeni şekline ilişkin olarak GTB'den izin alınıp alınmayacağı hususunda uygulamada sıkıntılar yaşanması muhtemeldir.

C. Sermaye Artırımına İlişkin Bilgilerin İlanı ve Yayımları

TTK m. 460/f.2 uyarınca yönetim kurulu, ana sözleşmenin sermayeye ilişkin hükümlerinin, GTB'den izin alınması zorunluluğu varsa izni alınmış şekillerini, sermayenin artırılmasına ilişkin kararını, imtiyazlı paylara ve rüçhan haklarına ilişkin sınırlamaları, prime dair kayıtları ve bunun uygulanması hakkındaki kuralları ana sözleşmede öngörüldüğü şekilde ilan eder ve varsa internet sitesinde yayımlar. HAOŞ Tebliği'nin 9. maddesinin 1. fıkrasında da hemen hemen aynı yönde bir düzenleme yer almaktadır. Aynı Tebliğin 5. maddesinde ise, ana sözleşmede, yönetim kurulunun sermaye artırımına ilişkin kararının ne şekilde ilan edileceği hususunun yer alması gerektiği belirtilmiştir. Şüphesiz ki ilanın en geç ne zamana kadar yapılacağına da ana sözleşmede belirlenmesi gerekir.

D. İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu Kararı

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu düzenleyen TTK m. 454 uyarınca, genel kurulun ana sözleşmenin değiştirilmesine, yönetim kuruluna sermayenin arttırılması konusunda yetki verilmesine dair kararıyla yönetim kurulunun sermayenin arttırılmasına ilişkin kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise bu karar anılan pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda alacakları bir kararla¹²⁸ onanmadıkça uygulanamaz¹²⁹.

TTK m. 454/f.1 uyarınca yönetim kurulunun sermayenin arttırılmasına ilişkin kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise, bu kararın uygulanması için imtiyazlı pay sahiplerinin onayına ihtiyaç vardır¹³⁰. Bir başka deyişle, imtiyazlı pay sahipleri, yönetim kurulu tarafından alınmış olan ve haklarını ihlal eden sermaye arttırımı kararının uygulanmasını engelleyecek nitelikte bir karar alabilirler¹³¹. Bu düzenleme, kayıtlı sermaye sisteminin amacına

¹²⁸ İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu yönetim kurulunun çağrısı üzerine toplanır. Yönetim kurulu bu çağrısı en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içinde yapmalıdır. Yönetim kurulunun çağrısına rağmen, süresi içinde bu kurulun toplanmaması halinde, genel kurul kararı onaylanmış sayılır. Yönetim kurulu çağrıda bulunmazsa, her bir imtiyazlı pay sahibi, bu kurulun toplantıya çağrılmasını şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir. 454. maddenin 4. fıkrasına göre, genel kurulda imtiyazlı payların sahip veya temsilcileri, ana sözleşmenin değiştirilmesine olumlu oy vermişlerse ayrıca özel toplantı yapılmasına gerek yoktur. Bu fıkranın uygulanabilmesi için genel kurul toplantısında imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının bulunması ve temsil edilen imtiyazlı payların çoğunluğunun bu toplantıda olumlu oy kullanması gerekmektedir. Bu fıkra genel kurul toplantısında imtiyazların değil ana sözleşme değişikliklerinin oylanması nedeniyle pay sahiplerinin imtiyazların olumsuz etkilenip etkilenmediği hususunda değerlendirme yapmalarının güç bir ihtimal olması karşısında eleştirilmiştir. *Moroğlu*, Tasarı, s. 236.

¹²⁹ ETTK döneminde imtiyazlı pay sahiplerinin onayı, m. 389 uyarınca ana sözleşme değişikliklerinde haklarının ihlal edilmesi söz konusuysa ve m. 391 uyarınca da sermaye artırımında haklarının ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın aranmaktaydı. Bu husus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Bostancıoğlu*, M.: Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Hisse Senetleri ve İmtiyazların Korunması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, Batıder, Ankara 1988, s. 12 vd.; *Karayalçın*, Y.: Esas Sermaye Artırımında İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Hukuki Durumu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, s. 86 vd.

¹³⁰ İmtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal eden bir sermaye arttırımı kararı söz konusuysa, bu karar imtiyazlı pay sahiplerince onanmadan uygulanamaz. Bu durumda ise yönetim kurulunun sermaye artırımına ilişkin kararı bakımından askıda hükümsüzlük halinin geçerli olduğu belirtilmektedir. *Bahtiyar*, Ortaklıklar, s. 157. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karara göre ise ETTK 391. madde uyarınca aranan imtiyazlı pay sahipleri onayı, sermaye arttırımı kararının geçerlilik koşulu olmayıp, bu onayın bekletici yani infazı durdurucu bir işlevi bulunmaktaydı. Bkz. 11. HD. 16.01.2001, E. 8488, K. 149 (*Eriş*, s. 2252).

¹³¹ TTK m. 454/f. 7 uyarınca yönetim kurulu, imtiyazlı pay sahiplerinin onaylamama kararı aleyhine söz konusu genel kurul kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etmediği gerekçesiyle iptal davası açabilir. Aynı maddenin 8. fıkrasına göre ise, bu dava genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy veren imtiyazlı pay sahiplerine yönlendirilir. Ancak 454. maddenin 1 fıkrasında imtiyazlı pay sahiplerine verilen onama kararı alma yetkisi yalnızca genel kurul kararlarına karşı değildir; haklarının ihlal edilmesi halinde, kayıtlı sermaye siste-

aykırı ve bu sistemden beklenen yararları ortadan kaldıracabilecek niteliktedir. Kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımını bir ana sözleşme değişikliği olmadığından ve sermaye artırımını kararı genel kurul tarafından değil yönetim kurulu tarafından alındığından imtiyazlı pay sahiplerinin onayının alınmasına gerek yoktur¹³².

HAOŞ Tebliği'nin 7. maddesinin 2. fıkrasında ise kayıtlı sermaye sistemine geçişte, yönetim kurulunun yetki süresinin uzatılmasında veya kayıtlı sermaye miktarının yükseltilmesinde yapılacak ana sözleşme değişikliklerinin, haklarını ihlal etmesi halinde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunca onaylanması zorunludur. TTK'da yönetim kurulunun sermaye artırımını kararının, şartları oluşmuşsa imtiyazlı pay sahiplerince onaylanması düzenlendiği halde, Tebliğ'de bu yönde bir düzenleme yoktur. Bu durum da bir çelişki doğurmaktadır. HAOŞ Tebliği'ndeki bu hüküm kayıtlı sermaye sisteminden beklenen yararların gerçekleştirilmesi bakımından daha yerinde bir düzenleme olduğundan, TTK m. 454'deki hükmün de bu doğrultuda düzeltilmesi gerekmektedir¹³³.

Halka açık anonim şirketlerde kayıtlı sermaye sistemini düzenleyen SPK m. 18/f. 4'deki hükme göre de yönetim kurulunun kayıtlı sermaye tavanı içinde alacağı sermaye artırım kararlarının imtiyazlı pay sahiplerince onaylanmasına

minde yönetim kurulu kararıyla gerçekleştirilen sermaye artırımını kararı bakımından da imtiyazlı pay sahiplerinin onayı aranmaktadır. Ancak 7. fıkrada yapılan düzenlemeden, imtiyazlı pay sahipleri alacakları bir kararla yönetim kurulunun sermaye artırımını kararının uygulanmasını erteleyebilecekleri halde, bu erteleme kararına karşı başvurulabilecek bir hukuk yolu bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu çelişkili düzenleme bile kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermaye artırım kararına karşı imtiyazlı pay sahiplerine, haklarının ihlali halinde böyle bir engelleme kararı alma imkanının tanınmasının doğru olmadığını göstermektedir.

¹³² Moroğlu, Esas Sermaye, s. 339.

¹³³ Kayıtlı sermaye sisteminde tartışılması gereken nokta, yönetim kuruluna imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını kısıtlama yetkisinin verilmiş olduğu hallerde, bu yetkinin kullanıldığı sermaye artırımlarında imtiyazlı pay sahiplerinin onayının aranıp aranmayacağı hususudur. Ancak kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş kapalı anonim şirketlerde, yönetim kuruluna ana sözleşmeyle imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını kısıtlama yetkisinin verilip verilemeyeceği de açık değildir. TTK m. 460/f. 4 ile HAOŞ Tebliği m. 5/f.4'de yönetim kuruluna ana sözleşmeyle verilebilecek yetkiler arasında imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını kısıtlama yetkisi bulunmamaktadır. Yalnızca HAOŞ Tebliği'nin kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin artırılması başlıklı 9. maddesinin 6. fıkrasında yönetim kuruluna ana sözleşmeyle imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını kısıtlama yetkisinin verilebileceğinden bahsedilmektedir. Yalnızca bu fıkrada yönetim kuruluna bu yönde bir yetki verilebileceğinin belirtilmesi, kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş kapalı anonim şirketlerde yönetim kurulunun imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını kısıtlama yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda tartışmalara sebep olabilecek niteliktedir. Bahtiyar ise, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulunun imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını kısıtlama yetkisinin bulunması ve sermaye artırımında bu yetkisini kullanması halinde dahi imtiyazlı pay sahiplerinin onayının alınmasına gerek olmadığını ifade etmiştir. Bahtiyar, M.: Anonim Ortaklıkta Ayrıcalıklı Pay Sahiplerinin Onay Yetkisi ve Kayıtlı Sermaye Sistemi, Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 18.

gerek yoktur¹³⁴. SPK'daki bu açık düzenlemeden önce, kayıtlı sermaye tavanına kadar yönetim kurulunun yapacağı sermaye artırımlarında imtiyazlı pay sahiplerinin onayının aranıp aranmayacağı tartışma konusu olmuştur¹³⁵. Ancak yapılan bu düzenlemeyle yönetim kurulunun çıkarılmış sermayeyi artırılmasına ilişkin kararlarının imtiyazlı pay sahiplerince onanmasına gerek olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır. Yargıtay ise, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu tarafından yapılan sermaye artırımının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edebileceğini bazı kararlarında ifade etmiştir¹³⁶.

E. Rüşhan Haklarının Kullandırılması

Yeni paylar çıkarılması suretiyle yapılan dış kaynaklardan sermaye artırımında, pay sahipleri, mevcut paylarının sermayeye oranına göre yeni çıkarılan paylardan öncelikli olarak alma hakkına sahiptirler. TTK m. 461'de düzenlenen bu hak, aynı maddede rüşhan hakkı¹³⁷ olarak ifade edilmiştir. Pay sahiplerine rüşhan hakkının¹³⁸ tanınmasının nedeni, sermaye artırım karşısında sahip oldukları payların aşınmasını önlemek; bir başka deyişle, sermaye artırımına rağmen sermayeye oranla paylarının ve buna bağlı olarak şirketteki konumlarının aynı kalmasını sağlamaktır¹³⁹. Ancak unutulmamalıdır ki rüşhan hakkını kullanmak pay sahibinin isteğine bağlıdır; çünkü rüşhan hakkı, pay sahiplerine yeni çıkarılan paylardan alma yükümlülüğü getirmemektedir¹⁴⁰.

Rüşhan hakkını düzenleyen 461. madde sermaye taahhüdü yoluyla artırım başlığı altında genel bir hüküm olarak düzenlendiğinden, hem esas sermaye

¹³⁴ İmtiyazlı pay sahipleri, kayıtlı sermaye tavanı içinde alınan sermaye artırımlarını onaylama yetkileri olmasa da, SPK m. 18/f. 6 uyarınca koşulların bulunması halinde yönetim kurulu kararına karşı iptal davası açabilirler.

¹³⁵ Kayıtlı sermaye sisteminde yapılacak sermaye artırımlarında imtiyazlı pay sahiplerinin onayının aranıp aranmadığı hususunda yapılan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Bahtiyar*, *Ayrıcalıklı Pay Sahipleri*, s. 15 vd.; *Teoman*, Ö.: *Kayıtlı Sermaye Sistemini Kabul Eden Anonim Ortaklıklarda Ayrıcalıklı Pay Sahiplerinin Tavan Tutarının Yükseltülmesini veya Çıkarılmış Sermayenin Artırılmasını Onaylamalarının Zorunlu Olup Olmadığı Sorunu*, *Tüm Makalelerim*, Cilt II, 1982-2001, 1. Bs., İstanbul 2001, s. 387 vd.

¹³⁶ Bkz. 11. HD. 18.12.1997, E. 3281, K. 9352 (*Eriş*, s. 2249).

¹³⁷ Rüşhan hakkı, ETTK m. 394'de "yeni pay alma hakkı" başlığıyla düzenlenmişti. TTK'da ise "rüşhan hakkı" ifadesi kullanılmış ve madde gerekçesinde, yeni payları almada pay sahibinin önceliğini vurgulamak amacıyla uygulamada yaygınlık kazanan rüşhan hakkı kelimesine yer verildiği belirtilmiştir. Ancak m. 460/4'de "yeni pay alma hakkı" ibaresi kullanılmıştır.

¹³⁸ Rüşhan hakkının niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Akünel*, T.: *Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı*, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 3, S. 5, 1969, s. 260 vd.; *Aytaç*, Z.: *Anonim Ortaklıklarda Rüşhan Hakkı*, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II*, Ankara 1985, s. 301 vd.; *Yıldız*, Ş.: *Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı*, İstanbul 1996, s. 131 vd.

¹³⁹ *Pulaşlı*, *Sermaye Artırımı*, s. 56; *Akünel*, s. 266; *Aytaç*, *Rüşhan Hakkı*, s. 302.

¹⁴⁰ *Pulaşlı*, *Sermaye Artırımı*, s. 56.

sisteminde hem de kayıtlı sermaye sisteminde yapılacak sermaye artırımlarında pay sahiplerine tanınan bir hak niteliğindedir. Bu nedenle rüçhan hakkına ilişkin ilke ve esaslar esas sermaye sistemi ile kayıtlı sermaye sisteminde kural olarak aynıdır¹⁴¹. ETTK m. 394’de “yeni pay alma hakkı” başlığı altında pay sahiplerinin rüçhan hakkı düzenlenmiş ancak bu hakkın kullanımına ve sınırlandırılmasına ilişkin esaslara açık ve net bir şekilde yer verilmemişti. TTK m. 461, ETTK m. 394’le karşılaştırıldığında rüçhan hakkının kullanılması, sınırlandırılması ve kaldırılmasına ilişkin temel ilkelere yer vermiş ve bu hakkı güçlendirmiştir. Maddenin rüçhan hakkıyla ilgili temel ilkeleri belirlemesi, sermaye artırımını karşısında pay sahiplerinin korunmasını hedefleyen bu hükmün amacına ulaşmasına hizmet eder niteliktedir.

Rüçhan hakkının kullanılmasına ilişkin esaslar yönetim kurulu kararıyla belirlenir (TTK m. 461/f. 3). Yönetim kurulu bu kararda ayrıca rüçhan haklarını kullanmaları için pay sahiplerine en az 15 gün süre verir¹⁴². Yönetim kurulu kararı ticaret siciline tescil ve TTSG (Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi)’de ilan edilir. Ayrıca bu karar, varsa şirketin internet sitesine de konulur. Pay sahipleri iştirak taahhünamelerini imzalayarak tek taraflı irade beyanıyla rüçhan haklarını kullanabilirler¹⁴³. Rüçhan hakkının kullanımı, şirketin kabulüne bağlı değildir¹⁴⁴.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması mümkündür. ETTK m. 394’de rüçhan hakkının esas sermayenin artırılmasına ilişkin genel kurul kararında aksi kararlaştırılmadığı sürece kullanılabilirliği düzenlenmişti. Buna göre pay sahiplerinin rüçhan hakkı genel kurul kararıyla kısıtlanabilir veya kaldırılabilir; genel kurulda bu yönde bir karar alınmasının şartları ise maddede belirlenmemiştir. Ayrıca öğretide rüçhan hakkının ana sözleşme ile sınırlandırılabilirliği veya kaldırılabilirliği de kabul edilmekteydi¹⁴⁵. Bu durum ise, pay sahiplerinin korunması amacını taşıyan rüçhan hakkının kullanımının kontrolsüz bir şekilde sınırlandırılması veya kaldırılması sonucunu yaratacak niteliktedir.

TTK m. 461/f.2’de rüçhan hakkının hangi hallerde ve hangi koşullarla sınırlandırılabilirliği veya kaldırılabilirliği açıkça düzenlenmiştir. Esas sermaye sisteminde genel kurul kararıyla yapıldığı halde, kayıtlı sermaye sisteminde

¹⁴¹ *Tekinalp*, Ü.: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2011, s. 207, 14-40.

¹⁴² Rüçhan hakkının kullanılması için pay sahiplerine tanınan süre, hak düşürücü niteliktedir. Yargıtay’ın da bu yönde bir kararı bulunmaktadır. Bkz. 11. HD., 24.10.1989, E. 7832, K. 5656 (*Eriş*; s. 2277).

¹⁴³ TTK çerçevesinde rüçhan hakkının kullanılması prosedürü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karahan/Saraç, s. 558 vd; *Tekinalp*, Tek Kişi Ortaklığı, s. 204 vd.

¹⁴⁴ *Karahan/Saraç*, s. 559.

¹⁴⁵ *Aytaç*, Rüçhan Hakkı, s. 329 vd.; *Moroğlu*, Esas Sermaye, s. 173, *Yıldız*, s. 279; Aksi görüş için bkz. *Akıunal*, s. 269.

yönetim kurulu bu hakkın kullanımını m. 461 çerçevesinde sınırlandırabilir¹⁴⁶. Ancak yönetim kurulunun rüçhan haklarını sınırlandırabilmesi için, TTK m. 460/f.4 ve HAOŞ Tebliği m. 5/f. 4 uyarınca, ana sözleşmede kendisine bu yönde bir yetki verilmesi gerekmektedir¹⁴⁷. Yönetim kurulunun bu yetkiyi kullanması halinde, sermaye artırım kararında rüçhan hakkının sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına, kullanılma şartlarına ve süresine ilişkin bilgilere yer verilmesi gerekir. Yönetim kurulu, rüçhan hakkının kullanılma şartlarını ve süresini; rüçhan hakkını sınırlandırması halinde, buna ilişkin bilgileri m. 460/f. 2 uyarınca ana sözleşmede gösterilen biçimde ilan etmeli ve varsa internet sitesinde yayımlamalıdır.

Yönetim kurulunun rüçhan haklarını kısıtlama yetkisini ancak haklı sebepler¹⁴⁸ bulunduğu takdirde (TTK m. 461/f.2) ve pay sahipleri arasında eşitsizliğe¹⁴⁹ yol açmayacak şekilde kullanması gerekir (HAOŞ Tebliğ m. 9/f.7). Rüçhan hakkının kısıtlanması ile ilgili bir diğer şart, bu kısıtlama veya kaldırılma neticesinde hiç kimsenin haklı görülemeyecek şekilde yararlandırılması veya hak kaybına uğratılmaması gerekliliğidir. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, rüçhan hakkının kısıtlanması veya kaldırılması, pay sahibi olsun olmasın haklı bir temeli olmadan bazı kişilerin yararlandırılması ve bazı pay sahiplerinin kayba uğratılması amacıyla kullanılamaz. Bu düzenlemelerle birlikte rüçhan hakkının kısıtlanmasında keyfiliğin önlenmesi ve pay sahiplerinin bu haklarını kullanmalarına başka kimselere çıkar sağlamak için kullanılmasının engellenmesi amaçlanmıştır.

¹⁴⁶ TTK m. 461'in gerekçesinde rüçhan hakkının ancak genel kurul veya yönetim kurulu kararıyla sınırlandırılabilirliği veya kaldırılabilirliği; bunun ana sözleşmeyle yapılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması istisnai bir uygulamadır. Rüçhan hakkının ana sözleşmede yer alan genel bir hükümlerle sınırlandırılması veya kaldırılması, bunu istisna olmaktan çıkaracak bir nitelik taşıyacağından kabul görmemiştir. Aksi düşünce için bkz. *Pulaşlı, Sermaye Artırımı*, s. 57.

¹⁴⁷ Anonim şirketin kayıtlı sermaye sistemini kabul ederek yönetim kuruluna sermaye artırım yetkisi veren ana sözleşme değişikliklerinde, yönetim kuruluna aynı zamanda rüçhan hakkını kısıtlama yetkisi veriliyorsa, bu ana sözleşme değişikliğine karar yeter sayısı bakımından m. 421/f. 1 mi yoksa m. 461/f. 2 hükmünün mü uygulanacağı konusunda TTK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı sorun yönetim kuruluna imtiyazlı veya itibari değerinin üzerinde pay çıkarabilme yetkisi verilmesi halinde de ortaya çıkacaktır.

¹⁴⁸ Haklı sebepler, TTK m. 461/f. 2'de örnek mahiyetinde, bir başka deyişle sınırlı sayı ilkesi geçerli olmaksızın sayılmıştır. Buna göre maddede halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebebe örnek gösterilmiştir. Sebebin haklı olup olmadığının denetlenebilmesi için rüçhan hakkını sınırlayan kararda gerekçelerin de yer alması gerekmektedir. *Karahan/Saraç*, s. 554.

¹⁴⁹ Bazı pay sahiplerinin rüçhan hakkının diğer pay sahiplerine kıyasla haksız yere daha fazla sınırlandırılması ya da tamamen kaldırılması, rüçhan hakkının kullanımını için belirli miktarda paya sahip olma şartının getirilmesi gibi hallerde rüçhan hakkının pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kısıtlandığından söz edilebilir. *Karahan/Saraç*, s. 556; *Bahtiyar, Ortaklıklar*, s. 155.

Rüçhan hakkının kısıtlanmasına ilişkin ilkelere uyulmadığı takdirde yönetim kurulunun bu yöndeki kararının geçersizliği söz konusu olacaktır^{150,151}. SPK m. 18/ f. 6'daki düzenlemeye göre de yönetim kurulunun rüçhan hakkının kısıtlanmasına ilişkin kararının eşit işlem ilkesine aykırı olması halinde iptal davası açılmalıdır¹⁵². Yönetim kurulu kararının geçersizliği, eşit işlem ilkesine aykırı olmasının yanı sıra dürüstlük kurallarına, gereklilik ve orantılılık ilkelerine, kanuna ve ana sözleşmeye aykırı olması halinde de ortaya çıkar¹⁵³.

Yönetim kurulunun rüçhan haklarının kullanımını tamamen kaldırıp kaldıramayacağı ise tartışmalıdır¹⁵⁴. Kayıtlı sermaye sistemini düzenleyen TTK ve SPK hükümleri ile ilgili tebliğlerde (HAOŞ Tebliği, Seri: IV, No: 38 SPKurul Tebliği) yönetim kuruluna ana sözleşmeyle tanınacak yetki "rüçhan hakkını sınırlandırma" yetkisi olarak ifade edilmektedir. Rüçhan hakkını düzenleyen 461. maddenin 2. fıkrasının 4. cümlesinde ise "Nisaba ilişkin şart dışında bu hüküm kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararına da uygulanır. Yönetim kurulu, rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerini..." ibareleri yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre yönetim kurulu kararıyla rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması mümkündür. Ancak bu cümle ile yönetim kuruluna yetki verilmesine ilişkin düzenlemeler arasındaki çelişkinin tartışmalara yol açması da kaçınılmazdır.

¹⁵⁰ *Karahan/Saraç*, s. 558; *Şener*, s. 556. Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararda rüçhan hakkının ihlal edilmesi halinde, pay sahibinin bu hakkını genel hükümlere göre dava yoluyla koruyabileceğini ve bu şekilde ihlalini önleyebileceğini belirtmiştir. Bkz. 11. HD, E. 1982/4988, K. 1982/5887 (*Tekinalp*, Ü.: Yargıtay 11. Hukuk dairesinin Rüçhan Hakları ile İlgili Bir Kararı Üzerine Düşünceler, *İktisat Maliye Dergisi*, C. 30, Y. 1983, s. 73 vd); Ayrıca rüçhan hakkının sınırlandırılmasına ilişkin kararın ayrı bir iptal davasının konusu olması hakkındaki tartışmalar için bkz. *Karahan/Saraç*, s. 555-558.

¹⁵¹ Yönetim kurulunun rüçhan haklarını kısıtlayan kararının eşitlik ilkesine aykırı olması halinde bu karara karşı hangi davanın açılacağı konusunda TTK'da bir çelişki bulunmaktadır. Batıl yönetim kurulu kararlarını düzenleyen 391. maddenin gerekçesinde örnek olarak eşitlik ilkesine aykırı yönetim kurulu kararları gösterilmiş ve ayrıca eski SPK m. 12'de de eşitlik ilkesine aykırı kararların geçerli olmadığı düzenlendiği belirtilmiştir. Ancak gerekçede batıl karara örnek olarak verilen ve dolayısıyla hakkında butlanın tespiti davası açılması gereken eşitlik ilkesine aykırı yönetim kurulu kararları hakkında eski SPK m. 12 ve yeni SPK m. 18/ f. 6 uyarınca iptal davası açılması gerekir. SPK m. 18/ f. 6'ya benzer bir hüküm de TTK m. 460/f. 5'de yer almaktadır. Bu düzenlemeler nedeniyle yönetim kurulunun rüçhan haklarını kısıtlayan kararının eşitlik ilkesine aykırı olması halinde butlanın tespiti davası mı yoksa iptal davası mı açılması gerektiği hususu tartışmalıdır.

¹⁵² Rüçhan hakkının eşit işlem ilkesine aykırı olarak sınırlandırılması halinde yönetim kurulu kararına karşı açılacak iptal davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Akın*, M. Y.: Kayıtlı Sermayede Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması veya İlgilinin Bu Hakkı Kullanımdan Yoksun Bırakılmasındaki Kısıtlar, *Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul 1995, s. 29 vd.

¹⁵³ *Akın*, s. 30; *Aytaç*, Rüçhan Hakkı, s. 333.

¹⁵⁴ *Bahtiyar*'a göre SPK hükümleri çerçevesinde kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş halka açık bir anonim şirketin yönetim kurulu, ana sözleşmede yetkilendirilmiş olması kaydıyla, pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını sınırlandırabileceği gibi bu hakları tamamen kaldırması da mümkündür; *Bahtiyar*, Kayıtlı Sermaye, s. 157.

F. Yeni Çıkarılacak Payların Taahhüdü

TTK m. 460/f.3 uyarınca kayıtlı sermaye sisteminde çıkarılacak yeni payların taahhüdü, ödenmesi gereken en az nakdi tutar, aynı sermaye konulması ve diğer konular hakkında 459. madde hükümleri kıyasen uygulanır. Esas sermaye sisteminde yeni çıkarılacak payların taahhüdün niteliğini düzenleyen m. 459/f. 3'de ise anonim şirketin kuruluşundaki sermaye taahhüdüne ilişkin hükümlere atıfta bulunulmuştur.

TTK m. 459/f.3'de ilk olarak, nakdi sermaye taahhüdünde bulunulması halinde, payların tamamının kurucular tarafından taahhüt olunduğunun noter şerhiyle onaylanmasına ilişkin 341. maddenin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak TTK'da birtakım değişiklikler yapan 6335 sayılı Kanunla TTK'nın 341. maddesi kaldırılmıştır. 6335 sayılı Kanunla m. 459/f. 3'de de paralel bir değişiklik yapılması gerekirken bu unutulmuştur.

Sermaye artırımında aynı sermaye taahhüdünde bulunulmuşsa, m. 459/f.3 gereğince TTK m. 342 ve 343. maddelerin kıyas yoluyla uygulanması gerekmektedir. 342. maddede aynı sermaye olarak konulabilecek malvarlığı unsurlarının ne olabileceği ve buna ilişkin sınırlamalar düzenlenmiştir¹⁵⁵. Sermaye artırımında aynı sermaye taahhüdünde bulunulması halinde, aynı sermayeye ilişkin bu düzenleme ve sınırlamalar yine geçerli olacaktır. Aynı sermayeye değer biçilmesine ilişkin 343. madde de sermaye artırımında aynı sermaye taahhüdünde bulunulması halinde uygulanacaktır. Bu halde aynı sermayeye, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçilir.

TTK m. 460/f.3'de m. 459'a atıf yapılması ve m. 459'da ise 342 ve 343. maddelere atıf yapılması nedeniyle kayıtlı sermaye sisteminde yeni çıkarılacak payların karşılığının, esas sermaye sisteminde olduğu gibi, aynı sermaye ile ödenmesi mümkündür.

Kayıtlı sermaye sistemi kapsamında gerçekleştirilecek sermaye artırımında nakdi sermaye taahhüdünde bulunulmuşsa, bu payların bedellerinin ödenmesinde TTK m. 344 ve m. 345 kıyasen uygulanır. Kuruluşta olduğu gibi sermaye artırımında da nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az %25'i sermaye artırımının tescilinden önce, gerisi ise tescili izleyen 24 ay içinde ödenir¹⁵⁶. Kayıtlı sermaye sisteminde gerçekleştirilen sermaye artırımını nedeniyle

¹⁵⁵ TTK m. 342 uyarınca, sermaye artırımında çıkarılacak yeni paylar karşılığında taahhüt edilen aynı sermaye üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz veya tedbir bulunmaması gerekir. Bu sınırlama dışında, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil olmak üzere, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen malvarlığı unsurları, aynı sermaye olarak taahhüt edilebilir. Aynı maddede ayrıca hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olamayacağı düzenlenmiştir. 2. fıkrada ise sermaye borcuna ilişkin düzenlemeler içeren 128. madde saklı tutulmuştur.

¹⁵⁶ HAOŞ Tebliği m. 5/f.2'deki düzenlemenin nakdi sermayenin tamamının peşin ödenmesi zorunluluğu getirdiği; bu düzenlemenin ise TTK'ya aykırı olduğundan uygulanmasının uygulamada sorunlar yaratacağı ifade edilmiştir. *Bilgili/Demirkapı*, s. 459.

yeni çıkarılacak payların taahhüdünde, ödeme yeriyle ilgili olarak TTK m. 345/f.1¹⁵⁷ de kıyasen uygulanır. Ayrıca m. 345/f.2 uyarınca sermaye artırım kararından itibaren 3 ay içinde sermaye artırımının tescil edilmemesi halinde ödenen bedeller sahiplerine geri verilir.

Halka açık anonim şirketlerde ise kayıtlı sermaye sistemi kapsamında sermaye artırımını nedeniyle çıkarılan pay senetlerinin karşılığı, SPK m. 12/f.1 uyarınca tamamen ve nakden ödemek zorundadır. Kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş kapalı anonim şirketlerde ise sermaye artırımını nedeniyle çıkarılan yeni payların karşılığı aynı sermaye ile veya nakdi sermayenin taksitlendirilmesi suretiyle ödenebilir¹⁵⁸. Yeni çıkarılacak payların taahhüdü bakımından, SPK m. 12/f.1 uyarınca öngörülen peşin ve nakden ödeme şartı, kayıtlı sermaye sistemini kabul eden kapalı anonim şirketlerde uygulanmayacaktır. Ancak ana sözleşmede aynı sermaye konulmasının yasaklanması, ihraç edilecek payların bedellerinin tümünün ödenmesi zorunluluğunun getirilmesi mümkündür¹⁵⁹.

SPK m.12/f.3 uyarınca kayıtlı sermaye sisteminde pay senetleri satış sırasında alıcıya teslim edilir ve teslimden itibaren pay sahipliği hakkı kazanılır. Bu nedenle, pay senetlerinin, sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılması gerekli ve zorunludur¹⁶⁰. TTK m. 486/f.1'e göre ise sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan paylar geçersizdir. Hamiline yazılı paylar için pay senedi bastırılması zorunlu iken¹⁶¹, nama yazılı pay senetlerinin bastırılması için azınlığın istemde bulunması gerekir (TTK m. 486/f.2 ve 3). TTK'nın bu hükümleri uyarınca, kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş kapalı anonim şirketlerde hamiline yazılı paylar hariç, pay senedi bastırılması zorunluluğu bulunmadığı gibi sermaye artırımının tescilinden önce pay senedi çıkarılması da mümkün değildir. Pay senetleri ancak sermaye artırımının tescilinden sonra çıkarılabilir¹⁶².

¹⁵⁷ TTK m. 345/f.1'e göre nakdi ödemeler, Bankacılık Kanununa bağlı bir bankada, şirket adına açılacak özel bir hesaba, sadece şirketin kullanabileceği bir şekilde yatırılır.

¹⁵⁸ *Tekinalp*, Tek Kişi Ortaklığı, s. 70, 9-06; s. 90, 10-38.

¹⁵⁹ Gerekeç m. 460/f.1

¹⁶⁰ SPK hükümleri karşısında kayıtlı sermaye sisteminde gerçekleştirilen sermaye artırımında tescilin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Tekinalp*, Ü.; İki: Güncel Sorunun Çözümünde Teorik Yaklaşım Denemesi: AO Tipi İçinde Sınıf Değiştirme-Kayıtlı Sermaye Sisteminde Çıkarılan Sermayenin Tescilinin Hukuki Niteliği, *Batider*, C. XVII, S. 2, 1993, s. 33 vd.; *Bahtiyar*, Kayıtlı Sermaye, s. 117 vd.; *Bahtiyar*, Tescil, s. 17 vd.; Eski SPK m.7/f.4 uyarınca sermaye artırımının tescilinden önce pay senetleri alıcıya teslim edildiğinden ve pay sahipliğinden doğan haklar teslimle birlikte başladığından, sermaye artırımının tescili bildiri niteliktedir. *Bahtiyar*, Tasarı, s. 61; Aksi görüş için bkz. *Helvacı*, s. 168-169.

¹⁶¹ Hamiline yazılı pay senetleri, pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde bastırılarak pay sahiplerine dağıtılmalıdır (TTK m. 486/f.2).

¹⁶² TTK m. 486/f.1'deki düzenlemeler, sermaye artırımının kurucu niteliği ile uyumlu düzenlemelerdir.

Görüldüğü üzere, kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımında taahhüt edilen payların ödenme şekli, bu paylar karşılığında pay senedi çıkarılması zorunluluğu ve çıkarılacak pay senetlerinin pay sahiplerine teslim zamanı hususlarında TTK hükümleri ile SPK hükümleri arasında farklılıklar bulunmaktadır.

Kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımını, çıkarılan yeni payların halka arz edilmesi yoluyla gerçekleştirilecekse, halka arz edilecek paylara ilişkin 346. madde kıyasen uygulanacaktır.

Son olarak, 347. maddeye yapılan atıf gereğince, kayıtlı sermaye sisteminde de yeni pay çıkarılması yoluyla yapılacak dış kaynaklardan sermaye artırımında itibari değerden aşağı bedelle pay çıkarılması mümkün değildir¹⁶³.

G. Yönetim Kurulu Beyanı¹⁶⁴

TTK m. 457'de düzenlenen yönetim kurulu beyanı, anonim şirketlere de sermaye artırımına ilişkin genel hükümler arasında yer alıp tüm sermaye artırım türlerinde uygulanacağından, kayıtlı sermaye sisteminde gerçekleştirilen sermaye artırımlarında da hazırlanıp imzalanacaktır. Sermaye artırımının tescili için yapılacak başvuruya eklenecek belgeler arasında yönetim kurulu beyanının da bulunması gerektiği şüphesizdir.

H. Tescil ve İlan

Sermaye artırımının tescili, sermayenin artırılmasına ilişkin genel hükümlerden biri olan 456. maddede üç farklı fıkrada düzenlenmiştir. Bu üç farklı düzenleme, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilen sermaye artırımlarında da kıyasen uygulanacaktır.

TTK m. 456/f. 3 uyarınca kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde sermaye artırımının, yönetim kurulu kararı tarihinden itibaren 3 ay içinde tescil edilmesi gerekir. Aksi halde karar ve alınmışsa GTB izni geçersiz hale gelir. Ayrıca ödenen pay bedellerinin de m. 345/f.2 uyarınca iadesi gerekir.

TTK m. 456/f. 4'de ise, anonim şirketin tescil ve ilanı ile ilgili 354. maddede de atıf yapılmış ve bu hükmün tüm sermaye artırım türlerinde kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Bu maddeye göre tescil ve ilanın 30 gün içinde yapılması gerekmektedir. Bu halde sermaye artırımının tescil süresiyle ilgili iki farklı süre karşımıza çıkmaktadır. Bu durum ise sermaye artırımının tescil süresi konusunda birtakım tartışmaların ortaya çıkmasına sebep olacak niteliktedir. Ancak 30

¹⁶³ Payların itibari değerinden yüksek bir bedelle çıkarılabilmeleri için ana sözleşmede hüküm veya genel kurul kararı bulunmalıdır. İtibari değerden aşağı bir bedelle pay çıkarılması halinde ise, sermaye artırımında kanun hükümlerine aykırılık söz konusu olur ve bunun neticesinde m. 353 çerçevesinde fesih davası açılması mümkündür.

¹⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda V, 5, s. 20-21.

günlük tescil süresine uymamanın bir yaptırımını olmadığı halde, 3 aylık tescil süresine uymamanın yaptırımını m. 345/f.2’de düzenlenmiştir.

TTK m. 345’deki 3 aylık tescil süresi emredici nitelikte olduğu halde, TTK m. 354’deki 30 günlük tescil süresi emredici bir düzenleme niteliğinde değildir. Bu nedenle tescil süresi olarak esas alınması gereken süre 3 aylık süredir.

TTK m. 456/f. 5’de de sermayenin artırılması kararının tesciline, özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, ana sözleşme değişikliklerinin tesciline ilişkin 455. maddenin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Bu maddenin kıyasen uygulanması neticesinde kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilen sermaye artırımı da, tescil ile kesinleşir¹⁶⁵. Çıkarılmış sermayenin tesciliyle birlikte sermaye artırımı dış ilişkide de geçerli hale gelerek şirket alacaklılara karşı artırılan sermaye tutarıyla sorumlu olmaktadır. Çıkarılan yeni paylara ilişkin pay sahipliği hakları da tescilden sonra kullanılabilir¹⁶⁶. Bunlar tescilin kurucu nitelikte olmasının sonuçlarıdır¹⁶⁷.

Kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımına ilişkin özel bir düzenleme öngören TTK m. 460/f.6 uyarınca sermaye artırımının usulüne uygun bir şekilde yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilmesinden sonra, çıkarılmış sermayeyi gösteren ana sözleşmenin sermaye maddesinin yeni şekli tescil ettirilir. Bu hükmün sermaye artırımını kesinleştirmesinden başka diğer bir amacı da, yeni çıkarılmış sermaye miktarının ana sözleşmeye yansıtılmasını sağlamaktır.

HAOŞ Tebliği’nin 9. maddesinin 3. fıkrasına göre de çıkarılmış sermayeyi gösteren ana sözleşme maddesinin yeni şeklinin yanında sermaye artırımına ilişkin yönetim kurulu kararının da tescil ve ilan edilmesi gerekir.

SONUÇ

Anonim şirketlerde sermaye artırımı TTK’da, ETTK’yla kıyasen daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bunun nedeni tüm sermaye artırım türlerinde uygulanacak genel hükümlere yer verilmesinin yanı sıra yeni sermaye artırım türlerinin düzenlenmiş olmasıdır. Kapalı anonim şirketlerde kayıtlı sermaye sisteminin kabul edilebilmesi imkanının getirilmesiyle birlikte, bu sistemde gerçekleştirilecek sermaye artırımı da TTK’daki yeni düzenlemelerden biridir.

¹⁶⁵ Esas sermaye sisteminde sermaye artırımının tescili anonim şirket bakımından sermaye artırımının kesinleşmesi sonucunu doğurur. *Tekinalp*, Tescilin Hukuki Niteliği, s. 36.; TTK’nın düzenlemelerinde kayıtlı sermaye sisteminde de sermaye artırımının tescilinden önce pay senetlerinin çıkarılması kabul edilmediğinden ve sermaye artırımının tescili hakkında sermaye artırımına ilişkin genel hükümlerde yer alan anonim şirketlerin ana sözleşme değişikliklerinin tesciline ilişkin 455. maddeye atıfta bulunulduğundan, sermaye artırımı tescil ile kesinleşir.

¹⁶⁶ *Pulaşlı*, Sermaye Artırımı, s. 61; *Bahtiyar*, Kayıtlı Sermaye, s. 136.

¹⁶⁷ *Pulaşlı*, Şirketler, s. 864; *Pulaşlı*, Sermaye Artırımı, s. 39; *Moroğlu*, Esas Sermaye, s. 352.

Bunun yanı sıra ETTK'da yer almayan iç kaynaklardan sermaye artırımı ile Türk hukukunda ilk kez düzenlenen şartlı sermaye artırımı da TTK'daki sermaye artırımı türlerine ilişkin yeniliklerdendir.

TTK'da anonim şirketlerde sermaye artırımı, ana sözleşmede "esas sözleşmenin değiştirilmesi" adlı beşinci bölüm kapsamında "özel değişiklikler" başlığı altında düzenlenmiştir. Sermaye artırımının kanundaki yerinden hareketle, sermaye artırımının hukuki niteliğinin bir ana sözleşme değişikliği olduğunu söylemek mümkündür. Ancak sermaye artırımını düzenleyen maddeler incelendiğinde, anonim şirketin kuruluşuna ilişkin maddelere atıf yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle sermaye artırımının hukuki niteliğinin bir yeni/ek kuruluş olduğu yönünde ETTK döneminde olduğu gibi doktrinde tartışmalar ortaya çıkması muhtemeldir. Sermaye artırımı ile ilgili anonim şirketin kuruluş hükümlerine atıfta bulunulması, sermaye artırımına giden bir anonim şirketin kurulmuş ve tüzel kişiliğini kazanmış olması nedeniyle, birtakım çelişkilerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Örneğin 456. maddenin 4. fıkrasında sermaye artırımında kıyasen uygulanacağı belirtilen 355. maddenin 1. fıkrası şirketin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağını düzenlemektedir. Tescilin kurucu niteliğini vurgulamak için yapılan bu atıf, tüzel kişiliğini kazanmış ve sermaye artırımına giden anonim şirketin yapısıyla bağdaşmamaktadır. Kaldı ki 456. maddenin 5. fıkrasında sermaye artırımı kararının tesciline, ana sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararının tescilini düzenleyen 455. maddenin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumda m. 355/f. 1'e yapılan atıf gerekli değildir. Yine 456. maddenin 4. fıkrasında, anonim şirketin kuruluşunda kanuna aykırılık bulunması halinde açılacak fesih davasını hükme bağlayan 353. maddenin, tüm sermaye artırımı türlerine kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir. Fesih davasının sermaye artırımının tamamının geçersizliği için başvurulabilecek bir hukuk yolu olarak uygulanmasını sağlamak üzere yapılan bu atıf, sermaye artırımı kararının geçersizliğinin ileri sürülmesine ilişkin diğer hukuk yolları olan butlan davası ve iptal davası ile birlikte nasıl uygulanacağı konusunda tereddütler yaşanmasına yol açacaktır. Bu tereddütlerin önüne geçilebilmesi için kuruluştaki fesih davasına atıf yapılmak yerine sermaye artırımının geçersizliği halinde başvurulacak hukuk yollarının ve bunların şartlarının, sermaye artırımına ilişkin genel hükümler içerisinde açıkça düzenlenmesi daha doğru olurdu.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kapalı anonim şirketlere de kayıtlı sermaye sistemine geçiş imkanının tanınması TTK'daki yeniliklerden biridir. Aslında bu sistem halka açık anonim şirketler bakımından SPK'da düzenlenmişti. Ancak halka açık olan anonim şirketlerle halka açık olmayan kapalı anonim şirketler arasındaki hüküm farklılıklarını en aza indirme düşüncesinden hareketle, TTK'daki düzenlemeyle birlikte (m. 332) kapalı anonim şirketlerin de kabul edebileceği bir sistem haline gelmiştir.

Kayıtlı sermaye sisteminin en önemli özelliği sermaye artırımı kararının yönetim kurulu tarafından verilmesidir. Bu nedenle sermaye artırımına ilişkin hükümler arasında kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş anonim şirketlerde gerçekleştirilecek dış kaynaklardan sermaye artırımını düzenleyen bir hükme (m. 460) de yer verilmiştir. Bunun yanı sıra GTB tarafından çıkarılan HAOŞ Tebliği'nde de kapalı anonim şirketlerde kayıtlı sermaye sisteminin kabul edilmesi, uygulanması ve sermaye artırımına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. TTK ile HAOŞ Tebliği'nde yer alan düzenlemeler, halka açık anonim şirketleri düzenleyen SPK m. 18 ve ilgili SPK Kurulu Tebliğiyle paralel olmakla birlikte gerek TTK ile HAOŞ Tebliği hükümleri arasında gerek TTK ve HAOŞ Tebliği hükümleriyle SPK hükümleri arasında birtakım çelişkili düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin yönetim kurulunun sermaye artırımı kararından önce TTK m. 460/f.2'deki düzenleme nedeniyle gerekiyorsa GTB'den izin alması zorunluluğu, kayıtlı sermaye miktarına kadar yapılacak sermaye artırımlarında GTB izni aranmayacağını açıkça hükme bağlayan HAOŞ Tebliği'nin 6. maddesinin 1. fıkrasıyla çelişmektedir. Kaldı ki m. 460/f. 2'deki bu hüküm kayıtlı sermaye sisteminden beklenen faydaların sağlanmasını engelleyebilecek ve kısa sürede yapılması amaçlanan sermaye artırımını yavaşlatabilecek bir düzenlemedir. TTK'daki bu çelişkinin düzeltilmesi ve kayıtlı sermaye sistemiyle uyumlu olacak şekilde sermaye artırımlarında GTB izninin aranmayacağını açıkça hükme bağlanması gerekmektedir.

Sonuç itibariyle anonim şirketlerde sermaye artırımına ilişkin TTK hükümlerinde kuruluşa ilişkin kıyasen uygulanacağı belirtilen maddelerin yeniden gözden geçirilmesi ve doğrudan sermaye artırımı hakkında maddeler ihdas edilmesiyle birlikte mevcut çelişkiler giderilmelidir. Bunun yanı sıra kayıtlı sermaye sistemi hakkındaki TTK hükümleri ile GTB'nin HAOŞ Tebliği arasındaki çelişkilerin giderilmesi ve kayıtlı sermaye sisteminin yapısıyla bağdaşmayan TTK hükümlerinin yeniden kaleme alınması gerekmektedir. Yapılacak bu düzenlemelerle birlikte anonim şirketlerde sermaye artırımı işlemleri konusunda uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütlerin en aza indirilmesi sağlanacaktır.

KISALTMALAR

| | |
|---------------------|--|
| Batider | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| Bkz. | : Bakınız |
| Bs. | : Bası |
| C. | : Cilt |
| DEÜ | : Dokuz Eylül Üniversitesi |
| E. | : Esas |
| ETTK | : 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu |
| f. | : Fıkra |
| GTB | : Gümrük ve Ticaret Bakanlığı |
| HAOŞ Tebliği | : Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ |
| HD. | : Hukuk Dairesi |
| İİBF | : İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi |
| K. | : Karar |
| m. | : Madde |
| No. | : Numara |
| RG. | : Resmi Gazete |
| s. | : Sayfa |
| S. | : Sayı |
| SPK | : Sermaye Piyasası Kanunu |
| SP Kurulu | : Sermaye Piyasası Kurulu |
| STB | : Sanayi ve Ticaret Bakanlığı |
| TD. | : Ticaret Dairesi |
| TTK | : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu |
| TTSG | : Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi |
| Vd. | : Ve devamı |
| y. | : Yıl |

KAYNAKÇA*

Akın, M. Y.: Kayıtlı Sermayede Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması veya İlgilinin Bu Hakkı Kullanımdan Yoksun Bırakılmasındaki Kısıtlar, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 7 vd.

Akünel, T.: Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 3, S. 5, 1969, s. 257 vd.

Altaş, S.: Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı, Mali Çözüm, S. 98, Y. 2010, s. 145 vd.

Ansay, T.: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bs., Ankara 1982.

Arslan, İ.: Kayıtlı Sermayeli Anonim Şirketlerde Sermayenin Artırılması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 1, 1990, s. 241 vd.

Arslanlı, H.: Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, 3. Bs., İstanbul 1960.

Aytaç, Z.: Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara 1985, s.297 vd. (Anılış: Rüçhan Hakkı).

Aytaç, Z.: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırılmasından Dönülmesi Sorunu, Mali Sorunlara Çözüm Dergisi, S. 5, Y. 1, 1985, s. 68 vd. (Anılış: Sermaye Artırımından Dönülmesi).

Bahtiyar, M.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kayıtlı Sermaye Sistemi, Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s. 53 vd. (Anılış: Tasarı).

Bahtiyar, M.: Anonim Ortaklıkta Ayrıcalıklı Pay Sahiplerinin Onay Yetkisi ve Kayıtlı Sermaye Sistemi, Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 11 vd. (Anılış: Ayrıcalıklı Pay Sahipleri).

Bahtiyar, M.: Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul 1996. (Anılış: Kayıtlı Sermaye).

Bahtiyar, M.: Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış 7. Bası, İstanbul 2012. (Anılış: Ortaklıklar).

Bahtiyar, M.: Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımının Tescili ve Tescilin İşlevi, Batider, C. XVIII, S. 4, Aralık 1996, s. 11 vd. (Anılış: Tescil).

Bilgili, F./Demirkapı, E.: Şirketler Hukuku, 9. Bs., Bursa 2013.

Bostancıoğlu, M.: Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Hisse Senetleri ve İmtiyazların Korunması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, Batider, Ankara 1988, s. 5 vd.

Eriş, G.: Ticari İşletme ve Şirketler, 2. Cilt, 4. Bs., Ankara 2007.

Helvacı, M.: Kayıtlı Sermaye Sisteminde Sermaye Artırım Usulü ve Bu Sisteme Tabi Anonim Ortaklıklarda Hisse Senetlerinin Çıkarılma Zamanı, Batider, S. 1-2, C. 18, 1995, s. 157 vd.

* Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar, parantez içinde ve italik olarak gösterilmiştir.

Hirş, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bs., İstanbul 1948.

İmregün, O.: Anonim Ortaklıklar, 4. Bs., İstanbul 1989.

Karahan, S.(Edit): Şirketler Hukuku, 1. Bs., Konya 2012.

Karayalçın, Y.: Esas Sermaye Artırımında İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Hukuki Durumu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, s. 81 vd.

Moroğlu, E.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, 7. Bs., İstanbul 2012. (Anılış: Öneriler).

Moroğlu, E.: Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, 2. Bs., İstanbul 2003. (Anılış: Esas Sermaye).

Moroğlu, E.: Esas Sermaye Artırımı İçin Eski İştirak Taahhütlerinin Ortaklığa Tamamen Ödenmiş Olması Şartı, İktisat Maliye Dergisi, C. XVII, S. 3, 1970, s. 129 vd. (Anılış: Şart).

Moroğlu, E.: Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımının Hukuki Niteliği, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1972, S. 9, s. 32 vd. (Anılış: Hukuki Nitelik).

Moroğlu, E.: Türk Ticaret Kanunu-Sermaye Piyasası Kanunu, Sermaye Piyasası Kurulu'nun 15. Yıl Sempozyumu, Ankara 1998, s. 15 vd. (Anılış: TTK-SPK).

Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu E.: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Tıpkı Bs., İstanbul 2005.

Pulaşlı, H.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı, C. XXIII, S. 4, Batider, 2006, s. 33 vd. (Anılış: Sermaye Artırımı).

Pulaşlı, H.: Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012. (Anılış: Şirketler).

Saraç, T.: Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı, Ankara 2009.

Süzek, S./ Kabakçı, A.: İşletmelerde Sermaye Artırımını Etkileyen ve Gerekli Kılan Faktörler, DEÜ İİBF Dergisi, C. 2, S. 1, 1987, s. 47 vd.

Şener, O. H.: Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012.

Tekinalp, Ü.: Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Rüçhan Hakları ile İlgili Bir Kararı Üzerine Düşünceler, İktisat Maliye Dergisi, C. 30, Y. 1983, s. 73 vd. (Anılış: Karar)

Tekinalp, Ü.: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2011. (Anılış: Tek Kişi Ortaklığı).

Tekinalp, Ü.: İki: Güncel Sorunun Çözümünde Teorik Yaklaşım Denemesi: AO Tipi İçinde Sınıf Değiştirme-Kayıtlı Sermaye Sisteminde Çıkarılan Sermayenin Tescilinin Hukuki Niteliği, Batider, C. XVII, S. 2, 1993, s. 29 vd. (Anılış: Tescilin Hukuki Niteliği).

Teoman, Ö.: Kayıtlı Sermaye Sistemini Kabul Eden Anonim Ortaklıklarda Ayrıcalıklı Pay Sahiplerinin Tavan Tutarının Yükseltilmesini veya Çıkarılmış Sermayenin Artırılmasını Onaylamalarının Zorunlu Olup Olmadığı Sorunu, Tüm Makalelerim, Cilt II, 1982-2001, 1. Bs., İstanbul 2001, s. 387 vd.

Yıldız, Ş.: Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul 1996.

DENEME SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ

Arş. Gör. Hasan Ali KAPLAN*

ÖZET: Bu çalışmada deneme süreli iş sözleşmelerinin genel esasları ve özellikleri ile deneme süreli iş sözleşmesinden farklı bir sözleşme türü olan deneme amaçlı iş sözleşmesinden ayrılan noktaları incelenmektedir. Bu inceleme esnasında deneme süreli iş sözleşmeleri ile ilgili uygulamada yaşanan temel sorunlara da değinilmiş, öğretilerde ileri sürülen görüşler de dikkate alınarak çeşitli çözüm önerileri sunulmuştur. Bu çözüm önerileri belirtilirken temel olarak deneme süreli iş sözleşmelerinin (sözleşmenin deneme süresi içerisinde bildirimsiz ve tazminatsız olarak feshedilebilmesi dışında) diğer iş sözleşmelerinden farklı bir sözleşme olmadığı ilkesinden hareket edilmiştir.

Anahtar kelimeler: Deneme süreli iş sözleşmesi, deneme amaçlı iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, deneme süresi, deneme amacı.

ABSTRACT: The general principle and features of trial-term employment contract and the differences between trial-term employment contract and employment contracts for trial have been studied. During the article, the key issues about the trial-term employment contracts which can be seen in practice life have been mentioned and various solutions have been proposed with considering the arguments and doctrines. During the proposition, basically has been acted from the principle of the trial-term employment contract and other employment contract are same except the contract can be terminated within the trial period of the contract without notice and without compensation.

Keywords: Trial-term employment contract, employment contract for trial, employment contract, trial-term, trial period.

* YTÜ İİBF İşletme Bölümü

I. Genel Olarak

Bir iş sözleşmesine taraf olacak işçi ve işverenler sözleşme ile uzun süreli olarak bağlanmadan önce sözleşmenin karşı tarafını, çalışma koşullarını tanımak isteyebilirler. Bu nedenle sürekli ve kişisel bir ilişki kuran iş sözleşmesi taraflarına kesin bir ilişkiye girmeden birbirlerini tanıma ve işe, işyerine, çalışma koşullarına uygunluk durumlarını ölçme olanağının sağlanması gereklidir¹. Bu ihtiyaç işveren açısından, işçinin performansı ve verimliliğini, işyerinde görülen işe veya diğer işçilere uyum sağlayabilip sağlayamayacağını öğrenmek; işçi açısından ise işvereni ve işyerindeki diğer işçileri tanımak, çalışma koşullarına alışılıp alışılmayacağını öğrenmek açısından önemlidir². Bu nedenle taraflar başlangıçta sözleşme ile kesin bir şekilde bağlanmak istemeyip, yukarıda belirtilen ihtiyaçlardan ötürü sözleşmeye bir deneme süresi koymak isteyebilirler. Bu anlamda deneme süreli iş ilişkisi hem işverene hem de işçiye, sözleşmenin karşı tarafını, işyerini ve çalışma koşullarını tanıma olanağı tanıyan bir ilişkisini ifade etmektedir³.

II. Deneme Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esaslar

Deneme süresi belirli süreli olsun veya olmasın bütün sürekli iş sözleşmeleri için söz konusu olabilir⁴.

Deneme süreli bir iş sözleşmesi, normal bir iş sözleşmesinden doğan hak ve borçları kapsamakta olup; işverenin ücret ödeme, işçiyi gözetme, eşit davranma gibi yükümlülükleri yanında işçinin de iş görme, sadakat yükümlülüğü gibi iş

¹ ŞİMŞEK, Ayşe Fırac, Türk Hukukunda Deneme Süreli İş İlişkileri, TİSK Akademi, 2009/I, C. 4, S. 7, s. 9; SOYER, M. Polat, Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri, Çalışma ve Toplum, 2008/1, S. 16, s. 27.

² TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013, s. 75; DEMİRCİOĞLU, A. Murat/CENTEL, Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2012, s. 86; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2012, s. 239; SÜZEK, Sarp, İş Hukuku, İstanbul, 2012, s. 269; AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2012, s. 66; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri, Ankara 2008, s. 383.

³ ŞİMŞEK, s. 7.

⁴ Yargıtay 9. HD, 7.3.2011, 2011/6507 E., 2011/6290 K.; Yargıtay 9. HD, 28.1.2011, 2009/2320 E., 2011/1094 K. (www.corpus.com.tr); ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s. 108; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 66; ALPAGUT, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, s. 76; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 384; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 240; SOYER, s. 30; ŞİMŞEK, s. 16. ŞİMŞEK, haklı olarak ancak bir iş sözleşmesinin kurulması sırasında deneme süresi öngörülebileceğini, devam eden bir iş sözleşmesine deneme süresi getirilmesinin deneme süresinin amacı ile bağdaşmayacağını belirtmektedir. İş sözleşmesi devam ederken, sözleşmenin yenilenmesi veya işçinin fonksiyonunda, iş sözleşmesinde bir değişikliğin denemeyi haklı kılabilceği yönünde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 384.

sözleşmesinden doğan borçları söz konusu olacaktır⁵. Bu bağlamda deneme süreli olarak çalışmakta olan işçiler de işe başladıkları tarihten itibaren sigortalı olacaklardır⁶.

Öğretide toplu iş sözleşmelerinde, deneme süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının deneme süresinin sona ermesi ve iş sözleşmelerinin kesinleşmesinden sonraya bırakılabileceği⁷; böylece bu işçilerin kapsam dışında bırakılmadığı takdirde toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği⁸ ileri sürülmektedir. Kanaatimizce toplu iş sözleşmesinde, salt iş sözleşmesinin türüne bağlı olarak yasal olarak sözleşmeden yararlanma koşullarını taşıyan bazı işçiler sözleşmenin kapsamı dışında bırakılamaz⁹. Bu nedenle anılan görüşe katılmamaktayız. Nitekim uygulamada toplu iş sözleşmesine taraf sendikaya üye olan ya da olmayan, genellikle üst düzeyde çalışan bazı işçiler, işverene yakınlıkları nedeniyle toplu iş sözleşmesinde yer alan açık bir hükümle sözleşmenin kapsamı dışında bırakılabilmekte¹⁰ ve böylece söz konusu kişiler toplu iş sözleşmesinden sendika üyeliği veya dayanışma aidatı yoluyla da yararlanamamaktadır¹¹. Öğretide bu şekilde bir uygulananın dahi kanuna uygunluğu tartışmalıdır¹².

Taraflar iş sözleşmesinde deneme süresi öngörüp öngörmemekte tamamen serbesttir. Örneğin işçinin işyerine yeni alınmış olması veya toplu iş sözleşmesinde deneme süresinin uzunluğuna ilişkin bir hükme yer verilmiş olması mutlaka bir deneme süresinin varlığını gerektirmez.¹³ Ancak kanun koyucu taraflar-

⁵ ALPAGUT, s. 77; ŞİMŞEK, s. 27.

⁶ ŞİMŞEK, s. 28. İşçinin deneme süresi içinde de sigortalı sayılacağı, sendikaya üye olabileceği ve grev hakkını kullanabileceği yönünde bkz. SOYER, s. 31; SÜZEK, s. 271. SÜZEK, deneme süresi içerisinde işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceğini de belirtmektedir.

⁷ ŞİMŞEK, s. 27-28.

⁸ SOYER, s. 31.

⁹ Kapsam dışı bırakılmanın işçilerin yaptıkları iş veya nitelikleri nedeniyle söz konusu olabileceği yönünde bkz. AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 496.

¹⁰ Kapsam dışı personel ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÜLER, Şerafettin, Türk İş Hukukunda Kapsam Dışı Personel, Kamu-İş, Yıl: 2007, C. 9, S. 2, s. 49-72.

¹¹ ŞAHLANAN, Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 149; SUR, Melda, İş Hukuku, Toplu İlişkiler, Ankara 2011, s. 326-327; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 375; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Toplu İş İlişkileri, İstanbul 2013, s. 414; ÇELİK, s. 584; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 291; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 495; GÜLER, Şerafettin, Yargı Kararları Işığında Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 20, Ağustos 2006, S. 3, s. 81

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHLANAN, s. 150; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 414; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 291-292. Bu uygulamanın kanun ve anayasaya aykırı olduğu yönünde bkz. ÇELİK, s. 584-585.

¹³ SOYER, s. 29; ALPAGUT, s. 76; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 383, dn. 516 ve s. 384.

ca sözleşmede öngörülebiyecek deneme süresini sınırlandırmıştır. İşK¹⁴ m. 15/I'e göre, taraflarca iş sözleşmesine deneme süresi konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir; ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar¹⁵ uzatılabilir¹⁶. Aynı işverene tabi olarak çalışmakta olan işçilerle yapılan sözleşmelerde birbirinden farklı deneme süreleri öngörülebilir¹⁷. Bunun gibi aynı anda işe başlayan ve aynı işi yapmakta olan işçilerden biriyle yapılan sözleşmede deneme süresi kararlaştırılıp, diğerinde kararlaştırılmaması da olanaklıdır. Başka bir anlatımla, iş sözleşmesinde deneme süresi öngörülüp öngörülmeyeceği, öngörülecek ise süresi (kanunda veya toplu iş sözleşmesinde öngörülen üst sınırı aşmamak koşuluyla) tamamen sözleşme taraflarının ortak iradesiyle belirlenecektir. Tarafların kanunda veya toplu iş sözleşmesinde öngörülen azami süreyi aşan deneme süresi kararlaştırmaları halinde, deneme süresi kaydı veya sözleşme tamamen geçersiz olmayacak, deneme süresi kanun veya toplu iş sözleşmesinde yazılı azami süre olarak uygulanacaktır¹⁸.

Taraflarca yapılan sözleşmede, sözleşmenin deneme süreli olduğu belirlenmiş ancak herhangi bir deneme süresi kararlaştırılmamış ise, sözleşmenin tabi olacağı deneme süresinin azami süre olan iki ay olmaması gerektiği, sürenin hakim uygulamalar ve özel durumlar dikkate alınarak saptanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹. Kanaatimizce bu tür durumlarda kanundaki azami süre olan iki ayın veya varsa toplu iş sözleşmesindeki sürenin uygulanması, bu konuda ortaya çıkabilecek duraksamaları veya sorunları önleyebilecek nitelikte olduğundan uy-

¹⁴ 4857 sayılı İş Kanunu, RG, 10.6.2003, 25134.

¹⁵ 1475 sayılı İş Kanunu (RG, 1.9.1971, 13943) m. 12'de sürekli iş sözleşmelerinde deneme süresinin en çok bir ay olduğu, bu sürenin toplu iş sözleşmeleri ile üç aya kadar uzatılabileceği hükmü yer almakta idi. Bir aylık sürenin hangi nedenle iki aya çıkarıldığının anlaşılacağı ve yeni düzenleme ile 854 sayılı Deniz İş Kanunu (RG, 29.4.1967, 12586) ile olan paralelliğin de bozulduğu yönünde bkz. SOYER, s. 33, dn 30 ve bağlı olduğu metin. SOYER, sürenin artırılması halinde, hiç değilse ihbarsız fesih yerine, fesihte asgari bir ihbar öneline uyma yükümlülüğünün getirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁶ İngiliz hukukunda 6.4.2012 tarihinde yürürlüğe giren kanunla yapılan değişiklikle işe iade davası açılabilmesi için 1 yıl olan kıdem süresi 2 yıla yükseltilmiştir. (Employment Rights Act, 1996, section94, 108). Bu bakımdan 2 yıllık kıdem koşulu bir tür deneme süresi (qualifying period) olarak nitelendirilmektedir. Bkz. DEAKIN, Simon/MORRIS, Gillian S., Labour Law, Sixth Edition, Cornwall2012, s. 200-201; SARGEANT, Malcolm/LEWIS, David, Employment Law, Six Edition, Essex2012, s. 97. Ancak doğum ve ebeveyn izninin kullanılması, işçi temsilciliğine seçilme veya aday olma, işçinin yasal çalışma sürelerinin aşılması iş görmesine ilişkin talimatı reddetmesi, işçinin sendikal haklarını kullanması vb. nedenlerle yapılan fesihtelerde 2 yıl kıdem koşulu aranmamaktadır. Bkz. DEAKIN/MORRIS, 510 vd.; SARGEANT/LEWIS, 105-107.

¹⁷ SOYER, s. 35. Toplu iş sözleşmelerinde de farklı işçi grupları için birbirinden farklı uzunlukta deneme sürelerinin öngörülebileceği yönünde bkz. ŞİMŞEK, s. 21.

¹⁸ SOYER, s. 35.

¹⁹ ŞİMŞEK, s. 22.

gun bir çözümdür²⁰. Ayrıca sözleşmenin deneme süreli olduğunun kabul edilmesi, ancak sürenin uzunluğunun belirlenmemesi halinde taraf iradelerinin kanunda öngörülen azami süreyi sözleşmede uygulamak amacını taşıdığı da ileri sürülebi- lecektir. Zira kanunda öngörülen azami süreyi uygulamak istemeyen tarafların, bu yöndeki iradelerini sözleşmede açıkça deneme süresinin uzunluğuna yer vererek belirtmeleri gereklidir. Aksi taktirde sözleşmenin kanunda öngörülen azami süre- yi içerdiğine ilişkin yorum yapılması kaçınılmaz olacaktır.

İş sözleşmesinde işçi ve işveren açısından birbirinden farklı uzunlukta de- neme süreleri öngörülmesi olanaklı görülmemekle birlikte²¹; işçi lehine olacak şekilde, işçinin sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda uygulanacak süre işveren için geçerli olan süreden daha uzun kararlaştırılabilecektir²².

Deneme süresi sözleşmenin kurulduğu tarihte değil, işçinin fiilen işe başladığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır²³. İşverenin işi kabulde temerrüdü ha- linde, temerrütte geçen süreler çalışılmış gibi sayıldığından, deneme süresinin de başlayacağı belirtilmekle birlikte²⁴, bu görüş deneme süreli iş sözleşmesinin daha başlangıcında işçinin çalışmasını kabul etmeyen işverenin bu davranışının fesih olarak nitelendirilebileceği durumlarda pratik açıdan bir sonuç doğurmayacaktır.

Taraflar arasında deneme süresine ilişkin kararlaştırmanın yazılı olması zo- runlu değildir; böyle bir sürenin varlığını iddia eden taraf bu iddiasını her türlü delille kanıtlayabilir²⁵.

Deneme süresi ile ilgili olarak diğer kanunlarda da bazı hükümler bulunmak- tadır. Buna göre Deniz İşK m. 10'da belirsiz süreli²⁶ iş sözleşmelerinde deneme

²⁰ Aynı yönde bkz. SOYER, s. 34; ALPAGUT, s. 79; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 385.

²¹ ŞİMŞEK, s. 23.

²² MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 385; SOYER, s. 35. SOYER, haklı olarak deneme süresinin tek taraflı olarak yalnızca işveren için kararlaştırılması halinde bu hükmün geçersiz olacağını ve sözleşmenin deneme süreli sayılamayacağını ifade etmektedir.

²³ İşçinin kusuruna bağlanamayan kısa süreli devamsızlık, kaza, hastalık, grev veya lokavt gibi nedenlerin deneme süresini durdurmayaacağı, başka bir deyişle deneme süresinin uzaması so- nucunu doğurmayacağı yönünde bkz. SOYER, s. 35; ŞİMŞEK, s. 23; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 87; SÜZEK, s. 271; DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Yargıtay Ka- rarları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, İstanbul 2008, s. 65; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 386. Aksi yönde bkz. ALPAGUT, s. 80.

²⁴ ŞİMŞEK, s. 25.

²⁵ SOYER, s. 29; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 383.

²⁶ Deniz İşK'da yer alan ve belirli süreli iş sözleşmelerinde deneme süresi öngörülemediği şeklinde bir anlama sahip olan hükmün, gemi adamı ile yapılan sözleşmenin belirli bir sefer için kurulmuş olması nedeniyle süreli sayıldığı hallerde işin niteliğine uygun düştüğü; ancak bir geminin iki yıl işletilmek üzere kiralanması halinde kaptanla iki yıllık bir sözleşme yapıl- ması şeklindeki bir örnekte sözleşmeye deneme süresi koyma olanağının tanınmamasının isa- betli bir çözüm tarzı olamayacağı yönünde bkz. SOYER, s. 30. Aksi yönde bkz. NARMANLIOĞLU, Ünal, Belirli Süreli İş Sözleşmesini Sona Erdiren Olgular ve İşlemler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl: 2012, C. 9, S. 35, s. 12, dn. 12.

süresinin en çok bir ay olduğu, Basın İşK²⁷ m. 10/I'de mesleğe ilk giren gazeteciler²⁸ için deneme süresinin en çok üç ay olduğu, 6098 sayılı TBK²⁹ m. 433'de belirsiz süreli sözleşmelerde deneme süresinin en çok iki ay olduğu³⁰, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu³¹ m. 14'te çıraklığın bir deneme süresi ile başlayacağı ve bu sürenin mesleğin özelliğine göre bir aydan az üç aydan çok olmamak üzere Milli Eğitim Bakanlığı'nca belirleneceği hüküm altına alınmaktadır.

III. Daha Önce Deneme Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışan Bir İşçi ile Yeniden Deneme Süreli İş Sözleşmesi Yapılması

Öğretide işten ayrılan bir işçinin yeniden aynı işe alınması halinde deneme süresinin kararlaştırılmayacağı³² kabul edilmekle birlikte, kanaatimizce bu

²⁷ 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, RG, 20.6.1952, 8140.

²⁸ Yasa koyucunun tecrübeli bir gazetecinin işe alınmasında denemeye tabi tutulmasını yasaklamak istemediği, fakat bu durumda deneme süresinin Basın İşK'ya değil Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olacağı yönünde bkz. SOYER, s. 33.

²⁹ Türk Borçlar Kanunu, RG, 4.2.2011, 27836.

³⁰ Maddenin yürürlükten kaldırılan Borçlar Kanunu'ndaki (RG, 29.4.1926, 359) karşılığı olan m. 342/I'de şu hüküm yer almakta idi: "Uzun müddet ile yapılan akitte, bir tecrübe zamanı şart edilmiş olduğu takdirde hilafına mukavele edilmemiş ise ilk iki ay zarfında ihbardan sonra girecek haftanın nihayeti için akit fesh olunabilir". İki hüküm karşılaştırıldığında TBK'da deneme süresi belirsiz süreli iş sözleşmelerine (kanun hükmünde açıkça öngörülmemekle birlikte m. 433'ün belirsiz süreli sözleşmelerde fesih ile ilgili bölümde yer almasından ötürü) hasredilmişken, yürürlükten kaldırılan kanunda uzun süreli sözleşmelerden söz edilmektedir. Uzun süreli her sözleşmenin belirsiz süreli olması zorunlu değildir. Zira on yıllık bir belirli süreli iş sözleşmesinin de uzun süreli bir sözleşme olduğu açıktır. Bu bakımdan her iki kanun hükmü arasında ciddi bir farklılık bulunmaktadır. Bir başka deyişle yürürlükten kaldırılan kanun deneme süresini yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile sınırlandırmamışken, TBK'da deneme süreli iş sözleşmeleri yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile sınırlandırılmaktadır. Bir başka farklılık da, TBK'da deneme süresinin en çok iki ay olduğu açıkça belirtilmişken, yürürlükten kaldırılan kanunda aksi kararlaştırılmadıkça sürenin iki ay olduğunun belirtilmesiyle yetinilmesidir. Yani TBK sisteminde deneme süresinin taraflarca iki ay aşacak şekilde kararlaştırılması olanaklı değilken, yürürlükten kaldırılan kanun buna izin vermektedir.

³¹ RG, 19.6.1986, 19139.

³² ÇELİK, s. 108; SÜZEK, s. 270; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 66; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 240, dn. 208; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 384. Deneme amaçlı iş sözleşmeleri açısından da aynı yönde bkz. ALPAGUT, s. 78. Bu durumun bir veya birkaç yıl devam etmesi durumunda sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceği yönünde bkz. TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 75. İşverenin daha önce istihdam ettiği bir işçiyi tekrar işe alması halinde, deneme süresi kararlaştırmakta hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı; ancak işçinin daha önce gördüğü işten başka bir işi ifa etmek üzere işe alınması veya daha önce yerine getirdiği işin içeriğinde rasyonelizasyon veya benzer nedenlerle herhangi bir değişiklik meydana gelmiş ise deneme süresi kararlaştırılabileceği yönünde bkz. SOYER, s. 31-32. Deneme süresinin aynı işçi ile aynı işveren arasında kural olarak bir kez kararlaştırılabileceği, bir kez deneme süreli çalışıp ayrıldıktan sonra, aynı kişiler arasında aynı işyeri ve iş için yeniden iş sözleşmesi yapıldığında, objektif açıdan haklı bir ne-

konuda somut olayın özellikleri dikkate alınmaksızın böylesine katı bir kuralı benimsemek doğru değildir. İşten ayrılan bir işçinin yeniden aynı işe alınması halinde deneme süresinin kararlaştırılmaması bir genel ilke olarak kabul edilmelidir. Zira daha önce o işte çalışmış bir işçiyi deneme süresine tabi olarak çalıştırmakta, deneme süresinin yukarıda belirtilen amaçları açısından kural olarak herhangi bir yarar bulunmamaktadır. Ancak bu genel bir ilke olmaktan çıkarılarak katı bir kural haline dönüştürülmemeli ve somut olayın koşulları dikkate alınarak bir çözüme ulaşılmalıdır. Örneğin işyeri devrinde, devredilen işyerinde çalışmakta olup da devirden önce iş sözleşmesi sona erdirilen bir işçi ile devralan işveren arasında aynı iş için yapılacak bir iş sözleşmesinde deneme süresi kararlaştırılmayacak mıdır?³³ Ya da performansı yetersiz görüldüğü için uzun bir zaman önce işten çıkartılan bir işçi ile işveren arasında aynı iş için yeniden yapılacak bir iş sözleşmesinde deneme süresi kararlaştırılmaz mı? Başka bir deyişle uzun bir süre önce performansı yetersiz görülen bir işçinin aradan geçen sürede edindiği tecrübelerin verimli çalışmasını sağlayabilip sağlayamayacağını işverenin deneme süresi içerisinde görmek istemesi makul bir talep değil midir? Kanaatimizce işten ayrılan işçinin yeniden aynı işe alınması halinde deneme süresi kararlaştırılmayacağı peşinen kabul edilmemeli, somut olayın koşulları içerisinde deneme süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için makul ve kabul edilebilir gerekçelerin bulunması durumunda, deneme süresi kararlaştırılabilmelidir.

Öğretide işçinin kusuruna bağlanamayan kısa süreli devamsızlık, hastalık, grev veya lokavt gibi nedenlerin deneme süresini durdurmayacağı, başka bir deyişle deneme süresinin uzaması sonucunu doğurmayacağı; ancak böyle bir durumda deneme süresinden beklenen amaca ulaşamadığından yeni bir deneme süreli iş sözleşmesi yapılabileceği ifade edilmektedir³⁴. Böyle bir durumda yapılan ikinci sözleşmedeki deneme süresinin uzunluğu ile ilk sözleşmede yer alan deneme süresinin toplamının kanunda öngörülen azami süreyi geçmemesi gerektiği ileri sürülmekle birlikte, ilk sözleşmede yer alan deneme süresinin azami süre olan iki ay olması halinde, ikinci sözleşmede deneme süresi kararlaştırılmayacağı sonucunu doğmaktadır³⁵. Benzer şekilde ilk sözleşmede 1,5 aylık deneme süre-

den bulunmadıkça deneme süresi kararlaştırılmayacağı; ancak teknolojik yenilik veya sistem değişikliği gibi işçinin daha önceki çalışmasına oranla objektif olarak farklı bir durum söz konusu ise, deneme süresine tabi olarak çalışan aynı işçi ile yeniden deneme süresi öngören bir sözleşme yapılmasının mümkün olabileceği yönünde bkz. ŞİMŞEK, s. 20, 23 ve 24.

³³ İşyerinin el değiştirmesi durumunda yeni işverenin, işyerinde daha önce çalışmış olan bir işçi ile deneme süreli iş sözleşmesi yapmasının dürüstlük kuralına aykırı olmadığı yönünde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 384.

³⁴ ŞİMŞEK, s. 23; SOYER, s. 35; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 75; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 386.

³⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU'da, kural olarak ikinci deneme süresi kararlaştırılırken ilk deneme süresinin de dikkate alınarak kanundaki azami süreye riayet edilmesi gerektiğini belirtmekle

si öngörülmesi halinde ikinci sözleşmede iki haftalık bir deneme süresi öngörülebileceği sonucu doğmaktadır. Bu sonuç ilk sözleşmede öngörülen fakat fiilen uygulanamayan deneme süresini, sanki başarılı bir şekilde uygulanmış bir süre olarak kabul eden bir mantığa dayandığından tatmin edici nitelikte değildir.

Bir işyerinde daha önce çalışıp ayrılmış olan bir işçinin, daha sonra yeniden iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünden ötürü işe alınması halinde yeni sözleşmede deneme süresi öngörülmesinin (işçinin önceki işinden farklı bir işte çalıştırılması, işyerinin çalışma sisteminin değişmesi veya teknolojik gelişmelerin bulunması gibi sebepler olmadıkça) genel olarak dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı ifade edilmektedir³⁶. Kanaatimizce iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü gereği işe alınan işçilerle yapılan yeni sözleşmede belirtilen durumlarda da deneme süresi kararlaştırılmamalıdır³⁷. Zira aksi düşüncenin kabulü iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü ile bağdaşmayacaktır.

IV. Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri

Deneme süreli iş sözleşmeleri ile birlikte değerlendirilmesi gereken bir konuda deneme amaçlı iş sözleşmeleridir. Öğretide kanunda öngörülen deneme süresini aşmayan deneme amaçlı iş sözleşmelerinin dahi yapılamayacağı belirtilmekle birlikte³⁸, bu görüşe katılmamız olanaklı değildir. Zira anılan görüş deneme süreli iş sözleşmelerinin belirli ve belirsiz süreli olarak yapılabileceği gerekçesine dayanmakta olup, deneme süresi kadar bir belirli süreli iş sözleşmesinde deneme amacının objektif bir neden olarak kabul edilmesinin bir gereği olmadığını ifade etmektedir. Oysa deneme süresi içeren bir belirli süreli iş sözleşmesi ile deneme amaçlı bir iş sözleşmesi birbirinden farklı sonuçlar yaratmaktadır. Şöyle ki, deneme süresi içeren belirli süreli iş sözleşmesi deneme süresi içerisinde tarafların tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilebilirken, deneme amaçlı iş sözleşmesi teknik anlamda belirli süreli bir iş sözleşmesidir ve sözleşmede öngörülen süre sona erene kadar tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilemez³⁹. Deneme amaçlı iş sözleşmesinde “deneme amacı” belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için objektif bir koşul olarak kabul edilmektedir.

birlikte, ilk sözleşmede deneme süresinin azami süre olarak kararlaştırılmış olması durumunda yeni iş sözleşmesinde deneme süresi belirlenirken önceki sözleşmede yer alan deneme süresinin göz önünde tutulmaması gerektiğini belirtmektedir (s. 386).

³⁶ ŞİMŞEK, s. 23-24.

³⁷ SÜZEK, s. 270.

³⁸ GÜLER, Mikdat, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl: 2005, S. 5, s. 45.

³⁹ BAŞTERZİ, Süleyman, Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 141; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 390.

Deneme süresi kaydı içeren iş sözleşmelerinden farklı bir sözleşme türü olan deneme amaçlı iş sözleşmelerinde, kanunda öngörülen deneme süresinin aşılabilişip aşılamayacağı konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre⁴⁰, deneme amaçlı iş sözleşmelerinde de kanunda öngörülen deneme süresi aşılamayacaktır, aksi takdirde kanunun deneme süresini düzenleyen hükümlerinin amacına aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bir diğer görüş⁴¹ ise, kanunda öngörülen deneme süresini, deneme amaçlı iş sözleşmeleri açısından bir üst sınır olarak görmemekte, ancak deneme amaçlı iş sözleşmelerindeki sürenin hiç değilse iş güvencesine tabi işçiler bakımından en çok altı ay olabileceğini ve böylece feshe karşı koruma hükümlerinin dolanılmasını engellemenin makul bir çözüm olacağını belirtmektedir. Bu görüş, iş güvencesine tabi işçiler açısından da anılan altı aylık sürenin aşılmasının, ifa edilecek işin veya işçinin kişiliğinin (düşünsel veya sanatsal bir faaliyetin yerine getirilmesi örneğinde görüleceği üzere) istisnai olarak daha uzun bir denemeyi gerektirmesi halinde meşru sayılabileceğini ifade etmektedir. Anılan görüş, deneme amaçlı iş sözleşmelerinde, kanunda deneme süresi için öngörülen azami sürelerin neden uygulanmaması gerektiğini tatmin edici bir şekilde gerekçelendirememektedir. Ayrıca bu görüş çerçevesinde ifade edilen altı aylık süre sınırlamasının da hangi yasal gerekçeyle kabul edilmesi gerektiğini anlamak oldukça güçtür. Nitekim söz konusu altı aylık süre yalnızca iş güvencesine tabi işçiler açısından öngörülmektedir. İş güvencesinin koşullarından biri de işyerinde en az otuz işçi bulunması olduğundan, anılan görüş kabul edilecek olursa deneme amaçlı sözleşmenin geçerli olup olmadığını tespit açısından sürekli olarak işyerinde çalışan işçi sayısını da göz önünde bulundurmamak zorunlu hale gelir ki, bu sonucu kabul etmek olanaklı değildir. Kaldı ki, İşK m. 18’de bir işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri bulunması durumunda otuz işçi sayısının tüm işyerleri dikkate alınarak belirleneceği ifade edilmektedir. Bu görüşün kabulü durumunda, deneme amaçlı sözleşmede sürenin aşılp aşılmadığının tespitinde, birden fazla işyeri varsa bu işyerlerinin aynı işkolunda olup olmadığının da tespiti gerekecektir. Bu sonuç ise deneme amaçlı iş sözleşmesinde sürenin aşılp aşılmadığına ilişkin yargılamayı ciddi ölçüde uzatacaktır. Nitekim öğretide yukarıda değinilen hükümde yer alan “aynı işkolunda” ibaresinin kanun metninden çıkarılması gerektiği belirtilmektedir⁴². Açıklanan nedenlerle deneme amaçlı iş sözleşmeleri için de kanunda öngörülen iki ve dört aylık sürelerin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

⁴⁰ ALPAGUT, s. 79-82; ŞİMŞEK, s. 21 ve 30; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 390.

⁴¹ SOYER, s. 35-36; BAŞTERZİ, s. 141-142. BAŞTERZİ, iş güvencesine tabi olmayan işçiler açısından bu sürenin en çok 1 yıl olabileceğini belirtmektedir (s. 143).

⁴² ÇELİK, s. 228-229; GÜZEL, Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayını, 2004, s. 30; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 174, dn. 40; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 710.

V. Deneme Süresinin Kıdeme Bağlı Haklara Etkisi

İşçinin çalıştığı sürenin, yani kıdeminin belirlenmesinin gerekli olduğu tüm hallerde (ihbar süresi veya kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izne hak kazanılıp kazanılmadığının tespiti gibi) deneme süresinde geçirilen zamanda dikkate alınmalıdır⁴³. Zira sözleşmenin deneme süresi içerisinde taraflarca sona erdirilebileceğine ilişkin kanunda yer alan hüküm dışında, deneme süreli iş sözleşmelerinin diğer iş sözleşmelerinden farkı bulunmamakta, iş sözleşmeleri için öngörülen tüm hükümler deneme süreli iş sözleşmelerine de uygulanmaktadır.

VI. Deneme Süreli İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi

Deneme süresi içinde veya en geç deneme süresinin sonunda, taraflardan biri (sözleşme ile kesin bir şekilde bağlı kalmak istemiyorsa) bildirim süresi tanımaksızın ve tazminatsız olarak sözleşmeyi sona erdirebilir (İşK m. 15/II). Bu bir derhal fesih olduğundan belirsiz süreli sözleşmelerde bildirim süresine ilişkin, belirli süreli sözleşmelerde ise sürenin sonuna kadar olan ücretin istenmesi olanaklı değildir⁴⁴. Bu bağlamda deneme süresi içerisinde sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda, fesih için herhangi bir sebep gösterilmesi veya deneme süresinin başarılı ya da başarısız geçtiğine ilişkin bir beyanda bulunulması zorunlu değildir⁴⁵. Ayrıca deneme süresinin objektif olarak başarılı geçirilmesi durumunda dahi sözleşme deneme süresi sonunda sona erdirilebilir. Yani deneme süresinin başarılı geçirilmesi taraflara herhangi bir hak sağlama-yacaktır⁴⁶.

Deneme süresi içerisinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir iseler de; işçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır (İşK m. 15/II). Hükümde geçen “ücret” sözcüğü sadece iş karşılığı ödenen ücret olarak yorumlanmamakta, işçinin deneme süresi içerisinde hak kazandığı hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri ile

⁴³ Yargıtay 9. HD, 13.12.2004, 2004/9960 E., 2004/27727 K. (www.corpus.com.tr); ÇELİK, s. 109; ŞİMŞEK, s. 28; SOYER, s. 37; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 242; SÜZEK, s. 271; DEMİRCİOĞLU, s. 65; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 66; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 389.

⁴⁴ Yargıtay 9. HD, 24.4.1996, 1995/35258 E., 1996/9448 K. (www.corpus.com.tr); SOYER, s. 36; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 76; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 242-243; DEMİRCİOĞLU, s. 65; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 87; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 66; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 387.

⁴⁵ ŞİMŞEK, s. 25; SOYER, s. 36.

⁴⁶ SÜZEK, s. 271; ŞİMŞEK, s. 26; SOYER, s. 36. SOYER, sözleşmenin işçinin sendika üyesi olması veya şikayette bulunması gibi nedenlerle kötüniyetli olarak sona erdirilmesi halini istisna tutmaktadır (s. 36-37). Nitekim Yargıtay'da deneme süresi içerisinde de olsa sözleşmenin sendikal nedenle feshi halinde sendikal tazminat talep edilebileceği görüşündedir (Yargıtay 9. HD, 11.5.2009, 2009/15921 E., 2009/13019 K., www.corpus.com.tr).

koşulların varlığı halinde ikramiye, prim ödemeleri ve sosyal yardımları da kapsayacağı kabul edilmektedir⁴⁷.

Deneme süresinin bitiminden sonra sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda, artık iş sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır⁴⁸.

SONUÇ

Deneme süreli iş sözleşmeleri işçi ve işverenlerin iş sözleşmesi ile kesin bir şekilde bağlanmadan önce karşılıklı olarak işe, işyerine ve çalışma koşullarına uyum sağlayabilip sağlayamayacaklarını değerlendirmelerini sağlayan bir iş sözleşmesi türüdür. Ancak deneme süresinin objektif olarak başarılı geçirilmiş olması taraflara sözleşme ilişkisine mutlaka devam edilmesi yönünde herhangi bir hak sağlamamaktadır.

Deneme süreli iş sözleşmelerinin, deneme süresi içerisinde taraflarca iş sözleşmesinin bildirimsiz ve tazminatsız olarak feshedilebilmesi dışında diğer iş sözleşmelerinden farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle deneme süreli iş sözleşmeleri ile ilgili uygulamada ortaya çıkan sorunlar da bu temel ilkedен hareket edilerek çözüme kavuşturulmalıdır. Bundan ötürü salt iş sözleşmesinin türü dikkate alınarak, deneme süreli iş sözleşmesi ile çalışanların toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılabileceğine ilişkin öğretide ileri sürülen görüşlere katılmamaktayız.

Ayrıca deneme süreli iş sözleşmesinden farklı bir sözleşme türü olan deneme amaçlı iş sözleşmelerinde, kanunda öngörülen deneme sürelerinin uygulanmayacağı şeklinde görüşler ileri sürülmekteyse de, bu durum kanunda deneme sürelerini açıkça sınırlandıran hükmü dolanmak anlamına geleceğinden, deneme amaçlı iş sözleşmelerinde de kanunda öngörülen sürelerin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

⁴⁷ ÇELİK, s. 108-109; ŞİMŞEK, s. 27; SOYER, s. 37; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 76; SÜZEK, s. 272; DEMİRCİOĞLU, s. 65; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 66; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 389.

⁴⁸ ÇELİK, s. 109; ŞİMŞEK, s. 19; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 76; SÜZEK, s. 271; DEMİRCİOĞLU, s. 65; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 87.

KAYNAKÇA

AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/SENAYEN-KAPLAN, E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2012

ALPAGUT, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998

BAŞTERZİ, Süleyman, Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 119-190.

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2012

DEAKIN, Simon/MORRIS, Gillian S., LabourLaw, Sixth Edition, Cornwall 2012

DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, İstanbul 2008

DEMİRCİOĞLU, A. Murat/CENTEL, Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2012

GÜLER, Mikdat, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl: 2005, S: 5, s. 28-82.

GÜLER, Şerafettin, Türk İş Hukukunda Kapsam Dışı Personel, Kamu-İş, Yıl: 2007, C. 9, S. 2, s. 49-72.

GÜLER, Şerafettin, Yargı Kararları Işığında Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 20, Ağustos 2006, S. 3, s. 76-91.

GÜZEL, Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayını, 2004, s. 15-145.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri, Ankara 2008

NARMANLIOĞLU, Ünal, Belirli Süreli İş Sözleşmesini Sona Erdiren Olgular ve İşlemler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl: 2012, C. 9, S. 35, s. 3-23.

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2012,

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Toplu İş İlişkileri, İstanbul 2013

SARGEANT, Malcolm/LEWIS, David, EmploymentLaw, Six Edition, Essex2012

SOYER, M. Polat, Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri, Çalışma ve Toplum, 2008/1, S. 16, s. 27-38.

SUR, Melda, İş Hukuku, Toplu İlişkiler, Ankara 2011

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul, 2012

ŞAHLANAN, Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992

ŞİMŞEK, Ayşe Fırak, Türk Hukukunda Deneme Süreli İş İlişkileri, TİSK Akademi, 2009/I, C. 4, S. 7, s. 6-34

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013

YÖNETİM KURULU ÜYESİ İLE ANONİM ŞİRKET ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

*Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN**

ÖZET

Anonim şirketin temsil ve yönetim yetkisine sahip olan yönetim kurulu şirketin aynı zamanda daimi organıdır. Bu bağlamda yönetim kurulu görevlerini icra ile yükümlü olan yönetim kurulu üyelerinin şirket ile aralarında ilişkinin niteliği önem arz etmektedir. İlişkinin niteliğinin sözleşmesel olmasının kabul edilmesinde ise sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Zira sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi halinde uygulanacak kanun ve uyumsuzluk halinde de yargı yolunun değişmesi söz konusu olacaktır.

Anahtar kelimeler: *Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, İş Sözleşmesi, Vekalet Sözleşmesi*

ABSTRACT

Board of director which have representation and managing authority of joint stock company, is a continuous organ of joint stock company. It is important that determining relationship between member of board of director with joint stock company. When relationship's qualification is described as contractual, contract's qualification must determine. If contract's qualification is determined, legislation and court which will change.

Keywords: *Joint Stock Company, Board Of Director, Labor contract, Attorney agreement*

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

GİRİŞ

Tüzel kişilerin uzuvları olan organlardan biri de yönetim kuruludur ve yönetim kurulu tüzel kişilerin hukuki işlem ile hak sahibi olabilmesi ya da borç altına girebilmesi açısından önemli bir hareket noktasıdır. Zira yönetim kurulu tüzel kişilerin icra organıdır. Aynı zamanda tüzel kişiyi temsil etme yeteneğini haizdir (TTK¹. m.365).

Anonim şirketlerin diğer şirketlere nazaran kapsam ve nitelik bakımından çeşitli farklılıkları bulunmaktadır. Burada esas itibarıyla sermaye şirketleri olması hasebiyle Anonim Şirketlerin daha profesyonel bir çalışma tarzına sahip olduklarını kabul etmek gerekmektedir. Ayrıca ülkemizde en çok rastlanan şirket tipleri olarak yer almaktadırlar. Nihayet sahip oldukları sermaye miktarının da yüksek oluşu yönetimde profesyonelleşmeyi gerektirmektedir. İşte bu tür şirketlerin işlemlerini yönetim kurulu aracılığıyla yapabildikleri dikkate alındığında yönetim kurulu üyelerinin bu şirket ile aralarındaki ilişkinin belirlenmesi ehemmiyet arz etmektedir. Gerçekten örneğin yönetim kurulu üyesinin kusurlu bir hareketi sonucu ilişkinin sona erdirilmesi ve sorumluluğun belirlenmesinde şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki bağlantının tespit edilmesi son derece önem kazanmaktadır.

Bu çalışmada da Anonim Şirketlerde yönetim kurullarında görev alan üyelerin şirket ile aralarındaki ilişkinin niteliği değerlendirilecek, bu konuda ileri sürülen görüşler incelenecektir.

I. YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. ORGAN SIFATI

Yönetim kurulu Anonim Ortaklığın zorunlu organlarından biri olarak gösterilmekte, dolayısıyla da organ sıfatına sahip olduğu çekincesiz kabul edilmektedir². Yönetim kurulunun organ sıfatı kabul edilmekle beraber üyenin de organ sıfatını haiz olup olmadığı ise tartışma konusu olmuştur.

İsviçre doktrininde yönetim kurulu üyeliğinin ikili bir görünüme sahip olduğu vurgulanmaktadır. Tasnif edilen ayırımı ilk olarak yönetim kurulu üyesinin organ konumu dolayısıyla yürütme yetkisi ve yükümünün bulunduğu, ikinci olarak ise aradaki ilişkinin borçlar hukuku karakteri bulunmasından ötürü söz-

¹ RG., 14.07.2011, S. 27846.

² Ersin **Çamoğlu**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 33; Ayşegül **Sezgin**, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 369; Özge **Karaege**, “Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Koşulları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S. 3, s. 70.

leşme benzeri bir ilişkinin de kabulü gerektiği belirtilmektedir. Bu sebeple de bir kişinin yönetim kuruluna üye olarak seçilmesi ile beraber sözleşmesel ve organsal karma bir ilişkinin ortaya çıkacağı ileri sürülmektedir³.

Türk doktrininde ise genel olarak her ne kadar yönetim kurulu ile üye arasında bir organik bağın bulunduğu kabul edilse de organ ve organ görevlisi sıfatlarının ayrı olması nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatını haiz olmadığı ileri sürülmektedir⁴. Ancak yönetim kurulu tek bir kişiden oluşuyorsa ya da yetkiler tek bir kişiye bırakılmışsa bu kişinin organ sıfatını sahip olduğu kabul edilmelidir⁵. Baskın görüş ise aradaki ilişkinin sözleşmesel olduğu yönündedir⁶. Ancak doktrinde yönetim kurulu üyelerinin işlemlerinden dolayı şahsi sorumluluklarına gidilemeyeceği ve yönetim kurulunca yapılan işlem ve sözleşmeler ile haksız fiillerden ortaklığın sorumlu olması gerekçe gösterilerek yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatına sahip olduğunu belirten görüşler de mevcuttur⁷.

Yönetim kurulu üyesinin seçiminin bir icap, seçilen kişinin de görevi ifaya hazır olduğunu beyan etmesinin ise bir kabul olduğundan hareketle aradaki ilişkinin sözleşmesel nitelikte olduğuna ayrıca vurgu yapılmaktadır⁸. Son olarak tüzel kişilerin yönetim kurulundaki temsilcilerinin, temsil edilen tüzel kişinin organı sayılamayacağı da belirtilmektedir⁹.

Kanaatimizce burada organ sıfatının yönetim kuruluna ait olması gerektiği, yönetim kurulu üyelerini oluşturan kişilerin kalıcı olmadıklarından hareketle de üye ile yönetim kurulu arasındaki ilişkinin sözleşmeye dayandığını kabul etmek daha kabil gözükmektedir. Aradaki bağın organik olduğunun kabulü de sözleşmesel ilişkinin yokluğunu göstermeyecektir¹⁰. Aynı şekilde limited şirket organlarından olan müdür ya da müdürler kurulu da organ olarak kabul edildiğinden anonim şirketlerde tek kişiden oluşan yönetim kurullarında olduğu gibi müdürlüğü temsil eden kişi ile limited şirket arasında organsal ve sözleşmesel karma ilişkinin bu-

³ Peter **Forstmoser**/ Arthur **Meer-Hayoz**/ Peter **Nobel**, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, s. 293, Naklen, **Karaege**, s. 70.

⁴ Reha **Poroy**/ Ünal **Tekinalp**/ Ersin **Çamoğlu**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. B., Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 311.

⁵ **Çamoğlu**, s. 35.

⁶ Sait Kemal **Mimaroglu**, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1967, s. 98; **Poroy**/ **Tekinalp**/ **Çamoğlu**, s. 311.

⁷ Mehmet **Helvacı**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 33.

⁸ Oğuz **İmregün**, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 12. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s. 331.

⁹ **Çamoğlu**, s. 37.

¹⁰ **Sezgin**, s. 371.

lunduğunu kabul etmek gerekecektir¹¹. Ancak birden fazla kişiden oluşan müdürler kurulunda ise üyelerin anonim şirketteki yönetim kurulundaki gibi bir konumu oldukları kabul edilmektedir¹². Böyle bir ihtimalde ise müdürler kurulu üyeleri ile şirket arasında yalnızca sözleşmesel ilişkinin bulunduğunu belirtmeliyiz.

B. İŞVEREN SIFATI

İşveren 4857 sayılı İş Kanunu¹³ uyarınca işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluş olarak kabul edilmektedir (İş K. m. 2/1). Bu bakımdan işverenin iş görme borcunun edimini talep edebilen ve işin ifası noktasında emir ve talimat vermeye yetkili olduğu belirtilmektedir¹⁴. Ayrıca iş görme borcunun ifasını isteme ile emir ve talimat verme yetkisinin aynı kişide bulunmasının gerekmediği de kabul edilmektedir. Gerçekten yasal temsilcilik ve özellikle tüzel kişilerde bu hususun gerçekleştiğini görmekteyiz. Burada işin görülmesini isteme hakkı tüzel kişilikte bulunmakta iken, emir ve talimat verme yetkisinin yönetim kurulunda mevcut olduğu kabul görmektedir. Bu açıdan da somut işveren¹⁵ ve soyut işveren ayrımı yapılmaktadır. İşin görülmesini isteme hakkının soyut işverende yani tüzel kişilikte, somut işveren sıfatına sahip yönetim kurulunun da emir ve talimat verme yetkisini haiz olduğu ileri sürülmektedir¹⁶. Doktrinde bu ayırmadan yola çıkarak yönetim kurulu üyelerinin somut işveren sıfatına sahip olduğu görüşleri bulunmaktadır¹⁷. Ancak burada somut işveren sıfatı yönetim kurulunda bulunmakta olup,

¹¹ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 929.

¹² Fatih Bilgili/ Ertan Demirkapı, Ticaret Hukuku Bilgisi, 3. B. Dora Yayıncılık, Bursa 2012, s. 288.

¹³ RG., 10.06.2003, S. 25134.

¹⁴ Ünal Narmanhoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 111; Sarper Süzek, İş Hukuku, 8. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 140.

¹⁵ Talimat verme yetkisi verilmek suretiyle işçilerle doğrudan doğruya ilişki içinde bulunan kişinin işverene ait bir yetkiyi kullanması dolayısıyla sosyolojik açıdan işveren sayıldığı da kabul edilmektedir (Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 5. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 258; Narmanhoğlu, s. 111).

¹⁶ Kenan Tunçomağ/ Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 6. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 57; Ercan Akyiğit, İş Hukuku, 9. B., Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 63; Süzek, s. 141; Narmanhoğlu, s. 111; Yargıtay'ın bir kararında da tüzel kişilerde yönetim hakkı ile emir ve talimat verme yetkisi organlarını oluşturan kişiler aracılığıyla kullanılacağı, tüzel kişiler yönünden tüzel kişinin kendisi soyut işveren, tüzel kişinin organını oluşturan kişiler ise somut işveren sıfatını haiz olduğu ve ticaret şirketleriyle tüzel kişilerde somut işveren sıfatını taşıyan organ bir kurul olabileceği gibi tek başına bir kişiye verilen yetki çerçevesinde gerçek kişinin de organ sıfatını kazanmasının mümkün olduğu belirtilmektedir (Y 9. HD., 02.07.2012, E.2010/6666 K.2012/25526 (www.legalbank.net, E.T.: 01.05.2013.)).

¹⁷ Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası, İstanbul 1984, s. 51; Uwe Hüffer, Aktiengesetz, 12. Auf., München 2012, naklen, Necle Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 176.

istisnaen yönetim kurulu yetkilerinin tamamen bir üyeye ya da üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde somut işveren sıfatı bu kişiye ait olacaktır¹⁸.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu¹⁹ da işletmenin bütününe sevk ve idare eden kişinin işveren vekili sayılacağını belirtmiş (m.2/1-e), aynı kanunun diğer bir maddesinde ise bu kanunun uygulanması bakımından işveren vekili sayılanların ve toplu iş sözleşmesinde işvereni temsilen görüşmelere katılanların işveren olarak kabul edileceği öngörülmüştür (m. 2/2). Dolayısıyla 6356 sayılı Kanun anlamında yönetim kurulu üyelerinin işletmenin bütününe sevk ve idare etmelerinden dolayı işveren sayılacaklarını belirtmeliyiz. Aynı zamanda 5510 sayılı kanun 4/1(b) bendinin 3 nolu alt bendinde anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortaklarına işverenlerin tabi oldukları sigorta hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmış olup bu bakımdan da anonim şirket yönetim kurulu üyesi olan ortakların kanun koyucu nazarında işveren olarak kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Yine 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun²⁰m. 88/20'de tüzel kişiliği haiz şirketlerde üst düzey yöneticilerinin sigorta primlerinin ödenmemesinden dolayı müteselsilen sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple de kanun koyucunun üst düzey yöneticileri olan anonim şirket yönetim kurulu üyelerini işverenle aynı seviyede benimsediğini söyleyebiliriz.

II. YÖNETİM KURULU ÜYESİ İLE ANONİM ORTAKLIK TÜZEL KİŞİSİ ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında yapılacak sözleşmenin içeriği serbestçe belirlenebilecektir²¹. Ancak taraflar arasında sözleşmenin bulunmadığı ya da yapılan sözleşmede boşluk bulunması halinde bu boşluğun nasıl doldurulacağı konusunda öngörülen çözüm sözleşmenin niteliğinin tespit edilmesinden geçmektedir.

Yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ise beş başlık altında incelenebilir.

A. İŞ SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Doktrinde kimi yazarlarca yönetim kurulu üyesi ile anonim şirket arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olduğu ileri sürülmektedir. Aradaki ilişkinin niteliğinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde gerekçe olarak da ilişkinin sürekli olması ve belirli işlere hasredilmiş olması gösterilmektedir²².

¹⁸ **Süzek**, s. 143.

¹⁹ RG., 07.11.2012, S. 28460.

²⁰ RG., 16.06.2006, S. 26200.

²¹ **Karaege**, s. 72.

²² **Akdağ-Güney**, s. 176.

İş sözleşmesi bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Türk Borçlar Kanunu'nun²³ 393. maddesine göre de hizmet sözleşmesi işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirsiz süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Belirtilen tanımlarda ücret ödeme ve iş görme unsurlarından bahsedilse de bağımlılık unsurunun da ayrıca iş sözleşmesinin unsurları içerisinde yer aldığı doktrinde kabul edilmektedir. Tanımda yer alan zaman kavramı iş sözleşmesinin belirlenmesinde bağımsız bir unsur olarak kabul edilmemekte, bu kavramın salt bağımlılık unsurunun saptanmasında yardımcı olduğu ifade edilmektedir²⁴. Bununla beraber bir kimseye işveren denilebilmesi için işçiye karşı mutad işveren rizikoları veya sorumlulukları ile de donanmış bulunması gerektiği ileri sürülmekte²⁵ bu görüşten hareketle de yönetim kurulu üyesinin karşılaşılabileceği rizikoların tüzel kişi tarafından karşılanıyor olması da özellikle aranması gerekmektedir. Son olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30.01.2013 tarihli bir kararında da iş sözleşmesinin unsurları belirtilmiş, ücret, iş görme ve bağımlılık unsurlarının varlığına işaret edilmiştir. Bağımlılık unsurunun eser ve vekalet sözleşmesinden ayrılan husus olduğu belirtilmiş ve işin yönetim ile denetim hakkının kimde olduğunun önemli bir unsur olduğu vurgulanmıştır²⁶. Bu bakımdan iş sözleşmesinin iş görme, ücret ve bağımlılık olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır ve yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında iş sözleşmesinin bulunduğunu ileri süren görüşlerde özellikle bu unsurlar dikkate alınarak inceleme yapılacaktır.

Alman Hukukunda yönetim kurulu üyelerinin kümülatif bir yetkiye başka bir deyişle diğer organların görev alanına girmeyen bütün işlerde yetkiye sahip olmaları ve sözleşme şartları dikkate alınarak aralarındaki ilişkinin iş sözleşmesi olduğu kanaatine varılmakta, ayrıca özellikle ücret kararlaştırılmış olması halinde bu ilişkinin niteliğinin iş sözleşmesi olduğu da savunulmaktadır²⁷. Başka bir deyişle Alman Hukukunda anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişki sözleşme şartlarına göre belirlenmekte ve baskın olarak hizmet sözleşmesi görüşünün hakim olduğu ifade edilmektedir²⁸. Ancak bir iş sözleşmesinin varlığını kabul etmek açısından başlı başına ücretin belirleyiciliği kabul edilemeyeceği gibi bir iş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmamış olmasının söze konu sözleşmenin niteliğini etkilemeyeceği dikkate alındığında Alman Hukukunda yer alan bu görüş eleştiriye kabildir.

²³ RG., 04.02.2011, S. 27836.

²⁴ **Süzek**, s. 235.

²⁵ **Akyiğit**, s. 62.

²⁶ **Y9.HD., 30.01.2013, E.2010/41994, K.2013/3671** (www.legalbank.net, e.t.: 23.05.2013).

²⁷ **Sezgin**, s. 373.

²⁸ **Mimaroğlu**, s. 100.

Doktrinde yönetim kurulu üyesine tanınan tazminat hakkından dolayı da şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi niteliğinde olduğu savı da azledilen yöneticiye tanınan tazminat hakkının aradaki ilişkinin niteliğine bakılmaksızın tanınması dolayısıyla eleştirilmiştir²⁹.

Yargıtay ise verdiği kararlarda iş sözleşmesinin unsurlarından olan kişisel bağımlılık halinin mevcut olmadığından hareketle aradaki ilişkinin iş sözleşmesi sayılmayacağını belirtmektedir. Bununla beraber yönetim yetkisinin bir kişiye bırakılması halinde somut işveren sıfatını kazanacağından bahisle iş sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği ayrıca hüküm altına alınmıştır³⁰. Yine Yargıtay, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında bir hizmet akdi bulunmadığını, en azından şirket genel müdürü iken yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişinin aradaki hizmet akdi ilişkisinin sona ereceğini kabul etmiştir³¹.

Bir iş sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için öncelikle daha önce de ifade edildiği üzere iş görme, ücret ödeme ve bağımlılık unsurlarının bir arada bulunması gerekmektedir. Burada her ne kadar iş görme, ücret ödeme unsurlarının bulunduğu kabul edilebilirse de şirket ile yönetim kurulu üyesi arasında bağımlılık unsurunun varlığından söz etmek mümkün değildir. Buna ilaveten yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ücretin temel unsur olmadığı, yönetim kurulu üyeliği görevini ifa açısından ödenen paranın ücret olarak değil, huzur hakkı olarak nitelendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir³².

Tartışma konusu hususun iş hukukunda ve toplu iş hukukunda farklı şekillerde tezahür şekilleri bulunmaktadır. Daha önce de değinildiği üzere yönetim kurulu üyeleri 6356 sayılı Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılmakta ve işçi sendikası ile işveren şirket arasında yapılan toplu iş sözleşmesinden işçi sıfatıyla yararlanamamaktadırlar. Bu durum yönetim kurulu üyelerinin işveren sıfatı ile sıkı bir bağ içerisinde olduklarının göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira misalen bir bankanın taraf olduğu toplu iş sözleşmesinde banka yönetim kurulu üyeleri işveren sayıldıklarından ötürü toplu iş sözleşmesinden faydalanamayacaklardır³³. Bu sebeple yönetim kurulu üyeleri bakımından akdedilen sözleşmenin niteliğinin iş sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz³⁴. Gerçekten aradaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde yargılama makamının

²⁹ Akdağ-Güney, s. 177.

³⁰ Y9.HD., 7.7.2011, E. 2011/2810, K. 2011/23208 (www.kazanci.com.tr, E.T.: 03.03.2013).

³¹ YHGK., 5.2.2003, E.2003/9-82, K. 2003-65 (www.legalbank.net, E.T.: 01.05.2013).

³² Mimaroglu, s. 101.

³³ Aynı görüşte olan Mimaroglu için bkz. s. 101.

³⁴ Aynı görüşte Günay, s. 258.

ve usulünün değişmesi³⁵, kararlaştırılacak hükümlerin İş Kanunu karşısında asgari niteliklere sahip olması gerekmesi gibi hususlarla karşılaşılacak, bu sebeple Türk Ticaret Kanunu ile öngörülmüş olan hükümlerin önüne geçilmiş olacaktır. Bu durum da bizi TTK' da yer alan hükümlerin uygulanamayacağı sonucuna götürmekte, böylece kanun koyucunun iradesinin de önüne geçilmektedir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere rizikoları üstlenme durumu burada yönetim kurulu üyelerine hasredildiğinden, işçi olarak kabul edilmeleri diğer bir deyişle aradaki sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Diğer taraftan emir ve talimat verme yetkisini haiz olması dolayısıyla da işçi olarak nitelendirilemeyeceği Yargıtay'ca da vurgulanmaktadır³⁶. Nihayet kimi zaman şirketler tarafından hukuki ya da cezai sorumlulukların bertaraf edilmesi amacıyla muvazaalı olarak murahhas müdür atanması ihtimalinde şirket ile murahhas müdür veya üye arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu düşünmekteyiz.

Aradaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde ise İş Kanunu gereğince öngörülmüş olan asgari hükümlerinin uygulanması gerekecek, örneğin yönetim kurulu üyesi ya da müdürün iş sözleşmesi kanunda sayılan haklı neden dışındaki hallerde sona erdirilemeyecek, ihbar ve kıdem tazminatı meseleleri gündeme gelecek, son olarak çalışma süreleri gibi kısıtlamalarla karşı karşıya gelinecektir.

B. VEKALET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

İsviçre hukukunda yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi sayılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak söze konu ilişkiye vekalet hükümlerinin uygulanması çoğunluk tarafından da ileri sürülmektedir³⁷. Fransız hukukunda da mevcut ilişkinin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirildiği belirtilmektedir³⁸. Türk hukukunda ise baskın görüş, şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğu yönündedir³⁹. Görüşün temelinde ise TBK. m. 630'da yer alan yönetici ortaklar ile diğer

³⁵ 5521 sayılı İş mahkemeleri Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren ya da işveren vekilleri iş sözleşmesi veya iş kanunundan doğan uyumsuzluklarda görevli mahkeme iş mahkemesidir (m.1). Yine iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanmakta iken genel mahkemelerde HMK gereği yazılı yargılama usulü kabul edilmiştir.

³⁶ Aynı kararda ortak olan üye ya da müdür ile ortak olmayan arasında hiçbir farklılığın bulunmadığı da ifade edilmektedir (Y9. HD., 28.12.2010, E.2008/43459, K.2010/41339, www.legalbank.net, e.t.: 28.05.2013).

³⁷ Akdağ-Güney, s. 176; Mimaroglu, s. 100.

³⁸ Mimaroglu, s. 100.

³⁹ İmregün, s. 331; Süzek, s. 142; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 311; Sami Karahan/ İbrahim Arslan, "Yönetim Kurulu Üyeliği" Şirketler Hukuku, Mimoza Yayıncılık, 1. B., İstanbul 2012, s. 407; Serhan Dinç, TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2009, s. 13; İbrahim Arslan, Şirketler Hukuku Bilgisi, Mimoza Yayıncılık, 12. B., Konya 2007, s. 206.

ortaklar arasındaki ilişkilerin, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi olması gösterilmektedir⁴⁰. Buna gerekçe olarak da Türk Ticaret Kanunu'nda ilişkinin niteliğine ilişkin bir hükmün mevcut olmaması ve TTK'nın 126. maddesinde yer alan atıf⁴¹ dolayısıyla TBK. 630'un tatbik imkanı bulması, diğer taraftan da Türk Ticaret Kanununun 1. maddesinde yer alan "hakkında ticari hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve adet, bu dahi yoksa umumi hükümlere göre karar verileceği" hükmü dolayısıyla da TBK 502. maddesindeki "Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır." hükmünün uygulanması gösterilmektedir. Bu bakımdan vekalet benzeri bir ilişkinin var olduğu⁴² ileri sürülmekte ise de söze konu hüküm öncelikle adi şirketleri ilgilendirmesinden dolayı kabul görmemelidir. Gerçekten TTK' da ilişkinin niteliği hakkında bir hüküm derc edilmemiş olsa da yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin düzenlenmesine ilişkin hükümler öngörülmüştür (TTK. m. 364, 367, 392 vb.). Bu sebeple salt vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi suretiyle TBK hükümlerinin uygulanmasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Doktrinde vekalet sözleşmesinin hükümlerinin bütünüyle uygulanmasının mümkün olmadığı da kabul edilmektedir. Zira azledilen vekilin tazminat hakkının bulunmaması, anonim şirketlerde ancak iki imza ile temsile yetkili olunması açısından farklılık gösterdiği ifade edilmektedir⁴³. Ayrıca TBK' da yer alan vekile özel yetki verilmesi gerektiren hallerin⁴⁴ TTK' da benimsenmemiş olması açısından salt vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün değildir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.07.2010 tarihli kararında yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğu belirtilmiş, bu bakımdan da görevli mahkemenin genel mahkemeler olacağı ifade edilmiştir⁴⁵.

C. ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Doktrinde bir görüşe göre bu ilişkinin hizmet ve vekalet sözleşmesinin karışımından oluştuğu kabul edilmekte ve bu ilişkinin temelinde ortaklık sözleşmesi olduğu

⁴⁰ Akdağ- Güney, s. 176.

⁴¹ Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medeni Kanununun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır (TTK. m.126).

⁴² Mimaroglu, s. 102.

⁴³ Sezgin, s. 378.

⁴⁴ TBK. m. 504/3: Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandırılmaz.

⁴⁵ YHGK., 07.07.2010, E.2010/9-328, K.2010/370, www.legalbank.net, e.t.: 28.05.2013.

belirtilmektedir⁴⁶. Söze konu görüş üç gerekçeye dayandırılmaktadır. Öncelikle üyeler göreve başlamak için ortak sıfatına sahip olmalıdır, bu sıfatın kaybı üyeliği de sona erdiren sebeplerdendir, hizmet ve vekalet sözleşmelerinin sona ermesi halinde şirketle kişi arasında herhangi bir bağ kalmamasına rağmen ayrılan yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasında ilişkinin devam etmesi ve yönetim kurulu üyesinin vekile nazaran geniş sorumluluklara sahip olmasının ortaklık sözleşmesi görüşünü desteklediği öne sürülmektedir. Ayrıca yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki sözleşmede doğacak boşlukların vekalet veya hizmet sözleşmesi ile doldurulmasının ilişkinin ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmeyeceği de vurgulanmaktadır⁴⁷. Ancak bu görüş 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu karşısında kabul edilemez niteliktedir. Gerçekten artık yönetim kurulu üyeliği sıfatına ortak olmayan bir kişinin de sahip olabileceği öngörüldüğünden (m.359) aradaki ilişkinin ortaklık sözleşmesine dayanıldığı kabul etmek mümkün gözükmemektedir.

D. KENDİNE ÖZGÜ SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

İsviçre doktrininde kimi yazarlarca savunulan görüşe göre ise bu ilişki vekalet ve iş sözleşmesi hükümlerini içerisinde bulunduran kendine özgü isimsiz bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁴⁸. Bu görüş taraftarlarına göre ise aradaki ilişkiyi yalnızca vekalet ya da iş sözleşmesi olarak kabul etmek mümkün değildir. Sözleşme kendine özgüdür ve şartları esas sözleşme ile tespit edilebilir. Kanun ve sözleşme hükümleri ile sorun çözülemiyorsa vekalet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁴⁹.

E. ŞİRKETLER VE BORÇLAR HUKUKUNA İLİŞKİN UNSURLARI BİRLİKTE BARINDIRAN SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

İsviçre hukukunda yer alan bu görüş taraftarlarına göre ise anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasında duruma göre borçlar hukuku ve şirketler hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanmasının mümkün olduğu belirtilmektedir. Şirketin hukuki bir bütün olarak işleyişini konu alması yönünden şirketler hukuku, organ sıfatına sahip yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında karşılıklı edim yükümlülüğü mevcudiyeti ve yükümlülükler aykırı davranılması halinde de tazminat hakkının doğması dolayısıyla da borçlar hukukunun düzenleme alanına girdiği ifade edilmektedir⁵⁰.

⁴⁶ Hayri **Domaniç**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, Temel Yayıncılık, İstanbul 1988, s. 492.

⁴⁷ **Domaniç**, s. 497.

⁴⁸ **Akdağ-Güney**, s. 178.

⁴⁹ **Akdağ-Güney**, s. 178.

⁵⁰ **Akdağ-Güney**, s. 179.

Diğer görüşlere nazaran ileri sürülen bu görüşün daha olumlu yanlarının mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Zira aradaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin aykırı olacağını belirtmiştik. Bu sebeple İş Kanunu da devreye giremeyecektir. Vekalet sözleşmesinin varlığı da burada mutlak olarak ifade edilemeyecektir. Arada karma bir sözleşmenin varlığını belirtmek ve sözleşmede boşluk bulunması halinde borçlar ve şirketler hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmek gerekmektedir. Zira tazminat yükümlüğünün ifası açısından borçlar hukukuna ilişkin hükümlere değinilecek olması, şirketin yönetimi bağlamında yönetim kurulu üyesine tanınan hak ve yetkilerin belirlenmesi noktasında ise şirketler hukukuna ilişkin hükümlerin devreye girmesi durumu bu görüşün dayanaklarını güçlendirmekte olduğu kanaatindeyiz. Salt vekalet ya da hizmet olarak nitelendirerek sözleşmede boşluk bulunması halinde Türk Borçlar Kanununa veya İş Kanununa gitmek yerine sorumlulukların halli açısından ilgili olduğu konu tahlil edilerek borçlar hukukuna ya da şirketler hukukuna özgü hükümlerin tercih edilmesinin yerinde olduğu benimsenmelidir.

SONUÇ

Anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin öncelikle bir sözleşmeye dayandığını kabul etmek gerekecektir. Zira organ sıfatı, üyelerden oluşan yönetim kuruluna aittir ve üyeler ebediyen bu görevi yürütemeyeceklerdir. Burada üyelik görevinin kabulü ile sözleşmesel ilişkinin oluştuğunu eklemeliyiz. Daha önce de ifade edildiği üzere bu sözleşmenin şartları taraflar arasında emredici hükümlere ve kamu düzenine aykırı düşmemek kaydıyla serbestçe kararlaştırılabilecektir. Ancak akdedilen sözleşmede boşluk bulunması halinde ise sözleşmenin niteliği önem kazanmaktadır. Söz konusu ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde İş Kanunu hükümleri devreye girecek, yıllık ücretli izin, iş güvencesi ve kıdem tazminatı gibi iş hukukuna özgü meselelerin tatbik edilmesi lüzumu doğacaktır. Yine başka bir görüş olan vekalet sözleşmesi görüşü kabul edilecek olursa bu halde Türk Borçlar Kanununun vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri dikkate alınma ihtiyacı hasıl olacaktır.

Bizim katıldığımız borçlar ve şirketler hukukuna ilişkin karma sözleşme görüşünde ise aradaki ilişkinin şartlarını taraflar serbestçe kararlaştırabilecek iken boşluk bulunması durumunda tarafların birinin anonim şirket olması dolaısıyla şirketler hukuku ve edim yükümlülüklerini ilgilendirmesi sebebiyle de borçlar hukukunu ilgilendiren hükümlere itibar edilecektir. Bu sebeple aradaki ilişkinin iş sözleşmesi ya da vekalet sözleşmesi olarak sınırlamak yerine borçlar ve şirketler hukukuna ilişkin unsurları birlikte barındıran sözleşme görüşüne itibar etmenin yerinde bir kanaat olacağı görüşündeyiz.

FAYDALANILAN KAYNAKLAR

Akdağ Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, 9. B., Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013.

Arslan, İbrahim, Şirketler Hukuku Bilgisi, 12. B., Mimoza Yayıncılık, Konya 2007.

Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan, Ticaret Hukuku Bilgisi, 3. B., Dora Yayıncılık, Bursa 2012.

Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

Dinç, Serhan, TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2009.

Domaniç, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, Temel Yayıncılık, İstanbul 1988.

Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası, İstanbul 1984.

Günay, Cevdet İlhan, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 5. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 258.

Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

İmregün, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 12. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.

Karaege, Özge, “Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Koşulları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, Y. 2012, S. 3.

Karahan, Sami/ Arslan, İbrahim, “Yönetim Kurulu Üyeliği” Şirketler Hukuku, Mimoza Yayıncılık, 1. B. İstanbul 2012.

Mimaroğlu, Sait Kemal, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, 1. B, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1967.

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. B., İstanbul 2005.

Narmanhoğlu, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

Sezgin, Ayşegül, “Yönetim Kurulu Üyesi ile Anonim Ortaklık Tüzel Kişisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 365-382.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, 8. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013

www.kazanci.com.tr

www.legalbank.net

KAMBIYO SENETLERİNE MAHSUS HACİZ YOLU İLE TAKİPTE ÇEKE İLİŞKİN SORUNLAR

Arş. Gör. Aynaz UĞUR*

ÖZET

Alacağı kambiyo senedine müstenit olan alacaklı kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapabilir. Senet mutlaka kambiyo senedi olmalı ve alacak kambiyo hukuku münasebetinden doğmalıdır. Kambiyo senetleri bono poliçe ve çekdir. Takip alacaklının bir takip talebiyle yetkili icra dairesine başvurusu ile başlar. Takip talebini alan icra müdürü gerekli incelemeleri yaptıktan sonra borçluya bir ödeme emri gönderir. Borçlu ödeme emrine süresinde ve gereği gibi karşı koymazsa takip kesinleşir. Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip- te görülen çeki ilişkin sorunlar ve özel durumlar çeşitlilik arz etmektedir. Çekte zamanaşımı süresinin kısa olması, çek fotokopisi ile takip yapılması, çekin takibe konmasında yetkili icra dairesi, çekin takibinde protesto evrakının takip talebine eklenmesi, çekte vade tarihi bulunmaması ve ileri tarihli çek uygulaması bunlardan bazılarıdır. Çalışmamızda bu hususlar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip, çek, yetkili icra dairesi, zamanaşımı, ileri tarihli çek.*

ABSTRACT

The creditor, whose credit based on a bill of exchange, is authorized to initiate executive proceeding peculiar to bills of exchange. Creditor should hold a bill of exchange and credit should be based on a foreign exchange action. Bills of exchange are bond, policy and check. Proceeding begins with the receiving of proceeding request form by the competent execution office. The execution officer, who receives the proceeding request form, makes the necessary examination and consigns a commandment to debtor. If debtor does not oppose to the commandment appropriately in due time, proceeding becomes definite. There are a lot of different issues concerning check in executive proceeding peculiar to bills of exchange. Short period of limitation in check, initiation to the proceeding with the copy of check, competent execution office in the proceeding of check, attachment of the notice of protest to the proceeding request form, absence of fixed time in check and post-dated check are the main examples. These issues are going to be examined in our article.

KeyWords: *Executive proceeding peculiar to bills of exchange, check, competent execution office, period of limitation, post-dated check.*

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı.

