

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XIII

SAYI: 1

YIL: 2018

**NİSAN – 2018
KAYSERİ**

SAHİBİ

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

SORUMLU MÜDÜR

Fatma İLHAN

<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
	<u>ISSN</u> : 1306-3839
	<u>Basım Tarihi:</u> MAYIS 2018

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından
taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

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

Dizgi ve Mizanpaj:

Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

Baskı:

Erciyes Üniversitesi Matbaası, MELİKGAZİ-KAYSERİ

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Nisan ve Eylül aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Nisan ayında çıkan sayı için 31 Mart; Eylül ayında çıkan sayı için 31 Ağustos 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 programında ki otomatik başlıklandırmalar 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 evrilmesi, 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.

DANIŐMA KURULU

Prof. Dr. Veysel BAŐPINAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

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

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Murat DOĞAN
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL
Doç. Dr. Cengiz GÜL
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Ramazan AYDIN
Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN
Dr. Öğr. Üyesi Ertuğrul YUVALI
Arş. Gör. Emre KÖROĞLU
Arş. Gör. Mustafa UYANIK

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Murat DOĞAN
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN

EDİTÖR YARDIMCILARI

Arş. Gör. Emre KÖROĞLU
Arş. Gör. Mustafa UYANIK

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI*

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Doç. Dr. Fatih BİRTEK, Doç. Dr. Cengiz GÜL, Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN, Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ, Dr. Öğr. Üyesi Aslı NANECİ ARICI, Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ASLAN, Dr. Öğr. Üyesi Ramazan AYDIN, Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU, Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY, Dr. Öğr. Üyesi Selman ÖZDAN, Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN, Dr. Öğr. Üyesi GülDen ŞİŞMAN, Dr. Öğr. Üyesi Akın ÜNAL, Dr. Öğr. Üyesi Ertuğrul YUVALI, Öğr. Gör. Emrah ÖZDEMİR, Arş. Gör. Dr. İsmail ATAMULU, Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU, Arş. Gör. Muhammed Satuk Buğrahan ATAN, Arş. Gör. Alpaslan BALCI, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Ranegül CAMIZ, Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK, Arş. Gör. Eylem ÇAKMAZ, Arş. Gör. Osman DURAN, Arş. Gör. Alı YEŞİLYURT DURAN, Arş. Gör. Beyza KATIRCIGİL, Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK, Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY, Arş. Gör. Onur HAMURCU, Arş. Gör. Arif KALKAN, Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU, Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ, Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN, Arş. Gör. Emre KÖROĞLU, Arş. Gör. Burak KÜPELİOĞLU, Arş. Gör. Alperen POLAT, Arş. Gör. Sema Nur ÖÇALAN, Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR, Arş. Gör. Yavuz ÖZKAN, Arş. Gör. Abdulkadir SAKA, Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU, Arş. Gör. Hilal ŞENOL, Arş. Gör. Oğuz USTA, Arş. Gör. Mustafa UYANIK, Arş. Gör. Hakan YILDIRIM, Arş. Gör. Merve Nur YILMAZ, Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE.

* Dergideki isim sıralamaları unvan ve soyadı esas alınarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Mustafa Erdem CAN

Anonim Şirkette Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Üçte İkinin Kaybının Hukuki Sonuçları.....1

Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM

15 Yıl Sigortalılık Süresi ve 3600 Prim Ödeme Gününü Dolduranların İşten Ayrılmalarında Kıdem Tazminatı Talep Edebilmesi.....37

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN

Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Denkleştirme (TMK. Md. 230).....71

Arş. Gör. Dr. İsmail ATAMULU

Genel İşlem Şartlarında Şahsî (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yü-
kü.....101

Arş. Gör. Dr. İsmail ATAMULU/ Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

Türk Borçlar Hukukunda Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi Sebebiyle Borcun Sona Ermesi (TBK m. 135).....149

Arş. Gör. Dr. Emel TEKTEN

Türk Ticaret Kanunundaki Hükümler Karşısında Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluşu ve Kuruluşun İzne Tabi Olması.....183

Arş. Gör. Osman DURAN

Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Kapsamındaki Taşınmazların Kira Bedelinin Ödenme-
mesi Nedeniyle İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesinde Kira Sözleşmesine İtiraz ve Kaldırılması (İİK m. 269/b).....217

Arş. Gör. Arif KALKAN

İş Sözleşmesinde Fesih Halleri.....281

Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ

İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) Kullanımı.....315

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Cengiz GÜL/ Arş. Gör. Seher ÇAKAN

AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması.....365

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AYKANAT/ Arş. Gör. Abdüssamet USLU

Osmanlı Hukukunda İstidane İzni ve Günümüz Hukukuna Yansımaları.....411

Dr. Öğr. Üyesi Meral EKİCİ ŞAHİN/ Arş. Gör. Kürşat YEMENİCİ

6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma.....445

Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir YILDIZ Amerika Birleşik Devletleri'nde Başkan Yardımcısı İle Türkiye'de Cumhurbaşkanı Yardımcısının Karşılaştırılması.....	509
Dr. Öğr. Üyesi H. Gökçe ZABUNOĞLU Günümüzde Ulus-Devlet.....	535
Dr. Gökhan TANERİ Müstehcenlik Suçu.....	561

CONTENTS

PRIVATE LAW

Assoc. Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN

Loss Of 2/3 Of The Capital and Legal Reserve Costs In The Join Stock Company.....1

Asiss. Prof. Dr. Baki Oğuz MÜLAYİM

The Entitlement of Severance Pay For Those Who Have Fulfilled 15 Years Insurance Period and 3600 Premium Payment Days During The Termination of Their Contract.....37

Asiss. Prof. Dr. Gökhan ŞAHAN

Equalization In The Regime of Participating to Acquired Properties (TMK Article 230).....71

Res. Asst. Dr. İsmail ATAMULU

Burden of Proof The Existence of Individual Agreement In Standardized Terms of Contract.....101

Res. Asst. Dr. İsmail ATAMULU/ Res. Asst. Emre KÖROĞLU

Termination of Obligation Due To Merger of The Titles of Debtor and Creditor In Turkish Obligation Law (TOC art. 135).....149

Res. Asst. Dr. Emel TEKTEN

Foundation of the Asses Management Companies and The Permit-Required Structure of Their Foundation According to Provisions of Turkish Commercial Code.....183

Res. Asst. Osman DURAN

Objection to Contract of Rent and Abolition of Objection in Eviction of Immovable Without Judgment Due To Delinquency of Rent in The Scope of Housing and Roofed Workplace Rentals.....217

Res. Asst. Arif KALKAN

Termination of Labour Contract.....281

Res. Asst. Ayşe KARAKİMSELİ

National Judicial Network Information System (UYAP) Usage In Executive Follow-Up.....315

PUBLIC LAW

Assoc. Prof. Dr. Cengiz GÜL/ Res. Asst. Seher ÇAKAN

Limitation of The Freedom of Expression About Hate Speeches, Violence Speechs And Obscene Speechs In The Light Of European Court Of Human Rights (ECHR).....365

Asiss. Prof. Dr. Mehmet AYKANAT/ Res. Asst. Abdüssamet USLU

Authorization of The Istidane: Indeb-Tedness On Behalf Of Someone Else.....411

Asiss. Prof. Dr. Meral EKİCİ ŞAHİN/ Res. Asst. Kürşat YEMENİCİ Conciliation In Criminal Procedure Law In The Light Of Amendments Made By Law No.6763.....	445
Asiss. Prof. Dr. Abdulkadir YILDIZ Comparison Between The Vice President In Turkey And The US.....	509
Asiss. Prof. Dr. H. Gökçe ZABUNOĞLU Nation-State At The Present Day.....	535
Dr. Gökhan TANERİ Obscenity Crime.....	561

Özel Hukuk/ Private Law

ANONİM ŞİRKETTE SERMAYE VE KANUNİ YEDEK AKÇELER TOPLAMININ ÜÇTE İKİSİNİN KAYBININ HUKUKİ SONUÇLARI

*Doç. Dr. Mustafa Erdem CAN**

ÖZET

Anonim Şirket bir sermaye Şirketi olduğundan sermaye hem ortaklar hem Şirket hem de alacaklılar bakımından önemlidir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamını bu kişiler bakımından bir güvence olarak görmekte, bunun zarar sebebiyle 2/3'lük kısmının kaybedilmesini madde 376/2 hükmünde özel olarak düzenlemektedir. Kanun, bu oranda kaybın gerçekleşmesi halinde yönetim kuruluna bazı yükümlülükler getirmekte, genel kurula bu durumun aşılması yönünde iki alternatif yol sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, sermaye, sermaye kaybı, yedek akçe, bilanço açığı.

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
Makale Geliş Tarihi: 13.03.2018
Makale Kabul Tarihi: 02.04.2018

ABSTRACT

Since the joint stock company is a capital company, capital is significant both in terms of partners, both of the company and its customers. The Turkish Commercial Code, No. 6102, considers the sum of the capital and legal reserves as a guarantee for these people. The loss of 2/3 part due to damage to the capital is regulated in article 376/2. The law brings some obligations to the board of directors in the event of a loss, and offers two alternative ways for the general board to overcome this situation.

Key Words: Company, capital, loss of the capital, reserve fund, adverse balance.

I. GİRİŞ

Anonim şirketin mali yapısının bozulması üzerine sermayenin karşılıksız kalması, esas sermayesinin değişmezliği ilkesini ve şirket ile ortakların menfaatlerini zedeleyen ve şirket alacaklılarının alacaklarını tahsilini güçleştiren bir durumdur. Anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklığın sonuçlarını düzenleyen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ m.376 hükmünün gerekçesinde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.324 hükmünün bilanço hukukuna uymayan hükümlerinin düzeltildiği, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nda² 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin, İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1991 yılında yapılan değişikliklerin ve Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun ikinci direktifinin dikkate alındığı ifade edilmektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu (*Obligationenrecht*) OR Art. 725 hükmünde sermaye kaybı ve borca batıklık hali iki kademedede düzenlemektedir. OR Art.725 bildirim yükümlülüğü, OR Art.725a ise iflasın açılması ve ertelenmesi konularını hükme bağlamaktadır.³ AET'nin şirketler hukukuna ilişkin 2. Direktifi (*Second Council Directive 77/91/EEC*) alacaklıların güvencesini oluşturan sermayenin korunması için Topluluk hükümlerini belirtmektedir.

Türk Hukuku'nda anonim şirketin mali durumunun bozulması, üç aşamada ele alınmaktadır.⁴ Anonim şirket yönetim kurulunun, şirket sermayesinin kaybı veya şirketin borca batık hale gelmesi durumunda söz konusu olan görev

¹ Makalemizde “Türk Ticaret Kanunu” ifadesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG. 14.02.2012 tarih ve S. 27846) kısaca “TTK” kastedilmektedir. Eski Kanun'dan ise “6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu” şeklinde söz edilmektedir.

² 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu (RG. 19.06.1932 tarih ve S. 2128).

³ Von Greyerz **Christoph**, Prüfung, Berichterstattung und Vorgehen bei Kapitalverlust und Überschuldung, in Aufgaben und Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, SSTR, Zürich 1979, s. 36; Lukas **Glanzmann**, Rangrücktritt und Nachrangvereinbarung, in: GesKR 1/2007, s. 6.

⁴ Oruç Hami **Şener**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, 2015 Ankara, s. 377; Fatih **Bilgili** / Ertan **Demirkapı**, Şirketler Hukuku Dersleri, Adana 2013, s. 241; Mustafa Erdem **Can**, Şirketler Hukuku Dersleri, Ankara 2017, B. 2, s. 114-115.

ve yetkileri TTK 376 ve 377 hükümlerinde düzenlenmektedir. Anonim şirkette sermaye kaybı konusu ise, TTK 376 hükmünde iki fıkrada ele alınmakta olup birinci fıkrada sermayenin yarısının kaybedilmesi, ikinci fıkrada sermayenin üçte ikisinin kaybedilmesi yer almaktadır.

TTK 376/1 hükmü “*Son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırır ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar*” şeklindedir. Hukukumuzdaki düzenleme bu şekliyle, *Second Council Directive 77/91/EEC* madde 17’de öngörülen; sermayenin ciddi bir şekilde kaybı halinde üye ülkelerce belirlenen süre içerisinde tedbir alınması gerekip gerekmediği konusunda karar vermek üzere genel kurul toplantıya çağırılmasına ve aranacak kayıp oranının % 50’yi aşmamasına ilişkin düzenlemesiyle uyum içindedir.

TTK 376/2 hükmü ise; “*Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer*” şeklindedir. Bu düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu m.725 hükmünde yer almamaktadır.

Makalemizde esas itibariyle sermayesinin üçte ikisini kaybeden şirketin kendiliğinden sona ermesinin önüne geçilebilmesi için Kanun’da sunulan iki alternatif yoldan şirket genel kurulu tarafından sermayenin tamamlanması veya üçte bir ile yetinme kararı alınması halleri incelenmekte, ayrıca birleşmeye katılma yoluyla sermaye kaybının telafisi imkânı değerlendirilmektedir. Bunun yanında sermayenin tamamlanması kararının sermaye artırımından farkları ortaya konmaktadır. Şirket sermayesinin yarısının kaybı ile şirketin borca batık olması halleri incelememizin kapsamı dışındadır.

Hukumumuz bakımından, zarar sebebiyle sermaye ve yedek akçeler toplamının yarısının veya daha fazlasının kaybedilmesi halinde TTK 376/1 hükmü, kaybın 2/3 ve daha fazla olması durumunda ise, TTK 376/2 hükmü uygulama alanı bulmaktadır. Şirketin pasiflerinin aktiflerinden fazla olduğunun tespit edilmesi halinde TTK 376/3 hükmü kapsamında şirketin borca batık olmasından söz edilmektedir.

TTK 376/1 düzenlemesinde temel alınan İsviçre Borçlar Kanunu m.725 hükmünde sermayenin yarısının kaybedilmesi, AET düzenlemesinde *Second Council Directive 77/91/EEC* madde 17’de aranacak kayıp oranının en az % 50 olmasına ilişkin düzenlemesiyle uyumludur. Buna karşın makalemize konu TTK 376/2 hükmünde öngörülen 2/3 kayıp oranına ilişkin bu hukuk sistemlerinde ayrı bir düzenleme yer almamaktadır.

Sermaye kaybının tam 2/3 olması durumunda sermayenin kalan miktarı 1/3 olmasına karşın, 2/3’den fazla olması durumunda mevcudun 1/3’ün altına ineceği söylenebilecektir.⁵ Bu yüzden, ikinci fıkrada yer alan “sermayenin üçte biri ile yetinme” ifadesi yerine “sermayenin kalanı ile yetinme” ifadesinin kullanılması daha isabetli olurdu. Kanun’un burada şirketin faaliyetlerine en az 1/3 sermaye oranı ile devam etmesini istediği ve kalan miktarın en az 1/3’e tamamlanmasını beklediği ileri sürülebilirse de, bu yorum tarzı hükmün amacına uygun düşmemektedir.

Esas sözleşmede gösterilen sermayenin, şirket kurulduktan sonra çeşitli nedenlerle azalması durumunda şirket genel kurulu, sermayenin eksilen kısmının tamamlanması veya kalan sermaye mevcudu ile devam edilmesi yönünde bir karar vermelidir. Bu iki alternatif karardan birinin verilmesi halinde şirket

⁵ 6762 sayılı Kanun döneminde aynı eleştiri için bkz. İsmail **Kayar** (kısaca “İsmail Kayar, age”), Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s.194; Akar **Öçal**, Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Sorunlar, *ATOD*, 1975/6, s. 10; **Can**, s. 115.

faaliyetlerine devam edebilir, aksi takdirde şirket kendiliğinden sona erer. Şirketin faaliyetini sürdürebilmesi için bu iki karardan birinin verilmesi zorunluluğu Türk Ticaret Kanunu'ndan doğmaktadır.

II. ŞARTLARI

A. Sermaye ile Kanuni Yedek Akçeler Toplamının 2/3'ünün Zarar Sebebiyle Karşılıksız Kalması

1. Genel olarak sermaye

Sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemeler; şirketin varlığını devam ettirmesine ve bu sayede şirket ortakları ile şirket alacaklılarının ve şirket çalışanlarının menfaatlerinin korunmasına hizmet eder⁶. TTK 376 hükmü ile şirketin, pay sahiplerinin, şirket alacaklılarının ve sermaye piyasası aktörlerinin genel ekonomik menfaatleri ile yatırımlarının korunması amaçlanmaktadır⁷.

TTK 376/2 hükmünde kastedilen sermaye; ödenmiş sermaye değil, esas sözleşmede gösterilen ve pay sahiplerinin taahhüt ettikleri katılma paylarının toplamı olan sabit miktardır. İsviçre Borçlar Kanunu m.725/1 hükmünde esas sermaye (*Grundkapital*) terimi yerine, 1992 değişikliği ile pay sermayesi (*Aktienkapital*) terimi tercih edilmesine karşın, TTK esas sermaye terimine sadık kalmıştır⁸.

Kayıtlı sermaye sistemini tercih eden şirketlerde, esas sözleşmede öngörülen kayıtlı sermaye tavanı değil, çıkarılmış sermayenin dikkate alınması ge-

⁶ Peter, **Böckli**, Der Rangrücktritt im Spannungsfeld von Schuld- und Aktienrecht, § 13, N. 713, Zürich 1988; Rudolf **Lanz**, Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, Diss, Bern 1985, 74 ff; Henrich **Honsell**/Nedim Peter **Vogt**/Rolf **Watter**, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 725, § 3, s. 1242.

⁷ TTK Gerekçesi m. 376, s. 115.

⁸ Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, B. 3, Ankara 2018, s. 1555. Buna karşın, şirketin alacakları arasında yer alan ödenmemiş sermayenin tahsili şirket yöneticileri bakımından bir görev niteliğindedir. Şirket tasfiye halinde ise ödenmemiş kısmı tahsil görevi TTK 541/1 gereği tasfiye memurlarına ait olmaktadır.

rekmetedir.⁹ Sermaye kavramına, şayet katılma intifa senetleri çıkarılmışsa, bu senetlerin karşılığı olan “katılma sermayesi” (*Partizipationskapital*) de dahildir. Buna karşın, yeniden değerlendirme değer artış fonu sermaye kavramına dahil değildir.¹⁰ Değer artış fonu, TTK 520 hükmü gereği kanuni yedek akçeler kapsamında değerlendirilir.

Şirket kurulduğu anda şirketin öz kaynakları en fazla sermayesi kadardır. Esas sözleşmede ortaklarca taahhüt edilen sermayenin tamamı ödenmişse, şirketin sermayesi ile öz kaynakları eşit olmuş olur. Kuruluşta henüz sermayenin bir kısmı ödenmemişse, şirketin öz kaynakları sermayesinden azdır. Şirket kurulduktan sonra çok kâr edip öz kaynaklarını sermayesinin çok üzerine çıkarabileceği gibi, zarar edip esas sözleşmede öngörülen sermaye miktarının altına da düşürebilir. Bu anlamda sermayenin sabit, öz kaynakların ise dinamik ve değişken olduğu söylenebilir¹¹.

2. Kanuni yedek akçeler

Zarar sebebiyle karşılıksız kalan miktarın tespitinde TTK 376 gereği şirket sermayesi (*Aktienkapitals*) ile kanuni yedek akçeler (*Gesetzlichen Reserven*) toplamı esas alınmaktadır. Sermaye miktarı ile şirketin kanunen ayırması gereken yedek akçeler miktarı toplanmalı, son yıllık bilançoda bu toplam miktarın zararlar sebebiyle üçte ikisinin karşılıksız kalıp kalmadığı belirlenmelidir.

Sermaye ile toplanacak kanuni yedek akçeler TTK 519 ve 520 hükümlerinde öngörülen yedek akçelerdir¹². TTK 519 hükmünde genel kanuni yedek

⁹ İsmail **Kayar**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. XVIII, S. 2, Yıl 2012 (Özel Sayı), s. 646; **Pulaşlı**, C.I, s. 1085.

¹⁰ **Pulaşlı**, C. I, s. 1084.

¹¹ Ahmet **Türk**, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 20; **Pulaşlı**, C. II, B. 3, s.1556.

¹² İsviçre Hukuku’nda *Gesetzlichen Reserven* (yasal=kanuni yedekler) kapsamında; İsviçre Borçlar Kanunu m.671 hükmünde genel yedekler, m.671-a hükmünde şirketin iktisap ettiği

akçe, TTK 520 hükmünde ise şirketin iktisap ettiği kendi payları için ayrılan yedekler ile yeniden değerlendirme yedekleri (değer artış fonu) düzenlenmektedir.

Türk Hukuku'nda sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının karşılıksız kalan kısmının üçte ikiden az olması durumunda genel kurulun TTK 376/1 kapsamında bir karar alması şart değildir. Buna karşın üçte iki veya daha fazla olması durumunda TTK 376/2 kapsamında iki karardan birini alması gerekmektedir.

3. Şirketin öz kaynakları

Şirketin öz kaynakları; sermaye, kanuni ve iradi tüm yedek akçeler, kâr, zarar ve yeniden değerlendirme fonları toplamından oluşmaktadır. Son yıllık bilançoadaki kâr ve zarar kalemleri, son yıl yanında geçmiş yıllar kâr ve zararlarını da kapsamaktadır. Şirketin taşınır ve taşınmaz mallarının satışından Vergi Usul Kanunu'na göre bilançoya aktarılan fonlar da şirketin öz kaynakları içinde yer almaktadır.

Şirketin öz kaynakları içinde yer alan yedek akçeler TTK 519, 520, 521, 522 hükümlerinde düzenlenmektedir. Türk Ticaret Kanunu m.519, 520 hükümlerinde kanuni yedek akçeler; m.521 ve 522 hükümlerinde ise iradi yedek akçeler düzenlenmektedir.

TTK 521 hükmünde, kanuni olarak ayrılması zorunlu oranın üzerinde esas sözleşme ile ihtiyari olarak yedek akçe ayrılmasına imkân tanınmaktadır. İhtiyari yedek akçelerin esas sözleşmede harcama yerleri gösterilmişse, o amaca özgülendikleri kabul edilmeli; gösterilmemişse, şirket amaç ve ihtiyaçları doğrultusunda kullanılabilecekleri kabul edilerek öz varlığa dâhil edilmeleri gerekmektedir. TTK 522 hükmünde; şirketin yöneticileri, çalışanları ve işçileri için

kendi payları için ayrılan yedekler ile madde 671-b hükmünde yeniden değerlendirme yedekleri (değer artış fonu) sayılmaktadır.

yardım kuruluşu kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla ya da bu amacı taşıyan kamu tüzel kişilerine verilmesi amacıyla yedek akçe ayrılması düzenlenmekte olup yardım amacına öngülenen bu yedek akçelerin öz varlık hesabında ayrı tutulması gerekmektedir.

4. Zarar miktarının, toplamın 2/3'ünü aşması

Şirketin öz varlığı hesaplanırken kanuni yedek akçeler ile şirketin faaliyet ve amaçlarına öngülenen yedek akçeler ve belli bir amaca öngülenmemiş olan ihtiyari yedek akçeler, özvarlık hesabına dâhil edilir. Şirketin öz varlığı tespit edildikten sonra, zarar miktarının sermaye ve TTK 519 ve 520'de öngörülen kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisini aşıp aşmadığı belirlenir¹³.

TTK 376/2 hükmü zarar sebebiyle sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının kaybı konusunu düzenlediğinden; zarar ile bunların toplamının karşılaştırılması yerine, zararın şirket malvarlığını oluşturan öz kaynakları aşip sermaye ve kanuni yedek akçelere sirayet etmesinden ve onların üçte ikisini aşacak düzeye ulaşmış olmasından söz edilmelidir.¹⁴ O halde yönetim kurulu, son yıllık bilançoda zarar sebebiyle öz kaynaklardaki azalmanın sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisini aşip aşmadığına bakmalı, aştığını tespit etmesi halinde genel kurulu derhal toplantıya çağırmalıdır.

6762 sayılı mülga TTK 324 hükmünde kayıp oranının tespitinde sadece sermaye esas alınmakta, kanuni yedek akçeler dikkate alınmamaktaydı. 6102

¹³ Alexander **Vogel**/Christoph **Heiz**/Urs R. **Behnisch**/Sieber **Sieber**, FusG Kommentar, 2. Überarbeitete Auflage, Zürich 2012, Art. 6, N. 12; Marcel **Meinhardt**, Basler Kommentar Fusiongesetz (Hrsg. Rof Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschaeni/Daniel Daeniker), Basel/Genf/München 2005, Art. 6, N. 17.

¹⁴ İsmail **Kırca**/Feyzan **Şehirali Çelik**/Çağlar **Manavgat**, Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Ankara 2013, s. 574; **Can**, s. 115.

sayılı TTK 376 hükmü, kayıp miktarının tespitinde kanuni yedek akçeleri de toplama dâhil etmiş bulunmaktadır.¹⁵

Yönetim kurulunun son yıllık bilançodan önce, ara bilançoya bakarak üçte iki kaybı tespit etmesi halinde TTK 376/2 kapsamında genel kurulu toplantıya çağırması zorunlu değildir,¹⁶ ancak dilerse çağırabilir.¹⁷

Yıllık bilançodan önce, ara bilançoda kayıp oranının üçte ikiye ulaştığını tespit etmesi halinde yönetim kurulu, öz kaynaklar içinde yer alan fonları, kârları ve yardım amacına özgülenenler dışındaki yedek akçeleri çözüp kullanarak zarar miktarını azaltıp son yıllık bilançoda kayıp oranını 2/3'ün hatta 1/2'nin altına düşürüp şirketi TTK 376 şartlarına tabi olmaktan kurtarabilir.

Yönetim kurulu ara bilançoda kaybı fark etmesi halinde, yıllık bilançodan önce genel kurula yeterli oranda sermaye artırımını yapmasını önerebilir. Sermaye çeşitli kaynaklardan genel kurul kararıyla arttırılabilir. Kaynağı bakımından sermaye artırım yöntemi olarak TTK 463 hükmünde öngörülen şarta bağlı sermaye artırım uygun bir usul olabilir.¹⁸ Bu sayede tahvil veya benzeri borçlanma araçlarıyla şirketten alacaklı olanlara veya çalışanlara esas sözleşmede alım veya değiştirme haklarını kullanmak suretiyle yeni payları edinme hakkı sağla-

¹⁵ **Can**, s. 115; **Kayar**, s. 646.

¹⁶ **Kayar**, s. 647'de; son yıllık bilançodan kaybın tespiti üzerine gerekli tedbirlerin alınması ihtiyacını ifade etmekte, şirketin mali durumunu daha net şekilde ortaya koyacak olan aktiflerin satış fiyatları üzerinden hazırlanan ara bilançodan kaybın tespiti halinde TTK 376/1 ve 2 hükümlerinde öngörülen gerekli tedbirlerin evleviyetle alınması gerektiğini ileri sürmektedir. *Kanaatimizce*; TTK 376/3 hükmü gereği yönetim kurulu şüphe görmesi halinde borca batıklığı her zaman tespit edebilir. Buna karşın daha hafif sayılabilecek olan yarı oranında veya üçte iki oranında kaybı tespit ederek genel kurulu toplantıya çağırma yükümlülüğü ancak son yıllık bilanço hazırlandıktan sonra doğmaktadır. Keza son yıllık bilanço öncesinde şirketin menfaatleri doğrultusunda gerekli tedbirleri almasına da bir engel yoktur.

¹⁷ Yönetim kurulunun faaliyet ve çabaları neticesinde şirketin son yıllık bilançoda olumsuz durumdan çıkması ve TTK 376/2 hükmüne tabi olmaktan kurtulması mümkündür.

¹⁸ Halka açık ortaklıkların şarta bağlı sermaye artırımını için Sermaye Piyasası Kurumu'na başvurması zorunludur (6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na dayanılarak paylar ile pay benzeri menkul kıymetlerin ihracına ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla hazırlanan Sermaye Piyasası Kurulu'nun VII-128.1 sayılı Pay Tebliği madde 2/1-ç bendi; Tebliğ metni için bkz. RG. 22.06.2013 tarih ve S. 28685).

arak şartta bağlı sermaye artırımını sağlanabilir. Bu sayede hem şirketin borçları azalacak hem de sermayesi artmış olacaktır.

Kayıtlı sermaye sistemini benimseyen anonim şirketlerde genel kurul esas sözleşmede değişiklik yapıp kayıtlı sermaye tavanını yükselterek ve yönetim kurulu da kendisine yetki verilen sermaye miktarını bu sınırlar içerisinde artırarak sorunu geçici olarak çözebilir. Ancak sermaye artırımını, hesaplamadaki matrahı da yükselteceği için sorunu erteleyecek, zararı ortadan kaldıramayacağı için sorunu temelden çözmeyecektir.

Halka açık anonim şirketlerde TTK 376 hükmünün uygulanması ile ilgili esaslar, Sermaye Piyasası Kurulu'nun 10.04.2014 tarih ve 11/352 sayılı Kararı ile belirlenmiştir.¹⁹ Buna göre yönetim kurulu, şirket sermayesi ve kanuni yedek akçeleri toplamının üçte ikisinin karşılıksız kaldığını, şirket tarafından Sermaye Piyasası Kurumu'nun II-14.1 sayılı Tebliği çerçevesinde hazırlanıp kamuya açıklanan yıllık finansal durum tabloları (bilanço) üzerinde tespit etmelidir. Sermaye kaybı tespit edilirken, finansal durum tablosunda (bilanço) yer alan kalemler dikkate alınarak; (Sermaye + Kanuni Yedek Akçeler) – Özkaynaklar/Sermaye + Kanuni Yedek Akçeler formülü uygulanmalıdır. Konsolide finansal tablo düzenleyenler için özkaynaklar tutarı, ana ortaklığa ait özkaynaklar kalemi değil, özkaynakların tamamı olarak değerlendirilmelidir.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun kararında farklı olarak yönetim kuruluna, sermaye ve kanuni yedek akçelerin üçte ikisinin karşılıksız kaldığının tespiti halinde, borca batıklık durumunu inceleme yükümlülüğü de yüklenmiştir. Karar, halka açık şirketlerde üçte iki kaybın tespitini TTK 376/3 hükmünde öngörülen şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesi uyandıran bir işaret olarak kabul etmekte ve şüphenin takdiri konusunda yönetim kuruluna yetki vermemekte ve şüphenin artık var olduğunu kabul etmektedir.

¹⁹ Sermaye Piyasası Kurumu'nun 10.04.2014 tarih ve 2014/11 sayılı Bülteni'nde yayınlanmıştır.

B. Zarar Sebebiyle Karşılıksız Kalmannın Tespit Edilmesi

Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, yönetim kurulu TTK 376/2 hükmü gereği genel kurulu derhal toplantıya çağırarak yükümlüdür. Esas sözleşmede, sermayenin daha az oranda kaybı halinde yönetim kuruluna çeşitli görevler verilmesi, çağrı yükümlülüğü getirilmesi öngörülebilir.

Yıllık bilanço hazırlamak ve bilançoda karşılıksız kalma hususunu tespit etmek ve genel kurulu toplantıya çağırarak yönetim kurulunun görevidir. Ara bilançolardan farklı olarak yıllık bilanço, şirketin ayrı özel bir hesap dönemi kabul etmemesi halinde son yılın 1 Ocak-31 Aralık dönemine ilişkin bir yıllık mali durumu ile kâr ve zararını gösteren iki tarafı denkleştirilerek kapatılmış bilanço olup yılda bir defa hazırlanmaktadır.

Yönetim kurulunun kaybı son yıllık bilançoda tespit etmiş olması gerekmektedir.²⁰ Buna karşın yönetim kurulunun sadece yılsonunda değil, genel kurul tarafından onaylanması söz konusu olmayan ara bilançoda kaybı tespit etmesi halinde de genel kurulu toplantıya çağırarak yükümlülüğü bulunduğu ileri sürülmektedir.²¹ *Kanaatimizce*; TTK 376/2 hükmünün son yıllık bilanço esas alan açık düzenlemesi karşısında, ara bilançonun esas alınması mümkün değildir. Bununla birlikte her ne kadar yıllık bilanço genel kurul tarafından tasdik edildikten sonra bu hüviyeti kazansa da, yönetim kurulu tarafından hazırlanan ve genel kurulun tasdikine sunulacak olan yıllık bilanço taslağında karşılıksız kalma durumundan yönetim kurulunun haberdar olması yeteli sayılmalıdır.

²⁰ **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, s. 575; **Can**, s. 114.

²¹ **Kayar**, s. 647; TTK 526 madde gerekçesinde de kaybın ara bilançodan anlaşılması halinde son yıllık bilançonun beklenmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Öte yandan azlığın talebiyle bilanço görüşmelerinin toplantı başkanının kararıyla en az 1 ay ertelenmesi ya da onaylanmaması mümkün olmaktadır. Uygulamada hesap dönemi farklı belirlenmemişse olağan genel kurul toplantısının, yeni takvim yılını takip eden yılın ilk üç ayının sonunda yani 31 Mart tarihine kadar yapıldığı dikkate alınır; yıllık bilanço da en erken bu tarihte genel kurulun önüne gelecektir. Genel kurulun bilançoğu ne zaman onaylanacağı, hatta onaylanıp onaylanmayacağı dahi belli değildir. Buna karşın yönetim kurulu durumdan çok daha önceden haberdar olmaktadır.

TTK 437/1, c.1 hükmü gereği; “*Finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi, genel kurulun toplantısından en az onbeş gün önce, şirketin merkez ve şubelerinde, pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulur*”. Bunları hazırlamakla ve genel kurul toplantısından en az onbeş gün önce pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurmakla görevli olan yönetim kurulu, karşılıksız kalma hususunu çok önceden tespit etmiş bulunmaktadır. Bu yüzden hükmün amacı dikkate alınarak bilançonun genel kurul tarafından onaylanması aranmaksızın yönetim kurulunun genel kurulu derhal toplantıya çağırma yükümlülüğü doğduğu kabul edilmelidir.

İsviçre, AB ve Türk Hukuku’nda sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının karşılıksız kalması durumunda yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırması gerekmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu m.725/1 hükmüne göre; “*Son yıllık bilançoda, sermayenin ve kanuni yedek akçelerin yarısının artık karşılıksız kaldığı ortaya çıkarsa, yönetim kurulu derhal genel kurulu toplar ve şirketin iyileştirilmesi tedbirlerinin alınmasını talep eder*.” Bu durumda yönetim kurulunun genel kurulu derhal toplantıya çağırması ve gerekli

tedbirlerin alınmasını talep etmesi konusundaki yetkileri ve görevleri bir başka organa devredilemez²².

Yönetim kurulu tarafından sunulan iyileştirme planı, şirketin mali durumunu dengeye getirecek ve kazanç tabanını iyileştirecek mahiyette olmalıdır²³. Elbette *OR Art. 725/1* ve *TTK 376/1* kapsamında genel kurul bu tedbirlerden birini seçebileceği gibi, bir başka tedbir de öngörebilir. Buna karşın *TTK 376/2* hükmü kapsamında 2/3 ve daha fazla kayıp olması halinde genel kurul ya sermayeyi tamamlama ya da mevcut sermaye ile devam etme kararı almak zorundadır. Aksi takdirde şirket kanun gereği kendiliğinden sona erecektir.

İsviçre Hukuku'nda karşılıksız kalmanın en az % 50 oranında olması arandığından, daha yüksek hatta % 100 karşılıksız kalması halinde de *OR Art. 725/1* hükmü uygulanmaktadır. Türk Hukuku'nda da % 50 karşılıksız kalma halinde *TTK 376/1* hükmü uygulanmakla birlikte, İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak karşılıksızlık oranının 2/3 veya daha fazla hatta % 100 olması halinde ise makalemize konu olan *TTK 376/2* hükmünün tatbik edilmesi ve genel kurulun belirtilen iki karardan birini almak mecburiyetine uyması gerekmektedir.

C. Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması

Son yıllık bilançodan sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının en az 2/3'ünün zarar sebebiyle kaybedildiğinin tespiti halinde yönetim kurulu, genel kurul derhal toplantıya çağırmakla yükümlüdür. *TTK 410/1* hükmü gereği genel kurul toplantıya çağırma yetkisi ve görevi, süresi dolsa bile yönetim kuruluna aittir.

²² Peter **Forstmoser**/Arthur **Meier-Hayoz**/Peter **Nobel**, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N. 187; **Böckli**, § 13, N. 729 ff; **Honsell/Vogt/Watter**, Art. 725, § 1, s. 1241.

²³ Eric **Homburger**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 5 B, Kommentierung zu Art. 707-726 OR, Zürich 1997, ZK-OR 725 N. 1216.

TTK 376 hükmünde, 2/3 kaybın tespiti ve genel kurulu toplantıya çağırma görevi doğrudan yönetim kuruluna verilmiştir. TTK 375 hükmünde yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında açıkça sayılmamış olsa dahi, TTK 376 kapsamında sermayenin yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kalması halinde, esas sözleşmede iç yönergeye göre yönetimin devri söz konusu olsa da çağrı yükümlülüğü devredilemez. Bu yetkinin mutlaka yönetim kurulu tarafından kullanılması gerekir²⁴. Buna karşın yetki devrinin kapsamına göre, yetki devredilen kişilerin durumu tespit etme ve iyileştirici tedbirlerin neler olabileceğini yönetim kuruluna bildirme yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmiştir.

Yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırma görevi, 2/3 veya daha fazla sermaye kaybının tespiti halinde görev süresi dolmuş şayet yenisi de seçilmemişse artık bir mecburiyete dönüşmektedir. Keza TTK 376/2 hükmünde derhal çağırma mecburiyeti öngörülmektedir.

Kanun belirli durumlarda azlığa ve tek pay sahibine, tasfiye halinde tasfiye memurlarına, iflas tasfiyesinde iflas idaresine de genel kurulu toplantıya çağrı yetkisi tanımaktadır. Buna karşın; son yıllık bilançodan üçte ikilik kaybı tespit etme ve genel kurulu derhal toplantıya çağırma yetkisi ve görevi yönetim kuruluna verilmiştir.²⁵ Kaybı tespit etmesi üzerine yönetim kurulu, genel kurulu derhal toplantıya çağırmalıdır. Yönetim kurulu finansal planlamalarını yapmalı ve vakit geçirmeksizin toplantı hazırlıklarına başlamalı, gündemde mutlaka sermayenin tamamlanması ve/veya kalan miktarla yetinilmesi konularına yer verilmeli²⁶ ilân ve davetler usulüne uygun olarak süresinde yapmalıdır.

²⁴ Böckli, § 13, N. 729.

²⁵ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s. 578.

²⁶ Kanaatimizce; gündemde asıl konu ile tezat teşkil etmeyen başkaca konuların yer alması ve bunların genel kurulda müzakere edilmesi ve karara bağlanması da mümkün kabul edilmelidir.

Çağrı görevinin yerine getirilmemesi üzerine genel kurulun toplanmaması tehlikesi karşısında Kanun belirli hallerde bu yetkiyi, TTK 411-412 hükümleri kapsamında doğrudan azlığa veya azlığın başvurusu üzerine mahkemece atanacak kayyıma veyahut da TTK 410/2 kapsamında mahkeme izni ile tek bir pay sahibine tanımış bulunmaktadır.

D. Genel Kurulun İki Karardan Birini Alması

1. Genel olarak

Sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının zarar sebebiyle üçte ikisinin kaybının tespit edilmesi halinde şirket kendiliğinden sona ermemektedir. Son yıllık bilançoya göre, kaybın tespiti üzerine yönetim kurulu genel kurulu derhal toplantıya çağırmalıdır. Çağrı üzerine toplanan genel kurul TTK 376/2 hükmünde gösterilen iki karardan birini almak zorundadır.

Genel kurul ya mevcut sermaye ile yetinme kararı ya da sermayenin tamamlanması kararı almak zorundadır. Hükümde sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin kaybindan söz edilmesine karşın, öngörülen önlemlerde sadece sermaye kaybının telafisine odaklanıldığı görülmektedir.²⁷

Zorunluluk Kanun'dan doğmakta, aksi halde şirketin Kanun gereği kendiliğinden sona ermesi söz konusu olmaktadır. Genel kurulun hiç toplanmaması veya toplanmakla birlikte yukarıda sayılan iki karardan birini almaması hallerinde, şirket kendiliğinden sona ermektedir. Kısaca ifade etmek gerekirse; genel kurul bu iki seçimli karardan birini almadığı veya alamadığı takdirde şirket kendiliğinden sona ermektedir.

Bu tarz bir sona erme sebebi İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır. 6762 sayılı TTK 324/2 hükmü döneminde 2/3 sermaye kaybı halinde genel

²⁷ Oruç Hami Şener, s. 380; Alihan Aydın, "Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TTK m. 376) Eleştirel Bir Bakış", *İÜHFM*, C. LXX, S. 2, s. 109.

kurulun iki karardan birini almamış olmasının kendiliğinden sona erme sebebi sayılması ve münfesiş olduğunun tespiti davasına konu olması eleştirilmiş ve ağır bir müeyyide olarak görülmüştür. İflas sürecinde dahi durumunu düzeltmesi imkânı tanınan şirketin kendiliğinden sona ermesi (infisah) eleştirilmiş ve bu durumun Kanun'da kendiliğinden sona erme sebebi sayılmayıp fesih davasına konu olması gerektiği hususuna işaret edilmiştir.²⁸

Kanaatimizce; İsviçre Borçlar Kanunu m.725 hükmünde bulunmayan ve TTK 376/2 hükmünde yer alan, sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının zarar sebebiyle üçte ikisinin karşılıksız kaldığını son yıllık bilançodan tespit eden yönetim kurulunun derhal toplantıya çağırdığı genel kurulun makul bir süre içerisinde belirlenen iki karardan birini almamış olması halinde şirketin kendiliğinden sona erdiğinin (infisah) kabul edilmesine ilişkin düzenleme ve öngörülen müeyyide ağırdır²⁹. Keza bir sonraki fıkrada yani TTK 376/3 hükmünde borca batık hale gelen şirketin iflasına dahi mahkemece karar verilirken ve iflastan kurtulma çareleri öngörülürken, TTK 377 hükmünde iflasın ertelenmesi kurumu ve bu hükmün atfı ile 7101 sayılı Kanun³⁰ m.3 hükmü ile değişik ve İİK 179 hükmü³¹ ve devamı hükümlerinde iflasın ertelenmesi ve iflastan kurtulma konuları ile 7701 sayılı Kanun m.13 ile değişik İİK 285 ve devamı hükümlerinde konkordato konuları düzenlenirken, TTK 376/2 hükmünde öngö-

²⁸ Hayri **Domaniç**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul 1988, s. 540-541; Hasan **Pulaşlı**, (kısaca “Pulaşlı, age”) Şirketler Hukuku, B.3, İstanbul 2001, s. 951-952.

²⁹ İsmail **Kırca**/Murat **Gürel**, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan, “Sermaye Kaybı veya Borca Batıklık Halinde Birleşmeye Katılma”, Ankara 2017, s. 468.

³⁰ İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG.15.03.2018 tarih ve S.30361).

³¹ 7701 sayılı Kanun m.3 hükmü ile değişik İİK m.179 hükmüne göre; “Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olduğu idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye hâlinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edilirse, önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflâsına karar verilir. Türk Ticaret Kanununun 377 nci ve 634 üncü maddeleri ile 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 63 üncü maddesi hükmü saklıdır.”

rülen ve tespit davasına konu olacak kendiliğinden sona erme müeyyidesinin öngörülmesi orantılı olmamıştır.

Öte yandan genel kurulun kalan sermaye ile devam kararı alması durumunda yoluna devam etmesi mümkün görülürken, böyle bir karar almaması halinde aynı kalan sermaye ile sona erdiğinin kabulü uygun değildir. Bu nedenle öngörülen müeyyidenin; son yıllık bilançonun genel kurula sunulmasından itibaren 3 ay içerisinde azlık tarafından açılacak bir fesih davasına konu olması uygun olacaktır.

Yukarıdaki değerlendirmelerimiz neticesinde TTK 376/2 hükmünün; *Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde azlık pay sahipleri bilançonun genel kurula sunulmasından itibaren üç ay içerisinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesinde şirketin feshi davası açabilirler*” şeklinde düzenlenmesi uygun olacaktır. Bu dava aynı zamanda yönetim kurulunun faaliyetlerine bir karşı duruş mahiyetinde olduğundan, bir azlık hakkı şeklinde tesis edilmesinde yarar vardır. Her ne kadar alacaklılara da bu dava hakkı tanınması düşünülse de, şirketin devamlılığı açısından sakıncalı olabilir.

2. Sermayenin üçte biri ile yetinilmesi kararı

Zarar sebebiyle şirketin sermayesi ve kanuni yedek akçeleri toplamının üçte ikisi veya daha fazlası kaybedilmiş olabilir.³² Bu durumda kalan kısım üçte

³² Şirketin borçlarının aktifinden fazla olması halinde şirketin İcra İflas Kanunu m.179 hükmü kapsamında borca batık olduğundan söz edilmektedir. Borca batıklık (*Überschuldung*; OR Art. 725/2-3), borçlunun malvarlığındaki aktif değerler toplamının pasif değerler toplamını karşılamamasıdır. Borca batıklık bilançosu malvarlığını tespit eden bir bilanço olup bu bilançoda gerek aktif gerekse pasif kısımda gerçek değerler esas alınmaktadır. Aktif kısımda şirket malvarlığını oluşturan parçalar, pasif kısımda ise şirketin gerçek yükümlülükleri yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz **Atalay**, “İflasın Ertelenmesi”, 75. Yaş Günü İçin

bir veya daha az bir miktar olur. Genel kurul sermayenin azaltılması kararı alarak yeni sermaye miktarını tayin edebilir. Genel kurulun sermayenin kalan miktarı ile yetinme kararı, payların nominal değerinin indirilmesi veya eşitlik ilkesi gözetilerek pay sayısının azaltılması şekillerinden biri ile gerçekleştirilebilir. Anonim şirkette sermayenin azaltılması kararı, TTK 473/3 hükmünün atfıyla TTK 421/3 gereği sermayenin en az % 75'ini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu ile alınmalıdır. Farklı pay gruplarının bulunması halinde azaltmanın, bunların haklarının korunarak yapılması önem arz etmektedir. Aksi takdirde bu pay sahiplerinin haklarının zedelenmesi söz konusu olabilir.

AET 2. Direktifi (*Second Council Directive 77/91/EEC*) m.31 ve 38 hükümlerinde ayrıca; şirkette birden fazla farklı pay grubunun bulunması halinde, sermayenin azaltılması kararının bundan hakları etkilenen her bir pay grubu için ayrı bir oylama ile karara bağlanması aranmaktadır. Öte yandan m.32 hükmünde, azaltma halinde azaltılan kısımlara ilişkin bedellerin pay sahiplerine iade edilmesine de imkân tanınmaktadır.

Halka açık ortaklıklarda sermayenin azaltılması için Sermaye Piyasası Kurulu'na başvurulması zorunludur (SPK'nın VII-128.1 sayılı Pay Tebliği m.2/1, d). Payları borsada nominal değerinin altında işlem gören ortaklıkların bilanço açığının kapatılması amacıyla sermayenin azaltılması yoluna gidebileceği ve yapılacak sermaye azaltılması ile münhasıran bilanço açıklarının kapatılması gerektiği ifade edilmektedir (m.19/1). Bilanço açığı, ortaklığın Kurul düzenlemelerine göre hazırlanmış, bağımsız denetimden geçirilmiş ve genel kurulca onaylanmış son yıllık finansal tablolarındaki geçmiş yıl zararları ile dönem zararlarının toplamını ifade etmektedir (m. 19/2). Fon çıkışı gerektirme-

yen sermaye azaltılması işlemlerinin sadece pay sayısının azaltılması suretiyle yapılabilmesi mümkündür (m. 19/6).

Genel kurulun kalan sermaye ile yetinme kararı vermesi halinde azaltılan sermayenin, Türk Ticaret Kanunu'nda asgari sermaye olarak öngörülen elli bin Türk Lirası ile kayıtlı sermaye sistemini benimseyen anonim şirketlerde yüz bin Türk Lirası, şirketin faaliyet konusuna göre özel kanunlarda öngörülen yasal asgari sermaye miktarının altına indirilmesi mümkün değildir.³³

TTK 473/5 hükmünde, sermayenin hiçbir surette madde 332 hükmü ile belirlenen ve halihazırda elli bin Türk Lirası olarak tespit edilmiş olan en az tutardan aşağı indirilemeyeceği açıkça ifade edilmektedir. Mevcut sermayenin yasal asgari miktarın altına düşmesi halinde, kalan miktarla yetinme kararı değil sermayeyi yasal miktara tamamlama kararı alınması gerekmektedir.³⁴

3. Sermayenin tamamlanması kararı

Sermayenin tamamlanması konusunda doktrindeki görüşler üç ana başlık altında toplanabilir. Bir görüşe göre³⁵ sermayenin tamamlanması bir sermaye artırımını niteliğindedir. Diğer bir görüş³⁶ tamamlamanın, üçte iki oranında azaltma ile aynı zamanda en az azaltılan miktarda esas sermayenin arttırılması olduğu yönündedir. Buna göre, zararlarla yitirilen sermayenin tamamlanması,

³³ *Second Council Directive 77/91/EEC* madde 34'de; esas sermayenin, Direktif'in 6'ncı maddesine göre belirlenen asgari sermaye miktarından daha düşük bir miktara indirilemeyeceğini açıkça hükme bağlamaktadır.

Hukukumuzda asgari sermaye miktarı 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda nakit 30.000.000 TL, 5846 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda 5.000.000 TL, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nda 20.000.000 TL olarak öngörülmüş ve anılan rakamların yükseltilmesi kurala bağlanmış bulunmaktadır.

³⁴ Sermayeyi yasal sınırların altına indiren azaltma kararı, TTK 447/1-c hükmü gereği sermayenin korunması hükümlerine aykırı olması dolayısıyla butlanla malul kabul edilmelidir.

³⁵ Erdoğan **Moroğlu**, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Arttırımı, B.4, İstanbul 2018, s.62; **Domaniç**, C. II, s. 540; Orhan Nuri **Çevik**, Anonim Şirketler, B. 3, Ankara 1988, s.441; İsmail **Doğanay**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, B. 3, Ankara 1990, s. 842.

³⁶ Ünal **Tekinalp**/Reha **Poroy**/Ersin **Çamoğlu**, Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış B. 13, İstanbul 2017, s. 333.

sermaye artırımının yasal sebeplerinden biridir.³⁷ Bir başka görüşe göre³⁸ sermayenin tamamlanması, sermaye artırımı olarak değerlendirilemez. *Türk*³⁹ haklı olarak, tamamlamanın artırımdan farklı olduğunu, ancak esas sermaye sabit bir rakam olduğundan sermayenin tamamlanmasından değil zararlarla eksilen öz sermayenin esas sermaye düzeyine ulaştırılmasından söz edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Esas sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının zarar sebebiyle üçte ikisinin kaybı halinde tamamlanması gereken esas sermaye değil, malvarlığını oluşturan öz sermayedir. Kaybedilen öz sermayenin, esas sözleşmede gösterilen miktara tamamlanması gerekmektedir. Kaybın tamamının yedek akçelerden karşılanarak sermayede hiç azaltma yapılmaması da mümkün gözükmektedir. TTK 376/2 hükmünde yer alan “*sermayenin tamamlanması*” ifadesi, “*zarar sebebiyle eksilen öz sermayenin esas sermaye miktarına tamamlanması*” şeklinde anlaşılmalıdır.

Eksilen sermayenin kısmen tamamlanması da mümkün gözükmektedir. Zira genel kurul, kalan sermaye ile yetinme kararı alabildiğine göre, sermayenin kısmen tamamlanması kararı da alabilmelidir.⁴⁰ Bu halde sermaye zarar kadar azaltılarak zarar finansal tablo dışına çıkarılmaktadır. Kısmen tamamlama yapılabilmesi için zarar kadar azaltma ön koşul olmalıdır.

Kanaatimizce; kısmî tamamlama kararı, eksik kalan kısım kadar sermayenin azaltılması niteliğindedir. Kısmî tamamlama neticesinde eksik kalan kısmın aynı genel kurulda sermaye artırımını yapılarak tamamlanması mümkün değildir. Bunun yerine aynı genel kurulda ya hepsi tamamlanmalı ya da kısmî

³⁷ Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, s. 208.

³⁸ Kayar, s. 157; Öçal, s. 14; Yaşar Karayalçın, “Yeniden Değerleme Fonu, Esas Sermaye”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI*, Ankara 1989, s. 151; Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı*, İstanbul 1983, s. 77.

³⁹ Türk, s. 160-161.

⁴⁰ Kayar, s. 651.

tamamlamadan sonra bir başka genel kurulda sermaye artırımını yoluna gidilmelidir. Daha az çoğunluk oranıyla gerçekleştirilebilecek olan sermaye artırım kararı, kısmî eksikğin tamamlanması aracı olarak kullanılmamalıdır. Kaybedilen sermayenin kısmen tamamlanması yani eksilen kısım oranında sermaye azaltılması halinde yeni sermaye miktarı tespit edilmiş olur. Yeni sermaye miktarı ile kanuni yedek akçeler toplamının hala yarı veya daha fazla oranda kaybedilmiş görünmesi halinde yönetim kurulu TTK 376/1 hükmü kapsamında gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Türk Ticaret Kanunu sermayenin karşılıksız kalan kısmının tamamlanmasından söz etmesine karşın, kaybedilen kanuni yedek akçelerin tamamlanmasından söz etmemektedir. Zira kanuni yedek akçeler ile iradi yedek akçeler, yardım için ayrılan iradi yedek akçeler hariç olmak üzere şirket zararlarının telafisinde ve özgülendikleri şartlarda kullanılmak üzere hazır tutulan yedeklerdir. Şirketin malvarlığı içinde zararlar nedeniyle erimiş olan bu kalemlerin aynı şekilde geri getirilerek bu aşamada tamamlanması şart değildir. Elbette zaman içinde bilanço kârı oluştuğunda TTK'nın öngördüğü sistem içinde kanuni yedek akçenin tamamlanması gerekecektir.

Esas sözleşme değişikliklerinde toplantı ve karar nisaplarını düzenleyen TTK 421/2 hükmü gereği, bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararların oybirliğiyle alınması gerekmektedir. Zararın, ortakların tamamı tarafından yapılacak ödemeyle karşılanacak olması halinde oybirliği aranacaktır.⁴¹ Genel kurulun, karşılıksız kalan sermayenin tamamlanması yönünde karar vermesi halinde, bu karar doğrultusunda ortaklardan varlık girişi (nakit/ortakların cari hesap alacakları) sağlanarak veya ortaklardan iştirak taahhüdü alınarak esas sermayenin tamamlanması mümkündür.

⁴¹ Şener, s. 381.

TTK 376/2 hükmünün gerekçesinde; “*Tamamlama ile azaltılan sermaye kadar veya ondan fazla sermaye artırımı yapılması veya bilânço açıklarının pay sahiplerinin tümünce (Tasarı madde 421 (1), b.1) veya bazı pay sahipleri tarafından kapatılması ya da bazı alacaklıların alacaklarını silmesi kastedilmektedir*” denmektedir.

Kanaatimizce; doktrindeki farklı görüşler yanında madde gerekçesi konuyu daha karmaşık hale getirmiştir. Gerekçede yer alan “azaltılan sermaye kadar veya ondan fazla sermaye artırımı yapılması” ifadeleri yerinde değildir. Burada söz konusu olan sermayenin azaltılmış olması değil, zararlar sebebiyle fiilen eksilmesi veya kaybedilmiş olmasıdır. Sermaye artırımı ifadesi de teknik anlamda sermaye artırımı değil, zararlar sebebiyle kaybedilen sermayenin en azından esas sermaye veya çıkarılmış sermaye miktarına tamamlanması anlamındadır.

Kaybın mevcudiyeti halinde tamamlanacak miktarın nereden karşılanacağı hususu önem kazanmaktadır. Sermayenin tamamlanması için şirketin iç kaynağı bulunmadığından ve dış kaynaklara başvurulması da şirketin borçlarını arttıracığından; geriye ortaklara müracaat etme veya şirkete yeni ortak alma yolları kalmaktadır. Yeni ortak alınmasında, mevcut payların itibari değerleri kalan sermaye oranında azaltılarak ortaklar arasında yeniden oransal pay dağılımı yapıp boşta kalan paylar sermayeyi tamamlayan yeni ortağa verilebilir. Ancak payların itibari değerinin 1 kuruştan aşağı indirilmemesi gerekir.⁴² Burada yapılan, zararlarla sermayesi fiilen küçülen şirketin pay sahiplerinin küçülen kısım oranında kalan sermaye kısmı içindeki oransal durumlarını koruyarak

⁴² Aydın Alber Yüce, “İsviçre Anonim Şirketler Hukuku Revizyon Tasarısının Şirket Sermayesi ve Paylar Bakımından Getirdiği Bazı Yenilikler” Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S.2, Kayseri 2017, s. 63-64’de Art. 621 hükmüne göre anonim şirket asgari sermayesinin 100.000 Frank olduğuna ve bu tutarı oluşturmak üzere, eOR Art. 622/4 hükmü uyarınca payların asgari itibari değerinin “sıfırdan büyük” olmasının yeterli olacağına işaret etmektedir. Bu sayede asgari itibari değeri 1 Rappen olarak belirlenmiş payların dahi tekrar bölünmeye ya da itibari değerini azaltılması ihtiyacının karşılanması mümkün olacaktır.

bazı payların boşa çıkarılması suretiyle sermayeyi tamamlayacak yeni ortağa yer açılmasıdır. Bir diğer yol da her bir ortağın tamamlanacak kısım oranında payını yeni ortağa devretmesidir. Payları devralacak kişi üçüncü bir kişi olabileceği gibi mevcut ortaklardan biri de olabilir.

Sermayenin tamamlanmasında kullanılacak diğer bir yöntem ortaklara müracaat edilmesidir. Ortaklar oy birliği ile karar verip taahhüt altına girerek eksilen kısmı tamamlayabilirler.⁴³ Genel kurul, isteyen ortakların tamamlamaya katılması yönünde çoğunlukla karar alabilir, ancak tamamlamaya katılmak istemeyen ortakların paylarının alınıp ilave ödeme yapacak ortaklara verilmesi yönünde karar alınamaz. Aksi takdirde alınan karar TTK 447 hükmü kapsamında batıl olur. Buna karşın genel kurul payların itibari değerlerini sermayenin eksilen oranında azaltıp bu oranda bir kısım payları boşa çıkartıp tamamlama yapan kişilere verme yönünde oy birliği ile karar alabilir. Yine genel kurul, kalan fiili sermaye ile tamamlanacak kısmın oranını gözeterek sözleşmede öngörülen esas sermayeyi yeniden paylara bölüp tamamlayacak kişi de dâhil yeniden dağıtabilir ve tamamlayacak kişilere getirecekleri katkı oranında pay verebilir.

Tamamlama kararı alınmışsa, öz sermayenin esas sözleşmede gösterilen miktara tamamlanması yasal bir zorunluluktur. Bunun yerine TTK 376/1 hükmünde öngörülen sermayenin yarıya tamamlanması suretiyle anılan hükmü tatbik etme yoluna gidilebilmesi mümkün değildir. Diğer yandan sermayenin sözleşmede öngörülen miktarın üzerine çıkarılması da aynı amaca hizmet eder; ancak tamamlanan kısım tamamlama, sözleşmede gösterilen miktarın üzerinde sermaye miktarı tayin edilmesi ise, sermaye artırımını şeklinde değerlendirilmelidir. Sermaye artırımını bir hak olmakla birlikte her hak gibi dürüstlük kuralına

⁴³ Can, s. 169.

uygun kullanılmalıdır.⁴⁴ Pay sahiplerinin oranını küçültmek veya onları zarara uğratmak ve onların şirketteki kâr, tasfiye payı ve oy oranlarını ya da onlara kanunla veya esas sözleşmeyle tanınan hakları azaltmak veya ortadan kaldırmak amacıyla kullanılmamalıdır. Dürüstlük kuralına aykırı olarak alınan kararlar iptale tabi kabul edilmelidir.⁴⁵

Anonim şirketin sermayesinin arttırılabilmesi için TTK 421 hükmü gereği ilk toplantıda şirket sermayesinin 1/2'sini, bu sağlanamazsa en geç bir ay içinde yapılacak ikinci toplantıda 1/3'ünü temsil eden pay sahipleri veya temsilcilerinin hazır bulunduğu genel kurulda çoğunlukla karar alınması gerekmektedir. Bununla birlikte; ikinci toplantı yapılmasının kanuni bir zorunluluk olmadığı, ağırlaştırılmış oranı hafifleten ihtiyari bir seçenek olduğu unutulmamalı, azlığın talebiyle bir ay sonraya ertelenen bilanço görüşmelerinin yapılmasına engel teşkil etmemelidir. Azlık hakkına öncelik tanıyan bu yaklaşım aynı zamanda mantıksal açıdan da değerlendirilmeli, ertelenen bilanço görüşmeleri yapılmadan ve karara bağlanmadan sermaye artırım ihtiyacının ve miktarının belirlenmesinin mümkün olmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

TTK 421/5 hükmü gereği, pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören anonim şirketlerde, esas sözleşmede aksine hüküm yoksa sermayenin arttırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine ilişkin esas sözleşme değişikliği konularında genel kurul madde 418/1 hükmünde öngörülen sermayenin en az dörtte biri ile toplanır. İlk toplantıda bu nisap sağlanamadığı takdirde ikinci toplantı için nisap aranmaz. Anılan kararlar TTK 418/2 hükmü gereği, toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile alınır.

⁴⁴ Mehmet **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş B. 12, İstanbul 2017, s. 343; **Can**, s. 166.

⁴⁵ Erdoğan **Moroğlu**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, B. 6, İstanbul 2012, s. 205.

E. Birleşmeye Katılma Yolu ile Sermaye Kaybının Telifisi

Sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle kaybı durumunda TTK 376 hükmü şirketin kendiliğinden sona ermesinin önlenmesi için alınabilecek iki karar öngörmekle birlikte alınabilecek tedbirler bunlarla sınırlı değildir. Bu kapsamda şirketin, kaybını telafi edecek düzeyde öz varlığa sahip bir şirketle birleşmesi diğer çözüm olarak önerilebilir⁴⁶.

Türk Ticaret Kanunu'nda birleşme, esas itibariyle sağlıklı şirketler bakımından düzenlenmekle birlikte, sermayesi ve kanuni yedek akçeleri toplamının yarısını veya daha fazlasını kaybetmiş şirketlerin sağlığa kavuşabilmesi için bir yöntem olarak da uygulanabilir⁴⁷. Hakikaten TTK 139 hükmünün gerekçesinde; *“Birleşme öğretisinde tartışılan sermayesini belli bir oranda yitirmiş veya borca batık olan bir şirketin birleşmeye katılıp katılamayacağına ilişkin soru 139 uncu maddede olumlu cevaplanmıştır. Bu sorun, olumlu bir şekilde çözülmekte, bu suretle sağlığa kavuşturucu (iyileştirici) birleşmeye cevaz verilmektedir. Hüküm 376 ve 633 üncü maddeler ile uyum içindedir”* ifadelerine yer verilmektedir.

TTK 139/1 hükmü ile sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla kaybolan ve hatta borca batık hale gelen bir şirketin, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen öz varlığa sahip bulunan bir şirket ile birleşebilmesine imkân tanınmaktadır.⁴⁸ Hükümün mehzazı, İsviçre'nin 3 Ekim 2003 tarihli *“Birleşme, Bölünme Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Ka-*

⁴⁶ **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, s. 580'de şirketlerin birleşmesi çözümünün, bir alternatif olarak TTK 376/2 hükmüne düzenlenebileceği ifade edilmektedir. Aynı yönde bkz. **Kırca/Gürel**, s. 468.

⁴⁷ Şengül **Al Kılıç**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul 2009, 97.

⁴⁸ Türk Ticaret Kanunu m.139 hükmünün gerekçesinde, serbestçe tasarruf edilebilir özvarlık ifadesi ile sermaye ve belli bir harcanma amacına bağlanmamış yedek akçelerin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.

nun⁴⁹ (*İBirK/FusG*) m.6.1 hükmüdür⁵⁰. Hükümde sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısının zararlar kaybedilmesinden veya borca batık olması hallerinden bahsedilmekle birlikte, her iki durum sermayenin üçte ikisinin kaybedilmesi halini de kapsamaktadır.⁵¹ Diğer bir ifadeyle Kanun, şirketin, kaybettiği sermayeyi karşılayabilecek tutarda öz varlığa sahip bir şirket ile birleşmesine imkân tanımaktadır. Öz varlık kavramı ile ifade edilmek istenen, öz kaynaklardır⁵².

Türk Ticaret Kanunu'nda şirketlerin birleşmesi, bölünmesi, tür değiştirmesi düzenlenmekle birlikte; İsviçre, Almanya ve Fransız hukukunun aksine şirketlerin malvarlığı devri (*apport partiel d'actif*) konusu ayrıca düzenlenmemiş ve bu konuda genel hüküm mahiyetindeki TBK 179 ve 180 maddeleri ile yetinilmiştir⁵³. Ticaret şirketlerinin devralma yoluyla birleşmesinde, birleşme işlemi ile malvarlıklarının birleşmesi aynı anda gerçekleşmektedir. Diğer bir ifadeyle hukuki anlamda birleşme ile ekonomik anlamda birleşme aynı anda gerçekleşmektedir⁵⁴.

Birleşme yoluna gidilebilmesi için TTK 376 hükmünde öngörüldüğü şekliyle bu durumun son yıllık bilançoda tespit edilmiş olması da şart değildir. Daha önce tespit edilmesi halinde de şirket yönetim kurulu birleşme sözleşmesini yapıp bunu genel kurulun onayına sunabilir. Buna karşın yönetim kurulunun son yıllık bilançodan kaybı tespit etmesi üzerine toplantıya çağrılan genel kurulunun TTK 376 hükmünde öngörülen iki karardan birini almak yerine, şirketin TTK 139/1 hükmünde öngörülen koşulları sağlayan bir şirketle birleşmesi

⁴⁹ *Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (BBI 2003, 6691)*.

⁵⁰ **Kırca/Gürel**, s. 463.

⁵¹ Aynı yönde bkz. **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, s. 580; **Kırca/Gürel**, s. 467.

⁵² Hülya **Çoştan**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, B. 2, Ankara 2012, s. 119.

⁵³ Hikmet Sami **Türk**, Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu Tebliği, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.1, Yıl 2005, s. 338.

⁵⁴ **Al Kılıç**, s. 11-15.

kararını alması mümkün gözükmemektedir. Madde gerekçesinde; “*Bu tür bir birleşmeye karar verilmiş olması yönetim organını 376’ncı maddede öngörülen yükümlülüklerinden kurtarmaz. Ancak birleşme, mahkemeyi feshi ertelemeye ikna edebilir*” ifadelerine yer verilmekle birlikte ortada bir mahkeme kararıyla fesih durumu görünmemektedir.

Birleşmeye katılma imkânı bakımından şirketin devralan ya da devralınan olması önem arz etmemekte, kendisini başka bir şirketi kurtarmaya tahsis eden şirketin azınlıkta kalan ortaklarının menfaatlerinin dikkate alınması gerekmektedir⁵⁵. Önemli olan birleştiği şirketin, kendisinin sermaye kaybını karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edebileceği bir öz varlığa sahip olmasıdır. Böyle bir kaynak mevcut değilse, TTK 139/1 kapsamında geçerli bir birleşmeden söz edilemez.

Kayıptaki şirketin devralan ya da devreden şirket olması önem arz etmemekle birlikte; geçerli bir birleşmeden söz edilebilmesi için birleşmenin Kanun’da müsaade edilen şirketler arasında gerçekleşmesi gerekmektedir⁵⁶. Diğer yandan TTK 139/1 hükmünde söz edilmemekle birlikte, yeni şirket kurma yoluyla şirket birleşmeleri de mümkündür.

V. SONUÇ

Anonim şirketin mali yapısının bozulması üzerine sermayenin karşılıksız kalması, esas sermayesinin değişmezliği ilkesini ve şirket ile ortakların menfaatlerini zedeleyen ve şirket alacaklılarının alacaklarını tahsilini güçleştiren bir durumdur. Türk Hukuku’nda anonim şirketin mali durumunun bozulması, üç aşamada ele alınmaktadır. Sermaye kaybı konusu TTK 376 hükmünde iki fıkrada düzenlenmekte olup birinci fıkrada sermayenin yarısının kaybedilmesi, ikinci

⁵⁵ TTK 139 Gerekçesi.

⁵⁶ **Al Kılıç**, s. 34’de; birleşme isteyen şirket bakımından diğer şirketi seçme bakımından tam bir sözleşme serbesti olmadığına dikkat çekmektedir.

fıkarda sermayenin üçte ikisinin kaybedilmesi ele alınmaktadır. Şirketin pasiflerinin aktiflerinden fazla olması (borca batık) olması ise TTK 376/3 hükmünde düzenlenmektedir.

TTK 376/2 hükmü; “*Son yıllık bilanço*ya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer” şeklindedir. Bu düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu m.725 hükmünde yer almamaktadır.

Esas sözleşmede gösterilen sermayenin, şirket kurulduktan sonra çeşitli nedenlerle azalması durumunda şirket genel kurulu, sermayenin eksilen kısmının tamamlanması veya kalan sermaye mevcudu ile devam edilmesi yönünde bir karar vermelidir. Bu iki alternatif karardan birinin alınmaması halinde şirket kendiliğinden sona erer.

TTK 376/2 hükmünde kastedilen sermaye; ödenmiş sermaye değil, esas sözleşmede gösterilen ve pay sahiplerinin taahhüt ettikleri katılma paylarının toplamı olan sabit miktardır. Kayıtlı sermaye sistemini tercih eden şirketlerde, esas sözleşmede öngörülen kayıtlı sermaye tavanı değil, çıkarılmış sermayenin dikkate alınması gerekmektedir.

Şirketin öz kaynakları; sermaye, kanuni ve iradi tüm yedek akçeler, kâr, zarar ve yeniden değerlendirme fonları toplamından oluşmaktadır. Şirketin öz kaynakları içinde yer alan yedek akçeler TTK 519, 520, 521, 522 hükümlerinde düzenlenmektedir.

Zarar sebebiyle karşılıksız kalan miktarın tespitinde TTK 376 gereği şirket sermayesi (*Aktienkapitals*) ile kanuni yedek akçeler (*Gesetzlichen Reserven*)

toplamı esas alınmaktadır. Kanuni yedek akçeler TTK 519 ve 520 hükümlerinde öngörülen yedek akçelerdir.

Şirketin öz varlığı tespit edildikten sonra, zarar miktarının sermaye ve TTK 519 ve 520’de öngörülen kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisini aşıp aşmadığı belirlenmelidir. Halka açık anonim şirketlerde TTK 376 hükmünün uygulanması ile ilgili esaslar, SPK’nın 10.04.2014 tarih ve 11/352 sayılı Kararı ile belirlenmiştir.

Yönetim kurulu kaybı son yıllık bilançoda tespit etmiş olmalıdır. Doktrinde ara bilançoda kaybın tespiti halinde de genel kurulu toplantıya çağırma yükümlülüğü doğduğu ileri sürülmekle birlikte, TTK 376/2 hükmünün son yıllık bilançoysu esas alan açık düzenlemesi karşısında ara bilançonun esas alınması mümkün değildir. Yine hükmün amacı dikkate alınarak bilançonun genel kurul tarafından onaylanması aranmaksızın yönetim kurulunun genel kurulu derhal toplantıya çağırma yükümlülüğü doğduğu kabul edilmelidir.

Genel kurulun, TTK 376/2 hükmü gereği ya mevcut sermaye ile yetinme kararı ya da sermayenin tamamlanması kararı alması zorunludur. Zorunluluk Kanun’dan doğmakta, aksi halde şirketin Kanun gereği kendiliğinden sona ermesi söz konusu olmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu m.725 düzenlemesinde bulunmayan ve TTK 376/2 hükmünde yer alan şirketin kendiliğinden sona erdiğinin (infisah) kabul edilmesine ilişkin düzenleme ve öngörülen müeyyide ağırdır. Keza bir sonraki fıkroda yani TTK 376/3 hükmünde borca batık hale gelen şirketin iflasına dahi mahkemece karar verilirken ve iflastan kurtulma çareleri öngörülürken ve İİK 179, 179/a hükümlerinde iflasın ertelenmesi ve iflastan kurtulma konuları düzenlenirken, TTK 376/2 hükmünde öngörülen ve tespit davasına konu olacak kendiliğinden sona erme müeyyidesinin öngörülmesi orantılı değildir. Öte yandan genel kurulun kalan sermaye ile devam kararı al-

ması durumunda yoluna devam etmesi mümkün görülürken, böyle bir karar almaması halinde sona erdiğinin kabulü uygun değildir.

Yukarıdaki değerlendirmelerimiz neticesinde TTK 376/2 hükmünün; *Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde azlık pay sahipleri bilançonun genel kurula sunulmasından itibaren üç ay içerisinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesinde şirketin feshi davası açabilirler*” şeklinde düzenlenmesi uygun olacaktır.

Genel kurulun sermayenin kalan miktarı ile yetinme kararı, payların nominal değerinin indirilmesi veya eşitlik ilkesi gözetilerek pay sayısının azaltılması yollarından biri ile gerçekleştirilebilir. Halka açık şirketlerde sermayenin azaltılması için SPK’ya başvurulması zorunlu (SPK’nun VII-128.1 sayılı Pay Tebliği madde 2/1, d) olup fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltılması işlemlerinin sadece pay sayısının azaltılması suretiyle yapılabilmesi mümkündür (m. 19/6).

Esas sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının zarar sebebiyle üçte ikisinin kaybı halinde, tamamlanması gereken malvarlığını oluşturan öz sermayedir. Kaybedilen öz sermayenin, esas sözleşmede gösterilen miktara tamamlanması gerekmektedir. TTK 376/2 hükmünde yer alan “*sermayenin tamamlanması*” ifadenin, “*zarar sebebiyle eksilen öz sermayenin esas sermaye miktarına tamamlanması*” şeklinde anlaşılması veya düzeltilmesi gerekmektedir.

Genel kurul kalan sermaye ile yetinme kararı alabildiğine göre, eksilen sermayenin kısmen tamamlanması kararı da alabilmelidir. Kısmî tamamlama kararı, eksik kalan kısım kadar sermayenin azaltılması niteliğindedir.

Bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan genel kurul kararlarının TTK 421/2 hükmü gereği oybirliğiyle alınması gerekmektedir. Genel kurul, isteyen ortakların tamamlamaya katılması yönünde çoğunlukla karar alabilir, ancak tamamlamaya katılmak istemeyen ortakların paylarının alınıp ilave ödeme yapacak ortaklara verilmesi yönünde karar alınmaz.

Kaybın mevcudiyeti halinde tamamlanacak miktarın nereden karşılanacağı hususu önem kazanmaktadır. Tamamlanma için şirketin iç kaynağı bulunmadığından ve dış kaynaklara başvurulması da şirketin borçlarını arttıracığından; geriye ortaklara müracaat etme veya şirkete yeni ortak alma yolları kalmaktadır.

Sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle kaybı halinde şirketin, TTK 139 kapsamında kaybını telafi edecek düzeyde öz varlığa sahip bir şirketle birleşmesi de diğer çözüm olarak önerilebilir. Bu şekilde birleşme yoluna gidilebilmesi için TTK 376 hükmünde öngörüldüğü gibi bu durumun son yıllık bilançoda tespit edilmiş olması dahi şart değildir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- | | |
|-----------------|--|
| Al Kılıç Şengül | Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul 2009. |
| Atalay Oğuz | "İflasın Ertelenmesi", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004. |
| Aydın Alihan | "Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzen- |

lemesine (TTK m. 376) Eleştirel Bir Bakış”,
İÜHFİM, C. LXX, S. 2, s. 109.

Bilgili Fatih/

Demirkapı Ertan

Şirketler Hukuku Dersleri, Adana 2013.

Peter Böckli

Der Rangrücktritt im Spannungsfeld von Schuld-
und Aktienrecht, § 13, N. 713, Zürich 1988.

Can Mustafa Erdem

Şirketler Hukuku Dersleri, B. 2, Ankara 2017,

Christoph von Greyerz

Prüfung, Berichterstattung und Vorgehen bei Kapi-
talverlust und Überschuldung, in Aufgaben und
Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, SSTR, Zü-
rich 1979.

Çevik Orhan Nuri

Anonim Şirketler, B. 3, Ankara 1988.

Çoştan Hülya

Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşme, Bö-
lünme ve Tür Değişirme Kararları, B. 2, Ankara
2012.

Doğanay İsmail

Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, B. 3, Ankara
1990.

Domaniç Hayri

Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul 1988.

Forstmoser Peter/

Meier-Hayoz, Arthur/

Nobel Peter

Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Glanzmann Lukas

Rangrücktritt und Nachrangvereinbarung, GesKR
2007.

- Homburger Eric Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 5 B, Kommentierung zu Art. 707-726 OR, Zürich 1997.
- Henrich Honsell/
Nedim Peter Vogt/
Rolf Watter Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Auflage, Basel 2016.
- Karayalçın Yaşar “Yeniden Değerleme Fonu, Esas Sermaye”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI*, Ankara 1989.
- Kayar İsmail “Yeni TTK’na Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. XVIII, S. 2, İstanbul 2012.
- Kayar İsmail Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997.
- Kırca İsmail/Şehirali
Çelik Feyzan/
Manavgat Çağlar Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Ankara 2013.
- Kırca İsmail/
Gürel Murat Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan, “Sermaye Kaybı veya Borca Batıklık Halinde Birleşmeye Katılma”, Ankara 2017.

- Lanz Rudolf Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, Diss, Bern 1985.
- Meinhardt Marcel Basler Kommentar Fusionsgesetz (Hrsg. Rof Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschaeni/ Daniel Daeniker), Basel/Genf/München 2005
- Moroğlu Erdoğan Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, İstanbul 1983.
- Moroğlu Erdoğan 6102 Sayılı TTK'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, B. 6, İstanbul 2012.
- Moroğlu Erdoğan Anonim Ortaklıklarda Sermaye Arttırımı, B.4, İstanbul 2018.
- Müller Lukas Sanierungsfusion und Rechnungslegung Unter besonderer Berücksichtigung der Forschungsund Entwicklungskosten, Diss., Zürich 2008.
- Öçal Akar “Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Sorunlar”, *ATOD*, 1975/6.
- Öztek Selçuk “İflasın Ertelenmesi”, *Bankacılar Dergisi*, S. 59, Ankara 2006.
- Pulaşlı Hasan Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, B. 3, Ankara 2018.
- Şener Oruç Hami Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş B. 2, Ankara 2015.
- Tekinalp Ünal/Poroy

- Reha/Çamoğlu Ersin Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış B. 13, İstanbul 2017.
- Türk Ahmet Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999.
- Türk Hikmet Sami Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu Tebliği, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.1, Yıl 2005.
- Vogel Alexander/
Christoph Heiz/
Urs R. Behnisch/
Sieber Sieber FusG Kommentar, 2. Überarbeitete Auflage, Zürich 2012.
- Yüce Aydın Alber “İsviçre Anonim Şirketler Hukuku Revizyon Tasarısının Şirket Sermayesi ve Paylar Bakımından Getirdiği Bazı Yenilikler” Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 2, Kayseri 2017.
- *Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 (OJ L 26, 31.1.1977).*
- *Directive (EU) 2017/1132 of 14 June 2017 Relating to certain aspects of company law (OJ L 169/46, 30.06.2017).*
- *Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (BBl 2003, 6691)..*

15 YIL SİGORTALILIK SÜRESİ VE 3600 PRİM ÖDEME GÜNÜNÜ DOLDURANLARIN İŞTEN AYRILMALARINDA KIDEM TAZMİNATI TALEP EDE- BİLMESİ

*Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM**

ÖZET

4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesinde kıdem tazminatı fonunun kurulmasına kadar 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin yürürlükte kalması öngörülmüştür. Bu madde kıdem tazminatını düzenlemektedir. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile emeklilik yaşı yükseltilmiştir. Emeklilik yaşı; erkeklerde 60, kadınlarda 58 olarak belirlenmiştir. Prim ödeme gün sayıları da artırılmıştır. Ancak 4447 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına beş nolu bent eklenmiştir. Bu düzenleme ile yaşlılık aylığı için yaş dışında kalan şartları sağlayan, sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan işçilerin, kendi istekleri ile işten ayrılmaları durumunda kıdem tazminatı alabilmeleri öngörülmüştür. 4447 sayılı Kanunun bu düzenlemesi ile emeklilik yaşı artırılırken kıdem tazminatı alınmasının koşulları yumuşatılmıştır. Düzenlemeden 08.09.1999 tarihinden önce işe girenler, 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 prim ödeme günü ile yararlanmaktadır. 08.09.1999-01.10.2008 tarihi arasında işe girenler ile bu tarih sonrasında işe girenler de bu haktan farklı koşullarda yararlanırlar. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olmayan işçiler, bu haktan faydalanamamaktadır. Ayrıca işçinin kıdem tazminatı alabilmek için en az bir yıllık kıdemi de bulunması gerekmektedir. Çalışmamızda 08.09.1999 tarihinden önce işe girenlerin bu haktan yararlanmaları incelenmektedir.

* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Anabilim Dalı.
Makale Geliş Tarihi: 11.09.2017
Makale Kabul Tarihi: 29.01.2018

Anahtar Kelimeler: Kıdem Tazminatı, 4447 sayılı Kanun, 1475 sayılı Kanun, Sigortalılık Süresi, Prim Ödeme Günü, Emeklilik Yaşı.

ABSTRACT

In the article 120 of the Labor Law No. 4857, it is foreseen that the article 14 of the Labor Law No. 1475 will remain in force until the establishment of the severance payment fund. This article regulates severance pay. With the Law No. 4447 Unemployment Insurance Law, the retirement age has been increased. Retirement age was set as 60 in males and 58 in females. Number of premium payment days were also increased. However, with the Law No. 4447, a sub-article was added to Article 14 of the Labor Law No. 1475. It is envisaged that the workers who do not complete the age limit for the old-age pension but have completed insurance period and the number of days paying premiums will be able to receive severance pay if they leave their jobs depending on their will. With the regulation of the Law No. 4447, the conditions of taking severance have been softened while the age of retirement has been increased. The workers who entered the job before 08.09.1999 benefit from this arrangement with the conditions of 15 years insurance period and 3600 premium payment days. The workers who entered the job between 08.09.1999 and 01.10.2008 and the workers who entered the job after 01.10.2008 benefits from this regulation with different conditions. Workers who are not covered by Labor Law No. 4857 can not benefit from this benefit. It is also obligatory for the employee to have at least one year of seniority in order to receive severance pay. In our work, those who entered the work before 08.09.1999 have been analyzed.

Key Words: Severance Pay, Law No.4447, Law No.1475, Insurance Period, Number of Premium Payment Days, Pensionable Age.

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu, 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesi ile 1475 sayılı İş Kanunu, kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi dışında yürürlükten kaldırılmıştır. Zira 4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesinde kıdem tazminatı fonu kuruluncaya kadar, söz konusu düzenlemenin yürürlükte kalması öngörülmüştür. 4857 sayılı Kanununun geçici 6. maddesi ile kıdem tazminatı fonunun kurulması öngörülmektedir. Bu doğrultuda kıdem tazminatı fonu kuruluncaya kadar kıdem tazminatı, önceki hali ile ödenmeye devam olunacaktır¹. Bu durumun temel nedeni, 4857 sayılı Kanun çıkartılırken, kıdem tazminatının geleceği konusunda sosyal tarafların bir anlaşmaya varamamış olmasıdır².

İş Kanununun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi hükmü, yalnızca 4857 sayılı İş Kanununun kapsamına giren işçilere uygulanır³. Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanununda, bu fesih yolu ile kıdem tazminat alma imkânı tanınmamıştır⁴.

¹ **TUNÇOMAĞ**, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013, 234; **UĞUR**, Suat, “Kıdem Tazminatı Fonu”, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2009, 6. Kıdem tazminatı fonu hakkında geniş bilgi için bkz. Uğur, s.6 vd.

² **LİMON**, Resul, 2015 İş ve Hayat Dergisi, Türkiye’de Kıdem Tazminatının Tarihi Gelişimi ve Kıdem Tazminatının Fonu, Sayı.1, 148.

³ **SÜMER**, Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya 2016, 122.

⁴ **AKYİĞİT**, Ercan, İş Hukuku, İstanbul 2013, 240. “Gerçekten, 4447 sayılı Kanunla, iş sözleşmesine göre çalışan ve bunun sonucu olarak 506 sayılı Kanun m.2 anlamında sigortalı olan tüm işçilerin (gemi adamı ve gazetecilerin) emeklilik yaşı artırılmış olmasına, başka bir deyişle tüm işçilerin yaşlılık sigortası açısından aynı kurallara tabi olmalarına karşın; sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kıdem tazminatı alma olanağı sadece 4857 sayılı İş Kanunu (o dönemde 1475 sayılı İş Kanunu) kapsamındaki işçilere tanınmıştır. 854 sayılı Deniz İş Kanunu’nun kıdem tazminatını düzenleyen 20. maddesine ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu’nun 6. maddesine bu yönde herhangi bir ekleme yapılmamıştır. Dolayısıyla, gemi adamları ve gazetecilerin yaşlılık aylığı için öngörülen yaş dışındaki koşulları tamamlayarak kıdem tazminatı talep etmeleri mümkün değildir.”, geniş bilgi için bkz. **ÖZKARACA**, Ercüment, Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı, Çalışma ve Toplum, 2013/1, 154.

1475 sayılı İş Kanunumuzun 14. maddesinin birinci fıkrasının beş nolu bendinde, 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin⁵ (5510 sayılı Kanun m.28) birinci fıkrasının A bendinin a ve b alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayanların kendi istekleri ile işten ayrılmaları durumunda kıdem tazminatı alabilmeleri öngörülmüştür. 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu⁶ ile bu düzenleme yapılmıştır⁷.

Ülkemizde emeklilik yaşı, 4447 sayılı Kanun ile artırılmıştır. Kanun ile emeklilik koşullarını tekrar düzenlemiştir. Kanunun yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihinden sonra ilk defa sigortalı olanlar için yaşlılık aylığına hak kazanma yaşı, kural olarak, kadınlarda 58, erkeklerde 60 olarak kabul edilmiş-

⁵ 506 sayılı Kanun'un 60. maddesi 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 106. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5510 sayılı Kanunun 104. Maddesi "Bu Kanunla yürürlükten kaldırılmayan hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı, 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı ve 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı kanunlara yapılan atıflar ile ilgili mevzuatında emeklilik, malullük, vazife malullük ve sosyal sigorta haklarına, yardımlarına ve yükümlülüklerine, iştirakçiliğe ve sigortalılığa, dul, yetim ve hak sahipliği şartlarına, emekli ikramiyesine, ek ödemelere, sağlık hizmetleri veya tedavi bedellerinin ödenmesine ilişkin yapılan atıflar bu Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılır. 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silâhli Kuvvetleri Personel Kanununda kadrosuzluk tazminatının ödenmesine ilişkin T.C. Emekli Sandığına yapılmış olan atıf ile diğer kanunlarda T.C. Emekli Sandığına, Sosyal Sigortalar Kurumuna, Bağ-Kur'a yapılmış atıflar Kuruma yapılmış sayılır." şeklindedir. Bu nedenle 506 sayılı Kanuna yapılan atıflar 5510 sayılı Kanuna yapılmış sayılır. 1475 sayılı İK.'nın 14/1-bent 5 uyarınca, 506 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerine yapılan atfın 5510 sayılı Kanun'un yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları başlıklı 28. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendine yapılmış sayılacağı anlaşılabacaktır. Geniş bilgi için bkz. **KESER**, Hakan, "İş Sözleşmesinin Emekliliğe Hak Kazanma Sebebiyle Feshinde İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, 47-48.

⁶ Sosyal Sigortalar Kanunu, Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ile İş Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanunlara Ek ve Geçici Maddeler Ekleneceği, İşsizlik Sigortası Kurulması, Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanunun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

⁷ **LİMON**, 153.

tir. Kanunla ayrıca prim ödeme gün sayıları da değiştirilerek, 5000 olan prim gün ödeme sayısı 7000 güne, 3600 gün olan ikinci seçenek ise 4500 güne çıkarılmıştır⁸. 4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihinden önce ilk defa sigortalı olanlar için ise 506 sayılı SSK'nın geçici 81. maddesi ile gerek yaşın gerekse prim ödeme gün sayısındaki artış sigortalılara kademeli olarak yansıtılmıştır⁹. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ise yaşlılık aylığına hak kazanmak için gereken yaş ve prim ödeme gün sayılarını bir kez daha artırmıştır. 5510 sayılı Kanun, emeklilik yaşındaki artışın 2036 yılından itibaren kademeli bir şekilde gerçekleşmesi ile 2048 yılında emeklilik yaşının, hem kadınlarda hem de erkeklerde 65 olmasını öngörmektedir. Prim gün sayısı da işçiler için 7000 günden 7200 güne çıkarılmıştır¹⁰.

Emeklilik yaşının artırılması sonrasında, emeklilik için yaş dışındaki şartları sağlayanların kıdem tazminatı almak sureti ile işten ayrılmalarına yönelik bir yasal düzenleme yapılmıştır. Diğer bir deyişle, emeklilik yaşını doldurmayan işçi, sigortalılık süresi ile prim ödeme gün sayısını doldurduğunda iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatı alabilecektir¹¹. Ağırlaştırılan emeklilik yaşı karşısında kıdem tazminatı alınmasının koşulları yumuşatılmıştır¹². İşçi tarafından bu kapsamda fesih yapılması ile kıdem tazminatı talep edilebilmesinin önü açılmıştır¹³.

⁸ **GÜZEL**, Ali/**OKUR**, Ali Rıza/**CANİKLİOĞLU**, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2016, 477; **KESER**, 44.

⁹ Kademeli geçiş için bkz. **ALPER**, Yusuf, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi, Sosyal Sigortalar Hukuku, Bursa 2016, 295.

¹⁰ **ALPER**, 294; **KESER**, 44; **UŞAN**, Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, 208.

¹¹ **NARMANLIOĞLU**, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2014, 581.

¹² **SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2017, 778; **EYRENCİ**, Öner/**TAŞKENT**, Savaş/**ULUCAN**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2016, 246; **ÇELİK**, Nuri/**CANİKLİOĞLU**, Nurşen/ **CANBOLAT**, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016, 496; **DEMİRCİOĞLU**, Murat/**CENTEL**, Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2016, 200; **AKYİĞİT**, 39.

¹³ İşverenler tarafından bu düzenleme eleştirilmektedir. "..... iş kanununda yapılan değişikliklerle çalışma hayatında 15 yılını dolduran bir işçi işten kendi rızasıyla ayrılrsa bile kıdem tazmina-

Ancak kanunda öngörülen sigortalılık süresi veya prim ödeme gün sayısı gibi diğer koşullardan herhangi birini doldurmamış işçiler, yaş şartını doldurmuş olmaları durumunda bu maddeye göre iş sözleşmelerini feshedemezler, kıdem tazminatı da talep edemezler¹⁴.

Kanunda düzenlenen bu hakkın amacı, işyerinde çalışarak yıpranan ve bu arada sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ait yükümlülükleri tamamlayan işçinin, emeklilik için belirli bir yaşı beklemeksizin iş sözleşmesini aktif olarak sonlandırabilmesi olarak Yargıtay Kararlarında ifade edilmektedir¹⁵. Bunun yanı sıra işçi, sağlıksız koşul ve ortamlarda çalışmak zorunda olmadığı gibi adil olmayan davranışlar sebebi ile yıpranmış da olabilir. İşçi, daha iyi şartlar sunan bir firmada çalışmak amacı ile de iş sözleşmesini, yaşlılık aylığına hak kazanmak için yaş dışındaki sağlaması gerekçesine bağlı olarak fesih edebilir¹⁶.

tına hak kazanmaktadır. Bu durum işyerlerinde işçi devrini hızlandırmaktadır. Bu maddenin değiştirilmesinde büyük yarar bulunmaktadır. Böylece 15 yılı doldurduğunda, yani emekliliğe hak kazanacak duruma geldikten sonra işten ayrılan bir işçi kıdem tazminatını aldığı gibi bundan sonra her çalıştığı yerde de bir 13. maaş gibi kıdem tazminatını almaya hak kazanmaktadır.”, ÖZDEBİR, Nurettin, “Mevcut kıdem tazminatı uygulamasının çalışanlara yeterli güvenceyi sağlamadığı gibi iş barışını da olumsuz etkilediği açıktır”, Asomedia Dergisi, Ankara Sanayi Odası Yayını, 22 Ekim 2009, 27-30, 30.

¹⁴ **TOPALOĞLU**, Sıddık/**CAMKURT**, Mehmet Zülfi, “İş Mevzuatında Kıdem Tazminatı”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım 2007/Şubat 2008, 62.

¹⁵ “Somut olayda davacı, 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinin birinci fıkrası (5) numaralı bendi uyarınca on beş yıl sigortalılık ve 3600 gün prim günü şartlarını sağladığı için 25.10.2010 tarihli dilekçesi ile işyerinden ayrılmış, 01.11.2010 günü başka bir işverene ait işyerinde çalışmaya başlamıştır. Davacının işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir firmada çalışması hakkın kötüniyetli kullanılması olarak değerlendirilemez. Davacı, Kanunun kendisine verdiği yasal hakkını kullanmıştır. Kanunda tanınan bu hakkın amacı, işyerinde çalışarak yıpranan ve bu arada sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ait yükümlülükleri tamamlayan işçinin, emeklilik için bir yaşı beklemesine gerek olmadan iş sözleşmesini aktif sonlandırabilmesine imkân tanınmaktadır. “ Yar 9.HD., 13.01.2014 T., 2011/51535 E. ve 2014/52 K., karar için bkz. **TAŞKENT**, Savaş, Açıklamalı-İçtihatlı 4857 sayılı İş Kanunu, 449, İstanbul 2017. Ayrıca Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, 2014/2, 284-287.

¹⁶ Kıdem tazminatı almak sureti ile istifa eden ve sonrasında bir başka işe giren işçi hakkında açılan davada, davacı davalının istifa ederek işten ayrıldığını, onbeş yıl sigorta süresi ve 3600 gün prim ödeme gün sayısına ilişkin koşulları karşıladığından kıdem tazminatının ödendiğini, ancak davalının kısa süre sonra kendileri ile aynı işi yapan başka firmada çalışmaya başladığını, hakkın kötüniyetli kullanılması sebebi ile ödenen kıdem tazminatını talep etmiştir. Davacı

Özetle; 08.09.1999 tarihinden önce ilk defa sigortalı olanlar, 15 yıl sigortalılık ve 3600 prim ödeme günü ile 08.09.1999 ve 30.04.2008 tarihleri arasında ilk defa sigortalı olanlar, 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 4500 gün prim ödeme günü ile kıdem tazminatına hak kazanmaktadırlar. 08.09.1999 ve 30.04.2008 tarihleri arasında ilk defa sigortalı olanlar, 7000 gün prim ödemeleri durumunda da iş sözleşmelerini feshederek kıdem tazminatı talep edebileceklerdir¹⁷. Bu durumda olan işçiler için başka bir şart öngörülmemiştir¹⁸.

Ancak ilk defa 30.04.2008 tarihinden sonra sigortalı olanların yaşlılık aylığına hak kazanması için farklı koşullar öngörüldüğünden, 506 sayılı Kanunun 60. maddesine (5510 sayılı Kanun m.28) göre söz konusu koşulların belirlenmesi gerekmektedir¹⁹. Buna göre, 5510 sayılı Kanun uyarınca, 30.04.2008

lı taraf ise sağlıksız koşul ve ortamda çalıştığını, adil olmayan davranışlar sebebi ile yprandığını, emekliliğe hak kazanması sebebi ile iş sözleşmesini sona erdirdiğini, daha iyi şartlar sunulduğundan yeni firmada işe başladığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Karar, “4447 sayılı Kanun’un 45. maddesi ile 1475 sayılı Kanun’un 14. maddesinin birinci fıkrasına (5) numaralı bent eklenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer kriterleri yerine getirmesi halinde kendi isteği ile işten ayrılması imkânı tanınmıştır. Başka bir anlatımla, sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle emeklilik hakkını kazanmamış olsa da, anılan bent gerekçe gösterilmek suretiyle işyerinden ayrılabilir ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak, işçinin işyerinden ayrılmasının yaş hariç emekliliğe dair diğer kriterleri tamamlaması üzerine çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişmesi ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir. Somut olayda hat sovrulmuş olarak çalışan davalı 1475 sayılı Kanun’un 14. maddesinin birinci fıkrası (5) numaralı bendi uyarınca onbeş yıl sigortalılık ve 3600 gün prim günü şartlarını sağladığı için 04.07.2011 tarihli istifa dilekçesi ile kıdem tazminatını alarak işyerinden ayrılmıştır. Davalı 15.07.2011 tarihine kadar çalışmasını sürdürmüş, bu tarihte işyerinden ayrılmış ve üç gün sonra başka bir işverene ait işyerinde çalışmak üzere işe başlamıştır. Davacının işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir firmada çalışması hakkın kötüniyetli kullanılması olarak değerlendirilemez. Davalı kanunun kendisine verdiği emeklilik hakkını kullanmıştır. Kanunda tanınan bu hakkın amacı, işyerinde çalışarak ypranmış olan ve bu arada sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ait yükümlülükleri tamamlamış olan işçinin, emeklilik için bir yaşı beklemesine gerek olmadan iş sözleşmesini aktif sonlandırabilmesine imkân tanımaktır. Davacının ödenen kıdem tazminatının iadesine ilişkin talebinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”, şeklindedir. Yar. 22. HD., 25.01.2013 T., 2012/10954 E.-2013/909 K., karar için bkz. <http://lucernaiuris.com/?p=234> (Erişim Tarihi 20.08.2017).

¹⁷ UĞUR, Suat, “Kıdem Tazminatında Fon Sistemi”, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2009, 6; AKTAY, Nizamettin, 4447 Sayılı Kanunla 1475 Sayılı Kanunda Yapılan Değişiklik, TÜHIS, İş Hukuku Dergisi, Kasım 1999 Şubat 2000, 9; ÖZKARACA, 158.

¹⁸ KURT, Resul/UYGUR, Gözde, “15 Yıl ve 3600 Günle Kıdem Tazminatı Alanlar Başka Yerde Çalışabilir Mi?”, Mali Çözüm Dergisi, Mayıs Haziran 2013, 207.

¹⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, 498.

tarihinden sonra ilk defa sigortalı olan işçiler, kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmaları ve en az 7200 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirmiş olmaları koşuluyla emekli olabilecek ve kendilerine yaşlılık aylığı bağlanabilecektir (m.28/I, a). Ayrıca sigortalılar, yaş hadlerine 65 yaşını geçmemek üzere üç yıl eklenmek ve adlarına en az 5400 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla da yaşlılık aylığından yararlanabileceklerdir (m.28/III)²⁰. Görüldüğü üzere 5510 sayılı Kanun, kural olarak yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için sadece prim ödeme gün sayısı ve yaşı esas almış, belirli bir sigortalılık süresinin tamamlanmasını yaşlılık aylığı için öngörmemiştir. Bu düzenleme ile 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi birlikte yorumlandığında, yaş sınırı göz önüne alınmaksızın, ilk defa 5510 sayılı Kanuna göre sigortalı sayılan kadın ve erkek işçiler, 7200 gün prim ödeme gün sayılarını doldurdukları takdirde, iş sözleşmelerini bildirimli olarak emeklilik sebebiyle feshettiklerinde kıdem tazminatına hak kazanacaklardır²¹.

Çalışmamızda 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 prim ödeme gününü doldurmak sureti ile emeklilik için yaş dışındaki şartları sağlayan işçilerin, kıdem tazminatı almak sureti ile işten ayrılmaları incelenmektedir.

1. 15 YIL SİGORTALILIK VE 3600 PRİM ÖDEME GÜNÜNÜN DOLDURULMASI NEDENİ İLE FESİH HAKKI

09.08.1999 tarihinden önce işe giren işçiler, 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 prim ödeme gününün doldurmaları halinde iş sözleşmelerini fesih etmek sureti ile kıdem tazminatı talep edebilmektedir. İşçilerini kıdem tazminatı talep edebilmek için gerekli olan asgari süre olan bir yıl çalışmış olmaları gerektiği

²⁰ ALPER, 294-296; UŞAN, 208; TEZEL, Ali/KURT, Resul, Sosyal Güvenlik Reformu, Ankara 2009, 148.

²¹ KESER, 45. Kanaatimizce bu kapsamda yapılan fesih bildirimli fesihlerdir. İşçi tarafından bu kapsamda yapılacak fesihlerde herhangi bir ihbar öneli verilmesine de gerek bulunmamaktadır. Bu konudaki tartışmalara, çalışmamızda "Bildirim Öneli Verilmesi Gerekir Mi?" başlığı altında yer verilmiştir.

de unutulmamalıdır. Bu kapsamdaki fesih hakkı için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.

1.1. 08.09.1999 Tarihinden Önce İlk Defa Sigortalı Olunması

3600 prim ödeme günü ve 15 yıl sigortalılık süresi bulunan işçinin, 08.09.1999 tarihinden önce ilk defa sigortalı olması gerekmektedir. Bu tarih sonrasında işe başlayan işçilerin, bu kapsamda kıdem tazminatına hak kazanmaları mümkün olamayacaktır. Çalışanların, ciddi hak kayıplarına uğramamaları için işe giriş tarihlerine azami dikkat göstermeleri gerekmektedir²².

İlk defa sigortalılığın, işçi olarak gerçekleşmesi de gerekmemektedir. Zira Kanunun aradığı şartların sağlanması yeterli olup, ilk defa sigortalılığa yönelik herhangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Bu doğrultuda 3600 prim ödeme günü ve 15 yıl sigortalılık süresinin tamamının, işçi olarak geçirilmesi gerekmez. Ancak iş sözleşmesinin feshi esnasında, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında işçi olunması yeterlidir. Zira memur ya da bağımsız çalışanların, İş Kanununa dayanarak herhangi bir talepte bulunması söz konusu olamaz. Son çalışmanın işçi olarak yapılması yeterlidir²³.

1.2. 15 Yıl Sigortalılık ve 3600 Prim Ödeme Gününün Doldurulması

08.09.1999 tarihinden önce işe giren işçinin işten ayrılmak sureti ile kıdem tazminatı talep edecek işçinin, 3600 prim ödeme günü ve 15 yıl sigortalılık süresini doldurması gerekmektedir. Bu nedenle işçinin, işten ayrıldığı tarih ile ilk defa sigortalı olduğu tarih arasında 15 yıllık bir sürenin geçmiş olması gerekmektedir. Bu sürenin tamamının sigortalı olarak geçirilmesi gerekmez.

²² **ÖZEL**, Kayhan, “Emeklilik Nedeni ile Kıdem Tazminatına Hak Kazanma ve SGK Zamanaşımına Dair Bir Sorun”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.1, 2017, 74-75.

²³ Nitekim 2013/26 sayılı Genelgenin 4. maddesinde 2829 sayılı Kanunun 8 inci maddesine göre değerlendirme yapılmaksızın son statünün 4/1 -(a) olmasının bu belgenin verilmesi için yeterli olacağı ifade edilmektedir. Genelge için bkz. <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/74165?AspxAutoDetectCookieSupport=1>, (Erişim Tarihi 01.09.2017).

Yaşlılık aylığına hak kazanmak için öngörülen sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısının tespiti açısından geçerli kuralların yanı sıra fiili hizmet süresi zammı ve hizmet borçlanmasına yönelik düzenlemeler, yaş dışındaki şartların sağlanmasına bağlı olarak gerçekleştirilen fesihlerde, 3600 prim ödeme günü ve 15 yıl sigortalılık süresinin doldurulup doldurulmadığının tespitinde de aynı şekilde uygulanır. Ancak borçlanma suretiyle sigortalılık süresinin ve prim ödeme gün sayısının artırılması açısından borçlanmanın, iş sözleşmesinin fesihinden önce yapılmış olması önemlidir. İşçinin, fesihden sonra sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısına ilişkin koşullarını, borçlanma yolu ile tamamlaması, kıdem tazminatına hak kazandırmaz²⁴.

1.3. Sosyal Güvenlik Kurumundan Belge Alınması

Sosyal Güvenlik Kurumu, 15 yıl sigortalılık ve 3600 prim ödeme gününün bulunduğuna ilişkin bir yazı vermektedir. Bu yazılar maktu olup, başvuran kişinin asgari 15 yıllık sigorta süresi ile en az 3600 prim ödeme gün sayısının bulunduğu gösteren bir yazı olup, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasının beş nolu bendi gereğince kıdem tazminatı işlemlerinde kullanılmak üzere verildiğine yönelik ifadelerden oluşmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumunun 2013/26 sayılı Genelgesi ile bu yazının verilmesine ilişkin usul ve esaslar yeniden düzenlenmiştir.

²⁴ ÖZKARACA, 167. “506 sayılı Yasanın 60/F maddesi hükmü gereği olsa da, bu işlemin davacı işçinin işyerinden ayrılmasından önce gerçekleştirilmesi gerekir. 1475 sayılı Yasanın 14/5 bent hükmü açısından işçinin işyerinden ayrıldığı tarihteki fiili durum önemlidir... Somut olayda davacı işçi işyerinden 1.5.2006 tarihinde ayrılmış ve ardından Sosyal Sigortalar Kurumuna askerlik borçlanması için 25.5.2006 tarihinde başvurmuştur. Kurum 31.5.2006 tarihli yazı ile 6 ay içinde primlerin ödenmesi şartıyla askerlik borçlanması yapabileceğini bildirmiştir. Primlerin ne zaman ödendiği ve askerlik borçlanmasının hangi tarihte tamamlanmış olduğu hususu dosya içeriğinden belirlenememiş olsa da, somut olay yönünden bu durumun araştırılmasına gerek görülmemiştir. Zira her durumda işlem, davacı işçinin işyerinden ayrılmasından sonraya aittir. Bu durumda davacı işçinin kıdem tazminatını talep koşulları gerçekleşmiş değildir.”, Yar. 9.HD., 25.12.2007 T., 2007/22324 E., 2007/39155 K., karar için bkz. ÖZKARACA, 167-168.

Genelgenin “Kıdem Tazminatına Esas Yazı Verilmesi” başlıklı 4. maddesinde sigortalıların Kanunda öngörülen yaş dışındaki diğer koşulları (prim gün sayısı ve sigortalılık süresi) yerine getirip getirmediğinin kontrol edileceği, 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olup bu tarihten sonra işten ayrılanlara asgari 15 yıllık sigortalılık süresi ve en az 3600 prim gün sayısı ile aylık bağlanabildiğinden, bu koşulların oluşup oluşmadığına bakılacağı, gerek sigortalılık süresi, gerekse gün koşulunun tespitinde hizmet birleştirmeleri ile bu süreleri etkileyen faktörlerin (itibari hizmet süreleri, fiili hizmet süresi zamları gibi) dikkate alınacağı, 2829 sayılı Kanununun 8. maddesine göre değerlendirme yapılmaksızın son statününün 4/1-(a) olmasının bu belgenin verilmesi için yeterli olacağı, bundan böyle, kıdem tazminatına esas yazının verilebilmesi için sigortalının müracaat tarihinde işten ayrılma koşulunun aranmayacağı ifade edilmektedir.

Kurum, söz konusu yazıyı vermek zorundadır. Bu yazı uygulamada “kıdem tazminatı alabilir” yazısı olarak anılmaktadır. Kurumdan alınacak belgede “işçinin kıdem tazminatına hak kazanmış olduğu” ibaresinin yer almasına gerek bulunmamaktadır. Kıdem tazminatı ödenmesi konusunda karar veren makamın, Sosyal Güvenlik Kurumu olamayacağı, aksinin kabulü halinde ise taraflar arasındaki iş sözleşmesinin tarafı olmayan kurumun kararının belirleyici olacağı, bu durumun temelde özel hukuk ilişkisi niteliğinde olan iş sözleşmesi içeriğine uygun düşmeyeceği, Yargıtay tarafından ifade edilmektedir²⁵.

²⁵ Açılan bir davada “Uyuşmazlık davacıya açılan sigortalılık süreleri dikkate alınarak SGK Başkanlığınca 1475 sayılı Yasa'nın 14/5. maddesi hükmü uyarınca "kıdem tazminatı alabilir" yazısının verilip verilmeyeceği noktasındadır. Davanın yasal dayanağı, Kıdem tazminatını düzenleyen ve 4857 sayılı Yasa'nın 120. maddesinde yürürlükten kaldırılmadığı belirtilen 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin 5.bendidir. Bu maddeye göre: iş sözleşmesinin, 506 sayılı Yasa'nın 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) ait bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı yasanın geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle feshedilmesi, haklı fesih sayılmış ve bu durumdaki kişilere kıdem tazminatı ödeneceği belirtilmiştir. Anılan yasal düzenlemede, 506 sayılı Yasa'nın geçici 81. maddesinin A-B-C bentlerine göre bir ayırma gidilmediği açık olmakla

Bu yazının sunulması ile işçinin, yaşlılık, emeklilik, malullük ve toptan ödeme yönlerinden bağlı bulunduğu mevzuata göre hak kazanıp kazanmadığı sosyal güvenlik hukuku anlamında denetlenmiş olur. Ayrıca yasal şartları sağlamayan işçinin, bu düzenleme kapsamında kıdem tazminatı talebi ile işten ayrılması önlenmiş olur²⁶. İşçinin, Sosyal Güvenlik Kurumundan yazı aldığı tarih itibarı ile işverene başvurmak sureti ile iş sözleşmesini derhal fesih etmek gibi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır²⁷.

anılan yasanın (C) bendi gereğince sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleriyle iş akdinin feshedilmesi de haklı fesih sayılması gerektiği, anılan yasal düzenlemede, kişinin davalı Kurumdan alacağı yazı ile sigortalılık süresini belirledikten sonra kıdem tazminatı almaya hak kazanacağı yolunda bir kural konulmadığı, davalı Kurumdan sadece işçinin sigortalılık süresi, prim ödeme gün ve aylığa esas yaş şartı ile yaşlılık aylığına hak kazanma yolunda bilgi tespit yazısı düzenleyebileceği, aksinin kabulü halinde ise taraflar arasındaki iş sözleşmesine ilişkin hukuki ilişkide, taraf olmayan Kurumun kararının belirleyici olacağı, bunun ise temelde özel hukuk ilişkisi niteliğinde olan "iş sözleşmesi" içeriğine uygun düşmeyeceği açıktır. Bu halde ise, mahkemenin davacının talep tarihinde 506 sayılı Yasa'nın 81. maddesinin 4759 sayılı Yasa ile değişik (C) bendinde öngörülen yaş şartı dışında kısmi yaşlılık aylığı için yeterli olan en az 15 yıl sigortalılık süresi ile 3600 gün prim ödeme şartına haiz olduğunu, belirlenen bu niteliklerin davacı yanca 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesine eklenen 5.bent hükmü gereğince işverene ibrazının yapılabileceği yolunda davalı Kurumca işlem yapılmasına dair hüküm kurulması gerekirken; yasal düzenlemenin aksine mahkemece yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." şeklinde karar verilmiştir. Yar. 21. HD., 22.12.2009 T., 2008/18459 E. 2009/16908 K., karar için bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=74230>, (Erişim Tarihi 20.08.2017).

²⁶ **TİRYAKİ**, Hamit, İş Hukukunda Güncel Makaleler, Ankara, 2016, 157. Bu doğrultuda bir Yargıtay kararı "4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollamasıyla, halen yürürlükte olan 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde, işçinin bağlı bulunduğu kurum veya sandıktan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla ayrılması halinde, kıdem tazminatına hak kazanılabileceği hükme bağlanmıştır. O halde anılan hüküm uyarınca, fesih bildiriminde bulunulabilmesi için işçinin bağlı bulunduğu kurum veya sandıktan yaşlılık, emeklilik, malullük ya da toptan ödemeye hak kazanmış olması şarttır. Bundan başka işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa bahsi geçen işlemler için başvurması ve bu yöndeki yazıyı işverene bildirmesi gerekir. Böylece işçinin yaşlılık, emeklilik, mamullük ve toptan ödeme yönlerinden bağlı bulunduğu mevzuata göre hak kazanıp kazanmadığı denetlenmiş olur." şeklindedir. Yargıtay 9.HD. 10.02.2015 T., 2013/8624 E., 2015/5468 K., karar için bkz. <http://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=216&t=173245>, (Erişim Tarihi 20.08.2017).