GİRİŞ

Türk Hukuku'nda kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip, mehzadan farklı olarak, ayrıca düzenlenmiştir¹. Alacağı kambiyo senedine müstenit olan alacaklı kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapabilir². Senet mutlaka kambiyo senedi olmalı ve alacak kambiyo hukuku münasebetinden doğmalıdır³. Kambiyo senetleri bono poliçe ve çektir⁴. Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu da bir özel ilamsız icra yoludur⁵. Çek alacaklısı genel haciz yolu ile takip de yapabilir ve bu durum kambiyo senedinin hamiline sağladığı haklara hâle getirmez⁶. Kambiyo senedine bağlı alacak rehinle temin edilmiş olsa bile; alacaklı öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte bulunmadan, doğruca kambiyo senetlerine mahsus takip yapabilir⁷. Ancak alacaklı kambiyo senetlerine mahsus yolu tercih etmişse bunu takip talebinde belirtmelidir⁸. Kambiyo senetlerine özgü

¹ YILDIRIM Mehmet Kamil / DEREN YILDIRIM Nevhis, İcra Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012, s. 275.

² KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, İcra ve İflas Hukuku, 27. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2013, s. 357; PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral / ÖZEKES Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 9. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2011, s. 358; MUŞUL Timuçin, "Kambiyo Senetlerine Dayanan Haciz Yolu ile Takip", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1974, C. VII, S. 3, s. 606, (Batider 1974); "... takip konusu alacağın dayanağını teşkil eden belgenin kıymetli evrak olması yeterli olmayıp, kambiyo senetlerinden biri olması şarttır.", MUŞUL Timuçin, İcra ve İflas Hukuku C. II, 5. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 988, (Kitap).

³ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 357; MUŞUL, Batider 1974, s. 607; "Kambiyo senedinin arkasında "Teminat senedidir, arsa payı satışı gerçekleşmezse tahsile verilecektir" yazıları mevcuttur. Bu durumda senedin tahsili şarta bağlanmış olup, mücerret borç ikrarını içermemektedir...Bu senede dayanılarak kambiyo senetlerine mahsus takip yapılamaz.", Yarg. 12. HD, E. 16010, K. 224, T. 21.1.1997, (ERİŞ Gönen, Açıklamalı – İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 484); "Çek bir ödeme vasıtası olup, kural olarak mevcut bir borcun tediyesi amacıyla verildiği kabul edilir. ... çekin hatır çeki ya da teminat amacıyla verilen bir çek olduğu yolundaki iddianın davacı tarafından yazılı delille kanıtlanması gerekir.", KENDİGELEN Abuzer, Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2007, s. 39; Çekin kayıtsız şartsız belirli bir paranın havale emrine ilişkin bulunması hususunda bkz. UYAR Talih, "İcra Hukukunda Çekin Geçerlilik Koşulları", Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2007, S. 59, s. 3521, (LHD).

⁴ PULAŞLI Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 103-111; "Kambiyo senetlerine nitelikli adi senet demek yanlış olmaz. Zira diğer adi senetlerden farklı olarak bir senedin kambiyo senedi sayılabilmesi, kanunda sayılan unsurları tam olarak içermesine bağlıdır. Ancak kambiyo senetlerinin düzenlenmesi için resmi bir makama ihtiyaç duyulmadığından, bunlar resmi senet değildir.", bkz. PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 357.

⁵ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 357.

⁶ REİSOĞLU Seza, Çek Hukuku, 1. Bası, Ankara, Cem Ofset, 2011, s. 335.

⁷ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 354; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 358; "Alacaklıya hangi takip yoluna başvuracağı hususunda seçim hakkı tanınmıştır.", bkz. MUŞUL, Batider 1974, s. 606; MUŞUL, Kitap, s. 989.

⁸ MUŞUL, Batider 1974, s. 606.

yolla başlatılan icra takibinin yeniden harç verilmeksizin, aynı dosya üzerinden, genel haciz yolu ile takibe dönüştürülmesi ise mümkün değildir⁹.

Kambyo senetlerine mahsus haciz yolu genel haciz yolu ile takibe paralel şekilde düzenlenmiş olup, takibin safhaları aynıdır¹⁰. Yalnız iki takip yolu arasında ilk iki safhada, yani takip talebi ile ödeme emri ve kesinleşmesi safhalarında çok önemli farklar vardır. Bunlardan en önemlisi de kambyo senetlerine mahsus takip yoluna özgü düzenlenmiş olan şikayet yoludur¹¹. Bu yolun varlığı, borçlunun genel hükümlere göre özel şikayet yoluna başvurma hakkını ortadan kaldırmaz¹². Neticede yazımızda bu takip yolunun genel haciz yolundan farklı olan kısımları incelenmiş olup, ödeme emrinin cebri icra belgesi halini almasından sonraki takip safhalarını oluşturan haciz, paraya çevirme ve paraların paylaşılması aşamalarında aynı usul takip edildiğinden, bunlar inceleme kapsamı dışında bırakılmıştır.

Kambyo senetlerine mahsus takip yolları, haciz ve iflas yolu olmak üzere ikiye ayrılır¹³. Alacağı kambyo senedine müstenit olan alacaklı, kambyo senedinin borçlusu iflasa tabi kişilerdense, kambyo senetlerine mahsus haciz yolunun yanında, kambyo senetlerine mahsus iflas yolu ile takibe de başvurabilir¹⁴. Çekin takibine ilişkin sorunlara daha çok haciz yolu ile takipte rastlandığından, yazımızda kambyo senetlerine mahsus iflas yolu ile takip incelenmeyecektir.

Kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte görülen çeke ilişkin sorunlar ve özel durumlar çeşitlilik arz etmektedir. Çekte zamanaşımı süresinin kısa olması, çek fotokopisi ile takip yapılması, çekin takibe konmasında yetkili icra dairesi, çekin takibinde protesto evrakının takip talebine eklenmesi, alacağın kambyo hukuku münasebetinden doğması gerekliliği, çekte vade tarihi bulunmaması ve ileri tarihli çek uygulaması bunlardan bazılarıdır. Yazımızda takip talebi ve ödeme emri aşamaları yukarıda bahsedilen durumlar ışığında anlatılacak; ardından, takibin kesinleşmesi hususuna ilişkin olarak şikayet ve itiraz mekanizmaları incelenecektir.

I. TAKİP TALEBİ

Takip alacaklının bir takip talebiyle yetkili icra dairesine başvurusu ile başlar¹⁵. Takip talebi İİK m. 58 düzenlemesindeki kayıtları içermelidir¹⁶. Takip talebini,

⁹ REİSOĞLU, s. 335; Yarg. 12. HD, E. 10230, K. 10290, T. 12.9.1994,(ERİŞ, s. 475).

¹⁰ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 357; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 359.

¹¹ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 357; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 359.

¹² PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 375.

¹³ KURU Baki, İcra ve İflas Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2006, s. 642.

¹⁴ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 485; MUŞUL, Batider 1974, s. 616.

¹⁵ MUŞUL, Kitap, s. 1003; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 360.

kambiyo senedini ve varsa protesto evrakını alan icra müdürü, takip talebinin kanuni unsurlarının mevcut olup olmadığının yanında, bu takip yoluna özgü olarak, İİK m. 168 uyarınca; senedin kambiyo senedi olup olmadığını, alacaklının takibe başvurma hakkının bulunup bulunmadığını, senet vadesinin gelip gelmediğini de re'sen incelemelidir¹⁷. İcra memurunun senedin kambiyo senedi vasfına ilişkin hatalı uygulaması ileride icra mahkemesi tarafından önüne dosya başka bir konu dolayısıyla geldiğinde, yine re'sen incelenecek ve gerekiyorsa takip iptal edilebilecektir¹⁸.

A. Kambiyo İlişkinin Tarafları

1. Alacaklı

Kambiyo senedinin alacaklısı, o senedin yetkili hamilidir. Kambiyo senedi ciro edilmemişse senedin lehtar; ciro edilmişse kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşılan son hamil; kendisinin önceki senet borçlularına karşı yaptığı takipte, senet bedelini ödemiş olan ciranta; lehine aval vermiş olduğu kişiye ve ona karşı kambiyo senedi gereğince sorumlu olan kişilere karşı yaptığı takipte, senet bedelini ödemiş olan avalist yetkili hamildir¹⁹. Şayet takip açan yetkili hamil değilse ve icra müdürü buna rağmen ödeme emri göndermişse, borçlu beş gün içinde icra mahkemesine şikayet yolu ile başvurarak takibin iptalini sağlayabilir²⁰.

Alacaklı ancak elinde bir kambiyo senedi varsa ve alacağı kambiyo ilişkisinden doğmuşsa kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvurabilir. Bu durumda çek bedelini ödemiş olan muhatap keşideciye karşı bu özel takip yoluna başvuramaz. Zira çek bedelini ödemiş olan muhatapın keşideciye karşı müracaat hakkı doğrudan doğruya çek ile ilgili olmayıp, karşılık (provizyon) ile ilgili ilişkiye dayanmaktadır²¹. Muhatap banka hiçbir şekilde kambiyo ilişkisine dahil olamaz²².

2. Borçlu

Kambiyo senedinin borçlusu poliçede kabul eden muhatap, keşideci, cirantalar, avalistler, araya girme suretiyle kabul edenler ve bunların yetkisiz temsilcileri; bonoda keşideci, cirantalar, avalistler ve bunların yetkisiz temsilcileri; çekte de keşideci, cirantalar, avalistler ve bunların yetkisiz temsilcileridir²³.

¹⁶ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 358; MUŞUL, Kitap, s. 1003; ERİŞ, s. 556, 557.

¹⁷ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 363; YILDIRIM / DERENYILDIRIM, s. 275, 276; MUŞUL, Kitap, s. 1003, 1004.

¹⁸ YILDIRIM / DERENYILDIRIM, s. 275.

¹⁹ MUŞUL, Kitap, s. 992, 993; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 358.

²⁰ KURU, s. 649.

²¹ MUŞUL, Batider 1974, s. 607.

²² “Kanun koyucu muhatapın hiçbir biçimde kambiyo ilişkisine girmesini istememiş ve bu anlamda kabul beyanını yasakladığı gibi, giderek çek için muhatapın aval vermesini ya da çekin muhatap tarafından ciro edilmesini de geçersiz saymıştır.”, KENDİGELEN, s. 36.

²³ MUŞUL, Kitap, s. 999, 1000; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 358.

Borçlu sıfatı bulunmayana takip açılması halinde bu kişi beş gün içinde icra mahkemesine şikayet yolu ile başvurarak takibin iptalini talep edebilir²⁴.

Muhatap bankanın çek bedelinin bloke edilmiş olduğunu beyan ettiği durumda, çek hamilinin bankanın ödeme yapmaması halinde bankayı takip edip edemeyeceği tartışma konusudur. Muşul bu durumda bankanın blokaj bildirimine göre verilecek iki farklı cevap olduğunu ifade etmektedir. Şayet bankanın bildirim yalnızca teyit manasındaysa banka takip edilemez; ancak bankanın bildirim çekin bedeli blokedir ve kanuni ibraz gününde ödenecektir şeklinde anlaşılabilirse, banka kambiyo ilişkisi bakımından bir borç altına girmemekle beraber, garanti beyanı ile bir borç altına girer ve genel haciz yolu veya iflas yolu ile takip edilebilir²⁵. Reisoğlu ise bloke kaydını yalnızca teyit manasında değerlendirip, bankayı çek hamiline karşı kambiyo borçlusu haline getirmediği hususuna değinmiş; çek geçersiz olsa veya ibraz süresinden sonra ibraz edilse dahi bankanın ödeme yükümlülüğü anlamına da gelmediğini belirtmiştir²⁶.

Çek hamili süresinde ibraz edilen çek bedelini ödemediği imtina eden muhatap bankaya karşı; muhatap banka ile keşideci arasında bir çek anlaşması bulursa ve çekin ibrazı anında bankada karşılığı olsa bile kambiyo senetlerine mahsus takip yapamaz, ancak genel haciz yolu ile takip yapabilir²⁷.

ÇekK m.2 ile muhatap bankalar için özel bir sorumluluk öngörülmüştür. Buna göre bankalar çek hesabı açtırmak isteyen yasadışı olup olmadığının araştırılmasında ve bu kişilerin ekonomik ve sosyal durumlarının tespitinde gerekli basiret ve özeni göstermekle yükümlüdürler²⁸. Bu düzenleme ile naylon çek hesaplarının önüne geçilmek ve çekin bir dolandırıcılık aracı olarak kullanılması önlenmek istenmiştir. Yasadışı kişilerle çek anlaşması yaparak veya hayali ya da sahte kişilere çek hesabı açarak çek defteri veren bankaların, hamillerin uğrayacağı zararı tazmin edecekleri; ve hatta hamilin bankanın gerekli özeni göstermediğini kanıtlaması halinde, bankanın çek bedelinin tümünü dahi ödemek zorunda kalacağı doktrinde de Yargıtay tarafından da benimseniyordu²⁹. Ancak Reisoğlu garantili çekler dışında muhatap bankanın ÇekK m.2 hükmüne dayanılarak hiçbir şekilde karşılıksız çıkan bedelin tamamından sorumlu tutulamayacağını savunmaktadır; çünkü lehtar çek yaprağı hangi bankanın olursa olsun, neticede keşide-

²⁴ KURU, s. 650.

²⁵ MUŞUL, Kitap, s. 1000; MUŞUL, Batider 1974, s. 609.

²⁶ REİSOĞLU, s. 154.

²⁷ KURU, s. 650.

²⁸ KENDİGELEN, s. 58, 59; REİSOĞLU, s. 112, 117; OY Osman / DOĞAN Esin, Ticaret Kanunu – Çek Kanunu – İcra ve İflas Kanunu ve Ceza Kanunu Kapsamında Çek, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011, s. 40.

²⁹ KENDİGELEN, s. 59.

ciye ve onun ödeme gücüne güvенеcektir³⁰. Keşideci çek yaprağı üzerine istediğı meblağı yazabilecekken, bankanın çek defteri verirken iyi düşünmesi ve karşılık-sız çek miktarından yükümlü olması sonucuna varılamaz³¹.

Yargıtay ÇekK m.2 uyarınca muhatap bankaların sorumluluğunu kabul etmele birlikte, bankaların sorumluluğuna gidilmeden önce diğer çek borçlularına karşı tüm takip yollarını tüketmiş olma şartını içtihat ederek hükmün uygulanma-sını büyük ölçüde zorlaştırmıştır³². Yargıtay birçok kararında özen yükümlülüğü-ne aykırı davranan muhatap bankanın sorumluluğuna gidilebilmesi için; açıkça, keşideci başta olmak üzere, çekte imzası bulunan tüm ciranta, avalist, vb. sorum-lular hakkında icra takibine gidilmesi ve bu takipler için aciz vesikası alınmış olunması şartını aramaktadır³³. Ancak asıl borçlulara karşı yapılan tüm yasal giri-şimlerin sonuçsuz kalması ve neticede çeklerin bedelinin tahsil edilememiş olma-sı halinde, muhatap bankanın sorumluluğundan söz edilebilecektir³⁴.

Başlangıçta özen yükümlülüğüne aykırı davranan bankanın kusurunu, keşi-decinin ekonomik ve sosyal durumunu araştırmadan çeki alan lehtarın kusuruna göre daha ağır gören Yargıtay, zamanla kusur oranlarını muhatap lehine eşitle-miş ve hatta ek şahsi ve aynı teminatlar alınmaması gibi lehtar aleyhine yeni kusur kalemleri kabul etmeye başlamıştır³⁵. Yargıtay'ın bu tutumu doktrinde eleştirilmiştir. Bankanın özen borcunun bir iktidar borcu olduğu, gerekli özenin bir kısmının çek hamillerine düşeceği hesabı ile hareket edemeyeceği ve anılan iktidar borcuna aykırı davranması halinde müterafık kusur gerekçesine dayana-maması gerektiği savunulmaktadır³⁶.

B. Yetkili İcra Dairesi

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte yetkiye ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, takip konusu senette yetkili daire gösterilmemiş-se, İİK m.50 hükmü uygulanacaktır. İİK hükmü ile HMK m. 6 hükmündeki

³⁰ REİSOĞLU, s. 114.

³¹ REİSOĞLU, s. 115.

³² KENDİGELEN, s. 60.

³³ REİSOĞLU, s. 114; “Öte yandan, yine Dairemiz’in kökleşmiş inançlarına göre, davacının diğer çekte imzası bulunan sorumlular hakkında tüm hukuki yolları tüketmiş olması zorunlu olup ...icra takiplerinin adres tahkiki safhasında olduğu anlaşılmakta, takiplerin tamamen se-meresiz kaldığından söz etmek mümkün değildir...”, Yarg. 11. HD, E. 3999, K. 5855, T. 22.09.1998, (KENDİGELEN, s. 62).

³⁴ REİSOĞLU, s. 114, 116, 117; Yarg. 19. HD, E. 6584, K. 2158, T. 19.03.1993, (KENDİGELEN, s. 61).

³⁵ KENDİGELEN, s. 60, 61; Yarg. 19. HD, E. 1992/6584, K. 1993/2158, T. 19.03.1993,(REİSOĞLU, s. 113, 114).

³⁶ KENDİGELEN, s. 63.

genel yetki kuralına yapılan atıf gereği keşidecinin ikametgahı icra dairesi; İİK aynı hükmü ayrıca akdın yapıldığı icra dairesini de yetkilendirdiğinden, keşide yeri icra dairesi yetkili dairelerdendir³⁷.

Keşide yeri gösterilmemiş olan çek, TTK m. 781 tamamlayıcı hükmü uyarınca düzenleyenin adı yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır³⁸. Bu durumda yetkili icra dairesi de aynı yerdir.

Kambiyo senetleri sözleşme ilişkisi doğurmasalar da, kural olarak bir sözleşmeye bağlı şekilde düzenlendiklerinden; HMK m. 10 hükmü uyarınca sözleşmeden doğan davalardaki yetki kuralı da uygulanır³⁹. Bu durumda sözleşmenin ifa yeri icra dairesi de yetkilidir.

Diğer bir yetkili daire de ödeme yeri icra dairesidir⁴⁰. TTK m. 781 uyarınca ödeme yeri yoksa muhatabın ticaret unvanının yanında gösterilen yer, birden fazla yer gösteriliyorsa ilk yer, bunlar da yoksa muhatabın merkezinin bulunduğu yer ödeme yeri sayılır⁴¹.

³⁷ MUŞUL, Batider 1974, s. 617; DELİDUMAN Seyithan / NARBAY Şafak, “Kambiyo Senetlerinden Çeke Dayanarak Yapılan Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takipte Yetkili İcra Daireleri”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, C. I, s. 630, 631, (Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı).

³⁸ MUŞUL, Kitap, s. 1014, 1017; “Keşide yeri çekin alternatif unsurlarındandır. Çekte belirtilmemişse TTK yedek hükmü devreye girer. Yine keşide yeri tespit edilemezse belge çek niteliğini haiz değildir. Böylesi belgeler havale hükmündedir.”, KENDİGELEN, s. 92; PULAŞLI, s. 257-260; “...keşide yerinin yazılmamış olması nedeniyle çek niteliğinde bulunmadığı belgenin incelenmesinden anlaşılmaktadır. Söz konusu belgedeki keşideci imzası da davalı tarafından inkar edilmemiştir. O halde böyle bir havale belgesi yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilerek...”, Yarg. 11. HD, E. 6661, K. 1984 / 7481, T. 26.11.1984.

³⁹ DELİDUMAN / NARBAY, Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, s. 629; KURU, s. 646.

⁴⁰ DELİDUMAN / NARBAY, Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, s. 632.

⁴¹ “Ödeme yeri çekin alternatif unsurlarındandır.”, KENDİGELEN, s. 83; PULAŞLI, s. 260; “Çek hamillerinin korunması ve çek kullanımını hakkındaki esasları da kapsamak üzere, 3167 sayılı Kanun 19.03.1985 tarihinde kabul edilmiş ve 3.04.1985 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmişti. 2003 tarihinde 4814 sayılı Çek Kanunu ile yapılan değişiklik ile m. 3 hükmünün aldığı son hal tartışma yaratmıştı. Madde çekin zorunlu unsurları açısından ne getiriyordu? Yasalaşan metin çek karnelerinin her yaprağına işleyen hesabın bulunduğu şube adının, keşidecinin hesap numarasının ve vergi kimlik numarasının yazılmasını düzenliyor ve vergi kimlik numarasının yazılmaması halinde çeki geçersiz kılıyordu.”, Ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ Şükrü, “4814 Sayılı Çek Kanunu’nun Çekin Zorunlu Unsurlarına Etkisi ve Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunlar”, <http://www.e-akademi.org/makaleler/syildiz1-htm>, parag. 10, 11; bkz. MOROĞLU Erdoğan, Makaleler II, 1. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006, s. 115-118, (Makaleler); “6273 sayılı Yasa ile değişik 5941 sayılı Çek Kanunu’nda da bu unsurlar sayılmış olmakla birlikte, hiçbiri zorunlu tutulmamıştır.”, PULAŞLI s. 255-257; “4814 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik neticesinde banka ve özel finans kurumlarının bastırdıkları çeklerde ne ödeme yeri için ayrı bir yer bulunmakta ne de çek metni içerisinde ayrıca bir ödeme yeri yazılmaktaydı. Bu nedenle ödeme yeri kavramından doğrudan ticaret unvanında gösterilen yeri anlamak yerinde olacaktır. Reisoğlu da ödeme yeri icra dairesinden hiç bahsetmeyip, muhatap banka şubesinin bulunduğu yerdeki icra dairesini yetkili olarak göstererek benzer bir görüş ileri sürmektedir.”, bkz. DELİDUMAN / NARBAY, Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, s. 635.

Çeke dayanan takiplerde hesabın açıldığı muhatap banka şubesinin bulunduğu yer icra dairesi de yetkilidir⁴². Yargıtay çekin keşide yeri yahut muhatap bankanın bulunduğu yer ya da keşidecinin ikamet ettiği yer icra müdürlüğünde icra takibi yapılabilir görüşündedir⁴³.

Öğretinin ve yargısal içtihatların aksine, Deliduman ve Narbay tarafından, çekin bir kredi değil bir ödeme aracı olması ve paraya eşdeğer bir kıymetli evrak niteliği taşımasından hareketle, hamilin ikametgahı icra dairesinin de yetkili olması gerektiği görüşü savunulmaktadır⁴⁴. Kuru ise kambiyo senetlerinden doğan alacaklar aranacak alacaklardan olduğundan, alacaklının kendi ikametgahında takip yapamayacağını savunur⁴⁵. Biz de aynı gerekçelerle bu görüşe katılıyoruz.

İcra dairesi yetkisizliğini resen nazara alamayacağından, borçlu yetki itirazını İİK m. 168/ f. I/b.5 uyarınca beş gün içinde icra mahkemesine bildirmeye mecburdur⁴⁶.

C. Takip Talebine Eklenecek Belgeler

1. Senet Aslı

Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte, genel haciz yolundan farklı olarak, alacaklı kambiyo senedinin aslını ve borçlu sayısı kadar onaylı örneğini de takip talebine eklemek zorundadır⁴⁷. Kambiyo senetleri kıymetli evrak niteliğinde olup, senedin hem icraya konması hem de alacaklı elinde kalarak tedavül etmekte devam etmesi tasavvur olunamayacağından; senedin aslının yerine fotokopisinin verilmesi dahi kabul edilmemektedir⁴⁸. Senet aslının ibrazı bir yandan icra memurunun buna bakarak seçilen takip yolunun yerinde olup olmadığının tespitine, diğer yandan borçlunun itiraz süresi içinde senet aslına bakarak yazıyı ve imzayı incelemek suretiyle itirazının başarılı olup olmayacağını kararlaştırmasına yardımcı olacaktır⁴⁹. Ancak takip konusu bir çekse ve bankaya ibraz edildiğinde çekin bir kısmı ödenmişse, banka çekin aslını kendinde saklayarak ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisini çek hamiline verir⁵⁰. ÇekK m. 3 uyarınca bu fotokopiye dayanarak takip yapılabilir⁵¹.

⁴² REİSOĞLU, s. 335; MUŞUL, Kitap, s. 1014.

⁴³ Yarg. 12. HD, E. 8936, K. 9032, T. 04.07.1994, (REİSOĞLU, s. 336).

⁴⁴ DELİDUMAN / NARBAY, Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, s. 637-641; Benzer görüş için bkz. OY / DOĞAN, s. 82.

⁴⁵ KURU, s. 646.

⁴⁶ KURU, s. 659; DELİDUMAN / NARBAY, Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, s. 630.

⁴⁷ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 359; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 362; MUŞUL, Kitap, s. 1007, 1009.

⁴⁸ MUŞUL, Batıder 1974, s. 612.

⁴⁹ MUŞUL, Kitap, s. 1007; YILDIRIM / DERENYILDIRIM, s. 276.

⁵⁰ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 362; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 359.

⁵¹ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 362; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 361; OY / DOĞAN, s. 75.

Kambiyo senedinin takip alacaklısının alacaklısı tarafından ihtiyaten haczetildiği durumda, senedin takip talebine eklenmesinin gerekip gerekmediği hususunda İİK m. 167/ f. II düzenlemesinde açıklık yoktur. Muşul Kanun'un lafzından değil ruhundan hareket edilmesi gereğinden yola çıkarak takibe engel bir durum olmadığı sonucuna varmaktadır⁵². Kanun'un amacının takibe konmuş bir senedin tedavül kabiliyetini engellemek olduğunu düşünürsek aynı kanaate varmak mümkündür. Ancak takip borçlusunun senedi inceleyerek gerekli itiraz ve şikayetlerini yapabilmesi hususunda dezavantajlı bir konuma düşeceği de unutulmamalıdır. Kambiyo senedi zayi olmuşsa, Yargıtay, İİK m. 167 uyarınca, senedin eklenmesinin zorunlu olması sebebiyle, mahkemeden alınacak iptal kararına dayanarak kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvurulamayacağı görüşündedir⁵³.

Alacaklı kambiyo senedinin aslını icra dairesine vermemişse, borçlu genel şikayet yoluna başvurarak icra mahkemesinden yedi gün içinde ödeme emrinin iptalini talep edebilir⁵⁴.

2. Protesto Evrakı

Protestonun takip talebine eklenmesinin zorunlu olup olmadığı hususu çeşitli ihtimallere göre değişmektedir. Çek açısından durum TTK m. 720 ile düzenlenmiştir. Buna göre çeki bir takas odasına ibraz etmemiş ya da ettiği halde çek üzerine bir beyan yazdıramamış olan yetkili çek hamili ödememe protestosu çekerek bunu takip talebine eklemek zorundadır⁵⁵. Çekin üzerinde ibraz edildiği halde ödenmediğini gösteren, muhatap banka tarafından yazılmış tarihli bir beyan varsa ya da bir takas odasının aynı şekildeki beyanı varsa, ayrıca protestoya gerek yoktur⁵⁶. Çekte ödemededen imtina keyfiyeti takibe girişebilmek için mutlaka önceden tespit ettirilmelidir.

⁵² MUŞUL, Batider 1974, s. 610.

⁵³ Yarg. 12. HD, E. 2316, K. 2709, T. 14.3.1997, (MUŞUL, Kitap, s. 1008); Benzer görüşte bkz. OY / DOĞAN, s.75.

⁵⁴ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 362; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 359; "Kambiyo senedinin aslı olmadığı halde icra memuru takip talebini kabul etmişse, bu durumun zamanaşımı üzerindeki etkisi tartışmalıdır. Gerek Kuru gerekse Postacıoğlu bu durumun kambiyo senedine mahsus yola başvurulmasına izin vermeyeceğini ve netice de kambiyo senetlerine ilişkin zamanaşımını da kesmeyeceğini savunsalar da; Kuru farklı olarak buradaki başvurunun genel haciz yolu ile takip şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.", MUŞUL, Batider 1974, s. 612, 613.

⁵⁵ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 361; İMREGÜN Oğuz, Bilirkişi Raporları 1990, 1. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s. 118, (Bilirkişi 1990); MUŞUL, Kitap, s. 1010.

⁵⁶ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 361; "Yargıtay TTK m. 796 ile düzenlenen çekin muhataba ibrazı kuralını dar yorumlamakta olup, örneğin muhatapı Pamukbank Beyoğlu Şubesi olan çekin Akbank Kuşadası Şubesine ibrazını geçerli saymamış ve süresi içinde ibraz edilmediği için çekten cayıldığına hükmetmiştir.", POSTACIOĞLU İlhan, Makaleler ve Karar İncelemeleri, 1. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 1037; MUŞUL, Kitap, s. 1011.

II. ÖDEME EMRİ

Takip talebini alan icra müdürü gerekli incelemeleri yaptıktan sonra borçluya bir ödeme emri gönderir. Buradaki ödeme emrinin içeriği özellikle takibe karşı konması yollarındaki süreler bakımından genel haciz yolu ile takiptekinden oldukça farklıdır. Ödeme emri takip talebindeki kimlik, adres, meblağ gibi hususların yanında; borcun on gün içinde ödenmesi ihtarını, senet kambiyo senedi niteliğinde değilse borçlunun icra mahkemesine beş gün içinde şikayet etmesi gerektiği ihtarını, imzaya itiraz ihtarını, borca itiraz ihtarını, mal beyanında bulunma ihtarını, içerir⁵⁷.

Borçlu ödeme emrine süresinde ve gereği gibi karşı koymazsa takip kesinleşir. Borçlunun borcu ödemek için ödeme emrinin tebliğinden itibaren on günlük süresi bulunduğundan, beş günlük itiraz ve şikayet süresi dolar dolmaz takibe devam edilemez⁵⁸. Borcun ödenmemesi ve mal beyanında bulunulmaması durumunda takibe devam edilerek borçlunun malları haczedilir ve sonra da satış ve paraların paylaşılması aşamaları gerçekleştirilir⁵⁹.

Çekte zamanaşımı süresinin haciz ve satış isteme sürelerine göre kısa oluşu; takibe konmuş bir çekten doğmuş alacağın, henüz haciz ya da satış istenmeden zamanaşımına uğramasından hareketle, takibin iptalinin talep edilebilip edilemeyeceği sorununun gündeme getiriyordu. Birinci görüşü savunanlar haciz ve satış isteme sürelerinin uzun olmasının çekin zamanaşımına uğramasını engellemeyeceğini söylerlerken, ikinci görüşü savunanlar ise bir hak için takibe başvurulmakla birlikte artık takip hukukuna ilişkin düzenlemelerin maddi hukuka üstün olduğu ifade etmekteydiler⁶⁰. Ancak Çek Kanunu'nda değişiklik yapan 31.01.2012 tarih ve 6273 sayılı Yasa m. 8 hükmü ile zamanaşımı süreleri altı aydan üç yıla çıkarılarak bu husustaki sorunlar da giderilmiş oldu⁶¹.

Ödeme emrine karşı koymak için itiraz ve şikayet yollarına başvurulabilir.

A. Şikayet

1. Ödeme Emrine Karşı Özel Şikayet (m. 170/a; m. 168/f.I/b.3): Senedin Kambiyo Vasfına ve Takip Hakkına İlişkin Şikayet

İİK m. 170/a uyarınca borçlu, alacaklının dayandığı senedin kambiyo senedi olmadığı veya alacaklının takip yapmaya hakkının bulunmadığına ilişkin iddiasını

⁵⁷ MUŞUL, Kitap, s. 1029, 1030; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 365; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 362; ERİŞ, s. 553, 554; YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 276, 277.

⁵⁸ MUŞUL, Kitap, s. 1031. PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 377.

⁵⁹ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 362, 363.

⁶⁰ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 360.

⁶¹ PULAŞLI, S. 307-309.

şikayet yolu ile beş gün içinde icra mahkemesine iletmelidir⁶². Senedin zilyetliğini devralmamış olan alacaklının, takip hukuku uyarınca takip hakkına sahip bulunduğundan söz edilemez⁶³. İcra mahkemesinin kendisine intikal eden başka şikayetlerin varlığı halinde bu hususları kendiliğinden nazara alma yetkisi de vardır⁶⁴. Şikayet kendiliğinden takibi durdurmaz, ancak mahkeme takibin durmasına karar verebilir⁶⁵.

Senet metninin, örneğin keşide tarihinin değişik zamanlarda borçludan başka şahıslar tarafından yazılmış olması senedin kambiyo vasfına hanel getirmez; zira önemli olan kanuni unsurların senet keşideci tarafından lehtara verilirken tam olmasıdır⁶⁶. Takip kesinleştikten sonra borçlunun genel şikayet yoluna başvurusuyla dosyanın icra mahkemesi önüne gelmesi halinde, İİK m. 170/a hükmündeki hususların varlığı fark edilirse, takibin iptalinin mümkün olamayacağı kabul edilmektedir⁶⁷.

Geçersiz bir çeke dayanılarak kambiyo senetlerine mahsus takip yapılamaz. Esasen TTK ile sayılan zorunlu unsurları taşımayan bir çek sadece havale hükmünde olduğundan, muhatap tarafından ödenmemesi halinde, senedin protesto edilerek keşidecinin borç altına sokulması mümkün olmadığından, ne banka ne de keşideci aleyhine bir borç doğacağından, icra takibinden de bir sonuç alınamayacaktır⁶⁸. Böyle bir çeke dayanılarak ödeme emri gönderilmişse süresinde şikayet yoluna başvurularak takibin iptali sağlanabilecektir.

2. Genel Şikayet Yolu: Vadeye ve Senet Aslının Verilmemesine İlişkin Şikayet

Bu şikayetin konusunu da m. 170/a dışında kalan özel şikayet sebepleri oluştursa da süre itibarıyla şikayete ilişkin genel hükümler geçerlidir. İcra müdürünün senedin vadesinin gelip gelmediği ve senedin aslının takip talebine eklenip eklenmediği hususlarında yanılması halinde şikayet süresi icra mahkemesine yönelik olarak yedi gündür⁶⁹.

⁶² MUŞUL, Kitap, s. 1033, 1034; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 375; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 367; OY / DOĞAN, s. 79; ERİŞ, s. 667.

⁶³ “Somut olayda senede dayalı alacağın bir kısmı noter senedi ile takip alacaklılarına haricen devredilmiş olup, senet alacaklılara teslim edilmemiştir. ... Bu durumda alacaklıların kambiyo senedine mahsus takip yapmaları usulsüzdür.”, Yarg. 12. HD, E. 19808, K. 21475, T. 22.10.2002, (KENDİGELEN, s. 33).

⁶⁴ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 376; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 367, 368; YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 277.

⁶⁵ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 376; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 367.

⁶⁶ MUŞUL, Kitap, s. 1035; MUŞUL, Batider 1974, s. 621; PULAŞLI, s. 274.

⁶⁷ MUŞUL, Batider 1974, s. 624; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 368.

⁶⁸ REİSOĞLU, s. 79, 80.

⁶⁹ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 377; MUŞUL, Kitap, s. 1037.

Çekte vade yoktur, çünkü çek görüldüğünde ödenir⁷⁰. Ancak ileri tarihli çek kurumu uygulamamızda çok uzun zamandır başvuru bir yoldur. Böylelikle aslında bir ödeme vasıtası olan çekte uygulamada bono fonksiyonu gördürülmektedir⁷¹. 1985 tarihli ve 3167 sayılı Çek Yasası'ndan beri bu uygulamanın önüne geçilmeye çalışıldıysa da özellikle TK m. 707/ f.II (TTK m. 795/f.II) hükmü ile örtülü olarak çekin bu şekilde keşide edilmesine izin verildiği de söylenmektedir⁷². Zira düzenlenme günü olarak gösterilen günden önce ödemek için ibraz olunan çek ibraz günü ödenir. Fıkradan açıkça anlaşıldığı üzere, keşide tarihi olarak ileri bir tarih konulabilecek; ancak bu ileri tarih çekin hemen ibraz edilerek ödenmesini engellemeyecektir⁷³.

5941 sayılı ÇekK geçici m. 1/f.V hükmü uyarınca ileri tarihli çeklerle ilgili düzenleme 1.1.2012 tarihinden itibaren geçerli olacaktır⁷⁴. 5941 sayılı ÇekK m.3/ f.VIII hükmü ile artık ileri tarihli çek uygulamasının kanuni zemin kazandığı söylenebilir⁷⁵. Hükme göre çek üzerindeki keşide tarihinden önce ibraz edildiğinde, kısmen veya tamamen ödenmemiş olsa bile, takip yapılmaz⁷⁶. Takip yapamayan hamil çeki yasal süresinde yeniden bankaya ibraz edecektir⁷⁷.

Yeni durumun takip hukuku uygulaması bakımından birçok sorun yaratacağından endişe edilmektedir. Yeni düzenleme karşısında aslında olmaması gerektiği halde her nasılsa ileri tarihli çek bankaya ibraz edilmiş ve ödememe sebebi yazılmışsa, icra müdürü bu talebi kabul etmemelidir. Ancak kabul edilmişse kendisine ödeme emri gönderilen borçlu, ya çekte alacaklının takip hakkı bulunmadığından dolayı beş gün içinde şikayet yolu ile icra mahkemesine başvurur ya da vadenin dolmadığı iddiasıyla süresi 7 gün olan şikayet yolunu tercih eder⁷⁸.

⁷⁰ İMREGÜN Oğuz, Bilirkişi Raporları 1996, 1. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002, s. 199, (Bilirkişi 1996).

⁷¹ REİSOĞLU, s. 145.

⁷² KENDİGELEN, s. 198; PULAŞLI, s. 316; "TTK m. 796/f.III düzenlemesi ile ileri tarihli çeklerde ibraz sürelerinin, çekte yazılı olan keşide tarihinin ertesi günü başlar hükmü getirilerek bu husus aydınlatılmıştır."; İbraz tarihinin hesaplanmasının keşide tarihinden başlamasının yerinde olduğu hususunda bkz. İMREGÜN, Bilirkişi 1990, s. 400, 401; PULAŞLI, s. 287.

⁷³ REİSOĞLU, s. 144.

⁷⁴ REİSOĞLU, s. 146; OY / DOĞAN, s. 53.

⁷⁵ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 363.

⁷⁶ REİSOĞLU, s. 145, 146; OY / DOĞAN, s. 55; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 363.

⁷⁷ OY / DOĞAN, s. 55.

⁷⁸ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 364.

B. İtiraz

1. İmzaya itiraz

İmzaya itiraz borçlunun senet metni altındaki imzayı inkar etmesidir⁷⁹. Borçlu bu konudaki itirazını beş gün içinde bir dilekçe ile ayrıca ve açıkça icra mahkemesine bildirmelidir⁸⁰. İmza itirazı satıştan başka takip işlemlerini durdurmaz⁸¹. Fakat icra mahkemesi duruşmadan önce yapacağı incelemede borçlunun dilekçesinden ya da ibraz ettiği belgelerden edindiği kanaate göre; borçlunun itirazını ciddi bulursa, itirazla ilgili karara kadar takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir⁸². Tedbir niteliğinde olan bu karar dosya üzerinden verilecek olup, alacaklıya tebliğine gerek yoktur⁸³.

Mahkeme itirazın kabulüne karar verirse takip durur, fakat alacaklının genel hükümlere göre dava açma hakkı saklıdır⁸⁴. Alacaklı, senedi takibe koymakta kötü niyetli veya ağır kusurlu bulunduğu takdirde, alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata ve alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkum olur⁸⁵. Şayet borçlunun itirazı reddedilirse, icra mahkemesince takibin durdurulmasına karar verilmişse, takibe kalınan yerden devam olunur ve borçlu alacağın yüzde yirmisinden az olmamak üzere icra inkar tazminatına ve alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkum edilir⁸⁶. Bunun üzerine borçlu menfi tespit ve istirdat davası açabilir⁸⁷.

2. Borca İtiraz

İmzaya itirazın dışındaki diğer tüm itirazlar borca itirazdır⁸⁸. Bu yol örneğin borcun mevcut olmadığı, itfa edildiği, zamanaşımına uğradığı gibi savunmaların yanında; yetki itirazını da kapsar⁸⁹. Borca itiraz da haczi durdurmaz, ancak satışı

⁷⁹ MUŞUL, Kitap, s. 1066; ERİŞ, s. 639, 640.

⁸⁰ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 363; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 368; MUŞUL, Kitap, s. 1066.

⁸¹ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 366; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 363.

⁸² YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 278.

⁸³ YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 278; MUŞUL, Kitap, s. 1066.

⁸⁴ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 364; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 369.

⁸⁵ MUŞUL, Kitap, s. 1071; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 369; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 364.

⁸⁶ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 364; MUŞUL, Kitap, s. 1072.

⁸⁷ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 370.

⁸⁸ ERİŞ, s. 586.

⁸⁹ YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 279; MUŞUL, Kitap, s. 1052.

engeller. Borçlunun haczi önleyebilmesi için, icra mahkemesinden itirazın kabul edildiğine ilişkin bir karar getirmesi gerekir⁹⁰.

Borçlu senetteki borca yönelik itirazını beş gün içinde icra mahkemesine bildirmelidir⁹¹. Borçlu borçlu olmadığını veya borcun itfa edildiğini ya da ertelendiğini, ancak resmi veya imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş bir belgeye dayanarak ispat edebilir⁹². İcra mahkemesi borçlunun borca itiraz sebeplerini duruşmalı olarak inceler⁹³.

Borçlunun sunduğu belge altındaki imzayı alacaklı inkar ederse mahkeme imza incelemesi yapar⁹⁴. Neticede imzanın alacaklıya ait olduğuna kanaat getirirse borçlunun itirazının kabulüne karar verir ve alacaklıyı alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder⁹⁵.

Borcun itfası vakiasının önceki hamillerden biri ile borçlu arasında geçtiğini varsayarsak; acaba bu durumun takibe girişen hamile karşı bir def'i olarak ileri sürülmesi mümkün müdür? Bu bir şahsi def'i olduğundan bahsedildiği şekilde ileri sürülmesi mümkün değildir; ayrıca takibi durdurmanın tek yolu borca itirazın yukarıda açıklanan belgelerle ispatıdır⁹⁶.

Borçlunun itirazının mahkeme tarafından esasa ilişkin nedenlerle kabul edilmesi halinde kötü niyeti veya ağır kusuru bulunan alacaklı, takip konusu alacağın yüzde yirmisinden az olmamak üzere; itiraz reddedilmiş ve takip geçici olarak önceden durdurulmuş ise borçlu, diğer tarafın isteği üzerine alacağın yüzde yirmisinden az olmamak üzere tazminata mahkum edilirler⁹⁷.

Borçlunun itirazı reddedilirse, bu karar aleyhine temyize gidilebilir; ancak temyiz icra muamelelerini durdurmaz⁹⁸. Borçlunun temyiz başvurusunda bulunabilmek için teminat göstermesine gerek yoktur; ancak icrayı durdurabilmek için teminat göstermek zorundadır⁹⁹.

⁹⁰ YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 279.

⁹¹ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 365; MUŞUL, Kitap, s. 1051; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 371.

⁹² MUŞUL, Kitap, s. 1059; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 372; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 366.

⁹³ MUŞUL, Kitap, s. 1059; YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 279.

⁹⁴ YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 280.

⁹⁵ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 373.

⁹⁶ MUŞUL, Batider 1974, s. 626-628.

⁹⁷ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 366; MUŞUL, Kitap, s. 1060, 1065.

⁹⁸ YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 281.

⁹⁹ YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 281.

SONUÇ

Kambiyo senetlerine mahsus olarak özel bir takip yolu düzenlenmiş olmasının temel hedefi, takip hukukunu ticari hayatın hızlı akışına uydurabilmektir. Bu nedenle kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte, genel haciz yolu ile takibe nazaran, takibin daha kolay ve çabuk ilerlemesini sağlayan hükümlere yer verilmiştir. Bu bağlamda, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte, genel haciz yolu ile takipten farklı olarak, süreler daha kısa tutulmuştur ve itiraz kuralı olarak takibi durdurmaz. Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe özel olarak, kısa süreli (beş günlük) şikayet yolunun kabul edilmesinin temelinde de aynı saik yatmaktadır.

Kambiyo senedinin düzenlenmesi ile kural olarak eski borç ilişkisi sona ermez; ancak temel ilişkiden bağımsız ayrı bir kambiyo ilişkisi ortaya çıkar. Bu durum kambiyo senetlerinin soyutluğu ilkesinin bir sonucudur. Bu durumda temel ilişki kambiyo senedinin incelenmesiyle anlaşılmaz. Kambiyo senetlerinin soyutluğu ilkesinin temelinde de; tarafların temel ilişkiden doğan savunma sebeplerini ileri sürerek kambiyo ilişkisini ortadan kaldırmalarını engellemek, kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini korumak ve netice de yine ticari hayatın güvenli ve hızlı bir şekilde devam etmesini sağlamak yatmaktadır. Diğer taraftan, kambiyo senetlerinin sıkı şekil şartlarına sahip olmalarının da ayrı takip hukuku kurallarının kabulünü gerektirdiğinin altını çizmek gerekir.

Kambiyo senetlerinden çeke ilişkin olarak; çekin unsurları, ispatı, ileri tarihli çek, vb. birçok alanda sorun çıkabilmektedir. ÇekK mevcut düzenlemesi karşısında ileri tarihli çekin takip hukuku açısından çok sorun yaratacağı söylenmektedir. Bu sorunların temelinde çekin tüm dünyada ödeme aracı olarak kullanılmasına rağmen ülkemizde kredi aracı olarak kullanılması yatmaktadır. Neticede uygulamamızda çok uzun zamandır başvuru olan ileri tarihli çek kurumunun terk edilmesinin güç olduğunu düşünmek ve belki maddi hukukta olduğu gibi takip hukukunda da bu durumu gözetilen düzenlemelere de yer vermek yerinde olabilir.

KISALTMALAR

- b.** : bend
Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz. : Bakınız
C. : Cilt
ÇekK : Çek Kanunu
E. : Esas
f. : Fıkra

| | |
|---------------|--|
| HD | : Hukuk Dairesi |
| HMK | : Hukuk Muhakemeleri Kanunu |
| İİBF | : İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi |
| İİK | : İcra ve İflas Kanunu |
| K. | : Karar |
| LHD | : Legal Hukuk Dergisi |
| m. | : madde |
| MÜ | : Marmara Üniversitesi |
| Parag. | : Paragraf |
| S. | : Sayı |
| s. | : sayfa |
| T. | : Tarih |
| TK | : Eski Ticaret Kanunu |
| TTK | : Türk Ticaret Kanunu |
| vb. | : ve benzeri |
| Yarg. | : Yargıtay |

KAYNAKÇA

DELİDUMAN Seyithan / NARBAY Şafak, “Kambiyo Senetlerinden Çeke Dayanarak Yapılan Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takipte Yetkili İcra Daireleri”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, C. I, (Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı).

ERİŞ Gönen, Açıklamalı – İctihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

İMREGÜN Oğuz, Bilirkişi Raporları 1996, 1. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002, (Bilirkişi 1996).

İMREGÜN Oğuz, Bilirkişi Raporları 1990, 1. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, (Bilirkişi 1990).

KENDİGELEN Abuzer, Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2007.

KURU Baki, İcra ve İflas Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2006.

KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, İcra ve İflas Hukuku, 27. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2013.

MOROĞLU Erdoğan, Makaleler II, 1. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006, (makaleler).

MUŞUL Timuçin, İcra ve İflas Hukuku C. II, 5. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, (Kitap).

MUŞUL Timuçin, “Kambiyo Senetlerine Dayanan Haciz Yolu ile Takip”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1974, C. VII, S. 3, (Batider 1974).

OY Osman / DOĞAN Esin, Ticaret Kanunu – Çek Kanunu – İcra ve İflas Kanunu ve Ceza Kanunu Kapsamında Çek, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2011.

PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral / ÖZEKES Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 9. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2011.

PULAŞLI Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

REİSOĞLU Seza, Çek Hukuku, 1. Bası, Ankara, Cem Ofset, 2011.

UYAR Talih, “İcra Hukukunda Çekin Geçerlilik Koşulları”, Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2007, S. 59, (LHD).

YILDIRIM Mehmet Kamil / DEREN YILDIRIM Nevhis, İcra Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012.

YILDIZ Şükrü, “4814 Sayılı Çek Kanunu’nun Çekin Zorunlu Unsurlarına Etkisi ve Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunlar”, <http://www.e-akademi.org/makaleler/syildiz1-htm>.

**6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE
KİRACININ KİRA BEDELİNİ ÖDEMEKTE TEMERRÜDÜ
SEBEBİYLE KİRA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ
(TBK m. 315 ve TBK m. 352, f. 2)**

Başak ÖZKÖK YILDIRIM*

ÖZET:

Kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstendiği sözleşme olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanan kira sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bu bağlamda kiraya verenin kullandırma veya bununla birlikte yararlandırma borçlarının karşısında kiracının kira bedelini ödeme borcu yer almaktadır. Çalışmamızda kiracının asli edim yükümlülüğünü teşkil eden kira bedelini ödemede temerrüdü nedeniyle kira sözleşmesinin sona ermesi hususu hem kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler hem de konut ve çatılı iş yeri kiralari hakkındaki düzenlemeler çerçevesinde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Kira Sözleşmesi, Kiraya Veren, Kiracı, Kira Bedelini Ödemede Temerrüt.*

ABSTRACT:

Contract of rent is a synallagmatic contract, that is defined in the Turkish Code Of Obligations Nr. 6098, in which the lessor allows the tenant to use a thing or utilize a thing when also using it while the tenant is getting in to the dept of paying the rent. In this context, the lessor has the dept of allowing the tenant to use the thing which is for rent and the tenant's dept is paying the rent for using the thing or utilizing it. In this article, the expiry of the contract of rent which is caused by the tenant's obstinacy will be examined with in the scope of general provisions about the contract of rent and the regulations about tenements and the sites of the work.

Keywords: *Contract of Rent, Lessor, Tenant, Tenant's Obstinacy.*

* Türk Patent Enstitüsü, Marka Uzman Yardımcısı.

I. GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), “Kira Sözleşmesini” üç ayrımda düzenlemekte, birinci ayrımda Genel Hükümleri, ikinci ayrımda Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarını, üçüncü ayrımda ise Ürün Kirasını hükme bağlamaktadır. Buna karşılık 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) adi kira ve ürün kirası olmak üzere iki ayrımda bir düzenleme getirmişti. Konut ve iş yeri kiralarına ilişkin düzenlemeler ise 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’da (GKHK) yer almaktaydı.

İşte TBK adi kira yerine genel hükümler ayırımına yer vermekte, konut ve çatılı iş yeri kiraları ayırımını da içerisine almakta ve bu ayırımı 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 10. maddesi gereği yürürlükten kaldırılan GKHK’ın hükümleri ile Yargıtay uygulamalarını dikkate alarak düzenlemektedir.

Esas konumuzu teşkil eden “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kiracının Kira Bedelini Ödemekte Temerrüdü Sebebiyle Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi” hususu da bu bağlamda üç kısımda incelenebilir. Bunlar; genel hükümlere göre kiracının kira bedelini ödemekte temerrüdü sebebiyle kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından feshi, konut ve çatılı iş yeri kiralarında kira bedelinin ödenmemesinden dolayı iki haklı ihtar sebebiyle tahliye davası yolu ve ürün kirasına ilişkin sözleşmenin kiracının kira bedelini ödemekte temerrüdü sebebiyle kiraya veren tarafından feshidir.

Çalışmada bu ayırım dikkate alınarak inceleme konumuzu teşkil eden ilk iki durum TBK’deki düzenlemeler ışığında incelenecek; fakat bu kanunun yürürlüğe girmesinden önceki durum hakkında da karşılaştırmalı olarak bilgi vermek amacıyla yeri geldikçe BK’ya ve GKHK’ya da değinilecektir.

II. GENEL HÜKÜMLERE GÖRE KİRACININ KİRA BEDELİNİ ÖDEMEKTE TEMERRÜDÜ SEBEBİYLE KİRA SÖZLEŞMESİNİN KİRAYA VEREN TARAFINDAN FESHİ (TBK m.315)

A. GENEL OLARAK

TBK m. 315’de “Kiracının Temerrüdü” başlığıyla kiraya verene, kiracının kira bedelini veya yan giderleri ödememesi halinde, maddedeki koşulların yerine getirilmesi kaydıyla, kira sözleşmesini feshetme olanağı tanınmaktadır.

TBK m. 315’e göre; “*Kiracı, kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse, kiraya veren kiracıya yazılı olarak bir süre verip, bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir (f.1). Kiracıya verilecek süre en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralarında ise en az otuz gündür. Bu süre, kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar (f.2)*”.

TBK m. 315 hükmü, genel nitelikte bir düzenleme olup kira sözleşmesi türü ayrımı yapmaksızın, konut ve çatılı iş yeri kiralarında da uygulanabilecek şekilde bir düzenleme getirmektedir¹.

TBK m. 315 incelendiğinde BK m. 260' a karşılık geldiği görülmektedir. Ancak bu iki madde önemli bazı farklılıklar taşımaktadır. Konularla bağlantılı olduğu ölçüde yeri geldikçe bu farklılıklara değinilecektir.

B. FESHİN ŞARTLARI

1. Kiralananın Teslimi

TBK m. 315'de "kiralananın tesliminden sonra" diyerek karşılıklı borç ilişkisi doğuran kira sözleşmesinde kiraya verenin asli edim yükümünü teşkil eden kiralananın kullanımının kiracıya bırakılması borcuna işaret edilmektedir².

İsviçre Federal Mahkemesinin içtihadına uygun olarak buradaki teslim şartını, kiralananın kiracının zilyetliğine geçirilmesi şeklinde değil de, kiracının kullanımına hazır bulundurulmasının yeterli olacağı şeklinde anlamak gerekir³.

2. Kiracının muaccel kira bedelini veya yan giderleri ödeme borcunu ifa etmemesi

Kiraya verenin TBK m. 315 kapsamında kira sözleşmesini feshedebilmesi için bulunması gereken ikinci bir şart, kiracının "kira bedelini" veya (BK' dan farklı olarak) "yan giderleri" ödeme borcunu muaccel olmasına rağmen ifa etmemiş olmasıdır.

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kira sözleşmesinde kiracının asli edim yükümünü oluşturan kira bedelini ödeme borcu, TBK m. 313 'de "*Kiracı, kira bedelini ödemekle yükümlüdür*" şeklinde hükme bağlanmaktadır. Kiracının kira bedelini ödeme borcunu ifa etmemesinden bahsedebilmek için bu borcun muaccel hale gelmiş olması gerekir. Borcun muaccel olması ise ifa zamanı ile ilgilidir. Bu anlamda ifa zamanının gelmesine borcun muaccel olması

¹ Alper GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt: 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.391; Efrail AYDEMİR, *Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.150; Cevdet YAVUZ, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul 2012, s.235; Mithat CERAN, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi", *Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu*, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, 24-25 Mart 2011, s.240.

² GÜMÜŞ, s. 391.

³ Fahrettin ARAL/Hasan AYRANCI, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, 9.Baskı, Ankara 2012, s.275.

denilmektedir⁴. Kira bedelini ödeme borcunun ifa zamanı ise m. 314 'de düzenlenmektedir. Buna göre; “*Kiracı, aksine sözleşme ve yerel adet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür*”. O halde kural olarak sözleşmenin tarafları bir vade ya da süre olarak ifa zamanını kararlaştırabilir ya da böyle bir kararlaştırma olmasa bile o yörede uygulana gelen bir yerel âdet varsa bu örf ve âdete göre de ifa anı belirlenebilir. Ancak kanun böyle bir sözleşme ya da yerel âdet olmaması ihtimaline karşılık bir de yedek hukuk kuralı sevk etmektedir. Buna göre ise her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde kiracı bu borcunu ödemekle yükümlüdür.

Borcun ifa tarihi ister sözleşmede belirlenmiş olsun, ister yerel âdete göre belirlensin, isterse de kanuna göre belli olsun bu vadenin ya da sürenin gelmesi ile muaccel hale gelecek olan kira bedeli veya kiracı tarafından ödenmesi gereken yan giderler ödenmeyecek olursa bu ikinci şart da gerçekleşmiş olur.

Bir borcun muaccel olabilmesi için o borcun borçludan istenebilir olması da gerekir. Doğaldır ki; takas, mahsup, zamanaşımı gibi bir sebeple sona eren kira bedelini veya yan giderleri ödeme borcunun ifa edilmediğinden de bahsedilemez. Dolayısıyla var olmayan, bu nedenle de talep ve dava edilemeyen bir borçtan ötürü temerrüde düşülmesi de söz konusu olamaz⁵.

Kira bedeli, sözleşme ile veya kira tespit davası sonucunda mahkeme tarafından kararlaştırılan bir miktardır. Kiraya veren bu miktardan fazla bir bedel isteyemez; kiracı da bundan daha düşük bir bedel ödeyemez, aksi halde kira bedelini ödeme borcu tam olarak ifa edilmemiş olur⁶. Ancak kira bedeli sözleşme ile ya da mahkeme aracılığıyla belirlenmemişse, belli olmayan bir miktarın ödenmemiş olması temerrüt sonucunu doğurmaz⁷.

⁴ M. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1, Vedat Kitapçılık, 10. Bası, İstanbul 2012, s.316; Özge Tuçe GÖKALP, *Adi Kira Sözleşmesinde Kiracının Kira Parasını Ödemede Temerrüdü ve Sonuçları (Yüksek Lisans Tezi)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, s.34.

⁵ Murat DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2011, s. 191; GÖKALP, s.34.

⁶ AYDEMİR, s.153.

⁷ GÖKALP, s.33-34; Y. 6.HD. 21.3.1995, E.2913, K.3071, Nihat YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, Cilt: 3 (*Uygulamada ve Öğretide Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesinin Feshi Davaları ile 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanuna Göre Kiracının Tahliyesi*), Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 3718: “Sözleşmenin özel şartlarının 6. Maddesindeki artırım şartı geçerli olup tarafları bağlar. Ancak, o artırım şartının arttırılmış kira bedelini tam olarak belirtip belirtmediği önem arz etmektedir (...). Bu itibarla yeni dönem kira parasının, tartışmasız belli ve muayyen olmadığı kabul edilmelidir. Bu şekilde kesin ve belli olmayan miktarın ödenmemiş olması temerrüdü oluşturmaz.”; YHGK 23.12.1992, E.631, K.754, N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3718.

Kira parasının tespitine ilişkin olarak kira tespit davası açıldığı durumlarda, mahkemenin bu dava sonucunda vereceği kira tespit kararının kesinleşmesine kadar kiracı önceki kira döneminde uygulanan kira bedeli miktarı üzerinden ödemede bulunduğu sürece kiraya veren TBK m. 315'e dayalı olarak kira sözleşmesinin feshini talep edemez⁸. Çünkü BK dönemine ilişkin olmak üzere Yargıtay'a göre, kira tespit davasındaki tespit kararının kesinleşmesi ile kira farkı alacağı muaccel olur⁹, kira parasının tespitine ilişkin mahkeme kararı ile belirlenen kira farkı alacağının ifa zamanının gelmiş sayılması için sadece alacaklının borçludan ifada bulunmasını isteyebileceği zamanın gelmiş bulunması yeterli olmayıp aynı zamanda o kararın kesinleşmesi de gerekir¹⁰. Yargıtay'ın bu yaklaşımı TBK döneminde de geçerliliğini koruyacağından¹¹ kira farkı alacağı ancak bu kesinleşme tarihinden itibaren TBK m. 315'e konu olur, yani kira tespit kararının kesinleşmesiyle muaccel hale gelen kira farkı alacağını ödemeyen kiracıya karşı kiraya veren yazılı olarak süre verip bu sürede de kiracı borcunu ödemezse kira sözleşmesini feshedeceğini bildirebilir¹².

BK döneminde Yargıtay, kiracının su parasını, elektrik parasını, kapıcı parasını, temizleme ve aydınlatma resmini ödememesinin, BK m. 260 anlamında kiraya verene süre vererek kira sözleşmesini feshedebilme olanağı tanımadığı görüşündeydi¹³. Bununla birlikte yine BK döneminde Yargıtay 6. Hukuk Dairesi miktarı belirli olan yakıt giderlerini kira bedelinden sayıp zamanında ödenmemesi halinde ihtar çekilebileceğine hükmetmişken¹⁴; 12. Hukuk Dairesi, yakıt parasının

⁸ AYDEMİR, s.154-155; C. YAVUZ, s.235.

⁹ YİBK 12.11.1979, E. 1979/1, K.1979/3, www.kazanci.com; Y. 6.HD. 19.12.2000, E.2000/10709, K.2000/10820, www.kazanci.com.

¹⁰ İBK 12.11.1979, E. 1979/1, K. 1979/3, www.kazanci.com.

¹¹ C. YAVUZ, s.235; AYDEMİR, s.154-155.

¹² AYDEMİR, s.155; GÜMÜŞ, s.303-304; GÖKALP, s.34.

¹³ YHGK. 6.3.1963, E.6-13, K.23, www.kazanci.com: "BK m. 260' daki kira parası sözü, gerçek kira parasını, yani malın kullanılmasının karşılığı olanı anlatmaktadır ki, kira akdinin özel şartı uyarınca kiracının ödemesi gereken kapıcı parası hiçbir zaman kira parası sayılmaz. O halde bu dava BK. m.260 a göre haklı değildir"; YİBK. 4.3.1968, E.1962/14, K.1968/7, www.kazanci.com: "Temizleme ve aydınlatma resminin kira parası sayılmayacağına ve kira parasının bir cüz'ü olmadığına ve bu resim ödenmediğinden BK 260.maddesine dayanılarak temerrüt sebebiyle kira akdinin feshi istenilmeyeceğine ilk görüşmede üçte ikiyi aşan oy çokluğuyla karar verildi"; Y. 6. HD. 04.05.2004, E.2004/3466, K.2004/3436, Müslim TUNABOYLU, *Borçlar Kanununa Göre Tahliye Davaları*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2007, s.246-247: "Kapıcı, su parası ve apartman genel giderleri kira alacağından sayılmadığından adi alacak niteliğindedir".

¹⁴ Y. 6. HD. 04.05.2004, E.2004/3466, K.2004/3436, TUNABOYLU, *Borçlar Kanununa Göre Tahliye Davaları*, s.246-247: "Taraflar arasındaki 1.8.1995 başlangıç tarihli bir yıl süreli kira sözleşmesinin özel 3.maddesinde belirtilen işletme giderleri arasında bulunan yakıt bedeli kiracıya aittir. Kapıcı, su parası ve apartman genel giderleri kira alacağından sayılmadığından adi alacak niteliğindedir. Ancak yakıt davası belli ve muayyen ise kira parasından sayıldığından ödenmemesi halinde temerrüde konu teşkil eder".

kira bedeline dâhil olduğu açıkça kararlaştırılmadığı sürece kira bedelinden sayılamayacağına hükmetmişti¹⁵. Ancak BK’ dan farklı olarak TBK’ da muaccel olan “kira bedelini ödeme borcunun ifa edilmemesi” dışında “yan giderleri ödeme borcunun ifa edilmemesi” hususu da hükmün kapsamına alınmakta ve kiraya verene kiracı tarafından ödenmesi gereken yan giderlerin ödenmemesi halinde de TBK m. 315 kapsamında kira sözleşmesini feshedebilme olanağı tanınmaktadır. Bu da TBK’ nın yan giderleri kira bedeli olarak kabul etmediğini; fakat kira bedelinden ayrı olarak yan giderlerin ödenmemesinin de kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesine imkân verdiğini kabul ettiğini göstermektedir.

TBK sistematığıne baktığımızda, hangi yan giderlere kiracının katlanmakla yükümlü olduğunu tespit edebilmek için TBK ‘nın kira sözleşmesine ilişkin Dördüncü Bölümünün Birinci Ayrımını teşkil eden “Genel Hükümler” bölümünde yer alan m. 303 ve m. 317’ yi; İkinci Ayrımı teşkil eden “Konut ve Çatılı İş Yeri Kiraları” bölümünden ise m. 341’ i incelemek yerinde olur¹⁶.

TBK m. 303, kural olarak kiraya verene ait olan yan giderlere katlanma yükümünü düzenlemektedir. Buna göre; “*Kiraya veren, kiralananın kullanımıyla ilgili olmak üzere, kendisi veya üçüncü kişi tarafından yapılan yan giderlere katlanmakla yükümlüdür*”. Bu durumda kiralanan eşyayla bağlantılı olan edimler, kiralananan yararlanmaya bağlı olarak yapılan harcamalar, yani “kullanma giderleri”¹⁷ m. 303 anlamında kiraya verenin katlanmak zorunda olduğu yan giderlerdir¹⁸. Örneğin¹⁹; merkezi ısınma, merkezi sıcak su, bekçi veya güvenlik şirketi giderleri, merdiven boşluğunun veya bacanın temizlik giderleri, bahçe düzenleme giderleri, asansör servis ve tamir giderleri, ortak anten gideri bu kapsamdadır. Ancak kiraya veren tarafından ödenmesi gereken bu yan giderleri kiracının ödemesi konusunda taraflar anlaşacak olursa ve buna rağmen kiracı bu tür yan giderleri ödemişse, kiraya veren TBK m. 315’e göre kira sözleşmesini feshedebilir²⁰.

¹⁵ Y. 12.HD. 03.11.1988, E.846, K.12615, **GÖKALP**, s.11, dipnot40: “Kiradan madut olmayan yakıt giderinin ödenmemesinin temerrüde esas olamayacağı nazara alınmadan tahliye karar verilmesi isabetsiz...”.

¹⁶ Benzer görüş: Murat **DOĞAN**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi – Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu - Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan)*, Turhan Kitabevi, 2011, s.503.

¹⁷ **DOĞAN**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s.503-504.

¹⁸ **GÜMÜŞ**, s.308.

¹⁹ **GÜMÜŞ**, s.308-309.

²⁰ **GÜMÜŞ**, s.309.

TBK m. 341 hükmü ise Konut ve Çatılı İş Yeri Kiraları hakkında bir düzenleme getirmektedir. TBK m. 341' e göre; “*Kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralarında, sözleşmede aksi öngörülmemişse veya aksine yerel âdet yoksa ısıtma, aydınlatma ve su gibi kullanma giderlerine katlanmakla yükümlüdür (f.1). Giderlere katlanan taraf, bu giderleri ispat edici belgelerin birer örneğini, istem üzerine diğer tarafa vermek zorundadır (f.2)*”. Bu hükme bakıldığında ise konut ve çatılı işyeri kiralarında kiralanana ilişkin ısıtma, aydınlatma, su, elektrik gibi “kullanma giderlerinin” aksi öngörülmedikçe kiracıya ait olduğu görülmektedir. Doktrinde de haklı olarak savunulduğu gibi aslında bu hüküm TBK m. 303 ile birlikte ele alınıp değerlendirilmelidir; ancak hükümde “yan gider” kavramı yerine sadece “gider” dediği için TBK m. 303 ile olan bağlantısının anlaşılması zorlaşmaktadır²¹. Konu bütünlüğü açısından 341. maddenin 303. maddenin ikinci fıkrası olarak düzenlenmesi daha uygun olurdu²². Nitekim TBK m. 303 ‘ün gerekçesinde bu madde ile m. 341 hükmünün bağlantısı şu şekilde kurulmaya çalışılmıştır: “*Yan giderlere katlanma borcu, tasarrufların 340. maddesinde de (kanunlaşmış haliyle m.341), konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından, kullanma giderleri başlığı altında, kiracının borcu olarak ayrıca düzenlenmiştir*”. TBK m.341’in gerekçesinde ise; “*Kiralananın boyanması, çatısının onarılması gibi kiralananın sözleşme süresince kullanıma elverişli durumda bulundurulmasıyla ilgili olan diğer yan giderler hakkında tasarrufların 302. maddesi (kanunlaşmış haliyle 303.m) uygulanacaktır*” denmektedir. Sonuç olarak Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına ilişkin 341. maddedeki özel hüküm gereği her ne kadar aksi öngörülmedikçe ısıtma, aydınlatma, su gibi kullanma giderlerine kiracı katlanacaksa da TBK m. 303’ deki genel hüküm gereği merdiven boşluğunun temizlenmesi, bahçenin bakımı ve düzenlenmesi, asansör işletme ve servis harcamaları gibi²³ yan giderler kiraya verene aittir.

TBK m. 317 ‘ye göre ise; “*Kiracı, kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerini ödemekle yükümlüdür. Bu konuda yerel âdete de bakılır*”. Bu maddenin kiracıya yüklediği “temizlik ve bakım giderleri” kiralananın olağan kullanımına ilişkin küçük temizlik ve bakım giderleridir²⁴. Örneğin tıkanan lavabo ve tuvaletlerin açılması, kış aylarında soğuk hava gelmemesi için pencerelerin müflon ile kapatılması, kapıcı ücreti gibi giderler kiracı tarafından ödenmesi gereken temizlik ve bakım giderleridir²⁵. Kiralanan şeyin devamlılığı-

²¹ GÜMÜŞ, s.310.

²² DOĞAN, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s.504.

²³ GÜMÜŞ, s.311.

²⁴ GÜMÜŞ, s.347; DOĞAN, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s.503.

²⁵ DOĞAN, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s.503.

nı sağlamak için yapılması zorunlu olan, olağan kullanımı aşan büyük (önemli) temizlik, bakım ve tamirat masrafları, yani “koruma ve onarım giderleri”²⁶ ise kiraya verene aittir²⁷. TBK m. 317’ nin gerekçesinde de BK’ nın 258. maddesinin ikinci fıkrasına atıf yapılarak “tamir kiraya verene aittir” şeklindeki hükmün m. 303 (tasarıda m. 302) kapsamında olduğu için m. 317’de ayrıca düzenlenmediğine vurgu yapılmaktadır. Örneğin kiralanan taşınmazın kâğıtla kaplatılması gibi giderler kiraya verene ait olur²⁸. Temizlik veya tamiratın küçüklük veya büyüklüğüne yönelik değerlendirmelerde bulunulurken, TBK m.317’ nin ikinci cümlesinde hükme bağlandığı üzere, yerel adetlere de bakılır²⁹.

Sonuç olarak TBK m. 303, m. 317 ve m. 341 hükümlerini birlikte değerlendirildiğinde görülmektedir ki; “yan giderler“ terimi bir üst terimdir ve “kullanma giderleri”, “temizlik ve bakım giderleri”, “koruma ve onarım giderleri” yan giderleri oluşturmaktadır. TBK bunlardan temizlik ve bakım giderlerini kiracıya yüklerken koruma ve onarım giderlerine kiraya verenin katlanacağını düzenlemektedir. Kullanma giderleri ise kiraya verene ait olmakla birlikte, konut ve çatılı iş yeri kiralalarında ısıtma, aydınlatma, su gibi kullanma giderleri kural olarak kiracıya yüklenmektedir³⁰. İşte BK ‘dan farklı olarak TBK m. 315’ e eklenen “kiracının ödemekle yükümlü olduğu yan gider borcunu” bu doğrultuda değerlendirmek gerekir.

Bu belirlemeyi yaptıktan sonra belirtmek gerekir ki, kiracı ile kiraya verenin arasında bir erteleme sözleşmesinin olması gibi kiracının kira bedelini veya yan gideri ödemede gecikmemiş olması sonucunu doğuracak bir durum varsa ya da kiraya veren para niteliğinde olan kira bedelini almakta temerrüde düşmüş olup da kiracı mahkemeye tevdi yeri tayin ettirip kira bedelini oraya yatırmışsa TBK m. 315 anlamında “kira bedelini veya yan giderleri ödeme borcunu ifa etmemekten” söz edilemez. Ancak kiraya veren alacaklı temerrüdüne düşmüş olsa bile kiracı mahkemeye başvurarak tevdi yeri tayin ettirmez ve buraya kira bedelini veya yan giderleri yatırmazsa bu borcundan kurtulmuş olamaz³¹. Konutta ödemeli olarak gönderilen kira

²⁶ DOĞAN, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s.504.

²⁷ GÜMÜŞ, s.347; C. YAVUZ, s.216; DOĞAN, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s.503.

²⁸ C. YAVUZ, s.216.

²⁹ GÜMÜŞ, s.348.

³⁰ DOĞAN, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s.504.

³¹ Haluk TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri - Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri*, Cilt: 1/2, Vedat Kitapçılık, 4. Tıpkıbasım, İstanbul 2008, s.212; GÜMÜŞ, s.392; C. YAVUZ, s.235; Nihat YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.114; AYDEMİR, s.161; GÖKALP, s.25; Y. 6.HD. 29.1.1987, E.1986/14741, K.1987/771,

bedelini kiraya verenin kabul etmemesi halinde ise kiracının ödemede bulunmamış sayılmaması için mahkemeden tevdi yeri tayin ettirmesine gerek yoktur³².

Kira bedelinin kısmen ödenmemiş olması halinde de TBK m. 315 uygulama alanı bulur³³. Kiranın aylık ödeme gibi bölümler halinde ödenmesi öngörülen hallerde, bu bölümlü ödemelerin birinin (örnekte tek bir ayın) bile ödenmemesi kiraya verenin sözleşmeyi feshetmesine neden olabilir³⁴. BK dönemine ilişkin olmak üzere Yargıtay kararlarında³⁵ eksik ödenen miktarın cüz'î bir miktar olmasının BK m.260'ın uygulanmasını engellemeyeceğini savunmuştur. Aynı şekilde geçmiş yıllara ait kira bedelinin ödenmemiş olması halinde de TBK m. 315 gereği kira sözleşmesinin feshi gündeme gelebilir³⁶.

Kira alacağına faiz yürütüldüğü hallerde ise kiraya veren kiracının ödediği bedeli faize sayarak kira bedelinin ödenmediği iddiasında bulunamaz ve bu gerekçeyle sözleşmeyi feshedeceğini bildiremez³⁷.

Bunlarla birlikte Kat Mülkiyeti Kanunu m. 20 ve 22 uyarınca³⁸ kiracının, kiraya verenin ödemesi gereken kat mülkiyetine tabi binanın ortak masraflarını

www.kazanci.com; YHGK 07.11.1980, E.1979/12-224, K.1980/2333, www.kazanci.com: "İkametgâhta kirayı kabul etmeyen kiralayan direngen olur. Ödemenin tevdi yerine yapılması gerekir. Tevdi yeri belirlenmeden kendisine ihtarname gönderilmişse ve kiracı da vezneye yatırma yerine tevdi yeri kararını beklemişse hakkını kötüye kullanmış olur".

³² GÖKALP, s.25. İki haklı ihtar sebebiyle tahliyeye ilişkin olarak bk. DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.198.

³³ AYDEMİR, s.150; TANDOĞAN, s.211.

³⁴ AYDEMİR, s.150.

³⁵ Y. 6.HD. 22.3.2004, E.2004/1915, K.2004/1906, www.kazanci.com; Y. 6. HD. 09.02.1993, E.1093, K.1373, TUNABOYLU, *Borçlar Kanununa Göre Tahliye Davaları*, s.327.

³⁶ GÖKALP, s.12-13; TANDOĞAN, s.211-212.

³⁷ AYDEMİR, s.156.

³⁸ **Kat Mülkiyeti Kanunu Madde 20 – (Değişik birinci fıkrası: 13.4.1983 - 2814/9 Md.):** "Kat maliklerinden her biri aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça:

a) Kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak;

b) Ana gayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında katılmakla yükümlüdür.

c) Kat malikleri ortak yer veya tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek veya kendi bağımsız bölümünün durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle bu gider ve avans payını ödemekten kaçınamaz".

Kat Mülkiyeti Kanunu Madde 22 – (Değişik birinci fıkrası: 13.4.1983 - 2814/10 Md.): "Kat malikinin, 20'nci madde uyarınca payına düşecek gider ve avans borcundan ve gecikme tazminatından, bağımsız bölümlerin birinde kira akdine, oturma (sükna) hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı bir şekilde faydalananlar da müştereken ve müteselsilen sorumludur. Ancak, kiracının sorumluluğu ödemekle yükümlü olduğu kira miktarı ile sınırlı olup, yaptığı ödeme kira borcundan düşülür".

ödemesi halinde, bunları kira bedelinden indirme hakkı olduğu için³⁹ bu indirim sonrası eksik ödemede bulunan kiracı için TBK m.315 hükmü uygulanamaz. Yine kiracının konut ve çatılı iş yeri kiralarında söz konusu bu ortak masrafları bina yönetimine ödediği; kiraya verene ödeme yapmadığı gerekçesiyle TBK m.315 hükmü işletilemez⁴⁰.

Muaccel olan kira bedelinin nereye ödeneceği hususu da temerrüt olgusunun varlığı için önem arz etmektedir. İfa yeri tespit edilirken bakılacak ilk yer, kira sözleşmesinde buna ilişkin bir hükmün olup olmadığıdır. Kira sözleşmesi ile kira bedelinin nereye ödeneceği kararlaştırılmışsa (banka hesabına ödeme, konutta ödeme, iş yerinde ödeme gibi) kira bedeli oraya ödenir⁴¹. Eğer sözleşmede ödeme yeri, konutta ödemeli olarak kararlaştırılmışsa kiracı kira bedelini kiraya verenin konutuna giderek ödemelidir. Ancak bu durumda kira bedelinin ikametgâhta ödemeli posta havalesi yoluyla ödenmesinde de bir sakınca yoktur. Ama bunun yerine parayı adi posta havalesi yoluyla postahaneye yatırarak olursa kiraya verenin parayı buradan alma gibi bir yükümlülüğü olmadığı için bu durumda kiracı kira bedelini ödememiş duruma düşer⁴².

³⁹ Y. 6.HD. 3.6.1987, E.1987/4834, K.1987/6756, www.kazanci.com: “634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 2814 sayılı kanunla değişen 22.maddesinde, ortak giderlerden kiracı da müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Kiracı, kiralayan adına ödediği ortak gideri kira borcundan mahsup edecektir... Bütün sorun bu gibi ödemelerin yapılması hallerinde kiralanana önceden haber verilip verilmeyeceği hususunda toplanmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi müşterek ve müteselsil sorumluluk nedeniyle kiracının işgal ettiği kiralananına isabet eden 634 sayılı kanunun 20.maddesinde yazılı giderleri ödeme zorunluluğu vardır. Bunun sonucu olarak da yaptığı ödemeleri kiralayana haber vermeden kira parasından mahsup etmeğe yasal hakkı bulunmaktadır.. Bu durumda davalının temerrüdünden bahsedilemez”.

⁴⁰ **AYDEMİR**, s.154; Y. 6.HD. 3.6.1987, E.4834, K.6756, **N. YAVUZ**, *Türk Kira Hukuku*, s.3696-3699.

⁴¹ **AYDEMİR**, s.159; **GÜMÜŞ**, s.350; **ARAL/AYRANCI**, s.251; **GÖKALP**, s.22-23.

⁴² **AYDEMİR**, s.159-160; **GÖKALP**, s.22-23; Y. 6.HD. 22.05.2005, E.10878, K.1330, www.kazanci.com: “Kira parası kiralayana götürülüp ödenmesi gereken borçlardan olduğundan ya kiralayanın adresinde elden ödenmesi veya gideri kiracıya ait olmak koşuluyla konutta ödemeli olarak PTT kanalıyla gönderilmesi gerekir. Bundan ayrı, sözleşmede özel bir koşul kabul edilmiş ise bu hususta göz önünde tutulmalıdır. Açıklanan şekilde yapılmayan ödemeler yasal ödeme olarak kabul edilemez. Olayımızda; taraflar arasındaki 01.05.2003 başlangıç tarihli kira sözleşmesi ve 11.08.2003 tarihli protokolün 1. maddesi gereğince 2004 yılı Nisan ayı kirasının 250.000.000.-TL olduğunun kabulü gerekir. Kira sözleşmesinde kira parasının her ayın 1’i ile 5’i arasında ödeneceği öngörülmüştür. Davalı kiracı tarafından Nisan 2004 ayı kirası olarak 250.000.000.-TL konutta ödemeli olmaksızın 06.04.2004 tarihinde PTT kanalıyla davacı adına havale edilmiştir. Bu havalenin alıcısı tarafından alınmadığı ve halen merkezde bekletildiği PTT İşletme Müdürlüğü’nün cevabi yazılarından anlaşılmaktadır. Bu durumda davalının temerrüdünün gerçekleştiği dikkate alınarak kiralananın tahliyesine ve 250.000.000.-TL. alacağın tahsiline karar vermek gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddedilmesi doğru değildir”.

Kira bedelinin ödeme yeri sözleşmede kararlaştırılmamışsa bu durumda TBK'nın tamamlayıcı hükümleri devreye girer. Kira bedeli kural olarak para borcudur⁴³. TBK m. 89'a göre para borçları, götürülecek borçlardandır ve alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilir. Ancak kira bedelinin bir kambiyo senediyle (örneğin çek ya da bono ile) ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerde kira bedelini ödeme borcu aranacak borç haline geleceğinden, bu durumda kiracının bu kambiyo senetlerini kiraya verene vermiş olması kira bedeli borcunu ifa ettiği anlamına gelmez. Bu senetlerin tahsili gerçekleştiğinde borç ifa edilmiş olur. Senedin tahsili aşamasında ise, aranacak borç olması itibariyle kiraya verenin senedi kiracıya ibraz ederek bedelini istemesi veya tahsili için bankaya vermesi gerekir⁴⁴. İşte bundan sonra kira bedelini oluşturan senet miktarı ödenmezse, TBK m. 315'e göre kiraya verenin yapacağı ihtarı takiben yine de senet bedelinin tahsil edilememesi koşuluyla, kira sözleşmesinin feshedileceği bildirilebilir.

Kira bedelinin veya yan giderin banka hesabına ödenecek olması ihtimalinde yanlış hesap numarasına ödeme yapma ya da hesaba geç geçirmenin sonucuna kiracı katlanır⁴⁵.

Son olarak belirtilmesi gereken bir başka husus da şudur: BK döneminde Yargıtay tarafından "bir aylık kira ödenmediği takdirde diğer ayların kiralaları da muaccel olur" kayıtları geçerli kabul ediliyordu ve bu kayıtlar taraflar için bağlayıcı nitelik arz ediyordu⁴⁶. Hal böyle olunca BK m.260 bağlamında kiraya verenin ihtarda belirttiği süre içinde, geciken ve muaccel hale gelen tüm kira bedelinin de ödenmesi gerekiyordu. Ancak TBK m. 346, c. 2 gereği artık konut ve çatılı iş yeri kiralalarında kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersiz kabul edilmektedir⁴⁷. Buna göre: "Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir". Ancak bazı iş yeri kiralalarına ilişkin olmak üzere 6353 sayılı kanun ile değişik 6217 sayılı Kanun'un geçici 2. mad-

⁴³ DOĞAN, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s.197; GÜMÜŞ, s.349; ARAL/AYRANCI, s.212-213; GÖKALP, s.10.

⁴⁴ AYDEMİR, s.162-163.

⁴⁵ GÜMÜŞ, s.392.

⁴⁶ Y. 6.H.D. 27.2.1992, E.1992/2471, K.1992/2868, www.kazanci.com: "Taraflar arasındaki 25.6.1989 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin özel şartlarının 3. Maddesinde de; bir kira bedelinin ödenmemesi halinde bir yılın tüm kiralaları muaccel olur hükmü bulunmaktadır. Taraflarca kararlaştırılmış olan bu şart geçerli ve onları bağlar niteliktedir"; Y. 6.HD. 17.6.1997, E.5416, K.5544, N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3465-3466.

⁴⁷ C. YAVUZ, s.236; AYDEMİR, s.156-157.

desi şu hükmü içermektedir: “*Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354’üncü maddeleri 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*”. Buna karşılık TBK’ da Kira Sözleşmesine ilişkin “Genel Hükümler” ayrımı ile “Ürün Kirasına” ilişkin ayırmada bu konuyla ilgili bir açıklık bulunmadığı, bir yasaklama getirilmediği için konut ve çatılı iş yeri kiralaları dışında bu tür kayıtlara izin verildiği sonuna varılabilir⁴⁸.

3. Yazılı ihtar beyanı ile süre verilmesi

a. İhtar Beyanı

Kiracının kira bedelini veya yan giderleri ödememesi üzerine kiraya veren, yazılı geçerlilik şartına tabi olan bir ihtar beyanı ile TBK m. 315, f. 2’ ye uygun olarak kiracıya bir süre vermesi gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; kira bedeli veya yan gider borcu muaccel hale gelmeden önce yapılacak ihtarlar geçerli olmaz⁴⁹.

BK döneminde gerek bazı Yargıtay kararları gerek doktrindeki bazı yazarlar süre vermek suretiyle yapılacak olan bu ihtarın geçerli olması için yazılı şekilde yapılması ve ihtarnamede hangi aylara ilişkin kira bedellerinin istendiğinin, istenilen kira bedellerinin miktarının, bunların ödenmeleri için verilen sürenin, verilen süre içinde kira bedelinin ödenmemesi halinde sözleşmenin feshedileceğinin ve tahliye davası açılacağı yazılması gerektiğini savunmaktaydı⁵⁰.

⁴⁸ AYDEMİR, s.157.

⁴⁹ GÜMÜŞ, s.393.

⁵⁰ Erzan ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1973, s.37-38; Y. 6. HD. 27.2.1987, E.407, K.2184, N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3715: “Temerrüdün oluşması için BK.nun 260.maddesinde öngörülen ihtar koşulunun yerine getirilmesi, bu ihtarda istenen kiralarn açıkça belirtilmesi, ödenmesi için yasal 30 günlük süre verilmesi, ödenmediği takdirde akdi fesih ile tahliye davası açılacağı bildirilmesi zorunludur. İhtarın noter aracılığıyla gönderilmesi şart değildir. Mahiyeti ispat edilmek kaydı ile mektup şeklinde de gönderilmesi mümkündür. Sözlü ihtar esas alınmaz”; Y. 6.HD. 30.3.1987, E.1987/2845, K.1987/K.3824, www.kazanci.com; Y. 6.HD. 12.02.2001, E.2001/857, K.2001/1012, www.kazanci.com:

“Direnime dayalı ihtarnamede 30 gün içinde kiranın ödenmesi koşulu yeterli olmayıp, ödenme halinde fesih veya tahliye davası açılacağı da bildirilmesi gerekir.”; Y. 6.HD.21.06.2005, E.2005/5118, K.2005/6422, www.kazanci.com: ”Direnim nedeniyle kiracıya gönderilen ihtarnamede her ne kadar 30 günlük süre verilmişse de, ihtarnamede ödememe durumunda akdin feshedileceği açıklamasına yer verilmediği için buna dayanılarak tahliye istenemez”.

TBK m.315 hükmü ise bu hususta, kiracıya yapılacak ihtarın yazılı olması şartını, ifa için verilen sürenin ve ifa etmeme halinde sözleşmenin feshedileceği hususunun ihtarda yer alması gerekliliğini aramaktadır⁵¹. Ancak doktrinde haklı olarak savunulduğu gibi yapılan ihtarda hangi aylara ait kira bedelinin istendiğinin ve istenilen kira bedeli ya da yan gider miktarının belirtilmesini aramaması isabetli değildir⁵²; olması gereken, BK dönemindeki bazı Yargıtay uygulamalarında da olduğu gibi, bu sözü geçen hususların da ihtarda yazılması şartının aranmasıdır⁵³.

İhtar ile verilen süre içinde işleyecek olan ödenmemiş kira bedelleri veya yan giderler bu ihtarın kapsamı dışında kalır. Zira söz konusu ihtar, çekildiği tarihe kadar işlemiş olan kira bedelleri veya yan giderler için hüküm ifade eder⁵⁴.

İhtar genel olarak noter aracılığı ile yapılmaktadır⁵⁵. Ancak BK döneminde, taşınmaz kiralaları bakımından, m. 206' a dayalı süre vermeye ilişkin ihtar ve sonrasında tahliye işlemi, daha pratik olduğu için İcra İflas Kanunu'nun (İİK) 269. maddesine göre kiracıya karşı yapılacak icra takibi sonucunda gönderilen ve BK m.260 'daki koşulları içeren "ödeme emrine" ve takibin kesinleşmesi ve yasal sürenin geçmesinden sonra İcra Mahkemesi'nden istenecek tahliye talebine dayalı olarak yapılmaktaydı⁵⁶. Söz konusu maddeye göre; "*Takip adi kiralara veya hâsılat kiralalarına mütedair olur ve alacaklı da talep ederse ödeme emri, Borçlar Kanununun 260 ve 288'inci maddelerinde yazılı ihtarı ve kanuni müddet geçtikten sonra tetkik merciinden borçlunun kiralanan şeyden çıkarılması istenebileceği tebliğini ihtiva eder*". Aynı uygulamanın TBK döneminde de söz konusu olmasına bir engel yoktur. TBK m. 315' e dayalı süreye ilişkin ihtar da

⁵¹ DOĞAN, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s.505; C. YAVUZ, s.236; GÜMÜŞ, s.392; N. YAVUZ, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları, s.113; AYDEMİR, s.151; Faruk ACAR, "Kira Sözleşmesi ve Kefalet", *Legal Hukuk Dergisi*, Legal Yayıncılık, Cilt: 3, Sayı: 33, Eylül 2005, s.3688; ARAL/AYRANCI, s.275; Erzan ERZURUMLUOĞLU, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2012, s.91.

⁵² DOĞAN, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s.505.

⁵³ GÜMÜŞ, s.392. Aksi görüş için bk. N. YAVUZ, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları, s.113: "İhtarname ödenmeyen ayların belirtilmesi mutlak olarak geçerlilik şartı değildir".

⁵⁴ TANDOĞAN, s.216; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3722.

⁵⁵ ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.38; GÖKALP, s.52.

⁵⁶ TANDOĞAN, s.216; GÜMÜŞ, s.393-394; ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.38; Aydın ZEVKLİLER / Emre GÖKYAYLA, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, 11. Bası, Ankara 2010, s.261.

İİK m. 269 hükmü uyarınca yapılacak icra takibi sonucu gönderilecek ödeme emri ile ve tahliye işlemleri ise yine İİK m. 269 hükmü uyarınca İcra Mahkemesi'nden kiracının tahliyesi istenerek gerçekleştirilebilir⁵⁷.

İhtarda bulunacak olan taraf kiraya veren; ihtarın muhatabı ise kiracı olmalıdır⁵⁸. Birden fazla kiraya veren varsa birlikte süre vermeleri gerekir⁵⁹. Kira bedeli ya da yan gider alacağı kiraya veren tarafından üçüncü bir kişiye temlik edilmiş olsa dahi ihtarda bulunacak taraf yine kiraya verendir⁶⁰. Birden fazla kiracının söz konusu olması halinde ise ihtarın tüm kiracılara yöneltilmesi gerekmektedir⁶¹.

b. Süre Verilmesi

Kiracıya verilecek olan süre konusunda TBK yeni bir hüküm getirmiştir. BK'ya göre kiracıya verilecek süre, adi kira söz konusu olduğunda kira sözleşmesinin belirli süreli ya da belirsiz süreli olmasına göre değişmekteydi. Şöyle ki; belirli süreli kira sözleşmelerinde kira süresi altı ay veya daha fazla ise kiracıya verilecek süre 30 gün, kira süresi altı aydan az ise 6 gündü. Belirsiz süreli kira sözleşmeleri konusunda kanunda bir düzenleme yer almadığı için konu doktrin ve uygulamada tartışmalıydı⁶².

TBK'ya bakıldığında ise, kiracıya tanınacak ödeme süresinin belirlenmesi açısından kira sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli olmasının önem arz etmediği görülmektedir⁶³. TBK m. 315, f. 2 gereği kira sözleşmesinin süresi ne olursa olsun kira bedelini ya da yan giderleri ödeme borcunu yerine getirme-

⁵⁷ GÜMÜŞ, s.394.

⁵⁸ GÜMÜŞ, s.393; GÖKALP, s.39.

⁵⁹ TANDOĞAN, s.218; GÜMÜŞ, s.393; GÖKALP, s.42; Y. 6.HD. 23.1.1995, E.260, K.428, N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3711: "Temerrüde dayanan davanın tüm kiralayanlar tarafından birlikte açılması, da vanın dayanağı olan ihtarnamenin dahi tüm kiralayanlar tarafından keşide edilmesi zorunludur"; Y. 6.HD. 24.04.1995, E.4151, K.4272, TUNABOYLU, *Borçlar Kanununa Göre Tahliye Davaları*, s.299.

⁶⁰ GÜMÜŞ, s.393; GÖKALP, s.39.

⁶¹ GÖKALP, s.43; Y. 6. HD. 16.1.1995, E.13159, K.101, N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3711: "Temerrüt ihtarı sadece davalı (Y.E.)'ye keşide edilmiş ve dava da bu şahıs aleyhine ikame edilmiştir. Mecburi dava arkadaşlığı kuralı gereği ihtarın her iki kiracıya gönderilmesi ve davanın da bu kiracılar aleyhine açılması gerekir".

⁶² Doktrindeki bir görüşe göre, BK m.262'deki fesih süreleri esas alınarak fesih bildirimini yapılabileceği dönemler kira süresi olarak kabul edilmeli ve ona göre verilecek süre saptanmalıydı. Buna göre, döşenmiş olmayan taşınmazlarda kira süresi altı ay olarak farz edilip süre 30 gün, döşenmiş olanlarda ve taşınır kiralalarında ise kira süresi bir ay farz olunarak süre 6 gün olarak hesap ediliyordu (Bu yönde bk. ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.36; TANDOĞAN, s.213-214). Buna karşılık diğer görüş; bu durumda verilecek sürenin genel olarak her halde 30 gün olması gerektiğini savunmaktaydı.

⁶³ GÜMÜŞ, s.393.

yen kiracıya karşı kiraya verenin tanıyacağı süre kural olarak en az 10 gündür, bu süre bütün kiralarda geçerli olan genel nitelikte bir süredir. Ancak yine kanuna göre konut ve çatılı iş yeri kiralarında bu süre 30 günden az olamaz⁶⁴.

TBK m. 315, f. 2, c. 2 hükmü; 10 veya 30 günlük yasal sürelerin kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağını düzenlemektedir. Hal böyle olunca bu yasal süreler hesaplanırken, kiracıya ihtar yapıldığı gün hesaba katılmaz⁶⁵. Örneğin⁶⁶ kiraya veren 15.10.2011 tarihinde ihtar göndermiş, fakat bu ihtar kiracıya 23.11.2011 tarihinde tebliğ edilmişse, ihtarla verilen süre ilk gün hesaba katılmaksızın 24.11.2011 tarihinden itibaren işlemeye başlar. BK döneminde de, her ne kadar kanun m. 260, f. 2’de bu sürenin, ihtarın kiracıya tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağını hükme bağlamış olsa da, Yargıtay’ın 22.6.1966 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı⁶⁷ na göre, sürenin hesabında ihtarın tebliğ edildiği gün hesaplanmıyordu. Görüldüğü üzere TBK, Yargıtay’ın BK dönemindeki bu uygulamasına paralel bir hüküm getirmektedir.

Kiracıyı koruma amacı güden, kamu düzenini ilgilendiren bu asgari sürelerin kısaltılmasına ilişkin ya da ödeme yapılmadığı takdirde kiraya vereni süre vermeksizin derhal sözleşmeyi sona erdirmeye yetkili kılan sözleşme hükümleri TBK m. 315 hükmünün emredici niteliği karşısında hükümsüzdür. Ancak hükmün getirdiği yasal süreler kiracı lehine nispi emredici niteliğe haiz olduğundan, taraflar aralarında yapacakları bir sözleşme ile bu yasal süreleri uzatabilirler⁶⁸.

Kira bedeli veya yan gider borcu ihtarda belirtilen süre içerisinde ödenir veya takas yoluyla sona erdirilir ya da kira bedelini almaktan kaçınan kiraya verene karşı mahkemedeki tevdi mahalli tayin ettirilip bu tevdi mahalline ödeme yapılır ise kiraya veren artık sözleşmeyi feshedeceğini bildiremez⁶⁹. Ancak TBK m. 315 hükmüne göre yapılan bu ihtar, Konut ve Çatılı İş Yeri Kiraları bakımından TBK m. 352, f. 2’ nin uygulanmasında dikkate alınır⁷⁰. Yani bu ihtar,

⁶⁴ DOĞAN, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s.505; CERAN, s.240; C. YAVUZ, s.236; GÜMÜŞ, s.393; AYDEMİR, s.151; ACAR, s.3688; ARAL/AYRANCI, s.275.

⁶⁵ C. YAVUZ, s.236; CERAN, s.241; N. YAVUZ, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları, s.113; AYDEMİR, s.151.

⁶⁶ Örnek için bkz. AYDEMİR, s.151.

⁶⁷ İBK. 22.6.1966, E.1966/8, K.1966/8, www.kazanci.com.

⁶⁸ GÜMÜŞ, s.393; C. YAVUZ, s.236; N. YAVUZ, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları, s.113; AYDEMİR, s.159.

⁶⁹ C. YAVUZ, s.236; N. YAVUZ, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları, s.114; AYDEMİR, s.151.

⁷⁰ C. YAVUZ, s.236. 818 sayılı kanun döneminde de bu yönde; TANDOĞAN, s.217-218; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.261.

“iki haklı ihtar sebebiyle tahliye” olarak nitelendirilen TBK m. 352, f. 2 hükmünün uygulanmasında “haklı ihtar” olarak sayılır ve dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesi sonucunu doğurmaya yarayabilir.

C. KİRA SÖZLEŞMESİNİN FESHEDİLMESİ VE HÜKÜMLERİ

1. Kira Sözleşmesinin Feshi

Kira bedeli veya yan gider borcu ihtarda belirtilen yasal (veya daha uzun) süre içerisinde ödenmez veya takas yoluyla sona erdirilmez ya da kira bedelini almaktan kaçınan kiraya verene karşı mahkemeden tevdi mahalli tayin ettirilip bu tevdi mahalline ödeme yapılmaz ise kiraya veren sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir. Dolayısıyla ihtarda belirtilen yasal (veya daha uzun) süre dolduktan sonra kiracının ödeme yapması ya da bu borcunu hiç ifa etmemesi bir farklılık yaratmaz. Her iki halde de kiraya veren fesih hakkını kullanabilir⁷¹. TBK m. 315 hükmü bu haliyle, kiraya verene süresi henüz dolmamış kira sözleşmesini önceden fesih yetkisi veren bir düzenlemedir⁷².

Kira bedelini veya yan giderleri ödeme borcunu ifa etmeyen kiracı, TBK m. 315 ‘e uygun olarak yapılan ihtarla rağmen kendisine verilen süre içerisinde yine de borcunu ödemezse ortaya çıkacak sonuçlar ile BK m. 260 hükmünün sonuçları büyük bir farklılık arz etmektedir. Şöyle ki; BK m. 260’a göre kiraya verenin ihtar ile verdiği sürenin sonunda, ayrıca bir fesih beyanına gerek olmaksızın kira sözleşmesi kendiliğinden sona eriyordu⁷³. TBK’ya bakıldığında BK’nın bu kabulünden vazgeçilmiş olduğu görülmektedir. Artık kiraya veren, ihtar ile tanıdığı süre içerisinde borcun yine de ifa edilmemiş olması durumunda kira sözleşmesini fesih hakkını kullanarak fesih iradesini ortaya koyan bir bildirimde bulunacak olursa kira sözleşmesi ileriye etkili olarak (*ex nunc*) ortadan kalkar ve taliye davası açılabilir⁷⁴.

Kiraya verenin yapacağı fesih bildirimine ilişkin TBK m. 315’de herhangi bir şekil zorunluluğu öngörülmemektedir; ancak konut ve çatılı iş yeri kiralari söz konusu olduğunda TBK m. 348 gereği TBK m.315 ‘e göre yapılacak fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmadığı sürece geçerli olmayacağı kabul edilmektedir⁷⁵.

⁷¹ AYDEMİR, s.151; Y. 6. HD. 11.03.2002, E.2002/1293, K.2002/1563, www.kazanci.com: "Kira parasının yasal süre geçmesinden sonra ödendiği sabit olduğuna göre tahliye temerrüdü oluşmuştur".

⁷² ARAL/AYRANCI, s.275.

⁷³ TANDOĞAN, s.218-219; ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.39.

⁷⁴ GÜMÜŞ, s.394; C. YAVUZ, s.236.

⁷⁵ GÜMÜŞ, s.394; C. YAVUZ, s.236.

Taşınmaz kiralari bakımından kiraya veren fesih bildiriminde bulunduktan sonra, ya sulh hukuk mahkemesinde (HMK m. 4, f. 1, b. a) dava açmalı ya da icra takibi yapılmalıdır⁷⁶. Bu bağlamda ödeme emri gönderen kiraya veren, kiracının buna itiraz etmesi halinde icra takibine devam ederek itirazın kaldırılması yoluna başvurabileceği gibi, yetkili sulh hukuk mahkemesine de başvurabilir. İhtar gönderen kiraya veren ise icra yoluna başvuramaz; ancak yetkili sulh hukuk mahkemesine başvurabilir⁷⁷.

BK döneminde de doktrin bu bağlamda ikili bir ayırım yapmaktaydı. Buna göre özetle, “*Kiraya veren süre vermek için çektiği ihtarı ödeme emri göndermek suretiyle yapmadıysa tahliye için direkt icra dairesine gidemez, önce dava açması gerekir. İhtar icradan ödeme emri gönderilmek suretiyle yapılmışsa, kiracının İİK m. 269 ‘daki süreler içerisinde ödeme emrine itiraz etmemesi ya da itiraz etmiş olsa bile bu itirazın İİK m. 269/b uyarınca kaldırılması halinde, icra mahkemesi ilk durumdaki İİK m. 269/a’ ya göre, ikinci durumda ise İİK m. 269/c’ ye göre tahliyeye karar verir. Bu karar henüz kesinleşmemiş olsa dahi kiracıya tefhimi veya tebliği tarihinden itibaren 10 gün geçtikten sonra infaz edilebilir*” denilmektedir⁷⁸.

Belirtmek gerekir ki, İİK m. 269 ve devamına dayalı olarak yapılan tahliyenin, TBK için de geçerli olabilmesi için, kiraya verenin süre verdiği bildiriminde, yani burada ödeme emrinde, fesih iradesini de ortaya koymuş olması gerekir. Zira TBK m. 315’e göre, kira sözleşmesinin sona erebilmesi için kiraya verenin fesih bildiriminde de bulunmuş olması zorunluluğu vardır. Süre vermek için yaptığı ihtar da aynı zamanda fesih bildiriminde de bulunabileceğinden ödeme emrinde bu bildirim de yapmasına bir engel yoktur (İİK m. 269, f. 1). Ama fesih iradesini de içeren bu bildirim sözleşmeyi sona erdirebilmesi için TBK m. 315, f. 2’ deki asgari sürelerin geçmesi gerekir⁷⁹.

Sonuç olarak, ister ihtar ister ödeme emri aracılığı ile kiracıdan bildirim tarihine kadar ödenmeyen kiralardan ödenmesi istensin, verilen süre içinde borç ifa edilmezse, fesih bildiriminde de bulunmuş olması koşuluyla, sözleşmenin feshi ve kiralananın tahliyesi gündeme gelir.

Sulh hukuk mahkemesinde açılacak olan dava bakımından ise, bu davanın belli bir sürede açılmasına yönelik herhangi bir sınır bulunmamaktadır. Bu nedenle dava açılabilmesi için kira sözleşmesinin bitmesini bekleme zorunluluğu da yoktur. Ancak bu davanın uygun bir süre içerisinde açılması gerekir. İhtar ile verilen süre dolup da aradan uzun bir zaman geçtikten sonra dava açılması hak-

⁷⁶ AYDEMİR, s.163-164; GÜMÜŞ, s.393-394.

⁷⁷ AYDEMİR, s.163-164.

⁷⁸ TANDOĞAN, s.219; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3732-3741.

⁷⁹ C. YAVUZ, s.237.

kın kötüye kullanılması sonucunu doğurur⁸⁰. Hatta bu davanın uygun bir süre içinde açılmaması davadan zımnen feragat edildiği şeklinde de anlaşılabilir⁸¹. Bunun gibi henüz ihtar ile verilen süre dolmadan açılacak dava da isabetsiz olur. Zira kanuna göre, kiracıya tanınan sürenin dolmasının beklenmesi fesih koşuldur⁸². Bu nedenle hem ilk durumda hem de ikinci durumda açılan davanın reddi gerekir. İkinci durumda davanın reddedilmiş olması, ihtar ile verilen sürenin dolmasından sonra açılacak dava için kesin hüküm teşkil etmez⁸³.

Kira bedelinin ve ödemekle yükümlü olunan yan giderlerin ödenmesi gereken kişi; kira sözleşmesinin tarafı olan kiraya verendir. Zira kiraya veren ile malik farklı kişiler olabilir; ancak kiraya veren malik olmasa bile kira bedelinin bu kişiye verilmesi gerekir⁸⁴. Bu durumda TBK m. 315' e dayanan fesih bildirimini yapacak olan ve tahliye davasını açacak olan kişi de kiraya verendir⁸⁵. Malikin kira bedelinin ödenmemesinden dolayı sözleşmenin feshini bildirebilmesi ve tahliye davası açabilmesi için önce kiracıyı kira bedelinin kendisine ödenmesi konusunda uyarması, daha sonra kiracıya TBK m. 315'e göre süre vermesi ve son olarak kiracının bu sürede de ödeme yapmamış olması gerekir⁸⁶. Nitekim BK döneminde Yargıtay'ın görüşü de bu yöneydi⁸⁷. Bu husus TBK döneminde de geçerliliğini korumaktadır⁸⁸.

Kiraya veren kira bedeli alacağını üçüncü bir kişiye temlik etse bile, fesih hakkı yine kendisine ait olur⁸⁹.

⁸⁰ **AYDEMİR**, s.152, 164; **C. YAVUZ**, s.237; **GÖKALP**, s.62; Y. 6.HD. 06.12.2005, E.6008, K.9127, **AYDEMİR**, s.152, dipnot109: "İcra takibine konu kira alacağı 30 günlük süre geçtikten sonra ödenmediği için direnim gerçekleşmiştir. Ancak davacı direnimin gerçekleştiği tarihten 3 yıl sonra 10.02.2005 tarihinde, önceki tarihteki direnime dayanarak tahliye davası açmıştır. Davacının bu istemi MK'nın 2. Maddesindeki objektif iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. Dava reddedilmelidir".

⁸¹ **C. YAVUZ**, s.237; **AYDEMİR**, s.164, **TANDOĞAN**, s.219-220; **GÖKALP**, s.63.

⁸² **AYDEMİR**, s.152; Y. 6. HD. 29.12.2003, E.4307, K.9453, **TUNABOYLU**, *Borçlar Kanununa Göre Tahliye Davaları*, s.251: "Davacı vekili 15 Mayıs- 15 Haziran 2003 kirasının ödenmemesi nedeniyle yapılan icra takibine dayalı olarak davalıya gönderilen ihtarlı ödeme emrine rağmen istenilen kiranın ödenmediğini belirterek tahliyesini istemiştir. İhtarlı ödeme emri davalı tarafa 2.6.2003 tarihinde tebliğ edilmiş, dava 27.6.2003 tarihinde verilen 30 günlük süre dolmadan açılmıştır. Bu husus göz önüne alınarak tahliye davasının reddine karar vermek gerekirken bundan zühule yazılı şekilde kiralananın tahliyesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır".

⁸³ **GÖKALP**, s.62-63; **TANDOĞAN**, s.220.

⁸⁴ **AYDEMİR**, s.158.

⁸⁵ **GÜMÜŞ**, s.393.

⁸⁶ **AYDEMİR**, s.158.

⁸⁷ Y. 6.HD. 03.11.1995, E.1995/10426, K.1995/10550, www.kazanci.com: "Direnim nedeniyle tahliye davasını ancak kiraya veren açabilir. Malikin dava açabilmesi için önce kiralarn kendisine ödenmesi isteminde bulunması, ardından da direnim ihtarnamesi göndermesi gerekir".

⁸⁸ **AYDEMİR**, s.158.

⁸⁹ **GÜMÜŞ**, s.393.

Kira sözleşmesi birden fazla kiraya veren tarafından akdedilmişse ya da kiralanan terekeye dâhil ise, ihtarnameyi kiraya verenlerin hepsi birlikte göndermeli veya ihtarname tereke adına gönderilmelidir. Ayrıca tahliye davasının da birlikte açılması gerekir⁹⁰. Birlikte kiracılık söz konusu olduğunda ise, kiracılar-
dan birinin kendine düşen payı ödememesi durumunda sadece ona karşı dava açılmak suretiyle kiralananın tahliyesini istemek mümkün değildir. Her ne kadar kanunda bu duruma ilişkin bir hüküm bulunmasa da genel hükümlerden hareket edildiğinde kiralananın tahliyesi borcu, kira bedelini ödeme borcunun aksine, bölünebilen bir borç olmadığı için tek bir kiracı hakkında tahliye kararının verilemeyeceği sonucuna varılabilir⁹¹.

2. Kiralananın İadesi

Fesih üzerine sözleşme sona ereceği için kiracı kiralananı TBK m. 334 hükmü gereği iade etmek zorunda kalmaktadır. TBK m. 334, f. 1, c. 1 hükmüne göre; “*Kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür*”. Bu durumda iade borcu, fesih iradesinin ortaya konmasından itibaren doğmuş olur⁹².

3. Temerrüt Faizi ve Tazminat

Kiraya veren, kiralananın tahliyesi ve iadesi dışında kiracıdan temerrüt faizi ve akdin ortadan kalkması nedeniyle bir zararı doğmuşsa bu zararının tazminini de isteyebilir⁹³. Sözleşmede kira bedelinin ödenmesi için bir vade kararlaştırılmış ise, kiracı vadede kira bedelini ve kendisinin ödemesi gereken yan giderleri ödemediği takdirde TBK m. 117, f. 2 gereği temerrüde düşer ve bu tarihten başlayarak kendisinden TBK m. 120, f. 1'e göre temerrüt faizi ödemesi istenebilir⁹⁴.

Kira parasının mahkeme kararı ile tespit edildiği durumlarda ise, eski kira bedeli miktarı ile tespit edilen yeni kira bedeli miktarı arasındaki farkı oluşturan kira farkı alacağı için kiracının hangi tarihten itibaren temerrüt faizinden sorumlu olacağına yönelik TBK’ da bir hüküm bulunmamaktadır. GKHK döneminde bu konuya ilişkin olarak Yargıtay’ın 24.11.1995 tarih ve 94/2-95/2 sayılı İçtihat-

⁹⁰ AYDEMİR, s.158; Y. 6.HD. 19.12.2000, E.2000/10627, K.2000/10809, www.kazanci.com: “Kiralanan tereke adına kiraya verilmiştir. Direnim ihtarının tüm mirasçılardan katılımlıyla gönderilmesi ve davanın da birlikte açılması gerekir”.

⁹¹ AYDEMİR, s.158-159; Y. 12. HD. 09.12.1982, E.1982/903, K.1982/9255, www.kazanci.com: “Kiracı iki kişi olup bunlar arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır. Biri kendi payına düşen kirayı ödemediği için yerin boşaltılması istenmiştir. Kiralananın boşaltılması borcu, bölünebilen borçlardan olmadığı için boşaltma kararı verilemez”.

⁹² C. YAVUZ, s.237; GÜMÜŞ, s.395.

⁹³ C. YAVUZ, s.237; ARAL/AYRANCI, s.276.

⁹⁴ C. YAVUZ, s.237.

dı Birleştirme Kararı uygulanıyordu⁹⁵. Bu kararda, kira farkı alacağına, ayrıca ihtara gerek kalmaksızın, kira tespit kararının kesinleştiği tarihten itibaren faiz yürütüleceği sonucuna varılmıştır. Yargıtay'ın bu görüşü TBK m. 315 bakımından da geçerliliğini korumaktadır.

Kiraya veren, TBK m. 315 hükmüne dayandığında süresi henüz dolmamış kira sözleşmesini önceden feshetmiş olacağı için, TBK m. 126'nın gerekçesinde de ifade edildiği üzere, erken fesih sonucu sözleşmenin sona ermesinin neden olacağı zararların tazminini TBK m. 126 hükmüne göre isteyebilir⁹⁶. Buna göre; *“İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”*. Kiracının tazminat ödeme borcundan kurtulabilmesi, kira bedelini veya yan giderleri ödeme borcunu ifa edememesinde kusursuz olduğunu ispatlamasına bağlıdır⁹⁷. Bu durumda kusuruyla temerrüde düşen kiracıdan, fesih üzerine kiraya veren müspet zararının tazminini isteyebilir. Bu müspet zarar, sürekli borç ilişkisinin vaktinden önce sona ermesi üzerine kiraya verenin uğradığı çıkar kaybıdır⁹⁸. Örneğin⁹⁹ kiracının temerrüdü üzerine vaktinden 6 ay önce kira sözleşmesini fesihle sona erdiren kiraya veren, bu 6 aylık süreyi kiracı bulamadan geçirmişse veya kiralananı daha düşük bedel üzerinden kiralamak zorunda kalmışsa, aradaki farkı kusurlu kiracıdan isteyebilir.

III. KONUT VE ÇATILI İŞ YERİ KİRALARINDA KİRA BEDELİNİN ÖDENMEMESİNDEN DOLAYI İKİ HAKLI İHTAR SEBEBİYLE TAHLİYE DAVASI YOLU (TBK m.352, f.2)

A. GENEL OLARAK

Kira sözleşmesinde kiracının asli edim yükümünü oluşturan kira bedelini ödeme borcunun ifa edilmemesi sonucu kira sözleşmesinin sona erdirilmesi, hem TBK m. 315’ de tüm kira sözleşmelerinde uygulama alanı bulacak şekilde, hem de TBK m. 352, f. 2 ‘de sadece konut ve çatılı iş yeri kiralalarına özgü olarak kale-

⁹⁵ C. YAVUZ, s.237; YİBK 24.11.1995, E.1994/2, K.1995/2, www.kazanci.com: “Kira tespitine ilişkin mahkeme kararı ile belirgin hale gelen kira farkı alacağına, ayrıca ihtara gerek kalmaksızın, kira tespiti kararının kesinleştiği tarihten itibaren faiz yürütülmesi gerektiğine...”.

⁹⁶ Bu noktada Aral ve Ayrancı TBK m.125, f.2 hükmüne göre zararın tazmininin istenebileceğini söylemekteyse de biz burada TBK’ ya yeni giren m.126 hükmünün uygulanması gerektiği kanaatindeyiz (ARAL/AYRANCI, s.276).

⁹⁷ ARAL/AYRANCI, s.276.

⁹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s.529. Görüldüğü üzere 818 sayılı kanun dönemindeki menfi zarar mı yoksa müspet zarar mı istenebilecek tartışması TBK’ nın bu yeni düzenlemesiyle açıklığa kavuşmuştur.

⁹⁹ Örnek için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.529-530.

me alınmaktadır. Ancak bu düzenlemelerin şartları ile hüküm ve sonuçları birbirinden farklıdır. Şöyle ki; TBK m. 315 hükmü kiraya verene, kiracının ödemediği muaccel kira bedeli için yazılı bir ihtar ile süre vermesine rağmen kiracının yine de kira bedelini ödememesi halinde sözleşmeyi feshettiğini bildirerek sözleşmeyi sona erdirme imkânı verirken; TBK m. 352, f. 2 hükmü, konut ve çatılı iş yeri kiralari için kira sözleşmesinin süresine göre bir ayrıma giderek, kiraya verene, kira bedelini ödemeyen kiracıya karşı yazılı olarak iki haklı ihtarında bulunduktan sonra dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirme hakkı tanımaktadır¹⁰⁰.

TBK m. 352, f. 2 hükmüne göre; “*Kiracı, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde kira süresi içinde; bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise bir kira yılı veya bir kira yılını aşan süre içinde kira bedelini ödemediği için kendisine yazılı olarak iki haklı ihtarında bulunulmasına sebep olmuşsa kiraya veren, kira süresinin ve bir yıldan uzun süreli kiralarda ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde, dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirebilir*”.

TBK m. 315’ den farklı olarak TBK m. 352, f. 2’ de kiracının ihtardan sonra kira bedelini ödemiş olması, diğer şartların da var olması kaydıyla, tahliye davası yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesini engellemez. Dolayısıyla muaccel hale gelmiş kira bedelini zamanında ödemeyen ve ihtar çekilmesine sebep olan kiracının ihtardan sonra borcunu ifa ederek sözleşmenin sona erdirilmesini önleme imkânı, konut ve çatılı iş yeri kiralari bakımından TBK m. 352, f. 2 hükmü ile ortadan kaldırılmış olmaktadır¹⁰¹. Hâlbuki TBK m. 315’ e göre kira sözleşmesinin sona erdirilmesinde, kiracı muaccel hale gelen kira bedeli borcunu ihtardan sonra ve fakat ihtar ile kendisine verilen süre içinde ifa ettiğinde, kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirme imkânı söz konusu olamamaktadır¹⁰².

İşte TBK m. 352, f. 2 hükmü ile kiracının sık sık kira bedelini zamanında ödememek suretiyle kiraya vereni süre vermeye mecbur bırakıp sonra da bu süre içinde ödeme yaparak tahliyeyi önlemesine engel olunmuş bulunmaktadır¹⁰³. Bu açıdan TBK m. 352, f. 2 hükmü, konut ve çatılı iş yeri kiralari bakımından TBK m. 315 hükmünün boşluklarını doldurmaktadır¹⁰⁴.

¹⁰⁰ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.188; ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.79.

¹⁰¹ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.188; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3751, TANDOĞAN, s.221.

¹⁰² N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3751-3752; AYDEMİR, s.201.

¹⁰³ C. YAVUZ, s.310; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.449; TANDOĞAN, s.221; AYDEMİR, s.201.

¹⁰⁴ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.189; ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.79.

Sonuç olarak, TBK m. 315 hükmü, kira bedelinin *hiç ödenmemesi*; TBK m. 352, f. 2 hükmü ise kira bedelinin *zamanında ödenmemesi* halinde kira sözleşmesinin sona erdirilmesi imkânı vermektedir¹⁰⁵.

Uygulama alanları ve amaçları farklı olan ve birbirini tamamlayan bu iki hüküm arasındaki ilişki özetle şu şekilde ifade edilebilir;

- TBK m. 352, f. 2 hükmü, TBK m. 315 hükmünün konut ve çatılı iş yeri kiralarında uygulanmasına engel teşkil etmez¹⁰⁶. Aksine TBK m. 352, f. 2 hükmü, TBK m. 315 hükmünü konut ve çatılı iş yeri kiraları bakımından tamamlar.
- TBK m. 352, f. 2 hükmü ise sadece konut ve çatılı iş yeri kiraları bakımından uygulama alanı bulur; diğer kira sözleşmeleri söz konusu olduğunda iki haklı ihtara dayalı olarak tahliye davası açılmaz¹⁰⁷.

TBK m. 352, f. 2 hükmü, GKHK m. 7/e 'ye karşılık gelmektedir. Konu incelenirken yeri geldikçe karşılaştırma yapmak suretiyle bu düzenlemeye değinilecektir.

B. TAHLİYE DAVASININ AÇILABİLME ŞARTLARI

1. Kiracıya kira bedelini ödemediği için haklı ihtarda bulunulmuş olması

Muaccel olan kira bedelini ödemediği için, kiraya verenin kiracıya haklı ihtarda bulunmuş olması şartı, TBK m. 352, f. 2 hükmünün uygulanması için aranan ilk şarttır.

İhtarın haklı olması, her şeyden önce kira bedelini ödeme borcunun muaccel hale gelmiş olmasına ve kiracının ifadan kaçınmak için haklı bir sebebi olmamasına rağmen kira bedelinin ödenmemesi üzerine gönderilmiş olmasına bağlıdır¹⁰⁸.

Kira bedeli borcu muaccel olmadan önce gönderilecek ihtar haklı sayılamaz¹⁰⁹. Kira bedelinin muaccel hale gelmesi ve bunu takiben kira bedelinin ödenmemesi olgusunun ne zaman gerçekleşeceği konularında TBK m. 315' i anlatırken yaptığı-

¹⁰⁵ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.188; AYDEMİR, s.201.

¹⁰⁶ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.189; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3769.

¹⁰⁷ N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3769.

¹⁰⁸ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.195; GÜMÜŞ, s.415; ARAL/AYRANCI, s.287.

¹⁰⁹ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.194; C. YAVUZ, s.310; GÜMÜŞ, s.415; ARAL/AYRANCI, s.287.

mız açıklamalar burada da geçerlidir. Buna göre; ihtarın haklı olabilmesi için kira bedelini ödeme borcunun sözleşme, örf ve âdet veya kanuna göre belirlenen ifa zamanının gelmesine rağmen ifa edilmemesi üzerine çekilmiş olması gerekir¹¹⁰.

Kira sözleşmesinde kira bedelini ödeme borcunun miktarı ve ifa zamanı belirlenmiş, ancak kiracının uzun süre farklı miktarda ve farklı zamanlarda ödeme yapması, kiraya verenin de buna karşı çıkmaması sonucu kira miktarı ve ödeme zamanı taraflar arasında zımnem değiştirilmiş olursa ödemenin zamanında yapılmadığı tespit edilirken bu zımnem anlaşmaya bakılır¹¹¹. Bu nedenle kiraya verenin artık sözleşmede belirtilen tarihte kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle ihtar çekmesi haklı sayılamaz. Çünkü sözleşme bir kere zımnem değiştirildikten sonra kiraya veren tek taraflı bir beyanla tekrar sözleşmedeki hükümlerin uygulanacağını iddia edemez¹¹². Ancak kira bedellerinin düzensiz bir şekilde farklı tarihlerde ödenmesi hali ile bu durum karıştırılmamalıdır. Bu durumda sözleşmenin zımnem değiştirildiğinden bahsedilemeyeceği için kiraya veren zamanında ödenmeyen bu tür kira bedelleri için ihtar çekerse bu ihtarlar haklı ihtar olur¹¹³.

Yargıtay'ın uygulamasına göre; kira sözleşmesinde kira bedelinin her ay peşin ödeneceği kararlaştırılmışsa, en geç ayın üçüncü günü akşamına kadar; yine üç ayda bir, altı ayda bir ya da yıllık olarak ödeneceği kararlaştırılmışsa kira parasının o ayın veya kira yılının üçüncü günü akşamına kadar¹¹⁴; eğer kira

¹¹⁰ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.191-193; C. YAVUZ, s.310; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.450; ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.81; TANDOĞAN, s.221.

¹¹¹ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.192; GÜMÜŞ, s.416; ARAL/AYRANCI, s.287; TANDOĞAN, s.222; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3753; Y. 6. HD. 12.12.2005, E.10336, K.11456, www.kazanci.com: "Kira parası götürülüp ödenmesi gereken borçlardan olduğundan kiralayana götürülüp elden ödenmesi veya gideri kiracıya ait olmak koşuluyla konutta ödemeli olarak PTT kanalıyla gönderilmesi gerekir. Bundan ayrı, sözleşmede özel bir koşul kabul edilmişse bu hususta göz önünde tutulmalıdır. Açıklanan şekilde yapılmayan ödemeler yasal ödeme olarak kabul edilemez. Ancak teamül haline gelmiş bir ödeme şekli varsa bu şekilde yapılan ödemede geçerlidir"; Y. 6. HD. 16.1.1989, E.15951, K.63, N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3753: "Davalı vekili, ödemelerin öteden beri gecikmelerle ve gayrimuayyen zamanlarda yapıldığını ve bu hususta taraflar arasında teamül oluştuğunu savunmuş ve bununla ilgili ödeme makbuzları sunmuştur. Ödemeler hususundaki teamülün oluşması için bunun uzun süre muntazam ve istikrarlı bir şekilde yapılması gerekir. Bu husus davalı tarafça kanıtlanmamıştır".

¹¹² DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.192; GÜMÜŞ, s.416; ARAL/AYRANCI, s.287; TANDOĞAN, s.222.

¹¹³ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.192; Y. 6. HD. 22.09.1997, E.6358, K.6758, TUNABOYLU, *Borçlar Kanuna Göre Tahliye Davaları*, s.263-264.

¹¹⁴ Y. 12.HD. 01.03.1983, E.10809, K.1519, N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3681; Y.6. HD. 02.11.1992, E.11720, K.12354; Müslim TUNABOYLU, *Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2007, s.479.

sözleşmesinin başlangıcı ay başı dışında bir gün ise bu kez o günden itibaren üç gün içinde ödenmesi gerekir¹¹⁵. Ancak vade olarak “ay başı” kararlaştırılmışsa TBK m.91 gereği ayın birinci günü ödenmesi gerekir ve üç gün içinde ödeme kuralı burada uygulanmaz¹¹⁶.

TBK m. 315’de olduğu gibi, kira bedelinin kısmen ödenmemiş olması halinde çekilecek ihtar da haklı bir ihtar sayılır. Yine eksik ödemenin sebebi kat mülkiyetine tabi binanın ortak masrafları için ödeme yapılmış olması ise, gerçek anlamda bir eksik ödeme söz konusu olmadığı için bu durumda çekilen ihtar haklı bir ihtar değildir¹¹⁷. Yargıtay’ın aksi yöndeki kararlarına¹¹⁸ karşın, hesap hatasından kaynaklı olarak kira bedelinin çok az bir miktarda eksik ödenmiş olması hakkaniyet gereği haklı ihtara sebebiyet vermemektedir¹¹⁹.

Yan giderlerin ödenmemesi, TBK m. 315’ den farklı olarak, TBK m. 352, f. 2 hükmüne dayanarak kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ve tahliye davası açılmasına imkân vermez¹²⁰.

GKHK dönemine ilişkin olmak üzere, Yargıtay ile doktrin ihtarın kiracıya ulaşma anına bağlı olarak, ihtarın haklı olup olmayacağı konusunda farklı görüş benimsemekteydi; nitekim bu tartışma TBK dönemi için de geçerliliğini korumaktadır.