²⁷ Bu doğrultuda Yar. 7. HD., 17.04.2014 T., 2013/19277 E., 2014/8598 K., "Davacı, davalı işyerinde 20.10.2000-05.03.2012 tarihleri arasında çalıştığını, 05.03.2012 tarihinde istifa ederek işten ayrıldığını, SGK'dan aldığı 13.12.2011 tarihli yazı ile 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim ödeme gün sayısını doldurduğunun ve kıdem tazminatı alabileceğinin belirtildiğini, 18.04.2012 tarihli noter ihtarnamesi ile kıdem tazminatı alacağını ödenmesini istediğini, ancak cevap alamadığını ileri sürerek, kıdem tazminatı ile yıllık izin alacaklarının tahsilini istemiştir. Davalı, davacının emeklilik için gerekli yaş koşulunu yerine getirmediğini, da-

İşveren, söz konusu belge işçi tarafından sunulduğunda, işten ayrılmak isteyen işçiden ek bir belge talep etmemelidir. Bu belge sunulmaksızın işten

vacının başka bir bankada iş bulması nedeniyle istifa ettiğini, davacının SGK belgesini 13.12.2011 tarihinde almasına rağmen 3 ay sonra 05.03.2012 tarihinde iş akdini feshetmesinin dikkat çekici olduğunu bildirerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının 01.11.2000-05.03.2012 tarihleri arasında davalı işyerinde çalıştığı, 13.12.2011 tarihli SGK yazısı ile davacının 15 yıl sigortalılık ve 3600 gün prim ödeme koşullarını yerine getirdiği ve kıdem tazminatı almaya hak kazandığının bildirildiği, davacının 05.03.2012 tarihinde davalı işyerinden ayrılarak 09.03.2012 tarihinde başka bir bankada çalışmaya başladığının sabit olduğu, davacının yasal koşulları yerine getirdiğini öğrendiğinde değil başka bir işe başlamadan üç gün önce iş akdini feshettiği, emeklilikten belli bir süre sonra ekonomik veya başka nedenlerle çalışmaya başlamanın hayatın olağan akışına uygun düştüğü halde emeklilikten üç gün sonra işe başlamasının kişide emeklilik iradesi olmadığını açıkça ortaya koyduğu, davacının emeklilik iradesi olmadığından kıdem tazminatı hakkı doğmadığı gerekçesiyle davacının kıdem tazminatı talebinin reddine, yıllık izin ücreti talebinin kabulüne karar verilmiştir.....Somut olayda; davacının iş akdini feshettiği tarih itibarıyla 1475 sayılı Yasanın 14/5.maddesi gereğince 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim ödeme gün sayısını doldurduğu sabittir. Çalışma hakkı anayasal bir hak olup davacının yasada belirlenen koşulları yerine getirdiğinin anlaşılması karşısında davacının davalı işyerinden ayrıldıktan kısa bir süre sonra başka bir işyerinde çalışmaya başlaması yasanın kendisine tanıdığı bu haktan yararlanmasına engel değildir. Davacının yasal koşulları gerçekleştirmesi karşısında kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekirken somut olayda MK.nun 2. maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığı halde mahkemece hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle kıdem tazminatı talebinin reddine karar verilmiş olması hatalı olup bozma nedenidir.”. Karara karşı oyda “Somut olayda davacı 1475 sayılı Yasanın 14/5.maddesi gereğince yaş dışındaki koşulları yerine getirdiği gerekçesiyle emeklilik nedeniyle kıdem tazminatı talebinde bulunmuş olup davacının davalı işyerindeki işinden 05.03.2012 tarihinde ayrıldığı, 09.03.2012 tarihinde başka bir işyerinde çalışmaya başladığı sabittir. Davacı emeklilik nedeniyle iş akdini feshetmiş olsaydı SGK'na başvurduğu 13.12.2011 tarihinde feshetmesi gerekirdi. Oysa davacı SGK'ndan 15 yıl ve 3600 gün prim sayısı şartlarını taşıdığını öğrendikten hemen sonra değil, bu tarihten yaklaşık 3 ay sonraki, muhtemelen fesihden hemen 4 gün sonra çalışmaya başladığı işyerinde çalışmayı garantiledikten sonra feshetmiştir. Emeklilik hakkını kazanan davacının bu nedenle iş akdini feshetmesi yasal hakkıdır. Ancak bu yasal hak kötüye kullanılmamalıdır. Hukuk hiçbir şekilde kötüniyeti korumaz. Yasaların sağladığı haklar başkalarının zararına ve aleyhine olacak şekilde kullanılamaz. Davacı, davalı işyerinde çalışmaktayken yeni bir iş aramaya koyulmuş ve böyle bir işyeri bulup çalışma şartlarında anlaştıktan sonra çalışmakta olduğu işyerinden yasaıyla kendisine tanınan hakkı başkasının aleyhine olacak şekilde kötüye kullanarak fesih yapması ihtimal dahilindedir. Davacının, davalı işyerinde çalışırken yeni bir iş arayıp aramadığı, yeni bir işyerinde çalışmak için başvuru yapıp yapmadığı ve bu yeni işyerinde işe başlamak için gerekli belgeler yönünden hazırlık yapıp yapmadığı araştırılmalı, bu amaçla dava dışıBankası AŞ.Genel Merkez veya Kadirli Şubesi varsa bu belgeler celbedilmeli ve yapılacak bu araştırma sonucunda davacının fesih öncesi böyle bir başvurusu olduğunun tespiti halinde şimdiki gibi karar vermek; başvurusu yoksa ve dava dışı işyerine olan başvurusu tamamen fesihden sonra olması halinde ise davacının emeklilik nedeniyle yasal olarak fesih hakkını kullandıktan sonra yeni bir işyerinde çalışmasının doğal olduğunun kabulü ile davacının kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar vermek gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi nedeniyle kararın bu nedenle bozulması gerektiği için Sayın Daire çoğunluğunun bozma nedenine katılmamaktayım.”, şeklinde görüş belirtilmektedir. Kanaatimizce Yargıtay kararı isabetli olup, aksi yöndeki karşı oy, yerinde değildir. Karar için bkz. <https://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=214&t=147182> (Erişim Tarihi 01.09.2017).

ayrılması durumunda işçi, gene kıdem tazminatına hak kazanmaktadır. Ancak işçinin iş sözleşmesini, 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 prim ödeme gününün doldurulması nedeni ile fesih etmesi gerekmektedir. Bu durumda işveren, belgenin işçi tarafından sunulmasına kadar kıdem tazminatı ödemek zorunda kalmamalıdır. Zira söz konusu belge sunulmadığı takdirde, işten ayrılan işçinin bu düzenleme kapsamında gereken şartları yerine getirdiğine dair işverenin bilgisi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, Sosyal Güvenlik Kurumundan alınan belgenin sunulması önemlidir. İşçinin tek taraflı olarak yaptığı istifa sonrasında alacağı belgeyi sunması ise kıdem tazminatına hak kazandırmaz²⁸.

²⁸ Nitekim iş sözleşmesini istifa yolu ile sona erdiren ancak sonrasında kurumdan belge almak sureti ile işverene başvuran işçi hakkında Yar. 9. HD., 18.05.2015 T., 2014/5070 E., 2015/17913 K. nolu kararı “Somut olayda davacı, dava dilekçesinde fesih sebebi ile ilgili bir beyanda bulunmamış, istifa dilekçesindeki imzayı kabul etmiş, dilekçeyi baskı altında imzaladığı iddiasını ise ispat edememiştir. Davacının istifadan sonra Kuruma yaptığı başvurunun fesihle ilgisi yoktur. Kaldı ki davacı, iş sözleşmesini yaşlılık aylığı almak amacıyla veya haklı nedenle derhâl feshettiği yönünde bir iddia da öne sürmemiş, tahsis talebinde bulunmamış, istifadan 7 ay sonra başka bir yerde çalışmaya başlamış ve yeni işe girdikten 10 gün sonra bu davayı açmıştır. Açıklanan nedenlerle iş sözleşmesinin, istifa yoluyla davacı tarafından feshedildiği sonucuna varılarak kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken mahkemece, hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde karar vermiştir. Karara karşı olan azlık oyu ise “İş hukukunun işçiyi koruyan özelliği ön plana çıkarıldığında, işçi açısından menfaat ve karma teorilerin benimsenmesi gerekir. Zira kıdem tazminatı işçinin işyerindeki yıpranmasının, geçmiş hizmetlerinin karşılığıdır ve bir menfaat olduğu da açıktır. Kıdem tazminatının gerçekleşme koşulları ve miktarı doğrudan kanunla belirlenmiştir. Bu menfaat hukuk düzeni tarafından korumaya alınmıştır. Hakkın kötüye kullanıldığı savunulmadığı sürece menfaat teorisi gereği işçi bundan yararlandırılmalıdır. Dosya içeriğine göre davacı işçi, fesih tarihinde yaş hariç diğer emeklilik koşullarını sağlamıştır. Kısaca bu tarih itibarı ile kıdem tazminatına hak kazanmıştır. Davacının bu yönde iradesini açıklamaması ve kurumdan aldığı belgeyi daha sonra ibraz etmesi hak kazanmayı ortadan kaldırmaz. Bu durum ancak muaccel olma ve temerrüt olgusunu etkiler. Kaldı ki iş sözleşmesini sona erdiren davacı ertesi gün kuruma başvurmuş ve yaş hariç emeklilik şartlarını taşıdığını belgelemiştir. Davacının yeni iş bulduğun için ayrıldığı da savunulmamıştır. Yaklaşık 7 ay sonra iş bulması bu hakkını kötüye kullandığını da göstermez. Zira çalışma bir anayasal haktır. Mahkemenin kıdem tazminatını hüküm altına alması isabetlidir.”, şeklindedir. Karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, 2016/2, 927-931.

1.4. İş Sözleşmesinin 15 Yıl Sigortalılık ve 3600 Prim Ödeme Gününün Doldurulması Nedeni ile Feshedilmesi

İşçinin, kıdem tazminatı talep edebilmek için iş sözleşmesini, 15 yıl sigortalılık ve 3600 prim ödeme gününün doldurulması nedeni ile iş sözleşmesini fesih ettiğini işverene bildirmesi gerekmektedir. Fesih beyanında, bu hususun açık bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir. İşyerinden istifa etmek sureti ile ayrılan işçi, istifaya ilişkin fesih beyanında, bu hususu açıkça belirtmediğinde geriye dönük olarak ayrıldığı işyerinden ayrılma tarihinde yasal koşullara sahip olduğunu ileri sürerek kıdem tazminatı talep edemez²⁹.

İş hukukumuzda taraflar, iş sözleşmesini fesih nedenleri ile bağlı olup, bu nedenleri değiştirememektedir. Bu nedenle işçinin, fesih sonrasında kurumdandan belge almak sureti ile 15 yıl ve 3600 prim ödeme gününün doldurulması gerekçesiyle fesih ettiğini ileri sürmesi kıdem tazminatına hak kazandırmaz. Ancak bazı durumlarda işçinin, bu hak kapsamında iş sözleşmesini fesih etmek yerine istifa ettiği durumların işçinin gerçek iradesini yansıtmadığı, İş Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasının beş nolu bendi kapsamında şartların sağlanması durumunda işçinin bu kapsamda iş sözleşmesini fesih ettiği kabul edilmelidir³⁰.

²⁹ **ŞAHLANAN**, Fevzi, “Üçbin Altıyüz Gün ve Onbeş Yıl Sigortalılık Süresini Doldurarak Kıdem Tazminatı Alan İşçinin Başka Bir İşyerinde Çalışmaya Başlaması”, *Tekstil İşveren Dergisi*, Ekim 2014, 4.

³⁰ **ÖZKARACA**, 171. Bu doğrultuda bir karar “...Somut olayda davacı işçi işyerinde 20 yıldan fazla süreyle çalışmıştır. 16.3.2006 tarihli istifa dilekçesi mevcut ise de, aynı tarihli ibranamede sadece izin ücreti tahakkuk ettirilmiş olup, sözü belgeyi davacı işçi imzalamamıştır. Bu durum da davacının gerçekte istifa iradesinin bulunmadığını göstermektedir. Davacı tanıkları da işyerinde çalışmış kişiler olup, emeklilik sebebiyle ayrılanlar için dahi ödeme öncesinde istifa dilekçesi alındığına dair açıklamalarda bulunmuşlardır. Bu durumda istifa dilekçesine değer verilerek sonuca gidilmesi hatalı olmuştur. Öte yandan davacının iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte 27 yıla yakın hizmeti olup 9705 gün prim ödemesi bulunmaktadır. İşten ayrılma tarihinde 43 yaşında olan davacı bir yıl kadar beklemeden sonra yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Davacının işten ayrılma tarihinde yürürlükte olan 506 sayılı Yasanın geçici 81. maddesine göre yaş hariç emekliliğe dair diğer koşulları haiz olduğu görülmektedir. Davacı işçi işten ayrıldıktan sonra başka bir işte çalışmaksızın yaşın dolmasını beklemiş ve bir yıl sonra baş-

Sosyal Güvenlik Kurumundan alınan yazının dilekçe ekinde olması, önem arz etmektedir. Ancak belgenin ekli olmaması, iş sözleşmesinin feshini geçersiz kılmaz. İşverenin ödeme yükümlülüğü, belgenin sunulması ile başlar. Belge sunulmadığı durumda, ödeme yapılması gerektiği için geciken ödeme için faiz de talep edilemez³¹.

İşçi, iş sözleşmesini fesih ederken birden fazla neden gösterebilir. Bu durumda işçi göstermiş olduğu nedenlerle bağlıdır. Gösterilen nedenlerden birinin gerçekleşmesi yeterlidir. Bu nedenle işçi, 15 yıl 3600 prim ödeme gününün doldurulması nedeni ile bildirimlessiz fesih hakkını kullanırken bunun yanı sıra haklı nedenle de fesih hakkını kullanabilir³².

vurusunda aylıklık aylığı bağlanmıştır. 1475 sayılı Yasanın 15/5. bent hükmüne göre, yaş kolu dışında aylıklık aylığı tahsisine dair diğer kriterlerin gerçekleşmesi halinde işçinin işyerinden kıdem tazminatı olarak ayrılma hakkı bulunmaktadır... Davacı işçi bu koşullar haiz olduğuna ve maddi olgular da belirtilen şekilde geliştiğine göre, davacının işyerinden ayrılışının 1475 sayılı Yasanın 14/5. bent hükmüne uygun olduğu kabul edilmelidir...", şeklindedir. Yar. 9.HD., 28.09.2010 T., 2008/34779 E. 2010/26096 K., karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, S.28, 2011, 578-583.

³¹ "Mülga 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde, işçinin iş sözleşmesini bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumundan aylıklık aylığı almak amacıyla feshetmesi durumunda, kıdem tazminatına hak kazanacağı öngörülmüş ve yine aynı maddede, iş sözleşmesinin bu amaçla feshinden söz edilebilmesi için; sözleşmeyi işçinin feshetmiş olması, feshin emekli (yaşlılık) aylığı almak amacıyla yapılmış olması ve işçinin sosyal güvenlik kurumuna başvurduğunu ve aylığı hak kazandığını belgelemesi gerektiği belirtilmiştir. İşçinin, iş sözleşmesini aylıklık aylığı almak amacıyla feshinde, kıdem tazminatı hakkının doğması için fesih tarihinde aylıklık aylığına hak kazanma şartlarının gerçekleşmiş olması yeterlidir. Kanunda öngörülen belgeleme şartına uyulmamış olması kıdem tazminatı hakkının doğmasını engellemez. Belgeleme şartına uyulmaması hali sadece kıdem tazminatının gecikme faizinin fesih tarihinden değil dava tarihinden başlatılması sonucunu meydana getirir. Başka bir anlatımla bu yön işverenin kıdem tazminatı borcu bakımında hangi tarihte temerrüde düştüğünün tespitinde belirleyici olur. Somut olayda, davacının, iş sözleşmesini emeklilik sebebiyle feshettiğine dair işverene verdiği ileri sürdüğü belge dosya içerisinde bulunmamaktadır. Bu durumda, davacının bu belgeyi işverene verip vermediği araştırılarak, kıdem tazminatına uygulanan faizin işletilme tarihinin, belgeyi işverene vermişse şimdiki gibi, vermemişse dava tarihinden itibaren işletilmesi gerekirken ek-sik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur.", Yar. 22 HD., 22.10.2015 T., 2014/17191 E., 2015/29550 K., karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, 2016/4, 2106.

³² "4447 sayılı Yasanın 45'inci maddesi ile 1475 sayılı Yasanın 14'üncü maddesinin birinci fıkrasının (5) numaralı bendinde 15 yıl 3600 prim gününü tamamlamak dışında emeklilik nedeniyle fesih için başkaca bir şart öngörülmemiştir. Davacı emeklilik dışında aynı zamanda fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle de sözleşmesini haklı feshetmiştir. Davacının gerek emeklilik ve gerekse ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle başka bir işyerinde çalış-

İşçinin, işten ayrılması gerekmektedir. Bu nedenle çalışmakta olan işçi, şartları doldurduğunu ileri sürmek sureti ile kıdem tazminatını alıp aynı işyerinde çalışmaya devam edemez.

İşçi, işten ayrılırken işverene bir dilekçe verebileceği gibi, ispat açısından ihtarname çekmek sureti ile de bu fesih hakkını kullanabilir. Bu durumda ihtarnameye, Sosyal Güvenlik Kurumu yazısının eklenmesi uygun olacaktır³³. İşçinin, bu kapsamdaki başvurusunun kabul edilmemesi üzerine işten eylemli olarak ayrılması da bu doğrultuda yapılan bir fesih olarak kabul edilmelidir³⁴.

mak için ayrılması ve hatta daha işten ayrılmadan önce çalışacağı yeri belirlemesi sonuca etkili değildir. Herkes daha iyi yaşam ve iş standartlarında çalışmak ve işyerini belirlemek haklarına sahiptir. Fazla çalışma ücretinin ödenmemesi dahi tek başına haklı fesih sebebi olup, başka bir işyerinde çalışmaya başlaması ücretleri ödemeyen işvereni haklı ve işçiyi ise haksız kılacak nitelikte değildir.”, Yar. 7.HD., 09.02.2015 T., 2014/16384 E., 2015/939 K., karar için bkz. **ERDAĞ**, Nevzat, İş Hukukunda Önemli Konular, Ankara 2017, 116. Ayrıca Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, 2016/1, 309-311.

³³ “Somut olayda davacı 17.04.2012 tarihinde işverene noterden ihtarname göndermek suretiyle 15 yıl ve 3600 gün çalışma koşullarını taşıdığından kıdem tazminatını alarak işten ayrılmak istediğini bildirmiştir. Davacı fesih tarihi itibarıyla kıdem tazminatına anılan kanun maddesi karşısında hak kazanmıştır. Sözleşmenin feshi açısından SGK’dan yazı alınması ve işverene gönderilmesi kural olarak şart değildir. İşçi eylemli olarak, ihtarname göndererek, SGK’dan alacağı yazı ile başvurarak fesih iradesini ortaya koyabilir. SGK’dan alınacak yazının işverene gönderilmesi faiz başlangıcı açısından önem taşır. Kaldı ki davacı Antalya SGK’na başvurmuş olup yaş şartı dışında 15 yıl 3600 prim günü şartlarını taşıdığına 26/04/2012 tarihli belge ile ispatlamıştır.”, Yar. 7.HD., 30.12.2013, 2014/11021 E., 2014/17167 K., karar için bkz. <http://www.emsalyargi.com/yargitay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=577be157695222a8&daire=d13f79ee5e26382b&eyil=2014&eno1=11021> (Erişim Tarihi 15.08.2017).

³⁴ “Davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilip feshedilmediği uyumsuzluk konusunu oluşturmaktadır. Somut olayda davacı kıdem tazminatı için 3600 gün+15 yıl şartını yerine getirdiğini ve kıdem tazminatı için işverene başvurması üzerine iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini iddia ederken davalı ise iş sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle 12.06.2012 tarihinde haklı nedenle feshedildiğini savunmuştur. Somut olayda davacının 3600 gün prim ödeme gün sayısı ile 15 yıl sigortalılık süresini doldurması sebebiyle eylemli olarak işyerinden ayrıldığı ve bu şekilde iş sözleşmesini kendisinin feshettiği anlaşıldığından kıdem tazminatı talebinin hüküm altına alınması doğru olmakla beraber ihbar tazminatının reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.”, Yar. 22.HD., 24.06.2015 T., 2014/13178 E., 2015/21897 K., karar için bkz. <http://www.emsalyargi.com/yargitay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=ea30316b7d8725ae&daire=9467276415815bb8&eyil=2014&eno1=13178>, (Erişim Tarihi 15.08.2017).

1.4. İŞÇİNİN İŞVERENE AİT İŞYERİNDE EN AZ BİR YIL ÇALIŞMIŞ OLMASI

1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesine göre işçinin, kıdem tazminatına hak kazanması için öncelikle işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir. Bir yıllık sürenin başlangıcı, işçinin işverene ait işyerinde ey-lemli olarak çalışmaya başladığı tarih olup, Kanuna göre, işçinin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına ba-kılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. Bir yıllık süreye dair hüküm nisbi emredici nitelikte olduğundan toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi ile işçi lehine azaltılabilmektedir³⁵. İncelememiz kıdem tazminatına hak kazandıran fesih hallerinden birine özgülenmiş olduğundan, hizmet süresine ilişkin koşul üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacaktır.

1.5. BİLDİRİM ÖNELİ VERİLMESİ GEREKİR Mİ?

1475 sayılı Kanunun 14. maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendinde, bildirim öneli verilmesi gibi bir yükümlülük, işçi için öngörülmemiştir. Yargı-tay kararlarında da bu kapsamda yapılan fesihlerde bildirim öneli verilmesi gerekmediği, bu durumun bildirimsiz fesih olduğu ifade edilmektedir. Ancak işçi, kıdem tazminatının yanı sıra ihbar tazminatı talep edemez³⁶.

³⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 238; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, 504.

³⁶ "4447 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile mülga 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinin birinci fıkrasına (5) numaralı bent eklenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer kriterleri yerine getirmesi halinde kendi isteği ile işten ayrılması imkânı tanınmıştır. Başka bir anlatımla, sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle emeklilik hakkını kazanmamış olsa da, anılan bent gerekçe gösterilmek suretiyle iş yerinden ayrılabilir ve kadem tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak, işçinin iş yerinden ayrılmasının yaş hariç emekliliğe dair diğer kriterleri tamamlaması üzerine çalış-masını sonlandırması şeklinde gelişmesi ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir. Somut olayda, davacı işçiye Sıhhiye Sosyal Güvenlik Merkezi tarafından kendisine tebliğ edilen 16.02.2011 tarih, 2737589 sayılı yazıda; müracaat tarihiniz itibarıyla 15 yıl sigortalılık süre-nin ve 3600 gün prim ödeme gün sayının bulunduğu, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün

Doktrinde 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 prim ödeme gününün doldurulmasına dayanılarak yapılan fesihlerde bildirim öneli verilmesi gerekmediği ileri sürenler bulunmaktadır³⁷. Ancak ağırlıklı görüş bildirim öneli verilmesi gerektiği şeklindedir. Bu görüşe göre İş Kanununda haklı fesih sebepleri İş Kanununun 24. maddesinde sayılmaktadır. İş Kanununun 14. maddesinde belirtilen düzenlemelerin, 24. maddede sayılan durumlarla bir ilgisi bulunmamaktadır. İşçi, bildirim öneli vermeksizin iş sözleşmesini fesih ederse kıdem tazminatına yine hak kazanmaktadır. Ancak bildirim önellerine uymadığı için tazminat ödemek zorunda kalacaktır³⁸.

İşçinin bildirim öneli vermesi de kıdem tazminatı kazanma hakkını ortadan kaldırmaz. Önemli olan işçinin, iş sözleşmesini fesih ettiği anda gereken şartları taşımasıdır³⁹.

sayınızın yeterli olduğu ancak mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasına göre kendi isteğiniz ile işten ayrılabilenizin bildirildiği görülmüştür. Söz konusu yazı ile davacının emekliliğe hak kazanarak iş akdini haklı sona erdirdiği anlaşılmaktadır. Haklı fesih durumunda davacı kıdem tazminatına hak kazansa da ihbar tazminatına hak kazanamaz. Bu açıdan iş akdi emeklilik nedeni ile sona erdiğinden ihbar tazminatının reddine karar vermek gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulması hatalıdır.”, Yar. 22.HD., 18.05.2015 T., 2014/6384 E., 2015/17559 K., karar için <http://www.Emsalyargi.com/yargitay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=02f788ae399d5d9d&daire=9467276415815bb8&eyil=2014&eno1=6384>, (Erişim Tarihi 15.08.2017).

³⁷ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin, İş Hukuku, Ankara 2012, 986; **NARMANLIOĞLU**, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014, 570. **AKYİĞİT**, 183. Akyiğit'e göre İş Kanununun 120. maddesi atfıyla tartışmalı da olsa İş Kanununun 24. maddesi dışında da sırf kıdem tazminatı için getirilmiş bir haklı fesih nedenidir. Bu doğrultudaki görüşler için bkz. **OCAK**, Saim, “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel S., 2013, 590-592.

³⁸ **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, 248; **AKTAY**, A.Nizamettin/**ARICI**, Kadir/**SENYENKAPLAN**, E.Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2013, 230; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, 501; **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, 236; **SÜZEK**, 784; **OCAK**, 608; **SÜMER**, tarafından da bildirimli fesih başlığı altında incelenmektedir. Konu hakkında bkz. 123-124. Bu doğrultudaki diğer görüşler için bkz. **OCAK**, 592-597.

³⁹ “1475 sayılı yasaya 4447 sayılı yasa ile eklenen 5. bentte, “506 Sayılı Kanunun 60 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) altbentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle” işçilerin kıdem tazminatına hak kazanabileceği hükme bağlanmıştır. Düzenlemenin amacı, prim ödeme ve sigortalılık süresi yönünden emeklilik hakkını

2. İŞÇİNİN TEKRAR ÇALIŞMASI

1475 sayılı Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendinde ya da başkaca bir düzenlemede, işçinin tekrar çalışmasını önleyici bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle işçi, işten ayrıldıktan hemen sonra başka bir işyerinde çalışabilir⁴⁰. İşçinin işten ayrıldıktan bir gün sonra bile başka bir işte çalışması da söz konusu olabilir⁴¹. Bu işyeri aynı ya da başka bir işyeri olabilir⁴². Hatta rakip bir işyeri de olabilir. Bu durum dahi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilemez⁴³.

kazanmış olsa da, diğer bir ölçüt olan emeklilik yaşını beklemek zorunda olan işçilerin, bundan böyle çalışma olmaksızın işyerinden ayrılmaları halinde kıdem tazminatı alabilmelerini sağlamaktır. İşçi ayrıldığı tarihte sigortalılık süresini ve prim gün sayısını tamamlamış ise kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Hakkın kötüye kullanılmadığı sürece işçinin herhangi bir neden belirterek veya neden belirtmeden ayrılması, iş sözleşmesini önel vererek sonlandırması, kıdem tazminatını hak kazanmasını etkilememelidir. Zira yasadan doğan bir hakkı bulunmaktadır. İşçinin daha sonra bunu belgelendirmesi ve işverene sunması, kıdem tazminatına hak kazanılmasını ortadan kaldırmaz. Bu gecikme sadece muaccel olan alacağın temerrüt durumunu, dolayısı ile uygulanacak faizin tarihini etkiler.”, Yar. 9. HD. 09.09.2013 T., 2011/20988 E., 2013/21537, karar için bkz. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıtay Kararları, C.24, S.6, C.25, S.1-2, Mayıs-Ağustos- Kasım 2013, 112.

⁴⁰ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 497; ŞAHLANAN, 4. Bu doğrultuda Yar. 9. HD., 13.01.2014 T., 2011/51535 E., 2014/52 K.. Bu karara dair karar incelemesinde ŞAHLANAN, “Nitekim karar metninden de anlaşıldığına göre, davacı işçi her ne kadar çalıştığı işyerinden ayrılmadan başka bir işyerine iş başvurusu yapmış ise de (12/10/2010 tarihinde). Bunu takiben 21/10/2010 günlü dilekçesi ile emeklilik durumunu Sosyal Güvenlik Kurumu’ndan sormuş ve aynı tarihli kurum yazısında kendisinin 17 yıl sigortalı ve 4749 gün prim ödemesi bulunduğu belirtilmiştir. Davacı bunun üzerine 25/10/2010 günü iş sözleşmesini sözkonusu belgeye dayanarak feshettiğini bildirmiş ve daha sonra da, iş başvurusu yaptığı yeni işyerinde 01/11/2010 tarihinde çalışmaya başlamıştır. Bu durumda kararda da isabetle belirtildiği gibi davacı işçinin işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir firmada çalışması hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez. “şeklinde görüş bildirmektedir.

⁴¹ “Davacının yeniden çalışmaya başlamasını yasaklayan kanuni bir düzenleme de bulunmadığından, davacının yaşlılık aylığı bağlanana kadar 15-20 yıl çalışmaması gerektiği, bu nedenle kıdem tazminatına hak kazanamayacağı gerekçesi yerinde değildir. Dosyaya yansıyan beyanlardan davacının kredi kartlarından dolayı borçlarının bulunduğu ve tazminatlarını alarak ayrılmak istediği anlaşılmaktadır. Herkes daha iyi ücretle, daha uygun şartlarda çalışma hakkına sahiptir. Çalıştığı yerde bu imkânların sağlanmaması halinde davacının emekli olduktan bir gün sonra başka bir işte çalışmaya başlamasının Anayasal çalışma hakkının hakkın kötüye olarak kullanılması şeklinde yorumlanması da hatalıdır.”, Yar. 7. HD., 28.04.2014 T., 2014/596 E., 2014/9239 K., karar için bkz. <http://kararara.com/forum/viewtopic.php?p=182268>, (Erişim Tarihi 15.08.2017).

⁴² AYDIN, Ufuk/GÜVEN, Ercan, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2013, 272.

⁴³ Bu kapsamda iş sözleşmesini fesih etmek sureti ile aynı işi yapan bir başka firmada işe başlayan davacı hakkında, davalı işverenin davacının onbeş yıl sigorta süresi ve 3600 gün prim

Yargıtay kararlarında işçinin bu hakkını, hangi amaçla kullandığının önemli olmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle çalışmakta olduğu iş yerinde yıpranmış, sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ilişkin yükümlülüklerin tamamlayan işçinin, daha iyi çalışma koşullarına sahip başka bir işyerinde çalışmasının doğal olduğu, işçinin tekrar çalışmasının, Medeni Kanunun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kuralına aykırı olmadığına karar verilmektedir. Yaş koşulu gerçekleşen işçilere bile sosyal destek primi ödemek sureti ile çalışma imkânı tanınması da bu düzenleme ile işçinin çalışma yaşamından ayrılmasının öngörülmediğini ortaya koymaktadır⁴⁴. Zira ülkemizdeki emekliler bile çalışmak zorunda kalmaktadır⁴⁵.

ödeme gün sayısına ilişkin koşulları karşıladığından dolayı istifa ederek işten ayrılmasından kısa bir süre sonra kendileri ile aynı işi yapan başka firmada çalışmaya başladığını, hakkın kötüniyetli kullanılması sebebi ile kıdem tazminatına hak kazanamayacağını, savunarak davanın reddini istediği bir davada “Somut olayda ekonomist olarak çalışan davacı 1475 sayılı Kanun’un 14. maddesinin birinci fıkrası (5) numaralı bendi uyarınca onbeş yıl sigortalılık ve 3600 gün prim günü şartlarını sağladığı için 20.07.2012 tarihli istifa dilekçesi ile 23.07.2012 tarihinde işten ayrılmıştır. Davacı 01.08.2012 tarihinde başka bir işverene ait işyerinde çalışmak üzere işe başlamıştır Davacının işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir firmada çalışması hakkın kötüniyetli kullanılması olarak değerlendirilemez.” şeklinde karar vermiştir. Yar. 9.HD., 10.02.2015 T., 2013/8624 E., 2015/5468 K., karar için bkz. <http://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=216&t=173245>, (Erişim Tarihi 01.09.2017).

⁴⁴ “İşçinin emeklilik nedeni ile iş sözleşmesini feshetmesinden kısa bir süre sonra, yeniden çalışmasını gerektirecek durumlar ortaya çıkabileceği gibi işçinin bu hakkını kendisi için daha olumlu sonuçlar doğurabileceğini düşündüğü bir başka işyerinde çalışma amacı ile de kullanması mümkündür. Sosyal Güvenlik Hukuku alanında, yaş koşulunu da gerçekleştirmek sureti ile emekli olan işçilere sigorta destek primi ödeyerek çalışma imkanı tanındığı da dikkate alındığında, 1475 sayılı İş Kanununun 14/1-5. maddesindeki düzenleme açısından, yasa koyucunun amacının işçinin çalışma yaşamını aktif olarak sonlandırması olduğundan bahsedilemez. Çalışmakta olduğu iş yerinde yıpranmış olan ve bu arada sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ilişkin yükümlülüklerin tamamlayan işçinin, kendisi için çalışma koşullarının daha olumlu olduğunu düşündüğü bir işyerinde çalışma amacı ile bu hakkını kullanması halinde Medeni Kanunun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kuralına aykırı davrandığı kabul edilemez. Yasa ile tanınmış emeklilik nedeni ile fesih hakkının kullanması ile birlikte kıdem tazminatına hak kazanılacağı kabulü gerekir. İşçinin hangi amaçla bu hakkı kullandığı, kıdem tazminatına hak kazanması açısından önem arz etmemektedir. Bu nedenle kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir.”, Yar. 22.HD., 14.05.2014 T., 2013/11079 E.,2014/12903 K. nolu karar, karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, 2015/3, 446-448.

⁴⁵ “Gerçekten de, emeklilik denildiğinde bireyin çalışma yaşamına son verilmesi anlaşılmaktadır. Ancak ülkemizdeki emeklilik yaşının, gelişmiş ülkelere nazaran daha düşük ve emeklilere sağlanan ekonomik olanakların yetersiz olması, hukuken emekli statüsü kazananların çalışma yaşamlarına devam etmeleri sonucuna yol açmaktadır. Sosyal güvenlik reformu çerçevesinde

İşçinin, başka bir işte çalışmak için işten ayrılması durumunda, yeni işyerini işten ayrılmadan önce belirlemesi durumunda, yeni işi için öncesinde görüşmeler, başvurular yapması ve başvurusunun işten ayrılmadan önce kabul edilmesi de durumu değiştirmez. Zira işçi, daha iyi yaşam ve iş standartlarında çalışmak ve işyerini belirlemek haklarına sahiptir⁴⁶. Bu nedenle işçinin, iş sözleşmesini fesih ettiği anda bir daha çalışmama iradesinin bulunması da gerekmez⁴⁷. Ancak aksi yönde Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarında işçinin emeklilik nedeniyle değil, başka bir işe girmek için işten ayrıldığı durumlarda, işçinin bir anlamda kötüniyetli olarak hareket ettiği ifade edilmektedir⁴⁸. Ancak fesihten önce işçinin başka bir işyerine gir-

yapılan kanuni düzenlemeler emeklilik yaşını artırmışsa da, gerek bu yaşların kademeli bir şekilde uygulanacak olması, gerekse sosyal ve ekonomik faktörler, emeklilerin çalışma yaşama devam etmeleri konusunun önemini sürdüreceğini göstermektedir". Konu hakkında bkz. **KESER**, 43.

⁴⁶ "Somut olayda davacının iş sözleşmesini 14.10.2012 tarihinde feshettiği, işten ayrılmadan önce 07.09.2012 tarihinde başka bir işverene iş başvurusu yaptığı, 20.09.2012 tarihinde başvurusunun kabul edildiği sabittir. Davacının fesih tarihinden önce 31.08.2012 tarihi itibarıyla 15 yıl 3600 prim günü şartlarını taşıdığı belirlenmiştir. 4447 sayılı Yasanın 45'inci maddesi ile 1475 sayılı Yasanın 14'üncü maddesinin birinci fıkrasının (5) numaralı bendinde 15 yıl 3600 prim gününü tamamlamak dışında emeklilik nedeniyle fesih için başkaca bir şart öngörülmemiştir. Davacı emeklilik dışında aynı zamanda fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle de sözleşmesini haklı feshetmiştir. Davacının gerek emeklilik ve gerekse ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle başka bir işyerinde çalışmak için ayrılması ve hatta daha işten ayrılmadan önce çalışacağı yeri belirlemesi sonuca etkili değildir. Herkes daha iyi yaşam ve iş standartlarında çalışmak ve işyerini belirlemek haklarına sahiptir. Fazla çalışma ücretinin ödenmemesi dahi tek başına haklı fesih sebebi olup, başka bir işyerinde çalışmaya başlaması ücretleri ödemeyen işvereni haklı ve işçiyi ise haksız kılacak nitelikte değildir.", Yar. 7.HD., 09.02.2015 T., 2014/16384 E., 2015/939 K. nolu karar, karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, 2016/1, 309-311.

⁴⁷ **KESER**, 43.

⁴⁸ "Başka bir anlatımla, sigortalılık süresini ve pirim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle emeklilik hakkını kazanmamış olsa da, işyerinden anılan bent gerekçe gösterilmek suretiyle ayrılabilir ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak işçinin işyerinden ayrılmasının yaş hariç emekliliğe dair diğer kriterleri tamamlaması üzerine çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişmesi ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir. Aksi halde işçinin başka bir işyerinde çalışmak için 1475 sayılı yasanın 14. maddesinin 5. bendi hükmüne dayanması yasal hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Dairemiz konuyla ilgili bir kararında, işçinin bir gün sonra başka bir işveren ait işyerinde çalışmasının, feshin anılan 5. bent hükmüne uygun olmadığını gösterdiği sonucuna varmıştır (Yargıtay 9.HD. 4.4.2006 gün 2006/2716 E, 2006/8547 K.).", Yar. 9. HD., 20.06.2011 T., 2009/17494 E., 2011/18376 K., karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, 2012/1, 296-299.

mek için başvuruda bulunduğu kanıtlanmadığı sürece, işçinin ayrıldıktan sonra başka yerde çalışmasının, anayasal bir hak olduğu da belirtilmektedir⁴⁹.

İşçinin tekrar çalışmasının niteliği de önemli değildir. Bu nedenle işçi, tekrar işçi olarak çalışabileceği gibi, işveren olarak işyeri de açabilir. Memuriyete de girebilir.

Anayasanın 48. maddesinde herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu, 49. maddesinde ise çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmek sureti ile bireyin çalışma hürriyeti, hakkı ve ödevini açıkça düzenlemiş bulunmaktadır. Kıdem tazminatı alarak işten ayrılan işçi için öngörülebilir yaş beklemeye gibi bir yükümlülük, Anayasal bir hak olarak tanınan çalışma özgürlüğü ile bağdaşmaz. Bireyin dilediği bir işte, dilediği zaman çalışması, anayasal bir hak ve hürriyettir. Diğer hak ve hürriyetlerde olduğu gibi, çalışma hak ve hürriyetlerine iş sağlığı ve güvenliği ile ulusal güvenlik dışında, herhangi bir şart ve sınır konulması mümkün değildir⁵⁰. Bu hakkın, 15 yıl 3600 prim ödeme gününün doldurulması dolayısıyla emekli olunması nedeni ile kullandırılmaması, anayasal özgürlüğe aykırı düşer⁵¹.

İşçinin tekrar çalışması, tamamen işçinin subjektif kararına bağlı olarak gerçekleşmektedir. Zira kanunda öngörülen durumda söz konusu şartları sağlayarak işten ayrılan işçinin, sonrasında çalışacağı işle ilgili başkaca şartların

⁴⁹ “Davacı işçi yasal koşullara sahip olmasına rağmen, önce iş bulmuş ve sözleşme imzalamış, daha sonra ise iş sözleşmesini yaş hariç emeklilik koşullarını taşıdığı gerekçesi ile feshetmiştir. Davacı işçi Medeni Kanunu'nun 2. Maddesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 23. Maddesi düzenlemesi karşısında fesih hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanmamıştır. Davacının iş akdini yeni bir iş bulup, iş sözleşmesi imzalaması üzerine sona erdirdiği açıktır. Hakkın kötüye kullanımını hukuk korumamalıdır. Bu nedenle davacının kıdem tazminatı isteğinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır.”, Yar. 9. HD. 04.03.2015 T., 2013/11223 E., 2015/9012 K., karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/3, 316-318. Ayrıca bu doğrultuda Yar. 9. HD. 02.03.2015 T., 2013/14450 E., 2015/8678 K., karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/3, 319-322.

⁵⁰ **TOPÇU**, Umut, “İşyerinde 15 Yıl ve 3600 Gün Şartını Tamamlayan Her İşçi Kıdem Tazminatına Hak Kazanır mı?”, Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2012, 230.

⁵¹ **TIRYAKI**, 157.

aranması, kanaatimizce gerekmemektedir. Bu nedenle ister daha hafif koşullarda, isterse daha ağır koşullarda bir iş olsun, ister işçi çalışmakta iken yeni bir işyeri ile sözleşme imzalamış ya da başvurmuş olsun, bu durumların kıdem tazminatına hak kazanma açısından bir önem bulunmamalıdır.

3. 15 YIL SİGORTALILIK VE 3600 PRİM ÖDEME GÜNÜNÜN DOLDURULMASI NEDENİ İLE İŞTEN AYRILAN İŞÇİ, YENİ GİRDİĞİ İŞYERİNDEN AYRILIRKEN BU DÜZENLEME KAPSAMINDA TEKRAR KIDEM TAZMİNATI TALEP EDİLEBİLİR Mİ?

İşten ayrılan bir işçi, tekrar başka bir işyerinde çalışabilir. Bu çalışması sona erdiğinde tekrar kıdem tazminatı talep ettiğinde işçiye, kıdem tazminatı ödenecek midir? 1475 sayılı Kanununun 14. maddesinde bu duruma dair sınırlandırıcı bir düzenleme bulunmamaktadır⁵².

Ancak doktrinde kıdem tazminatı alan işçinin tekrar çalışmasının mümkün olduğu, ancak aynı sebeple kıdem tazminatı talep edemeyeceği de ileri sürülmektedir⁵³. Nitekim bu doğrultuda bir Yargıtay kararında işçinin, bu hakkını bir kez kullanabileceği belirtilmektedir. Kararda, bu hak kapsamında kıdem tazminatı almak sureti ile iş sözleşmesini fesih hakkının ancak bir kez kullanılacak bir hak olduğu, işçinin bu hakkı bir kez kullandığında bir sonraki çalışma dönemi için bu düzenlemelere dayanarak tekrar kıdem tazminatı isteyeme-

⁵² İşçinin kıdem tazminatı almak sureti ile iş sözleşmesini fesih ettikten sonra başka bir işyerinde çalışmasını, aynı nedenle fesih etme durumunun (birden çok kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışma hali dışında) yasa değişikliği ile engellenebileceği ifade edilmektedir. 506 sayılı Kanununun geçici 81. maddesinin 4759 sayılı Kanunla tekrar düzenlese de 5510 sayılı Kanun döneminde de bu durum değişmemiştir. Aksi takdirde kıdem tazminatı alma olgusunun eski dönemde olduğu gibi yeni dönemde de karşılaşılabileceği, zaten karşılaşıldığı da belirtilmektedir. Konu hakkında bkz. **AKYİĞİT**, 240.

⁵³ **ŞAKAR**, 217.

yeceği, gerekirse işçinin bu hak kapsamında kıdem tazminatı almak sureti ile işten ayrılıp ayrılmadığının araştırılması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁴.

Kıdem tazminatı almak sureti ile aynı ya da başka bir işyerinde çalışması ve bu iş ilişkisini de aynı doğrultuda fesih etmesi durumunda, diğer şartların da varlığı durumunda kıdem tazminatının ödenmesi gerekmektedir⁵⁵. İşçi, bu durumda kurumdan tekrar yazı alıp çalışmakta olduğu işverenine vermek sureti ile iş sözleşmesini fesih edecektir⁵⁶.

Kanaatimizce işçinin bu durumda da kıdem tazminatı alması gerekmektedir. Zira 1475 sayılı Kanunun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesinde, 15 yıl ve 3600 prim ödeme gününün doldurulması nedeni ile işten ayrılıp sonrasında bir başka işe giren işçinin, işten ayrıldığında kıdem tazminatını almasını önleyen ya da sınırlandıran bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumundan alınan belgede işçiye öncesinde bu doğrultuda bir belge verildiği ya da işçinin bu hakkını öncesinde kullandığına dair bir ibare bulunmamaktadır. İşçi, Sosyal Güvenlik Kurumundan belge almış olsa bile kullanamamış da olabilir. İşveren tarafından işçinin sözleşmesi

⁵⁴ “Davacı şirket, davalının işten çıkışı sebebinin gerçekte yaş hariç emeklilik sebebi olmadığını başka bir yerde iş bulduğu için işten ayrıldığını ve ayrıca önce çalıştığı işyerinde de aynı sebeple ayrılıp kıdem tazminatı aldığını ileri sürerek ödedikleri kıdem tazminatının iadesini talep etmiştir. Ayrıca bu iddiasına dayanak olarak bir kısım yazışmalar ve davacının daha önce çalıştığı belirtilen ... Tekstil San. Ve Tic. Ltd. Şirketi tarafından verilen yazıyı sunmuştur. Mahkemece davacı şirketin davası yazılı gerekçe ile red edilmiş ise de bu red eksik incelemeye dayalıdır. Normal tahsis amaçlı emeklilik ya da yaş hariç emeklilik koşullarının oluşması halinde ayrılmalardan doğan kıdem tazminatı hakkı bir kez kullanılabilir haklardan- dır. İşçi bu hakkı bir kez kullandığında bir sonraki çalışma dönemi için bu düzenlemelere dayanarak tekrar kıdem tazminatı isteyemez. Bu itibarla Mahkemece yapılacak iş, dava dışı şirketin 21/5/2013 tarihli yazısı hakkında davacının beyanını alıp önceki çalıştığı bu şirketten ayrılış şekli ve tazminat alıp almadığı açıklatırılıp gerekirse ilgili şirketten ödeme belgeleri isteyip davacının 1475 sayılı Kanunun 14/5. maddesinde belirtilen hakkı daha önce kullanıp kullanmadığını netleştirip sonuca göre karar vermektir.”, Yar. 9.HD., 07.03.2016, 2014/33390 E., 2016/4940 K., karar için bkz. <http://www.emsalyargi.com/yargitay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=b4ce76cf73939e98&daire=8d44c9275271dcc5&eyil=2014&eno1=33390> (Erişim Tarihi 15.08.2017).

⁵⁵ AKYİĞİT, 240; ÖZKARACA, 183.

⁵⁶ ŞAHLANAN, 4.

haklı nedenle feshedilmiş de olabilir. İşçi, bu fesih hakkının yanı sıra haklı nedenle de iş sözleşmesini fesih etmiş olabilir. Nitekim doktrinde de belirtildiği üzere, Sosyal Güvenlik Kurumunun işçiye emeklilik sebebiyle kıdem tazminatı ödenip ödenmediğine ilişkin merkezi bir kayıt tutma yükümlülüğü de yoktur⁵⁷.

SONUÇ

4447 sayılı Kanun ile emeklilik yaşı ve prim ödeme günleri artırılmıştır. Kanun ile emeklilik yaşı artırılırken, emeklilik için yaş dışındaki şartları sağlayanların kıdem tazminatı almalarına dair bir düzenleme de yapılmıştır. 1475 sayılı İş Kanunumuzun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen beş nolu bent ile getirilen düzenleme, esas itibarı ile artırılan emeklilik yaşı karşısında kıdem tazminatı alınmasının kolaylaştırılmasına yöneliktir. Emeklilik için yaş dışındaki şartları sağlayan işçinin, yaşlılık aylığı bağlanması için emeklilik için gereken yaşı beklemeksizin tek taraflı bir irade beyanı ile iş sözleşmesini kıdem tazminatı almak sureti ile iş sözleşmelerini fesih edebilmesi öngörülmüştür. İşçinin, kıdem tazminatını almak için en az bir sene çalışmış olması şartını da sağlaması gerekmektedir.

4447 sayılı Kanun ile getirilen bu düzenleme, yalnızca 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında yer alan işçilere yöneliktir. Bu nedenle Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilerin, bu haktan faydalanması mümkün bulunmamaktadır.

Bu haktan yararlanmak sureti ile iş sözleşmesini fesih eden işçilerin, tekrar çalışıp çalışmayacağı, yapılan düzenlemede öngörülmemektedir. Ancak yasal düzenlemede, tekrar çalışmayı yasaklayan ya da sınırlandıran bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasal bir hak olarak çalışma hürriyeti de işçinin, tekrar çalışabilmesini mümkün kılmaktadır. Emeklilik için yaş dışındaki şartları

⁵⁷ ŞAHLANAN, 4.

sağlayan işçinin, daha kolay bir işte çalışmayı tercih etmesi, maddi koşulları daha tatmin edici bir iş tercih etmesi mümkün olduğu gibi adil olmayan koşullarda çalışmak yerine, daha uygun koşullarda çalışmak istemesinin yanı sıra herhangi bir nedenle de işten ayrılmayı istemesi söz konusu olabilir.

Kanaatimizce başka bir işte çalışmak için iş sözleşmesini fesih eden işçiye de kıdem tazminatı ödenmesi gerekmektedir. Zira işçinin, iş sözleşmesini fesih anındaki iradesinin, bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle işçinin işten ayrıldıktan bir gün sonra bile başka bir işyerinde çalışmaya başlaması, fesih etmeden önce iş araması ya da bulması, iş sözleşmesi imzalamasında da bu durum değişmez. Aksi yöndeki Yargıtay 9 Hukuk Dairesi kararlarının yasal düzenlemeler ile bağdaşmadığını düşünmekteyiz.

İş sözleşmesinin feshinde bildirim öneli verilip verilmeyeceği, yapılan yasal düzenlemede öngörülmemiştir. Doktrinde ağırlıklı görüş, bu kapsamda yapılan fesihte bildirim öneli verilmesi gerektiği doğrultusundadır. Ancak Yargıtay, aksi görüştedir. Bu hak kapsamında yapılan fesihlerde bildirim öneli verilmemesi gerektiği, Yargıtay kararlarında ifade edilmektedir. Kanaatimizce de istisnai bir yol olarak öngörülen bu fesih hakkı, bildirimsiz bir fesih yolu olarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesine yöneliktir.

İşçi, iş sözleşmesini fesih ederken iş sözleşmesini bu kapsamda fesih ettiğini ileri sürmelidir. Zira işçi, iş sözleşmesini fesih ederken bildirdiği nedenlerle bağlıdır. Bu nedenle iş sözleşmesini, başka bir nedenle fesih eden ya da herhangi bir neden göstermeksizin iş sözleşmesini fesih ettikten sonra kurumdandan belge almak sureti ile işverene başvuran işçinin, bu düzenleme kapsamında kıdem tazminatı talep edebilmesi mümkün değildir. Ancak işçinin bu hak ile birlikte kıdem tazminatına hak kazandıran bir başka fesih nedenini de ileri sürmesi mümkündür. Zira birden fazla nedenle iş sözleşmesinin feshi durumunda,

bu nedenlerden birinin gerçekleşmesi kıdem tazminatına hak kazanmak için yeterlidir.

İşçi, Sosyal Güvenlik Kurumundan almış olduğu belgeyi işverene sunmak zorundadır. İş sözleşmesinin, bu kapsamda yapılan fesih edildiğinin işçi tarafından bildirilmesi yeterlidir. Belgenin sunulması, kıdem tazminatının ödenmesi için gerekli olup, belgenin geç sunulması hak kaybına yol açmamalıdır. Ancak işçi, bu durumda faiz talep edemez. Faiz, belgenin sunulması sonrasında ödeme yapılmaması durumunda işlemeye başlar.

Kanaatimizce, Sosyal Güvenlik Kurumundan alınmakla birlikte yukarıda belirtilen belge niteliğinde olmayan ya da e-devlet üzerinden alınan hizmet dökümünü gösteren belgelerin de yeterli olması gerekmektedir. Zira işverenin bu belgelerden, işçinin 1475 sayılı Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasının beş nolu bendi gereğince işten ayrıldığını anlaması mümkündür. Bazı durumlarda kurumdan belge getirilmesi de gerekmemelidir. Zira kurumdan getirilen belge özü itibarı ile şartların sağlandığını göstermektedir. İyiniyet ve dürüstlük kuralları gereğince, işverenin bu bilgiye sahip olduğu durumlarda da belgenin istenilmemesi gerekir. İşçinin işe başvururken kurumdan aldığı hizmet süresi ve prim ödeme gününü gösteren belgeleri işverene sunması ya da işçi özlük dosyasında bu bilgilerin bulunması, bu durumlara örnek olarak gösterilebilir. Ancak hak kayıplarına uğramamak için kurumdan belge alınması tercih edilmelidir.

İşçinin, iş sözleşmesini fesih etmesinden sonra çalışmakta olduğu işten, bu hakkını kullanmak sureti ile ayrılması durumunda, tekrar kıdem tazminatı alıp alamayacağı da yapılan yasal düzenlemede öngörülmemiştir. Yargıtay, yakın tarihli bir kararında bu hakkın, bir kez kullanılabilmesine karar vermiştir. Ancak kanaatimizce bu hakkın bir kez kullanılması gibi bir sınırlandırma hukuکی değildir. Bu hakkın, bir kez kullanılmasına yönelik bir düzenleme de bulunmamaktadır. Sonuçta, işçinin, bu hakkını birden fazla kullanması durumunda

alacağı kıdem tazminatı, yalnızca bir seneden fazla çalışmış olması şartı ile çalışmış olduğu yıllara ilişkin olacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AKTAY, A.Nizamettin/**ARICI**, Kadir/**SENYEN-KAPLAN**, E.Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2013.

AKTAY, Nizamettin, 4447 Sayılı Kanunla 1475 Sayılı Kanunda Yapılan Değişiklik, TÜHİS İş Hukuku Dergisi, Kasım 1999 Şubat 2000.

AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, İstanbul 2013.

ALPER, Yusuf, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi, Sosyal Sigortalar Hukuku, Bursa 2016.

AYDIN, Ufuk/**GÜVEN**, Ercan, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2013.

ÇELİK, Nuri/**CANIKLIOĞLU**, Nurşen/ **CANBOLAT**, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016.

DEMİRCİOĞLU, Murat/**CENTEL**, Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2016.

EYRENCİ, Öner/**TAŞKENT**, Savaş/**ULUCAN**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2016.

ERDAĞ, Nevzat, İş Hukukunda Önemli Konular, Ankara 2017.

GÜZEL, Ali/**OKUR**, Ali Rıza/**CANIKLIOĞLU**, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2016.

- KESER**, Hakan, “İş Sözleşmesinin Emekliliğe Hak Kazanma Sebebiyle Feshinde İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011.
- KURT**, Resul/**UYGUR**, Gözde, “15 Yıl ve 3600 Günle Kıdem Tazminatı Alanlar Başka Yerde Çalışabilir Mi?”, Mali Çözüm Dergisi, Mayıs Haziran 2013.
- LİMON**, Resul, 2015 İş ve Hayat Dergisi, Türkiye’de Kıdem Tazminatının Tarihi Gelişimi ve Kıdem Tazminatının Fonu, Sayı.1.
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin, İş Hukuku, Ankara 2012.
- NARMANLIOĞLU**, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2014.
- OCAK**, Saim, “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel S., 2013, 573-608.
- ÖZEL**, Kayhan, “Emeklilik Nedeni ile Kıdem Tazminatına Hak Kazanma ve SGK Zamanaşımına Dair Bir Sorun”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.1, 2017.
- ÖZDEBİR**, Nurettin, “Mevcut kıdem tazminatı uygulamasının çalışanlara yeterli güvenceyi sağlamadığı gibi iş barışını da olumsuz etkilediği açıktır”, Asomedia Dergisi, Ankara Sanayi Odası Yayını, 22 Ekim 2009, 27-30.
- ÖZKARACA**, Ercüment, Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı, Çalışma ve Toplum, 2013/1.
- SÜMER**, Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya 2016.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2017.

ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2016.

ŞAHLANAN, Fevzi, “Üçbin Altıyüz Gün ve Onbeş Yıl Sigortalılık Süresini Doldurarak Kıdem Tazminatı Alan İşçinin Başka Bir İşyerinde Çalışmaya Başlaması”, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2014.

TAŞKENT, Savaş, Açıklamalı-İçtihatlı 4857 sayılı İş Kanunu, 449, İstanbul 2017.

TEZEL, Ali/**KURT**, Resul, Sosyal Güvenlik Reformu, Ankara 2009.

TİRYAKİ, Hamit, İş Hukukunda Güncel Makaleler, Ankara, 2016.

TOPALOĞLU, Sıddık/**CAMKURT**, Mehmet Zülfi, “İş Mevzuatında Kıdem Tazminatı”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım 2007/Şubat 2008.

TOPÇU, Umut, “İşyerinde 15 Yıl ve 3600 Gün Şartını Tamamlayan Her İşçi Kıdem Tazminatına Hak Kazanır Mı?”, Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2012, 227-231.

TUNÇOMAĞ, Kenan/**CENTEL**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013.

UĞUR, Suat, “Kıdem Tazminatı Fonu”, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2009.

UŞAN, Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009.

2013/26 sayılı SGK. Genelgesi, <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/74165?AspxAutoDetectCookieSupport=1>, (Erişim Tarihi 01.09.2017).

Yargı Kararları

- Yar. 9.HD., 20.06.2011 T., 2009/17494 E., 2011/18376 K., karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, 2012/1, 296-299.
- Yar. 22.HD., 14.05.2014 T., 2013/11079 E.,2014/12903 K. nolu Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, 2015/3, 446-448.
- Yar. 7.HD., 09.02.2015 T., 2014/16384 E., 2015/939 K. nolu Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, 2016/1, 309-311.
- Yar 9.HD., 13.01.2014 T., 2011/51535 E. ve 2014/52 K. nolu Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, 2014/2, 284-287.
- Yar. 9.HD., 18.05.2015 T., 2014/5070 E., 2015/17913 K. nolu Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, 2016/2, 927-931.
- Yar. 9.HD., 28.09.2010 T., 2008/34779 E. 2010/26096 K. nolu Karar, karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, S.28, 2011, 578-583.
- Yar. 22.HD.,22.10.2015 T., 2014/17191 E., 2015/29550 K. nolu Karar, karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, Yargıtay Kararları, 2016/4, 2103-2106.
- Yar. 9. HD. 04.03.2015 T., 2013/11223 E., 2015/9012 K., karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/3, 316-318.
- Yar. 9. HD. 02.03.2015 T., 2013/14450 E., 2015/8678 K., karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/3, 319-322.

- Yar. 9.HD., 09.09.2013 T., 2011/20988 E., 2013/21537, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıtay Kararları, C.24, S.6, C.25, S.1-2, Mayıs-Ağustos- Kasım 2013, 112.
- Yar. 22.HD., 25.01.2013 T., 2012/10954 E., 2013/909 K. nolu Karar, <http://lucernaiuris.com/?p=234>, (Erişim Tarihi 20.08.2017).
- Yar. 21.HD., 22.12.2009 T., 2008/18459 E. 2009/16908 K. nolu Karar, <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=74230>, (Erişim Tarihi 20.08.2017).
- Yar. 9.HD., 10.02.2015 T., 2013/8624 E., 2015/5468 K. nolu Kararı, <http://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=216&t=173245>, (Erişim Tarihi 20.08.2017).
- Yar. 7.HD., 28.04.2014 T., 2014/596 E., 2014/9239 K. nolu Karar, <http://kararara.com/forum/viewtopic.php?p=182268>, (Erişim Tarihi 15.08.2017).
- Yar. 7.HD., 17.04.2014 T., 2013/19277 E., 2014/8598 K. nolu Karar, <https://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=214&t=147182> (Erişim Tarihi 01.09.2017).
- Yar. 7.HD., 30.12.2013, 2014/11021 E., 2014/17167 K. nolu Karar, <http://www.Emsalyargi.com/yargitay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=577be157695222a8&daire=d13f79ee5e26382b&eyil=2014&eno1=11021>, (Erişim Tarihi 15.08.2017).
- Yar. 22.HD., 24.06.2015 T., 2014/13178 E. , 2015/21897 K. nolu Karar, <http://www.Emsalyargi.com/yargitay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=ea30316b7d8725ae&daire=9467276415815bb8&eyil=2014&eno1=13178>, (Erişim Tarihi 15.08.2017).

Yar. 22.HD., 18.05.2015 T., 2014/6384 E., 2015/17559 K. nolu Karar,
<http://www.Emsalyargi.com/yargitay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=02f788ae399d5d9d&daire=9467276415815bb8&eyil=2014&eno1=6384> (Erişim Tarihi 15.08.2017).

Yar. 9.HD., 07.03.2016, 2014/33390 E., 2016/4940 K. nolu Karar,
<http://www.emsalyargi.com/yargitay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=b4ce76cf73939e98&daire=8d44c9275271dcc5&eyil=2014&eno1=33390> (Erişim Tarihi 15.08.2017).

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE DENKLEŞTİRME (TMK. md. 230)

*Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN**

ÖZET

Edinilmiş mallara katılma rejiminde denkleştirme TMK'nun 230. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir eşin bir mal grubundan, diğer mal grubuna kaymalar söz konusu olduğunda denkleştirme gerçekleştirilmelidir. TMK'nun 230. maddesinin I. fıkrasına göre bir eşin kişisel malları ile edinilmiş mallara ilişkin borcu ödenmiş ise, bu değer artık değerden çıkartılır kişisel mallara eklenir. Bir eşin edinilmiş malları ile kişisel mallara ilişkin bir borcu ödenmiş ise, bu değer artık değere eklenir. TMK'nun 230 maddesinin I. fıkrasında düzenlenen klasik denkleştirmede, ortaya çıkan değer artışları ve azalmaları dikkate alınmaz. TMK'nun 230. maddesinin III. fıkrasına göre ise denkleştirme, bir eşin bir mal grubundan diğer mal grubundaki bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkı sağlanmışsa söz konusu olmaktadır. Bir mal grubundan diğer mal grubundaki bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkı sağlanması sebebiyle yapılacak değişken denkleştirmede, söz konusu mal değerindeki artışlar ve azalmalar da dikkate alınmalıdır. Bu sebeple söz konusu malvarlığı açısından, katkının yapıldığı tarih ile tasfiyenin yapıldığı tarih arasında meydana gelen değer değişiklikleri denkleştirmede etkili olmaktadır. Kişisel mallardan edinilmiş bir mala katkı sağlanmışsa belirlenen değer artık değerden çıkartılmalıdır. Tam tersi edinilmiş

* Erciyes üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
Makale Geliş Tarihi: 22.01.2018
Makale Kabul Tarihi: 09.03.2018

mallardan kişisel mallara katkı sağlanmış ise belirlenen değer artık değere eklenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Denkleştirme, Mal rejimi, Edinilmiş mal, Kişisel mal, Artık değer

SUMMARY

Equalization in the regime of participating to acquired properties is regulated in Article 230 of the TMK. Therefore, when a group of property of one of the spouses shifts to another group, the equalization must be realized. In accordance with Article 230 law paragraph I of TMK, if a debt of an acquired property is paid with a personal property of a spouse, this value is removed from the remnantal value and added to the personal properties. If a debt of a personal property is paid with the acquired properties of one of the spouses, this value is added to the remnantal value. In a classical equalization, which is regulated in Article 230 TMK, increases and decreases in value are not taken into consideration. In accordance with Article 230 law paragraph III, the equalization occurs when an acquisition, an improvement or a protection of another group of property is contributed by a group of property of one of the spouses. In variable equalization, which occurs when an acquisition, an improvement or a protection of a group of property is contributed by another group of property; increases and decreases of the value of property, that is being talked of, are must be taken into consideration too. Because of that, from the standpoint of that property, changes in value, which occur between contribution and liquidation dates, are effective in equalization. If an acquired property is contributed by a personal property, the determined value must be subtracted for the remnantal value. On the contrary, if a personal property is contributed by an acquired property, the determined value must be added to the remnantal value.

Keywords: Equalization, regime of property, acquired property, personal property, remnantal value

I. GİRİŞ

Edinilmiş mallara katılma rejimi, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Buna göre eşler evlenme sırasında veya evlendikten sonra Kanunda öngörülen seçimlik mal rejimlerinden birini seçmemiş iseler edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olacaklardır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin malları, kişisel mallar ve edinilmiş mallar olmak üzere iki mal grubundan oluşmaktadır. Bu mal rejiminde TMK'nun 236. maddesine göre kural olarak, bir eş diğer eşin edinilmiş malları üzerinden hesaplanan artık değerinin yarısı üzerinde alacak hakkına sahip olmaktadır. Bu alacak hakkına "katılma alacağı" denmektedir. Ancak TMK'nun 237. maddesine göre, artık değere katılmada başka bir oran belirlenebilir.

Artık değer her eş için ayrı ayrı hesaplanır. Artık değer, değer artış payı alacağı, eklenecek değerler ve denkleştirme ile belirlenen edinilmiş malların toplamından, edinilmiş malların borçları, denkleştirme ve değer artış borcunun çıkarılmasından kalan miktardır¹. Buradan da anlaşılmaktadır ki artık değer belirlenirken denkleştirmede dikkate alınmalıdır. Denkleştirme bazı durumlarda artık değere eklenecek bir değer olurken, bazı durumlarda da artık değerden çıkartılacak bir değer olmaktadır. Denkleştirme miktarı, bir eşin kişisel malından, edinilmiş malına katkı sağlanmışsa artık değerden çıkartılan, edinilmiş malından kişisel malına katkı sağlandığında da artık değere eklenecek bir değer olmaktadır. Çalışmamızda TMK'nun 230. maddesinde düzenlenmiş olan edi-

¹ Y.8. HD., T. 19.9.2017, E. 2016/8127, K. 2017/11049, "Mal rejiminin devamı süresince, bir eşin sahip olduğu edinilmiş malda, diğer eşin artık değerinin yarısı oranında katılma alacak hakkı vardır. Artık değere katılma alacağı; eklenecek değerlerden (TMK 229.m) ve denkleştirmeden (TMK 230.m) elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere, eşin edinilmiş mallarının (TMK 219.m) toplam değerinden, bu mallara dair borçlar çıktıktan sonra kalan artık değerinin (TMK 231.m) yarısı üzerindeki diğer eşin alacak hakkıdır (TMK 236/1.m). Katılma alacağı Yasa'dan kaynaklanan bir hak olup, bu hakkı talep eden eşin gelirinin olmasına veya söz konusu mal varlığının edinilmesine, iyileştirilmesine ya da korunmasına katkıda bulunulmasına gerek yoktur." Kazancı Bilişim Otomasyon.

nilmiş mallara katılma rejiminde denkleştirme, denkleştirmenin hukuki niteliği, denkleştirmenin nasıl yapılacağı ve eşlerin borçlarının edinilmiş mal ve kişisel mal grupları içerisindeki yeri incelenmiştir.

II. GENEL OLARAK DENKLEŞTİRME

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin sahip olduğu mallar kişisel mallar ve edinilmiş mallar olmak üzere ikiye ayrılır. Mal rejimi süresince eşler bu malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilirler. Bu çerçevede eşler kendi kişisel malları ile edinilmiş mallarına ait bir borcu karşılayabilecekleri gibi, edinilmiş bir malın edinilmesine, iyileştirilmesi veya korunmasına katkıda bulunabilirler. Aynı şekilde eşler edinilmiş malları ile kişisel mallarına ait bir borcu ifa edebilecekleri gibi, kişisel malın edinilmesine, iyileştirilmesine ve korunmasına katkıda bulunabilirler. Bu gibi durumlarda eşlerin kişisel malları ile edinilmiş malları arasında kaymalar ile bu mal türlerinin birbiri ile birleşmesi söz konusu olmaktadır².

Edinilmiş mallara katılma rejimi tasfiye edilirken, eşlerin kişisel malları katılma alacağının belirlenmesinde hesaba katılmaz. Kişisel mala ait bir borcun edinilmiş bir mal ile ifa edilmiş olması veya kişisel malın edinilmesi, iyileştirilmesi ve korunması için edinilmiş maldan katkı yapılması halinde, kişisel mal tasfiyede yer alamayacağı için diğer eşin katılma alacağı zarara uğramaktadır. Tam tersi edinilmiş malın borcu kişisel mal ile ifa edildiğinde veya edinilmiş malın edinilmesine, iyileştirilmesine ve korunmasına kişisel mal ile katkıda

² Sarı, Suat; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 202; Şıpka, Şükran/Özdoğan, Ayça; Eşler Arasında Malvarlığı Davaları, Ankara 2015, s. 208; Gümüş, Mustafa Alper, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 358; Acar, Faruk; Aile Konutu – Mal Rejimleri, Ankara 2016, s. 312; Kılıçoğlu, Ahmet M.; Aile Hukuku, Ankara 2017, s. 342; Uluç, Yusuf; Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara 2014, s. 1080; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper; Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. III, İstanbul 2015, s. 224; Demir, Mehmet; Türk Medeni Kanunu'na Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağı, TBB Dergisi, S. 61, 2005, s. 298-299; Demir, Şamil; Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması, Ankara Barosu Dergisi, Y. 72, S. 1, 2014, s. 257.

bulunması halinde de hesaba katılmaması gereken kişisel mal, tasfiyeye dâhil olmaktadır. Bu durumda da kişisel mal sahibi eş için bir haksızlık söz konusu olmaktadır³.

Eşlerin sahip olduğu iki tür mal grubu arasında meydana gelen mal ve değer kaymaları sonucu, bir eş olması gerekenden daha fazla veya daha az katılma alacağına sahip olmaktadır. Bu haksızlığın önlenmesi için TMK'nun 230. maddesinde denkleştirme müessesesi öngörülmüştür⁴.

TMK'nun 230. maddesinin I. fıkrasına göre; *“Bir eşin kişisel mallara ilişkin borçları edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallarından ödenmiş ise, tasfiye sırasında denkleştirme istenebilir.”* Aynı maddenin III. fıkrasına göre; *“Bir mal kesiminden diğer kesimdeki malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa, değer artması veya azalması durumunda denkleştirme, katkı oranına ve malın tasfiye zamanındaki değerine veya mal daha önce elden çıkarılmışsa hakkaniyete göre yapılır.”* TMK'nun 230. maddesinin II. fıkrasında ise, edinilmiş mallara katılma rejiminde, var olan borcun hangi mal grubuna ait olacağına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre; *“Her borç, ilişkin bulunduğu mal kesimini*

³ Karamercan, Fatih; Katkı-Değer Artış Payı ve Katılma Alacağı Davaları, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 414; Özüğür, Ali İhsan; Mal Rejimleri, Ankara 2015, s. 71; Şıpka/Özdoğan, 208; Sarı, 202; Kılıçoğlu, 342; Uluç, 1081; Demir, Denkleştirme, 299.

⁴ Hausheer, Heinz/Reusser, Ruth/Geiser, Thomas; Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, Band II, 1. Abteilun, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Bern 1992, Art. 209, Nr. 5; Zeytin, Zafer; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2017, s. 248; Demir, Denkleştirme, 299; Gümüş, 358; Anıl, Yaşar Şahin/Taner, Yonca; Eşler Arasındaki Mal Rejimleri, İstanbul, 2011, s. 150; Sarı, 202; Karamercan, 414-415; Y. HGK., T. 12.09.2012, 2012/8-365 E., 2012/561 K, *“Kural olarak kişisel mallar hesaplamada dikkate alınmaz ancak, bir eşin edinilmiş malından kişisel mallara veya kişisel mallardan edinilmiş mallara bir değer kayması oluşmuşsa tasfiye sırasında denkleştirme istenebilir. T.M.K.nun 230. Maddesi uyarınca eşlerden birinin kişisel malından edinilmesine katkıda bulunulmuş ise denkleştirme, katkı oranına ve malın tasfiye zamanındaki değerine göre yapılır.”*, Şıpka/Özdoğan, 209; Acar, 312; Uluç, 1081; Kılıçoğlu, 343; Demir, Artık Değer, 257.

yükümlülük altına sokar. Hangi kesime ait olduğu anlaşılamayan borç, edinilmiş mallara ilişkin sayılır.”

Denkleştirme, edinilmiş mallara katılma rejiminde bir mal varlığı grubuna ait bir borcun, diğer malvarlığı grubu ile finanse edilmesi dolayısıyla ortaya çıkmaktadır⁵. Uygulama ve doktrinde her ne kadar “denkleştirme alacağı” ifadesi kullanılsa da burada hukukî anlamda bir alacak yoktur⁶. Çünkü bir malvarlığı içerisinde, belirli bir hesabı yapmak için birbirinden ayrılmış malvarlığı grupları arasında, hukukî açıdan bir borç ilişkisinin ve alacak hakkının var olması söz konusu değildir⁷. Denkleştirmede mal rejiminin tasfiyesi sırasında aynı eşin mal grupları arasında bir mahsuplaşma yapılmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda “denkleştirme alacağı” ifadesi yerine “denkleştirme miktarı” ifadesi kullanılmıştır.

Denkleştirme, bir eşin iki mal grubu arasında yapıldığından ve hukuki anlamda bir alacak olmadığından, denkleştirme miktarı temlik edilemeyeceği gibi bu bedel üzerine rehin de tesis edilemez⁸.

Denkleştirmeye konu olacak borcun alacaklısının kim olduğu ve borcun sebebinin ne olduğu önemli olmadığı gibi, borcun mal rejiminden önce veya sonra doğmuş olmasının da önemi yoktur⁹. Ancak denkleştirmenin söz konusu olabilmesi için, borcun mal rejiminin devam ettiği süre içinde ifa edilmiş olması gerekmektedir. Mal rejimi başlamadan önce veya mal rejiminin sona ermesinden sonra ifa edilen borçlarla ilgili denkleştirme söz konusu olmaz¹⁰.

⁵ Gümüş, 359.

⁶ Karamercan, 416; Sarı, 203; Şıpka/Özdoğan, 261.

⁷ Sarı, 203; Karamercan, 416.

⁸ Acar, 314; Gümüş, 366.

⁹ Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 7-8; Gümüş, 359; Sarı, 204.

¹⁰ Sarı, 204; Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 14.

Denkleştirmenin amacı, katılma alacağı miktarının gerektiği gibi hesaplanmasını sağlamaktır. Bu sebeple denkleştirme, TMK'nun 230. maddesinin I. fıkrasında da açıkça belirtildiği üzere mal rejiminin tasfiyesi sırasında yapılmalıdır. Mal rejiminin tasfiyesinden önce denkleştirme istenemez¹¹.

Denkleştirmeye ilişkin olan TMK'nun 230. maddesinin emredici olduğu kabul edilmektedir. Hâkim dava dosyasında denkleştirmeye ilişkin bir durum tespit ettiğinde denkleştirmeyi re'sen yapmalıdır. Şartlar gerçekleştiğinde denkleştirme kendiliğinden doğmaktadır¹². Doktrindeki bir başka görüşe göre ise¹³; denkleştirme yapılabilmesi için denkleştirmenin açıkça talep edilmesi gerekmektedir. Hakim re'sen karar veremez. Çünkü TMK'nun 230. maddesinin I. fıkrasında "*denkleştirme istenebilir*" şeklinde açık bir ifade yer almaktadır. Bununla birlikte 6100 sayılı HMK'nun genel sistematığı ve de HMK 194. ve diğer ilgili maddeleri birlikte değerlendirildiğinde de denkleştirmenin yapılabilmesi için bir talebin olması gerektiği ileri sürülmektedir.

Kişisel mal lehine yapılan denkleştirmede, eş tasfiye sırasında denkleştirmeden feragat edebilir. Ancak edinilmiş mal lehine yapılan denkleştirmede, başka bir ifade ile denkleştirme sonucu edinilmiş mal grubuna bir ekleme yapılacaksa, eşin bundan feragat etmesi mümkün değildir. Ancak, TMK'nun 221. maddesi çerçevesinde diğer eşin rızası ile vazgeçebilir¹⁴.

Kanun, denkleştirmenin bir mal grubuna ait borcun diğer mal grubu tarafından karşılanması veya bir mal grubundan diğer mal grubuna katkı sağlanması halinde söz konusu olacağını belirtmiştir. Bu çerçevede değerlendirdiğimizde Kanunun borçların ifasından hareket etmiş olduğunu söylemek mümkündür. Bir mal grubunun, diğer mal grubunun edinilmesine, iyileştirilmesine veya

¹¹ Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 54; Uluç, 1081; Sarı, 202-203; Karamercan, 416.

¹² Demir, Denkleştirme, 299; Uluç, 1104; Zeytin, 248; Gümüş, 358; Sarı, 205; Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 56.

¹³ Anıl/Taner, 150; Karamercan, 416.

¹⁴ Demir, Denkleştirme, 301; Dural/Öğüz/Gümüş, 226; Acar, 314; Gümüş, 365.

korunmasına ilişkin katkının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁵. Bu sebeple öncelikle bir borcun hangi mal grubuna ait olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

III. EŞLERİN BORÇLARININ EDİNİLMİŞ MAL VE KİŞİSEL MAL GRUPLARI İÇERİSİNDEKİ YERİ

A. Genel Olarak

Bir borcun edinilmiş mallar ve kişisel mallardan hangi mal grubuna girdiğinin tespiti artık değer buna bağlı olarak da katılma alacağının belirlenmesinde büyük önem arzeder¹⁶. Bununla birlikte artık değer hesabında dikkate alınması gereken denkleştirme miktarının tespitinde borcun hangi mal grubuna ait olduğunun belirlenmesi zorunludur. TMK'nun 230. maddesinin II. fıkrasına göre; *“Her borç, ilişkin bulunduğu mal kesimini yükümlülük altına sokar. Hangi kesime ait olduğu anlaşılamayan borç, edinilmiş mallara ilişkin sayılır.”*. Bu hükme göre, bir borcun hangi mal grubuna ait olduğunun tespiti için, borcun hangi mal grubu ile yakın ilişki içinde olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu yakın ilişkinin belirlenmesinde; borcun doğum sebebi, borcun ne zaman ve hangi amaçla doğduğu gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Özellikle borcun mal rejiminin başlamasından önce veya sonra ortaya çıkmış olması borcun ilişkili olduğu mal grubunun tespitinde önemlidir¹⁷.

B. Mal Rejiminin Başlamasından Önce Doğmuş Olan Borçlar

TMK'nun 220. maddesinin 2. bendine göre; mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait olan mallar kişisel mal olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede mal rejimi başlamadan önce doğmuş ve mal rejiminin başlangıcında var

¹⁵ Sarı, 203.

¹⁶ Zeytin, 250; Sarı, 212; Gümüş, 360.

¹⁷ Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 20; Uluç, 1103; Sarı, 213; Zeytin, 250.

olan malvarlığına ilişkin borçlarda kişisel mallara ait borç olarak kabul edilme-
lidir¹⁸. Mal rejiminin başlangıcında var olan kişisel mallara ilişkin borçların,
mal rejimi başladıktan sonra edinilmiş bir malın alınmasını sağlamış olması
veya alınmasına katkı sağlamış olması, bu borcun kişisel mallara ilişkin olma
özelliğini değiştirmez¹⁹. Mesela, bir eşin öğrenimini tamamlayabilmek için yap-
tığı masraflar mal rejimi başlamadan önce ortaya çıktığı için kişisel mallara ait
borçlardır. Daha sonra bu eşin öğrenimi sonucu sahip olduğu meslek dolayısıyla
elde ettiği gelire edindiği mallar edinilmiş mal grubuna girse de öğrenim mas-
rafı sebebiyle ortaya çıkan borçların kişisel mallara ilişkin olma niteliğine etki-
lemez²⁰. Evlenmeden önce düğün için veya çeyiz için yapılan masraflar da bu
konuda verilebilecek bir başka misaldir.

C. Mal Rejimi Başladıktan Sonra Doğmuş Borçlar

1. Genel Olarak

Edinilmiş mallara katılma rejimi süresi içerisinde doğmuş olan borçla-
rın hangi mal grubuna ait olduğu belirlenirken, söz konusu borcun sebebi, amacı
ve konusu gibi kriterler dikkate alınarak tespit yapılmalıdır. Bu çerçevede, bir
kişisel malın edinilmesi, iyileştirilmesi veya korunması sebebiyle ortaya çıkan
borçlar kişisel mallara ilişkin borçlar, edinilmiş malın edinilmesine, iyileştiril-
mesine veya korunmasına ilişkin borçlar da, edinilmiş malların borcu olarak
kabul edilmelidir²¹. Bu borç bir kanunî yükümlülükten doğan, vergi harç gibi
bir borç olabileceği gibi ilgili mal grubuna ilişkin masraflara ait bir borç da
olabilir. Edinilen bir malvarlığı değerine ilişkin borçlar da, malvarlığı hangi mal
grubu içerisine giriyorsa o mal varlığı grubuna ilişkin bir borçtur. Bir malvarlığı

¹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, 225; Zeytin, 251; Uluç, 1103; Gümüş, 360; Sarı, 213;
Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 21.

¹⁹ Gümüş, 360, Sarı, 213; Zeytin, 251.

²⁰ Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 22; Zeytin, 250; Sarı, 213-214.

²¹ Özügür, 72; Sarı, 214;

değerinin elde edilmesi veya korunması için ortaya çıkan dava masrafları, bu malvarlığının ait olduğu gruba ilişkin bir borç olacaktır²².

2. Borçların Mal Grubuna Göre Sınıflandırılması

Edinilmiş mal grubuna ait olan gelirlere ilişkin borçlar, edinilmiş malların borcudur. Bu gelirin, çalışma karşılığı elde edilmiş olması ile edinilmiş bir malın veya kişisel malın geliri olması önemli değildir²³.

Evlilik birliğinin, özellikle eşlerin ve çocukların giderlerinden kaynaklı olan mali yükümlülüklerle ilişkin borçlar, kural olarak elde edilen gelirden karşılanacağından edinilmiş mallara ilişkin borçlardır²⁴. Bu çerçevede aile hukukundan doğan bakım veya nafaka borçları edinilmiş mallara ilişkin borçlardır²⁵. Yine eşlerin mesleki faaliyetleri çerçevesinde ortaya çıkan borçları edinilmiş mallara ilişkin borçlardır²⁶. Özellikle mesleki bilgilerin geliştirilmesi ve mesleğin icrası ile ilgili borçlar bu kapsamda ortaya çıkan borçlardır. Bu borçlara, işyeri elbisesi, işyerine ulaşım giderleri, meslek odasına ödenen aidatlar, meslekî faaliyet kapsamında ödenen vergi ve harçlar²⁷, işyeri için ödenen kira ve aidat gibi mesleki faaliyet çerçevesinde ortaya çıkan borçlar misal olarak verilebilir. Edinilmiş mallardan ve bu mallara ilişkin gelirlerden kaynaklı vergiler ile kişisel mallara ait gelirlerden kaynaklı vergiler edinilmiş mallara ilişkin borçlar olarak kabul edilmelidir²⁸. Çünkü kişisel malların gelirleri aksi kararlaştırılmadıkça edinilmiş mal olarak kabul edilir (TMK md. 219 ve md. 221/II).Eşlerin haksız fiil veya vekâletsiz iş görmeden doğan borçları da, eşin gelirinden karşılanacağı kabul edildiğinden, edinilmiş mallara ilişkin borçlar-

²² Özüğür, 72; Sarı, 214.

²³ Uluç, 1104; Zeytin, 251; Özüğür, 72; Dural/Öğüz/Gümüş, 225.

²⁴ Sarı, 214; Zeytin, 251; Gümüş, 360; Özüğür, 72.

²⁵ Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 24; Gümüş, 360.

²⁶ Zeytin, 251; Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 25; Uluç, 1104; Gümüş, 360; Sarı, 214.

²⁷ Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 27; Gümüş, 361.

²⁸ Uluç, 1104; Gümüş, 361; Zeytin, 251; Sarı, 214.

dır²⁹. Eşlerin belirli bir malvarlığına sahip olması sebebiyle sorumlu olacağı kusursuz sorumluluktan doğan borçları, o malvarlığı hangi mal grubuna ait ise o mal grubunun borcu olur³⁰. Örneğin kişisel mal grubuna giren bir yapı dolayısıyla TBK'nun 69. maddesi gereği kusursuz sorumluluktan doğan borç, kişisel mallara ilişkindir. Bu yapı edinilmiş mal olmuş olsaydı borç edinilmiş mallara ilişkin bir borç olur.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar, zenginleşme hangi mal grubunda meydana gelmişse o mal grubunu yükümlülük altına sokar³¹.

Malvarlığının korunmasına ilişkin olağan masraflar, o malvarlığının gelirinden karşılanacağından, bu mal edinilmiş mal grubunda da, kişisel mal grubunda da olsa geliri edinilmiş mal olarak kabul edildiğinden, edinilmiş mallara ait borçlardır³². Ancak olağanüstü masraflar, masraf yapılan mal grubuna dâhil olacağından, o mal grubuna ait bir borç olur³³.

Bir malvarlığı değerinin edinilmesinden doğan borçlar, ilgili olduğu mal grubunu yükümlülük altına sokar. Bu tür borçlara satış parası, noter masrafları, tapu harçları ve ipotekler misal olarak verilebilir³⁴.

Eş bağışlama taahhüdünde bulunmuş ise, bağışlama taahhüdüne konu olan mal, hangi mal grubuna ait ise, borç da o mal grubunun borcu olur³⁵.

Eşlerin kişisel kullanımına yarayan veya kişisel ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik mallara ilişkin borçlar, o malvarlığı evlilik birliğinin ihtiyaçları

²⁹ Sarı, 215; Uluç, 1104; Gümüş, 361; Zeytin, 251; Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 28.

³⁰ Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 28; Sarı, 215; Gümüş, 361.

³¹ Zeytin, 251; Gümüş, 361.

³² Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 26; Gümüş, 361.

³³ Zeytin, 251; Gümüş, 361; Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 26.

³⁴ Gümüş, 362; Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 31; Zeytin, 252.

³⁵ Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 33; Gümüş, 362; Zeytin, 252.

için kullanılmadığı müddetçe kişisel mallara ait borçlardır³⁶. Eşyalar için yapılmış sigorta masrafları³⁷ ve kamu hukukundan doğan yükümlülükler, o eşya hangi mal grubuna dâhil ise o mal grubunun borcudur³⁸.

Bir eşin, diğer eşin lehine bir mal edinilmesine, bir malın iyileştirilmesine ve korunmasına katkıda bulunduğu hallerde ortaya çıkan değer artış payından kaynaklı borç, katkı hangi mala yapıldıysa, o malın içinde bulunduğu mal grubunun borcu olur. Birden fazla mal için katkıda bulunulmuşsa vebu mallar aynı mal grubu içinde yer alıyorsa, borç o mal grubunun borcudur. Katkı yapılan birden fazla mal farklı mal grupları içinde ise, her bir mal için değer artış payından kaynaklı borç, o mal hangi mal grubunda ise o mal grubuna ait borçtur³⁹.

3. Borçların Aksi İspat Edilinceye Kadar Edinilmiş Mallara İlişkin Sayılması

Bir borcun hangi mal grubuna ait olduğunun tespiti, eşlerin katılma alacağı miktarını etkilemektedir. Özellikle borcun edinilmiş mal grubuna ait bir borç olması halinde, bu borç edinilmiş mallardan çıkartılacağı için, diğer eşin katılma alacağının azalmasına sebep olmaktadır. Bu sebeple bir borcun hangi mal grubuna ait olduğunu ispat yükü bunu iddia eden eşe aittir⁴⁰. Ancak bir borcun hangi mal grubuna dâhil olduğunun ispatı her zaman kolay olmamaktadır ve eşler tarafından da ispat edilememektedir. Bir borcun hangi mal grubuna ait olduğunu tespit edilememesi halinde, TMK'nun 230. maddesinin II. fıkrasının 2. cümlesinde bir karine öngörülmüştür. Bu hükme göre; "*Hangi mal kesimine ait olduğu anlaşılamayan borç, edinilmiş mallara ilişkin sayılır.*" Hüküm-

³⁶ Gümüş, 362; Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 31; Zeytin, 252.

³⁷ Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 37.

³⁸ Gümüş, 362; Zeytin, 252.

³⁹ Zeytin, 253-254.

⁴⁰ Sarı, 215.

den de anlaşılacağı üzere Kanun bir borcun hangi mal grubuna ait olduğunun ispat edilemediği veya tespit edilemediği hallerde, o borcun, edinilmiş mallara ait bir borç olacağı yönünde bir karine öngörmüştür. Bu düzenleme, TMK'nun 222. maddesinin III. fıkrasında öngörülen "*Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilmeye kadar edinilmiş mal kabul edilir.*" hükmü ile aynı yöndedir⁴¹.

Artık değer belirlenmesinde ve buna bağlı olarak da katılma alacağı miktarının belirlenmesinde etkili olduğu için, TMK 230. maddesinin II. fıkrasının emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁴². Taraflar anlaşarak bu hükümde belirtilen karinenin aksine hareket edemezler. Bu husus mal gruplarının değişmezliği ilkesinin de bir gereğidir⁴³. Söz konusu hüküm emredici nitelikte olduğu için, hâkim tarafından da re'sen dikkate alınmalıdır. Bir borcun edinilmiş mallara değil de, kişisel mallara ait olduğu dava dosyasından anlaşılıyor ise, diğer eş bunu ileri sürmese de, hâkim, bu hususu dikkate alarak hesaplama yapmalıdır⁴⁴.

4. İpotekli Borcun Mal Gruplarına Göre Sınıflandırılması

Üzerine ipotek tesis edilerek edinilen taşınmazın, hangi mal grubuna ait olduğunun tespiti önemlidir. Çünkü ipotek tesis edilerek edinilen taşınmazın, alınmasından kaynaklı borcun TMK 230. maddesinin II. fıkrası gereği, hangi mal grubuna ait olduğu buna göre belirlenmektedir. İpotekle güvence altına alınan borç, üzerinde ipotek tesis edilen taşınmazın ait olduğu mal grubuna ait bir borçtur⁴⁵.

Taşınmaz bir kredi ile alınmış ise veya taşınmaz bedelinin yarısı ya da yarısından fazlası edinilmiş mallardan karşılanmışsa, taşınmaz, edinilmiş malla-

⁴¹ Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 40; Zeytin, 252; Sarı, 215.

⁴² Zeytin, 253; Sarı, 216; Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 18.

⁴³ Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 18; Zeytin, 253; Sarı, 216.

⁴⁴ Sarı, 216.

⁴⁵ Uluç, 1105; Gümüş, 363; Demir, Denkleştirme, 301; Zeytin, 257.

ra aittir. Bu taşınmaza ilişkin ipotekle güvence altına alınan kredi borcu da edinilmiş mallara ilişkin bir borçtur. Sadece kredi ile alınan taşınmazlarda, kişisel mallardan yapılan katkı önemsiz ise dikkate alınmaz. Önemsiz katkılara, taşınmazın devri için yapılan tapu masrafları ve harçlar misal olarak gösterilebilir.

Taşınmazın edinilmesine kişisel mallardan büyük bir katkı yapılmışsa, taşınmaz kişisel mal olarak kabul edileceğinden, bu taşınmaz için ipotekle güvence altına alınan kredi borcu da, kişisel mallara ait bir borç olacaktır⁴⁶.

İpotek borcunun faizi, ipotekli taşınmazın dâhil olduğu mal grubundan değil de, diğer mal grubundan ödenir ise borcun diğer mal grubuna yüklenmesi gerekmektedir. Misal olarak, kredi ile alınan bir taşınmaz edinilmiş maldır. Bu kredi borcunun faizleri kişisel mallardan ödenirse, bu durumda ipotek borcu kişisel mallara ait bir borç olarak kabul edilmelidir⁴⁷. Bu hususun iki tane istisnası olduğu kabul edilmektedir.

Birinci istisnaya göre; kişisel mal niteliğindeki ipotekli taşınmazın geliri ile ipotekli borcun faizleri ödeniyorsa, bu gelir TMK'nun 219. maddesinin I. fıkrasının 4. bendine göre, edinilmiş mal olarak kabul edilmesine rağmen, bu borç edinilmiş mallara ait kabul edilmemektedir. Çünkü kişisel mal niteliğindeki ipotekli taşınmaza ait borcun, bu taşınmazın kira gelirinden ödenmesi, taşınmazın cevherinin korunmasına ilişkin bir ödemedir. Ancak kira gelirinin faiz ödendikten sonraki net miktarı edinilmiş mal olarak değerlendirilmelidir. Kira geliri ile yapılan faiz ödemesinin kişisel mallardan yapıldığı kabul edilmektedir⁴⁸.

İkinci istisnaya göre; kişisel mal niteliğindeki taşınmaz, aile konutu olarak kullanılıyorsa ve ipotekli borcun faizleri edinilmiş mallardan ödeniyorsa,

⁴⁶ Demir, Denkleştirme, 301; Gümüş, 363; Zeytin, 257.

⁴⁷ Gümüş, 363; Zeytin, 257.

⁴⁸ Zeytin, 258; Gümüş, 363-364.

burada evlilik birliğinin ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik bir katkı söz konusudur. Taşınmazını aile konutu olarak özgüleyen eşin, taşınmazı 3. kişiye kiraya veren eşten daha kötü bir duruma düşürülmemesi için, bu halde ipotekten doğan borç, edinilmiş mallara ilişkin bir borç olarak kabul edilmelidir⁴⁹.

IV. DENKLEŞTİRME MİKTARININ HESAPLANMASI

A. Genel Olarak

Denkleştirme miktarının hesaplanması TMK'nun 230. maddesinin I. fıkrasında ve III. fıkrasında iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre; bir eşin kişisel mallarına ilişkin bir borcu edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borcu, kişisel mallardan ödenmiş ise, denkleştirme istenebilir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, bir mal grubunun diğer mal grubundaki bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkı sağlanmışsa denkleştirme yapılacağı düzenlenmiştir. TMK'nun 230. maddesinin I. fıkrasında öngörülen denkleştirme "*klasik denkleştirme*", III. fıkrasında düzenlenen denkleştirme ise "*değişken denkleştirme*" başlığı altında incelenmiştir.

Denkleştirme miktarının yukarıda belirttiğimiz iki hükümden hangisine göre hesaplanması gerektiğinin tespiti için denkleştirmenin sebebinin ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Buna göre, bir mal grubu tarafından diğer mal grubuna ait sadece bir borcun ödenmesi söz konusu ise, klasik denkleştirme; ancak bir mal grubunun iyileştirilmesine, edinilmesine veya korunmasına ilişkin diğer mal grubundan ödemeler yapılmışsa değişken denkleştirme söz konusu olmaktadır.

⁴⁹ Gümüş, 364; Zeytin, 258.

B. Klasik Denkleştirme

TMK'nun 230. maddesinin I. fıkrasına göre; “Bir eşin kişisel mallarına ilişkin borçları edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallarından ödenmiş ise, tasfiye sırasında denkleştirme istenebilir.”. Bu hükme göre, bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına ilişkin olmaksızın, bir mal grubuna ait bir borç, diğer mal grubundan ödenmiş ise denkleştirme istenir⁵⁰. Söz konusu maddede “ödeme” kavramı kullanılmıştır. Buradan anlaşılmaktadır ki, kanun para borcunu esas almıştır. Ancak, borcun konusu paradan başka bir şey de olabilir. Bu durumda, yapılan ifanın para olarak ne kadar olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Çünkü katılma alacağı ve artık değer her zaman bir para değeri olarak hesaplanmaktadır. Denkleştirmenin doğmasına yol açan borcun konusu ne olursa olsun, denkleştirme miktarı her zaman belirli bir para miktarı olarak belirlenmelidir⁵¹.

Klasik denkleştirmede, ödenen borcun nominal değeri esas alınır. Ortaya çıkan değer artışları ve azalmaları dikkate alınmaz⁵². Denkleştirmeye sebep olan borcun ödendiği tarihten mal rejiminin tasfiye edildiği tarihe kadar geçen

⁵⁰ Y. 8. HD., T. 10.04.2014, 2013/22286 E., 2014/6567 K., “Dava konusu bağımsız bölüm, İ. Konut Yapı Kooperatifine 02.01.1987 tarihinde üye olunmasıyla edinilmiştir. Bu kapsamda, anılan kooperatife 01.01.2002 tarihinden boşanma davasının açıldığı 30.01.2013 tarihine kadar yapılan ödemeler yönünden davacının 4721 sayılı TMK'nın 230. İla 236. Maddeleri uyarınca katılma alacağı söz konusu olacaktır. Zira, 4721 sayılı TMK kapsamında, edinilmiş mal ile davalının kişisel malı niteliğinde bulunan taşınmazların borcu, edinilmiş mallardan ödenmiş sayılacaktır.(4721 sayılı TMK'nın 230/1. Md.) bu nedenle, anılan kooperatife üye olduğu tarihten itibaren yapılan ödemelerin miktarları belirlenerek, 01.01.2002 tarihi ile boşanma davasının açıldığı 30.01.2003 tarihleri arasında ödeme yapılmış ise, bu kapsamda davacının katılma alacağının yöntemine göre hesaplanarak, davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olmuştur.”;Karamercan, 418; Sarı, 206; Zeytin, 249; Gümüş, 365.

⁵¹ Uluç, 1082; Demir, Denkleştirme, 300; Sarı, 206; Zeytin, 249; Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 16.

⁵² Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, Nr. 6; Gençcan, Ömer Uğur; Mal Rejimleri Hukuku, Ankara 2007, s. 596; Acar, 312; Karamercan, 417; Zeytin, 250; Sarı, 206; Gümüş, 364; Demir, Denkleştirme, 300.

süre içerisinde paranın değer kaybetmesi önemli değildir. Klasik denkleştirme konusu her zaman bir para olmasına rağmen, faiz hesabı yapılamaz⁵³.

Klasik denkleştirme yapılırken, alacaklının diğer eş veya üçüncü kişi olmasının, alacağın hukukî sebebinin veya borcun ne zaman ortaya çıktığının önemi yoktur⁵⁴. Önemli olan borcun hangi mal grubuna ait olduğunun tespiti ve diğer mal grubu tarafından ödenmiş olmasıdır.

Klasik denkleştirmeye şu misaller verilebilir: A, evlenmeden önce 300.000 TL'ye bir ev almıştır. Evlendikten sonra bu ev için hala 20.000 TL borcu vardır. Bu borcunu maaşından biriktirdiği paralar ile ödemiştir. Ev evlenmeden önce aldığı için A'nın kişisel malıdır. Ancak bu mala ait 20.000 TL borç, A'nın gelirinden ödendiği için, edinilmiş mallardan ödenmiştir. Edinilmiş mal ile kişisel mala ait bir borç ödendiği için, denkleştirme yapılarak, kişisel mal grubundan 20.000 TL edinilmiş mal grubuna eklenmesi gerekmektedir. E, evlendikten sonra kredi kullanarak kendisine bir araba almıştır. Bu arabanın borcunun 40.000 TL kadar olanını maaşından ödemiştir. Ancak işten çıkartılmış olması nedeniyle geri kalan 10.000 TL borcunu maaşından ödeyemediğinden, babasının kendisine hediye ettiği altınları paraya çevirerek ödemiştir. Bu durumda da E'nin edinilmiş malına ait borcu, kişisel mallardan ödendiği için 10.000 TL kişisel mallara eklenmelidir.

Klasik denkleştirmede, kişisel mallara ait borç edinilmiş mallardan ödenmiş ise, bu değer mal rejiminin tasfiyesinde artık değere eklenmektedir. Ancak edinilmiş mallara ait borç, kişisel mallardan ödenmişse artık değer hesabında bu değer çıkartılmalıdır.

⁵³ Zeytin, 250; Sarı, 206; Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 7.

⁵⁴ Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, Nr. 7-8; Karamercan, 417; Zeytin, 249.

C. Değişken Denkleştirme

Değişken denkleştirme, bir eşin mal gruplarından birine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına diğer mal grubundan katkı sağlandığı durumlarda söz konusu olmaktadır⁵⁵. Bu denkleştirmeye değişken denkleştirme denmesinin sebebi, tasfiye zamanına göre denkleştirme miktarının değişiklik gösterecek olmasından dolayıdır⁵⁶. Değişken denkleştirme TMK'nun 230. maddesinin III. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; *“Bir mal kesiminden diğer kesimdeki malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa, değer artması veya azalması durumunda denkleştirme, katkı oranına ve malın tasfiye zamanındaki değerine veya mal daha önce elden çıkarılmışsa hakkaniyete göre yapılır.”* Değişken denkleştirmede, Kanun hükmündende anlaşılacağı üzere katkı sağlanan malvarlığının değerinde artışlar da azalmalar da dikkate alınmalıdır. Yani hem değer artışına hem de değer azalmasına katılım söz konusu olmaktadır⁵⁷. Değişken denkleştirme miktarı, eşlerin mal grupları arasındaki kaymalar sonucunda ortaya çıkmaktadır ve her iki mal grubu içinde söz konusu olmaktadır. Başka bir ifade ile hem edinilmiş mallardan kişisel mallara, hem de kişisel mallardan edinilmiş mallara yapılan katkılar açısından uygulanmaktadır⁵⁸. Denkleştirme mal rejimi tasfiyesi ile gündeme gelmektedir⁵⁹.

Değişken denkleştirmeye ilişkin TMK 230. maddesinin III. fıkrasının uygulanabilmesi için, bir mal grubunun diğer mal grubuna yaptığı katkının ne şekilde gerçekleşeceğinin tek tek sayılması mümkün değildir. Bir malvarlığının edinilmesi, iyileştirilmesi ve korunması ile illiyet bağı içinde olan diğer mal grubundan borçların ifası, harcamaların yapılması veya masrafların karşılanma-

⁵⁵ Acar, 313; Gümüş, 365; Uluç, 1106; Sarı 207; Karamercan, 418.

⁵⁶ Gümüş, 364.

⁵⁷ Demir, Denkleştirme, 300; Karamercan, 418; Özüğür, 72; Acar, 313; Gümüş, 364; Sarı, 208.

⁵⁸ Zeytin, 255; Sarı, 208.

⁵⁹ Zeytin, 255.

sı, bir katkı olarak değerlendirilmeli ve değişken denkleştirme kapsamında kabul edilmelidir⁶⁰.

Bir malın ivazlı olarak edinilmesinde, söz konusu karşılığın yerine getirilmesine yapılan katkı, değişken denkleştirme alacağına en güzel misaldir⁶¹. Yapılan katkı, sadece söz konusu malın karşılığı olan değere katkı şeklinde değildir. Bu karşılık için kredi alındığında; krediye ilişkin vergi, masraf ve faizlerin ödenmesi de katkı kapsamında değerlendirilmelidir. Bir mal karşılıksız kazanılmış olsa dahi, bu malın edinilmesi için yapılan masraflar da katkı kapsamındadır⁶². Bir malın varlığını devam ettirebilmesi veya fonksiyonunu yerine getirebilmesi için yapılan harcamalar veya mal üzerindeki hak sahipliğinin korunması için yapılan masraflar da TMK 230. maddesinin III. fıkrası kapsamında yapılan katkılardır⁶³. Hakkın korunması için dava açılması ve bu dava için yapılan masraflar da denkleştirme kapsamındadır⁶⁴. Malvarlığının verimini veya değerini artırmaya yönelik masraflarda iyileştirme kapsamında denkleştirmeye tabidir⁶⁵.

Bir mal grubundan diğer mal grubundaki bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine ve korunmasına katkı sağlanması sebebiyle yapılacak değişken denkleştirmede, söz konusu mal değerindeki artışlar ve azalmalar da dikkate alınmalıdır. Bu sebeple söz konusu malvarlığı açısından, katkının yapıldığı tarih ile tasfiyenin yapıldığı tarih arasında meydana gelen değer değişiklikleri denk-

⁶⁰ Sarı, 207.

⁶¹ Y. 8. HD., T. 23.5.2016, E. 2015/911, K. 2016/8977; Y. 8. HD., T. 26.9.2017, E. 2015/18993, K. 2017/11510, “Dosya kapsamından araç alınırken ödenen peşinatın davalıya ait ziynetlerin bozdurulmasından gelen para ile karşılandığı sabit olup, bu para yönünden TMK 230 maddesi hükmü gereği davalı lehine denkleştirme yapılması gerekirken ziynetlerden gelen paranın da edinilmiş mal gibi kabul edilerek hesaplama dahil edilmesi hatalıdır.”, Kazancı Bilişim Otomasyon.

⁶² Sarı, 207.

⁶³ Sarı, 208

⁶⁴ Sarı, 208.

⁶⁵ Sarı, 208.

leştirmede etkili olmaktadır⁶⁶. Değer azalmaları dikkate alınırken söz konusu azalmanın kullanma veya yararlanma sonucu meydana gelmiş olması ya da eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılmış olması önemli değildir⁶⁷.

Eşlerden birinin bir malı edinmesine farklı mal gruplarından katkı sağlanmış ise, öncelikle, katkının hangi mal grubundan yapılmış olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir⁶⁸. Söz konusu malın edinilmesine hangi mal grubundan daha fazla katkı sağlanmışsa, o malın o mal grubunda olduğu kabul edilmelidir⁶⁹. Her iki mal grubunda katkı oranı eşit ise, TMK'nun 222. maddesinin III. fıkrasında yer alan karine gereği, o mal, edinilmiş mal grubundan sayılmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi, mal rejimi başlamadan önce sahip olunan kişisel malın, mal rejimi başladıktan sonra ne için kullanıldığı veya harcandığı tespit edilememiş ise, eşin edinilmiş maldaki artışının bu kişisel maldan kaynaklandığının kabul edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu durumda edinilmiş maldaki bu artış için değişken denkleştirme yapılmalıdır⁷⁰.

TMK'nun 230. maddesinin III. fıkrasına göre değişken denkleştirme, bir mal grubunun diğer mal grubuna katkı oranına ve tasfiye zamanındaki değerine göre yapılır. Buna göre öncelikle bir mal grubunda diğer mal grubuna yapı-

⁶⁶ Gençcan, 596; Demir, Denkleştirme, 300; Özüğür, 72; Gümüş, 365; Sarı, 208.

⁶⁷ Demir, Denkleştirme, 300.

⁶⁸ Y. 8. HD., T. 25.02.2015, E. 2013/20832, K. 2015/4930, "Mahkemece yapılması gereken iş; edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde alınması sebebiyle TMK'nun 220/son maddesi gereğince edinilmiş mal olduğu kabul edilen taşınmazın alımında davalının 58.000.00, TL çekerek katkıda bulunduğu Ziraat Bankası Acıpayam Şubesindeki hesabının ilk açıldığı tarihten itibaren tüm hareketleri gösteren hesap ekstresinin dosya içerisine getirilmesi, çekilen 58.000,00 TL'nin 01.01.2002 tarihi öncesi ve sonrasına isabet eden bölümleri ile TMK'nun 219. Ve 220. Maddeleri karşısında kişisel ve edinilmiş mal sayılabilecek kısımlarının tespit edilmesi, kişisel ve edinilmiş mal olarak belirlenen bu kısımlar sebebiyle davalı lehine denkleştirme yapılarak davacının katılma alacağına esas artık değer belirlenmesi...", Şıpka/Özdoğan, 210-211; Y. 8. HD., T. 21.03.2013, E. 2012/10149, K. 2013/4133, Uluç, 1102-1103.

⁶⁹ Zeytin, 255; Sarı, 209.

⁷⁰ BGE 123 III 155, Zeytin, 256.

lan katkının, katkının yapıldığı tarihteki malın değerine oranı tespit edilmelidir. Daha sonra söz konusu malın tasfiye anındaki değerine bu oran uygulanarak denkleştirme miktarı tespit edilir. Bu tespit yapılırken, malvarlığının sürüm değeri esas alınmalıdır (TMK md. 232)⁷¹.

Konuya ilişkin bir misal verecek olursak; satın alınan bir ev için, kişisel mallardan 50.000 TL, edinilmiş mallardan 150.000 TL olmak üzere toplam 200.000 TL ödendiğinde, bu ev, fazla ödeme edinilmiş mallardan yapıldığı için edinilmiş mal grubunda sayılmalıdır. Bu çerçevede denkleştirme kişisel mal lehine yapılacaktır. Bu evin değeri tasfiye anında 300.000 TL olarak tespit edildiğinde, katkı yapıldığı tarihte katkı oranı $\frac{1}{4}$ olduğuna göre, denkleştirme miktarı 75.000 TL olacaktır. Şayet söz konusu evin değerinde bir düşme söz konusu olsaydı ve evin tasfiye anında değeri 160.000 TL tespit edilseydi, bu durumda denkleştirme miktarı 40.000 TL olurdu. Bu misale göre, belirlenen denkleştirme miktarları kişisel mallar grubuna eklenir ve katılma alacağının tespitinde dikkate alınmaz. Söz konusu misalde görüldüğü üzere denkleştirme miktarı, katkı

⁷¹ Sarı, 210; Y. 8. HD. T. 25.9.2014, E. 2014/18868, K. 2014/17130, “Dava, 4721 Sayılı TMK’nun 202 ve davamı maddeleri gereğince edinilmiş maldan kaynaklanan katılma alacağı ve değer artış payı istemine ilişkindir. Mahkemece, evlilik birliği içinde kooperatif vasıtasıyla edinilip davacı koca adına tescil edilen taşınmazın edinilmesinde davalının katkısı olup olmadığının belirlenebilmesi için taraflara kooperatife üyelik tarihi ve yapılan ödemelere dair belgeleri sunması için süre ve imkan tanınması, ödemelerin evlilik öncesinde yapılan kısmının davacının kişisel malı olarak ve evlilik içinde yapılmış ödemelerin bulunması ve bu ödemelerin evlilik öncesi gelen birikim yada kişisel mallardan yapıldığının ispatlanmaması halinde her ikisi de çalışarak gelir elde ettiğinden davalı kadının katkıda bulunduğu kabulüyle tarafların gelirine göre tespit edilecek katkı payı oranında davacı ile davalının kişisel malının ayrı ayrı belirlenmesi ve bu şekilde belirlenecek kişisel mal ile edinilmiş mala katkıda bulunduğu göz önünde tutularak, bu kişisel mal miktarının taşınmazın satın alındığı tarihteki değerine oranı tespit edilerek TMK’nun 227. maddesi uyarınca bu oran ile taşınmazın karar tarihine en yakın tarihteki değeri çarpılarak değer artış payı alacağının belirlenmesi, aynı şekilde davalı kadının taşınmazın alımına satımından elde edilen paradaki kişisel malı ile katkıda bulunduğu belirlenmesi halinde TMK’nun 230. maddesine göre denkleştirmeye tabi tutularak, değer artış payı ve denkleştirmeye tabi tutulan miktar çıkarıldıktan sonra kalan miktarın yarısına aynı Kanunun 236. maddesine göre katılma alacağı olarak karar vermek gerekir.”, Kazancı Bilişim otomasyon.

oranından fazla olabileceği gibi, daha az da olabilir. Bu zaman içerisinde söz konusu malın değerindeki artıştan veya azalmadan kaynaklanmaktadır⁷².

Belirli bir mal grubundaki bir malın edinilmesi, iyileştirilmesi veya korunması için farklı zamanlarda değişik katkılar yapıldığında, her bir katkı için ayrı bir katkı oranı ve denkleştirme miktarı belirlenmelidir⁷³. Yukarıdaki misalden hareket edecek olursak; alınan bu eve daha sonra kişisel mallardan 40.000 TL harcanarak mutfak yapılmışsa ve başka bir tarihte de yine kişisel mallardan 10.000 TL harcanarak eve bakım yapılmış ise, yapılan farklı katkı oranlarına göre denkleştirme miktarı tespit edilmelidir. Yukarıdaki olayla birlikte değerlendirildiğinde, ev 200.000 TL'ye alınmış, $\frac{1}{4}$ oranında edinilmesine kişisel mallardan katkı sağlanmıştır. Daha sonra evin iyileştirilmesine 40.000 TL ödendiğinde evin toplam değeri 240.000 TL olacağından iyileştirme dolayısıyla kişisel mallardan yapılan katkı oranı $\frac{1}{6}$ 'dır. 10.000 TL de bakım için harcandığına göre, evin değeri 250.000 olacağından, bakım dolayısıyla kişisel mallardan yapılan katkı oranı $\frac{1}{25}$ 'tir. Tasfiye sırasında evin toplam sürüm değerinin 600.000 TL olduğunu düşündüğümüzde, denkleştirme miktarları şöyledir: Edinilmeye katkıdan dolayı 600.000 TL'nin $\frac{1}{4}$ ü olan 150.000 TL, iyileştirmeden dolayı 600.000 TL'nin $\frac{1}{6}$ 'sı 100.000 TL ve bakımdan dolayı 600.000 TL'nin $\frac{1}{25}$ 'i 24.000 TL olmak üzere toplam 274.000 TL'dir.

Bir malvarlığının edinilmesine yapılan katkı kredi kullanılması gibi zamana yayılan ödemelerle olursa, katkı oranı, malvarlığının edinilmesi için yapılan toplam ödeme ile malvarlığı unsurunun edinilmesi, iyileştirilmesi veya korunması için yapılan bütün ödemelerin toplamı birlikte göz önünde tutularak belirlenmelidir⁷⁴. Misal olarak; değeri 360.000 TL olan kişisel mal niteliğindeki bir evin iyileştirilmesi amacıyla 40.000 TL masraf yapılmış ve bu bedelkredi

⁷² Hausheer/Reusser/Gaiser, Art. 209, N. 51; Sarı, 211.

⁷³ Sarı, 210.

⁷⁴ Sarı, 210-211.

kullanılarak sağlanmışsa, bu kredinin faiz ve diğer masrafları ile birlikte geri ödemesi 50.000 TL ise; katkı oranı, iyileştirme ile birlikte evin değeri olan 400.000 TL'ye iyileştirme için yapılan toplam harcama olan 50.000 TL'nin oranlaması ile bulunur. Buna göre söz konusu olayda edinilmiş malın kişisel mala katkı oranı 1/8 olarak belirlenir. Tasfiye sırasında evin değeri 600.000 TL olarak tespit edildiğinde, edinilmiş mallar lehine 75.000 TL denkleştirme yapılmalıdır⁷⁵.

Bir mal grubundan edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkı yapılan malvarlığı değeri, mal rejiminin sona ermesinden önce elden çıkarılmış ise, söz konusu malvarlığı değerinin tasfiye anındaki değerinin tespiti mümkün değildir⁷⁶. Bu durumda TMK 230. maddesinin III. fıkrasına göre; denkleştirme, hakkaniyete göre yapılmalıdır. Türk Medeni Kanunundan farklı olarak İsviçre Medeni Kanununda, mal rejimi sona ermeden önce söz konusu malvarlığı değeri elden çıkartılmış ise, elden çıkarma tarihindeki değer üzerinden denkleştirme miktarının belirleneceği düzenlenmiştir⁷⁷.

⁷⁵ Y. 8. HD., T. 04.02.2014, E. 2013/20288, K. 2014/1641, "... Kars'ta bulunan taşınmazın satış değeri ile dava konusu taşınmazın alım değerinin (piyasa rayiç değerleri) belirlenmesi, Kars'taki taşınmaz satışından gelen bedelin dava konusu taşınmazın alım değeri içindeki oranının tespit edilerek denkleştirmede davalının kişisel malından gelen değer olarak kabul edilmesi, alım sırasında 48 ay vadeli kullanılan 20.000 TL kredinin mal rejiminin sona erdiği tarihten öncesine isabet eden 42/48 oranlık kısmının edinilmiş mal, sonraya isabet eden 6/48 oranlık kısmının yine denkleştirmede davalının kişisel değeri olarak gözetilmesi, bu açıklamalar doğrultusunda yapılacak hesaplama sonunda tespit edilecek artık değer üzerinden davalının yarı oranda katılma alacağı bulunduğu kabul edilmesi, bu hesaplamada Kars'ta bulunan taşınmazın satış değeri ile dava konusu taşınmazın alım ve bozma sonrası yeni karar tarihine en yakın tarih itibarıyla güncelleştirilecek piyasa sürüm değerlerinin belirlenmesi, gerekse katılma alacağı hesabının belirlenmesi bakımından konusunda uzman inşaat mühendisi (veya gayrimenkul değerlendirme uzmanı), bankacı ve hukukçu bilirkişilerden birlikte veya ayrı ayrı gerekçeli ve hüküm kurmaya elverişli rapor alınması, toplanacak deliller değerlendirilerek sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken...", Karamercan, 421-422.

⁷⁶ Sarı, 211.

⁷⁷ Şeker, Muzaffer; Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun'dan Farklı Olan Yönleri, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, İstanbul 2007, s. 138-139; Zeytin, 255; Sarı, 211.

Denkleştirme miktarı hakkaniyete göre belirlenirken, elden çıkartılan malvarlığı değerinin yerine geçen bir değer varsa, bu esas alınabilir. Elden çıkarma anındaki malvarlığının tespit edilebilen sürüm değeri hâkimin kararında etkili olabilir⁷⁸. Bununla birlikte, böyle bir durumda katkı oranı, malvarlığı değerinin elden çıkarıldığı tarihteki sürüm değeri ve elden çıkartılmasaydı tasfiye zamanındaki tahmini değeri dikkate alınarak belirlenebilir⁷⁹.

V. DENKLEŞTİRME VE DEĞER ARTIŞ PAYI ARASINDAKİ FARKLAR

Değer artış payı TMK'nun 227. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“ Eşlerden biri diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur ve bu alacak o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanır; bir değer kaybı söz konusu olduğunda katkının başlangıçtaki değeri esas alınır.”*. Söz konusu hükümden anlaşıldığı üzere değer artış payı alacağı, bir eşin bir mal grubundan diğer eşin mal grubunda yer alan bir malvarlığının edinilmesine iyileştirilmesine veya korunmasına katkı yapılmışsa söz konusu olmaktadır. TMK'nun 230. maddesinde düzenlenen denkleştirme ise, bir eşin kendine ait bir mal grubundan diğer mal grubuna ait bir borç ödendiğinde veya bir mal grubundan diğer mal grubuna ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine ya da korunmasına katkı sağlanmışsa gerçekleştirilmektedir. Misal olarak; eşlerden A'nın kişisel malı niteliğindeki ziynet eşyaları ile diğer eş B'nin çalışması karşılığı edindiği arabanın alınmasına katkı sağlanmışsa veya A'nın kişisel mal niteliğinde olan, bağış yoluyla kendisine geçen para, B'nin edinilmiş mal niteliğindeki evinin iyileştirilmesine harcanmış ise değer artış payı alacağı söz konusu olmaktadır. Buna karşılık A, evlendikten sonra aldığı ev için, evlenme-

⁷⁸ Zeytin, 255.

⁷⁹ Sarı, 211.

den önce var olan kişisel mal niteliğindeki bir birikimi ile katkı sağlamışsa veya kendisine bağış yoluyla geçen kişisel mal niteliğinde olan eve, çalışarak elde ettiği birikimi ile iyileştirme yapmışsa denkleştirme söz konusu olmaktadır.

Uygulamada Yargıtay denkleştirme ve değer artış payı alacağı kurumlarını birbiri ile karıştırmaktadır. Bazı kararlarında denkleştirme yerine değer artış payı hesabı yapılması gerektiğini öngörmektedir⁸⁰. Yüksek Mahkeme bir kararında, bir eşin kişisel mal niteliğinde olan taşınmaza, aynı eşin edinilmiş mallarından katkı yapılması halinde hatalı olarak değer artış payı alacağı hesabı yapılması gerektiğini belirtmiştir⁸¹.