Bir kısım yazar ve Yargıtay’a göre; ihtarın haklı sayılabilmesi için kira bedeli henüz ödenmeden önce kiracıya ulaşmış olması gerekir. İhtar gönderildiğinde ödenmemiş halde olan kira bedeli ihtar kiracıya ulaşmadan ödenecek olursa artık haklı ihtardan bahsedilemez¹²¹. Ancak kiracı ihtarın gönderilmek üzere olduğunu öğrenip de ihtar kendisine ulaşmadan borcu ödemişse, bu davranışı dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edeceği için ihtardan sonra ödeme yapmış kabul edilmelidir¹²². Buna karşılık bir kısım doktrine göre; kiracı kira bedelini zamanında

¹¹⁵ TANDOĞAN, s.221; DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.193-194; ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.82; C. YAVUZ, s.230; HGK. 13.4.1968, E.47, K.252, N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3752.

¹¹⁶ Y.6.HD. 23.02.1989, E.1060, K.3127, N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3681; DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.194.

¹¹⁷ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.194.

¹¹⁸ Y. 6.HD. 19.12.1988, E.13818, K.19989, N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3762; Y. 6.HD. 7.3.1988, E.15495, K.3420, N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3762.

¹¹⁹ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.194; C. YAVUZ, s.310; TANDOĞAN, s.224; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3762.

¹²⁰ GÜMÜŞ, s.416.

¹²¹ C. YAVUZ, s.310; GÜMÜŞ, s.416; ARAL/AYRANCI, s.287; AYDEMİR, s.202; ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.82; Y. 6.HD. 28.11.2005, E.2005/9549, K.2005/10896, www.kazanci.com.

¹²² YHGK. 06.03.1963, E.1963/6-21, K.1963/24, www.kazanci.com.

ifa etmeyerek ihtar çekilmesine sebebiyet verdiği için, ihtar kendisine ulaştığı tarihte daha önceden ihtarın çekildiğini öğrenmeden kira bedeli borcunu ifa etmiş durumda olsa bile ihtar haklı sayılmalıdır¹²³. Yani bu görüşe göre, ihtarın haklılığı için kira bedeli ödenmeden önce ulaşılmış olması şart değildir. Kira bedeli ödenmeden önce ihtarın gönderilmiş olması yeterlidir.

Doğaldır ki; kiracı, kendisine ihtar ulaştıktan sonra ödeme yaparsa, bu ödeme ihtarın haklı olmasını engellemez¹²⁴. İhtar çekilmesi ile kira borcunun ödenmesi aynı tarihte gerçekleşecek olursa, ihtardan sonra ödeme yapıldığını kiraya veren ispatlamalıdır¹²⁵.

Kira bedelini ödeme borcu, ödenmesi gereken yerde ifa edilmelidir. Kira bedeli kural olarak para olacağı için, bu borç TBK m. 89 gereği götürülecek borçlardandır. Kiracı kiraya verenin yerleşim yerinde elden ödeme yapabilir veya konutta ödemeli posta havalesi yoluyla yapabilir¹²⁶. Kiraya veren bu şekilde kendisine yapılacak olan ödemeyi kabulden kaçınacak olursa alacaklının temerrüdüne düşer ve bu durumlarda yapacağı ihtar artık haklı olamaz¹²⁷. Ancak bir grup yazara göre, kiraya veren kira bedelini kabul etme konusunda temerrüde düştüğünde, kiracının mahkemedan tevdi mahalli tayin ettirip kira bedelini oraya yatırması, kiraya verenin çekeceği ihtarın haklılığının ortadan kalkması açısından daha isabetli olur¹²⁸. Diğer bir grup yazara göre ise, kiracının ayrıca tevdi mahalli tayin ettirmesine gerek olmaksızın kiraya verenin çekeceği ihtar haksızdır. Yani ihtarın haklı olmasını engellemek için tevdi mahalli tayin ettirmesi gerekmez¹²⁹.

¹²³ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.196; TANDOĞAN, s.223-224.

¹²⁴ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.196; ARAL/AYRANCI, s.287; AYDEMİR, s.202; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.280; ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.82.

¹²⁵ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.196; YHGK. 30.5.1990, E.137, K.355, N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3755: "İhtarın tebliğ edildiği gün kira parası yatırıldığına göre ödemenin ihtarın tebliğinden sonra yapıldığı hususunun davacı tarafça ispatlanması gerekir. Davacı ödemenin ihtarın tebliğinden sonra yapıldığını kanıtlamamıştır. Bu durumda ihtar haksızdır".

¹²⁶ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.197.

¹²⁷ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.197; C. YAVUZ, s.310; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.450; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.279; TANDOĞAN, s.222; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3754.

¹²⁸ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.197; ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.82; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3754; YİBK, 11.03.1959, E.1957/23, K.1959/20, www.kazanci.com; Y. 6.HD. 24.10.1969, E.2390, K.4236, N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3754.

¹²⁹ C. YAVUZ, s.310.

Daha önce de TBK m. 315 dolayısıyla değinildiği üzere, kira bedeli kiraya verene konutunda ödemeli olarak gönderilecek olursa, kiraya verenin alacaklı-
nın temerrüdüne düşmüş olması halinde, bu durum posta kayıtlarından anlaşıl-
abileceğinden, ayrıca mahkemeden tevdi mahalli tayin ettirilmesine zaten gerek
kalmaz. Bu nedenle bu ihtimalde temerrüde düşmüş kiraya verenin çekeceği
ihtar, tevdi mahalli tayin ettirilmesine gerek olmaksızın, haksız bir ihtar olur¹³⁰.
Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus ise, konutta ödemeli olarak
gönderilen kira bedelinin postadaki gecikme sebebiyle kiraya verene vadeden
sonra ulaşmış olması ihtimalinde kiraya verenin çekeceği ihtarın haklı olup
olmayacağına ilişkindir. Bu hususta Yargıtay¹³¹, kira parasının postaneye yatı-
rıldığı tarihte borcun ifa edilmiş olduğunu kabul ederek bu gecikmelerden kira-
cının sorumlu tutulmaması gerektiğini düşünmektedir. Doktrindeki bir grup
yazar¹³² ise bu durumda kiraya verenin çekeceği ihtarın haklı olacağını savun-
maktadır.

Kiracı kira bedelini bir kambiyo senedi (örneğin çek ya da bono) vermek
suretiyle ödeyecekse, TBK m. 315 hükmünü anlatırken de ifade etmiş olduğu-
muz üzere, kira borcu aranacak borç haline dönüşmüş olur. Dolayısıyla bu se-
netler kiracıya ibraz edilmeden veya bedelin tahsil edilmesi için bankaya veril-
meden önce çekilecek ihtar haklı olamaz¹³³.

Yine TBK m. 315 hükmünü anlatırken de değindiğimiz üzere, kira para-
sının tespitine ilişkin olarak kira tespit davası açıldığı durumlarda, BK dön-
mine ilişkin ve fakat TBK döneminde de geçerliliğini koruyan¹³⁴ Yargıtay
kararlarına göre¹³⁵, kira tespit davasındaki tespit kararının kesinleşmesi ile kira
farkı alacağının muaccel olacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu karar

¹³⁰ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.198; TANDOĞAN, s.222.

¹³¹ YHGK. 16.10.1996, E.1996/6-598, K.1996/706, www.kazanci.com.

¹³² DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.198 ve dipnot 670'deki yazarlar.

¹³³ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.193; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.450; AYDEMİR, s.202; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.280; Y.6.HD.18.02.1985, E.1984/13157, K.1985/1671 www.kazanci.com: "Yıllık kira bedeli karşılığı mal sahibine 15.000 TL' lik 12 adet bono verilmiştir. Bonolar bankaya verilmiş ve iki bononun protesto edilmesi üzerine diğerleri geri alınıp elde tutulmuştur. Kira alacağı için dört ayrı genel haciz yoluyla takip yapılarak alacaklar tahsil edilmiştir. Mal sahibi iki haklı ihtarla dayalı olarak tahliye davası açmıştır. TTK' ya göre bonolar ibraz edilmeyip elde tutulduğuna ve ödenmeleri istenilmediğine göre, vaki icra takipleri iki haklı ihtar olamaz. İki haklı ihtar olabilmesi için bonoların ibrazı ile ödenmesinin istenmesi gerekir. Doğrudan icraya başvurma ibraz sayılmaz".

¹³⁴ C. YAVUZ, s.235; AYDEMİR, s.154-155.

¹³⁵ YİBK 12.11.1979, E.1979/1, K.1979/3, www.kazanci.com; Y.6.HD. 19.12.2000, E.2000/10709, K.2000/10820, www.kazanci.com.

kesinleşmeden önce kira farkı alacağını ödemediği için gönderilecek ihtar haksız olur¹³⁶. Kararın kesinleşmesinden sonra ise, farklı aylara ait kira farkı alacaklarını ödenmeyen kiracıya karşı iki haklı ihtarda bulunulduktan sonra tahliye davası açılarak sözleşme sona erdirilebilir¹³⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ihtarın haklılığını ispatlayacak olan kiraya verendir¹³⁸.

2. İhtarların yazılı olması

TBK m. 352, f. 2 hükmü, açıkça ihtarların yazılı olması şartını aramaktadır¹³⁹. Bu yazılı geçerlilik şartı mektup, telgraf, noter aracılığıyla veya icra dairesinden ödeme emri gönderilmek suretiyle sağlanabilir¹⁴⁰. Bunun dışında ihtar-namelerde ödenmeyen kira bedellerinin miktarları ve bunların hangi tarihlere ait kira bedelleri oldukları da açıklanmalıdır¹⁴¹.

İhtarlarda ayrıca kira parasının ödenmediği takdirde tahliye davası açılacağı yönünde ifadelerin bulunmasına gerek olup olmadığı tartışmalıdır. Bir grup yazara göre¹⁴², TBK m. 315'den farklı olarak ihtarnamede bu tür ifadelerin yer alması gerekmezken; diğer yazarlara göre¹⁴³, kira bedellerinin ödenmemesinden dolayı tahliye davası açılacağı da bildirilmelidir.

¹³⁶ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.199-200; TANDOĞAN, s.224; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3760.

¹³⁷ AYDEMİR, s.201; HGK 9.2.1994, E.1993/6-807, K.1994/38, www.kazanci.com: "İki haklı ihtardan biri normal kiraya, diğeri de artırımdan doğan kira farkına ilişkindir. Kira farkına ait karar onanmamışsa haklı ihtar esas olamaz".

¹³⁸ GÜMÜŞ, s.415.

¹³⁹ C. YAVUZ, s.310; DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.200; ARAL/AYRANCI, s.287; GÜMÜŞ, s.415.

¹⁴⁰ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.200; ARAL/AYRANCI, s.287; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.450; GÜMÜŞ, s.415; TANDOĞAN, s.224-225; ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.83; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3763.

¹⁴¹ C. YAVUZ, s.310; DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.200; ARAL/AYRANCI, s.287; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.450; GÜMÜŞ, s.415; TANDOĞAN, s.225; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.279; ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.83; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3763.

¹⁴² C. YAVUZ, s.310; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.450; GÜMÜŞ, s.415; TANDOĞAN, s.225; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3763.

¹⁴³ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.200.

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre, TBK m. 352, f. 2' ye göre yapılacak ihtarlarda süre verilmesine gerek yoktur¹⁴⁴. Ancak yine de kiraya veren, tıpkı icradan ödeme emri gönderilmek suretiyle süre içeren bir ihtar çekilmesinde olduğu gibi, çekeceği ihtarda kiracıya süre verebilir, bu sürede ödeme yapılmış olsa bile haklı bir ihtar söz konusu olur¹⁴⁵. Zira yukarıda da açıklandığı üzere TBK m. 352, f. 2 hükmünün amacı, ihtardan sonra yapılan ödemelerle kira bedelini zamanında ödememeyi alışkanlık haline getiren kiracılara karşı önlem almaktır¹⁴⁶. Ayrıca TBK m. 315 hükmü konut ve çatılı iş yeri kiraları hakkında da uygulanabildiği için, bu hükme dayanılarak çekilecek ihtarda zaten süre verilmesi zorunludur ve bu sürede ödeme gerçekleşirse artık kiraya verenin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı kalmaz. İşte bu durumda kiracının süreden sonra ödeme yapması şeklinde ortaya çıkan borca aykırı davranışından kiraya vereni korumanın yolu TBK m.352, f.2 hükmüdür.

3. İki haklı ihtarın (yasada öngörülen sürelerde) yapılmış olması

İki haklı ihtarın yapılması gereken zaman dilimi konusunda, GKHK m. 7, b. e hükmünden farklı olarak, TBK m. 352, f. 2' de kira sözleşmelerinin sürelerine göre değişen bir sistem getirilmektedir. Bu sistemden bahsetmeden önce “yıl” ve “kira yılı” kavramlarının açıklanması daha isabetli olur.

GKHK döneminde iki haklı ihtar sebebiyle tahliye kurumu düzenlenirken “bir yıl” tabiri kullanılıyordu, ancak Yargıtay ve doktrin¹⁴⁷ bundan “bir kira yılının” anlaşılması gerekeceğini savunmaktaydı. TBK’ da bu durum sona erdirilmekte ve “kira süresi” ile “kira yılı” kavramları kullanılmaktadır.

Miladi takvime göre yıl, Ocak ayının birinci günüyle başlayıp Aralık ayının otuz birinci günü sona eren, on iki aylık bir zaman dilimidir. Kira yılı ise kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren hesaplanacak bir yıllık dönemdir¹⁴⁸. Kira sözleşmesinin başlangıcı çoğu kez takvim yılının başlangıcından farklıdır¹⁴⁹. Örneğin¹⁵⁰ üç yıl süreli bir kira sözleşmesinin başlangıç tarihi 04.06.2009 ise,

¹⁴⁴ AYDEMİR, s.203; GÜMÜŞ, s.415; DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.200; Y.6.HD.28.09.1998, E.1998/7355, K.1998/7431, www.kazanci.com: “İki haklı ihtarda paranın ödenmesi için süre belirtilmesine gerek yoktur”.

¹⁴⁵ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.201; GÜMÜŞ, s.415.

¹⁴⁶ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.201.

¹⁴⁷ TANDOĞAN, s.225; ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.81; Y. 6.HD. 06.06.2006, E.2006/4627, K.2006/6393, www.kazanci.com: “İki haklı ihtar nedeniyle açılacak davada tahliye karar verilebilmesi için, kiracının bir kira yılı içinde iki haklı ihtar sebebiyet vermiş olması gerekir”; Y. 6.HD. 30.03.2009, E.2008/14267, K.2009/2612, www.kazanci.com.

¹⁴⁸ AYDEMİR, s.199.

¹⁴⁹ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.202.

¹⁵⁰ Örnek için bkz. AYDEMİR, s.199.

kira yılları sırasıyla 04.06.2009-04.06.2010, 04.06.2010-04.06.2011, 04.06.2011-04.06.2012 tarihleri arasındaki dönemlerdir.

İki haklı ihtar yapılmak suretiyle kira sözleşmesinin sona erdirilmesi kuru- mu, TBK m. 352, f. 2’de taraflar arasındaki kira sözleşmelerinin sürelerine göre bir ayırım yapılmak suretiyle düzenlenmektedir¹⁵¹. Buna göre;

- **Bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde;** kiracı, kira süresi içinde kira bedelini ödemediği için kendisine yazılı olarak iki haklı ihtarla bulunulmasına sebep olmuşsa kiraya veren, dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirebilir (TBK m. 352, f. 2).

Hâlbuki GKHK döneminde Yargıtay ve doktrindeki bir kısım yazar, 7. maddenin “e” bendinde “bir yıl içinde iki haklı ihtar” dediği için, bir yıldan daha az süreli kira sözleşmelerinde iki haklı ihtar sebebiyle tahliye hükmüne dayanılarak tahliye davası açılmayacağını kabul etmekteydi¹⁵². TBK’ ya göre artık bu görüş önemini yitirmiştir. Gerekçede de belirtildiği üzere, yeni düzenleme ile uygulamadan farklı bir hüküm getirilerek bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde de iki haklı ihtara dayalı tahliyeye imkân tanınmaktadır¹⁵³.

Nasıl ki bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde kira bedellerinin ödenmemesi sebebiyle yapılacak iki haklı ihtardan sonra dava açılabilirse, evleviyetle bir yıldan kısa süreli kira sözleşmeleri için de bu olanak tanınmalıdır, bu açıdan kanunun getirdiği bu yenilik isabetli görülmektedir¹⁵⁴.

- **Bir yıl veya daha uzun süreli kira sözleşmelerinde;** kiracı, bir kira yılı veya bir kira yılını aşan süre içinde kira bedelini ödemediği için kendisine yazılı olarak iki haklı ihtarla bulunulmasına sebep olmuşsa, kiraya veren yine dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirebilir (TBK m. 352, f. 2).

¹⁵¹ AYDEMİR, s.199.

¹⁵² Haluk BURCUOĞLU, “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, *Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan*, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s.39; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3765; Y. 6.HD. 30.03.2009, E.2008/14267, K.2009/2612, www.kazanci.com: “Bir yıldan kısa süreli sözleşmelerde iki haklı ihtar olmaz”; 6.HD.06.06.2006 E.2006/4627, K.2006/6393, www.kazanci.com: “...bir yıldan kısa süreli sözleşmelerde iki haklı ihtar oluşmaz”. 818 sayılı kanun döneminde de bu imkânın tanınması gerektiği yönünde bk. DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.204-205.

¹⁵³ AYDEMİR, s.199; DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.205; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.409; GÜMÜŞ, s.417; DOĞAN, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s.515; CERAN, s.246; ERZURUMLUOĞLU, “Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)”, s.111-112.

¹⁵⁴ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.205; DOĞAN, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s.515.

Taraflar arasındaki kira sözleşmesinin süresi bir yıl ise, bu bir kira yılı içinde kira bedelinin ödenmemesinden dolayı iki haklı ihtar yapılmış olması halinde tahliye davası yoluyla sözleşme sona erdirilebilir¹⁵⁵. Ancak bir yıllık kira sözleşmesinde kira bedelinin altı aylık sürelerin sonunda ödenmesi kararlaştırıldıysa, Yargıtay ve bir grup yazara göre; ikinci ihtarın bir yıllık süre dolduktan sonra gönderilmesi iki haklı ihtar şartını engellemez¹⁵⁶.

Bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde ise, bu süre içerisindeki birer yıllık kira dönemlerinde iki haklı ihtar yapılırsa tahliye davası açılabilir¹⁵⁷. Dolayısıyla iki ayrı kira yılı içinde birer ihtar yapılmış olması TBK m. 352, f. 2 hükmünün uygulanmasına imkân vermez¹⁵⁸.

Kira sözleşmesinin süresi bir yıldan uzun olup da yıldan sonra kalan sürenin bir yıl olmadığı kira sözleşmelerinde kalan süre içinde, kira bedelinin ödenmemesi sebebine dayanılarak iki haklı ihtar yapılması halinde, GKHK dönemindeki Yargıtay uygulamasından farklı olarak¹⁵⁹, TBK m. 352, f. 2 hükmü tahliye davası yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine imkân vermektedir¹⁶⁰. Örneğin¹⁶¹ iki haklı ihtar, yirmi iki aylık bir kira sözleşmesinde, ya ilk on iki aylık kira döneminde ya da kalan on aylık süre içerisinde yapılmalıdır. So-

¹⁵⁵ GÜMÜŞ, s.417.

¹⁵⁶ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.203; TANDOĞAN, s.226. Karşı görüş için bk. ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.82.

¹⁵⁷ TANDOĞAN, s.226; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3765; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.279; GÜMÜŞ, s.417; ERZURUMLUOĞLU, “Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)”, s.111-112.

¹⁵⁸ C. YAVUZ, s.310-311; TANDOĞAN, s.225; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3764. Ancak Akkanat, İstanbul Bilgi Üniversitesi tarafından 1-2 Nisan 2011 tarihinde düzenlenen “Türk Borçlar Kanunu Sempozyumunda” bu konuya ilişkin şu ifadelerde bulunmuştur: “İki yıllık kira sözleşmesi yaptıysanız, birisi birinci yılda; ikincisi ikinci yılda çekilerek ihtar şartı gerçekleşmiş olabilir” (Halil AKKANAT, “Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler- Tebliğler*, On iki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2012, s.269-270).

¹⁵⁹ Y. 6. HD. 10.12.2001, E.9318, K.9484, www.kazanci.com.tr: “Taraflar arasındaki kira sözleşmesi 4.11.1999 başlangıç – 4.9.2001 bitim tarihlidir. Süresi 1 yıldan fazla akitlerde 2 haklı ihtara dayanan tahliye davalarının kabulü için dönem içindeki birer takvim yılında ihtarların haklı olması gerekir. Bir takvim yılından az sürede iki haklı ihtar bahse konu olamaz. Olayımızda, iki haklı ihtar 4.11.1999-4.11.2000 yılına ait olmayıp, ondan sonraki geri kalan 10 aylık süreye aittir. Bu müddet bir yıldan az olduğundan bu dönemde iki haklı ihtardan bahsedilemez. Davanın bu nedenle reddine karar vermek gerekirken, yazılı gerekçe ile tahliye kararı verilmesi hatalı olmuştur”.

¹⁶⁰ BURCUOĞLU, s.39-40; AYDEMİR, s.200; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.409, 451; GÜMÜŞ, s.417; DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.205; ERZURUMLUOĞLU, “Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)”, s.111-112.

¹⁶¹ Örnek için bkz. GÜMÜŞ, s.417.

nuç olarak, gerekçede de ifade edildiği üzere, artık bir yıldan uzun süreli, ancak yıldan sonra kalan sürenin bir yıldan daha az olduğu bu tür kira sözleşmelerinde, kalan süre içinde iki haklı ihtar yapılırsa, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde olduğu gibi, tahliye davası yoluyla kira sözleşmesi sona erdirilebilir.

Belirsiz süreli kira sözleşmelerine ilişkin olarak ise, GKHK' da olduğu gibi, TBK' da herhangi bir düzenleme yapılmamış olması isabetsizdir¹⁶². TBK'nın belirsiz süreli sözleşmelerde iki haklı ihtara dayalı tahliyeye imkân tanıması, bu yönde bir düzenlemeye yer vermemesi karşısında, GKHK döneminden beri süre gelen tartışmalar hala geçerliliğini korumaktadır. Bu doğrultuda Yargıtay ve bir grup yazar belirsiz süreli kira sözleşmelerinde bir kira yılı olmadığından iki haklı ihtara dayalı tahliye imkânının olamayacağını savunmaktayken¹⁶³; diğer bir grup yazar¹⁶⁴, sözleşmenin başlangıcı tespit edilebiliyorsa bir kira yılı da tespit edilebilir hale gelir ve bu hükme dayanarak tahliye davası açılması mümkün olur, görüşündedir. Buna göre, burada da sözleşmenin başlangıcından itibaren belirlenecek birer yıllık dilimlerde gerçekleştirilecek iki ihtara dayalı tahliye yapılması olanaklı olabilir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, kira parasının yıllık olarak bir defada (peşin) ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerde iki haklı ihtarın oluşması imkânsız olacağı için, bu hükmün uygulanamayacak olmasıdır¹⁶⁵.

Son olarak, bu ihtarlar aynı zaman dilimine ilişkin olmamalıdır; örneğin kira bedelinin aylık olarak ödeneceği kararlaştırılan durumlarda iki haklı ihtarın aynı aya değil, aynı kira yılı (ya da bir yıldan kısa süreli sözleşmelerde aynı kira

¹⁶² DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.204; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.451; DOĞAN, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s.515.

¹⁶³ ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.82; C. YAVUZ, s.311; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.450; GÜMÜŞ, s.417; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.279; Y. 6.HD. 30.03.2009, E.2008/14267, K.2009/2612, www.kazanci.com; Y. 6.HD. 06.06.2006, E.2006/4627, K.2006/6393, www.kazanci.com: "Süresiz sözleşmelerde ... iki haklı ihtar oluşmaz".

¹⁶⁴ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.204; TANDOĞAN, s.227; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3767-3768.

¹⁶⁵ AYDEMİR, s.200; DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.203; C. YAVUZ, s.311; ARAL/AYRANCI, s.288; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.450; TANDOĞAN, s.225; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3765; ERZURUMLUOĞLU, *Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s.82; Y. 6. HD. 17.11.1993, E.1993/11824, K.1993/12071, www.kazanci.com; Y. 6.HD. 06.06.2006, E.2006/4627, K.2006/6393, www.kazanci.com: "...kira parasının yıllık ödenmesi gereken hallerde..iki haklı ihtar oluşmaz".

süresi) içerisinde değişik aylara ilişkin olması gerekir¹⁶⁶. Yine ihtar gönderildiği tarihte birbirini izleyen aylara ait, birden fazla vadesi geçen ve istenilmesi mümkün olan birikmiş kira bedelleri olmasına rağmen, kiraya verenin birikmiş bu kira bedellerini bölerek bunlardan sadece biri için ihtar gönderip, diğeri için daha sonra ihtar göndermesi ihtimalinde de iki haklı ihtar şartı gerçekleşmemiş olur¹⁶⁷. Zira hayatın olağan akışı ve dürüstlük kuralları gereği vadesi gelen alacakların topluca tek bir ihtarla istenmesi beklenir¹⁶⁸. Hatta muaccel hale gelmiş tüm kira bedelinin tek bir ihtarla istenmesi mümkün iken, bölünerek ayrı ihtarlar gönderilecek olursa yine iki haklı ihtara dayanarak tahliye davası açılmaz¹⁶⁹.

GKHK döneminde, muacceliyet şartının (muaccel kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde henüz muaccel olmayan diğer kira borçlarının da muaccel hale geleceğinin) kararlaştırıldığı hallerde de muaccel hale gelen kira bedellerinin ancak tek bir ihtara konu edilebileceği ifade ediliyordu¹⁷⁰. Ancak daha öncede belirtildiği üzere, TBK m. 346, c. 2 gereği artık konut ve çatılı iş yeri kiralarında kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersiz kabul edilmektedir¹⁷¹. Bu nedenle artık TBK açısından muacceliyet şartı nedeniyle kira bedellerinin muaccel olmasına bağlı olarak ihtar çekilmesi gündeme gelemez.

4. Kiraya verenin bir ay içerisinde tahliye davası açmış olması

Kira sözleşmesinde kiraya verenin iki haklı ihtara dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilmesi ancak dava yolu ile mümkündür¹⁷². Bu bakımdan iki haklı ihtar sebebiyle tahliye talebi, dava yolu ile kullanılabilen ve bu davanın sonucunda tahliyeye karar verildiği takdirde kira ilişkisini sona erdiren bozucu yeni-

¹⁶⁶ AYDEMİR, s.199; DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.202; C. YAVUZ, s.311; ARAL/AYRANCI, s.288; N. YAVUZ, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları, s.450; GÜMÜŞ, s.417; TANDOĞAN, s.225; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3764; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.279.

¹⁶⁷ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.202; AYDEMİR, s.201; TANDOĞAN, s.226; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.279; C. YAVUZ, s.311; GÜMÜŞ, s.417; N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3764.

¹⁶⁸ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.203.

¹⁶⁹ AYDEMİR, s.201; Y. 6.HD. 21.01.2002, E.2001/9882, K.2002/135, www.kazanci.com:"İvedi hale gelmiş tüm kira paralarının tek ihtarla istenmesi mümkün iken, iki ayrı ihtara konu edilmesi, ikinci ihtarı haklı kılmaz".

¹⁷⁰ N. YAVUZ, *Türk Kira Hukuku*, s.3764; DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.203; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.279.

¹⁷¹ C. YAVUZ, s.235; AYDEMİR, s.156-157.

¹⁷² AYDEMİR, s.203; DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.206.

lik doğuran bir hak niteliğindedir¹⁷³. Bu bakımdan tahliye davası sonucunda verilen kararın niteliği de bir tespit kararı değildir. Kira sözleşmesini sona erdirmesi sebebiyle yenilik doğuran bir karardır, sona eren sözleşme nedeniyle TBK m. 334 gereği kiralananın iadesini sağlaması bakımından eda hükmü niteliğindedir¹⁷⁴.

Davanın açılması için TBK m. 352, f. 2’de öngörülen süre bir ay olmakla beraber, bu sürenin başlangıcı yine taraflar arasındaki kira sözleşmesinin süresine göre değişmektedir¹⁷⁵. Şöyle ki;

- **Bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde;** dava açma süresi, taraflar arasındaki sözleşmeye göre kira süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlar¹⁷⁶. Örneğin¹⁷⁷, sekiz ay süreli ve kira başlangıç tarihi 10.07.2011 olan bir kira sözleşmesinde, iki haklı ihtarın yapılmış olması kaydıyla, davanın 10.03.2012 tarihinden sonra bir ay içinde açılması gerekir.
 - **Bir yıl veya daha uzun süreli kira sözleşmelerinde;** dava açma süresinin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı yine üçlü bir ayırım yapılarak açıklanacak olursa,
1. Süresi bir yıl olan kira sözleşmelerinde, doğal olarak kira süresi olan bu bir yılın bitiminden itibaren bir aylık dava açma süresi işlemeye başlar¹⁷⁸.
 2. Bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde, bu süre içerisindeki birer yıllık kira dönemlerinde iki haklı ihtar yapılmış ise, ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden itibaren bir aylık dava açma süresi işlemeye başlar¹⁷⁹.

Örneğin¹⁸⁰, on sekiz ay süreli ve 01.05.2009 tarihinde başlayan bir kira sözleşmesinde, kiracı 01.04.2009 ile 30.04.2010 tarihleri arasında iki haklı ihtar çekilmesine sebep olmuşsa, kiraya veren 01.05.2010 tarihinden başlayarak bir ay içinde dava açabilir.

¹⁷³ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.206.

¹⁷⁴ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.206; GÜMÜŞ, s.409.

¹⁷⁵ AYDEMİR, s.203; GÜMÜŞ, s.417.

¹⁷⁶ AYDEMİR, s.200, 203; CERAN, s.246; Ece BAŞARAN, “Borçlar Kanunu Tasarısı: Türk Kira Hukukunun İkili Yapısının Sonu Mu?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı: 38, Ekim 2009, s.62; GÜMÜŞ, s.417; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.409; BURCUOĞLU, s.40.

¹⁷⁷ Örnek için bkz. AYDEMİR, s.203.

¹⁷⁸ GÜMÜŞ, s.417-418.

¹⁷⁹ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.205; BAŞARAN, s.62; ERZURUMLUOĞLU, “Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)”, s.111-112; GÜMÜŞ, s.417; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.409; BURCUOĞLU, s.40.

¹⁸⁰ Örnek için bkz. DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.205.

Görüldüğü üzere, GKHK' dan farklı olarak, TBK' ya göre bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde (bu ikinci ihtimal söz konusu ise) tahliye davası açabilmek için kira sözleşmesinin sonunu beklemeye gerek yoktur¹⁸¹.

3. Kira sözleşmesinin süresi bir yıldan uzun olup da yıldan sonra kalan sürenin bir yıl olmadığı kira sözleşmelerinde kalan süre içinde iki haklı ihtar yapıldığında ise, bu arta kalan sürenin bitiminden itibaren bir aylık dava açma süresi işlemeye başlar¹⁸².

Örneğin¹⁸³, yukarıdaki örnekte bahsedilen on sekiz ay süreli ve 01.05.2009 tarihinde başlayan kira sözleşmesinde ilk bir yıl içinde iki haklı ihtar gerçekleşmemiş; buna karşılık kalan altı ay içinde, yani 01.05.2010 ile 31.10.2010 tarihleri arasında, iki haklı ihtar yapılmışsa, bu durumda bu arta kalan altı aylık sürenin sonu olan 01.11.2010 tarihinden itibaren bir ay içinde dava açılabilir.

Kanunda öngörülen bu bir aylık süre hak düşürücü nitelikte bir süredir, bu nedenle sürenin kaçırılması halinde mahkeme bu durumu re'sen gözetir ve tahliye talebini dinlemez¹⁸⁴.

GKHK döneminde Yargıtay, daha önce veya bir aylık dava açma süresi içinde tahliye iradesinin ortaya konmuş olmasının süreyi korumayacağını kabul etmekteydi¹⁸⁵. Doktrin ise "ihtiyaç ve yeniden inşa ve imar sebebiyle tahliye davalarında" Yargıtay'ın bu durumu süreyi koruyucu nitelikte görmesinden bahisle iki haklı ihtar sebebiyle tahliyede de dava açma süresini koruyucu bu etkinin uygulanması gerektiğini ileri sürmekteydi¹⁸⁶. TBK, bu konuyu m. 353'de düzenlemekte ve bu konudaki tartışmaları sona erdirerek bir aylık dava açma süresi içinde yazılı bir şekilde dava açılacağını bildirmiş olmasının dava açma süresini bir kira yılı uzatacağını hükme bağlamaktadır¹⁸⁷. Buna göre; "*Kiraya veren, en geç*

¹⁸¹ CERAN, s.246; BAŞARAN, s.62; ERZURUMLUOĞLU, "Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)", s.111-112; N. YAVUZ, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları, s.409; BURCUOĞLU, s.40. Bu konuda yine Akkanat, farklı yıllarda ilk haklı ihtar yapıldı ise bu son yapılan ihtarın kira yılının sonundan itibaren bir ay içinde davanın açılması gerektiğini söylemektedir (AKKANAT, s.270).

¹⁸² DOĞAN, Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, s.205; BAŞARAN, s.62; ERZURUMLUOĞLU, "Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)", s.111-112; GÜMÜŞ, s.417; N. YAVUZ, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları, s.409; BURCUOĞLU, s.40.

¹⁸³ Örnek için bkz. DOĞAN, Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, s.205.

¹⁸⁴ DOĞAN, Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, s.207.

¹⁸⁵ Y. 6. HD. 02.11.1992, E.11588, K.12244; TUNABOYLU, Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, s.479.

¹⁸⁶ DOĞAN, Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, s.207 ve dipnot 709'daki yazarlar.

¹⁸⁷ GÜMÜŞ, s.418.

davanın açılması için öngörülen sürede dava açacağını kiracıya yazılı olarak bildirmişse, dava açma süresi bir kira yılı için uzamış sayılır”.

Tahliye davalarında görevli mahkeme HMK m. 4, f. 1, b. (a) gereği sulh hukuk mahkemesidir.

Dava kiraya veren tarafından açılır, birden fazla kiraya verenin bulunması halinde ise sahip oldukları birlikte mülkiyetin, el birliği mülkiyeti mi yoksa paylı mülkiyet mi olduğuna bakmak gerekir. Eğer elbirliği mülkiyeti söz konusu ise oy birliği ile; yok eğer aralarında paylı mülkiyet varsa pay ve paydaş çoğunluğuyla tahliye davası açma kararı almaları lazımdır¹⁸⁸. Buna karşılık birden fazla kiracının olduğu durumlarda ise, borcun bölünemeyen niteliğinden dolayı davanın hepsine karşı açılması gerekir¹⁸⁹.

TBK m.315 hükmüne dayalı tahliye davasında da açıklandığı üzere, kiraya veren ile malik, hak ve yetki kullanımı bakımından aynı statüde olmadığı için malik kural olarak bu davayı açamaz¹⁹⁰. Malikin bu davayı açabilmesi için öncelikle kiracıya bildirimde bulunarak artık kira bedelinin kendisine ödenmesini talep etmesi ve bundan sonra ödeme yapılmamış olması sebebiyle iki haklı ihtar yapmış olması gerekir¹⁹¹.

Kiraya veren iki haklı ihtar çektikten sonra kiralananı satacak olursa artık kiralanan üzerinde bir yetkisi kalmaz¹⁹². Eski malik bu durumda iki haklı ihtar dayanarak tahliye davası açamaz¹⁹³. Yargıtay’a göre yeni malikin tahliye davası açabilmesi için önce kiralananı devraldığını kiracıya bildirmesi ve kira bedellerinin kendisine ödenmesini istemesi ve buna rağmen kira bedelinin ödenmemiş olması üzerine iki haklı ihtar yapılmış olması gerekir¹⁹⁴.

¹⁸⁸ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.206; AYDEMİR, s.203; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.450-451.

¹⁸⁹ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.206; AYDEMİR, s.204. Aksi yönde bir Yargıtay kararı, Y. 6.HD.31.05.1991, E.1991/7013, K.1991/7688, www.kazanci.com: "Dava iki haklı ihtar nedeniyle tahliyeye ilişkindir. Kiracı sayısı birden fazladır. Kiracılar müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak gösterilmiştir. Bu durumda Borçlar Kanunu’na göre kiracılardan birisi hasım gösterilip taliye davası açılabilir”.

¹⁹⁰ AYDEMİR, s.203; N. YAVUZ, *6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*, s.450-451.

¹⁹¹ AYDEMİR, s.203-204; Y. 6.HD.20.01.1997, E.1996/11998, K.1997/114, www.kazanci.com.

¹⁹² AYDEMİR, s.204.

¹⁹³ AYDEMİR, s.204; YHGK 09.10.1985, E.1984/6-147, K.1985/794, www.kazanci.com: “Kiraya veren iki haklı ihtar çektikten sonra kiralananı satmış ve alıcı da kiracıya ihtar çekip kiralananın kendisine ödenmesini ve ihtiyaç için dava açacağını açıklamıştır. Bu satıştan sonra kiraya veren eski malik iki haklı ihtar sebebiyle tahliye davası açamaz”.

¹⁹⁴ DOĞAN, *Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, s.206; Y. 6.HD. 25.02.1992, E.1992/2394, K.1992/2783, www.kazanci.com.

SONUÇ

Kira sözleşmesinde kira bedelini ödemekte temerrüde düşerek kiraya verenin bu sözleşmeden elde edeceği menfaati tehlikeye düşüren kiracı karşısında, kiraya vereni artık bu sözleşme ile bağlı kalmak zorunda bırakmayan kanun koyucu, ayrıntılı şekilde incelendiği üzere, bu hususta değişik tedbirlerin yer aldığı düzenlemeler öngörmektedir. Bunlardan ilki kira bedelinin hiç ödenmemesi ihtimaline ilişkindir. Bu doğrultuda muaccel kira bedelini zamanında ödemeyerek temerrüde düşen kiracıya son bir hak tanınmakta ve ek bir süre verilmektedir. Bu süre içinde de kira bedeli ödenmediği takdirde kiraya veren artık kira sözleşmesini feshedebilmektedir. Her ne kadar bu düzenleme kiraya verene sağladığı bu hak bakımından gerekli ve isabetliyse de kiracının kira bedelini ödemekte temerrüde düşmeyi alışkanlık haline getirmesi durumunda yetersiz kalabilmektedir. Çünkü kiracı zamanında kira bedeli borcunu ifa etmese de kendisine tanınan bu ek sürelerde borcunu ifa edecek olursa kiraya veren sözleşmeyi feshedememektedir. Neticede bu tür durumlarda kiracı zamanında kira bedellerini ödemeyerek kiraya vereni ek süre vermek zorunda bırakmakta, fakat bu kez bu süre içerisinde borcunu ifa ederek sözleşmenin sona erdirilmesini önleyebilmektedir. İşte bu ihtimale karşı kanun koyucu konut ve çatılı iş yeri kiralalarına özgü olarak ikinci bir düzenleme getirmekte ve bu şekilde kiraya vereni zor durumda bırakmaya devam eden kiracılara karşı bir önlem daha almaktadır. Bu bağlamda bu ikinci düzenleme ise kira bedelinin zamanında ödenmemesi ihtimaline ilişkindir. Buna göre kiraya veren borcunu zamanında ödemeyen kiracıya karşı kanunda öngörülen süreler içerisinde iki defa haklı ihtarda bulunursa, bu ihtarlardan sonra kiracı kira bedelini ödese bile, tahliye davası açılabilir.

İlk düzenleme, yani TBK m. 315 hükmü, asli edim yükümünü yerine getirmeyen kiracılara karşı kiraya vereni korumakta; ancak bu düzenlemenin yetersiz kaldığı durumlarda ise ikinci düzenleme olan TBK m. 352, f. 2 hükmü (sadece konut ve çatılı iş yerleri bakımından) ikinci bir filtre olarak devreye girebilmektedir. Ancak bu söylenenlerden konut ve çatılı iş yerleri için öncelikle mutlaka TBK m. 315 hükmüne dayanılması gerektiği gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Kiraya veren kira bedelini ödemeyen kiracısına ek süre vermemiş olsa da, TBK m. 352, f. 2 hükmüne göre iki haklı ihtarda bulunmuşsa elbette ki tahliye davası açabilir. Bu düzenlemeler kiraya veren tarafından istenildiği takdirde seçilerek kullanılabilir, onun tercihine kalmış koruyucu hükümlerdir. TBK m. 352, f. 2 hükmünün bu bağlamdaki özelliği TBK m. 315 hükmünün eksikliklerini kapatıyor olması, TBK m. 315'e göre amacına ulaşamayan kiraya verene konut ve çatılı iş yeri kiralalarında ikinci bir imkân sunuyor olmasıdır.

BK ve GKHK' dan farklı olarak TBK temerrüde düşen kiracı karşısında kiraya vereni kimi açılardan güçlendirmektedir. Bu bağlamda bir yıldan kısa süreli ve bir yıldan uzun süreli olup da bir kira yılını aşan sürenin bir yıldan kısa

olduğu kira sözleşmeleri için de iki haklı ihtar dayanan tahliye davası açabilme imkânı getirmesi, konut ve çatılı iş yeri kavramını kiralananın bulunduğu yer açısından genişletmesi ve kira süresinin sonunu beklemek zorunda kalmaksızın tahliye davası açabilme imkânı getirmesi bu nitelikte sayılabilir.

TBK ile kiracı ile kiraya veren arasındaki menfaat dengesinin kira bedelinin zamanında ödenmemesi suretiyle kiracı tarafından kiraya veren aleyhine bozulması karşısında kiraya vereni koruyucu hükümlerdeki kimi eksikliklerin giderilmesi olumlu bir gelişmedir. Ne var ki, çalışmada incelendiği üzere, genel itibarıyla halen giderilmeyen, belirsiz süreli konut ve çatılı iş yeri kiralarında iki haklı ihtar sebebiyle tahliye davası imkânı olup olmayacağı gibi belirsizlikler de kanuni düzenlemeye kavuşturulmalıdır. Özellikle de bu kanunda da düzenleme getirilmemiş olup da yargı kararlarında istikrar kazanamayan hususların hukuk birliğini sağlamak için hükme bağlanması son derece isabetli olur.

KISALTMALAR

- BK** : 818 sayılı Borçlar Kanunu
C. : Cilt
E. : Esas
GKHK : Gayri Menkul Kiraları Hakkındaki Kanun
HD. : Hukuk Dairesi
K. : Karar
m. : madde
s. : sayfa
S. : Sayı
TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
vd. : ve devamı
Y. : Yargıtay

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk, “Kira Sözleşmesi ve Kefalet”, Legal Hukuk Dergisi, Legal Yayıncılık, Cilt: 3, Sayı: 33, Eylül 2005.

AKKANAT, Halil, “Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler- Tebliğler, On iki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2012.

ARAL, Fahrettin ve Hasan AYRANCI, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2012.

AYDEMİR, Efrail, Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

BAŞARAN, Ece, “Borçlar Kanunu Tasarısı: Türk Kira Hukukunun İkili Yapısının Sonu Mu?”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 38, Ekim 2009.

BURCUOĞLU, Haluk, “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2008.

CERAN, Mithat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, 24-25 Mart 2011.

DOĞAN, Murat, Konut ve Çatılı İş Yeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2011.

DOĞAN, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi – Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu-Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan), Turhan Kitabevi, 2011.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2012.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1973.

GÖKALP, Özge Tuçe, Adi Kira Sözleşmesinde Kiracının Kira Parasını Ödemede Temerrüdü ve Sonuçları (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.

GÜMÜŞ, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal ve M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 10. Bası, İstanbul 2012.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri - Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Cilt: I/2, Vedat Kitapçılık, 4. Tıpkıbasım, İstanbul 2008.

TUNABOYLU, Müslim, Borçlar Kanununa Göre Tahliye Davaları, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2007.

TUNABOYLU, Müslim, Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2007.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul 2012.

YAVUZ, Nihat, Türk Kira Hukuku, Cilt: 3 (Uygulamada ve Öğretide Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesinin Feshi Davaları ile 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanuna Göre Kiracının Tahliyesi), Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

ZEVKLİLER, Aydın ve Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 11. Bası, Ankara 2010.

Kazancı İçtihat Programı, www.kazanci.com.

Kamu Hukuku

**ULUSLARARASI VE TÜRKİYE
HENTBOL FEDERASYONLARI
OYUN KURALLARINDAN, MADDE 4:9'UN
TIBBİ VE ADLİ YÖNDEN TARTIŞILMASI**

*Prof. Dr. Aytaç KOÇAK**
*Prof. Dr. Ekin Özgür AKTAŞ***
*Yrd. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI****
*Yrd. Doç. Dr. Hikmet VURGUN*****

ÖZET

Her spor dalında yaralanma ve sakatlanma riski vardır. Ancak bu risklerin tamamen yok edilmesi veya azaltılmasına yönelik kuralların konulması ve önlem alınması o spor dalıyla ilgili federasyonların görevidir. Bu riskler futbol, hentbol, buz hokeyi, basketbol, vb. birbiriyle yakın temas halinde bulunan spor dallarında daha belirgindir. Bu nedenle bu tür spor dallarında yaralanma ve sakatlanmaları azaltmak için önlemler alınmaktadır. Örneğin, futbolda tekmelik ve tozluk takma zorunluluğu, buz hokeyinde kalecinin kask ve tam yüz koruması kaskı, diğer oyuncuların da yüz koruma kaskı giyme zorunluluğu, ayrıca bok-sörlerin dişlik takma zorunluluğu vardır. Daha birçok spor dalında buna benzer koruma tedbirleri bulunmaktadır.

Bu derlemenin konusu; hentbol sporunda Uluslararası ve Türk Hentbol Federasyonu tarafından konulan oyun kuralları madde 4:9'da belirtilen "kask ve yüz koruyucu takma yasağı"dır. Maske ve yüz koruyucusunun yasaklanmasının hukuka aykırı olup olmadığı ve tıbbi sakıncaları tartışılmış, en azından kaleciler için yüz ve kafa travmalarını engelleyecek, oyun düzenini bozmayacak ve rakip için tehlike oluşturmayacak yeni bir düzenleme yapılmasının gerekliliği ve Hentbol Federasyonu'nun bu konuya dikkatinin çekilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Spor yaralanmaları, hentbol, kurallar, adli tıp, hukuk.

ABSTRACT

More or less every sport has a risk of injury and disability. However, stating rules and taking precautions to eliminate risk is the responsibility of the sports federation of the sport branch. These risks are more evident in sports

* Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı.

** Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı.

*** İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

**** Celal Bayar Üniversitesi Beden Eğitimi Spor Yüksek Okulu.

which have close contact with each other such as football, handball, ice hockey, basketball, and so on. For this reason, precautions are taken to decrease injuries and crippling in this kind of sports. For example, plinth and legging are obliged for football, helmets and full-face protection helmet for ice hockey goal keeper, other players required to wear protective full-face mask, boxers are also obliged to insert a mouth guard. Many other sports have similar protection measures.

The subject of this review is the “prohibition of wearing helmet and face protection” that specified in the article 4:9 which established by the International and Turkish Handball Federation. Whether the prohibition of the face protection and helmet is against the law or not were discussed, need for new regulation that prevent face and head trauma of goal keepers but don't disrupt the game order was emphasized and was intended to take attention of the Handball Federation to this issues.

Key Words: *Sports injuries, handball, rules, legal medicine, law.*

GİRİŞ

Spor yaralanması; vücudun tamamının veya bir bölgesinin normalden fazla bir kuvvetle karşılaşması sonucunda dayanıklılık sınırlarının aşılmasıyla ortaya çıkan durumdur ve genel olarak sportif aktiviteler sırasında meydana gelen her türlü travmaya verilen ortak isimdir. Bu durum çocukluk ve ergenlikte görülen tüm yaralanmaların dörtte birini oluşturur¹. Spor yaralanmalarının nedenleri arasında; aşırı yüklenme, önceden geçirilmiş ve tam tedavi edilmemiş yaralanmalar, yorgunluk, soğuk, aşırı gerilme ve enfeksiyon gibi etkenlere bağlı gelişen kas eklem sertlikleri, geçirilmiş yaralanma ve eğitimsizlik nedeniyle oluşan kas zayıflıkları, kaslar arası güç dengesizliği, bedensel hazırlığın tam olmaması ve ısınma eksikliği, spor dalının sporcuya uygun olmaması, yetersiz teknik, aşırı rekabet gerektiren yarışmalı sporlar, hastalıklar, spor araç-gereçlerindeki ve koruyucu önlemlerdeki yetersizlik vb. sayılabilir².

Spor yapanlarda yaralanma görülme olasılığı 1/4.000, ölüm oranı ise 1/40.000'dir³. En sık yaralanmanın görüldüğü branşlar ise; %10 ile futbol, %6 ile güreş, %3 ile hentbol ve boks, %1 ile atletizm ve %0,5 ile kayaktır⁴.

Spor yaralanmaları, genellikle yapılan spor dallarına özgü özellikler içerir. Bu konuyla ilgili olarak dünyada en sık yapılan spor dalları dikkate alınarak incelendiğinde:

Futbolcularda; genellikle sıyrıklar, ezikler, yüzeysel ekimozlar, basit kas zorlanmaları, ayak bileği burkulmaları, kas rüptürleri, kafa travmaları ve yüz yaralanmaları (burun, göz, diş), bel ve sırt bölgesi yaralanmaları, boyun bölgesi travmaları görüldüğü tespit edilmiştir⁵.

¹ Sakallı F.M.H., Sporda Sporcuların Yaralanması ve Risk Faktörleri, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 7 (2008); <http://www.turanuslu.net/spor-yaralanmalarina-giris/> (erişim tarihi Mayıs 2011)

² Sakallı F.M.H., Sporda Sporcuların Yaralanması ve Risk Faktörleri, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 7 (2008); <http://www.turanuslu.net/spor-yaralanmalarina-giris/> (erişim tarihi Mayıs 2011)

³ Sakallı F.M.H., Sporda Sporcuların Yaralanması ve Risk Faktörleri, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 7 (2008)

⁴ Sakallı F.M.H., Sporda Sporcuların Yaralanması ve Risk Faktörleri, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 7 (2008); - Spor ve Yaralanma (<http://www.sporbilim.com/?s=detay&id=178>) (erişim tarihi Mayıs 2011)

⁵ Sakallı F.M.H., Sporda Sporcuların Yaralanması ve Risk Faktörleri, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 7 (2008); - Spor ve Yaralanma (<http://www.sporbilim.com/?s=detay&id=178>) (erişim tarihi Mayıs 2011); Önçağ H., Kızılay C., Taşkiran E., Spor Yaralanmaları ve istatistiki değerlendirmesi, Spor Hekimliği Dergisi. 1988, C: 3, s. 4.

Basketbolcularda görülen yaralanma çeşitleri genellikle; yumuşak doku lezyonları (ezilme, kas ve lif kopmaları, kanama, kas sertlikleri, kramplar vb.), yüz yaralanmaları, eklem travmaları (bağ lezyonları, menisküs lezyonları, ayak bileği burkulmaları, parmak eklem zorlanmaları, bel zorlanmaları, omuz çıkıkları), ekstremiteler kırıkları saptanmıştır⁶.

Koşucularda en çok; kas ve tendon zorlanmaları, aşırı kullanım yaralanmaları, eklem ve bağ yaralanmaları ile menisküs lezyonları görülmüştür⁷.

Halter sporunda; daha çok yumuşak doku yaralanmaları sıklıkla görülmektedir⁸.

Boks sporunda ise en sık yüz yaralanmaları (hafif ekimozdan, önemli kırıklara kadar giden travma şekilleri), geçici ve kalıcı beyin hasarları görülmektedir⁹.

Judocularda; el bileği ve parmaklarla ilgili yumuşak doku yaralanmaları, diz ekleminde intra ve ekstra artiküler hematoma, bağ, kapsül ve menisküs lezyonları ile kafa travmaları görülebilir.

Kayakçılarda ise en sık: ayak bileği yaralanmaları, bacak-diz ve kafa travmalarıyla omurga yaralanmaları tespit edilmiştir¹⁰.

Voleybolcularda; üst ekstremiteler yaralanmaları %71 oranındadır ve bunların %53'ü kişisel parmak yaralanmalarından kaynaklanmaktadır¹¹.

⁶ Krejci V., Koch P.: Sporcularda Kas Yaralanmaları ve Tendon Hastalıkları. Çev: Doç. Dr. Kut Sarpyener. Arkadaş Tıp Kitapları, 1984; Girgin O., Basketbol Yaralanmaları, Spor Hekimliği Dergisi, 1979, C: 14. S. 4.

⁷ Gür A., Spor Arızaları, Spor Hekimliği Dergisi, 1979, V: 9, N: 3, s.10.; Krejci V., Koch P.: Sporcularda Kas Yaralanmaları ve Tendon Hastalıkları. Çev: Doç. Dr. Kut Sarpyener. Arkadaş Tıp Kitapları, 1984; Önçığ H., Kızılay C., Taşkiran E., Spor Yaralanmaları ve istatistiki değerlendirmesi, Spor Hekimliği Dergisi. 1988, C: 3, s. 4.

⁸ Gür A., Spor Arızaları, Spor Hekimliği Dergisi, 1979, V: 9, N: 3, s.10.; Krejci V., Koch P.: Sporcularda Kas Yaralanmaları ve Tendon Hastalıkları. Çev: Doç. Dr. Kut Sarpyener. Arkadaş Tıp Kitapları, 1984; Önçığ H., Kızılay C., Taşkiran E., Spor Yaralanmaları ve istatistiki değerlendirmesi, Spor Hekimliği Dergisi. 1988, C: 3, s. 4.

⁹ <http://www.turanuslu.net/spor-yaralanmalarina-giris/> (erişim tarihi Mayıs 2011) Krejci V., Koch P.: Sporcularda Kas Yaralanmaları ve Tendon Hastalıkları. Çev: Doç. Dr. Kut Sarpyener. Arkadaş Tıp Kitapları, 1984; Önçığ H., Kızılay C., Taşkiran E., Spor Yaralanmaları ve istatistiki değerlendirmesi, Spor Hekimliği Dergisi. 1988, C: 3, s. 4.

¹⁰ <http://www.turanuslu.net/spor-yaralanmalarina-giris/> (erişim tarihi Mayıs 2011) Krejci V., Koch P.: Sporcularda Kas Yaralanmaları ve Tendon Hastalıkları. Çev: Doç. Dr. Kut Sarpyener. Arkadaş Tıp Kitapları, 1984; Önçığ H., Kızılay C., Taşkiran E., Spor Yaralanmaları ve istatistiki değerlendirmesi, Spor Hekimliği Dergisi. 1988, C: 3, s. 4.

¹¹ Knobloch K, Rossner D, Jagodzinski M, Zeichen J, Gössling T, Martin-Schmitt S, Richter M, Krettek C., Sportverletz Sportschaden. 2005 Jun; 19 (2): 82-8.; <http://www.yvik.org.tr/index.asp?pg=kh&newID=635> (erişim tarihi Mayıs 2011)

Hentbol Sporunda Yaralanma Şekilleri

Bu konuda yapılan çalışmalarda; hentbol sporcularında sık görülen travma şekilleri şunlardır: Diz ve ayak bileği yaralanmaları, dirsek ve el bileği yaralanmaları, maksillo fasiyal yaralanmalar (burun, göz), diş ve çene yaralanmaları, el parmak yaralanmaları en sık görülen yaralanma tipleridir¹².

İsviçre ve İsveç'te Aralık 2010'da yer salon hokeyinde (floorball) sporculardaki göz hasarları ve yüz travmalarını buna ek olarak sporcuların koruyucu gözlük ve ağızlık kullanmalarını incelemek, sporcular ve antrenörlerin dişsel travmayı önleme, ilk yardım ve sonuçları hakkındaki genel bilgi seviyelerini değerlendirmek için yapılan bir araştırmada; sporcuların %27,7'sinin göz ve çevresinden hasar gördüğü, sadece 25 sporcunun (%4,9) göz korumalığı kullandığı, aynı şekilde tüm sporcuların %31,7'sinde diş veya çene hasarı olmasına rağmen, sadece bir sporcunun düzenli olarak ağız koruyucu kullandığı saptanmıştır. Aynı çalışmanın sonuç bölümünde; floorball sporunun tıpkı hentbol sporunda olduğu gibi çok yüksek dental travma riski taşıdığı, floorballdaki dental yaralanmalar konusunda oyuncular, çalıştırıcılar, aileler ve ilgili federasyonların ağız koruyucu kullanma kararı vermesi gerektiği, ayrıca göz koruyucu kullanmanın zorunlu hale getirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹³.

Temas sporlarında gerekli yüz koruma ihtiyacına yönelik İsveç'te yapılan bir araştırmada; Amerikan futbolu, buz hokeyi, basketbol ve hentbol sporlarında alt-üst çene ve diş yaralanmaları değerlendirilmiştir. Yüz korumasının zorunlu olduğu Amerikan futbolunda alt-üst çene ve dental hasarların tüm kazaların sadece %1,4'ünü oluşturduğu, buna karşılık sadece kask ve ekstra oral ağız koruyucunun zorunlu olduğu buz hokeyi sporunda ise yüz korumasının yetersiz olduğu ve bu oranın %10,6 olduğu saptanmıştır. Ayrıca hentbol, Amerikan futbolu ve basketbol sporunda yaralanmaların en sık rastlanan nedenlerinden birisinin başka bir oyuncudan gelen darbeler olduğu tespit edilmiştir¹⁴.

Fagerli ve arkadaşlarının hentbol sporunda görülen yaralanma tiplerine yönelik 421 sporcu üzerinde yaptığı bir araştırmada; burkulmanın (distorsiyon) en

¹² Fagerli M., Lereim I. & Sahlin Y., Injuries in handball players. Tidsskrift for den norske Laegeforening, 1990, 110 (4): 475-478.; K. Katou, Y. Tomida, S. Gamo, T. Kono, A. Uchida, Sports injuries in handball players of the national team in Japan, **5th IOC World Congress on Sport Sciences with the Annual Conference of Science and Medicine in Sport 1999 Sydney 31 October -5 November 1999**.

¹³ Maria Maxén, Sebastian Kühl, Gabriel Krastl, Andreas Filippi, Eye Injuries And Orofacial Traumas In Floorball—A Survey In Switzerland And Sweden, Dental Traumatology, 2010, Volume: 27, Issue2, p: 95 – 101.

¹⁴ Sane J., Comparison of maxillofacial and dental injuries in four contact team sports: American football, bandy, basketball, and handball, Am J Sports Med. 1988 Nov-Dec; 16 (6): 647-51.

çok rastlanan yaralanma tipi olduğu, onu kontüzyon (ezik) ve kırıkların izlediği tespit edilmiştir. Ayrıca yaralanmaların yarısının üst ekstremitelerde görüldüğü, ancak en sık rastlanan yaralanmanın ise ayak bileği eklemine olduğu gözlenmiştir. Kırıkların çoğunun da el parmaklarında meydana geldiği, yaraların ise en çok yüzde olduğu tespit edilmiştir. Hentbol sporunda yaralanmaları önlemek için alınacak tedbirlerin alınması, temel ve teknik eğitim koşullarının sağlanması, ilk yardım uygulanması ve kurallarında bazı değişiklikler olarak belirtilmiştir. Danimarka’da 570 sporcuyla yapılan benzer bir çalışmada da %62 oranında distorsiyon ve burkulma yaralanmaları %12 oranında kırık saptanmıştır¹⁵.

Hentbol sporundaki yaralanma tiplerinin araştırılması için Yunan hentbol milli takım sporcularına yapılan bir anket çalışmasında, geriye dönük 24 aylık periyot sorgulanmıştır. Sporcuların büyük bir bölümünün koruyucu ekipman kullanmadığı anlaşılmıştır. Sporcuların neredeyse yarısının spor yaralanmasına maruz kaldığı (%46,8) saptanmıştır. En çok yaralanmanın pivot ve kanat oyuncularında görüldüğü tespit edilmiştir. Yaralanmaların en çok alt ekstremitelerde görüldüğü (%78,3) ve bunların da %69,6’sının antrenman sırasında meydana geldiği tespit edilmiştir. Sonuç olarak oyuncuların koruyucu ekipman kullanmadıkları ve bundan dolayı da şiddetli yaralanmalara maruz kaldıkları belirtilmiştir¹⁶.

Almanya ve İsviçre’de ortak yapılan 98 hentbol sporcusunun katıldığı bir anket çalışmasında; 8,3 sakatlanma/1.000 oyuncu başına oynama saati oranıyla, hentbol sporunun sakatlanmalarda orta risk grubunda yer aldığı belirtilmiştir. Aynı çalışmada spor yaralanma riskinin sadece spor müsabakalarıyla sınırlı olmadığı, kazaların %25-30’unun antrenmanlarda gerçekleştiği özellikle vurgulanmıştır. Ankete katılan oyunculardan sadece 10’unun koruyucu ağızlık taktığı tespit edilmiştir. Bu oran 8,3 sakatlanma/1.000 oyuncu başına oynama saati sakatlanma oranıyla kıyaslandığında oldukça düşüktür. Ağız koruyucularının kullanılması gerektiği ve dental yaralanmaları etkin bir şekilde azaltacağı belirtilmiştir¹⁷. Yine 2005 yılında bu çalışmaya benzer bir çalışma ülkemizde Keçeci ve arkadaşları tarafından yapılmış ve hentbol sporcularının dental travma geçirip geçirmediği araştırılmıştır. 36 oyuncunun 12 tanesinin (%33,3) dental travmaya maruz kaldığı tespit edilmiştir. Bu yaralanmaların diğer oyuncunun elinin ya da dirseğinin yüze çarpması veya yakın mesafeden top çarpması sonu-

¹⁵ Ugeskr Laeger, Handball injuries, An epidemiologic and socioeconomic study, The American Journal of Sports Medicine, 1993, 155 (45): 3636–8.

¹⁶ Tsigilis N., Hatzimanouil D., Injuries in handball: Examination of the risk factors., European Journal of Sport Science, 2005, 5 (3): 137-142.; Dimitris Hatzimanouil, Nikos Oxizoglou, Aggelos Kanioglou, Kostas Manavis, Stefan Eleftherios: Injuries in Athletes of National Handball Teams, Physical Training, 2008.

¹⁷ Maxén M, Kühl S, Krastl G, Filippi A., Eye injuries and orofacial traumas in floorball-a survey in Switzerland and Sweden, Dent Traumatology, 2010, Dec 28.

cu gerçekleştiği tespit edilmiştir. Çalışmada en önemli noktalardan birisinin ise hiç bir sporcunun ağız koruyucusu kullanmaması olduğu, sonuç olarak federasyonların, kulüplerin ve çalıştırıcıların koruyucu donanımlar konusunda bilinçlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır¹⁸.

İsviçre'de farklı spor dallarındaki orofasiyal ve serebral yaralanma oluşumunu belirtmek ve spor aktivitesi sırasında ağız koruyucusu kullanımı konusunda sporcu ve resmi yetkililerin farkındalığını ölçmek amacıyla yapılan bir çalışmada; futbol, hentbol, basketbol ve buz hokeyi yapan 267 profesyonel sporcu ve 63 yetkiliyle görüşülmüş, orofasiyal ve serebral travma sıklığı saptanarak, sporcuların ağız koruyucu kullanma ve kullanmama nedenleri değerlendirilmiştir. Sonuç olarak spor uygulamaları sırasında meydana gelen yaralanmalar ile ağız koruyucu kullanan veya kullanmayan sporcularla spor dalları karşılaştırıldığında; orofasiyal ve serebral yaralanmalarda büyük fark olduğu görülmüştür. Oyuncuların %45'inin ağız koruyucu giymeden yaralandığı, oysa futbol sporunda ağız koruyucu kullanan oyuncuların sadece %24'ünde yaralanma tespit edildiği, ağız koruyucu kullanan oyuncuların %68'inin hiçbir zaman orofasiyal veya serebral yaralanma geçirmediği saptanmıştır. 150 (%56) sporcu tarafından genel olarak kabul edilmesine rağmen, 224 (%84) sporcunun ağız koruyucu kullanmadığı anlaşılmıştır. Yetkililer arasında ağız koruyucu bilincinin yüksek (%59) olmasına karşın, sadece %25'i ağız koruyucu finansmanına destek vermek istediğini, %5'i ise kural olarak uygulamak istediğini belirtmiştir. Çalıştırıcılar gibi sporcuların da temas sporları yaparken yüksek ağız yaralanmaları riski konusunda bilgilendirilmeleri gerektiği vurgulanmıştır¹⁹.

Almanya'da basketbol, futbol, hentbol, voleybol ve hokey spor dalları ile ilgili eğitim için okullarda meydana gelen 2.234 adet spor yaralanmalarının oranlarının araştırılmasına yönelik yapılan bir çalışmada; adı geçen spor dallarında en sık görülen yaralanma tipinin parmak yaralanması ve burkulma olduğu tespit edilmiştir. Hokey sporunda ise diş ve yüz yaralanmalarının daha sık görüldüğü belirtilerek bu konuda eğitim programları yapılması ve koruyucu önlemler alınması gerektiği vurgulanmıştır²⁰.

Spor Yaralanmalarını Azaltmak İçin Alınabilecek Önlemler

Hangi spor dalı yapılırsa yapılsın öncelikle sporcuların düzenli/periodyk sağlık kontrollerinin yapılması en önemli konudur. Bu kontrollerde sporcunun mevcut

¹⁸ Keçeci A.D., Eroğlu E., Hentbol sporcularında dental travma: Ön çalışma, S.D.Ü. Tıp Fak. Dergisi., 2005: 12 (4)/6- 9.

¹⁹ Lieger O, von Arx T., Orofacial/cerebral injuries and the use of mouthguards by professional athletes in Switzerland, Dent Traumatology, 2006 Feb; 22 (1): 1-6.

²⁰ Knobloch K, Rossner D, Jagodzinski M, Zeichen J, Gössling T, Martin-Schmitt S, Richter M, Krettek C., Sportverletz Sportschaden. 2005 Jun; 19 (2): 82-8.

sağlık durumu ayrıntılı olarak ortaya konur. Gerek fizyolojik parametreler, gerek fiziksel uygunluk, gerekse sağlıkla ilgili değerlendirmeler yapılır. Bu doğrultuda spor hekimleri tarafından her sporcu için alınması gereken önlemler saptanır.

Spor yaralanmalarının oluşmasında en önemli etkenlerden biri de yetersiz ısınmadır. Bu nedenle ısınmaya ve takiben özellikle germe egzersizlerine büyük önem verilmelidir. Ayrıca fiziksel aktivite sonrası yapılacak soğuma da önem taşımaktadır. Her aktivite sonrası mutlaka soğuma egzersizleri yapılmalıdır. Germe egzersizlerini, aktiviteyi takiben yapmak aktivite öncesi kadar önemlidir. Yapılan spor dalına uygun malzeme kullanılması ve gerekli koruyucu önlemlerin alınması da spor yaralanmalarının azaltılmasında önemli faktörlerdendir. Örneğin; dizlik, dirseklik, dişlik, göz ve yüz koruyucular, kasklar, tozluklar, bileklikler, uylukluklar, baldırlıklar vb.²¹.

Hentbol sporunun hızlı ve sert bir spor olması nedeniyle hem sporcular hem de kaleciler için yaralanmaları engelleyici önlemler alınmalıdır. Bu konuda zorunluluk olmamasına karşın, özellikle kalecilerin genital bölgelerini hızla ve şiddetle gelen topun çarpmasından korumak amacıyla kasık koruyucu (=kugi, kuki, kogi) takması, oyuncuların dental yaralanmaları önlemek amacıyla dişlik takması, dirsek ve diz travmalarını azaltmak için de dirseklik-dizlik kullanması alınan önlemler arasındadır.

Hentbol sporunda özellikle kaleciler hem antrenman hem de oyun sırasında sayısız kez sert ve şiddetli top vuruşlarıyla (şut) karşı karşıya kalmaktadır. Bundan dolayı kalecilerin yüzüne ve vücuduna çarpma olasılıkları her zaman vardır. Yüz travmalarını azaltmak amacıyla hem yüz koruyucu hem de dişlik takma zorunluluğu getirilmesinde yarar vardır. Bu nedenle uluslararası hentbol federasyonu tarafından düzenlenen oyun kuralları içerisindeki 4:9. maddede yer alan "oyuncuların kask ya da maskeyi hiçbir surette takamayacaklarına" ilişkin kuralın bir an önce değiştirilerek sporcunun yüz koruyucu maske takmasına yasaklama getirilmemelidir. Aynı şekilde Türkiye Hentbol Federasyonunca yayınlanan "Uluslararası Hentbol Oyun Kuralları 2010"²² kuralları içinde de yer alan 4:9. madde şu şekildedir: "4:9 Oyuncular spor ayakkabı giymelidir. Oyuncuların, diğer oyuncular için tehlikeli olabilecek objeleri giymesine müsaade edilmemelidir. Oyuncuların; kafa koruyucu, yüz maskesi, künye, saat, yüzük, gerdanlık, zincir, küpe, sert çerçeveli veya tokasız gözlük gibi tehlikeli olabilecek eşyaları giymelerine izin verilmez. Bu koşulları yerine getirmeyen oyuncu-

²¹ Sakallı F.M.H., Sporda Sporcuların Yaralanması ve Risk Faktörleri, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 7 (2008); Spor ve Yaralanma (<http://www.sporbilim.com/?s=detay&id=178>) (erişim tarihi Mayıs 2011); <http://www.yvik.org.tr/index.asp?pg=kh&newID=635> (erişim tarihi Mayıs 2011)

²² <http://www.thf.gov.tr/Dosyalar/file/uluslararasihentboloyunkurallari.PDF> Erişim Tarihi: 25.07.2013

nun, durumunu düzeltinceye kadar, oynamasına izin verilmez. Düz yüzüklere, küçük küpelere ve görülebilir piercinglere diğer oyunculara tehlike oluşturmayacak şekilde bantlandığı takdirde müsaade edilebilir. Yumuşak ve elastik maddeden yapılmış olmaları kaydıyla alın bantları ve kaptan pazubentlerine izin verilir."

Yüz travmasına bağlı yaralanmaların daha hafif olduğu spor dallarında (futbol, basketbol, voleybol gibi) yüz koruyucu maske ve kask takılmasına izin verildiği görülmektedir²³.

Farklı spor dallarındaki yaralanma tiplerini saptamaya yönelik yapılan çalışmalarındaki sonuç ve öneriler bölümleri dikkate alındığında; öncelikle federasyonların hangi spor dalı olursa olsun o spor dalına ait yaralanma risklerini tespit etmesi gerektiği, tespit edilen yaralanmaların en aza indirilmesi için de gerekli önlemlerin alınması ilgili federasyonların ilk ve temel görevlerinden olduğu belirtilmiştir. Ayrıca alınan koruyucu önlemlerin en alt kademedeki en üste kadar ayrıntılı olarak öğretilmesi ve eğitimi için maksimum çabayı göstermesi gerektiği de vurgulanmıştır.

Hentbol sporunda; hentbol federasyonları tarafından yaralanmaların azaltılması amacıyla korunmaya yönelik zorunlu bir kural bulunmamasıyla birlikte, oyuncuların ve özellikle kalecilerin maç sırasında diğer oyuncular için tehlike oluşturmamasına rağmen, yüz koruyucu ve kask takmaları yasaktır²⁴.

TARTIŞMA VE SONUÇ

Spor yaralanmaları yaş ve cinsiyete bakılmaksızın meydana gelen, ancak istenmeyen bir durumdur. Her spor dalında; yapılan spor dalının çeşidine bağlı olarak, az ya da çok yaralanma riski vardır. Ancak yaralanmaların azaltılması; spor öncesi, spor anında ve spor sonrasında alınacak bazı önlemlerle mümkündür.

Hentbol sporu da spor yaralanmaları açısından yüksek riskli spor dallarından biridir. Ancak bu derlemede tartışılacak olan konu; hentbol sporunda hem ülkemizde hem de uluslararası hentbol kurallarında belirtilen, söz konusu yaralanmaları engelleyebilecek ve oyunun düzenini bozmayacak ve rakip için tehlikeli olmayacak maske, kask gibi aksesuarların yasaklanmasının hukuka aykırı olup olmadığı ve tıbbi sakıncalarının bulunup bulunmadığıdır.

Her spor dalında yaralanma riskleri göz önüne alınarak, ilgili spor dallarının federasyonları tarafından çeşitli koruyucu kurallar konulmaktadır. Örneğin; futbol oyun kuralları içerisinde "Zorunlu Giysiler" başlıklı maddesinde "Yumuşak, ha-

²³ http://www.tbf.org.tr/tbfweb/tbfweb2.nsf/TBFV1_BasketbolOyunKurallari_Form?OpenForm (erişim tarihi Nisan 2011). <http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TFF/.../OyunKurallari-2008-09.pdf> (erişim tarihi Nisan 2011).

²⁴ http://www.ihf.info/upload/PDF-Download/rules_english.pdf (erişim tarihi Nisan 2011).

fif, dolgulu malzemedan yapılan başlık, yüz maskeleri, diz ve kol koruyucuları gibi modern koruyucu malzemeler tehlikeli olarak düşünülmez ve kullanılmalarına bu nedenle izin verilir.” hükmü yer almaktadır²⁵. Salon futbolunda oyun kurallarının Oyuncu Giysi ve Gereçleri başlıklı 4. maddesi tekmelik takmayı zorunlu kılarken kask ve maske takmayı yasaklamamaktadır²⁶. Yine basketbol oyun kuralları; maske ve kask takmayı yasaklayan bir kural içermemektedir²⁷. Buz hokeyi ve çim hokeyi sporlarında da çok sert gelen top nedeniyle oluşabilecek travmalara karşı kaleciler için koruyucu kıyafet zorunluluğu getirilmiştir²⁸.

Basketbol sporunda amaç topun potaya atılarak sayı yapılmasıdır. Yüz travmasına bağlı yaralanma şiddeti daha az olmasına rağmen, basketbol oyuncusu isterse önlem olarak yüz koruyucu maske takarak oynayabilmektedir.

Hentbol sporunda ise amaç, elle topun kaleye atılarak sayı yapılmasıdır. Ancak sayı yapılırken topun şiddetle ve hızla atılması söz konusu olduğundan kaleci, sert vuruş ile karşı karşıyadır. Topun kalecinin yüzüne gelme olasılığı ve buna bağlı şiddetli travma riski vardır. Yüz ve ağız koruyucusu olmayan kaleci, hızla gelen topun yüzüne çarpması halinde; kafa travması, dental yaralanma, göz yaralanması ve nazal fraktür gibi travmalarla karşı karşıya kalabilir. Fakat kural gereği, yüzünü travmaya karşı korumak isteyen kaleci veya oyuncunun yüz koruyucu ve maske takması yasaktır²⁹.

Bu durum hukuki olarak ele alındığında; gerçekten uluslararası ve ülkemiz hentbol oyun kuralları gereği (madde 4:9) oyuncuların yüz maskesi ve kafa koruyucu giymelerine izin verilmemektedir. Oysa basketbol ve futbol gibi benzer temas sporlarda bu tarz malzemelerin kullanılmasında böyle bir kısıtlama bulunmamaktadır³⁰.

Ancak bu durum; İsviçre ve ilkemiz Medeni Kanunu 23. maddesinde belirtilen “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse

²⁵ <http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TFF/.../OyunKurallari-2008-09.pdf> (erişim tarihi Nisan 2011).

²⁶ <http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/2009DK/LIGLER/200>

²⁷ http://www.tbf.org.tr/tbfweb/tbfweb2.nsf/TBFV1_BasketbolOyunKurallari_Form?OpenForm (erişim tarihi Nisan 2011).

²⁸ <http://www.turkhokey.gov.tr/yukle/dosyalar/yonetmelik/acikalankuralkitacigi.pdf> (erişim tarihi Mayıs 2011); <http://www.sporakademisi.com/branslar/dosyalar/buzhokeyi/buzhokeyi-oyun-kural.doc> (erişim tarihi Mayıs 2011).

²⁹ http://www.ihf.info/upload/PDF-Download/rules_english.pdf (erişim tarihi Nisan 2011).

³⁰ http://www.tbf.org.tr/tbfweb/tbfweb2.nsf/TBFV1_BasketbolOyunKurallari_Form?OpenForm (erişim tarihi Nisan 2011); <http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TFF/.../OyunKurallari-2008-09.pdf> (erişim tarihi Nisan 2011); http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/2009DK/LIGLER/2009-2010/oyun-kural/futsal_oyun_kurallar%C4%B1_2008_2009.pdf (erişim tarihi Nisan 2011).

özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka aykırı olarak sınırlayamaz” hükmüne tamamen aykırılık teşkil etmektedir. Yani hentbol federasyonları tarafından konulan bu kural; sporcunun kendini travmaya karşı koruma hakkının elinden alınması ve bu hakkın hukuka aykırı olarak sınırlanması anlamına gelmektedir. Kaldı ki, bu hakkın sporcu istemese dahi federasyon tarafından yaralanma riski göz önüne alınarak sporcuya verilmesi daha uygun olabilir. Halen geçerli olan bu kuralın bir an önce değiştirilmesi önerilebilir.

Spor müsabakalarında meydana gelen sakatlanmalardan doğan zararlar yani “zararı göze alarak katılım” bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmektedir³¹. Müsabaka kurallarına uygun olmak koşuluyla; sporcunun diğerini sakatlaması veya yaralaması halinde, doğabilecek sonuçları göze almış olduğu kabul edildiğinden, yaralanan sporcuya bir tazminat hakkı sağlamaz. Zararı veren kişi bu zararı oyun kuralları içinde vermişse kişilik haklarına saldırmış da sayılmaz³². Bu hukuk kuralı dikkate alındığında; spor yaralanmalarını azaltmaya yönelik önlemlerin alınmasında daha da özen gösterilmelidir.

Kuralın hem tıbbi hem de legal yönden sakıncaları olduğu tartışılmakla birlikte, sporcuları korumak ve oyuncuların yaralanma riskini en aza indirmek ilgili federasyonların görevidir. Bu doğrultuda; ulusal ve uluslararası hentbol federasyonlarının sporcularına dizlik-dirseklik, kasık koruyucu ve dişlik kullanımını zorunlu hale getirmesi, yasak olan yüz koruyucu kullanımının değiştirilerek isteyen oyuncuların özellikle kalecilerin yüz koruyucu kullanmalarına izin verilmesinin uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

³¹ Haksız Fiillerin Spor Karşılaşmasındaki Durumu, <http://www.hursertekinoktay.com/sporhukuku.htm>, (erişim tarihi Nisan 2011); Ertaş S., Petek H., Spor Hukuku, Vedat Kitapçılık, İst., s: 64, 2005.

³² Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İst., 2008, s: 566.

KAYNAKLAR

- EREN F.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İst., 2008.
- ERTAŞ S., PETEK H.**, Spor Hukuku, Vedat Kitapçılık, İst., 2005.
- FAGERLİ M., LEREİM I. & SAHLİN Y.**, Injuries in handball players. Tidsskrift for den norske Laegeforening, 1990, 110 (4): 475–
- GİRGİN O.**, Basketbol Yaralanmaları, Spor Hekimliği Dergisi, 1979, C: 14.. S. 4.
- GİRGİN O.**, Futbol maçında görülen sakatlıklar, Spor Hekimliği Dergisi. 1974, V: 9, N: 3
- GÜR A.**, Spor Arızaları, Spor Hekimliği Dergisi, 1979, V: 9, N: 3.
- HATZIMANOUIL D., OXIZOGLU N., SLKARAS E., HATZIMANOUIL A., KORONAS K., TSIGILIS N., ABATZIDES G.**, Factors Related To The Incidence And Severity Of Injuries In Team Handball.
- HATZIMANOUIL D., OXIZOGLU N., KANIÖGLOU A., MANAVİS K., ELEFTHERİOS S.**, Injuries in Athletes of National Handball Teams, Physical Training Jan 2008.
- HATZIMANOUIL Dimitris, OXIZOGLU Nikos, KANIÖGLOU Aggelos, MANAVİS Kostas, ELEFTHERİOS Stefan**, Injuries in Athletes of National Handball Teams, Physical Training, 2008.
- KATOU K., TOMİDA Y., GAMO S., KONO T., UCHİDA A.**, Sports injuries in handball players of the national team in Japan, **5th IOC World Congress on Sport Sciences with the Annual Conference of Science and Medicine in Sport 1999 Sydney 31 October -5 November 1999.**
- KEÇECİ A.D., EROĞLU E.**, Hentbol sporcularında dental travma: Ön çalışma, S.D.Ü. Tıp Fak. Dergisi., 2005: 12 (4)/6- 9.
- KNOBLOCH K., ROSSNER D., JAGODZİNSKİ M., ZEİCHEN J., GÖSSLİNG T., MARTİN-SCHMİTT S., RİCHTER M., KRETTEK C.**, Sportverletz Sportschaden. 2005 Jun; 19 (2): 82-8.
- KREJCI V., KOCH P.**: Sporcularda Kas Yaralanmaları ve Tendon Hastalıkları. Çev: Doç. Dr. Kut Sarpyener. Arkadaş Tıp Kitapları, 1984.
- LIEGER O, VON ARX T.**, Orofacial/cerebral injuries and the use of mouthguards by professional athletes in Switzerland, Dent Traumatology, 2006 Feb; 22 (1): 1-6.
- MAXÉN M, KÜHL S, KRASTL G, FILIPPI A.**, Eye injuries and orofacial traumas in floorball-a survey in Switzerland and Sweden, Dent Traumatology, 2010, Dec 28.
- MAXÉN Maria, KÜHL Sebastian, KRASTL Gabriel, FILIPPI Andreas**, Eye Injuries And Orofacial Traumas In Floorball–A Survey In Switzerland And Sweden, Dental Traumatology, 2010, Volume: 27, Issue2.

OLSEN E., MYKLEBUST G., ENGBRETSSEN L., BAHR R., Injury Pattern In Youth Team Handball: A Comparison Of Two Prospective Registration Methods, Scandinavian Journal of Medicine & Science in Sports, 2006, Volume: 6.

ÖNÇAĞ H., KIZILAY C., TAŞKIRAN E., Spor Yaralanmaları ve istatistikî değerlendirilmesi, Spor Hekimliği Dergisi. 1988, C: 3.

SAKALLI F.M.H., Sporda Sporcuların Yaralanması ve Risk Faktörleri, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 7 (2008)

SANE J., Comparison of maxillofacial and dental injuries in four contact team sports: American football, bandy, basketball, and handball, Am J Sports Med. 1988 Nov-Dec; 16 (6): 647-51.

TSİGİLİS N., HATZİMANOÛL D., Injuries in handball: Examination of the risk factors., European Journal of Sport Science, 2005, 5 (3): 137-142.

UGESKR Laeger, Handball injuries, An epidemiologic and socioeconomic study, The American Journal of Sports Medicine, 1993, 155 (45): 3636-8.

İNTERNET KAYNAKLARI

Haksız Fiillerin Spor Karşılaşmasındaki Durumu, <http://www.hursertekinoktay.com/sporhukuku.htm>, (erişim tarihi Nisan 2011).

Spor ve Yaralanma (<http://www.sporbilim.com/?s=detay&id=178>) (erişim tarihi Mayıs 2011).

http://www.tbf.org.tr/tbfweb/tbfweb2.nsf/TBFV1_BasketbolOyunKurallari_Form?OpenForm (erişim tarihi Nisan 2011).

<http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TFF/.../OyunKurallari-2008-09.pdf> (erişim tarihi Nisan 2011).

http://www.ihf.info/upload/PDF-Download/rules_english.pdf (erişim tarihi Nisan 2011).

<http://www.sporakademisi.com/branslar/dosyalar/buzhokeyi/buzhokeyi-oyun-kural.doc> (erişim tarihi Mayıs 2011).

http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/2009DK/LIGLER/20092010/oyunkural/futsal_oyun_kurallar%C4%B1_2008_2009.pdf (erişim tarihi Nisan 2011).

<http://www.turanuslu.net/spor-yaralanmalarina-giris/> (erişim tarihi Mayıs 2011).

<http://www.turkhokey.gov.tr/yukle/dosyalar/yonetmelik/acikalankuralkitapci.pdf> (erişim tarihi Mayıs 2011).

<http://www.yvik.org.tr/index.asp?pg=kh&newID=635> (erişim tarihi Mayıs 2011).

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENEN SUÇLAR

*Doç. Dr. Mustafa ÖZEN**

I. Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), 13.01.2011 tarihinde kabul edildi ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girdi.

TTK'nda farklı maddelerde dağınık bir şekilde ceza ve idari yaptırım gerektiren birçok düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden cezai yaptırım gerektirenler¹, Ticaret Kanunu'nda yer almakla birlikte özü gereği ceza hukukunu, idari yaptırım gerektirenler, idari cezai hukukunu alanını ilgilendirmektedir.

Bu çalışmada, TTK'ndaki cezai yaptırım içeren düzenlemeler incelenecektir.

Kanun maddesi yürürlüğe gireli henüz bir yılını doldurdu. İnceleme konumuz olan suçlar ile ilgili doğrudan iki esere ulaşabildik. Bunlardan ilki, haksız rekabet suçlarına ilişkin özel çalışma, diğeri TTK'nda düzenlenen suçlar ile ilgili oldukça genel ve kapsamı dar bir makaledir. Diğer yayınlar, dolaylı ve bazıları ticaret hukuku anabilim dalı ile ilgili çalışmalardır. Bu makaleyi yazmaya başladığımız anda tespit edemediğimiz veya makaleyi yazdıktan sonra yayın aşamasına kadar geçen sürede yeni yayın yapılmış olup da farkına varmadığımız eserler olabilir. Biz, bu alanda el yordamı ile bir şeyler söylemeye çalışacağız. Umarız, bundan sonra yazılacak eserler ile konu daha da olgunlaşacaktır. İlk olması nedeniyle, eleştirilebilecek yönleri fazlaca bulunacaktır. Eleştiriler, ilmin gelişmesinin önemli yapı taşlarıdır.

* Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Öğretide, Doğrusöz, 6102 sayılı TTK'nda bazı fiillerin suç olarak düzenlenip cezai yaptırımlar öngörülmesi isabetli olmamıştır. Ekonomik özellik gösteren haksızlıkların yaptırımın da ekonomik olması gerekir. Bu nedenle, suç olarak düzenlenen bu haksızlıkları 'ticari kabahat' olarak düzenlenmesi isabetli olurdu. DOĞRUSÖZ, A. Bumin; Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun İhdas Ettiği Suçlar, Cezalar ve Olası Sorunlar, Yaklaşım, Aralık 2011, Yıl: 19, Sayı: 228, s. 253.

II. Türk Ticaret Kanununa Aykırı Olarak Ticaret Ünvanını Devretme, Devralma veya Kullanma Suçu (TTK m. 51)

TTK m. 51/3'e göre, '46'ncı maddeyi ihlal edenler veya 49 uncu maddeye aykırı olarak ticaret ünvanını devredenlerle devralan ve kullananlar, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır².

A. Suç ile Korunan Hukuksal Değer

Bu suçta, ticaret ünvanının gerçek ve doğru olduğuna ilişkin toplumsal güven duygusu korunmaktadır.

B. Suçun Konusu

1. Suçun Hukuki Konusu

Bu suçun hukuki konusu, ticaret ünvanının gerçek ve doğru olduğuna ilişkin güven duygusudur. Bu nedenle, korunan hukuksal değer ile hukuki konu aynıdır³. Çünkü, bir suçta, suçun maddi ve hukuki konusu bulunur ve suçta bu iki konu korunur. Hukuki konu, maddi konunun aksine somut değil, soyuttur. Kısaca, bir suçun hukuki konusu, suç ile korunan hukuksal değerdir.

2. Suçun Maddi Konusu

Bu suçun maddi konusu, ticaret ünvanıdır. Ticaret ünvanı, esasında bir markadır. Bu nedenle, somut bir yapıya sahip değildir. Ancak, bu ticaret ünvanı, somut bir nesne üzerine yazıldığı zaman, somutlaşmaktadır. TTK m. 46'da düzenlenen suç bakımından, bu durum daha da netleşmektedir. Örneğin, tek başlarına ticaret yapan gerçek kişiler ticaret ünvanlarına bir şirketin var olduğu izlenimini uyandıracak ekler yapamazlar. Bu yasağa aykırı hareket edebilmek için, ticaret ünvanının yazılı olduğu somut bir nesne bulunmalıdır.

² **TTK m. 46'ya göre**, '(1) Tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte bulunmamak, gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla; her ticaret ünvanına, işletmenin özelliklerini belirten veya unvanı yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ya da hayali adlardan ibaret olan ekler yapılabilir. (2) Tek başlarına ticaret yapan gerçek kişiler ticaret ünvanlarına bir şirketin var olduğu izlenimini uyandıracak ekler yapamazlar. (3) "Türk", "Türkiye", "Cumhuriyet" ve "Millî" kelimeleri bir ticaret ünvanına ancak Bakanlar Kurulu kararıyla konabilir'. **TTK m. 49'a göre**, (1) Ticaret ünvanı işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemez.(2) Bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, ünvanın da devri sonucunu doğurur. Devir hâlinde devralan, ünvanı aynen kullanma hakkına sahiptir'

³ ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 49 vd.

C. Suçun Faili

TTK m. 51/3'e göre, '46'ncı maddeyi ihlal edenler veya 49 uncu maddeye aykırı olarak ticaret ünvanını devredenlerle devralan ve kullananlar, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır'.

Bu düzenlemede, iki farklı madde hükmünün ihlalinden bahsedilmektedir. O halde, bu maddede, birden çok suç düzenlemesine yer verilmiştir.

1) TTK m. 46'daki Düzenleme İhlal Edilerek İşlenen Suçun Faili

Bu suçun faili, TTK m. 46'daki hususlara aykırı olarak ticaret ünvanına ek yapan kişidir. Bu kişi, ticari işletmenin sahibi, temsile yetkili kişisi veya her ne sıfat veya göreve sahip olursa olsun ticari işletmenin bir çalışanı olabileceği gibi, üçüncü bir kişi de olabilir. Çünkü, bu suç ile üçüncü kişilerin ticari ünvanına olan güven duygusu korunmak istenmektedir. Ancak, bu tür suçlarda çoğunlukla fail, ticari işletmede üst düzeyde bir sıfat veya görev altında çalışan kişiler olmaktadır.

Bu suça iştirak mümkündür. Suç teşkil eden hareketi ticari işletmede çalışmayan kişi yapar ve fakat bu harekete ticari işletmede çalışan kişi iştirak ederse, iştirake ilişkin kurallar uygulanacaktır.

2) TTK m. 49'daki Düzenleme İhlal Edilerek İşlenen Suçun Faili

Bu suçun faili, ticaret ünvanını işletmeden ayrı olarak başkasına devreden kişidir. Burada, şu hususun belirlenmesi gerekir. Ticari işletmeyi kim devretme yetkisine sahiptir? Kural olarak, bu suçun faili, Ticaret Kanunu'na göre ticari işletmeyi devretme yetkisine sahip kişidir. Bu kişi, ticari işletmeyi devrederken ticaret ünvanını ticari işletmeden ayırarak bir başkasına devretmektedir. Bu hareket, suç olarak kabul edilmiştir. Suç olarak kabul edilen hareketi işleyen kişi, suçun failidir.

Burada, şu ihtimal akla gelebilir: Ticari işletmeyi devretme yetkisine sahip olmayan üçüncü bir kişi, sahte belge düzenleyerek veya geçersiz hale gelen veya henüz geçerlilik taşımayan bir temsil yetkisine dayanarak (yetkisiz temsil = temsil yetkisinin sona ermesi, temsilcinin azaledilmesi gibi) ticari işletmeden ayrı olarak ticari ünvanı devrederse, bu suç oluşabilir mi?

Oluşabilir. Çünkü, bu suç ile iyi niyetli üçüncü kişilerin ticari güven duygusu korunmak istenmektedir. Eğer, ticari ünvanın devredildiği kişi, devreden kişinin gerçekten devretme yetkisine sahip olmadığını biliyorsa (kötü niyetli ise), eğer iştirak iradesi bulunmakta ise, üçüncü kişi suça iştiraktan sorumlu tutulabilir. Çünkü, bu hareket ile ticari ünvanın kanuna aykırı olarak devri sonucu menfaatleri ihlal edilen kişiler, mağdur olmaktadır. Bu suçta toplum genel mağdurdur.

D. Suçun Mağduru

Suçun mağdurunu belirlemek için ikiye ayırarak inceleme yapmak gerekir.

1) TTK m. 46'daki Düzenleme İhlal Edilerek İşlenen Suçun Mağduru

Bu suçun mağduru toplumdur. Bu suç ile toplumun ticari yaşamda dürüstlük kuralına uygun hareket edildiğine yönelik güven duygusu ihlal edilmektedir.

2) TTK m. 49'daki Düzenleme İhlal Edilerek İşlenen Suçun Mağduru

TTK m. 49'a aykırı olarak ticaret ünvanının devredilmesi sonucu menfaatleri ihlal edilen kişiler mağdur olmaktadır. Bu suçta toplum, genel mağdurdur.

E. Suçun Maddi Unsuru

1. Hareket

TTK m. 53'te, suç teşkil eden hareketlerin neler olduğu, TTK m. 46 ve 49'daki düzenlemeye gönderme yapılarak belirlenmiştir.

Bu durumda, ilk önce TTK m. 46'da daha sonra TTK m. 49'da düzenlenen hareketleri belirlemek gerekecektir.

1) TTK m. 46'da Düzenlenen Suçlarda Hareket

TTK m. 46'da üç fıkra yer almaktadır. Her bir fıkrada suç teşkil eden ayrı hareketlere yer verilmiştir.

a) TTK m. 46/1'de düzenlenen suç teşkil eden hareketler iki farklı şekilde gerçekleşebilir. Bu hareketler şu şekilde ifade edilebilir:

Bir ticari işletmenin ticaret ünvanına;

- a) Tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte işletmenin özelliklerini belirten veya unvanında yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ya da hayalî adlardan ibaret olan ekler yapmak.

Burada suç teşkil eden hareket ekler yapmaktır. Kanun maddesinde 'ekler yapmak' ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade çoğul bir ifade olmakla birlikte, sadece bir ek yapmak da suçu oluşturabilir. Çünkü, çok, azı da içinde barındırır.

Bu suç teşkil eden hareketin işlenmiş sayılabilmesi için, yapılan ek veya eklerin 'Tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte' olması gerekir. Yani, yapılan ek veya eklerin üçüncü kişileri aldatma kabiliyetine sahip olması gerekir. Yapılan ek veya ekler, üçüncü kişileri aldatma kabiliyetine sahip olmazsa, suç oluşmaz.

Bu düzenlemede bir algı yanılgısı üzerinde durulmuştur. Algı yanılgısının tespitinde, fail mi, mağdur mu yoksa üçüncü bir kişinin mi esas alınması gerektiği sorunu ortaya çıkabilir.

Algı yanılgısının tespitinde, üçüncü bir kişi (objektif / nesnel ölçü) esas alınmalıdır.

Ek yapmak, etken (icrai) bir hareket ile gerçekleştirilebilir. Bu nedenle, bu suç, edilgen (ihmalî) hareket ile işlenemez.

Daha önce başka bir kişi tarafından yapılan ek veya eklerin kaldırılmaması, bu suçu oluşturmaz. Kaldırma yükümlülüğü, ayrıca düzenlenmiş ise, bu yükümlülüğe uymamadan dolayı cezai sorumluluk doğabilir.

Ek yapma, serbest hareketli bir suçtur. Bu nedenle, birçok şekilde (kalem, çivi, boya, kaynak, resim, fotoğraf vb.) işlenebilir.

Bu suç sırf hareket suçudur. Bu nedenle, üçüncü kişileri aldatabilecek ek veya ekler yapmak ile suç tamamlanır. Bu düzenlemede ek veya ekler yapma, kullanmayı içinde barındırmaktadır. Çünkü, kullanma olmadan üçüncü kişilerin aldatılması mümkün değildir. Dolayısıyla üçüncü kişilerin algısına sunulmayan ek veya ekler yapma, suçu oluşturmamalıdır. Korunan hukuksal değer, üçüncü kişilerin aldatılması ile ihlal edilmiş olunacaktır.

b) Gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olarak, işletmenin özelliklerini belirten veya unvanı yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ya da hayalî adlardan ibaret olan ekler yapmak.

Burada ekler şeklinde çoğul ifadesi kullanılmakla birlikte, bir ek yapmakla da bu suç işlenebilir.

Ek yapmak, etken (icrai) bir hareket ile gerçekleştirilebilir. Bu nedenle bu suç, edilgen (ihmalî) hareket ile işlenemez.

Daha önce başka bir kişi tarafından yapılan ek veya eklerin kaldırılmaması, bu suçu oluşturmaz. Kaldırma yükümlülüğü, ayrıca düzenlenmiş ise, bu yükümlülüğe uymamadan dolayı cezai sorumluluk doğabilir.

Ek yapma, serbest hareketli bir suçtur. Bu nedenle, birçok şekilde (kalem, çivi, boya, kaynak, resim, fotoğraf vb.) işlenebilir.

Bu suç da sırf hareket suçudur. Bu nedenle, üçüncü kişileri aldatabilecek ek veya ekler yapmak ile suç tamamlanır.

b) TTK m. 46/2'de düzenlenen suç teşkil eden hareket şu şekilde ifade edilebilir:

Tek başlarına ticaret yapan gerçek kişi veya kişiler tarafından ticaret unvanlarına bir şirketin var olduğu izlenimini uyandıracak ekler yapmak.

Bu düzenlemeye göre, suçun oluşabilmesi için; tek başlarına ticaret yapan kişi veya kişiler olmalı, yapılan ek veya eklerin bir şirketin var olduğu izlenimini uyandıracak nitelikte olması gerekir.

Bu ifadeden, bir algı yanlışlığına neden olmanın düzenlendiği görülmektedir. Yapılan ek veya ekler, gerçekte bir şirket bulunmamasına rağmen, bir şirketin var olduğu izlenimini uyandıracak nitelikte olması halinde bu suç oluşacaktır. Bu algı yanlışlığının oluşumunun tespitinde, üçüncü kişi veya kişiler esas alınmalıdır.

Tek başlarına ticaret yapan gerçek kişi veya kişilerin şirketleri var ve şirketleri üzerinden ticaret yapmakta iseler, bu fıkra hükmü uygulanmaz. Çünkü, bu fıkra hükmü, bir şirket adına ticaret yapmayan gerçek kişi veya kişilerin yapacağı hareketleri suç olarak düzenlemiştir. Eğer, ortada bir şirket varsa, TTK m. 46/1'de düzenlenen durum söz konusu olacaktır.

Ek yapmak, etken (icrai) bir hareket ile gerçekleştirilebilir. Bu nedenle, bu suç, edilgen (ihmalî) hareket ile işlenemez.

Ek yapma, serbest hareketli bir suçtur. Bu nedenle, birçok şekilde (kalem, çivi, boya, kaynak, resim, fotoğraf vb.) işlenebilir.

c) TTK m. 46/3'te düzenlenen suç teşkil eden hareket şu şekilde ifade edilebilir:

Bakanlar Kurulu karar olmaksızın; Türk, Türkiye, Cumhuriyet ve Millî kelimelerini bir ticaret unvanına koymak.

Bu düzenlemeye göre, suçun oluşabilmesi için iki hususun birlikte bulunması gerekir: 1) Bakanlar Kurulu karar olmayacak, Türk, Türkiye, Cumhuriyet ve Millî kelimelerinden biri ticaret unvanına koyulacak. Bu iki unsurdan biri gerçekleşmezse, suç oluşmaz. Yani, bu kelimelerden birinin ticaret unvanına konulabilmesi için Bakanlar Kurulu kararı varsa suç oluşamaz. Yine, bu kelimelerden başka kelimelerin ticaret unvanına konulması, Bakanlar Kurulu kararı olmasa da, suç teşkil etmez.

Konulması Bakanlar Kurulu kararına bağlı kelimeler, sınırlı sayıda belirtilmiştir. Bu nedenle, bu kelimelerin kapsamı genişletilemez. Türkçe olarak sınırlı sayıda belirtilen bu kelimeler, Türkçe kelimeler olup, bu kelimelerin yabancı dildeki karşılığı da yasak kapsamında değerlendirilmelidir. Yabancı kelimelerin ticaret unvanında kullanılabilmesi için ilgili yönetmelik hükümlerine göre hareket edilmelidir⁴. Türkçe olarak sınırlı sayıda belirtilen bu kelimelerin

⁴ Ticaret unvanı Türkçe olarak tespit edilir. Unvanda yer alan muhayyel adlar da Türkçe olmalıdır. Ancak kanuna, milli, kültürel ve tarihi menfaatlerimize aykırı olmaması, şirketin faaliyet konusuna giren mal veya hizmetin tanıtıcı ad veya markasının yabancı dilde olması ve yaban-

eş anlamlısı olan kelimeler, yasak kapsamında değerlendirilmemelidir. Örneğin milli yerine ulus kullanılabilirdir.

2) TTK m. 49'da Düzenlenen Suçlarda Hareket

TTK m. 49'a göre, '(1) Ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemez. (2) Bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, unvanın da devri sonucunu doğurur. Devir hâlinde devralan, unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir'.

TTK m. 51/3'te 'TTK m. 49'a göre suç teşkil edecek hareketler şu şekilde belirtilmiştir: TTK m. 49'a aykırı olarak ticaret unvanını devretme, devralma ve kullanma.

TTK m. 51/3'te 'devretme, devralma ve kullanma' hareketlerine yer verilmiştir. 'Devretme ve devralma' kelimesinden sonra 've' bağlacı kullanılarak 'kullanma' hareketine yer verilmiştir. Bu düzenleme şu soruyu akla getirmektedir: Bu düzenleme şekli ile, suçun oluşabilmesi için 'devretme, devralma' hareketleri yeterli olmayıp ayrıca 'kullanma' hareketinin de gerçekleşmesi zorunlu mudur yoksa, bu hareketler başlı başına suçun işlenebilmesi için yeterli midir? Yani, bu hareketler diğerinden bağımsız mıdır?

Suçun oluşabilmesi için devretme, devralma hareketleri yeterli olmayıp ayrıca kullanma hareketinin de gerçekleşmesi zorunludur denilecek olursa, bu düzenlemenin bağlı hareketli bir suç olduğu sonucuna varılacaktır. Bu hareketler diğerinden bağımsız olup her birinin gerçekleştirilmesi halinde suçun oluşacağı kabul edilirse, seçimlik hareketli bir suç olduğu sonucuna varılacaktır.

Bize göre, bu düzenleme, seçimlik hareketli bir suçtur. Bu nedenle, suçun oluşabilmesi için devretme, devralma veya kullanma hareketlerinden birinin gerçekleşmesi halinde suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Çünkü, söz konusu hareketler, birbirinden bağımsız hukuki sonuç doğurabilecek niteliktedirler. Devretme ve devralma kelimesinden sonra 've' bağlacına yer verilip bu bağlacın arkasından 'kullanma' kelimesine yer verilmiş olması, bu suçun üç farklı hareket ile işlenebileceğini 've' bağlacının sınırlayıcı bir etkiye sahip olduğunu göstermektedir.

Devretme ile devralma, bir hukuki işlemde işlemin taraflarının yapabileceği hareketleri ifade eder. Bu nedenle, bu suç, bir tür zorunlu çok failli suç olma özelliğine sahiptir. Bir tarafta devreden diğer tarafta devralan söz konusudur. Hem devreden hem de devralan suçun faili olabilecektir.

cı ortak bulunması halinde, ticaret unvanında yabancı kelime bulundurulmasına izin verilebilir (Sanayi ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret 2003/3 sayılı tebliği).

Devretme ve devralma kelimesinden ne anlaşılması gerektiği, ticari ünvanın devri hükümlerine göre belirlenecektir.

Kullanma, devretme ve devralmadan bağımsız bir harekettir. Buradaki kullanma kelimesinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır.

Bu maddede yasaklanan, işletmeden ayrı olarak başkasına devredilen ticaret ünvanının kullanılmasıdır. Ticaret ünvanını kullanan kişi, yasak devir gereği işletmeden ayrı olarak ticaret ünvanı devredilen kişi olabileceği gibi, bu durumu bilen yasak devir işleminin yapıldığı kişiden başka bir kişi de olabilir.

2. Netice

TTK m. 53'te suç teşkil eden hareketlerin neler olduğu TTK m. 46 ve 49'a yollama yapılarak belirtilmiştir.

TTK m. 46 ve 49'da düzenlenen suçlar, sırf hareket suçlarıdır. Bu nedenle, netice suçları değildir. Başka bir ifadeyle, suçun oluşabilmesi için, kanunda belirtilen yasaklanmış hareketlerin yapılması yeterli görülmüş, bu hareketler sonucu ayrıca bir neticenin meydana gelmesi aranmamıştır.

Konu bakımından, TTK m. 46 ve 49'da düzenlenen suçlar, tehlike suçlarıdır. Bu nedenle, zarar suçları değildir. Suçun oluşabilmesi için, ayrıca bir zararın meydana gelmesi istenmemiştir.

3. Nedensellik Bağı

TTK m. 53'te suç teşkil eden hareketlerin neler olduğu TTK m. 46 ve 49'a yollama yapılarak belirtilmiştir.

TTK m. 46 ve 49'da düzenlenen suçlar, sırf hareket suçları oldukları için, bu suçlarda nedensellik bağının tespiti önem taşımamaktadır.

F. Suçun Manevi Unsuru

TTK m. 53'te suç teşkil eden hareketlerin neler olduğu TTK m. 46 ve 49'a yollama yapılarak belirtilmiştir.

TTK m. 46 ve 49'da düzenlenen suçlar, ancak kasten işlenebilirler. Bu nedenle, taksirle işlenemezler. Failin taksiri söz konusu ise, cezai sorumluluğu bulunmaz.

Kast, doğrudan kast olabileceği gibi olası kast da olabilir.

Bu maddelerdeki suçun işlenebilmesi için özel kast aranmamıştır. Bu nedenle, özel kast zorunlu bir unsur değildir.

G. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler

1) Hukuka Uygunluk Nedenleri

a) Meşru Savunma

Bu suçlar bakımından, hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma hükümleri uygulanabilir.

b) Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kanun hükmünü yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Hakkın Kullanılması

Bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Çünkü, kanun koyucu, kişilere, bu düzenlemede yer alan hareketler bakımından üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hak tanımamıştır.

d) İlgilinin Rızası

Bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızası hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Çünkü, kanun koyucu, kişilere, bu düzenlemede yer alan hareketler bakımından üzerinde rıza gösterebileceği bir hak tanımamıştır.

2) Kusurluluğu Kaldıran Nedenler

a) Zorunluluk Hali

Bu suçlar bakımından, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak zorunluluk hali hükümleri uygulanabilir.

b) Yetkili Amirin Emrini Yerine Getirme

Bu suçlar bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak yetkili amirin emrini yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Cebir, Tehdit

Bu suçların işlenmesinde cebir veya tehdit söz konusu ise, failin cebir veya tehdit etkisi altında kalarak suçu işlemesi nedeniyle, cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu durumda, fail, cebir veya tehdidi kullanan kişi olacaktır.

d) Hata

Bu suçlar bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak hata hükümleri uygulanabilir.

Suçun maddi unsurlarında hata söz konusu olabilir. Suçun maddi unsurlarında hata bulunduğu, hata kastı kaldırır. Bu durumda, failde taksir derecesinde kusur söz konusu olabilir. Bu suç taksirle işlenemeyeceği için, failin cezai sorumluluğu bulunmaz. Örneğin, ticaret ünvanına yapılan ‘Türk’ kelimesi ekinin yapılabileceği konusunda Bakanlar Kurulu kararının var olduğunun sanılması gibi.

Hukuki hatanın koşulları gerçekleşirse, fail bu hatasından yararlanabilecektir.

H. Suçun Tamamlanması

TTK m. 53/1’in göndermesi nedeniyle TTK m. 46 ve 49’da düzenlenen suç teşkil eden hareketler bakımından suç, söz konusu hareketlerin yapıldığı anda tamamlanır. Çünkü, bu suçlar, sırf hareket suçlarıdır. Ayrıca, bir neticenin veya bir zararın gerçekleşmesi aranmamıştır.

I. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

TTK m. 53/1’in göndermesi nedeniyle TTK m. 46 ve 49’da düzenlenen suçlar, hareket bakımından sırf hareket, konu bakımından tehlike suçlarıdır.

Öğretide sırf hareket suçlarına teşebbüs konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bu konuda bir görüş, sırf hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığını ifade etmektedir.

Başka bir görüş ise, eğer hareketler kısımlara bölünebiliyorsa, sırf hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olabileceğini ifade etmektedir.

Biz, ikinci görüşe taraftarız. Bu nedenle, örneğin, ticaret ünvanına ek yapmaya başlanıp ek yapılamadan kişi yakalanır veya engellenirse, ticaret ünvanı ticari şirketten ayrı olarak devredilmeye başlanır ve fakat devir gerçekleşmeden engellenirse, suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılmalıdır.

2. İştirak

TTK m. 53/1’in göndermesi nedeniyle TTK m. 46 ve 49’da düzenlenen suçlar bakımından iştirak bir özellik göstermemektedir. Bu suçlar bakımından iştirakin genel kuralları geçerli olacaktır.

Ticaret ünvanının işletmeden ayrı olarak başkasına devredilmesinde, devreden ile devralan bir suçun karşılıklı failleridir. Bu nedenle, suça iştirak eden değil, aynı suçun karşılıklı müstakil failidirler.

3. İçtima

a) Bileşik Suç

TTK m. 53/1'in göndermesi nedeniyle TTK m. 46 ve 49'da düzenlenen suçlar bakımından bileşik suç düzenlemesine yer verilmemiştir.

b) Zincirleme Suç

TTK m. 53/1'in göndermesi nedeniyle TTK m. 46 ve 49'da düzenlenen suçlar bakımından TCK m. 43'te düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

c) Fikri içtima

TTK m. 53/1'in göndermesi nedeniyle TTK m. 46 ve 49'da düzenlenen suçlar bakımından ek yapma, ayrıca, belgede sahtecilik suçunu da oluşturabilir mi?

Ticaret ünvanı bir belge sayılabilirse, unvan üzerinde ek yapma, eğer ek başkalarını aldatabilecek nitelikte ise, bu hareket, ayrıca belgede sahtecilik suçunu da oluşturabilir. Bu durumda, fikri içtima söz konusu olabilecektir.

Fikri içtima söz konusu olduğunda, soyut anlamda en ağır ceza hangi suçta düzenlenmiş ise, o suçtan cezai sorumluluk benimsenecektir.

II. TTK Hükümlerine Aykırı Olarak; Haksız Rekabet Etme, Ticari Rakipleri Aleyhine Kasten Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verme, Başkası Adına Çalışan Kişileri, Yanında Çalıştıkları Kişilerin Ticari Sırlarını Vermeleri İçin Aldatma, Yanında Çalışan Kişilerin Haksız Rekabet Ettiğini Bilmelerine Rağmen Önlememe, Çalışan Bu Kişilerin Gerçeğe Aykırı Beyanlarını Düzeltmeme Suçu (TTK m. 62)

TTK m. 62'ye göre, '(1) a) 55'inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler, b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler, c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar, d) Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56'ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir

bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar⁵.

⁵ **TTK m. 55'e göre**, '(1) Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır: a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle; 1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek, 2. Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek, 3. Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak, 4. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak, 5. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek, 6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur, 7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak, 8. Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak, 9. Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak, 10. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek, 11. Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak, 12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formleri kullanmak. b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle; 1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek, 2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak, 3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek, 4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek. c) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle; 1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak, 2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak, 3. Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çözümlerle devralıp onlardan yararlanmak⁷.

A. Suç ile Korunan Hukuksal Değer

Bu suçta birden çok hukuksal değer korunmaktadır. Korunan hukuksal değerler şu şekilde ifade edilebilir: 1) Haklı rekabetin korunması. Haklı rekabet korunmakla hem rekabetin tarafları olan ticari şirketler hem de ticari mal ve hizmetlerin muhatabı olan toplum korunmaktadır. 2) Yanıltıcı bilgiler ile rakip şirketlerin ticari menfaatlerinin ihlal edilmesinin önlenmesi, 3) Hukuka aykırı bir şekilde rakip ticari şirket ile ilgili sırların ele geçirilmesinin önlenmesi.

B. Suçun Konusu

1. Suçun Hukuki Konusu

Bu suçun hukuki konusu, suç ile korunan hukuksal değer ile aynıdır⁶.

2. Suçların Maddi Konusu

Bu suçun maddi konusu, bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu suçta hukuki konu ile maddi konu birleşmiştir.

C. Suçun Faili

Bu suçun faili, TTK m. 62'de düzenlenen yasak hareketleri işleyen kişi veya kişilerdir⁷.

Bu düzenlemeye göre, suçun faili herkes olabilmektedir. Bu nedenle, bu suç fail bakımından özgü bir suç değildir. Somut olayda fail, TTK m. 62'de düzenlenen yasak hareketleri işleyen⁸ kişi veya kişilerdir.

D. Suçun Mağduru

Bu suçun mağduru, farklılık göstermektedir. Çünkü, TTK m. 62'deki düzenlemede suç teşkil eden birden çok farklı hareket ve bu farklı hareketlerden

⁶ Aydın, suçun hukuki konusunu, hukuk tarafından korunan ve suç teşkil eden hareket ile ihlal edilen hukuki menfaat veya varlık olarak ifade etmektedir: Bkz, AYDIN, Hüseyin; Türk Ticaret Kanununda Haksız Rekabet Suçları, Ankara, 2008, s. 61.

⁷ AYDIN; s. 61.

⁸ TTK m. 62'ye göre, '(1) a) 55'inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler, b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler, c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar, d) Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56'ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar'.

mağdur veya zarar görebilecek birden çok farklı kişi veya kişiler bulunmaktadır⁹. Bu nedenle suçun mağdurları şu şekilde ifade edilebilir:

1) TTK m. 62/1-a'da suç olarak düzenlenen hareketin mağduru, TTK m. 55'te düzenlenen haksız rekabet kurallarına kasten uyulmayarak gerçekleştirilen hareketlerin sonucunda, menfaatleri ihlal edilen kişi veya kişilerdir.

2) TTK m. 62/1-b'da suç olarak düzenlenen hareketin mağduru, söz konusu hareketin yapılması sonucu ticari menfaati zarar görecektir veya tehlikeye düşecek rakip ticari şirkettir.

3) TTK m. 62/1-c'da suç olarak düzenlenen hareketin mağduru, kendisini çalıştıran veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatılanlardır. Bu aldatılanlar, işçi, vekil veya yardımcı olabilirler.

4) TTK m. 62/1-d'de suç olarak düzenlenen hareket sonucu, haksız rekabete uğrayan kişi veya kişilerdir. Özellikle, özel hukuk tüzel kişisi olan ticaret şirketleri mağdur konumunda olmaktadır.

Aydın'a göre, haksız rekabet oluşturan haksız hareketten dolayı aldanan toplum da mağdurdur¹⁰.

E. Suçun Maddi Unsuru

1. Hareket

TTK m. 62'de suç teşkil eden birden çok hareket dört bend halinde düzenlenmiştir. Bu hareketler şu şekilde ifade edilebilir:

1) TTK m. 55'te Düzenlenen Haksız Rekabet Oluşturan Hareketler

TTK m. 55'te haksız rekabet oluşturan birden fazla hareketlere yer verilmiştir¹¹.

⁹ AYDIN; s. 101.

¹⁰ AYDIN; s. 101.

¹¹ **TTK m. 55'e göre**, '(1) Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır: a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle; 1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek, 2. Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek, 3. Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak, 4. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak, 5. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek, 6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri

TTK m. 55'te düzenlenen haksız rekabet oluşturan hareketlerin ortak özelliği, üçüncü kişilerin mal veya hizmet alımında algı yanıltılmasına sevk edilmesidir. Başka bir ifadeyle, bir mal veya hizmette, gerçekte olmayan bir özellik veya nitelik varmış gibi gösterilerek başka bir mal veya hizmetin satışına olumsuz etki etmektedir.

Bir şirketin veya tacirin mal ve hizmetleri, başka bir şirket veya tacirin mal ve hizmetlerinin satışını gerçek dışı açıklama yapma veya açıklama yapmama şeklinde olumsuz yönde etkilemek, haksız rekabet oluşturur.

TTK m. 55'te, gerçek dışı algı yanıltılmasına neden olabilecek hareketlerin neler olabileceği örnekleme yoluyla belirtilmiştir. Bu nedenle, haksız rekabet oluşturan hareketler, TTK m. 55'te belirtilen hareketlerle sınırlı değildir. Çünkü, TTK m. 55'te açıkça, 'Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır' ifadesine yer verilerek, sayılan durumları sınırlı sayıda olmadığı ifade edilmiştir.

birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur, 7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak, 8. Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak, 9. Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak, 10. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek, 11. Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak, 12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak. b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle; 1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek, 2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, hakmedtikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak, 3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkilinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek, 4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek. c) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle; 1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak, 2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak, 3. Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak'.

Burada, şu tartışma ortaya çıkabilecektir: TTK m. 55'te örnek olarak sayılan haksız rekabet oluşturan hareketlerin dışında haksız rekabet oluşturabilecek hareketler, suç oluşturacak mıdır?

Konu kanunilik ilkesi bakımından önem taşımaktadır. Kanunun madde gerekçesinde, TTK m. 55'te açıkça düzenlenen haksız rekabet oluşturan hareketlerden başka hareketlerde cezanın verilmeyeceği ifade edilmiştir.

Ticaret hukuku bakımından konuya bakıldığında, öğretide bir görüşe göre, TTK m. 55'te örnek olarak sayılan haksız rekabet oluşturan hareketlerin dışında haksız rekabet oluşturabilecek hareketlerin, haksız rekabet olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹².

Ceza hukuku bakımından konuya bakıldığında, bu konuda özel çalışma yapmış olan Aydın'a göre, TTK m. 57'de örnekleme şeklinde belirtilen haksız rekabet oluşturan hareketlerden başka hareketler bakımından da suç oluşabilecektir¹³.

Kanunilik ilkesi, suçta (yasak koyan kuralda) ve cezada kanunilik ilkesi olarak iki önemli hususu içerir. Bu düzenlemede, suçta (yasak koyan kuralda) kanunilik ilkesi üzerinde durulacaktır. Suçta (yasak koyan kuralda) kanunilik ilkesi, cezai yaptırım gerektiren haksız hareket veya neticenin önceden açıkça belirtilmesini ifade eder. Bu düzenlemenin muhatabı, kanun koyucudur. Bu nedenle, idareye cezai yaptırım gerektiren haksız hareketi belirleme yetkisi verilmek istenmemektedir. Çünkü, idare keyfi uygulama yaparak kişilerin temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayabilir hatta ortadan kaldırabilir. Kanun koyucu, cezai yaptırım gerektiren haksız hareket veya neticenin önceden açıkça belirtmelidir. Ancak, kanun koyucu, suç ile korunan hukuksal değer dikkate alınarak her bir haksız hareketi tek tek belirlemenin mümkün olmadığı veya amacı karşılamadığı durumlarda, örnekleme anlamında haksız hareketlere yer verebilir. Böyle bir düzenleme, kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Çünkü, bu gibi durumlarda, hangi hareketlerin yasak hareket kapsamına gireceğini, idare veya idari bir organ belirlemekte, somut olaya göre hareket edilmektedir. Somut olayda, suç ile korunmak istenen hukuki değer ihlali söz konusu olursa, hareket suç oluşturabilecektir. Bu durumda, idarenin keyfi uygulaması değil, kanunun muhatabı olan kişilerin haksız hareketine göre hareket edilmiş olunmaktadır. Bu tür tartışmaları önlemek için yapılması gereken; ya haksızlık oluşturan bir tane hareket veya neticeye yer verilmesi veya haksızlık oluşturan hareket veya neticeye birden çok ve fakat sınırlı sayıda yer verilmesi ya da sadece haksızlığa yer verilmesidir. Örnekleme şeklindeki düzenleme, isabetli olmamaktadır.

¹² BİÇER, Levent; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet (TTK m. 54 – 63), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/1, s. 109.

¹³ AYDIN; s. 118. Yazar, eserini, 6102 sayılı kanundan önce yürürlükte olan TTK'na göre yazmıştır. Ancak, haksız rekabete ilişkin hükümler, her iki kanunda da çok büyük oranda aynıdır.

TTK m. 55'te düzenlenen haksız rekabet oluşturan hareketler, etken (icrai) şekilde işlenebileceği gibi edilgen (ihmalî) şekilde de işlenebilir. Örneğin, başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötölemek, etken şekilde işlenen bir haksız rekabettir. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek, edilgen şekilde işlenen bir haksız rekabettir.

TTK m. 55'te düzenlenen haksız rekabet oluşturan hareketler, seçimlik olarak düzenlendiği için, suç, seçimlik hareketli bir suçtur.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundan önce 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlükteydi. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet oluşturan hareketler, 57. maddede düzenlenmişti. Haksız rekabet oluşturan hareketler bakımından iki kanun arasında bir fark bulunmadığı ifade edilebilir. Bu nedenle, Yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde verilen Yargıtay kararları, yeni kanun döneminde de ışık tutacak nitelikte olduğundan, bu kanun döneminde verilen bazı Yargıtay kararlarına yer vermek yerinde olacaktır¹⁴.

2) Kendi İcap ve Tekliflerinin Rakiplerinininkine Tercih Edilmesi İçin Kişisel Durumu, Ürünleri, İş Ürünleri, Ticari Faaliyeti ve İşleri Hakkında Kasten Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verme

Suç teşkil eden bu düzenlemede hareket, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermedir. Her iki hareket de etken (icrai) hareket ile işlenebilir. Çünkü, verme hareketine vurgu yapılmıştır. Bu nedenle, doğru bir bilginin verilmemesi, bu suç

¹⁴ Müdahil Firmanın bayii olmadığı boş tüpleri iş yerinde bulundurmaktan ibaret sanığın eyleminin TTK'nun 57/5 maddesinde belirlenen haksız rekabet suçunu oluşturacağı ve aynı yasanın 64/1-5. maddesinde müeyyide altına alındığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır. Yargıtay 7. Ceza Dairesi, Esas no: 2007/118, Karar no: 2007/122. <http://www.sinerjias.com.tr/>. Erişim tarihi: 07.04.2013. / Sanığın bayii olmadığı şirketlerin boş tüplerini toplayarak kendi şirketine ait tüpleri satışa sunmak şeklinde gerçekleşen eyleminin haksız rekabet suçunu oluşturduğu gözetilmeden hüküm kurulması, yasaya aykırıdır. Yargıtay 7. Ceza Dairesi, Esas no: 2003/15285, Karar no: 2005/19064. <http://www.sinerjias.com.tr/>. Erişim tarihi: 07.04.2013. / Haksız rekabette bulunmaktan sanık sorumlu müdürün suçu subuta erdiğinden mahkum edildiği para cezası ve masraftan, tüzel kişi olan mevkenin de müteselsilen sorumluluğuna karar verilmesi gerekir. Esas no: 1997/5449, Karar no: 1997/7333. Yargıtay 7. Ceza Dairesi, Esas no: 2003/15285, Karar no: 2005/19064. <http://www.sinerjias.com.tr/>. Erişim tarihi: 07.04.2013. / Sanıkların, müdahil firmanın bayii olmadıkları halde, bastırdıkları kartla kendilerini çevreye ilgili firmanın bayii imiş gibi tanıtmaları eylemi, haksız rekabet suçunu oluşturur. Yargıtay 7. Ceza Dairesi, Esas No: 1992/883, Karar No: 1992/2347, <http://www.sinerjias.com.tr/>. Erişim tarihi: 07.04.2013.

oluşturmayacaktır. Ancak, koşulları gerçekleşirse başka suç oluşturabilir. Örneğin TTK m. 55'te düzenlenen haksız rekabet suçunu oluşturabilir.

Yanlış veya yanıltıcı bilgi vermenin konusu, 'Kişisel Durum, Ürünler, İş Ürünler, Ticari Faaliyet ve İşler' ile sınırlıdır. Bu sayılan durumların dışında yanlış veya yanıltıcı bilgi verme, bu suçu oluşturmaz. Ancak, koşulları gerçekleşirse başka suç oluşturabilir.

Yanlış bilgi verme, gerçekte olmayan bir durumun, gerçekte varmış gibi karşı tarafa bildirilmesini ifade eder. Yanıltıcı bilgi verme ise, gerçekte olan bir durumu bazı farklı özellikler eklenerek veya çıkartılarak karşı tarafın farklı algılamasına neden olucu bilgi vermektir. Yanlış bilgi, karşı tarafı yanıltıcı özelliğe sahiptir.

Yanlış bilgi, bilginin bütünüyle yanlış olmasını gerektirmez. Bir bilginin kısmen doğru kısmen yanlış olması, yanlış bilgi verme şeklinde anlaşılmalıdır¹⁵.

Her iki hareketin ortak özelliği, karşı tarafın gerçekte olan durumdan farklı bir durumun veya özelliğin varlığına inandırılmasıdır.

Bilgi verme, serbest hareketli bir durumu ifade eder. Bu nedenle, her şekilde işlenebilir. Örneğin, bilgi verme telefon ile, yazı ile, temsilci vasıtasıyla, kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapılabilir.

3) Çalışanları, Vekilleri veya Diğer Yardımcı Kimseleri, Çalıştırmanın veya Müvekkillerinin Üretim veya Ticaret Sırlarını Ele Geçirmelerini Sağlamak İçin Aldatma

Bu düzenlemede suç teşkil eden hareket, aldatmadır. Aldatma, bir kişide gerçeğe aykırı bir düşünce oluşturmaktır.