Değer artış payı mal rejiminin tasfiyesinde ortaya çıkan bir alacaktır. Denkleştirme ise hukuki anlamda bir alacak olmayıp, tasfiyede artık değer ve katılma alacağı hesaplanırken hakkaniyete uygun bir sonuç bulunabilmesi için yapılan bir hesaplama yöntemidir⁸².

Değer artış payı hesaplanırken, TMK'nun 227. maddesine göre, katkı yapılan malda tasfiye sırasında bir değer azalması söz konusu olduğunda, katkının başlangıçtaki değeri esas alınmaktadır. Denkleştirmede yapılırken, katkı yapılan maldaki değer artması da değer azalması da dikkate alınmaktadır.

TMK'nun 227. maddesinin III. fıkrasına göre, eşler yazılı bir sözleşme ile değer artış payından vazgeçebilirler veya pay oranlarını değiştirebilirler. Denkleştirmeyi düzenleyen TMK'nun 230. maddesinde bu konuda bir düzenleme yapılmamıştır. Denkleştirme hukuki anlamda bir alacak değildir. Bir mahsuplaşma işlemidir ve hakim tarafından re'sen yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda değerlendirdiğimizde, ortada talep edilecek hukuki anlamda bir alacak hakkı olmadığından, kanaatimizce bu haktan vazgeçme şeklinde bir durum

⁸⁰ Y. 8. HD., T. 31.01.2014, E. 2013/7234, K. 2014/1419; Y. 8. HD., T. 20.06.2013, E. 2013/10290, K. 2013/9617, Şıpka/Özdoğan, 262-263.

⁸¹ Y. 8. HD., T. 20.06.2013, E. 2013/10290, K. 2013/9617; Şıpka/Özdoğan, 262.

⁸² Şıpka/Özdoğan, 261; Karamercan, 416; Sarı, 203.

söz konusu olmamaktadır. Tasfiye sonucu denkleştirmede dikkate alınarak yapılan hesaplama ile belirlenen katılma alacağı oranlarını, eşler MK'nun 237. maddesine göre farklı kararlaştırabildiklerine göre, bu çerçevede ve sözleşme özgürlüğü kapsamında katılma alacağına ilişkin bir sözleşme yapabilirler. Bu sözleşmeye denkleştirme miktarlarını da dahil edebilirler.

V. SONUÇ

Edinilmiş mallara katılma rejiminde denkleştirme TMK'nun 230. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir eşin bir mal grubundan, diğer mal grubuna kaymalar söz konusu olduğunda denkleştirme gerçekleştirilmelidir. Kişisel mala ait bir borcun edinilmiş bir mal ile ifa edilmiş olması veya kişisel malın iyileştirilmesi ve korunması için edinilmiş maldan katkı yapılması halinde denkleştirme yapılarak elde edilen değer, artık değere eklenmelidir. Bunun aksine edinilmiş malın borcu kişisel mal ile ifa edildiğinde veya edinilmiş malın edinilmesine, iyileştirilmesine ve korunmasına kişisel mal ile katkıda bulunulması halinde yine denkleştirme yapılarak elde edilen değer artık değerden çıkartılmaktadır.

TMK'nun 230. maddesinin I. fıkrasına göre bir eşin kişisel malları ile edinilmiş mallara ilişkin borcu ödenmiş ise, bu değer artık değerden çıkartılır kişisel mallara eklenir. Bir eşin edinilmiş malları ile kişisel mallara ilişkin bir borcu ödenmiş ise, bu değer artık değere eklenir. TMK'nun 230 maddesinin I. fıkrasında düzenlenen klasik denkleştirmede, ödenen borcun nominal değeri esas alınır. Ortaya çıkan değer artışları ve azalmaları dikkate alınmaz.

TMK'nun 230. maddesinin III. fıkrasına göre ise denkleştirme, bir eşin bir mal grubundan diğer mal grubundaki bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkı sağlanmışsa söz konusu olmaktadır. Bir mal grubundan diğer mal grubundaki bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkı sağlanması sebebiyle yapılacak değişken denkleştirmede,

söz konusu mal değerindeki artışlar ve azalmalar da dikkate alınmalıdır. Bu sebeple söz konusu malvarlığı açısından, katkının yapıldığı tarih ile tasfiyenin yapıldığı tarih arasında meydana gelen değer değişiklikleri denkleştirmede etkili olmaktadır. TMK'nun 230. maddesinin III. fıkrasına göre değişken denkleştirme, bir mal grubunun diğer mal grubuna katkı oranına ve tasfiye zamanındaki değerine göre yapılır. Buna göre öncelikle bir mal grubunda diğer mal grubuna yapılan katkının, katkının yapıldığı tarihteki malın değerine oranı tespit edilmiştir. Daha sonra söz konusu malın tasfiye anındaki değerine bu oran uygulanarak denkleştirme miktarı tespit edilir. Bu tespit yapılırken, malvarlığının sürüm değeri esas alınır. Kişisel mallardan edinilmiş bir mala katkı sağlanmışsa belirlenen değer, artık değerden çıkartılmalıdır. Tam tersi edinilmiş mallardan kişisel mallara katkı sağlanmış ise belirlenen değer artık değere eklenmelidir.

TMK'nun 230. maddesinin II. fıkrasına göre, her borç, ilişkin bulunduğu mal grubunu yükümlülük altına sokar. Bu hükme göre, bir borcun hangi mal grubuna ait olduğunun tespiti için, borcun hangi mal grubu ile yakın ilişki içinde olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bir kişisel malın edinilmesi, iyileştirilmesi veya korunması sebebiyle ortaya çıkan borçlar kişisel mallara ilişkin borçlar, edinilmiş malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına ilişkin borçlar da, edinilmiş malların borcu olarak kabul edilmelidir. Hangi mal grubuna ait olduğu anlaşılamayan borç, edinilmiş malların borcu olarak kabul edilir.

TMK'nun 227. maddesinde düzenlenen değer artış payı alacağı, bir eşin bir mal grubundan diğer eşin mal grubunda yer alan bir malvarlığının edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkı yapılmışsa söz konusu olmaktadır. TMK'nun 230. maddesinde düzenlenen denkleştirme ise, bir eşin kendine ait bir mal grubundan diğer mal grubuna ait bir borç ödendiğinde veya bir mal grubundan diğer mal grubuna ait bir mal varlığının edinilmesine, iyileştirilmesine ya da korunmasına katkı sağlanmışsa gerçekleştirilmektedir.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk; Aile Konutu – Mal Rejimleri, Ankara 2016.

Anıl, Yaşar Şahin/Taner, Yonca; Eşler Arasındaki Mal Rejimleri, İstanbul, 2011.

Demir, Mehmet; Türk Medeni Kanunu'na Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağı, TBB Dergisi, S. 61, 2005, s. 292-303. (Demir, Denkleştirme)

Demir, Şamil; Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerinin Hesaplanması ve Paylaştırılması, Ankara Barosu Dergisi, Y. 72, S. 1, 2014, s. 245-269. (Demir, Artık Değer)

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper; Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. III, İstanbul 20

Gençcan, Ömer Uğur; Mal Rejimleri Hukuku, Ankara 2018.

Gümüş, Mustafa Alper, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008.

Hausheer, Heinz/Reusser, Ruth/Geiser, Thomas; Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, Band II, 1. Abteilun, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Bern 1992.

Karamercan, Fatih; Katkı-Değer Artış Payı ve Katılma Alacağı Davaları, 2. Baskı, Ankara 2015.

Kılıçoğlu, Ahmet M.; Aile Hukuku, Ankara 2017.

Özüğür, Ali İhsan; Mal Rejimleri, Ankara 2015.

Sarı, Suat; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.

Şeker, Muzaffer; Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun'dan Farklı Olan Yönleri, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, İstanbul 2007, s. 133-158.

Şıpka, Şükran/Özdoğan, Ayça; Eşler Arasında Malvarlığı Davaları, Ankara 2015.

Uluç, Yusuf; Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara 2014.

Zeytin, Zafer; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2017

GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ŞAHSÎ (BİREYSEL) ANLAŞMANIN MEVCUDİYETİNİ İSPAT YÜKÜ

*Arş. Gör. Dr. İsmail ATAMULU**

ÖZET

Genel işlem şartları, bu isimle ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu sayede, tüketicinin korunmasına yönelik kanuni düzenlemelerin benzerleri, bütün borç ilişkilerine uygulanabilir hâle gelmiştir. Sözleşmenin hükümleri, yürürlük, yorum ve içerik denetimine tâbi tutulmaktadır. Bu yolla, sözleşmenin muhtevası tespit edilmektedir. Tarafların; sözleşme şartlarını gerçek anlamda müzakere etmiş olmaları, sözleşmenin şahsî hâle gelmesine yol açar. Şahsî bir sözleşme, tarafların iradelerini serbestçe yansıttıklarını gösterir. Bu nitelikteki bir sözleşme, hiç şüphesiz öncelikle uygulanma özelliğine sahiptir.

Genel işlem şartları müzakere edilmemişse, şahsî sözleşmeden söz edilemez. Bu şartlar hükümsüz olur. Bu bakımdan şahsî sözleşmenin varlığının tespiti gerekir. Şahsî sözleşmenin tespiti ve ispatı, oldukça zordur. Sözleşme muhtevasında yer alan şartların, müzakere edildiği iddiası somutlaştırılmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nda, bu yükün hangi tarafta olduğu, bir kanunî düzenleme

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD, Araştırma Görevlisi (e-mail: atamulu@gmail.com.tr)
Makale Geliş Tarihi: 03.03.2018
Makale Kabul Tarihi: 12.04.2018

ile doğrudan belirlenmiş değildir. Bu konuda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte, Avrupa Konseyi Direktifinde (93/13 AET) ve Alman Medenî Kanununda düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden kıyasla, şahsî anlaşmanın ispat yükünün hangi tarafta olduğu belirlenebilir.

Anahtar Kelimeler: Genel işlem koşulları, Şahsî anlaşma, İspat yükü

ZUSAMMENFASSUNG

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen sind in diesem Titel erstmals im türkischen Obligationenrecht (Gesetz Nr. 6098) festgelegt. Dadurch ist die ähnlich den Bestimmungen des Gesetzes zum Schutz des Verbrauchers für alle Schuldenverhältnisse anwendbar. Die Bestimmungen des Vertrags unterliegen der Einbeziehungskontrolle, Auslegungskontrolle und Inhaltskontrolle. Auf diese Weise wird der Inhalt des Vertrags festgelegt. Die Tatsache, dass die Parteien die Vertragsbedingungen ausgehandelt haben, bringe den Vertrag dem Einzelnen. Ein individueller Vertrag zeigt, dass die Parteien ihren Willen freiwillig widerspiegeln. Ein solcher Vertrag muss natürlich zuerst Anwendung findet werden.

Wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht verhandelt werden, ist es nicht möglich, von einem individuellen Vertrag zu sprechen. Diese Bedingungen sind nichtig. Aus diesem Grund muss das Bestehen des individuellen Vertrages festgestellt werden. Die Feststellung und Nachweis des individuellen Vertrags ist sehr schwierig. Die Tatsache, dass die in dem Vertrag enthaltenen Bedingungen verhandelt werden, muss konkret sein. Welche Partei dieser Belastung unterliegt, wird nicht direkt durch eine gesetzliche Regelung bestimmt. Im türkischen Obligationenrecht wird nicht unmittelbar durch eine

gesetzliche Regelung bestimmt, zu welcher Partei diese Belastung gehört. Diesbezüglich gibt es Regelungen im Verbraucherschutzgesetzes (Gesetz Nr. 6502), in der Verwaltungsverordnung, in der Richtlinie des Europarats (93/13 EWG) und im BGB. Im Vergleich zu diesen Regelungen kann festgelegt werden, welche Partei die Beweislast für die individuelle Vereinbarung hat.

Schlagwörter: Allgemeine Geschäftsbedingungen, Individualabrede, Beweislast.

1. GENEL İŞLEM ŞARTLARI KAVRAMI¹

Türk hukuk mevzuatına genel işlem şartları müessesesi² bu isim altında ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile girmiştir (TBK. m. 20-25)³. İlgili

¹ Bu çalışmada 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda kullanılan genel işlem koşulları yerine, uygulamada ve doktrinde daha yaygın kullanılan, ayrıca müesseseyi daha iyi ifade eden, genel işlem şartları teriminin kullanımı tercih edilmiştir. Bu hususta terim sorununa dikkat çeken ve genel işlem şartları kullanımını tercih eden görüş için bkz. **Aydoğdu**, Murat, Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014, s. 28 vd.

² Genel işlem şartlarına dair düzenlemelerin tarihi süreçteki gelişimi ve özellikle ekonomik gerekçelerin bu safahata etkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Aydın**, Ramazan, Die Berücksichtigung des Verbraucherschutzes bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen und türkischen Recht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Hamburg 2007, Schriftenreihe der Forschungsstelle des Türkischen Rechts der Universität Augsburg, Bd. 1, s. 28 vd.; **Meier-Hayoz**, Arthur, Ernst A. **Kramer**, Bruno **Schmidlin**, Eugen **Huber**, vd. Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Bern 1986, Art. 1, kn. 176; **Harke**, Jan Dirk, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg 2010, s. 53, kn. 62; **Zerres**, Thomas, Bürgerliches Recht Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts, 7. A. Berlin 2013, s. 278; **Aydın**, Ramazan, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK. m. 5), EÜHFD. C. XI, S. 1, Y. 2016, s. 83-123, (Kısaltılmışı: **Aydın**, Haksız Şartlar), özellikle, s. 85 vd.; **Atamer**, Yeşim M., Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 103-137, (Kısaltılmışı: **Atamer**, Bireysel Pazarlık), özellikle s. 105 vd.; **Aydoğdu**, s. 19 vd.

³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce, 08.03.1995 tarihinde yayımlanarak 08.09.1995 tarihinde yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (eTKHK)'un (Değişik: 6/3/2003-4822/7 md.) altıncı maddesinde, taraflarından biri tüketici olan sözleşmelerde, satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olan sözleşme şartlarının, haksız şart sayılacağı belirtildikten sonra, ilgili hükmün ikinci fıkrasında taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Benzer şekilde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundan sonra, 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren ve 4077 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'un "*Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar*" kenar başlıklı beşinci maddesinin birinci fıkrasında, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde, tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olan sözleşme şartlarının haksız şart olduğu; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartların kesin hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemeler sayesinde, tüketicinin, taraf olduğu sözleşmelerde korunması amaçlanmıştır. Tüketici hukuku bakımından genel işlem şartları (haksız şartlar) hakkında detaylı bilgi için bkz. **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 89 vd.; **Öz**, Turgut, Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2002, s. 128-151; **Havutçu**, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003 (Kısaltılmışı: **Havutçu**, Tüketicinin Korunması). 6098 sayılı Kanun getirdiği yeniliklere rağmen, genel işlem şartlarına dair hükümlerin hazırlanmasındaki özensizlik, ulaşılmak istenen

düzenlemelerle, açıkça hüküm altına alınmış olmasa da⁴, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) tüketiciyi korumayı amaçlayan hükümlerinin benzerleri, tüketici-girişimci (satıcı/sağlayıcı) ayırımı yapılmaksızın getirilmiş oldu⁵. Ancak Türk Borçlar Kanunundaki genel işlem şartları denetiminden farklı olarak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında, genel işlem şartı niteliği taşımayan ve fakat pazarlık konusu yapılmamış olan şartlar da, haksız şart denetimine tâbi tutulmaktadır⁶. Bu sebeple, Tüketicinin

amacın gerçekleşmesini zora sokmaya elverişlidir. Bu ve benzeri birçok sebeple, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer alan genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler gerek kanunlaşma sürecinde, gerekse Kanun yürürlüğe girdikten sonra birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Eleştiriler ve çözüm önerileri için ayrıca bkz. **Atamer**, Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, Ankara 2004, s. 291-331, (Kısaltılmışı: **Atamer**, Armağan). Bu çalışmada, Türk Borçlar Kanunundaki genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler değerlendirilmiştir. 93/13/AET Sayılı Direktiften ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan düzenlemelerden, konuyla alakalı olduğu ölçüde istifade edilmiştir.

⁴ **Baş Süzel**, Ece ve Felix, **Aden**, “Battle of Forms” im türkischen AGB-Recht, (Beck-Online die Datenbank), s. 4.

⁵ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 103; **Aydoğdu**, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜHFD. C. 13, S. 2, Yıl: 2011, s. 1-50, (Kısaltılmışı: **Aydoğdu**, Uygulama Alanı) özellikle s. 3; **Yeniocak**, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBBD. Yıl: 2013, S. 107, s. 75-96, özellikle s. 77; **Atamer**, Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK. m. 55, f. 1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2012, s. 9-73, (Kısaltılmışı: **Atamer**, Sempozyum), s. 10; **Aydoğdu**, s. 37-38; **Baş**, Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 276-306, özellikle s. 276. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun sadece tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde uygulanma kabiliyetine sahip olması, bu sözleşmeler dışındaki ilişkilerde meydana gelmesi muhtemel uyumsuzluklarda çözümün nasıl sağlanacağı meselesini gündeme getirmekteydi. Bu noktada, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelere, sözleşme taraflarının nitelikleri yönünden bir sınırlama yapılmaksızın yer verilmiş olması, isabetlidir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile tacirler arasında akdedilen sözleşmeler de, genel işlem şartları denetimine tâbi hâle gelmiştir, **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 103. Antalya ise, TTK. m. 54 vd.’ndaki tacirler arasındaki ilişkilere dair haksız rekabet düzenlemelerinin, Türk Borçlar Kanunundaki genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere göre özel niteliği haiz olduğunu belirtmektedir. Bu gerekçeyle yazara göre, tacirler arasındaki ilişkilerde TBK. m. 20-25 hükümleri uygulanma alanı bulmaz, dolayısıyla bu tür ilişkilerde genel işlem şartları denetimi yapılamaz. Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. **Antalya**, Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2013, s. 298 vd. Antalya’nın savunduğunun aksine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 17.1.2017 tarihinde verdiği bir kararında, tacirler arasındaki kredi sözleşmesine ilişkin uyumsuzluğun çözümünde, Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına dair hükümlerinden istifade etmiştir. İlgili karar metni için bkz. Y. 11. HD. 17.1.2017 T., E. 2016/981, K. 2017/293, (**KBİBB.**, 6098/m. 20).

⁶ **Atamer**, Armağan, s. 291.

Korunması Hakkında Kanun kapsamında yapılan denetim, sadece genel işlem şartları sorununa özgülenmemiştir⁷. Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkında 5.4.1993 Tarihli Avrupa Konseyi Direktifi (93/13/AET Sayılı Direktif) de Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemelerin aksine ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna uygun olarak, sadece müzakere edilmemiş olma kıstasından hareketle, genel işlem şartları içinde yer alsın almasın bütün şartları denetime tâbi tutmayı öngörmektedir⁸.

Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde, sözleşmenin karşı tarafına değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden tek yanlı⁹ olarak saptamış olduğu sözleşme şartlarıdır (TBK. m. 20/I, c. 1)¹⁰. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, genel işlem şartları tek

⁷ **Atamer**, Armağan, s. 291. Bu sebeple, tüketicinin taraf olduğu bir sözleşme, ileride de detaylı olarak açıkladığı üzere, genel işlem şartları anlamında standart sözleşme özelliği taşımasa bile, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında haksız şart denetimine tâbi tutulabilir. Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 94-95.

⁸ **Atamer**, Armağan, s. 296.

⁹ TBK. m. 20/I hükmünde isabetsiz olarak genel işlem şartlarının düzenleyen tarafından “tek başına” hazırlanması ifadesine yer verilmiştir. Hâlbuki genel işlem şartlarından bahsedebilmek için kullanıcının bunu tek başına hazırlamış olması zorunlu değildir. Bir sözleşmede, başkası tarafından hazırlanmış şartların kullanılması da, genel işlem şartlarının oluşumuna sebebiyet verebilir. Nitekim daha önce akdedilmiş başka sözleşme hükümlerinden istifade edilmesi, danışmanlar vasıtasıyla birtakım şartların oluşturulması da genel işlem şartlarının meydana gelmesi için yeterlidir. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Akçaal**, Mehmet, Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme, GÜHFD. C. XVIII, Y. 2014, S. 1, s. 49-69, özellikle, s. 53; **Başalp**, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s. 26; **Yeniocak**, s. 80. Genel işlem şartları, çoğu zaman üçüncü kişiler tarafından hazırlanmış standartların kullanılmasıyla, sözleşme muhtevasında yer edinir. Aynı yönde açıklamalar ve örnek düzenlemeler için bkz. **BSK OR I/Corrine Zellweger- Gutknecht/Eugen Bucher**, Ahn. Art. 1, kn. 50; **Zerres**, s. 280.

¹⁰ **Eren**, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı Ankara 2017, s. 215; **Kramer**, OR 1, kn. 182; **Yeniocak**, s. 78; **Oğuzman**, M. Kemal, **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1, İstanbul 2012, s. 163; **Baş Süzel/Aden**, s. 3; **Grunewald**, Barbara, Karl-Nikolaus **Peifer**, Verbraucherschutz im Zivilrecht, Berlin 2010, s. 17, kn. 36 vd.; **Atamer**, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, (Kısaltılmışı: **Atamer**, Denetim), s. 61; **Tiftik**, Mustafa ve Zeynep **Özcan**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi, BATİDER, C. 31, S. 1, s. 23-58, özellikle s. 29, 30; **Atamer**, Armağan, s. 324; Genel işlem şartları müessesesi, özellikle işletmelerin kendi faaliyet alanlarında aynı mahiyette birden çok sözleşme akdetme gereğinin bir sonucu olarak uygulanmaya başlamıştır. Bu şartlar sayesinde, karşılaşılmaması muhtemel durumların bü-

tarafli olarak, sözleşmenin muhtevasını belirlemek amacıyla, sözleşme kurulmadan önce hazırlanır¹¹. Bu şartların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz(TBK. m. 20/I, c. 2). Ayrıca bu şartların nasıl hazırlandığı, kâğıda dökülüp dökülmediği, genel işlem şartı olarak nitelendirilmelerinde etkili değildir¹². Belirli sözleşme hükümlerini, genel işlem şartları olarak nitelendirmek için sözleşmenin taraflarının sıfatı yani sübjektif özellikleri ve özellikle taraflar arasındaki ekonomik ve sosyal denge dikkate alınmaz¹³. Zira genel işlem şartı nitelendirmesi, objektif bir kıstasa bağlanmıştır¹⁴. Bu objektif kıstasa, TBK. m. 20/I, c. 1'deki, “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.*” düzenlemesinde yer verilmiştir. İlgili düzenlemeden hareketle, belli özelliklerin mevcudiyeti hâlinde genel işlem şartlarının tespiti somutlaştırılabilir¹⁵. Öncelikle, genel işlem şartları bir sözleşmenin şartlarını oluşturma amacıyla hazırlanmıştır. Ayrıca bu şartlar, sözleşme kurulmadan önce tek taraflı düzenlenmiştir. Bunun yanında birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan bu şartlar, sözleşmeye dâhil edilmek amacıyla sözleşmenin karşı tarafına sunulmuştur.

yük kısmı değerlendirilerek sözleşmeler şekillendirilebilir, **BSK OR I /Corrine Zellweger-Gutknecht/Eugen Bucher**, Ahn. Art. 1, kn. 47.

¹¹ **Eren**, s. 215; **Akman**, Galip Servet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s. 88; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, İstanbul 2010, s. 226; **Atamer**, Denetim, s. 61; **Atamer**, Armağan, s. 324.

¹² **Atamer**, Denetim, s. 61; **Atamer**, Armağan, s. 324.

¹³ **Yeniocak**, s. 80; **Baş**, s. 281-282.

¹⁴ **Atamer**, Denetim, s. 61.

¹⁵ Genel işlem şartlarının unsurları olarak ifade edilen bu özellikler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Atamer**, Denetim, s. 62 vd.; **Aydoğdu**, s. 46 vd.; **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 12 vd.; **Baş**, s. 283 vd. Bu unsurları işaret eden Yargıtay kararı için bkz. Y. 11. HD. 17.1.2017 T., E. 2016/981, K. 2017/293, (**KBİBB.**, 6098/m. 20).

Genel işlem şartlarının varlığı hâlinde, sözleşmenin karşı tarafı, kendisine göre daha üstün konumda bulunan tarafça¹⁶ sunulan standart sözleşme¹⁷ muhtevasına müdahale edebilme imkânını kaybetmektedir¹⁸. Genel işlem şartları kullanan taraf, bu şartlar vasıtasıyla iki kazanımı birden elde etmektedir. Öncelikle sözleşmesini standartlaştırmakta, bu sayede tekrar tekrar sözleşme hazırlama yük ve riskinden kurtulmakta; öte yandan akdettiği sözleşmenin kârlı tarafı olmaktadır¹⁹. Bu sebepler, genel işlem şartlarının pratikteki önemini ortaya koymaktadır²⁰.

¹⁶ "...TBK'nın 20-25. maddelerinde de genel işlem koşullarına dair düzenlemelere yer verilmiş olup sözleşmelerde; taraflardan birinin üstün veya avantajlı konumunu kullanarak, karşı tarafa dayattığı, karşı taraf aleyhine düzenlemeler içeren ve iyi niyet kurallarına aykırı olan bölümlerin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmiş olması...", Y. 11. HD. 17.1.2017 T., E. 2016/981, K. 2017/293, (KBİBB., 6098/m. 20). Yüksek Mahkeme'nin birçok kararında olduğu gibi, burada da isabetsiz olarak, dürüstlük kuralı müessesesini ifade etmek üzere, iyi niyet kavramı kullanılmıştır. Nitekim, genel işlem şartlarının denetiminde ölçü iyi niyet değil, dürüstlük kuralıdır. Bu yönde açıklamalar için bkz. **Atamer**, Armağan, s. 326.

¹⁷ Genel işlem şartları ihtiva eden sözleşme, ileride detaylı olarak açıklandığı üzere, standart sözleşme adını alır, **BSK OR I/Corrine Zellweger- Gutknecht/Eugen Bucher**, Ahn. Art. 1, kn. 48; **Başalp**, s. 27. Yeniocak'a göre, bir sözleşmenin matbu olarak hazırlanmış olması, bu sözleşmenin genel işlem koşulları ihtiva ettiği yönünde kuvvetli bir karine teşkil eder, **Yeniocak**, s. 81. Tüketici hukuku bakımından ise, haksız şart denetimi yapılabilmesi için bahse konu sözleşmenin standart olması şart değildir. Birden fazla kullanılmak amacıyla, önceden hazırlanmış olma şartı aranmaksızın da, bir hüküm Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında haksız şart denetimine tâbi tutulabilir. Zira yukarıda da izah ettiğimiz üzere, haksız şarttan bahsedebilmek için pazarlık konusu edilmemiş ve dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine olan bir hükmün varlığı yeterlidir. Ancak Öz'e göre, tüketici hukuku bakımından haksız şartları ihtiva eden sözleşmeler, standarttır. Bu tarz sözleşmeler, satıcı veya sağlayıcı tarafından aynı hükümlerle birden fazla hazırlanıp tüketiciye sunulur ve pazarlık konusu edilmezler, **Öz**, s. 146.

¹⁸ **Harke**, s. 51, kn. 60. **Tiftik/Özcan**, s. 27. Bu durum neticesinde, tarafların sahip olması arzu edilen pazarlık güçlerinin denkliği ilkesi, ihlâl edilmiş olur. Genel işlem şartları denetiminin, bu ihlâle uygulanan bir müeyyide niteliğinde olduğunu savunmak mümkündür. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Engin**, Baki İlkay, Türk hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Koşullarına Karşı Korunması, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 75-100, özellikle s. 75 vd.

¹⁹ **Grunewald/Peifer**, s. 17, kn. 29,30. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Baş**, s. 278. Bu hükümler çoğu zaman, sözleşmenin tâli noktalarına dairdir. Ancak nadir de olsa, tarafların karşılıklı edimlerinin tek tek belirtilmesi de söz konusu olabilir, **Morin**, Ariane, (Çeviren: Ruzin Dağlı), Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 33-74, özellikle, s. 35.

²⁰ **Zerres**, s. 278.

2. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİ

Genel işlem şartlarının denetim süreci, yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olmak üzere üç aşamadan oluşur²¹. Denetim safhasında tarafların özelliklerinin de değerlendirmeye katılması gerekir. Sözleşmeler, genel işlem şartları denetiminin yanında, borçlar hukuku kapsamında geçerlilik şartlarını (TBK. m. 27) taşıyıp taşımadıkları yönünde de incelenir²².

2.1. YÜRÜRLÜK DENETİMİ

Genel işlem şartlarının denetiminde öncelikle, ilgili şart veya şartların sözleşme muhtevasına dâhil olup olmadığı tespit edilir. Genel işlem şartının sözleşme muhtevasına dâhil olması sorunu, yürürlük denetimi ile ilgilidir. Yürürlük denetiminde genel işlem şartlarını kullananın, bu şartların sözleşmeye dâhil olabilmesi için gereken şartları yerine getirip getirmediği tespit edilir²³.

Taraflar karşılıklı olarak sözleşme şartları hususunda müzakere etmişse, bunun bir neticesi olarak ilgili şart veya şartlar sözleşmede yer almış olabilir. Bu durumda ilgili şart veya şartlar, bu çalışma bakımından önem arz eden şahsî anlaşma niteliğini kazanır. Şahsî anlaşmanın ise, genel işlem şartları denetimine tabi tutulması mümkün değildir. Bunun yanında, ileride de açıklandığı üzere,

²¹ **KurzKomm/Bollenberger**, § 864a, s. 799, kn. 1. Türk Borçlar Kanunu kapsamında genel işlem şartları, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında haksız şartlardan, denetim süreci bakımından da ayrılır. Bir şartın haksız olup olmadığının denetimi, pazarlık konusu edilip edilmediğini ve muhtevasının dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine olup olmadığını ihtiva eder. Burada önemli olan, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bir şartın müzakere edilmemesine rağmen, dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine sonuç doğurmaması hâlinde haksız kabul edilememesidir. Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Atamer**, Armağan, s. 296-297.

²² **Atamer** Sempozyum, s. 12.

²³ **Aydın**, s. 69 vd.; **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 95 vd.; **Zerres**, s. 281; **Huguenin Claire**, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A. Zürich 2014, kn. 614 vd.; **Atamer**, Denetim, s. 81 vd.; **Gümüüş**, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde 1-46), İstanbul 2014, s. 53-54; **Kaşak**, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İnÜHFD, C. 3, S. 1, s. 415-429, özellikle s. 416; **Yeniocak**, s. 81.

münferiden bir şartın şahsî anlaşma haline gelmesi, diğer genel işlem şartlarının denetime tâbi tutulmasına engel değildir²⁴.

Genel işlem şartları kullanımı konusunda sözleşmenin karşı tarafı açıkça uyarılmamışsa veya genel işlem şartları içerisinde sözleşmenin mahiyetine tamamen yabancı şartlar (sürpriz kayıtlar) mevcutsa, bunların yürürlük denetimini geçmeleri mümkün değildir. Bir hükmün sözleşme muhtevasına dâhil olup olmadığı, yürürlük denetimi neticesinde kesinleşir. Bu safhadaki denetimin tamamlanmasıyla, şartları taşımayan sözleşme hükmü TBK. m. 21'in ifadesiyle, yazılmamış sayılır. İlgili hükümde kullanılan yazılmamış sayılma tabiri, isabetli değildir²⁵. Bu müeyyide ile ifade edilmek istenen, ilgili hükümlerin sözleşmenin muhtevasına dâhil olmamasıdır. Bu netice ise, sözleşmenin baştan eksik ve tamamlanmaya muhtaç olduğunu gösterir²⁶. Burada, hükümsüzlük/butlan meselesi söz konusu değildir²⁷.

2.2. YORUM DENETİMİ

Yürürlük denetiminin akabinde, sözleşme muhtevasına dâhil olan genel işlem şartının anlamının tam tespit edilebilmesi için nasıl yorumlanması gerektiği sorusuna cevap aranır. Bu safha, yorum denetimi adını alır. Genel işlem

²⁴ Bu hususta detaylı açıklamalara, "*Şahsî Anlaşmanın Önceliği*" başlığı altında yer verilmiştir.

²⁵ Aynı yönde görüş ve açıklamalar için bkz. **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 99; **Atamer**, Sempozyum, s. 32.

²⁶ **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 99-100; **Atamer**, Sempozyum, s. 32. Yazılmamış sayılan hükmün, sözleşmenin kapsamına girmediği yönünde görüş için bkz. **Şeker**, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, (BK. m. 21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması, İstanbul 2015, s. 34. Genel işlem şartlarının yürürlük denetimine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Grunewald/Peifer**, s. 20, kn. 41 vd.; **Atamer**, Sempozyum, s. 26 vd.; **Eren**, s. 221-222; **Oğuzman/Öz**, s. 164-166; **Yeniocak**, s. 81 vd.; **Baş Süzel/Aden**, s. 4 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 232 vd.; **Atamer**, Denetim, s. 81 vd.; **Atamer**, Armağan, s. 324 vd. Doktrinde, yürürlük denetimini bağlayıcılık denetimi olarak da isimlendirmektedir, **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 105 vd.; **Kaşak**, s. 415 vd. Farklı adlandırılırlar da, yürürlük denetimi ile bağlayıcılık denetimi arasında kapsam bakımından fark bulunmamaktadır.

²⁷ **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 99; **Atamer**, Sempozyum, s. 32; **Başalp**, s. 35. Yazılmamış sayılmanın neticeleri hakkında doktrindeki farklı görüşler ve detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 99, dn. 111.

şartlarının yorum denetiminde amaç, sözleşme muhtevasına dâhil olmuş olan genel işlem şartlarının muhtevasının, anlamının tam olarak tespit edilmesidir. Ancak bu sayede, bir şartın sahip olduğu muhteva ile son denetim safhası olan içerik denetiminden geçip geçemeyeceği tespit edilebilir²⁸.

Yorum denetimi neticesinde, tarafların müzakere etmek suretiyle belirlenmiş oldukları sözleşme şartlarının uygulanması söz konusu olabilir. Bu durumda, sözleşme şahsî hâle gelir²⁹. Şahsî anlaşmanın neticesi olan şart veya şartların genel işlem şartları ile çatışması ihtimal dâhilindedir. Nitekim bu husus, AMK. §. 305b'de şahsî anlaşmaların genel işlem şartlarına göre uygulanma önceliği olduğu şeklinde hüküm altına alınarak vurgulanmıştır³⁰. Bu durum, ilgili şart veya şartların yorumlanması ihtiyacını doğurur. Türk hukukunda da şahsî anlaşmanın genel işlem şartlarına göre uygulanma önceliğine sahip olduğu kabul edilmektedir³¹.

Genel işlem şartlarının yorumlanmasına dair hüküm getiren TBK. m. 23'te, genel işlem şartı sayılan bir düzenlemenin, açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde, kullananın aleyhine olan yorumun tercih edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu durum doktrinde, belirsizlik ilkesi olarak adlandırılır³².

²⁸ Aydın, s. 80 vd.; Huguenin, kn. 627 vd.; Eren, s. 223; Kocayusufpaşaoğlu, s. 239; Atamer, Denetim, s. 124; Atamer, Armağan, s. 326; Havutçu, Tüketicinin Korunması, s. 148. Benzer yönde görüş için bkz. Oğuzman/Öz, s. 168; Grunewald/Peifer, s. 20, kn. 48; Akman, s. 94-95.

²⁹ Gauch, Peter, Schlupe, Walter R., Schmid, Jörg, Emmenegger, Susan, OR AT, 10. Auflage, Zürich 2014, kn. 1144; Kramer, OR 1, kn. 219; Zerres, s. 283; Yeniocak, s. 90.

³⁰ Aynı yönde açıklamalar için bkz. Zerres, s. 281; Atamer, Sempozyum, s. 20; Yelmen, Adem, Türk Borçlar Hukuku'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014, s. 59.

³¹ Aydın, Haksız Şartlar, s. 100.

³² Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Atamer, Sempozyum, s. 35-36; Aydın, Haksız Şartlar, s. 102-103.

2.3. İÇERİK DENETİMİ

Sözleşme muhtevasına dâhil kabul edilen ve yorumlanarak anlamı tespit edilmiş olan hükmün, dürüstlük kuralına açıkça aykırı olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Genel işlem şartlarının içerik denetimi (TBK. m. 25) olarak adlandırılan bu son safhada, yürürlük ve yorum denetiminden geçen genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olarak, kullanan lehine sonuç doğurup doğurmadığı tespit edilir. Genel işlem şartları denetiminin en önemli kısmını oluşturan içerik denetimi neticesinde, sözleşmenin muhtevastaki genel işlem şartının geçerli olup olmayacağı tespit edilir³³. İçerik denetimi ile yürürlük denetimi genel işlem şartlarına farklı noktalardan yaklaşırlar. Bunun en güzel misâllerinden biri, beklenemez hükmüdür. Yürürlük denetimi sonucu bir hükmün beklenemez olmasının tespit edilmesi hâlinde, hüküm sözleşme muhtevastına dâhil edilemez. Ayrıca hükmün muhtevastının adil olup olmaması, yürürlük denetimi bakımından önemli değildir. İçerik denetiminde ise önemli olan, hükmün adil olup olmamasıdır³⁴. Bir şartın sözleşme hükmü hâline gelmesine rağmen, içerik denetimi neticesinde geçersiz sayılma ihtimalinin varlığı bu safhayı önemli hâle getirir³⁵. Zira içerik denetiminde, yürürlük denetiminden farklı olarak sözleşme muhtevastına dâhil olmuş genel işlem şartları mevcuttur. Bu şartlar taraflarca kabul edilmiş olmalarına rağmen, kanunkoyucu genel işlem şartlarını kullananın, sözleşmedeki menfaatler dengesini bozmasına engel olmak amacındadır. Bu sebeple, hâkimin dürüstlük kuralını temel kıstas olarak kabul edip, gerçekleştireceği denetim vasıtasıyla, sözleşmeye müdahalesine açıkça müsaade etmiştir. Hâkim, içerik denetimi sonucunda dürüstlük kuralına açıkça aykırı

³³ Benzer yönde açıklama için bkz. **Tiftik/Özcan**, s. 37 vd.; **Zerres**, s. 284 vd.; **Eren**, s. 223-224; **Grunewald/Peifer**, s. 20, kn. 49 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 167-168; **Harke**, s. 63, kn. 72; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 232, 239 vd.; **Yeniocak**, s. 94; **Baş**, s. 290 vd.; **Gümüş**, s. 57 vd.; **Akman**, s. 95 vd.; **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 153; **Çınar**, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 119; **Atamer**, Armağan, s. 326.

³⁴ **Atamer**, Denetim, s. 110.

³⁵ **Atamer**, Sempozyum, s. 41.

olduğunu tespit ettiği genel işlem şartlarının kesin hükümsüz olduğuna karar verir³⁶.

3. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA İSPAT YÜKÜ

Genel işlem şartlarının denetimi esnasında sözleşmenin tarafları, ispat meseleleri ile karşı karşıya kalmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, genel işlem şartları denetiminin kabul edilmesinin temel gerekçesi, sözleşmedeki menfaatler dengesinin dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde taraflardan biri aleyhine önemli şekilde bozulmuş olmasıdır. Bu sebeple genel işlem şartları niteliğinin tespiti, bu şartların sözleşme içeriğine dâhil olmasının belirlenmesi, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadıklarının saptanması gibi gerekliliklerin mevcudiyetinde; genel işlem şartlarını kullanan taraf, sağlanan hukukî koruma bakımından, sözleşmenin diğer tarafına göre hep bir adım geridedir. Bunun en somut misallerinden biri ispat yükünde karşımıza çıkar. Gerçekten de, genel işlem şartları denetiminde ispat yüküne dair tespitlerde, karşı tarafın menfaati ön planda tutulmuştur.

3.1. GENEL OLARAK İSPAT YÜKÜ

3.1.1. İSPAT VE İSPAT YÜKÜ KAVRAMLARI

Bir önermenin doğruluğuna dair karar verilebilmesi amacıyla, bir illiyetin ortaya konulmasına ispat adı verilir³⁷.

Bir kimsenin iddia veya savunmasında haklı olması, davayı kazanması için yeterli değildir. Zira ispat edilemeyen iddia ve savunma sonuca etki etmez.

³⁶ Aydın, Haksız Şartlar, s. 113; Eren, s. 234 vd.; BSK OR I/Corrine Zellweger-Gutknecht/Eugen Bucher, Ahn. Art. 1, kn. 65; Atamer, Sempozyum, s. 61; Tiftik/Özcan, s. 52; Zerres, s. 287; Baş, s. 281; Aydoğdu, s. 133-134; Gümüş, s. 59.

³⁷ Konuralp, Halûk, Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s. 8. Doktrinde başka ispat tanımı için ayrıca bkz. Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 5.

Bu sebeple, bir davada hangi tarafın, hangi hususu ispat etmesi gerektiğinin tespiti, davanın sonucunu belirler. İşte bu hususa, ispat yükü (ispat külfeti) adı verilir³⁸. İspat yükü kendisine düşen taraf bunu yerine getirmemezse, davayı kaybetme riskiyle karşı karşıya kalır³⁹. Bu durumda ispat yükü, ispatsızlık veya belirsizlik hâlinin sonuçlarının düzenlenmesi anlamına gelir⁴⁰.

3.1.2. İSPATIN KONUSU

İspatın konusu; taraflarca ileri sürülen, üzerinde anlaşma sağlanamamış ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olan vakialardır⁴¹. Taraflarca hazırlama ilkesinin hâkim olduğu davalarda, mahkemeden talepte bulunan taraf, hakkını dayandırdığını varsaydığı olay veya olayları iddia etmelidir⁴². İddia edilmiş olayların ispatı neticesinde, davanın lehe sonuçlanması ihtimali gündeme gelir. Görülmekte olan bir davada ispat yükünün kime ait olduğunun belirlenmesi; hâkimin verdiği kararın, bu yükü yerine getirmeyen taraf aleyhine olması ihtimali

³⁸ **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001, s. 1972; **Pekcanitez**, Hakan, **Atalay**, Oğuz, **Özekes**, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 2017, s. 331; **Umar**, Bilge, **Yılmaz**, Ejder, İsbat Yükü, İstanbul 1980, s. 2; **Bilge**, Necip, **Önen**, Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 498-499; **Arslan**, Ramazan, **Yılmaz**, Ejder, **Taşpınar Ayvaz**, Sema, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 378; **Muşul**, Timuçin, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2012, s. 321; **Karsh**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 551; **Oğuzman**, M. Kemal, **Barlas**, Nami, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul 2015, s. 327. Davanın konusu olayların gerçekleşip gerçekleşmediğinin hangi tarafça ispat edileceği ve bunun davaya etkisi, ispat yükü kurallarınca belirlenir, **Köroğlu**, Emre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'na Göre İspat Yükü, Yargıtay Dergisi, C. 43, Y. 43, S. 1, s. 181-223, özellikle s. 183-184.

³⁹ **Kuru**, s. 1972; **Umar/Yılmaz**, s. 3; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 331; **Bilge/Önen**, s. 499; **Karsh**, s. 551; **Oğuzman/Barlas**, s. 327; **Belgesay**, Mustafa Reşit, İsbat Külfeti, Ülke Broşürleri, Hukuk Serisi No: 1, İstanbul, s. 3; **Uyar**, Talih, Yargıtay Kararlarında İsbat Yükü (MK. m. 6), Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 831-877, özellikle s. 834.

⁴⁰ **Atalay**, s. 9.

⁴¹ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 376; **Başözen**, Ahmet, Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara, 2010, s. 85.

⁴² **Başözen**, s. 85. Oysa re'sen araştırma ilkesinin hâkim olduğu davalarda hâkim tarafların dayandığı olaylarla bağlı değildir, **Başözen**, s. 86. Taraflarca hazırlama ve re'sen hazırlama ilkeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 177 vd. Hemen belirtmek gerekir ki, çekişmeli yargıda re'sen araştırma ilkesi istisnadır. Bu durum, HMK. m. 25'te "Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz./Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.", şeklinde hüküm altına alınmıştır.

sebebiyle önemlidir⁴³. Taraf için bir yükümlülük değil, usûlî bir külfet (yük) olan ispata dair kurallar, hâkimin olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda kanaat edinebilmesi için belirsizlik durumunun aşılmasına yardım ederler⁴⁴.

3.1.3. İSPAT YÜKÜNÜ TESPİTTE TEMEL KANUNİ DÜZENLEMELER

Türk hukukunda ispat yükünün paylaşılmasına ilişkin temel esas, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 6. maddesinde hüküm altına alınmış olan, “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” düzenlemesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 190. maddesinde yer alan “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.”, hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu sebeple, ispat yükünün kural olarak öncelikle bu hükümlere göre paylaşılması zaruridir⁴⁵.

TMK. m. 6’da, “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” ifadesiyle, kural olarak taraflardan her birinin hakkını dayandırdığı olguları ispat etmesi gerektiğine ilişkin düzenleme getirmiştir⁴⁶. Bu gerekliliğin yerine getirilmemesi hâlinde, ispat yükü üzerinde olan taraf, aleyhine doğacak sonuçlara katlanmalıdır⁴⁷. TMK. m. 6’da yer alan ispat yüküne ilişkin kuralın tek başına yeterli ol-

⁴³ Başözen, s. 86.

⁴⁴ Başözen, s. 86. Benzer yönde görüş için bkz. Kuru, s. 1975; Bilge/Önen, s. 498-499; Umar/Yılmaz, s. 3.

⁴⁵ Umar/Yılmaz, s. 44. MK. m. 6’da taraflardan her birinin iddialarını ispat ile yükümlü tutulmuş olması, ispat külfetinin sadece davacıda olmadığı bir göstergesidir, Belgesay, s. 4.

⁴⁶ TMK. m. 6 hükmü, mehzaz düzenlemeyi tam anlamıyla karşılamaması sebebiyle haklı olarak eleştiriye uğramıştır. Zira İsviçre Medeni Kanununda ispat yüküne ilişkin ilgili hüküm, “Yasa başka bir çözüm belirlemedikçe iddia edilmiş bir olayın varlığını, bundan (olaydan) kendi lehine haklar doğan kimse ispat etmelidir”, anlamında kaleme alınmıştır, Uyar, s. 832; Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 332.

⁴⁷ Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 331. Benzer yönde görüş için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 327.

maması ve mehzaz düzenlemeyi tam anlamıyla yansıtmaması sebebiyle⁴⁸, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 190. maddesinde “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.”, şeklinde düzenleme getirilmiştir⁴⁹.

TMK. m. 6 ve HMK. m. 190'daki düzenlemelerin ortak özelliği, her ikisinin de kanunda özel bir düzenleme bulunmaması hâlinde getirilmiş kurallar olmasıdır⁵⁰. Kanunkoyucu istisnai olarak bazı durumlarda, ispat yükünün iddia da bulunan tarafta değil, diğerinde olmasını kabul etmiştir⁵¹. Genel olarak, normal durumun aksinin ispat edildiği hâllerde⁵², ispat yükünün kanunla belirlendiği durumlarda⁵³ ve karinelerin mevcudiyeti hâlinde⁵⁴ ispat yüküne ilişkin genel

⁴⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 332.

⁴⁹ HMK. m. 190 ile TMK. m. 6 hükümlerinin her ikisi de ispat yüküne ilişkin düzenlemeler olmalarına rağmen, HMK. m. 190'da ispata yönelik olayı kimin ileri sürdüğü değil, o olaydan hangi tarafın hak çıkardığı önemlidir. Hak çıkaran tarafın çoğu zaman davacı olduğu kabul edilse de, her davada ispat yükünün davacıda olduğu savunulamaz. Boşanma davasında, boşanma şartlarının oluştuğunu ispat yükü davacıdayken, zamanaşımını def'inin ileri sürülmesinde, zamanaşımının gerçekleştiğini ispat yükü davalıya düşer, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 333. Benzer yönde görüş için bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 380.

⁵⁰ İlgili hükümlerin muhtevası ve yürürlüklerine dair açıklamalar için bkz. Köroğlu, s. 187 vd.

⁵¹ Bilge/Önen, s. 501-502; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 333; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 380; Karşlı, s. 556; Oğuzman/Barlas, s. 331 vd.

⁵² Belgesay, s. 6; Uyar, s. 835; Köroğlu, s. 205. Normal bir duruma dayanan tarafın bu iddiasını ispat etmesine gerek yoktur. İspat yükü, normal durumun aksini iddia edene düşer. Meselâ bir sözleşme ilişkisinde asolan fiil ehliyetinin varlığıdır. Zira sözleşme ehliyetinin mevcudiyeti sözleşmenin geçerlilik şartları arasında yer alır. Normal olmayan, sözleşme taraflarında fiil ehliyetinin bulunmamasıdır. Bu sebeple karşı tarafın ehliyetsiz olduğunu iddia eden, ispat yükünü yerine getirmek zorundadır, Karşlı, s. 556-557; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 380.

⁵³ Bazı durumların önemine binaen kanunkoyucu ispat yükünün kimde olması gerektiğini özel olarak düzenlemiştir. Meselâ TMK. m. 287/I'deki düzenlemeye göre, çocuk ana rahmine düşmüşse, davacı, kocanın baba olmadığını ispat etmek zorundadır. Bu gibi hâllerde, TMK. m. 6 ve HMK. m. 190'daki genel ispat yükü kuralı uygulanmaz, ispat yüküne dair bir araştırmaya gerek olmaksızın, bu yükün kanunun öngördüğü tarafta olduğu kabul edilir, Köroğlu, s. 207-208; Karşlı, s. 557; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 381; Uyar, s. 836. Benzer şekilde kanunkoyucu TMK. m. 3'te de ispata ilişkin genel kuraldan ayrılarak, iyi niyetini ileri sürenin iyi niyetin aslı olduğu karinesine dayanması sebebiyle, onun kötü niyetli olduğunu iddia edenin bu iddiasını ispatla mükellef olduğunu benimsemiştir. Bunun yanında kanunkoyucu kötü niyeti ispat etmek zorunda olanın güçlük arz eden ispat şartları altında ezilmesini önlemek amacıyla ispat yükünü nisbeten kolaylaştıran TMK. m. 3/II hükmünü getirmiştir. Hükme göre, kendisine karşı tarafın kötü niyetli olduğunu ispat yükü düşen taraf; iyi niyeti aslolanın durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermediğini ispat ederse, kendisine düşen ispat yükünden kurtulmuş olur. TMK. m. 3'ün ispat yükü bakımından incelenmesi hak-

düzenlemeler olan TMK. m. 6 ve HMK. m. 190'daki hükümlere istisnalar getirildiği kabul edilir⁵⁵.

3.2. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA İSPATA DAİR KANUNİ DÜZENLEMELER

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinde, genel işlem şartlarında ispat yüküne dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir⁵⁶. Bu sebeple, TMK. m. 6'daki ve HMK. m. 190'daki ispat yüküne ilişkin genel düzenlemelerin genel işlem şartlarının ispatında da uygulanacağı, öncelikle kural ola-

kında detaylı bilgi için bkz. **Alangoya**, Yavuz, İspat Yükü Yönünden MK. 3, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 27, S. 1-4, s. 358-361.

⁵⁴ Karine; belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için çıkarılan sonuçtur, **Umar/Yılmaz**, s. 165; **Kuru**, s. 2006; **Bilge/Önen**, s. 505; **Karşlı**, s. 558; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 382; **Köroğlu**, s. 209. Karineler fiilî ve kanunî olmak üzere ikiye ayrılırlar. Fiilî karine, yaşam deneyimine dayanır ve belli olan bir olaydan belli olmayan olay için çıkarılan sonuçlardır. Kural olarak, fiilî karine lehine olan taraf, o hususu ispat etmiş sayılır ve yine kural olarak fiilî karinenin aksini karşı taraf ispat edebilir. Kanunî karine ise, belli olan bir olaydan belli olmayan olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçtur. Kanunî karine lehine olan taraf, o olayı ispat etme yükünden kurtulur. Kanunî karineler de, kesin kanunî karineler ve adî kanunî karineler olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. Kesin kanunî karinelerde, bu karinenin aksini ispat mümkün ve caiz değildir. Meselâ, TMK. m. 1020/III' de yer alan, "*Kimse tapu sicilindeki bir kaydın bilinmediğini ileri süremez.*" hükmüne göre, tapu sicilindeki bir kaydın bilinmediği iddia edilemez. Bunun ispatı da mümkün değildir. Adî kanunî karinelerin ise, aksinin ispatı mümkündür. Bunlar aksi ispat edilinceye kadar delil niteliklerini devam ettirirler. Misalen, TMK. m. 285/I' de yer alan "*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.*" hükmü, adî kanunî karinedir. Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olmadığına ispatı mümkündür. Karineler ve bunların ispat yükü üzerindeki etkileri için ayrıca bkz. **Umar/Yılmaz**, s. 165 vd.; **Atalay**, s. 46 vd.; **Kuru**, s. 2006 vd.; **Bilge/Önen**, s. 505-507; **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 565; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 382-383; **Karşlı**, s. 558-559; **Muşul**, s. 325-326; **Oğuzman/Barlas**, s. 334 vd.; **Köroğlu**, s. 207 vd.

⁵⁵ İspat yüküne ilişkin genel hükümlere getirilen istisnalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Kuru**, s. 1978 vd.; **Bilge/Önen**, s. 501 vd.; **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 333 vd.; **Karşlı**, s. 556 vd.; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 380 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 332 vd. Ayrıca ikrar edilen olguların varlığı hâlinde de, ispat yüküne ilişkin genel kuralların istisnaları mevcuttur. Şöyle ki, hâkim önünde ikrar edilen olgular artık çekişmeli sayılmaz. Bu durum HMK. m. 188/I' de, "*Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez.*" hükmüyle açıkça belirtilmiştir. İspatı gerekmeyen bir olayın varlığı hâlinde ispata ilişkin bir yükün bulunmadığı sonucu çıkar. İkrar ile ispat yükü arasındaki ilişki hakkında detaylı bilgi için bkz. **Umar/Yılmaz**, s. 191 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 332-333. Somut olayda, hangi tarafın ispat külfeti altında bulunduğunu belirlemek için ileri sürülen teoriler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Belgesay**, s. 5-6.

⁵⁶ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 132; **Baş Süzel/Aden**, s. 3; **Atamer**, Sempozyum, s. 24.

rak kabul edilmelidir⁵⁷. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılmış olan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte (Haksız Şartlar Yönetmeliği) ispat yüküne ilişkin özel düzenlemeler mevcuttur.

TKHK. m.5/III, c. 2’de, “Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür.” hükmü ile sözleşmeyi düzenleyene, standart şartın münferiden tartışıldığı iddiasını ispat yükü getirilmiştir⁵⁸. Aynı düzenlemeye, Haksız Şartlar Yönetmeliğinin madde 5/II, c. 2 hükmünde de yer verilmiştir⁵⁹. Bunun yanında 93/13/AET Sayılı Direktifin, “Denetim Ölçütü” başlıklı 3. maddesinin 2. fıkrasının 2. alt paragrafında, “Girişimci, Standart sözleşmenin bir koşulunun bireysel sözleşme konusu yapıldığını iddia ederse, bunu ispat yükü altındadır.”, düzenlemesine yer verilerek aynı yönde tutum benimsenmiştir. Tüketicinin, genel işlem şartlarını düzenleyen karşısındaki dezavantajlı konumu dikkate alındığında, ilgili düzenleme isabetlidir⁶⁰. Tüketicinin korunmasına yönelik mevzuatta yer alan ilgili düzenlemeler, tüketicinin taraf olduğu standart sözleşmelere dairdir. Bunun yanında, yukarıda da izah edildiği üzere, tüketicinin taraf olduğu sözleşme

⁵⁷ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 133.

⁵⁸ Esasen ilgili düzenleme, TMK. m. 6 ve HMK. m. 190 hükümlerine uygunluk arz eder. Benzer yönde görüş için bkz. **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 10.

⁵⁹ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun altıncı maddesinin beşinci fıkrasında, bir standart şartın münferiden tartışıldığını iddia eden satıcı veya sağlayıcının bunu ispatla mükellef olduğu düzenlenmişti. Bu Kanun uyarınca çıkarılan ve 25137 sayılı ve 13.06.2003 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik’in beşinci maddesinin üçüncü fıkrasında bir standart şartın münferiden tartışıldığının ispatının, bunu iddia eden satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştı. Yürürlükten kalkmış olan ilgili hükümlerin uygulandığı dönemdeki ispat yüküne dair açıklamalar için bkz. **Aydın**, s. 249. Görüldüğü gibi 4077 sayılı Kanun zamanında bir standart şartın müzakere edildiği iddiasının ispatı, Kanuna göre bunu iddia eden satıcı veya sağlayıcı tarafından, Yönetmeliğe göre ise, aynı iddiadaki satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından gerçekleştirilmek zorundaydı. 6502 sayılı Kanun ve buna bağlı olarak çıkarılan Yönetmelik ile 4077 sayılı Kanun dönemindeki, Kanun ile Yönetmelik arasındaki çelişki giderilmiştir. Gerek 6502 sayılı Kanunda, gerekse Haksız Şartlar Yönetmeliği’nde standart bir şartın müzakere edildiği iddiasına sahip olan düzenleyenin, bu iddiasını ispatla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

⁶⁰ Aynı yönde görüş için bkz. **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 127.

standart olmasa bile haksız şartlar denetimine tâbi tutulabilir⁶¹. Meselâ, münferiden tek bir defa kullanılmak amacıyla hazırlanmış bir sözleşme, hükümleri müzakere edilmeksizin tüketici tarafından kabul edilebilir. Bu sözleşmede müzakere edilmeden ya da edilmesine imkan tanınmadan yer almış şartlar dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, ilgili şartlar haksız kabul edilir. Bu durumda, tüketici bu şart veya şartların müzakere edilmediğini iddia ediyorsa, TMK. m. 6 ve HMK. m. 190 gereği bu iddiasını ispat etmelidir⁶². Nitekim TKHK. m.5/III, c. 2, Haksız Şartlar Yönetmeliği madde 5/II, c. 2 ve 93/13/AET Sayılı Direktifin 3. maddesinin 2. fıkrasının 2. alt paragrafındaki düzenlemelerin tamamı, standart sözleşmenin varlığı hâlinde uygulanma kabiliyetine sahiptir. Genel işlem şartlarının unsurları kısmında da belirtildiği üzere, genel işlem şartlarından bahsedebilmek için, standart bir sözleşmenin varlığı şarttır. Bu sebeple, standart şartları ihtiva etmeyen bir anlaşmanın genel işlem şartları denetimine tâbi tutulması mümkün değildir.