Bu düzenlemede, üçlü bir ayırım söz konusudur. Bir tarafta, çalıştıran veya müvekkil var. Diğer tarafta, çalıştıran kişinin veya müvekkilin çalıştırdığı kişi veya kişiler, vekiller veya diğer yardımcıları var. Başka bir tarafta ise, üretim veya ticari sırları ele geçirmek için, çalıştıran kişinin veya müvekkilin çalıştırdığı kişi veya kişiler, vekiller veya diğer yardımcıları aldatan kişi veya kişiler var. Bu kişiler diğer taraflara göre, üçüncü kişi konumundadırlar.

Suç oluşturan hareketin faili, üçüncü kişi veya kişilerdir.

Aldatma, kural olarak, etken (icrai) bir hareket ile gerçekleştirilebilir. Ancak, istisnai de olsa, edilgen (ihmali) bir hareket ile de gerçekleştirilebilir.

Aldatma, değişik şekillerde gerçekleştirilebilir. Bu nedenle, serbest hareketli bir suç söz konusudur. Örneğin, aldatma hareketi; yazı, söz, davranış biçimi, işaret veya mimiklerle gerçekleştirilebilir.

¹⁵ AYDIN; s. 165.

4) İşçilerinin veya Çalışanlarının ya da Vekillerin, İşlerini Gördükleri Sırada Cezayı Gerektiren Bir Haksız Rekabet Fiilini İşlediklerini Öğrenip de Bu Fiili Önlememek veya Gerçeğe Aykırı Beyanları Düzeltmemek

Suç teşkil eden hareketler; önlememek veya düzeltmemektir. Bu hareketlerin faili, çalıştıranlar veya müvekkillerdir.

Önlememek hareketi, edilgen (ihmali) bir harekettir. Kanun koyucu, çalıştıran veya müvekkil konumunda olan kişi veya kişilere, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, yükümlülüklerini yerine getirdikleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrendikleri zaman, imkânın elverdiği takdirde hemen haksız rekabet fiilini önleme yükümlülüğü yüklemiştir¹⁶. Burada etken bir harekette bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüğe uymama, edilgen bir hareketi gerektirmektedir. Bu nedenle bu suç, gerçek ihmali bir suç niteliği taşımaktadır.

Düzeltilmemek hareketi de, edilgen (ihmali) bir harekettir. Kanun koyucu, çalıştıran veya müvekkil konumunda olan kişi veya kişilere, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada gerçeğe aykırı beyanda bulduklarını öğrendikleri zaman, imkânın elverdiği takdirde hemen haksız rekabet fiilini önleme yükümlülüğü yüklemiştir. Burada etken bir harekette bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüğe uymama, edilgen bir hareketi gerektirmektedir. Bu nedenle suç, gerçek ihmali bir suç niteliği taşımaktadır.

Bu bendde düzenlenen suç, seçimlik hareketli bir suçtur.

2. Netice

TTK m. 62'de düzenlenen suçlar, sırf hareket suçlarıdır. Bu nedenle, netice suçları değildir. Başka bir ifadeyle, suçun oluşabilmesi için, kanunda belirtilen yasaklanmış hareketlerin yapılması yeterli görülmüş, bu hareketler sonucu ayrıca bir neticenin meydana gelmesi aranmamıştır.

Konu bakımından, TTK m. 62'de düzenlenen suçlar, tehlike suçlarıdır. Bu nedenle, zarar suçları değildir. Suçun oluşabilmesi için, ayrıca bir zararın meydana gelmesi istenmemiştir.

3. Nedensellik Bağı

TTK m. 62'de düzenlenen suçlar, sırf hareket suçları oldukları için, bu suçlarda nedensellik bağının tespiti önem taşımamaktadır.

F. Suçun Manevi Unsuru

TTK m. 62'de birden fazla cezai yaptırım gerektiren düzenlemeye yer verildiği için, manevi unsur, her bir düzenleme için ayrı ayrı belirlemek daha isabetli olacaktır.

¹⁶ AYDIN; s. 175.

1) TTK m. 55'te Düzenlenen Haksız Rekabet Oluşturan Hareketler Bakımından

Bu düzenlemede yer alan suç, kasten işlenebilir¹⁷. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç olası kastla da işlenebilir.

Bu düzenlemede yer alan suç, kast ile işlenebileceği için taksir ile işlenemez.

2) Kendi İcap ve Tekliflerinin Rakiplerinininkine Tercih Edilmesi İçin Kişisel Durumu, Ürünleri, İş Ürünleri, Ticari Faaliyeti ve İşleri Hakkında Kastan Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verme Bakımından

Bu düzenlemede yer alan suç, özel kast ile işlenebilir. Çünkü, yapılan hareketin özel bir saik ile yapılması istenmiştir. Bu özel saik, kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinininkine tercih edilmesidir.

Bu düzenlemede yer alan suç, özel kast ile işlenebileceği için olası kastla işlenemez.

Bu düzenlemede yer alan suç, özel kast ile işlenebileceği için taksir ile işlenemez.

3) Çalışanları, Vekilleri veya Diğer Yardımcı Kimseleri, Çalıştırmanın veya Müvekkillerinin Üretim veya Ticaret Sırlarını Ele Geçirmelerini Sağlamak İçin Aldatma Bakımından

Bu düzenlemede yer alan suç, özel kast ile işlenebilir.

Bu düzenlemede yer alan suç, taksir ile işlenemez.

4) İşlerini Gördükleri Sırada Cezayı Gerektiren Bir Haksız Rekabet Fiilini İşlediklerini Öğrenip de Bu Fiili Önlememek veya Gerçeğe Aykırı Beyanları Düzeltmemek Bakımından

Bu düzenlemede yer alan suç, kasten işlenebilir. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç olası kastla da işlenebilir.

Bu düzenlemede yer alan suç, kast ile işlenebileceği için taksir ile işlenemez.

G. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler**1) Hukuka Uygunluk Nedenleri****a) Meşru Savunma**

Bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir¹⁸.

b) Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kanun hükmünü yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

¹⁷ AYDIN; s. 79.

¹⁸ AYDIN; s. 85.

c) Hakkın Kullanılması

Bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Çünkü, kanun koyucu, kişilere, bu düzenlemede yer alan hareketler bakımından üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hak tanımamıştır.

d) İlgilinin Rızası

Bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızası hükümlerini uygulamak mümkün olabilir¹⁹.

2) Kusurluluğu Kaldıran Nedenler**a) Zorunluluk Hali**

Bu suçlar bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak zorunluluk hali hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir²⁰.

b) Yetkili Amirin Emrini Yerine Getirme

Bu suçlar bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak yetkili amirin emrini yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Cebir, Tehdit

Bu suçların işlenmesinde cebir veya tehdit söz konusu ise, failin cebir veya tehdit etkisi altında kalarak suçu işlemesi nedeniyle, cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu durumda, fail, cebir veya tehdidi kullanan kişi olacaktır.

d) Hata

Bu suçlar bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak hata hükümleri uygulanabilir.

H. Suçun Tamamlanması

TTK m. 62'de düzenlenen suçlar, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, suç teşkil eden hareketlerin işlenmesiyle birlikte suçlar da tamamlanır.

I. Suçun Özel Görünüş Şekilleri**1. Teşebbüs**

TTK m. 62'de düzenlenen suçlar, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, suç teşkil eden hareketlerin işlenmesiyle birlikte suçlar da tamamlanır.

¹⁹ AYDIN; s. 88.

²⁰ AYDIN; s. 85.

Sırf hareket suçlarına teşebbüs konusunda öğretide farklı görüşler olmasına karşın, hareketlerin kısımlara bölünebilmesi durumlarında teşebbüs mümkün olacaktır²¹.

2. İştirak

TTK m. 62/1-a,b,c'de düzenlenen suçlar bakımından iştirakın genel kuraları geçerlidir

TTK m. 62/1-d'de düzenlenen suç bakımından iştirak özellik göstermektedir. Bu nedenle, bu suça iştirak üzerinde durulmalıdır.

Haksız rekabet oluşturan hareketi gerçekleştiren kişi, TTK m. 55'te düzenlenen suç kapsamında bir hareket gerçekleştirmişse, TTK m. 62/1-a'ya göre sorumlu olacaktır.

Haksız rekabet oluşturan hareketin işlendiğini öğrenip de bu hareketi önlemeyen kişi, TTK m. 62/1-d'ye göre sorumlu olacaktır. Acaba, haksız rekabet oluşturan hareketin işlendiğini öğrenip de bu hareketi önlemeyen kişi, ayrıca, TTK m. 62/1-a'ya göre suç teşkil eden harekete iştiraktan da sorumlu tutulabilir mi?

Burada şu iki hususu birbirinden ayırmak gerekir: 1) Haksız rekabet oluşturan hareketi yapmak. 2) Haksız rekabet oluşturan hareketi öğrenmesine rağmen bu hareket engel olmamak.

Haksız rekabet oluşturan hareketi yapmak, haksızlık oluşturan hareketi yapmayı ifade eder. Burada bir yükümlülük durumu bulunmamaktadır. Haksız rekabet oluşturan hareketi öğrenmesine rağmen bu hareket engel olmamak, bir yükümlülük halini ifade eder.

Bu düzenlemede, haksız rekabet oluşturan hareketin işlendiğini sonradan öğrenme hali düzenlenmiştir. Suç oluşturan hareket, sonradan öğrenilen bir haksızlığın önlenmemesidir. Bu nedenle, bu hareket başlı başına bağımsız bir suçtur. Bu suçun faili olan çalıştırıcı veya müvekkil sıfatına sahip kişi, çalıştırdığı veya müvekkili olduğu kişi ile ilk baştan haksız rekabet oluşturan fiilin işlenmesi konusunda anlaşır ve bu anlaşma çerçevesinde fiilin işlenmesine göz yumar veya fiilin işlenmesini önlemez ise, artık, TTK m. 62/1-d'ye göre hareket edilmeyecek, TTK m. 62/1-a'ya iştiraktan sorumlu tutulacaktır. Hangi iştirak şekline göre sorumlu tutulacağı, gerçekleştirilen harekete göre belirlenecektir.

Suç teşkil eden haksız rekabet fiili, kesintisiz suç olma özelliğine sahiptir. Bu suça, kesinti gerçekleşinceye kadar iştirak mümkün olabilmektedir.

²¹ AYDIN; s. 94.

Bu suçun faili olan çalıştıran veya müvekkil sıfatına sahip kişi, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerin, işlerini gördükleri sırada gerçeğe aykırı beyanda bulduklarını öğrenir ve fakat bunu düzeltmezlerse, sadece, bu suçtan sorumlu olurlar. Gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişi ise, hareketi başka bir suç oluşturmadığı sürece, TCK m. 206'ya göre sorumlu tutulabilecektir. Ancak, çalıştıran veya müvekkil sıfatına sahip kişinin, ilk baştan gerçeğe aykırı beyanda bulunma konusunda iştirak iradesi bulunmakta ise, hem çalıştıran veya müvekkil sıfatına sahip kişi hem de gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişi, hareket başka bir suç oluşturmadığı sürece, TCK m. 206'ya göre sorumlu tutulabilecektir.

3. İctima

1) Bileşik Suç

TTK m. 62'de düzenlenen suçlarda bileşik suç düzenlemesine yer verilmemiştir.

2) Zincirleme Suç

TTK m. 62'de düzenlenen suçlarda, TCK m. 43'te düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

3) Fikri İctima

TTK m. 62/1-a,b,c'de düzenlenen suçlarda, fikri içtima hükümleri uygulanabilir.

TTK m. 62/1-d'de düzenlenen suçta, normların görünüşte içtimasına yer verilmiştir. Normların görünüşte içtimasında, asli normun önceliği tali normun sonralığı ölçütüne göre hareket edilecektir. Bu düzenlemede, '...fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde...' ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadeye göre, ilk önce fiilin başka bir suç oluşturup oluşturmadığına bakılacak, eğer başka bir suç oluşturmaktaysa, bu suça göre cezai sorumluluk belirlenecektir. Başka bir suç oluşturmuyorsa, bu bende hükümlerine göre cezai sorumluluk benimsenecektir.

IV. Şirketi Denetlemekle Yetkili Kamu Denetçilerinin Denetim Sırasında Görevini Kötüye Kullanma ve Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali Suçu (TTK m. 404, 527)

TTK m. 404/1'e göre, '(1) Denetçi ve özel denetçi, bunların yardımcıları ile denetleme yapmasına yardımcı olan temsilcileri, denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak ve sır saklamakla yükümlüdür. Faaliyetleri sırasında öğrendikleri, denetleme ile ilgili olan iş ve işletme sırlarını izinsiz olarak kullanamazlar. Kasten veya ihmal ile yükümlerini ihlal edenler şirkete ve zarar verdikleri

takdirde bağlı şirketlere karşı sorumludurlar. Zarar veren kişi birden fazla ise sorumluluk müteselsildir (2) Birinci fıkrada öngörülen yükümlüğün yerine getirilmesinde ihmali bulunan kişiler hakkında, verdikleri zarar sebebiyle, her bir denetim için yüzbin Türk Lirasına, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde ise üçyüzbin Türk Lirasına kadar tazminata hükmedilebilir. İhmalleriyle zarara sebebiyet veren kişilere ilişkin bu sınırlama denetime birden çok kişinin katılmış veya birden çok sorumluluk doğurucu eylemin gerçekleştirilmiş olması hâlinde uygulandığı gibi, katılanlardan bazılarının kasıtlı hareket etmiş olmaları durumunda da geçerlidir. (5) Denetçinin bu maddeden doğan sorumluluğuna ilişkin istemler rapor tarihinden başlayarak beş yılda zamanaşımına uğrar. Ancak, fiil suç oluşturup da Türk Ceza Kanununa göre süresi daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da o zamanaşımı uygulanır. (6) Ceza mevzuatının, suç ihbarına ilişkin hükümleri saklıdır’.

TTK m. 527’ye göre, ‘(1) 404’üncü madde hükmü saklı kalmak üzere, görevi dolayısıyla incelemesine sunulan defter ve belgeleri inceleyenlerin, elde ettikleri veya verilen bilgilerden öğrendikleri iş ve işletme sırlarını açıklamaları yasaktır. Aksi hâlde şirketin maddi ve manevi zararını tazmin ederler. (2) Ceza mevzuatının, suç ihbarına ilişkin hükümleri saklıdır’.

TTK m. 562/7’ye göre, ‘527’nci maddeye aykırı hareket edenler, Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılır’.

A. Suç ile Korunan Hukuksal Değer

Bu suçta birden çok hukuksal değer korunmaktadır. Bu hukuksal değerler şu şekilde ifade edilebilir: 1) Şirketlerin hukuka uygun şekilde denetiminin korunması, 2) Ticari sırların korunması.

B. Suçun Konusu

1. Suçun Hukuki Konusu

Bu suçun hukuki konusu, suç ile korunan hukuksal değer ile aynıdır.

2. Suçun Maddi Konusu

Bu suçun ayıca bir maddi konusu bulunmamaktadır. Bu suçta hukuki konu ile maddi konu birleşmiştir.

C. Suçun Faili

TTK m. 404’te doğrudan bir suç tipi düzenlenmemiştir. Bu düzenlemede yer alan haksız hareketin ayrıca bir suç oluşturması halinde, bu suç tipine göre cezai sorumluluk yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir.

Nitekim bu husus, TTK m. 404/5'te 'Denetçinin bu maddeden doğan sorumluluğuna ilişkin istemler rapor tarihinden başlayarak beş yılda zamanaşımına uğrar. Ancak, fiil suç oluşturup da Türk Ceza Kanununa göre süresi daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da o zamanaşımı uygulanır' şeklinde belirtilmiştir.

Suç oluşturabilecek hareketin ne olduğu, TTK m. 404/1'de düzenlenmiştir.

TTK m. 404/1'e göre, 'Denetçi ve özel denetçi, bunların yardımcıları ile denetleme yapmasına yardımcı olan temsilcileri, denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak ve sır saklamakla yükümlüdür. Faaliyetleri sırasında öğrendikleri, denetleme ile ilgili olan iş ve işletme sırlarını izinsiz olarak kullanamazlar. Kasten veya ihmal ile yükümlerini ihlal edenler şirkete ve zarar verdikleri takdirde bağlı şirketlere karşı sorumludurlar. Zarar veren kişi birden fazla ise sorumluluk müteselsildir'.

Bu düzenlemede, iki farklı suç söz konusu olabilir. Bu suçlar şu şekilde ifade edilebilir:

1) Ticarî Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu (TCK m. 239)

TCK m. 239/1'e göre, 'Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu fıkra göre cezaya hükmolünür'.

2) Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)

TTK m. 404/1'de düzenlenen haksız hareketin TCK m. 239 ve 257'de yer alan suçları oluşturması halinde, bu suçların faili; denetçi ve özel denetçi, bunların yardımcıları ile denetleme yapmasına yardımcı olan temsilcileri olabilir.

TCK m. 239/1'de 'Sıfat veya görevi' ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade, bu suçun failinin kamu görevlisi de olabileceğini göstermektedir. Kamu görevlisinin bu suçun faili olması halinde, aynı zamanda TCK m. 257 de ihlal edilmiş olacaktır. TCK m. 257, kamu görevlisinin suçun fail olduğu bütün suç tiplerinde genel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle, eğer, kamu görevlisinin suç teşkil eden hareketi, TCK m. 257 dışındaki bir düzenlemede ayrıca ve özel olarak düzenlenmişse, sadece, bu özel suç tipinden hüküm kurulacaktır. Ayrıca, TCK m. 257'den de hüküm kurulmayacaktır. Çünkü, bu suçlar arasında normların görünüşte içtimaî söz konusu olup, özel hükmün önceliği ilkesi gereği, daha ayrıntılı hüküm içeren suç tipi uygulanacaktır.

TTK m. 527’de düzenlenen suçun faili, görevi dolayısıyla incelemesine sunulan defter ve belgeleri inceleyenlerin, elde ettikleri veya verilen bilgilerden öğrendikleri iş ve işletme sırlarını açıklayan kişi veya kişilerdir.

TTK m. 562/7’ye göre, ‘527’nci maddeye aykırı hareket edenler, Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılır’.

Bu düzenlemeye göre, TTK m. 404/1 ile 527 ve 239 birbiri ile bağlantılıdır. TTK m. 527 düzenlenmemiş olsaydı, bir boşluk doğmazdı. Çünkü, TTK m. 404/1, TTK m. 527 ile korunmak istenen hukuki yararı korumaya elverişlidir. Nitekim, TTK m. 562/7’deki hüküm bu fikrimizi doğrular niteliktedir.

Sonuç olarak, bu suç bakımından TCK m. 239 uygulanacaktır. Bu suçta fa- il; denetçi ve özel denetçi, bunların yardımcıları ile denetleme yapmasına yar- dımcı olan temsilcileridir.

D. Suçun Mağduru

TTK m. 404/1’de düzenlenen haksız hareketin mağduru, ticarî sırrı ihlal edilen gerçek veya özel hukuk tüzel kişi veya kişileridir.

TTK m. 527’de düzenlenen suçun mağduru, TTK m. 527’de düzenlenen haksız hareket sonucu, iş ve işletme sırları açıklanan kişi veya kişilerdir.

E. Suçun Maddi Unsuru

1. Hareket

TTK m. 404/1’e göre, ‘Denetçi ve özel denetçi, bunların yardımcıları ile denetleme yapmasına yardımcı olan temsilcileri, denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak ve sır saklamakla yükümlüdür. Faaliyetleri sırasında öğrendik- leri, denetleme ile ilgili olan iş ve işletme sırlarını izinsiz olarak kullanamazlar. Kasten veya ihmal ile yükümlerini ihlal edenler şirkete ve zarar verdikleri tak- dirde bağlı şirketlere karşı sorumludurlar. Zarar veren kişi birden fazla ise so- rumluluk müteselsildir’.

Bu düzenlemeye göre, iş ve işletme sırları, yani ticari sırları saklamakla yükümlü olan kişiler²², denetçi ve özel denetçi olarak ifade edilmiştir.

Denetçi ve özel denetçi ifadesinde, ikili ayırım yapıldığı görülmektedir. Bu durumda, denetçi kelimesi, özel denetçi olmayan bir kişiyi ifade eder. Bu kişi- nin, kamu görevlisi olduğu veya denetimin yapıldığı sırada kamu görevlisi gibi işlem yapılacağı sonucuna varılabilir.

²² PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara, 2011, s. 1913.

Bu durumda, sır saklamakla yükümlü kılınan kişiler, kamu görevlisi veya denetim faaliyeti ile sınırlı olmak üzere kamu görevlisi gibi işlem uygulanacağı kişiler ile özel kişiler olmaktadır. Yani, TTK m. 404/1'de düzenlenen haksız hareketin faili kamu görevlisi ve özel kişiler olabilmektedir.

TTK m. 404/1'de açık bir ceza kuralı ve yaptırımını öngörülmemiştir. Ancak, bu düzenlemede yer alan haksız hareket TCK m. 239'da düzenlenmiş olan **Ticarî Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması**' suçunu oluşturabilir²³.

TCK m. 239/1'de 'Sıfat veya görevi' ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade, bu suçun failinin kamu görevlisi de olabileceğini göstermektedir. Kamu görevlisinin bu suçun faili olması halinde, aynı zamanda TCK m. 257 de ihlal edilmiş olunacaktır. TCK m. 257, kamu görevlisinin suçun fail olduğu bütün suç tiplerinde genel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle, eğer, kamu görevlisinin suç teşkil eden hareketi, TCK m. 257 dışındaki bir düzenlemede ayrıca ve özel olarak düzenlenmişse, sadece, bu özel suç tipinden hüküm kurulacaktır. Ayrıca, TCK m. 257'den de hüküm kurulmayacaktır. Çünkü, bu suçlar arasında normların görünüşte içtimaı söz konusu olup, özel hükmün önceliği ilkesi gereği, daha ayrıntılı hüküm içeren suç tipi uygulanacaktır.

TCK m. 239 özgü bir suç değildir²⁴. Yani, bu suçun faili kamu görevlisi olabileceği gibi kamu görevlisi olmayan kişi veya kişiler de olabilir. Bu nedenle, kamu görevlisi olan denetçi ile kamu görevlisi olmayan denetçi bu suçun faili olabilir.

Burada TTK m. 527'deki düzenlemeye de değinmek gerekir.

TTK m. 527'ye göre, '(1) 404'üncü madde hükmü saklı kalmak üzere, görevi dolayısıyla incelemesine sunulan defter ve belgeleri inceleyenlerin, elde ettikleri veya verilen bilgilerden öğrendikleri iş ve işletme sırlarını açıklamaları yasaktır. Aksi hâlde şirketin maddi ve manevi zararını tazmin ederler. (2) Ceza mevzuatının, suç ihbarına ilişkin hükümleri saklıdır'.

²³ TCK m. 239'a göre, '(1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu fıkraya göre cezaya hükümlenir. (2) Birinci fıkra hükümleri, fennî keşif ve buluşları veya sınaî uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır. (3) Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faille verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu hâlde şikâyet koşulu aranmaz. (4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır'.

²⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Toplum Karşı Suçlar, Ankara, 2012, s. 429. Yazarlara göre, hukuka uygun bir şekilde bu sirlara vakıf olan ve bu sirları başkalarına veren veya ifşa eden kişiler bakımından bu suç özgü suçtur. Çünkü, bu durumda fail, ancak kamu görevlisi olabilir. Hukuka aykırı şekilde bu sirlara vakıf olan bu sirları başkalarına veren veya ifşa eden kişiler bakımından özgü suç değildir.

TTK m. 404/1 ile TTK m. 527 arasındaki ilişki, özel norm genel norm ilişkisidir. Bu nedenle, haksız bir hareket, eğer TTK m. 404/1'in kapsamına girmekte ise, TTK m. 404/1 uygulanacaktır. TTK m. 404/1'in uygulanacağı durumlarda ise, TCK m. 239 uygulanacaktır. Haksız bir hareket, eğer TTK m. 404/1'in kapsamına girmemekte ise, TTK m 527 uygulanacaktır.

TTK m 527 ile TCK m. 239 arasında ilişki üzerinde durulmalıdır.

TTK m. 562/7'ye göre, '527'nci maddeye aykırı hareket edenler, Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılır'.

Bu düzenlemeye göre, TTK m. 404/1 ile 527 ve 239 birbiri ile bağlantılıdır. TTK m. 527 düzenlenmemiş olsaydı, bir boşluk doğmazdı. Çünkü, TTK m. 404/1, TTK m. 527 ile korunmak istenen hukuki yararı korumaya elverişlidir. Nitekim, TTK m. 562/7'deki hüküm bu fikrimizi doğrular niteliktedir.

Sonuç olarak, TTK m. 404/1'deki düzenlenen haksız hareketler bakımından, TCK m. 239 hükmü uygulanacaktır.

TCK m. 239/1'e göre, 'Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır'.

Burada bizi ilgilendiren husus, ticari sırrın bir başkasına 'verilmesi veya açıklanması'dır. Çünkü, TTK m. 404/1'de sır saklamakla yükümlülüğünden, TTK m. 527'de ise sırların açıklanmasından bahsedilmektedir.

Gerek sırrın başkasına verilmesi gerekse açıklanması (ifşa edilmesi), icrai hareket ile işlenebilir.

Bu suç, sırf hareket suçudur²⁵. Çünkü, kanunda yasaklanan hareket, ticari sırrın bir başkasına verilmesi veya açıklanmasıdır. Bu yasak hareketler yapılmakla suç tamamlanır.

Sırrın başkasına verilmesi veya açıklanması farklı şekillerde işlenebilir. Bu nedenle, serbest hareketli bir suçtur.

2. Netice

TTK m. 404/1 ve TTK m. 527'de düzenlenen haksız hareketler bakımından TCK m. 239 uygulanacaktır. TCK m. 239'da düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, netice suçu değildir²⁶.

²⁵ ERMAN, Sahir; Ticari Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt – I, İstanbul, 1992, s. 61.; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; S. 431.

²⁶ ERMAN; s. 61.

3. Nedensellik Bağı

TCK m. 239'da düzenlenen suçlar, sırf hareket suçları oldukları için, bu suçlarda nedensellik bağının tespiti önem taşımamaktadır.

F. Suçun Manevi Unsuru

TCK m. 239'da düzenlenen suç, kasten işlenebilir²⁷. Kast, doğrudan kast şeklinde olabileceği gibi, olası kast şeklinde de olabilir.

Bu suçta, özel kast aranmamıştır.

Bu suç, taksirle işlenemez.

G. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler

1) Hukuka Uygunluk Nedenleri

a) Meşru Savunma

Bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma hükümleri uygulanabilir.

b) Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kanun hükmünü yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Hakkın Kullanılması

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

d) İlgilinin Rızası

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızası hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

2) Kusurluluğu Kaldıran Nedenler

a) Zorunluluk Hali

Bu suçlar bakımından, kusurluluğu kaldırان bir neden olarak zorunluluk hali hükümleri uygulanabilir.

b) Yetkili Amirin Emrini Yerine Getirme

Bu suç bakımından kusurluluğu kaldırان bir neden olarak yetkili amirin emrini yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

²⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; s. 431.

c) Cebir, Tehdit

Bu suçun işlenmesinde cebir veya tehdit söz konusu ise, failin cebir veya tehdit etkisi altında kalarak suçu işlemesi nedeniyle, cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu durumda, fail, cebir veya tehdidi kullanan kişi olacaktır.

d) Hata

Bu suç bakımından koşulları gerçekleştiği takdirde kusurluluğu kaldıran bir neden olarak hata hükümleri uygulanabilir. Örneğin, başka bir bilginin açıklanması amacıyla hata ederek ticari sırrın açıklanması gibi.

H. Suçun Tamamlanması

TTK m. 239'da düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, suç teşkil eden hareketlerin işlenmesiyle birlikte suçlar da tamamlanır.

I. Suçun Özel Görünüş Şekilleri**1. Teşebbüs**

TTK m. 239'da düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Sırf hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda öğretilerde farklı görüşler olmasına karşın, hareketlerin kısımlara bölünebilmesi durumlarında teşebbüsün varlığını kabul ediyoruz.

2. İştirak

TTK m. 239'da düzenlenen suç, bakımından iştirak bir özellik göstermemektedir. Bu suçlar bakımından iştirakin genel kuralları geçerli olacaktır.

3. İçtima**a) Bileşik Suç**

TTK m. 239'da düzenlenen suçta bileşik suç düzenlemesine yer verilmemiştir.

b) Zincirleme Suç

TTK m. 239'da düzenlenen suçta TCK m. 43'te düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

c) Fikri İçtima

TTK m. 239'da düzenlenen suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi neticesinde, sırrı açıklanan ticari şirketin veya bu harekete bağlı olarak bir üçüncü kişinin zarar görmesi halinde, tek hareket ile birden fazla kanun hükmünün ihlali ve bu nedenle de fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenebilir mi?

Bu gibi durumlarda fikri içtima düzenlemesindeki fiil kelimesinden hareket mi yoksa netice mi anlaşılması gerektiği tartışmasından önce, görevi kötüye kullanma suçunun objektif (nesnel) cezalandırma koşulu mu yoksa zarar suçu mu olduğu tartışması üzerinde durulmalıdır. Çünkü, bu tartışmaya bağlı olarak, farklı sonuçlar ortaya çıkabilecektir.

Görevi kötüye kullanma suçunun objektif (nesnel) cezalandırma koşulu olduğu kabul edilecek olursa, suç, esasında görevin gereklerine aykırılık teşkil eden hareketin yapıldığı anda tamamlanmıştır. Zararın meydana gelmesi, suçun tamamlanmasına etki etmeyip, sadece, failin cezalandırılabilmesi için gereken bir durumu ifade etmektedir. Bu durumda, görevi kötüye kullanma suçu sırf hareket suçu olacaktır. TCK m. 239'da düzenlenen 'Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması' suçu da sırf hareket suçudur. Fikri içtimada, sırf hareket suçlarında fiil kelimesinden hareket anlaşılması konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır. Sonuç olarak, ticari sırrın açıklanması hem TCK m. 239 hem de TCK m. 257'de yer alan suçların ihlali anlamına gelebilecek, fikri içtimadan dolayı sadece ne ağır cezayı gerektiren suçtan cezai sorumluluk benimsenecektir.

Görevi kötüye kullanma suçunun zarar suçu olduğu kabul edilecek olursa, suç, zararın gerçekleştiği andan tamamlanmış sayılacaktır. Bu durumda, bu suç, konu bakımından zarar suçu, netice bakımından neticeli bir suç özelliğine sahip olacaktır. TCK m. 239'da düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Fikri içtimada, suçlardan birinin sırf hareket diğerinin neticeli suç olması durumlarında, fiil kelimesinden ne anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, fiil kelimesinden hareket anlaşılmalıdır. Bu durumda, hangi suçun cezası daha ağır ise, o suçtan cezai sorumluluk benimsenecektir. Bir görüşe göre, fiil kelimesinden netice/ (kanun hükmünde öngörülen somut netice) hareket anlaşılmalıdır. Bu durumda, hangi suçun cezası daha ağır ise, o suçtan cezai sorumluluk benimsenecektir. Açıkça görüleceği gibi, hangi görüş benimsenirse benimsensin, cezai sorumluluk açısından fark söz konusu olmamaktadır. Bu iki görüş arasında, cezai sorumluluk açısından fark, fikri içtima kapsamındaki suçların hepsinin neticeli suç olduğu durumlarda görülmektedir. İnceleme konumuz açısından bu durum söz konusu değildir.

Sonuç olarak, kamu görevlisinin görevi gereği öğrendiği bir ticari sırrı bir başkasına vermesi veya açıklaması halinde, TCK m. 239 ile TCK m. 257'de düzenlenen suçların ihlali söz konusu olabilecek, bu suçlardan hangisinin cezası daha fazla ise (soyut ceza) bu suçtan cezai sorumluluk benimsenecektir.

V. TTK Hükümlerine Göre Bağlı Şirket ile Hâkim Şirket Arasındaki Hukuki İlişkinin Gereği Gibi Sağlanmaması, Tutmakla Yükümlü Olunan Defterlerin Yetkili Kişilerce İncelenmesine Olanak Sağlamama, Aykırı Beyanda Bulunma, Ticari Defter Tutulmaması, Ticari Defterin Kayıt İçermemesi, Gereği Gibi Saklanmaması, TTK m. 549'da Belirtilen Belgeleri Sahte Olarak Düzenlenmesi, Gerçeğe Aykırı Kayıt Yapıtırılması TTK m. 550'ye Göre Taahhüt Olunması veya Karşılığının Tamamen Ödenmesi Gereken Sermeyenin Ödenmemişken Taahhüt Edilmiş veya Ödenmiş Gibi Gösterilmesi, TTK m. 1524'de Öngörüldüğü Gibi İnternet Sitesi Oluşturulmaması Suçları (TTK m. 562)

TTK m. 562'ye göre, '(3) 199 uncu maddenin birinci ve dördüncü fıkralarına aykırı hareket edenler **ikiyüz günden az olmamak üzere adli para** cezasıyla cezalandırılır. (4) Bu Kanun hükümlerine göre tutulmakla veya muhafaza edilmekle yükümlü olunan defter, kayıt ve belgeler ile bunlara ilişkin bilgileri, denetime tabi tutulan gerçek veya tüzel kişiye ait olup olmadığına bakılmaksızın, 210 uncu maddenin birinci fıkrasına göre denetime yetkili olanlarca istenmesine rağmen vermeyenler veya eksik verenler ya da bu denetim elemanlarının görevlerini yapmalarını engelleyenler, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde **üçyüz günden az olmamak üzere adli para** cezasıyla cezalandırılır. (5) Bu Kanunun; a) 349 uncu maddesine aykırı beyanda bulunan kurucular, b) 358'inci maddesine aykırı olarak pay sahiplerine borç verenler, c) 395'inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci veya ikinci cümlesi hükümlerini ihlal edenler, **üçyüz günden az olmamak üzere adli para** cezasıyla cezalandırılır. (6) Ticari defterlerin mevcut olmaması veya hiçbir kayıt içermemesi yahut bu Kanuna uygun saklanmaması hâllerinde, sorumlular **üçyüz günden az olmamak üzere adli para** cezasıyla cezalandırılır. (7) 527'nci maddeye aykırı hareket edenler, Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. (8) 549 uncu maddede belirtilen belgeleri sahte olarak düzenleyenler ile ticari defterlere kasıtlı olarak gerçeğe aykırı kayıt yapanlar **bir yıldan üç yıla kadar hapis** cezasıyla cezalandırılır. (9) 550'nci maddeye aykırı hareket edenler **üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para** cezasıyla cezalandırılır. (10) 551'inci maddeye aykırı hareket edenler **doksan günden az olmamak üzere adli para** cezasıyla cezalandırılır. (11) 552'nci maddeye aykırı hareket edenler **altı aydan iki yıla kadar hapis** cezasıyla cezalandırılır. (12) 1524'üncü maddede öngörülen internet sitesini oluşturmayan şirketlerin yönetim organı üyeleri, **yüz günden üçyüz güne kadar adli para** cezasıyla ve aynı madde uyarınca internet sitesine konulması gereken içeriği usulüne uygun bir şekilde koymayan bu fıkra da sayılan failler **yüz güne kadar adli para** cezasıyla cezalandırılır'²⁸.

²⁸ TTK m. 199/1'e göre, 'Bağlı şirketin yönetim kurulu, faaliyet yılının ilk üç ayı içinde, şirketin hâkim ve bağlı şirketlerle ilişkileri hakkında bir rapor düzenler. Rapor da, şirketin geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketle, hâkim şirkete bağlı bir şirketle, hâkim şirketin yönlendirmesiyle

onun ya da ona bağlı bir şirketin yararına yaptığı tüm hukuki işlemlerin ve geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketin ya da ona bağlı bir şirketin yararına alınan veya alınmasından kaçınılan tüm diğer önlemlerin açıklaması yapılır. Hukuki işlemlerde edimler ve karşı edimler, önlemlerde, önlemin sebebi ve şirket yönünden yarar ve zararları belirtilir. Zarar denkleştirilmişse, bunun faaliyet yılı içinde fiilen nasıl gerçekleştiği veya şirketin sağladığı hangi menfaatlere ilişkin olarak bir istem hakkı tanındığı ayrıca bildirilir'. TTK m. 199/4'e göre, Hâkim şirketin her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu başkanından; bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile üç aylık hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri; yaptıkları işlemler ve bunların sonuç ve etkileri hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine göre düzenlenmiş bir rapor hazırlattırıp yönetim kuruluna sunmasını ve bunun sonuç kısmının yıllık rapor ile denetleme raporuna eklenmesini isteyebilir. Bağlı şirketler, red için yoruma yer bırakmayacak açıklıkta bir haklı sebebin varlığını ispat edemedikleri takdirde, bu raporun hazırlanması için gerekli olan bilgi ve belgeleri hâkim şirketin bu işle görevlendirilen uzmanlarına vermekle yükümlüdürler. İstemde bulunan yönetim kurulu üyesi, bunu bir üçüncü kişinin yararlanması amacıyla yapmışsa bunun sonuçlarından sorumlu olur'. TTK m. 210/1'e göre, 'Gümrük ve Ticaret Bakanlığı bu Kanunun ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin uygulamasıyla ilgili tebliğler yayımlamaya yetkilidir. Ticaret sicili müdürlükleri ve şirketler bu tebliğlere uyarlar. Ticaret şirketlerinin, bu Kanun kapsamındaki işlemleri, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı denetim elemanları tarafından denetlenir. Bu denetimin ilkeleri ve usulü ile denetime tabi işlemler Bakanlıkça hazırlanan yönetmelikle düzenlenir'. TTK m. 349/1'e göre, Kurucular tarafından, kuruluşa ilişkin bir beyan imzalanır. Beyan, dürüst bir şekilde bilgi verme ilkesine göre, doğru ve eksiksiz olarak hazırlanır. Beyanda, aynı sermaye konuluyor, bir ayın ya da işletme devralınıyorsa, bunlara verilecek karşılığın uygunluğuna; bu tür sermayenin ve devralmanın gerekliliğine, bunların şirkete olan yararlarına ilişkin belgeli, gerekçeli ve kesin ifadeli açıklamalar yer alır. Ayrıca, şirket tarafından iktisap edilen menkul kıymetlerle, bunların iktisap fiyatları, söz konusu menkul kıymetleri çıkaranların son üç yıllık, gereğinde konsolide finansal tablolarının değerlemelerine ve çözümlenmelerine ilişkin bilgiler, şirketin yüklendiği önemli taahhütler, makina ve benzerleri malların ve herhangi bir aktif değerinin alımına ilişkin bağlantılar, fiyatlar, komisyonlar ile her türlü borçlar, emsalleriyle karşılaştırılarak açıklanır'. TTK m. 358'e göre, 'Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz'. TTK m. 395/2'ye göre, '**(Değişik: 26/6/2012-6335/17 md.)** Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393'üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir'. TTK m. 549'a göre 'Şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur'. TTK m. 550'ye göre 'Sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlu olmaları şartıyla, şirket yetkilileri, bu payları üstlenmiş kabul edilirdiler ve payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler. (2) Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler, söz konusu borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar'. TTK m. 551'e göre, 'Aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emseline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve ayının niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur'. TTK

Önemle belirtmek gerekir ki, TTK m. 562/1 ve 2’de, kabahat oluşturan haksızlıklar düzenlenmiştir. Çünkü, söz konusu haksızlıklar karşılığında idari para cezası öngörülmüştür. Bu nedenle, inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

A. Suç ile Korunan Hukuksal Değer

Bu suçta birden çok hukuksal değer korunmaktadır. Korunan bu hukuksal değerler şu şekilde ifade edilebilir: 1) Hukuken düzenlenmesi gereken belgelerin hiç düzenlenmemesi veya geç düzenlenmesi ya da zamanında düzenlenmemesi nedeniyle oluşabilecek hak kaybı, 2) Ticaret şirketlerinin, bu Kanun kapsamında yapması gereken yükümlülüklerine uymaması sonucu oluşacak hak kaybı, 3) Şirket kurucularının dürüst bir şekilde bilgi verme ilkesine göre, doğru ve eksiksiz olarak beyan hazırlama yükümlüğüne uymamaları nedeniyle oluşacak hak kaybı, 4) Şirket sermayesi ile ilgili üçüncü kişilerin yanıltacak hareketlerde bulunma nedeniyle oluşacak güven ve hak kaybı, 5) Kanuna göre kurulması gereken internet sitesinin kurulmaması ve buna bağlı olarak internet sitesinde bulunması gereken bilgilerin bulunmaması dolayısıyla oluşacak hak kaybıdır.

B. Suçun Konusu

1. Suçun Hukuki Konusu

Suçun hukuki konusu, suç ile korunan hukuksal değer kendisidir. Hukukal değer, suçta hukuki konuyu oluşturur.

2. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu, suç ile korunan hukuksal değer somutlaşmış şeklidir. Bazı suçlarda maddi konu ile hukuki konu ayrılabilir. Bazı suçlarda ise birleşebilir. Bu suçta birden çok hukuksal değer korunmaktadır. Bu hukuksal değerlerden bazıları bakımından maddi konu bulunabilir. Örneğin, zorunlu yazılı bilgi vermeyi gerektiren durumlarda, belge suçun maddi konusunu oluşturacaktır.

m. 551’e göre, ‘Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla yahut vaadiyle halka her türlü yoldan çağrıda bulunularak para toplanması yasaktır’. TTK m. 1524’e göre ‘(1) 397 nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca denetime tabi olan sermaye şirketleri, kuruluşlarının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır. İnternet sitesinde yayımlanacak içerikler, bu Kanunda belli bir süre belirtilmiş ise bu süre içinde, belirtilmemiş ise içeriğin dayandığı işlemin veya olgunun gerçekleştiği tarihten, tescil veya ilana bağlandığı durumlarda ise tescil veya ilanın yapıldığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde, şirketin kuruluşundan internet sitesi açılıncaya kadar geçen sürede yayımlanması gereken içerikler de bu sitenin açıldığı tarihte siteye konulur. (2) Birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerle uyulmaması, ilgili kararların iptal edilmesinin sebebini oluşturur, Kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğmasına yol açar ve kusuru bulunan yöneticiler ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna neden olur. Cezai hükümler saklıdır’.

C. Suçun Faili

TTK m. 562'de, suç oluşturan birden çok farklı hareket düzenlenmiştir. Her bir hareket de TTK'nın farklı maddelerinde yer almaktadır. Bu nedenle, failin kim veya kimler olduğu, suç teşkil eden her bir harekete göre belirlenmelidir.

TTK m. 562/3'e göre, '199 uncu maddenin birinci ve dördüncü fıkralarına aykırı hareket edenler ikiyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır'.

TTK m. 199/1'de, hâkim ve bağlı şirketlerle ilgili rapor düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Raporun düzenlenmemesi, eksik veya yanlış düzenlenmesi, adli para cezasını gerektiren suç teşkil etmektedir. Bu suçta fail, rapor düzenlemeye yetkili kişi veya kişilerdir.

TTK m. 199/1'te, hâkim şirket, belirli bir dönemi kapsayan süreyi kapsayacak şekilde bağlı şirketlerden şirketin işleyişi ile ilgili rapor isteyebilirler. Bağlı şirketler bu raporu vermek zorundadırlar. Bu yükümlülükler uymaması, adli para cezasını gerektiren suç teşkil etmektedir. Bu suçta fail, rapor düzenlemeye yetkili kişi veya kişilerdir.

TTK m. 562/4, 5, 6, 7, 8, 9 ve 10'da bir takım yükümlülükler getirilmiştir.

Söz konusu yükümlülükler aykırı hareket eden kişi veya kişiler, adli para cezasını gerektiren suçun failidirler.

TCK'nda tüzel kişiler suçun faili olarak kabul edilmemiştir. Ancak, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişiler, fail olabilir.

D. Suçun Mağduru

TTK m. 562'de suç teşkil eden birden çok harekete yer verilmiştir. Suç teşkil eden her bir hareketin mağdurunu ayrı ayrı incelemek gereksizdir. Bu durumda, bu suçların mağdurunu şu şekilde belirleyebiliriz. Suç teşkil eden her bir hareketten hukuki anlamda menfaati ihlal edilen gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi veya kişileridir.

E. Suçun Maddi Unsuru

1. Hareket

TTK m. 562'de birden fazla suç ve buna bağlı olarak birden fazla suç teşkil eden harekete yer verilmiştir.

Burada önemle vurgulamak gereken bir husus bulunmaktadır. TTK m. 562'nin kenar başlığı suçlar ve cezalardır. Bir üst başlık ise cezai sorumluluktur. Oysa, TTK m. 562/1 ve 2'de öngörülen yaptırım idari para cezasıdır. İdari para cezası, cezai yaptırım türü değildir. İdari para cezasını gerektiren haksız fiil de

suç değildir. Bu nedenle, hem suç hem de cezai yaptırım olmayan bir düzenleme, suç ve cezai yaptırım gibi düzenlenmiştir.

TTK m. 562’de suç teşkil eden hareketler şu şekilde ifade edilebilir:

1) TTK m. 562/3’te Düzenlenen Yasaklanmış Hareketler

TTK m. 562/3’e göre, ‘199 uncu maddenin birinci ve dördüncü fıkralarına aykırı hareket edenler **ikiyüz gündен az olmamak üzere adli para** cezasıyla cezalandırılır’.

TTK m. 199/1’de düzenlenen yasaklanmış birden çok harekete yer verilmiştir. Bu hareketler şunlardır:

Rapor düzenlemek:

Bağlı şirketin yönetim kurulu, faaliyet yılının ilk üç ayı içinde, şirketin hâkim ve bağlı şirketlerle ilişkileri hakkında bir rapor düzenler.

Rapor düzenleme icrai bir hareket ile gerçekleşebilir. Burada, rapor düzenleme bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı hareket, ihmali hareket olan rapor düzenlememe ile işlenebilir. Bu nedenle, bu suç, ihmali hareket ile işlenebilir.

Rapor düzenleme yükümlülüğü belirli bir süreye bağlanmıştır. Bu süre, faaliyet yılının ilk üç ayıdır. Bu sürenin bitimi tarihi itibariyle rapor düzenlenmemişse, suç teşkil eden hareket işlenmiş olur.

Açıklama yapmak:

Raporda bulunması gereken hususlar açıkça belirtilmiştir.

Raporda, şirketin geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketle, hâkim şirkete bağlı bir şirketle, hâkim şirketin yönlendirmesiyle onun ya da ona bağlı bir şirketin yararına yaptığı tüm hukuki işlemlerin ve geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketin ya da ona bağlı bir şirketin yararına alınan veya alınmasından kaçınılan tüm diğer önlemlerin açıklaması yapılır. Hukuki işlemlerde edimler ve karşı edimler, önlemlerde, önlemin sebebi ve şirket yönünden yarar ve zararları belirtilir. Zarar denkleştirilmişse, bunun faaliyet yılı içinde fiilen nasıl gerçekleştiği veya şirketin sağladığı hangi menfaatlere ilişkin olarak bir istem hakkı tanındığı ayrıca bildirilir.

Açıklama, içinde yarar ve zararların belirtilmesi ve zararın denkleştirildiğinin bildirilmesini de kapsar.

Bu iki hareket birbiri ile sıkı bir ilişki içindedir. Suçun oluşabilmesi için bu hareketlerden birinin işlenmesi, yani, bu yükümlülüklerden birinin yerine getirilmemesi halinde, suç oluşur. Bu durumda, örneğin, faaliyet yılının ilk üç ayı içinde rapor düzenlenmemesi, rapor düzenlenmekle birlikte, raporda açıklanma-

sı gereken açıklamaların yapılmaması, açıklama içinde yarar ve zararların belirlenmemesi veya zararın denkleştirildiğinin bildirilmemesi halinde, suç oluşur.

Bu suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, kanunda belirtilen yükümlülüğe uyulmadığı an, suç tamamlanmış olur. Ayrıca, bir zararın doğmuş olması gerekmez.

2) TTK m. 562/4'te Düzenlenen Yasaklanmış Hareketler

TTK m. 562/4'te, TTK hükümlerine göre tutulmakla veya muhafaza edilmekle yükümlü olunan defter, kayıt ve belgeler ile bunlara ilişkin bilgilerin TTK m. 210'a göre, denetime yetkili olanlarca istenmesine rağmen; verilmemesi, eksik verilmesi ile denetim elemanlarının görevlerini yapmalarının engellenmesi suç olarak düzenlenmiştir.

TTK m. 562/4'te, bu maddede suç olarak düzenlenmiş olan hareketlerin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde bu maddede yer alan ceza ile cezalandırılacağı ifadesine yer verilmiştir.

TTK m. 562/4'te yer alan '...fiilleri daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde...' ifadesi, bu düzenlemenin yardımcı norm niteliğine sahip olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, eğer söz konusu hareketler, başka bir kanunda daha ağır cezayı gerektiren suç olarak düzenlenmişlerse, asli normun önceliği gereği, bu daha ağır cezayı gerektiren norm asli norm olarak uygulanacaktır.

TTK m. 562/4'te, suç teşkil eden üç farklı harekete yer verilmiştir. Bu hareketler şu şekilde ifade edilebilir:

- 1) Verilmesi gereken belgelerin yetkili kişilere verilmemesi
- 2) Verilmesi gereken belgelerin yetkili kişilere eksik verilmesi
- 3) Denetim elemanlarının görevlerini yapmalarının engellenmesi

Söz konusu hareketlerin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturup oluşturmadığı üzerinde durulmalıdır.

1) Verilmesi Gereken Belgelerin Yetkili Kişilere Verilmemesi

TTK m. 210'a göre, ticari belgeleri (tutulmakla veya muhafaza edilmekle yükümlü olunan defter, kayıt ve belgeler ile bunlara ilişkin bilgiler) denetleme yetkisi, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndadır. Bu nedenle, resmi bir kurum denetleme görevine sahiptir. Denetleme görevinin ise, kamu görevlisi sıfatına sahip kişi veya kişiler yapmaktadır.

Kamu görevlisine verilmesi gereken belgenin verilmemesi, TCK'nda suç olarak düzenlenmemiştir. Başka kanunlarda daha ağır cezayı gerektiren bir suç olarak düzenlenmişse, o düzenlemeye göre düzenlenmemişse, TTK m. 562/4'e göre cezai sorumluluk benimsenecektir.

Bu düzenlemede yer alan hareket vermemedir. Vermeme hareketi, ihmali bir harekettir. Bu nedenle bu suç ihmali hareket ile işlenebilen bir suçtur.

2) Verilmesi Gereken Belgelerin Yetkili Kişilere Eksik Verilmesi

Yetkili kişilere eksik belge verilmesinin TCK m. 206'da düzenlenen suç oluşturup oluşturmadığı üzerinde durulmalıdır.

TCK m. 206'ya göre, 'Bir resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır'.

Yalan beyan, gerçeğe aykırı beyanı ifade eder. Burada, gerçeğe kısmi veya tam aykırılık söz konusudur. TTK m. 562/4'te beyanda bulunma değil, verilmesi gereken belgelerin verilmesi istenmiştir. Bu kapsamda belge verme beyan değildir. Bu nedenle, eksik belge verme, TCK m. 206'da düzenlenen suç oluşturmaz. Ancak, verilen belgeler içinde yalan beyan varsa, bu hareket TCK m. 206'da düzenlenen suç oluşturabilir. Çünkü, yalan beyanda bulunmada, kişi belgenin içeriği konusunda tasarruf yetkisine sahiptir. Belge verme yükümlülüğünde ise, belgenin içeriği değil, zamanında verilmesi önem taşımaktadır. Burada, yetkili kişiye sunulan yalan beyan içeren belgenin resmi veya özel belgede sahtecilik suçunu oluşturup oluşturmadığı da araştırılmalıdır.

3) Denetim Elemanlarının Görevlerini Yapmalarının Engellenmesi

Denetim elemanlarının görevlerini yapmalarının engellenmesinin daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturup oluşturmadığı üzerinde durulmalıdır.

TCK m. 265/1'e göre, 'Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır'.

TCK m. 265/1'de düzenlenen suçun işlenebilmesi için, cebir veya tehdidin araç olarak kullanılması gerekir. Bu durumda, denetim elemanlarının görevlerini yapmaları, cebir veya tehdit kullanılarak engellenirse, TCK m. 265/1'e göre, cebir veya tehdit kullanılmaz ise, TTK m. 562/4'e göre cezai sorumluluk benimsenecektir.

Görevin yapılmasının engellenmesinde cebir veya tehdit kullanılırsa, bu suç etken hareket ile işlenebilir. Cebir veya tehdit kullanılmazsa, etken veya edilgen hareket ile işlenebilir.

TTK m. 562/4'te düzenlenen bu suçlar, seçimlik hareketli bir suçtur. Bu nedenle, verilmesi gereken belgelerin verilmemesi, eksik verilmesi veya görevlinin görevinin engellenmesi hareketlerinden birinin işlenmesiyle suç tamamlanır. Bütün hareketler işlenirse de tek suçun varlığı kabul edilir. Ancak, bütün hareketlerin işlenmesi durumunda, temel cezanın tayininde daha üst dereceden ceza tayini yapılabilir.

TTK m. 562/4'te düzenlenen bu suçlar, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, seçimlik hareketlerden en az birinin işlenmesiyle birlikte suç da tamamlanmış olur.

3) TTK m. 562/5'te Düzenlenen Yasaklanmış Hareketler

TTK m. 562/5'te suç teşkil eden üç farklı düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeler ve suç teşkil eden hareketler şu şekilde ifade edilebilir:

- 1) TTK m. 349'daki düzenlemeye aykırı beyanda bulunma
- 2) TTK m. 358'daki düzenlemeye aykırı olarak pay sahiplerine borç verme
- 3) TTK m. 395/2'nin birinci veya ikinci cümlesi hükümlerini ihlal etme

Bu üç farklı düzenleme ve bu düzenlemelerde yer alan hareketleri incelemeye geçebiliriz.

1) TTK m. 349'daki Düzenlemeye Aykırı Beyanda Bulunma

TTK m. 349'da anonim şirketi kuran kurucuların beyanda bulunma yükümlülüğü düzenlenmiştir²⁹.

TTK m. 349/1-ilk cümleye göre, 'Kurucular tarafından, kuruluşa ilişkin bir beyan imzalanır. Beyan, dürüst bir şekilde bilgi verme ilkesine göre, doğru ve eksiksiz olarak hazırlanır'.

TTK m. 349/1-ilk cümlede, beyanın nasıl olması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Buna göre beyan; doğru ve eksiksiz olmalıdır.

TTK m. 349/1-ikinci ve devam eden cümleleri ile ikinci fıkrasında beyanda bulunması gereken hususlar düzenlenmiştir.

TTK m. 349'daki düzenlemeye göre, suç teşkil eden hareket, beyanın doğru ve eksiksiz bildirilmemesidir. Başka bir ifadeyle, yanlış ve eksik beyanda bulunma suç teşkil edecektir.

²⁹ TTK m. 349'a göre, '(1) Kurucular tarafından, kuruluşa ilişkin bir beyan imzalanır. Beyan, dürüst bir şekilde bilgi verme ilkesine göre, doğru ve eksiksiz olarak hazırlanır. Beyanda, aynı sermaye konuluyor, bir ayın ya da işletme devralınıyorsa, bunlara verilecek karşılığın uygunluğuna; bu tür sermayenin ve devralmanın gerekliliğine, bunların şirkete olan yararlarına ilişkin belgeli, gerekçeli ve kesin ifadeli açıklamalar yer alır. Ayrıca, şirket tarafından iktisap edilen menkul kıymetlerle, bunların iktisap fiyatları, söz konusu menkul kıymetleri çıkaranların son üç yıllık, gereğinde konsolide finansal tablolarının değerlemelerine ve çözümlenmelerine ilişkin bilgiler, şirketin yüklendiği önemli taahhütler, makina ve benzerleri malların ve herhangi bir aktif değer alımına ilişkin bağlantılar, fiyatlar, komisyonlar ile her türlü borçlar, emsalleriyle karşılaştırılarak, açıklanır. (2) Ayrıca, kuruculara tanınan menfaatler gerekçeleriyle beyanda yer alır. Kimlerin halka arz amacıyla ne miktarda pay taahhüt ettiği, pay taahhüdünde bulunanların birbirleri ile ilişkileri; bunlar bir şirketler topluluğuna dâhil bulunuyorlarsa, topluluk ile ilişkileri, (...) ⁽¹⁾ diğer hizmet verenlere ödenen ücretler, emsalleriyle karşılaştırma yapılarak, beyanda açıklanır'.

Kanun maddesinde, doğru ve eksiksiz kelimelerine yer verilmiş olup bu iki kelime arasında ‘ve’ bağlacı kullanılmış olması, suçun oluşabilmesi için iki husustan birinin ihlal edilmesinin yeterli olacağı sonucunu çıkarmaktadır. Yani, şu hallerde suç oluşabilecektir: 1) Beyan hem yanlış hem eksik, 2) Beyan yanlış ve fakat eksiksiz, 3) Beyan doğru ve fakat eksik.

Bu düzenlemede kanun koyucu, anonim şirketin kurucularına bir yükümlülük yüklemiştir. Yani, etken bir harekette bulunma yükümlülüğü yüklemiştir. Suç, bu etken hareketi doğru ve eksiksiz bir şekilde yerine getirmeme ile işlenmiş olur. Bu nedenle, söz konusu suç edilgen hareket ile işlenebilmektedir. Ancak, yanlış beyanda bulunma etken bir hareket ile gerçekleştirilebilir. Bu durumda da suç oluşacaktır. Bu durumda, bu suçun hem etken hem de edilgen hareket ile işlenebileceği söylenebilir.

Bu düzenlemede suç teşkil eden hareketin faili, anonim şirketin kurucularıdır. Yani, beyanda bulunma yükümlülüğü altında olan kişilerdir.

2) TTK m. 358’deki Düzenlemeye Aykırı Olarak Pay Sahiplerine Borç Verme

TTK m. 358’de anonim şirkette pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı düzenlenmiştir³⁰.

TTK m. 358’de anonim şirkette pay sahiplerinin hangi durumlarda şirkete borçlanamayacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme ile aslında anonim şirkette pay sahiplerinin hangi durumlarda şirkete borçlanabileceği de düzenlenmiş bulunmaktadır.

TTK m. 358’de yasaklanan durum, anonim şirkette pay sahiplerinin şirkete borçlanamayacağı durumlarda, şirkete borçlanmasıdır. Şirkete borçlanmanın şekli önemli değildir. Borçlanma mal varlığında artı bir değer (aktifinde çoğalma/nakit para alma) oluşturma şeklinde olabileceği gibi, mal varlığında oluşabilecek eksilmeyi önleme (pasifinin artmasını önleme) şeklinde de olabilir.

Şirkete borçlanma yasağına aykırı olarak borçlanma gerçekleştirildiğinde, bu suçun faili kim veya kimler olacaktır? Şirketten borç alma yasağı olan kişinin borç almak için başvuruda bulunması üzerine, hukuken şirket adına borç vermeye yetkili kişinin başvuran kişinin borç alma yasağı kapsamında olduğunu bilerek ve isteyerek borç vermesi halinde, hukuken şirket adına borç vermeye yetkili kişi, suçun faili olacaktır. Borç isteyen kişi, suça azmettirmiş sayılmaz. Çünkü, borç alma hakkı olmadığı halde borç istemesi, hukuka aykırı bir durum içermemektedir. Yani, bu kişi, hukuken meşru konumdadır. Ayrıca, suça azmettirme kastı içinde bulunmamaktadır. Şirket adına borç verme yetkisi olmayan kişi, borç verirse de bu suçun faili olabilecektir.

³⁰ TTK m. 358’a göre, ‘Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz’.

TTK m. 395/f-3'te, borçlanma yasağı konusunda şirketler topluluğuna muafiyet tanımıştır. Buna göre, '202. maddesi saklı kalmak şartıyla, şirketler topluluğuna dahil şirketlerin birbirlerine kefil olmaları ve garanti vermeleri "borçlanma yasağı" kapsamında değerlendirilmez' (TTK md. 395/f-3).

3) TTK m. 395/2'nin Birinci veya İkinci Cümlesi Hükümlerini İhlal Etme

TTK m. 395/2'nin birinci veya ikinci cümlesinde, anonim şirketlerde şirket borçlanma yasağı ve şirketin; kefalet, garanti ve teminat verme, sorumluluk yüklenme, borçları devralama yasağı düzenlenmiştir.

TTK m. 395/2'nin birinci veya ikinci cümlesine göre, 'Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393'üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz'.

Bu düzenlemede, kanun koyucu, iki farklı gerçek kişi veya kişilere, bir de anonim şirkete bir şey yapmama yükümlülüğü yüklemiştir. Bu yükümlülükler şu şekilde ifade edilebilir:

1) Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri, şirkete nakit borçlanamaz.

2) TTK m. 393'te açıkça sayma yoluyla belirtilen pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin yakınları, şirkete nakit borçlanamaz.

3) Anonim şirket, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile TTK m. 393'te açıkça sayma yoluyla belirtilen pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin yakınlarına kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz.

Bu düzenlemede, yasaklanan hareketler şu şekilde ifade edilebilir: Nakit borçlanmama, kefil olmama, garanti vermeme, sorumluluk yüklenmeme, borçları devralmama.

Bu hareketlerin ortak özelliği, etken bir şekilde işlenebilen hareketler olmasıdır. Kanun koyucu, yükümlülük altındaki kişilere, edilgen harekette bulunma yükümlülüğü yüklemiştir. Bu nedenle, bu hareketler, ancak, etken bir hareket ile işlenebilirler.

Nakit borçlanmama yükümlülüğü yüklendiği için, nakit dışında borçlanma suç oluşturmayacaktır.

4) TTK m. 562/6'da Düzenlenen Yasaklanmış Hareketler

TTK m. 562/6'ya göre, 'Ticari defterlerin mevcut olmaması veya hiçbir kayıt içermemesi yahut bu Kanuna uygun saklanmaması hâllerinde, sorumlular üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır'.

TTK m. 562/6'da, suç teşkil eden üç farklı harekete yer verilmiştir. Bu hareketler şu şekilde ifade edilebilir: 1) Ticari defterlerin mevcut olmaması, 2) Ticari defterlerin hiçbir kayıt içermemesi, 3) Ticari defterlerin TTK'ya uygun saklanmaması.

Ticari defterlerin mevcut olmaması, tutulması gereken (tutulması zorunlu olan) ticari defterlerin ya hiç tutulmaması veya tutulmuş olmakla birlikte, denetim sırasında veya ilgili makama verilmesi aşamasında herhangi bir nedenle bulunmaması durumunu ifade eder. Burada kanun koyucu, ticari defter tutma ve bulundurma yükümlülüğü yüklemiştir. Bu yükümlülüğe uymama, suçtur.

Ticari defterlerin hiçbir kayıt içermemesi, TTK gereği tutulması zorunlu olan ticari defterlerin hiçbir kayıt içermemesini ifade eder. Kanun maddesinde hiçbir kayıt içermemesi ifadesine yer verildiği için, az da olsa kayıt içermesi halinde bu suç oluşturmayacaktır. Buradaki kayıttan anlaşılması gereken, ticari defterde tutulması gereken kayıttır. Bu nedenle, ticari defterde bulunması gerekmeyen kişisel kayıtlar (aşk şiirleri, günlük, aşk mektupları gibi) kayıt kabul edilmemelidir.

İsmin sayılarak zorunlu kılınmamakla birlikte, işletmenin mahiyeti gereği tutulması zorunlu olan defterlerin kayıt içermemesi halinde de bu suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Çünkü, bu düzenlemede korunmak istenen, defterlerin içerdiği kayıtlar ile kişilerin haklarının korunmasıdır. Bu nedenle, ismen sayılmasa da işletmenin mahiyeti gereği tutulması zorunlu olan defterlerde kayıt tutulmaması, kişilerin menfaatini ihlal edebilecektir.

Ticari defterlerin TTK'ya uygun saklanmaması, ticari defterlerin TTK'nda belirtilen usullere uygun saklanmamasını ifade eder. Bu düzenleme, tutulması zorunlu olan ticari defterlerin mevcut olmaması ile karıştırılmamalıdır. Mevcut olmama, istenildiği zaman ulaşılamama, bulunamama durumlarını ifade eder. Usulüne uygun saklanmama ise, bulunmakla birlikte, TTK'nda öngörülen şekilde saklanmamayı ifade eder. TTK'nda öngörülen usule göre saklanmama durumlarında defter mevcuttur.

Bu düzenleme, seçimlik hareketli bir suç özelliğine sahiptir. Bu nedenle, suç teşkil eden hareketlerden en az birinin yapılması ile birlikte suç oluşur. Hareketlerden birinin yapılması ile hepsinin yapılması arasında tek suçun oluşması bakımından fark yoktur. Her durumda da tek suç oluşur.

Bu seçimlik hareketi oluşturan suçlar, edilgen hareket ile işlenebilmektedirler. Çünkü, kanun koyucu, ilgili kişilere etken bir harekette bulunma yükümlülüğü yüklemiştir, ilgili kişiler bu yükümlülüğe uymamışlardır.

5) TTK m. 562/7'de Düzenlenen Yasaklanmış Hareketler

TTK m. 562/7'ye göre, '527'nci maddeye aykırı hareket edenler, Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılır'.

Konuya yukarıda ilgili bölümde değinildiği için burada tekrar değinilmeyecektir.

6) TTK m. 562/8'de Düzenlenen Yasaklanmış Hareketler

TTK m. 562/8'e göre, '549 uncu maddede belirtilen belgeleri sahte olarak düzenleyenler ile ticari defterlere kasıtlı olarak gerçeğe aykırı kayıt yapanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır'.

Bu düzenlemede, belgede sahtecilik hareketleri suç olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile TCK m. 204 ve 207'de düzenlenen resmi ve özel belgede sahtecilik suçları arasında normların görünüşte içtimaı ilişkisi söz konusudur. Bu ilişki sonucu, özel normun önceliği ilkesi gereğince, TTK m. 562/8'deki hüküm uygulanmalıdır.

7) TTK m. 562/9'da Düzenlenen Yasaklanmış Hareketler

TTK m. 562/9'a göre, '550 nci maddeye aykırı hareket edenler üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır'.

TTK m. 550'de suç olarak düzenlenen hareketler şu şekilde ifade edilebilir:

1) Sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterme.

2) Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilmesine rağmen buna onay verme.

Suç teşkil eden bu hareketler ile ilgili şu tespit ve değerlendirmeler yapılabilir:

1) Sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterme.

Bu düzenlemede, seçenekli harekete yer verilmiştir. Bu hareketlerden biri, sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış olmasına rağmen, taahhüt edilmiş gibi göstermedir. Diğeri ise, taahhüt edilen sermayenin karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemiş olmasına rağmen ödenmiş gibi gösterme.

Suçun oluşabilmesi için bu seçenek hareketlerden birinin yapılması yeterlidir. İster sadece biri yapılsın ister her ikisi yapılsın tek suç oluşacaktır. Her ikisinin de yapılması halinde, temel ceza belirlenirken üst sınırdan belirleme yapılabilir.

Bu düzenlemede yer alan hareketler, sözlü beyan ile olabileceği gibi, çoğunlukla gerçeğe aykırı bir belge düzenleyerek gerçekleştirilebilir. Eğer, gerçeğe aykırı bir belge düzenleyerek gerçekleştirilirse, bu hareket aynı zamanda belgede sahtecilik suçunu da oluşturacaktır.

TCK m. 212'ye göre, 'Sahte resmî veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur'.

Bu düzenlemeye göre, hem TTK m. 562/9 hem de TCK m. 212'de düzenlenen suç işlenmiş sayılacak ve gerçek içtima hükümleri uygulanarak her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilecektir.

Bu düzenlemedeki seçimlik hareketler, etken bir hareket ile işlenmektedir.

2) Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilmesine rağmen buna onay verme.

Bu düzenlemedeki hareket onay vermedir. Onay verme yazılı şekilde gerçekleştirilebilir. Bu nedenle, bu suç etken hareket ile işlenebilir.

Suçun işlenebilmesi için, onay veren kişinin onay verme yetkisine sahip olması gerekir. Bu durumda, suçun faili onay veren kişi olacaktır.

TTK m. 550'de düzenlenen üç farklı hareket, seçimlik harekettir. TTK m. 550/1'de iki seçimlik harekete, TTK m. 550/2'de ise tek harekete yer verilmiştir. Maddeye bir bütün olarak bakıldığında, bu maddede üç farklı harekete yer verildiği görülmektedir. Bu üç farklı hareket, suçun işleniş hareketleri olduğu için seçimlik harekettirler. Bu nedenle, seçimlik hareketlerden birinin işlenmesiyle suç tamamlanır.

8) TTK m. 562/10'da Düzenlenen Yasaklanmış Hareketler

TTK m. 562/10'a göre, '551'inci maddeye aykırı hareket edenler doksan gündenden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır'.

TTK m. 551'de suç teşkil eden üç farklı harekete yer verilmiştir. Bu hareketler şu şekilde ifade edilebilir:

1) Aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçme.

2) İşletme ve ayının niteliğini veya durumunu farklı gösterme.

3) Yüksek fiyat biçme ve nitelik ve durumu farklı gösterme dışında başka bir hareket ile yolsuzluk yapma.

Suç teşkil eden bu hareketler ile ilgili şu tespit ve değerlendirmeler yapılabilir:

1) Aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçme.

Yüksek fiyat biçme, etken hareket ile işlenebilir.

Yüksek fiyat biçme, yazılı şekilde işlenebilir.

2) İşletme ve aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterme.

İşletme ve aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterme, etken hareket ile işlenebilir.

İşletme ve aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterme, yazılı olabilir. Bu durumda, hareketin belgede sahtecilik suçunu da oluşturup oluşturmadığı üzerinde durulmalıdır. Anonim şirketlerde, işletme ve aynın niteliği veya durumu ile ilgili belgeler, özel belge ise, suç, bu özel belgenin kullanılması halinde işlenmiş olur. Resmi belge ise, farklı gösterme işleminin yapıldığı an işlenmiş olur.

Gerek özel belgede sahtecilik gerekse resmi belgede sahtecilik suçu işlenmiş olsun, TCK m. 212 gereğince, hem TTK m. 562/10'da düzenlenen suç hem de belgede sahtecilik suçunun varlığı kabul edilerek, gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır.

3) Yüksek fiyat biçme ve nitelik ve durumu farklı gösterme dışında başka bir hareket ile yolsuzluk yapma.

Bu kapsamda işlenebilecek hareketler, çeşitli şekillerde olabilir. Bu ifadenin kanunilik ilkesi bakımından sorunlu olduğu söylenmelidir. Çünkü, yolsuzluk kelimesi, geniş bir hareket ve konuyu kapsamaktadır. Kanunilik ilkesinin alt unsurlarından biri olan açık ve seçiklik ilkesi, yolsuzluk kelimesinde kendini bulamamaktadır.

Yolsuzluk oluşturabilecek hareketlere örnek olarak şu durumlar gösterilebilir; işletme ve aynın değerinin düşük gösterilmesi, işletmenin gerçeğe aykırı olarak alacaklı veya borçlu gösterilmesi, iflasına karar verilecek durumda gösterilmesi.

9) TTK m. 562/11'de Düzenlenen Yasaklanmış Hareketler

TTK m. 562/11'e göre, '552'nci maddeye aykırı hareket edenler altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır'.

TTK m. 552'de yasaklanan hareket, para toplamaktır.

Para toplamada başvuru yöntemi, her türlü yol kullanılarak çağrıda bulunmaktır.

Her türlü yol ifadesine yer verildiği için, başvurulacak yol sınırlandırılmamıştır. Bu nedenle, bütün kitle iletişim araçları, yazılı veya sözlü ilanlar bu kapsamda değerlendirilebilir.

Çağrıda bulunma hareketinin muhatabı, halktır.

Yasaklanan para toplama hareketinin amacı, bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmaktır. Ancak, Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine uygun

hareket edilerek bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak için halktan para toplanması, suç teşkil etmeyecektir.

Bu suç, halktan para toplandığı an tamamlanır.

Para toplamının şekli önemli değildir. Banka hesabına para yatırma şeklinde olabileceği gibi, bizzat teslim alma şeklinde de olabilir.

Kanunda para kelimesine yer verilmiş olsa da, para yerine geçebilen kıymetli evrak, hazine bonosu, tahvil de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yine, altın ve döviz de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Kısaca, para kelimesini geniş yorumlamak gerekir. Kanunun amacı, geniş yorumlamayı gerektirmektedir.

Bu suç, etken hareket ile işlenebilir.

10) TTK m. 562/12'de Düzenlenen Yasaklanmış Hareketler

TTK m. 562/12'ye göre, '1524'üncü maddede öngörülen internet sitesini oluşturmayan şirketlerin yönetim organı üyeleri, yüz günden üçyüz güne kadar adli para cezasıyla ve aynı madde uyarınca internet sitesine konulması gereken içeriği usulüne uygun bir şekilde koymayan bu fıkra da sayılan failler yüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır'.

TTK m. 562/12'de suç teşkil eden iki farklı harekete yer verilmiştir: 1) TTK m. 1524'te öngörülen internet sitesini oluşturmamak, 2) TTK m. 1524'te öngörülen internet sitesinde bulunması gereken içeriğin uygun bir şekilde konulmaması.

Kanun koyucu, bu düzenlemede, ilgili kişilere internet sitesi kurma ve sitenin içeriğini belirlenen usule uygun doldurma yükümlülüğü getirmiştir.

Bu düzenlemede, etken bir harekette bulunma yükümlülüğü getirdiği için, suç, bu yükümlülüğe uymamakla işlenmiş olur.

TTK m. 1524'te, söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilme zamanı açıkça düzenlenmiştir. Suç, belirlenen zaman içinde öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmediği zaman işlenmiş sayılacaktır.

TTK m. 562/12'te, internet sitesi kurmamak ile sitenin içeriğinin uygun bir şekilde oluşturulmaması farklı yaptırımlara tabi tutulmuştur. Bu nedenle, bu hareketler başlı başına bağımsız bir suç oluşturmaktadır. Dolayısıyla, sadece internet sitesi kurmamak bu suçu oluşturabileceği gibi, internet sitesi kurulmakla birlikte, içeriğinin uygun bir şekilde oluşturulmaması da bu suçu oluşturabilecektir.

İnternet sitesini kurma ve sitenin içeriğinin uygun bir şekilde oluşturma, süreklilik taşıyan bir yükümlülüğü ifade eder. Bu nedenle, ilk başta internet sitesi kurup belirli bir süre sonra siteyi ortadan kaldırmak bu suçu oluşturur. Yine, ilk başta sitenin içeriğinin uygun bir şekilde oluşturup daha sonra içeriği değiştirmek veya kaldırmak da bu suçu oluşturur.

TTK m. 562/12'te, suç olarak düzenlenen hareketler, seçimlik hareketli bir suç değildir. Çünkü, cezai yaptırımları farklıdır.

2. Netice

TTK m. 562'de düzenlenen suçlar, sırf hareket suçlarıdır. Bu nedenle, neticeli suç değildirler. Suçun oluşabilmesi için somut bir neticenin varlığı istenmemiştir.

3. Nedensellik Bağı

TTK m. 562'de düzenlenen suçlar, sırf hareket suçlarıdır. Bu nedenle, nedensellik bağının tespiti önem taşımamaktadır.

F. Suçun Manevi Unsuru

TTK m. 562'de birden çok suç teşkil eden harekete yer verilmiştir. Bu nedenle her bir hareket için manevi unsur ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

1) TTK m. 562/3'te Düzenlenen Suç Bakımından

TTK m. 562/3'te düzenlenen suçlar, kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suçlar, taksirle işlenemezler.

2) TTK m. 562/4'te Düzenlenen Suç Bakımından

TTK m. 562/4'te düzenlenen suçlar, kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suçlar, taksirle işlenemezler.

3) TTK m. 562/5'te Düzenlenen Suç Bakımından

TTK m. 562/5'te düzenlenen suçlar, kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suçlar, taksirle işlenemezler.

4) TTK m. 562/6'da Düzenlenen Suç Bakımından

TTK m. 562/6'da düzenlenen suçlar, kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suçlar, taksirle işlenemezler.

5) TTK m. 562/7’de Düzenlenen Suç Bakımından

TTK m. 562/7’de, TTK m. 527 dolayısıyla TCK m. 239’a yollama yapılmaktadır. TCK m. 239’a yukarıda ilgili bölümde değinilmiştir.

TCK m. 239’da düzenlenen suç, kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suçlar, taksirle işlenemezler.

6) TTK m. 562/8’de Düzenlenen Suç Bakımından

TTK m. 562/8’da düzenlenen suçlar, kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suçlar, taksirle işlenemezler.

7) TTK m. 562/9’da Düzenlenen Suç Bakımından

TTK m. 562/9’da düzenlenen suçlar, kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suçlar, taksirle işlenemezler.

8) TTK m. 562/10’da Düzenlenen Suç Bakımından

TTK m. 562/10’da düzenlenen suçlar, kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suçlar, taksirle işlenemezler.

9) TTK m. 562/11’de Düzenlenen Suç Bakımından

TTK m. 562/11’de düzenlenen suç, ancak, özel kastla işlenebilir. Çünkü, kanun maddesinde yasaklanan halktan para toplama hareketinin hangi amaçla işlenmesi gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Bu nedenle, bu suçun oluşabilmesi için, suç teşkil eden halktan para toplama hareketi, ‘...bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla yahut vaadiyle...’ işlenmesi gerekir. Bu amaç olmazsa, bu suç oluşmaz.

TTK m. 562/11’de düzenlenen suç, ancak, özel kastla işlenebildiği için, olası kastla işlenemez.

TTK m. 562/11’de düzenlenen suç, taksirle işlenemez.

10) TTK m. 562/12'de Düzenlenen Suç Bakımından

TTK m. 562/12'de düzenlenen suçlar, kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suçlar, taksirle işlenemezler.

G. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler**1) Hukuka Uygunluk Nedenleri****a) Meşru Savunma**

Bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma hükümleri uygulanabilir.

b) Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kanun hükmünü yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Hakkın Kullanılması

Bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Çünkü, kanun koyucu, kişilere, bu düzenlemede yer alan hareketler bakımından üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hak tanımamıştır.

d) İlgilinin Rızası

Bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızası hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Çünkü, kanun koyucu, kişilere, bu düzenlemede yer alan hareketler bakımından üzerinde rıza gösterebileceği bir hak tanımamıştır.

2) Kusurluluğu Kaldıran Nedenler**a) Zorunluluk Hali**

Bu suçlar bakımından, kusurluluğu kaldırان bir neden olarak zorunluluk hali hükümleri uygulanabilir.

b) Yetkili Amirin Emrini Yerine Getirme

Bu suçlar bakımından kusurluluğu kaldırان bir neden olarak yetkili amirin emrini yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Cebir, Tehdit

Bu suçların işlenmesinde cebir veya tehdit söz konusu ise, failin cebir veya tehdit etkisi altında kalarak suçu işlemesi nedeniyle, cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu durumda, fail, cebir veya tehdidi kullanan kişi olacaktır.

d) Hata

Bu suçlar bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak hata hükümleri uygulanabilir.

H. Suçun Tamamlanması

TTK m. 562’de düzenlenen suçlar, sırf hareket suçlarıdır. Bu nedenle, suç teşkil eden hareketlerin işlenmesiyle birlikte suçlar da tamamlanır.

I. Suçun Özel Görünüş Şekilleri**1. Teşebbüs**

TTK m. 562’de düzenlenen suçlar, sırf hareket suçlarıdır. Sırf hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda öğretilerde farklı görüşler olmasına karşın, hareketlerin kısımlara bölünebilmesi durumlarında teşebbüsün varlığını kabul ediyoruz.

2. İştirak

TTK m. 562’de düzenlenen suçlar, bakımından iştirak bir özellik göstermemektedir. Bu suçlar bakımından iştirakın genel kuralları geçerli olacaktır.

3. İçtima**a) Bileşik Suç**

TTK m. 562’de düzenlenen suçlarda bileşik suç düzenlemesine yer verilmemiştir.

b) Zincirleme Suç

TTK m. 562’de düzenlenen suçlarda TCK m. 43’te düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

c) Fikri İçtima

TTK m. 562’de düzenlenen suçlarda, fikri içtima hükümleri uygulanabilir.

VI. Kanuna Aykırı Olarak Gemiye Türk Bayrağı Çekme Suçu (TTK m. 947)

TTK m. 947/1'e göre, 'Türk Bayrağı çekme hakkı olmamasına rağmen Türk Bayrağı çeken veya Türk Bayrağı çekmesi gerekirken başka bir devletin bayrağını çeken geminin kaptanı **altı aya kadar hapis veya adli para** cezasıyla cezalandırılır'.

A. Suç ile Korunan Hukuksal Değer

Deniz ticaretinde, gemilere bayrak çekme ile birden çok yarar amaçlanabilir. Bu yararların elde korunabilmesi için, ilk önce geminin hangi ülkenin ticaret siciline kayıtlı olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu suç ile, geminin bayrak çekmesi ile korunmak istenen hukuki yararlar korunmaktadır.

B. Suçun Konusu

1. Suçun Hukuki Konusu

Bu suçun hukuki konusu, suç ile korunan hukuksal değerdir.

2. Suçun Maddi Konusu

Bu suçun maddi konusu, bayrak çekilmesi gereken gemi ile çekilmesi gereken bayraktır.

C. Suçun Faili

Bu suçun faili, kanun aykırı olarak Türk Bayrağı veya yabancı bir devletin bayrağını çeken geminin kaptanıdır. Bu bakımdan özgü suç denilebilir.

D. Suçun Mağduru

Bu suçta belirli bir mağdur bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu suçun mağduru, toplumu oluşturan herkeştir.

E. Suçun Maddi Unsuru

1. Hareket

TTK m. 947/1'e göre, 'Türk Bayrağı çekme hakkı olmamasına rağmen Türk Bayrağı çeken veya Türk Bayrağı çekmesi gerekirken başka bir devletin bayrağını çeken geminin kaptanı altı aya kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır'.

Bu düzenlemede yasaklanan hareket, bayrak çekmedir.

Bayrak çekme, gemide bayrak çekilmesi zorunlu olan yere çekilmemesi gereken bayrağın çekilmesini ifade eder.

Çekme kelimesi, bayrak çekmeye ilişkin özel bir düzenleme varsa o düzenlemeye göre belirlenmelidir. Yoksa, bayrağın üçüncü bir kişi veya kişilerce görülebilecek şekilde çekilmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Böyle anlaşıldığında, bayrağın çekilmesi gereken yerin (çubuk, direk) tepe noktasına kadar çekilmesi zorunlu değildir.

Bayrak kelimesi, bu konuya ilişkin özel düzenlemelerde yer alan özelliklere uygun yapılmış bayrağı ifade eder. Bu nedenle, bu konuya ilişkin özel düzenlemelerde yer alan özelliklere uygun yapılmamış bayrak veya bayrak yerine geçebilecek; şekiller, nesnelere, armalar, simgeler, işaretler, bayrak çekme olarak değerlendirilemez.

Bu düzenlemede yer alan suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Seçimlik hareketlerden biri, Türk Bayrağı çekme hakkı olmamasına rağmen Türk Bayrağı çekme, diğeri, Türk Bayrağı çekmesi gerekirken başka bir devletin bayrağını çekmedir.

Bu düzenlemede yer alan suç, seçimlik hareketli bir suç olduğu için, bu seçimlik hareketlerden birinin işlenmesiyle suç tamamlanır. Her iki seçimlik hareket işlenirse de tek suç söz konusu olur. Ancak, bu hareketler arasında zaman aralığı olursa, iki farklı suç söz konusu olur. Zaman aralığı, soyut bir kavram olup, somut olaya göre değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, değerlendirmeye tabi bir durumdur.

Bu suç, etken hareket ile işlenebilir. Ancak, istisnai de olsa edilgen hareket ile de işlenebilir. Örneğin, daha önce kanuna uygun olarak yabancı ülke bayrağı çekilmiş olan bir gemide, daha sonra mülkiyet değişikliği olur ve Türk Bayrağı çekilmesi gerekirse, artık Türk Bayrağı çekmek gerekecektir. Bu durumda, yabancı ülke bayrağının indirilmemesi, bu suçu oluşturabilir. Aynı durum, daha önce kanuna uygun olarak Türk Bayrağı çekilmiş olan geminin mülkiyet değiştirmesi nedeniyle yabancı ülke bayrağı çekilmesi gerektiğinde, Türk Bayrağının indirilmemesi halinde de gerçekleşebilir.

Bu suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle bu suç, kanuna aykırı olarak bayrağın çekildiği anda tamamlanır.

2. Netice

TTK m. 947/1'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, neticeli suç değildir. Suçun oluşabilmesi için somut bir neticenin varlığı istenmemiştir.

3. Nedensellik Bağı

TTK m. 947/1'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, nedensellik bağına tespiti önem taşımamaktadır.

F. Suçun Manevi Unsuru

TTK m. 947/1'de düzenlenen suç, kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suç, taksirle işlenemez.

G. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler

1) Hukuka Uygunluk Nedenleri

a) Meşru Savunma

Bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma hükümlerini uygulanabilir.

b) Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kanun hükmünü yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Hakkın Kullanılması

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

d) İlgilinin Rızası

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızası hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Çünkü, kanun koyucu, kişilere, bu düzenlemede yer alan hareketler bakımından üzerinde rıza gösterebileceği bir hak tanımamıştır.

2) Kusurluluğu Kaldıran Nedenler

a) Zorunluluk Hali

Bu suçlar bakımından, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak zorunluluk hali hükümleri hükümlerini uygulanabilir.

b) Yetkili Amirin Emrini Yerine Getirme

Bu suç bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak yetkili amirin emrini yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Cebir, Tehdit

Bu suçun işlenmesinde cebir veya tehdit söz konusu ise, failin cebir veya tehdit etkisi altında kalarak suçu işlemesi nedeniyle, cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu durumda, fail, cebir veya tehdidi kullanan kişi olacaktır.

d) Hata

Bu suç bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak hata hükümleri uygulanabilir.

H. Suçun Tamamlanması

TTK m. 947’de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, suç teşkil eden hareketlerin işlenmesiyle birlikte suç da tamamlanır.

I. Suçun Özel Görünüş Şekilleri**1. Teşebbüs**

TTK m. 947’de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Sırf hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda öğretilerde farklı görüşler olmasına karşın, hareketlerin kısımlara bölünebilmesi durumlarında teşebbüsün varlığını kabul ediyoruz

2. İştirak

TTK m. 947’de düzenlenen suç, bakımından iştirak bir özellik göstermemektedir. Bu suçlar bakımından iştirakın genel kuralları geçerli olacaktır.

3. İçtima**a) Bileşik Suç**

TTK m. 947’de düzenlenen suçta bileşik suç düzenlemesine yer verilmemiştir.

b) Zincirleme Suç

TTK m. 947’de düzenlenen suçta TCK m. 43’te düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

c) Fikri İçtima

TTK m. 947’de düzenlenen suçta, fikri içtima hükümleri uygulanabilir.

VII. Gemi Tasdiknamesini veya Onun Onaylı Suretini Yahut Bayrak Şahadetnamesini Almaksızın Türk Bayrağı Çekme ve Gemi Tasdiknamesi veya Onun Onaylı Sureti veya Bayrak Şahadetnamesini Gemide Bulundurmama Suçu (TTK m. 948)

TTK m. 948/1’e göre, ‘945’inci maddede yazılı gemiler hariç, gemi tasdiknamesini veya onun onaylı suretini yahut bayrak şahadetnamesini almaksızın Türk Bayrağı çeken geminin kaptanı, **dört aya kadar hapis veya ikiyüz güne kadar adli para** cezasıyla cezalandırılır³¹.

³¹ **TTK m. 945’e göre,** ‘Onsekiz gros tonilatodan küçük gemilerle 935’inci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde yazılı gemiler, gemi tasdiknamesine ve bayrak şahadetnamesine ihti-

TTK m. 948/2'ye göre, ‘Gemi tasdiknamesi veya onun onaylı sureti veya bayrak şahadetnamesini gemide bulundurmayan kaptan **iki aya kadar hapis veya yüz güne kadar adli para** cezasıyla cezalandırılır’.

A. Suç ile Korunan Hukuksal Değer

Bayrak çekme, yukarıda incelenen suçta da ifade edildiği gibi, deniz ticaretinde birçok yararlar içermektedir. Bu suç düzenlemesinde bayrak çekebilmek için bulunması gereken ön koşullara yer verilmiştir. Bu koşullara uyulmayarak bayrak çekilmesi, üçüncü kişileri aldatıcı özellik gösterir. Bu nedenle, bayrak çekme ile amaçlanan yarar, bu suçta da korunmak istenmektedir.

B. Suçun Konusu

1. Suçun Hukuki Konusu

Suçun hukuki konusu, suç ile korunan hukuksal değerdir.

2. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu, TTK m. 948'deki düzenlemeye uyulmadan bayrak çekilen gemi, çekilen bayrak ile gemi tasdiknamesi veya onun onaylı sureti veya bayrak şahadetnamesidir.

C. Suçun Faili

TTK m. 948/1'deki düzenlemede yer alan suçun faili, TTK m. 945'te yazılı gemiler hariç, gemi tasdiknamesini veya onun onaylı suretini yahut bayrak şahadetnamesini almaksızın Türk Bayrağı çeken geminin kaptanıdır.

TTK m. 948/2'deki düzenlemede yer alan suçun faili, gemi tasdiknamesi veya onun onaylı sureti veya bayrak şahadetnamesini gemide bulundurmamayan kaptandır. Bu bakımdan bu suç özgü suçtur denilebilir.

D. Suçun Mağduru

Bu suçta belirli bir mağdur bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu suçun mağduru, toplumu oluşturan herkeştir.

yaç olmaksızın Türk Bayrağı çekebilirler’. **TTK m. 935/2-a'ya göre,** ‘Bu kanunun, “Gemi”, “Kaptan”, “Gemi Alacakları” ve “Cebri İcra İlişkin Özel Hükümler” başlıklı Kısımları, “Çatma” ve “Kurtarma” başlıklı Bölümleri, deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması hakkındaki hükümleri ile donatanın, gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin 1062'nci maddesi, yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilere ... uygulanır

E. Suçun Maddi Unsuru

1. Hareket

TTK m. 948'de iki fıkraya yer verilmiştir. Her bir fıkrada farklı suç tipleri düzenlenmiştir.

1) TTK m. 948/1'de Suç Olarak Düzenlenen Hareket

TTK m. 948/1'de suç olarak düzenlenen hareket, Türk Bayrağını çekmektir.

Türk Bayrağını çekmek hareketinin suç teşkil edebilmesi için, şu hususların bulunması gerekir:

- 1) Türk Bayrağı çekilen gemi, TTK m. 945'te düzenlenen gemilerden biri olmamalı.
- 2) Gemi tasdiknamesi alınmamalı veya
- 3) Gemi tasdiknamesinin onaylı sureti alınmamalı veya
- 4) Bayrak şahadetnamesi alınmamalıdır.

Bu dört husustan ilki, zorunlu koşul, diğerleri seçenekli koşuldur. Yani, ilk koşul gerçekleştikten sonra diğer seçenekli koşullardan birinin gerçekleşmesi halinde suç oluşur. Doğal olarak, diğer seçenek koşullardan hepsinin gerçekleşmesi halinde de suç oluşur.

Suçun tekliği açısından seçenek koşullardan birinin gerçekleşmesi ile hepsinin birlikte gerçekleşmesinin farkı bulunmamaktadır. İki durumda da tek suç söz konusu olacaktır.

Bu suç, sırf hareket suçudur. Kanunda yasaklanan bayrak çekme hareketinin ihlal edilmesi ile birlikte suç işlenmiş sayılır.

Bu suç, kural olarak etken hareket ile işlenebilir. Ancak, istisna olarak, edilgen hareket ile de işlenebilir. Örneğin, geminin mülkiyetinin veya zilyetliğinin el değiştirmesi sırasında kanuna aykırı olarak Türk Bayrağı çekilmiş halde ise, kaptanın bu bayrağı indirmesi gerekir. İndirmemesi halinde, çekme hareketini işlemiş sayılmalıdır. Çünkü, bu durumda kaptanın yükümlülüğü, gemide Türk Bayrağını çekilmiş halde bulundurmamaktır.

2) TTK m. 948/2'de Suç Olarak Düzenlenen Hareket

TTK m. 948/2'de suç olarak düzenlenen hareket, gemi tasdiknamesi veya onun onaylı sureti veya bayrak şahadetnamesini gemide bulundurmamaktır.

Bu düzenlemede, kanun koyucu, bir yükümlülük getirmiştir. Bu yükümlülük, suçun maddi unsuru olarak sayılan; gemi tasdiknamesi veya onun onaylı sureti veya bayrak şahadetnamesini gemide bulundurmamaktır.

Bu suç, bulundurma yükümlülüğüne uymama ile işlenir. Bu nedenle, bu suç, edilgen hareket ile işlenebilmektedir.

Bu suç, sırf hareket suçudur. Kanunda yüklenen bulundurma yükümlülüğüne uyulmadığı an suç işlenmiş sayılır.

Konu bakımından bu suç, tehlike suçudur.

2. Netice

TTK m. 948/1'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, neticeli suç değildir. Suçun oluşabilmesi için somut bir neticenin varlığı istenmemiştir.

TTK m. 948/2'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, neticeli suç değildir. Suçun oluşabilmesi için somut bir neticenin varlığı istenmemiştir.

3. Nedensellik Bağı

TTK m. 948/1'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, nedensellik bağının tespiti önem taşımamaktadır.

TTK m. 948/2'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, nedensellik bağının tespiti önem taşımamaktadır.

F. Suçun Manevi Unsuru

TTK m. 948'de düzenlenen suçlar, kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suçlar, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçların işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suçlar, taksirle işlenemez.

G. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler

1) Hukuka Uygunluk Nedenleri

a) Meşru Savunma

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma hükümleri uygulanabilir.

b) Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Bu suçlar bakımından kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni mümkün gözükmemektedir.

c) Hakkın Kullanılması

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

d) İlgilinin Rızası

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızası hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Çünkü, kanun koyucu, kişilere, bu düzenlemede yer alan hareketler bakımından üzerinde rıza gösterebileceği bir hak tanımamıştır.

2) Kusurluluğu Kaldıran Nedenler**a) Zorunluluk Hali**

Bu suçlar bakımından, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak zorunluluk hali hükümleri uygulanabilir.

b) Yetkili Amirin Emrini Yerine Getirme

Bu suç bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak yetkili amirin emrini yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Cebir, Tehdit

Bu suçun işlenmesinde cebir veya tehdit söz konusu ise, failin cebir veya tehdit etkisi altında kalarak suçu işlemesi nedeniyle, cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu durumda, fail, cebir veya tehdidi kullanan kişi olacaktır.

d) Hata

Bu suç bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak hata hükümleri uygulanabilir.

H. Suçun Tamamlanması

TTK m. 948'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, suç teşkil eden hareketlerin işlenmesiyle birlikte suç da tamamlanır.

I. Suçun Özel Görünüş Şekilleri**1. Teşebbüs**

TTK m. 948'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Sırf hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda öğretilerde farklı görüşler olmasına karşın, hareketlerin kısımlara bölünebilmesi durumlarında teşebbüsün varlığını kabul ediyoruz.

2. İştirak

TTK m. 948'de düzenlenen suç, bakımından iştirak bir özellik göstermemektedir. Bu suçlar bakımından iştirakın genel kuralları geçerli olacaktır.

3. İçtima

a) Bileşik Suç

TTK m. 948'de düzenlenen suçta bileşik suç düzenlemesine yer verilmemiştir.

b) Zincirleme Suç

TTK m. 948'de düzenlenen suçta, TCK m. 43'te düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

c) Fikri İçtima

TTK m. 948'de düzenlenen suçta, TCK m. 44'te düzenlenen fikri içtima hükümleri uygulanabilir.

VIII. Harp Gemileri ile İstihkâmlar Önünde ve Limanda Bayrak Çekmemek (TTK m. 949)

TTK m. 949/1'e göre, 'Harp gemileri ile sahil istihkâmları önünde ve Türk limanlarına girerken veya çıkarken ticaret gemisine bayrak çekmeyen kaptan **üç aya kadar hapis veya adli para** cezasıyla cezalandırılır'.

A. Suç ile Korunan Hukuksal Değer

Bu suçta, yukarıda incelenen suçlarda olduğu gibi, bayrak çekme ile amaçlanan yararlar korunmaktadır.

B. Suçun Konusu

1. Suçun Hukuki Konusu

Suçun hukuki konusu, suç ile korunan hukuksal değerdir.

2. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu, TTK m. 949/1'deki düzenlemeye uyulmadan bayrak çekilmesi gereken gemi ve çekilmesi gereken bayraktır.

C. Suçun Faili

Bu düzenlemede yer alan suçun faili, harp gemileri ile sahil istihkâmları önünde ve Türk limanlarına girerken veya çıkarken ticaret gemisine bayrak çekmeyen kaptandır.

D. Suçun Mağduru

Bu suçta belirli bir mağdur bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu suçun mağduru, toplumu oluşturan herkeştir.

E. Suçun Maddi Unsuru

1. Hareket

TTK m. 949/1'de suç olarak düzenlenen hareket, ticaret gemisine bayrak çekmemektir.

Bu hareketin işlenebileceği yer, sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, kanunda belirtilen yerlerin dışında bayrak çekmeme hareketi suç teşkil etmeyecektir. Bu düzenlemede, bayrağın çekilmesi gereken yerler şu şekilde belirtilebilir:

- 1) Harp gemileri veya sahil istihkâmları önünde
- 2) Türk limanlarına girerken
- 3) Türk limanlarından çıkarken

Bu düzenlemede, hangi bayrağın çekilmesi gerektiği belirtilmemiştir. Bu durumda, hangi bayrağın çekilmesi gerektiği, ilgili düzenlemeye göre belirlenecektir.

Bu düzenlemede, bayrak çekilmesi gereken geminin özelliği de belirtilmiştir. Buna göre, bayrak çekilmesi gereken gemi, ticaret gemisi olmalıdır. Ticaret gemisi dışındaki gemiler bakımından bu suç oluşmaz.

Bu düzenlemede, kanun koyucu, bir yükümlülük getirmiştir. Bu yükümlülük, kanunda belirtilen yerlerde, ticaret gemisine bayrak çekmektir. Bu yükümlülüğe uymamak, edilgen hareket ile gerçekleştirilebilir. Bu nedenle, bu suç, edilgen hareket ile işlenebilir.

Bu suç, sırf hareket suçudur. Kanunda yüklenen bulundurma yükümlülüğüne uyulmadığı an suç işlenmiş sayılır.

Konu bakımından bu suç, tehlike suçudur.

2. Netice

TTK m. 949/1'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, neticeli suç değildir. Suçun oluşabilmesi için somut bir neticenin varlığı istenmemiştir.

3. Nedensellik Bağı

TTK m. 949/1'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, nedensellik bağının tespiti önem taşımamaktadır.

F. Suçun Manevi Unsuru

TTK m. 949/1'de düzenlenen suç, kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suç, taksirle işlenemez.

G. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler

1) Hukuka Uygunluk Nedenleri

a) Meşru Savunma

Bu suçlar bakımından, hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma hükümleri uygulanabilir.

b) Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kanun hükmünü yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Hakkın Kullanılması

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

d) İlgilinin Rızası

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızası hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Çünkü, kanun koyucu, kişilere, bu düzenlemede yer alan hareketler bakımından üzerinde rıza gösterebileceği bir hak tanımamıştır.

2) Kusurluluğu Kaldıran Nedenler

a) Zorunluluk Hali

Bu suçlar bakımından, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak zorunluluk hali hükümleri uygulanabilir.

b) Yetkili Amirin Emrini Yerine Getirme

Bu suç bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak yetkili amirin emrini yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Cebir, Tehdit

Bu suçun işlenmesinde cebir veya tehdit söz konusu ise, failin cebir veya tehdit etkisi altında kalarak suçu işlemesi nedeniyle, cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu durumda, fail, cebir veya tehdidi kullanan kişi olacaktır.

d) Hata

Bu suç bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak hata hükümleri uygulanabilir.

H. Suçun Tamamlanması

TTK m. 949/1’de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, suç teşkil eden hareketlerin işlenmesiyle birlikte suç da tamamlanır.

I. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

TTK m. 949/1’de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Sırf hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler olmasına karşın, hareketlerin kısımlara bölünebilmesi durumlarında teşebbüsün varlığını kabul ediyoruz.

2. İştirak

TTK m. 949/1’de düzenlenen suç, bakımından iştirak bir özellik göstermemektedir. Bu suçlar bakımından iştirakın genel kuralları geçerli olacaktır.

3. İçtima

a) Bileşik Suç

TTK m. 949/1’de düzenlenen suçta bileşik suç düzenlemesine yer verilmemiştir.

b) Zincirleme Suç

TTK m. 949/1’de düzenlenen suçta, TCK m. 43’te düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

c) Fikri İçtima

TTK m. 949/1’de düzenlenen suçta, TCK m. 44’te düzenlenen fikri içtima hükümleri uygulanabilir.

IX. Geminin Adının ve Bağlama Limanının Yazılmaması Suçu (TTK m. 950)

TTK m. 950/1’e göre, ‘Sicile kayıtlı bir geminin bordasının iki yanına adının, kıçına da adı ile bağlama limanının usulüne uygun olarak yazılması yükümlülüğüne uymayan kaptan üç aya kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır’.

A. Suç ile Korunan Hukuksal Değer

Bu suçta, geminin adının ve bağlama limanının yazılması ile ulaşılmak istenen yarar veya yararlar korunmaktadır.

B. Suçun Konusu**1. Suçun Hukuki Konusu**

Bu suçun hukuki konusu, suç ile korunan hukuksal değerdir.

2. Suçun Maddi Konusu

Bu suçun maddi konusu, kanuna uygun olarak adı veya bağlama limanı yazılmayan gemidir.

C. Suçun Faili

Bu suçun faili, sicile kayıtlı bir geminin bordasının iki yanına adının, kıçına da adı ile bağlama limanının usulüne uygun olarak yazılması yükümlülüğüne uymayan kaptandır.

D. Suçun Mağduru

Bu suçta belirli bir mağdur bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu suçun mağduru, toplumu oluşturan herkeştir.

E. Suçun Maddi Unsuru**1. Hareket**

TTK m. 948/2'de suç olarak düzenlenen hareket, sicile kayıtlı bir geminin bordasının iki yanına adını, kıçına da adı ile bağlama limanını usulüne uygun olarak yazmamaktır. Kısaca, suç teşkil eden hareket, yazmama fiilidir.

Kanun koyucu, ilgili gemi kaptanına, sicile kayıtlı bir geminin bordasının iki yanına adını, kıçına da adı ile bağlama limanını usulüne uygun olarak yazma yükümlülüğü yüklemiştir.

Yükümlülüğe uymama, edilgen bir hareket ile işlenebilir. Bu nedenle, bu suç, edilgen hareket ile işlenebilen bir suçtur.

Bu suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, kanunda öngörülen yazma yükümlülüğünün yerine getirilmediği zaman, suç işlenmiş sayılacaktır.

Yükümlülüğün yerine getirileceği, zaman belirtilmemiştir. Ancak, yer belirtilmiştir. Zaman, bu konuya ilişkin özel düzenleme varsa, ona göre belirlenecektir. Yoksa, bu konudaki teamüllere göre belirlenecektir. Çünkü, ticaret hukukunda açıkça yazılı bir kural yoksa, ticari teamül esas alınabilmektedir.

Yükümlülüğün yerine getirileceği yer, bir geminin bordasının iki yanı, kıçındır. Yükümlülük, bir geminin bordasının iki yanına geminin adını yazmak, kıçına da bağlama limanını yazmaktır. Geminin sadece bir yanına adının yazılması halinde, yükümlülük yerine getirilmiş olmayacağı için suç oluşmuş sayılmalıdır.

Kanunda belirtilen yerlerin dışında başka bir yer veya yerlere gemi adı ya da bağlama limanı yazmak, yükümlülüğün yerine getirildiği sonucunu doğurmaz. Bu nedenle de suç oluşur.

Hangi alfabe ile yazılacağı, yazının şekli, rengi, büyüklüğü, ilgili özel düzenlemeye göre belirlenecektir.

Bu yükümlülüğün uygulanacağı geminin bir özelliği bulunmaktadır. Bu özellik, geminin sicile kayıtlı olmasıdır. Bu nedenle, sicile kayıtlı olmayan gemilerde bu yükümlülük bulunmadığı için, yazmama hareketi suç teşkil etmeyecektir.

Yazma yükümlülüğünü, bizzat kaptan yerine getirebileceği gibi, kaptan bir başkasına da yaptırabilir.

Bu suç, konu bakımından tehlike suçudur.

2. Netice

TTK m. 950/1’de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, neticeli suç değildir. Suçun oluşabilmesi için somut bir neticenin varlığı istenmemiştir.

3. Nedensellik Bağı

TTK m. 950/1’de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, nedensellik bağının tespiti önem taşımamaktadır.

F. Suçun Manevi Unsuru

TTK m. 950/1’de düzenlenen suç, kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suç, taksirle işlenemez.

G. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler

1) Hukuka Uygunluk Nedenleri

a) Meşru Savunma

Bu suçlar bakımından, hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma hükümleri uygulanabilir.

b) Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kanun hükmünü yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Hakkın Kullanılması

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

d) İlgilinin Rızası

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızası hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Çünkü, kanun koyucu, kişilere, bu düzenlemede yer alan hareketler bakımından üzerinde rıza gösterebileceği bir hak tanımamıştır.

2) Kusurluluğu Kaldıran Nedenler**a) Zorunluluk Hali**

Bu suçlar bakımından, koşulları gerçekleşirse kusurluluğu kaldıran bir neden olarak zorunluluk hali hükümleri uygulanabilir.

b) Yetkili Amirin Emrini Yerine Getirme

Bu suç bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak yetkili amirin emrini yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Cebir, Tehdit

Bu suçun işlenmesinde cebir veya tehdit söz konusu ise, failin cebir veya tehdit etkisi altında kalarak suçu işlemesi nedeniyle, cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu durumda, fail, cebir veya tehdidi kullanan kişi olacaktır.

d) Hata

Bu suç bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak hata hükümleri uygulanabilir.

H. Suçun Tamamlanması

TTK m. 950/1'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, suç teşkil eden hareketlerin işlenmesiyle birlikte suç da tamamlanır.

I. Suçun Özel Görünüş Şekilleri**1. Teşebbüs**

TTK m. 950/1'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Sırf hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler olmasına karşın, hareketlerin kısımlara bölünebilmesi durumlarında teşebbüsün varlığını kabul ediyoruz.

2. İştirak

TTK m. 950/1'de düzenlenen suç, bakımından iştirak bir özellik göstermemektedir. Bu suçlar bakımından iştirakın genel kuralları geçerli olacaktır.

3. İçtima

a) Bileşik Suç

TTK m. 950/1'de düzenlenen suçta bileşik suç düzenlemesine yer verilmemiştir.

b) Zincirleme Suç

TTK m. 950/1'de düzenlenen suçta, TCK m. 43'te düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

c) Fikri İçtima

TTK m. 950/1'de düzenlenen suçta, TCK m. 44'te düzenlenen fikri içtima hükümleri uygulanabilir.

X. Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu (TTK m. 1366)

TTK m. 1366'ya göre, '(1) İhtiyati haczine karar verilen bütün gemiler, bayrağı ve hangi sicile kayıtlı oldukları dikkate alınmaksızın, icra müdürü tarafından seferden menedilerek muhafaza altına alınır. Geminin ihtiyaten haczedilerek seferden menedildiği, kaptana veya malike ya da malik olmayan donatana yahut bunların bir temsilcisine tebliğ edilir. Gemi, tebligat yapılan kişiye yediemin sıfatıyla bırakılır. Yediemine, görevi ve Türk Ceza Kanununun 289 uncu maddesinden doğan cezai sorumluluk dâhil olmak üzere, kanuni sorumlulukları hatırlatılır. (2) Haczi uygulayan memurun düzenleyeceği ihtiyati haciz tutanağında, geminin adıyla belirtilmesi yeterlidir; değerinin yazılması gerekmez. Taraflardan birinin istemi üzerine, geminin değeri icra mahkemesince saptanır; bu saptamaya dosyadan anlaşılan ilgililer çağırılır. (3) İcra müdürü, ihtiyati haciz kararını derhâl, geminin bulunduğu bölgeden sorumlu sahil güvenlik komutanlığına veya emniyet teşkilatına, liman başkanlığına ve gümrük idaresine bildirir. (4) İcra müdürü, ihtiyati haciz kararını, kararın uygulanmasını izleyen ilk iş gününde geminin kayıtlı olduğu sicile ve yabancı bayraklı gemilerde, geminin bayrağını taşıdığı devletin en yakın konsolosluğuna bildirir'.

TTK m. 1367/1'e göre, '(1) İhtiyati haciz kararı uygulanacağı sırada, gemi fiilen hareket etmiş veya seferde bulunuyorsa, 1366'ncı maddenin ikinci ilâ dördüncü fıkralarında öngörülen işlemlerden başka, a) Türk Bayraklı gemilerde ihtiyati haciz kararı, malike, malik olmayan donatana ve borçtan şahsen sorumlu bulunan kişiye tebliğ edilir ve deniz alacağı için on gün içinde teminat verilmesi, aksi hâlde geminin izleyen ilk seferinde icra dairesine teslim olunması ihtar olunur, geminin teslim edilmemesi hâlinde, fail hakkında Türk Ceza Kanununun 289 uncu maddesine göre cezaya hükmolunur'³².

³² **TCK m. 289'a göre,** '(1) Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehlinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında ta-

A. Suç ile Korunan Hukuksal Değer

Bu suç ile, ihtiyati haczine karar verilen bütün gemiler bakımından denetim görevine sahip kişilerin bu görevlerini yerine getirmeyerek üçüncü kişilerin menfaatlerine zarar vermeleri önlenmektedir. Kısaca, güven ilişkisi korunmaktadır.

B. Suçun Konusu**1. Suçun Hukuki Konusu**

Bu suçun hukuki konusu, suç ile korunan hukuksal değerdir.

2. Suçun Maddi Konusu

TTK m. 1366'da düzenlenen suçun maddi konusu, ihtiyati haczine karar verilen gemidir.

C. Suçun Faili

Bu suçunda faili, haczedilen geminin yedi emin sıfatıyla teslim edildiği kişi veya kişilerdir.

TCK m. 1366'da haczedilen geminin yedi emin sıfatıyla teslim edilecek kişi veya kişilerin, kim veya kimler olacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme göre; kaptan, malik, malik olmayan donatan veya adı geçen kişilerin temsilcisi yedi emin olabileceklerdir.

D. Suçun Mağduru

Bu suçta mağdur, haczedilen gemi üzerinde hak, alacak veya diğer hukuken korunan menfaat sahibi gerçek veya özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişi veya kişileridir.

E. Suçun Maddi Unsuru**1. Hareket**

TTK m. 1366 ile 1367 birlikte değerlendirildiğinde, bu maddede düzenlenen yasak hareketlerin işlenmesi halinde, TCK m. 289'da düzenlenen 'Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma' suçunun oluşacağı sonucuna varılacaktır.

sarrufta bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kişinin bu malın sahibi olması hâlinde, verilecek ceza yarı oranında indirilir. (2) Birinci fıkrada tanımlanan suçun konusunu oluşturan eşyayı kovuşturma başlamadan önce geri veren veya bunun mümkün olmaması hâlinde bedelini ödeyen kişi hakkında verilecek cezaların beşte dördü indirilir. (3) Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan malın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Bir suçla ilişkin soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan eşyayı amacı dışında kullanan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır'

TTK m. 1366 ve 1367'deki düzenlemelerde, ihtiyati haczin gereği teslim olunan geminin, ilgili makama tekrar geri verilmemesi veya geminin bedel olarak karşılığı olan paranın teminat olarak yatırılmaması hareketleri haksız bir hareket olarak düzenlenmiştir. Yollama yapılan TCK m. 289'da ise, teslim amacı dışında tasarrufta bulunma hareketi suç olarak düzenlenmiştir. Teslim edilmesi istenen bir geminin teslim edilmemesi ile geminin teslim amacı dışında kullanılması farklı kavram ve farklı durumlardır. Bu nedenle, TTK m. 1366 ve 1337'deki TCK m. 289'a yapılan yollama, sorunu tam anlamıyla çözmemektedir.

Teslim etmeme, edilgen bir hareket, teslim amacı dışında tasarrufta bulunma etken bir hareket ile işlenebilir. Bu nedenle, ihtiyati haczin gereği teslim olunan geminin, salt teslim edilmemesi TCK m. 289'da düzenlenen suç oluşturmamalıdır. TCK m. 289'da düzenlenen suçun oluşabilmesi için, teslim edilmeyen hacizli geminin teslim amacı dışında kullanılması da gerekir. Bu durumda şöyle bir çözüm yolu bulunabilir: ihtiyati haczin gereği teslim olunan geminin, salt teslim edilmemesi halinde, cezalandırma bakımından TCK m. 289 uygulanacaktır.

Bu suç, etken hareket ile işlenebilir.

Bu suç, sırf hareket suçudur.

Bu suç, konu bakımından tehlike suçudur.

TCK m. 289/1-sonda, 'Kişinin bu malın sahibi olması hâlinde, verilecek ceza yarı oranında indirilir' ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadeye göre, haczedilen geminin, malike yediemin olarak teslim edilmesinden sonra, malikin bu gemiyi tekrar geri teslim etmemesi ve sonucunda amacı dışında tasarrufta bulunması halinde, bu ceza indirimi uygulanabilecektir. Çünkü, TTK m. 1366/1'de haczedilen geminin malike yediemin olarak teslim edilebileceği düzenlenmiştir.

TCK m. 289/2'de cezada indirim sebebi olarak kabul edilen etkin pişmanlık durumuna yer verilmiştir.

TCK m. 289/1'de düzenlenen suç, güveni kötüye kullanma suçunun özel bir işleniş şeklidir.

2. Netice

TTK m. 1366 ve 1367'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, neticeli suç değildir. Suçun oluşabilmesi için somut bir neticenin varlığı istenmemiştir.

3. Nedensellik Bağı

TTK m. 1366 ve 1367'de düzenlenen suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, nedensellik bağının tespiti önem taşımamaktadır.

F. Suçun Manevi Unsuru

Bu suç kasten işlenebilirler. Kast, kural olarak doğrudan kasttır. Ancak, bu suç, olası kast ile de işlenebilir. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için özel kast zorunlu kılınmamıştır.

Bu suç, taksirle işlenemez.

G. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler

1) Hukuka Uygunluk Nedenleri

a) Meşru Savunma

Bu suçlar bakımından koşulları gerçekleşirse, hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma hükümleri uygulanabilir.

b) Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kanun hükmünü yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Hakkın Kullanılması

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

d) İlgilinin Rızası

Bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızası hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir. Çünkü, kanun koyucu, kişilere, bu düzenlemede yer alan hareketler bakımından üzerinde rıza gösterebileceği bir hak tanımamıştır.

2) Kusurluluğu Kaldıran Nedenler

a) Zorunluluk Hali

Bu suçlar bakımından, koşulları gerçekleşirse kusurluluğu kaldıran bir neden olarak zorunluluk hali hükümleri uygulanabilir.

b) Yetkili Amirin Emrini Yerine Getirme

Bu suç bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak yetkili amirin emrini yerine getirme hükümlerini uygulamak mümkün gözükmemektedir.

c) Cebir, Tehdit

Bu suçun işlenmesinde cebir veya tehdit söz konusu ise, failin cebir veya tehdit etkisi altında kalarak suçu işlemesi nedeniyle, cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu durumda, fail, cebir veya tehdidi kullanan kişi olacaktır.

d) Hata

Bu suç bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak hata hükümleri uygulanabilir.

H. Suçun Tamamlanması

Suç, sırf hareket suçudur. Bu nedenle, suç teşkil eden hareketlerin işlenmesiyle birlikte suç da tamamlanır.

I. Suçun Özel Görünüş Şekilleri**1. Teşebbüs**

Sırf hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda öğretilerde farklı görüşler olmasına karşın, hareketlerin kısımlara bölünebilmesi durumlarında teşebbüsün varlığını kabul ediyoruz.

2. İştirak

Bu suç bakımından iştirak bir özellik göstermemektedir. Bu suçlar bakımından iştirakin genel kuralları geçerli olacaktır.

3. İçtima**a) Bileşik Suç**

Bu suçta bileşik suç düzenlemesine yer verilmemiştir.

b) Zincirleme Suç

Bu suçta, TCK m. 43'te düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

c) Fikri İçtima

Bu suçta, TCK m. 44'te düzenlenen fikri içtima hükümleri uygulanabilir.

XI. SONUÇ

TTK'nda düzenlenen suçlar, kanun tekniği açısından bazı sorunlar barındırmaktadır. Çünkü, cümleler çok uzun, özne, yüklem ve nesne birbiri içine geçmiş bulunmaktadır. Bu durum, konunun incelenmesinde ve başlıklandırmada sıkıntı oluşturabilmektedir.

Ceza sorumluluğu başlığı altında, idari yaptırım gerektiren düzenlemelere yer verilmiştir. Cezai yaptırım; hapis cezası, adli para cezası ve güvenlik tedbirinden oluşur. İdari para cezası, cezai değil, idari yaptırımdır. Ceza sorumluluğu başlığı altında idari yaptırım ve idari yaptırım gerektiren düzenlemeye yer verilmesi isabetli olmamıştır.

KAYNAKÇA

AYDIN, Hüseyin; Türk Ticaret Kanununda Haksız Rekabet Suçları, Ankara, 2008.

BİÇER, Levent; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet (TTK m. 54 – 63), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/1.

DOĞRUSÖZ, A. Bumin; Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun İhdas Ettiği Suçlar, Ceza- lar ve Olası Sorunlar, Yaklaşım, Aralık 2011, Yıl: 19, Sayı: 228.

ERMAN, Sahir; Ticari Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt – I, İstanbul, 1992.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar, Ankara, 2012.

PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara, 2011.

ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

BAŞARISIZ DEVLETLER VE ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR

*Doç. Dr. Fatma TAŞDEMİR**

ÖZET

Başarısız devlet kavramı siyasi olarak yeni bir kavram olmasına karşın 21. yüzyılın en önemli tehditlerden bir tanesidir. Başarısız devletler iç ve dış faktörlerin etkileşimiyle genel olarak otorite, meşruiyet ve kamusal hizmetlerin sağlanmasında ciddi zafiyet içerisinde olan devletlerdir. Başarısız devletler arasında teoride başarısız olmakta olan; başarısız; başarısızlık riski taşıyan; zayıf ve çökmüş devlet şeklinde ayırım yapılmaktadır. Terörizm, iç savaş, dış müdahale kavramları ile de devlet başarısızlığı arasında önemli bağlar vardır. Başarısız devlet dinamiklerinin anlaşılması terörizmle mücadelenin merkezini oluşturmaktadır. Başarısız devletler zayıflıkları ile dış müdahaleleri çekmektedir. Bu müdahaleler müdahale eden devletin menfaat aracı olarak kullanılmaktadır. Başarısız ve gelecekte başarısız olma ihtimali yüksek olan devletlerin güçlendirilmesi uluslararası toplumun önemli bir sorumluluğu olmalıdır. Zira zayıf devletleri başarısız olmamaları için güçlendirmek; çöktükten sonra işlevsel bir devlet haline getirmekten daha kolay ve daha az maliyetli olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Başarısız Devletler; Çökmüş Devlet; Terörizm; İç Savaş; Mülteci Sorunu; Ulus İnşası; Uluslararası Müdahale; Uluslararası Hukuk

ABSTRACT

The concept of failed state is one of the most important threats to 21. century's international order despite being a new political concept. Failed states generally fail to provide authority, legitimacy and public services due to the complex interaction between internal and external factors. There is a theoretical categorization among failed states as failing, failed, potential failed, weak, fragile and collapsed states. There is a significant connection between terrorism, internal war, foreign intervention and failed states. Understanding the dynamics of failed states has a central place in countering terrorism. Failed states increase the possibility of outside intervention as a result of their failures. These interventions are used as a tool in realising interest by intervening states. Empowering failed and potential failing states should be a fundamental responsibility of International Society. Hence, empowering weak states is easier and less costly before they fail than creating a functioning state after they fail.

Key Words: Failed States; Collapsed States; Terrorism; Internal War; Refugee Crisis; Nation Building; International Intervention; International Law

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü

Giriş

Günümüzde, iç savaş, yoksulluk, doğal afet ve bulaşıcı hastalıklar gibi nedenlerle hukuk ve sosyal düzeni kısmen ya da tamamen çöken ancak bir hayalet gibi dünya haritasında yer almaya devam eden devletler “başarısız devletler” (*failed states-etats sans gouvernement*) olarak isimlendirilmektedir.¹ Başarısız devletler uluslararası barış ve güvenliğe yönelik 21. yüzyılın en önemli tehditleri arasında sayılmaktadır. Nitekim 2004 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Sekreteri Kofi Annan’ın düzenlediği “Tehditler, Meydan Okumalar ve Değişim Konulu Üst Düzey Panel”de, başarısız devletler ve iç savaşlar dünyanın ele alması gereken en önemli altı sorundan iki tanesi olarak sayılmıştır.²

Eylül 2002’de yayınlanan ve “Bush Doktrini” olarak da isimlendirilen Amerikan Ulusal Güvenlik Stratejisi’nde de başarısız devletler ABD’nin ulusal güvenliğine yönelik önemli bir tehdit olarak gösterilmiştir. Bu durum, Ulusal Güvenlik Stratejisi’nde şöyle ifade edilmiştir: “*Amerika, günümüzde fetihçi devletlerden ziyade, başarısız devletler tarafında tehdit edilmektedir.*” “...11 Eylül 2001 saldırıları bize, Afganistan gibi zayıf devletlerin, güçlü devletler kadar ulusal çıkarlarımıza büyük bir tehdit yöneltebileceğini gösterdi. Yoksulluk, fakir insanları teröristler ve katiller yapmaz. Ancak yoksulluk, zayıf kurumlar ve yozlaşmışlıkla zayıf devletleri kendi sınırları içinde terörist şebekeler ve uyuşturucu kartellerine karşı savunmasız bırakmaktadır.”³ Görüldüğü gibi ABD, başarısız devlet sorununa “ulusal güvenlik” açısından bakmaktadır. El-Kaide’nin ABD’ye yönelik 11 Eylül saldırısı ile birlikte Batı ülkeleri de başarısız devletlerin ortaya çıkardığı güvenlik problemi üzerinde durmaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Güvenlik Stratejisi (Avrupa Birliği, 2003) başarısız devletleri Avrupa’nın karşı karşıya olduğu önemli tehdit olarak ele almıştır.⁴

Bugün 20 ila 50 civarındaki devletin başarısızlığa yakın ya da gelecekte yüksek oranda başarısızlık riski altında olduğu gözlemlenmektedir.⁵ 1990’dan

¹ Thüner, Daniel, “The “Failed State” and International Law”, **International Review of the Red Cross**, No 836, 1999, s.732.

² **Report of the Secretary General’s High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility**, U.N., G.A., A/59/565, 2 Aralık 2004, ss.1-2, <http://www.un.org/secureworld/report.pdf>, (erişim: 24.12.2012).

³ **The National Security Strategy of the United States of America, Washington: White House, September 2002**, ss.5, 24, <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf> (erişim: 24.12.2012).

⁴ Boas, Morten, Kathleen M.Jennings, “Insecurity and Development: The Rhetoric of the ‘Failed State’”, **The European Journal of Development Research**, Cilt 17, Sayı 3, 2005, s. 387.

⁵ Carment, David, John J. Gazo ve Stewart Prest, "Risk Assessment and State Failure", **Global Society**, Cilt. 21, Sayı.1, Ocak 2007, s. 47

beri 10 milyondan fazla insanın başarısız devletlerde meydana gelen iç savaşlarda öldüğü; yüz milyonlarca insanın en temel insan haklarından mahrum kaldığı ve terörizm tehdidinin sorunu daha da önemli hale getirdiği göz önünde bulundurulursa, başarısız devletler ve bunların ortaya çıkardığı sorunlar, üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Bu çalışmada başarısız devletin tanımı, karakteristik özellikleri, türleri, devlet başarısızlığının nedenleri ve Uluslararası Hukuk açısından ortaya çıkardıkları tehdit ve sorunlar incelenecektir. Devlet başarısızlığını önlemek ve başarısız devletleri yeniden işlevsel bir devlet haline getirmek için ne gibi politika ve stratejilerin geliştirilebileceği üzerinde durulacaktır.