TKHK. m. 5/III'nin birinci cümlesinde ise, "*Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.*", hükmüne yer verilmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun aksine, daha sonra getirilmiş bir düzenleme olmasına rağmen, Türk Borçlar Kanununda genel işlem şartlarında ispat yüküne dair hükümlere yer verilmemiştir. Bu durum hiç şüphesiz bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

Genel işlem şartlarında ispat yükünün dağılımına ilişkin Türk Borçlar Kanununda hüküm bulunmaması, yukarıda da belirttiğimiz üzere, ispata dair genel düzenlemeler olan TMK. m. 6 ve HMK. m. 190'ın uygulanmasını gündeme getirir. Ancak Türk Borçlar Kanunundaki genel işlem şartlarıyla benzer

⁶¹ Aydın, Haksız Şartlar, s. 95; Atamer, Armağan, s. 328. Burada sadece haksız genel işlem şartlarının denetlenebileceği yönünde görüş için bkz. Aydoğdu, s. 174 vd.

⁶² Aydın, s. 249; Atamer, Armağan, s. 299-300.

amaca hizmet eden Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve Haksız Şartlar Yönetmeliğinde ispat yüküne ilişkin genel düzenlemelerden ayrılan hükümlere yer verilmiştir. Bu yolla, korunmaya daha fazla muhtaç olan tüketicinin sırtından ispat yükü alınmıştır. Buna rağmen Türk Borçlar Kanununun uygulama alanına giren durumlarda, genel işlem şartlarının mağduru olan tarafın ispat yükü altında olması, düzenlemeyle ulaşılmak istenen amaca ters düşmektedir. Bu sebeple, tüketiciyi korumaya yönelik mevzuatın ispat yüküne dair hükümleri, Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına dair düzenleme bulunmayan hâllerde kıyasen uygulanabilir⁶³. Bu kabul, 93/13/AET Sayılı Direktife de uygunluk arz eder. Ayrıca Direktifin Ekinde yer alan listenin “*Madde 3 Fıkra 3’te Anılan Türde Koşullar*” başlıklı 1. maddesinin “i” bendinde, sözleşmenin kurulmasından önce tüketicinin fiilen bilgi sahibi olamadığı şartları, aksi ispat edilemeyecek şekilde, tüketicinin kabul ettiğinin öngörülmesine ilişkin kayıtların, kötüye kullanılabilir olduğu belirtilmiştir. Bu sayede, sözleşmeye konulacak hükümlerle, tüketicinin ispat imkânının kaldırılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Benzer düzenlemeye, Haksız Şartlar Yönetmeliğinin “*Haksız Sözleşme Şartları*” başlıklı Ekinin, birinci fıkrasının “ğ” bendinde, “*Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar,*”, ifadeleriyle yer verilmiştir.

Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartları anlamında mehzaz düzenlemesi olan, Alman Medeni Kanununun⁶⁴ genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri arasında (§ 305-310), sınırlı da olsa ispat yüküne dair düzenlemelere yer verilmiştir. Şöyle ki, sadece içerik denetimi bahsinde 309. paragrafta yer alan, hâkime takdir yetkisi vermeyen yasak şartlar başlığı altında 12. bentte, ispat

⁶³ Benzer yönde görüş için bkz. **Eren**, s. 230-231; **Atamer**, Sempozyum, s. 24.

⁶⁴ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına dair düzenlemeleri, farklılıklar ihtiva etmekle birlikte, Alman Medenî Kanununun benzer düzenlemelerinden esinlenilerek düzenlenmiştir. Bu hususta detaylı açıklama için bkz. **Baş Süzel/Aden**, s. 3.

yüküne ilişkin düzenleme mevcuttur. İlgili hükme göre, kullananın ispat yükünü diğer taraf aleyhine değiştirdiği şartlar; özellikle, karşı tarafa kullananın sorumluluk alanında bulunan hususlar için ispat yükü getiren veya karşı tarafa bazı vakıaları teyit ettiren kayıtların sözleşme içerisinde yer alması hâlinde, hâkimin başka bir değerlendirme yapmasına gerek olmaksızın, bu hükümleri geçersiz sayacağı düzenlenmiştir⁶⁵.

Genel işlem şartları denetiminde, gerek bir şartın standart olarak nitelendirilmesinde, gerekse denetim safahatında ispat yükünün hangi tarafta olduğunun belirlenmesi önem arz eder. Genel işlem şartlarına ilişkin kanunî düzenlemelerin getirilme amacının, sözleşmede yer alan şartlarla menfaatler dengesinin dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde karşı taraf aleyhine önemli oranda bozulmasını önlemek olduğu göz önünde bulundurulursa, ispat yükünün tespi-

⁶⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 250; **Atamer**, Denetim, s. 41; **Aydoğdu**, s. 155-156. Alman Medeni Kanunu içerik denetimine ilişkin üçlü bir sistem getirmiştir. Buna göre, genel işlem şartlarından bazıları hâkimin takdirine bırakılmaksızın her hâlde geçersiz sayılmıştır. Bunlar: Kısa vadeli fiyat artışları, ifadan kaçınma hakkı, takas yasağı, ihtar, mehil, tazminat taleplerinin götürü tespiti, cezai şart, ağır ihmal hâlinde sorumluluk, temerrüt, imkânsızlık, kısmi temerrüt kısmi imkânsızlık, tekeffül, vaat edilen niteliklerden dolayı sorumluluk, sürekli borç ilişkilerinin süresi, sözleşme tarafının değişmesi, temsilcinin sorumluluğu, ispat külfeti, bildirimlerin ve beyanların şekli başlıkları altında 309. paragrafta zikredilmiştir. Bu kayıtların varlığı hâlinde kesin kanunî bir karine kabul edilmiştir ve bunların sözleşme muhtevasında yer almaları hâlinde doğrudan geçersiz sayılacakları hüküm altına alınmıştır. Bu kayıtların dürüstlük kuralına aykırı olmadığının ispatına imkân verilmemiştir. İlgili hüküm hakkında detaylı bilgi için bkz. **Aydın**, s. 95-96; **PWW/K.P. Berger**, § 309; **Atamer**, Denetim, s. 302-305; **Palandt/Grüneberg**, § 309; **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 177-178. Diğer yanda ise, hâkimin takdirine bağlı olarak geçersiz sayılabilecek bir grup hükme yer verilmiştir. Bunlar: Kabul ve ifa süreleri, mehil, dönme hakkının saklı tutulması, değiştirme hakkının saklı tutulması, varsayımsal beyanlar, varma varsayımı, sözleşmelerin tasfiyesi başlıkları altında, ilgili Kanunun 308. paragrafında düzenlenmişlerdir. 308. paragrafta sayılan kayıtlardan birinin sözleşmede yer alması hâlinde hâkim bunun dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını takdir eder. Bu kayıtların varlığı bir karine teşkil eder. Ancak 309. paragraftakinden farklı olarak bunların varlığının dürüstlük kuralına aykırı olmadığını ispat edilmesi mümkündür. İlgili hüküm hakkında detaylı bilgi için bkz. **Aydın**, s. 96-97; **PWW/K.P. Berger**, § 308; **Atamer**, Denetim, s. 301-302; **Palandt/Grüneberg**, § 308; **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 177-178. Son olarak ise genel bir düzenleme ile denetim normu getirilerek, hâkime karşı tarafı dürüstlük kuralına aykırı şekilde mağdur edecek hükümleri kesin hükümsüz sayma yetkisi verilmiştir. İlgili hüküm, Alman Medeni Kanununun 307. paragrafında düzenlenmiştir. İlgili hüküm hakkında detaylı bilgi için bkz. **Aydın**, s. 97 vd.; **PWW/K.P. Berger**, § 307; **Palandt/Grüneberg**, § 307; **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 168 vd.; **Atamer**, Denetim, s. 301; **Çınar**, s. 140 vd.

tinde de onun bu durumunun değerlendirmeye etki etmesi gerekir. Zira yukarıda belirttiğimiz gibi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile buna bağlı mevzuatta, 93/13/AET Sayılı Direktifte eğilim bu yöndedir.

4. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ŞAHSÎ (BİREYSEL) ANLAŞMA VE İSPATI

Genel işlem şartlarının varlığından ve dolayısıyla denetiminden bahsedilmek için sözleşmenin şahsî anlaşma niteliğinde olmaması gerekir. Bu sebeple taraflar arasındaki anlaşmanın şahsî olup olmadığının belirlenmesi ayrı bir ehemmiyeti haizdir. Şahsî anlaşmanın varlığının ispatı ise, bu soruna çözüm getirme noktasında büyük kolaylık sağlar.

4.1. ŞAHSÎ ANLAŞMA

Tarafların karşılıklı müzakere ve pazarlıkları sonucu oluşmuş anlaşmalar, karşı tarafın gerçek iradesini genel işlem şartları kullananın baskısı altında kalmadan sözleşmeye yansıttığının göstergesidir⁶⁶. Genel işlem şartları üzerinde tarafların müzakere etmeleri, anlaşmaya şahsî nitelik kazandırır⁶⁷. Şahsî anlaşma tâbiri, sadece üzerinde müzakere edilmiş bir şartı ifade edebileceği gibi, tamamı pazarlık konusu edilmiş sözleşme için de kullanılabilir. Şahsî anlaşmanın mevcudiyeti, tarafların eşit ve özgür şekilde sözleşmeye etki etme imkânı olduğunu ortaya koyar⁶⁸. Bu şekilde oluşturulmuş bir sözleşme, artık genel işlem şartları anlamında standart⁶⁹ değil, şahsî bir sözleşmedir⁷⁰. Bu sözleşme ile

⁶⁶ Benzer yönde açıklamalar için bkz. Aydın, s. 83; PWW/K.P. Berger, § 305b, kn. 1.

⁶⁷ Furrer Andreas ve Anton K. Schnyder, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Auflage, Art. 1-183, Zürich 2016, OR 1, s. 20, kn. 49; PWW/K.P. Berger, § 305b, kn. 2.

⁶⁸ Atamer, Bireysel Pazarlık, s. 104.

⁶⁹ Standart sözleşmelerde, taraflardan birinin önceden hazırlamış olduğu sözleşme muhtevası o hâliyle kabul edilir. Karşı taraf ekonomik, sosyal vb. sebeplerle sözleşme şartlarına müdahale edemez ve herhangi bir değişiklik yapmaksızın sözleşmeyi kabul eder, Bahtiyar, Mehmet, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, Yargıtay Dergisi, C.22, S. 1-2, Ocak-Nisan 1996, s. 86; Çınar, s. 52. Standart sözleşmeler sayesinde, genel işlem şartları kullanan

karşı taraf, genel işlem şartları kullanmak isteyen soyut ve genel düzenlemelerine karşı, somut hükümlerin metne dahilini sağlayabilmektedir⁷¹.

Karşı tarafa müzakere imkânı tanımadan, sadece genel işlem şartları hususunda yapılan açıklama, aydınlatma, bilgilendirme, anlaşmayı şahsî hâle getirmez⁷². Zira sözleşmenin karşı tarafının sadece bilgi sahibi olması, müzakere imkânı olduğu sonucunu doğurmaz. Bu durumda, ilgili taraf çoğu zaman bu şartlara etki etme imkânına sahip değildir. Ancak genel işlem şartları kullananın müzakere imkânı tanımış olması rağmen, karşı tarafın bu müzakereden istifade etmeden sözleşmenin tarafı hâline gelmesi mümkündür. Bu yolla meydana gelen sözleşme, yine şahsîdir. Nitekim genel işlem şartları kullananın bu şartların muhtevasını ciddi şekilde tartışmaya açmış olması ve karşı tarafa da fiilî olarak müdahale imkânı tanınması, müzakerenin varlığını kabul edilebilir hâle getirir⁷³.

Şahsî anlaşma, sözleşmeler için öngörülmüş olan şartları haiz olmalıdır⁷⁴. Bu anlaşma için şekil şartı öngörülmemiştir. Anlaşma, yazılı olabileceği

taraf, aynı amaçla birden fazla benzer sözleşme akdetme ihtimali söz konusu olduğu için hem zamandan tasarruf etmekte, hem de aynı konuya ilişkin birden fazla sözleşme ve akabinde davanın muhatabı olmaktan kurtulmaktadır. Ancak standart sözleşmeler zamanla sözleşmeyi hazırlayanın işini kolaylaştırmak yerine, dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde sözleşmenin karşı tarafının aleyhine hükümler ihtiva eder hâle gelmiştir. Bu şartlar, menfaatler dengesinin karşı taraf aleyhine aşırı derecede bozulması neticesini doğurmuştur. Benzer yönde görüş için bkz. **Atamer**, Denetim, s. 1-2; **Çınar**, s. 51; **Havutçu**, Ayşe, Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi- Bir Yargıtay Kararı Hakkında Düşünceler, İzmir Barosu Dergisi, S. 4, Ekim 1998, (Kısaltılmışı: **Havutçu**, İçerik Denetimi), s. 29. Standart şartların, kullanan lehine ve dolayısıyla karşı taraf aleyhine doğurduğu neticeler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Morin**, s. 39 vd. Uygulamada bu tip sözleşmeleri ifade etmek için, standart tâbirinin yanında; tip, kitle-sel, seri, formüler, çerçeve, kalıp gibi terimler de kullanılmaktadır. **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 6; **Aydoğdu**, s. 41-42. Bunun yanında isabetli olmamakla birlikte, bu tür sözleşmeler için iltihaki (katılmalı) sıfatı da kullanılmaktadır. Aynı yönde tespit için bkz. **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 6; **Tiftik/Özcan**, s. 28.

⁷⁰ **Akman**, s. 86; **PWW/K.P. Berger**, § 305b, kn. 2; **Atamer**, Denetim, s. 73; **Atamer**, Sempozyum, s. 20; **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 1; **Palandt/Grüneberg**, § 305b, kn. 2; **Havutçu**, İçerik Denetimi, s. 28.

⁷¹ **Palandt/Grüneberg**, § 305b, kn. 1.

⁷² **PWW/K.P. Berger**, § 305b, kn. 2.

⁷³ **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 93; **Aydın**, s. 62.

⁷⁴ **PWW/K.P. Berger**, § 305b, kn. 1.

gibi, şekil şartı olmaksızın da (sözlü) gerçekleştirilebilir⁷⁵. Anlaşma, yazılı gerçekleştirildiği takdirde, bunun el yazısı ya da makine aracılığıyla yazılmış olması farklı netice doğurmaz⁷⁶. Bu anlaşmanın, zımnî olarak gerçekleştirilmesi de mümkündür⁷⁷.

Genel işlem şartlarının tanımında da yer verildiği üzere; ancak birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanmış olan şartlar, genel işlem şartı sayılabilir⁷⁸. Birden fazla sözleşmede kullanılma amacının mevcudiyeti yeterlidir, bunun fiilen gerçekleşmiş olması aranmaz⁷⁹. Genel işlem şartlarının bu amaçla oluşturulmaları, standart sözleşme meydana getirme gayesinin somut bir sonucudur. Bu sayede, genel işlem şartları kullanan, dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde karşı tarafın (müşterinin) aşırı derecede aleyhine olan şartlarla dolu standart sözleşmeleri, risk üstlenmeden akdetme imkânı bulur⁸⁰. Ayrıca, genel işlem şartlarının varlığından bahsedebilmek için bunların kullanan tarafından sözleşmeye dâhil edilmek amacıyla karşı tarafa sunulmuş olmaları gerekir⁸¹. Genel işlem şartlarının önceden hazırlanarak karşı tarafa sunulmuş olmaları, bunların müzakereye açık olmadıkları yönünde bir karinedir⁸². Bir kül

⁷⁵ Aydın, s. 83; PWW/K.P. Berger, § 305b, kn. 2.

⁷⁶ Palandt/Grüneberg, § 305b, kn. 2.

⁷⁷ Palandt/Grüneberg, § 305b, kn. 2.

⁷⁸ Grunewald/Peifer, s. 20, kn. 37; Atamer, Denetim, s. 66; Zerres, s. 280.

⁷⁹ Atamer, Denetim, s. 67. Aydoğdu, Uygulama Alanı, s. 17-18. Ancak matbu olarak hazır bulunan şartların, bir defa kullanılmak üzere sözleşmeye dâhil edilmek istenmesi bunların genel işlem şartı olması özelliğini ortadan kaldırmaz. Meselâ bir avukat tarafından hazırlanmış olan kira sözleşmesi metninin, sadece bir kira sözleşmesi için müvekkil dahi olmayan biri tarafından kullanılması, bu sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem şartları denetimine tabi tutulmasını engellemez. Nitekim burada ilgili şartlar, avukat tarafından, birden fazla kullanılmak amacıyla hazırlanmış olma özelliğine sahiptir.

⁸⁰ Benzer yönde açıklamalar için bkz. Zerres, s. 278.

⁸¹ Atamer, Denetim, s. 69. Burada önemli olan genel işlem şartlarının kim tarafından sunulduğudur. Genel işlem şartlarını kimin kaleme aldığı önemli değildir. Karşı tarafı, icabını genel işlem şartları çerçevesinde gerçekleştirmek zorunda bırakan da, genel işlem şartı kullanandır, Atamer, Denetim, s. 69.

⁸² Bu karineye, 93/13/AET Sayılı Direktifin 3. maddesinde; “Bir sözleşme şartının belirli unsurlarının veya münferit bir sözleşme koşulunun bireysel görüşme konusu yapılmış olması, sözleşmenin tamamı dikkate alındığında hala ortada bir standart sözleşmenin varlığı kabul edilebiliyorsa, sözleşmenin diğer kısımlarına bu maddenin uygulanmasını engellemez.”, hükümüyle de yer verilmiştir. Müzakere edilmemiş bir hükümden bahsedebilmek için, bu hükümü

olarak sunulan genel işlem şartları, karşı tarafın müdahalesine kapalıdır⁸³. Bu sebeple, karşı tarafın genel işlem şartları ihtiva eden bir sözleşmenin şartlarını değiştirme ihtimali bulunmamaktadır⁸⁴. Eğer genel işlem şartları sunulan tarafın sözleşme şartlarına müdahale etmesi söz konusuysa ve sözleşme hükümleri tarafların karşılıklı müzakere ve pazarlıkları sonucu oluştuğu anlaşılıyorsa, artık genel işlem şartlarının varlığından söz edilemez⁸⁵. Nitekim bu hususa AMK. §. 305/I, c. 3 hükmünde açıkça yer verilmiştir.

Sözleşmenin pazarlık neticesinde oluşturulup oluşturulmadığının tespiti meselesini tacirler arasında gerçekleştirilen işlemler bakımından da değerlendirilen Atamer, sözleşme değerinin yüksek olduğu durumlarda karşı tacirin, genel işlem şartlarını anlaması ve pazarlıkta bulunması için gereken düşük masrafa katlanmasının, makul bir beklenti olduğundan hareket etmektedir. Tacir, eğer bu eylemlerden kaçınıyorsa, sözleşme şartlarının pazarlık konusu edildiğinin kabulü gerekir⁸⁶. Yazar, bu noktada tacirler arasındaki işlemlerde, bir milyon Euro'ya karşılık gelen Türk Lirası'nı ifade eden işlem değerinin kıstas olabileceğini belirtmektedir. Tacirler arasında bu meblağın üzerindeki işlemlerin pazarlık konusu edildiğinin ön kabulü gerekir. Ancak bu durumlarda dahi, tacirler arasındaki bağımlılık ilişkisi göz ardı edilmemelidir⁸⁷. Nitekim ekonomik bağımlılık sebebiyle, genel işlem şartları kullanan tacirle, sözleşme kurmak dışında bir

kullanan tarafından sözleşme kurulmadan önce hazırlanmış ve karşı tarafa sunulmuş olma, sözleşmenin karşı tarafının bu hüküm üzerinde tartışma imkânına sahip olmama, özelliklerini haiz olması gerekir, **Morin**, s. 35 vd.

⁸³ **Atamer**, Sempozyum, s. 12.

⁸⁴ **BSK OR I/Corrine Zellweger- Gutknecht/Eugen Bucher**, Ahn. Art. 1, kn. 51. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 9.

⁸⁵ **Atamer**, Denetim, s. 72; **Yelmen**, s. 59. Ancak TBK. m. 20/III'te, "Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz." düzenlemesine yer verilerek, genel işlem şartları kullananın karşı taraf üzerindeki üstünlüğüne dayanarak aslında müzakereye açılmamış olan sözleşme hükümlerinin pazarlık sonucu belirlenmiş olduğu izlenimi oluşturması engellenmiştir. İlgili hükmün karşıt anlamından da, şahsî sözleşmenin genel işlem şartları denetimine tabi tutulamayacağı anlamı çıkarılabilir, **Atamer**, Denetim, s. 21; **Baş**, s. 281; **Yelmen**, s. 60.

⁸⁶ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 134.

⁸⁷ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 137.

seçeneği olmayan tacirin genel işlem şartlarını pazarlık konusu etmemesi kuvvetle muhtemeldir⁸⁸. Bunun yanında, tacirler arasında tesis edilen işlemlerde sözleşme metninin değiştirilmiş olması şart değildir. Karşı tarafa pazarlık imkânının tanınmış olması ya da karşı tarafın pazarlık etmesinin gerekli olduğunun kabul edildiği durumlar, anlaşmayı şahsî hâle getirir⁸⁹.

Tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde, değiştirilen veya üzerinde müzakere edilen şartların şahsî anlaşmaya dönüştüğü, diğerlerinin ise genel işlem şartı olmaya devam ettiği kabul edilebilir. Ancak tacirlerin taraf olduğu sözleşmelerde, müzakere edilmiş şartların mevcudiyeti, diğer şartlar için de müzakere imkânının tanındığı ön kabulünü gerektirir⁹⁰. Nihayetinde tacirler arasındaki genel işlem şartları denetiminden geçirilen işlemlere, tüketici işlemlerine nazaran daha az müdahalede bulunulmalıdır⁹¹.

4.2. ŞAHSÎ ANLAŞMANIN ÖNCELİĞİ

Genel işlem şartları ile şahsî anlaşmanın çatışması söz konusu olabilir. Şahsî anlaşma, muhtevasının müzakere edilmiş olması sebebiyle, genel işlem şartlarının karşısında yer alır⁹². Bu anlaşma, genel işlem şartları karşısında fonksiyonel olarak hiyerarşik üstünlüğe sahiptir⁹³. Bu sebeple, genel işlem şartlarının

⁸⁸ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 130.

⁸⁹ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 134-135.

⁹⁰ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 135.

⁹¹ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 126.

⁹² **Furrer/Schnyder**, Handkomm, OR 1, s. 20, kn. 49.

⁹³ **Palandt/Grüneberg**, § 305b, kn. 1; **PWW/K.P. Berger**, § 305b, kn. 1. Genel işlem şartlarının öncelikli ve en sık karşılaştığı durum; sözleşme taraflarından üstün olanın, dilediği muhtevayı daha zayıf olana kabul ettirmesi hâlidir. Ancak bunun yanında, sözleşme taraflarının karşılıklı olarak genel işlem koşulları kullanmaları da mümkündür. Bu durum doktrinde, “karşılıklı genel işlem şartlarının çatışması”, “battle of forms” olarak adlandırılmaktadır. Bu hususta detaylı tespitler ve bu durumda çözümün nasıl getirileceği hakkında doktrinde ileri sürülmüş olan teorilere dair açıklamalar için bkz. **Atamer**, Denetim, s. 115 vd.; **Baş Süzel/Aden**, s. 6 vd.; **Büyüksağış**, Ender, Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesi Perspektifinden Çelişen Genel İşlem Şartları, UAÜHFD, Haziran 2015, S. 5, s. 135-157. Tarafların genel işlem şartlarının çatışması durumu, daha çok tüketicinin taraf olmadığı sözleşmelerde, sözleşmenin subjektif noktalarında söz konusu olmaktadır. Nitekim taraflar çoğu zaman kendi genel işlem şartlarına atıf yapmakta ve bunların uygulanacağı varsayımından hareketle

dan, şahsî anlaşmayla doğrudan veya dolaylı olarak çatışanlar, kesin hükümsüzdür⁹⁴. Güven teorisi gereği de, muhatabın, kontrolü dışında önceden formüle edilmiş sözleşme muhtevasını istemediği, bunun yerine kendisinin düzenlediği sözleşmenin geçerli olması yönündeki beklentisi, makul olandır⁹⁵. Ayrıca şahsî anlaşmada taraflar arasındaki güven temelli bağlantının genel soyut düzenlemelere göre daha sıkı olması, bu sözleşmelerin öncelikli uygulanmasının temel gerekçesidir⁹⁶.

Şahsî sözleşmenin varlığı için, müzakerenin gerçekten ve fiilen yapılmış olması şarttır⁹⁷. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, genel işlem şartları kullanan taraftan karşı tarafa ciddî olarak müzakere imkânı tanınmış olması da, şahsî anlaşmanın oluşmasına sebebiyet verebilir. Bir hükmün müzakere, pazarlık konusu edilip edilmediğini tespit ederken esas alınacak husus, karşı tarafın, sözleşmenin şekillenmesine etki edip etmediğidir. Taraflar arasında bozulmuş olan sözleşme özgürlüğü dengesinin, müzakere ve pazarlık yoluyla karşı tarafa tanınan imkân neticesinde, yeniden doğması gerekir⁹⁸. Sözleşmede yer alan tüm hükümler taraflarca gerçekten ayrı ayrı tartışılmak suretiyle, özellikle karşı tarafın müdahalesi sonucu tamamen veya kısmen değiştirilerek kabul edilmişse, sözleşmenin tamamı şahsî sözleşmeye dönüşmüş olur⁹⁹. Sözleşme hükümlerinin tamamı değil ancak bir kısmı üzerinde müzakere edilmiş ve bu

sözleşmeyi akdetmektedir. Eğer taraflardan biri, atf yaptığı genel işlem şartlarının kendisi için subjektif esaslı nokta olduğu iddiasını taşıyor ve bu şartların kesin hükümsüz olması hâlinde sözleşmeyi akdetmeyeceğini ileri sürüyorsa, bu durumu ispat etmelidir. Sözleşme ancak bu şartla, subjektif esaslı nokta hususunda anlaşılabilmesi sebebiyle geçersiz olabilir. Bu yönde detaylı açıklamalar için bkz. **Atamer**, Denetim, s. 118-119; **Baş Süzel/Aden**, s. 11-12.

⁹⁴ **Palandt/Grüneberg**, § 305b, kn. 3,4; **Kramer**, OR 1, kn. 212.

⁹⁵ **Gauch/Schlupe/Schmid**, kn. 1132.

⁹⁶ **Gauch/Schlupe/Schmid**, kn. 1132. Şahsî anlaşmanın standart sözleşmeye göre öncelikli uygulanmasının, hakkaniyet gereği olduğu yönünde görüş için bkz. **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 11.

⁹⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 246. **Açıkgöz**, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013, s. 328.

⁹⁸ **Atamer**, Armağan, s. 297. **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 128; **Atamer**, Sempozyum, s. 22-23. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Açıkgöz**, s. 329.

⁹⁹ **Atamer**, Sempozyum, s. 21..

pazarlık konusu hâline getirilmişse, sadece ilgili hükümler bakımından şahsî anlaşmanın varlığı kabul edilebilir. Pazarlık konusu edilmeyen diğer düzenlemeler genel işlem şartları denetimine tabi olur¹⁰⁰. Pazarlık imkânı tanınarak oluşmuş bir sözleşme, genel işlem şartları denetimine tabi tutulamaz¹⁰¹. Bilakis bu sözleşme, öncelikle uygulanma özelliğine sahiptir¹⁰². Bu durum, özel hükümün genel hüküm karşısında önceliği (lex specialis derogat legi generali) ilkesine de uygundur¹⁰³.

Türk Borçlar Kanununda somut bir düzenleme bulunmamasına rağmen, genel işlem şartı karşısında şahsî anlaşmanın önceliği hususu, 31.12.2001 tarihine kadar geçerli olan Genel İşlem Şartları Hakkında 9.12.1976 Tarihli Alman Yasasının 4. maddesinde mealen; “*Bireysel anlaşma ile sözleşmeye dâhil edilen hükümler, genel işlem şartlarına göre önceliğe sahiptir.*” şeklinde yer almıştır. 01.01.2002 tarihinden itibaren Genel İşlem Şartları Hakkındaki Yasa, Alman Medenî Kanunu (BGB) kapsamına alınmıştır. BGB.’nin 305b paragrafında da 9.12.1976 tarihli Yasa’nın benzeri düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili hükme göre, şahsî anlaşma genel işlem şartlarına göre önceliğe sahiptir¹⁰⁴. İlgili düzenleme, genel işlem şartlarının şahsî anlaşma hükümleri ile çatıştığı durumlara ilişkindir. Nitekim öncelikle uygulanma, birden fazla seçeneğin varlığını gerekli kılar. Bu seçenekler ise, uygulanma kabiliyetine sahip olan genel işlem şartları ile şahsî anlaşmadır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde, şahsî anlaşmanın önceliği

¹⁰⁰ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 129. Bunun yanında, müzakereler sonucunda standart sözleşmenin hiç değiştirilmeden muhafaza edilmesi de söz konusu olabilir. Çok ender rastlanacak böyle bir durumda da şahsî anlaşma meydana gelmiş olur, fakat bunun ispatı çok zordur. Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Atamer**, Sempozyum, s. 26

¹⁰¹ Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 93, 101; **Grunewald/Peifer**, s. 20, kn. 39; **Atamer**, Sempozyum, s. 20; **Harke**, s. 54-55, kn. 63.

¹⁰² **Aydın**, s. 83; **PWW/K.P. Berger**, § 305b, kn. 1; **Gauch/Schluep/Schmid**, kn. 1131; **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 10; **Yeniocak**, s. 91; **Grunewald/Peifer**, s. 20, kn. 47; **Huguenin**, kn. 613; **Atamer**, Denetim, s. 72, 124; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 236; **Karagöz**, Veli, Tip Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, s. 1-2, s. 593-606, özellikle s. 605; **Yelmen**, s. 55.

¹⁰³ **Aydın**, s. 83; **Kramer**, OR 1, kn. 210.

¹⁰⁴ **Palandt/Grüneberg**, § 305b, kn. 1; **Aydın**, s. 83; **Harke**, s. 62, kn. 71.

ilkesi, yorum denetimi safhasında da önem arz eder. Bu ilke, genel işlem şartlarının yorumlanmasında başvurulan özel kurallardan biridir¹⁰⁵.

Standart şartların mevcudiyeti hâlinde, bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmün müzakere edilmiş olması, anlaşmanın geri kalan kısmının denetimden geçirilmesine engel teşkil etmez¹⁰⁶. Nitekim müzakere edilen ya da müzakere imkânı sağlandığı hâlde değiştirilmeden kabul edilen şartlar, şahsî anlaşma hâlini alırken, diğer standart şartlar denetime tâbi tutulur. Her ne kadar Türk Borçlar Kanununda bu hususa dair bir hüküm bulunmasa da, Haksız Şartlar Yönetmeliğinin 5. maddesinin 3. fıkrasında, sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılması hâlinde, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olmasının, sözleşmenin kalan kısmına haksız şartlar denetiminin uygulanmasını engellemeyeceği, hüküm altına alınmıştır. İlgili hükmün, kıyasen, genel işlem şartları denetiminde de uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır.

Hukukumuzda, Alman Medenî Kanununun 305b hükmü benzeri bir düzenleme bulunmaması sebebiyle; şahsî sözleşmelere öncelik verilmesinin temel gerekçesi, borçlar hukukunun asli ilkelerinden olan sözleşme özgürlüğüdür¹⁰⁷. Nitekim genel işlem şartları yoluyla, sözleşme taraflarından birinin bu

¹⁰⁵ Aydın, Haksız Şartlar, s. 100.

¹⁰⁶ Ulsan, M. İlhan, Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, İKÜHFD. Aralık 2004, s. 27-47, özellikle s. 37; Atamer, Denetim, s. 76.

¹⁰⁷ Benzer yönde tespit için bkz. Atamer, Sempozyum, s. 20. Sözleşme özgürlüğü ilkesi Anayasa'nın 48. maddesinin 1. fıkrasında "*Herkes, ... sözleşme hürriyetine sahiptir.*" şeklinde, TBK'nın 26. maddesinde "*Sözleşme özgürlüğü*" başlığı altında "*Taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*" şeklinde ifade edilmiştir. TBK. m. 26'daki "*...kanunda öngörülen sınırlar...*" ifadesi ise TBK. m. 27/1'de, "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ...olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür.*" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Sözleşme özgürlüğü hususunda detaylı bilgi için bkz. Eren, s. 316 vd.; Erman, Hasan, Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 38, S. 1-4, İstanbul 1973, s. 601-620.

özgürlüğü daraltılmaktadır¹⁰⁸. Sözleşme özgürlüğünün kural olması sebebiyle, hukuk düzeni elden geldiğince tarafların iradelerini ön planda tutarak, sözleşme akdedilmesine müsaade etmiştir. Ancak bazı önemli gördüğü alanlarda, tarafların iradelerine doğrudan müdahale ederek, menfaatler dengesinin aşırı derecede bozulmasına engel olmayı da ihmal etmemiştir. Genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler de, bu amaç kapsamında 6098 sayılı Kanunda (m. 20-25) yerini almıştır. Gerçekten de, taraflardan biri genel işlem şartları vasıtasıyla, diğer tarafın sözleşme serbestisini, sözleşme akdedip akdetmeme seçeneğine kadar indirgemektedir¹⁰⁹. Böyle bir durumda, taraflardan birinin muhteva belirleme imkânı elinden alınmaktadır. Konuralp'in de belirttiği gibi, bu taraf bakımından sözleşme akdetmek yerine, sadece karşı tarafın sunmuş olduğu sözleşmeye katılma hâli ortaya çıkmaktadır¹¹⁰.

4.3. ANLAŞMANIN ŞAHSÎ OLDUĞUNU İSPAT YÜKÜ

Sözleşme şartlarının, birden fazla sözleşmede kullanılma amacı taşımadan oluşturulduğunu ispat yükü, hiç şüphesiz, genel işlem şartlarını kullanandır¹¹¹. Bu durumda karşı tarafın, muhatap olduğu genel işlem şartlarının birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlandığını ispat etmesi beklenmemelidir.

Genel işlem şartlarını kullanan taraf, yukarıda izah ettiğimiz anlamda, şahsî sözleşmenin varlığını iddia ediyorsa, bunu ispat etmek zorundadır¹¹². TKHK. m. 5/III, c. 2'de "*Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür.*" hükmü ile sözleşmeyi düzenleyene, standart şartın münferiden tartışıldığı iddiasını ispat yükü

¹⁰⁸ **KurzKomm/Bollenberger**, § 864a, s. 799, kn. 1; **Zerres**, s. 279.

¹⁰⁹ **Konuralp**, s. 63. Genel işlem şartlarının kullanımı hâlinde, sözleşmenin karşı tarafının sözleşme özgürlüğüne hiç sahip olmadığı yönünde görüş için bkz. **Başalp**, s. 27.

¹¹⁰ **Konuralp**, s. 63-64.

¹¹¹ **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 10.

¹¹² **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 131.

getirilmiştir¹¹³. Aynı düzenlemeye Haksız Şartlar Yönetmeliğinin madde 5/II, c. 2 hükmünde de yer verilmiştir. 93/13/AET Sayılı Direktifin 3. maddesinde yer alan “Girişimci, standart sözleşmenin bir koşulunun bireysel görüşme konusu yapıldığını iddia ederse bunu ispat yükü altındadır.” düzenlemesiyle de, bu yükün, girişimcide yani genel işlem şartlarını kullanan tarafta olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durum, müzakerenin gerçekleşmediği yönünde, kuvvetli bir emareyi işaret eder¹¹⁴.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda, bu hususa ilişkin doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Ancak 20. maddenin 3. fıkrasında, “Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.” hükmü ile genel işlem şartlarını kullananın, bu şartların müzakere edilerek şahsî anlaşma hâline getirildiği iddiasını destekleyen kayıtları, şahsî anlaşmanın ispatı için tek başına yeterli kabul etmemiştir. Artık genel işlem şartları kullanan, şahsî sözleşmenin varlığını ispat yükünü; sözleşme hükümlerinin karşılıklı müzakereler sonucu oluştuğunu ve bu sebeple sözleşmenin şahsî hâle geldiğini, sözleşmede veya herhangi başka bir metinde yer alan her bir hükmün tartışılarak kabul edildiğini gösteren kayıtlarla yerine getiremez¹¹⁵.

¹¹³ Tüketicinin, genel işlem şartlarını düzenleyen karşısındaki dezavantajlı durumu dikkate alındığında ilgili düzenleme isabetlidir. Aynı yönde görüş için bkz. **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 127. Daha önce de belirttiğimiz üzere, ilgili düzenlemenin ilk cümlesinde (TKHK. m. 5/III, c. 1) “Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.” hükmüne yer verilerek, sözleşme şartının tüketici ile temasa geçmeden hazırlandığı hâllerde, müzakere edilmemiş olduğu kabulünden hareket edilmiştir.

¹¹⁴ **Aydın**, s. 249.

¹¹⁵ Havutçu'nun da belirttiği gibi, genel işlem şartlarını kullananın bu kayıtların varlığını ispat ederek üzerine düşen ispat yükünden kurtulma imkânı tanımak, ona aşırı kolaylık sağlamak anlamına gelir, **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 132.

Tüketicinin korunmasına dair zikrettiğimiz düzenlemelerin, kıyasen Türk Borçlar Kanuna tâbi ilişkilerde de uygulanması mümkündür¹¹⁶. 93/13/AET Sayılı Direktife uygun olan tutum da budur. İlgili hükümler gereği, genel işlem şartlarının müzakere edildiğini, pazarlık konusu yapıldığını yani genel işlem şartlarının şahsî sözleşmeye dönüştüğünü ispat yükü, genel işlem şartlarını kullanan taraftadır¹¹⁷. Genel işlem şartları kullanan tarafın, sözleşmenin belli hükümlerinin müzakere edildiğini ispat etmesi, diğer hükümlerin de müzakere edildiği sonucunu doğurmaz. Bu hükümlere dair ispat yükü, hâlâ genel işlem şartları kullanan taraftadır¹¹⁸. Bu durum, tüketicinin taraf olduğu veya tüketiciler arasında akdedilen sözleşmeler için kabul edilmektedir. Ancak bununla birlikte, tacirler arasında akdedilen sözleşmelerde müzakere edilmiş şartların bulunması genel işlem şartları kullanan tacir lehine sonuç doğurur. Şöyle ki, tacirler arasındaki sözleşmede yer alan müzakere edilmiş şartlar, diğer şartlar için de müzakere imkanı tanındığına karine oluşturur¹¹⁹. Karşı tacir tarafından, bu karinenin aksi, ilgili şartların müzakere edilmediğinin ya da hiç olmazsa bunlar hakkında müzakere imkanı tanınmadığının ortaya konulmasıyla ispat edilebilir.

Ulusal ve uluslararası mevzuat birlikte değerlendirildiğinde, genel işlem şartlarına yönelik bir denetimin söz konusu olduğu hâllerde, şahsî bir anlaşmanın mevcudiyetini iddia eden tarafın genel işlem şartlarını kullanan taraf olduğunu söylemek mümkündür. Bu sonuç, TMK. m. 6 ve HMK. m. 190'daki genel ispat yükü düzenlemeleriyle de örtüşmektedir. Nitekim 93/13/AET Sayılı Direktifte ve standart sözleşmenin söz konusu olduğu durumlarda¹²⁰ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve ona bağlı mevzuatta yer alan düzenlemelerde

¹¹⁶ **Atamer**, Sempozyum, s. 24.

¹¹⁷ **Uluslan**, s. 37; **Atamer**, Denetim, s. 76-77; **Atamer**, Sempozyum, s. 24.

¹¹⁸ Tüketicici hukukundaki haksız şartlar bakımından, aynı yönde değerlendirme için bkz. **Öz**, s. 147.

¹¹⁹ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 135.

¹²⁰ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında, standart sözleşme bulunmaksızın haksız şartlar denetimi söz konusu olduğunda ise yukarıda da belirttiğimiz üzere TMK. m. 6 ve HMK. m. 190 anlamında genel ispat kuralları geçerlidir.

bunu destekler niteliktedir. Ancak Türk Borçlar Kanununda, genel düzenlemelerle aynı yönde hükümler öngörülmesine rağmen, genel işlem şartları müessesesi kapsamında şahsî anlaşmanın varlığını ispat yükü, TBK. m. 20/III ile ağırlaştırılmıştır. Sözleşmenin karşı tarafı, genel işlem şartlarının söz konusu olduğu bir durumda, ilgili şartları müzakere ettiğini beyan etse ve genel işlem şartları kullanan bu beyanı ispat etse bile, sözleşme şahsî sözleşme hâlini almaz, genel işlem şartları denetimine tâbi olmaya devam eder¹²¹. Bu hiç şüphesiz ispat yükünün yerine getirilmesi amacıyla kullanılan araçlar için öngörülmüş kanunî bir sınırlamadır. Genel işlem şartları kullananın şahsî anlaşmanın varlığını ispat etmesi, bu şartlarda hiç kolay olmaz. Böyle bir durumda, sözleşme görüşmelerine ilişkin kayıtlar, taraflar arasındaki yazışmalar vb., ispat vesikası olarak kullanılabilir¹²². Sözleşme metni üzerinde yapılmış oynamaların, alınmış notların, standart metinden ayrılan hususların varlığı da, şahsî anlaşmanın mevcudiyetinin ispatı için kullanılabilir. Benzer şekilde, taraflar sözleşme müzakerelerini rızaları dâhilinde, ses ve/veya görüntü kaydetmeye yarayan araçlar vasıtasıyla kayıt altına alabilirler¹²³. Bunun yanında, taraflar aralarındaki sözleşmeden bağımsız olarak, müzakerenin yapılıp yapılmadığı, yapıldıysa bunun hangi hususları ihtiva ettiğine dair bağımsız bir sözleşme akdedebilir. Ancak ilgili düzenlemeler de, TBK. m. 20/III hükmü gereği, genel işlem şartı kabul edilir. Nitekim ilgili düzenlemede, genel işlem şartları ihtiva eden sözleşmeye veya ayrı bir

¹²¹ **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 132. Genel işlem şartları kullanan taraf, söz konusu kayıtların, doğrudan kendisi tarafından sözleşmeye konulmadığını, diğer tarafın kendi özgür iradesi ile gerçekten ilgili şartlar üzerinde müzakere edildiğini, bu şartların incelendiğini ve karşı tarafa değişiklik yapma imkânı tanındığını ispat etmelidir, Benzer yönde görüş için bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 116.

¹²² **Atamer**, Sempozyum, s. 25. Öz'ün de belirttiği gibi; buradaki ispat, müzakere konusu edilmiş olmanın, yani maddi bir vakıanın ispatıdır. Maddi vakıanın ispatı her türlü delille mümkündür. Fakat özellikle, standart şartları kullanan tarafın göstereceği tanıkların sübjektif olma ihtimali göz ardı edilmemelidir, **Öz**, s. 147.

¹²³ Yeniocak'ın da belirttiği gibi, bankalar kredi sözleşmesinde icaplarına dair metnin kredi sözleşmesi imzalanmadan önce müşteriye verildiğine dair bir metni müşteriye imzalatmaktadır. Banka, bu yolla müşteriye düşünme imkânı verildiğini iddia etmektedir. Hâlbuki bu metin, kredi sözleşmesi ile aynı anda imzalanmaktadır. Yazarın da belirttiği gibi, genel işlem şartlarının fonksiyonunu kaybetmemesi için mahkemelerin bu hususlara dikkat etmesi gerekir, **Yeniocak**, s. 84.

sözleşmeye konulan ve bu şartların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların, tek başına, onları genel işlem şartı olmaktan çıkarmayacağı ifade edilmiştir¹²⁴.

Sözleşmenin karşı tarafının, gerçekten genel işlem şartları üzerinde müzakere ve pazarlık etme imkânının varlığına rağmen, bundan faydalanmaması ya da baskı altında kalmadan, standart sözleşmeyi olduğu gibi kabul etmesi de, şahsî anlaşmanın oluşmasına sebep olabilir¹²⁵. Hiç şüphesiz böyle bir durumda, kullananın, şahsî anlaşmanın varlığını ispat etmesi daha da zorlaşır. O halde, genel işlem şartları kullanan tarafın, müzakere imkânının tanındığını ispat etmesi yeterlidir.

Yargıtay, özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi kapsamında, haksız şartları konu edinen kararlarında, şahsî anlaşmanın mevcudiyetini ispat külfetinin, genel işlem şartları kullanan tarafta olduğuna hükmetmektedir. Nitekim 13. Hukuk Dairesi'nin 02.02.2008¹²⁶ ve 28.03.2012¹²⁷ tarihli kararları, bu yönde tesis edilmiştir.

¹²⁴ Açıkgöz, taraflar arasında müzakere yapıp yapılmadığı ya da müzakerenin hangi şartlarda gerçekleştirildiğinin ispatında kolaylık sağlayabilmesi gayesiyle ön sözleşme yapılabileceğini belirtmektedir, **Açıkgöz**, s. 329.

¹²⁵ **Atamer**, Sempozyum, s. 26.

¹²⁶ "...Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir... Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında 22.12.1995 tarihli sözleşme incelendiğinde; sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımını ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir..." Y. 13. HD. 2.5.2008 T., E. 2008/4345, K. 2008/6088, (**KBİBB.**, 6502/m. 5). Aynı yönde Yüksek Mahkeme kararları için bkz. YHGK. 16.3.2016 T., E. 2016/13-245, K. 2016/330, (**KBİBB.**, 4077/m. 6); Y. 13. HD. 23.02.2017 T., E. 2015/6637, K. 2017/2427, (**KBİBB.**, 6502/m. 5);

¹²⁷ "...Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir... Hemen belirtmek gerekir ki, davalı banka, sadece kredinin verilmesi ve yapılandırılması için zorunlu olan masrafları tüketiciden isteyebilir. Kredi verilmesi ve yapılandırılması için gereken zorunlu masrafların neler olduğu konusunda ispat yükü ise davalı

5. ŞAHSİ ANLAŞMANIN İSPATINDA, İSPAT VE DELİL SÖZLEŞMELERİ

5.1. İSPAT VE DELİL SÖZLEŞMELERİ

Sözleşmede, ispat yükünün hangi tarafta olduğuna dair hükümler yer alabilir. Bu durum, ispat yükü sözleşmesinin varlığını işaret eder¹²⁸. Benzer şekilde, genel işlem şartları arasında delil sözleşmesine de yer verilmesi mümkündür¹²⁹. Bunun anlamı, uyuşmazlık hâlinde, belli hususların ancak taraflarca kararlaştırılan belli deliller vasıtasıyla ispat edilebileceğidir (HMK. m. 193/D)¹³⁰. Özellikle banka kredi sözleşmelerinde bu tarz şartlara sıkça yer verilmektedir. Müşteri ile banka arasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, sadece bankanın tutmuş olduğu kayıtlarla ispatın sağlanabileceğine dair şartlar bunun misâlidir¹³¹.

bankaya aittir. Aksi hâlde, diğer ücret ve masraflar başlığı altında maktuen belirlenen bir miktarın tüketiciden alınacağına dair hükmün yukarıda açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğunun kabulü gerekir. Öyle olunca, mahkemece, davalı bankadan bu yönde delilleri sorulduktan sonra, konusunda uzman bilirkişi ya da heyetinden kredinin kullanılması ve yapılandırılması için zorunlu masrafların neler olduğunun ve miktarının tespiti için rapor alınması, davacının 27.11.2007 tarihinde kullandığı ilk kredi için yaptığı masrafları talep edip edemeyeceği hususu da tartışılarak hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken bu yönler gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Y. 13. HD. 28.3.2012 T., E. 2012/3533, K. 2012/8419, (KBİBB., 6502/m. 5)

¹²⁸ **Köroğlu**, s. 218. İspat yükü sözleşmeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Taşpınar**, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 173 vd.

¹²⁹ Özellikle kesin delille ispat zorunluluğunun ortadan kaldırılması noktasında, en uygun yol delil sözleşmesidir. Bu sebeple delil sözleşmeleri uygulamada sık kullanılmaktadır, **Taşpınar**, s. 229. Mülga 4077 sayılı Kanunun 22. maddesinin 6. fıkrasının ilk cümlesinde, “*Degeri besyüz milyon lira ve üstündeki uyusmazliklarda tüketici sorunlari hakem heyetlerinin verecekleri kararlar, tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Benzer bir düzenlemeye, güncel mevzuatta yer verilmemiştir. Ancak bu durum, tüketici hakem heyeti tarafından verilen kararların, taraflar arasındaki uyuşmazlıkta delil olarak kullanılmasına engel teşkil etmez.

¹³⁰ Delil sözleşmesinin bu türüne münhasır delil sözleşmesi adı verilir. Delil sözleşmesinin diğer türü olan münhasır olmayan delil sözleşmesinde ise, taraflar delil sözleşmesi ile delillerini hasretmezler. Bunun yanında, iddiaların başka deliller vasıtasıyla da ispat edilebileceği kararlaştırılır, **Konuralp**, s. 62. Delil sözleşmesi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Taşpınar**, s. 182 vd.

¹³¹ Bu hususta misâller için bkz. **Yavuz**, Nihat, Öğreti ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartı), Ankara 2012, s. 197 vd.

5.2. İSPAT VE DELİL SÖZLEŞMELERİNİN GENEL İŞLEM ŞARTLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Taraflar arasında, ispat yükünün hangi tarafta olduğunu belirlemeye yönelik ispat yükü sözleşmesi söz konusu olduğunda, hiç şüphesiz sözleşmeye öncelik verilmesi gerekir. Ancak sözleşmenin ispat yükünün dağılımına dair, özellikle bu yükün karşı tarafta olduğunu belirten hükümlerinin de, genel işlem şartları denetiminden geçirilmesi zaruridir¹³².

İspat sözleşmelerindeki duruma benzer şekilde, ispat vasıtalarını sınırlandıran delil sözleşmeleri de, genel işlem şartları denetimine tabidir¹³³. Burada dikkat edilmesi gereken husus, delil sözleşmesinin hükümlerinin geçerli olup olmadığı tartışmasının, hâlâ ihtiyaç kalması durumunda, genel işlem şartları denetiminden sonra yapılması gerekliliğidir. Zira çoğu zaman dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bu hükümler, yürürlük ve yorum denetimini geçseler bile, içerik denetimi neticesinde kesin hükümsüz kabul edilirler. Hatta bu hükümler çoğu zaman, genel işlem şartları denetimine gerek olmaksızın, kamu düzenine aykırılık teşkil ettikleri için kesin hükümsüzdür¹³⁴. Bu durumda, kanun tarafından tanınmış her türlü ispat vasıtasından istifade edilmesine imkân tanınmalıdır¹³⁵. Hatta aşağıda da izah ettiğimiz üzere, Alman Medenî Kanununun 309. paragrafı ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in EK-1'inde Haksız Sözleşme Şartları başlığı altında yer alan 1. fıkranın

¹³² **BSK OR I/Corrine Zellweger- Gutknecht/Eugen Bucher**, Ahn. Art. 1, kn. 62. Ancak aşağıda da değinildiği üzere, BGB § 309/12'de ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in EK-1'inde Haksız Sözleşme Şartları başlığı altında yer alan 1. fıkranın "n" bendinde bu duruma özgü düzenlemelere yer verilmiştir.

¹³³ Özellikle banka kredi sözleşmelerinde; müşteri ve/veya kefiller ile banka arasında çıkacak ihtilaflarda banka defter ve kayıtlarının delil olacağı, bunlara itiraz edilemeyeceği, şeklinde şartlara yer verilmektedir, **Taşpınar**, s. 229; **Konuralp**, s. 64; **Karadağ**, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara 2014, s. 73. Uygulamada, bankalar tarafından kullanılan delil sözleşmesi misalleri için bkz. **Taşpınar**, s. 229, dn. 60.

¹³⁴ **Atamer**, Denetim, s. 285. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Yavuz**, s. 200 vd.

¹³⁵ **Atamer**, Denetim, s. 285.

“n” bendindeki düzenlemelerde öngörülen hâllerin varlığında, ispat yükünün karşı tarafta olduğuna dair şartlar, doğrudan dürüstlük kuralına aykırı kabul edilir. Hâkim, ilgili hükümlerin dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapmaksızın, bunların kesin hükümsüzlüğüne karar verir¹³⁶. İçerik denetimi safhasına gelmiş ispat yüküne dair düzenlemelerin, dürüstlük kuralına uygunluğu incelenirken; anayasada temeli olan, hak arama özgürlüğü ve savunma hakkının yanı sıra, ilgili şartların usûlî taraf eşitliğini önemli ölçüde bozup bozmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır¹³⁷. Ancak bununla birlikte, delil sözleşmesi taraflardan birinin ispat hakkını kullanımını imkânsız kılıyorsa ya da fevkalade güçleştiriyorsa, HMK. m. 193/II hükmü gereği geçersizdir. Bu durumda, genel işlem şartları denetimine gerek kalmaz. Zira ilgili şart, kanun gereği kesin hükümsüzdür. HMK. m. 193/II hükmü, sözleşme şahsî nitelikte olsa bile uygulanma kabiliyetine sahip genel bir düzenlemedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, delil sözleşmesinin ispat hakkını imkânsız kılması ya da fevkalade güçleştirmiş olması hâlinde, kanun gereği (HMK. m. 193/II) kesin hükümsüz olmasıdır. İspat hakkını imkânsız hale getirmeyen ya da fevkalade güçleştirmeyen sınırlamalara, HMK. m. 193/II hükmü uygulanamaz. Bu durumda, ilgili düzenlemelerin genel işlem şartları denetimine tâbî tutulmasına bir engel yoktur.

Alman Medenî Kanununun, “*Yargıca Takdir Yetkisi Vermeyen Yasak Şartlar*” başlıklı 309. paragrafının “*İspat Yükü*” nü düzenleyen 12. bendinde, kullananın ispat yükünü diğer taraf aleyhine değiştirdiği şartların, kanunî düzenlemeden sapmanın caiz olduğu hâllerde bile, geçersiz sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Böyle bir durumda hâkim, doğrudan bu şartları kesin hükümsüz kabul eder¹³⁸. İlgili düzenlemede, misâlen iki durum belirtilmiştir¹³⁹. Buna göre,

¹³⁶ PWW/K.P. Berger, § 309, kn. 94.

¹³⁷ Benzer yönde açıklamalar için bkz. Taşpınar, s. 244; Konuralp, s. 67.

¹³⁸ PWW/K.P. Berger, § 309, kn. 94.

¹³⁹ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. PWW/K.P. Berger, § 309, kn. 96 vd.

özellikle karşı tarafa, kullananın sorumluluk alanında bulunan hususlar için ispat yükü getiren ve karşı tarafa bazı vakıaları teyit ettiren kayıtlar genel işlem şartları içerisinde yer almaları hâlinde geçersiz sayılır. Burada ifadesini bulan ispat yükü, kanun ya da içtihatlarla genel işlem şartları kullananın üzerinde olduğu kabul edilen ispat yüküdür¹⁴⁰. Benzer düzenlemeye, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in EK-1'inde Haksız Sözleşme Şartları başlığı altında yer alan 1. fıkranın "n" bendinde de yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmenin, gösterebileceği delilleri ölçsüz derecede sınırlandırmanın veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemenin ve bu suretle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldırmanın veya sınırlandırmanın amaçlandığı şartların, haksız şart sayılacağı kabul edilmiştir. Bu hükümlerden hareketle, ispat sözleşmesi niteliğindeki, genel işlem şartları arasında yer alan, karşı taraf aleyhine neticeler doğuran ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden şartların da geçersiz sayılmaları gerekir¹⁴¹. Bunun yanında, ilgili hükümlerin kapsamına girmemekle birlikte, ispat ya da delil sözleşmesi niteliği taşıyan sözleşme şartlarının, diğer bütün hükümler gibi genel işlem şartları denetiminden geçmesine bir engel yoktur.

Tüketici sözleşmesi bakımından Yargıtay da, 20.01.2010 tarihli bir kararında, yazılı delille ispatı öngören şartı, haksız şart olarak değerlendirmiş ve bu şartın hüküm tesis ederken göz önünde bulundurulamayacağına hükmetmiştir¹⁴².

¹⁴⁰ PWW/K.P. Berger, § 309, kn. 94.

¹⁴¹ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Taşpınar, s. 221 vd.

¹⁴² Y. 13. HD. 20.01.2010 T., E. 2009/9084, K. 2010/235. Karar metninin ilgili kısmı için bkz. Yelmen, s. 153, dn. 88. Yüksek Mahkeme ilgili kararında, ispata ilişkin şartın tüketici ile müzakere edilmemesi sebebiyle, hükme esas alınamayacağını belirtmiştir.