I. Başarısız Devletin Tanım Sorunu ve Karakteristik Unsurları

“Başarısız devletler” kavramı her ne kadar siyasi olarak yeni bir kavram olsa da, günümüz uluslararası literatürünün vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Bunlar “zor ortak, zor ortam, kırılğan devlet, şiddet içindeki düşük gelirli ülkeler (*Low Income Countries Under Strees*), kötü performans, zayıf performans, başarısız devlet” ve “istikrarsızlık riski altındaki devletler” olarak çeşitli şekillerde tanımlanmaktadırlar.⁶

Günümüzde devlet başarısızlığı kavramının tanımı konusunda doktrinde bir uzlaşma yoktur. Başarısız devlet kavramı ilk kez, Gerald B. Helman ve Steven R. Ratner tarafından tanımlanmıştır. Helman ve Ratner, başarısız devleti “uluslararası toplumun bir mensubu olarak kendisini idame ettirme kapasitesi olmayan bir devlet” olarak tanımlamıştır.⁷ Donald M. Snow başarısız devleti, “ekonomik, siyasi ya da daha genel olarak her iki nedenden dolayı sistemin üretken, müreffeh ve istikrarlı bir üyesi haline gelme şansı olmayan devlet” olarak tanımlamıştır.⁸ Rotberg başarısız devleti; “politik üstünlüğünü sağlayamayan devlet” olarak tanımlamaktadır. Rotberg’e göre başarısız devletler, iç ve dış faktörlerin etkileşimiyle genel olarak otorite, meşruiyet ve kamusal hizmetlerin sağlanmasında ciddi zafiyet içerisinde olan devletlerdir.⁹ Daniel Thürer, “başarısız devletler, hukuk ve düzene siyasal destek sağlayan güç yapılarının çökmesinin bir ürünü olup genellikle içsel “anarşik” şiddet şekilleri tarafından başlatılan ve eşlik edilen bir süreçtir” demektedir. Benzer şekilde, eski BM Genel Sekreteri Boutros Boutros Ghali de başarısız devletleri iç savaşın başlattığı ya da eşlik

⁶ Carment, David, John J.Gazo ve Stewart Prest, **a.g.m.**, s. 48.

⁷ Helman, GERALD B. ve Steven R. Ratner, “Saving Failed States”, **Foreign Policy**, Cilt 89, Sayı 3, 1992-1993, s. 3.

⁸ Snow, Donald M., **Uncivil Wars, International Security and the New Internal Conflicts**, Lynne Rienner Publishers, Boulder, Londra, 1996, s.99.

⁹ Rotberg, Robert I., **When States Fail: Causes and Consequences**, Princeton University Press, New Jersey, 2004, s. 5

ettiği bir süreç olarak görmektedir.¹⁰ David Carment başarısız devleti, “iç savaş sonucu devlet olma özelliklerinden mahrum kalmış olan devlet” olarak tanımlamaktadır.¹¹ Peter Rada¹² ve Susan E. Rice’a¹³ göre, başarısız devlet kavramı kurumsal yapının, otoritenin, hukuk ve siyasal düzenin çöktüğü, yani hükümetin halkın adına hareket etme, ülke üzerindeki denetim ve meşruluğunu sürdürme ve kamu hizmetleri sunma erkini yitirdiği bir durumu göstermektedir.

Devlet başarısızlığını, başarılı devlet nedir sorusuna yanıt vererek tanımlamaya çalışan yazarlardan Jennifer Milliken ve Keith Krause’a göre, halkın güvenliğini sağlamak, refahını arttırmak, meşru temsilcisi olmak, halka en temel kamu hizmetlerini sunmak başarılı ve modern bir devletin icra etmesi beklenen fonksiyonlarıdır. Bu işlevleri yerine getiremeyen devletler ise başarısız devletlerdir.¹⁴ Devlet başarısızlığını, başarılı devlet nedir sorusuna yanıt vererek tanımlamaya çalışan akademisyenlerden Zartman ise etkin idarenin ve ekonomik aktivitelerin yerine getirilmesinin önemini vurgulamaktayken;¹⁵ Bailey, başarılı bir devletin kilit taşı olarak kuvvet kullanma tekelinin tesis edilmesini görmekte ve böylece devlet denetiminin sağlanmasının önemine işaret etmektedir.¹⁶ Zartman başarısız devleti "uzun süreli yozlaştırıcı hastalık" (*long-term degenerative disease*) olarak tanımlamaktadır.¹⁷ Bütün bu tanımlamalardan anlaşıldığı üzere başarısız devletler diğer gelişmekte olan devlet türlerinden niteliksel olarak farklıdır.¹⁸ Bu durum, devlet başarısızlığının karakteristik unsurları üzerinde durmayı gerektirmektedir.

¹⁰ Bkz., **United Nations Secretary-General Boutros Boutros Ghali of the United Nations Congress on Public International Law: Towards the Twenty-First Century: International Law as a Language for International Relations (13-17 Mart 1995, New York), Documents**, s.9,
<http://www.un.org/law/books/IntlLawAsLanguageForIntlRelations.pdf>, (erişim: 24.12.2012).

¹¹ Carment, David, “Assessing State Failure: Implications for Theory and Policy”, **The World Quarterly**, Cilt 24, No 3, 2003, s.416.

¹² Rada, Peter, “Rebuilding of Failed States”, Budapeşte, 31 Ağustos 2007, s.2,
<http://turin.sgir.eu/uploads/Rada-Peter%20Rada,%202007,%20Rebuilding%20of%20failed%20states.pdf>, (23.12.2012).

¹³ Rice, Susan E., **The New National Security Strategy: Focus on Failed States**, Policy Brief #116, The Brookings Institution, Washington D.C., 2003, s.2.

¹⁴ Milliken, Jennifer ve Keith Krause, “State Failure, State Collapse, and State Reconstruction: Concepts, Lessons and Strategies”, **Development and Change**, Cilt 33, Sayı 5, Blackwell Publishers, Oxford, 2002, s.756.

¹⁵ Zartman, I. William, “Introduction: Posing the Problem of State Collapse”, **Collapsed States: The Disintegration and Restoration of Legitimate Authority** içinde, (ed.), I. William Zartman, Boulder, CO: Lynee Reinner Publishers, 1995, ss.1-11.

¹⁶ Bailey, Allison, **We Shall Not Pass This Way Again: State-Building and the Long-Term Resolution of Civil Conflict**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), M.A. Emory University, 2004, s.49.

¹⁷ Zartman, I. William, **a.g.m.**, s. 5.

¹⁸ David Carment, John J.Gazo ve Stewart Prest, **a.g.m.**, s.49.

II. Başarısız Devletin Karakteristik Unsurları

Başarısız devletlerin karakteristik unsurlarından en önemlisi başarısız devletlerde yaşanan iç savaşlardır.

İç savaşlarla devlet başarısızlığı arasında nasıl bir ilişki olduğu; iç savaşların, devlet başarısızlığının bir nedeni mi yoksa bir sonucu mu olduğu cevaplanması gereken oldukça önemli bir sorudur. Doktrinde yazarların bir kısmı, şiddeti önleme kapasitesinin olmaması nedeniyle devlet başarısızlığının iç silahlı çatışmalara yol açtığını ileri sürmektedir.¹⁹ Bir başka grup yazar ise iç silahlı çatışmaların devlet başarısızlığının hem bir nedeni hem de bir sonucu olduğunu ileri sürmektedir.²⁰

Devlet başarısızlığı ve iç silahlı çatışma arasındaki nedensellik mekanizmasını belirginleştirmek yazarların devlet başarısızlığının farklı tanımlarını yapmaları; devlet başarısızlığının farklı türlerinin olması ve son olarak devlet başarısızlığının iç silahlı çatışma için ne elzem ne de yeterli bir koşul olması nedeniyle oldukça zor görünmektedir. Gerçekten, iç şiddet tek başına devlet başarısızlığı için bir kıstas olmadığı gibi, şiddetin yokluğu da elzem şekilde devlet başarısızlığının olmadığını vurgulamamaktadır.²¹ Nedensellik sorununu bir kenara bırakarak, devlet başarısızlığının en tipik özelliklerinden bir tanesinin başarısız devletlerde yaygın şekilde yaşanan iç savaşların varlığı olduğunu söyleyebiliriz. Demek ki; bir ulus devlet için başarısızlık, diğer koşulların yanı sıra, iç şiddet iç savaşa dönüştüğü zaman söz konusu olmaktadır.²² Başarısız devletleri karakterize eden iç savaşlar da genellikle etnik, dinsel, dilsel ya da diğer toplumlararası düşmanlıklardan kaynaklanmaktadır.²³

Başarısız devletlerin ikinci tipik özelliği güçlü devletlerin aksine sınırlarını kontrol edememeleridir. Bunlar ülke üzerinde otoritelerini kaybederler. Bir devletin başarısının önemli bir ölçüsü, söz konusu devletin hükümetinin ülkenin ne kadarını gerçekten kontrol ettiğine; ülke üzerindeki gücünün ne kadar etkin olduğuna ve ülkeyi gerçekten kimin yönettiğine bağlıdır.²⁴

Devlet başarısızlığının bir başka göstergesi ülke içinde “adi suçların” artmasıdır. Devlet otoritesi zayıfladığı ve başarısız olduğunda ve hatta Demokratik Kongo

¹⁹ Fearon, James D. ve David D. Laitin, Fearon, James D. ve David D. Laitin, “Ethnicity, Insurgency, and Civil War”, *American Political Science Review*, Cilt 97, Sayı 1, 2003, ss.75-76.

²⁰ Milliken, Jennifer ve Keith Krause, *a.g.m.*, s.764.

²¹ Rotberg, Robert I., “The Failure and Collapse of Nation-States: Breakdown, Prevention, and Repair”, *When States Fail: Causes and Consequences* içinde, (ed.) Robert I. Rotberg, N.J. Princeton University Press, New Jersey, 2004, s.4; Thürer, Daniel, *a.g.m.*, s.734.

²² Rotberg, Robert I., “The New Nature of ...”, *a.g.m.*, s.86.

²³ Rotberg, Robert I., “The Failure and Collapse of ...”, *a.g.m.*, s.6.

²⁴ Rotberg, Robert I., “The New Nature of ...”, *a.g.m.*, s.86.

Cumhuriyeti'nde olduğu gibi devletin kendisi kriminalleştiğinde yasa dışılık açık hale gelir. Silahlı suç çeteleri şehirlerin caddelerinde denetimi ele geçirir. Silah ve uyuşturucu ticareti daha yaygın hale gelir. Olağan polis kuvvetleri felç olur. Anarşi norm haline gelir. Ulus devletler, vatandaşlarına eğitim, iş, sağlık hizmetleri, iletişim ve ulaşım imkânları gibi temel hizmetleri götüremezler ve bu görevlerinden savaş ağaları ve diğer devlet-dışı aktörler lehine vazgeçerler.²⁵

Devlet başarısızlığının bir başka tipik ve önemli özelliği ülkenin ve halkın güvenliğinin sağlanamamasıdır. Vatandaşlar kişilik ve haklarını güvence altına alması ve kendilerini koruması için devletlere ve merkezi hükümetlere güvenirliler. Oysa başarısız bir devlet en önemli görevi olan, ülke genelinde bir güvenlik atmosferi oluşturma görevini yerine getiremez.²⁶

Devlet başarısızlığının bir başka tipik ve önemli özelliği başarısız devletlerde hükümetin özünü oluşturan “güç tekelinin” çökmesidir.²⁷ Bu tür devletlerde yasama ve yargı organları ve bürokrasi ya mevcut değildir ya da çalışmamaktadır. Ordu, muhtemelen bütünlük içinde kalan tek kurumdur fakat oldukça politize olmuştur.²⁸ Tahrip olmuş alt yapılar; artan yoksulluk ve çocuk ölümleri; yayılan AIDS vb. bulaşıcı hastalıklar, rüşvet ve yolsuzluk gibi unsurlar başarısız devletleri simgelemektedir.²⁹

Başarısız devletler, yalnızca çok az kişinin ödüllendirildiği eşsiz ekonomik fırsatlar sağlamaktadır. Yönetime yakın olanlar daha fazla zenginleşirken bu konuda daha az şanslı olanlar yoksulluk çeker.³⁰ Başarısız devletlerde yozlaşmışlık görülmemiş bir yıkıcılık ölçüsünde gelişir. Rüşvet, yozlaşmaya katkıda bulunur. Başarısızlığın bir nedeni değil fakat bir belirtisi olarak ulusal ve kişi başına düşen gelir düzeyi azalır; enflasyon artar; yönetici elit siyasi olduğu kadar ekonomik gücünü maksimize eder ve kaçakçılık salgın haline gelir. Başarısız devletlerde iklim felaketlerinin ya da doğal afetlerin gerçekleşmesi halinde, bu devletlere mahsus ekonomik keşmekeş ve genel ihmâl edilmişlik devamlı yiyecek sıkıntısına ve yaygın açlığa yol açabilir.³¹

²⁵ Milliken, Jennifer ve Keith Krause, **a.g.m.**, s.764.

²⁶ Rotberg, Robert I., “The New Nature of ...”, **a.g.m.**, s.87.

²⁷ Milliken, Jennifer ve Keith Krause, **a.g.m.**, s.764.

²⁸ Milliken, Jennifer ve Keith Krause, **a.g.m.**, s.764; Rotberg, Robert I., “The New Nature of ...”, **a.g.m.**, s.87.

²⁹ Grant, Thomas D., “Partition of Failed States: Impediments and Impulses”, **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Cilt 11, 2004, s.52.

³⁰ Rotberg, Robert I., “The New Nature of ...”, **a.g.m.**, s.88.

³¹ Brooks, Rosa, Ehrenreich, Brooks ve Rosa Ehrenreich, “Failed States, or State as Failure?”, **The University of Chicago Law Review**, Cilt 72, No 4, 2005, s.1163.

III. Başarısız Devlet Türleri: Başarısız, Başarısızlık Riski Taşıyan, Kırılğan, Zayıf ve Çökmüş Devletler

Devlet başarısızlığı kavramını tanımlamak ve kavramsallaştırmak için kullanılan terminolojiler arasında ince ayrımlar vardır. Teoride “başarısız devletler”, “başarısız olmakta olan devletler (*failing states*)”, “başarısızlık riski taşıyan devletler”, “zayıf devletler” ve “haydut devletler (*rogue states*)” şeklinde bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Bunun yanında beş farklı başarısız devlet tipi olduğu belirtilmekte ve bunlar kaotik, hayalet (*phantom*), solgun (*anaemic*), zorla ele geçirilen (*captured*) ve başarısızlığa uğramış (*aborted*) devletler olarak isimlendirilmektedir.³²

Gözlemciler en kötü işlevsel olan hükümetleri derecelendirmek için başarısız devlet indeksi oluşturmaya çalışmaktadır. Örneğin Dünya Bankası 2007’de “Ülke Politikası ve Kurumsal Değerlendirme” indeksi oluşturmuştur. Yönetim (makro politika ve mali politika), yapısal politikalar (ticaret ve iş tüzükleri), sosyal katılım (cinsiyet eşitliği, çevre ve işçi politikaları) ve kamu sektörü yönetimi ve kurumlarını (mülkiyet hakları, bütçe ve gelir, kamu yönetimi ve yolsuzluk) gözden geçirerek 34 devleti “kırılğan (fragile)” devlet olarak listelemiştir.³³ *Fund For Peace, Foreign Policy* ile işbirliği yaparak Dünya Bankası’nın yararlandığı benzer faktörleri kullanarak en kötü işleyen 20 devleti belirlemiştir. Bu sıralama Dünya Bankası’nın sıralaması ile örtüşmektedir.³⁴

Foreign Policy’nin 2012 Başarısız Devlet İndeksine göre, Somali, Kongo (D.R.C.), Sudan, Çad, Zimbabwe, Afganistan, Haiti, Yemen, Irak, Orta Afrika Cumhuriyeti ilk onda yer alan başarısız devletlerdir.³⁵

Başarısızlık riski taşıyan devletler ise, zayıf kurumlara sahip; etnik, dilsel ya da dinsel bakımdan toplumsal gerilimlerden muzdarip; genel yozlaşma içinde olan; iç çatışmalar yaşayan; yetersiz altyapısı olan ve zayıf kamu hizmeti veren devletlerdir.³⁶ Başarısızlık riski taşıyan devletlerin günümüzdeki en çarpı-

³² David Carment, John J.Gazo ve Stewart Prest, **a.g.m.**, s.49.

³³ Dünya Bankası’nın sıralaması şu şekildedir: 1. Zimbabwe; 2. Eritrea; 3. Comoros; 4. Sudan; 5. Central African Republic; 6. Chad; 7. Guinea-Bissau; 8. Afghanistan; 9. Cote d’Ivoire; 10. Togo; 11. Democratic Republic of Congo; 12. Angola; 13. Republic of Congo; 14. Solomon Islands; 15. Timor-Leste; 16. Haiti; 17. Sao Tome and Principe; 18. Guinea; 19. Burundi; 20. Sierra Leone; 21. Djibouti; 22. Tonga; 23. The Gambia; 24. Papua New Guinea; 25. Lao PDR; 26. Cambodia; 27. Vanuatu; 28. Uzbekistan; 29. Mauritania; 30. Nigeria; 31. Liberia; 32. Myanmar; 33. Somalia; 34. Kosovo. Bkz., The World Bank, Int’l Dev. Ass’n, Operational Pol’y & Country Serv. & Res. Mobilization Dep’t, Operational Approaches and Financing in Fragile States, 2 Haziran 2007.

³⁴ Bkz., Foreign Policy, “The Failed State Index 2009” http://www.foreignpolicy.com/articles/2009/06/22/the_2009_failed_states_index (erişim: 2 Ekim 2011).

³⁵ “Failed States Index”, http://www.foreignpolicy.com/failed_states_index_2012_interactive, (erişim: 8.11.2012).

³⁶ Maass, Gero ve David Mephram, “Promoting Effective States: A Progressive Policy Response to Failed and Failing States”, Institute for Public Policy Research, Londra, Ocak 2004, s.5.

cı örnekleri Irak, Burundi, Sudan, Orta Afrika Cumhuriyet, Zimbabwe, Liberya ve Fildişi Sahilidir.³⁷

“Kırılgan devletler” ise otoritelerini ülke toprakları üzerinde ve sınırlarında sağlayamayan, ülkenin güvenliğini sağlama kabiliyetlerinden yoksun olan, kurumsal faaliyetleri nüfuslarının temel ihtiyaçlarını sağlamada yetersiz ya da yurtdışında ve yurtiçinde yaşayan vatandaşlarını temsil etmekte politik meşruluktan yoksun olan devletlerdir.³⁸

“Zayıf devletler”, başarısızlıktan çabuk etkilenen bir yapıya sahiptir. Çünkü yönetim kapasitesinin kısıtlılığı, ekonomik durgunluk ya da sınırlarının güvenliğini sağlamadan yoksundurlar. Zayıf devletler listesi oldukça uzun ve statiktir. Potansiyel olarak güçlü olan devletlerin bazılarının potansiyel başarısızlık ya da zayıflık içine girmesi ya da bu kategoriden çıkması söz konusudur. Üç kıtadan Haiti, Çad ve Kırgızistan daimi zayıflığı temsil eden örneklerdir. Son dönemlerde Kenya, Pakistan ve Gürcistan’da yaşanan gelişmeler bu ülkeleri başarısızlık riski taşıyan zayıf devlet kategorisine koymuştur.³⁹

Akademisyenlerin bir kısmı, başarısızlıkla, devlet aygıtlarının tamamen çökmesi arasında teorik bir ayırım yapmaktadır.⁴⁰ Bu ayırım aslında önemli bir katkıdır. Çünkü devlet başarısızlığı içsel ve dışsal bazı sorunlara yol açmakla birlikte bu sorunlar devlet çökmesinde olduğu kadar önemli değildir. Zartman’a göre, devlet asgari kapasiteye sahipse ve ekonomik faaliyetlere olanak veriyorsa bu devlet başarısız bir devlet değildir.⁴¹ Milliken ve Krause’a göre, merkezi hükümet gibi kurumların çökmesi total bir çökmeyi temsil ederken; devletin işlevlerini yerine getirmede daha az performans göstermesi zayıf bir devletin göstergesidir.⁴² Dolayısıyla çökmüş bir devlet, başarısız bir devletin ender ve en uç şeklidir. Bu durumda toptan bir otorite boşluğu söz konusudur. 1970 ve 1980’lerde Lübnan, Afganistan ve Somali’de olduğu gibi bir devlet çöktüğünde devlet dışı aktörler su yüzüne çıkmaktadır. Bunlar bölge ve alt bölgeleri denetlemekte ve kendi güvenlik aparatlarını ve yaptırım güçlerini oluşturmaktadır. Tanım itibari ile gayri-meşru ve tanınmamış olmalarına rağmen belli ölçülerde

³⁷ Rice, Susan E. & Stewart Patrick, Index of State Weakness in the Developing World, Brookings Institution, 2008, ss.10–11, http://www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2008/2/weak%20states%20index/02_weak_states_index, (erişim: 24.12. 2012).

³⁸ Carment, David, John J.Gazo ve Stewart Prest, **a.g.m.**, s.49.

³⁹ Rotberg, Robert I., “The New Nature of ...”, **a.g.m.**, s.91; Rice, Susan E., **a.g.e.**, s. 2.

⁴⁰ Bu ayırıma göre 1955-1994 arasında 113 devlet başarısızlığı söz konusu olup bunlardan sadece 12 tanesi tamamıyla çökmüş devlettir. Bkz., Bailey, Allison, **a.g.e.**, ss. 49-50.

⁴¹ Zartman, I. William, “Introduction: Posing the Problem of ...”, **a.g.m.**, ss.1-11.

⁴² Milliken, Jennifer ve Keith Krause, **a.g.m.**, s.757.

uluslararası ilişki kurmakta ve âdeta “yarı-devlet” gibi hareket etmektedirler.⁴³ Bunun yanında demokrasiyi ve insan haklarını reddeden devletler “otoriter devlet”⁴⁴; Uluslararası hukuku ihlal eden devletler ise “haydut devlet” olarak nitelendirilmektedir.⁴⁵ Belirtmek gerekir ki; bu tasniflerden hiçbirisi nihai değildir. Örneğin, son dönemlerde Lübnan, Nijerya ve Tacikistan çöküşten kurtulmuştur ve şimdi zayıf devlet kategorisindedir. Yine, Afganistan ve Sierra Leone çöküşten başarısızlığa doğru mesafe kaydetmiştir. 2003’te Zimbabwe ve Fildişi Sahili ise çöküşe doğru sürüklenmiştir.

IV. Devlet Başarısızlığının Nedenleri

Devletler tesadüf eseri başarısız olmamakta, başarısızlık bir dizi nedenden kaynaklanmaktadır.⁴⁶ Devlet başarısızlığının nedenleri arasında “sömürge mirası” önemli bir yere sahiptir. Bu olgu çerçevesinde başarısızlık bölgesel, tarihsel ve etnik bölünmelerle ilgisi olmayan keyfi çizilmiş ulusal sınırlardan kaynaklanmaktadır. Robert Jackson’ın ifadesi ile dekolonizasyon sürecinde yaratılan “yarı devletler (*quasi-states*)” Afrika ve Asya’da gerçek devletler haline dönüşmüştür.⁴⁷ Dolayısıyla, mesele bunların nasıl ve neden başarısız olduğu değil; fakat nasıl ve neden var oldukları veya sürüp gittikleridir.⁴⁸ Avrupalılar sömürge dönemi sonrası ulus-devleti Afrikalılara empoze ettiğinde, aslında Afrikalılar çok şey kaybetmiştir. Günümüzde yapay bir biçimde çizilen sınırlar neticesinde 54 Afrika ülkesinden 14’nün denize çıkışı yoktur ve ekonomisi tek bir ürüne bağlıdır. Yine devlet başarısızlığında, Soğuk Savaş döneminde süper güçlerin üçüncü dünya ülkelerinde çatışmaları kışkırtmalarının ve ekonomik gelişmeyi engellemelerinin rolü vardır. Soğuk Savaş dönemi boyunca ABD ve Sovyetler Birliği, Afrika, Asya ve Latin Amerika’da çok sayıda rejimi destekleyerek jeopolitik çıkarlarını sürdürmeyi hedeflemiştir. Bu rejimlerin pek çoğu yozlaşmış, sistematik insan hakları ihlali yapan ve halkları fakir kendileri zengin rejimlerdi. ABD’nin ve batılı devletlerin sırf komünizm karşıtı olduğu için eski isimi ile

⁴³ Rotberg, Robert I., “The New Nature of ...”, **a.g.m.**, s.90.

⁴⁴ Maass, Gero ve David Mephram, **a.g.m.**, s.7

⁴⁵ Haydut devlet kavramının belirleyici özellikleri şunlardır: Kendi halklarına zulmederler. Ülkelerinin milli kaynaklarını, yönetimde bulunanların kişisel çıkarları için çarçur ederler. Uluslararası hukuka saygı göstermezler. Taraf oldukları anlaşmaları ihlal ederler. Komşularını tehdit ederler. Saldırgan amaçlarını gerçekleştirme yolunda kitle imha silahları edinmek peşinde koşarlar. Küresel terörizmi desteklerler. Temel insan haklarını reddederler.Bkz., The National Security Strategy of...**a.g.b.**, s. 14.

⁴⁶ Rotberg, Robert I., “The New Nature of ...”, **a.g.m.**, s. 93.

⁴⁷ Jackson, R. H., “Quasi-States, Dual Regimes, and Neo-classical Theory: International Jurisprudence and the Third World”, **International Organization**, Cilt 41, No 4, 1987, ss.527-528.

⁴⁸ Milliken, Jennifer ve Keith Krause, **a.g.m.**, s.763.

Zaire’de General Mobutu’yu tam 30 yıl desteklemiş olması bunun çarpıcı bir örneğidir.⁴⁹ Bir başka neden, devlet başarısızlığından menfaat elde eden güçlerin varlığıdır. Başarısız olan ya da bu riski taşıyan devletlerin tamamı aslında kaynaklar açısından fakir devletler değildir. Afganistan, Angola, Çad ve Kolombiya’da olduğu gibi eroin, kokain, petrol, elmas gibi yüksek kar getirici maddelerin ve ürünlerin bolluğu ya da kolay edinilmesi sonu gelmez iç savaşlara ve devlet başarısızlığına yol açmaktadır.⁵⁰ Yine, gelişmiş devletlerin izlediği politikalar da devlet başarısızlığına katkıda bulunmaktadır. Gelişmiş devletler, iç savaşın sürdüğü devletlere silah ve para transferleri yaparak bu ülkelerin bağımlılığını arttırmaktadır.⁵¹ Son olarak, devlet başarısızlığı yalnızca tesadüfi, coğrafi, çevresel ya da dışsal nedenlerden değil; lider kararlarından ve başarısızlıklarından da kaynaklanmaktadır.⁵²

V. Başarısız Devletlerin Ortaya Çıkardığı Sorunlar

Başarısız devletler listesinin zaman içerisinde büyümekte ve derinleşmekte olduğu göz önünde bulundurulursa, başarısız devletlerin, hem küresel hem de bölgesel barış ve istikrar açısından çok önemli bir tehdit oluşturduğu daha da belirginleşmektedir. Başarısız devletlerin ortaya çıkardığı bu tehdit ve sorunları üç başlık altında inceleyebiliriz.

İlk olarak, başarısız devletlerde yaşanan şiddet ve açlık komşu devletlere ağır yükler getiren bir sığınmacı/mülteci sorununa yol açmaktadır. Yaşanan mülteci sorunu ise uluslararası müdahalelere yol açabilmektedir.⁵³ Örneğin, 1993’te Somali’de devlet kurumlarının başarısızlığı sonucu silahlı çetelerin ülke genelinde serseri mayın gibi dolaşması, açlık ve hastalık nedeniyle insani yardım taleplerine yol açmıştır.⁵⁴ Yine, Ocak 2008’den bu yana Somali açıklarında deniz haydutluğu faaliyetlerinin artmasının ardında yoksulluk, işsizlik, düşük gelir, çevresel faktörler, kirlenme ve yasadışı avlanma sonucu deniz kaynaklarının azalması, kırılğan güvenlik ve siyasal atmosferin olması vardır. Bu durum deniz haydutluğu ile mücadele etmek için uluslararası müdahaleyi gündeme getirmiştir. Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi 2 Haziran 2008 tarihinde 816 sayılı kararı ile Somali karasularında ve 16 Aralık 2008 tarihli ve 1851 sayılı kararı ile ise Somali topraklarında deniz haydutluğunu önlemek için kara-

⁴⁹ Maass, Gero ve David Mephram, **a.g.m.**, ss.8-9.

⁵⁰ Maass, Gero ve David Mephram, **a.g.m.**, s.9.

⁵¹ Maass, Gero ve David Mephram, **a.g.m.**, s.10.

⁵² Rotberg, Robert I., “The New Nature of ...”, **a.g.m.**, s.93.

⁵³ Yoo, John, “Fixing Failed States”, **California Law Review**, Cilt 99, sayı 95, 2011, s.106.

⁵⁴ Güvenlik Konseyi,, Somali’de insani yardım çabalarının yürütülmesi için BM Andlaşması’nın VII. Bölüm 39. maddesi çerçevesinde 3 Aralık 1992 tarihli ve 794 sayılı kararıyla UNOSOM I ‘in ve 26 Mart 1993’te ise 814 sayılı kararı ile UNOSOM II’nin kurulmasına izin vermiştir.

da ve denizde “tüm gerekli vasıtaları” kullanma yetkisi vermiştir.⁵⁵ Gerçek bir merkezi hükümetin olmadığı, insani krizin baş gösterdiği Liberya ve Haiti’de de dönemselsel olarak benzer sorunlar yaşamıştır. Bütün bu durumlarda BM, insani yardımın ulaştırılmasını sağlanmasına ve başka nedenlerle kuvvet kullanılmasına izin vermiştir. Yine, Sierra Leone, Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Sudan’daki büyük ölçüde içsel olan çatışmalara doğrudan başka devletler karışmıştır. Bu durum insani yardım ve barışı koruma operasyonlarına milyarlarca doların harcanmasına ve yatırım ve ticaret fırsatlarının kaçırılmasına neden olmaktadır.⁵⁶

İkinci olarak, devlet otoritesinin işlevsel olarak çökmesi etnik ya da dini gruplar arasında silahlı çatışmaları serbest bıraktırmaktadır. Eski Yugoslavya’da merkezi hükümetin aşınması komünist sistemin bir arada tuttuğu farklı etnik grupları parçalamış ve “etnik temizliğe” yol açmıştır. Yine, 1995’te Ruanda’da yaşanan soykırım, Ruanda devletinin parçalanmasının değil; devlet otoritesinin işlevsel açıdan çökmesinin bir sonucudur.⁵⁷

Üçüncü olarak, merkezi hükümetin ortadan kalktığı başarısız devletler, teröristlere güvenli bölgeler ve operasyon üsleri sağlayan anarşi bölgeleri haline gelmektedir.⁵⁸ Gerçekten terörizm ve başarısızlık arasında bir bağ vardır. Başarısız devletler terörist grupların faaliyetleri dolayısıyla istenmeyen bölgelerdir. Örneğin Yemen’de zayıf bir merkezi hükümetin olması, ülkeyi El-Kaide militanlarının saklandığı bir mecca haline getirmiştir. Taliban yönetimi altındaki Afganistan, benzer şekilde El-Kaide terörist örgütünün operasyon üssü haline gelmiştir. Yine Sudan, El-Kaide ve diğer terörist örgütler için bir barınak haline gelmiştir. 2003 yılında ABD müdahalesi sonrası Kuzey Irak PKK/Kongra-Gel terör örgütü için bir sığınak ve operasyon üssü olmuştur. 2011’de başlayan Suriye iç savaşı neticesinde ise Suriye El Nusra, Irak-Şam Devleti ve Hizbullah gibi terör örgütlerinin barınağı haline gelmiştir. Başarısız devletlerde terörist gruplar tek problem değildir. Hükümet otoritesinin olmaması devlet-dışı aktörlerin silah, uyuşturucu madde ve insan kaçakçılığı ile kara para aklama gibi diğer yasa dışı faaliyetlere karışmalarına olanak vermektedir.⁵⁹

Uluslararası hukuk açısından başarısız devletler, devlet egemenliği ve devlet rızasına dayanan uluslararası bir düzen için önemli sorunlar doğurmaktadır. Zira başarısız devletler uluslar arası anlaşmalar yapamazlar ya da mevcut

⁵⁵ Bkz., Guilfoyle, Douglas, “The Laws of War and the Fight Against Somali Piracy: Combatants or Criminals ?”, Melbourne Journal of International Law, Cilt 11, 2010, ss.141-153.

⁵⁶ Rice, Susan E., **a.g.e.**, s.3.

⁵⁷ Milliken, Jennifer ve Keith Krause, **a.g.m.**, s. 757.

⁵⁸ Yoo, John, **a.g.m.**, s. 108.

⁵⁹ Yoo, Jhon, **a.g.m.**, s.108.

andlaşmalara bağlı kalamazlar. Uluslararası ticaret, çevre ya da insan hakları sözleşmelerine ve kurumlar ağına katılamazlar; vatandaşlarının ve yabancıların haklarını koruyamazlar.⁶⁰

Diğer taraftan, uluslararası barış ve güvenliği birçok açıdan tehdit eden başarısız devletler sorununa yanıt verecek etkin araçlar yoktur. Uluslararası toplum, “haydut devlet” olarak isimlendirilen devletlere karşı diplomasi ilişkilerini kesme; ekonomik ve silah ambargosu uygulama gibi diplomatik ya da ekonomik karşı tedbirler alma imkânına sahipken; bu tür tedbirler başarısız ve çökmüş devletler söz konusu olduğunda çok az anlam ifade etmektedir. Söz konusu devletler bakımından zorlayıcı diplomasi genellikle başarısızdır; ekonomik yaptırımlar ise toplumun sosyo-ekonomik durumunu daha da kötüleştireceği için uygun araçlar değildir.⁶¹ Dolayısıyla uluslararası hukuk açısından, başarısız devletler sorununa farklı çözüm yollarının üretilmesi gereklidir.

Başarısız devletler uluslararası insancıl hukuk açısından da önemli sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Uluslararası hukuk geleneksel olarak iki ya da daha fazla devlet arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Oysa başarısız devletlerin bir “ulus devlet” olarak hareket etme kabiliyeti yoktur.⁶² Bu nedenle başarısız ve çökmüş devletler, devlet otoritesinin çökmesinden doğan özel sorunlarla Uluslararası insancıl hukuk alanında da uluslararası hukuku zora sokmakta ve yeni kurallar dizisinin geliştirilmesini gerektirmektedir.

Uluslararası insancıl hukuk açısından örneğin, 1977 tarihli II Numaralı Ek Protokol⁶³ tarafından öngörülen genişletilmiş korumanın, başarısız devletlerde hiçbir pratik değeri yoktur. Zira çatışmalar, Protokol’de anılan hükümet “silahlı güçlerine” karşı yöneltilmemektedir; çünkü başarısız ve çökmüş devletler söz konusu olduğunda, tanım itibarıyla böyle herhangi hükümet gücü yoktur. Üstelik hükümet otoritesinin çökmesi nedeniyle “çatışmalar” sorumlu bir komutan altında, bu Protokol’ü uygulama yeteneğine sahip ve ülkenin bir kısmında sürekli ve planlı askeri harekât yürütmeye izin verecek düzeyde örgütlü silahlı gruplar tarafından sürdürülmekten ziyade “anarşik” bir karakterdedir. Hiçbirisi profesyonel disiplin altında olmayan ya “özel bir ordu” ya da belki de yalnızca yağmacı çeteler ve talancı katillerin bir parçası olabilen gevşek şekilde örgütlenmiş “klan ve birimleri” kapsayan “anarşik” bir çatışma durumunda II Numaralı Ek Protokol

⁶⁰ Brooks, Rosa Ehrenreich, **a.g.m.**, s.1163.

⁶¹ Thürer, Daniel, **a.g.m.**, s.735; Milliken, Jennifer ve Keith Krause, **a.g.m.**, s.755.

⁶² Sulmasy, Glenn M., “The Law of Armed Conflict in the Global War on Terror”, **Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy**, Cilt 19, 2005, ss.311-312.

⁶³ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/475?OpenDocument>, (erişim: 31.12.2012).

uygulanamaz.⁶⁴ Grup yapısının tamamen çöktüğü ve mücadelenin atomize olduğu bir yerde her savaşçı kendisinin komutanıdır ve uluslararası insancıl hukuku uygulamak için geleneksel mekanizmalar bütün olarak etkisizdir.⁶⁵

BM Güvenlik Konseyi çeşitli vesileler başarısız devlet görüngüsüne referansla uluslararası insancıl hukuka saygı gösterilmesi gerektiği konusunda çağrıda bulunmuştur.⁶⁶ Bu bağlamda, başarısız devletlerdeki silahlı çatışmalara uygulanması gereken insancıl hukuk normunun 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi'nin ortak 3. maddesi olması en mantıklı seçenektir. Nitekim Nikaragua Davası'nda Uluslararası Adalet Divanı (UAD), örfi ve zorunlu bir niteliğe sahip olan ortak 3. maddede yer alan ilkelerin, her koşul altında saygı gösterilmesi gereken insanlığın temel değerlerini yansıttığına karar vermiştir.⁶⁷ Bu nedenle Cenevre Sözleşmeleri ortak 3. maddede yer alan hükümlerin başarısız devlet durumunda da uygulanması ve iç silahlı çatışmalara taraf olanların davranışlarının bu "minimum ölçüye" göre değerlendirilmesi gereklidir.

VI. Devlet Başarısızlığını Önleme: Yaklaşım ve Öneriler

Devlet başarısızlığını önlemek yalnızca dünyanın en mahrum bırakılmış ve kötü yönetilmiş devletlerinin halklarının çıkarına değil; aynı zamanda dünya barışı için de gereklidir. Zayıf devletleri başarısızlığa karşı güçlendirmek bunlar kesin olarak başarısız olduktan ya da çöktükten sonra canlandırmaktan daha kolaydır.⁶⁸ Günümüz Afganistan ve Irak sorunlarının gösterdiği gibi yeniden yapılandırma çok uzun süreli, çok pahalı ve oldukça zor bir süreçtir. Zira güvenlik sağlamak ve bir güvenlik gücü oluşturmak; ardından adli ve idari yapıların yeniden oluşturulması, okulların yeniden açılması; hastanelerin yeniden teçhizatlandırılması; yolların yapılması ve istatistiklerin toplanması; yeni anayasanın kaleme alınması ve katılımcı demokrasiyi tesis etmek için seçimlerin yapılması gibi zorlu bir sürecin yaşanmasını gerektirmektedir. Bu nedenle en başta başarısızlığa eğilimli devletleri, başarısız olmadan önce güçlendirmek daha sağgörülü bir politikadır ve önemli ölçüde dünya düzenine katkıda bulunur. Bu

⁶⁴ Thüerer, Daniel, **a.g.m.**, ss.738-739.

⁶⁵ Thüerer, Daniel, **a.g.m.**, ss.750-751.

⁶⁶ BM Güvenlik Konseyi'nin bu konudaki kararlarının bazıları şunlardır: Liberya konusunda 19 Kasım 1992 tarihli 788 sayılı, 26 Mart 1993 tarihli 813 sayılı ve 21 Nisan 1994 tarihli 911 sayılı kararları. Somali konusunda 3 Aralık 1992 tarihli 794 sayılı ve 26 Mart 1993 tarihli 814 sayılı kararları. Sierra Leone konusunda 13 Haziran 1998 tarihli 1181 sayılı ve 11 Mart 1999 tarihli 1231 sayılı kararlarıdır.

⁶⁷ *Millitary and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1986, parag.218, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>, (erişim: 31.12.2012).*

⁶⁸ François, Monika ve Inder Sud, **a.g.m.**, s.154.

politika, çatışma kayıplarını, mülteci ve yerinden edilmiş kişi sayısını en aza indirir ve başarısız olmuş devleti yeniden yapılandırmaktan daha az maliyetlidir. Üstelik zayıf devletleri güçlendirmek, terörün güçlendiği topraklarda otorite ve güç boşluğunu ortadan kaldırma potansiyeline de sahiptir. Elbette böylesine ulvi bir gayeyi gerçekleştirmek, yani başarısızlığa karşı zayıf devletleri güçlendirerek dünyayı daha güvenli kılmak, zengin ve güçlü devletlerin ve bunların üyesi olduğu AB, OECD ve Dünya Bankası'nın siyasal iradesine bağlıdır.⁶⁹ Diğer türlü, sıfır toplamlı liderliğin ortak unsurları; etnik, dilsel ve dinsel düşmanlık ve korkular; şovenist duygular; ekonomik yetersizlikler ve miras kalan kırılmalıklar ulus devletleri zayıflıktan çöküşe doğru sürükleyecektir. Bu başarısızlık insani yardım ve çatışma sonrası yeniden yapılandırma açısından külfetli olacaktır. Zira yenice başarısız olmuş ve çökmüş devletlerin zayıf ve hastalıklı topraklarında iç savaşlar, açlık, salgın ve etnik temizlik gibi olaylar meydana gelebilecek ve terörist gruplar kök salabilecektir.⁷⁰

Devlet başarısızlığı sorunu karşısında uluslararası aktörlerin yapabileceği en az sekiz alternatifi vardır: Bu seçeneklerden ilki, sorun karşısında hiçbir şey yapmamaktır. Ancak bu yaklaşım Taliban yönetimi altındaki Afganistan'da olduğu gibi uluslararası toplumun yararına olmayan kaotik bir durumun ortaya çıkmasına yol açabilir. İkinci seçenek, başarısız bir devleti "karantinaya" almaktır. Ancak, başarısız devletten kaynaklanan potansiyel tehditleri gözlemlemek ve engellemek günümüzde ABD'nin Somali'deki teftişlerinin somutlaştırdığı gibi oldukça külfetlidir. Üçüncü seçenek, başarısız devletin mikro devletçiklere bölünmesini kabul etmektir. Bu yaklaşım Eritre ve Kosova'da olduğu gibi sorunun kapsamını daraltır fakat tamamen ortadan kaldırmaz. Dördüncü seçenek, başarısız devletin bir devletle veya AB gibi bir supranasyonal bir yapıyla bütünleşmesidir. Beşinci seçenek, başarısız devletlerin uluslararası geçici yönetimler altına konulmasıdır.⁷¹ Bu politika son dönemlerde, Doğu Timor, Kosova ve Doğu Slovenya'da başarıyla uygulanmıştır. Bu tür yönetimler yeni değildir. Geçmişte örneğin Milletler Cemiyeti Konseyi; Saar, Danzig gibi çeşitli yerleri uluslararası denetim altına koymuştu. BM dönemindeki ilk örneklerse Batı Irian (West Irian) üzerinde vesayet rejimi, Kudüs'ün ve Trieste'nin uluslararasılaştırılmasına ilişkin planlardır. Bununla birlikte son yıllarda böyle yönetimler yalnızca sayı itibarıyla artmamış fakat dikkate değer şekilde kalite ve kapsam kazanmıştır.⁷² Altıncı seçenek, bölgesel sorunları çözmek isteyen devletlerin katıldığı bir tür "komşuluk izleme sistemini" teşvik etmektir. Nitekim Batı Afrika Ekonomik Topluluğu (ECOWAS) Liberya ve Sierra Leone'ye

⁶⁹ François, Monika ve Inder Sud, **a.g.m.**, ss.154-156.

⁷⁰ Rotberg, Robert I., "The New Nature of ...", **a.g.m.**, ss.94-96.

⁷¹ Hamre, John J. ve Gordon R. Sullivan, **a.g.m.**, ss.87-88.

⁷² Thüner, Daniel, **a.g.m.**, ss.757-758.

karma nedenlerle müdahale etmiştir.⁷³ Yedinci seçenek, çatışmanın taraflarından birisinin güç kazanmasını ve ülkeyi yeniden şekillendirmesini ümit etmektir. Bu, çıkarların ve beklentilerin çok olduğu yerlerde uygulanan oldukça riskli bir stratejidir. Sekizinci ve son seçenek ise bölgesel istikrarın, güvenliğin ve ekonomik gelişmenin sağlanması için çatışma sonrası yeniden yapılandırmadır.⁷⁴

Devlet başarısızlığı ve çökmesi olgusuna uluslararası hukuk açısından baktığımızda ilgili devletlerin, pratikte kendi kaderine terk edilmedikleri gözlemlenmektedir. Uluslararası toplum “başarısız devlet” problemine, devletlerin yeniden istikrara kavuşturulması yöntemiyle yanıt vermiş; böylece ulus devletin merkeziliği uluslararası düzenin temel yapı taşı olarak teyit edilmiştir. Zira devletler çöktüğünde dahi, sınırları ve kişiliği sorgulanmamıştır. Böyle “hayali” devletler, uluslararası örgütlerdeki üyeliklerini kaybetmemişler ve bir bütün olarak diplomatik ilişkileri sağlam kalmaya devam etmiştir. Bunların yeni sözleşme yükümlülükleri altına girmeleri mümkün olmamasına karşın önceden akdettiği Uluslararası Hukuk sözleşmeleri yürürlükte kalmaya devam etmiştir.

Uluslararası toplum, acil insani ve güvenlik sorunları doğuran başarısız ve çökmüş devletleri, barış koruma (*peace-keeping*) ve barış sağlama (*peacemaking*) ve ulus inşasına (*nation-building*) uzanan bir dizi yöntemle “işlevsel devlet” kategorisine çıkartmaya çalışmaktadırlar.⁷⁵ Ne var ki burada temel sorun zayıf devletlere yönelik uluslararası müdahaleleri açıklamada kullanılan “çatışma sonrası barış inşası (*peace-building*)”, “ulus inşası (*nation-building*)” ve “devlet inşası (*state-building*)” yöntemlerinin oldukça seçici bir biçimde uygulanması ve müdahale eden devletlerin çıkar ve önceliklerine göre işletilmesidir. Geçmişte dış güçlerin denemiş oldukları ulus inşası denemeleri hayal kırıklığı yaratmıştır. Bu güçlerin içinde en ısrarcı devlet ABD olmuştur. ABD’nin 1900 yılından beri müdahale ettiği 200 tane devletten 17’sini (Irak dâhil) ulus inşası girişimi olarak düşünebiliriz.⁷⁶

Devlet başarısızlığı ve çökmesi olayları karşısında ulus inşası görevini BM’nin üstlenmesi en doğru yol olarak görünmektedir. Ancak bu görevin yerine getirilmesi uluslararası güvenlik hizmetine bir tür polis memuru olarak başlayan Güvenlik Konseyi’ni devletlerin içsel sorunlarını çözmede performans gösteren bir tür “supranasyonal hükümete” dönüşmesini gerektirmektedir.⁷⁷ Bu

⁷³ Bkz., Taşdemir, Fatma, **Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi**, USAK, Ankara, 2006, ss.258-259.

⁷⁴ Hamre, John J. ve Gordon R. Sullivan, “Toward Postconflict Reconstruction”, **The Washington Quarterly**, Cilt 25, No 4, 2002, ss.86-87.

⁷⁵ Brooks, Rosa Ehrenreich, **a.g.m.**, s.1163.

⁷⁶ Fukuyama, Francis, **a.g.e.**, s. 120.

⁷⁷ Thürer, Daniel, **a.g.m.**, s.737.

durum, 1945’lerde oluşturulan ve günümüzdeki tehdit ve meydan okumalara cevap verme kapasitesine sahip olmayan BM sisteminin revizyonunu gerekli kılmaktadır.

Sonuç

Başarısız devletler genel olarak kendi iç düzenlerini oturtamamış, kargaşa ve kaos ortamının olduğu, iç güvenliğin ve yargı sisteminin aşındığı, ayrılıkçı faaliyetlerin gerçekleştiği, sağlıktan, eğitime önemli ekonomik sıkıntıların yaşandığı, mevcut otoriteye karşı güvensizliğin hüküm sürdüğü devletler olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Başarısız devletler de yaşanan bu sorunlar sadece kendi topraklarıyla sınırlı kalmamaktadır. Başarısız devletler başta komşu ülkeler olmak üzere uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması açısından çok önemli sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Bu ülkeler yaşanan iç savaşlardan dolayı büyük çaplı ülke içi yer değiştirmeler ve komşu ülkelere mülteci göçleri yaşamaktadır. Doğan otorite boşluğu sonucu bu bölgeler terör örgütleri için önemli bir sığınak haline dönüşmekte ve insan kaçakçılığında silah kaçakçılığına kadar her tür yasa-dışı faaliyetin gerçekleştiği bir anarşi bölgeleri haline gelmektedir. Tehdidin büyüklüğüne karşı çeşitli politik ya da stratejik belgeler incelendiğinde başarısız devletlerin Batılı devletler tarafından ancak kendi güvenliklerini tehdit ettiğinde önemsendiği görülmektedir. Nitekim ABD ancak 11 Eylül 2001 terör saldırıları sonucunda başarısız devletler ana tehdit olarak değerlendirilmiştir 2002 Ulusal Güvenlik Stratejisi’nde ise ABD uluslararası hukuk normlarını hiçe sayarak gerektiğinde tek başına hareket geçerek potansiyel tehditlere karşı meşru müdafaa hakkını kullanabileceğini deklare etmiştir.

Başarısız devletler zayıflıkları ile uluslararası dış müdahalelere kapı aralamaktadır. Ne var ki bu müdahaleler, müdahale eden devletlerin çıkarlarına hizmet etmektedir. Uluslar arası barış ve güvenliğin sağlanması açısından başarısız devletleri işlevsel hale getirecek politikalar ve müdahaleler BM tarafından uluslararası toplum adına ve yararına gerçekleştirilmelidir.

KAYNAKÇA

Bailey, Allison, *We Shall Not Pass This Way Again: State-Building and the Long-Term Resolution of Civil Conflict*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), M.A. Emory University, 2004

Boas, Morten, Kathleen M.Jennings, "Insecurity and Development: The Rhetoric of the 'Failed State'", **The European Journal of Development Research**, Cilt 17, Sayı 3, 2005

Brooks, Rosa Ehrenreich, "Failed States, or State as Failure?", **The University of Chicago Law Review**, Cilt 72, No 4, 2005, ss.1159-1196

Carment, David, "Assessing State Failure: Implications for Theory and Policy", **The World Quarterly**, Cilt 24, No 3, 2003

Carment, David, John J. Gazo ve Stewart Prest, "Risk Assessment and State Failure", **Global Society**, Cilt 21, Sayı 1, Ocak 2007.

Crocker, Chester A., "Engaging Failing States", **Foreign Affairs**, Cilt 82, No 5, 2003, ss.32-44.

Dobbins, James, "The UN's Role in Nation-building: From Belgian Congo to Iraq", **Survival**, Cilt 46 No 4, Kış 2004-2005.

Fearon, James D. ve David D. Laitin, "Ethnicity, Insurgency, and Civil War", **American Political Science Review**, Cilt 97, Sayı 1, 2003, ss.75-90.

Fukuyama, Francis, **Devlet İnşası: 21. Yüzyılda Dünya Düzeni ve Yönetişim**, (çev: Devrim Çetinkasap), Remzi Kitabevi, İstanbul, 2004.

Grant, Thomas D., "Partition of Failed States: Impediments and Impulses", **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Cilt 11, 2004.

Guilfoyle, Douglas," The Laws of War and the Fight Against Somali Piracy: Combatants or Criminals?", *Melbourne Journal of International Law*, Cilt 11, 2010, s.141-153.

Hamre, John J. ve Gordon R. Sullivan, "Toward Postconflict Reconstruction", **The Washington Quarterly**, Cilt 25, No 4, 2002.

Helman, GERAL B. ve Steven R. Ratner, "Saving Failed States", **Foreign Policy**, Cilt 89, Sayı 3, 1992-1993.

Herbst, Jeffrey, "Responding to State Failure in Africa", **International Security**, Cilt 21, Sayı 3, 1996-97.

Jackson, R. H., "Quasi-States, Dual Regimes, and Neo-classical Theory: International Jurisprudence and the Third World", **International Organization**, Cilt 41, No 4, 1987, ss. 519-549.

Maass, Gero ve David Mephram, “Promoting Effective States: A Progressive Policy Response to Failed and Failing States”, Institute for Public Policy Research, Londra, Ocak 2004, ss.1-21.

Milliken, Jennifer ve Keith Krause, “State Failure, State Collapse, and State Reconstruction: Concepts, Lessons and Strategies”, **Development and Change**, Cilt 33, Sayı 5, Blackwell Publishers, Oxford, 2002, ss.753-774.

Rice, Susan E., **The New National Security Strategy: Focus on Failed States**, Policy Brief #116, The Brooking Institution, Washington D.C., 2003.

Rotberg, Robert I., “The Failure and Collapse of Nation-States: Breakdown, Prevention, and Repair”, **When States Fail: Causes and Consequences** içinde, (ed.) Robert I. Rotberg, N.J. Princeton University Press, New Jersey, 2004.

Rotberg, Robert I., **When States Fail: Causes and Consequences**, Princeton University Press, New Jersey, 2004

Rotberg, Robert I., “The New Nature of Nation-State Failure”, **The Washington Quarterly**, Cilt 25, Sayı 3, 2002.

Snow, Donald M., **Uncivil Wars, International Security and the New Internal Conflicts**, Lynne Rienner Publishers, Boulder, Londra, 1996.

Sulmasy, Glenn M., “The Law of Armed Conflict in the Global War on Terror”, **Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy**, Cilt 19, 2005, ss. 309-316.

Taşdemir, Fatma, **Uluslararası Terörizme karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi**, USAK, Ankara, 2006,

Thürer, Daniel, “The “Failed State” and International Law”, **International Review of the Red Cross**, No 836, 1999.

Yoo, John, “Fixing Failed States”, **California Law Review**, Cilt 99, sayı 95, 2011, ss.95-150.

Zartman, I. William, “Introduction: Posing the Problem of State Collapse”, **Collapsed States: The Disintegration and Restoration of Legitimate Authority** içinde, (ed.), I. William Zartman, Boulder, CO: Lynne Reinner Publishers, 1995.

İnternet ve Diğer Kaynaklar

Boutros-Ghali, Boutros, **An Agenda For Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peacekeeping**,
http://www.un.org/en/sc/repertoire/8992/Chapter%208/GENERAL%20ISSUES/Item%2029_Agenda%20for%20peace_.pdf, (erişim: 31.12.2012.)

Rice, Susan E. & Stewart Patrick, Index of State Weakness in the Developing World, **Brookings Institution**, 2008, ss.10–11, http://www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2008/2/weak%20states%20index/02_weak_states_index, (erişim: 24.12.. 2012).

Rada, Peter, “Rebuilding of Failed States”, Budapeşte, 31 Ağustos 2007, s.2, <http://turin.sgir.eu/uploads/Rada-Peter%20Rada,%202007,%20Rebuilding%20of%20failed%20states.pdf>, (23.12.2012).

Report of the Secretary General’s High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, U.N., G.A., A/59/565, 2 Aralık 2004, <http://www.un.org/secureworld/report.pdf>, (erişim: 24.12.2012).

The National Security Strategy of the United States of America, Washington: White House, September 2002, ss.5, 24, <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf> (erişim: 24.12.2012).

United Nations Secretary-General Boutros Boutros Ghali of the United Nations Congress on Public International Law: Towards the Twenty-First Century: International Law as a Language for International Relations (13-17 Mart 1995, New York), Documents, <http://www.un.org/law/books/IntlLawAsLanguageForIntlRelations.pdf>, (erişim: 24.12.2012).

"Failed States and International Security: Causes, Prospects, and Consequences" Purdue University, West Lafayette, 25-27 şubat, 1998, http://www.comm.ucsb.edu/faculty/mstohl/failed_states/1998/papers/gurr.html, (erişim: 23.12.2012).

“Failed States Index”, http://www.foreignpolicy.com/failed_states_index_2012_interactive, (erişim: 8.11.2012).

The World Bank, Int’l Dev. Ass’n, Operational Pol’y & Country Serv. & Res. Mobilization Dep’t, Operational Approaches and Financing in Fragile States, 2 Haziran 2007

Foreign Policy, “The Failed State Index 2009”, http://www.foreignpolicy.com/articles/2009/06/22/the_2009_failed_states_index (erişim: 2 Ekim 2011).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/475?OpenDocument>, (erişim: 31.12.2012).

Millitary and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, parag.218, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>, (erişim: 31.12.2012).

YÜKSEKÖĞRETİM KURULUNUN ÖĞRETİM ÜYELERİ HAKKINDA İSTİHBARAT TOPLAMA YETKİSİ VAR MIDIR?

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa Yaşar DEMİRCİOĞLU**

ÖZET:

Yaşanan askeri darbeler, demokrasi dışı müdahaleler ve muhtıralar nedeniyle ülkemizin modern bir demokrasiye sahip olma süreci Cumhuriyetin kuruluşundan günümüze kadar pek çok kez sekteye uğramıştır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, kendi hakim ideolojisini koruma ve yerleştirme adına çoğu zaman kendi vatandaşlarına güvenememiş, onları dini, dünyevi, felsefi inanç ve düşüncelerine göre çeşitli gruplara ayırarak takip etmiştir. Güvenlik soruşturması adı altında yasal bir dayanağa kavuşturulmaya çalışılan bu güvensizlik süreci, vatandaşların kamu hizmetlerine girmelerinde önemli bir değerlendirme ölçütü olarak varlığını korumuştur. Bu güvensizlik ortamında kendi vatandaşlarını iç tehdit olarak algılayan devlet doğal olarak ifade hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, düşünce ve kanaat hürriyeti gibi pek çok anayasal hak ve özgürlüğü de sınırlandırmıştır. Bu baskıcı uygulamalardan en fazla etkilenen kişi ve kurumların başında Üniversiteler ve üniversitelerde görevli öğretim üyeleri yer almaktadır. Öğretim üyeleri özellikle tam demokrasiden uzaklaşıldığı ara rejim dönemlerinde rejim için tehdit ve tehlikeli görülerek haklarında disiplin soruşturmaları açılmış ve üniversitelerinden tasfiye edilmişlerdir. Bu faaliyetlerin ifa edilmesinde kanunlar tarafından kendilerine bu şekilde bir yetki verilmemesine rağmen gerek Üniversite Rektörlükleri ve gerekse Yükseköğretim Kurumu Başkanlığı istihbarat faaliyeti yürüten bir güvenlik birimi gibi aktif rol almış, güvenlik soruşturması adı altında pekçok üniversite öğretim üyesi dini inanç, düşünce ve fikirlerine göre fişlenerek üniversitelerden uzaklaştırılmıştır.

ANAHTAR KELİMELELER: *Üniversiteler, Güvenlik Soruşturması, İstihbarat, Din ve Vicdan Hürriyeti, İfade Hürriyeti, İç Tehdit.*

ABSTRACT

Because of experienced military coups, undemocratically interventions, and memorandums issued by the military authorities, our country's process to meet well institutionalized democracy since the foundation of the Republic until our contemporary time has been interrupted several times. State of Turkish

* İpek Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi. Bu makale, 24-25 Nisan 2013 tarihinde Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından yapılan Kriz Kritik Konferansında sunulan bildirinin genişletilmiş halidir.

Republic has not trusted its own citizens most of the time for the sake of saving and asserting its own dominant ideology; and has classified and traced its people under sects of several religious, materialistic, philosophical ideologies and faiths. This distrust period which has been tried to be legitimized under security investigation existed as an important measure for employment of citizens in government services. Within this distrust environment, the state that perceives its own citizens as an internal threat has brought naturally limitations on many constitutional right and freedoms such as freedom of thought and faith. One of the most influenced real persons and institutions which have been affected by these oppressive applications is entity of university; and accordingly faculty members who are employed by these universities. Especially faculty members were seen as dangerous and threat for the regime during interim regime periods during which democracy was interrupted; and following quasi-discipline investigations carried out about them, they were discharged from universities. Along with these periods, although university rectorships were not authorized by the law, both rectorships and the Council of Higher Education acted actively as a security unit which conduct intelligence gathering, and kept record of faculty members and discharged many faculty members from universities based on their ideology, faith, and opinion under the name of security investigation.

KEY WORDS: *Universities, Security Investigation, Intelligence, Freedom of Conscience and Religion, Freedom of Expression, Internal Threat.*

GİRİŞ

22.02.2012 tarihinde Ankara Cumhuriyet Savcılığı talimatını ellerinde taşıyan polisler YÖK Başkanlığına giriş yaptılar. Polislerin ellerinde bulunan Savcılık talimatında “Çok Acele ve Gizli” kaydı ile YÖK Başkanlığı bünyesinde bulunan “Toplumsal Faaliyetler Birimi” nin tüm dosyaları ve yazışma asıllarının emniyet görevlilerine teslim edilmesi emrediliyordu. Toplumsal Faaliyetler Birimi tüm üniversitelerdeki eylemleri yönlendirmek, üniversite öğretim elemanları ve öğrencileri takip etmek, haklarında din, mezhep, ırk, siyasi düşünce, felsefi inançlarına göre istihbari çalışmalar yapıp bilgi toplamak üzere kurulmuş bir birimdir. İlerleyen günlerde söz konusu birim Yükseköğretim Kurumu Teşkilat Yapılanması içinde kaldırılmasına ve kapatılmasına rağmen, kaldırıldığı tarihe kadar Üniversitelerdeki öğretim üyeleri hakkında yürütülen yasadışı istihbarat ve bilgi toplama faaliyetlerini muhafaza eden bir birim olarak görevini devam ettirmiştir. Bu makalede 1996-2007 yılları arasında Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından Türkiye’de bulunan üniversitelerdeki öğretim üyeleri ve aileleri hakkında yapılan istihbari bilgi toplama işlemleri ile güvenlik soruşturması işlemleri hakkında örneklerle yer verilerek bu işlemlerin idare hukuku çerçevesinde yasal dayanağının bulunup bulunmadığı hususunda açıklamalara yer verilecektir. Bu çerçevede özellikle Türk Silahlı Kuvvetlerinde yapılan güvenlik soruşturması işlemlerine de makalede yer verilmektedir. Zira uygulamalardan anlaşıldığı üzere Yükseköğretim Kurulu’nun, silahlı kuvvetlerin kendi mevzuatı çerçevesinde yaptığı istihbarat toplama ve güvenlik soruşturması işlemlerinden etkilendiği, silahlı kuvvetlere ilişkin mevzuatı (özellikle iç tehdit algılaması ve öğretim üyelerinin aile üyelerine yönelik istihbarat çalışmaları açısından) kendi görev ve yetki algılaması çerçevesinde uygulamaya koyduğu görülmektedir. Bu uygulamalar; ara rejim dönemlerinde Yükseköğretim Kurulunun; Türk yükseköğretim sisteminde düzenleyici ve denetleyici kurul olmasından ziyade bir iç güvenlik kolluk birimi gibi militarist bir anlayışla yönetildiğinin de delili niteliğini taşımaktadır.

A. YÜKSEKÖĞRETİM KURULUNUN KENDİ ANLAYIŞINA GÖRE OLUŞTURDUĞU GÖREV VE YETKİ TANIMI VE İDARENİN KANUNİLİĞİ

Kamu kurumlarının (Dolayısıyla Yükseköğretim Kurulunun ve Üniversitelerinin) görev ve yetkilerinin sınırları açıkça ilgili kanunlarda belirlenmiştir. İdare Hukukunda "yetki", idareye Anayasa ve yasalarla tanınmış olan karar alma gücünü ifade eder ve idari işlemlerin en temel ögesini oluşturur¹. Bir kamu dü-

¹ Yetki; İdare Hukuku alanında karar almada belirli kişi, kurul, organ ve makamların anayasa ve yasalarla yetkili kılınmış olmasını ifade eder. İdari işlemin, idari teşkilat içerisindeki herkes tarafından değil, yalnızca anayasa ve kanunlarla idare adına irade açıklama yetkisine sahip kılınmış kişilerce, yani hukuk kuralları ile belirlenmiş ve sınırlanmış idari makamlar tarafından yapıla-

zeni sorunu olan yetki, yasa koyucu tarafından hangi makam veya merciye verilmiş ise, ancak o makam veya merci tarafından kullanılabilir. Bu bakımdan, yasanın açık izni olmadıkça yetkili makam veya mercinin yetkisini devretmesi olanaklı değildir. Aktarılan nitelikleri gereği, idare hukukunda yetkisizlik kuralı, yetkili olmak istisnadır. Bu itibarla, yetki hükümlerinin sınır ve çerçevesinin yasayla açıkça çizilmesi gerekir ve genişletici yoruma tabi tutulamaz. Anayasanın 6. maddesindeki, kimsenin kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı kuralı ve 123. maddesindeki “idarenin kanuniliği” ilkesi gereği idare, Anayasa ve yasalarla düzenlenen görev ve yetki sahası içinde faaliyette bulunmak zorundadır. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin açık bir biçimde kanunla düzenlenmesini gerekli kılar². İdare hukukunda idarenin kanuniliği “idarenin kanuna dayanması (idarenin secundum legem özelliği)” ve “idarenin kanuna aykırı olmaması (idarenin intra legem özelliği)” şeklinde bu temel ilke kabul edilmektedir³. Buna göre kanun, idarenin faaliyette bulunabilmesinin hem şartı hem de sınırır⁴. İdare; kanunla düzenlenmiş bir alanda, kanundan aldığı yetkiye dayanarak ve kanunla çizilen sınırlar içerisinde eylem ve işlemlerini (idari fonksiyonu) gerçekleştirebilir⁵. İdarenin kendisine ait keyfi, sınırsız, belirsiz bir hareket alanından bahsedilemez. Bu kural ile birlikte, yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğu da gözetildiğinde, yetki devrinin yasada düzenlenmesi zorunludur. Bu zorunluluk, yetkili organ veya makamın, dolayısıyla işlemin yetki unsuru yönünden hukuka uygun olup olmadığının tespitine de olanak sağlamaktadır⁶.

bilme yeteneğidir. **ATAY**, s. 372.; İdare hukukunda yetki; hukuksal güç denmektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi gereğince idareye tanımayan bir yetki kullanılmayacağı gibi, idareye tanıyan yetki de mutlaka kullanılmalıdır. Eğer idareye yasalarla tanıyan yetkinin dışına çıkılmışsa veya bu yetki hiç kullanılmamışsa yapılan idari işlem yetki yönünden hukuka aykırı olur. **YILDIRIM-Sözlük**, s. 572.; Her türlü yetki kuralları başta anayasa olmak üzere kanunlarla belirlenmiştir. İdarenin herhangi bir kanundan yetki almadan bir temel hak ve özgürlüğü sınırlayıcı karar alması mümkün değildir. Anayasanın 123.maddesinin 1.fikrasına göre idarenin görevleri kanunla düzenlenir. İdare ancak kanunlarla kendisine bırakılmış alanlarda faaliyet gösterebilecektir. İdare, anayasa veya kanunların başka devlet organlarına bıraktığı alanlarda idari karar alması mümkün değildir. Yetki unsuru; Anayasa ve kanunların bazı idari makam ve organlara tanıdığı karar alabilme, işlem yapabilme güç ve yeteneğini ifade etmektedir. **GÜNDAY**, s. 124.

² **ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**, Esas Sayısı: 2012/27 Karar Sayısı: 2012/173, Karar Günü: 8.11.2012 R.G. Tarih-Sayı: 28.03.2013-28601, **ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**, Esas Sayısı: 2009/90, Karar Sayısı: 2011/47, Karar Günü: 10.3.2011, R.G. Tarih-Sayı 14.05.2011-27934

³ **GÖZLER**, s. 62-63.

⁴ **ÖZBUDUN**, s. 185, **GÖZLER**, s. 62.

⁵ **GÖZLER**, s. 62-63.; **YILDIRIM**, s. 220-221., **GÜNDAY**, s. 41-44., **ÖZBUDUN**, s. 184-185. **ATAY**, s. 100-101, **AKILLIOĞLU-İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku**, **KALABALIK**, s. 41.

⁶ **DANIŞTAY ONUNCU DAİRE** Esas No: 2008/1207 İtiraz Yolu ile Anayasa Mahkemesine Başvurulması Kararı.

Anayasa'nın 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevi düzenlenmiştir. Yasakoyucu belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak Yasa'nın uygulanmasını sağlayacaktır. Esasen Anayasa'nın 8. maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa'ya ve yasalara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir hükmünün anlamı budur. Bu kurallara göre yasakoyucunun genel kuralları koyup, düzenlenecek olan alanın esaslı konularının kanunda yeterince belli edilmiş, amaç ve hedefin açıklanmış, sınırlarının ve çerçevesinin yeterince belirlenmiş olması, yürütmenin yapacağı düzenlemenin ölçüsünü vermesi, Anayasa'nın öngördüğü yürütmenin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek nesnel kurallara bağlaması gerekmektedir. Böyle bir kanuna dayanarak yürütme organının yapacağı işlemler de, objektif nitelik taşımalı, keyfi uygulamalara sebep olacak çok geniş takdir yetkisi vermemelidir. Anayasa'da belirtilen kimi ayrık durumlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin özel hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır⁷.

Hukuk devleti ilkesi, yürütme organının faaliyetlerinin yönetilenlerce belli ölçüde öngörülebilir olmasını, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesini, ekonomik ve sosyal yaşamlarındaki tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesini gerektirir. Zira hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesi, idarenin keyfi hareket etmesini engeller. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her türlü işlem ve eylemi hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir⁸.

Bu çerçevede inceleme kapsamımız içerisinde bulunan gerek Yükseköğretim Kurulunun, gerek Üniversitelerarası Kurul'un ve gerekse Üniversitelerin sahip oldukları yetkiler Anayasa ve ilgili Kanunlarda belirlenmiş olup bu kurumların da mevzuat gereği yasal sınırları çizilen görev ve yetki sınırları çerçevesinde faaliyette bulunmaları esastır. Mevcut mevzuat hükümleri gereğince YÖK, ÜAK ve Üniversitelerin görev ve yetkilerinin ilgili mevzuatlarında belirlenmesi yanında bu kurumlarda görev yapan öğretim elemanlarının görev, yetki ve sorumlulukları ile hangi davranışlarının suç sayılacağı ve cezalandırılacağı da ilgili mevzuatta düzenlenmiştir. Buna karşılık, özellikle ara rejim dönemle-

⁷ **ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**, Esas Sayısı: 2008/31, Karar Sayısı: 2011/94, Karar Günü: 9.6.2011, R.G. Tarih-Sayı: 21.10.2011-28091.

⁸ **ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**, Esas Sayısı: 2008/115, Karar Sayısı: 2011/86, Karar Günü: 2.6.2011, R.G. Tarih-Sayı: 17.03.2012-28236

rinde YÖK, ÜAK ve Üniversitelerin yasalarla belirlenen görev ve yetki sınırlarının dışına çıkarak kendileri için yeni görev ve yetki tanımları ile yeni misyonlar belirleyebildikleri görülmektedir. Mevzuatta YÖK'e bu şekilde bir görev ve yetki verilmemiş olsa da öğretim üyeleri hakkında istihbari bilgi toplama ve değerlendirme işlemlerini YÖK bünyesinde oluşturulan "Toplumsal Faaliyetler Birimi" isimli bir oluşum yürütmüştür. Bazı dönemlerde YÖK'ün; "iç güvenlik" ve "iç tehdit", "milli güvenlik"⁹, "ulusal güvenlik" konularında¹⁰ değerlendirmeler yapıp icrai işlemler tesis ettiği, istihbarat¹¹ faaliyetleri yürüttüğü görülmektedir. Ancak bu yapılanmanın 2547 sayılı Kanun'da gerek teşkilat yapısı ve gerekse görev/yetki bağlamında bir statüsü bulunmamakta olup YÖK eski Başkanı Prof. Dr. Erdoğan Teziç tarafından da bu durum ifade edilmiştir¹².

⁹ 9 Kasım 1983 tarihli 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nun 2. maddesine göre Milli Güvenlik; Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması, Devletin Milli Güvenlik Siyaseti; milli güvenliğin sağlanması ve milli hedeflere ulaşılması amacı ile Milli Güvenlik Kurulunun belirlediği görüşler dahilinde, Bakanlar Kurulu tarafından tespit edilen iç, dış ve savunma hareket tarzlarına ait esasları kapsayan siyaseti ifade eder. Milli Güvenlik Kurulunun görevleri ayrıca Anayasanın 118.maddesinde düzenlenmiştir. MGK hakkında daha geniş bilgi için bkz. GÖZLER, s. 150-153. YILDIRIM-SÖZLÜK, s. 398., GÜNDAY, s. 384-388.

¹⁰ Ulusal güvenlik, ulus devletlerin güvenliklerini sağlamaya yönelik temel endişelerini ifade etmekte kullanılan bir kavram olup Devlet güvenliği veya milli güvenlik olarak da ifade edilmektedir. Amaç; "devlet denen soyut hukuki tüzel kişiliğe sahip varlığın, iç ve dış her türlü tehlikelere karşı korunmuş olarak varlığını hukuki, sosyal ve bağımsız olarak sürdürmesi" dir. Öncelikle korunması gereken değer ulus devlet sistemidir ve ulusal güvenlik kavramının daha ziyade ulus devlet anlayışının esas olarak egemen olduğu bir dünyada / zaman aralığında anlam taşımaktadır. BEREN, Fatih- İç Güvenlik İstihbaratında Saydamlık – Etkililik İlişkisi, s. 30.

¹¹ Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliğinin 4/j bendine göre istihbarat; "Çeşitli kaynak ve araçlardan elde edilen haberlerin sınıflandırılması, kaydı, kıymetlendirilmesi ve yorumlanmasından çıkarılan sonucu" ifade etmektedir.

¹² ERDOĞAN TEZİÇ – *Dönemimde çalışma yaptırmadım ben. Çünkü ortada YÖK'ün kendi iç yapılanması var. Bunun yapacağı incelemeler daha çok politik olaylarla ilgili bir değerlendirmeye doğru uzanacağı için, bizim bu alanda bir faaliyet göstermemizin gereği yoktur. Çünkü gereken bilgiler Başbakanlıktan talepler bize geliyor zaman zaman. Mesela deniyor ki: "Türkiye'deki misyonerlik faaliyetleriyle ilgili üniversitelerden bir çalışma veya bir değerlendirme isteniyor."* Üniversitelere yazıyoruz biz, onlardan değerlendirme raporlarını alıp yine Başbakanlığa gönderiyoruz. Artı o zamanlar çok yaygın olan Ermeni olayları söz konusuydu. Onunla ilgili bir çalışma istenmişti, onu da üniversitelere böyle yazdık. Sonra Kıbrıs'la ilgili benden bir şey istemişti Gürüz, o zaman yetişmemişi, ayrıldıktan sonra o raporu ben hazırlamıştım, çünkü Kıbrıs üzerine bir kitabımız da vardı üç arkadaşla birlikte. Onları böyle rapor hâlinde zaten iletiyoruz. İki kişi var orada, o iki kişinin de o olaylara nüfuz edip onları değerlendirme şeyleri ne olacaktır, orada endişelerim vardı "Buna gerek yok." dedim. Niçin biz bu alana gireceğiz? Oradaki büroyu da devre dışı bıraktık.

http://www.tbmm.gov.tr/arastirma_komisyonlari/darbe_muhtira/docs/tutanak_son/28_subat_alt_komisyonu/28_subat_alt_komisyonu/28.06.2012/Erdo%C4%9Fan%20Tezi%C3%A7-28-06-2012.pdf

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu¹³'nin "Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri" başlığını taşıyan 4. maddesinin a bendinde iç ve dış tehditlere karşı istihbarat görev ve yetkisinin kimde olduğu açıkça düzenlenmiştir. Buna göre göre;

Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak,

Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri arasındadır. Bu görevin bir başka devlet kuruluşu ve hele ki yükseköğretim kurumları tarafından yürütülmesi başlı başına hukuka aykırı bir durum oluşturacaktır.

Ancak bu açık görev ve yetki tanımlaması yanında 2937 sayılı Kanunda "Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görev ve yükümlülükleri" başlığı altındaki 5. maddede Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının Devlet istihbaratına ilişkin görevleri de belirlenmiştir. Buna göre Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarata ilişkin görevleri;

a) Kendi konularında;

1. Görevlerinin gerektirdiği istihbaratı oluşturmak,
2. MİT tarafından istenecek haber ve istihbaratı elde etmek,
3. İstihbarata karşı koymak.

b) Elde ettikleri milli güvenliğe ilişkin haber ve istihbaratı anında MİT'e ulaştırmak.

olarak sayılmaktadır. Kanun maddesinde geçen "**görevlerinin gerektirdiği istihbaratı oluşturmak**" ifadesindeki muğlaklık, görev ve yetki ölçüsü ile sınırının ne olduğunun belirsizliği ülkemizde yaşanan keyfi ve kötünietli uygulamalara da zemin hazırlayacak bir hukuki altyapı oluşturmaktadır. Makalenin ilerleyen bölümlerinde belirtildiği üzere YÖK ve Üniversiteler tarafından; öğretim üyelerinin milliyet, din, mezhep aidiyetleri, eşleri ve çocuklarına ilişkin istihbari bilgi toplama, disiplin soruşturması açma ve görevlerine son verme faaliyetlerinin; 2937 sayılı Kanun'da geçen; "**görevlerinin gerektirdiği istihbaratı oluşturmak**" şeklinde belirtilen görev ve yetki çerçevesi ile ne şekilde bağdaştırıldığı da tartışma konusudur.

¹³ Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 3/11/1983 Sayı: 18210

YÖK, Üniversitelerarası Kurul ve Üniversiteler “**Kamuoyu Duyurusu**” adı altında yayınladığı siyasi ve ideolojik mesajlarla toplumu yönlendirmeye ve harekete geçirmeye çalışmıştır¹⁴. Kimi zaman; “laik demokratik cumhuriyete¹⁵ sahip çıkma” kimi zaman “çağdışı irticai görüşlerle mücadelede” edilmesi yolunda kendisine misyon belirleyen Kurul çoğu zaman siyasi otoriteyi ve hükümeti “Gaflet yahut delalet içerisinde bulunup Türkiye’yi bölmek isteyenlere destek olanlar” sözleriyle işaret etmekte, Türk Yükseköğretiminin başında bulunan Yükseköğretim Kurulu Başkanını istifaya veya ülke Cumhurbaşkanı, “görevini yapmaya” davet edebilmektedir. Ülkede ne zaman tam demokrasi anlayışından uzaklaşılsa birden bire üniversiteler ve rektörler ortaya çıkmakta, rejimin muhafazası, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünü koruma görevinin üstlenildiği bir kahramanlık gösterisine ülke sahne olmaktadır.

¹⁴ Üniversitelerarası Kurul bu zamana kadar politik içerikli pek çok bildiri yayımlamış, siyasi sorun ve tartışmalarda her zaman müdahil olmuştur. Hatta ülke siyasetine müdahil olunmasını görev ve yetki sınırları içerisinde kabul etmektedir. Bazı bildiri örnekleri aşağıdadır.

Üniversite Rektörlerinin 12 Eylül Darbesi Sonrası Askeri Yönetime Şükran Bildirisi.(1982).

Merve Kavakçı’nın TBMM’ye türbanla girmesi ile ilgili olarak yapılan kamuoyu duyurusu.

Siyasi iktidarın ÖSYM sınav sistemi ile ilgili yapmak istediği değişikliğe ilişkin kamuoyu duyurusu (2001).

Siyasi iktidarın YÖK Kanun değişikliğine yönelik çalışmalarına karşı çıkılması ile ilgili kamuoyu Duyurusu (2003)

YÖK Başkanı Prof.Dr. Yusuf Ziya Özcan’ın istifaya davet edilmesi ile ilgili kamuoyu duyurusu (2008).

¹⁵ 1961 Anayasa’sını hazırlayan komisyon içerisinde yer alan Prof.Dr. Münici Kapani; anayasa-da yer alan laiklik ilkesi hakkında şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “Anayasalarımızda en başta laiklik ilkesi olmak üzere Türk Devriminin temel ilkelerinin korunması kaygısı ön planda gelmektedir. Anayasa, salt hürriyet prensibi adına laiklik ilkesini tartışılabilir ve vazgeçilebilir bir konu olarak saymak yoluna gitmemiştir. Mutlak anlamda bir siyasi liberalizm uğruna toplum düzenini din kurallarına dayandırma çabalarına yeşil ışık yakmamıştır. Çünkü sorun; her şeyden önce Türk Milleti için uygar bir toplum olarak var olmak veya olmamak sorunu idi. Türkiye’de teokratik bir ortaçağ düzeni kurmak isteyenlerin faaliyetlerine göz yummak, ülkenin çağdaş uygarlık düzeyinden uzaklaşmasını ve belki de yüzyıllar gerisine doğru bir dönüş yapmasını göze almak demektir. Anayasa bu dönemde böyle bir riski göze almak istememiştir”. **KAPANI**, s. 125. Buna karşılık Prof.Dr. Mustafa Erdoğan laiklik ilkesine başka bir açıdan yaklaşmakta, pratik uygulamada “laikçiliğin” demokrasi ile bağdaşmadığını savunmaktadır. “Din karşıtlığı politikası biçiminde anlaşılan sözde laiklik-yani laikçilik- demokrasi ile uyumsuz. Laikçi bir devlet ve politika hem özgürlük karşıtı hem de eşitliğe aykırı olmaya mahkumdur. Çünkü böyle bir devlette hukuki ve siyasi kararlar en başta vatandaşların din özgürlüklerini tahrip eder ve dindarlar aleyhine ayrımcılık yapar. Ayrıca demokrasi eğer “halkın yönetimi” ise onun dindar vatandaşları da temsil etmesi ve onların taleplerine karşı da duyarlı olması zorunludur. Kaldı ki dindar vatandaşların çoğunlukta olduğu bir ülkede laikçi politikaların pratik anlamı “halk”ın reddi demektir. Böyle bir rejime demokrasi denemeyeceği ise açıktır”. **ERDOĞAN**, s. 276.

B. TÜRKİYE’DE ÜNİVERSİTELERDE SİYASİ VE İDEOLOJİK TASFİYE DÖNEMLERİ

Türkiye Cumhuriyeti kurulduğu yıllardan bu güne ciddi bir özgüven bunalımı yaşamış ve kendi vatandaşlarına bir türlü güvenmemiştir. Cumhuriyetin merkez değerlerini koruma iddiasında olan asker sivil bürokrat seçkinler, bu değerleri koruma adına vatandaşları kategorize etmişler, fişlemişler, hatta potansiyel suçlu olarak görüp çoğu zaman savunmaları dahi alınmaksızın tasfiye etmişlerdir¹⁶. Pekışmemiş demokrasilerde seçkinlerin, rejimin temel kurumlarını benimsemeyen, hatta reddeden grupların tehditlerine karşı uyanık olması, plan yapması ve bir takım tedbirler alması kaçınılmazdır. Ancak bu koruma içgüdüğü ve ihtiyacı, vatandaşlardan “potansiyel suçlu” yaratmaya kadar varmamalı, vatandaşla devleti karşı karşıya getirmemelidir. Aksi takdirde, bizzat korunmak istenen demokrasi yara alacaktır¹⁷.

Türkiye’de rejim açısından tehdit oluşturabilecek kişi ve grupların olduğu bir gerçektir. Bu kişi ve grupların eylemleri suç oluşturduğu takdirde alınacak tedbirler, uygulanacak yaptırımlar bellidir. Ancak henüz ortada böyle bir suç yokken, sadece eğilimleri, düşünceleri dolayısıyla vatandaşları fişlemek, onlar hakkında rapor tutmak rejimi korumak yerine rejime zarar verecektir. Cumhuriyet, kendine ve vatandaşlarına daha çok güvenmek zorundadır. Kendine güvensiz bir cumhuriyetin, çağdaş pekışmiş demokrasiler arasına katılma şansı yoktur¹⁸.

1. 27 MAYIS DÖNEMİ VE 147’LİKLER

Türkiye’de üniversitelerde siyasi/ideolojik temizlik tasfiye süreçlerinin yaşandığı dönemlerin başında 27 Mayıs Dönemi gelmektedir. 28 Ekim 1960 tarihinde MBK’nın aldığı 114 Sayılı Yasa ile¹⁹ İstanbul, Ankara, İzmir, Atatürk ve İstanbul Teknik Üniversitesine mensup 28 ordinaryüs profesör, 57 profesör, 44 doçent, 6 Başasistan, 11 asistan 1 öğretim görevlisinden oluşan grup üniversiteden tasfiye edilmiştir. 114 sayılı Kanun’un 5. maddesinde; “Bu kanunla görevlerinden affedilenler bir daha üniversitede öğretim üyeliği veya yardımcılığı vazifesi ile görevlendirilemezler” hükmü getirilerek listede ismi bulunan kişilerin Üniversitelerden tamamen tasfiye edilmesi amaçlanmıştır.

2. 12 EYLÜL DÖNEMİ VE 1402’LİKLER

Üniversitelerde siyasi/ideolojik tasfiye süreçlerinin yaşandığı bir diğer dönem 12 Eylül Dönemi olup kamuoyunda “1402’likler” olarak bilinen öğretim

¹⁶ GÖNENÇ, www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/.../cumhuriyetin_ozguven_bunalimi

¹⁷ GÖNENÇ, www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/.../cumhuriyetin_ozguven_bunalimi

¹⁸ GÖNENÇ, www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/.../cumhuriyetin_ozguven_bunalimi

¹⁹ 28.10.1960 tarih ve 10641 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

üyelerine yönelik bir tasfiye süreci yürütülmüştür. Bu dönemde 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'na 2301 sayılı Kanununla eklenen 8. fıkra ile;

“Sıkıyönetim komutanlarının; bölgelerinde genel güvenlik, asayiş veya kamu düzeni açısından çalışmaları sakıncalı görülen veya hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin statülerine göre atanması veya işine son verilmesi, yerel yönetim de çalışanların görevden uzaklaştırılması veya işlere son verilmesi hakkındaki istemleri ilgili kurum ve organlarca derhal yerine getirilir.”

Hükmü yürürlüğe konularak üniversitelerde görevli yüzlerce öğretim üyesinin görevlerine son verilmesi süreci başlatılmıştır. Kanun metnindeki; **“çalışmalarında sakıncalı görülen”** ve **“hizmetleri yararlı olmayan”** ifadeleri ile yüzlerce öğretim üyesinin, işlerine son verilmesi uygulaması yanında bir de kişilik hakları ve manevi değerleri de ayaklar altına alınarak üniversiteleri ile ilişkileri kesilmiştir²⁰. Öğretim üyelerinin üniversiteler ile ilişkisini kesen YÖK yönetimi ÜAK toplantısında aldığı bir başka kararla Kenan Evren'e fahri doktora ve fahri profesörlük payesi vermiştir²¹.

1402 sayılı Kanun gerekçe gösterilerek görevlerine son verilen kamu görevlileri hakkında daha sonra 4045 sayılı “Güvenlik soruşturması, bazı nedenlerle görevlerine son verilen kamu personeli ile kamu görevine alınmayanların haklarının geri verilmesine ve 1402 numaralı sıkıyönetim kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin kanun” yürürlüğe konularak bu kişilerin görevlerine iadelerinin sağ-

²⁰ 1402 sayılı kanunla işlerine son verilen öğretim üyeleri arasında; Prof. Dr. Erdal İnönü, Prof. Dr. Ali Bozer, Prof. Dr. Ercüment Konukman, Prof. Dr. Emre Kongar, Prof. Dr. Cevat Geray, Prof. Dr. Baskın Oran, Prof. Dr. Servet Armağan, Prof. Dr. Nusret Aras, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, Prof. Dr. Server Tanilli, Doç. Dr. Yücel Sayman, Prof. Dr. Kurthan Fişek, Prof. Dr. Abdülkadir Karahan, Prof. Dr. İdris Küçükömer, Prof. Dr. Süleyman Çetin Özoğul, Prof. Dr. Türker Alkan, Prof. Dr. Cahit Talas, Prof. Dr. Münici Kapani, Prof. Dr. Reşat İzbırak, Prof. Dr. Yaşar Önen, Prof. Dr. Tahsin Özgüç, Prof. Dr. Onur Kumbaracıbaşı, Prof. Dr. Asaf Savaş Akat, Prof. Dr. Nur Vergin, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ gibi isimler yer almıştır. **KÜÇÜKCAN/GÜR-SETA**, s. 133.; 1402 likler hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. **DİNÇ**, s. 41 vd. 12 Eylül darbesi sonrası bir yandan 1402'likler olarak ifade edilen öğretim üyelerinin üniversitelerden ilişkileri kesilirken diğer taraftan 19 Aralık 1983 tarihinde Konya Selçuk Üniversitesinde 15. toplantısını yapan Üniversitelerarası Kurul'a katılan Üniversite rektörleri almış oldukları 1. Sayılı karar ile askeri darbeyi gerçekleştiren komutanlara şükranlarını gösteren bir bildiri yayımlamışlardır. Bildiri metni şu şekildedir. **“Kaçınılmaz 12 Eylül müdahalesiyle kanlı bir iç savaşı ve kardeş kavgasını önleyerek, vatan ve millet bütünlüğümüzü parçalanmaktan kurtaran; milli birlik ve beraberliğimizi, devlet otoritesini üç yıl gibi çok kısa bir süre içinde kuran; üniversitelerimizde eğitim ve öğretimin, huzur ve güvenlik içerisinde yapılmasını sağlayarak yükseköğrenim gençliğimizin arzu edilen düzeyde yetişmesine imkan veren, başta Cumhurbaşkanımız Sayın Kenan Evren'e ve Cumhurbaşkanlığı Konseyi'nin Sayın üyeleri; Nurettin Ersin, Tahsin Şahinkaya, Nejat Tümer, Sedat Celasun'a ve şükran duygularımızın arzına oybirliği ile karar verilmiştir.”**

²¹ Üniversitelerarası Kurul'un İstanbul Üniversitesi'nde yaptığı 29 Aralık 1982 tarih ve 7 sayılı toplantıda 3 sayılı aşağıdaki karar alınmıştır. **“Sayın Cumhurbaşkanımız Kenan Evren'e Üniversitelerimiz adına İstanbul Üniversitesince törenle Fahri Hukuk Doktorası ve Fahri Üniversite Profesörlüğü unvanı verilmesine karar verildi”**.

lanması hususunda önemli adımlar atılmıştır. 4045 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu önemli bir diğer gelişme ise Kanun'un Geçici 4. maddesi ile kamu görevlileri hakkında tutulan fişleme kayıtlarının silinmesine yönelik olmuştur.

İlgili maddede; “*Bu Kanuna dayalı olarak çıkartılacak yönetmelik uyarınca güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına tabi olacaklar ile Kanunun 1'inci maddesi kapsamı dışında kalanların; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış bulunan güvenlik soruşturması sonucunda ilgililerin dosyasına konulmuş olan ve mahkemelerce verilen cezalara ilişkin adli sicil kayıtları dışındaki kayıt ve fişler ilgilinin başvurusu aranmaksızın dosyadan çıkartılır*” hükmüne yer verilerek geçmiş döneme ilişkin fişleme kayıtlarının silinmesi hususu düzenleme altına alınmıştır.

3. 28 ŞUBAT DÖNEMİ

28 Şubat dönemi ve sonrasında takip eden yıllar Üniversitelerarası Kurul'un ülkede siyasi/ideolojik söylemlerinin en uç noktaya çıktığı tarihler olmuştur. Bu dönemde Kanunla kendisine verilen yetki sınırları çerçevesinde; bilimsel araştırma ve yayın kalitesinin koordine edilip artırılmasını kendisine hedef edinmesi gereken Kurul ülkede mücadeleci bir kolluk birimi gibi, “rejim muhafızı” misyonunu üstlenerek rejimi koruma görevine kendisini adanmış görünmektedir. ÜAK bu yıllarda toplumsal mühendislik stratejileri belirleyip uygulayan, toplumu harekete geçirmeyi, seçilmiş hükümetlere karşı itaatsizliği ve başkaldırıcıyı tetiklemeye çalışan bir Kurul olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu güvensizliğin en bariz şekilde hissedildiği ve güvensizliğin tasfiye aşamasına dönüştüğü yerlerin başında ise Üniversiteler gelmiştir. YÖK, ara rejim dönemlerinde “**toplumsal mühendislik**” faaliyetlerinin yoğun olarak yürütüldüğü kurumların başında gelmektedir. Bu dönemlerde gücünü, enerjisini, varlık gayesini, misyonunu kendi anlayışına göre kurguladığı “**devleti korumak**” ilkesine vakfeden YÖK bir mücadeleci kolluk birimi gibi planlı, istemli ve profesyonel olarak Üniversitelerde öğretim üyeleri hakkında yasadışı istihbari işlemleri ve tasfiye süreçlerini yürütmüştür.

1995-2007 yılları arasında YÖK Başkanlığı bünyesinde kurulan “Toplumsal Faaliyetler Birimi” tarafından öğretim üyelerine ait kişisel ve ailevi bilgiler yasadışı olarak takip edilip dosyalanarak yasadışı bir istihbarat mekanizması kurulmuş, bu mekanizma çerçevesinde elde edilen bilgiler esas alınarak;

- Tüm idari atamalar (rektörlük, dekanlık, müdürlük, bölüm başkanlığı vb.),
- Yurtdışına burslu olarak gönderilen lisansüsü öğrencilerinin geri çağırılması işlemleri,
- Öğretim üyelerinin yurt içindeki başka yükseköğretim kurumlarına görevlendirilmesi işlemleri,

- Öğretim üyeleri hakkında disiplin soruşturması açılmasına yönelik işlemler yasadışı olarak yapılan güvenlik soruşturması ve toplanan istihbarat bilgileri çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Devletin ve cumhuriyetin bekası ve güvenliği adına yapıldığı iddia edilen bu işlemler Türk Yükseköğretim sisteminde çok geniş çaplı bir tasfiye sürecine sebebiyet vermiştir. Yapılan işler devlet adına, kutsaldır ve eleştirilemez işlemler olarak kabul edilmiş, yanlışlarla dolu dahi olsa itaati gerektirmiştir. Bu anlayış zamanla devlet için iş yapanları devletin üstünde, devlet üstü varlıklar haline getirmiş ve bunların hesap sorulabilirliği arkasına sığındıkları anlayıştan dolayı imkânsız hale gelmiştir. Bu anlayışta, her zaman kutsal görülmüş, devlet adına iş yaptığını iddia eden herkes yüceltilmiş, eleştirilemez, hesap sorulamaz hale getirilmiştir. Bu da o insanların devlet içinde kendi egemenlik alanlarını yaratmalarına sebep olmuştur, “devletin bekası” ve “devlet için” anlayışı devlete, yarardan ziyade zarar vermiştir, devlet içinde devletin gücünü yadsıyan güçlerin doğmasına zemin hazırlamıştır²².

C. ÖĞRETİM ELEMANLARININ KİŞİSEL VE BİLİMSEL ÖZGÜRLÜKLERİNİ GÜVENCE ALTINA ALAN DÜZENLEMELER

Yükseköğretim kurumlarında görev yapan bilim insanlarının en önemli güvenceleri hiç şüphesiz bilimsel özgürlüklerdir. Bilimsel özerklik kurumsal olarak üniversiteler için önemli olduğu kadar bilimsel özgürlük de öğretim üyeleri için son derece önemlidir. Ancak özellikle ara rejim dönemlerinde yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim üyeleri siyasi düşünce ve kanaatlerine göre ayrımcılıklara maruz kalmışlar, akademik görevlerinden uzaklaştırılmışlardır. Bu süreçte öğretim üyelerinin yasadışı olarak tanımlanabilecek ve eğitim öğretim hizmetini aksatan “eylem”, veya “faaliyet” olarak tanımlanabilecek davranışlarından ziyade; mensup oldukları “düşünce” ve “fikir” aidiyetleri bakımından haklarında çeşitli işlemlere maruz kaldıkları görülmektedir.

Anayasa'nın “Kanun önünde eşitlik” başlığını taşıyan 10. maddesine göre;

Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

Anayasanın “Din ve vicdan hürriyeti” başlığını taşıyan 24. maddesine göre;

Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14'üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.

²² GÖÇ, s. 23.

Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Anayasanın “Düşünce ve kanaat hürriyeti” başlığını taşıyan 25. maddesine göre;

Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz²³.

Anayasanın “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlığını taşıyan 26. maddesine göre;

*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak **açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir²⁴.***

Doktrinde düşünce özgürlüğünün sadece bir iç alem özgürlüğü olmadığı, düşüncenin bir anlam ifade edebilmesi ve işlevsel olabilmesi için dışlaşması

²³ Makalenin ileriki bölümlerinde belirtildiği üzere YÖK ve Üniversiteler tarafından gerek kamu görevlileri gerekse öğrenciler hakkında türban, başörtüsü ile ilgili olarak yapılan istihbarat toplama, kamu görevinden çıkarma, öğrencilikle ilişkin kesilmesi, disiplin soruşturması açılması işlemlerinde, türban, başörtüsü kullanılması şeklindeki kişi iradesi; Anayasa'nın 25.maddesinde güvence altına alınan “Düşünce ve Kanaat Hürriyeti” kapsamında kabul edilmemiştir. Zira bazı bilim adamları tarafından da savunulan bu hukuki gerekçeye göre; “*Dinsel giyim, hukuk düzenimizde mutlak olan düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin içinde değil, tersine kamu düzeni zorunlu kıldığında sınırlandırılabilen; düşünce, inanç ve kanaatin açıklanması hürriyetinin yani ifade hürriyetinin içindedir. İfade hürriyeti ise mutlak değil sınırlıdır. Anayasa 26.maddesinde, 24/2, 4.madde hükmüne paralel olarak ifade hürriyetinin sınırlarını göstermiştir. İfade hürriyetinin sınırı, kamu düzenidir. HAFIZOGULLARI, s. 294.*

²⁴ Bir fikrin susturulmasının yol açacağı en büyük kötülük şüphesiz toplumsal barışın bozulmasıdır. Düşünce serbestçe ifade edildiği zaman doğmalar kırılır, öfkeler giderilir ve diyalog sağlanmış olur. Fakat baskı ve kısıtlama söz konusu olduğunda o fikirler yer altına itilir ve toplumsal barış tehlikeye girer. KUZU, s. 262.; KARAGÖZ Kasım, İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 2004, s. 4.; Ancak bu noktada “özgürlük” ile “kamu düzeni” arasında var olan temel bir ilişki karşımıza çıkmaktadır. Dengeli özgürlük anlayışında bireyler başkalarının özgürlüklerine saygılı, kamu düzenini bozmayacak bir özgürlük anlayışına sahip olmalıdırlar. HAKYEMEZ, s. 20. Zira mutlak ve sınırsız bir hürriyet kavramı, yaşayan bir devlet içinde yer alamaz; çünkü anarşik bir kavramdır. KUZU, s. 262.

ve başkalarına iletilmesi gerektiği²⁵ insanın yalnızca düşünme ile yetinemeyeceği ve sosyal çevrede yaşamasının zorunlu sonucu olarak düşüncelerini başkalarına iletme ihtiyacı hissedeceği²⁶ kabul edilerek düşünce özgürlüğünün aynı zamanda düşünceleri açıklama ve ifade hürriyetini de zorunlu olarak gerektirdiği kabul edilmektedir.

Anayasanın “Bilim ve sanat hürriyeti” başlığını taşıyan 27. maddesine göre;

Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2'nci ve 3'üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz²⁷.

Anayasanın, “Yükseköğretim Kurumları” başlığını taşıyan 130. maddesinin 4. paragrafında ise;

Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler. Ancak, bu yetki, Devletin varlığı ve bağım-

²⁵ ERDEM, Fazıl Hüsnü, s. 8. Bu çerçevede; hareketsiz, eylemsiz suç olmaz ilkesinin zorunlu sonucu olarak “düşünce suçu” şeklinde bir suç olmaz. Düşünce değil, düşüncenin açıklanması suçun konusunu olabilir. HAFIZOĞULLARI, TCK-142, s. 1052, ACAR, s. 15. Anayasa Mahkemesine göre de; “...kişinin iç aleminde kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, 8.4.1963 tarih ve 1963/19 E., 1964/86 K sayılı kararı.

²⁶ TEZİÇ, s. 32.

²⁷ Anayasanın 27.maddesinde bilimi öğrenme, öğretme, açıklama, bu alanlarda her türlü araştırma yapılabilme ve bilimi yayma hakkı garanti altına alınırken öğrenme, öğretme, açıklama, araştırma yapma bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiş buna karşılık yayma hakkının; devletin bicimi, cumhuriyetin nitelikleri (demokratik, laik, sosyal, hukuk devleti) ve devletin butunluğu, resmi dili, bayrağı, ulusal marsı ve başkentini düzenleyen Anayasanın ilk üç maddesini değiştirmek bakımından kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Anlaşılabileceği üzere özellikle Üniversitelerimizde tartışma konusu olan laiklik ilkesi de dahil olmak üzere Anayasanın ilk üç maddesinde düzenlenen konularla ilgili öğrenme, öğretme, açıklama ve araştırma yapma konularında Anayasada sınırlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bilimi yayma hakkı bakımından ise ilk üç maddeye uygunluk aranmaktadır. Bu çerçevede üniversite öğretim üyelerinin, anayasanın ilk üç maddesine aykırılık taşısa bile bazı bilimsel konuları öğrenmeleri, öğretmeleri, açıklamaları, araştırma yapmalarını yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasının 21.maddesinde düzenlenen ve 1982 Anayasanın 27.maddesine karşılık gelen “Bilim ve sanat hürriyeti” ile ilgili olarak verdiği kararda; “21'inci maddesinin birinci fıkrasında, herkesin bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olduğu.....belirtilmektedir. **Görülmüyor ki bu maddede eğitim ve öğretim hürriyetinin herhangi bir düşünce ve nedenle sınırlanabileceğine dair diğer temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi kanun koyucuya yetki veren bir hüküm yer almamıştır.** Kanun koyucunun, bu gözetim ve denetim esaslarını düzenlerken, Anayasa ilkelerine bağlı kalarak eğitim ve öğretim serbestliğini bozacak herhangi bir hüküm getirmekten kaçınacağı doğaldır”. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI Esas No: 1963/152 Karar No: 1964/66 Resmi Gazete tarih/sayı: 17.3.1965/11955

sızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyet bulunma serbestliği vermez²⁸.

Anayasa'nın 70. maddesinde ise, her Türk'ün kamu hizmetlerine girme hakkına sahip bulunduğu, hizmete alınmada **görevin gerektirdiği niteliklerden başka** bir ayırım gözetilemeyeceği açıklaması ile "kamu hizmetlerine girmede eşitlik ilkesi" vurgulanmıştır. Anayasanın 70. maddesinde öngörülen²⁹ "görevin gerektirdiği niteliklerin" hiç kuşkusuz subjektif değerlendirmelerle değil, objektif, genel ve gayri şahsi nitelikteki kurullarla belirlenmesi gerekir³⁰. Bu çerçevede öğretim üyelerinin milliyetleri, dinleri, felsefi inançları, siyasi görüşlerine ilişkin bilgilerin onların öğretim elemanı olup olamayacakları ile ilgili değerlendirmelerde dikkate alınmaması gerekir. Değerlendirmede esas dikkate alınması gereken husus, öğre-

²⁸ Anayasanın 130.maddesinde yasaklananın; düşünce değil, faaliyet olduğu ve üniversitelerin de böyle bir faaliyetin zırrı olamayacağı söylenebilir. **SOYSAL**, s. 244.; Yani maddenin salt düşünce açıklamalarını değil, eylemleri yasakladığı yolundaki hürriyetçi anlayışa güç kazandıracak şekilde yorumlanmasının mümkün olduğu düşünülebilir. **ATALAY**, s.38.; Ancak faaliyet sözcüğü, faal olma halini, çalışmayı, canlılığı, hareketliliği ifade eder ve doğal olarak yazma ve konuşma da dahil her türlü etkinliği içine alacak şekilde yorumlanabilir. Bu nedenle söz konusu hüküm, Anayasanın bilime kuşku ile baktığının bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Bu kuskunun giderilebilmesi için "faaliyet" terimi yerine, fiil ve ameliye anlamına gelen ve işi, oluşu, davranışı ifade ederek düşünce açıklamalarının dışarıda kalmasını sağlayıcı nitelikteki "eylem" teriminin kullanılması daha yerinde olacaktır. **BULUT**, s. 37. Salt propaganda niteliğindeki açıklamalar "bilim" kavramı içinde yer almaz ve bilim özgürlüğü temel hakkının koruma alanından yararlanamaz. **ATALAY**, s.38

²⁹ Anayasa'da belirtilmemekle birlikte Anayasa Mahkemesi kararına göre bu ifadede şu anlaşılması gerekir. **ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**, E. 1979/19 E., 1979/39 K. *Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir.*

³⁰ Memurluğa girişte Anayasal ilkeler ve eşitlik ilkesinin önemi hususunda bkz. **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER**, s. 554., **DANIŞTAY 5. DAİRESİ'** nin 2001/5253 E., 2003/796 K. Sayılı ilamı. Anayasa'nın 70.maddesi; personel istihdamında liyakate dayalı bir sisteme işaret eder. Yağna sisteminin karşıtı olan liyakat sisteminde, kişinin siyasi referanslarına göre değil, görevin gerektirdiği niteliklere sahip olmasına göre istihdamı ve görevde yükselmesi söz konusudur. Hukuki bir bakış açısına göre, bütün kamu personel sistemlerinin liyakate dayanması ve kamu hizmeti görevlilerinin siyasal etkilerden uzak olması gerekir. Liyakat sistemine dayalı bir istihdamda, bütün atamalar ve görevde yükselmelerde, geçerli ve güvenilir bir yarışma sınavına ya da objektif diğer kriterlere göre belirlenebilecek ilgili hizmete en uygun niteliğin esas alınması söz konusudur. Böyle bir atama ve görevde yükseltme, ırk, din, cinsiyet, medeni durum ve benzeri diğer ayrımcılığı reddeder ve adil ve eşit bir uygulama sunar. Görüldüğü üzere, liyakat kavramı, idarenin ihtiyaçları ve beklentileri ile adayın bilgi, beceri, deneyim ve kabiliyetlerinin mümkün olduğunca yüksek oranda örtüşmesine işaret eder. **UZ**, s: 59.

tim elemanı görevinin yürütülebileceği nitelik ve kaliteye sahip olmasıdır. Kısaca aranması gereken; “ödev” ile “nitelik” uyuşmasıdır.

Bu çerçevede bir kişinin araştırma görevlisi, öğretim görevlisi veya öğretim üyesi görevini yürütebilmesi için “**hangi niteliklere uygun olması gerektiği**” sorunu karşımıza çıkmaktadır ki bu husus da idarenin takdirine/keyfine bırakılmamış olup objektif düzenleyici işlemlerle belirlenmiştir. Bir başka ifade ile idare bu konuda **bağlı yetki** kuralları çerçevesinde karar vermek zorundadır. Örneğin ilgili Yönetmelik³¹ gereği bir kişinin araştırma görevlisi olabilmesi için 657 sayılı Kanununun 48'inci maddesinde belirtilen şartları taşıması, ALES'den en az 70, Kamu Personeli Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından (KPDS) veya Üniversitelerarası Kurul Yabancı Dil Sınavından (ÜDS) en az 50 puan alması, 35 yaşından gün almamış olması gerekmektedir. Bu şartlar, araştırma görevlisi olarak atanacak kişinin, “**görevini**”, yapabilmesi için mevzuat tarafından öngörülmuş “**nitelik**” lerdir.

Aynı şekilde bir kişinin doçent kadrosuna atanabilmesi için gerekli şartlar 2547 sayılı Kanun'un Doçentliğe atama başlığını taşıyan 25. maddesinde belirlenmiş olup buna göre Doçentliğe atamada; doçentlik unvanını almış olmak gerekir. Üniversiteler, doçentlik kadrosuna atama için, Yükseköğretim Kurulunun onayını almak suretiyle, münhasıran bilimsel kaliteyi artırmak amacıyla yönelik olarak, bilim disiplinleri arasındaki farklılıkları da göz önünde bulundurarak, objektif ve denetlenebilir nitelikte ek koşullar belirleyebileceklerdir. Bu şartlar da, doçent olarak atanacak kişinin, “**görevini**” yapabilmesi için mevzuat tarafından öngörülmuş “**nitelik**” lerdir.³²

Yukarıda sayılan şartlar dışında kişinin milliyeti, dini, mezhebi, siyasi mensubiyeti, eşinin veya çocuklarının kimliği, kıyafeti, okuduğu okullar mevzuat gereği “**ödev ile nitelik ilişkisinde**” dikkate alınacak hususlar değildir.

³¹ Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Naklen veya Açıktan Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (Resmî Gazete Tarihi: 31.07.2008 Resmî Gazete Sayısı: 26953)

³² Nitekim Danıştay da; personel atamasında mevzuatta öngörülen şartlar/nitelikler bakımından idarenin bağlı yetki ile sınırlandırılmış olduğunu kabul etmektedir. “...İdare boş olan bir kadroya atama yapmak için harekete geçtiği andan itibaren bağlı yetki içine girer. Bu sürenin sonunda artık yasada ve yönetmeliklerde belirlenen niteliklere sahip olup, yarışma ve yeterlik sınavını kazanmış olanlar arasından sırası ile atama yapmak zorundadır. İdarenin bu niteliklere sahip olanlar arasında "ilgilinin tutum ve davranışlarına" göre seçme hakkına sahip olduğunu kabul etmek Anayasa ve Yasa ile belirlenen özelliklerin bir yana bırakılarak, atama işlemini yetkili makamın sübjektif değerlendirmesine bırakmak anlamını taşır ki, bunun sınırını belirleme olanağı yoktur. Böylesine sübjektif değer yargılarına bağlı olarak kullanılacak takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi muhtemel olduğu gibi, böyle bir uygulama Anayasa'da ifade edilen "kanun önünde eşitlik" ilkesinin ve "kamu hizmetine girme hakkının" ihlali niteliğini taşır. **DANIŞTAY 5.DAİRESİ.**, 2001/5253 E., 2003/796 K., sayılı ilamı.

Yukarıda yer verilen anayasal ve yasal düzenlemeler dışında öğretim üyelerinin bir diğer önemli güvenceye 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu ile sahip olduklarını belirtmek gerekir. Zira Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği'nin "Gizliliği Uyuma" başlığını taşıyan 13. maddesi ile; "Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının her evresinde kesinlikle gizliliğe uyulur. Soruşturma ve araştırma evre ve sonucu bilmesi gerekenlerden başkasına açıklanmaz" hükmü sayesinde idarenin keyfilikliğini koruyan, denetlenilebilirliğini engelleyen bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu sayede yapılan güvenlik soruşturmasındaki keyfi, kötünüyetli, hukuksal aykırı iş ve işlemlerin, haklarında soruşturma yapılan kişilerce öğrenilmesi ve karşı hukuki mücadeleye girişmesi imkanları da ellerinden alınmıştır.

Ancak 4882 sayılı Kanun'un "İstihbarata ilişkin bilgi veya belgeler" başlığını taşıyan 18'inci maddesinde; "*Sivil ve askerî istihbarat birimlerinin görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi veya belgeler, bu Kanun kapsamı dışındadır. Ancak, bu bilgi ve belgeler kişilerin çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte ise, istihbarata ilişkin bilgi ve belgeler bilgi edinme hakkı kapsamı içindedir*" hükmü ile,

Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik³³'in "İstihbarata ilişkin bilgi veya belgeler" başlığını taşıyan 29. maddesinde;

"Sivil ve askerî istihbarat birimlerinin görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır. Ancak, bu bilgi ve belgeler kişilerin çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte ise, istihbarata ilişkin bilgi ve belgeler aşağıda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde bilgi edinme hakkına konu olurlar:

a) *Bilgi edinme başvuruları bizzat ilgilisi veya konuya ilişkin olarak düzenlenen özel vekaletname ile yetkilendirilmiş olmak koşulu ile vekili tarafından yapılır.*

b) *Sivil ve askerî istihbarat birimlerinin görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi veya belgelerden, sadece kişilerin çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte olan ve ilgilisi hakkında bir işleme dayanak teşkil etmek üzere işlenmiş veya değerlendirilmiş bilgi veya belgeler bilgi edinme hakkı kapsamında değerlendirilir.*

c) *Kurum veya kuruluşların işlemlerine dayanak teşkil etmek üzere, istihbarat birimlerinden talep edilen ve istihbarat birimlerince değerlendirilmek suretiyle kurum veya kuruluşların istifadesine sunulan istihbari bilgi veya belgelere ilişkin bilgi edinme hakkı kapsamındaki başvurular, söz konusu araştırma veya soruşturmanın yapılmasını talep eden kurum veya kuruluşun bilgi edinme birimine yapılır ve başvuruya erişim bu kurum veya kuruluşça sağlanır".*

³³ Resmi Gazete: 27 Nisan 2004 - 25445

hükümüne yer verilerek keyfi ve hukuka aykırı fişleme işlemlerinin denetlenebilirliği yönünde önemli bir adım atılmıştır. Aşağıda Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında idari süreçte, disiplin soruşturması aşamasında, soruşturmaya ilişkin tüm bilgi ve belgelerin istek sahibine verilmesi gerektiğine ilişkin bir Danıştay kararına yer verilmektedir. Bu kararda vurgu yapıldığı üzere; idarenin demokratik, şeffaf, eşitlikçi, tarafsızlık ve açıklık ilkeleri çerçevesinde işlem yapmadığının denetlenmesinin sağlanması açısından ve adil yargılanma hakkının bir sonucu olarak disiplin soruşturmalarına ilişkin bilgi ve belgelerin ilgililerine verilmesi gerektiği hüküm altına alınmış olup aynı gerekçeler, haklarında güvenlik soruşturması yapılan kişilerin bilgi ve belge talepleri açısından da son derece önemli anlamlar ifade etmektedir³⁴. Ancak askeri personel ile ilgili uygulamalarda 1602 sayılı Kanun'un 52. maddesinin son fıkrası gereği yargılama aşamasında dahi “savunma hakkının kullanılmasına, adil yargılanma ve silahların eşitliği ilkelerine” engel teşkil edecek nitelikte güvenlik soruşturmasına ilişkin bilgiler gizli tutulmakta ve ilgililerine açıklanmamaktadır³⁵.

³⁴ 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla çıkarılmış olup, Yasa'nın 4. maddesinde, herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu, 5. maddesinde ise, kurum ve kuruluşların bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlü oldukları hükümlerine yer verilmiştir. 4982 sayılı Yasa'nın anılan hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, idari aşamada dahi kişilerin bilgi ve belgelere erişmelerinin bir hak olarak kabul edilmek suretiyle yasal güvenceye kavuşturulduğu, bu hakkın ancak Yasada belirtilen hallerde sınırlanabileceği anlaşılmakta; **bilgi edinme hakkı demokratik ve şeffaf bir yönetimin gereği olarak kabul edilmektedir**. Yukarıda yapılan açıklamalar, **adil yargılanma hakkı**, 2577 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ve bu maddede yapılan değişiklik birlikte değerlendirildiğinde, maddede öngörülen istisnai durum haricinde davacılara işlemin dayanağı olan her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilme ve bu belgeleri inceleyebilme olanağının tanınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Davacılar ancak soruşturma raporunda yer verilen maddi olayı, tanık ifadelerini, inceleme yapanın görüş ve kanaatini, işlemin hukuki dayanağını, soruşturmacının önerilerini açık ve etraflı bir biçimde öğrenme suretiyle **adil yargılanma hakkını kullanabilecektir**. İncelenemeyen bir soruşturma raporuna karşı iddia ve savunmada bulunmak zor, hatta imkânsızdır. Dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlemin dayanağı soruşturma raporunun davacı vekilinin talep etmesine karşın Dairesince incelettilmediği, dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde ise soruşturma raporunda yer verilen hususlara değinildiği anlaşıldığından Daire kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır. **DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU** Esas No: 2005/3292 Karar No: 2008/1633

³⁵ 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 52 nci maddesinin son fıkrasında; “Şu kadar ki, görevli daire veya kurul veya savcılar tarafından getirilen veya idarece gönderilen gizli her türlü belge ve dosyalarla reddi hâkim istemi üzerine reddedilen hâkim tarafından bu hususta verilen cevap, **taraf ve vekillerine incelettilmez**.” hükmü öngörülmüştür.....bu hükmün, genel idari yargı ve askeri idari yargı bakımından bir eşitsizliğe yol açtığı, bunun ise Anayasaya aykırı düştüğü, özellikle hak arama özgürlüğü önünde bir engel teşkil ettiği ve mevcut düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kimi kararlarında

Aslında YÖK ve Üniversitelerin öğretim üyelerinin dini ve dünyevi düşüncelerine ilişkin uygulamalarında önemli bir çelişki, öğretim üyeleri hakkında mevcut güvenlik soruşturması yapma ve istihbari bilgi toplama faaliyetleri sonucu ortaya çıkan fiili durumun Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği³⁶ hükümlerine de aykırı olması hususudur. Öğretim üyelerinin din, mezhep, ırk, siyasi, düşünce, felsefi inanç ayrımına göre gruplandırılıp fişlendiği söz konusu uygulama; ilgili yönetmeliğin 9. maddesinde; “**Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak**” şeklinde disiplin cezasına (kademe ilerlemesinin durdurulması) bağlanan fiillerle birebir denk düşmektedir. Yani bizzat Yükseköğretim Kurulu’nun yöneticileri ile Üniversite rektörleri, Disiplin Yönetmeliğinde suç olarak belirlenen fiilleri sistematik ve kurumsal bir mekanizma çerçevesinde işlemişlerdir.

YÜKSEKÖĞRETİM KURULUNUN ÖĞRETİM ÜYELERİ HAKKINDA DENETİM YETKİLERİ HANGİ ALANLARDA BELİRLENMİŞTİR.

1. Bilimsel Denetim Yetkisi

Yükseköğretim Kurumlarında görev alan öğretim üyeleri hakkında ne şekilde denetim yapılabileceği 2547 sayılı Kanun’un bazı maddelerinde belirlenmiştir. Kanun’un 42. maddesinde “**Bilimsel denetim**” düzenlenmiştir. **Buna göre;** Öğretim elemanlarının bilimsel yönden denetlenmeleri, onların eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayım, seminer, klinik ve uygulama faaliyetleri

belirtilen “Silahların eşitliği” ilkesiyle uyum içinde olmadığı söylenebilecektir. Anayasa’nın “Askeri Yargı” başlıklı 145’nci maddesinin son fıkrasında “Askeri Yargı Organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük işleri...mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunla düzenlenir...” hükmü yer almaktadır. 1602 sayılı AYİM Kanunu da, gerek Anayasanın 157’nci maddesi, gerek belirtilen 145’nci maddesinin amir düzenlemesi ışığında yürürlüğe konulmuştur. Diğer bir deyişle, anayasal bir “kriter-norm” olan “Askerlik hizmetinin gerekleri” askeri yargı organlarının (ki AYİM’de bir yüksek askeri yargı organıdır) kuruluş ve işleyişinde dikkate alınması gerekli ve lüzumlu bir ölçü teşkil etmektedir. **Milli Savunma kamu hizmetinin yürütülmesinden, bu meyanda Silahlı Kuvvetlerin bilfiil icra ettiği görevlerin bünyesinden kaynaklanan “gizlilik”, askerlik hizmetinin doğal bir gereğidir.** Belirtilen milli savunma kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında tesis edilen idari işlemlerin büyük çoğunluğu “gizlilik” esasına göre vücut bulur ve ancak “bilmesi gereken” prensibine göre, yetki verilen makam ve kişilerce içeriklerine muttali olunabilir. Eğer savunma ekinde gönderilen bilgi ve belgeler “askeri hizmetin gerekli ve lüzumlu kıldığı anlamda gizlilik” taşıyorsa, artık Anayasa’nın 145’nci maddesinin öngördüğü “kısıtlama” çerçevesi içinde kaldığı değerlendirilerek, bunlarla ilgili bir incelemeye izin verilmemekte, içerikleri konusunda da ancak varsa ifşasında mahzur olmayan kadarı gerekçede yer almakta veya hiç temas edilmeyerek genel hukuki değerlendirme yapılması yoluna gidilmektedir. Bu bakımdan, 1602 sayılı Kanunun 52’nci maddesinin son fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu yolundaki düşünce ciddi görülmemiş ve davanın esâsına geçilmiştir. **AYİM 2.DAİRESİ** 2003/699 E., 2003/945 K. Sayılı ilamı. AYİM 19.Dergi.

³⁶ Resmi Gazete Tarihi: 21.08.1982 Resmi Gazete Sayısı: 17789

üzerinde olmaktadır. Her öğretim yılı sonunda, bölüm başkanı bölümün geçmiş yıldaki eğitim - öğretim ve araştırma faaliyeti ile, gelecek yıldaki çalışma planını belirten bir raporu bağlı bulunduğu dekana sunmakta dekan da bu rapora kendi kanaatini de ekleyerek, rektöre göndermektedir. Rektör rapor ve görüşleri değerlendirilerek, gerekli tedbirleri almak ve yetersizlik ile ilgili kararlarını Yükseköğretim Kuruluna bildirmekle yükümlü olup enstitü ve yüksekokul müdürü ise raporunu bağlı olduğu rektör veya dekana göndermektedir.

Her öğretim elemanı, bilimsel araştırmalarının, yayınlarının ve verdiği dersleriyle yönettiği seminerlerin ve uygulamaların listesini, yurt içinde ve dışında yapılan bilimsel kongrelerdeki tebliğlerin birer örneğini, bağlı bulunduğu birim yöneticisinin aracılığıyla rektörlüğe sunmak zorundadır. Yayınlanmayan eserlerin daktilo ile yazılmış birer kopyası verilir. Öğretim elemanlarının bilimsel yayınları için üniversitelerde ve Yükseköğretim Kurulunda özel arşiv tutulur.

2. Sicil Tutma Yetkisi

2547 sayılı Kanun'un "Siciller" başlığını taşıyan 63. maddesi; "*Yükseköğretim kurum ve kuruluşları ile üst kuruluşlarda görev alan öğretim elemanlarının, memur ve diğer personel ile öğrencilerin sicilleri genel hükümlere ve Yükseköğretim Kurulu tarafından hazırlanacak yönetmelik esaslarına göre tutulur. Her türlü atama, yükselme, akademik unvanların kazanılması ve diğer özlük işlemlerinde bu siciller esas alınır*" hükmünü taşımakta olup bu Kanun hükmüne göre yükseköğretim kurumlarındaki her türlü atama, yükselme, akademik unvanların kazanımı (doçentlik gibi) ve diğer özlük işlerinin yürütülmesinde "sicillerin" esas alınacağı anlaşılmaktadır. Bu aşamada "sicil" kavramının hukuken hangi anlama geldiği hususu ile sicil uygulamasının kapsamının incelenmesi gerekmektedir.

Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumlarında sürekli veya süreli görev yapan öğretim elemanları ile 657 sayılı Kanun'a göre çalışan memurların, diğer personelin ve öğrencilerin sicilleriyle ilgili esasları düzenlemek amacıyla Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumları Sicil Yönetmeliği³⁷ yayımlanmıştır. Yönetmeliğin 3. maddesinde Yükseköğretim Kurulu Başkanlığında, Üniversitelerarası Kurul Başkanlığında, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığında ve Üniversite Rektörlüklerinde görevli her öğretim elemanı için bir özlük dosyası açılacağı ve sicil raporlarının da bu dosyada muhafaza edileceği belirtilmiştir. Yönetmeliğin 2. maddesine göre; Sicil amirlerinin, sicil raporu düzenlerken tam tarafsızlık içinde hareket etmesi esas olup garazla veya özel bir amaçla gerçeğe aykırı düşünce sicil raporuna yazılamamaktadır.

³⁷ Resmi Gazete Tarihi: 24.05.1984 Resmi Gazete Sayısı: 18382

3. Güvenlik Soruşturması Yetkisi

a. Üniversitelerdeki Hangi Personel Hakkında Güvenlik Soruşturması Yapılabilir?

Üniversitelerde görevli öğretim elemanları hakkında güvenlik soruşturması yapıp yapılamayacağı hususunun açıklığı kavuşturulması gereklidir. 4045 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması; **“Kamu kurum ve kuruluşlarında, yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları halinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu “gizlilik dereceli birimlerde”.....çalışacak personel hakkında yapılmaktadır.** Üniversiteler de birer kamu kurumu olduklarına göre üniversitelerde çalışan kişilerin de 4045 sayılı Kanun kapsamında oldukları düşünülebilir. Ancak Kanun'un aradığı bir diğer önemli husus; kamu kurum veya kuruluşunda ancak **“gizlilik dereceli birimlerde çalışacak”** personel hakkında güvenlik soruşturmasının yapılması zorunluluğu olup bu çerçevede gizlilik dereceli birimlerde çalışmayan veya teşkilatında bu şekilde bir birim bulunmayan kamu kurum ve kuruluşlarının personeli hakkında güvenlik soruşturması yapılması da mümkün değildir. Ayrıca Yönetmelik **“GİZLİLİK DERECELİ BİRİM, KISIM VE GÖREVLER”** başlığı altında bu konuyu da idarenin keyfiyetine bırakmış olup 6. Madde düzenlemesi ile; *“Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları; varsa, gizlilik dereceli birim ve kısımlarıyla görevlerin neler olduğunu belirleyen gizlilik dereceli yönergelerini (...) yürürlüğe koyarlar ve güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını yapacak makamlara gönderirler.”* demek suretiyle Üniversitelerin, ancak gizlilik dereceli birim ve kısımlar ile gizlilik dereceleri konusunda bir **yönerge** yürürlüğe koyarak bu yönergeyi, güvenlik soruşturmasını yapacak makama göndermeleri gerektiği hüküm altına alınmıştır³⁸.

b. Üniversite Tüzel Kişiliğinin Bizzat Kendisi Tarafından Güvenlik Soruşturması Yapılabilir mi?

Bu aşamada bir diğer önemli husus, YÖK veya Üniversitelerin bizzat kendileri tarafından Güvenlik soruşturması yapıp yapamayacakları hususudur. Ge- rek 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve gerekse Yükseköğretim Teşkilat

³⁸ Örneğin; Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönergesi'nin, “Gizlilik Dereceli Birim ve Kadrolar” başlığını taşıyan 6.maddesinde göre; **“Gizlilik dereceli birim harita arşividir.”** hükmüne yer verilerek üniversite içerisinde gizlilik dereceli birimin neresi olduğu belirlenmiştir. Aynı Yönerge'nin “Hakkında Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılacak Personel” başlığını taşıyan 8.maddesinde ise Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına tabi personel belirlenmiş olup buna göre haklarında Emniyet Genel Müdürlüğü ve mülki idare amirliklerince güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak personel **“Harita sorumlusu olarak görevlendirilecek personel”** hükmüne yer verilerek hangi personel hakkında güvenlik soruşturması yapılacağı da somut olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Kanunu'nda YÖK veya Üniversitelerin güvenlik soruşturması yapabileceklerine ilişkin bir görev ve yetki tanımı yapılmamıştır. Buna karşılık ilgili Kanun ve Yönetmelik hükmüne göre güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını yapmaya yetkili birimler; Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Mahalli Mülki İdare Amirlikleri olarak belirlenmiştir.

Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirlikleri (Valilik ve Kaymakamlık), güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını; bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birim ve kısımları ile yurtdışı teşkilatında ve askeri, emniyet, istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumu ve tutukevlerinde çalıştırılacak personel hakkında yapmaktadır. İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı'ndaki bilgi kayıtları ile Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ndeki adli sicil kaydı, talepleri üzerine, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını yapacak makamlar ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin ilgili birimlerine verilmektedir.

Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ise; Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirliklerinin görev ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla, güvenlik soruşturmasını Milli İstihbarat Teşkilatında, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kadro ve kuruluşlarında çalışacak personel ile bakanlıklar ve kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birim ve kısımlarının hiyerarşik olarak bağlı bulunduğu üst kademe yöneticilerinden müsteşar, genel müdür, vali, büyükelçi ve müstakil birim amirleri ile bunların yardımcıları ve ayrıca yurtdışı teşkilatında sürekli görevlendirilecek bütün personel hakkında, arşiv araştırmasını ise sadece gizlilik dereceli birim ve kısımlarda görev alacaklar ile bunların bu fıkra da sayılanlar dışında kalan yöneticileri ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapmaktadır.

Müşterek kararname ile atanacak personelden³⁹ hakkında güvenlik soruşturması yapılmamış olanlar için Başbakanlıkça arşiv araştırması yaptırılmaktadır.

³⁹ 25/4/1981 tarih ve 17321 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun'un 2. Maddesinde; "Bu Kanuna ekli (2) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere müşterek kararla atama yapılır" denilmekte olup 2 sayılı cetvelde sayılan unvanlar şunlardır: Bakan Yardımcıları, Müsteşar ve yardımcısı, Genel Müdür ve Yardımcıları, Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurul Üyeleri ve Genel Sekreteri, Vakıflar Genel Müdürlüğü İdare Meclis Başkan ve Üyeleri, Gelir İdaresi Başkanı, Gelir İdaresi Başkan Yardımcıları, Gelir İdaresi Daire Başkanları ve Vergi Dairesi Başkanları, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları, Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları, Devlet Personel Başkanı Atom Enerjisi Komisyonu Genel Sekreteri, Bakanlıklardaki Kurul Başkanları ve Üyeleri, Strateji Geliştirme Başkanları, Bakanlıkların Rehberlik ve Teftiş, Rehberlik ve Denetim, Denetim Hizmetleri başkanları, Vergi Denetim Kurulu Başkan Yardımcıları, Bakanlık Müfettişleri (Maliye Bakanlığı Vergi Müfettişleri ve Bankalar Yeminli Murakıpları dahil) ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişleri, Bakanlık Müşavirleri, Birinci Hukuk Müşaviri, Bakanlık Daire Başkanları, İl İdare Şube Başkanları, Bölge Müdürleri ve Başmüdürler, Vali Muavini, Kaymakam, İl Hukuk İşleri Müdürü, Polis Akademisi Başkanı, İl Emniyet Müdürü.

Yukarıdaki mevzuat hükümlerinden anlaşılacağı üzere gerek YÖK Bakanlığı ve gerekse Üniversitelerin bizzat kendileri tarafından, devletin emniyet ve istihbarat birimlerinin yetkileri kullanılmak suretiyle güvenlik soruşturması yapma yetkisi bulunmamaktadır.

c. Üniversite Rektörlerinin Başkanlığında Değerlendirme Komisyonu Kurulması ve Personel Hakkında Karar Verilmesi

Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği'nin, "Değerlendirme" başlığını taşıyan 15. maddesinde üniversitelerde görevli olup hakkında güvenlik soruşturması yapılan personel hakkında değerlendirme komisyonunun ne şekilde kurulacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre; üniversitelerde görevli olup hakkında yaptırılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda elde edilen bilgilerin olumsuz olması halinde, kişinin gizlilik dereceli birim, kısım ve gizlilik dereceli yerlerde çalıştırılıp çalıştırılmamaları, yer değiştirerek bu görevlere devam edip etmemeleri gibi hususları incelemek ve sonucunu sorumlu amirin takdirine sunmak üzere üniversitelerde rektörün başkanlığında, personel birim amiri, hukuk müşaviri ve varsa güvenlik işlerinden sorumlu birim amirinden oluşan "Değerlendirme Komisyonu" kurulacağı düzenlenmiştir.

D. YÖK VE ÜNİVERSİTELERDE GÜVENLİK SORUŞTURMASI ADI ALTINDA YÜRÜTÜLEN İSTİHBARAT ÇALIŞMALARINA ÖRNEKLER

Gerek YÖK Başkanlığı ve gerekse Üniversiteler tarafından öğretim üyeleri hakkında dini, mezhebi, siyasi, etnik kökenleri, mezun oldukları okullar ve aile yapılarına (özellikle eşlerine) ilişkin kayıtlar tutulduğu görülmekte, bu yasadışı işlemler ise "güvenlik soruşturması" adı altında yasallaştırılmaya, meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır. Yasal dayanağı bulunsa da "Güvenlik soruşturması" ile belirlenen çerçeve ile yükseköğretim kurumları tarafından uygulamada yürütülen faaliyetlerin hiçbir ilişkisi ise bulunmamaktadır. Mevcut uygulamalar, bu kavramın ne derece istismar edilip kişilerin mağdur edilmelerine yasal bir kılıf olarak sunulduğunu göstermesi bakımından önemlidir. O nedenle bu şekildeki yasal düzenlemeler, uygulamadaki hukuksuzluklardan bağımsız olarak dahi, başlı başına kişi hak ve hürriyetlerine aykırılık oluşturmaktadır ve bu yönüyle insan hakları ve demokrasi ile bağdaştırılamaz⁴⁰.

⁴⁰ KARA, "Güvenlik soruşturması" ile ilgili konuya anayasa ile güvence altına alınan "Çalışma Hakkı" kavramı çerçevesinde yaklaşmaktadır. *Anayasa ile vatandaşlara birçok temel hak tanınmıştır. Bunlardan biri de çalışma hakkıdır. Ancak kişilere sadece çalışma hakkı vermek yeterli değildir. Hakların hayata geçirilmesi için birtakım önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu önlemler; destekleyici nitelikteki ekonomik önlemler olabileceği gibi, idarenin önüne nesnel sınırlar getiren bazı uygulamalar şeklinde de olabilir. Bu sınırlar, yasalarla oluşturulmaya çalışılan demokratik ortamın, uygulamaya da yansımaları sağlamalıdır. "Sakıncalı" damgasının vurulması; insanların mesleki yaşamlarını ve haysiyetlerini zedelediği bir gerçektir. Devlet; gizli veya hatalı raporlara dayanarak, hiçbir nesnelliği olmayan uygulamalar ile vatandaşlarını damgalamaktan "sakınmalıdır" ki demokratikleşme veya insan hakları söylemleri havada kalmayın.* KARA, s. 13.

Karahanoğulları' na göre; "Güvenlik soruşturması, devletin ve onun ürettiği hukukun sınıfsal karakterini ortaya çıkaran bir uygulamadır. "Demokratik devlet" sınıfsal karakterli olduğunu reddeder. Bu çerçevede birtakım temel ilkeler belirlenmiştir. Demokratik devlet yansızdır. Demokratik devlet uzlaşmaya dayanır, kapsayıcıdır. Demokratik devlet, düşünce özgürlüğü gibi, olmazsa olmaz temel hakları varsayar. Bunlar varsayımdır ve tam olarak gerçekleşmeleri imkansızdır. Gerçekleşme dereceleriye, sınıfsal egemenliğin yerleşikliğine, istikrarına koşuttur. Sınıflar arası dengelerin hassas, sınıfsal egemenliğin kendinden emin olmadığı bir devlette siyasal gerçeklikle demokratik ilkelerin örtüşme oranı oldukça düşüktür. Güvenlik soruşturması da bu oranı düşüren uygulamalardandır. "Tedirgin bir devletin, yurttaşlarını "sakıncalı-sakıncasız" diye ayırıp sakıncalı saydıklarını dışlaması demokratik ilkelerle açıklanamaz"⁴¹".

Yukarıda belirtilen anayasal ve yasal ilkeler çerçevesinde her ne kadar YÖK ve Üniversitelerin bu alanda herhangi bir yetkilerinin olmadığı, bu uygulamaların gerek insan hakları ve gerekse temel hak ve hürriyetler bakımından çok büyük sakıncalar doğuracağı tartışmasız olsa bile Türk Yükseköğretim sisteminde güvenlik soruşturması adı altında yürütülen yasadışı faaliyetler uzun süre varlığını devam ettirmiştir. 1960 askeri müdahalesinden sonra "147'likler", 1980 askeri darbesinden sonra "1402'likler" olarak adlandırılan uygulamalarda ortaya çıkan siyasi, dini, vicdani, ırki ayrımcılığa dayanan fişleme ve tasfiye süreçleri özellikle 1997'li yıllardan sonra tekrar yükseköğretim kurumlarında ortaya çıkmıştır. Aşağıda, yükseköğretim kurumlarında bu şekildeki uygulamaların ne boyutlara ulaştığı konusunda somut örneklerle ve açıklamalara yer verilmektedir.

⁴¹ Anayasa ile vatandaşlara birçok temel hak tanınmıştır. Bunlardan biri de çalışma hakkıdır. Ancak kişilere sadece çalışma hakkı vermek yeterli değildir. Hakların hayata geçirilmesi için birtakım önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu önlemler; destekleyici nitelikteki ekonomik önlemler olabileceği gibi, idarenin önüne nesnel sınırlar getiren bazı uygulamalar şeklinde de olabilir. Bu sınırlar, yasalarla oluşturulmaya çalışılan demokratik ortamın, uygulamaya da yansımaları sağlamalıdır. "Sakıncalı" damgasının vurulması; insanların mesleki yaşamlarını ve haysiyetlerini zedelediği bir gerçektir. Devlet; gizli veya hatalı raporlara dayanarak, hiçbir nesnellik olmayan uygulamalar ile vatandaşlarını damgalamaktan "sakınmalıdır" ki demokratikleşme veya insan hakları söylemleri havada kalsın.

Şekil -1

İRTİCAİ FAALİYETTE BULUNAN YÖK PERSONELİ
DİYARBAKIR DİCLE ÜNİVERSİTESİ

| S. NO | ADI SOYADI | GÖREVİ | AÇIKLAMALAR |
|-------|----------------|--------------------------------|--|
| 11. | YRD.DOÇ.DR | TIP FAK.RADYOLOJİ BÖLÜMÜ | İRTİCAİ FAALİYETLERİ DESTEKLER.İRTİCAİ KESİMLE İRTİBATLIDIR. |
| 12. | DOÇ.DR.J S | TIP FAK.FİZİK TEDAVİ BÖLÜMÜ | İRTİCAİ FAALİYETLERİ DESTEKLER.İRTİCAİ KESİMLE İRTİBATLIDIR. |
| 13. | PROF.DR. | TIP FAK. YÖNETİM KURULU ÜYESİ | İRTİCAİ EĞİLİMLİDİR. |
| 14. | DR.REMZİ ÇEVİK | TIP FAK.FİZİK TEDAVİ BÖLÜMÜ | İRTİCAİ FAALİYETLERİ DESTEKLER.İRTİCAİ KESİMLE İRTİBATLIDIR. |
| 15. | DR. | TIP FAK.FİZİK TEDAVİ BÖLÜMÜ | İRTİCAİ FAALİYETLERİ DESTEKLER.İRTİCAİ KESİMLE İRTİBATLIDIR. |
| 16. | DR.A | TIP FAK. ÇOCUK BÖLÜMÜ | İRTİCAİ FAALİYETLERİ DESTEKLER.İRTİCAİ KESİMLE İRTİBATLIDIR. |
| 17. | YRD.DOÇ.DR. | TIP FAK. NÖROŞİRURJİ BÖLÜMÜ | İRTİCAİ FAALİYETLERİ DESTEKLER.İRTİCAİ KESİMLE İRTİBATLIDIR. |
| 18. | DOÇ.DR. | TIP FAK.KADIN HAST. BÖLÜMÜ | İRTİCAİ FAALİYETLERİ DESTEKLER.İRTİCAİ KESİMLE İRTİBATLIDIR. |
| 19. | YRD.DOÇ.DR. | TIP FAK.İÇ HASTALIKLARI BÖLÜMÜ | İRTİCAİ FAALİYETLERİ DESTEKLER.İRTİCAİ KESİMLE İRTİBATLIDIR. |
| 20. | | TIP FAK. SEKRETERİ | İRTİCAİ FAALİYETLERİ DESTEKLER.İRTİCAİ KESİMLE İRTİBATLIDIR. |
| 21. | DR. | ÇOCUK BÖLÜMÜ | İRTİCAİ EĞİLİMLİDİR |
| 22. | DR. | ÇOCUK BÖLÜMÜ | İRTİCAİ EĞİLİMLİDİR |
| 23. | DR. | ÇOCUK BÖLÜMÜ | İRTİCAİ EĞİLİMLİDİR |
| 24. | DR. | DAHİLİYE BÖLÜMÜ | İRTİCAİ EĞİLİMLİDİR |
| 25. | DR.K | FİZİK TEDAVİ | İRTİCAİ EĞİLİMLİDİR |

Yukarıda YÖK Başkanlığı tarafından Dicle Üniversitesinde görevli öğretim üyeleri hakkında düzenlenen fişleme bilgileri yer almaktadır. Bu işlem öğretim üyelerinin dini fikir ve düşünceleri esas alınarak yapılan bir sınıflandırmayı göstermektedir. Anlaşılacağı üzere kimi öğretim üyeleri hakkında sadece “*eğilimli*” olmak, kimileri hakkında “*irtibatlı*” olmak, kimileri hakkında ise “*faaliyetleri desteklemek*” şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Oysa emsal Danıştay kararlarında; güvenlik soruşturması ve istihbarat bilgilerine göre işlem yapılabilmesinde esas olan; kişilerin özel hayatları, dini/siyasi fikirlerinin asli görevlerini (eğitim-öğretim hizmeti) aksattığı yolunda somut bilgi ve belge bulunmasıdır.⁴² Aksi halde bu şekildeki soyut bilgi ve değerlendirmelere göre kişiler aleyhine idari işlem/eylem tesis etmenin hukuki dayanağı bulunmayacaktır.

⁴² Olayda, davacının yurtdışında görev almasının genel güvenlik ve asayiş yönünden ne gibi sakıncalar yaratacağının somut olarak ortaya konulmadığı, dava konusu işleme dayanak alınan arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması sonucu elde edilen bilgilerin bir kısmının ilgilinin üyesi bulunduğu Eğitim-Sen adlı Sendika adına yürütülen etkinliklere ilişkin bulunduğu, ancak bu etkinlikler nedeniyle asli görevini (eğitim-öğretim hizmeti) aksattığı yolunda somut bir bilgi ve belge bulunmadığı gibi devlet memurlarının sendikal etkinliklerini yasaklayıcı bir kuralın da bulunmadığı, yasaklanmış yayın bulundurmaktan suçundan Alaşehir Cumhuriyet Başsavcılığınca takipsizlik kararı verildiği, izinsiz afiş yapıştırmaktan suçundan Alaşehir Sulh Ceza

Şekil- 2

Doç.Dr. Kayserinin Develi ilçesinin Fenese Mahallesinden Ermeni bir kişidir. İstanbul ve Kayseri Ermeni Lobisi ile ilişki içerisinde. Kendisinin dini yönü ağırlıkta olduğu ve milliyet problemini de gizlemek için ülkücü gençlik derneğine girmiş ve katılmış olduğu terörist eylemlerinden dolayı hapis yatmıştır.

Üniversitesi eski rektörü Prof.Dr. da Rum olduğu için o da gençliğindeki dini ağırlıklı yapısından dolayı ülkü ocaklarında faaliyette bulunmuştur. Kendisi Kayseri havaalanından hafta sonları İstanbula Rum Lobisi ile görüşmeye gitmiştir. Üniversite Genel Sekreteri G Trabzon Rumlarından ve Ramazan Taşdurmaz ile kardeş kavgası neticesinde iktidar ve para kavgasına girmiştir. Üniversite de MHP li olarak kendisini göstermektedir. Eğitim Fakültesi emekli öğretim görevlisi R da ermeni olduğu için bunlar gibi davranmış ve Niğde Türk ocağı Başkanlığı da yapmıştır. Bu kişilerin sağcı ve milliyetçi bir grupta görev almaları, Türk milliyetçisi olmalarından kaynaklanmamakta korkularından ve iktidar hırslarından kaynaklanmaktadır. Kendilerinden başarılı Türk gençlerini engellemişler ve bitirmeye çalışmışlardır. Kapılmış oldukları Türk düşmanlığı beyinlerinde anarşizm şeklinde yerleşmiş Türkiye Cumhuriyetinde görev yaptıkları,ulaşabildikleri kurumlara ve kişilere zarar vermişlerdir.

Yukarıdaki şekilde ise bir Üniversite tarafından YÖK Başkanlığına gönderilen fişleme ve takip bilgileri yer almaktadır. Türkiye’de yaşayan azınlıklardan Ermeni ve Rum kimliğine atıfta bulunularak bu kimliklerini gizlemek için bahsi geçen öğretim üyelerinin milliyetçi bir yapılanma çerçevesinde siyasi faaliyetlerini yürüttükleri, aslında Türk düşmanlığını hedefledikleri belirtilmektedir. Öğretim üyelerinin kimlerle buluştuğu, nerelere seyahat ettiği yönündeki bilgiler üniversitelerde öğretim üyelerinin takip edildikleri yönünde faaliyetlerin yürütüldüğünü göstermektedir. Öğretim üyelerinin gerçek kimliklerine, milliyetlerine yönelik bilgiler ise

Mahkemesinde beraat ettiği, diğer bilgilerin ise geçmiş yıllara ait soyut ve dayanaksız iddialardan ibaret, niteliği itibariyle hukuki bir delil olarak kullanılması mümkün olmayan tamamen istihbari nitelikte bilgiler olduğu, idarelerin kamu yararı amacı ve hizmetin gereklerini gözeterek bir hizmetin görülmesi için belli niteliklere sahip kişilerin seçilmesi konusunda genel takdir yetkisine sahip oldukları açık ise de davalı idarece yöntemine uygun olarak açılan sınavda başarılı olan davacının hakkında yaptırılan "arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması" sonucunda tesbit edilen hususlara dayanılarak yurtdışı göreve gönderilmemesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. **DANIŞTAY 2. DAİRESİ**, 2004/1029 E., 2004/1456 K. Sayılı ilamı.

Şekil -3

YÜKSEKÖĞRETİM KURULU BAŞKANLIĞINA

İLGİ : a) 10.11.1998 tarihli ve 9261-25670 sayılı yazınız.
b) 25.02.1999 tarihli ve 4030 sayılı yazınız.

Üniversitemiz eski öğretim üyelerinden, Prof.Dr. uygulanan yönetim teknikleri sonucu istifa yoluyla ayrıldı. Halen İstanbulda bir üniversite kurma çalışmalarında bulunduğu bilinmektedir.

Yrd.Doç.Dr. , hakkında soruşturma açılarak, görevi uzatılmamış, idare mahkemesi kararıyla göreve dönmüş, ancak hiçbir görev verilmeyerek istifa yoluyla görevinden ayrılmıştır. Arş.Gör. 18.12.19998 tarihinde üniversiteden ilişiği kesilmiştir.

Prof.Dr. , Yrd.Doç.Dr. , Yrd.Doç.Dr. , Öğr.Gör. , Prof.Dr. 'ın üniversite içindeki faaliyetleri takip altında olup, üniversite dışı faaliyetleri de devlet kuruluşları eliyle izlenmektedir.

Yukarıdaki şekilde, Üniversite tarafından YÖK Başkanlığına gönderilen bir geri bildirim (cevabi) yazısı görülmektedir. “İlgi” yazı kısmından anlaşılacağı üzere daha önce YÖK Başkanlığı tarafından Üniversiteye 2 talimat gittiği, bunun üzerine gereğinin yapıldığına ilişkin bir cevabi yazı yazıldığı anlaşılmaktadır. Üniversite tarafından gönderilen yazıda; “uygulanan yönetim teknikleri” sayesinde bir öğretim üyesinin istifa etmek zorunda kaldığı, bir öğretim üyesi hakkında soruşturma açıldığı ve görev süresinin uzatılmadığı diğer öğretim üyelerinin ise üniversite içindeki faaliyetlerinin Üniversite yönetiminin, üniversite dışındaki faaliyetlerinin ise devlet kuruluşlarının takibinde olduğu belirtilmektedir. Yukarıda Üniversite tarafından yürütülen faaliyetlerin hiçbiri Anayasa, Kanun ve ilgili mevzuat bağlamında görev ve yetkileri kapsamında bulunmamaktadır. Kamu görevlileri hakkında hiçbir disiplin soruşturması süreci işletilmeksizin, suç oluşturan eylemlerinin ne olduğu konusunda kendilerine bilgi verilmeksizin, savunmaları alınmaksızın istifaya zorlandıkları anlaşılmaktadır.

Şekil- 4

Laik, sosyal ve demokratik Türkiye Cumhuriyeti'nin Güneydoğudaki kalesi olan Üniversitelerinde , Cumhuriyet aleyhtarı kökü dışarda olan (PKK, Hizbullah, Nurcu, DHKP, CHKP, TIKKO vb.) şer güçlerden, MİT tarafından sakıncalı görülen hiçbir personelin 1996 yılından bu yana atamalarının yapılmadığı,

Üniversiteleri akademik personeli içerisinde 32 PKK, 4 Nurcu, sayıları 5'i aşmayan DHKP, CHKP, TIKKO gibi huzuru bozmaya, birlik ve beraberliği yıkmaya yönelik örgütlerin sempatanlarının mevcut olduğu, bu illegal örgütlere sempati duyan 1400 civarında öğrencilerinin de bulunduğu, bu öğrencilerin güvenlik ve emniyet güçleri tarafından sürekli gözetim altında tutulduğu, bu nedenle üniversitelerinde hiçbir kayda değer olay olmadığı,

6- Türbanlı ve kılık kıyafete uymayan 37 idari personelin bulunduğu, bunlardan 4'ünün istifa ederek ayrıldığı, 5 tanesi hakkında açılan soruşturma tamamlanarak "Görevden Çıkarma Cezası" ile cezalandırılmış olup, işlemlerinin devam ettiği, kalan personelin ise mesailerine kılık kıyafet yönetmeliğine uygun olarak devam ettiği,

7- Kılık kıyafet yönetmeliğine riayet etmeyen öğrenci sayısının 150 civarında olduğu, bunlar hakkında yasal soruşturmalar yapıldığı ve gerekli cezaların verildiği,

8- Diğer adı geçen öğretim elemanlarının eşlerinin ev kadını oluşu ve başörtüsü kullanmalarından ötürü bu tür suçlamalara maruz kaldıkları,

Yukarıdaki şekilde ise Üniversiteler, laik, sosyal ve demokratik Türkiye Cumhuriyeti'nin Güneydoğu'daki kaleleri olarak ifade edilerek, dış bağlantıları ile Cumhuriyet aleyhtarlığı yapan bazı örgütlenmeler sıralanarak bu örgütlenmelere bağlı hiçbir personelin atamasının yapılmadığı belirtilmektedir. Ancak buna rağmen Üniversite bünyesinde bahsi geçen örgütlenmelere mensup öğretim üyelerinin bulunduğu, idari personel hakkında gerekli işlemlerin yürütüldüğü ve 5 tanesinin görevden çıkarma cezası ile cezalandırıldığı, öğretim üyeleri yanında öğrencilerin de faaliyetlerinin takip edildiği rapor edilmektedir. Bu takip belgesinde dikkat çeken hususlardan bir tanesi de öğretim üyelerinin eşleri itibarıyla de takip edildiklerine ilişkin kayıtlardır. Öğretim üyelerinin eşleri ve çocuklarına ilişkin bilgiler YÖK ve Üniversite yönetimleri tarafından yakından takip edilmekte olup aşağıda açıklanacağı üzere ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereği kişilerin, aile üyelerinin eylem veya yaşam tarzlarından dolayı takip ve değerlendirmeye tabi tutulmasının, başta Anayasal ilkeler olmak üzere diğer mevzuat açısından da yasal dayanağı bulunmamaktadır.

Bunun yanında yukarıdaki şekilde belirtildiği üzere YÖK ve Üniversiteler tarafından; türban veya başörtüsü kullanan kamu personeli ve öğrenciler hakkında da takip işlemleri yapıldığı anlaşılmakta, başörtüsü kullanan kamu görevlileri hakkında görevden çıkarma, öğrenciler hakkında da disiplin soruşturması işlemleri yapıldığı görülmektedir. Üniversitelerde başörtüsünün gerek öğrenciler gerek kamu görevlileri tarafından kullanılıyor olması çoğu zaman ülkemizde tartışma konusu olmuştur ve bazı hukukçular tarafından da bu durumun “kamu düzenine” aykırılık teşkil ettiği savunulmuştur. Zira bu düşünceye göre “medeni giyim” kamu düzenindedir⁴³.

Güvenlik soruşturması, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini kullanmalarını idarenin takdirine bırakan bir uygulama olması nedeniyle “hakkın özüne” dokunan bir uygulama niteliğindedir. Sakıncalılığın esas alınarak hak ve hürriyetlerin kullanımına engel olunması, yönetime oldukça keyfi bir takdir alanı açmaktadır. Sakıncalılık, her türlü keyfi uygulamayı barındırabilecek belirsiz bir kavramdır. Bu tip belirsiz bir kavramın ölçüt olarak konması yargı denetimini de etkisizleştirecektir. Güvenlik soruşturması aracılığıyla sakıncalılık değerlendirilmesi yapılması, hürriyetler sistemini yasaklayıcı önlemeye götürecektir ki⁴⁴ Türk Yükseköğretim sisteminde bu keyfi takdir hakkının hürriyetleri nasıl sınırlandırdığına yönelik sayısız örnekler mevcuttur.

⁴³ *Hukuk düzenleri kimi zaman kişiyi kamusal bir etkinliğe katılmaya mecbur etmektedir. Böyle hallerde medeni giyim kamu düzenindedir. Öğrencilerin medeni kıyafette olmaları kaynağı akli olan eğitim öğretim düzeninin olmazsa olmazıdır. Bu demektir ki okullarda medeni kıyafet kamu düzenindedir. Kişi...kamusal bir meslek yaptığında yahut örneğin eğitim öğretim, siyasi, hukuki etkinlik vs. içinde bulunuyorsa dininin buyruklarına uymak iddiasına sığınarak dinsel örtünmeye kalkıştığında davranışı hukuk düzeni ile oluşan kamu düzenine aykırılık oluşturur. Bu bağlamda herkesin kullandığı genel terimle sıradan vatandaşlar, kamusal bir etkinliğin, ör. Resmi tören, davet, protokol vs. içinde yer almak durumunda kaldıklarında ya o kamusal faaliyetin tüm kurallarına uyacak dolayısıyla faaliyete dini kıyafeti ile katılmayacak ya da mutlaka dini kıyafeti içinde olmak istiyorsa o zaman o kamusal faaliyet içinde yer almayacaktır. HAFIZOĞULLARI, s. 294.*

⁴⁴ Hakların ve hürriyetlerin "meşru" nesnel koşullara bağlanması mümkündür, fakat “**sakıncalılık**” bu koşullar içinde yer alamaz. Öngörülmesi ise, bütün nesnel koşulları yerine getiren bir kişinin hakkını kullanması öznel bir değerlendirilmeye, idarenin takdirine bırakılmışsa hakkın özüne dokunulmuş olur. Hak, hak olma niteliğini yitirir. Ayrıca, bir kişi eğer öngörülmesi nesnel koşullara uyarak anayasal hakkını kullanmaya kalktığında “**sakıncalı olarak değerlendirilebilir**” tehdidiyle karşılaşırsa o hakkın özüne dokunulmuş demektir. Kişilerin bilinçlerine bu tip bir şüphe yerleştirilmesi hak ve hürriyetlerin kullanılmasını örtülü bir şekilde zorlaştırıcı hatta engelleyici sonuçlar doğurur. KARAHANOĞULLARI, s. 16.

E. CEZA SORUMLULUĞUNUN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ BAĞLAMINDA ÖĞRETİM ELEMANLARININ AİLEVİ DURUMLARI KENDİLERİ HAKKINDA YAPILACAK DEĞERLEDİRMELERE ESAS ALINABİLİR Mİ

Suçun oluşumundan bahsetmek için hareket (maddi unsur), tipiklik (kanuni unsur), hukuka aykırılık ve kusurluluk (manevi unsur) gibi dört unsurun varlığı gerekmektedir. Bu unsurlardan herhangi birinin oluşmadığı hallerde faili cezalandırmak mümkün değildir⁴⁵. Suçun unsurları, modern ceza hukukunun kabul ettiği evrensel bir norm halini almıştır. Ceza sorumluluğunun şahsi olması; suç işleyen failin/faillerin cezadan bizzat sorumlu olması, failin/faillerin dışındaki kişilere doğrudan doğruya bu sorumluluğun yüklenmemesi ve cezalandırılmaması demektir. Mevcut yasal düzenlemelere göre bu ilke; kanunda suç olarak belirlenmiş hareketin kusurlu failinin ya da kanunlarda istenmeyen durum olarak belirlenmiş hale neden olan kişinin, kusur ile hareketi arasında illiyet bağı olması halinde bizzat cezalandırılması şeklinde kabul edilmektedir. Cezanın şahsiliği ilkesi, cezada kolektif sorumluluk ilkesinin yerine geçmiştir. Cezalandırmada kolektif sorumluluk ilkesi, kusurluluk ilkesi ile yakından ilgilidir. 13 yy. da cezalandırmada kusurun önem kazanmasıyla birlikte şahsilik ilkesi de ön plana çıkmaya başlamıştır. Fransız ihtilali sonrasında şahsilik ilkesi hukukumuzda yansımıştır. Evrensel bir ceza hukuku normu olan şahsilik ilkesinin korunması için kanun koyucu suçludan başkasına ceza öngören kanun yapmamak yada bu tür düzenlemeleri kanunlardan çıkartmakla görevlidir⁴⁶.

İnsanları, başkalarının fiilinden dolayı cezalandırmaya cür'et edebilen totaliter rejimlerin insanlığa getirdiği acı tecrübelerden sonradır ki, kimsenin yalnız kendi fiil ve ihmalden sorumlu olabileceği esasının anayasalarda yer alması lüzumu bilhassa hissedilmiş⁴⁷ ve 1961 Anayasasının 33/5. maddesi ile 1982 Anayasasının 38/7. maddesi ile bu evrensel ilke anayasadaki varlığını korumuş-

⁴⁵ Ceza sorumluluğunun şahsiliği kutsal dinlerde de kabul edilen temel inançlardan bir tanesidir. Hristiyanlıkta sadece Hz. İsa'nın, diğer insanların günahları için ve onların uğruna feda edildiğini belirten ifadeler bulunmaktadır. Kurtuluş için İsa'nın kurban edilmesi kâfidir (İncil-İbraniler, 9/25-26), İsa, insanlığın kurtuluş fidyesi olarak hayatını vermişti (İncil-Timoteos2/5-6), Tanrı, merhametsiz olsaydı, herkese kendi borcunu ödetirdi. Adil, merhametli olduğu ve dünyayı çok sevdiği için, herkesin affolması için biricik oğlunu feda etti (İncil-Yuhanna 3/16). Doğru olan Mesih doğru olmayanların uğruna günahlar için bir defa öldü (İncil-I Petrus 3/18). Eski insanlar, kusursuz kuzu Mesih'in kanının fidyesiyle kurtuldu (İncil I Petrus, 1/18-19). İslamiyet'te herkesin kendi yaptıklarının cezasını çekmesi ve ceza sorumluluğunun şahsiliği kabul edilmiş olup bu adalet ilkesi "Hiçbir günahkar, bir başkasının günahını yüklenmez" ayeti ile Kuran'da 4 farklı surede vurgulanmıştır. (En'âm Sûresi, 6: 164; İsrâ Sûresi, 17: 15; Fâtır Sûresi, 35: 18; Zümer Sûresi, 39: 7). T.C. Anayasasının 38.maddesinin 7.fıkrasına göre de; Ceza sorumluluğu şahsidir.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesinin 21.12.2006 tarih, 2003/97 E., 2006/115 K. Sayılı kararın itiraz bölümü.

⁴⁷ Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Gerekçesi.

tur. Milli Güvenlik Kurulu Anayasa Komisyonu maddeyle ilgili gerekçede; “Bu ilke ceza hukukuna yerleşmiş ve “kusura dayanan ceza sorumluluğu” ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuraldır” ifadelerine yer verilmiştir⁴⁸.

Bütün bu Anayasal güvencelere rağmen bu gün ülkemizde her yıl onlarca askeri öğrencinin, anne babaları veya kardeşlerinin geçmişte işlemiş oldukları suçları ve mahkûm oldukları cezaları (ve hatta suç teşkil etmeyen soyut değerlendirmeler) yüzünden askeri öğrencilikle ilişkileri kesilmektedir. Öğrencinin kendisi hakkında yapılan güvenlik soruşturmasında hiçbir yasa dışı faaliyette bulunmadığı tespit olursa dahi birinci derece yakınlarının (Örneğin babasının veya kardeşinin DHKPC, PKK üyesi ve hatta sempatzamı olması, Yüksek İslam Enstitüsü Mezunu olması, İmam Hatip Lisesinde öğretmen, müdür, müdür yardımcısı olması, Nurcu, Süleymancı cemaatlere sempati duyması, Ermeni kökenli olması⁴⁹, zimmet, hırsızlık, vs. suçlardan mahkum olması) faaliyetlerinden dolayı askeri öğrencilikle ilişkileri kesilmektedir.

Bu şartları yerine getiremeyen öğrenciler, örneğin babasının onlarca yıl önce işlediği bir suçtan veya abisinin üniversitede okurken bir kısım siyasi/dini akımlara sempati duymasından dolayı cezalandırılmakta dolayısıyla kendisinden kaynaklanmayan fikir ve eylemlerin sorumluluğunu üstlenmektedir.

Bu düzenleme bütün askeri öğrencilerin ve aynı zamanda ailelerinin, ancak silahlı kuvvetler tarafından hoş görülebilecek makul bir ideolojiye inanabilecekleri/inanmak zorunda oldukları temel düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Silahlı kuvvetler bünyesinde öğrencilik statüsünü kazanan öğrencilerin veya bu öğrencilerin anne-baba-eş ve kardeşlerinin, silahlı kuvvetler tarafından benimsenmeyen bir fikir-düşünce veya ideolojiye sahip olabilecekleri düşünülemez. Böylece Silahlı kuvvetler bünyesinde askeri öğrenci statüsünü kazanan bir kişi tüm ailesi

⁴⁸ **ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**, Esas Sayısı: 2012/106, Karar Sayısı: 2012/190 Karar Günü: 29.11.2012, R.G. Tarih-Sayı: 06.03.2013-28579, **YARGITAY CEZA GENEL KURULU**, 1988/327 E., 1988/505 K., Tarih: 05.12.1988, Ayrıca bkzn. **ARSLAN**, Zühtü, s. 223-224. dip.40.

⁴⁹ Dedesi ermeni kökenli olan bir astsubay okul öğrencisi okulun 2. sınıfında, güvenlik soruşturması neticesinde okulla ilişkisi kesilmiştir. Söz konusu öğrencinin büyük dedesinin adı, Boğos olup Kumkapı’da Ermeni asıllı bir aileye mensuptur. Boğos, komşularının telkini ile 1870’lerde müslüman olmuş ve ismini de değiştirmiştir. Dedenin adının başlangıçta Boğos olmasının cezası, astsubay okulunda okuyan öğrenciye kesilmiş ve askeri öğrencilikle ilişkisi kesilmiştir. Aynı şekilde annesi gizli fuhuştan fişli diye polis okulundan bir öğrenci de polis okulundan atılmıştır. Annesi, 15 yaşında iken gizli fuhuş yaptığı gerekçesi ile polis tarafından fişlenen, 18 yaşına gelince, evlenen ve evliliğinde 3 erkek çocuğu olan dürüst ve namuslu bir hayat sürüp çocuklarını okutan bu ailenin evladı, polis okulu sınavlarını kazandıktan sonra annesinin 15 yaşında iken gizli fuhuş yaptığı gerekçe gösterilerek okul öğrencisinin eğitimine son verilerek polis okulundan atılmıştır. Ankara 3. İdare Mahkemesi kararı ile de yapılan işlem hukuka uygun bulunmuştur. Türk vatandaşı ve sabıkasız olan polis okulu öğrencisi, kamu güvenliği ve esenliğinin tehdit edici sakıncalı bir durumun olmadığı bir durumda okuldan atılmıştır. 06.10.2005 <http://www.stargazete.com/index.asp?haberID=79065>

ile birlikte resmi ideolojiye bağlı “makbul bir öğrenci ve aile” olduğu ve tüm askerlik yaşamı boyunca da bu şekilde olacağı hususunda bir teminat da vermiş olmaktadır.

Sorun aslında sadece askeri öğrencileri ilgilendirmekle kalmamakta, Yönetmelik gereği “kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birimleri ile askeri, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumları ile tutukevlerinde çalıştırılacak personel” de yakınları ve birinci derece akrabalarının suç ve cezalarından dolayı sorumlu tutulmaktadır.

Günümüzde intihar eylemleri, soykırımlar, kan davaları, sürgünler gibi “kolektif sorumluluğu” esas alan insanlık dışı pek çok cezalandırma yöntemleri tartışılırken asıl vurgu yapılan husus, suçların ve cezaların şahsiliği, hiç kimsenin kendisinin işlemediği ve sorumlu olmadığı bir suçtan ötürü suçlanamayacağı ve cezalandırılmayacağı şeklinde özetlenebilecek evrensel ilkedir. Hatta ülkemizde bir dönem Anayasa Mahkemesinin parti kapatma kararlarında sıkça görülen, kapatılan partiye mensup tüm milletvekillerinin milletvekilliklerinin düşürülmesi ve kendilerine siyaset yasağı uygulanması kararları da ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi bağlamında tartışılmıştır⁵⁰.

F. GÜVENLİK SORUŞTURMASI İLE İLGİLİ YASAL ÇERÇEVE

1. Kanun

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, 4045 sayılı Yasa ile bu Yasanın 1. maddesine dayanılarak çıkarılan Yönetmelik ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde, söz konusu Yönetmeliğin 9. maddesine dayanılarak çıkarılan Yönerge çerçevesinde yapılmaktadır. *Karahanoğulları'na* göre; Toplumsal güvenliği ve düzeni değil de, "tedirgin" bir devleti korumayı amaçlayan; hürriyetlerin “kamulaştırılması” ile ilgisi olmayıp, kişileri keyfi biçimde sakıncalı olarak değerlendirip anayasal haklarını sınırlandıran güvenlik soruşturmasının meşruiyete sahip olacağı düşünülemez. Sakıncalı duruma düşüp, kimi anayasal haklarını kullanamama tehdidi yurttaşlar için süreklilik arz eden bir tehdittir. Güvenlik soruşturması "dışlayıcı" bir uygulamadır⁵¹.

⁵⁰ **ANAYASA MAHKEMESİ KARARI** Esas Sayısı: 1993/3 (Siyasî Parti-Kapatma), Karar Sayısı: 1994/2 Karar Günü: 16.6.1994 R.G. Tarih-Sayı: 30.06.1994-21976, Davacı: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Davalı: Demokrasi Partisi **ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**, Esas Sayısı: 1992/1 (Siyasî Parti Kapatma) Karar Sayısı: 1993/1, Karar Günü: 14.7.1993, R.G. Tarih-Sayı: 18.08.1993-21672 Davacı: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Davalı: Halkın Emek Partisi **ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**, Esas Sayısı: 2008/1 (Siyasî Parti Kapatma) Karar Sayısı: 2008/2 Karar Günü: 30.7.2008 Davacı: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Davalı: Adalet ve Kalkınma Partisi

⁵¹ **KARAHANOGULLARI**, s.177.

İdare hukuku açısından bakıldığında “güvenlik soruşturması işlemleri”; kamu gücüne dayalı olarak idarenin tek yanlı iradesi ile tesis edilmiş, icrai nitelikte, kişilerin hak ve menfaatlerini ihlal eden ve dolayısıyla onlar hakkında hukuki sonuç doğuran bir idari işlemdir. İdarenin, tek yanlı iradesi ile kişileri sakıncalı kategorisine sokması, hukuk düzeninde bir sonuç doğuran, bir işlemdir. Kişi, "sakıncalı" kategorisine girmekle anayasal haklarını kullanamamak tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır⁵².

3 Kasım 1994 tarihli resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4045 sayılı “Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un 1. maddesine göre;

“Güvenlik Soruşturması ve arşiv araştırması; kamu kurum ve kuruluşlarında, yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları halinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler ile askerî, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapılır. Devletin güvenliğini, ulusun varlığını ve bütünlüğünü iç ve dış menfaatlerinin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgeler ile gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti, birim ve kısımların tanımlarının yapılması, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak merciler ve üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmelik ile düzenlenir”.

2. Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği

4045 sayılı Yasanın 1. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu’nun 2000/284 sayılı kararı ile ve 12 Nisan 2000 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği” nin 1 ve 2. maddelerinde, 4045 sayılı Kanunun 1. maddesinde belirtilen ana çerçeve tekrar edildikten sonra ilerleyen maddelerde, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının ayrıntıları düzenleme altına alınmıştır.

⁵² **KARAHANOĞULLARI**, s.183. Güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğuna ilişkin kararın, kamu gücüne dayalı olarak ve tek taraflı tesis edilmiş, davacının menfaatini ihlal eden ve bu yönüyle sonuç doğuran bir idari işlem olduğu açıktır. Dava konusu kararın bu haliyle adli yargı yerinde denetlenmesi mümkün olmadığı gibi bir ön işlem olarak nitelendirilmesi de yerinde değildir. Hal böyle olunca, davayı onama bir idari işlem olmaması nedeniyle esasını inceleme olanağı bulunmadığından incelemeksizin reddeden İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmamaktadır. "(DANIŞTAY 10. DAİRESİ 1987/1838 E., K.1987/1317, Danıştay Dergisi sayı 70-71)

Yönetmeliğe göre Arşiv araştırması; Kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişiği ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının mevcut kayıtlardan saptanmasını ifade etmektedir (m. 4/f).

Güvenlik soruşturması ise; “Kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişiği ile adli sicil kaydının⁵³ ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının, **yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bulunup bulunmadığının, ahlaki durumunun, yabancılar ile ilgisinin ve sır saklama yeteneğinin** mevcut kayıtlardan ve yerinden araştırılmak suretiyle saptanması ve değerlendirilmesini ifade etmektedir (m.4/g).

Söz konusu Yönetmelik aynı zamanda “yıkıcı ve bölücü faaliyet” kavramını da tanımlama ihtiyacı hissetmiş ve “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı, Devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmeyi, temel hak ve hürriyetleri yok etmeyi hedefleyen **faaliyetleri**” bu çerçevedeki faaliyetler olarak göstermiştir (m. 4/k).

4045 sayılı Kanununun 1. maddesinde işaret edilen ve kimler olduğunun tespiti Yönetmeliğe havale edilen, haklarında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak üst kademe yöneticileri; “bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının üst kademelerinde görev alan ve genel devlet politikası içerisinde, kuruma verilmiş olan kamu hizmetlerinin sevk ve idaresinde yetkiyi haiz olup, sorumluluk taşıyan, en üst düzeyde yönetsel politika konularında karar verme sorumluluğuna sahip olan, kuruluşun planlama, örgütendirme, personel ve kadrolarını yönetme, denetim ve temsil gibi işlevlerini yapan **en az genel müdür ve benzeri düzeyde kişiler**” olarak belirlemiştir (m. 4/l).

Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği yanı sıra, 8/6/1988 tarihli ve 19836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türk Silahlı Kuvvetleri Sınıf Okulları Yönetmeliğinin 19/B-4 maddesinde de “güvenlik soruşturması olumsuz çıkanların askeri öğrencilikten çıkarılacakları” hüküm altına alınmıştır.

⁵³ 1/6/2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nda “adli sicil” kavramından ne anlaşılması gerektiği belirtilmekte olup Kanun’un 1.maddesine göre; “Kanun, kesinleşmiş ceza ve güvenlik tedbirlerine mahkûmiyete ilişkin bilgilerin otomatik işleme tâbi bir sistem kullanılarak toplanmasına, sınıflandırılmasına, değerlendirilmesine, muhafaza edilmesine ve gerektiğinde en seri ve sağlıklı biçimde ilgililere bildirilmesine dair usul ve esasları belirler”. Adli sicile kaydedilecek bilgilerin de ne olduğu idarenin takdirine bırakılmamış olup tek tek Kanun’un 4.maddesinde sayılmıştır. Buna göre; Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet hükümleri, hapis cezasına mahkûmiyet kararı, koşullu salıverilme kararı, adli para cezası ile ilgili kararlar, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, belli bir meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin karar, Ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık dolayısıyla verilen karar, Ceza zamaşımının dolduğunun tespitine ilişkin karar, Genel veya özel affa ilişkin kanun; özel affa ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararı, Askerî Ceza Kanununa göre verilmiş mahkûmiyet kararlarındaki ferî cezalar adli sicile kaydedilir.

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında; “**kişinin içinde bulunduğu ortam**” da dikkate alınarak; kimlik kontrolü, kimlik kayıtlarının doğruluk derecesi, uyrukluğu, geçmişte yabancı bir devletin uyrukluğuna girip girmediği, kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığı, kolluk kuvvetlerinin ve istihbarat ünitelerinin arşivlerinde bilgiler bulunup bulunmadığı, adli sicil kaydının ve hakkında bir tahdidin olup olmadığı, yıkıcı faaliyetlerde bulunup bulunmadığı ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanuna ve Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı davranıp davranmadığı, şeref ve haysiyetini ihlal edecek ve görevine yansıyacak şekilde kumara, uyuşturucuya, içkiye, paraya ve aşırı bir şekilde menfaatine düşkün olup olmadığı, ahlak ve adaba aykırı davranıp davranmadığı, yabancılarla, özellikle hasım ve hasım olması muhtemel devlet mensupları ve temsilcileriyle ilgi derecesinin iç yüzü ve nedeni, sır saklama yeteneğinin olup olmadığı hususları araştırılmaktadır. Aile üyelerinin eylemlerinden dolayı, askeri personelin ve adayların güvenlik soruşturmalarının olumsuz çıkması durumunda genellikle Yönetmelikte geçen “**Kişinin içinde bulunduğu ortam**” ifadesine atıf yapılarak mevzuattaki bu ifade çerçevesinde kişinin içinde yetiştiği ailevi ve çevresel ortamdan soyutlanamayacağı, içinde bulunduğu ortamdaki sakıncalı görülen eylemlerden mutlaka kendisinin de etkileneceği gerekçesi ile aile üyelerinin eylemlerinden dolayı sorumlu olacakları iddiası savunulmaktadır⁵⁴.

⁵⁴ Basın yayın organlarına da yansıdığı üzere Sayın Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Başbakanlığı döneminde bürokratik kadrolara yapılan atamalarla ilgili olarak “kişinin içinde bulunduğu ortam” ifadesinden kaynaklanan hukuksal sorun tekrar gün yüzüne çıkmıştır. Zira dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer ile Başbakan Abdullah Gül arasında, Yönetmelikte geçen “**kişinin içinde bulunduğu ortam**” ifadesinden kaynaklanan bir görüş ayrılığı yaşanmış ve konu istişari görüş alınmak üzere Danıştay’a taşınmıştır. O tarihlerde yaşanan bu olay Hürriyet Gazetesinde Şükrü Küçükşahin tarafından şu şekilde anlatılmaktadır. *MİT Müsteşarı Şenkal Atasagun, Başbakan Abdullah Gül’e, 2 Aralık 2002 gün, 11.011.00-9012/34291 sayılı bir yazı göndererek, "Yılda 400-500 bin güvenlik soruşturması yaptıklarını, sayının daraltılmasında yarar olduğunu; er ve erbaş soruşturmalarının ortadan kaldırılabilceğini" belirtiyor. Gül, bunun üzerine, 12 Aralık günlü 105- 55/5909 sayılı talimatında, "suçun şahsiliği kuralı çerçevesinde doğrudan şahıslarla ilgili olmayan istihbari bilgilerin gönderilmeyip, yalnızca adli makamlara intikal eden eylemlerin yazılı olarak bildirilmesi, diğer bilgilerin şifahi olarak aktarılması"nı istiyordu. Böylece Atasagun’un yazısı, Gül’e atamalarda MİT soruşturmasını neredeyse sıfırlayacak bir zemin yaratıyordu. Atasagun bile bu sonucu beklememiş olsa gerek; çünkü Atasagun, aynı yazıda, "istihbari niteliği önemli bilgilerin istişari özellik taşıması nedeniyle ilgili makama, üstelik yorumsuz aktarıldığını" da vurguluyordu. Müsteşar ayrıca, "yapılan çalışmaların deşifre edilmesi, cevap verilen hususların yetkisiz kişilere, hatta tahkikat yapılan şahıslara ulaştırılmasından rahatsız olduklarını" da kayda geçiriyordu. Vatan’da, Kemal Gökteş’in haberinden öğreniyoruz, Gül de MİT’e gönderdiği yazıdan kuşkuya düşmüş olmalı ki, çareyi 21 Ocak 2003 günü Danıştay’a başvurmakta buluyor. Gül, "Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği" ile ilgili bu başvurusunda değerlendirmenin, "Soruşturmaların aile üyelerini kapsamasının ve istihbarat bilgilerinin güvenlik soruşturmalarında kullanılmasının ‘Suçluluğu sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz’ hükmü ışığında" yapılmasını istiyor. Danıştay’dan 25 Mart 2003 günlü kararla şu yanıt veriliyor:*

3. Silahlı Kuvvetler İstihbarata Karşı Koyma, Koruyucu Güvenlik ve İşbirliği Yönergesi

Türk Silahlı Kuvvetlerinin kadro ve kuruluşlarında yer alacak personelin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, Türk Silahlı Kuvvetlerince Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliğine dayanılarak çıkarılan Silahlı Kuvvetler İstihbarata Karşı Koyma, Koruyucu Güvenlik ve İşbirliği Yönergesine göre yapılmaktadır.

Yönergenin, Askeri Öğrenci Olmayı Engelleyen Sakıncalı Haller" başlıklı 9/d-9 bendi "**Öğrencinin kendisi, annesi, babası veya kardeşlerinden herhangi birisi** zimmet, irtikap, rüşvet, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak, cinsi sapıklık, kaçakçılık, yalan beyan, yalan şahadet, yalan yemin, dolandırıcılık, hırsızlık suçlarından hüküm giymiş veya yargılaması devam ediyorsa" hükmü ile bu durumları ortaya çıkanların okulla ilişkisinin kesileceğini" düzenlemektedir.

Yönergesinin 9/d-2 bendi ise; "**Öğrencinin kendisi, annesi, babası veya kardeşlerinden herhangi birisi hakkında**, devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak, bu tür faaliyetlerde bulunan yerli veya yabancı dernek, grup, kulüp, teşkilat ve benzeri teşekküllerden herhangi birine üye olmak veya bunlarla sıkı işbirliği içinde bulunmak, desteklemek veya bunların sempatisini sağlamak gibi faaliyetleri nedeniyle MIT Müsteşarlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Mahalli Emniyet Müdürlükleri ve İl Jandarma Alay Komutanlıklarından herhangi biri tarafından bilgi verilmişse" hükmü ile bu durumları ortaya çıkanların okulla ilişkisinin kesileceğini düzenlemektedir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) kararlarına yansıyan pek çok uyuşmazlıkta askeri öğrenci ve personel ile ilgili olarak anne, baba, kardeşlerinin eylemlerinden dolayı ilişkilerinin kesilmesi hususu tartışma konusu olmakta ve çoğu zaman bu eylemlerden dolayı kişilerin askeri kurumlarla ilişkilerinin kesilmesi gerektiği yönünde kararlar verilebilmektedir. AYİM; Türk Silahlı Kuvvetlerine girecek kişilerin seçiminde, statüye girecek kişilerde ve bir ölçüde bunları etkileyebilecek kanuni yakınlarında bazı niteliklere sahip olma şartının

"Önemli görevlerde çalıştırılacak kişiler hakkındaki her bilginin, onun içinde bulunduğu ortam da dahil olmak üzere bilinmesinin toplum ve devletin güvenliği açısından yaşamsal önemde olduğu tartışmasızdır. Soruşturmanın, kişinin içinde bulunduğu ortamla birinci derece akrabalarını kapsayacak şekilde yapılmasının sonucuna ulaşılmaktadır. Kişinin yakınlarının güvenlik soruşturmasına tabi tutulmasının bir cezalandırma olarak değerlendirilmesi mümkün değildir." Danıştay'ın bu görüşüne rağmen atamalarda Başbakanlık, MİT'e yaptırdığı yeni uygulamayı esas alırken Köşk eski yöntemde ısrarcı gibi görünüyor.
HÜRRİYET GAZETESİ- Şükrü Küçükşahin, 30.10.2003.

aranmasının **kamu yararına uygun** olduğunu düşünmektedir⁵⁵. Üstelik kişinin gerek kendisi ve gerekse aile üyelerinin bu statüleri hem öğrenciliğe giriş, hem öğrencilik süresini⁵⁶ kapsayacak şekilde geniş yorumlanmakta bu kişilerin söz konusu **“temiz sicil”** niteliklerini korumaları gerektiği hüküm altına alınmaktadır. Anlaşılabileceği üzere kendisi ve aile üyelerinin **“temiz sicil”** niteliği, hem kamu hizmetine girişte ve hizmete alınmada haklı önleyici gerekçe hem de kamu hizmetinden çıkarılmada haklı sonuç gerekçesi olarak kabul edilmektedir. Böylece kamu görevlerinin dağıtımında ve kamu görevliliğine girişte AYİM **“seçkin bir kamu hizmeti”** olarak nitelendirdiği askerlik hizmetinin gereği olarak kabul ettiği yeni ilkeler geliştirmekte ve uygulamaktadır⁵⁷.

4. Danıştay’ın İstisari Görüşü

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini ihlal eden ve kişilerin anne, baba, eş ve kardeşlerinin fiillerinden de sorumlu tutulabileceği sonucunu doğuran Yö-

⁵⁵ Yapılan güvenlik soruşturmasında; davacının kardeşi 1969 doğumlu.’ın piyasaya sahte para sürmek, bu amaçla sahte para bulundurmak (Amerikan doları) suçundan Antalya 2’nci Ağır Ceza Mahkemesinin 26.11.1998 gün ve 1998/328-362 Esas ve Karar sayılı hükmü ile TCK.nun 316/3, 318, 59/2 gereğince bir yıl üç ay hapis 5.700.000.TL. ağır para cezası ile mahkumiyetine, cezasının ertelenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.davacının durumu itibariyle, Silahlı Kuvvetler İstihbarata Karşı Koyma, Koruyucu Güvenlik ve İşbirliği Yönergesi hükümlerine göre askeri öğrencilikle bağdaşmayacak konuma geldiği saptanmış bulunmaktadır. Bu itibarla davacının okuldan çıkarılmasına ilişkin idari işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir. **Türk Silahlı Kuvvetleri gibi ülke savunmasının temel direği olan bir camiaya girecek kişilerin seçiminde büyük özen gösterilmesi, bu kişilerde ve bir ölçüde bunları etkileyebilecek kanuni yakınlarının da bir kısım niteliklere sahip olma şartının aranmasında kamu yararına aykırılık bulunmamaktadır. AYİM 2. DAİRE, 1999/832 E., 1999/780 K. Sayılı ilanı. AYİM Dergi No: 14.**

⁵⁶ Türk Silahlı Kuvvetlerine alınacak personel hakkında güvenlik soruşturması yapılması, **bunların temiz bir geçmişe sahip olmaları** şartının aranması şüphesiz **kamu yararına** uygun bir faaliyettir. Yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri gereği **hem öğrenciliği öncesindeki durumu, hem de uzman çavuş nasbedileceği tarihe kadar** uzman jandarma aday öğrenciliği aşamasında mevzuatta öngörülen niteliklere kendisi, ana, baba ve kardeşlerden oluşan yakınlarının sahip olmaları ve **bu nitelikleri korumaları gereklidir.** Mevzuatın amir hükümleri karşısında gerek öğrencilik statüsüne girişten önce gerek öğrenciliğin devam ettiği sürede sahip olunacak zorunlu koşul ve niteliklerden birisinin bozulması ve bu durumun idare tarafından bilinir hale idare, kişiyi askeri öğrencilikten çıkararak okulla ilişkisini kesme zorunda kalacaktır. **AYİM 2.DAİRE 2003/699 E., 2003/945 K. AYİM Dergi No: 19.**

⁵⁷ İdare hukukunda kişilerin suç teşkil etsin etmesin bazı davranışları kamu görevlerinin dağıtımında önem kazanmaktadır. İdari normlar çerçevesinde, bünyesine alacağı ve barındırdığı kişiler de farklı özellikler arayan Silahlı Kuvvetlere öğrenci olarak alınacakların, sadece kendilerinin değil, yakın çevrelerinin de araştırılması Silahlı Kuvvetlerin üstlendiği seçkin kamu hizmetinin bir gereğidir. Silahlı Kuvvetler bünyesinde bilfiil görev alacak personelin kanun ve nizamla uyan, her türlü siyasi ve ideolojik akımlardan uzak, görev alacakları bölgelerde kendileri ve yakınları hakkında geçmişleri ile ilgili de olsa söylenti çıkarılmayacak kişilerden seçilmesi, kendisinin veya kendisini etkileyebilecek yakın çevresinin, Yönetmelik ve Yönergelerde belirtilen askeri öğrenci olmayı engelleyen sakıncalı halleri görülenlerin Silahlı Kuvvetlerden çıkarılmaları mevzuat ve kamu yararına uygun düşmektedir.

netmelik hükümleri, Danıştay 1. Dairesinin⁵⁸ kararı ile hukuk sistemimizde yerleşmiş bulunmaktadır. Danıştay 1. Dairesinin bu kararı Başbakanlığın, “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği” hükümleri çerçevesinde, tereddüde düşülen konularda uygulamanın ne yönde olması gerektiği konusunda 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42. maddesi gereğince Danıştay Başkanlığının görüşünün alınması talebi doğrultusunda verilmiş bir görüşür⁵⁹.

4045 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği hükümlerine göre yapılacak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının, kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birimleri ile askeri, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumları ile tutukevlerinde çalıştırılacak personelin yakınları ve birinci derece akrabalarını kapsayıp kapsamadığı, hukuki değeri olmayan istihbari bilgilerin talep makamlarına bildirilip bildirilmeyeceği hususlarında düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkin Başbakanlık tarafından Danıştay 1. Daire Başkanlığından görüş talep edilmiş, Danıştay Dairesi tarafından Genelkurmay Başkanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü yetkililerinin de katılımı ile yapılan toplantıda katılanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra konu hakkında karar verilmiştir.

Verilen kararda;

1-“Türk Dil Kurumunun 1998 yılında basımı yapılan Türkçe Sözlüğünde ortam; canlı bir varlığın içinde bulunduğu doğal veya maddi şartların bütünü, bir kimsenin veya insan topluluğunun yaşayışını etkileyen ruhsal, toplumsal ve kültürel etkilerin bütünü, nesnel ve toplumsal yönlerle bazen kişinin iç dünyasını da kapsayan yakın çevresi olarak tanımlandığı, bu tanımın içine kişinin ailesi, akrabaları ve sosyal çevresinin de girdiği,

2-Esasen bir kişi hakkında, bulunduğu ortamdan, yakın çevresinden ve ilişkilerinden soyutlanarak bilgi edinilmesi mümkün olmadığı gibi sadece kişiye özel bilgilerle yetinilmesinin değerlendirmeyi yetersiz hale düşüreceği”,

3-Kanun ve Yönetmeliğin amacının kişinin, Kanunda belirtilen kurumlarda çalışabilmesi için onun her yönden güvenilirliğini tespit etmeye yönelik ve toplumun ve Devletin ileride uğrayabileceği zararı veya tehlikeyi önceden engelleme isteğine yönelik olduğu, son derece önemli görevlerde çalıştırılacak kişiler hakkındaki her türlü bilginin onun içinde bulunduğu ortam da dahil olmak üzere bilinmesinin toplumun ve Devletin güvenliği açısından yaşamsal öneme sahip olduğu hususlarına vurgu yapılarak hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacak kişi hakkında yeterli ve sağlıklı bir değerlendirme yapıla-

⁵⁸ **DANIŞTAY 1. DAİRESİ** 25.03.2003 tarih, 2003/15 E., 2003/40 K. sayılı kararı

⁵⁹ Olayın Danıştay'a taşınması süreci ile ilgili olarak bknz. 52 nolu dipnot.

bilmesi için kişinin içinde bulunduğu ortam ile yakınlarını ve birinci derece akrabalarını da kapsayacak şekilde yaptırılmasının ve güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda kişi hakkında elde edilen istihbari bilgilerin talep makamlarına bildirilmesinin⁶⁰ hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Danıştay 1. Dairesi bu kararı verirken Yönetmelik hükümlerini, Anayasanın 38. maddesinin yedinci fıkrasında yer alan "Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği" ilkesi çerçevesinde de yorumlamış ancak bu yorumlamayı yaparken, kişi özgürlüğü ve güvenliği ile temel hak ve özgürlüklerden yana bir yorum yapmak yerine yargısal aktivizmin güzel bir örneğini teşkil edecek şekilde insan hakları evrensel ilkelerini yok sayan bir yorum yolunu tercih etmiştir.

Danıştay 1. Dairesi tarafından "Ceza Sorumluluğunun şahsiliği" ilkesi ile ilgili olarak yapılan yorumda; "Bu ilkenin, suç işleyen kişinin dışındakilerin bu suç nedeniyle cezalandırılmayacağını öngören ceza hukukuna ilişkin evrensel bir ilke olduğu, kişinin yakınları ve birinci derece akrabalarının güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına tabi tutulmasının onlar bakımından bir cezalandırma olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ve aksine güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına ilişkin esas ve usullerin "**idarenin işleyişiyle ilgili olduğu**" ve bu durumda Anayasanın yukarıda belirtilen hükmünün duraksamanın giderilmesinde uygun bir hukuki çözüm aracı olarak değerlendirilmesi olanağı bulunmadığı" sonucuna varmıştır.

SONUÇ

Ülkemizde uzun yıllardır öğretim üyelerinin akademik özgürlükleri ile üniversitelerin özerklikleri tartışılmaktadır. Ancak üniversitemizde bu güne kadar yaşanan tecrübeler gerek bireysel anlama akademik özgürlük ve gerekse kurumsal anlamda üniversite özerkliğinin, demokratik siyasal yaşamın askıya alındığı özellikle ara rejim dönemlerinde fazlasıyla zarar gördüğü ve sonuçta öğretim üyelerinin tasfiyelerine kadar uzanan sonuçların ortaya çıktığı görülmektedir. Bu dönemlerde "güvenlik soruşturması" adı altında öğretim elemanları ve aile üyeleri hakkında yasadışı bilgi ve istihbarat toplama çalışmaları sonucunda disiplin soruşturması, baskı ve sindirme politikaları izlenerek pek çok öğretim elemanının görevlerine son verilmiş veya akademik/idari yükselme ve

⁶⁰ Danıştay 1. Dairesi vermiş olduğu kararda; "Yönetmeliğin 15. maddesine göre: yaptırılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda elde edilen bilgilerin olumsuz olması halinde, kişinin bu görevlere devam edip etmemeleri gibi hususları incelemek ve sonucunu sorumlu amirin takdirine sunmak üzere, "Değerlendirme Komisyonu" kurulması hususu düzenleme altına alınmıştır. Buna göre Yönetmeliğin 11. maddesinde belirtilen hususlarla ilgili olarak elde edilen, kişi hakkında karar vermeye yeterli her türlü bilginin hukuki değeri olup olmadığı hakkında istihbarat makamlarının karar verme yetkisinin bulunmadığı, bu makamların sadece elde edilen bilgileri, bilgileri değerlendirecek olan talep makamlarına aktarmakla görevli oldukları" hususuna da vurgu yapmak gereğini duymuştur.

görevlendirmeler bu yasadışı bilgi toplama sonuçlarına göre şekillendirilmiştir. Ülkemizin yükseköğretim tarihinde bu ara rejim dönemlerinde; hukuk devleti, idarenin yasallığı, kanuni idare, hukuki güvenlik, ceza sorumluluğunun şahsiliği, düşünce kanaat ve vicdan özgürlüğü, hukuki öngörülebilirlik gibi anayasa ve idare hukukunun pek çok temel ilkesi yok sayılarak militarist ve polis devleti şeklindeki bir anlayış yükseköğretim kurumlarına egemen olmuştur. YÖK, ÜAK ve Üniversiteler, ilgili mevzuatlarında belirlenen kanuni görev ve yetki sınırı tamamen aşarak, keyfi bir görev ve yetki tanımlaması sonucu yasadışı faaliyetler yürütmüştür.

2937 sayılı kanunda kamu kurum ve kuruluşlarına verilen görev ve yetki çerçevesinde YÖK ve Üniversitelerin; “görevlerinin gerektirdiği istihbaratı oluşturmak” şeklinde belirtilen ifade dolayısıyla istihbarat oluşturabileceği savunulabilir. Ancak (her ne kadar bu ifadenin belirsiz, ölçsüz, sınırsız, keyfi kullanıma yol açabilecek bir ifade olduğu aşıkâr ise de) kanunla verilen bu yasal görev ve yetki sınırı dışında öğretim üyelerinin din, milliyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, eş ve çocuklarının fikri düşünce yapılarına yönelik istihbarat oluşturma çalışmalarının 2937 sayılı Kanunla tanınan görevlendirme/yetkilendirme sınırı dışında olduğu düşünülmektedir. Zira öğretim üyelerinin aile, din, milliyet, mezhep, siyasi görüş vb. bu özelliklerinin ülkenin iç tehdit, milli güvenlik, ulusal güvenlik, kamu düzeni ve güvenliği ile olan ilişkisi bu mantıkla açıklanamamaktadır. Öğretim üyeleri ve aileleri hakkında din, milliyet, siyasi görüş, felsefi inançları sonucu ülkede ne tür bir anarşi/terör ortamı oluşturulmuş veya bu istihbarat oluşturma çalışmaları sonucunda hangi yasadışı eylem, saldırı, anarşi ve terör faaliyeti engellenmiştir? Yahut öğretim elemanları siyasi, dini ve felsefi düşüncelerini Üniversitelerde öğrencilere zorla kabul ettirmeye çalıştıklarına, propaganda yaptıklarına ilişkin bir suç unsuru bulunmakta mıdır? Bu sorulara verilebilecek bir tane somut örnek bulunması halinde dahi YÖK ve Üniversitelerin yürüttükleri yasadışı istihbarat oluşturma faaliyetlerine haklılık payı verilebilecektir. Ancak ülkemiz tecrübesi öğretim üyelerinin bu özellikleri nedeniyle iç güvenlik, ulusal güvenlik, kamu düzeni ve güvenliği açısından bu zamana kadar toplumsal bazda bir sorun çıkmadığı yönündedir. Zira bu günkü modern dünyada akademik özgürlük ve üniversite özerkliği olmazsa olmaz ilkeler olarak kabul edilmekte ve üniversiteler bizatihi fikir ve düşünce özgürlüğünün yaşam alanı olarak görülmektedir ki bunun sonucu olarak öğretim üyelerinin dini ve dünyevi inanç/fikirlerinin tehdit olarak görülmesinin bu günkü modern dünyada hiçbir haklı yanı bulunmamaktadır. Düşünce özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve ifade özgürlüğünü zorunlu olarak içerisinde barındırmakta, bilim hürriyeti ise gerek düşünce ve gerekse düşünceyi ifade özgürlüğünün bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak ara rejim dönemlerinde ülkemiz yükseköğretim sisteminde ne düşünce ne ifade ne de bilim özgürlüğünün bulunduğundan söz edebilmek mümkün olamamıştır.

İdarenin kanuniliği aynı zamanda idari müeyyidelerin, bu müeyyidelere dayanak teşkil eden suçların da mevzuat hükümleri çerçevesinde önceden belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu aynı zamanda kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin de bir gereğidir. İdare kendi keyfi anlayışına, değişen zaman ve şartlara göre müeyyide öngörememeli, suç var edememelidir. Bu çerçevede YÖK ve Üniversitelerin, ülkenin değişen şartlarına göre suç ve ceza hükümlerini kanunların dışına çıkarak genişletmesi, kıyas yoluyla suç oluşturması, kendisine yeni görev ve yetki sahaları belirleyerek bu alanlarda suç ve suçlu arayıp cezalandırması şeklinde ortaya çıkan geçmiş uygulamaların hukuk devleti ilkesi ile bağdaşır bir yanının bulunmadığı aşikar olup yapılan işlemlerin de hukuka aykırı olduğunu göstermektedir. Tüm idare organlarının bütün işlemlerinde yasalarla belirlenen sınırlara uygun hareket etmesi, hukuk devletinde vazgeçilmez bir zorunluluktur.

KAYNAKÇA

ACAR, Bülent: Hukuk Düzenimizde Düşüncenin Açıklanmasının Cezalandırılması ve Cezalandırmanın Sınırı, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1995, S. 3, s. 14-45.

AKILLIOĞLU, Tekin: İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku, (*Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü*) <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm>

ARSLAN, Zühtü: Türkiye’de İstisna Hali, Terör ve İfade Özgürlüğü, TBB Dergisi, Y. 2007, S. 71, s. 201-226.

ATALAY, Esra: Bilim Özgürlüğü, İÜHF, C.LXVIII, S. 1-2, s. 3-42, 2010.

ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Ankara 2006.

BULUT, Nihat: Bilim Özgürlüğü: İçeriği ve Sınırlandırılması Sorunu, AÜEHFD, C. IX, S.1-2 (2005).

BEREN, Fatih: İç Güvenlik İstihbaratında Saydamlık – Etkililik İlişkisi,

DİNÇ, Güney: Güvensizlik Üçgeni, 1402’likler Fişleme Güvenlik Soruşturması, Say Yayınları, Haziran 1987.

ERDEM, Fazıl Hüsnü: Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi, Ankara Barosu Dergisi, Y.1998, S.1, s. 5-36.

GÖÇ, Eray: Hukuk Devletinden Bir Sapma Olarak Derin Devlet Sorunsalı, Yüksek Lisans Tezi, 2011.

GÖNENC, Levent: Fişleme Olayı ve Cumhuriyetin Özgüven Bunalımı (www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/.../cumhuriyetin_ozguven_bunalimi...)

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2006

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2003.

KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993.

KUZU, Burhan: Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü,

ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Ankara 2004.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Örtünme ve Yasak, AÜHFD, Yıl 2008, C. 57, s. 287-296.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: TCK’nun 142. Maddesinin Türk/ İtalyan Hukuk Düzeninde Anlamı, Kapsamı ve Sınırları, Ankara Barosu Dergisi, Y.1989, S. 6. s. 1045-1075.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları, AÜSBFD C.57, S.2.

SOYSAL,:

TEZİÇ, Erdoğan: Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü, Anayasa Yargısı 7, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1990 s. 31-46.

KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 2004.

KARA, Funda: Güvenlik Soruşturması, Türk İdaresinin Güncel Sorunları Seminer Çalışması, Ankara 2005.

KARAGÖZ Kasım: İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 2004

KARAHANOĞULLARI, Onur: Güvenlik Soruşturması, AÜSBFD, C.53, S.1-4, Y.1998, s. 159-185.

KÜÇÜKCAN, Talip/GÜR, Bekir: Türkiye’de Yükseköğretim (Karşılaştırmalı Bir Analiz) SETA Yayınları Ankara 2009.

KÜÇÜKŞAHİN, Şükrü: HÜRRİYET GAZETESİ, 30.10.2003.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku, İstanbul 2008.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2009. **UZ, Abdullah:** Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2011, C. 2, S. 1, s. 59-94.

YILDIRIM, Ramazan: İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Konya 2006.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI: Esas Sayısı: 2012/27 Karar Sayısı: 2012/173, Karar Günü: 8.11.2012 R.G. Tarih-Sayı: 28.03.2013-28601,

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI: Esas Sayısı: 2009/90, Karar Sayısı: 2011/47, Karar Günü: 10.3.2011, R.G. Tarih-Sayı 14.05.2011-27934

DANIŞTAY ONUNCU DAİRE: Esas No: 2008/1207 İtiraz Yolu ile Anayasa Mahkemesine Başvurulması Kararı

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU: Esas No: 2005/3292 Karar No: 2008/1633

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI: Esas Sayısı: 2008/31, Karar Sayısı: 2011/94, Karar Günü: 9.6.2011, R.G. Tarih-Sayı: 21.10.2011-28091.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI: Esas Sayısı: 2008/115, Karar Sayısı: 2011/86, Karar Günü: 2.6.2011, R.G. Tarih-Sayı: 17.03.2012-28236

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI: Esas No: 1963/152 Karar No: 1964/66 Resmi Gazete tarih/sayı: 17.3.1965/11955

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI: 1979/19 E., 1979/39 K.

DANIŞTAY 5. DAİRESİ: 2001/5253 E., 2003/796 K. sayılı ilamı.

DANIŞTAY 5. DAİRESİ: 2001/5253 E., 2003/796 K., sayılı ilamı.

AYİM 2.DAİRESİ: 2003/699 E., 2003/945 K. Sayılı ilamı. AYİM 19.Dergi.

DANIŞTAY 2. DAİRESİ: 2004/ 1029 E., 2004/ 1456 K. Sayılı ilamı.

AYİM 2. DAİRESİ: 1999/832 E., 1999/780 K. Sayılı ilamı. AYİM Dergi No: 14.

AYİM 2.DAİRESİ: 2003/699 E., 2003/945 K. AYİM Dergi No. 19.

DANIŞTAY 10. DAİRESİ: 1987/1838 E., 1987/1317 K., D.D. sayı 70-7

DANIŞTAY 1. DAİRESİ: 25.03.2003 tarih, 2003/15 E., 2003/40 K. sayılı kararı

İnternet Kaynağı:

http://www.tbmm.gov.tr/arastirma_komisyonlari/darbe_muhtira/docs/tutanak_son/28_subatalt_komisyonu/28_subat_alt_komisyonu

<http://www.stargazete.com//index.asp?haberID=79065> (06.10.2005)

DEMOKRATİK YÖNETİMİN UNSURLARI VE DEMOKRASİNİN ANAYASAL GÜVENCELERİ

*Yrd. Doç. Dr. Kemal ŞAHİN**

GİRİŞ

Demokrasinin anayasal güvenceleri tartışmalı olmakla birlikte, demokratik yönetimin korunmasının gerekliliği ve bunun anayasada yer alması noktasında, sivil toplumun yaşatılması -bu çerçevede toplantı yapma ve dernek kurma hakkı, seçme ve seçilme hakkı, seçimler ve siyasi partiler sayılabilir.¹ Demokrasinin anayasal güvencelerinin neler olması gerektiği ifade edilirken, bir ülkenin kendine özgü mevcut şartlarına da bakmak gerekebilir. Bu noktadan bakıldığı zaman, Türk demokrasisinde askeri gücün mutlak şekilde kontrol edilmesi zorunluluğundan ve bunun da anayasada bir güvence olarak yer alması gereğinden söz edilebilir. Ülke çok kimlikli ve buna bağlı bir federal yapıya sahipse bu türden güvencelerin anayasal sistemde öngörölmüş olması doğaldır. Örneğin, kimi Kanada'lı anayasa hukukçuları, Kanada anayasal sisteminin dört esasa dayandığını söylemektedir; bunlar şöylece özetlenebilir: Demokrasiye dayanan parlamenter demokrasi modeli (parliamentary democracy), federalizm (federal government), kişi ve grup hakları (individual and group rights), ve yerli hakları (Aboriginal rights).²

Ancak bu her yerde federalizmin daha demokratik bir yönetim biçimi sunduğu için tercih edilmesi gerektiğini bize göstermez.³ Öte yandan azınlık hakları ya da yerli hakları bu unsurların varlığına ve konumuna bağlıdır. Federalizmin alternatifi olarak bölgesel yönetim ya da belirli bir özerkliğe sahip yerel yönetimler daha demokratik bir yönetim modeli olarak düşünülebileceği gibi, federal sistem içerisindeki federe yönetim birimlerinin kesinlikle üniter yapı içerisindeki yerel yönetimlerden daha demokratik olacağını söylemek ne kuramsal ne de ampirik açıdan doğrulanamaz.⁴

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajo & Susanne Baer, editörler, **Comparative Constitutionalism: Cases and Materials**, West Group, St. Paul, Minnesota 2003, s. 1267-1372.

² Fatih Öztürk, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, Beta, İstanbul 2012, s. 160.

³ Fakat federalizm, iktidarın sınırlandırılması bakımından (dikey sınırlama) önemli olabilir. Bkz. Karl Lowenstein, **Political Power and The Government Process**, University of Chicago Press, USA/Canada 1965, ss. 287 vd.

⁴ İç savaş öncesi ABD'de güney eyaletlerinin federal anayasaya rağmen (zira Massachusetts federe yönetiminde köleliğin anayasaya açıkça aykırı olduğu hukuki olarak kabul edilmişti)

Demokrasiye dayanan parlamenter sistem aslında demokratik yönetim, toplantı yapma ve dernek kurma hakkı, seçme ve seçilme hakkı-seçimler ve siyasi partileri ve bütün bu hakları kuşatıcı nitelikte bir ifade hürriyeti hakkını da içermektedir. Fakat, son yıllarda çok dikkat çekici bir şekilde demokratik yönetimlerin olmazsa olmazlarından biri de azınlık gruplarının⁵ korunması şeklinde ifade edilmektedir.⁶ Böylece bu çalışmada, demokratik yönetim kavramının ne anlama geldiğini soyut olarak tanımlamaktan ziyade, demokrasinin anayasal güvencelerinden birisi ve belki de en önemlisi olan demokratik yönetimin (democratic governance) ve kapsamının neler olduğu üzerinde durulacaktır.

I. Demokratik Yönetim

Pek çok yazarın haklı olarak belirttiği gibi, insan hakları ile hukukun üstünlüğü arasında gerçek anlamda çok sıkı bir ilişki vardır.⁷ İnsan haklarını korumayan bir devletin demokratik bir yapıya sahip olduğundan bahsetmek gerçekten imkansız gibidir.⁸ Devlet, azınlık bir grup tarafından kontrol edilip dizayn ediliyorsa -tıpkı geçmişte Güney Afrika örneğinde olduğu gibi- yine aynı durum geçerlidir. Bu azınlık grup; etnik, dini ya da zenginler topluluğu da olabilir. O zaman, o ülkede demokratik bir yönetimden söz edilebilir mi?⁹

Kabul edilmelidir ki, anayasalar tek başına demokrasinin güvenceleri olamazlar. Demokratik yönetimler, toplumdaki aldıkları meşruiyete dayanırlar. Bu da seçimlerle, halkın yönetime katılımı ve kamu hizmetini eşit şekilde almasıyla sağlanır.¹⁰ Bu ifadelerin aynısını hem Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirisi, hem de Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde (madde 25) görmekteyiz.¹¹

köleliği sürdürmeleri bunun güzel bir örneğini teşkil eder. Bu eyaletlerin etkisindeki Federal Yüksek Mahkemenin de federe yönetim yanlısı tavrı son derece ilginç bir kararın verilmesine yol açmıştır. Bu karar için bkz. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 in: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/case.html>; Federal ve bölgesel yapıları devletler üzerine ayrıntılı bilgi için bkz. Oktay Uygun, **Federal Devlet: Temel İlkeler, Başlıca Kurumları ve Türkiye’de Uygulanabilirliği**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2007.

⁵ Burada azınlık grupları kavramını, etnik, dinsel ya dilsel gibi ayrımlara değil aynı zamanda demokratik süreçte ortaya çıkan azınlık (oyu) kavramını da katarak kullanıyoruz.

⁶ Will Kymlicka, **Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights**, Oxford/New York 1995).

⁷ Bkz., Randall Peerenboom, “*Human Rights and Rule of Law: What’s the Relationship?*”, 36 Georgetown Journal of International Law (2005).

⁸ Barak Aharon, “*Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*” (2002) 116 Harv. L. Rev. 16.

⁹ Norman Dorsen vd., supra note 1, s. 1269.

¹⁰ Karagöz Kasım, Doğrudan Demokrasi Aracı Olarak Halk Girişimi, Ankara 2011, s. 27-30.

¹¹ Bkz., Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf> (Ağustos 15, 2012).

“Her vatandaş, bu Sözleşmenin ikinci maddesindeki ayrımlara ve makul olmayan sınırlamalara tabi tutulmaksızın şu haklara ve imkanlara sahiptir:

a) Doğrudan veya seçilmiş temsilciler aracılığıyla kamu hizmetlerine katılma;

b) Seçmenlerin iradelerini serbestçe ifade etmeleri güvence altına alan, gizli olarak oy verildiği, genel ve eşit oya dayanan ve belirli aralıklarla yapılan dürüst seçimlerde oy kullanma ve seçilme;

c) Genel eşitlik ilkesine uygun olarak ülkesinde kamu hizmetlerine girme.”

Demokratik yönetim, elbette ki hukukun üstünlüğü/hukuk devleti ilkesine dayanan bir modeldir. Ayrıca, demokratik yönetimin, “...temel ilkeleri, kapsayıcı katılımcılık (participation), beklentilere yanıt verebilme (responsiveness), şeffaflık (transparency) ve hesap verebilirlik (accountability) ve yetkilendirme (empowerment).”¹² BM Kalkınma Programı, Türkiye’deki demokratik yönetim modelinin geliştirilmesi çerçevesinde çalışma alanlarını;

1. Adalete Erişim ve Hukukun Üstünlüğü,
2. İnsan Hakları ve Güvenlik Sektörü Yönetimi,
3. Yerel Yönetim ve Sivil Katılım,
4. Kamu Yönetimi Reformu ve Yolsuzlukla Mücadele,
5. Kadının Güçlendirilmesi ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği,
6. Güney-Güney İşbirliği (South-South Cooperation)¹³

olarak belirlemiştir¹⁴. İlgili alanlara bakılınca, demokratik yönetimin, hukukun üstünlüğü ve adalet, insan hakları ve güvenlik güçlerinin uygulamaları, yerel yönetimler ve sivil toplum, kamu yönetimine halkın etkin bir şekilde katılımı ve yolsuzluğun engellenmesi, kadın-erkek eşitliğinin gerçek anlamda sağlanması noktalarıyla irtibatlandırıldığı görülmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta demokratik yönetimin içeriğini belirlemeye çalışmak, kabul edilebilir bir tanıma göre tercih edilen bir yöntem olarak karşımıza

¹² Bkz., UNDP Türkiye, “Demokratik Yönetişim”, <http://www.undp.org.tr/Gozlem3.aspx?WebSayfaNo=318> (20 Ağustos, 2012).

¹³ South-South cooperation, siyaset bilimcileri tarafından kullanılan bir terminoloji olup; gelişmekte olan ülkeler arasında, kaynaklar, teknoloji ve bilgi işbirliğinin gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Daha özel olarak da bu kavram, Güney Amerika ve Afrika Ülkeleri arasında 2006 yılında gerçekleştirilen bir zirve ile kurulan işbirliği olanaklarına referans yapmaktadır. Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/South%E2%80%93South_cooperation (20 Nisan 2013)

¹⁴ Supra note 9.

çıkılmaktadır.¹⁵ Bu da bizi, demokratik yönetimi oluşturan unsurların ya da koşulların neler olduğuna odaklanmanın daha önemli olduğu sonucuna götürmektedir. Aynı şekilde, son yıllarda demokrasi kavramı tanımlanırken, soyut bir tanımlamadan daha ziyade içinde barındırdığı özelliklerin dikkate alındığı görülmektedir ki; bu yaklaşım isabetlidir. Zira, soyut tanımlamalar göreceliliğe son derece açıktır. Nesnel unsurlar dikkate alınarak yapılacak bir tespitle en totaliter sayılabilecek rejimler dahi kendilerini demokratik olarak tanımlayabilmektedir. Aslında bu bir anlamda iyi bir şeydir; çünkü demokrasinin evrenselliğine delil teşkil etmektedir; fakat diğer yandan da kötü bir şeydir, zira demokratik yönetimi içeriği boş bir kalıba –fakat son derece esnek bir materyalden yapılmış renksiz bir kalıba- dönüştürmektedir. O yüzden de bu tehlikeyi bertaraf etmenin yolu, demokratik yönetimi tüm somut unsurlarıyla tanımlamak olabilir.

Avrupa Birliği Konseyi, 2003 yılından beri demokratik yönetimle ilgili olarak çalışmalarında bulunmuştur. Konsey, 2006 tarihli tebliğinde (2006 Commission Communication, doc. 12572/06), uluslararası ve karşılaştırmalı hukuka uygun bir tespitle; demokratik yönetimin herhangi bir özel modele sahip olmadığını, fakat pek çok yönünün/özelliğinin olabileceğine işaret etmiştir.¹⁶

Konsey, Kasım 2008 tarihinde ise, yerel yetkililerle ilgili bildirmede, sonuçlar kısmında, gelişimin aktörleri olan yerel yetkililerin demokratik yerel yönetimlere katkısının arttığına işaret etmiştir.¹⁷ Konsey, son olarak Mayıs 2009’da “Avrupa Birliği Çerçevesinde Demokratik Yönetime Destek Olmaya Doğru ve (Destegin) Arttırılması” adlı belgeyi kabul etmiştir.¹⁸ Anlaşılan o ki, demokratik yönetim kavramı karşılaştırmalı hukuk ve siyasette yerleşik bir kavram haline gelmiştir. Fakat, nasıl bir model olması gerektiği ve bu modelin esaslı parçalarının neler olması gerektiği noktasında çalışmaların devam ettiği görülmektedir.

Konsey yakın bir tarihte demokratik yönetim ve kültürel çeşitlilikle ilgilenen bir ofis kurmuştur. Bu ofisin (Konseye bağlı) ifadesiyle insan hakları ve hukukun üstünlüğü yanında demokrasi kavramı kilit bir rolle, Konseyin çalışmalarında yer almaktadır. Konsey, demokrasinin de demokratik yönetim anlayışına dayandığını, demokratik yönetiminde insan haklarının etkili bir şekilde korunması için esaslı bir şart olduğunu beyan etmiştir.¹⁹ Bu ifadelerden sonra,

¹⁵ “Elements of Democratic Governance”, Discussion Paper, <http://www.international.gc.ca/cippic/assets/pdfs/cip-pic/library/Discussion%20Paper%20%20Elements%20of%20Democratic%20Governance.pdf> (21 Ağustos, 2012).

¹⁶ Council of the European Union, “Democratic Governance and Democracy Support”, <http://www.consilium.europa.eu/policies/eu-development-policy-%28ec-wbsite%29/main-themes/democratic-governance-and-democracy-support?lang=en> (21 Ağustos, 2012).

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ “Directorate of Democratic Governance, Culture and Diversity”, http://www.coe.int/t/dg4/cultureheritage/about/newdirectorate_EN.asp (22 Ağustos, 2002).

neredeyse, demokrasi kavramı demokratik yönetimle eş anlamda kullanılır hale gelmiştir, denilse yanlış olmaz.

Harvard Kennedy School, 1 Ocak 2010 tarihinde, “Demokratik Yönetim ve Yenilik/Innovation (inovasyon) İçin Ash [Araştırma] Merkezi’ni kurmuştur.²⁰ Görünen o ki, günümüzdeki gelişmiş demokrasiler sürekli olarak demokratik yönetimin genel nüfusa daha etkin bir şekilde nasıl ulaştırılacağı kaygısıyla hareket etmektedir.

Demokrasinin bir hükümet modeli olduğu ve temel olarak şu dört özelliğe sahip olduğu ifade edilmektedir:²¹

- 1) Bağımsız ve adil seçimlerle hükümetin seçildiği ve değiştirilebildiği siyasi sistem,
- 2) Sivil hayat ve siyasete vatandaşların aktif olarak katılabildiği,
- 3) Bütün vatandaşların insan haklarının korunduğu,
- 4) Hukukun üstünlüğü; yasaların ve usul kurallarının eşit olarak bütün vatandaşlara uygulanmasıdır.

Pek çok yazar, demokratik yönetimin özellikleriyle ilgili olarak pek çok liste düzenlemiştir. Bu listelerin en kapsamlı olanlarından (eski tabirle “efradını cami ağyarına mani) birisini sunmak mümkün olmasa da yazarların üzerinde durduğu en önemli noktanın, kurumsal boyut ve vatandaşların bu kurumlarla ilişkiye geçmesinin nasıl sağlanması gerektiği hususu olduğunu belirtelim.²² Günümüzün demokratik anlamda gelişmiş ülkelerinde genelde sistemin demokratik bir yönetim modeline sahip olup olmadığı bu verilerle kontrol edilmektedir.²³

Bu alanda; seçimler, siyasi partiler, insan hakları (demokratik sistemin işleyişi bakımından özel bir önemi bulunan ifade özgürlüğü hakkı özellikle ayrı bir başlık oluşturmaktadır), bağımsız ve tarafsız çoğulcu bir medya, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve bu çerçevede bağımsız bir yargı teşkilatı, sivilin sistemin denetleyebileceği bir yapının olup olmadığı, kamu sektörünün denetlenebildiği ve anayasal sistemin yapısal işleyişi gibi verilere bakılmaktadır²⁴.

²⁰ “Ash Center”, <http://www.ash.harvard.edu/> (20 Ağustos, 2012).

²¹ What is Democracy?, <http://www.stanford.edu/~ldiamond/iraq/WhatsDemocracy012004.htm> (21 Ağustos, 2012).

²² Supra note 9, ss. 6-9.

²³ Bu konuda ABD Dışişleri Bakanlığının ve AB Komisyonunun ülke raporları örnek olarak gösterilebilir. Bu kurumların hazırlamış oldukları raporlara sırasıyla şu sitelerden ulaşılabilir: <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/humanrightsreport/index.htm#wrapper> (05/12/2012);

²⁴ Erdoğan Mustafa, Anayasa Hukuku, 2009 Ankara, s. 105/122; Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2010, s. 258-261; Kaboğlu İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, s. 214-215; Atar Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2009, s. 68-72.

Aslında bu unsurların birbirleriyle ilişkileri o denli güçlüdür ki, günümüzün modern devletlerinde bunlardan birinin tanınmaması diğerlerinin de inkarı anlamına gelebilecektir. Eğer verilen sıraya göre bir inceleme yapmak gerekir ise, demokratik sistemin mekanik işleyişinin en önemli aracı olan seçimler, hukuk devleti ilkesi, insan hakları kavramı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi olmadan demokratik olma özelliğini kazanamayacaktır. Hukuk devleti ilkesi olmadan seçimlerin güvenliğinden²⁵ söz etmek mümkün olmayacağı gibi; azınlığın ve azınlıkta kalanların muhalefet etme haklarının gerçekçi biçimde varlığını sürdürmesi de mümkün olmayacaktır. Demokratik yönetimde genellikle çoğunluğun despotizmi olarak anılan tehlikenin bertaraf edilmesi, bir oylamada (eşyanın doğası gereği zorunlu olarak) ortaya çıkan seçimin bertaraf edilmesi ya da bu süreçteki tercihin ortadan kaldırılması demek değildir; fakat daha çok bu sürecin devamında iktidarı kullananlar –ki bunlar demokratik bir seçim sürecinin sonucundan belirlenmiş olmakla tamamıyla demokratik meşruiyeti haiz iktidarlardır– tarafından yapılacak seçimlerin özellikle bireylerin temel haklarını ihlal edebilecek olanlarının yine meşru biçimde –fakat başka bir meşruiyet temeline dayalı olarak; insan haklarının korunması amacıyla engellenmesi olarak anlaşılmalıdır²⁶. Dolayısıyla, bütün insanların ahlaken eşit olduğu temeline dayanan demokrasi anlayışı ile Eski Yunan’da uygulanan (eşitsizlik temeline dayanan) demokrasi anlayışı arasında önemli farklar vardır.²⁷ Başka bir ifade ile seçimler, seçilenlerin tüm faaliyetlerini meşru kılmaya yetmez. Bu meşruiyeti sağlayacak özellikle insan hakları gibi önemli ölçütler de bulunmaktadır. İnsan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesiyle hukuk devleti ilkesi arasındaki bağı herhalde burada açıklamaya çalışmak gereksiz olacaktır.²⁸

Burada demokratik sürecin işleyişinde doğrudan bir rolü bulunan ifade özgürlüğünü ve örgütlenme özgürlüğünü²⁹ –aslında insan hakları listesinin üyeleri

²⁵ Örneğin seçimler ile demokrasi ve anılan ilkeler arasındaki ilişki bakımından bkz. Guy S. Goodwin-Gill, *Elections Libres et Régulières*, Traduction par M. Khaled Boukhris, Nouvelle édition Augmentée, Union interparlementaire, Genève 2006, ss. 58 vd. Turhan Mehmet, *Anayasal Devlet*, Ankara 2005, s. 2-3.

²⁶ Gören Zafer, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 113.

²⁷ Kuşkusuz en önemli farklılık, örneğin 400-500 Bin civarında nüfusa sahip Atina’da 30-40 Bin vatandaşın siyasi ve hukuki haklara sahip olması ve genel olarak bir insan hakları anlayışının bu dönemde bulunmayışındır. Hak kavramı –ne kadar temel olursa olsun– statüye verilmekteydi. Modern demokrasi anlayışının temellendirilmesindeki en önemli unsurun “eşitlik” olduğu dikkate alınrsa bu farklılık daha iyi anlaşılır.

²⁸ Özellikle çoğunluğun despotizmi konusunda bkz. Giovanni Sartori, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu/Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, ss. 145 vd; Özgürlüklerin korunması konusunda kurumsal arkaplanın özellikle kuvvetler ayrılığı doktrini çerçevesindeki önemi için bkz. Carl J. Friedrich, **Constitutional Government and Democracy**, USA 1946, ss. 170 vd.

²⁹ Siyasi partileri özellikle klasik insan hakları pratiği içinde örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak gördüğümüzden dolayı bu özgürlüğü ifade özgürlüğü yanında zikretme ihtiyacı hissettim.

olsa da- diğer insan haklarından ayrı bir yere koymak gerekmektedir. Zira bu özgürlükler, doğrudan sürecin yapısında mevcut olması gereken özgürlüklerdir ve örneğin bunların eksikliği bir *seçim* kavramının başına *demokratik* ifadesinin eklenmesine engel teşkil ederler. İnsan hakları listesinin diğer öğeleri bakımından ise durumun daha çok (ama kesin söylenemez, demokratik sürecin işleyişi ile ilgili kimi bağlantılar yapılabilir ise de bunlar ifade özgürlüğü kadar doğrudan olmayacaktır) eklektik olduğunu söyleyebiliriz. Öyleyse, en azından bu özgürlükler bakımından demokrasinin salt bir seçim işi olmadığını söylememizde bir sakınca bulunmamaktadır.

Şu halde, demokratik yönetimin tabi olduğu ilkelerin ve onun unsurlarının tespit edilmesi kadar bunların (belki anayasal düzeyde) güvence altına alınması da önemlidir. Hükümet siyasetlerinin her zaman ilkelerle bağdaşacağını söylemek insanlığın demokrasi tecrübesiyle ne kadar örtüşmektedir? 19. Yüzyıl Amerikan demokrasisine övgüler düzen Tocqueville bile çoğunluğun zorbalığından ve bunun demokrasi içerisinde nasıl önleneceğinden söz ediyorsa bunu ciddiye almak gerekir; zira Tocqueville bir demokratik yönetim hayranıdır.

Ancak burada bir parantez açarak yanlış anlaşılmaya meydan vermemek için, bunları söylerken, seçmenlerin rasyonel olmadıklarını ya da ehliyetsiz oldukları için bu sonuçların doğacağını ileri sürmediğimi belirtmek istiyorum. Böyle bir tartışma bizi doğrudan, demokrasinin temellendirilmesiyle ilgili kuramsal tartışmalara götürür.³⁰ Benim burada yapmak istediğim son şey budur ve demokratik toplumda demokratik yönetimin asli unsuru olan seçmeni teşkil eden bireylerin Hobbesçu bir determinizm ile tanımlanamayacağını belki Aristocu bir insan anlayışı ile tanımlanması gerektiğini söylemekle yetiniyorum.³¹ Fakat, başka pek çok konuda olabileceği gibi (buna fen bilimleri alanı dahildir) sosyal bilimler alanında ve bu arada demokrasi pratiğinde de *yanlışlar* bulunabilir. Niceliğin her zaman niteliği de belirleyeceğini söylemek fazlasıyla Rousseaucu bir yaklaşım olacaktır. Ne var ki, demokrasiyi tercih etmemizi sağlayan neticenin her zaman doğru ya mükemmel olması değil; (diğer rejim örnekleriyle kıyaslanarak) daha kötü olmamasıdır. Eğer durum bu ise, kimi siyasetlerin, daha fazla sınanmış olan ilkelerle (örneğin masumiyet karnesi gibi) tartışılmasına ihtiyaç olabilecektir. Fakat bu sınamanın nasıl ve kim tarafından yapılacağı da bu ilkeler kadar önemlidir. Biz burada konudan sapmamak için, sınanmış ilkelerin yine çağdaş demokrasilerdeki sınanmış kurumlar aracılığı ile

³⁰ Bu konuda yapılan tartışmalar/demokrasi eleştirileri ve -bana göre- ikna edici bir cevap için bkz. David Spitz, **Antidemokratik Düşünce Şekilleri**, Çev. Şiar Yalçın, MEB Yayını, İstanbul 1994, ss. 119-142.

³¹ Böyle bir tartışmayla ilgili ayrıntılı bilgi almak için bkz. Raymond Plant, **Modern Political Thought**, Basil Blackwell, Oxford 1991, özellikle ss. 23-71.

siyasalara karşı uygulanabileceğini ve bunun sınırlarının da çağdaş demokrasilerde olduğu gibi tayin edilebileceğini söylemekle yetinmek zorundayız.³²

Peki bu ilkeler ve unsurlar anayasal düzeyde güvence altına alınmak zorunda mıdır? Aslında böyle bir zorunluluk yoktur, derken İngiliz modeli örnek gösterilebilir. Fakat, acaba İngiliz modeli dışında gösterebileceğimiz başka bir örnek model ya da modeller var mıdır? Daha da önemlisi, insan haklarının korunması açısından ulusal modellerin sağlamış olduğu anayasal güvencelerin bile pek çok yönetimde –ve bu arada kendi ülkemizde- ne kadar başarılı olduğunu gördük ki; İngiliz modelini ölçü alarak anayasal korumanın zorunlu olmadığını söyleyebileceğiz? Aslında sorunun yanıtı kendi içinde verildiğinden, burada bizim anayasal modeli konuşmamız gerekir.

Anayasal model, pratikte gerçekleşebilecek makul bir kurumsallığı oluşturmadıkça; soyut tanımlamalar –ki, bunlar ne kadar tumturaklı sözlerle ifade edilirse edilsinler- yağmura dönüşmeyen gök gürültüsü kadar faydasız bir yöntem olacaktır. Konuyu biraz somutlaştırır isek; örneğin insan haklarını koruma noktasında iç hukuktaki başarısızlığımız, uluslararası korumayı en üst düzeyde kurumsallaştırmamızı gerektirmektedir. Böylece biz 2004 yılında Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişiklik (temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası andlaşmaların statüsünü Anayasa ile kanun arasında bir yerde belirleyen değişiklik) 2010 yılında 148. Maddesinde yapılan değişikliğin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen haklar listesi kümesi Anayasada düzenlenen haklar listesi kümesinin kesişim kümesinin statüsünü Anayasa düzeyine taşıyan değişiklik³³) isabetli olduğu konusunda herhalde mutabık kalabiliriz.

Biz yine asıl konumuza dönecek olursak, “demokratik yönetimin unsurları itibariyle ilkesel olarak kurumsallaştırılması anayasal düzeyde yapılmalıdır”, diyeceğim. Örneğin, demokratik yönetimi tanımlarken, temsili bir demokrasi modelinde onun en önemli unsurlarından biri olan siyasi partilerin³⁴ yapılarının

³² Söz konusu sınırlı kurumsal yapı, hukuk devleti ve buna bağlı kuvvetler ayrılığı doktrini çerçevesinde bağımsız yargı faaliyeti olabilir. Ancak bağımsızlığı burada abartmadığımı ve yargısal aktivizmin demokrasiye ne derece zarar verebilme ihtimalini dışlamadığımı belirtmek istiyorum. Fakat burada bu (zararsız) kabule dayalı olarak bu tespiti yaptığımı söylemek istiyorum.

³³ Bu parantez içi ifadeyi neden bu şekilde yazdığımı sorgulayanlar olacaktır; ancak burada bunu tartışmak bu çalışmayı amacından saptırarak ve başka bir yere götürecektir. Bu konuda belki yeni sistemin Fransız anayasal sistemindekine benzer biçimde bir anayasallık bloku (Le bloc de constitutionnel) oluşturduğunu söylemekle yetineceğim.

³⁴ Siyasi partilerin demokratik sistemin vazgeçilmez unsurları oldukları hemen her vesile ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından vurgulanmıştır. Bu konuda örneğin şu kararlara bakılabilir: United Communist Party of Turkey and others v. Turkey (App.19392/ 92), Judgment of 30 January 1998; Socialist Party and Others v. Turkey, (App.21237/93), Judgment of 25 May 1993; Freedom of Democracy Party v. Turkey, (App.23885/94), Judgment of 8 December 1999; Ayrıca şu eserlere bkz. Mustafa Koçak, **Siyasal Partiler ve**

demokratik olmasını sağlayacak kuralları anayasal düzeyde belirlemek gerekecektir. Siyasal partilere anayasal düzenlemede yer vermenin amacı onların özellikle ülkemizde karşılaşıldığı biçimiyle denetlenmesi ve kapatılma rejiminin düzenlenmesi amacına dönük olmamalıdır (belki bunların da güvence teşkil etmesi açısından anayasada düzenlenmesi söz konusu olabilir), fakat daha ziyade parti içi demokrasinin sağlanabilmesini olanaklı kılabilecek enstrümanların kurusallaştırılmasıyla ilgili olmalıdır.³⁵ Aynı şeyi demokratik bir seçim için uygulanacak seçim sistemi bakımında da düşünebiliriz. Bunlar doğrudan demokratik yönetim sürecinin asli yapısal unsurları olduğundan, bu tür tanımlamaların kazuistik olacağı gibi itirazları ise dikkate almamak gerekir.

Nihayet burada sorulacak bir başka soru da anayasal güvencenin sıradan yasal güvenceye göre neden daha üstün tutulması gerektiği üzerine olacaktır. Bu sorunun cevabı başlı başına bir çalışma konusu teşkil edecektir. Ancak yine böyle bir iddiada bulunan bir kişinin bu soruya makul bir cevap vermesi beklenecektir. Anayasaların Dahl'ın tanımladığı şekliyle oy birliğine yaklaşacak bir süper çoğunlukla³⁶ yapılması ya da değiştirilmesi gerektiği görüşünde olmadığını belirtmem gerekir. Fakat adi çoğunluktan da daha güçlü bir çoğunluk olması gerektiğine inanıyorum. Burada mevcut anayasanın kabul ettiği çoğunluk yönteminin makul olduğu düşüncesindeyim. Burada henüz şu soruyu yanıtlamış değilim: $\frac{1}{2}+1$ çoğunluğa göre örneğin $\frac{2}{3}$ çoğunluğu daha meşru kılan şey nedir? Aslında bu sorunun yanıtı $\frac{1}{2}-1$ azınlığa göre $\frac{1}{2}+1$ çoğunluğu ne meşru kılıyorsa aynı şey diyebilirim. Meşruiyetin başlı başına bir *doğruluk* ya da *haklılık* testi olmadığını yukarıda belirtmiştim. Fakat buradaki sorunsal *doğruluk* ya da *haklılık* üzerine değil *daha meşruluk* üzerine kurulmalıdır. Konuyla daha ilgili olan yanı ise, sosyal ve siyasal dalgalanmalarda ilkelerin siyasalara kurban edilmemesi için nitelikli çoğunluğun adi çoğunluğa göre daha az manipüle edilebileceğinin ampirik olarak kolayca test edilebilmesi ve doğrulanabilmesidir, her halde.

II. Daha İyi Bir Yönetim İçin Yapılabilecekler

Mark Bevir, daha iyi bir demokratik yönetim için anayasal ve yargısal reformların yapıldığını, ama yeterli olmadığını, bu çerçevede en etkili yolun ise,

Türkiye’de Parti Yasakları, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.M. Tevfik Gülsoy, “*Türkiye’de Siyasal Partilerin Anayasal Statüsü*”, E-Akademi: 60 Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2007; Ekrem Ali Akartürk, *Türk Hukukunda Siyasal Parti Yasakları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008; Hüseyin Özcan/Murat Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku*, Der Yayınevi, İstanbul 2011; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Siyasal Partiler Rejimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

³⁵ Siyasal partilerin hukuk sistemi içerisindeki düzenlenmeleriyle ilgili olarak hem bir deskriptif çalışma hem de tartışmalar için bkz. Gülsoy, supra not 31.

³⁶ Robert A. Dahl, **Demokrasi ve Eleştirileri**, Çev. Levent Köker, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, ss. 193 vd.

daha çok açıklayıcı detaylı bilgi ile uygulanacak kuralların karşılıklı etkileşimle belirlenecek çalışmalarla elde edilmesiyle ve nihayet halkın yönetime daha fazla katılımını sağlayacak modeller inşa ederek sağlanabileceği kanaatindedir.³⁷ Kuşkusuz daha iyi bir yönetim için yukarıda demokratik yönetimin unsurları olarak verilen elamanların realize edilmesi gerekir; ancak bu somut durumda her zaman kolay değildir ve pek çok paradoksal durumların ortaya çıkması da mümkündür.

Henüz demokrasisi emekleme düzeyinde olan Türkiye'nin, halkın katılımını sağlamadan/sağlayamadan yapılmaya çalışılan bir anayasa ile demokratik yönetimi ve onun sacayaklarını nasıl tesis edeceği belirsiz bir durum olarak gözükmektedir. Günümüzün gelişmiş demokrasileri, halkın sadece seçimlerde dört yılda bir oy kullanması olarak anlaşılmamaktadır. Aksine, gelişmiş demokrasiler halkın karar alma mekanizmaları sürecine nasıl ve ne şekilde, ne kadar daha çok katkı sağlayabileceği saikiyle hareket etmektedir.³⁸

Burada belki hatırlanması gereken şey, -G. Sartori'nin de işaret ettiği gibi- öncelikle yapılması gerekenin "anlaşmamakta anlaşılabilceğini" kabul etmek olacaktır. Fakat, yönetime ilişkin bu belirleme sorunu çözmeye yetmez. Demokrasilerde yöntem neticede çoğunluğun iradesine çözümsüzlükte çözüm olarak başvurmak olacaktır; ne var ki, seçimler bunun her zaman bir karşılığı da değildir. Seçimlerde çoğunlukçu (belki bir zorunluluk olarak Rousseaucu bir genel irade kuramına dayanan majoritarian) demokrasiyi benimsemek zorunda kalabiliriz. Buna karşı önerilmiş olan (Arend Lijphart'ın önermiş olduğu gibi) (consensus (oydaşmacı) bir demokrasi de kimi temel konularda tercihe şayan olabilirse de bu, yönetişimin yüzde olarak ancak çok küçük bir alanına tekabül edebilir.³⁹ Bu alanı genişletmek ise amaçtan (demokratik yönetim amacından) çok ciddi bir sapmaya, bir azınlık yönetimine ve hatta tahakkümüne (minority rule) dönüşebilir ki; demokrasinin temelini oluşturan "her bir bireyin ahlaken

³⁷ Mark Bevir, **Democratic Governance**, Princeton University Press, Princeton 2010). Bkz., aynı fikirde olan, Christina Murray, "Anayasa Yapımına Halkın Katılımı ve Gelecek", in **Yeni Anayasa İçin Yol Haritası**, ed. Fatih Öztürk, Bion Matbaacılık, İstanbul 2012), ss. 17-30.

³⁸ Literatürde bu yöndeki yayınların sayısı son yıllarda çok ciddi bir şekilde artış göstermiştir. Thomas Hale & David Held, eds., **Handbook of Transnational Governance: Institutions & Innovations**, Polity Press, Cambridge 2011); David Osborne & Peter Plastrik, **Banishing Bureaucracy: The Five Strategies for Reinventing Government**, Penguin Books, England 2005; James G. March, **Democratic Governance**, Free Press, England 1995; Pippa Norris, **Making Democratic Governance Work: How Regimes Shape Prosperity, Welfare and Peace**, Cambridge University Press, Cambridge 2012.

³⁹ Konsensus demokrasisi ve belirli durumlarda tercihe şayan olması hakkında bkz. Arend Lijphart, **Çağdaş Demokrasiler**, Çev. Ergun Özbudun/Ersin Onurduran, Yetkin Yayınevi, Ankara 1996.

eşit olduğu kabulü” açısından bunun reddedilmesi gerekir.⁴⁰ Burada Sartori'nin şu sözleri konunun bu boyutuna ışık tutmaktadır:

“Gösterileri seçimlere üstün tutarak övenler, eğer tutarlı olsalardı, kendi ölçütlerine göre bunun bir gösteri demokrasisi olduğunu söylemeleri gerekirdi. Benim ölçütlerime göre on milyonlarca yurttaşı evlerine sığınmaya ve kaçmaya zorlayan bir milyon gösterici ile bir rejimi olmasa bile, bir hükümeti devirmenin demokrasisiyle hiçbir ilgisi yoktur. Bu nedenle, belirtmek gerekir ki, gösteri demokrasisiyle kamuoyu ve bundan doğan onaylanmış yönetim-hükümet (consented government) ve onayla yönetim (government by consent) kavramları arasında pek az ortak özellik bulunmaktadır. Eğer demokrasi herkese yazgısını belirleme hakkı veriyorsa –ki veriyor- o zaman hükümet etmeye, yönetmeye ilişkin genel onayı veya tersine genel muhalefeti gösteren düşünce ve kanaatler, seçmenlerin genellikle seçimlerde ve ancak seçimler yoluyla açıkladıkları düşüncelerdir.”⁴¹

Yine de bu durum, (zorunlu olarak tercih edilecek) son tahlilde çoğunlukçu bir sistemin kusurlarını ortadan kaldırmak için bir takım çare ve çözümler aramamıza ve önerilerde bulunmamıza engel olmayacaktır. Öncelikle bu kusurların varlığı üzerinde mutabık kalmamız gerekir; sonra bunları, sözünü ettiğimiz bir azınlık yönetimine yol açmadan nasıl aşabileceğimizi konuşabiliriz.

Yine Sartori'nin işaret ettiği gibi, temsili bir demokraside halkın seçimler yoluyla politikaları belirlemedikleri, fakat politikaları koyacak kimseleri belirledikleri dikkatten kaçmamalıdır. Dolayısıyla seçimler sorunları değil sorunları belirleyecek olanları belirlemenin araçlarıdır. Peki seçimler ülkenin nasıl yönetileceğini değil de yalnızca ülkeyi kimin yöneteceğini belirliyor ise, salt seçime dayalı bir demokrasi modeli ne kadar tercihe şayandır?⁴²

Bu soruya belki seçimleri savunmak amacıyla şöyle bir yanıt verilebilir: seçimler salt bir yöneticiyi seçmenin ötesinde bir olgu/fenomendir. Seçimlerde yalnızca yöneticiler değil, aynı zamanda yöneticilerle birlikte onların seçim vaatleri, programları, projeleri vs. de tercihin konusunu oluşturur. Seçimlerin en önemli unsurlarında biri olan siyasi partiler bu tercihlerin somutlaşmasının bir örneğini oluşturmaktadır.

⁴⁰ Bu konuda bkz. Oktay Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

⁴¹ Sartori bu paragrafın dipnotunda ise şunları belirtmektedir: “Bu sözlerden amaç, kamuoyu yoklamalarının ağırlık ve rolünü reddetmek değil, seçimlerin bir kanaat halini kaydetmek için kurumsallaştırılmış tek usul olduklarını pekiştirmektir. Bkz. Sartori, s. 98 ve dipnot için s. 137.

⁴² Tartışmalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sartori, ss. 113 vd.; ve ayrıca seçilmişlerin yasa yapımında seçmenin iradesi ile ne kadar (zayıf) bir bağının kaldığı ile ilgili bir tartışma için s. 347 vd.

Fakat yine de *oy verme davranışı* denilen olgunun belirleyici unsurlarına bakıldığında, seçmenin seçimlerde yöneticileri belirlerken söz konusu yöneticilerin –hatta belki siyasal partilerin- her bir somut vakada nasıl bir yönetim sergileyeceğini hesap ederek oy kullanmasının mümkün olmadığını göstermektedir. Bir seçimde, seçmen için o kadar çok parametre vardır ki, (örneğin kendisini dindar/muhafazakar olarak gören bir kişinin parti liderinin salt bu özelliğine göre oy kullanması gibi) bu parametrelerin günlük yaşamda bireyin/seçmenin yaşamını etkileyecek bütün durumlar için tercihi yansıtacağını söylemek herhalde boş bir inanıştan başka bir şey olmayacaktır. Örneğin, Adalet ve Kalkınma Partisinin adayına oy vererek Belediye Başkanını belirleyen bir seçmenin, Belediye Yönetiminin Taksim’e alışveriş merkezi yapma kararına da onay vermiş olduğunu söylemek çoğunlukla yanıltıcı olabilir. Özellikle yerel düzeyde halkın yaşamını etkileyebilecek önemli projelerde yapılacak bir halkoylaması⁴³ eğer şartları (demokratik tartışma forumu ve düzgün bilgi akışı) var ise yararlı olabilir.⁴⁴

⁴³ Burada “halkoylaması” tabirini “referandum” ve “plébiscite” kavramlarına bir tartışma açmamak için özellikle tercih ettim. Bizim Anayasamızda referandum yolunun yalnızca anayasa değişiklikleri bakımından öngörülmüş olması bu anlamda sınırlayıcı olsa da adı bir yasama yoluyla yerel düzeyde bir konunun halka sorulması halinde bunun bağlayıcılığının kabul edilmesine anayasanın engel oluşturacağını söylemek herhalde mümkün değildir. *Referandum* kavramı daha çok İsviçre’de uygulanan doğrudan demokrasi modeli için kullanılıyor olsa da aslında Roma ve 19. Yüzyıl Fransa’sında etkili biçimde kullanılan *plebiscite* ile arasındaki farkın oldukça zayıf olduğu belirtilmektedir. Her iki durumda da ortak olan bir konu üzerinde seçmenin doğrudan görüşünün alınmasıdır. Bizim için önemli olan nokta da budur. Herhalde halkın bir konudaki görüşü alındıktan sonra buna muhalif hareket edecek bir yönetim demokratik bir sistemde olsa olsa intihar ediyor demektir. Her iki kavram arasındaki ilişki için bkz. Norman Davies, “Comparing Referenda and Plebiscites”, in: http://www.therepublicans.com.au/index.php?option=com_content&view=article&id=78:comparing-referenda-and-plebiscites&catid=24&Itemid=117 (4 Haziran 2013); Farklı bir yoruma göre ise “*referandum*”, demokrasinin hizmetindedir; halbuki “*plébiscite*”, tek adamın (yönetiminin) hizmetindedir. Referandumun demokrasinin en tartışmalı konularından biri olduğu belirtilmekte, İsviçre’de uygulanan sistemin, “halkın oyuna başvurma” olarak nitelendirildiği; bununla birlikte geleneksel olarak her iki kavramın (referandum ve plebiscite) de kullanıldığı ifade edilmektedir. *Plebiscite* kavramının kökü latince *plebis scitum* kavramından geldiği bunun da halk/pleb kararname anlamına geldiği belirtilmektedir. *Referandum* ise, diplomatik bir tescildir; hür temsilci bu yolla talimatını ilke doğrultusunda bildirmektedir. Aslında 1975 tarihli *Grand Dictionnaire Universel*’e (Büyük Evrensel Sözlük) göre referandum kavramının temeli plebiscite’dir. Referandum kavramının mevcut olmadığı dönemde plebiscite sözcüğü modern anlamda referandumu tanımlamaktaydı. Aslında Napolyon ve Hitler’in referandumu, demokrasiyi reddetmek ve kişisel iktidarlarını pekiştirmek için bir silah (arme) olarak kullanmış olduklarına dikkat çekilmektedir. Özetle, belirtmek gerekir ki, medya mensupları ve siyasiler tarafından büyük bir hassasiyetle iki kavramın da çok farklı şeylermiş gibi takdim edilmesinin ciddi bir temeli bulunmamaktadır. Söz konusu bilgiler için bkz. “*Plébiscite et Référendum* », in: <http://droit-public-et-international.oboulo.com/plebiscite-referendum-42206.html> (13 Haziran 2013).

⁴⁴ Oy verme davranışına bağlı parametreler konusunda bkz. Sartori, ss. 119 vd.

SONUÇ

Aslında 90'lı yılların başında kimi yazarlar, demokratik yönetim hakkının yakın bir gelecekte demokrasilerin uluslararası arenada vazgeçilmez unsurlarından biri olacağını haber vermiştir.⁴⁵ Gerçekten de günümüzde gelişmiş ülkeler, sürdürülebilir gelişmeyi, demokratik yönetime ve onun sacayaklarına bağlı olarak tanımlamaktadırlar. Anlaşılan o ki, demokrasilerin kalitesi demokratik yönetim verileriyle ölçülmektedir. Demokratik yönetimin verileri, genel itibariyle siyaset biliminin metodlarıyla elde edildiğinden, ülkemizde de siyaset bilimcilerin ve hukukçuların bu alanlarda ortaklaşa çalışmaları kaçınılmaz görülmektedir.

Türkiye açısından demokratik yönetim kavramına bakacak olursak, demokratikleşme talepleri genellikle yerel yönetimlere özerklik verilmesi ya da katılımcı demokrasi üzerine yoğunlaşmaktadır.⁴⁶ Oysa ki, demokratik yönetim, halkın yönetime daha etkin bir şekilde katılımının nasıl sağlanacağı, yönetenlerin nasıl denetleneceği, hukukun üstünlüğünün ve insan haklarının en üst seviyede nasıl korunacağı noktalarına bağlıdır. Bu çerçevede, Türkiye'de demokrasinin kalitesinin artması ve etkin demokratik bir yönetim modeline sahip olunması için acil olarak yapılması gerekenler herhalde şunlar olabilir:

1. Hukukun üstünlüğü ilkesinin yasalarda ve anayasada yer alarak güçlü bir şekilde korunması ve desteklenmesi gerekir. Zira günümüzün karmaşık modern toplumlarında amaç ayrışmayı ve çeşitliliği ortadan kaldırmaya çalışmak değil; çözüm mekanizmalarını ve uzlaşmayı sağlayacak ilkeleri hukuk güvencesi altında tayin ve tespit etmektir.

2. Kamu yönetiminin bağımsız ve tarafsız kurumlar tarafından çok aktif bir şekilde denetlenmesinin sağlanması; yolsuzlukla mücadeleden hiç bir şekilde taviz verilmemesi gerekir. Bu çerçevede, Sayıştay denetiminden hiç bir organ istisna tutulmamalıdır. Sayıştay'ın da bağımsız özel sektörce ayrıca denetlenmesi gerekir. Üst düzey –müsteşar, vali gibi- siyasi takdir içerisinde olması gereken yüksek düzeyli görevliler dışında kalan tüm kamu görevlilerinin yükseltilmesi ve atama işlemlerinin tamamen liyakat esasına dayandırılması gerekir.

3. Yerel yönetimler ve sivil toplum örgütlerinin güçlü, aktif bir şekilde faaliyet gösterebilmesi için üst düzey kamu otoritelerince desteklenmesi ve yasalarda bunun açıkça ifade edilmesi gerekir.

⁴⁵ Thomas M. Franck, “*The Emerging Right to Democratic Governance*”, 86 The American Journal of International Law (1992), ss. 46-91.

⁴⁶ Bu anlayış için bkz., Süleyman Yaman Koçak & Ali Ekşi, “*Katılımcılık ve Demokrasi Perspektifinden Türkiye’de Yerel Yönetimler*”, 21 SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi-, 21 Sosyal Bilimler Dergisi (2010), ss. 295-307.

4. İnsan hakları komisyonları, ombudsmanlıklar ve etik kurullar demokratik yönetimin ruhuna uygun bir şekilde sivil ağırlıklı üyelere teşekkül ettirilmelidir. Bu kurumlara yapılacak atamalarda toplumun bütün kesimlerinin kabul edebileceği kişiler tercih edilmelidir. (Bunun hukuk yoluyla bir oydaşma sistemine bağlanması mümkün olmayabilir, ancak yine bu bir ülkedeki demokratik kültürün kalitesinin göstergesi olacaktır.)

5. Toplumda dezavantajlı konumda bulunan grupların, özellikle kadınların ve çocukların- temsil kabiliyetinin önü açılmalı ve yalnızca engellerin kaldırılması ile yetinilmemeli –örneğin seçim kotaları gibi destekleyici edime (affirmative action) başvurulmalıdır.

6. Halkın anayasa yapımı ya da değişikliklerine ve yasa yapım sürecine aktif bir şekilde katılımını sağlayacak mekanizmalar kurulmalıdır.

7. Nihayet bu noktada demokratik yönetimle ilgili yayınların, konferansların ve seminerlerin teşvik edilerek yaygınlaştırılması için gerekli idari ve mali destek sağlanmalıdır.

Bütün bu sayılanlara ek olarak belki de en önemlisi olarak eğitim sisteminin demokratik kültürü sindirebilecek biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Bütün bunların test edileceği ilk yer, kuşkusuz hazırlanmakta olan anayasadır. Alternatif anayasa taslaklarının ve yine alternatif hükümlü anayasa taslaklarının, anayasa yapım süreci öncesi halk tarafından oylanabileceği enstrümanların (yasal mevzuatın ve belki bir anayasa değişikliğinin) bu anayasa sürecinin başında tamamlanması gerekirdi. Ancak, bunun için henüz geç değildir, Meclisin ilk işi bütün siyasi partilerin katılımı ile bu enstrümanları bir an evvel hazırlamak olmalıdır. Böylece sonuçta kabul edilecek metin, olabildiğince demokratik bir yöntemle kabul edilmiş olabilir. Aksi durumda, halk ehven-i şerre razı olmak durumunda kalacaktır ki; şimdiye kadar Türkiye’de anayasa kabulleri hep böyle gerçekleşmiştir.

KAYNAKÇA

- Ash Center, <http://www.ash.harvard.edu/> (20 Ağustos, 2012).
- Atar Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Konya 2009. Arend Lijphart, **Çağdaş Demokrasiler**, Çev. Ergun Özbudun/Ersin Onurduran, Yetkin Yayınevi, Ankara 1996.
- Barak Aharon, “*Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*” (2002) 116 Harv. L. Rev. 16.
- Carl J. Friedrich, **Constitutional Government and Democracy**, USA 1946.
- Christina Murray, “*Anayasa Yapımına Halkın Katılımı ve Gelecek*”, in **Yeni Anayasa İçin Yol Haritası**, ed. Fatih Öztürk, Bion Matbaacılık, İstanbul 2012).
- Council of the European Union, “Democratic Governance and Democracy Support”,
- David Osborne & Peter Plastrik, **Banishing Bureaucracy: The Five Strategies for Reinventing Government**, Penguin Books, England 2005.
- David Spitz, **Antidemokratik Düşünce Şekilleri**, Çev. Şiar Yalçın, MEB Yayını, İstanbul 1994.
- Ekrem Ali Akartürk, **Türk Hukukunda Siyasal Parti Yasakları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008;
- Erdoğan Mustafa, **Anayasa Hukuku**, 2009 Ankara.
- Fatih Öztürk, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, Beta, İstanbul 2012.
- Giovanni Sartori, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu/Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Gören Zafer, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Gözler Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Bursa 2010.
- Guy S. Goodwin-Gill, *Elections Libres et Régulières*, Traduction par M. Khaled Boukhris, Nouvelle édition Augmentée, Union interparlementaire, Genève 2006.
- http://www.coe.int/t/dg4/cultureheritage/about/newdirectorate_EN.asp (22 Ağustos, 2002).
- <http://www.consilium.europa.eu/policies/eu-development-policy-%28ec-wbeseite%29/main-themes/democratic-governance-and-democracy-support?lang=en> (21 Ağustos, 2012).
- Hüseyin Özcan/Murat Yanık, **Siyasi Partiler Hukuku**, Der Yayınevi, İstanbul 2011.
- James G. March, **Democratic Governance**, Free Press, England 1995.
- Kaboğlu İbrahim, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul 2011.