Türk Borçlar Kanununda, genel işlem şartları bağlamında ispat yüküne dair düzenlemeler bulunmamakla birlikte, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a bağlı olarak çıkarılmış yönetmeliklerde, tüketicinin taraf olduğu münferit sözleşme tipleri için, ispat yüküne dair özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerin aksine olarak, ispat yükü üzerinde bulunan tarafı değiştiren şartlar, kesin hükümsüz olur. Meselâ, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 17. 24. ve 29. maddelerinde ispat yükünün kredi verende olduğu; Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik'in 7. maddesinde, ispat yükünün satıcı ve sağlayıcıda olduğu; Devre Tatil ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 5. 6. ve 14. Maddelerinde, ispat yükünün satıcı veya sağlayıcıya ait olduğu; Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin "İspat Külfeti" başlıklı 9. maddesinde, bu külfetin reklam verende olduğu; Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 11 ve 18. maddelerinde, ispat yükünün konut finansmanı kuruluşunda olduğu; Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik'in 5. ve 8. maddelerinde, ispat yükünün satıcıda olduğu; Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 5. 10. ve 20. maddelerinde, ispat yükünün satıcı veya sağlayıcı da olduğu; hüküm altına alınmıştır. Ancak Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin "Cayma Hakkının Kullanımı" başlıklı 11. maddesinde, genel tutumdan farklı olarak, cayma hakkını kullandığını ispat yükünün tüketicide olduğu düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, mesafeli sözleşmelerde tüketici kendisine tanınan cayma hakkını kullandığı iddiasında ise, bunu ispat etmelidir.

SONUÇ

Genel işlem şartları müessesesi, Türk hukuk sistemine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile girmiştir (TBK. m. 20-25). İlgili düzenlemeler, genel işlem şartlarının; yürürlük, yorum ve içerik denetimine tâbî kılınmasını öngörmektedir. Bu düzenlemelerle, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, tüketicinin korunması amacıyla getirilmiş hükümlerin benzerleri, sözleşme ta-

raflarının sıfatına bakılmaksızın mevzuata girmiştir. Genel işlem şartlarına dair düzenlemelerin mehzazı, Alman Medenî Kanunudur. Bunun yanında, Avrupa Konseyi direktifleri de bu yönde düzenlemeler yapılmasını gerekli kılmıştır. Türk Borçlar Kanununda genel işlem şartlarına dair düzenlemelere yer verilmesi isabetli olmakla birlikte, bunların hazırlanmasındaki özensizlik dikkat çekmektedir. Bu eksiklikler giderilirken ya da yorumlanırken, ulusal ve uluslararası mevzuattan istifade edilmesi bir gerekliliktir.

Genel işlem şartlarının belki de en temel meselesi, tarafların sözleşme hükümleri üzerinden müzakere edip etmediğinin tespitidir. Taraflardan üstün konumda olan, kendi menfaatini ön planda tutmak gayesiyle karşı tarafa elinde hazır bulunan standart sözleşmeyi kabul ettirme çabasıdadır. Bu çaba, çoğu zaman zor durumda olan ya da konu hakkında bilgisi bulunmayan karşı tarafın, kendisine sunulan metni müdahalede bulunmaksızın kabul etmesi şeklinde sonuç vermektedir.

Sözleşmenin standart olması, genel işlem şartları denetimine tabi kılınmasına yol açar. Bu denetim neticesinde, genel işlem şartları kullanan taraf arzuladığı menfaati elde edememe riskiyle karşı karşıya kalır. Genel işlem şartları kullanan bu riskten kurtulmak amacıyla, sözleşme şartlarının karşı tarafla müzakere edildiğini ispat etme çabasına girer. Her ne kadar 6098 sayılı Kanun'da, bu hususta bir düzenleme bulunmasa da, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ve Alman Medenî Kanunundaki ilgili düzenlemeler, kıyasen Türk Borçlar Kanununun uygulanma alanındaki ilişkilerde de uygulanmalıdır. Bu sayede, bir şartın müzakere edildiğinin ispatına dair yükün, genel işlem şartları kullananda olduğu kabul edilebilir. Bunun yanında, tarafların sözleşme muhtevasında ispat yüküne ve delil sözleşmesine dair düzenlemelere yer vermeleri de mümkündür. Eğer bu düzenlemeler, ispat hakkının kullanımını imkânsız hâle getiriyorsa ya da fevkalade zorlaştırıyorsa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu

gereği, kesin hükümsüz olur. Bu etkiye sahip olmayan sözleşme hükümleri ise, genel işlem şartları denetimine tâbî olmaya devam eder.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Açıkgöz, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013.

Akçaal Mehmet, Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme, GÜHFD. C. XVIII, Y. 2014, S. 1, s. 49-69.

Akman, Galip Servet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.

Alangoya, Yavuz, İspat Yükü Yönünden MK. 3, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 27, S. 1-4, s. 358-361.

Antalya, Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2013.

Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların İspatı, İzmir 2001.

Atamer, Yeşim M., Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 103-137, (Kısaltılmışı: **Atamer**, Bireysel Pazarlık).

Atamer, Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, Ankara 2004, s. 291-331, (Kısaltması: **Atamer**, Armağan).

Atamer, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, (Kısaltması: **Atamer**, Denetim).

Atamer, Yeşim, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları”, Türk hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Ankara, s. 7-73, (Kısaltması: **Atamer**, Sempozyum).

Aydın, Ramazan, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK. m. 5), EÜHFD. C. XI, S. 1, Y. 2016, s. 83-123, (Kısaltılmışı: **Aydın**, Haksız Şartlar).

Aydın, Ramazan, Die Berücksichtigung des Verbraucherschutzes bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen und türkischen Recht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Hamburg 2007, Schriftenreihe der Forschungsstelle des Türkischen Rechts der Universität Augsburg, Bd. 1.

Aydoğdu, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜHFD. C. 13, S. 2, Yıl: 2011, s. 1-50, (Kısaltılmışı: **Aydoğdu**, Uygulama Alanı).

Aydoğdu, Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014.

Bahtiyar, Mehmet, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, Yargıtay Dergisi, C.22, S. 1-2, Ocak-Nisan 1996.

Baş, Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 276-306.

Baş Süzel, Ece ve **Aden**, Felix, “Battle of Forms” im türkischen AGB-Recht, (Beck-Online die Datenbank).

Başalp, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.

Başözen, Ahmet, Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara, 2010.

Belgesay, Mustafa Reşit, İsbat Külfeti, Ülke Broşürleri, Hukuk Serisi No: 1, İstanbul.

Bilge, Necip, **Önen**, Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.

Büyüksağış, Ender, Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesi Perspektifinden Çelişen Genel İşlem Şartları, UAÜHFD, Haziran 2015, S. 5, s. 135-157.

Çınar, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.

Engin, Baki İlkey, Türk hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Koşullarına Karşı Korunması, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010.

Eren, Fikret, 6098 Sayılı Tük Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı Ankara 2017.

Erman, Hasan, Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 38, S. 1-4, İstanbul 1973, s. 601-620.

Furrer Andreas ve Anton K. **Schnyder**, Handkommentar zum SchweizerPrivatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Auflage, Art. 1-183, Zürich 2016.

Gauch, Peter, **Schluep**, Walter R., **Schmid**, Jörg, **Emmenegger**, Susan, OR AT, 10. Auflage, Zürich 2014.

Grunewald, Barbara ve Karl-Nikolaus **Peifer**, Verbraucherschutz im Zivilrecht, Berlin 2010.

Gümüş, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde 1-46), İstanbul 2014.

Harke, Jan Dirk, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg 2010.

Havutçu, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003 (Kısaltması: **Havutçu**, Tüketicinin Korunması).

Havutçu, Ayşe, Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi- Bir Yargıtay Kararı Hakkında Düşünceler, İzmir Barosu Dergisi, S. 4, Ekim 1998, (Kısaltması: **Havutçu**, İçerik Denetimi).

Honsell, Henrich, Nedim Peter **Vogt**, Wolfgang **Wiegand**, Caterina **Ammann** vd. Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. A. Basel 2015, (**BSK OR I/İşleyen**).

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A. Zürich 2014.

Karadağ, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketicinin Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara 2014.

Karagöz, Veli, Tıp Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, s.1-2, s. 593-606.

Karlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012.

Kaşak, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, s. 415-429.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, İstanbul 2010.

Konuralp, Halûk, Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009.

Koziol, Helmut, Peter **Bydlinski** ve Raimund **Bollenberger**, Kurzkommentar zum BGB, Wien 2007, (**KurzKomm**/İşleyen).

Köroğlu, Emre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'na Göre İspat Yükü, Yargıtay Dergisi, C. 43, Y. 43, S. 1, s. 181-223.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001.

Kuru, Baki, **Arslan**, Ramazan, **Yılmaz**, Ejder, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011.

Meier-Hayoz, Arthur, Ernst A. **Kramer**, Bruno **Schmidlin**, Eugen **Huber**, vd. Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Bern 1986, (**Kramer**, Art. 1).

Morin, Ariane, (Çeviren: Ruzin Dağlı), Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 33-74.

Muşul, Timuçin, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2012.

Oğuzman, M. Kemal, **Barlas**, Nami, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul 2008.

Oğuzman, M. Kemal, **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1, İstanbul 2012.

Öz, Turgut, Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2002, s. 128-151.

Pekcanitez, Hakan, **Atalay**, Oğuz, **Özekes**, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 2017.

Prütting, Hans, Gerhard **Wegen**, ve Gerd **Weinreich**, BGB Kommentar, Köln 2015, (PWW/İşleyen).

Şeker, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, (BK. m. 21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması, İstanbul 2015.

Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

Tiftik, Mustafa ve Zeynep **Özcan**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi, BATİDER, C. 31, S. 1, s. 23-58.

Umar, Bilge, **Yılmaz**, Ejder, İsbat Yükü, İstanbul 1980.

Ulusan, M. İlhan, Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, İKÜHFD. Aralık 2004, s. 27-47.

Uyar, Talih, Yargıtay Kararlarında İsbat Yükü (MK. m. 6), Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 831-877.

Yavuz, Nihat, Öğreti ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartı), Ankara 2012.

Yelmen, Adem, Türk Borçlar Hukuku'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.

Yeniocak, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBBD. Yıl: 2013, S. 107, s. 75-96.

Zerres, Thomas, Bürgerliches Recht Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts, 7. A. Berlin 2013

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA ALACAKLI VE BORÇLU SIFATLARININ BİRLEŞMESİ SEBEBİYLE BORCUN SONA ERMESİ (TBK m. 135)

*Arş. Gör. Dr. İsmail ATAMULU**
*Arş. Gör. Emre KÖROĞLU***

ÖZET

Borcu sona erdiren sebeplerden alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi Türk Borçlar Kanunu m. 135’ te düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre “*Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer. Ancak, üçüncü kişilerin alacak üzerinde önceden mevcut olan hakları birleşmeden etkilenmez./ Birleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa, borç varlığını sürdürür./ Taşınmaz rehni ve kıymetli evraka ilişkin özel hükümler saklıdır.*”.

Çalışmamızda ilk olarak alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi hakkında genel bilgi verilmiştir. Daha sonra ise alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinin şartları ve hüküm ve sonuçları izah edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Türk Borçlar Kanunu, TBK m. 135, Borç, Borcun Sona Ermesi, Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD, e-mail: atamulu@erciyes.edu.tr.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD, e-mail: emre_koroglu@erciyes.edu.tr.
Makale Geliş Tarihi: 27.02.2018
Makale Kabul Tarihi: 20.03.2018

ABSTRACT

The merger of the titles of debtor and creditor from the termination of obligation is stipulated by Turkish Obligation Code art. 135. According to TOC art. 135 *“The obligation shall terminate when the titles of debtor and creditor are merged in the same person. However, the existing rights of third persons on the credits shall not be affected by the merger./ When the merger is removed retroactively, the obligation shall continue to be valid./ The specific provisions on the pledge on immovable property and negotiable security are reserved.”*

In our study, firstly, we give general information about the merger of the titles of debtor and creditor. Later, conditions and results of the merger of the titles of debtor and creditor are examined.

Key Words: Turkish Obligation Code, TOC art. 135, Obligation, Termination of Obligation, Merger of The Titles of Debtor and Creditor.

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nda borcu sona erdiren genel sebepler madde 132 ile 145 arasında düzenlenmiştir. Bunlar, ibra (TBK m. 132), yenileme (TBK m. 133, 134), alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi (TBK m. 135), ifa imkânsızlığı (TBK m. 136-138) ve takastır (TBK m. 139-145). Ancak borcu sona erdiren genel sebepler sadece TBK m. 132 ile 145 arasında belirtilenlerden ibaret değildir. Gerçekten bir borcu sona erdiren en önemli sebeplerden biri olan ifa, Türk Borçlar Kanunu'nun ayrı bir bölümünde düzenlenmiştir (TBK m. 83 vd.). Ancak bir borcun sona ermesinin bu borca bağlı olan hak ve borçlara etkisini düzenleyen TBK m. 131' de borcu sona erdiren sebeplerden biri olarak ifadan da bahsedilmiştir.

Borcu sona erdiren sebeplerden alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Kanun koyucu alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesine "Birleşme" başlığı¹ altında TBK m. 135'de yer vermiştir. Söz konusu maddeye göre "Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide bir-

¹ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ise başlık olarak "Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi" ifadesi kullanılmıştır. Kanun koyucu tarafından bu ifadenin yerine "Birleşme" ifadesinin tercih edilmesinin sebebi şu şekilde ifade edilmiştir: "818 sayılı Borçlar Kanununun 116'ncı maddesinin kenar başlığında kullanılan "C. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi" şeklindeki ibare, sona erme hallerinin düzenlendiği Tasarının 130 ve devamı maddelerinin kenar başlıklarında kısa sözcüklerin kullanıldığı göz önünde tutularak uyumluluğun sağlanması bakımından, Tasarıda kısaca "D. Birleşme" şeklinde ifade edilmiştir." Doktrinde Yaşar, haklı olarak bu durumu eleştirmektedir. Yaşar, hukukta birleşme ifadesinin birden çok anlama geldiğini ve teknik bir hukuki kavram olarak Eşya hukukunda özel bir durumu ifade ettiğini belirtmektedir. Bu sebeple Yaşar'a göre, söz konusu ifadenin olduğu gibi bırakılması daha isabetli olurdu, Yaşar, Mert: *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul 2005, s. 83. Bunun yanında belirtmemiz gerekir ki, birleşme tabiri özellikle ticaret hukuku kapsamında şirket birleşmelerini ifade etmek için kullanılmaktadır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nda "Birleşme" başlığı altında (TTK m. 136-158) şirket birleşmelerine dair kapsamlı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu sebeplerle, karışıklığa yol açmaması bakımından, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi başlığının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da muhafaza edilmesi isabetli olurdu. Benzer şekilde Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında da teşebbüslerin rekabeti engelleyici şekilde birleşmelerinden söz edilmiştir (RKHK m. 7). Gerek ilgili müesseseyi tam anlamıyla ifade etmemesi, gerekse ekseriyetle eşya ve ticaret hukukunda kullanılan bir tabir olması hasebiyle, çalışmamızda birleşme tabiri yerine alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi terimi tercih edilmiştir. Ancak gerekli görüldüğü durumlarda birleşme tabirinden de istifade edilmiştir.

leşmesiyle borç sona erer. Ancak, üçüncü kişilerin alacak üzerinde önceden mevcut olan hakları birleşmeden etkilenmez./ Birleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa, borç varlığını sürdürür./ Taşınmaz rehni ve kıymetli evraka ilişkin özel hükümler saklıdır.”.

Çalışmamızda inceleme yapılırken ilk olarak alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi hakkında genel bilgi verilmiş, daha sonra ise alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinin şartları ile hüküm ve sonuçları açıklanmıştır.

I. GENEL OLARAK

Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, bir borçtaki alacaklı ve borçlu sıfatlarının, aynı kişinin, aynı malvarlığı kesimi üzerinde bir araya gelmesi olup, borcu² sona erdiren bir sebeptir³. Nitekim TBK m. 135/ f. 1- c. 1’ de de bir kişi-

² Birleşme ile borcun yanında borç ilişkisinin de sona erebileceği yönünde; **Becker**, Hermann: *Berner Kommentar, Band/ Nr. VI/ 1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*, 2. Auflage, Bern 1945, Art. 118, N. 3; **Gonzenbach**, Rainer/ **Gabriel-Tanner**, Debora: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 118, N. 2; **Tunçomağ**, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler*, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 1976, s. 1195; **Erdoğan**, İhsan: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 187-188; **Gümüş**, Mustafa Alper: “Alacaklı ve Borçlu Sıfatının Birleşmesi (BK m. 116)”, *Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2008, Cilt 7, Sayı 2, s. 30-31. Kanaatimizce alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi borç ilişkisini sonlandırmaz. Nitekim alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi neticesinde sona eren borç, bazı durumlarda yeniden canlanabilir. Meselâ mirasçının külli halef sıfatıyla, mirasbırakanın ölümü ile ondan olan alacağının borçlusu olması, kendiliğinden alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi neticesini doğurur ve bu durum borcu sona erdirir. Ancak mirasçı usulüne uygun olarak mirası reddettiğinde, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ortadan kalkar ve mirasçının alacaklılık durumu devam eder. Hâlbuki borç ilişkisi sona erdiğinde bunun tekrar canlanması mümkün değildir. Eğer taraflar yeniden alacaklı ve borçlu sıfatlarını kazanmak istiyorsa, ilgili hukukî işlemi tekrar yapmak zorundadır.

³ **Tunçomağ**, s. 1195; **Becker**, Art. 118, N. 1; **Gonzenbach/ Gabriel-Tanner**, Art. 118, N. 1; **Gümüş**, *Birleşme*, s. 25; **Oser**, Hugo/ **Schönenberger**, Wilhelm: *Kommentar (Zürcher Kommentar) zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht*, Zürich 1929, Art 118, N 1; **von Tuhr**, Andreas/ **Escher**, Arnold: *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement)*, 3. Auflage, Zürich 1984, s. 186; **Schwenzer**, Ingeborg: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zweite überarbeitete Auflage, Bern 2000, s. 429; **Berger**, Bernhard: *Allgemeines Schuldrecht*, Bern 2012, s. 460, N. 1354; **Ruedin**, Philippe: *Das Schweizerische Obligationenrecht, OR für den Alltag*, 10. überarbeitete und aktualisierte Auflage, Zürich 2013, s. 154; **von Tuhr**, Andreas: *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2*, (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983, s. 660; **Funk**,

nin aynı borcun hem alacaklısı hem de borçlusu olması durumunda, borcun sona ereceği belirtilmiştir⁴.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, borcun doğumundan sonra kanun gereği kendiliğinden gerçekleşebileceği gibi, bir hukuki işlem de bu neticeyi doğurabilir⁵. Meselâ, borçlunun alacaklıya (veya alacaklının borçluya)

Fritz: *Borçlar Kanunu Şerhi, I, Umumi Hükümler*, (Çev. Hıfzı Veldet/ Cemal Hakkı Selek), İstanbul 1938, s. 184; **Eren**, Fikret: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 1293; **Oğuzman**, Kemal/ **Öz**, Turgut: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1*, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul 2017, s. 553; **Önen**, Turgut: *Borçlar Hukuku*, Ankara 1986, s. 219; **Hatemi**, Hüseyin/ **Gökyayla**, Emre: *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm*, 3. Bası, İstanbul 2015, s. 319; **Köroğlu**, Emre: *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Taşınır Satış Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Ankara 2016, s. 274; **Canbolat**, Ferhat: "Müteselsil Borcun Sona Erme Nedenleri - Borçlar Kanunu Tasarısındaki İlgili Hükümlerin Kısa Değerlendirilmesi İle Birlikte-", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2008, Sayı 3, s. 76; **Kapanıcı**, Kadir Berk: *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, İstanbul 2014, s. 256; **Dağdelen**, Ahmet Hakan: *818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül*, İstanbul 2011, s. 136; **Olgaç**, Senai: *Kazai ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler*, Üçüncü Baskı, İstanbul 1970, s. 901; Doktrinde Kocaman, TBK m. 135 hükmünün emredici nitelikte bir düzenleme olmadığını belirtmektedir. Bu sebeple Kocaman'a göre, alacaklı ve borçlu sıfatları aynı kişiye birleşmiş olsa dahi, "sözleşme özgürlüğü ilkesi" çerçevesinde borcun sona erme-yeceğinin kararlaştırılması mümkündür (**Kocaman**, Arif: "Birleşme Suretiyle Borcun Sona Ermesi ve Borçluya Temlik", *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, II. Cild*, Ankara 2017, s. 1004). Kanaatimizce alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi durumunda, kanunun öngördüğü ve durumun gereğinden doğan istisnalar dışında, özellikle tarafların kararlaştırması neticesinde borcun devam edeceğini savunmak güçtür. Öncelikle bu sıfatların birleşmesine rağmen taraflar borcun devam etmesini öngörüyorlarsa, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinden söz edilemez. Borcun hala devam ettiğini hususunda taraflar anlaşmışsa, alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmemiştir. Zira borçlu ya da alacaklının borcun konusu üzerindeki hakları hâlâ devam etmektedir.

⁴ Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi takastan farklıdır. Çünkü birleşmede alacak hakkı ile edim yükümlülüğü aynı borca ilişkindir. Ancak takasta iki ayrı borcun bulunması ve iki ayrı borcun taraflarının birbirlerine karşı karşılıklı olarak alacaklı olması gereklidir (**Gümüş**, *Birleşme*, s. 28).

⁵ **Genzenbach/ Gabriel-Tanner**, Art. 118, N. 2; **von Tuhr**, s. 660; **Funk**, s. 184; **Tunçomağ**, s. 1196; **Erdoğan**, s. 187; **Gümüş**, *Birleşme*, s. 35; **Canbolat**, s. 76; **Köroğlu**, s. 274; **Aeppli**, Viktor: *Zürcher Kommentar Band/ Nr. V/ 1h/ 1, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR*, Zürich 1991, Art. 118, N. 18; **Killias**, Laurent/ **Wiget**, Matthias: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR*, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 118, N. 3; **Kılıçoğlu**, Ahmet: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 21. Bası, Ankara 2017, s. 1057; **Reisoğlu**, Safa: *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 24. Bası, İstanbul 2013, s. 407; **Aksu**, Mustafa: "Asıl Alacağa Bağlı Hak ve Borçların Sona Ermesi - İbra - Yenileme - Birleşme", *Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Cilt II*, İstanbul 2014, s. 257-258; Aynı yönde, **YHGK.**, **15.04.2011 T., E. 2011/ 17-13, K. 2011/191** "Alacak ve borcun aynı kişide birleşmesi, ölüm (mirasçılık) veya yaşayanlar arası bir hukuki işlemin sonucu olabilir. Örneğin alacaklının, borçlunun

karşı tek başına mirasçı olduğu durumlarda borçlu alacaklının (veya alacaklı borçlunun) külli halefi olduğu için, kanun gereği alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olmaktadır⁶. Benzer bir şekilde birbirlerine karşı alacaklı ve borçlu olan kişilerin sonradan evlenip, mal rejimi olarak genel mal ortaklığı rejimini seçtikleri durumlarda da, ortaklık malları açısından, alacaklı ve borçlu sıfatları hukuki işleme dayalı olarak birleşmektedir⁷. Yine alacaklının, alacağını daha sonra borçluya temlik ettiği durumlarda da, hukuki işleme dayalı alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusudur⁸.

ölümüyle onun mirasçısı olması veya bir işletmenin bütün aktif ve pasifi ile devralınması (BK md. 179) ve devralanın, devraldığı işletmeye bir borcunun bulunması veya alacaklının alacağını borçluya temlik etmesi hallerinde alacaklılık ve borçluluk sıfatları aynı kişide birleşmiş olur. Böylece alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesine yol açan olay, hukuksal işlemde doğabileceği gibi kanundan da doğabilir.” (14.09.2017 tarihinde www.kazanci.com.tr adresinden erişildi); **Y. 17. HD., 07.03.2013 T., E. 2012/ 13313, K. 2013/ 3070** “BK’nın 116. maddesi anlamında sıfatların birleşmesi nedeniyle borcun sakıt olabilmesi için geçerli bir borç ilişkisinin olması ve alacaklı ile borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi gereklidir. Bu birleşmeye yol açan olay kanundan doğabileceği gibi hukuksal işlemde de doğabilir. Kanundan dolayı alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesinin yaygın halini mirasçılık oluşturur.” (Yayınlanmamış Karar).

⁶ **BGE 118 II 441 E 2b; BGE 71 II 221; Y. 12. HD., 13.11.2015 T., E. 2015/ 11023, K. 2015/ 28075** “Takip borçlusu H.’nin ölümüyle mirasının ½ oranında takip alacaklısıyla itiraz eden Y. Z. B.’e intikal ettiğine göre, alacaklı F. B.’in alacaklı-borçlu sıfatının birleşmesi nedeniyle miras hissesi oranında borç sona ermiştir. O halde takip konusu alacağın, takip alacaklısının miras hissesi oranında sona erdiği dikkate alınarak bu miktar üzerinden itirazın kabulüne karar verilmesi gerekirken tümüden reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” (Yayınlanmamış Karar); **Y. 2. HD., 06.05.1974 T., E. 1974/ 2936, K. 1974/ 2795** “Davacı, davalının eşi olup, çocukları bulunmadığı için ölümü ile mirası davalı kocası (U) ile kardeşleri (Z) ve (F)’ye kalmıştır. -Davalı bu davada bir yandan nafaka borçlusu, öbür yandan ise ölen eşinin mirasçısı olacak alacaklı durumunda olup, şahsında alacaklılık ve borçluluk sıfatı birleştiği için, miras pay oranında borç kendiliğinden sona erer (BK md. 116).” (Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl 1975, Sayı 5, s. 48).

⁷ **Oser/ Schönenberger**, Art. 118, N. 2; **Aeppli**, Art. 118, N. 18; **von Tuhr/ Escher**, s. 187; **von Tuhr**, s. 661; **Oğuzman/ Öz**, *Cilt 1*, s. 553; **Köroğlu**, s. 275; **Olgaç**, s. 901; **Cometta**, Flavio: *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2009, Art. 118, N. 6; **Eichenberger**, Michaela: *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Überarbeitete Auflage, Zürich 2016, Art. 118, N. 3.

⁸ **Oser/ Schönenberger**, Art. 118, N. 2; **von Tuhr/ Escher**, s. 187; **Gonzenbach/ Gabriel-Tanner**, Art. 118, N. 3; **Cometta**, Art. 118, N. 6; **Berger**, s. 460, N. 1354; **von Tuhr**, s. 660; **Erdoğan**, s. 187; **Köroğlu**, s. 275; **Gauch**, Peter/ **Schluemp**, Walter R./ **Emmenegger**, Susan: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, 10. Auflage, Zürich 2014, s. 217, N. 3178; **Arık**, Kemal Fikret: *Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler*, Ankara 1964, s. 213; **BGE 109 III 62 E 2**.

TBK m. 135' te ifadesini bulmuş olan borç kavramı hukukî bir ilişkiyi ifade etmektedir. Bunun sonucu olarak bir borcun söz konusu olabilmesi için, en azından iki tarafın -hak sahibi olan alacaklının ve yükümlü olan borçlunun bulunması gereklidir⁹. Bir kimsenin kendisine karşı hem alacaklı, hem de borçlu olması mümkün değildir¹⁰.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi için, alacağın tamamının borçlunun malvarlığına geçmesi gereklidir¹¹. Alacağın tamamının değil de, bir kısmının borçlunun malvarlığına geçtiği durumlarda tam ve gerçek anlamda ala-

⁹ **Aepli**, Art. 118, N. 4; **Killias/ Wiget**, Art. 118, N. 1; **von Tuhr**, s. 660; **Tunçomağ**, s. 1195; **Gümüş**, *Birleşme*, s. 26; **Önen**, s. 220; **Kocaman**, s. 1015; **Kılıçoğlu**, s. 1057; **Aksu**, s. 257; **Guhl**, Theo/ **Koller**, Alfred: *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Auflage, Zürich 2000, s. 308; **Tercier**, Pierre/ **Pichonnaz**, Pascal/ **Develioğlu**, H. Murat: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2016, s. 451; **Berki**, Şakir: *Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, Ankara 1962, s. 358; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1977, s. 452; **Aybay**, Aydın: *Borçlar Hukuku Dersleri*, 14. Bası, İstanbul 2016, 159; **Akıncı**, Şahin: *Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler*, 9. Baskı, Konya 2016, s. 296; **Akıncı**, Şahin: *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Konya 2004, s. 49; Aynı yönde, **YHGK.**, **15.04.2011 T.**, **E. 2011/ 17-13, K. 2011/191** “İlke olarak, hukuken geçerli bir borç ilişkisinin bulunabilmesi için alacaklı ve borçlu olmak üzere iki tarafın varlığı aranmaktadır. Bu ilkenin doğal sonucu ise, alacaklısı ve borçlusu aynı olan bir borç ilişkisinin düşünülmemeyeceğidir. Aksi düşünce, bir kimsenin kendi alacağının borçlusu olması sonucunu doğurur ki, bunun kabulüne olanak bulunmamaktadır.” (14.09.2017 tarihinde www.kazanci.com.tr adresinden erişildi); **YHGK.**, **21.06.2006 T.**, **E. 2006/ 21-365, K. 2006/ 467** “İlke olarak, hukuken geçerli bir borç ilişkisinin bulunabilmesi için alacaklı ve borçlu olmak üzere iki tarafın varlığı aranmaktadır. Bu ilkenin bir sonucu ise, alacaklısı ve borçlusu aynı olan bir borç ilişkisinin düşünülmemeyeceğidir. Aksi düşünce, bir kimsenin kendi alacağının borçlusu olması sonucunu doğuracaktır.” (14.09.2017 tarihinde www.kazanci.com.tr adresinden erişildi); **Y.**, **17. HD.**, **07.03.2013 T.**, **E. 2012/ 13313, K. 2013/ 3070** “Borcu sona erdiren sebepler BK 114-140. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bir sosyal ilişkinin borç sayılabilmesi için alacaklı ve borçlu olmak üzere iki tarafının bulunması zorunludur. Borç ilişkisini kuran en önemli kaynak akittir.” (Yayınlanmamış Karar); **Y.**, **21. HD.**, **03.04.2007, E. 2006/ 7566, K. 2007/ 5578** (14.09.2017 tarihinde www.kazanci.com.tr adresinden erişildi).

¹⁰ **Becker**, Art. 118, N. 1; **Aepli**, Art. 118, N. 5; **Killias/ Wiget**, Art. 118, N. 1; **Gauch/ Schlupe/ Emmenegger**, s. 218, N. 3181; **von Tuhr**, s. 660; **Berki**, s. 358; **Tunçomağ**, s. 1195; **Önen**, s. 220; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 451; **Eren**, s. 1294; **Hatemi/ Gökyayla**, s. 320; **Aybay**, s. 159; **Kılıçoğlu**, s. 1057; **Akıncı**, *Sona Erme*, s. 49; **Gümüş**, *Birleşme*, s. 25, 28; **Aksu**, s. 257; **Arsebük**, Esat: *Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları*, Ankara 1937, s. 471; **Saymen**, Ferit H./ **Elbir**, Halid K., *Türk Borçlar Hukuku, I, Umumi Hükümler, İkinci Cilt*, İstanbul 1958, s. 866.

¹¹ **Becker**, Art. 118, N. 6; **Eren**, s. 1294; **Hatemi/ Gökyayla**, s. 320; **Akıncı**, *Borçlar Hukuku*, s. 296; **Köroğlu**, s. 275; **İnan**, Ali Naim/ **Yücel**, Özge: *İnan Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 653; **Ayan**, Mehmet: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Baskı, Konya 2012, s. 362.

caklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olmaz¹². Çünkü bu durumda alacak sadece borçlunun malvarlığına geçtiği oranda sona ermekte, alacağın diğer kısmı ise varlığını devam ettirmektedir. Örneğin, 1000 TL' lik borca ilişkin alacak hakkının, 400 TL' lik kısmının alacaklı tarafından borçluya temlik edildiği durumlarda, 400 TL' lik kısım birleşme ile kısım sona ererken, geri kalan 600 TL' lik kısım ise varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

II. ALACAKLI VE BORÇLU SIFATLARININ BİRLEŞMESİNİN ŞARTLARI

A. Geçerli Bir Borcun Bulunması

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşebilmesi için, birleştirici olayın gerçekleştiği anda, geçerli olarak doğmuş bir borcun bulunması şarttır¹³. Geçersiz bir borcun bulunduğu veya söz konusu borcun ifa veya diğer herhangi bir sebeple sona erdiği durumlarda, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olmaz¹⁴.

Beklenen hak niteliğindeki bir alacak hakkına ilişkin hak sahipliği sıfatının, beklenen alacak hakkına ilişkin borçluluk sıfatı ile birleştiği durumlarda da borç birleşme ile sona erer¹⁵. Aynı sonuç hukukî sebebi belirli bir müstakbel alacağın birleşme ile sona ermesinde de söz konusudur¹⁶. Meselâ, hukukî sebebi belirli bir müstakbel alacağın müstakbel borçlusuna temlik edildiği durumlarda, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesine dayalı borcun sona ermesi sonucu

¹² Aynı yönde, **Becker**, Art. 118, N. 6; Tunçomağ ve Gümüş ise, alacağın bir kısmının borçluya geçmesi durumunda da tam ve gerçek anlamda birleşmenin söz konusu olduğunu belirtmektedir (**Tunçomağ**, s. 1199 ve **Gümüş**, *Birleşme*, s. 40).

¹³ **Kılıçoğlu**, s. 1058; **Gümüş**, *Birleşme*, s. 31; **Aksu**, s. 257; **Köroğlu**, s. 275-276.

¹⁴ **Aepli**, Art. 118, N. 10; **Kılıçoğlu**, s. 1058; **Gümüş**, *Birleşme*, s. 31; **Aksu**, s. 257; **Köroğlu**, s. 276.

¹⁵ **Gümüş**, *Birleşme*, s. 32.

¹⁶ **Gümüş**, *Birleşme*, s. 32.

gerçekleşir. Ancak beklenen hak niteliği kazanmamış beklentilerde¹⁷ birleşme söz konusu olmaz¹⁸. Meselâ, bir alacaklının borçlusunu mirasçı atamaya yönelik bir vasiyetname yapması durumunda, miras bırakan hayatta olduğu sürece birleşme gerçekleşmez ve TBK m. 135 hükmü uygulama alanı bulmaz.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinde edimin türü önem taşımamaktadır. Söz konusu edim, maddi bir edim veya iş görme edimi olabileceği gibi, bir verme, yapma ya da yapmama edimi de olabilir¹⁹. Yine borcu doğuran hukuki sebep de, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sebebiyle borcun sona ermesi bakımından önemi haiz değildir. Bu sebeple alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sebebiyle borcun sona ermesi, sözleşmeden doğan borçlarda söz konusu olabileceği gibi; haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ya da miras hukukundan doğan borçlarda da ortaya çıkabilir²⁰.

Muaccel ve müeccel borçların da alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sebebiyle sona ermesi mümkündür. Bunun yanında geciktirici ya da bozucu şarta bağlı borçların da birleşmenin konusunu oluşturması mümkündür²¹. Aynı şekilde, eksik borçların da birleşmenin konusunu oluşturmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır²². Meselâ zamanaşımına uğramış borçlar da alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi suretiyle sona erebilir²³.

Müteselsil borçlarda borçlulardan biri üzerinde alacaklı ile borçlu sıfatları birleştiği durumlarda, bu borçluya ait borç da sona erer. Ancak böyle bir durumda diğer borçluların borcunun akıbetinin ne olacağı hakkında kanunda

¹⁷ Beklenti konusunda kapsamlı bilgi için bkz.: **Nomer**, Halûk N.: *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları*, İstanbul 2002, s. 85 vd.

¹⁸ **Gümüş**, *Birleşme*, s. 32; **Köroğlu**, s. 276.

¹⁹ **Aepli**, Art. 118, N. 3; **Gümüş**, *Birleşme*, s. 32; **Aksu**, s. 257.

²⁰ **Gümüş**, *Birleşme*, s. 32; **Aksu**, s. 257.

²¹ **Becker**, Art. 118, N. 4; **Aepli**, Art. 118, N. 14; **Gonzenbach/ Gabriel-Tanner**, Art. 118, N. 2; **Aksu**, s. 257; **Köroğlu**, s. 276.

²² **Aepli**, Art. 118, N. 12; **Gümüş**, *Birleşme*, s. 32; **Aksu**, s. 257.

²³ **Becker**, Art. 118, N. 4; **Aepli**, Art. 118, N. 14; **Gonzenbach/ Gabriel-Tanner**, Art. 118, N. 2; **Aksu**, s. 257; **Köroğlu**, s. 276.

açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple konu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre²⁴, müteselsil borçlulardan birinin üzerinde borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi durumunda, söz konusu müteselsil borçlu borcundan kurtulur. Ancak diğer müteselsil borçlular, borçlu kalmaya devam ederler. Bunun sonucunda diğer müteselsil borçlular, borçlarını artık alacaklı ve borçlu sıfatları üzerinde birleşen borçluya karşı ifa etmekle yükümlü olurlar. İfa gerçekleştikten sonra ise TBK m. 167 gereğince diğer müteselsil borçlular alacaklı ve borçlu sıfatları üzerinde birleşen borçluya karşı rücu haklarını kullanırlar. Bununla birlikte, diğer müteselsil borçluların, önce borçlarını ifa edip, daha sonra rücu haklarını kullanmak yerine, söz konusu rücu haklarını doğrudan def'i olarak ileri sürmelerine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Meselâ, C'ye karşı müteselsil borçlulardan olan A' nın, iç ilişkide 30.000 TL; B' nin ise iç ilişkide 70.000 TL ile sorumlu olduğu toplam 100.000 TL'lik bir müteselsil borç bakımından, A alacaklı C' nin tek başına mirasçısı olursa, dış ilişkide A' nın 100.000 TL'lik borcu sona ererken, B, A' ya karşı dış ilişkide 100.000 TL ile borçlu olmaya devam eder. A, daha sonra B' den borcunu ödemesini talep ettiğinde, B A' ya 100.000 TL ödeyip, rücu hakkına dayanarak A' dan 30.000 TL talep edeceğine, söz konusu rücu hakkını def'i olarak ileri sürerek A' ya doğrudan 70.000 TL ödeme yapmakla yetinebilir²⁵. Doktrindeki diğer görüşe göre²⁶ ise, diğer müteselsil borçlular üzerinde alacaklı ve borçlu sıfatı birleşen borçluya iç ilişkide düşen borç oranında borçlarından kurtulurlar. Örneğin, yukarıdaki misalî esas alırsak, B, A' ya karşı doğrudan 70.000 TL ile borçlu olacaktır. Ka-

²⁴ von Tuhr, s. 801.

²⁵ Söz konusu örnek Gümü, Birleşme, s. 41-42' de bulunan örnek esas alınarak hazırlanmıştır.

²⁶ Oser/ Schönberger, Art. 118, N. 5; Guhl/ Koller, s. 33; Cometta, Art. 118, N. 7; Gümü, Birleşme, s. 42; Canbolat, s. 76-77; Kapanca, s. 258; Dağdelen, s. 136; Birsen, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri, 4. Bası, İstanbul 1967, s. 426; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/ Özdemir, Refet: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 315; Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 307; Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul 2017, s. 480; Canyürek, Murat: Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul 2003, s. 57; Özdemir, Hayrunnisa: "Mirasçılardan Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2012, Cilt 16, Sayı 1-2, s. 203.

naatimizce yukarıdaki görüşlerden ikincisi daha isabetlidir. Zira burada müteselsil borçluların borcunun akıbetinin belirlenmesinde, ibraya ilişkin TBK m. 166/ f. 3 hükmü kıyasen uygulama alanı bulabilir²⁷. TBK m. 166/ f. 3’de belirtildiği üzere “Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır.”. Bu sebeple diğer müteselsil borçlular, üzerinde alacaklı ve borçlu sıfatı birleşen borçluya iç ilişkide düşen borç oranında borçlarından kurtulurlar. Ancak Gümüş’ün haklı olarak belirttiği üzere²⁸, bu görüş sadece bölünabilir borçlarda uygulama alanı bulabilir; bölünemeyen borçlarda bu yöntemin kullanılması mümkün değildir. Zira bölünemeyen borçlar, nitelikleri gereği parça parça ifa edilmezler. Meselâ, borcun konusunu bir otomobilin oluşturduğu durumlarda, söz konusu otomobil alacaklıya parça parça teslim edilemez. Dolayısıyla bu gibi durumlarda müteselsil borçluların otomobili önce alacaklıya teslim etmeleri ve daha sonra iç ilişkideki payları oranında nakdî bir taleple alacaklıya rücu etmeleri gerekmektedir.

B. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Aynı Kişide Birleşmesi

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi suretiyle borcun sona erebilmesi için, bu sıfatların aynı kişide birleşmesi gereklidir²⁹. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleştiği kişi, gerçek kişi ya da tüzel kişi olabilir³⁰.

²⁷ Dağdelen, TBK m. 166/ f. 2’den hareket ederek aynı sonuca ulaşmaktadır. Dağdelen’e göre, diğer müteselsil borçlular, durumun yahut borcun niteliği gereği, belli bir oranda kendi borçlarından kurtulurlar. Bu oran, üzerinde alacaklı ve borçlu sıfatları birleşen borçluya iç ilişkide düşen miktara göre belirlenir (Dağdelen, s. 136); Dağdelen ile aynı yönde, Acar, Faruk, “Borçlar Kanun ve Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Müteselsil Borçluluğa Toplu Bakış (BK m. 141-147)”, *E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Yıl 2007, Sayı 60, prgf. 46; İbra açısından doktrindeki tartışmalar için bkz.: Gümüş, Mustafa Alper: *Türk- İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, İstanbul 2015, s. 260 vd..

²⁸ Gümüş, *Birleşme*, s. 42.

²⁹ Aepli, Art. 118, N. 15; Gonzenbach/ Gabriel-Tanner, Art. 118, N. 3; Gauch / Schluemp/ Emmenegger, s. 217, N. 3177; Cometta, Art. 118, N. 3; Eichenberger, Art. 118, N. 2; Saymen/ Elbir, s. 867; Gümüş, *Birleşme*, s. 33; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 450; İnan/ Yücel, s. 653; Köroğlu, s. 276; Huguenin, Claire: *Obligationenrecht, Allgemeiner und*

Alacaklı ve borçlu sıfatları, kural olarak, mevcut borcun borçlusunu ile alacaklı üzerinde birleşir³¹. Ancak alacaklı ve borçlu sıfatlarının, üçüncü kişi üzerinde de birleşmesi mümkündür³². Gerçekten, alacaklı ve borçlunun aynı sözleşme içerisinde gerçekleşen birtakım işlemlerle, alacak ve borçlarını üçüncü

Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014, s. 232, N. 751; **BGE 88 II 299 E. 6a; Y. 17. HD., 03.05.2017 T., E. 2016/ 11448, K. 2017/ 4989** “Somut olayda, davacı kasko sigortasına sigortalı 34 EY ... plakalı araç ile davalı ZMSS sigortasına sigortalı 34 EH ... plakalı aracın çarpışması sonucu maddi hasarlı trafik kazası meydana gelmiş ve davacı kasko sigortası, sigortalısına hasar bedelini ödeyerek icra takibi başlatmıştır. Ancak her iki aracın da işleteni D. L. İ. San. Ve Tic. Ltd. Şti'dir. Bu durumda, her iki aracın işleteni aynı kişi (şirket) olup, her iki araç bakımından da 3.kişi durumunda olmadığı gibi, TBK'nun 135/1 maddesindeki alacaklılık ve borçluluk sıfatı işleten D. L. İ. San. Ve Tic. Ltd. Şti'de birleşmiştir. KTK'nun 85/1.maddesi uyarınca, işleten olarak kendi sorumluluğunu üstlenen davalı zorunlu trafik sigortacısından tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Zira, ZMSS üçüncü kişilerin zararlarını karşılamakla yükümlü olup, işleten aynı zamanda üçüncü kişi olamaz.” (Yayınlanmamış Karar).

³⁰ **Feyzioğlu**, s. 456; Aynı yönde, **Y. 17. HD., 03.05.2017 T., E. 2016/ 11448, K. 2017/ 4989** “Ancak her iki aracın da işleteni D. L. İ. San. Ve Tic. Ltd. Şti'dir. Bu durumda, her iki aracın işleteni aynı kişi (şirket) olup, her iki araç bakımından da 3.kişi durumunda olmadığı gibi, TBK'nun 135/1 maddesindeki alacaklılık ve borçluluk sıfatı işleten D. L. İ. San. Ve Tic. Ltd. Şti'de birleşmiştir.” (Yayınlanmamış Karar); **Y. 21. HD., 03.04.2007 T., E. 2006/ 7566, K. 2007/ 5578** “İlke olarak hukukten geçerli bir borç ilişkisinin bulunabilmesi için alacaklı ve borçlu olmak üzere iki tarafın varlığı aranmaktadır. Borçlar Kanunu'nun alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesini düzenleyen 116. Maddesi uyarınca “Alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının bir şahısta içtimaiyle borç sakıt olur”. Somut uyumsuzlukta, aynı maddi temelden doğan Bağ-Kur alacağı ile aynı miktarda SSK borcu 5502 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilmekle, davaya konu borç sona ermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.06.2006 gün ve 2006/21-365 E-2006/467 K sayılı kararları da bu doğrultudadır.” (Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl 2008, Cilt 34, Sayı 3, s. 507); **Y., 10. HD., 08.03.2007 T., E. 2006/ 14994, K. 2007/ 3331** “Sosyal Sigortalar Kurumu alacağı, niteliğindeki sağlık yardımlarının aynı zamanda Bağ-Kur'un yükümlülüğünü oluşturması, 20.05.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5502 sayılı SGK Kanunu'nun geçici 1. maddesindeki düzenleme ile SSK, Bağ-Kur, T.C. Emekli Sandığı'nın her türlü alacakları, hakları, borçları, görevleri ile birlikte hiçbir işleme gerek kalmaksızın anılan kanunun yürürlük tarihi itibarıyla, bu kanunla ihdas edilen SG Kurumu'na devredilmiş olması, BK 116. maddesinin birinci fıkrasında yazılı olan “Alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının bir şahısta içtimaiyle borç sakıt olur” hükmü karşısında, somut uyumsuzlukta aynı maddi temelden doğan SS Kurumu alacağı ile aynı tutardaki Bağ-Kur borcunun yukarıda anılan Kuruma devredilmesi ile davaya konu borcun ortadan kalkmış bulunmasına göre, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” (14.09.2017 tarihinde www.kazanci.com.tr adresinden erişildi); Gümüş'e göre, Yargıtay'ın SGK'ya ilişkin bu kararı hatalıdır. Çünkü 5502 sayılı kanunun geçici 1. maddesi gereğince SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı'nın SGK çatısı altında birleşmesiyle, sadece yasal sigorta ilişkisinin SGK'ya devri söz konusu olmuştur. Birleşmenin söz konusu olabilmesi için ise, alacaklı ile borçlu sıfatlarının ya Bağ-Kur sigortalısının eşinin üzerinde, ya da Bağ-Kur'un veya sonradan SGK'ın üzerinde toplanması gereklidir (**Gümüş, Birleşme**, s. 55).

³¹ **Erdoğan**, s. 187; **Gümüş, Birleşme**, s. 33; **Köroğlu**, s. 276.

³² **Feyzioğlu**, s. 454, 456; **Erdoğan**, s. 187; **Gümüş, Birleşme**, s. 33.

kişiye aynı anda devrettikleri durumlarda, artık alacaklı ve borçlu sıfatları üçüncü kişi üzerinde doğmakta ve o andan itibaren söz konusu alacak ve borç birleşme ile sona ermektedir³³. Meselâ, iki tüzel kişinin kendi tüzel kişiliklerini sona erdirerek, yeni bir tüzel kişilik çatısı altında birleşmeleri durumunda, sona eren tüzel kişilerin karşılıklı alacak ve borçları, yeni tüzel kişiliğin kazanılmasıyla birlikte TBK m. 135 gereğince birleşme ile sona erer.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşebilmesi için alacaklı ve borçlunun eş nitelikte olmasının yanında, borcun da eş nitelikte olması gereklidir³⁴. Borçlunun alacak üzerinde rehin veya intifa gibi haklar kazandığı durumlarda, alacaklı ve borçlu sıfatı aynı kişide toplanmış olmadığı için alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olmaz³⁵.

C. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Aynı Malvarlığı Kesimi İçerisinde Birleşmesi

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi için, alacak ve borcun aynı malvarlığı kesimine dâhil olması gereklidir³⁶. Çünkü alacağın ve borcun ancak

³³ Feyzioğlu, s. 454; Gümüş, *Birleşme*, s. 33; Köroğlu, s. 276.

³⁴ Aksu, s. 257.

³⁵ Oser/ Schönenberger, Art. 118, N. 3; Gonzenbach/ Gabriel-Tanner, Art. 118, N. 5; Gauch/ Schlupe/ Emmenegger, s. 220, N. 3196; Guhl/ Koller, s. 309; Cometta, Art. 118, N. 3; Arsebük, s. 472; Feyzioğlu, s. 455; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 450; Köroğlu, s. 277; Olgaç, s. 901; Lardi, Daniele/ Vannotti, Massimo: *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Basel 2014, Art. 118, N. 5. Her ne kadar, borçlunun alacak üzerinde rehin veya intifa gibi haklar kazandığı durumlarda borç sona ermesede, bu durum birtakım hukukî neticeler doğurabilir. Borçlu lehine alacak üzerinde tanınan bu tarz haklar, ilk olarak işlemeye başlamış olan zamanaşımı süresini durdurur. Borçlunun kendisine karşı olan alacak hakkı üzerinde intifa hakkına sahip olduğu süre boyunca faiz işlemez. Benzer bir şekilde borçlu, kendisine karşı olan alacak hakkı üzerinde rehin hakkına sahipse, borcunu ister alacaklıya öder, isterse başka bir yere tevdi eder (von Tuhr/ Escher, s. 188; von Tuhr, s. 661-662 ve Gümüş, *Birleşme*, s. 33).

³⁶ Aepli, Art. 118, N. 20; Gonzenbach/ Gabriel-Tanner, Art. 118, N. 4; Gauch/ Schlupe/ Emmenegger, s. 218, N. 3179; Huguenin, s. 232, N. 752; Eichenberger, Art. 118, N. 2; Lardi/ Vannotti, Art. 118, N. 4; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 450; Eren, s. 1294; Oğuzman/ Öz, *Cilt 1*, s. 553; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 997, dpt 1; Gümüş, *Birleşme*, s. 35; Aksu, s. 258; Köroğlu, s. 277; Aynı yönde, YHGK., 15.04.2011 T., E. 2011/ 17-13, K. 2011/191 "Birleşmenin söz konusu olabilmesi için alacak ve borcun aynı mal varlığı kesimine dâhil olması gereklidir".

aynı malvarlığı kesimi içerisinde birleştiği durumlarda sona ermeyi haklı gösterebilecek bir menfaatten söz edilebilir³⁷. Bu sebeple, alacak ve borcun aynı kişide birleşmekle birlikte, farklı malvarlığı kesimi içerisinde birleştiği durumlarda, TBK m. 135 uygulama alanı bulmaz³⁸. Meselâ, B' nin A' ya karşı borçlu olup, A' nin daha sonra öldüğü durumda, borçlu B ile birlikte başka mirasçılarda bulunuyorsa, alacak hakkı mirasçılar arasında miras ortaklığına dayalı olarak elbirliği halinde terekede yer alacağından, birleşme ve buna bağlı olarak borcun sona ermesi sonucu meydana gelmez³⁹. Çünkü söz konusu alacak hakkı, B' nin malvarlığına alacak hakkı olarak değil de, tereke üzerindeki hak olarak girmektedir⁴⁰.

III. ALACAKLI VE BORÇLU SIFATLARININ BİRLEŞMESİNİN SONUÇLARI

A. Kural: TBK m. 135/ f. 1 hükmü

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi ile kural olarak⁴¹ borç sona erer (TBK m. 135/ f.1-c.1). Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi sonucu taraflar arasındaki borç sona erdiği için, borca bağlı olan hak ve borçlar da sona erer (TBK m. 131)⁴². Buna karşılık, bu hak ve borçlar, ba-

ğına dahil olması gerekir." (14.09.2017 tarihinde www.kazanci.com.tr adresinden erişildi); YHGK., 21.06.2006 T., E. 2006/ 21-365, K. 2006/ 467 (14.09.2017 tarihinde www.kazanci.com.tr adresinden erişildi).

³⁷ Gümüş, *Birleşme*, s. 35; Köroğlu, s. 277.

³⁸ Oser/ Schönerberger, Art. 118, N. 4; Aepli, Art. 118, N. 20; Gonzenbach/ Gabriel-Tanner, Art. 118, N. 4; Gauch/ Schlupe/ Emmenegger, s. 218, N. 3179; Guhl/ Koller, s. 308-309; Cometta, Art. 118, N. 3; Huguenin, s. 232, N. 752; von Tuhr/ Escher, s. 187; von Tuhr, s. 661; Tunçomağ, s. 1198; Eren, s. 1294; Oğuzman/ Öz, *Cilt 1*, s. 553; Gümüş, *Birleşme*, s. 35; Köroğlu, s. 277.

³⁹ Tunçomağ, s. 1198; Oğuzman/ Öz, *Cilt 1*, s. 553; Fezyioğlu, s. 453, dpt. 56; Gümüş, *Birleşme*, s. 36.

⁴⁰ Fezyioğlu, s. 453, dpt. 56; Oğuzman/ Öz, *Cilt 1*, s. 553.

⁴¹ Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi durumunda borcun sona ermesi kural olmakla birlikte, birleşmeye rağmen borcun sona ermediği istisnai durumlar da mevcuttur. Bunlara dair açıklamalara çalışmanın ilerleyen kısımlarında yer verilmiştir. Bkz., III, B., 1 ve 2.

⁴² Aynı yönde, YHGK., 15.04.2011 T., E. 2011/ 17-13, K. 2011/191 "Birleşmenin hukuki sonucu ise, alacak ve borcun kural olarak sona ermesidir. Birleşme yalnız asıl alacağı değil,

ğimsız bir alacak niteliğini kazanmışsa, bunlar artık alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sebebiyle sona ermez⁴³. Meselâ, A'nın, B'den olan 1000 TL alacağı üzerinde C lehine bir intifa hakkı kurduğu durumlarda, C söz konusu alacağın getirisi olan faiz üzerinde hak sahibi olur. Zira faiz getiren bir alacağın üzerindeki intifa hakkı, faiz getirisidir. İşte böyle bir durumda A ölür ve B' de onun tek mirasçısı olursa, B'nin üzerinde alacaklı ve borçlu sıfatları birleştiği için borç sona erer. Ancak alacak üzerindeki intifa hakkı C' de olduğu için, intifa hakkı bu birleşmeden etkilenmez ve B, C'ye faiz ödemeye devam eder⁴⁴.

Üçüncü kişilerin alacak üzerinde önceden mevcut olan hakları da, TBK m. 135/ f.1-c.2' de de belirtildiği üzere, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesinden etkilenmez⁴⁵. Meselâ, alacaklı A'nın, alacağı üzerinde Ü lehine bir intifa hakkı veya bir rehin hakkı kurmasından sonra, alacak hakkı borçlu B' ye geçerse; birleşme, söz konusu intifa hakkı veya rehin hakkını sona erdirmez. Ü'nün intifa hakkı veya rehin hakkı devam eder. Yine Ü'nün alacağı için haciz yaptığı durumda da, birleşme ile haciz sona ermez. Ü lehine haciz varlığını sürdürmeye devam eder⁴⁶.

Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi ile borcun sona ermesi için tarafların herhangi bir davranışta bulunmasına gerek yoktur. Sona erme kendiliğinden gerçekleşir⁴⁷. Bu sebeple, borç ilişkisinin taraflarının alacaklı ve borçlu

ona bağlı fer'i hakları da sona erdirmektedir.” (14.09.2017 tarihinde www.kazanci.com.tr adresinden erişildi).

⁴³ Eren, s. 1294; Hatemi/ Gökyayla, s. 320.

⁴⁴ Eren, s. 1294-1295.

⁴⁵ Oser/ Schöenberger, Art. 118, N. 6; Becker, Art. 118, N. 2, 7; Gonzenbach/ Gabriel-Tanner, Art. 118, N. 7; Killias/ Wiget, Art. 118, N. 5; Eichenberger, Art. 118, N. 2; von Tuhr/ Escher, s. 188; Aepli, Art. 118, N. 31; Gauch/ Schlupe/ Emmenegger, s. 220, N. 3193; Lardi/ Vannotti, Art. 118, N. 6; Schwenger, s. 429; von Tuhr, s. 662; Funk, s. 184; Arsebük, s. 473; Tunçomağ, s. 1200; Eren, s. 1295; Oğuzman/ Öz, *Cilt I*, s. 554; Hatemi/ Gökyayla, s. 320; Aksu, s. 259; Kapancı, s. 258; Olgac, s. 902; Nomer, Halük N.: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 14. Baskı, İstanbul 2015, s. 390.

⁴⁶ Oğuzman/ Öz, *Cilt I*, s. 554.

⁴⁷ Gonzenbach/ Gabriel-Tanner, Art. 118, N. 6; Aepli, Art. 118, N. 26; Killias/ Wiget, Art. 118, N. 5; Lardi/ Vannotti, Art. 118, N. 6; Gümüş, *Birleşme*, s. 28, 40; Köroğlu, s. 278.

sifatının birleştiği hususunda bir bilgiye sahip olup olmamasının borcun sona ermesi bakımından bir önemi yoktur⁴⁸. Meselâ, babasına karşı 500 TL borçlu olan tek mirasçı çocuğun borcu, babasının ölümüyle, kendisi babasının ölümünden haberdar olmasa bile, ölüm tarihinde sona erer⁴⁹.

Alacaklı ve borçlu sıfatları birleştikten sonra bir kimsenin alacağını ve borcunu tekrar ayırması mümkün değildir. Meselâ, alacaklıdan alacağı sonradan edinen borçlunun, -alacak bu şekilde sona ermiş olduğu için- alacağını başkasına temlik etmesi mümkün değildir⁵⁰.

B. Alacaklı ve Borçlu Sifatının Birleşmesine Rağmen Borcun Sona Ermediği Durumlar

1. TBK m. 135/ f. 2 hükmü

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa, borç varlığını sürdürmeye devam eder (TBK m. 135/ f. 2). Bu durum özellikle miras hukukunda söz konusu olur⁵¹. Meselâ, alacaklı A'nın tek mirasçısı olan borçlu B, A'dan kalan mirası reddederse (TMK m. 605 vd.), alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi ortadan kalkar ve borç varlığını devam ettirir. Benzer şekilde, alacaklı A'nın tek mirasçısı olan borçlu B'nin mirasçılıktan çıkarıldığı (TMK m. 510) sonradan anlaşıldığı veya alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesine yol açan ölüme bağlı tasarrufun iptal edildiği (TMK m. 557 vd.) durumlarda da birleşme ortadan kalkar. Yine belirtmemiz gerekir ki, bozu-

⁴⁸ **Aepli**, Art. 118, N. 26; **Gümüş**, *Birleşme*, s. 40; **Köroğlu**, s. 278.