Karagöz Kasım, **Doğrudan Demokrasi Aracı Olarak Halk Girişimi**, Ankara 2011.

Karl Lowenstein, **Political Power and The Government Process**, University of Chicago Press, USA/Canada 1965.

M. Tefik Gülsoy, “*Türkiye’de Siyasal Partilerin Anayasal Statüsü*”, E-Akademi: 60 Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2007.

Mark Bevir, **Democratic Governance**, Princeton University Press, Princeton 2010).

Mustafa Koçak, **Siyasal Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

Norman Davies, “Comparing Referenda and Plebiscites”, in: http://www.therepublicans.com.au/index.php?option=com_content&view=article&id=78:comparing-referenda-and-plebiscites&catid=24&Itemid=117

Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajó & Susanne Baer, **Comparative Constitutionalism: Cases and Materials**, West Group, St. Paul, Minnesota 2003.

Oktay Uygun, **Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Oktay Uygun, **Federal Devlet: Temel İlkeler, Başlıca Kurumları ve Türkiye’de Uygulanabilirliği**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2007.

Pippa Norris, **Making Democratic Governance Work: How Regimes Shape Prosperity, Welfare and Peace**, Cambridge University Press, Cambridge 2012.

Randall Peerenboom, “*Human Rights and Rule of Law: What’s the Relationship?*”, 36 Georgetown Journal of International Law (2005).

Raymond Plant, **Modern Political Thought**, Basil Blackwell, Oxford 1991.

Robert A. Dahl, **Demokrasi ve Eleştirileri**, Çev. Levent Köker, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

Süleyman Yaman Koçak & Ali Ekşi, “*Katılımcılık ve Demokrasi Perspektifinden Türkiye’de Yerel Yönetimler*”, 21 SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi-, 21 Sosyal Bilimler Dergisi (2010).

Thomas Hale & David Held, eds., **Handbook of Transnational Governance: Institutions & Innovations**, Polity Press, Cambridge 2011).

Thomas M. Franck, “*The Emerging Right to Democratic Governance*”, 86 The American Journal of International Law (1992).

Turhan Mehmet, **Anayasal Devlet**, Ankara 2005.

UNDP Türkiye, “Demokratik Yönetişim”, <http://www.undp.org.tr/Gozlem3.aspx?WebSayfaNo=318> (20 Ağustos, 2012).

Will Kymlicka, **Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights**, Oxford/New York 1995.

**KAMU KURUMLARI VE BELEDİYELERİN
VERGİSEL YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN
YERİNE GETİRİLMEMESİ NEDENİYLE
DOĞAN ZARARIN KAMU ZARARI VE HAKSIZ FİİL
BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Yrd. Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN**
*Araş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER**

ÖZET

Kısaca kamu zararı, çeşitli sebeplerle Devletin zarara uğratılmasıdır. Çalışmamızın konusu kamu kurumları ve belediyelerin vergisel yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi sonucunda doğan kamu zararıdır. Ayrıca çalışmamızda kamu zararı kavramı haksız fiil ile bağlantılı olarak ele alınacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Kamu Zararı, Haksız Fiil, Kamu Kurumu, Belediye, Vergi Yükümlülüğü.*

ABSTRACT

In short, public damage means damaged of State from various action. The scope of our article is public damage as a result of defaults on public institution and municipalities' tax obligation. In addition to our article the public damage notion is evaluated in conjunction with tort.

***Keywords:** Public Damage, Tort, Public Institution, Municipality, Tax Obligation.*

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

GİRİŞ

5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71. maddesi çerçevesinde “*kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır*”.

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik madde 6/1-g gereğince kamu zararının belirlenmesinde; Kamu idaresinin yükümlülüklerinin mevzuatına uygun bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek malî külfet getirilmesi, hususu da kamu zararı bağlamında değerlendirilmiştir. Bu çerçevede kamu kurumları ve belediyelerin vergi mükellefi olmalarından kaynaklanan vergisel ödevlerin yerine getirilmemesi halinde doğacak zararın rücuunda hangi hükümlerin uygulanacağı hususunun irdelenmesi gerekmektedir. Uygulanacak hükümlerin tespiti zamanaşımı süresinin de belirlemede etkili olacaktır. Bu bağlamda kamu kurumları ve belediyelerin vergisel yükümlülüklerini yerine getirmeyen kanuni temsilcinin neden olduğu zarar kamu zararı ve haksız fiil kapsamında ayrıntılı olarak ele alınması gereken bir hususudur. Ancak konu ile ilgili yargı kararlarının yok denecek kadar az oluşu ve doktrinde bu konuya ilişkin ayrıntılı bir çalışmanın olmayışı konuyu irdeleme noktasında sıkıntılara neden olmaktadır.

I. KAMU KURUMLARI VE BELEDİYELERİN VERGİ MÜKELLEFİYETİNE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Kamu kurumları ve belediyeler kamu hizmeti yönünün ağır basması nedeniyle vergi mükellefi olarak düşünülmemeyen kuruluşlar olmakla beraber kamu hizmeti niteliğinden ziyade kâr amacı taşıyan birçok faaliyetleri vardır¹. Aynı zamanda bu faaliyetleri nedeniyle mal edinmeleri de mümkündür. Söz konusu faaliyetleri ve mal edinimleri nedeniyle kamu kurumları ve belediyeler vergi mükellefidir. Bu husus Anayasa başta olmak üzere ilgili mevzuatla da açıkça düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 127. maddesi gereği “*Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir*”. Belediyeler belli bir amaç doğrultusunda bir araya gelen kişi topluluğu şeklindeki kamu hukuku tüzel kişileridir². Tüzel kişilik vasıflarının olması yaptıkları hukuki işlemlerle hak ve borç

¹ ULUDAĞ, Barış, Belediyelerin Vergisel Durumu, Vergi Sorunları Dergisi, Ağustos 2010, http://www.vergisorunlari.com.tr/makale_login.aspx?makaleno=2872#

² GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku (Cilt II), Bursa: 2009, s. 161.

altına girmelerine, mal edinmelerine ve haklarını yargı organları önünde aramalarına olanak sağlamaktadır³.

Kurumlar Vergisi Kanununun 1. maddesi gereğince “Sermaye şirketleri, Kooperatifler, İktisadî kamu kuruluşları, Dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmeler ve İş ortaklıkları” kurumlar vergisine tabidir. Kanunun 2. maddesinde ise “İktisadî kamu kuruluşları: Devlete, il özel idarelerine, belediyelere, diğer kamu idarelerine ve kuruluşlarına ait veya bağlı olup, faaliyetleri devamlı bulunan ve birinci ve ikinci fıkralar dışında kalan ticarî, sınai ve zirai işletmeler iktisadî kamu kuruluşudur” tanımlamasına yer verilmiştir. İlgili hüküm gereğince, iktisadî kamu kuruluşu olan belediyelerin iktisadî işletmelerinin vergiye tabi olması için ticari, zirai ya da sınai nitelik taşıyan faaliyetin devamlılık unsuru taşıması, sermaye şirketi veya kooperatif olarak kurulmamaları gerekmektedir. İktisadî işletmenin unsurları, ticari faaliyetin de temel özelliklerinden olan, bir organizasyona bağlı olarak piyasa ekonomisi içerisinde bedel karşılığı mal alım-satımı, imalatı ya da hizmet ifaları gibi faaliyetlerdir⁴. İktisadî kamu kuruluşlarının kazanç amacı gütmemeleri, faaliyetlerinin kanunla verilmiş görevler arasında bulunması, tüzel kişiliklerinin olmaması, bağımsız muhasebelerinin ve kendilerine ayrılmış sermayelerinin veya iş yerlerinin bulunmaması mükellefiyetlerini etkilemeyeceği gibi mal veya hizmet bedelinin sadece maliyeti karşılayacak kadar olması, kâr edilmemesi veya kârın kuruluş amaçlarına tahsis edilmesi de bunların iktisadî niteliğini değiştirmeyecektir⁵. Bu husus Vergi İdaresi tarafından verilen özeldelerle de teyit edilmiştir⁶.

³ GÖZLER, s. 165.

⁴ 1 Seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği, RGS: 26482, RGT: 03.04.2007

⁵ 1 Seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği.

⁶ “... İlgide kayıtlı özeldge talep formunuzda; Karşıyaka Vergi Dairesi Müdürlüğü’nün... vergi numaralı mükellefi olduğunuz, 4734 sayılı Kamu İhale Yasası ile tahsil edilen "İhale Şartname Bedeli", belediye gelirleri arasında yer alan alt yapı çalışmalarını ilgilendiren "Kanal Açma Bedeli" ve Düğün Salonu Tahsis Ücretlerinin Kurumlar Vergisi ve KDV açısından değerlendirilmesi hususlarında Başkanlığımız görüşü talep edilmektedir. 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 1'inci maddesinde, dernekler ve vakıflar kurumlar vergisi mükellefleri arasında sayılmamakla birlikte, aynı maddenin (ç) bendi ile dernek ve vakıflara ait iktisadî işletmeler mükellefiyet kapsamına alınmıştır. Kanunun 2'nci maddesinde de dernek veya vakıflara ait veya bağlı olup faaliyetleri devamlı bulunan ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları dışında kalan ticarî, sınai ve zirai işletmeler ile benzer nitelikteki yabancı işletmelerin, dernek veya vakıfların iktisadî işletmeleri olduğu; bunların kazanç amacı gütmemelerinin, faaliyetlerinin kanunla verilmiş görevler arasında bulunmasının, tüzel kişiliklerinin olmamasının, bağımsız muhasebelerinin ve kendilerine ayrılmış sermayelerinin veya iş yerlerinin bulunmamasının mükellefiyetlerini etkilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, aynı Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendine göre, yaptıkları iş veya hizmet karşılığında resim ve harç alan kamu kuruluşları kurumlar vergisinden muaf tutulmuş olduğundan Belediyelerin resim veya harç almak suretiyle sunmuş oldukları hizmetler nedeniyle bir iktisadî işletme oluşmayacaktır.

Katma Değer Vergisi Kanunu md. 1-3/g gereğince “Genel ve katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine, belediyeler ve köyler ile bunların teşkil ettikleri birliklere, üniversitelere, dernek ve vakıflara, her türlü mesleki kuruluşlara ait veya tabi olan veyahut bunlar tarafından kurulan veya işletilen müesseseler ile döner sermayeli kuruluşların veya bunlara ait veya tabi diğer müesseselerin ticari, sınai, zirai ve mesleki nitelikteki teslim ve hizmetleri” katma değer vergisinin konusuna girmektedir. İlgili hükümler birlikte değerlendirildiğinde kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler vergi yükümlüsüdür ve bu yükümlülük defter tutmak, defterleri muhafaza ve ibraz etmek, belge düzenine uymak ve beyanname vermek gibi bir takım ödevleri de beraberinde getirecektir.

II. KAMU KURUMLARI VE BELEDİYELERİN VERGİSEL YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDE KANUNİ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞU

Vergi Usul Kanununun 10. maddesi gereğince “Tüzelkişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatler gibi tüzelkişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzelkişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir”. İlgili hüküm çerçevesinde, tüzel kişiliği olan belediyelerin vergisel yükümlülükleri kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilir. Bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanunî ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl mükelleflere rücu edebilirler. VUK md 333 gereği tüzel kişilerin idare ve tasfiyesinde Vergi Kanununa aykırı hareketlerden kaynaklanan vergi cezaları tüzel kişiler adına kesilir. Tüzel kişilerin kanuni temsilcilerinin vergi sorumluluğu hakkında bu kanunun 10. maddesi hükmü vergi cezaları hakkında da uygulanır.

Kamu kurumları ve belediyelerin mali yükümlülükler açısından kanuni temsilcinin kim olduğunu belirlemek için öncelikle 5018 sayılı kanunun ilgili hükümlerinin irdelenmesi gerekmektedir. Kamu kurumlarında ve belediyelerde 5018 Sayılı Kanun gereği sorumlular üst yöneticilerdir. 5018 Sayılı kanun md 11’de üst yöneticiler Bakanlıklarda müsteşar, diğer kamu idarelerinde en üst

Buna göre, Karşıyaka Belediyesi tarafından harç ve katılım payı konusu yapılmaksızın ilgililerin istekleri üzerine verilen hizmetler karşılığında alınan ve belediye gelirleri arasında yer alan alt yapı çalışmalarını ilgilendiren "Kanal Açma Bedeli", 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında alınan "İhale Şartname Bedeli" ile "Düğün Salonu Tahsis Ücretleri"nin karşılığında alınan bedellerin harç olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmayıp anılan hizmetler dolayısıyla Belediye bünyesinde oluşacak iktisadi kamu kuruluşu nezdinde kurumlar vergisi mükellefiyeti tesis edilecektir”, İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı, S: B.07.1.GİB.4.35.16.01-176300-272, T: 29/02/2012, <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=27>

yönetici, il özel idarelerinde vali ve belediyelerde belediye başkanıdır. Üst yöneticiler, idarelerinin stratejik planlarının ve bütçelerinin kalkınma planına, yıllık programlara, kurumun stratejik plan ve performans hedefleri ile hizmet gereklerine uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasından, sorumlulukları altındaki kaynakların etkili, ekonomik ve verimli şekilde elde edilmesi ve kullanımını sağlamak, kayıp ve kötüye kullanımının önlenmesinden, malî yönetim ve kontrol sisteminin işleyişinin gözetilmesi, izlenmesi ve bu Kanunda belirtilen görev ve sorumlulukların yerine getirilmesinden Bakana; mahallî idarelerde ise meclislerine karşı sorumludurlar. Üst yöneticiler, bu sorumluluğun gereklerini harcama yetkilileri, malî hizmetler birimi ve iç denetçiler aracılığıyla yerine getirirler.

5018 Sayılı Kanun md. 31 Bütçeyle ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin en üst yöneticisini harcama yetkilisi olarak belirledikten sonra harcama yetkisini devredilmesinin sorumluluğu ortadan kaldırmayacak hükmüne yer vermiştir. Dolayısıyla sorumluyu tespit edebilmek için her bir kurumun üst yöneticisi ve harcama yetkilisinin tespiti gerekmektedir.

Örneğin ilgili hüküm çerçevesinde belediyenin üst yöneticisi belediye başkanıdır. Belediye Kanunu md. 37 gereğince “Belediye başkanı, belediye idaresinin başı ve belediye tüzel kişiliğinin temsilcisidir”. Aynı kanunun 99. ve 100. maddelerinde belediyenin en büyük amiri ve temsilcisi sıfatıyla belediye başkanının görevleri sayılmış, 100. maddenin D fıkrasında ise belediye başkanının mahkemelerde davacı veya davalı olarak belediyeyi temsil etmeye veya bir başkasına vekil kılmaya yetkili olduğu belirtilmiştir.

Bu çerçevede belediyenin vergi mükellefi olmasından kaynaklanan ödevler belediye başkanı tarafından yerine getirilecektir. Ancak belediye başkanı, görev ve yetkilerinden bir kısmını uygun gördüğü takdirde, yöneticilik sıfatı bulunan belediye görevlilerine devredebilir (Belediye Kanunu md. 42). Devredilen yetkiye dayanarak devralan makamın yaptığı işlemlerden kaynaklanan sorumluluk aldığı yetki çerçevesinde işlemi yapan makama aittir⁷. Elde edilen sonuçtan yetki devri neticesinde işlemi yapan sorumludur⁸. Yetki devrinde sorumluluk yetkiyi devralana devredilmekle beraber yetkiyi devreden makamın denetim yetkisi devam etmektedir⁹.

Kanuni temsilci sıfatı kanun hükümleri gereği kimde ise vergi ile ilgili ödevlerini yerine getirme görevi ve bu ödevlerin yerine getirilmemesi nedeniyle doğan sorumluluk da ona ait olup bu sıfatın getirdiği sorumluluk ve yükümlü-

⁷ GÖZLER, s. 782.

⁸ DŞ.5.D, 04.05.2004 Tarih, 2003/40 E, 2004/2070 K, DKD, 2004, sy 5, s. 163, AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara: 2011, s. 180.

⁹ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, s. 186.

lükler bir üçüncü kişiye görev ve yetki devri yapmakla sona ermez¹⁰. 5018 sayılı kanunun 31. maddesinde de, harcama yetkisinin devredilmesi, yetkiyi devreden idarî sorumluluğunu ortadan kaldırmaz hükmüne yer verilmiştir. Bu husus Sayıştay Genel Kurulunun bir kararında yetki devri ve imza devri kavramları arasındaki farklar irdelenerek şu şekilde ifade edilmiştir¹¹:

“Zira yetki devri ve imza yetkisi tanınması ayrı ayrı kavramlardır. Yetki devrinde, yetkisini devreden, yetki devri kaldırılincaya kadar devrettiği yetkisini kullanamaz, yapılan işlem kendisine yetki devredilenin işlemidir. Karar alma yetkisi, devreden makamdan çıkıp devredilen makama geçmektedir. Bir makam veya görevlinin ödevlerinden bir kısmını bilgisi dâhilinde ve karar alma yetkisi kendisinde kalmak üzere başkasına yaptırarak yükünü hafifletmesi anlamındaki imza yetkisi tanınması, yetki devri değildir. Bunun içindir ki, imza yetkisi tanınmasında, yetki tanıyanın sorumluluğu devam eder. Ancak, 31’inci maddenin dördüncü fıkrasında, kanundan kaynaklanan ve idari karar ve onayla yapılan yetki devri ayırımı yapılmadan sadece yetki devrinden bahsedilmektedir. Kanunda imza yetkisinin tanınmasından değil, açıkça harcama yetkisinin devrinden söz edilmektedir. Bu yetki devrinin, imza yetkisi olarak değerlendirilmesine olanak verecek en ufak bir ipucu dahi yoktur”.

Kamu kurum ve kuruluşları ile belediyelerin kanuni temsilcilerinin vergisel yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi nedeniyle doğan zararın niteliği üzerinde de durmak gerekecektir. Bu zararın niteliğinin belirlenmesi zamanaşımı süresini de belirleme de etkili olacaktır. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile mevzuatımıza giren kamu zararı kavramının, temelini kural olarak haksız fiil sorumluluğundan aldığı belirtilebilir¹². Bu nedenle Belediyenin kanuni temsilcisinin vergisel ödevlerini yerine getirememesi nedeniyle belediyenin uğramış olduğu zarar kamu zararı ve haksız fiil ekseninde irdelenecektir.

¹⁰ CANDAN Turgut, Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, Ankara: 2006, s. 31-38; “Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazların satışı konusunda yapılan yetki devrinin, devreden sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, yetki devri yapılan astla birlikte, yetkisini devreden sorumluluğunun da devam edeceği, devredilen yetkinin geri alınmamasının, yetkisini devreden, yasal sorumluluk nedeniyle, ast yerine geçerek işlem tesis etmesine engel teşkil etmediği gibi, bu işlem nedeniyle devredilen yetkinin sona erdiği anlamına da gelmeyeceği; yasayla verilen sorumluluk çerçevesinde yetkiyi devreden tesis edeceği işlemlerde kullandığı takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlı olduğu, yetkiyi devreden tarafından kullanılan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının merciince değerlendirileceği sonucuna varılmaktadır”, DŞ 13. Daire 2007/1538 E.N, 2007/3459 K.N. <http://www.kararara.com/danistay/13d/danistay6256.htm>

¹¹ Sayıştay Genel Kurulu Kararı, Karar No: 5189/1, Karar Tarihi: 14.06.2007, <http://www.sayistay.gov.tr/karar/SGKK/Sgkk3.asp?GKID=41194>.

¹² ÖZCAN Elvin E., Kamu Zararının İdare Hukuku ile Kavranması, Panel Kamu Zararı, 24 Mayıs 2012, Ankara, ISBN: 978-975-7590-07-1, s. 2.

III. KAMU ZARARININ TANIMI

5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu¹³ md. 71 kamu zararını “*kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması*” olarak tanımlamıştır.

İlgili hüküm gereği kamu zararının belirlenmesinde;

- İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
- Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
- Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
- İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,
- İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,
- Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması, esas alınır.

Kamu zararının, bu zarara neden olan kamu görevlisinden veya diğer gerçek ve tüzel kişilerden tahsiline ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu md 12’de de “Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esas alınacağı” belirtilmiştir. Her düzenleme birlikte değerlendirildiğinde kamu zararı kamu görevlilerinin kasıt, kusur, ihmal ya da tedbirsizlik nedeniyle idarenin zarar uğratılması, kendilerine tevdi edilen kamu araçlarına zarar vermeleri, fazla ya da yersiz ödemede bulunmaları ve yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle üçüncü kişilere verdikleri zarar nedeniyle devleti tazminat ödemek zorunda bırakmaları olarak tanımlanabilir¹⁴.

Çalışmamızın konusu kamu kurumlarının ve belediyelerin kanuni temsilcilerinin vergisel yükümlülüklerini yerine getirmemeleri nedeniyle belediyeyi zarara uğratmaları olduğu için kamu zararı devlet memurunun idareyi zarar uğratması bağlamında değerlendirilecektir. Bu çerçevede kamu zararı mevzuata aykırı karar, işlem ya da eylem nedeniyle ya da mevzuatta öngörülen sorumlulukların yerine getirilmemesi nedeniyle kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden

¹³ 5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu, RGT: 24.12.2003, RGS: 25326.

¹⁴ AKYILMAZ Bahtiyar, Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rucü, Prof Dr. İlhan Özyay’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXIX, Sayı 1–2, Yıl 2011, s. 63. (61–78)

olunmasıdır¹⁵. Kamu idaresinin yükümlülüklerinin mevzuata uygun bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek malî külfet getirilmesidir (Yönetmelik md. 6/g)

IV. KAMU ZARARININ UNSURLARI

A. Kamu Görevlisinin Karar, İşlem, Eylem ya da Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi

5018 Sayılı kanun md. 71 gereği kamu zararına ancak kamu görevlileri neden olabilir. Kamu zararlarının faili kamu görevlisi olup kamu görevlisi/görevlileri yalnızca sorumlular bağlamında gerçekleştirme görevlileri, harcama yetkilisi ve muhasebe yetkilisi olmayıp kamu kaynağının elde edilmesi, kullanılması ve yönetiminde görevli olan tüm kamu görevlileridir¹⁶.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle kamu görevlisi kavramının tanımlanması gerekmektedir. TCK md. 6/c’de kamu görevlisi “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak tanımlanmıştır. “Anayasa mahkemesi kararlarına göre bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için ifa ettiği görevin, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olması yalnız başına yeterli olmamakta; devletle arasındaki ilişkinin önceden kanunla belirlenmiş statüer bir ilişki olması gerekmektedir”¹⁷.

“Kamu zararından sorumluluğun süjesi kamuda bir teşkilata bağlı olarak görev yapan ve kamu hizmeti ifa eden kamu görevlileridir”¹⁸. Anayasa’nın 128. maddesinde memurlar ve diğer kamu görevlileri şeklinde bir ayrıma gidilmiştir. Bu bağlamda geniş anlamda kamu görevlisi kamu tüzel kişiliklerinde görev yapan, kendilerine kamu hukuku uygulanan ve bu çerçevede kamu hukuku rejimine tabi olan bütün kişileri kapsar¹⁹. Bu çerçevede kamu görevlisi kavramı her ne suretle olursa olsun kamu hizmeti gören kişileri kapsamına alacaktır²⁰. Dolayısıyla kamu görevlisi olan Belediye Başkanı’nın vergisel yükümlülüğünün yerine ge-

¹⁵ YILDIRIM Ramazan, Açıklamalı ve Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Konya: 2006, s. 330.

¹⁶ KIZILKAYA Eyüp, Kamu Zararı Uygulamalarının Eleştirisi, Dış Denetim, Temmuz – Ağustos-Eylül 2010, <http://www.sayder.org.tr/e-dergi-kamu-zarari-uygulamalarinin-elestirisi-1-21.pdf>

¹⁷ AYM 28.09.1988, E. 1988/2, K. 1988/32, RGT 11.12.1988 RGS 20016; AYM, 22.06.1988, E. 87/18, K. 88/23, RGT 26.11.1988, RGS 20001, AKYILMAZ, a.g.m, s. 64.

¹⁸ AKYILMAZ, a.g.m s. 63.

¹⁹ GÖZLER, s. 624.

²⁰ DEMİREL Salim/KELEŞ Cengiz, 5018 Sayılı KMYK Kanunu’na Göre Kamu Zararı, Dış Denetim, Temmuz- Ağustos 2010, s. 181, www.sayder.org.tr/e-dergi-5018-sayili-kmyk-kanununa-gore-kamu-zara...

tirmemesi nedeniyle ortaya çıkacak gecikme zammı, gecikme faizi ya da cezalar zarar kapsamında değerlendirilecek ve kamu zararı niteliğinde olacaktır.

B. Kamu Görevlisinin Karar, İşlem ve Eylemi ya da Yükümlülüğünün Yerine Getirmemesi Nedeniyle Bir Zarar Doğmuş Olmalıdır

Kamu zararının varlığından bahsedilebilmesi için kamu görevlisinin aktif ya da pasif bir eyleminin bulunması gereklidir. Kamu zararı kamu görevlisinin bir işlem ya da eyleminden doğabileceği gibi bir yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle de doğabilecektir. Kamu görevlisinin bu eylemi nedeniyle kamu kaynağında bir artışa engel olunmalı ya da bir eksilmeye neden olunmalıdır. Dolayısıyla kamu görevlisinin maddi bir kaybına neden olmayan mevzuata aykırı işlemler idari ve cezai sorumluluğu gerektirmekle beraber maddi bir sorumluluk doğmayacaktır²¹.

C. Kamu Görevlisinin Karar, İşlem ve Eylemi ya da Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin Hukuka Aykırı Olması

Kamu zararının oluşumu için ortada mevzuata aykırı bir işlem olması ya da mevzuatta öngörülen bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi gerekmektedir. Mevzuat kavramı başta Anayasa olmak üzere kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemleri kapsamaktadır²². Vergi hukuku ekseninde değerlendirdiğimizde bu düzenleyici işlemler arasında tebliğleri de saymamız mümkündür.

Kamu görevlisinin yapmış olduğu işlem, eylem ya da kararların hukuka aykırılığının ya yargı yeri tarafından ya da kamu zararına neden olan olayla ilgili yapılan inceleme ve araştırma neticesinde yetkili idare tarafından tespiti gereklidir²³. Nitekim Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin 7. maddesinde kamu zararının

- Kontrol, denetim veya inceleme,
- Sayıştay'ca kesin hükme bağlama,
- Adli, idarî veya askerî yargılama, sonucunda tespit edileceği belirtilmiştir.

Gerek yargılama gerek de idari araştırmalar neticesinde ortaya çıkan kamu zararı mevzuata aykırılık teşkil etmeyen işlemler nedeniyle ortaya çıkmış ise söz konusu zararlar kamu zararı çerçevesinde değerlendirilmeyecektir.

²¹ KULUÇLU Erdal, "Sayıştay'ın Denetim Yargılama ve Raporlama Görevleri Açısından Kamu Zararı Kavramı" Sayıştay Dergisi, Yıl: 2011, Sayı: 82, s. 63.

²² KULUÇLU, s. 60.

²³ AKYILMAZ, a.g.m s. 67-68.

D. Kamu Görevlisinin Hukuka Aykırılığının Kasıt, Kusur ya da İhmale Dayanması

Sayıştay Kanununda kusur unsurundan hiç bahsedilmemiş olmakla beraber 5018 sayılı kanun md 71 kamu görevlisinin mali sorumluluğunun doğabilmesi için kusur sorumluluğunu öngörmüştür. İlgili kanunla kamu görevlilerinin mali karar, işlem ve eylemleri sonucu oluşan kamu zararından sorumlu tutulabilmeleri için manevi unsur olarak kasıt, kusur ya da en azından ihmalin varlığı gerekmektedir²⁴. Bu durumda kamu görevlisi ancak kusurlu davranışının neticesi olarak ortaya çıkan kamu zararından sorumlu tutulabilecektir²⁵. 5018 Sayılı kanunla kamu zararından dolayı idarenin sorumluluğuna yer verilmemiş olup kamu görevlisinin idareyi zarar uğratmış olması nedeniyle kişisel kusurundan sorumlu olması hali düzenlenmiştir²⁶. Kişisel kusur kavramı idare hukukuna özgü bir kavram olup, mevzuatta tanımlanmamıştır²⁷. Ancak doktrinde personelin hizmetten ayrılabilen ve idareye izafe edilemeyen kusurları şahsi kusur olarak nitelendirilmiştir²⁸.

Kamu görevlisinin vergisel ödevlerini yerine getirmemesi hali ilgili mevzuatı bilmemesine dayanıyor ise bu durumda oluşan zarardan kamu görevlisini sorumlu tutabilir miyiz? Başka bir ifade ile ilgili mevzuatı bilmemek kamu görevlisinin sorumluluğunu kaldırır mı? Kamu görevlilerinin yaptıkları işlerle ilgili mevzuatı bilme yükümlülükleri söz konusudur²⁹. Dolayısıyla belediyenin kanuni temsilcisinin, belediyenin vergisel yükümlülüklerini bilmediği gerekçesini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Kamu görevlisi olan belediyenin kanuni temsilcisinin ilgili mevzuatı bilmemesi kusur ya da ihmal bağlamında değerlendirilebilir.

Memurun kusurlu olduğu idari faaliyet ile ilgili olarak ortaya çıkan ve idarenin aynı zamanda aslen sorumlu olduğu zararlar nedeniyle memur rucü sorumlusudur³⁰. Bu çerçevede vergisel ödevleri yerine getirmeyen kamu görevlisi rucü sorumlusu olarak karşımıza çıkacaktır.

²⁴ KULUÇLU, s. 62.

²⁵ ÖZÇELİK Barış, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na Göre Kamu Zararından Sorumluluk, Kamu Zararı Paneli, 150. Kuruluş Yıldönümü Yayınları, 24 Mayıs 2012, Ankara, s. 13.

²⁶ ÖZCAN, s. 5.

²⁷ SÖYLER Yasin, Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y: 2010, S: 2, s. 564.

²⁸ AKYILMAZ /SEZGİNER /KAYA, s. 631.

²⁹ DEMİREL/KELEŞ, s. 182.

³⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 626.

V. KAMU ZARARININ RÜCUUNDA ZAMANAŞIMI

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 74. maddesi uyarınca, “*kamu zararının meydana geldiği ve bu kanunda belirtilen para cezalarının verilmesini gerektiren fiilin işlendiği yılı izleyen mali yılın başından başlamak üzere, zamanaşımını kesen ve durduran genel hükümler saklı kalmak kaydıyla onuncu yılın sonuna kadar tespit ve tahsil edilemeyen kamu zararları ile para cezaları zamanaşımına uğrar*”.

Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin 19. maddesinde de “Kamu zararından doğan alacaklarda zamanaşımı süresi, zamanaşımını kesen ve durduran genel hükümler saklı kalmak kaydıyla, on yıldır.”

İlgili yönetmeliğin, 17. maddesinde³¹ kamu zararının oluştuğu kabul edilen tarih takip eden malî yılın başında işlemeye başlar ve onuncu yılın sonunda biter” hükmüne yer verilmiştir. Devletle kamu görevlisi arasındaki zararın rücuunda zamanaşımı konusunu değerlendirirken 5018 Sayılı Kanunda özel bir düzenleme olması nedeniyle Borçlar Hukukunun ilgili hükümlerine başvurulamaz. Nitekim 1943 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararında;

“Devlet ile memur arasındaki münasebetleri amme hukuku ve bu hukuk cümlesinden olarak kabul ve tedvin olunan kanunlar tanzim ve idare eder. Bu münasebetler hususi hukuk alanında hususi akıt ve mukaveleler icabına kıyas olanamaz ve onlara uydurulamaz.

Devletle memur arasındaki münasebeti düzenleyen kanunlarda memurların haksız fiilleri ile sebep oldukları zarar ve ziyan davaları için ayrı bir

³¹ **Kamu zararının oluştuğu tarih**

MADDE 17- (1) Kamu zararı;

- a) Vezne ve ambar açıkları ile diğer muhasebe yetkilisi mutemetlerinin açıklarında, açığın meydana geldiği tarihte, bu tarihin bilinmediği durumlarda olayın tespit edildiği tarihte,
- b) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak ilgili mevzuatında belirlenen veya mevzuatında öngörülen karar, onay ya da sözleşmesinde belirlenen tutardan fazla yapılan ödemeler ile transfer niteliğindeki giderlerde yapılan yersiz ve fazla ödemelerde, ödemenin yapıldığı tarihte,
- c) Kayıtlı olsun veya olmasın, kamu idaresinin yönetim ve kullanımında olan ya da kullanıcılarına teslim edilen taşınırın kaybedilmesi, çalınması veya zarar görmesi hallerinde olayın meydana geldiği tarihte; bu tarihin bilinmediği durumlarda olayın tespit edildiği tarihte,
- ç) İş yaptırılmadan, mal veya hizmet alınmadan ya da mevzuatında öngörülmediği halde yapılan yersiz ödemelerde, ödemenin yapıldığı tarihte,
- d) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk ve tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması hallerinde, söz konusu işlemin zaman aşımına uğradığı tarihte,
- e) Hakedişlerden kesinti suretiyle yapılan gelir tahsilâtının eksik yapılması hallerinde, tahsilat tutarının gelir kaydedilmesi gerektiği tarihte, oluşmuş kabul edilir.

müruruzaman müddeti kabul edilmiş olmadıkça bu kabil davaların müruruzamanında Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin umumi hükümlerinin tatbiki icap eder³² ifadelerine yer verilmiştir.

Bu çerçevede 5018 Sayılı Yasadaki özel düzenleme gereği kamu tüzel kişiliklerinin kanuni temsilcilerinin vergisel yükümlülüklerinin yerine getirmemesi örneğin vergi beyannamenin süresinde verilmemesinin neticesi olarak ortaya çıkabilecek gecikme faizi, gecikme zammı ve vergi ziyası cezası, nedeniyle belediyeyi zarara uğratması halinde kamu zararının tahsili için 10 yıllık bir zamaşımı süresi söz konusu olacaktır.

VI. HAKSIZ FİİL VE UNSURLARI

Borçlar Kanunu md. 49 gereği *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür”*.

İlgili hüküm çerçevesinde haksız fiilden bir sorumluluk doğabilmesi için dört unsurun bulunması gereklidir:

A. Kusur

Kusur, sorumluluk ehliyetinin subjektif unsuru olup zarar sonucu doğuran davranışın zarar verene isnat edilebilmesinin yolunu açar³³. Kusur sorumluluğu-

³² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, T: 16.06.1943, E: 1941/3, K: 1943/23, <http://www.kararevi.com/karars/242853>, ET. 11.06.2013.

“...Dairemizden şimdiye kadar çıkan kararlara göre devlet memur ve müstahdemlerinin zararı mucip fiilleri ikiye ayrılır:

1- Memurların uhdelerine mevdu vazifelerini suistimal etmeleri,
2- Vazifelerini ifa sırasında ihmal ve terahi göstermeleri.

1- Vazifesini suistimal eden mesela yedi emanetine mevdu bulunan bir parayı zimmetine geçirmiş olan bir veznedarın bu fiili hakkında dairemizce akit müruruzamanı tatbik edilmiştir. Çünkü devletin para ve diğer menkul mallarına el koyan bu gibi memurlar ile devlet arasında ayrıca bir eda akti de mevcuttur. Bu suretle devlet malını zimmetine geçirmiş olan veznedar hem akit rabitasını ihlal, hem de vazifesini suistimal ile kanunen cezayı müstelzim bir suç ika etmiş olur. Aktin hükümlerine aykırı hareket eden bir kimsenin bu hareketi ister cezayı müstelzim olsun isterse olmasın, her halde akit müruruzamanının tatbiki lazım gelir.

2- İhmal ve terahi hallerinde, mesela zimmetine para geçirmiş olan veznedarı murakabe ile mükellef olan malmemuru murakabe vazifesini yapmayarak zimmetin vukuuna yahut tezyüdüne sebep olmuş ise onun bu fiili hakkında dairemizce Borçlar Kanununun altmışıncı maddesinin ikinci fıkrasındaki müruruzaman müddeti tatbik edilmiştir. Çünkü tazminat davasına sebep olan haksız fiil ve zarar ve ziyan, akit rabitasından değil (muhalif hareketten değil), sırf hukuku amme kanunlarının ihlalinden doğmuştur. Binaenaleyh bu hususta ceza müruruzamanının tatbiki lazım gelir” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, T: 16.06.1943, E: 1941/3, K: 1943/23, <http://www.kararevi.com/karars/242853>, ET. 11.06.2013.

³³ KILIÇOĞLU Mustafa, Sorumluluk Hukuku, Cilt I Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara: 2002, s. 371.

nun temeli “başkasına kusuru ile zarar veren bundan sorumludur” prensibine dayanır³⁴. Bu durumda bir kişinin haksız fiilden sorumlu tutulabilmesi için o kişiye bir kusur isnat edilebilmesi gerekmektedir.

B. Hukuka aykırı bir davranış

Fiilin hukuka aykırı ya da haksız sayılması açısından ihlal edilen kuralın özel hukuk ya da kamu hukuku kuralı olması açısından bir fark yoktur³⁵. Burada haksız fiil aktif bir davranış neticesinde ortaya çıkabileceği gibi başkasını zarara uğramaktan koruyacak bir davranış şeklinde de ortaya çıkabilecektir³⁶. Borçlar Kanunu md. 63 çerçevesinde “kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz”.

C. Zarar

Haksız fiil nedeniyle bir sorumluluk doğabilmesi için söz konusu fiilin neticesinde bir zararın doğmuş olması gereklidir. Bir fiil bir kişinin mutlak malvarlığı hakkını ya da kişilik hakkını ihlal etmiş ise kural olarak hukuka aykırı kabul edilecektir³⁷. Zarar; malvarlığında azalma, kârdan mahrumiyet gibi maddi bir zarar olabileceği gibi manevi bir zarar da olabilecektir.

D. Kusurlu ve hukuka aykırı bir davranış ile zarar arasında illiyet bağı

Kusurlu ve hukuka aykırı davranış ile zarar arasında bir illiyet bağı yani neden sonuç ilişkisi kuramıyor isek haksız fiil sorumluluğunun doğması mümkün olmayacaktır.

Kamu kurumları ve belediyelerin kanuni temsilcilerinin vergisel yükümlülüklerinin yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkacak olan zarar 5018 sayılı kanunda yer alan özel düzenleme nedeniyle kamu zararı bağlamında değerlendirilip rücu edilecektir. Bunun temel nedenlerinden biri zarar neden olan kanuni temsilcinin, kamu görevlisi olmasıdır. Ancak küçüklerin kısıtlıların, tüzel kişilerin ve tüzel kişiliği olmayan tüm kuruluşların vergisel yükümlülükleri kanuni temsilciler tarafından yerine getirilmektedir. Bu çerçevede bir değerlendirme yaptığımızda kamu görevlisi vasfı taşımayan kanuni temsilcilerin vergisel ödevlerini yerine getirmemesi nedeniyle doğacak zarar haksız fiil kapsamında değerlendirilmelidir. Rücu hakkının kullanılmasında adli yargının görevli olduğu ve

³⁴ GÖKCAN, Hasan Tahsin, *Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Ankara: 2003, s. 22

³⁵ REİSOĞLU Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: 2011, s. 162.

³⁶ REİSOĞLU, s. 163.

³⁷ HATEMİ Hüseyin /GÖKYAYLA Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul: 2011, s. 110.

sorunun haksız fiil esaslarına göre çözümleneceği görüşü geniş kabul görmektedir³⁸. Dolayısıyla da rücu zamanaşımı da bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Ancak kanuni temsilcinin ödevlerini yerine getirmemesi nedeniyle başka bir ifade ile vergi kanunlarına aykırı fiilleri nedeniyle ortaya çıkacak olan idari vergi cezaları ve ferileri için VUK' da sorumluluk açısından ikili bir ayrıma gidilmiştir. Vergi cezalarından sorumluluk kanuni temsilcinin türüne göre farklılık arz edecektir³⁹. VUK md. 332 gereği “Velayet ve vesayet altında bulunanlar veya işlerinin idaresi bir kayyımına tevdi edilmiş olanlar, kendilerine izafeten veli, vasi veya kayyımın vergi kanunlarına aykırı hareketlerinden dolayı cezaya muhatap tutulmazlar. Bu hallerde cezanın muhatabı, veli, vasi veya kayyımdır”. Ancak VUK md. 333 gereği tüzel kişilerin idare ve tasfiyesinde Vergi Kanununa aykırı hareketlerden kaynaklanacak vergi cezaları tüzel kişiler adına kesilir. Bu durumda kanuni temsilcinin vergisel ödevleri yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan idari vergi cezaları ve ferileri tüzel kişinin kusurlu olan temsilciye rücuunda haksız fiil hükümleri uygulanacaktır.

VII. HAKSIZ FİİLDE ZAMANAŞIMI

Borçlar Kanunu madde 72 gereği “tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır”.

Rücu isteminde ise Borçlar Kanunu md. 73 gereği “tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar”.

İki yıllık sürenin başlaması açısından kanun koyucu hem zararın hem de sorumlunun kim olduğu açısından öğrenme ölçütünü esas almıştır⁴⁰. On yıllık sürenin başlangıcında da esas alınan ölçüt objektif nitelikte olup haksız fiilin işlendiği zamandır⁴¹.

³⁸ GÖKCAN, s. 106.

³⁹ KARAKOÇ Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Ankara: 2011, s. 209

⁴⁰ HAVUTÇU Aysel, Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, Özel Sayı 2010 (Basım Yılı 2012), s. 583.

⁴¹ HAVUTÇU, s. 583.

İlgili hükümler değerlendirildiğinde özel hukuk tüzel kişinin kanuni temsilcinin vergisel ödevlerini yerine getirmemesi nedeniyle ödemek zorunda olduğu idari para cezaları ve verginin geç ödenmesinden kaynaklanan zararlar için kanuni temsilciye rücu için iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Kanun temsilcinin beyanname vermek ve vergi borcunu ödemek gibi vergisel yükümlülükleri yerine getirmesi gereken tarihten itibaren on yıllık, vergi idaresinin denetim ve incelemeleri neticesinde ortaya çıkan para cezasının tebliğinden itibaren iki yıllık sürenin başlaması gerekmektedir. Çünkü kanuni temsilcinin ödevlerini yerine getirmediği ve tüzel kişiliği zarara uğrattığı gerçeği en geç vergi incelemesi neticesinde öğrenilecektir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

Kamu kurumları ve belediyeler kamu hizmeti eksenli kuruluşlar olmakla beraber kâr elde etme amaçlı ticari, zirai ve sınaî faaliyetleri neticesinde vergi yükümlülükleri doğmaktadır. Bu yükümlülükler temsilciler aracılığı ile yerine getirilmektedir. Kamu kurumlarında 5018 Sayılı Kanun gereği sorumlular üst yöneticilerdir. 5018 Sayılı kanun md 11’de üst yöneticiler Bakanlıklarda müsteşar, diğer kamu idarelerinde en üst yönetici, il özel idarelerinde vali ve belediyelerde belediye başkanıdır. Üst yöneticiler, idarelerinin stratejik planlarının ve bütçelerinin kalkınma planına, yıllık programlara, kurumun stratejik plan ve performans hedefleri ile hizmet gereklerine uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasından, sorumlulukları altındaki kaynakların etkili, ekonomik ve verimli şekilde elde edilmesi ve kullanımını sağlamaktan, kayıp ve kötüye kullanımının önlenmesinden, malî yönetim ve kontrol sisteminin işleyişinin gözetilmesi, izlenmesi ve bu Kanunda belirtilen görev ve sorumlulukların yerine getirilmesinden Bakana; mahallî idarelerde ise meclislerine karşı sorumludurlar. Üst yöneticiler, bu sorumluluğun gereklerini harcama yetkilileri, malî hizmetler birimi ve iç denetçiler aracılığıyla yerine getirirler. Bütçeyle ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin en üst yöneticisi harcama yetkilisidir. Harcama yetkisini devredilmesi sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır. İlgili düzenleme çerçevesinde bir değerlendirme yaptığımızda kamu kurum ve belediyelerin vergisel yükümlülüklerinin yerine getirilmesinden üst yöneticiler sorumludur.

Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatlar gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir. VUK md. 333 gereği tüzel kişilerin idare ve tasfiyesinde Vergi Kanununa aykırı hareketlerden kaynaklanacak vergi cezaları tüzel kişiler adına kesilir. VUK sadece vergi aslı ve cezalarının ödenmesinde kimin sorumlu tutulacağı hususunu düzenlenmiş kusurlu hareketiyle kamu kurumu ya da tüzel kişiliğe zarar veren temsilciye rücuü ve dolayısıyla da zamanaşımını düzenlememiştir. Bu bağlamda

konuya açıklık getirmek için Borçlar Kanununun haksız fiile ilişkin ve 5018 Sayılı Kanunun kamu zararına ilişkin hükümleri değerlendirilmiştir ve şu sonuçlara ulaşılmıştır.

- Kamu zararı, kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmalleri neticesinde mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır. Kamu idaresinin yükümlülüklerinin mevzuata uygun bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek malî külfet getirmesi kamu zararı bağlamında değerlendirilecektir. Bu çerçevede kamu kurumları ve belediyelerin vergisel yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkacak olan idari vergi cezaları, gecikme zammı ve gecikme faizi kusursuyla bunlara neden olan üst yönetici ya da kanuni temsilciye rücu edilebilecektir.
- 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 74. maddesi uyarınca, *“kamu zararının meydana geldiği ve bu kanunda belirtilen para cezalarının verilmesini gerektiren fiilin işlendiği yılı izleyen mali yılın başından başlamak üzere, zamanaşımını kesen ve durduran genel hükümler saklı kalmak kaydıyla **onuncu yılın sonuna kadar tespit ve tahsil edilemeyen kamu zararları ile para cezaları zamanaşımına uğrar**”*. Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin 19. maddesinde de *“Kamu zararından doğan alacaklarda zamanaşımı süresi, zamanaşımını kesen ve durduran genel hükümler saklı kalmak kaydıyla, on yıldır.”* hükmüne yer verildikten sonra aynı yönetmeliğin, 17. maddesinde⁴² *zamanaşımı kamu zararının olduğu kabul edilen tarih takip eden malî yılın başında işlemeye başlar ve onuncu yılın sonunda biter”* hükmüne yer

⁴² **Kamu zararının olduğu tarih**

MADDE 17- (1) Kamu zararı;

- a) Vezne ve ambar açıkları ile diğer muhasebe yetkilisi mutemetlerinin açıklarında, açığın meydana geldiği tarihte, bu tarihin bilinmediği durumlarda olayın tespit edildiği tarihte,
- b) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak ilgili mevzuatında belirlenen veya mevzuatında öngörülen karar, onay ya da sözleşmesinde belirlenen tutardan fazla yapılan ödemeler ile transfer niteliğindeki giderlerde yapılan yersiz ve fazla ödemelerde, ödemenin yapıldığı tarihte,
- c) Kayıtlı olsun veya olmasın, kamu idaresinin yönetim ve kullanımında olan ya da kullanıcılarına teslim edilen taşınırın kaybedilmesi, çalınması veya zarar görmesi hallerinde olayın meydana geldiği tarihte; bu tarihin bilinmediği durumlarda olayın tespit edildiği tarihte,
- ç) İş yaptırılmadan, mal veya hizmet alınmadan ya da mevzuatında öngörülmediği halde yapılan yersiz ödemelerde, ödemenin yapıldığı tarihte,
- d) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk ve tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması hallerinde, söz konusu işlemin zaman aşımına uğradığı tarihte,
- e) Hakedişlerden kesinti suretiyle yapılan gelir tahsilâtının eksik yapılması hallerinde, tahsilat tutarının gelir kaydedilmesi gerektiği tarihte, oluşmuş kabul edilir.

verilmiştir. Devletle kamu görevlisi arasındaki zararın rücuunda zamanaşımı konusunu değerlendirirken 5018 Sayılı kanunda özel bir düzenleme olması nedeniyle Borçlar Hukukunun ilgili hükümlerine başvuramayız. Bu durumda vergisel yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle doğan zarar, kamu zararı olması nedeniyle on yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

- Kamu tüzel kişiliği vasfı taşımayan özel hukuk tüzel kişilerinin de vergisel ödevleri kanuni temsilciler aracılığı ile yerine getirilmektedir. VUK md. 333 gereği tüzel kişilerin idare ve tasfiyesinde Vergi Kanunlarına aykırı hareketlerden kaynaklanacak vergi cezaları tüzel kişiler adına kesilir. Bu durumda zarar neden olan kanuni temsilci kamu görevlisi olmadığı için vergisel ödevleri yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan idari vergi cezaları ve ferileri tüzel kişinin kusurlu olan temsilciye rücuunda haksız fiil hükümleri uygulanacaktır.

Rücu isteminde ise Borçlar Kanunu md. 73 “*tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar*” hükmü uygulanacaktır. İlgili hüküm çerçevesinde özel hukuk tüzel kişinin kanuni temsilcinin vergisel ödevlerini yerine getirmemesi nedeniyle ödemek zorunda olduğu idari para cezaları ve verginin geç ödenmesinden kaynaklanan zararlar için kanuni temsilciye rücu için iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüştür.

KAYNAKLAR

AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara: 2011.

AKYILMAZ, Bahtiyar, Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rucü, Prof Dr. İlhan Özay'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXIX, Sayı 1-2, Yıl 2011.

CANDAN, Turgut, Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, Ankara: 2006,

DEMİREL, Salim / KELEŞ, Cengiz, 5018 Sayılı KMYK Kanunu'na Göre Kamu Zararı, Dış Denetim, Temmuz- Ağustos 2010, www.sayder.org.tr/e-dergi-5018-sayili-kmyk-kanununa-gore-kamu-zara...

GÖKCAN, Hasan Tahsin, Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara: 2003.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku (Cilt II), Bursa: 2009.

HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul: 2011.

HAVUTÇU, Ayşe, Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, Özel Sayı 2010 (Basım Yılı 2012).

KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Ankara: 2011.

KILIÇOĞLU, Mustafa, Sorumluluk Hukuku, Cilt I Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara: 2002.

KIZILKAYA, Eyüp, Kamu Zararı Uygulamalarının Eleştirisi, Dış Denetim, Temmuz – Ağustos- Eylül 2010, <http://www.sayder.org.tr/e-dergi-kamu-zarari-uygulamalarinin-elestirisi-1-21.pdf>. Erişim tarihi; 19.06.2013.

KULUÇLU, Erdal, "Sayıştay'ın Denetim Yargılama ve Raporlama Görevleri Açısından Kamu Zararı Kavramı" Sayıştay Dergisi, Yıl: 2011, Sayı: 82.

ÖZCAN, Elvin E., Kamu Zararının İdare Hukuku ile Kavranması, Panel Kamu Zararı, 24 Mayıs 2012, Ankara, ISBN: 978-975-7590-07-1.

ÖZÇELİK, Barış, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na Göre Kamu Zararından Sorumluluk, Kamu Zararı Paneli, 150. Kuruluş Yıldönümü Yayınları, Ankara: 24 Mayıs 2012.

SÖYLER, Yasin, Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y: 2010, S: 2.

REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: 2011, s. 162.

ULUDAĞ, Barış, Belediyelerin Vergisel Durumu, Vergi Sorunları Dergisi, Ağustos 2010, http://www.vergisorunlari.com.tr/makale_login.aspx?makaleno=2872#

YILDIRIM, Ramazan, Açıklamalı ve Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Konya: 2006.

1 Seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği, RGS: 26482, RGT: 03.04.2007

<http://www.kararara.com/danistay/13d/danistay6256.htm> erişim tarihi 10.06.2013

<http://www.gib.gov.tr/index.php?id=27> erişim tarihi 10.06.2013

<http://www.kararevi.com/karars/242853>, ET. 11.06.2013.

<http://www.sayistay.gov.tr/karar/SGKK/Sgkk3.asp?GKID=41194>. Erişim tarihi 10.06.2013.

ULUSLARARASI ŞİRKETLERİN ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU AÇISINDAN HESAP VEREBİLİRLİĞİ SORUNU

*Dr. Said Vakkas GÖZLÜGÖL**

ÖZET

Günümüzde, uluslararası şirketler faaliyetlerinde hükümetlerin kullandığı güç niteliğinde güç kullanmaktadırlar. Bu gücün nüfuz alanı giderek genişlemekte, devletleri ve hatta uluslararası kuruluşları etkilemekte, ulusal ve uluslararası düzeylerde hukuk ve politika değişimlerine yön vermektedir. Bu itibarla, şirketlerin faaliyette buldukları bölgelerde ulaştıkları güç ve etki karşısında, sosyal sorumluluk ve ceza hukuku sorumluluğu anlayışından öte, uluslararası insan hakları hukuku bakımından sorumluluk ve hesap verebilirliklerinin tam olarak açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira, bu güç ve etkinin ulaştığı boyut karşısında hem ulusal hem de uluslararası aktörler kimi zaman zayıf kalabilmektedirler. Bu durum, insan hak ve özgürlüklerinin korunması açısından şirketlerin eylem ve ihmallerinden dolayı bir hesap verebilirlik açığı bulunduğunu ifade etmektedir. Bu makalede, bu gücün ulusal sınırları aşan niteliğinden dolayı uluslararası hukuk yoluyla sınırlandırılması ve uluslararası bir hesap verebilirlik düzenininin kurulması gereği incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Uluslararası Şirketler, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, İnsan Haklarına Saygı*

ABSTRACT

Today, transnational corporations have been using quasi governmental power where they operate. The sphere of influence of this power has increasingly been expanding, affecting states and even international organisations, and thus shaping the changes in law and policies at both national and international levels. In this respect, beyond the understanding of social and criminal law responsibility, the increased power the corporations enjoy makes the need to channel the power crystal clear and to establish responsibility and accountability of the corporations for their acts and omissions under the international human rights law. It is obvious that not only national actors but also international actors may become weak under the influence of the power. This means that there exists a corporate accountability gap in respect of human rights and fundamental freedoms across the globe. In this regard, the purpose of this article is to pay attention to human rights accountability of international corporations under international human rights law.

Keywords: *International Corporations, International Human Rights Law, Respect for Human Rights*

* Vali, Merkez Valileri Kurulu, İçişleri Bakanlığı, Ankara.

GİRİŞ

Bugün, pek çok alanda küreselleşmenin ulaştığı boyutta, uluslararası şirketler¹ ulusal ve uluslararası ekonomik düzenlerde merkezi bir rol almış bulunmaktadır. Büyük şirketler, çok farklı formlarda ve oldukça karmaşık şekillerde küresel olarak faaliyette bulunmaktadır. Bu şirketler hem sayısal olarak hem de güç ve etki olarak giderek büyümektedirler. Sayısal açıdan bakıldığında, Birleşmiş Milletler (BM) 1999 Dünya Yatırım Raporu'nda, 500.000'den fazla alt ve ilişkili şirketle 60.000 uluslararası şirket grubu bulunduğu tahmin edilmiştir.² 2008 yılında ise bu rakam yaklaşık 790.000 alt şirket ve milyonlarca tedarikçiyile 79.000'e ulaşmıştır.³ Güç ve etki açısından bakıldığında ise, 1970'lerden beri uluslararası şirketlerin güç, nüfuz ve zenginliğinde adeta bir patlama olduğu görülmektedir. Son zamanlarda durum daha da hızlı bir gelişim sürecine girmiş bulunmaktadır.⁴ BM 2012 Dünya Yatırım Raporu'nda tespit edildiği üzere, küresel olarak üç milyar dolar ve üzerinde değere sahip uluslararası birleşme ve satınalma işlemi sayısı 2010'da 44 iken, 2011 yılında bu sayı 62 olarak gerçekleştirilmiştir.⁵ Ulusal ekonomilerin finansal, ticari ve teknolojik entegrasyonu ekonomik küreselleşme süreçlerini inanılmaz şekilde genişletmiş bulunmaktadır. Mal ve hizmetlerin üretim, dağıtım ve ticaretinde geleneksel siyasi ve coğrafi sınırlar anlamını kaybetmiş durumdadır. Üretim ve dağıtım zincirleriyle uluslararası şirketler ulusal ekonomi ve yargısal sınırları aşmakta, ekonomik küreselleşme ve teknolojik yeniliklerle ilgili etkinlik kazanımlarını istismar etmekte, yerel ve küresel piyasalar üzerinde, ulusal ve uluslararası olaylarda daha önce hiç olmadığı kadar güç ve etki kullanmaktadırlar.⁶

Bu boyutta güç ve etki, insan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesi bakımından, hem daha büyük teşvik potansiyeli hem de insan haklarına saygıyı zayıflatma potansiyeli taşımaktadır. Şirketler, diğer herhangi bir toplumsal ak-

¹ Bu makalede, birden çok ülkede faaliyette bulunan şirketler 'ulusaşırı,' 'ulusötesi', 'çok uluslu' veya 'sınıraşan' gibi terimler yerine 'uluslararası' terimiyle nitelendirilmiştir.

² Phillip I. Blumberg, 'Asserting Human Rights against Multinational Corporations under United States Law: Conceptual and Procedural Problems', *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, Autumn 2002, s. 493.

³ United Nations, United Nations on Trade and Development, *World Investment Report 2008: Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge*, Geneva, New York, 2008 [http://unctad.org/en/Docs/wir2008_en.pdf, erişim 9 Şubat 2013].

⁴ Henry J. Steiner, Philip Alston and Ryan Goodman, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals* (Third Edition, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007), s. 1387.

⁵ United Nations, *United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, Geneva, New York, 2012 [http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf, erişim 4 Şubat 2013], s. xiv.

⁶ Patrick Maclem, 'Corporate Accountability under International Law: The Misguided Quest for Universal Jurisdiction', *International Law Forum du Droit International*, Vo. 7 (4), December 2005, s. 281; Backer, s. 51-52.

törden daha çok insan hayatına dokunmaktadır. Şirketler, insan hayatına sağlanan yararlar yanında, bireylere, topluluklara ve çevreye zarar verebilmektedirler. Tedarik zincirlerinde, doğrudan veya dolaylı olarak, ayırıcılık, zorla çalıştırma, çocuk işçiliği, hayata ve sağlığa risk oluşturabilmektedirler. Bilhassa çatışma bölgelerinde, şirketler güvenlik ihtiyacı ile karşılaşabilmektedirler ki bu ihtiyaç sıkça disiplin ve ahlâki yönden zayıf devlet güvenlik güçlerince sağlanmaktadır. İnsan hak ve özgürlüklerine saygı bağlamında, sadece bir ülkede bulunmaları itibarıyla bile baskıcı hükümetlere ekonomik ve ahlâki destek sağlayabilmektedirler. Bu destek kimi zaman insanlığa karşı suçlara katılma boyutuna ulaşmaktadır.⁷ Etik ilkeleri ve uygun politikaları yoksa, şirketler çıkar takibinde zulme dahil olma riskiyle karşılaşmaktadırlar.⁸ Bu bakımdan şirketlerin uluslararası zulme veya terörizme destek sonucuna ulaşan eylem ve ihmallerinden sorumluluğu anlayışı doğrudan ceza ve medeni hukuk sorumluluğuyla ilişkili görülmekle⁹ birlikte, temelde insan hakları hukuku bakımından hesap verebilirliği de gerektirmektedir. Baskıcı yönetimlerce ve paramiliter gruplarca yapılan insan hakları ihlalleri, aynı zamanda buralarda faaliyette bulunan uluslararası şirketlere atfedilebilecek insan hakları ihlalleri sonuçta bu şirketlerin kötü yönetimlerinin sorumluluğunu düzenleme ihtiyacını kaçınılmaz kılmaktadır.

Günümüz küreselleşmiş ekonomisinde uluslararası şirketler münferit devletlerin veya devletlerin oluşturduğu organizasyonların düzenleme kapasitelerinin üzerinde faaliyette bulunabilmektedirler. Diğer bir ifadeyle, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde insan hakları hukuku çerçevesinde, insan lehine yükümlülükleri bulunan devletler bu şirketlerin etki ve nüfuzuna maruz kalabilmektedirler. Hatta, devletler doğrudan veya dolaylı olarak, bizzat buna meydan verebilmektedirler. Devletler, doğrudan yabancı yatırımları çekmek üzere aktif olarak yeni formlarda arayışa girmekte, politika ve kanunlarını değiştirmektedirler. Bu yolda, devletler örneğin, tedrici olarak gümrük bariyerlerini kaldırmaktadırlar.

Bu durum karşısında, ulusal sınırları aşan boyutta bir güç ve etkinin belirli bir hukuk rejimiyle düzenlenmesi gerekmektedir. Bu güç ve etkiye uluslararası hukuku hakim kılmak suretiyle insan onuruna, özellikle üçüncü kuşak hakları olarak ifade edilen sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, sağlıklı içme suyu hakkı, gelişme hakkı gibi sosyal ve ekonomik hakları da kapsayan bütün hak ve özgür-

⁷ Zeynep Kıvılcım, 'Ulus-aşırı Şirketler ve İnsan Hakları: BkÜ-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Örneği', *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Sayı 65 (3), 2010, s. 88-89.

⁸ Geoffrey Chandler, 'Corporate Liability Human Rights and the Modern Business', Conference Organized by JUSTICE and Sweet & Maxwell, 12 June 2006 [Google Web, Chandler-keynote-address-Justice-12-Jun-2006.doc, erişim 15 Ocak 2013].

⁹ Sascha-Dominik Bachmann, 'Civil Liability of Corporate and Non-state Aiders and Abettors of International Terrorism as an Evolving Notion under International Law', *Journal of International Commercial Law and Technology*, Vol. 6 (1), 2011, s. 2.

lüklerin herkes tarafından eşit ve tam olarak yaşanmasına zarar veren değil, aksine destekleyen bir hale getirilmesinde hayati sorumluluk uluslararası hukukun esas aktörü olan egemen devletlerin aktif rol almasına bağlı bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bireylerin, kamunun ve çevrenin güvenliğinin sağlanması amaçları temelinde¹⁰ şirketlerin etkin ve pratik şekilde hesap verebilirliklerini sağlamak üzere supranasyonal etkin bir hukuk rejiminin tesisi gerekmektedir.

İnsan haklarının korunması bakımından şirketlerin hesap verebilirliği temelinde, devletin öncelikli sorumluluğundan başka, kamusal olmayan aktörlere, bilhassa şirketlere insan hakları yükümlülükleri atfedilip edilemeyeceğine dair son zamanlarda yaygın tartışmalar yapılmaktadır. Bu sorun, küresel değişimler ve dolayısıyla devletin rolündeki değişimler uyarınca, akademisyenler ve uluslararası kuruluşların en üst gündeminde bulunmaktadır.¹¹ Uluslararası şirketler, faaliyette buldukları yerlerde, bilhassa çatışma bölgelerinde genellikle önemli insan hakları ihlallerinde bulduklarından, insan hakları savunucuları, şirketlerin sorumluluklarını düzenlemeye olan ihtiyaca dikkat çekmektedirler.¹² Devletler sınırları ötesinde mücadele ihtiyacı görmektedirler, uluslararası organizasyonlar da ulusal düzeyler üzerinde supranasyonal hukuk düzenlemesi yapma yolunda harekete geçmiş bulunmaktadır.¹³

I. ŞİRKETLERİN TOPLUMSAL ROLÜ

Toplumsal hayatın şekillenmesinde hiç kuşkusuz esas itibarıyla ekonomik küreselleşmenin temel aktörleri şirketler merkezi bir role sahip bulunmaktadır. Özellikle uluslararası şirketler, sadece ulusal toplumlar üzerinde değil aynı zamanda küresel boyutta sosyal, siyasi, ekonomik ve kültürel değişimlere yol açmış

¹⁰ Norm Keith, 'Evolution of Corporate Accountability: From Moral Panic to Corporate Social Responsibility', *Business Law International*, Vol. 11 (3), September 2010, s. 254.

¹¹ Sigrun I. Skogly and Mark Gibney, 'Transnational Human Rights Obligations', *Human Rights Quarterly*, Vol. 24 (3), August 2002, s. 783; John Gerard Ruggie, 'Business and Human Rights: The Evolving International Agenda', *The American Journal of International Law*, Vol. 101 (4), October 2007; Emily F. Carasco and Jang B. Singh, 'Towards Holding Transnational Corporations Responsible for Human Rights', *European Business Review*, Vol. 22 (4), 2010; Winfried H.A.M. van den Muijsenbergh and Sam Rezai, 'Corporations and the European Convention on Human Rights', *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, Vol. 25, 2012.

¹² Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford University Press, New York, Oxford, 2006), s. 56, 195-316; Jernej Letnar Čerňič, 'Corporate Human Rights Obligations at the International Level', *Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, Vol. 16, 2008; Chandra Lekha Sriram, Olga Martin-Ortega and Johanna Herman, *War, Conflict and Human Rights: Theory and Practice* (Routledge, London, New York, 2010), s. 190; Kıvılcım, s. 88; Larry Catá Backer, 'On the Evolution of the United Nations' "Protect-Respect-Remedy" Project: The State, the Corporation and Human Rights in a Global Governance Context', *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 9 (1), 2011, s. 42.

¹³ Backer, s. 41-42.

bulunmaktadırlar. Esasında bu bir güç transferini ifade etmektedir. Öyle bir güç ki, özel hayattan endüstriyel sırlara kadar insan ve toplum hayatını ilgilendiren hemen hemen her alanda etkin duruma gelmiş bulunmaktadır. Örneğin, faaliyet alanı medya olan bir şirket sadece kurulu bulunduğu toplumu değil, küresel olarak toplumsal yapılara ve bireysel davranışlara etkide bulunabilmektedir. Hatta bu gücün kullanımı hükümet değişimlerine de etki etmektedir. Teknoloji kullanımı yoluyla, bir taraftan şirketler hükümetlerin politika ve hukuk düzenlemelerine etki etmekte, diğer taraftan hükümetler bu şirketlerin ellerinde bulunan araçlardan yararlanmak suretiyle yeni strateji ve politikalarına hem kendi halkları hem de uluslararası toplum nezdinde meşruiyet ve kamuoyu desteği aramaktadırlar. Bu durum, uluslararası şirketlerin güç ve nüfuz alanını daha da genişletmektedir.¹⁴

Öncelikle şirketlerin modern toplumlarda ekonomik gelişim açısından olmazsa olmaz bir niteliğe sahip bulduklarını ifade edebilmektedir. Zira, ekonomik bir perspektiften bakıldığında, şirket faaliyetleri, şirketler arası rekabet inovasyonlara ve ekonomik büyümeye yol açmaktadır. İstikrarlı makro ekonomik bir ortamda rekabetçi piyasaların daha çok zenginlik, barış ve güvenlik için alan açtığı ve sonuçta insan hakları ve özgürlüklerinin daha üst standartlarda gerçekleştirilmesine yol açtığı inkar edilemez bir gerçektir. Daha somut bir ifadeyle, bir toplumda şirketler çalışanların büyük bir bölümüne işveren, ekonominin büyük bir bölümünde mal ve hizmetlerin üreticisi ve pek çok mal ve hizmetin bizzat alıcısı, vergi veren, temelde bir iş yönetim aracı olarak pek çok sosyal ve kamusal hizmetlere destek veren durumdadırlar.¹⁵ Sahip buldukları kaynaklar itibarıyla şirketler, modern toplumlar için büyük ekonomik, sosyal, kültürel ve kamusal önem ve yararları ifade etmektedirler. Gelişmişlik düzeyi ne olursa olsun her toplum yeni teknolojilere, yeni istihdam alanlarına, yeni yatırımlara ve daha iyi yaşam standartlarına ihtiyaç duymaktadır. Özellikle, yabancı yatırımcı şirketler devletlerin bu ihtiyacını büyük ölçüde karşılamaktadırlar.¹⁶

Bu durum, şirketlerin faaliyette buldukları ülkelerin sosyal, ekonomik ve çevre koşulları üzerinde önemli etkide bulunmasına yol açmaktadır. Bu etkinin bir sonucu, şirketlerin sadece merkezlerinin bulunduğu ülkeye değil, faaliyet alanlarında ya da etkilerinin ulaştığı alanlarda insan ve doğal kaynakların etkin bir şekilde kullanılması, teknolojinin, bilginin ve yeniliğin yayılması, kaliteli ve uygun fiyatla mal ve hizmet sağlanması, yaşam standartlarının iyileştirilmesi gibi olumlu katkı-

¹⁴ Mustafa Akın, 'Küreselleşen Çok Uluslu Şirketlerin Az Gelişmiş ve Gelişmekte Olan Ülkelerin Geleceklerine Etkileri', *stratejikanaliz.com*, 25 Aralık 2010 [http://www.stratejikanaliz.com/kategoriler/ekonomi/cok_uluslu_sirketlerin_ulkelerin_geleceklerine_etekleri.htm, erişim 19 Şubat 2013].

¹⁵ Keith, s. 252.

¹⁶ Aysel Çelikel ve Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (Yenilenmiş 18. Bası, Beta, İstanbul, 2012), s. 152-155.

rın sağlanmasıdır.¹⁷ Diğer bir sonuç, şirketlerin faaliyette buldukları ülke sosyal ve ekonomik gelişimine olumlu katkıda bulunması, diğer bir ifadeyle, saydam ve sorumlu bir tutum ve davranış içinde bulunması yönünde yaygın beklentiler oluşmaktadır. Bu beklentiler, genel olarak mesleki eğitim, istihdam, çalışma şartlarının iyileştirilmesi, çevreye duyarlılık, yolsuzlukla mücadele ve insan hak ve özgürlüklerine saygı gibi konulara ilişkin bulunmaktadır. Bu beklentiler, ulusal düzeyden öte uluslararası kuruluşların düzenlemelerinden de açıkça görülmektedir.¹⁸

Uluslararası şirketlerden toplumların ve uluslararası kuruluşların bu beklentileri yanında, şirketlerin ulusal ve uluslararası ekonomik düzene katkıları şüphesiz bu şirketlerin ulusal ve uluslararası hukukun koruması altında bulunmasını gerektirmektedir. Nitekim, OECD Uluslararası Yatırımlar ve Çokuluslu İşletmeler Bildirgesi'nde 'çokuluslu' şirketlerin başlıca sorumlulukları ifade edilirken, devletlerden de bu şirketler yararına birtakım sorumluluk ve yükümlülükleri yerine getirmesi istenmektedir. Bu beklentiler, devletlerin uluslararası hukuka uymaları temelinde şirketlere ayırıcılık yapmamaları, güvenli, istikrarlı, açık ve serbest bir piyasa düzenlemeleri sunmaları yönündedir.¹⁹ Ayrıca, şirketlerin uluslararası insan hakları hukuku nezdinde, örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) bağlamında koruma altında olan hukuki tüzel kişiliğe sahip oldukları unutulmamalıdır. Bu bakımdan, uluslararası hukuk devletlere birtakım yükümlülükler yüklemektedir. Bu yükümlülüklerin sonucu olarak, devlet iş sektörünün gelişmesi için düzenlemeler yapmakta ve uygulamaktadır. Örneğin, devlet pozitif önlemler almak suretiyle banka işlemleri için güvenli bir sanal ortam sağlamak durumundadır. Zira, iş sektörü için güvenli bir iş ortamı hazırlamak ve korumak devletin temel pozitif yükümlülüklerindedir. Türkiye'nin yabancı yatırımları teşvik ve koruma amacıyla iç hukukunda yürürlüğe koyduğu 17 Haziran 2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu²⁰ ve buna ilişkin uygulama yönetmeliği bu anlamda değerlendirilebilir.

¹⁷ Coşkun Can Aktan ve İstiklal Y. Vural, 'Kurumsal Sosyal Sorumluluk (Uluslararası Kuruluşlar ve Hükümet-Dışı Organizasyonlar Tarafından Sürdürülen Başlıca Girişimler)', *Çimento İşveren*, Mayıs 2007, s. 7-8.

¹⁸ Aktan ve Vural, s. 4-6.

¹⁹ Aktan ve Vural, s. 9. Bu bakımdan devletler yaygın olarak iki taraflı Yatırımların Teşviki ve Korunması Antlaşmaları yapmak suretiyle yabancı yatırımlara hukuki güvenli ortam sağlamaya çalışmaktadırlar. Bkz. Şaban Kayıhan ve Mehmet Eski, *Uluslararası Ekonomi Hukuku* (Seçkin, Ankara, 2010), s. 26, 78-79.

²⁰ Yabancı yatırımların teşviki ve korunması amacıyla yapılan iç hukuk düzenlemeleri hem güvenli ve istikrarlı bir hukuki ortam hem de bu yatırımları yapacak olan şirketler lehine yeni birtakım hak ve imkânlar getirmektedir. Örneğin, Türkiye, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlere Türk vatandaşlarıyla eşit koşullarda taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinmelerine imkân tanımış bulunmaktadır (m. 3 (d)). Bkz. 17 Haziran 2003 ve 25141 sayılı Resmi Gazete.

Günümüzde, çevre, işyeri güvenliği, kamu güvenliği, esenliği ve refahı ve finansal piyasaların istikrarı konusunda kamuoyu beklentilerindeki artış, medya, baskı grupları ve politikanın tartışma konusudur. Şirketlerin ve faaliyetlerinin düzenlenmesi konusundaki toplumsal baskı, hükümetlerin yeni teknolojiler ve kamusal beklentilere cevap verebilmek için daha çok yasa çıkarma ve daha çok düzenleyici standartlar koymasında görülmektedir. Hükümetlerden vatandaşlarını koruma konusundaki bu kamusal beklenti terörizm korkusu, işyeri güvenliği, çevresel felaketler, yaygın hastalıklar ve para piyasaları dolandırıcılığı korkusuyla daha da artmaktadır.²¹ Özellikle medya ve kamuoyu baskı grupları, şirketlerin dahil olduğu içme suyu kirliliği, işyeri ölümleri ve kişileri zarara uğratan finansal olaylarda hükümetlerden daha güçlü yasal düzenlemeler ve uygulamalarda bulunmaları yönünde beklentileri yoğun bir şekilde dikkatlere vermektedirler.²²

Nihayet, şirketlerin gelişimi ve hesap verebilirliği toplumsal rolleri ve etkileri ile iç içe ilişkili bulunmaktadır. Şirketlerin modern toplumdaki bu önemli ve karmaşık rolü, şirketlerin hesap verebilirliğine yeni bir yaklaşım gerektirmektedir.²³ Şirketlerin faaliyet alanlarında şu veya bu şekilde bugüne kadar pek çok ölüme yol açan olay gerçekleşmiştir. Bu durum, daha çok iş güvenliği ve iş sağlığı alanında başarısız olan şirketler için daha sıkı ceza hukuku yaptırımlarına yol açmıştır.²⁴ Şirketlerin hesap verebilirliği, sonuçları itibarıyla daha geniş anlamda kamu esenliği, güvenliği ve refahına yol açmalı; güvenli içme suyu, sağlıklı işyeri, güvenli finansal yatırımlar gibi sosyal değerleri korumalı ve geliştirmelidir.²⁵

II. SORUNUN BOYUTU VE CİDDİYETİ

Günümüzde, uluslararası şirketler ve ortaklıkları ulusal ve uluslararası hukuk, politika ve düzenlemeleri üzerinde daha önce hiç olmadığı kadar etkili duruma gelmiş bulunmaktadır. Bu şirketler, iş ağları ve tedarikçilerine katılım yoluyla devletleri uluslararası antlaşmalar, yatırım, finansal ve ticari faaliyetler gibi pek çok yol ve araçla büyük ölçüde etkilemektedirler.²⁶ Denebilir ki şirketler bugün uluslararası hukukun yapımında yer almakta,²⁷ uluslararası politi-

²¹ Keith, s. 254.

²² Keith, s. 259.

²³ Keith, s. 275.

²⁴ Keith, s. 262.

²⁵ Keith, s. 258-259.

²⁶ Skogly and Gibney, s. 783; Florian Wettstein, 'For Better or For Worse: Corporate Responsibility Beyond "Do No Harm"', *Business Ethics Quarterly*, Vol. 20 (2), April 2010, s. 39, 44; Mehmet Merdan Hekimoğlu, 'Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesinin Hukuki Boyutları', *Bilgi*, Sayı 63, Güz 2012, s. 85.

²⁷ José E. Alvarez, 'Are Corporations "Subjects" of International Law?', *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 9 (1), 2011, s. 9.

ka ve süreçlere yön vermektedir. Şirketler, özellikle, dijital teknolojinin dizaynı ve kodifikasyonu sayesinde bilgi ortamını şekillendirmede düzenleyici güç de kullanmaktadırlar.²⁸ Özellikle, ülkeleri, bölgeleri, hatta küresel çıkarları etkileyen yatırım projelerinin yürütülmesine ilişkin uluslararası antlaşmalar, devletlerin enerji, yatırım ve finansman gibi stratejik ihtiyaçları sebebiyle hükümetlere insan hak ve özgürlükleri ve çevreye saygı yükümlülüklerini olumsuz yönde etkileyici hükümler kabul ettirebilmektedirler.²⁹ Bu antlaşmalar, sadece bir uluslararası şirketle değil, kimi zaman birden çok uluslararası şirketin oluşturduğu konsorsiyum ve birden çok devlet arasında olabilmektedir. Nitekim, böyle bir uluslararası konsorsiyum ile Azerbaycan, Gürcistan ve Türkiye arasında uluslararası antlaşmalar³⁰ yapılmış, bu antlaşmalara konsorsiyumun faaliyet ve etki alanında çevreye, insan hak ve özgürlüklerine saygıyı garantileyen hükümler değil, örneğin herhangi bir aksaklıktan dolayı Türkiye'nin konsorsiyuma tazminat ödemesi, hukukunda değişiklik yapması hükümlerine yer verilmek suretiyle uluslararası hukuk söz konusu şirketlerin çıkarlarının gölgesinde bırakılmıştır.³¹ Sonuçta, insan hak ve özgürlüklerine saygıyı eksenine almayan bu ölçekteki projeler küresel ölçekte sivil tepkilere de yol açmış bulunmaktadır.³²

Söz konusu şirketlerin sahip bulunduğu gücün boyutu küresel ekonominin en büyük şirketi Wal-Mart örneğiyle açıklanabilir. Bu şirketin sadece 2003 yılı satış miktarı 256 milyar dolardır: Bütün ekonomilerden daha büyük, fakat Dünyanın en zengin 30 ülke bütçesine denk.³³ Sadece bir günlük satış miktarı Dün-

²⁸ Georgios I. Zekos, 'Cyber-Territory and Jurisdiction of Nations', *Journal of Internet Law*, June 2012, s. 7.

²⁹ Alvarez, s. 22; Hekimoğlu, s. 77-79.

³⁰ Modern uluslararası hukukta antlaşma, sadece devletler ve uluslararası örgütler arasında hüküm ve sonuç doğurmak üzere yapılan yazılı irade beyanlarını değil, ayrıca uluslararası hukukun gelişimine paralel olarak, 'uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde hukuki sonuç doğurmaya yönelik iki veya daha fazla uluslararası hukuk kişinin irade beyanları' şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I* (Seçkin, Ankara, 2012), s. 105-106. Ayrıca, devletler iki veya çok taraflı antlaşmalarla özel hukuk tüzel kişileri ile ekonomik alanda düzenleme yapmak üzere 'kamu hukuku karakterli' hukuki kural ve ilkeleri oluşturmaktadırlar. Bkz. Kayıhan ve Eski, s. 26. Fakat, kimi yazarlar devletler arasında yapılan, örneğin alım-satım sözleşmelerinin bu anlamda antlaşma sayılamayacağını ileri sürmektedirler. Bkz. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012), s. 43-44.

³¹ Černič, s. 192-193; Kıvılcım, s. 100; Hekimoğlu, s. 79-81, 88. Ayrıca ilgili şirketlerin dahil bulunduğu sözleşme için bkz. <http://subsites.bp.com/caspian/BTC/Eng/agmt1/agmt1.PDF> ile Azerbaycan, Gürcistan ve Türkiye arasında yapılan antlaşma için bkz. <http://subsites.bp.com/caspian/BTC/Eng/agmt4/agmt4.PDF> [erişim 9 Şubat 2013]

³² Černič, s. 191-196; Kıvılcım, s. 100; Hekimoğlu, s. 81-82. Ayrıca bkz. Abigail S. Reyes, 'Protecting the "Freedom of Transit of Petroleum": Transnational Lawyers Making (up) International Law in the Caspian', *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 24 (3), 2006, ss. 842-880.

³³ Tim Weiner, 'Wal-Mart Invades, and Mexico Gladly Surrenders', *New York Times*, 5 December 2003 [<http://www.dsusa.org/lowwage/walmart/walmart3.html>, erişim 17 Ocak 2013].

yada 36 ülkenin GSMH'dan daha büyük.³⁴ Şüphesiz, herhangi bir şirketin bu şekilde bir zenginlik ve ekonomik güce ulaşmış bulunmasında hukukun üstünlüğü ile insan hak ve özgürlüklerine saygı koşuluyla bir sakınca görülmemelidir.

Ne var ki şirketler, genellikle, kendi çıkarlarına doğal kaynaklara el uzatmak, çocuklar ve muhtaç insanlar gibi korunmasız, savunmasız ve zayıf bireyleri istismar etmekten sakınmamaktadır. Böylesine devamlı ve yaygın kötü uygulamalar, toplumlara, topluluklara ve savunmasız insanların haklarının ihlallerine doğrudan veya dolaylı katılımı ifade etmektedirler.³⁵

Bu sorunun boyutu ve ciddiyeti ulusal aktörlerce kimi kaygılarla, özellikle ulusal politika alanında, genellikle gözardı edilerek ötelenmektedir. Fakat, bu yaklaşım sorunu zayıflatmamakta aksine güçlendirmektedir. Zira, 1990'lardan itibaren insan hakları ve iş sektörü ilişkisi küresel politikanın ana konularından biri haline gelmiş bulunmaktadır. Bu gelişimde sadece uluslararası şirketlerin zorla çalıştırma, özellikle petrol ve madencilik sektöründe yer alan şirketlerin yol açtığı çevresel zararlar hatta insan ölümleri rol almamış, ayrıca insan hakları aktivistleri, büyük ölçekli özelleştirmeler, devletler, uluslararası kuruluşlar ve bizzat iş sektörünün kendisi de önemli etkide bulunmuştur.³⁶

Vurgulamak gerekir ki, hemen her açıdan yaşanan muazzam küreselleşme teknolojik ilerlemeyle birlikte şirketlerin etki ve nüfuz alanını yerel olmaktan çıkarmış küresel boyuta taşımış bulunmaktadır. Hemen hemen hiçbir toplum veya organizasyon kapalı kalamamakta, hem dış dünyayı etkilemekte hem de dış dünyadan etkilenmektedir. Bugün, örneğin bir kredi derecelendirme şirketinin herhangi bir devletin veya herhangi bir şirketin yatırım yapılabilirlik açısından kredi notunda indirimine gitmesinin olumsuz etkisi sadece ilgili devleti veya şirketi ilgilendirmemekte, aynı zamanda milyonlarca vatandaşın o alandaki yatırım, tasarruf ve umutlarına tamir edilemez zararlar verebilmektedir. Nitekim, Amerika Birleşik Devletleri, 2007 yılında kendisi hakkında yapılan bir

³⁴ Jerry Useem, 'One Nation Under Wal-Mart How Retailing's Superpower- and Our Biggest Most Admired Company- Is Changing the Rules for Corporate America', *Fortune*, 3 March 2003 [http://money.cnn.com/magazines/fortune/fortune_archive/2003/03/03/338383/index.htm, erişim 10 Ocak 2013]

³⁵ Naim Kapucu, *Governance Reforms: Comparative Perspectives* (Usak Publications, Ankara, 2010), s. 5; Kate Macdonald, 'Re-thinking 'Spheres of Responsibility': Business Responsibility for Indirect Harm', *Journal of Business Ethics*, Vol. 99 (4), 2011, s. 549.

³⁶ Kıvılcım, s. 91; Andrea Shemberg, 'New Global Standards for Business and Human Rights', *Business Law International*, Vol. 13 (1), January 2012, s. 27. Kimi uluslararası şirketler, bizzat kendileri faaliyet ve etki alanlarında toplumların güvenliğini sağlama, insan haklarını koruma ve gerçekleştirme yükümlülükleri olduğunu kabul etmektedirler. Örneğin, BP özelinde genel olarak bkz. <http://www.bp.com/sectiongenericarticle800.do?categoryId=9040225&contentId=7073404> [erişim 1 Şubat 2013].

derecelendirme kararından dolayı *Standard & Poor's Ratings Services* şirketine karşı beş milyar dolarlık bir tazminat davası açmış bulunmaktadır.³⁷

Bu şekilde büyüyen şirket gücü, uluslararası şirketlerin bireysel ve toplumsal hayata etkileri ile hesap verebilirlik durumları arasında açık bir orantısızlık durumunu göstermektedir. Bu orantısızlık durumu, uluslararası şirketlerin aktivitelerinin insan hakları standartlarına uygun olup olmadığı ve insan hakları ihlâl edildiğinde hesap verebilirliğin nasıl geliştirilebileceği veya sağlanabileceği sorununu dikkatlere getirmektedir. Bu boyutta bir güç ve etki kaçınılmaz olarak hükümetlere ve bireylere zarar verici sonuçlara yol açabilmektedir. Bu itibarla, korunmasız serbest alan bırakmayacak şekilde bu gücün ulusal ve uluslararası boyutta hukuki çerçevede kullanılması mutlak surette gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu şirket gücünün etkisi ve nüfuzu hukukun öngördüğü sınırlara çekilmelidir. Zira, şirketlerin bizzat kendi sınırlarının farkında olmaları temel gereği hukukun üstünlüğünün tabii bir sonucudur. Bu anlamda, mevcut ve gelecek kuşakların yararına şirketlerin meşru ve hukuki sınırlarda faaliyette bulunmalarını sağlayacak olan şüphesiz devlettir. Bu sadece devletlerin değil bir bütün olarak uluslararası toplumun da geciktirilmeksizin çözümlenmesi gereken ciddi bir sorundur.

Görülüyor ki, bağımsız tüzel kişilik olarak şirketler, faaliyette buldukları toplumlar üzerinde gerçek bir etkiye sahip bulunmaktadırlar. Ekonomik küreselleşme ile birlikte şirketlerin bireyler, toplum, kamu yararı ve sosyal adalet üzerindeki bu etkisi ve piyasalardaki faaliyetleriyle ilgili olarak şirketlerin hesap verebilirliklerini sağlamak, günümüz toplumları ve bir bütün olarak uluslararası toplum için kritik önemdedir.³⁸

III. ULUSLARARASI ŞİRKETLERİN HESAP VEREBİLİRLİĞİ

1. Genel Olarak

Kapsamlı şekilde, şirketlerin hesap verebilirliği uluslararası hukuka göre mümkün müdür? Bunun cevabı teoride kolay olabilir. Denebilir ki, özel kişilerce, örneğin şirketlerce yapılan insan hak ve özgürlükleri ihlallerine karşı birey-

³⁷ Jeannette Neumann, Evan Perez and Jean Eaglesham, 'U.S., S&P Settle In for Bitter Combat', *The Wall Street Journal*, 6 February 2013 [http://online.wsj.com/article/SB10001424127887324445904578285802822704578.html, erişim 13 Şubat 2013].

³⁸ Keith, s. 248. Uluslararası şirket olarak nitelendirilen şirketler, faaliyet alanının genişliğine bakılmaksızın tüzel kişi olarak bir uyruklığa sahip olmak zorundadırlar. Uluslararası hukuka göre bu uyruklığı gerçekleştirme yetkisi devletlere ait bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, uluslararası şirketlerin statü ve faaliyetleri günümüzde iç hukuklara tâbi bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu şirketlerin ulusal sınırları aşan uluslararası faaliyetlerinin hüküm ve sonuçlarının uluslararası düzeyde uluslararası hukukla düzenlenmesi bugünün koşullarında zorunlu görülmektedir. Bkz. Pazarcı, s. 232.

leri koruma uluslararası hukuka göre esasen devletin yükümlülüğüdür. Doğrudur. Devlet yargı yetkisi alanında faaliyette bulunan şirketlerin, diğer aktörlerde olduğu gibi, bütün kapasitesini, kaynak ve araçlarını kullanarak insan hakları norm ve standartlarına uymalarını sağlamak üzere kullanabilir.³⁹ Devletin kişileri hem kendi ihlâl edici işlem ve eylemlerine karşı koruma hem de devlet-dışı aktörlerin eylemlerine karşı koruma yükümlülüğü, BM insan hakları sözleşmelerinde, bölgesel insan hakları sözleşmelerinde ve uluslararası örf ve adet hukukunda öngörülen anahtar önemde bir pozitif yükümlülüğüdür.

Fakat uygulamada sorunun cevabı birkaç sebeple bu ölçüde kolay görülmemektedir. Birincisi, hükümetler, sadece istihdam konusunda olmamakla birlikte ve fakat özellikle bu yüzden uluslararası şirketlerin insan hakları norm ve standartlarına uymalarını sağlamak üzere gerekli tedbirleri almakta sıkça isteksiz veya zayıf kalabilmektedir. İkincisi, böylesi tedbirler özellikle gelişmekte olan ülkelerde maliyetli olabilmekte, hükümetlerin kapasitelerini ve kaynaklarını aşabilmektedir. Üçüncüsü, paranın artan küresel hareketliliği bağlamında potansiyel alıcı ülkeler arasında rekabet, devletlerin inisiyatif alma cesaretini kırmaktadır. Aksi halde, paranın gitmesi iş gücü maliyetlerini artırabilir ve ülkeyi diğer daha esnek veya daha zayıf düzenleyici standartlar uygulayan ülkelere daha az cazip kılabilir. Dördüncüsü, küreselleşme çağında sınıraşan üretim ve ilgili süreçlerin karmaşıklığı kimin nerede ve ne için sorumlu olduğunun tespitini giderek zorlaştırmaktadır. Nihayet beşincisi, bilhassa istihdam alanında, bir ülkeden diğerine değişen kabul edilebilir asgari standartlar düzeyinin farklılığı zorluklar oluşturabilmektedir.⁴⁰

Bu meydan okumalara rağmen, kamu kudretine sahip egemen devletler bu zorlukları aşmada başarılı olacak, olumsuz sonuçlarını ortadan kaldıracak, söz konusu etki ve gücün hukuk sınırlarında kullanılmasını sağlayacak ve bu suretle küresel barış ve adaleti geliştirme yönünde hem münferit olarak hem diğer devletlerle ve hem de uluslararası kuruluşlarla işbirliği halinde atılımlar gerçekleştirebilir.

2. Uluslararası Şirketlerin Ulusal Düzeyde Kontrolü

Uluslararası insan hakları hukuku küresel barış için yeryüzünde ayırimsız bütün insanların insan hakları ve özgürlüklerine saygıyı gerçekleştirmek amacıyla evrensel ve bölgesel düzeylerde hukuki sistemler kurmuş bulunmaktadır. Hiç kuşkusuz bu sistemler ulusal hukuk sistemleri üzerinde işlemekte ve devletleri bağlamaktadır. Bunun doğrudan sonucu olarak, devletler yargı yetkileri alanında herkesin insan hakları ve özgürlüklerini tam olarak koruma, geliştirme ve insan onuruna yakışır bir şekilde gerçekleştirme yükümlülüğü altında bulunmaktadırlar. Bu yükümlülük kamusal olmayan özel alanda da geçerlidir.

³⁹ Steiner, Alston and Goodman, s. 1388.

⁴⁰ Steiner, Alston and Goodman, s. 1388.

Ayrıca devlet, kamusal olmayan aktörlerce işlenebilecek insan hakları ihlallerinden de sorumlu bulunmaktadır. Bu sorumluluk kuşkusuz en ciddi ihlâl potansiyeli bulunan uluslararası şirketleri de kapsamaktadır.

Uluslararası şirketlerin büyüyen gücü ve genişleyen nüfuz alanı uluslararası insan hakları hukukuna uygun olmayan bir alan bırakmamalı ve hesap verebilir olmamakla sonuçlanmamalıdır. Buna ilişkin olarak, devlet şirketlerle ilgili insan hakları ihlallerini önlemek için pozitif bir yükümlülük altındadır. Devletin bu yükümlülüğüne uygun olarak, güç ve kaynaklarını kullanmak suretiyle üçüncü kişilerin, bilhassa uluslararası şirketlerin hem insan hakları ihlallerinde bulunmalarını sağlamak hem de gerçekleştirilmiş ihlallerinin bütün sonuçlarını ortadan kaldırmaları için gerekli idari, hukuki ve siyasi tedbirleri her düzeyde almak zorundadır.⁴¹

Bu tedbirlerin birinin alınmaması yüzünden herhangi bir ihlâl durumunda, kamu otoritelerince veya kamu-dışı aktörlerce gerçekleştirilmiş olsun veya olmasın, doğrudan veya dolaylı olarak, yasal yükümlülüklerden, kusurdan veya ihmalden sorumlu olan, uluslararası hukuka ve yerleşik içtihatlarla göre devlettir. Çünkü, en başta devletin, görevlilerinin veya kamu-dışı aktörlerin ihlâl edici ihmal veya hareketlerine meydan vermeme yükümlülüğünü pozitif olarak yerine getirmiş olması gerekirdi.⁴²

Küresel güç değişimleri ve geçişlerine ilişkin olarak, Wettstein, uluslararası şirketlerin bireylere zarar vermeme veya insan haklarını ihlâl etmeme şeklindeki negatif yükümlülüklerine ek olarak, bugün pozitif önlemler alma sorumluluğunu üstlenmeleri gerektiğini haklı olarak ileri sürmektedir. Çünkü, şirketlerin gücü ve etkisi, fiili (*de facto*) politik güç kullandıkları anlamına gelmektedir. Bu şekilde güç kullanımı, şirketlerin sadece bireysel hakları yalın bir şekilde ihlâl etmeme değil, fakat aynı zamanda insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi için faaliyette bulunma ve önlemler almalarını gerektirmektedir.⁴³

Bu güncel gerçeklik, uluslararası şirketlerin insan haklarını koruma yükümlülüklerinin devletin mevcut yükümlülüklerini azaltma veya yerine geçmesi anla-

⁴¹ Robert McCorquodale, 'Feeling the Heat of Human Rights Branding: Bringing Transnational Corporations within the International Human Rights Fence', *Human Rights & Human Welfare*, Vol. 1 (4), October 2001, s. 28; Urs Gasser, 'Responsibility for Human Rights Violations, Acts or Omissions, within the "Sphere of Influence" of Companies', *Research Publication No. 2007-12*, December 2007, The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School [<http://ssrn.com/abstract=1077649>, erişim 21 Kasım 2012].

⁴² Robert McCorquodale, 'Corporate Social Responsibility and International Human Rights Law', *Journal of Business Ethics*, Vol. 87 (2), 2009, s. 387.

⁴³ Wettstein, s. 275-276, 281; Rachel J. Anderson, 'Reimagining Human Rights Law: Toward Global Regulation of Transnational Corporations', *Denver University Law Review*, Vol. 88 (1), 1010-2011, ss. 183-236.

mına da gelmemektedir. Aksine, insan hak ve özgürlüklerinin etkin olarak en üst düzeyde yaşanmasına ek destek olarak görülmelidir. Özelleştirmelerde olduğu gibi, kamusal gücün özel aktörlere geçmesi de devleti etkin kontrol sağlama yükümlülüğünden kurtaramamaktadır. Bu durumda da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, devlet yargı yetkisi alanında hâlâ etkin kontrol sağlama yükümlülüğü altındadır.⁴⁴ Şu halde, insan hak ve özgürlükleri için herhangi bir sorumluluk ve yükümlülük incelemesi, insan hak ve özgürlüklerinin en iyi şekilde ulusal hukuk rejimlerinde korunabildiği gerçeği üzerine temellendirilmelidir. Bu yüzden, şirket sorumluluğu ve hesap verebilirliğini düzenleyen hukuk öncelikle ve temelde ulusal düzeyde; uluslararası hukuk düzenlemesinin ise, AİHS sisteminde olduğu gibi, ikincil olması gerekmektedir.

2. Uluslararası Şirketlerin Uluslararası Düzeyde Kontrolü

Günümüzde, uluslararası şirketler etki araçlarıyla küresel ekonomi üzerinde devletlerden daha etkin duruma gelmiş bulunmaktadır. Devletlerin güç ve etkileri de bu şirketlerin kullandıkları sermaye, teknoloji ve bilgi gibi araçlarına bağımlı hale gelmektedir. Devletler bu şirketlerin sahip bulunduğu sermaye, teknoloji ve yatırım araçlarını ülkelerine çekmek için politika ve hukuki yapılarını değiştirmektedirler. Bu durum, sonuçta hukuki, ekonomik ve sosyal sorunlara sebep olabilmektedir.⁴⁵

Günümüzde terörizm, silahlanma yarışı, insan ticareti, insan hakları ihlalleri, doğal hayatın ve çevrenin korunması, ticaretin ve yatırımların adalet, insan onuru ve insan haklarına saygı ilkeleri çerçevesinde düzenlenmesi gibi sorunlar devletlerin bireysel güçlerini aşmaktadır. Bu ortak sorunlarla mücadelede başarı ancak uluslararası kolektif çabalarla oluşturulacak hukuki rejimlerle mümkün olabilir.⁴⁶ Özellikle, uluslararası şirketlerin sebep olduğu sorunlar ile küresel olarak kullandıkları güç ve nüfuz karşısında ulusal rejimlerin zayıf kalması hem yargısal hem de sorunları ve insan hakları ihlallerini önleyici etkin ve pratik uluslararası hukuk düzenlemelerini zorunlu kılmaktadır. Zira, insan onurunun evrensel düzeyde korunması, insan hak ve özgürlüklerinin her türlü güç karşısında istisnasız herkese eşit ve adil olarak tanınması ve korunması evrensel hukukun, bilhassa uluslararası insan hakları hukukunun en temel gereği ve amacıdır. Dünya barışı ve huzurunun tesisi ve korunması da bu gereğin yerine getirilme düzeyine bağlı bulunmaktadır.

⁴⁴ The European Court of Human Rights, *Storck v Germany* (App no. 61603/00) [CJ] 16 June 2005 (Final 16 September 2005), paras 103, 149-151 [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69374, erişim 27 Şubat 2013].

⁴⁵ Çelikel ve Gelgel, s. 152-166; Kayhan ve Eski, s. 42-46.

⁴⁶ Serap Telli, *Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması* (Sevinç Matbaası, Ankara, 1991), s. 8-10; Aksar, s. 21, 34-35.

Şirketlerin ulusal veya uluslararası düzeyde örgütlenmesi veya faaliyette bulunması örgüt merkezlerinin bulunduğu veya faaliyette buldukları yer hukukuna tâbi oldukları konusunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak, bu şirketlerin uluslararası hukuk nezdinde kişiliklerinin bulunup bulunmadığı konusunda bu ölçüde bir netlik bulunmamaktadır.⁴⁷ Uluslararası Adalet Divanı, 11 Nisan 1949 tarihli *The Reparation Case*'de, uluslararası bir örgüt olan BM'i uluslararası hukukun bir sujesi olarak kabul etmekle birlikte devletle aynı kapasitede bulunmadığını ifade etmiştir.⁴⁸ Şu halde, konumuz açısından olaya yaklaştığımızda uluslararası şirketler de uluslararası bir örgüt olan BM gibi uluslararası hukuktan etkilenmektedir ve uluslararası hukuku etkileyebilmektedirler. Ancak, bu yargılamadan uluslararası şirketlerin devletlerle eşit statüde buldukları anlamı çıkarılamaz.

Şirketler de bireyler gibi uluslararası hukuk açısından suje olabilirler. Yalın bir ifadeyle, şirketler kişilerin bir araya gelmesinden oluşmakta, dolayısıyla bir kişi için sorumluluk gerektiren şey aynı şekilde kişilerden oluşan gruplar için de sorumluluk gerektirmelidir. Zira, şirketler de gerçek kişiler, bireyler gibi vergilendirilebilir, dava edilebilir veya dava açabilir, anayasal korunmadan yararlanabilir, sözleşme düzenleyebilir ve mülkiyet edinebilirler.⁴⁹ Nitekim, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi Başlangıcı'nda kişi, kuruluş veya şirket ayırımı yapılmaksızın toplumun 'her bireyi' ve 'her organı'na insan hak ve özgürlüklerine dair yükümlülük yüklerken 'toplumun her organı' hükmüyle şirketlerin bundan istisna bulunmadığını açıkça ifade etmektedir.⁵⁰ Buna karşın Brownlie, uluslararası hukukun tek gerçek sujesinin veya kişinin devletler ile devletlerin belirli kapasiteyle donatarak kurdukları uluslararası organizasyonlar olduğunu, bireyler ve şirketlerde olduğu gibi kimi uluslararası hukuk rejimlerinde tanınan kapasiteyle de olsa uluslararası taleplerde bulunan herhangi bir kurum veya kuruluşun bu statüye sahip bulunmadığını ileri sürmektedir.⁵¹ Oysa, Telli, uluslararası hukukun esas itibarıyla devletler arasındaki ilişkileri düzenlediğini kabul etmekle birlikte, modern gelişmeler ve uluslararası hukukun gelişimi

⁴⁷ Soruna kıyas yaklaşımıyla bakan bir görüşe göre, eğer bir suje, bir şirkete uluslararası hukuk kişisi muamelesi yapıyorsa ki uluslararası hukuktan etkilenbiliyor veya etkileyebiliyorsa, bu suje uluslararası birtakım taleplerde bulunabiliyorsa, bir şirket, bir birey veya uluslararası organizasyon kadar uluslararası hukukun sujesi olmaktadır. Bkz. Alvarez, s. 3; Aksar, s. 235-239.

⁴⁸ International Court of Justice, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion*, 11 April 1949 [http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=41&case=4&code=isun&p3=4, erişim 11 Şubat 2013].

⁴⁹ Alvarez, s. 3-4.

⁵⁰ BM Genel Kurulu'nca 10 Aralık 1948'de Paris'te ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, The United Nations, General Assembly Resolution 217 A (III) [http://www.un.org/en/documents/udhr, erişim 21 Ocak 2013].

⁵¹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Seventh Edition, Oxford University Press, New York, Oxford, 2008), s. 57-67. Aynı yönde, bu alanda sadece devletleri hak ve yükümlülük sahibi olarak gören klâsik anlayış için bkz. Telli, s. 1-2.

karşısında, günümüzde, devletlerin kendi aralarında ve kurdukları uluslararası kuruluşlarla ilişkilerini düzenlemesi yanında zorunlu olarak diğer gerçek ve tüzel kişilerle olan ilişkilerini düzenlemek durumunda olduğunu vurgulamaktadır.⁵² Bu görüş doğrultusunda Aksar, uluslararası hukuk alanındaki gelişmeler ve uygulamalarda bireyin bir uluslararası hukuk kişisi muamelesi gördüğünü ifade etmektedir. Bu bakımdan, günümüzde uluslararası hukuk sadece devletler arası ilişkileri düzenleyen hukuktan ibaret olarak görülemez; devletten başka diğer hukuk tüzel kişilerini de düzenlemek zorundadır.⁵³ Şu halde, hem ulusal hem de uluslararası hukukun korumasında olan uluslararası şirketlerin ulaştıkları güç ve etki statüleri itibarıyla uluslararası hukukun öngördüğü sorumluluklara sahip olduklarında hiç kuşku bulunmamalıdır. Sonuç olarak, şirketler gerçek kişiler gibi uluslararası hukukun, örneğin AİHS hukukunun tanıdığı hak ve özgürlüklere sahip bulunmaktadırlar. Bunun gibi, aynı ölçüde sorumluluk ve yükümlülükler bakımından da yeterli kişilik ve kapasiteye sahip bulunmaları gerekmektedir.⁵⁴ Ayrıca konumuz açısından, şirketlerin uluslararası hukukun sujesi olup olmadıkları değil, bu şirketlere uygulanabilecek uluslararası bir hukuk rejiminin bulunup bulunmadığı önem arz etmektedir. Bu bakımdan, şirketlerin uluslararası hukuk bağlamında kişilik sahibi olup olmadığı hususu bu şirketlere uluslararası hukuka göre hak ve yükümlülük atfedilmesi hususu ile karıştırılmamalıdır ki uluslararası şirketlerin uluslararası hukuk nezdinde hem hak ve hem yükümlülüklerinin bulunduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.⁵⁵

Son 20 yılda, uluslararası toplum dikkatini uluslararası şirketlerin insan hak ve özgürlükleri üzerindeki etkilerine yoğunlaştırmış bulunmaktadır.⁵⁶ Bu bakımdan uluslararası toplum uluslararası şirketlerin hesap verebilirliğini geliştirme yönünde önemli yoğun aktivitelerde bulunmuştur. Bu anlamda bir sorumluluk 1990'larda tanınmazken, bugün durum çok farklıdır. Bu davranış değişikliği, şirketlerin inisiyatifleriyle değil, fakat büyük ölçüde dikkat çekici felaketlerin bir sonucu olarak gelişmiş bulunmaktadır. Örneğin, Shell'in Nijeria'da,⁵⁷ BP'nin Colombia'daki⁵⁸ ciddi zarar verici tecrübesi davranış değişikliğine katalizör olmuş ve şirketlerin sorumluluğu bakımından da bir ders olmuştur. Bu

⁵² Telli, s. 2-3.

⁵³ Aksar, s. 23. Ayrıca bkz. Telli, s. 4.

⁵⁴ Clapham, s. 82.

⁵⁵ Alvarez, s. 31.

⁵⁶ The Economist, 'Just Good Business' *A Special Report: Corporate Social Responsibility*, 17 January 2008 [<http://www.economist.com/node/10491077>, erişim 15 Ocak 2013].

⁵⁷ Amnesty International, *Petroleum, Pollution and Poverty in the Niger Delta* (Amnesty International Publications, United Kingdom, 2009) [http://www.amnesty.org.uk/uploads/documents/doc_19492.pdf, erişim 24 Ocak 2013]. Ayrıca bkz. Backmann, s. 5-6.

⁵⁸ The Economist, 'BP at War', 17 July 1997 [<http://www.economist.com/node/151558>, erişim 19 Şubat 2013].

gelişim, örneğin Nike ve diğer başlıca ünlü uluslararası markalarca itibarlarını koruma amacıyla güçlenmiştir.⁵⁹ Tabii olarak şirketler, damga yeme, imaj ve itibar suçlamalarının kötü sonuçlarından kaçınmak istemektedirler.⁶⁰

Bilhassa yatırımcı şirketlerin birden fazla ülkede faaliyette bulunacakları bölgelere ilişkin projelerle ilgili devletlerle yapacakları sözleşmelerde şirketlerin etki alanında insan onuruna, insan hak ve özgürlüklerine saygı yükümlülüğüne tamamen uymalarını sağlayacak bağlayıcı ve etkin yaptırımlar öngören hükümlere yer verilmesi bir çare olarak düşünülebilir. Örneğin, 'Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı' gibi yatırımların hukuki çerçevesi bu ekseninde belirlenmelidir. Zira, bu hukuki çerçeveyi oluşturan uluslararası antlaşmalar, Türk iç hukukunda (Anayasa, m. 90) olduğu gibi, ulusal hukuklar üzerinde hüküm ve sonuçlara sahip olabilmektedir.⁶¹ Uluslararası hukuk elbette şirketlerin uluslararası alanda hukukun üstünlüğünün sağladığı güvenli ortamda ekonomik faaliyetlerini yürütmelerini sağlamak durumundadır. Ancak bu koruma, hiç bir suretle insan hak ve özgürlüklerine saygı yükümlülüklerini zayıflatmamalıdır. Bu gereğin sağlanmasında devletlerin yatırım çekme ve ekonomik değer sağlama pahasına zayıf kalmamaları gerekmektedir.

Ayrıca, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde, insan hak ve özgürlüklerine saygıyı zayıflatan herhangi bir uluslararası antlaşma veya işlemin geçersiz sayılması veya uluslararası hukukun bu anlamdaki evrensel standartlarının peşinen kabul edilmiş olması varsayımıyla (m 53 ve 64) hareket edilebilir.⁶² Diğer bir ifadeyle, uluslararası hukuka göre, devletin insan hak ve özgürlüklerini koruma, geliştirme ve gerçekleştirme temel yükümlülüğünü zayıflatan herhangi bir ulusal düzenleme veya uluslararası başka bir yükümlülük geçersiz kabul edilmek zorundadır.

Nihayet, ulusal hukukta cezai tedbirlerle soruna yaklaşılması kolay bir yol olarak görülebilir. Örneğin, Kanada Ceza Kanunu'nda değişiklik öngören 31 Mart 2004 tarihli *Bill C-45* şirketlerin işyeri güvenliği için hesap verebilirliğini sağlamak üzere şirketlerin alabilecekleri cezalara üst sınır koymamıştır.⁶³ Fakat, Keith'e göre, parasal yaptırımlar şirketlerin hesap verebilirliğini geliştirmemektedir. Çünkü, şirketler bu parasal cezaları müşterilerine veya ürünlerine fiyat olarak yansıtılabilmektedirler.⁶⁴ Bu bakımdan, para cezası uygulaması

⁵⁹ Chandler.

⁶⁰ Keith, s. 255.

⁶¹ Kıvılcım, s. 96-100.

⁶² Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations Conference on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969 [<http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/vclt/vclt.html>, erişim 5 Şubat 2013].

⁶³ Keith, s. 263.

⁶⁴ Keith, s. 248-249.

temel değil destekleyici tedbirler bağlamında düşünülmelidir. Ayrıca, genellikle karmaşık olan sorunlarla mücadele şirketler lehine sonuçlanabilmektedir. Örneğin, merkezi ABD’de kurulu olan Union Carbide US şirketinin Hindistan’ın Bhopal kentinde faaliyette bulunan kimya firmasında 1984 yılında gaz sızıntısı kazasında 2000’den fazla insanın ölümüne ve 300.000 insanın yaralanmasına sebep olunmuştur. İlgililerin ABD mahkemeleri nezdinde uluslararası şirkete karşı açtıkları tazminat davaları, kazanın gerçekleştiği yer ve kazaya sebep olan alt şirketin bulunduğu ülkede açılması gerektiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Sonuçta, şirket hukuki sorunla mücadelede etkin olmuştur.⁶⁵

İş sektörüne insan hak ve özgürlükleri bakımından uygulanabilecek ne ulusal düzeyde ne de uluslararası düzeyde tek formda düzenleme mümkün görünmemektedir. Fakat, her halde, BM’in küresel düzeyde yürürlüğe koyduğu uluslararası hukuk ilkeleri paralelinde bölgesel düzeyde, örneğin Avrupa Konseyi (AK) yetki ve nüfuz alanında AİHS’ne ek bir protokolle uluslararası şirketlerin insan hak ve özgürlükleri ihlalleri bakımından sorumluluk ve hesap verebilirlikleri etkin ve pratik şekilde düzenlenebilir. Ancak, bütün bu düzenlemelerin amaca uygun sonuçlar verebilmesi için supranasyonal daimi bir yargı mekanizmasıyla donatılması kaçınılmaz görülmektedir.

IV. ULUSLARARASI ŞİRKETLERİN HESAP VEREBİLİRLİĞİ YOLUNDA NORMATİF ADIMLAR

Bu bölümde, uluslararası toplumun uluslararası şirketlerin insan hak ve özgürlükleri bağlamında hesap verebilirliklerinin sağlanması yolunda gerçekleştiği kimi uluslararası hukuk düzenlemelerini incelemek yerinde olacaktır:

Bugüne kadar, OECD Çok-uluslu Teşebbüsler İçin Ekonomik İşbirliği ve Gelişme Örgütü Kılavuz İlkeleri (OECD Guidelines),⁶⁶ ILO Uluslararası Şirketlere ve Sosyal Politikaya İlişkin Üçlü Bildirisi, ILO İşte Temel İlkeler ve Haklara İlişkin Üçlü Bildirisi (ILO Tripartite Declarations),⁶⁷ BM Küresel Etki 2000 (Global Compact)⁶⁸, BM Uluslararası Şirketler ve Diğer İş Teşebbüslerinin İn-

⁶⁵ Kayhan ve Eski, s. 45-46.

⁶⁶ *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (2011 Edition, OECD Publishing, 29 September 2011 [http://www.oecd.org/daf/investment/guidelines, erişim 29 Ağustos 2012].

⁶⁷ *ILO Çokuluslu Şirketler ve Sosyal Politika ile İlgili İlkeler Üçlü Birdirgesi* (Üçüncü Basım, Uluslararası Çalışma Ofisi, Ankara, 2003) [http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/publ/cokuluslu.pdf, erişim 19 Şubat 2013].

⁶⁸ BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon’un ifadesine göre, the UN Global Compact şirketlerden evrensel ilkeleri kabul ederek BM ile işbirliği istemektedir. Bu etki, BM için küresel iş sektörüne ilişkin kritik bir platform haline gelmiş bulunmaktadır. Bkz. http://www.unglobalcompact.org [erişim 5 Şubat 2013].

san Haklarına İlişkin Normları (the Norms)⁶⁹ gibi değerli uluslararası çabalar gerçekleştirilmiştir. Ne var ki, bu çabalar dağınık olduğu kadar bağlayıcı hukuki etkiden de uzak kalmıştır.⁷⁰ Bu belki de, 2005 yılında BM’ce şirket sorumluluğu ve hesap verebilirliği standartlarını tanımlama ve belirlemekle görevlendirilen Ruggie’nin 2008 raporunda ifade ettiği gibi, iş sektörü ve insan hakları alanına uygulanabilecek tek bir çözümün bulunmaması gerçeği ile devletlerin, iş sektörünün ve sivil toplumun rol olarak pek çok şeyi farklı şekilde yapması gereğinden kaynaklanmaktadır.⁷¹ Bu raporda, şirketlerin bütün insan hak ve özgürlüklerini etkilediği ve dolayısıyla bu anlamda şirket sorumluluğu ve hesap verebilirliğine dair ihtiyaç açıkça tespit edilmiştir.

Günümüzde gelinen son aşamada bu alanda birtakım ciddi umutların bildirildiği ifade edilebilir. 16 Haziran 2011’de, BM İnsan Hakları Konseyi, BM’in ‘Korumaya, Saygı Gösterme ve Telafi Etme Çerçevesi’nin uygulanmasına ilişkin Kılavuz İlkeleri kabul etmiş bulunmaktadır. Bu ilkeler, iş aktivitelerinin insan hakları üzerindeki olumsuz etkileri ile risklerini önleme ve müdahale edilmesinde emredici nitelikte evrensel standartları oluşturmaktadır. Bu ilkeler, 1 Nolu Küresel Etki İlkesi olan evrensel insan haklarına saygı için şirket sorumluluğunu açıklığa kavuşturmakta ve iş sektörünü uluslararası düzeyde insan haklarının korunmasına destekte bulunmaya davet etmektedir.⁷² Bu suretle, BM ilk kez iş aktiviteleri bağlamında insan haklarına saygıya ilişkin olarak devletlerden ve iş sektöründen beklentilerini daha somut olarak ortaya koymuş bulunmaktadır.⁷³ Bu beklentiler, devletler açısından, öngörülen insan hakları çerçevesinin ulusal hukuk sistemle-

⁶⁹ Bu normlar, insan hakları normlarının uluslararası şirketlere doğrudan uygulanması ilkesi üzerine temellendirilmiş ve bu yönde bir uluslararası yükümlülük sistemi öngörmekteydi. Fakat, özellikle gelişmiş ülkeler bu normları egemenliklerine tehdit olarak algılamış ve uluslararası hukuka aykırı olduklarını ileri sürmüşlerdir. Sunuçta, bir başarı sağlanamamıştır. Bkz. Backer, s. 44-45.

⁷⁰ Justine Nolan, ‘With Power Comes Responsibility: Human Rights and Corporate Accountability’, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 28 (3), 2005, s. 586-87, University of New South Wales Faculty of Law Research Series 2010, Paper 11 [http://ssrn.com/abstract=1556443, erişim 21 Mart 2013].

⁷¹ United Nations Human Rights Council, *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development. Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*, A/HRC/8/5, 7 April 2008 [http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf, erişim 10 Şubat 2013], para 7. Ayrıca, Harvard Üniversitesi Profesörü BM Genel Sekreteri Özel Temsilcisi John Gerard Ruggie liderliğinde küresel şirketlerin pozitif ve negatif etkilerine ilişkin olarak yürütülen çalışmalar hakkında genel olarak bkz. http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home [erişim 1 Ocak 2013].

⁷² United Nations Human Rights Council Resolution A/HRC/RES/17/4, 6 July 2011 [http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/ResolutionsDecisions.aspx, erişim 22 Ocak 2013].

⁷³ Shemberg, s. 27.

rince tanınması ve insan hakları normlarının yargı yetkileri alanında uygulanması yönündedir. Şirketler açısından ise faaliyet ve etki alanlarında bağımsız küresel sistemlerin kurumsal sosyal normlarının uygulanmasının refleks haline getirilmesi ile bu yönetim mekanizmalarının ihlâli halinde etkin hukuki yollar sağlamaları yönündedir. Faaliyette buldukları alandaki hukuka göre yükümlülükler yerine getirmek üzere bir şirket yönetim çerçevesinin öngörölmüş olması bu çerçevenin en önemli gelişimini oluşturmaktadır. Bu bakımdan, bu supranasyonal yönetim çerçevesi devletlerin ve şirketlerin insan hakları sorumluluklarını içeren ulusal ve uluslararası yönetim sistemlerinin gelişimini pozitif olarak etkileme potansiyeline sahip bulunmaktadır.⁷⁴ Nitekim, İstanbul Ticaret Odası'nın iş dünyası için hazırlanmış bulunduğu rehber kitabı bu uluslararası düzenlemenin ulusal hukuka açık bir yansıması niteliğindedir.⁷⁵

Kılavuz İlkeler, esas itibarıyla üç yönden yenilik getirmiş bulunmaktadır: Birincisi, şirketlerin insan hakları sorumlulukları daha önce emredici şekilde ifade edilmemişken, bu düzenlemeyle emredici niteliğe kavuşturulmuştur. İkincisi, geçmişte dağınık ve parçalı durumda olan çabalar, bu alandaki ulusal ve uluslararası kuruluşlarca ortak bir yaklaşımla bir araya getirilmiştir. Üçüncüsü, bu olumlu sonuca uluslararası kuruluşlar, devletler, pek çok ülkeden şirketler, başlıca iş kuruluşları, şirketlere ilişkin hukuk firmaları, uluslararası ticaret birlikleri, sivil toplum kuruluşları ve Uluslararası Baro Derneği olmak üzere bütün ilgili gruplarca yapılan desteklerle ulaşılmıştır.⁷⁶

Kılavuz İlkeler, üç sütun üzerine tesis edilmiştir: Birinci sütunda, devletin uygun politikalar ve düzenlemeler yoluyla insan hak ve özgürlüklerini üçüncü kişilerin ihlâllerine karşı koruma yükümlülüğü yer almaktadır. Bu yükümlülük, devletlerin insan hak ve özgürlüklerini iş sektörünün ihlâl edici müdahalelerine, eylem, işlem ve ihmallerine karşı korumak ve geliştirmek için ihlâlleri önlemek, soruşturmak, cezalandırmak ve eski hale getirilmesi veya tazminat için etkin hukuki başvuru yolları sağlamak için gerekli bütün tedbirleri almasını gerektir-

⁷⁴ Backer, s. 43, 68.

⁷⁵ İstanbul Ticaret Odası, *İş Dünyasının İnsan Haklarına Saygı Gösterme Sorumluluğu, Şirketler İçin El Kitabı*, 2012 [http://csrseminar.org/s/1446/i/Sirketler_ve_Insan_Haklari_Kasim2012_FIN.pdf, erişim 17 Şubat 2013].

⁷⁶ Backer, s. 43-44, 51; Shemberg, s. 28. Ayrıca, örneğin, Avrupa Birliği İsveç Dönem Başkanlığı liderliğinde yapılan katkı hakkında bkz. The Conference on Protect, Respect, Remedy – Making the European Union Take a Lead in Promoting Corporate Social Responsibility, Stockholm, 10-11 November 2009 [http://esiligiel.files.wordpress.com/2009/11/eupresidency-statement-on-protect-respect-remedy.pdf, erişim 5 Şubat 2013]. Ayrıca, AK Parlamentosu'nun bu yöndeki bir kararı için bkz. Council of Europe, Parliamentary Assembly, *Resolution 1757 (2010) on Human Rights and Business*, 6 October 2010 [http://www.assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=17903&lang=EN, erişim 7 Şubat 2013].

mektedir. İkincisi, insan haklarına saygı için şirketlerin sorumluluğu ki şirketlerin insan haklarını ihlâlden sakınmak ve dahil oldukları ihlâllerin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak için titizlikle hareket etmelerini gerektirmektedir. Üçüncüsü ise ihlâl mağdurları için daha çok etkin hukuki başvuru ve çare yolu sunmaktadır.⁷⁷ Kısaca, BM insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi alanında evrensel düzeyde uygulanmak üzere esas ve usul ilkeleri öngörmekle işlevsel bir şirket sorumluluğu mekanizması kurmuş bulunmaktadır. Ne var ki bu mekanizma yargısal nitelikte bulunmamaktadır. Bununla birlikte, AK insan haklarını koruma ve geliştirme sisteminde olduğu gibi bölgesel veya evrensel düzeyde yargısal bir mekanizma kurulması suretiyle hukukun üstün kılınması yolunda ileri bir adım olduğundan kuşku yoktur.

SONUÇ

Uluslararası faaliyette bulunan şirketlerin ulaştığı güç ve etki boyutu ile devletin küreselleşme sonucu uğradığı güç zayıflaması hangi boyutta olursa olsun, devletin ulusal ve uluslararası hukukun yapımında ve yürütümünde hâlâ en etkin ve meşru temel aktör olduğundan şüphe bulunmamaktadır. Bu şirketlerin uluslararası düzeyde kullandıkları güç ve etki uluslararası hukuk çerçevesinde gerçekleşmek zorundadır. Özellikle, bu şirketlerin muhtelif şekillerde dahil oldukları insan hakları ihlâllerinden sorumlu tutulmaları uluslararası toplumun temel yükümlülüğü haline gelmiş bulunmaktadır.

Bugün, şirketlerin ulusal ve uluslararası düzeylerde faaliyetlerinin kimi olumsuz sonuçları hem akademisyenleri, hem politikacıları ve hem de bizzat iş sektöründe bir duyarlılık oluşturmuştur. Büyük ölçüde şirketlerin ulusal ve uluslararası aktörler üzerinde etki ve nüfuz kullanmasının sonucu olarak gelişen bu duyarlılık uluslararası toplumu önlem alma yolunda harekete geçirmiş bulunmaktadır. Bu önlemlerin küresel veya bölgesel düzeyde hukuki olarak bağlayıcı yargısal bir mekanizmayla donatılması bundan sonraki adım olmalıdır. O haldedir ki, ağır insan hakları ihlâllerine potansiyel oluşturan özellikle uluslararası şirketlerin faaliyet alanlarında insan hakları ve özgürlükleri gerçek anlamda bir saygı ve koruma bulabilir.

İnsan hak ve özgürlüklerini geliştirme ve koruma sürecinde, bugüne kadar gerçekleştirilmiş bulunan ulusal ve uluslararası çabalar, bireyin korunması, doğal kaynakların istismarının önlenmesi, sosyal ve ekonomik istikrarsızlıkların önlenmesi, uluslararası barış ve düzenin tesisi adına etkin adımlar olarak nitelendirilebilir. Bu çabaların, en azından, kamusal veya kamusal olmayan otoritelerin bireylere daha insancıl muamelede bulunmaları gibi büyük katkılar sağlaması umut edilmektedir.

⁷⁷ *Guiding Principles on Business and Human Rights, Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework* (United Nations, Geneva, New York, 2011).

KAYNAKÇA

Akın, Mustafa, 'Küreselleşen Çok Uluslu Şirketlerin Az Gelişmiş ve Gelişmekte Olan Ülkelerin Geleceklerine Etkileri', *stratejikanaliz.com*, 25 Aralık 2010 [http://www.stratejikanaliz.com/kategoriler/ekonomi/cok_uluslu_sirketlerin_ulkelerin_geleceklerine_etkileri.htm, erişim 19 Şubat 2013].

Aksar, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I* (Seçkin, Ankara, 2012).

Aktan, Coşkun Can ve Vural, İstiklal Y., 'Kurumsal Sosyal Sorumluluk (Uluslararası Kuruluşlar ve Hükümet-Dışı Organizasyonlar Tarafından Sürdürülen Başlıca Girişimler)', *Çimento İşveren*, Mayıs 2007, ss. 4-21.

Alvarez, José E., 'Are Corporations "Subjects" of International Law?', *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 9 (1), 2011, ss. 1-36.

Amnesty International, *Petroleum, Pollution and Poverty in the Niger Delta* (Amnesty International Publications, United Kingdom, 2009).

Anderson, Rachel J., 'Reimagining Human Rights Law: Toward Global Regulation of Transnational Corporations', *Denver University Law Review*, Vol. 88 (1), 1010-2011, ss. 183-236.

Bachmann, Sascha-Dominik, 'Civil Liability of Corporate and Non-state Aiders and Abettors of International Terrorism as an Evolving Notion under International Law', *Journal of International Commercial Law and Technology*, Vol. 6 (1), 2011, ss. 1-11.

Backer, Larry Catá, 'On the Evolution of the United Nations' "Protect-Respect-Remedy" Project: The State, the Corporation and Human Rights in a Global Governance Context', *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 9 (1), 2011, ss. 37-80.

Blumberg, Phillip I., 'Asserting Human Rights against Multinational Corporations under United States Law: Conceptual and Procedural Problems', *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, Autumn 2002, ss. 493-529.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law* (Seventh Edition, Oxford University Press, New York, Oxford, 2008).

Carasco, Emily F. and Singh, Jang B., 'Towards Holding Transnational Corporations Responsible for Human Rights', *European Business Review*, Vol. 22 (4), 2010, ss. 432-445.

Çelikel, Aysel ve Gelgel, Günseli Öztekin, *Yabancılar Hukuku* (Yenilenmiş 18. Bası, Beta, İstanbul, 2012).

Černič, Jernej Letnar, 'Corporate Human Rights Obligations at the International Level', *Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, Vol. 16, 2008, ss. 130-205.

Chandler, Geoffrey, 'Corporate Liability Human Rights and the Modern Business', Conference Organized by JUSTICE and Sweet & Maxwell, 12 June 2006 [Google Web, Chandler-keynote-address-Justice-12-Jun-2006.doc, erişim 15 Ocak 2013].

Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford University Press, New York, Oxford, 2006).

Gasser, Urs, 'Responsibility for Human Rights Violations, Acts or Omissions, within the "Sphere of Influence" of Companies', *Research Publication No. 2007-12*, December 2007, The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School [Ayrıca <http://ssrn.com/abstract=1077649>, erişim 21 Kasım 2012].

Guiding Principles on Business and Human Rights, Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework (United Nations, Geneva, New York, 2011).

Hekimoğlu, Mehmet Merdan, 'Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesinin Hukuki Boyutları', *Bilig*, Sayı 63, Güz 2012, ss.77-92.

ILO Çokuluslu Şirketler ve Sosyal Politika ile İlgili İlkeler Üçlü Birdirgesi (Üçüncü Basım, Uluslararası Çalışma Ofisi, Ankara, 2003) [<http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/publ/cokuluslu.pdf>, erişim 19 Şubat 2013].

International Court of Justice, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion*, 11 April 1949 [<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=41&case=4&code=isun&p3=4>, erişim 11 Şubat 2013].

İstanbul Ticaret Odası, *İş Dünyasının İnsan Haklarına Saygı Gösterme Sorumluluğu, Şirketler İçin El Kitabı*, 2012 [http://csrseminar.org/s/1446/i/Sirketler_ve_Insan_Haklari_Kasim2012_FIN.pdf, erişim 17 Şubat 2013].

Kapucu, Naim, *Governance Reforms: Comparative Perspectives* (Usak Publications, Ankara, 2010).

Kayıhan, Şaban ve Eski, Mehmet, *Uluslararası Ekonomi Hukuku* (Seçkin, Ankara, 2010).

Keith, Norm, 'Evolution of Corporate Accountability: From Moral Panic to Corporate Social Responsibility', *Business Law International*, Vol. 11 (3), September 2010, ss. 247-276.

Kıvılcım, Zeynep, 'Ulus-aşırı Şirketler ve İnsan Hakları: Bkü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Örneği', *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Sayı 65 (3), 2010, ss. 87-122.

Macdonald, Kate, 'Re-thinking "Spheres of Responsibility": Business Responsibility for Indirect Harm', *Journal of Business Ethics*, Vol. 99 (4), 2011, ss. 549-563.

Maclem, Patrick, 'Corporate Accountability under International Law: The Misguided Quest for Universal Jurisdiction', *International Law Forum du Droit International*, Vo. 7 (4), December 2005, ss. 281-289.

McCorquodale, Robert, 'Corporate Social Responsibility and International Human Rights Law', *Journal of Business Ethics*, Vol. 87 (2), 2009, ss. 385-400.

McCorquodale, Robert, 'Feeling the Heat of Human Rights Branding: Bringing Transnational Corporations within the International Human Rights Fence', *Human Rights & Human Welfare*, Vol. 1 (4), October 2001, ss. 21-29.

Muijsenbergh, Winfried H.A.M. van den and Rezai, Sam, 'Corporations and the European Convention on Human Rights', *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, Vol. 25, 2012, ss. 43-68.

Neumann, Jeannette, Perez, Evan and Eaglesham, Jean, 'U.S., S&P Settle In for Bitter Combat', *The Wall Street Journal*, 6 February 2013 [<http://online.wsj.com/article/SB10001424127887324445904578285802822704578.htm>], erişim 13 Şubat 2013].

Nolan, Justine, 'With Power Comes Responsibility: Human Rights and Corporate Accountability', *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 28 (3), 2005, ss. 580-613, University of New South Wales Faculty of Law Research Series 2010, Paper 11 [<http://ssrn.com/abstract=1556443>], erişim 21 Mart 2013].

OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011 Edition, OECD Publishing, 29 September 2011 [<http://www.oecd.org/daf/investment/guidelines>], erişim 29 Ağustos 2012].

Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk* (Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012).

Reyes, Abigail S., 'Protecting the "Freedom of Transit of Petroleum": Transnational Lawyers Making (up) International Law in the Caspian', *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 24 (3), 2006, ss. 842-880.

Ruggie, John Gerard, 'Business and Human Rights: The Evolving International Agenda', *The American Journal of International Law*, Vol. 101 (4), October 2007, ss. 819-840.

Shemberg, Andrea, 'New Global Standards for Business and Human Rights', *Business Law International*, Vol. 13 (1), January 2012, ss. 27-33.

Skogly, Sigrun I. and Gibney, Mark, 'Transnational Human Rights Obligations', *Human Rights Quarterly*, Vol. 24 (3), August 2002, ss. 781-798.

Sriram, Chandra Lekha, Martin-Ortega, Olga and Herman, Johanna, *War, Conflict and Human Rights: Theory and Practice* (Routledge, London, New York, 2010).

Steiner, Henry J., Alston, Philip and Goodman, Ryan, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals* (Third Edition, Oxford University Press, New York, Oxford, 2007).

Telli, Serap, *Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması* (Sevinç Matbaası, Ankara, 1991).

The Economist, 'BP at War', 17 July 1997 [<http://www.economist.com/node/151558>], erişim 19 Şubat 2013].

The Economist, 'Just Good Business', A Special Report: Corporate Social Responsibility, 17 January 2008 [<http://www.economist.com/node/10491077>], erişim 15 Ocak 2013].

The European Court of Human Rights, *Storck v Germany* (App no. 61603/00) [CJ] 16 June 2005 (Final 16 September 2005) [<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69374>, erişim 27 Şubat 2013].

The United Nations, The Universal Declaration of Human Rights, General Assembly Resolution 217 A (III), Paris, 10 December 1948 [<http://www.un.org/en/documents/udhr>, erişim 21 Ocak 2013].

United Nations Human Rights Council Resolution A/HRC/RES/17/4, 6 July 2011 [<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/ResolutionsDecisions.aspx>, erişim 22 Ocak 2013].

United Nations Human Rights Council, *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development: Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*, U. N. Doc. A/HRC/8/5, 7 April 2008 [<http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>, erişim 10 Şubat 2013].

United Nations, United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 2008: Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge*, Geneva, New York, 2008 [http://unctad.org/en/Docs/wir2008_en.pdf, erişim 9 Şubat 2013].

United Nations, United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, Geneva, New York, 2012 [<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>, erişim 4 Şubat 2013].

Useem, Jerry, 'One Nation Under Wal-Mart How Retailing's Superpower - and Our Biggest Most Admired Company - Is Changing the Rules for Corporate America', 3 March 2003 [http://money.cnn.com/magazines/fortune/fortune_archive/2003/03/03/338383/index.htm, erişim 10 Ocak 2013].

Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations Conference on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969 [<http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/vclt/vclt.html>, erişim 5 Şubat 2013].

Weiner, Tim, 'Wal-Mart Invades, and Mexico Gladly Surrenders', *New York Times*, 5 December 2003 [<http://www.dsusa.org/lowwage/walmart/walmart3.html>, erişim 17 Ocak 2013].

Wettstein, Florian, 'For Better or For Worse: Corporate Responsibility Beyond "Do No Harm"', *Business Ethics Quarterly*, Vol. 20 (2), April 2010, ss. 275-283.

Zekos, Georgios I., 'Cyber-Territory and Jurisdiction of Nations', *Journal of Internet Law*, June 2012, ss. 3-23.

5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU'NA GÖRE ZİMMET SUÇU

*Arş. Gör. Beril TAŞKIN**

ÖZET

Çalışmanın konusunu 19.10.2005 tarihli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde zimmet başlığı altında düzenlenen ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan zimmet suçunun özel bir görünüş biçimi olan bankacılık zimmeti suçu oluşturmaktadır. 5411 sayılı kanun öncesi düzenlemeler, 5237 sayılı kanun ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu dikkate alınarak bankacılık zimmeti suçunun unsurları sırasıyla incelenmiş ve her unsurun incelenmesinde Yargıtay kararları ve uygulamadan örneklere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bankacılık Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Zimmet Suçu, Bankacılık Zimmet Suçu, Madde 160

ABSTRACT

The subject of this study is the crime of banking embezzlement, a special type of embezzlement that takes place in Turkish Penal Code no.5237, which is regulated by art.160 of the Banking Act no.5411 dated 19.10.2005. Elements of the banking embezzlement are examined one by one taking into consideration the provisions before Act no.5411, Code no.5237 and Code no.765 (abolished) and examples from application and precedent of Court of Cassation are presented.

Keywords: Banking Act, Turkish Penal Code, The Crime Of Embezzlement, The Crime Of Banking Embezzlement, Article 160

* Türk – Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1. KANUNİ TANIM VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

1.1. Suça ilişkin kanun metni

Zimmet

MADDE 160 – “Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.

Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmesi hâlinde mahkemece re'sen ödettilmesine hükmolunur.

Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettilmesine karar verilir.

Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.

Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.

Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.”

1.2. Korunan Hukuki Değer

Kanun koyucunun bir suçu düzenlerken genel olarak gözettiği amaç toplum düzeninin korunmasıdır. Ancak her suçta özel bir amaç da gözetilir; bu amaç, her suçta farklı olmak üzere, devlete, topluma veya kişilere ait belirli hak ve menfaatlerin korunmasıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının "kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar" başlığı altında düzenlenmiş olan zimmet suçunun koruduğu hukuki değer, gerek suçun düzenlendiği yer gerek hükümet gerekçesinden de anlaşıldığı üzere "toplumun devlete ve personeline duyduğu güven duygusu" dur.

Bankacılık zimmeti suçu, TCK'nın 247. maddesi esas alınarak düzenlenmiş ise de suçun koruduğu menfaat konusunda öğretide görüş birliği mevcut değildir. Öğretide bazı yazarlar bu suç tipi ile tek bir hukuki değeri korunduğunu, bazı yazarlar birden çok hukuki değer bir arada korunduğunu, bazı yazarlar ise birden çok hukuki değer korunduğunu ancak bu değerler arasında derecelendirme yapıldığını belirtmişlerdir.

Özgenç'e göre, bu suçta ihlal edilen hukuki değerlerden, finans kurumu olan bankaların ekonomik hayattaki güvenilirliği, malvarlığı hakkına nazaran öncelik kazanmaktadır¹. Yine yaklaşık aynı görüşte olan Mahmutoğlu ise, söz konusu madde ile korunmak istenenin genel olarak ekonomik düzen² olduğunu ifade etmiş, bankacılık suçlarının esas itibarıyla ülke ekonomisini tahrip ettiğini belirtmiştir. Bu nedenle de, bankacılıkta zimmet suçuyla malvarlığı ve güven ilişkisinin korunmasının da düşünüldüğü ancak asıl korunmak istenen hukuki değer ülkenin ekonomik düzeni olduğunu ifade etmiştir. Benzer bir görüş ise, suçla korunan hukuki değer, halkın bankaya karşı duyduğu güven duygusu olduğunu yönündedir. Bu görüşü savunanlar, bankaların esas olarak güven kuruluşları olduğunu ve bu güvenin korunması gerektiğini ifade ettikten sonra zimmet suçunun da bu güvenin korunmasına hizmet ettiğini belirtmişlerdir³.

Bankacılık Kanunu'nda yer alan zimmet suçunun birden fazla hukuki değeri koruduğunu savunan İnceoğlu ise, zimmet suçunun koruduğu hukuki değerlerden birinin bankacılık sistemine duyulan güven ve istikrar, diğerinin ise bankanın mülkiyet hakkı olduğunu belirtmiştir⁴. Aynı şekilde bir taraftan banka adı

¹ İzzet Özgenç, "Zimmet Suçu", Ankara, 2009, s.79.

² Fatih Selami Mahmutoğlu, "Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar", Ankara, 2003, s. 230; Ahmet Gökçen, "Bankalar Kanunu'nda Düzenlenen Zimmet Suçu", *Legal Mali Hukuk Dergisi*, İstanbul, Sayı: 9, s.2752.

³ Murat Haznedar, "Bankacılık Zimmeti Suçu", *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul, Nisan 2007, Sayı: 52, s.1171.

⁴ Asuman İnceoğlu Aytekin, "Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi SBE, 2006, s.405.

verilen tüzelkişinin mülkiyet hakları, diğer yandan bankacılık sisteminin güven ve istikrar içerisinde, etkin, düzenli ve dürüst bir şekilde çalıştığına ilişkin kamunun sahip olduğu inancın korunmasının amaçlandığını ve bu inanca sahip tüm bireylerin kamusal haklarının korunduğunu savunan yazarlar da mevcuttur⁵.

Bunların yanında Ergün, suç ile sadece bankanın malvarlığı haklarının korunduğunu belirtmektedir. Yazar; kanun koyucunun ilgili maddenin 1. ve 3. fıkralarında “bankanın uğradığı zarar”dan bahsetmekle, 162. maddenin son fıkrasında ise, bankaya şikâyet hakkı tanımakla, söz konusu suçun ihlâl ettiği menfaatin bankaya ait malvarlığı menfaati olduğunu kabul etmiş olduğu görüşündedir. Bu nedenle, söz konusu suçun hukukî konusunun, bankanın malvarlığına ilişkin menfaati olduğu görüşündedir.⁶

Zimmet suçuna ilişkin bir mahkeme kararında ise, banka aleyhine işlenen zimmet veya dolandırıcılık suçlarında, korunan hukuki yararın, mudilerin banka olan güvenlerinin korunması olduğu açıkça belirtilmiştir⁷.

Tüm bu değerlendirmeler ışında ilgili maddeyi ve düzenlendiği kanunu göz önüne aldığımızda korunan hukuki menfaatin bankaların ekonomik hayattaki güvenirliliği olduğunun kabulünün şart olduğu görüşündeyiz. Kanun koyucunun bu suçu düzenleme amacı banka tüzel kişinin mülkiyet haklarını korumak olsa idi, bu durumda ayrıca bir madde düzenlemesine ihtiyaç duymayacağı kanaatindeyiz. Özel olarak düzenlenen bu madde ile korunmak istenilen esas menfaatin bankacılık sisteminin güven ve istikrar içerisinde, etkin, düzenli ve dürüst bir şekilde çalıştığına ilişkin kamunun sahip olduğu inanç olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu kabul ile ayrı bir tartışma konusu olan suçun mağduru hususunun da açıklığa kavuşacağı fikrindeyiz.

2. SUÇUN UNSURLARI

2.1. Maddi Unsurlar

2.1.1. Suçun Konusu

Bankacılık Kanununun 160. maddesinde, söz konusu suçun konusu, “*para, para yerine geçen evrak veya senetler ile diğer mallar*” şeklinde belirlenmiştir. Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanununda ise suçun konusu “*bankaya ait para veya sair varlıklar*” olarak ifade edilmiştir. 5411’in düzenlemesi 765 sayılı

⁵ Hasan Tahsin Gökcan, “Güveni Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar”, Ankara, 2008, s. 439.

⁶ Güneş Okuyucu Ergün, “Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu”, Ankara, 2008, s. 151.

⁷ İst. 8. Ağır Ceza Mahkemesi, 21.02.2006, E. 2004/1, K.2006/17, 483. kararı zikreden: Davut Gürses, “Bankacılık Kanunu’na Göre Zimmet Suçu”, İstanbul, 2009, s.35.

TCK'da sayılan zimmet suçunun unsurlarıyla birebir aynıdır. Kanun koyucu, muhtemelen her türlü tereddüdün önüne geçebilmek kaygısıyla para, para yerine geçen evrak veya senetler ile diğer mallar şeklinde gereksiz bir tekrara düşmüştür. Oysa aynı anlama ve kapsama sahip olmak üzere, sadece "mal" kavramını kullanması daha yerinde olurdu. Zira maddede sayılan para, para yerine geçen evrak veya senetler de mal kavramına dâhildir. Mal kavramı sahip olunan değerli şey anlamı taşıyan; para ve para yerine geçen evrak ve senetleri kapsayan bir üst kavramdır⁸. Para kavramı, devlet tarafından bastırılan ve değişim aracı olarak kullanılan maden ve kâğıt parçalarını ifade etmektedir⁹. Para yerine geçen evrak senetler ise, ibrazında paraya çevrilebilen bono, çek, poliçe, hisse senetleri, tahviller, hükümet tarafından çıkarılmış hamiline yazılmış senetler, kuponlar ve haiz oldukları yetki uyarınca kuruluşlar tarafından çıkarılıp yasa gereği tedavül eden diğer belge ve senetleri ifade etmektedir¹⁰. Öğretide "para yerine geçen evrak veya senedin" suçun maddi konusunu oluşturabilmesi için suç tarihinde mutlaka ekonomik bir değer taşımaları gerektiği kabul edilmektedir¹¹. 4386 sayılı kanun döneminde diğer mallardan sadece taşınır malların anlaşılması gerektiği, taşınmaz malların zimmet suçunun konusu olamayacağı ancak bunlardan elde edilen gelirlerin zimmet suçunun konusu olabileceği belirtilmiştir¹². Yeni kanunun madde gerekçesinde mal kavramının taşınır ve taşınmaz malları kapsadığı ifade edilmiştir. Bankacılık Kanunu'nun zimmet suçuna ilişkin madde gerekçesinde düzenlemenin 5237 sayılı TCK'nın 247. maddesi paralelinde yapıldığı vurgulanmıştır. Bu nedenle mal kavramının sadece taşınırları kapsayacak şekilde dar yorumlanamaz. Sonuç olarak suçun konusu para ve para yerine geçen evrak ve senetler ile taşınır ve taşınmaz mal'dan ibarettir. Böylelikle bu kanuna göre aynı haklar, maddi olmayan varlıklar suç konusu olmaktan çıkmış bulunmaktadır. Sonraki düzenleme lehe hükümler getirdiğinden 4389 sayılı kanunun, bu kanun kapsamı dışında cezalandırdığı suç konusuyla ilgili eylemler suç olmaktan çıkarılmıştır.

4389 sayılı kanunda bankacılık zimmetinin "*bankaya ait para ve sair varlıklar*" üzerinde işlenebileceği düzenlenmiştir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ise suça konu değerlerin mülkiyetinin aidiyeti hususunda herhangi bir hü-

⁸ İlhan Üzülmüş, "Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu", **HPD Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 05, Aralık 2005, s.218.

⁹ Gökçen, "**Bankalar Kanunu'nda Düzenlenen Zimmet Suçu**" s.2759.

¹⁰ Sahir Erman, Çetin Özek, "**Ceza Hukuku Özel - Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar**", 1992, İstanbul, s.23.

¹¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, "**Ceza Hukuku Özel Hükümler**", 2012, Ankara, s. 634.

¹² Ayhan Önder, "**Ceza Hukuku Dersleri**", 1992, İstanbul, s. 113; Sahir Erman, Çetin Özek, "**Ceza Hukuku Özel - Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar**", s.24; Süheyl Donay, "**Bankacılık Ceza Hukuku**", 2007, İstanbul, s. 41.

küm yoktur. Öğretide, bankacılık zimmeti suçunun oluşabilmesi için, suça konu eşyanın bankaya ait olması gerektiği yönünde görüşler ağırlıkta olmakla birlikte aksi yönde görüşler de mevcuttur.

Bir görüşe göre, zimmet suçunun oluşabilmesi için suça konu eşyanın mülkiyetinin bankaya ait olması gerekir¹³. Zira zimmet suçunun şartı suça konu eşyanın banka mülkiyetinde bulunmasıdır. Bu görüşe göre bankaya ait olmayan eşyanın zimmete geçirilmesi halinde zimmet suçu değil şartları varsa hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlar oluşabilecektir.

Özgenç'e göre ise suçun oluşumu bakımından, suça konu malların bankaya ait olması zorunlu değildir¹⁴. Dolayısıyla banka mülkiyetinde bulunmayan malvarlığı değerleri de zimmet suçuna konu olabilecektir. Önemli olan eşyanın zilyetliğinin fail üzerinde olmasıdır.

Suçta konu eşyanın mülkiyetin bankaya ait olması gerektiği aksi takdirde suçun oluşmayacağına kabulü halinde bankacılık zimmeti suçunun uygulama alanının daralacağı ve suçun oluşturulma nedenine aykırı hareket edilmiş olacağı görüşündeyiz. Bu nedenle bankanın zilyedinde olan ancak mülkiyeti bankada olmayan malların da suça konu olabileceği kanaatindeyiz.

2.1.2. Hareket

Bankacılık zimmeti suçunun maddi unsurunu oluşturan hareket, zilyetliğinde veya koruma veya gözetimi altında bulunan suça konu malın failin kendisinin veya başkasının zimmete geçirilmesidir.

Zilyetlik, kişiye görevini yerine getirmesi için tanınmış, mal üzerinde başkasının gözetimi ve denetimi olmaksızın bağımsız olarak tasarruf edebilme yetkisi sağlar. Görevi nedeniyle kendisine bir malın zilyetliği devre dilen banka mensubu, malın zilyetliğini devir amacı doğrultusunda kullanmalıdır.

Zimmet suçunun söz konusu olabilmesi için banka mensubuna suç konusu değerlerin zilyetliğinin görevi nedeniyle devredilmiş olması icap eder¹⁵. Aksi halde

¹³ Yaşar Alıcı, "Bankacılık Kanunu Şerhi", İstanbul, 2007, s.1279; Seza Reisoğlu, "Bankacılık Kanunu Şerhi 2. Cilt", Ankara, 2007, s.1718; Hüseyin Avsallı, "Zimmet Suçu", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi SBE, 2006 s.192; Gökcan, "Güveni Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar", s.440.

¹⁴ Özgenç, "Zimmet Suçu", s.80.

¹⁵ "Zimmet suçunun oluşumu ve niteliğinin belirlenmesi bakımından suç tarihleri itibarıyla sanık banka görevlisinin imzaya, tahsilât, tediye ve mahsuba ilişkin fişleri kesmeye, para tahsil ve tediyesine, tevdiat hesabı açıp kapamaya, hesaplar arasında virman yapmaya yetkisi olup olmadığı araştırılmalıdır. Paranın görevin normal fonksiyonu olarak verilip verilmediği ve muhafaza ve denetim sorumluluğu bulunup bulunmadığı da tespit edilmelidir." 5.CD E. 2003/512 K. 2003/4045 T. 25.6.2003 (Kazancı Karar Otomasyon sistemi, Erişim Tarihi: 25.06.13)

görevi nedeniyle devredilmemiş, sadece kişisel nedenlerden ötürü devredilmiş bir eşyanın devir amacına aykırı olarak kullanılması halinde zimmet suçu değil, diğer koşulları varsa güveni kötüye kullanma veya dolandırıcılık suçunun oluşması gündeme gelir¹⁶. Önemli olan unsur, zilyetliğin faile görevi nedeniyle devredilmiş olmasıdır. Örneğin bankada görevli bir personel, kendisine değil de başka bir personele zilyetliği devredilmiş mal varlığına ilişkin değeri mal edinmesi durumunda hırsızlık suçu oluşur¹⁷. Bu alanda öğretide zilyetlik ve zilyetliğin devri konusunda çeşitli tartışmalar mevcuttur.

Zilyetliğinde veya koruma veya gözetimi altında bulunan suça konu malın failin kendisinin veya başkasının zimmete geçirilmesinden bahsedildiği için; fail zilyedi olmadığı ancak koruma ve gözetimi altında bulunan malı zimmetine geçirerek de bu suçu işleyebilir. Öğretideki ağırlıklı görüş koruma ve gözetme yükümlülüğünün mala veya paraya zilyet olmayı zorunlu kılmadığı yönündedir¹⁸. Yükümlülüğün mala zilyet olmayı zorunlu kıldığı kabul edildiği durumda kanunda ayrıca veya koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan mala şeklinde bir ifadenin anlamını kaybedeceği için kanun koyucunun da bu yükümlülük için zilyet olmayı zorunlu görmediği fikrindeyim.

Zilyetliği kendisine devredilmiş olmasa bile koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları da zimmet suçunu işlemiş olacaktırlar. Burada bu durum seçimlidir. Herhangi birisinin gerçekleşmesiyle maddi unsurun şartı yerine gelmiş sayılır.

Koruma ve gözetim yükümlülüğünün kimleri kapsadığı öğretide tartışılan bir konudur. Bir görüşe göre¹⁹; koruma ve gözetme yükümlülüğünün ancak bu konuda özel olarak yükümlendirilen banka personeli için geçerlidir, koruma ve gözetme yükümlülüğünün ihlali ile zimmet suçuna sebebiyet verebilecek olan-

¹⁶ “Bir daire mutemedinin zimmet suçunun oluşabilmesi için paraların kendisine görevinin normal fonksiyonu gereği bir yasaya uygun olarak tevdi edilmiş bulunması zorunludur. Gerçek olmayan veya yasaya uygun düzenlenmeyen belgeler kullanarak elde ettiği paralar yönünden mutemedin görevinin gereği bir sorumluluğundan bahsedilemez. Kendisine yasaya uygun olmayan şekilde ödeme yapılmasına olanak sağlayacak belgeler aldatıcı nitelikte ise evrakta sahtekârlık ve dolandırıcılık; aksi takdirde ise görevi kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçunu oluşturacağı nazara alınmalıdır.” **5.CD E. 2002/8345 K. 2003/2485 T. 30.4.2003** (Kazancı Karar Otomasyon sistemi, Erişim Tarihi: 25.06.13)

¹⁷ “Banka özel güvenlik görevlisi olan sanığa teslim edilmiş bir para bulunmadığı ve ATM makinasına para yerleştirmekle görevli teknisyen Ersin'e yardım ettiği sırada suça konu parayı gizleyerek mal edindiği anlaşılmışa göre eylem TCK.nun 491/3 maddesinde öngörülen hırsızlık suçunu oluşturur.” **11.CD E. 1999/6819 K. 1999/8483 T. 6.12.1999** (Kazancı Karar Otomasyon sistemi, Erişim Tarihi: 25.06.13)

¹⁸ Aksi yönde: Reisoğlu, “**Bankacılık Kanunu Şerhi 2. Cilt**”, s. 1719

¹⁹ Haznedar, “**Bankacılık Zimmeti Suçu**”, s.1719.

ların, denetim komitesi üyeleri, banka teftiş kurulu üyeleri ile banka iç kontrol birimi üyeleridir. Bu belirtilen banka personellerinin asli görevi denetim olup, bu denetimin bir amacı da banka malvarlığını korumak ve gözetmektir.

Farklı bir görüşe²⁰ göre ise belirtilen banka personeli haricindeki diğer personelin de banka malvarlığını koruma ve gözetme yükümlülüğü işin doğası gereği vardır ve bu personelin bankaya olan sadakat yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır.

Koruma ve gözetme yükümlülüğü için özel bir görevlendirme şartının aranması durumunda suçun uygulama alanı aşırı şekilde daralacaktır; bunun yanında koruma ve gözetim yükümlülüğü için sadakat yükümlülüğünün esas alınması halinde ise suçun uygulama alanı belirsizleşip genişleyecektir.

Bankacılık zimmeti, malın doğrudan mal edinilmesi, hesapları uygun olmayan kişilere ilişkin olumlu provizyon vererek bunlara ödeme yapılmasının sağlanması, usulsüz kredi kullandırılması gibi yöntemlerle işlenebilir.

Banka kaynağı olarak ifade edilen, bankanın mülkiyetinde veya zilyesinde bulunan malvarlığı değerlerinin herhangi bir işleme dayanmadan zimmete geçirilmesi durumunda suçun olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. Tartışmalar kredi ilişkisi bağlamında zimmet suçunun nasıl olduğu konusunda toplanmaktadır. Hukuka uygun olarak verilen kredinin kredi borçlusu tarafından ödenmemesi durumunda zimmet suçu oluşmaz. Var olan hukuki ilişki hileye dayanmadığı takdirde zimmet suçunun olduğundan söz edilmez.²¹ Önemli olan husus kredinin verildiği anda bankacılık kurallarına uygun bir şekilde verilmesidir. Bir kredi işlemi yapılırken gerekli istihbarat yapılmış ve bunun sonunca krediyi alanın kredi yeterliliği olan bir kişi olduğu tespit edilmiş ve daha sonra gerekli teminatlar alınarak kredi verilmişse bu durumda zimmet suçundan bahsedilmez.

Ancak örneğin, kredi vermekle yetkilendirilen banka mensubunun, üçüncü kişinin kredi değerliliği ile ilgili olarak yaptığı araştırma olumsuz sonuçlanmasına rağmen, menfaat karşılığı söz konusu kişiye kredi vermesi yahut bu durumunu bilerek ortaya çıkmamasını sağlamak için gerekli araştırmayı yapmadan kredi vermesi de bankacılık zimmetini oluşturur.

Bu konuda tartışmalı olan başka bir husus ise kullanma zimmetidir. TCK'da kullanma zimmeti suç olarak düzenlenmiş ve cezası konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda bu hususta bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu durumda bankacılık bakımından kullanmanın suç oluşturup oluşturmayacağı öğretide tartışma yaratmıştır.

²⁰ Gürses, "Bankacılık Kanununa Göre Zimmet Suçu", s.57.

²¹ Özgenç, "Zimmet Suçu", s.81.

Korunan hukuki değerın kamu güveni olduğundan hareket eden Mahmutoglu'na göre geçici kullanım da, zimmet eylemlerinden biridir. Zira geçici de olsa kullanım hareketi ile korunan güven ihlal edilmiş olacaktır²².

Özgenç'e göre, Bankacılık Kanunu'nda kullanma zimmetine ilişkin bir hüküm bulunmamasından, bu suçun kullanma zimmeti suretiyle işlenemeyeceği sonucunun çıkarılamayacağını ifade etmektedir. Malın geçici bir süre kullanılması ve iade edilmesi durumunda da bankacılık zimmeti suçı oluşabilecektir.²³

Zimmete geçirme kavramına geçici kullanmanın dâhil olmadığını savunan Gökçen; zimmete konu eşyanın fail tarafından geçici bir süre özel işlerde kullanılıp istendiği anda iade edilmesi halinde (idareye ait otomobil, daktilo, bilgisayar vs.) zimmet suçı gerçekleşmeyeceği görüşündedir.²⁴

Gürses'e göre, bu fiillerin zimmet olarak kabulü failin kastına bağlıdır. Bu kastın tespit edilmesi ise suça konu olan değere göre farklı biçimlerde olabilecektir. Zimmet kastı olmadan, malın geçici bir süre kullanımını ve iadesi gibi bir davranışın sistemsal bir güven ihlaline sebep olmayacağı da açıktır. Geçici kullanıma uygun olmayan bir malvarlığı değerinin geçici olarak kullanım amacıyla alınması durumunda yazara göre suç oluşacaktır. Bu durumda ayrıca failin kastının araştırılması gerekmez. Suç konusunun para yerine geçen evrak veya senet olması durumunda da geçici kullanım zimmet suçunu oluşturacaktır. Çünkü para yerine geçen evrak veya senet geçici olarak kullanıma uygun değildir.²⁵

Reisoğlu ise zimmet suçunda asıl amacın mal edinmek olduğunu savunmuş ve bu nedenle geçici kullanımın zimmet suçunu oluşturmayacağını ifade etmiştir²⁶.

Yargıtay'ın birçok kararında da banka çalışanın suça konu malı iadesi halinde kullanım zimmetine hükmedilmiştir²⁷. Kanaatimizce kıyas yasağı, banka

²² Mahmutoglu, "Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar" s. 239.

²³ Özgenç, "Zimmet Suçu", s.88.

²⁴ Gökçen, "Bankalar Kanunu'nda Düzenlenen Zimmet Suçu", s.2774.

²⁵ Gürses, "Bankacılık Kanununa Göre Zimmet Suçu", s.61.

²⁶ Reisoğlu, "Bankacılık Kanunu Şerhi 2. Cilt", s. 1722.

²⁷ "Mudiler E. B., S. K. ve İ. C.'nin hesaplarından çektiği tutarların tümüyle M.T.'nin hesabından çektiği miktardan 5.520 Alman Markını hakkında ihbar, uyarı ve soruşturma olmadan 27.7.2000'e kadar olan değişik tarihlerde bankadaki hesaplara yatıran sanığın bu eyleminin kullanma zimmeti niteliğinde olduğu gözetilip, bu paraların çekildiği ve yatırıldığı tarihler arasındaki sağlayacağı nema miktarı hesaplatılıp, bulunacak bu tutarın M.T.'nin hesabından çektiği ve olayın 14.8.2000 tarihinde ortaya çıkması sebebiyle temellük zimmeti mahiyetinde olan diğer miktara eklenmesiyle zimmet tutarının belirlenmesi gerekirken bilirkişilerce sanığın sağlayabileceği yarar olarak hesaplanan değer esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması..." 5.CD E. 2007/3099 K. 2011/23264 T. 3.11.2011 (Kazancı Karar Otomasyon sistemi, Erişim Tarihi: 25.06.13)

zimetinin kullanım zimmeti olarak işlenmesi halinde TCK'da bulunan hükümden yararlanmamıza olanak tanımamaktadır. Zimmet suçunun özel şeklinin düzenlendiği 5411 sayılı Kanun'un 160. maddesinde kullanım zimmetine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından bu durumlarda kullanım zimmeti oluştuğuna karar verilmesinin kanunilik ilkesine aykırı olduğu görüşünderiz. Ayrıca maddenin dördüncü fıkrasında *“Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.”* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre malın zimmete geçirilmesiyle suçun oluşacağı ve iade edilmesi halinde ancak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceği görüşünderiz. Bu nedenle Yargıtay'ın malın soruşturma başlamadan ödenmiş olması halinde kullanma zimmeti olarak kabulü gerektiğine ilişkin kararına²⁸ katılmamaktayız.

2.1.3. Fail

Zimmet suçu güveni kötüye kullanma suçunun özel bir şeklidir²⁹. Bu özellik suçun ancak belirli kişiler tarafından işlenebilmesinden kaynaklanmaktadır. Madde uyarınca bankacılıkta zimmet ancak *“banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları”* tarafından işlenebilen özgü bir suçtur. Özgü suçlar ancak kanunda belirtilen özelliklere haiz kişilerin fail olabileceği, bu özellikleri taşımayanların ise suça olan katkılarına göre ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olabileceği suçlardır³⁰.

Failin belirlenmesi için kanunda kullanılan *“banka mensupları”* kavramının kapsamı öğretide bazı tartışmalara sebebiyet vermiştir. Banka mensubundan ne anlaşılması gerektiği, bu kişilerin bankaya doğrudan bir iş sözleşme ile bağlı

“olayda daimi mal edinmenin söz konusu olmadığı, eylemin kullanma zimmeti niteliğinde olduğu anlaşıldığından, çekilen paraların sanığın uhdesinde kaldığı süre içinde sağladığı yararın saptanmasından sonra bu miktar esas alınarak kullanma zimmetinden hüküm kurulması yerine yazılı şekilde karar verilmesi...” **5.CD E. 1999/84 K. 1999/1425 T. 14.4.1999** (Kazancı Karar Otomasyon sistemi, Erişim Tarihi: 25.06.13)

²⁸ “Müşteki Y.N. hesabından 18.6.1996 tarihinde 530.747.870 lirayı ve müşteki H.G. hesabından 29.9.1997 tarihinde 850.000.000 lirayı mal edinmesi ile ilgili olarak bu iki müştekinin soruşturma sırasında “sanıktan paramızı aldık, alacağımız yok” demiş olmalarına göre; mal edinilen meblağların müştekilere ne zaman ödendiğinin araştırılıp, soruşturma başlamadan ödenmiş olması halinde kullanma zimmeti olarak kabulü ve nemasının hesaplatılıp toplam zimmete dâhil edilmesi gerekirken bu miktarların hiç dikkate alınmaması...” **5.CD E. 2002/1722 K. 2002/8771 T. 25.12.2002** (Kazancı Karar Otomasyon sistemi, Erişim Tarihi: 25.06.13)

²⁹ Bankacılık zimmeti suçunu “inancı kötüye kullanma, güveni kötüye kullanma” isimlendiren yazarlar mevcuttur. Mahmutoğlu, *“Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar”*, s. 229.

³⁰ Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, *“Ceza Hukuku Genel Hükümler”*, Ankara, 2012, s. 104.

olması gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Öğretide ağırlıklı görüş kanun koyucunun “banka mensubu” gibi geniş bir ifadeyi bilinçli olarak tercih ettiği dolayısıyla çalışma şekli ve düzeni bakımından herhangi bir sınırlama gözetilmeksizin tüm çalışanların fail olabileceği şeklinde yorumlamak isabetli olacağı yönündedir³¹. Kavramın bu şekilde geniş kabul edilmesi halinde banka güvenlik görevlileri görevleri nedeniyle kendilerine zilyetliği devredilmiş olan silah bakımından suçun faili olabileceği gibi temizlik çalışanları aynı şekilde kendilerine zilyetliği devredilmiş olan malzemeler bakımından bankacılık zimmeti suçunun faili olabilecektir. Bu durumda sorumluluk alanının fazlasıyla genişleyeceği, bu nedenle banka mensupları kavramının madde amacına uygun bir şekilde sınırlandırılması gerektiği kanaatindeyiz.

2.1.4. Mağdur

TCK'nın 247. maddesinde düzenlenmiş olan zimmet suçunun bankalar için uyarlanmış şekli olan bankacılık zimmetinin mağdurunun belirlenmesinde zimmet suçunun mağdurunun da değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Mağdurun tespiti zincirleme suç hallerinin belirlenmesinde önem arz etmektedir.

Mağdurun belirlenmesi öğretide tartışma yaratan en önemli konu tüzel kişilerin suçun mağduru olup olamayacağıdır³². Bazı yazarlar tüzel kişilerin gerçek kişilerden bağımsız menfaatlere sahip özgü varlıklar olduğu dolayısıyla mağdur olabileceklerini savunurken³³, öğretide ağırlıklı görüş gerçek kişilerin suçun mağduru olabileceği, tüzel kişilerin suçtan zarar gören olarak değerlendirilebileceği yönündedir³⁴. Suçun mağdurunu belirlerken mağdur- suçtan zarar gören ayrımına dikkat etmek kavramları karıştırmamak gereklidir³⁵.

³¹ Mahmutoglu, “Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar”, s. 231; Gökçen, “Bankalar Kanunu’nda Düzenlenen Zimmet Suçu”, s.2753; İnceoğlu, “Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan Suçlar” s. 115, Donay, “Bankacılık Ceza Hukuku”, s: 110; Gökcan, “Güveni Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar”, s.440.

³² Yargıtay’ın öğretinin ağırlıklı görüşünün aksi yönünde şirketlerin de mağdur olabileceği yönünde kararı vardır. CGK E. 2009/11-109 K. 2010/48 T. 9.3.2010 (Kazancı karar otomasyon sistemi, Erişim Tarihi 27.05.13)

³³ Nevzat Toroslu, “Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu”, Ankara, 1970, s. 174; Timur Demirbaş “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara, 2009, s. 508.

³⁴ Koca, Üzülmüş, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s. 106.

³⁵ Mağdur- suçtan zarar gören ayrımına ilişkin ayrıntılı bilgi; Özgenç, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara, 2012, s.211; Yener Ünver, “Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer”, Ankara, 2003, s.144.

Tüzel kişinin mağdur olabileceğini kabul eden görüşe göre zimmet suçunun mağduru devlet³⁶, buna bağlı olarak da bankacılıkta zimmet suçunun mağduru banka tüzel kişileridir³⁷. Aynı yönde Yargıtay da bir kararında müsadere ilişkisi bir tartışmada bankacılık zimmeti suçunun mağdurunun banka olduğunu belirtmiştir³⁸.

Tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağını ancak suçtan zarar gören olabileceğini savunanlar ise suçunun mağdurunun olup olmadığı veya var ise kimin mağdur olduğu hususunda farklı görüşler ileri sürmektedir. Tüzel kişilerin mağdur olamayacağını dolayısıyla bu suçun mağduru olmadığını³⁹ savunan Meran'ın⁴⁰ aksine Üzülmez mağdurun kamu idaresi olduğunu ifade etmektedir⁴¹. Bir başka görüş⁴² ise zimmet suçunun mağdurunun toplumu oluşturan tüm bireyler, dolayısıyla kamu olduğu yönündedir. Buna bankacılık zimmeti suçunun mağduru kamu, banka tüzel kişiliği ise suçtan zarar görendir.

Mağdurun suçun konusunun ait olduğu kişi olduğu, dolayısıyla zimmet suçunun mağdurunun da suçun konusu olan malın maliki olduğunu savunan Özgenç'e⁴³ göre; bankanın mülkiyetinde bulunan mal varlığı değerlerinin zimmete geçirilmesi halinde mağdur bankanın ortakları, bankanın zilyedinde ancak farklı kişilerin mülkiyetinde olan malların zimmete geçirilmesinde mağdur mal sahipleridir.

2.2. Manevi Unsur

Bir suçun varlığından söz edilebilmesi için sadece objektif tipikliğin sağlanmış olması yeterli değildir. Ayrıca işlediği fiil ile kişi arasında subjektif bir bağın da bulunması gereklidir⁴⁴. Kural olarak suçlar kasten işlenir. Gerek

³⁶ Nevzat Toroslu, “**Ceza Hukuku Genel Kısım**”, Ankara, 2010, s. 95. Kaşıt görüşü devletin hak süjesi olamayacağını dolayısıyla mağdur olamayacağını savunmaktadır. Özgenç, “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, s.213.

³⁷ Mahmutoğlu, “**Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**”, s. 232; Selman Dursun, “**Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**”, Seçkin, Ankara, 2006, s.65; İnceoğlu, “**Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan Suçlar**”, s.55.

³⁸ “...mağduru banka olan zimmet suçundan ceza tayininde ...”, “...suçun mağduru olan ve zararının re’sen tazminine karar verilen bankanın...” 7.CD E. 2007/14823 K. 2008/643 T. 31.1.2008 (Kazancı karar otomasyon sistemi, Erişim Tarihi 27.05.13)

³⁹ Aksi görüş her suçun mutlaka bir mağduru vardır. Koca, Üzülmez, “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, s.105.

⁴⁰ Necati Meran, “**Zimmet – Rüşvet – İrtikâp ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları**”, Ankara, 2008, s.35.

⁴¹ Üzülmez, “**Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu**”, s.218.

⁴² Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, Ankara, 2011, s. 23.

⁴³ Özgenç, “**Zimmet Suçu**”, s.89.

⁴⁴ Koca, Üzülmez, “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, s.131

TCK'da düzenlenen zimmet ve güveni kötüye kullanma suçu, gerek bankacılık zimmeti suçu kasten işlenebilen suçlardır. Madde metninde yalnızca doğrudan kast ile işlenebileceği belirtilmediğinden, bankacılık zimmeti suçunun olası kast ile işlenmesi de mümkündür⁴⁵.

Kast suçun tüm unsurlarını kapsamalıdır, dolayısıyla suçun unsurlarından birisinde hataya düşülmesi halinde kişinin kastı ortadan kalkacak ancak taksir sorumluluk hali devam edecektir. Bankacılık zimmetinin taksirli hali suç olarak düzenlenememiş olduğundan, hataya düşen kişi sorumlu tutulmayacaktır⁴⁶.

Bazı Yargıtay kararlarında zimmet suçunun oluşması için 765 sayılı kanun döneminde özel kast olarak ifade edilen amaç-saik unsuru aranmıştır. Bu durum öğretide de tartışmalara yol açmıştır. Donay, Mahmutoğlu ve Gökçen⁴⁷ suçun oluşumu için yarar sağlama hareketinin var olması gerektiğini savunurken, aksi görüşte olan Özgenç⁴⁸ ise suçun unsurlarının kanunda açık olarak sayıldığı ve bu unsurların içerisinde fayda sağlamaya işaret edilmediği bu nedenle suçun oluşması için yarar sağlamanın şart olmadığını belirtmişlerdir.

2.3. Hukuka Aykırılık

Hukuka uygunluk nedenleri suçun unsurlarından biri olan hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp eylemi hukuken meşru hale getiren nedenlerdir. Bankacılıkta zimmet suçunun kanuni tanımında özel bir hukuka uygunluk nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenle bankacılık zimmeti açısından hukuka uygunluk, tüm suçlar için geçerli olan TCK'nın genel kısmında düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri⁴⁹ çerçevesinde incelenecektir.

3. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

3.1. Suçun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Hali

Filil suçun açığa çıkmasını önlemek amacıyla hile kullanılarak işlenmesi suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hali olarak düzenlenmiştir. Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; bankacılık zimmeti

⁴⁵ Özgenç, "Zimmet Suçu", s.90.

⁴⁶ Üzülmüş, "Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu" s.222; Donay, "Bankacılık Ceza Hukuku", s.44.

⁴⁷ Donay, "Bankacılık Ceza Hukuku", s.44; Mahmutoğlu, "Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar", s. 258; Gökçen, "Bankalar Kanunu'nda Düzenlenen Zimmet Suçu", s.2775.

⁴⁸ Özgenç, "Zimmet Suçu", s.50.

⁴⁹ Görevin yerine getirilmesi (TCK24/1), Meşru savunma (25/1), Hakkın kullanılması (26/1), İlgilinin rızası (26/2).

suçunun zimmet fiilinin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilecektir. Aynı fıkroda verilecek adli para cezasının miktarının bankanın uğradığı zararın üç katından az olamayacağı ve meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece re'sen ödettirilmesine hükümlenacağı belirtilmiştir.

Nitelikli halin gerçekleşmesi için “hileli bir davranış”ın varlığı şarttır. Ayrıca bu hileli davranış suçun açığa çıkarılmasını engellemeye yönelik olmalıdır⁵⁰. Somut olayda bu iki durumun varlığı ve hilenin zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya elverişli olması halinde, zimmet suçu daha ağır bir ceza ile cezalandırılacaktır.

Hileli davranışın gerçekleşme zamanı suçun tespiti bakımından önem arz etmektedir. Zira kanun koyucu zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi ifadesine yer vermiştir. Buna göre hileli davranışın zimmete geçirme fiilinden sonra gerçekleşmesi halinde basit zimmet suçunun ve Ceza Kanunu'nun 281. maddesinde düzenlenmiş olan suç delillerini yok etme gizleme veya değiştirme suçunun gerçekleşeceği kanaatindeyiz. Bankacılık zimmetinin nitelikli halini kabulü için hileli davranışların zimmete geçirmenin tamamlanmasından sonraki aşamayla ilgili olmayıp, doğrudan suçun işlenmesi aşamasıyla ilgili olmalıdır.

765 sayılı mülga Ceza Kanunu'nun 202. maddesinde düzenlenen zimmet suçunun nitelikli haline ilişkin fıkroda “dairesini aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle” ifadesine yer verilmiştir. Bu sebeple Yargıtay kararlarında hileli davranışın aldatıcı niteliğe sahip olup olmadığına ilişkin tartışmalar yapılmış⁵¹ ve hatta hileli davranışın aldatıcı niteliğinin tespiti hususunda bilirkişilerden rapor istenmiştir⁵². 5411 sayılı Kanun'un açık ifadesinden anlaşılacağı üzere suçun zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi yeterlidir. Ayrıca bu hileli davranışların aldatıcı niteliği üzerine yapılacak araştırmanın manasız olduğu görüşündeyiz.

⁵⁰ Haznedar, “Bankacılık Zimmeti Suçu”, s.1180; Gökçen, “Bankalar Kanunu'nda Düzenlenen Zimmet Suçu”, s.2777.

⁵¹ CGK E. 1998/6-280 K. 1998/359 T. 24.11.1998 (Kazancı karar otomasyon sistemi, Erişim Tarihi 27.05.13)

⁵² “İktisat Fakültesi öğretim görevlisi bir Profesör, Hukuk Fakültesinden bir araştırma görevlisi ve emekli banka müdüründen oluşan 3 kişilik bilirkişi kurulunun raporunda da, “sanığın bir kısım dekontları yok ettiği sabit ise de, şube muhasebe servisinin gerekli mutabakat ve denetimleri yapması halinde hemen ortaya çıkabilecek türden olduğu, dekontların yok edilmesinin zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya elverişli hileli davranış niteliğini taşımadığı, bu nedenle eyleminin nitelikli zimmet olarak kabul edilemeyeceği” belirtilmektedir.” CGK E. E. 2008/7-151 K. 2009/9 T. 27.1.2009 (Kazancı karar otomasyon sistemi, Erişim Tarihi 27.05.13)

3.2. Suçun Daha Hafif Cezayı Gerektiren Nitelikli Hali

Bankacılık zimmeti suçunun hafif cezayı gerektiren nitelikli hali Kanun'un 160. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenmiştir. Suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle cezada indirim öngörülmüştür.

Ceza Kanunu'nun 249. maddesinde de zimmet suçunda malın değerinin az olması halinde verilecek cezada indirim öngörülmüştür. Maddede; "Zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir" ifadesine yer verilmiştir. Maddenin gerekçesi şöyledir; "Suç konusu malın değerinin az olması durumunda zimmet suçundan dolayı verilecek cezada belli bir oranda indirim öngörülmüştür. Söz konusu madde metninde bu indirimin oranı belirlenmiştir. Zimmete geçirilen malın değerinin çok az olması durumunda bu tasarruf hoşgörülle karşılanabilir. Suç konusu malın değerinin çok düşük olmasına rağmen bunun zimmete geçirilmesi bir haksızlık oluşturmakla beraber fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevası cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta olmayabilir. Kullanma zimmeti de bazı durumlarda gerek süre gerek biçim bakımından hoşgörülle karşılanabilir."

Suç konusu malın değerinin az olup olmadığının tespiti, gerekçesi gösterilmek suretiyle mahalli mahkemenin takdirindedir⁵³. Zararın tespiti yapılırken suçun işlendiği tarihteki değer dikkate alınır. Mahkeme, zimmete konu olan şeyin suç tarihindeki değerini belirlemeli, bunun günün ekonomik şartlarına ve paranın satın alma gücüne göre değerinin az olup olmadığına karar vermelidir. Değerin hesaplanmasında gecikme faizi dikkate alınmaz, sadece meydana gelen zarar tespit edilir⁵⁴.

4. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

4.1. Suça Teşebbüs

TCK'nın 35. maddesine göre "kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaz ise" suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. Kanun koyucu bu durumda faile verilecek olan cezanın meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre hâkim tarafından belirleneceğini bildirmiştir. Bankacılıkta zimmet suçu bakımından da teşebbüs aşamasında kalan fiillere, teşebbüse ilişkin 35. madde hükmü uygulanacaktır.

⁵³ Donay, "Bankacılık Ceza Hukuku", s.48.

⁵⁴ Artuk, Gökçen, Yenidünya, "Ceza Hukuku Genel Hükümler", s.557.

Zimmet suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususu öğretilerde tartışmalı olmakla birlikte genel görüş, teorik olarak teşebbüsün mümkün olduğu ancak, uygulamada bu durumun tespitinin güç olduğu yönündedir. Zimmete geçirme fiilinin parçalara bölünebildiği durumlarda bu suça teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmektedir.

Failin icra hareketlerine başladıktan sonra, bu hareketleri tamamlamaktan vazgeçmesi de mümkündür ve bu durum gönüllü vazgeçme olarak adlandırılmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın Gönüllü Vazgeçme başlıklı 36. maddesine göre, "Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır." Buna göre, zimmet suçunun icra hareketlerine başlayan fail, bu hareketleri tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçerse, bu aşamaya kadar gerçekleştirdiği hareketler başka bir suçu oluşturmadıkça, cezalandırılmayacaktır.

4.2. Suça İştirak

5411 sayılı Kanunda düzenlenen bankacılık zimmeti suçu, "özgü suç" niteliği taşımaktadır. Özgü suçlarda ancak belli niteliğe sahip olan ve özel faillik niteliğini taşıyan kişiler suçun faili olabilir. Kanunda belirtilen nitelikleri taşımayan kişiler ise; 5237 sayılı TCK'nın 40. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen bağıllık kuralı gereğince ancak "azmettiren" veya "yardım eden" olarak sorumlu tutulabilir. Bankacılık zimmeti suçunda banka mensuplarının suç faili olması, suça konu mal veya paranın zilyetliğinin görevleri nedeniyle kendilerine devredilmiş veya bu kişilerin mal veya paraları koruma yükümlülüğünün bulunmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, suçun faili ancak yasada belirtilen "banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları" olabilir. Bu sıfatları ve suça konu mala görev gereği zilyetlikleri bulunmadığı halde failin fiiline iştirak eden diğer kişilerin fiile iştiraklerinin niteliğine göre ayrıca cezalandırılmaları söz konusu olacaktır. Banka mensubu olmayan kişiler, bankacılık zimmeti suçunun faili olamayacakları gibi bu suçta müşterek fail dahi olamazlar.

İştirak halinde işlenmiş bir suçta gerçekleşen gönüllü vazgeçmeden sadece gönüllü vazgeçen şerik yararlanabilecektir (TCK m.41/1). Çünkü "gönüllü vazgeçme" cezayı kaldıran şahsi bir sebep olup diğer suç ortaklarına sirayet etmez⁵⁵.

Gönüllü vazgeçme nedeniyle suç gerçekleşmezse bu durumda fail cezalandırılmaz, ancak vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen fiiller başka bir suç oluştuysa ondan sorumlu olacaktır (TCK m.36)

⁵⁵ Avsallı, "Zimmet Suçu", s 116.

4.3. Suçların İçtimaı

Bankacılık zimmeti suçunda içtima konusu 5411 sayılı Kanunun 161. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Anılan madde; “Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun sorumluluğu gerektiren hükümleri saklıdır.” hükmünü içermektedir.

İçtima ile ilgili olarak genel hüküm niteliğindeki TCK 44. maddesine göre ise; “İşlediği bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” TCK’daki hüküm, “işlenen bir fiil” ile birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet verilmesi halini fikri içtima kapsamına alırken; Bankacılık Kanunu’ndaki hüküm, Bankacılık Kanunu’na göre suç teşkil eden hareket ve fiillerin başka kanunlara göre de cezayı gerektirmesi durumunu içtima kapsamına almıştır. 161. madde, yapılan ihlaller bakımından Bankacılık Kanunu ile diğer kanunlar arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Hüküm, Bankacılık Kanunu’nun çeşitli hükümlerinin ihlal edildiği bir olaya çözüm getirmemektedir. İşlenen bir fiille Bankacılık Kanunu’nun birden fazla hükmünün ihlal edilmesi durumunda, TCK’nın 44. maddesinin uygulanması ve failin en ağır cezayı gerektiren maddeye göre cezalandırılması gerekmektedir⁵⁶.

5. YAPTIRIM

Bankacılık alanında zimmet suçuna ilişkin düzenleme yapılmadan önce bu tür eylemler TCK’nın hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılmaktaydı. Bankacılık alanında zimmet suçu; ilk defa kamu bankalarına ilişkin olarak 399 sayılı KHK’nın 11. maddesi ile getirilmiştir. Madde hükmüne göre kamu iktisadi teşebbüsü statüsündeki bankaların mensupları memur sayıldıklarından haklarında TCK’nın 202. ve 203’üncü maddelerine göre zimmet ve zimmete sebebiyet verme suçlarında işlem yapılabilme yolu açılmıştır. 4389 sayılı kanunun 22’inci maddesinin 3 ve 4’üncü fıkralarında, özel kamu ayrımı yapılmaksızın bütün bankaların görevlileri için zimmet suçu oluşturulmuştur.

Bankacılık zimmeti suçunun basit şeklinin öngörüldüğü Bankacılık Kanunu 160. maddesinin 1. fıkrasında “altı yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına ve bankanın uğradığı zararın tazminine” hükmedileceği belirtilmiştir.

Nitelikli bankacılık zimmeti suçunu düzenleyen 160. maddesinin 2. fıkrası gereğince ise; suçun nitelikli hali gerçekleştiği takdirde suçun faili hakkında üst

⁵⁶ Donay, “Bankacılık Ceza Hukuku”, s.120

sınırı belirtilmeksizin on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve mağdur bankanın uğradığı zararın 3 katından az olmamak üzere yirmi bin güne kadar adli para cezasına hükmolunacak ve ayrıca ödenmediği takdirde banka zararın re'sen ödettilmesine karar verilecektir. Maddede hapis cezasının üst sınırı belirtilmediğinden, ceza tayininde süreli hapis cezalarında üst sınırı belirleyen genel hüküm niteliğindeki TCK'nın 49. maddesi gereğince hükmedilecek hapis cezası 20 yıldan fazla olamayacaktır⁵⁷.

Bankacılık zimmeti suçunda dava zamanaşımı yönünden gerek basit gerekse nitelikli halleri açısından Bankacılık Kanununda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, dava zamanaşımı süresi yönünden TCK 66. maddesindeki genel hüküm uygulanmak gerekecektir.

5.1. Etkin Pişmanlık

Zimmet suçu suç konusu mal varlığı değerinin zimmete geçirilmesiyle tamamlanmış olacaktır, meydana gelen zararın ödenmesi etkin pişmanlık bağlamında dikkate alınacaktır. Kanunda zararın ödenme anına göre farklı ceza indirimleri öngörülmüştür. Malların iadesinin veya zararın tazmininin soruşturma başlamadan önce, soruşturma başladıktan sonra ancak kovuşturma aşamasına geçilmeden önce ve hüküm verilmeden önce gerçekleşmesi halleri için ayrı indirimler belirlenmiştir.

Soruşturma başlamadan önce etkin pişmanlık gösterilmesi halinde 160. maddenin dördüncü fıkrası uygulanacaktır⁵⁸. Buna göre, “Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.”

Dördüncü fıkra hükmü ancak soruşturma başlamadan önce gerçekleşen pişmanlık halleri için uygulanabilir. Failin soruşturmaya başladıktan sonra kovuşturma aşamasına kadar pişmanlık gösterilmesi halinde beşinci fıkra hükmü uygulanmalıdır. 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160. maddesinin beşinci fıkrasına göre, “Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir.” Kovuşturmanın aşaması iddianamenin kabulüyle

⁵⁷ Gülşen Taner, “Zimmet Suçu”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi SBE, 2011, s 181.

⁵⁸ “Sanık zimmetine geçirdiği miktarın tamamını henüz banka müfettişi de olayla ilgili araştırmaya başlamadan önce 20.12.2001 tarihinde ödediği cihetle, ödemeyi soruşturma başlamadan önce gerçekleştirdiğinden hüküm olunan cezasından 5411 sayılı Yasa'nın 160/4. maddesi uyarınca 2/3 oranında indirim yapılması gerekmektedir.” 7.CD E. 2007/12446 K. 2008/762 T. 6.2.2008 (Kazancı karar otomasyon sistemi, Erişim Tarihi 27.05.13)

başlar⁵⁹, iddianamenin düzenlenerek mahkemeye verilmesi, kovuşturma evresinin başlamasını sağlamaz.

Malların iadesinin veya zararın tazminin kovuşturma başladıktan sonra ancak hükümden önce gerçekleşmesi durumunda ise beşinci fıkranın ikinci cümlesi uygulanacaktır. Buna göre, “Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.”

Etkin pişmanlık halinde suç oluşmuş ancak kişi işlediği suçtan pişmanlık duyarak iade veya tazmin yoluna başvurmuştur. Dolayısıyla hareketin haksızlık içeriğinde veya suçun oluşumunda bir değişiklik veya azalma meydana gelmemiştir⁶⁰. Bir başka ifade ile etkin pişmanlık cezaı kaldıran şahsi bir sebeptir. Bu sebeple bankacılık zimmeti suçunun iştirak halinde işlenmesi durumunda etkin pişmanlıktan kaynaklanan ceza indirimi yalnızca pişmanlık gösteren kişiye uygulanacaktır. Fail etkin pişmanlıktan yararlanması şerikleri etkilemeyecektir.

Yukarıda incelediğimiz her üç etkin pişmanlık halinde de söz konusu iade ve tazmin işlemlerinin tamamen gönüllü gerçekleşmesi şarttır. Soruşturma aşamasında failin evinde yapılan aramada zimmete geçirilen malların teslim edilmesi etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilmeyecektir. Zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi gerekir⁶¹. Yargıtay'ın zararın tazmini dışında ayrıca faiz ödemesi gerekmediği yönünde kararı mevcuttur⁶².

⁵⁹ 5271 sayılı Kanun Madde 175/1: İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar.

⁶⁰ Özgenç, “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, s.236.

⁶¹ Özgenç, “**Zimmet Suçu**”, s.95.

⁶² “İade hükümlerinin uygulanması için faiz hariç asıl zimmet tutarının ödenmesinin yeterli olduğu nazara alınarak, anapara nispetinde ödeme yaptıkları anlaşılan sanıkların kesin ödeme tarihleri saptanarak haklarında TCK'nın 202/3. maddesinin uygulanmaması...” **5.CD E. 2004/8497 K. 2005/2876 T. 28.3.2005** (Kazancı karar otomasyon sistemi, Erişim Tarihi 27.05.13)

KAYNAKÇA

- ALICI YAŞAR, “**Bankacılık Kanunu Şerhi**”, İstanbul, 2007.
- ARTUK MEHMET EMİN, GÖKCEN AHMET, YENİDÜNYA AHMET CANNER, “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, Ankara, 2011.
- ARTUK MEHMET EMİN, GÖKCEN AHMET, YENİDÜNYA AHMET CANNER, “**Ceza Hukuku Özel Hükümler**”, Ankara, 2012.
- AVSALLI HÜSEYİN, “**Zimmet Suçu**”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi SBE, 2006.
- DEMİRBAŞ TİMUR, “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, Ankara, 2009.
- DONAY SÜHEYL, “**Bankacılık Ceza Hukuku**”, İstanbul, 2007.
- DURDUN SELMAN, “**Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**”, Ankara, 2006.
- ERMAN SAHİR, ÖZEK ÇETİN, “**Ceza Hukuku Özel - Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar**”, İstanbul, 1992.
- GÖKCAN HASAN TAHSİN, “**Güveni Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**”, Ankara, 2008.
- GÖKÇEN AHMET, “Bankalar Kanunu’nda Düzenlenen Zimmet Suçu”, **Legal Mali Hukuk Dergisi**, sayı: 9. İstanbul.
- GÜRSES DAVUT, “**Bankacılık Kanunu’na Göre Zimmet Suçu**”, İstanbul, 2009.
- HAZNEDAR MURAT, “Bankacılık Zimmeti Suçu”, **Legal Hukuk Dergisi**, sayı: 52, İstanbul, Nisan 2007.
- İNCEOĞLU AYTEKİN ASUMAN, “**Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan Suçlar**”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi SBE, 2006.
- KOCA MAHMUT, ÜZÜLMEZ İLHAN, “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, Ankara, 2012.
- MAHMUTOĞLU FATİH SELAMİ, “**Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**”, Ankara, 2003.
- MERAN NECATİ, “**Zimmet – Rüşvet – İrtikâp ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları**”, Ankara, 2008.
- OKUYUCU ERGÜN GÜNEŞ, “**Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu**”, Ankara, 2008.
- ÖNDER AYHAN, “**Ceza Hukuku Dersleri**”, İstanbul, 1992.
- ÖZGENÇ İZZET, “**Zimmet Suçu**”, Ankara, 2009.
- REİSOĞLU SEZA, “**Bankacılık Kanunu Şerhi 2. Cilt**”, Ankara, 2007.

TOROSLU NEVZAT, “**Ceza Hukuku Genel Kısım**”, Ankara, 2010.

TOROSLU NEVZAT, “**Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**”, Ankara, 1970.

ÜNVER YENER, “**Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**”, Ankara, 2003.

ÜZÜLMEZ İLHAN, “Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu”, **HPD Hukuki Perspektifler Dergisi**, sayı: 5, İstanbul, 2005.

TÜRK HUKUKUNDA EĞİTİM HAKKI VE ANADİLDE EĞİTİM SORUNU

*Arş. Gör. Gülsüm KAYA**

ÖZET

Çalışmamızda anadilde eğitimin bir hak olup olmadığı değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu maksatla Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası hak bildirileri içinde eğitim hakkının düzenlenmiş olduğu belgeler olarak BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı, Çocuk Hakları Sözleşmesi, bölgesel metin olarak AIHS ve nihayet ulusal belge olarak Türk Anayasası ele alınmıştır. Eğitim hakkının pozitif düzenlenişinden anadilde eğitim hakkına varacak çıkarımlar yapılmasına engel olarak karşımıza iki husus çıkmıştır. Bunların ilki Türkiye Cumhuriyeti'nin anadilde eğitim taleplerine meşru zemin oluşturmaya matuf uluslar arası düzenlemelere mutlaka çekince koymuş olması, ikincisi ise azınlıkların tanınmasının devletlerin iç hukuku ile birebir ilgili olması ve Türkiye'nin Lozan Barış Andlaşmasından farklı olarak bu tür bir tanımayı gerçekleştirmemiş olmasıdır.

Anahtar Kelimeler: *Eğitim Hakkı, Anadilde Eğitim, Azınlıklar.*

ABSTRACT

In this study the object is to consider the education in mother tongue constitutes a right or not. For this purpose the documents which include right to education, as international documents UN Declaration of Human Rights, UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and Convention on the Rights of the Child, as a territorial document European Convention on Human Rights and as a national document the Turkish Constitution were analysed. There were two obstacles in determining the right to education in mother tongue as circumstance of normative layout of right to education. First one is the reservations of the Turkish government to the pertinent provisions of international law, and the second one is the relevance of the recognition of minorities with national law and in Turkey Treaty of Lausanne is the only document including recognition of minorities.

Key Words: *Right to Education, Education in Mother Tongue, Minorities*

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

I. GENEL BİLGİLER

A. TERMİNOLOJİK AÇIKLAMALAR

Eğitim hakkının ana dilde eğitim bazında değerlendirilmesinde kanaatimizce tanımına bakılması gereken kimi kavramlar vardır. Konunun popülerliği bakımından sıklıkla kullanılma durumunda olan azınlık ve ana dil kavramları bunlar arasında özellikle öne çıkmaktadır.

Azınlık kavramının uluslararası hukukta bugüne kadar genel kabul gören bir tanımının yapılamadığı belirtilmiştir¹. Yine de çeşitli kaynaklarda yapılan tanımları incelemekte fayda vardır. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra belirli devletlerde kalan ve çoğunluktan farklı dil, din ya da ırka mensup olan grupların korunması amacıyla yapılan sözleşmelerin yorumlanması sürecinde Uluslararası Sürekli Adalet Divanı tarafından 1931 yılında verilen Yukarı Silezya'daki Alman Azınlık Okulları danışma görüşünde yapılan tanıma göre azınlık *“bir devlette yerleşmiş bulunan ve nüfusu ayrı bir dil, din ya da ırktan oluşan toplumsal gruplar”*ı belirtmektedir². Bu tanım belirli sözleşmelerdeki azınlıkları kapsadığından BM bünyesinde en fazla genel geçerliliği olduğu ve öğretilerde de kabul gördüğü söylenebilecek bir tanım BM Azınlıkların Korunması ve Ayrımcılığın Önlenmesi Alt-Komisyonu Raportörü Capotorti tarafından yapılmıştır³. Capotorti'ye göre azınlık: *“sayıca bir devletin nüfusunun geri kalanından az olan, hakim olmayan durumda bulunan, bu devletin vatandaşı olan üyeleri, nüfusun geri kalanından farklı etnik, dinsel ya da dilsel özelliklere sahip, üstü örtülü de olsa kültürlerini, geleneklerini, dinlerini ya da dillerini korumaya yönelik bir dayanışma duygusu gösteren bir gruptur”*⁴.

Kültürel hakların korunmasının bir parçası olan dilsel insan haklarının korunmasına yönelik bir andlaşma öneren ve eğitim hakkı kapsamına önemli bir boyut ekleyecek olan bu andlaşma önerisinin anahtarı olarak ana dili tanımını yapan Skutnabb-Kangas'a göre ana dili *ya kişinin ilk öğrendiği dil, ya kişinin kendisini kullanıcısı olarak kimliklendirdiği dil ya da kişinin en iyi bildiği dildir*⁵. Pozitif hukuk metinlerine bakıldığında ise Bölgesel Diller ve ya Azınlık

¹ S. Sırrı **TERZİOĞLU**, Uluslararası Hukukta Azınlıklar ve Ana dilde Eğitim Hakkı, Alp Yayınevi, Ankara 2007, s. 2.

² http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_40/01_Ecoles_minoritaires_Avis_consultatif.pdf, E.T. 20.06.2013

³ Hüseyin **PAZARCI**, Uluslararası Hukuk, 5. b., Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 206.

⁴ Francesco **CAPOTORTI**, Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, BM Belge, E/CN.4/Sub.2/384/rev.1, United Nations Publication, New York 1991, s.96'dan aktaran Douglas **HODGSON**, The Human Right to Education, Ashgate-Dartmouth, Sydney 1998, s. 86.

⁵ Joel **SPRING**, The Universal Right to Education: Justification, Definition and Guidelines, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, New Jersey 2000, s. 30.

Dilleri Şartı'nda şöyle bir tanımın yapıldığı görülecektir; “i) sayıları devletin geri kalan nüfusundan daha az olan ve o devletin vatandaşı olan bir grup tarafından o devletin toprakları üzerinde geleneksel olarak kullanılan ve ii) o devletin resmi dil(ler)inden farklı olan diller”⁶.

Bu tanımlar genel olarak değerlendirildiğinde görülecektir ki her tanım tanımı yapan kurum ya da kişinin, amacı doğrultusunda şekillenmiştir. Taraflımızca tanımların verilmesine atfedilen önemin sebebi özellikle ana dil ve azınlık tanımlarının yapılması bakımından değil ancak kabulü bakımından uluslararası alanda yaşanan sorunlardır. Özellikle farklı ve ayrışmaya mutedil etnik grupları içinde barındıran üniter yapıdaki devletler bakımından sınırlandırılması güç azınlık tanımları kabul görmemektedir. Bunun da nedenini kendilerini bağlayıcı tanımlar oluşturmaya katkıda bulunmak istememeleri olarak düşünmek mümkündür.

B. EĞİTİM HAKKININ İNSAN HAKLARI SINIFLANDIRMASINDAKİ YERİ

Eğitim hakkı Türk Anayasasında sosyal ve ekonomik haklar arasında yer alır. Doğumunun temelinde 19. yüzyıl evresi, sanayi devrimi, sosyalist öğretisi gibi unsurlar yatan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar sınıfı, Jellinek tarafından yapılmış bulunan insan hakları sınıflandırmasında pozitif statü haklarından biridir. Jellinek'in yapmış bulunduğu devletin alması gereken konumu belirten pasif statü, aktif statü ve pozitif statü hakları sınıflandırmasının giderek terk edildiği ve bunun yerine farklı açılardan yapılan sınıflandırmaların etkinleşmeye başladığı belirtilse de⁷ Türk Anayasası açısından hala bu sınıflandırmanın geçerli olduğunu ifade eden yazarlar da vardır⁸. İnsan hakları insanın doğasından kaynaklanır, *insan olmak* haklara sahip olmak bakımından yeterlidir⁹. Nitekim negatif statü haklarının da devlet tarafından bahşedilmediği, zaten insanın özüne ilişkin olduğundan devletin işlevinin sadece tanımak ya da pozitif hale getirmek olduğu çoğunlukla kabul gören görüştür. Jellinek sınıflandırmasında pozitif statü hakkı olarak ifade edilmesi devleti hakkın kullanılabilirliği bakımından etken hale getirir, yoksa hakkın yanında devlet halen edilmendir. Eğitim hakkı, bir diğer sınıflandırma olan ve zaman sıralamasına dayanan kuşak hakları sınıflandırmasında ise yine ekonomik, sosyal ve kültürel hakları içeren ikinci

⁶ TERZİOĞLU, s. 96.

⁷ İbrahim KABOĞLU, Kolektif Özgürlükler, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989, s. 25.

⁸ Tekin AKILLIOĞLU, İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, 2. b., İmaj Yayınevi, Ankara 2010, s. 156.

⁹ Jack DONNELLY, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, çev. Mustafa ERDOĞAN/Levent KORKUT, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 27-28.

kuşak haklardandır¹⁰. Nowak da, “gerçek insan haklarının bireysel ve kolektif çıkarların bağdaştırılmasına dayandığını ve bunların ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olduğunu ve devletin görevinin çalışma, sosyal güvenlik, yeme, barınma, sağlık ve eğitim gibi hakları pozitif yararlar bahşederek güvence altına almak” olduğunu ifade ederek eğitim hakkını ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bünyesinde ele almıştır¹¹.

İnsan hakları sınıflandırmasındaki farkların hiyerarşik bir düzenleme amacı taşıyıp taşımadığı Donnelly tarafından çeşitli yazarlarca yapılan temel hak listeleri üzerinden değerlendirilmiş ve “her insan hakkının sistematik olarak ihlal edilmesinin tam anlamıyla onurlu bir hayatı gerçekleştirmeyi engellemesi (...) anlamında bütün insan hakları temel haklardır” sonucuna ulaşılmıştır¹². Ayrıca insan hakları arasında hiyerarşik bir sıralama olmadığına dair bir BM belgesi olan 1968 tarihli Tahran Bildirisi’nin 13. maddesinde “Bölünmezlik kuralı nedeniyle, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanımından yararlanma olmaksızın, medeni ve siyasi hakların tam olarak gerçekleşmesi mümkün değildir.”¹³ denilmektedir. Ek olarak, 1986’da yürürlüğe giren Afrika İnsan ve Halklarının Haklarına ilişkin Banjul Şartı’nın giriş bölümünde de insan haklarının monizmi vurgulanmaktadır¹⁴. Kapani’ye göre de negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları birbiri ile tamamlanmadıkça hürriyet kavramı da tamamlanmış olmayacaktır¹⁵. Böylelikle eğitim hakkının birinci kuşak haklardan sayılmamış olması eğitim hakkını talep etmek bakımından haklar düzeninde alt sıralara itmez.

Yukarıda ifade edildiği gibi, çeşitli sınıflandırmalar göz önünde bulundurulduğunda eğitim hakkının zaman sınıflandırmasına göre ikinci kuşak haklardan, Jellinek tarafından yapılan sınıflandırmada devletin alması gereken konuma göre pozitif statü haklarından ve konu sınıflandırmasına göre de ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan olduğu genel kabul görmektedir. Ayrıca eğitim hakkının talep etme hakkı vermesi açısından bireysel ancak gerçekleştirilmesi bakımından kolektif hak olduğu da bazı yazarlarca belirtilmiştir¹⁶.

¹⁰ KABOĞLU, s. 26.

¹¹ Manfred NOWAK, Introduction to the International Human Rights Regime, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2003, s. 24.

¹² DONNELLY, s.50.

¹³ M. Semih GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. b., Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 752.

¹⁴ <http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/Text/Banjul%20Charter.pdf>, E.T. 26.08.2013.

¹⁵ Münici KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, 7. b., Yetkin Yayıncılık, Ankara 1993, s. 6-7.

¹⁶ TERZİOĞLU, s. 55.

II. ULUSLARARASI BELGELER VE TÜRK ANAYASASINDA EĞİTİM HAKKI

A. BM KAYNAKLI ULUSLARARASI BELGELER

1) İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ

Birleşmiş Milletler'in barış anlayışı yalnızca savaşın olmadığı bir durumu ifade etmemekte, eşitlik, adalet ve insan haklarına saygı temelinde yeni bir dünya düzeninin kurulmak istenmesi de ön planda yer almaktadır; buna kuruluş döneminde eklenmiş olan İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve savaş esnasında yaşananlarla birlikte insan hakları BM örgütünün ana organları vasıtasıyla pozitif hukuktaki yerini almaya başlamıştır¹⁷. Buna istinaden Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi hazırlanmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi temelinde Magna Carta olan, özellikle Haklar Beyannamesi, Bağımsızlık Beyannamesi ve 1787 Anayasası'nı kapsayan Amerikan düzenlemeleri ve Fransız İhtilâli'nin sonucu olarak hazırlanan insan hakları bildirisiyle devam eden insan haklarının gelişimi sürecinin en yaygın ve geniş coğrafi kapsamlı sonucudur. Yalnızca temel hakları değil sosyal ve kültürel hakları da kapsayan beyanname 30 maddelik bir haklar yelpazesi sunar. Türkiye Cumhuriyeti, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde 217A (III) sayılı kararla ilan edilmiş olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini 27 Mayıs 1949 tarihinde Bakanlar Kurulu kararıyla resmi gazetede yayımlamıştır¹⁸. Hakların sınıflandırılması ve kapsamlı düzenleme açısından İHEB'i tamamlayan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı, Medeni ve Siyasi Haklar Misakı ile birlikte BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiştir ve İHEB, MSHM (ve ek protokolleri), ESKHM'den oluşan bu üç ana belge doktrinde "Uluslararası İnsan Hakları Manzumesi" diye anılır olmuştur¹⁹.

İnsan haklarının sınıflandırılması açısından ekonomik, toplumsal ve kültürel haklar sınıfından kabul edilen eğitim hakkı İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 26. maddesinde yer almaktadır²⁰.

¹⁷ Mehmet Emin ÇAĞIRAN, Uluslar Arası Alanda İnsan Hakları, 2. b., Barış Kitap, Ankara 2011, s. 58.

¹⁸ RG; 27.05.1949, S.7217.

¹⁹ GEMALMAZ, s. 344.

²⁰ <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=trk>, E.T. 13.06.2013. "1. Herkes eğitim hakkına sahiptir. Eğitim, en azından ilk ve temel eğitim aşamasında parasızdır. İlköğretim zorunludur. Teknik ve mesleksi eğitim herkese açıktır. Yüksek öğretim, yeteneklerine göre herkese tam bir eşitlikle açık olmalıdır. 2. Eğitim insan kişiliğini tam geliştirmeye ve insan haklarıyla temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmeye yönelik olmalıdır. Eğitim, bütün uluslar, ırklar ve dinsel topluluklar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu özendirir ve Birleşmiş Milletlerin barışı koruma yolundaki çalışmalarını geliştirmelidir. 3. Çocuklara verilecek eğitimin türünü seçmek, öncelikle ana ve babanın hakkıdır."

Madde, eğitimin parasız olması, belirli aşamaya kadar zorunlu olması ve erişimde eşitlik gibi ilkeleri temel olarak kapsamaktadır. Diğer ardılı belgelere de kaynaklık etmesi bakımından düzenlemenin bu temel ilkeleri içermesi önemlidir. Eğitimin genel olarak temel hak ve hürriyetlere saygıyı güçlendirmeyi amaçlaması gereği maddede ifade ediliyor ve Birleşmiş Milletler Örgütü'nün felsefi temelinde gösterdiği anlayış, hoşgörü, barış ve dostluk ifadeleri de hükmün kapsamında yer alıyor olduğundan eğitim hakkının düzenlenişinin Birleşmiş Milletler'in genel algısının önemli bir yansıması olduğu söylenebilir. Anne ve babanın çocuğa verilecek eğitimin seçilmesi konusundaki hakkı da madde metninde yer alır.

2) EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR MİSAKI

Eğitim hakkı, uluslararası insan hakları manzumesi olarak anılan metinlerden olan ve BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966'da 2200A XXI sayılı kararla Medeni ve Siyasi Haklar Misakı ile birlikte kabul edilmiş olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı'nda 13. maddede düzenlenmektedir²¹. Bu iki misak yürürlüğe girmeleri için 35 devlet tarafından onaylanmaları şartının varlığı nedeniyle kabul edildikten 10 yıl sonra uluslar arası alanda yürürlüğe girebilmiş; Türkiye ise bu misaklara Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde siyasi uyum gerekleri çerçevesinde 37 yıl gecikmeli taraf olmuştur²².

²¹ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf, E.T. 13.06.2013. "1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkese eğitim hakkı tanır. Sözleşmeciler Devletler, eğitimin insan kişiliğinin ve onurunun tam olarak gelişmesine ve insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmesine yönelik olarak verilmesi konusunda birleşirler. Devletler ayrıca herkesin özgürlükçü topluma etkili bir biçimde katılmasını sağlayacak, bütün uluslar ile bütün ırksal, etnik ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu geliştirecek ve Birleşmiş Milletlerin barışın korunması için yaptığı faaliyetlerini ilerletecek bir eğitim verilmesi konusunda anlaşır. 2. Bu Sözleşmeye Taraf olan Devletler eğitim hakkının tam olarak gerçekleşmesini sağlamak amacıyla, şu yükümlülükleri yerine getirir: a) İlköğretim zorunludur ve herkese ücretsiz ilköğretim sağlanır; b) Teknik ve mesleki eğitim de dahil ikinci eğitimin farklı türleri ve özellikle başlangıçta verilecek ücretsiz geliştirme eğitimi gibi her türlü uygun vasıtalarla, kural olarak herkesin girmesine ve yararlanmasına açık duruma getirilir. c) Yüksek öğrenim, özellikle başlangıçta verilecek ücretsiz geliştirme eğitimi gibi her türlü uygun vasıtalarla, yetenek ölçüsüne göre herkesin eşit olarak yararlanmasına açık duruma getirilir. d) İlk eğitimin bütün dönemini tamamlayamamış veya bu eğitimi hiç alamamış olan kişiler, mümkün olduğu kadar temel eğitim almaya teşvik edilir veya bu eğitimi almaya mecbur tutulur. e) Her düzeydeki okul sistemlerinin geliştirilmesi aktif olarak sağlanmaya çalışılır; yeterli bir burs sistemi kurulur ve öğretmenlerin maddi koşulları sürekli olarak iyileştirilir. 3. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, anne-babaların ve uygulanması mümkünse vasilerin de, çocuklarını devlet tarafından kurulan okulların dışında varolan ama Devlet tarafından konulmuş veya onaylanmış standartların asgari şartlarına sahip bulunan okullara gönderme ve kendi inançlarına uygun bir biçimde çocuklarına dinsel ve ahlaki eğitim sağlama haklarına saygı gösterir. 4. Bu maddenin hiç bir hükmü, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen prensiplerin özel eğitim kurumlarında her zaman yerine getirilmesi ve özel eğitim kurumlarında verilen eğitimin Devlet tarafından gösterilen asgari standartlara uyması halleri saklı kalmak kaydıyla, kişilere ve kuruluşlara eğitim kurumları kurma ve yönetme serbestisi verecek şekilde yorumlanamaz."

²² Mehmet TURHAN, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlanması Sistemi", Çankaya Üniversitesi Journal of Law, S. 8/2, 2011, s. 78-79.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı'nda da eğitim hakkının herkese tanınacağı, temel hak ve özgürlüklerin ve insan haklarının güçlendirilmesine yönelik olacağı belirtilmiştir. Yine madde taraf devletlere yükümlülük olarak ilköğretimin herkese zorunlu ve ücretsiz olmasını, mesleki eğitim, yüksek öğretim gibi ileri eğitimlere giriş bakımından temel eğitimin erişilebilir kılınmasını ve okulların geliştirilmesi gibi, burs sistemleri gibi sistemleri getirmektedir. Önemli bir husus olarak öğretmenlerin maddi koşullarının sürekli iyileştirilmesi de taraf devletlere bir yükümlülük olarak getirilmiştir ki bu yolla eğitimin niteliğinin de iyileştirilmesinin hedeflendiğini söyleyebiliriz.

Türkiye Cumhuriyeti ESKHM'yi 15 Ağustos 2003'te imzalamış, 4 Haziran 2003'te onaylamış ve 18 Haziran 2003'te resmi gazetede yayımlamıştır²³. Türkiye Cumhuriyeti bu misakı onaylarken üç beyan ve bir çekince belirtmiştir. Beyanlara göre Türkiye Cumhuriyeti misak hükümlerini diplomatik ilişkisi bulunan taraf devletlere karşı ve ülkesel sınırları itibarıyla uygulayacak ve resmi gazetede 11 Ağustos 2003'te yayımlanan çekinceye göre de Türkiye Cumhuriyeti bu misakın eğitim hakkı başlıklı 13. maddesini T.C. Anayasasının 3, 14 ve 42 sayılı maddelerindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla uygulayacaktır²⁴. Anayasanın 3. maddesi *devletin bütünlüğü, resmî dili, bayrağı, millî marşı ve başkenti* başlığını taşır. Bu maddede çekince konabilecek olan ifade azınlıklara tanınan haklar bakımından devletin bütünlüğü ve resmi dili kısımları olabilecektir. Anayasanın 14. maddesi ise *temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması* başlığını taşır. Buradaki hüküm ise 1. fıkra da yer alan "*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*" hükmüdür. Bu maddede de 3. maddedekiyle benzer bir devlet bütünlüğünün korunması nedeni karşımıza çıkmaktadır. Anayasamızın 42. maddesi eğitim hakkını düzenler, bununla ilgili açıklamalar Türk Anayasası'nda Eğitim Hakkı başlığında yapılacaktır.

3) BM ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu bu sözleşme BM Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989'da kabul edilmiştir. Sözleşmenin 28. ve 29. maddeleri eğitim hakkına ilişkindir²⁵.

²³ RG; 18.06.2003, S. 25142.

²⁴ ÇAĞIRAN, s. 127.

²⁵ "Madde 28. 1. Taraf Devletler, çocuğun eğitim hakkını kabul ederler ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli üzerinde tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle özellikle: a) İlk öğretimi herkes için zorunlu ve parasız hale getirirler; b) Orta öğretim sistemlerinin genel olduğu kadar mesleki nitelikte de olmak üzere çeşitli biçimlerde örgütlenmesini teşvik ederler ve bunların tüm çocuklara açık olmasını sağlarlar ve gerekli durumlarda mali yardım yapılması ve öğretimi parasız kılmak gibi uygun önlemleri alırlar; c) Uygun bütün araçları kullanarak, yüksek öğretimi yetenekleri doğrul-

28. madde eğitim hakkını kapsamlı olarak düzenleyip taraf devletlere de ayrıntılı yükümlülükler getirir. Örneğin; çalışan çocuklar ve sokak çocukları için devletlere informal eğitim yapıları önerir; çünkü bu gruplarda okula düzenli devam etmek imkânsızlaşmaktadır²⁶. Madde 28 metninde her ne kadar yalnızca formal eğitimin mi söz konusu olduğu yoksa informal eğitimin de kapsam dahilinde mi olduğu açık olmasa da, Çocuk Hakları Komitesi'ne göre madde hem formal hem de informal eğitimi ifade eder, bu Komite'nin raporlama kıstaslarının arasında informal eğitimle ilgili kısımların varlığından anlaşılabilir²⁷. Sözleşme eğitime parasız ve zorunlu olmanın dışında iki farklı özellik eklemektedir; uygun olma ve erişilebilir olma. Bu iki ek özellik devlete iki ek yükümlülük olarak yansımaktadır ve eğitimi uygun kılmaktan anlaşılan, yüksek kalitede bir eğitim sistemi kurmak ve bunu devam ettirmede teknik ve finansal yükümlülükleri yerine getirmektir²⁸. Erişebilir eğitimin ise üç boyutu vardır. İlki eğitimin hiçbir ayırım ve yasaklılık olmadan herkes için erişilebilir olmasıdır; ilk ve orta öğrenim için genel bir erişilebilirlikten söz edilirken, yüksek öğrenim için eğitim alma kapasitesi bakımından bu genel erişilebilirlikten farklı bir yol çizilmektedir. 28. madde içeriğinden de anlaşılacağı üzere *yeteneği doğrultusunda* ifadesi yüksek öğrenime erişim için çocuğun yeteneğini göz önüne almaktadır. Burada da eşitliğin

tusunda herkese açık hale getirirler; d) Eğitim ve meslek seçimine ilişkin bilgi ve rehberliği bütün çocuklar için elde edilir hale getirirler; e) Okullarda düzenli biçimde devamların sağlanması ve okulu terk etme oranlarının düşürülmesi için önlem alırlar. 2. Taraf Devletler, okul disiplininin çocuğun insan olarak taşıdığı saygıyla bağdaşır biçimde ve bu Sözleşmeye uygun olarak yürütülmesinin sağlanması amacıyla gerekli olan tüm önlemleri alırlar. 3. Taraf Devletler eğitim alanında, özellikle cehaletin ve okuma yazma bilmemenin dünyadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve çağdaş eğitim yöntemlerine ve bilimsel ve teknik bilgilere sahip olunmasını kolaylaştırmak amacıyla uluslararası işbirliğini güçlendirir ve teşvik ederler. Bu konuda, gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri özellikle göz önünde tutulur.

Madde29. 1. Taraf Devletler çocuk eğitiminin aşağıdaki amaçlara yönelik olmasını kabul ederler; a) Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi; b) İnsan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında benimsenen ilkelere saygısının geliştirilmesi; c) Çocuğun ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşe ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi; d) Çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması; e) Doğal çevreye saygısının geliştirilmesi. 2. Bu maddenin veya 28'inci maddenin hiçbir hükmü gerçek ve tüzel kişilerin öğretim kurumları kurmak ve yönetmek özgürlüğüne, bu maddenin 1'inci fıkrasında belirtilen ilkelere saygı gösterilmesi ve bu kurumlarda yapılan eğitimin Devlet tarafından konulmuş olan asgari kurallara uygun olması koşuluyla, aykırı sayılacak biçimde yorumlanmayacaktır."

²⁶ BM Belge; CRC/C/66, p. 306, 1997 (Azerbaycan), BM Belge; CRC/C/114, p. 306, 2002 (Mozambik), BM Belge; CRC/C/15/Add232, p. 58, 2004 (El Salvador), BM Belge; CRC/C/15/Add231, p. 15, 2004 (Japonya).

²⁷ Mieke VERHEYDE, Article 28: The Right to Education, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2006, s. 12-13.

²⁸ VERHEYDE, s. 15.

yeteneğe sahip olanlar arasında hedeflenmekte olduğu görülebilir. İkincisi eğitime fiziki erişebilirliktir; bu, çocuk ile eğitimi veren kurum arasında güvenli ve makul bir mesafe olarak anlaşılmalı, devlet ya coğrafi ulaşımı sağlamalı ya da modern teknolojiyi kullanarak çocuğun eğitime katılmasını sağlamalıdır²⁹. Son olarak da eğitim ekonomik olarak herkesçe karşılanabilir olmalıdır³⁰.

29. madde ise çocuğa verilecek eğitimin niteliği ile ilgili kriterleri belirtir. Bu madde Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakının bir tekrarı olmayıp eğitim hakkına farklı bir boyut ekler; buna göre eğitim koruyucu ve güçlendirici yollarla çocuk merkezli ve çocuk dostu olmalıdır³¹. Ayrıca 28. maddeyle eğitimin sürdürülebilir olması gerektiği, okulu terk etmenin engellenmesi ve okula düzenli devam için taraf devletlere yükümlülükler getirilmesi gibi ayrıntılı ifadeler kullanarak daha gelişmiş bir hak ve yükümlülük tanımı yapılmaktadır. İHEB ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı gibi BM kaynaklı diğer sözleşme hükümlerinden farklı olarak BM Çocuk Hakları Sözleşmesi eğitim hakkına çocuk hakları açısından bakarak çocuk lehine daha kuvvetlendirici bir düzenlemeye sahiptir. Türkiye Cumhuriyeti sözleşmeye taraf olurken çekince bildirmiş ve sözleşmenin 17, 29 ve 30. maddelerini T.C. Anayasası ve Lozan Antlaşması hükümleri ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tuttuğunu ifade etmiştir³².

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE 1 NO.LU PROTOKOLÜ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 18 Mayıs 1954'te onaylamıştır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargılama yetkisi Türkiye Cumhuriyeti tarafından 28 Ocak 1990'da kabul edilmiştir. 59 maddeden oluşan AİHS 2-19. maddeleri arasında hak ve özgürlükleri listeler, 20 ve devamı maddeler ise AİHM'nin görev ve yetkisiyle ilgili maddelerdir. Türkiye Cumhuriyeti AİHS'ye ve şu anda yürürlükte olan protokollere taraftır.

AİHS, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'ne göre daha dar kapsamlı hak ve özgürlükler listesi ihtiva etse de bunun amacı daha net bir içeriğe erişmektir, sınırları ve kapsamı belirli bir hakkın uygulama bakımından bu netliğe bağlı bir kolaylık oluşturması beklenir; ayrıca AİHS insan haklarının bölgesel alanda korunmasına yönelik bir mekanizma olarak AİHM'yi öngörmesi nedeniyle in-

²⁹ BM Belge; E/C.12/1999/10, p. 6.

³⁰ VERHEYDE, s. 19.

³¹ VERHEYDE, s. 9.

³² RG; 11.12.1994, S. 22138, http://www.cocukhaklari.gov.tr/condocs//kanun_belgeler/4058.pdf, E.T. 22.06.2013.

san haklarına hukuk düzeninde gerçek anlamda hak olma özelliğini kazandırmıştır³³. Takdir edilmelidir ki, bir mekanizma önünde ileri sürülebilir olması hakkın niteliğini güçlendirmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine bakıldığında eğitim hakkının sözleşme metninde ifade edildiği görülmez. Ancak, 20 Mart 1952’de imzalanan, 18 Mart 1954’te yürürlüğe giren ve Türkiye Cumhuriyetince de 18 Mayıs 1954’te onaylanan 1 No’lu protokolle AİHS’ye mülkiyet hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı ve serbest seçim yapma hakkı eklenmiştir. Ancak Türkiye Cumhuriyeti bu protokolü onaylar-ken protokolün 2. maddesi olan eğitim hakkıyla ilgili maddeye bir çekince koymuş ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu hükümlerini saklı tuttuğunu bildirmiştir³⁴.

Eğitim hakkının AİHS 1 No’lu protokolünde ifade bulan ve *Eğitim Hakkı* başlığını taşıyan düzenlemesi şöyledir:

“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneyeceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”

Bu hüküm iki unsuru kapsamakta olup bunlardan ilki hiç kimsenin eğitim hakkından mahrum bırakılamayacağı ifadesi ile eğitim hakkına, ikincisi ise ana ve babaya eğitimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama hakkı tanınarak eğitim özgürlüğüne tekabül etmektedir³⁵. Eğitim özgürlüğünün kullanılması kriterleri arasında bulunan felsefi inanç, Divan tarafından getirilen demokratik bir toplumda saygıya değer, kişi onuruna ve eğitim hakkına ters düşmeyen inançları kapsama ölçütü esas alınarak belirlenir³⁶. Aksi halde, dini ve felsefi inanç ifadesi çok geniş yorumlanabilecek ve uygulama açısından birçok soruna sebep olabilecektir.

C. TÜRK ANAYASASINDA EĞİTİM HAKKI

Anayasamızın 42. maddesi *Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi* başlığını taşı-
şımakta ve ayrıntılı bir düzenleme sunmaktadır³⁷.

³³ ÇAĞIRAN, s. 185.

³⁴ http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_02.html, E.T. 14.06.2013

³⁵ Nuri YAŞAR, İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgür-
lülüğü, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s. 44.

³⁶ TERZİOĞLU, s. 74.

³⁷ http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf, E.T. 13.06.2013 “Kimse, eğitim ve
öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.

Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.

Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esas-
larına göre, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim
yerleri açılmaz.

Anayasadaki eğitim hakkı düzenlemesi her fıkrasıyla farklı ilkeler getirerek daha önce de belirtilen uluslararası ya da bölgesel belgelerde ifade edilen ilkelere tekrarlamaktadır. Öncelikle, eğitim herkes için mutlak, genel ve zorunludur. İlköğretim devlet okullarında parasızdır. Kadın-erkek eşitliği ve yoksul ve ya engellilerin eğitim hakkı açısından fırsat ve imkân eşitliği mevcut olmalıdır. Eğitim ve öğretim faaliyetleri her ne suretle olursa olsun engellenemez³⁸. Üçüncü fıkrada yapılacak eğitimin kapsamında Atatürk İlke ve İnkılâpları ve çağdaş bilim ve eğitim bağlılığın bulunduğu söz edilmekte, ayrıca sekizinci fıkrada eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme dışındaki faaliyetlerin eğitim kurumlarının işgal alanında olmadığı ifade edilmektedir³⁹. Bu ilkelerden biri de eğitim ve öğretim hürriyetinin anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaya-cağıdır. Burada eğitim ve öğretim hürriyeti kullanılırken madde altında ele alınmamış olan bazı anayasal ilkelerin de bu hakkın kullanılması açısından bağlayıcı olduğu vurgulanmıştır⁴⁰. Bu anayasal ilkeler devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, devletin dilinin Türkçe oluşu gibi anayasanın temel ilkele-

Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.

İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır.

Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir.

Devlet, maddî imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.

Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez.

Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar la³⁷ (<http://mevzuat.meb.gov.tr/html/136.html>, 06.01.2012 2923 sayılı Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi Kanunu: Madde 2/a (**Değişik: 30/7/2003-4963/23 md.**) Eğitim ve öğretim kurumlarında, Türk vatandaşlarına Türkçeden başka hiçbir dil, ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez. Ancak, Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerin öğrenilmesi için, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu hükümlerine tâbi olmak üzere özel kurslar açılabilir; bu kurslarda ve diğer dil kurslarında aynı maksatla dil dersleri oluşturulabilir. Bu kurslar ve derslerde, Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı öğretim yapılamaz. Bu kursların ve derslerin açılmasına ve denetimine ilişkin esas ve usuller, Millî Eğitim Bakanlığına çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.) düzenlenir. Milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır.”

³⁸ YAŞAR, s. 93. Burada “her ne suretle olursa olsun” ifadesi teknik açıdan yerinde görülmektedir; genel sağlık, kamu güvenliği gibi nedenlerle eğitim faaliyetlerinin durdurulabileceği aşikârdır, buradan devlet iradesi dışında bir engellenmenin yasaklanmasının söz konusu olduğu anlaşılmalıdır.

³⁹ Yüksel ÇALLI, Türk Anayasa Hukukunda Eğitim Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 117.

⁴⁰ YAŞAR, s. 96.

ri olmalıdır ki anayasaya sadakat borcu kapsamında değerlendirebilmek için söz konusu ilkelerin korunması sadakat borcu olarak değerlendirilebilsin. Özel okulların eğitim seviyeleriyle ilgili devlet denetimi de bu madde altında güvence altına alınmıştır.

42. madde bünyesinde yer alan ve konumuz açısından önemli ilke de Türkçe'den başka bir dilin Türk vatandaşlarına ana dil olarak okutulamayacağıdır. Bu ilke, ülkedeki etnik grupların ana dillerinde eğitim istemelerinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır⁴¹. Fıkranın son cümlesi milletlerarası andlaşma hükümlerini saklı tutmuştur ve böylelikle Lozan Andlaşmasıyla tanınan Müslüman olmayan azınlıkların ana dillerinde eğitim yapmakta serbest kılındıklarını belirtmektedir⁴².

III. ANA DİLDE EĞİTİM

Ana dilde eğitim uluslararası alanda azınlık hakları çerçevesinde düzenlenmiş farklı belgelere dayandırılmaktadır. Bu düzenlemeler çok taraflı andlaşma niteliğinde, Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin uluslararası misaka göre uluslararası örf ve adet hukukunun bir sonucu olarak ya da iki ve ya çok taraflı azınlık andlaşmaları şeklinde olabilir⁴³. Ayrıca kimi devletlerin anayasal düzeyde ya da daha alt düzeyde ana dil ile ilgili düzenlemelere yer verdiği de görülmektedir; örneğin Arnavutluk Anayasasının 20. maddesinin 2. fıkrasında *ulusal azınlıklara ana dilde okuma ve öğrenim hakkı* tanınmıştır⁴⁴.

Azınlıkların ana dillerinde eğitimi ile ilgili hükümler içeren iki bölgesel ve bir de uluslararası belgeyi bu aşamada incelemekte fayda vardır. Bölgesel ve ya Azınlık Dilleri Avrupa Şartı, Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanmış ve 1992 yılında kabul edilmiştir⁴⁵. Türkiye'nin taraf olmadığı bu şartın 8. maddesinde azınlıkların ana dillerinde eğitim alabilmeleri konusunda geniş bir düzenleme getirilmiştir; buna göre azınlıkların kendi dillerinde okul öncesi eğitim, ilköğrenim, ortaöğrenim, mesleki ve teknik eğitim, yüksek öğrenim, yetişkinler için kurs eğitimi almaları konusunda taraf devletler yükümlülük altına girmektedir⁴⁶. Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 1994 yılında kabul edilmiştir, Türkiye'nin taraf

⁴¹ YAŞAR, s. 99.

⁴² http://tr.wikisource.org/wiki/Lozan_Bar%C4%B1%C5%9F_Antla%C5%9Fmas%C4%B1, E.T. 22.06.2013.

⁴³ TERZİOĞLU, s. 123.

⁴⁴ <http://www.km.gov.al/skedaret/1231927768-Constitution%20of%20the%20Republic%20of%20Albania.pdf>, E.T. 14.06.2013.

⁴⁵ TERZİOĞLU, s. 31.

⁴⁶ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/148.htm>, E.T. 06.06.2013.

olmadığı bu sözleşme hukuki bağlayıcılık arz etmekte ve ulusal azınlıklara tanınan hak ve özgürlüklerin insan haklarının bir parçası olduğunu 1. maddesinde ifade etmektedir⁴⁷. Sözleşmenin özellikle 14. maddesinde azınlık dilinde eğitim ele alınmıştır; buna göre azınlığın çoğunlukta olduğu bölgelerde taraf devletler mümkün olduğu ölçüde ve kendi eğitim sistemleri çerçevesinde azınlık mensuplarının kendi dillerinde eğitim alabilmeleri için imkân yaratmaya çalışacaklardır⁴⁸. Eğitimde Ayrımcılığa Karşı UNESCO Sözleşmesi de 5. maddesinde *ulusal azınlık üyelerinin kendi dillerini öğretme ve kullanma konusunda temel bir hakları olduğunu* kabul eder⁴⁹.

Ana dilde eğitimin bir hak olup olmadığını tahlili açısından öncelikle azınlık haklarının neler olduğunu gözden geçirmekte fayda vardır. Azınlıklara ilişkin uluslararası belgelere bakıldığında, bir azınlık için üç temel hakkın olduğu görülür: azınlık grubu olarak var olma hakkı, eşitlik ve ayırım gözetilmemesi hakkı, azınlık kimliğinin tanınması ve kimlik unsurlarının yaşatılması, geliştirilmesi hakkıdır; ancak azınlık kimliğinin tanınması hakkı tartışmalıdır⁵⁰. Kimlik unsurlarının yaşatılması altında pozitif hakların azınlığın çoğunluktan farklı olan dil, din ve etnik köken gibi özelliklerini korumasına yönelik kuralları kapsamakta olduğu, dillerini kullanma ve kendi dillerinde temel eğitim alma gibi hususların da bu kapsamda olduğu belirtilmektedir⁵¹. MSHM'nin 27. maddesine bakıldığında karşımıza çıkan azınlık hakları şunlardır: kendi kültüründen yararlanma, kendi dinlerine inanma ve bu dine göre ibadet etme, kendi dillerini kullanma ve tüm bunları kolektif olarak yapma. Bu belirtilenler doğrultusunda ana dilde eğitim doğrudan yer almadığından ana dilin kullanımı eğitim hakkının azınlık haklarına bir yansımasını teşkil ediyor denebilir.

Azınlıkların ana dilde eğitim hakkına sahip olabilmeleri için tanıma⁵² bir ön koşuldur; belirli bir grup sayılan azınlık haklarını kullanabilmek yeteneğini ancak ilgili devlet tarafından hukuken azınlık olarak tanınmış olmakla kazanır⁵³.

⁴⁷ TERZİOĞLU, s. 32.

⁴⁸ http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_157.htm, E.T. 06.06.2013.

⁴⁹ http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, E.T. 13.06.2013.

⁵⁰ Hasan TUNÇ, “Uluslararası Sözleşmelerde Azınlık Hakları Sorunu ve Türkiye”, GÜHF Dergisi, C. 8 S. 1-2, 2004, s. 10.

⁵¹ Hüseyin PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, 8. b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 176-177.

⁵² PAZARCI, s. 125. Tanıma, bir uluslararası hukuk kişinin kendi dışında oluşan belli bir olayı, durumu, bir belgeyi ya da bir iddiayı kendisi bakımından yasal kabul ettiğini ve hukuksal ilişkilerini bu yolla kabul edilen veriler üzerine kuracağını bildiren, tek taraflı ya da bir anlaşma ile yapılabilen, bir hukuksal işlemdir.

⁵³ TERZİOĞLU, s. 5.

AGİK Cenevre Ulusal Azınlıklara İlişkin Uzmanlar Toplantısı Raporuna göre bütün etnik, kültürel, dinsel ve dilsel ayrılıklar zaruri olarak ulusal azınlık meydana getirmemektedir; bu durumda uluslararası belgeler devletlere her farklı gruba azınlık olarak muamele edilmesi konusunda bir yükümlülük getirmemektedir⁵⁴. Ana dilde eğitim hakkından yararlanacak olanlar, devlet tarafından tanınmış olan azınlık gruplarının mensuplarıdır ve bu durumda ana dilde eğitim hakkının tanınması ve ya hangi kapsamda tanınacağı tamamen devletlerin iç düzenlemelerine bağlıdır⁵⁵. Arsava'ya göre de azınlıklara iki taraflı, bölgesel yahut ulusal seviyede hukuki himaye sağlama yetkisi devletlerin ulusal yetki alanına girmektedir⁵⁶. Ancak Medeni ve Siyasi Haklar Misakı'nın 27. maddesindeki azınlık tanımının yorumuna ilişkin İnsan Hakları Komisyonu Genel Görüş 23'te azınlık tanımının taraf devletin inisiyatifine bırakılmayacağı, taraf devlet içindeki grupların azınlık olarak belirlenmelerinde objektif kriterlerin göz önünde bulundurulması gerektiği yer alır⁵⁷. Her ne kadar Medeni Siyasi Haklar Misakı'nın yorumuna ilişkin Genel Görüşte objektif kriterlerden söz edilse de bunların neler olduğu belirlenmiş değildir. İnsan Hakları Komisyonunun yayımladığı Genel Görüş'ün bağlayıcılık bakımından bir etkisi olmasa da Türkiye Cumhuriyeti'nin söz konusu Genel Görüş'ün yayımlanmasından sonra MSHM'yi onayladığı düşünülürse 27. maddeye ileri sürülen çekinceler bakımından bu Genel Görüş'ün etkisi tahmin edilebilir.

Azınlık hakları arasında sayılan ana dilin kullanılması hakkının azınlıkların tanınması gibi bir iç düzenleme gerektiriyor görünmesinin yanında uluslararası belgelerdeki tavsiye kararlarında ana dilde eğitimin sağlanmasına ilişkin destekleyici tavır görebilmek mümkündür. AGİT Ulusal Azınlıkların Eğitim Hakkına İlişkin Lahey Tavsiyeleri'nde azınlık mensuplarını eğitim sürecinde kendi ana dillerinin doğru bilgisini kazanmalıdır denmekte, devletlerin azınlık dilinde eğitim haklarının aktif bir biçimde uygulanmasını sağlayacak özel önlemleri alması istenmektedir⁵⁸. Yine bu tavsiye kararına göre Medeni Siyasi Haklar Misakı madde 27 ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 30 ana dil kullanımını ve dolayısıyla ana dilde eğitimi güvence altına alır denilmektedir⁵⁹; ancak Türkiye Cumhuriyeti bu iki maddeye de 1982 Anayasası ve Lozan Andlaşması hükümleri çerçevesinde çekince ileri sürmüştür.

⁵⁴ <http://www.osce.org/hcnm/14588>, E.T. 22.06.2013.

⁵⁵ TERZİOĞLU, s. 128-129.

⁵⁶ Ayşe Füsün ARSAVA, Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler Özellikle Medeni Siyasi Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Basımevi, Ankara, 1993, s. 118.

⁵⁷ BM Belge; CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 1994.

⁵⁸ <http://www.osce.org/tr/hcnm/32200>, E.T. 06.06.2013.

⁵⁹ <http://www.osce.org/tr/hcnm/32200>, E.T. 06.06.2013.

Kaboğlu devletlerin iç düzenlemelerinde azınlıklara tanınacak statünün her devletin kendi sorununa göre çözümlendiğini ve yöntemlerin şunlar olduğunu belirtir: i- azınlık statüsü tanıma, ii- azınlık statüsü vermeksizin farklı grupları toplu olarak tanıma, iii- sadece bireysel boyutuyla tanımakla sınırlı kalma, iv- yalnızca dil kullanma olanağı tanıma⁶⁰. Bu noktada gerçek anlamda çok dilliliği benimsememiş ancak çok dilliliği kurumsallaştırmış federal yapılı Belçika ve İsviçre örnekleri verilebilir⁶¹. Belçika Devleti, anayasayla üç farklı topluma (Flaman Toplumunu, Fransız Toplumunu, Almanca Konuşan Toplumunu), üç farklı bölgeye (Flaman Bölgesi, Valon Bölgesi, Brüksel Bölgesi) ve dört farklı dilsel bölgeye (Flemekçe konuşulan, Fransızca konuşulan, iki dilli Fransızca ve Flemekçe konuşulan, Almanca konuşulan) ayrılmıştır⁶². İsviçre anayasasında ise ulusal diller Almanca, Fransızca, İtalyanca ve Romansh dili olarak sayılmış ve anayasanın 18. maddesinde dil özgürlüğü güvence altına alınmıştır⁶³.

Türkiye Cumhuriyeti açısından bakıldığında azınlıkları tanıyan metinler Lozan Barış Andlaşması ve Türkiye Cumhuriyeti ve Bulgaristan Krallığı Arasındaki Dostluk Andlaşmasıdır. Türkiye Cumhuriyeti ile Bulgaristan Krallığı Arasındaki Dostluk Andlaşmasında azınlıklarla ilgili doğrudan düzenleme olmayıp Lozan Andlaşmasına atıf yapılmıştır. Lozan Andlaşması ise gayrimüslim azınlıklara tanınmış olan ana dilde eğitim hakkını 41. maddesinde düzenlemiştir. Bu maddede “*Türk Hükümeti (...) Türk uyruklarının çocuklarına ilkokullarda ana dilleriyle öğretimde bulunulmasını sağlamak bakımından uygun düşen kolaylıkları gösterecektir*”⁶⁴.” denilmektedir; ancak bu durumun azınlıklara Türk dilinin öğreniminin zorunlu kılınmasına engel teşkil etmeyeceği de belirtilmiştir.

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Misakı’nı ise Türkiye Cumhuriyeti’nin koymuş olduğu çekincelerle birlikte onayladığı belirtilmişti. Türk iç hukukunda ana dilde eğitimle ilgili anayasal düzenleme Lozan Barış Andlaşması ve Türkiye Cumhuriyeti ve Bulgaristan Krallığı Arasındaki Dostluk Andlaşmasını dolaylı istisna tutarak Türkçe’den başka bir dilin ana dil olarak öğretilmesini yasaklamaktadır⁶⁵. Bir ülkede farklı ana dillerde eğitim yapılması ülke bütünlüğünü zedeleyici görüldüğünden bu yasak mevcuttur⁶⁶. Bunu destekleyici olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Belçika Dil Davasında* ana dilde eğitim yapma hakkının her durumda korunması gereken bir hak olarak tanınmadığı yönündeki kararı gösterilebilir.

⁶⁰ İbrahim **KABOĞLU**, “İnsan Hakları, Azınlık Hakları ve Türkiye”, Ulusal, Ulusalüstü ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 22.

⁶¹ **TERZİOĞLU**, s. 99.

⁶² http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_Belgium, E.T. 07.06.2013.

⁶³ http://www.servat.unibe.ch/icl/sz00000_.html, E.T. 07.06.2013.

⁶⁴ http://wwi.lib.byu.edu/index.php/Treaty_of_Lausanne, E.T. 07.06.2013.

⁶⁵ **TERZİOĞLU**, s. 182.

⁶⁶ **YAŞAR**, s. 99.

Türkiye bakımından ise Lozan Barış Andlaşması ve Türkiye Cumhuriyeti ve Bulgaristan Krallığı Arasındaki Dostluk Andlaşması dışında azınlık kabul edilmediğinden burada sayılan azınlıkların kullandıkları dışındaki diller yabancı dil olarak ele alınabilir. Yaşar, Türkiye’de eğitimi ve öğretimi yapılacak olan yabancı dillerin belirlenmesi Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi Kanununun 2. maddesiyle Milli Güvenlik Kurulu’nun görüşünü alarak karar verecek olan Bakanlar Kuruluna bırakıldığından bu zorlaştırmanın hedefinde Milli Güvenlik konusu olarak görülen etnik kökenli olanlarla ilişkili diller olduğunun anlaşıldığını belirtmiştir.⁶⁷ Ancak 2003 tarihinde yapılan değişiklikle eğitimi ve öğretimi yapılacak yabancı dillerin belirlenmesi yalnızca Bakanlar Kurulu’na bırakılmıştır.⁶⁸ Ülkemizdeki diğer iç hukuk düzenlemeleri ise bu konuda belirleyici bir nitelik arz etmez. Terzioğlu bunun nedenini azınlık haklarının kolektif haklar değil bireysel haklar çerçevesinde düzenleniyor olmasına bağlar.⁶⁹

Anayasa Mahkemesinin 10.07.1992 Tarih, 1991/2 (siyasi parti kapatma) Esas, 1992/1 Karar sayılı Sosyalist Parti Kararına göre, Lozan Barış Andlaşmasıyla 18 Ekim 1925 günlü, Türkiye ve Bulgaristan arasındaki Dostluk Andlaşmasında sayılanlar dışında Türkiye’de azınlık ya da ulusal azınlık yoktur. Bunlar Bulgaristanla yapılan andlaşmaya göre Bulgar kökenli Türk vatandaşları ve Lozan Andlaşmasına göre gayrimüslim Rum, Ermeni ve Musevi Türk vatandaşlarıdır. Gayrimüslim azınlık kapsamının da Rum, Ermeni ve Musevilerle sınırlı olduğu Lozan Andlaşmasının tutanaklarından anlaşılmaktadır.⁷⁰ Ayrıca Özel Eğitim Kurumları Kanununun 2. maddesinde de azınlık okullarının Rum, Ermeni ve Musevi azınlıklar tarafından kurulmuş olan okullar olduğu belirtilmiştir.⁷¹ Bunlar dışındaki bireylerin ve ya grupların ana dillerinde eğitim almalarına yönelik talepleri de Türk hukuk sisteminde kabul görmemektedir. Örnek olarak; Yargıtay, Eğitim Sendikasının kapatılmasına ilişkin kararında bu konudaki yargısal tutumu şu ifadelerle belirtmiştir: “*Ana dilde öğrenimin hayata geçmesi demek, bir devlette sayısı belirsiz ana dilin kamusal alanda boy göstererek bireyler aracılığıyla kamusal alana taşınması demek olacaktır ki, bu da yukarıda belirtildiği üzere ulusal bütünlüğünü, ülkesi ve milletiyle bölünmezli-*

⁶⁷ YAŞAR, s. 100.

⁶⁸ <http://mevzuat.meb.gov.tr/html/136.html>, E.T. 06.06.2013.

⁶⁹ TERZİOĞLU, s. 183.

⁷⁰ TERZİOĞLU, s. 185. İlgili Anayasa Mahkemesi Kararı: Sosyalist Parti’nin Anayasa’ya ve 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu ve kanununun 101. maddesinin b ve c bendlerine aykırılığı nedeniyle kapatılmasına karar verilmiştir. Konumuzla ilgili olarak; hazırlanmış olan iddianamede partinin Siyasi Partiler Kanunu’nun Azınlık Yaratılmasının Önlenmesi başlıklı 81. maddesine göre kapatılması istenmiş, Parti’nin yayınlarında sık sık “Kürtlerin millî varlıklarının ve meşru haklarının inkâr edildiği, ezilen bir Kürt milletinin bulunduğu” gibi azınlık varlığını ileri süren ifadeler kullandığı belirtilmiştir.

⁷¹ http://mevzuat.meb.gov.tr/html/26434_0.html, E.T. 14.06.2013.

ğine ve diline bağlayan Cumhuriyetin üniter yapısıyla bağdaşmaz.”⁷² Ancak; Yargıtay’ın bu kararında belirtildiğinden farklı olarak sayısı belirsiz ana dilin kullanılacak olması sonucu Cumhuriyetin üniter yapısının sarsılacak olması gibi bir siyasi kaygının ötesinde, yukarıda açıklandığı üzere etnik gruplara ana dilinde eğitim olanağının bahşedilmesinin önündeki engel, hukuki olarak tanınmıyor olmalarıdır fikrindeyiz. Her ne kadar haklar devletin bahşetmesinden bağımsız olarak kişiye içkin var kabul edilse de burada karşımıza çıkan husus hakların tanınması değil azınlıkların tanınması ve genel olarak tanıma kavramıdır. Zira, hukuken tanınmış olan azınlıklar için ana dilde eğitim bakımından bir çelişki bulunmamaktadır. Kanaatimizce de mesele hukuken tanıma ile ilgili hale gelmektedir. İç düzenlemeler ve hatta uluslararası andlaşmalar bakımından Türkiye’de hassasiyet azınlık olarak yeni bir topluluğun tanınmasına mahal veremeye yöneliktir. Bunun için geniş ve soyut düzenlemelerden bu alanda kaçınılmakta ve uluslararası andlaşmalarda yer alan hususlar bakımından ise söz konusu hüküm yeni bir topluluğun azınlık olarak tanınmasına yol açacak nitelikte olmasa bile Lozan Barış Andlaşması ve T. C. Anayasası hükümleri çekince olarak ileri sürülmektedir. Sosyolojik gereklilikler ve politik baskıların ötesinde hukuki olarak azınlık haklarının tanınması zorunluluğunun doğması azınlık kapsamına söz konusu topluluğun alınması ile mümkün görünmektedir. Bu halde dahi azınlık olarak tanıma gerçekleşmeden yapılan ve Türkiye’de Avrupa Birliği uyum sürecinde Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi Kanunu’nun adı ve kapsamının değişmesi, Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerin Öğrenilmesi Hakkında Yönetmelik’in çıkarılması, bunlara bağlı olarak dil kurslarının açılması meşru talep zemininden yoksun olmaktadır. Devlet böylelikle kendi egemenlik sahasında bulunan istediği azınlık grubuna istediği oranda serbestiyi tanıma imkânını elinde tutmaktadır⁷³.

SONUÇ

Ana dilde eğitimin pozitif azınlık hakları kapsamında olduğunu ifade eden yazarlar olduğunu belirtmiştik. Bu da bize göstermektedir ki devletçe tanınmış olan azınlıklar açısından ana dilde eğitim meselesi ana dilin kullanımına bağlı bir hak olarak ileri sürülebilecektir. Devletin tanımamış olduğu etnik gruplar açısından ise, nasıl ki bu gruplar azınlık olarak kabul görmediklerinden herhangi bir azınlık hakkını talepleri resmi olarak kabul görmüyorsa, ana dilde eğitimi

⁷² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2005/9-320, K.2005/355, K.T. 25.05.2005 Dava konusu uyuşmazlık, sendika tüzüğü, sendikaların amaçları bölümünde yer alan, "bireylerin ana dillerinde öğrenim görmesini savunur" ibaresinin kanuna, cumhuriyetin temel niteliği ve demokratik esaslar unsuruna aykırılık oluşturup oluşturmadığına ilişkindir.

⁷³ Ayşe Dicle **ERGİN**, “Azınlık Dillerinin Kullanımı Konusunda Türkiye Nerede Duruyor?”, AÜHFD, S. 59, 2010, s. 22.

de bir hak olarak ileri süremeyeceklerdir. Meseleye Kürtçe ana dili bakımından göz atıldığında Türkiye Cumhuriyeti içinde yaşayan Kürtlerin azınlık olarak kabul edilmiyor olmalarından kaynaklı olarak Türkiye'nin düzenlemeleri çerçevesinde ana dillerinde eğitim hakkı talepleri hukuki değil daha çok siyasi alanda kalmaktadır. Temel hak ve hürriyetlerin siyasi eğilimlere mahkum edilmesi çağdaş hukuk mantığına kanaatimizce uygun görülmesi de yukarıda hukuki sınırları çizilmek istenen konunun siyasi bakımdan bir tercih olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Nitekim tanınmıyor olsalar da azınlıklara ana dilde eğitim imkânının sağlanmasının özellikle AGİT tarafından desteklenmesi de politik tercihlerin yönlendirilmesi olarak görülebilir. Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere ele alınan uluslararası belgeler eğitim hakkını düzenlemekte; ancak ana dilde eğitim hakkı bakımından ayrı bir düzenleme görülmemektedir. Kanaatimizce, ana dilde eğitim, eğitim hakkının azınlık hakları kategorisine yansımaları olarak kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA**Kitap ve Makaleler**

AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, 2. b., İmaj Yayınevi, Ankara 2010.

ARSAVA, A. Fusun, Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler Özellikle Medeni Siyasal Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Basımevi, Ankara 1993.

ÇAĞIRAN, M. Emin, Uluslar Arası Alanda İnsan Hakları, 2. b., Barış Kitap, Ankara 2011.

ÇALLI, Yüksel, Türk Anayasa Hukukunda Eğitim Hakkı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

DONNELLY, Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, çev. **Mustafa ERDOĞAN/Levent KORKUT**, Yetkin Yayınları, Ankara 1995.

ERGİN, A. Dicle, "Azınlık Dillerinin Kullanımı Konusunda Türkiye Nerede Duruyor?", AÜHF, S. 59, 2010.

GEMALMAZ, M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. b., Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.

HODGSON, Douglas, The Human Right to Education, Ashgate-Dartmouth, Sydney 1998.

KABOĞLU, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989.

KABOĞLU, İbrahim, "İnsan Hakları, Azınlık Hakları ve Türkiye", Ulusal, Ulusalüstü ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002.

KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. b., Yetkin Yayıncılık, Ankara 1993.

NOWAK, Manfred, Introduction to the International Human Rights Regime, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2003.

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, 8. b., Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 5. b., Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

SPRING, Joel, The Universal Right to Education: Justification, Definition and Guidelines, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, New Jersey 2000.

TERZİOĞLU, S. Sırrı, Uluslararası Hukukta Azınlıklar ve Anadilde Eğitim Hakkı, Alp Yayınevi, Ankara 2007.

TUNÇ, Hasan, "Uluslararası Sözleşmelerde Azınlık Hakları Sorunu ve Türkiye", GÜHF Dergisi, C.8 S.1-2, 2004.

TURHAN, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi", Çankaya Üniversitesi Journal of Law, S. 8/2, 2011.

VERHEYDE, Mieke, Article 28: The Right to Education, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2006.

YAŞAR, Nuri, İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.

İnternet Kaynakları:

- http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_40/01_Ecoles_minoritaires_Avis_consultatif.pdf,
<http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/Text/Banjul%20Charter.pdf>,
<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=trk>,
http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf,
http://www.cocukhaklari.gov.tr/condocs/kanun_belgeleri/4058.pdf,
http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_02.html,
http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf,
<http://mevzuat.meb.gov.tr/html/136.html>,
http://tr.wikisource.org/wiki/Lozan_Bar%C4%B1%C5%9F_Antla%C5%9Fmas%C4%B1,
<http://www.km.gov.al/skedaret/1231927768-Constitution%20of%20the%20Republic%20of%20Albania.pdf>,
<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/148.htm>,
http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_157.htm,
http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html,
<http://www.osce.org/tr/hcnm/32200>,
http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_Belgium,
http://www.servat.unibe.ch/icl/sz00000_.html,
http://wwi.lib.byu.edu/index.php/Treaty_of_Lausanne,
<http://mevzuat.meb.gov.tr/html/136.html>,
http://mevzuat.meb.gov.tr/html/26434_0.html,
<http://www.osce.org/hcnm/14588>,
BM Belge, E/CN.4/Sub.2/384/rev.1
RG; 27.05.1949, S. 7217
RG; 18.06.2003, S. 25142
BM Belge; CRC/C/66 (Azerbaycan)
BM Belge; CRC/C/114 (Mozambik)
BM Belge; CRC/C/15/Add232 (El Salvador)
BM Belge; CRC/C/15/Add231 (Japonya)
BM Belge; E/C.12/1999/10
RG; 11.12.1994, S. 22138
BM Belge; CCPR/C/21/Rev.1/Add.5