⁴⁹ Tabî ki bu durum, mirasçının mirası reddetmediği varsayımına dayanır. Eğer mirasçı mirası reddederse, sona ermiş borç tekrar canlanır.

⁵⁰ Ancak söz konusu temlik işlemi, TMK m. 2 ve güven teorisi uyarınca, alacağı devralan lehine bir borç ikrarı sayılabilir. Bu sebeple, devralan lehine yeni bir alacağın doğduğu kabul edilebilir (**Oğuzman/ Öz**, *Cilt 1*, s. 554). Bu yeni borcun borçlusu, hiç şüphesiz alacağı temlik edendir.

⁵¹ **Oser/ Schöenberger**, Art. 118, N. 7; **Becker**, Art. 118, N. 10; **von Tuhr/ Escher**, s. 189; **Gonzenbach/ Gabriel-Tanner**, Art. 118, N. 8; **Aepli**, Art. 118, N. 34; **Killias/ Wiget**, Art. 118, N. 6; **Cometta**, Art. 118, N. 8; **Eichenberger**, Art. 118, N. 6; **Guhl/ Koller**, s. 309; **Schwenzer**, s. 429; **Lardi/ Vannotti**, Art. 118, N. 7; **von Tuhr**, s. 663.

cu şarta bağlı bir borçta da bu durum söz konusu olabilir. Bozucu şarta bağlı bir borçta, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşirse, bozucu şartın gerçekleşmesiyle birlikte (TBK m. 173/ f. 2) birleşme ortadan kalkar⁵². Meselâ, alacaklının alacağını borçluya bozucu şarta bağlı olarak temlik ettiği durumlarda, bozucu şart gerçekleşirse, birleşme ortadan kalkar. Buna karşılık, yukarıda belirtilen miras hukukunda söz konusu olabilecek durumlar ile borcun bozucu şarta bağlı olması durumu dışında kalan diğer sebepler, alacaklı ve borçlu sıfatlarındaki birleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasına sebep olmaz⁵³. Meselâ alacaklı ile borçlunun evlenerek, genel mal ortaklığı rejimini seçmeleri durumunda, ortaklık malları açısından mevcut borç birleşme ile ortadan kalkar. Daha sonra eşlerin boşanmış olmaları, mal ortaklığı rejiminin seçilmesiyle sona ermiş olan borcu tekrar canlandırmaz. Bu gibi durumlarda, alacaklı ile borçlunun aralarında bir sözleşme yaparak, birleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasını kararlaştırmaları da mümkün değildir; aksi takdirde yapılan sözleşme geçersiz olur⁵⁴. Yine, alacaklının alacağını borçluya temlik etmesinden sonra, borçlu tekrar söz konusu alacağı alacaklıya temlik edemez. Zira ilk temlik sonrası alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sebebiyle, borç ve alacak kesin olarak sona ermiştir. Ancak burada, alacaklı ve borçlunun yeni bir sözleşme yaparak, birleşme ile sona eren alacakla aynı kapsam ve mahiyette yeni bir alacak hakkı kurmalarına herhangi bir engel bulunmamaktadır⁵⁵.

Bazı durumlarda, birleşmenin sebebini oluşturan olay, geçerli bir şekilde ortaya çıkmamış olabilir. Böyle bir durumda, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olmadığı için, TBK m. 135/ f. 2 hükmü de uygulama

⁵² Oser/ Schöenberger, Art. 118, N. 7; Becker, Art. 118, N. 10; von Tuhr/ Escher, s. 189; Gonzenbach/ Gabriel-Tanner, Art. 118, N. 8; Aepli, Art. 118, N. 34; Gauch/ Schluep/ Emmenegger, s. 219, N. 3188; Killias/ Wiget, Art. 118, N. 6; Guhl/ Koller, s. 309; Schwenger, s. 429; Berger, s. 460, N. 1356; von Tuhr, s. 663.

⁵³ Aepli, Art. 118, N. 35; von Tuhr, s. 663.

⁵⁴ von Tuhr/ Escher, s. 189; Aepli, Art. 118, N. 35; Gonzenbach/ Gabriel-Tanner, Art. 118, N. 11; Gauch/ Schluep/ Emmenegger, s. 219-220, N. 3191; BGE 99 II 300.

⁵⁵ von Tuhr/ Escher, s. 189; Gauch/ Schluep/ Emmenegger, s. 220, N. 3192; von Tuhr, s. 663-664; Gümüş, *Birleşme*, s. 45.

alanı bulmaz⁵⁶. Çünkü TBK m. 135/ f. 2'nin uygulama alanı bulması için, ön şart olarak geçerli bir birleşmenin varlığı gereklidir. Meselâ, alacaklı, alacağını borçluya bozucu şarta bağlı olarak temlik ederken bunu adi yazılı bir şekilde değil de sözlü bir şekilde yaparsa, yapılan bu temlik şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olur⁵⁷. Bunun sonucunda, bozucu şart gerçekleşmiş olsa dahi, TBK m. 135/ f. 2 hükmü uygulama alanı bulmaz. Benzer şekilde, alacaklı A'nın tek mirasçısı olan borçlu B için bir mirastan yoksunluk sebebi (TMK m. 578) mevcutsa, B artık A'nın kanuni mirasçısı olma imkânını kaybettiği için, alacak birleşme ile sona ermez ve TBK m.135/ f. 2 gereğince borcun canlanması söz konusu olmaz. Borç mevcudiyetini korumaya devam eder. Ancak TMK. m. 578/f. 2 hükmü gereği, mirasbırakan hayatta iken mirastan yoksunluk sebeplerini taşıyan mirasçıyı affederse, mirasın geçişiyle birlikte mirasçı üzerinde alacaklı ve borçlu sıfatları birleşir ve borç sona erer.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması sonucu borcun varlığını sürdürmeye devam etmesi, söz konusu borcun hiç sona ermediği, diğer bir deyişle varlığını en başından beri devam ettirdiği anlamına gelmektedir⁵⁸. Bu sebeple, burada teknik anlamda bir borcun yeniden doğumu söz konusu değildir⁵⁹. Nitekim kanun koyucu da önceki Kanundan farklı olarak⁶⁰ TBK m. 135/ f. 2' de, “*varlığını sürdürür*” ifadesine yer vermiş ve kanaatimizce bu hususu vurgulamak istemiştir. TBK m. 135/ f. 2 hükmünün uygulandığı durumlarda, borç, yeni bir borç olmadığı için, zamana-

⁵⁶ **Gümüş**, *Birleşme*, s. 45.

⁵⁷ Geçersizliğin ileri sürülmesinin mümkün olmadığı durumlarda, işlem tıpkı geçerliymiş gibi hüküm ve sonuç doğurduğu için, TBK m. 135/ f. 2 hükmünün uygulanmasına da bir engel yoktur.

⁵⁸ **Gonzenbach/ Gabriel-Tanner**, Art. 118, N. 8; **Gauch/ Schlupe/ Emmenegger**, s. 219, N. 3190; **Birsén**, s. 540; **Oğuzman/ Öz**, *Cilt 1*, s. 554; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 451.

⁵⁹ **Gauch/ Schlupe/ Emmenegger**, s. 219, N. 3190; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 451.

⁶⁰ 6098 sayılı TBK'nın 135/ f. 2 hükmüne karşılık gelen, 818 sayılı BK'nın 116/ f. 2 düzenlemesinde, “*Bu içtiman zevaliyle borç avdet eder.*” ifadesine yer verilerek, birleşmenin ortadan kalkmasıyla, borcun geri geleceği kabul edilmişti.

şımı süresi yeniden işlemeye başlamaz. Birleşme esnasında duran süre, kaldığı yerden işlemeye devam eder⁶¹.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması sonucunda, borca bağlı olan faiz, cezai şart gibi alacaklar da tekrar canlanır⁶². Ancak bazı durumlarda, alacağı teminat altına almak amacıyla taşınır bir mal üzerinde, teslimine bağlı rehin hakkı tesis edilmiş olabilir. Alacaklı ve borçlu sıfatları birleştiği sırada, rehnin konusunu oluşturan taşınır, borçluya ya da mal sahibi üçüncü kişiye iade edilmişse, birleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi sonucu rehin hakkı kendiliğinden yeniden canlanmaz⁶³. Rehnin yeniden canlanması için, rehin konusu taşınır malın tekrar bu amaçla alacaklıya teslimi gerekir⁶⁴. Zira burada rehin hakkı, rehnedilen taşınır mal üzerindeki zilyetliğin ortadan kalkması sebebiyle sona ermiştir (TMK m. 943/ f. 1).

2. TBK m. 135/ f. 3 hükmü

TBK m. 135/ f. 3' te, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi suretiyle borcun sona ermesinde, taşınmaz rehni ile kıymetli evraka ilişkin özel hükümler saklı tutulmuştur.

⁶¹ **Gonzenbach/ Gabriel-Tanner**, Art. 118, N. 8; **Aeppli**, Art. 118, N. 38; **Gauch/ Schluemp/ Emmenegger**, s. 219, N. 3190; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 451; **Aksu**, s. 260.

⁶² **Killias/ Wiget**, Art. 118, N. 7; **Lardi/ Vannotti**, Art. 118 N. 7; **Berger**, s. 460, N. 1356; **Funk**, s. 184; **Velidedeoğlu / Özdemir**, s. 267-268; **Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu**, s. 451; **Oğuzman/ Öz**, *Cilt I*, s. 554; **Hatemi/ Gökyayla**, s. 320; **Kocaman**, s. 1018; **Aksu**, s. 259; **Bucher**, Eugen: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988, s. 406; **Blaeser**, Alexander: *Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht – Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision*, Zürich/ St. Gallen, 2011, s. 32; **Gümüş**, Mustafa Alper: "Asıl Borcun Sona Ermesinin Asıl Borçla bağlantılı Yan Haklar Üzerindeki Etkisi (TBK m. 131), *Prof. Dr. İlhan Ulsan'a Armağan*, *Cilt III*, Ankara 2016, s. 331.

⁶³ **Funk**, s. 184; **Önen**, s. 220; **Velidedeoğlu/ Özdemir**, s. 268; **Kocaman**, s. 1018; **Aksu**, s. 259.

⁶⁴ **Feyzioğlu**, s. 456, dpt. 59.

Kanun koyucu burada, “taşınmaz rehni” ifadesiyle ipotek⁶⁵, ipotekli borç senedi⁶⁶ ve irat senedini⁶⁷ kastetmiştir.

Borçlu, borcuna teminat olmak üzere, kendisine ait taşınmaz üzerinde alacaklı lehine ipotek hakkı tesis edebilir. Bu gibi durumlarda, kendi taşınmazı üzerinde ipotek hakkı tesis eden borçlu, sonradan alacaklı sıfatını kazanırsa, üzerinde alacaklı ve borçlu sıfatları birleştiği için, alacağa bağlı olan ipotek hakkı TBK. m. 131/ f. 1 hükmü gereği sona erer. Meselâ A, B’ye olan 100.000 TL.’lik borcu için kendi taşınmazı üzerinde B lehine ipotek hakkı tesis etse, daha sonra ise, B, A’ dan olan alacağını ona devretse, alacaklı ve borçlu sıfatla-

⁶⁵ İpotek, halen mevcut veya henüz doğmamış olmakla birlikte, ileride doğması kesin yahut olası olan şahsi bir alacağın teminat altına alınması için kurulan ve kıymetli evraka bağlanmayan taşınmaz rehni türüdür. İpotekte borçlunun hem şahsi sorumluluğu hem de taşınmazı ile sorumluluğu vardır. Borçlu borcunu ödemezse, taşınmaz paraya çevrilir. Elde edilen meblağ, alacağı karşılamaya yetmezse, borçlunun diğer malvarlığı değerlerine de başvurulabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, ipotek başkasının borcunu teminat altına almak için verilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda ipotek borçlusunun şahsi sorumluluğu söz konusu değildir (**Wieland**, C.: Kanunu Medeni De Ayni Haklar, (Çev. İ. Hakkı Karafakı), Ankara 1946, s. 539; **Oğuzman**, Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe: *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, İstanbul 2016, s. 899; **Gürsoy**, Kemal T./ **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol: *Türk Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1984, s. 1032; **Kuntalp**, Erden: “Medeni Hukuk Açısından İpotekli Borç Senetleri”, *Teori ve Uygulama Açısından İpotekli Borç Senetleri Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara 1984, s. 6; **Akıpek**, Jale/ **Akıntürk**, Turgut: *Eşya Hukuku*, İstanbul 2009, s. 787; **Dural**, Mustafa: *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul 1981, s. 142; **Serozan**, Rona: “Taşınmaz Rehni”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2006, Cilt 64, Sayı 2, s. 305).

⁶⁶ İpotekli borç senedi, hem şahsi sorumluluğun sürdüğü, hem de taşınmazın değerinin tedavül ettirilmesinin mümkün olduğu bir taşınmaz rehni türüdür. İpotekli borç senedinde taşınmazın değeri bağımsızlaştırılarak kıymetli evraka bağlanır. İpotekli borç senedinden doğan borçtan dolayı, borçlunun tıpkı ipotekte olduğu gibi, şahsi sorumluluğunun yanı sıra, taşınmazı ile de sorumluluğu bulunmaktadır. Dolayısıyla taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu, alacaklı alacağını elde edemezse, borçlunun diğer malvarlığı değerlerine de başvurulabilir (**Wieland**, s. 549; **Oğuzman**/ **Seliçi**/ **Oktay-Özdemir**, s. 901; **Gürsoy**/ **Eren**/ **Cansel**, s. 1064, 1074-1075; **Kuntalp**, s. 8; **Akıpek**/ **Akıntürk**, s. 817-818; **Dural**, s. 147; **Serozan**, s. 306; **Hurni**, Christoph: “İsviçre’de İpotekli Borç Senedi Hukuku’nda Yapılan Güncel Değişiklikler”, (Çev. Nil Karabağ Bulut), Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 334).

⁶⁷ İrat senedi, kıymetli evrak düzenlenmesi yoluyla taşınmazın değerinin tedavül ettirilmesinin amaçlandığı taşınmaz rehni türüdür. İrat senedinde ipotek ve ipotekli borç senedinden farklı olarak, borçlunun bir şahsi sorumluluğu bulunmayıp, borçlu yalnızca taşınmazıyla sorumludur. Dolayısıyla borçlunun borcunu ödemediği durumlarda, taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen meblağdan alacaklının alacağı karşılanmazsa, karşılanmayan kısım için alacaklı borçlunun diğer malvarlığı kesimlerine başvuramaz (**Wieland**, s. 540; **Hurni**, s. 334; **Oğuzman**/ **Seliçi**/ **Oktay-Özdemir**, s. 900-901; **Gürsoy**/ **Eren**/ **Cansel**, s. 1064, 1074-1075; **Kuntalp**, s. 7; **Akıpek**/ **Akıntürk**, s. 819; **Dural**, s. 147-148; **Serozan**, s. 306).

rının birleşmesi borcu ve borcu teminat altına almış olan ipoteği sona erdirir. Bu durumda, ipotek hakkına dair tapuda yer alan tescil, şeklen mevcut olsa dahi, gerçek hukukî durumu yansıtmaz. Bununla birlikte, bazen alacağın teminatı olması amacıyla üzerinde ipotek hakkı tesis edilen taşınmaz, daha sonra ipotek hakkı sahibine yani alacaklıya devredilebilir. Böyle bir durumda ipotek hakkı kendiliğinden sona ermez. Meselâ, A, B'ye olan 100.000 TL.'lik borcu için kendi taşınmazı üzerinde B lehine ipotek hakkı tesis etse ve daha sonra teminat olan taşınmaz alacaklı B'ye devredilse⁶⁸ ilgili taşınmaz üzerindeki ipotek hakkı kendiliğinden sona ermez. Zira alacaklı asıl borçtan bağımsız olarak, borca teminat olan taşınmazın maliki konumuna gelmiştir. Dolayısıyla burada borcun sona ermesi durumu söz konusu değildir. Asıl borç taşınmazın sağladığı teminat olmaksızın varlığını devam ettirmektedir. Bunun sonucunda ise, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin de belirttiği⁶⁹ üzere, ipotek sona ermez, sadece uyur⁷⁰. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, ipotek hakkı sadece şekli bir değer taşıyıcı ve birleşmenin devam ettiği süre zarfında herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz⁷¹. Çünkü bir kişinin hem ipotekle yüklü taşınmaz maliki hem de ipotek alacaklısı sıfatını taşıdığı durumlarda, ortada teminat altına alınan gerçek anlamda bir alacak bulunmamaktadır. Bununla birlikte ne zaman ki ipotekle yüklü

⁶⁸ Lex commissoria yasağına aykırılığın söz konusu olmadığı ihtimalinde yapılan değerlendirilmedir.

⁶⁹ **Y. 23. HD., 20.02.2017 T., E. 2016/ 6724, K. 2017/ 478** "İpotek lehine tesis edilen alacaklı daha sonra taşınmazın maliki olursa alacaklı borçlu sıfatının birleşmesi halinde olduğu gibi ipotek sona ermez, bu durumda ipotek uyur. Diğer bir deyişle ipotek şeklen mevcut olup, hükümleri askıdadır." (Yayınlanmamış Karar).

⁷⁰ Böyle bir durumda ipotek hakkının sona ermesi için, ayrıca tapu sicilinden terkin edilmesi gerekir, **Wieland**, s. 640; **Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir**, s. 774; **Ünal**, Mehmet: "Malik Lehine Sınırlı Ayni Hak Kavramı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2008, Cilt 12, Sayı 1-2, s. 234; **Belen**, Herdem: "Ana Hatları ve Bazı Temel Özellikleriyle Taşınmaz Rehin Hakları", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2006, Cilt 5, Sayı 1-2, s. 30; **Y. 1. HD., 04.10.2012 T., E. 2012/ 5888, K. 2012/ 10744** "Öte yandan; davalı bankanın kredi alacağından kaynaklanan sicil kaydında tesis edilen ipoteğin taşınmazın bankaya devrinden sonra alacaklı ve borçlu sıfatının bankada birleşmesi sebebiyle ipotek şerhinin sicil kaydının silinmesi, böylece varsa banka alacağının teminatsız bırakılması ihtimalinin göz ardı edilmemesi gerekeceği kuşkusuzdur." (Yayınlanmamış Karar).

⁷¹ **Feyzioğlu**, s. 458; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 771 vd; **Akipek/ Akıntürk**, s. 786; **Ünal**, s. 234; **Sirmen**, s. 581, 617.

taşınmaz maliki ve ipotek alacaklısı sıfatları birbirinden ayrılır, o andan itibaren uyuyan ipotek hakkı hüküm ve sonuçlarını tekrar doğurmaya başlar⁷².

İpotekli borç senedi ile irat senedinde ise, ipotekten farklı olarak alacağı teminat altına almanın yanı sıra taşınmazın değerinin tedavül ettirilmesi de amaçlanmaktadır⁷³. Burada taşınmazın değeri kıymetli evrak niteliğindeki ipotekli borç senedine veya irat senedine bağlanır ve senet el değiştirdikçe de tedavül eder⁷⁴. Onun için bu senetlerde beliren hak, senetlerden ayrı olarak ileri sürülemez, başkasına devredilemez⁷⁵. Keza ipotekli borç senedinin veya irat senedinin düzenlenmesiyle soyut bir alacak doğar⁷⁶. İşte belirtilen tüm bu özelliklerin sonucunda, ipotekli borç senedi veya irat senediyle yüklü taşınmazın maliki sonradan senet alacaklısı sıfatını kazanırsa, üzerinde alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmesine rağmen alacak (borç) sona ermez. İpotekli borç senedi veya irat senedi ile yüklü taşınmazın maliki söz konusu senetleri sonradan üçüncü bir kişiye devretmek suretiyle tekrar tedavüle çıkarabilir⁷⁷. Meselâ, ipotekli borç senedinin borçlusu, borcunu ifa edip, bu senedin alacaklısı olduktan

⁷² **Wieland**, s. 643; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 899; **Akipek/ Akıntürk**, s. 786; **Ünal**, s. 231; **Belen**, s. 5; **Tuor**, Pierre: *İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı*, (Çev. Amil Artus), Ankara 1957, s. 657; **Hatemi**, Hüseyin: *Eşya Hukuku*, İstanbul 1991, s. 719; **Sirmen**, Lale: *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 581, 616, 720; **Y. 23. HD., 20.02.2017 T., E. 2016/ 6724, K. 2017/ 478** “İpotek lehine tesis edilen alacaklı daha sonra taşınmazın maliki olursa alacaklı borçlu sıfatının birleşmesi halinde olduğu gibi ipotek sona ermez, bu durumda ipotek uyur. ... İpotek lehtar malikin taşınmazı elden çıkarması halinde ipotek yeniden hüküm ifade etmeye başlayacaktır.” (Yayınlanmamış Karar).

⁷³ **Tuor**, s. 657; **Hurni**, s. 334; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 900, 901, 993, 994; **Akipek/ Akıntürk**, s. 808; **Gürsoy/ Eren / Cansel**, s. 1064-1065; **Kuntalp**, s. 7-8; **Dural**, s. 147, 148; **Hatemi**, s. 719; **Sirmen**, s. 634, 635; **Belen**, s. 5; **Reisoğlu**, Seza: “Sermaye Piyasası Açısından İpotekli Borç Senetleri”, *Teori ve Uygulama Açısından İpotekli Borç Senetleri Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara 1984, s. 23.

⁷⁴ **Hurni**, s. 334; **Kuntalp**, s. 7-8; **Akipek/ Akıntürk**, s. 810; **Dural**, s. 147, 148; **Ünal**, s. 231; **Sirmen**, s. 634, 635; **Belen**, s. 5.

⁷⁵ **Tuor**, s. 657; **Akipek/ Akıntürk**, s. 810; **Ünal**, s. 232.

⁷⁶ **Tuor**, s. 657; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 900, 901, 993, 994; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, s. 1065; **Hatemi**, s. 719; **Sirmen**, s. 634, 635.

⁷⁷ **Gonzenbach/ Gabriel-Tanner**, Art. 118, N. 9; **Gauch/ Schlupe/ Emmenegger**, s. 218, N. 3183; **Ruedin**, s. 154; **Kuntalp**, s. 14; **Tunçomağ**, s. 1201; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 998; **Eren**, s. 1295; **Aksu**, s. 258-259.

sonra, söz konusu senedi, başka birine devretmek suretiyle ondan ihtiyaç duyduğu krediyi temin edebilir.

Kanun koyucu “kıymetli evrak” ifadesiyle, poliçe, bono ve bunlara eş değer kıymetli evrakı kastetmiştir. Zira bu tür kıymetli evrakta da tıpkı ipotekli borç senedi veya irat senedinde olduğu gibi, tedavül fonksiyonu ön plandadır. Bu sebeple hakkın senetten ayrı olarak ileri sürülememesi, devredilememesi ve soyut olması gibi hususlar burada da geçerlidir⁷⁸. Tüm bunların sonucunda bu tür kıymetli evraklarda da aynı kişinin üzerinde alacaklı ve borçlu sıfatları birleşirse, borç (alacak) yine sona ermemektedir. Meselâ, emre yazılı bir poliçenin düzenleyene, muhataba veya aval verene ciro edildiği veya nama yazılı bir poliçenin düzenleyene, muhataba veya aval verene temlik edilip, zilyetliğinin geçirildiği durumlarda, poliçeye bağlı alacak sona ermemektedir⁷⁹. Düzenleyen, muhatap veya aval veren, emre yazılı poliçeyi tekrar ciro ederek veya nama yazılı poliçeyi tekrar temlik edip ve zilyetliğini geçirerek bunların tedavülünü sağlayabilir⁸⁰.

SONUÇ

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, bir borçtaki alacaklı ve borçlu sıfatlarının, aynı kişinin, aynı malvarlığı kesimi üzerinde bir araya gelmesidir. Burada birleşmeyi meydana getiren hukuki sebep önemli değildir. Birleşme, kanun gereği kendiliğinden gerçekleşebileceği gibi, bir hukuki işlemle de gerçekleşebilir. Ancak alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşebilmesi için birtakım

⁷⁸ Eren, s. 1295; Oğuzman/ Öz, *Cilt 1*, s. 554-555.

⁷⁹ Kambiyo senetleri emre, nama veya hamiline yazılı olabilir. Ancak, poliçe ile bonoda lehtarın ismi zorunlu şekil şartları arasında yer aldığı için (TTK m. 671/ f. 1 - b. (f), TTK m. 776/ f. 1 - b. (e)), poliçenin ve bononun hamiline yazılı olarak düzenlenmesi mümkün değildir; poliçeler ile bonolar ya emre ya da nama yazılı olarak düzenlenebilirler (Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal: *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, İstanbul 2013, s. 103; Öztan, Fırat: *Kıymetli Evrak Hukuku*, Güncelleştirilmiş 16. Bası, Ankara 2009, s. 50; Helvacı, Mehmet: *Kıymetli Evrak Hukuku*, Güncellenmiş 7. Bası, İstanbul 2013, s. 76).

⁸⁰ Oser/ Schönerberger, Art. 118, N. 9; Becker, Art. 118, N. 13; von Tuhr, s. 664; Feyzioğlu, s. 458; Eren, s. 1295; Oğuzman/ Öz, *Cilt 1*, s. 555; Poroy/ Tekinalp, s. 185.

şartların gerçekleşmesi gereklidir. İlk olarak birleştirici olayın gerçekleştiği anda, geçerli olarak doğmuş bir borcun bulunması şarttır. Aksi takdirde, geçersiz bir borcun bulunduğu veya söz konusu borcun ifa veya diğer herhangi bir sebeple sona erdiği durumlarda, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olmaz. İkinci olarak, alacaklı ve borçlu sıfatları aynı kişide birleşmelidir. Borçlunun alacak üzerinde rehin veya intifa hakkı gibi haklar kazandığı durumlarda, alacaklı ve borçlu sıfatı aynı kişide birleşmiş olmadığı için borç sona ermez. Zira alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşebilmesi için alacaklı ve borçlunun eş nitelikte olmasının yanında, borcun da eş nitelikte olması gereklidir. Üçüncü olarak, Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi için, alacak ve borcun aynı malvarlığı kesimine dâhil olması gereklidir. Bu sebeple alacak ve borcun aynı kişide birleşmekle birlikte, farklı malvarlığı kesimi içerisinde birleştiği durumlarda, TBK m. 135 uygulama alanı bulmaz.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi ile kural olarak borç sona erer (TBK m. 135/ f.1-c.1). Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi sonucu taraflar arasındaki borç sona erdiği için, söz konusu borca bağlı olan hak ve borçlar da sona erer (TBK m. 131). Buna karşılık, bu hak ve borçlar bağımsız bir alacak niteliğini kazanmışsa, bunlar artık alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sebebiyle sona ermez. Yine TBK m. 135/ f. 1 - c. 2' de belirtildiği üzere, üçüncü kişilerin alacak üzerinde önceden mevcut olan hakları da birleşmeden etkilenmez.

Bazı durumlarda alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkabilir ve borç varlığını sürdürmeye devam eder (TBK m. 135/ f. 2). Bunun sonucunda, borca bağlı olan faiz, cezai şart gibi alacaklar da tekrar canlanır. Bu durum özellikle miras hukukunda ve bozucu şarta bağlı borçlarda söz konusu olur. Ancak bazen birleşmenin sebebini oluşturan olay geçerli bir şekilde ortaya çıkmamış olabilir. Böyle durumlarda, alacaklı ve borç-

lu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olmadığı için, TBK m. 135/ f. 2 hükmü uygulama alanı bulmaz.

TBK m. 135/ f. 3' te, taşınmaz rehni ile kıymetli evraka ilişkin özel hükümler saklı tutulmuştur. Kanun koyucu "taşınmaz rehni" ifadesiyle ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedini kastetmiştir. İpotek, ipotekli borç senedi ya da irat senedi ile yüklü olan taşınmaz maliki bu sıfatına bir de ipotek, ipotekli borç senedi ya da irat senedi alacaklısı sıfatını eklerse, üzerinde alacaklı ve borçlu sıfatı birleşmiş olmasına rağmen ipotek, ipotekli borç senedi ya da irat senedi sona ermez. Kanun koyucu "kıymetli evrak" ifadesiyle ise, poliçe, bono ve bunlara eş değer kıymetli evrakı kastetmiştir. Bunlarda da aynı kişinin üzerinde alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmiş olsa da, borç sona ermemektedir.

KISALTMALAR

Art.	Artikel
b.	Bent
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
c.	Cümle
Çev.	Çeviren
dpt.	Dipnot
E.	Esas
f.	Fıkra
HD.	Hukuk Dairesi
K.	Karar
m.	Madde
N.	Nummer
prgf.	Paragraf

RKHK	4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	Sayfa/ Seite
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TOC	Turkish Obligation Code no 6098
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	Ve devamı
Y.	Yargıtay
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YARARLANILAN KAYNAKLAR*

Acar, Faruk, “Borçlar Kanun ve Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Müte-selsil Borçluluğa Toplu Bakış (BK m. 141-147)”, *E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Yıl 2007, Sayı 60

Aeppli, Viktor: *Zürcher Kommentar Band/ Nr. V/ 1h/ 1, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR*, Zürich 1991

Akıncı, Şahin: *Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Konya 2004 (Sona Erme)

Akıncı, Şahin: *Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler*, 9. Baskı, Konya 2016 (Borçlar Hukuku)

Akipek, Jale/ **Akıntürk**, Turgut: *Eşya Hukuku*, İstanbul 2009

* Dipnotlarda geçen eserler yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Ancak aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapıldığı durumlar ile aynı soyadı taşıyan yazarlara yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

Aksu, Mustafa: “Asıl Alacağa Bağlı Hak ve Borçların Sona Ermesi - İbra - Yenileme - Birleşme”, *Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Cilt II*, İstanbul 2014

Arık, Kemal Fikret: *Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler*, Ankara 1964

Arsebük, Esat: *Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları*, Ankara 1937

Ayan, Mehmet: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Baskı, Konya 2012

Aybay, Aydın: *Borçlar Hukuku Dersleri*, 14. Bası, İstanbul 2016

Becker, Hermann; *Berner Kommentar, Band/ Nr. VI/ 1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*, 2. Auflage, Bern 1945

Belen, Herdem, “Ana Hatları ve Bazı Temel Özellikleriyle Taşınmaz Rehin Hakları, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2006, Cilt 5, Sayı 1-2 (08.11.2017 tarihinde <http://openaccess.iku.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11413/1409/711.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, adresinden erişildi.)

Berger, Bernhard: *Allgemeines Schuldrecht*, Bern 2012

Berki, Şakir: *Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, Ankara 1962

Birsen, Kemaleddin: *Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri*, 4. Bası, İstanbul 1967

Blaeser, Alexander: *Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht – Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision*, Zürich/ St. Gallen, 2011

Bucher, Eugen: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Nebearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988 (12.11.2017 tarihinde <http://www.eugenbucher.ch/obligationenrecht/or-allgemeiner-teil-2-auflage-1988/> adresinden erişildi.)

Canbolat, Ferhat: “Müteselsil Borcun Sona Erme Nedenleri - Borçlar Kanunu Tasarısındaki İlgili Hükümlerin Kısa Değerlendirilmesi İle Birlikte-”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2008, Sayı 3

Canyürek, Murat: *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler*, İstanbul 2003

Cometta, Flavio: *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2009

Dural, Mustafa: *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul 1981

Eichenberger, Michaela: *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. überarbeitete Auflage, Zürich 2016

Erdoğan, İhsan: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2013

Eren, Fikret: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara 2017

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1977

Funk, Fritz: *Borçlar Kanunu Şerhi, I, Umumi Hükümler*, (Çev. Hıfzı Veldet/ Cemal Hakkı Selek), İstanbul 1938

Gonzenbach, Rainer/ **Gabriel-Tanner**, Debora: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 5. Auflage, Basel 2011

Gauch, Peter/ **Schlupe**, Walter R./ **Emmenegger**, Susan: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, 10. Auflage, Zürich 2014

Guhl, Theo/ **Koller**, Alfred: *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Auflage, Zürich 2000

Gümüş, Mustafa Alper: “Alacaklı ve Borçlu Sıfatının Birleşmesi (BK m. 116)”, *Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2008, Cilt 7, Sayı 2 (Birleşme)

Gümüş, Mustafa Alper: *Türk- İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, İstanbul 2015 (İbra)

Gümüş, Mustafa Alper: “Asıl Borcun Sona Ermesinin Asıl Borçla bağlantılı Yan Haklar Üzerindeki Etkisi (TBK m. 131)”, *Prof. Dr. İlhan Ulsan’a Armağan*, Cilt III, Ankara 2016 (TBK m. 131)

Gürsoy, Kemal T./ **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol: *Türk Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1984

Hatemi, Hüseyin: *Eşya Hukuku*, İstanbul 1991

Hatemi, Hüseyin/ **Gökyayla**, Emre: *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm*, 3. Bası, İstanbul 2015

Helvacı, Mehmet: *Kıymetli Evrak Hukuku*, Güncellenmiş 7. Bası, İstanbul 2013

Huguenin, Claire: *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Auflage, Zürich 2014

Hurni, Christoph: “İsviçre’de İpotekli Borç Senedi Hukuku’nda Yapılan Güncel Değişiklikler”, (Çev. Nil Karabağ Bulut), *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, İstanbul 2010

İnan, Ali Naim/ **Yücel**, Özge: *İnan Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2014

Kapanıcı, Kadir Berk: *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, İstanbul 2014

Kılıçoğlu, Ahmet: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 21. Bası, Ankara 2017

Killias, Laurent/ **Wiget**, Matthias: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR*, 3. Auflage, Zürich 2016

Köroğlu, Emre: *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Taşınır Satış Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Ankara 2016

Kuntalp, Erden: "Medeni Hukuk Açısından İpotekli Borç Senetleri", *Teori ve Uygulama Açısından İpotekli Borç Senetleri Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara 1984

Lardi, Daniele/ **Vannotti**, Massimo: *Kurzkomentar Obligationenrecht*, Basel 2014

Nomer, Halûk N.: *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları*, İstanbul 2002 (Beklenen Haklar)

Nomer, Halûk N.: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 14. Baskı, İstanbul 2015 (Borçlar Hukuku)

Oğuzman, Kemal/ **Öz**, Turgut: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1*, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul 2017 (Cilt 1)

Oğuzman, Kemal/ **Öz**, Turgut: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2*, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul 2017 (Cilt 2)

Öğuzman, Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe: *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, İstanbul 2016

Olgaç, Senai: *Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler*, Üçüncü Baskı, İstanbul 1970

Oser, Hugo/ **Schönenberger**, Wilhelm: *Kommentar (Zürcher Kommentar) zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht*, Zürich 1929

Önen, Turgut: *Borçlar Hukuku*, Ankara 1986

Özdemir, Hayrunnisa: “Mirasçılarının Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2012, Cilt 16, Sayı 1-2

Öztan, Fırat: *Kıymetli Evrak Hukuku*, Güncelleştirilmiş 16. Bası, Ankara 2009

Poroy, Reha/ **Tekinalp**, Ünal: *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, İstanbul 2013

Reisoğlu, Safa: *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 24. Bası, İstanbul 2013 (Reisoğlu)

Reisoğlu, Seza: “Sermaye Piyasası Açısından İpotekli Borç Senetleri”, *Teori ve Uygulama Açısından İpotekli Borç Senetleri Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara 1984 (Reisoğlu, S.)

Ruedin, Philippe: *Das Schweizerische Obligationenrecht, OR für den Alltag*, 10. überarbeitete und aktualisierte Auflage, Zürich 2013

Saymen, Ferit H./ **Elbir**, Halid K., *Türk Borçlar Hukuku, I, Umumi Hükümler, İkinci Cilt*, İstanbul 1958

Schwenzer, Ingeborg: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zweite überarbeitete Auflage, Bern 2000

Serozan, Rona: “Taşınmaz Rehni”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2006, Cilt 64, Sayı 2

Sirmen, Lale: *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2016

Tekinay, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altıp**, Atilla: *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul 1993

Tercier, Pierre/ **Pichonnaz**, Pascal/ **Develioğlu**, H. Murat: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2016

von Tuhr, Andreas: *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2*, (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983

von Tuhr, Andreas/ **Escher**, Arnold: *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement)*, 3. Auflage, Zürich 1984

Tunçomağ, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler*, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 1976

Tuor, Pierre: *İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı*, (Çev. Amil Artus), Ankara 1957

Ünal, Mehmet: “Malik Lehine Sınırlı Ayni Hak Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2008, Cilt 12, Sayı 1-2

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/ **Özdemir**, Refet: *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Ankara 1987

Wieland, C.: Kanunu Medeni De Ayni Haklar, (Çev. İ. Hakkı Karafakı), Ankara 1946

Yaşar, Mert: *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul 2005

TÜRK TİCARET KANUNUNDAKİ HÜKÜMLER KARŞISINDA VARLIK YÖNETİM ŞİRKETLERİNİN KURULUŞU VE KURULUŞUN İZNE TABİ OLMASI

*Arş. Gör. Dr. Emel TEKTEN**

ÖZET

Varlık yönetim şirketleri bankalar ve banka dışı finansal kuruluşların tahsili gecikmiş alacaklarının alınıp yeniden yapılandırılarak tahsil edilmesi amacıyla yönelik faaliyet göstermektedirler. Varlık yönetim şirketleri hakkındaki temel düzenleme 5411 sayılı BankK m. 143'te yer almaktadır. Ayrıca 5411 sayılı BankK m. 93 ve 143'e dayanılarak çıkartılan varlık yönetim şirketlerine ilişkin Yönetmelik'te düzenlemeler bulunmaktadır. Yönetmelik'te varlık yönetim şirketlerinin anonim şirket şeklinde kurulacağı belirtildiğinden 6102 sayılı TTK hükümleriyle de bağlantısı bulunmaktadır.

Çalışmada varlık yönetim şirketlerinin kuruluşu ve izne tabi işlemleri hakkındaki özel düzenlemeler ile 6102 sayılı TTK'daki genel hükümler birlikte ele alınıp birtakım konularda eleştiriler yapılarak çözüm önerileri ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Varlık yönetim şirketi, 5411 sayılı BankK, 6102 sayılı TTK, Kuruluş, Anonim şirket

* Ercincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD (e-mail: emeltekten@gmail.com)
Makale Geliş Tarihi: 14.03.2018
Makale Kabul Tarihi: 09.04.2018

ABSTRACT

Asset management companies function as acquiring defaulted receivables of banks and nonbank financial institutions and collecting them through restructuring. The Asset management companies mainly drawn up by article 143 of Banking Code no. 5411. Regulations concerning the asset management companies can also be found in Directive which is issued based on article 93 and article 143 of Banking Code no. 5411. The Asset management companies are also correlated with Turkish Commercial Code no. 6102 since the Directive indicates that mentioned companies can be established as joint stock companies.

This work analyzes issues of specific regulations regarding establishment of the asset management companies and their permit-required legal transactions with general provisions of Turkish Commercial Code no. 6102 and provides solutions via criticizing some matters of significance.

Keywords: Asset management companies, Banking Code no. 5411, Turkish Commercial Code no. 6102, Joint Stock Companies.

Giriş

Varlık yönetim şirketleri ilk defa 4743 sayılı “*Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunla*”¹Türk finans sistemine dâhil edilmişlerdir. Daha sonra varlık yönetim şirketleri hakkındaki hukuki rejim 5411 sayılı Bankacılık Kanunu² m. 143’te yapılan düzenlemeyle devam ettirilmiştir. Ayrıca BankK m. 93 ve 143’üncü maddelerine dayanılarak Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik³yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmeliğin amacı, varlık yönetim şirketlerinin kuruluş ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esaslarını düzenlemektir.

Yönetmelikte varlık yönetim şirketlerinin “*anonim şirket*” şeklinde kurulmasının şart olduğu belirtilmiştir (Var. Şir. Yön. m. 4/2/a). Varlık yönetim şirketlerinin özel kanunlara tabi bir anonim şirket olmasından dolayı TTK m. 330/1 “*Özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır*” tabi olacaktır. Dolayısıyla varlık yönetim şirketlerinin kuruluşu, ana sözleşme değişikliği, sermaye artırımı gibi işlemler için BankK., SerPK., Var. Şir. Yön.’de yer alan özel hükümler uygulanacaktır. Konuya ilişkin özel hüküm yoksa TTK’nın anonim şirketi düzenleyen genel hükümleri uygulanacaktır⁴.

¹ R.G. Tarih: 31/01/2002 Sayı: 24657 (Mük.).

² R.G. Tarih: 01/11/2005 Sayı: 25983 (Mük.).

³ R.G. Tarih: 01/11/2006 Sayı: 26333.

⁴ *Alıcı*, haklı olarak genel hükümlerden anlaşılması gerekenin Türk Ticaret Kanunu olabileceği gibi bunun dışında Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve hatta Türk Ceza Kanunu da olabileceğini belirtmiştir (bkz. Yaşar *Alıcı*, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 46). Ancak çalışma konumuz genel hükümlerden Türk Ticaret Kanunuyla sınırlı olduğu için çalışmamız sadece bu çerçevede incelenecektir. *Karasu*, TTK m. 330’da özel kanunun öncelikle uygulanacağı genel hukuk kuralına rağmen, TTK’nın birçok maddesinde ayrıca özel kanun hükümlerinin saklı tutulmuş olmasının gereksiz olduğunu belirtmiştir (Rauf *Karasu*, “Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tıp Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y. 2015, S. 1, s. 122).

Çalışmamız varlık yönetim şirketlerinin kuruluşunun ve izne tabi işlemlerinin BankK., Var. Şir. Yön. ve TTK hükümleriyle birlikte ele alınmasına ilişkindir. Çalışma üç bölümde ele alınmıştır. İlk bölümde tanımlara ve genel bilgilere yer verilmiştir. İkinci bölümde varlık yönetim şirketlerinin kuruluşunun TTK hükümleriyle birlikte ele alınmıştır. Son bölümde ise varlık yönetim şirketlerinin esas sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu unsurlar değerlendirilmiştir.

I. Tanımlar

Varlık yönetim şirketi hakkındaki tanım Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde yapılmıştır. Yine yönetmeliğin söz konusu hükmünde “bankalar” ve “diğer mali kurumlar” için tanım yapılmışken “TMSF” için böyle bir tanım yapılmadığı gözlemlenmektedir.

İlk olarak “varlık yönetim şirketleri” hakkındaki tanım konusunda Var. Şir. Yön.’ne bakılacak olursa; “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, bankalar ve diğer mali kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla faaliyet göstermek üzere bu Yönetmelik hükümlerine göre izin alarak kurulan şirketlere” varlık yönetim şirketi denir⁵ (Var. Şir. Yön. m. 3/g).

Yönetmeliğe göre “banka”⁶, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun üçüncü maddesinde tanımlanan bankaları ifade etmektedir (Var. Şir. Yön. m. 3-a). Buna

⁵ 11.08.2017 tarihli ve 30151 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Kamu Sermayeli Bankalar ile Bu Bankaların Bağlı Ortaklığı Niteliğini Haiz Finansal Kuruluşların Alacaklarının Varlık Yönetim Şirketlerine Satışı Hakkında Yönetmelik” m. 3’te varlık yönetim şirketi için BankK m. 143’te belirtilen şirketler şeklinde tanımlama yapılmıştır.

⁶ Bankacılık sektörünün merkez kuruluşu banka işletmesidir. Nitekim 5411 sayılı Bankacılık Kanunu da temel düzenleme konusu olarak banka işletmesini esas almakta ve bunun kuruluşu, faaliyeti, denetimi ve sona erişi hakkında düzenleyici hükümler getirmektedir (bkz. Alptekin Güney, Banka Hukuku, Beta Basımevi, İstanbul 2012, s. 9). Banka kelimesinin kaynağı ve tarihçesi için bkz. Süleyman Duygan/Necat Tüzün, Bankalar Kanunu Şerhi, Güven Matbaası, Ankara 1964, s. 1; Reşat D. Tesal, Banka Hukuku, Nihad Sayar Yayın ve Yardım Vak-

göre banka mevduat bankaları, katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarından oluşmaktadır⁷. Varlık yönetim şirketlerinin BankK m. 143/1’de hangi bankaların alacak ve varlıkları üzerinde faaliyet gösterecekleri sınırlandırılmadığından varlık yönetim şirketleri tüm bankaların alacak ve varlıkları üzerinde faaliyet gösterebilecektir⁸.

“Mali kurumların” tanımı ve bunların hangileri olduğu BankK m. 143’te belirtilmemiştir. Var. Şir. Yön.’de mali kurumlar hakkında; “*ana faaliyet konuları para ve sermaye piyasaları olan ve bu konulardaki özel kanunlara göre izin ve ruhsat ile faaliyet gösteren kurumlardan, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, finansman şirketleri ve varlık yönetim şirketleri gibi finansman sağlama veya ödünç para verme işleriyle iştigal eden tüzel kişileri ifade eder*” şeklinde açıklama yer almaktadır (Var. Şir. Yön. m. 3/b). Öğretide

fi Yayınları No: 343-576, İstanbul 1980, s. 9-10. Avrupa Birliği Banka Hukuklarının Koordinasyonu Tüzüğü’nün verdiği banka tanımı şu şekildedir: “*Banka; faaliyeti, halkın mevduat ya da başkaca geri ödenmesi gerekli paralarını kabul etme ve kendi hesabına krediler açmadan oluşan bir işletmedir* [Richtlinie 77/780/EWG (bkz. A. Sait **Yüksel**/Aslı **Yüksel**/Ülkü **Yüksel**, Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, Genişletilmiş 10. Bası, Beta Basım, İstanbul 2004, s. 3, dn. 2’den naklen alıntı)].

⁷ BankK m. 3 “*Banka; Mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını,*
Mevduat bankası: Bu Kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye’deki şubelerini,
Katılım bankası: Bu Kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye’deki şubelerini,
Kalkınma ve yatırım bankası: Bu Kanuna göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye’deki şubelerini ifade eder” şeklindedir. Görüleceği üzere kanun koyucu bankanın tanımını yapmamıştır. Ancak hükümde bir bankanın doğabilmesi ve faaliyette bulunabilmesi için genel şartların ve özel niteliklerin tespit edildiği gözlemlenmektedir. Hükümde yer alan sınıflandırma ise banka kaynaklarının nereden ve hangi statü ile temin edildiğine göre yapılmıştır (bkz. Yusuf Saim **Atasagun**, İzahlı-Notlu-Mukayeseli Bankalar Kanunu, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1958, s. 4; Alıcı, C. I, s. 52).

⁸ Ayşe Begüm **Keleş**, Varlık Yönetim Şirketleri, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ticaret Hukuku Bilim Dalı (Danışman: Doç. Dr. Mehmet Özdamar), Ankara 2017 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 75.

Reisoğlu, mali kurumlardan BankK m. 3'te yer alan finansal kuruluşların⁹ anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰.

“TMSF” ise, 5411 sayılı Kanun ve ilgili diğer mevzuat ile verilen yetkiler çerçevesinde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanunla verilen diğer görevlerin ifası için kurulmuş olup kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kuruluştur¹¹.

II. Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluşunun TTK Hükümleriyle Birlikte Değerlendirilmesi

A. Şirket Tipi

Varlık yönetim şirketlerinin hukuksal statüsü Kanunda gösterilmemişken Yönetmelikte “anonim şirket” şeklinde kurulması gerektiği belirtilmiştir (Var. Şir. Yön m. 4/2/a). Dolayısıyla varlık yönetim şirketi sermayesi belirli ve

⁹ BankK m. 3'te finansal kuruluş şu şekilde açıklanmıştır: “Kredi kuruluşları dışında kalan ve sigortacılık, bireysel emeklilik veya sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmak veya bu Kanunda yer alan faaliyet konularından en az birini yürütmek üzere kurulan kuruluşlar ile kalkınma ve yatırım bankaları ve finansal holding şirketlerini” ifade eder.

¹⁰ Seza **Reisoğlu**, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. 2, Son Değişikliklerle Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2015, s. 2149. *Battal*, haklı olarak, BankK. m. 143/1 ilk cümlede yer alan “fon dahil” ibaresi yüzünden fonun da bir mali kurum olarak algılandığı anlamını çağrıştırdığı eleştirisini yapmıştır (bkz. Ahmet **Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi (5411 Sayılı Kanun Metni ve Açıklaması), Gözden Geçirilmiş- Genişletilmiş İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 418).

¹¹ <http://www.tmsf.org.tr/idari.hukuki.tr> (E.T. 19/12/2017). Türkiye’de TMSF bir varlık yönetim kuruluşu olarak devralınan varlıkların piyasa değerinin arttırılması için yeniden yapılandırma ve yönetim gibi görevleri yerine getirmek ve sadece devralınan varlıkların süratle elden çıkarılması üzere iki fonksiyonu yerine getirmeyi sağlayan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır (bkz. Şahin **Arđıyok**, TMSF’nin Rolü: Türkiye’de Varlık Yönetim Kuruluşlarının Hukuki ve İktisadi Analizi, Legal Hukuk Dergisi, C. 3, S. 33, Y. Eylül 2005, s. 3361).

paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan anonim şirkettir (TTK m. 329/1).

Zaten BankK m. 143'te bahsedilen hak ve yetkileri kullanacak şirket herhalde sermaye şirketi olmalıdır. Ancak Kanunda belirtilmemiş şirket tipinin yönetmelikle getirilmesi kanun- yönetmelik hiyerarşisine aykırıdır¹².

Varlık yönetim şirketi anonim şirket şeklinde kuruluşunu tamamlamış olması ile tüzel kişilik kazanacaktır¹³ (TTK m. 125/1, TTK m. 355/1). Varlık yönetim şirketleri anonim şirket olduğu için tacir sıfatı da vardır (TTK m. 16). Bunun sonucu olarak özellikle tacir olmanın hüküm ve sonuçlarına ilişkin kurallar (TTK m. 18 vd.) varlık yönetim şirketleri bakımından da uygulama alanı bulur.

Varlık yönetim şirketlerinin kuruluşları anonim şirket şeklinde (Var. Şir. Yön. m. 4/2/a) olduğu için TTK'nın ilgili hükümlerine tabi olmalıdır. Bu nedenle varlık yönetim şirketlerinin kuruluş işlemlerinde pay senetleri, kurucuların şahsi durumu, en az sermaye ve izin şekli gibi BankK ve Var. Şir. Yön'de görülen istisnalar dışında TTK'da yer alan hükümlere uygun olarak kurulmalıdır.

B. Kuruluş Sistemi

Kural olarak anonim şirketler normatif sistemle¹⁴ kurulmaktayken varlık yönetim şirketler izin sistemi¹⁵ ile kurulmaktadır. Bu konudaki yasal düzenleme

¹² *Tekinalp*, şirket tipinin ancak kanunla öngörülebileceğini ve tüzel kişiliğin ancak kanunla verilebileceğini; dolayısıyla bu düzenlemenin sorunlara yol açabileceğini ifade etmiştir (bkz. Ünal **Tekinalp**, *Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Bası*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, § 33, N. 33-02).

¹³ Ancak varlık yönetim şirketi bir kamu tüzel kişisi değildir (bkz. *Tekinalp*, *Banka*, § 33, N. 33-03).

¹⁴ Normatif sistemde; Kanunda öngörülen işlemler ve şartlar gerçekleştirildiğinde ortaklık tüzel kişilik kazanır ve yetkili makam yalnızca ortaklık sözleşmesinin kanunun emredici hükümlerine uyulup uyulmadığını araştırır. Kanuni şartlara uyulması halinde anonim şirket kurulabilir

TTK m. 333/1/cüm. 1 ve 2'dir. Şöyle ki; "Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca yayımlanacak tebliğle, faaliyet alanları belirlenip, ilan edilecek anonim şirketler Gümrük ve Ticaret Bakanlığının izni ile kurulur. Bu şirketlerin esas sözleşme değişiklikleri de aynı Bakanlığın iznine tabidir". Yine "Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ"¹⁶ m. 5/1 hükmünde belirtilen diğer şirketlerle birlikte varlık yönetim şirketlerinin kuruluşları ve esas sözleşme değişikliklerinin Bakanlığın iznine tabi olduğu ifade edilmiştir.

TTK m. 333/1'deki Bakanlık incelemesi sadece Kanunun emredici hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığı konusunda yapılmalıdır (TTK m. 333/1/cüm. 3). Eğer kanunun emredici hükümleri yerine getirilmemişse Bakanlık izinden kaçınır. Ayrıca hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamayacağı hükmün devamında belirtilmiştir (TTK m. 333/1/cüm. son)¹⁷.

(bkz. Güzin **Üçışık**/Aydın **Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 127; Mehmet **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler- Soru Örnekleri, Güncellenmiş 12. Bası, Beta Yayıncılık, s. 120-121; Duygan/Tüzün, s. 31). Banka AO'nun kuruluşunun istisnâli normatif sistem olduğu görüşü için bkz. Tekinalp, Banka, § 14, N. 14-05.

¹⁵ İzin sisteminde anonim şirketin kurulabilmesi için kanundaki hükümlere uyulması yetmez; ayrıca Devletten (kamusal makamdaki) bir kuruluş izninin alınması şarttır. Her türlü kanuni şartlara uyulmuş olsa dahi yetkili makam kurulmasına izin vermeyebilir (bkz. Üçışık/Çelik, s. 126; Bahtiyar, s. 120; Çağlar **Manavgat** (İsmail **Kırca**/FeYZan Hayal **Şehirali Çelik**), Anonim Şirketler Hukuku C. 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013, s. 282, Duygan/Tüzün, s. 31).

¹⁶ R.G. Tarih: 15.11.2012, Sayı: 28468.

¹⁷ TTK m. 333'ün gerekçesinde konu açıkça şu şekilde belirtilmiştir; "Anonim şirketlerin kuruluşunda ve esas sözleşme değişikliklerinde 4884 sayılı Kanunla getirilen dar istisnâli normatif sistem 6762 sayılı Kanunda aynen korunmuştur. Ayrıca, anonim şirketin kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliğinin hiçbir makamın iznine tâbi tutulamayacağı kesin bir tarzda belirtilecek normatif sistemin, hükümdaki istisna dışında mutlak olarak uygulanması vurgulanmıştır. Bu kesin kural SPK ve BDDK başta olmak üzere diğer özerk kurumları da kapsar. Kamu menfaati yönünden, kontrolün gerekli olduğu hallerde ilgili makam, isteklerini STB aracılığı ile gerçekleştirebilir. Böylece Devlet kontrolünde bütünlük sağlanmış, çok başlılık ve öznellik

Öte taraftan BankK'na baktığımızda; “Bankalar ve Fon dâhil diğer mali kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla, kuruluş ve faaliyet esasları Kurul tarafından belirlenen varlık yönetim şirketleri de kurulabilir”(BankK m. 143/1). Görüleceği üzere burada da bir izin sisteminden bahsedilmiş ancak bu konuda yetkili BDDK'dır (BankK m. 3/1).

Benzer şekilde Var. Şir. Yön.'nin; “varlık yönetim şirketlerinin; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, bankalar ve diğer mali kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla yönelik olarak faaliyet göstermek üzere bu Yönetmelik hükümlerine göre izin alarak kurulan şirketleri”(Var. Şir. Yön. m. 3/1-g) ve “varlık yönetim şirketi kurulması veya mevcut bir şirketin varlık yönetim şirketine dönüşmesi için ek-1'de belirtilen belgelerle birlikte Kuruma başvurması zorunludur. Kurum gerekli göreceği bilgi ve belgeleri talep etmeye yetkilidir”(Var. Şir. Yön. m. 6/1) düzenlemelerinde izin alınacak makamın BDDK olduğu anlaşılmaktadır. Görüleceği üzere varlık yönetim şirketlerinin kurulması için TTK'da sadece Bakanlığın izni emredici olarak düzenlenmişken BankK ve Var. Şir. Yön.'de BDDK'nın izni aranmıştır¹⁸.

hukukun üstünlüğüne aykırı kabul edilmiş ve ana sistemin istisnalarla yozlaştırılmasına engel olunmuştur. Hükümdeki “hukukî konum ve nitelik” ile anonim şirketin kamusal yönü bulunup bulunmadığı, işletme konusunun kamu hizmeti yönünden özellik taşıyıp taşımadığı, halka açık olup olmadığı veya benzeri özellikleri haiz olup olmadığı kastedilmiştir. Ancak bu hüküm SPK, BDDK ve benzeri kurumların kendi ilke ve kriterlerini Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bildirmelerine ve bu Bakanlık ile bu konuda işbirliği yapmalarına engel oluşturmaz”.

¹⁸ Gürbüz, eTTK döneminde varlık yönetim şirketleri STB tarafından 17.06.2003 tarihli ve 25141 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 25/Temmuz/2003 tarihli Tebliğ m. 5'te STB'nin iznine tabi şirketler arasında sayılmadığından; varlık yönetim şirketlerinin yüksek sermaye ile kurulması, sorunlu varlıkların yönetimi gibi bir misyon üstlenmesi ve gerek alacaklı gerek borçlu tarafın menfaatlerinin korunmasında bir denge unsuru olması nedeniyle, kuruluş aşamasında BDDK'nın izni yanında STB'nin de izninin alınması görüşündeydi (bkz. Aslı Elif **Gürbüz**, Türk Hukuku Açısından Varlık Yönetim Şirketleri Dünya Uygulamaları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Y. 2004, S. s. 522).

Bu hükümler karşısında, varlık yönetim şirketleri kurulurken sadece Bakanlığın izni yeterli olacak yoksa Bakanlığa gitmeden sadece BDDK'nın izni alınacak veya hem Bakanlığın hem de BDDK'nın birlikte izni gerekeceği konuları tartışmalı hale gelmektedir. Bu konuyla ilgili olarak öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Şöyle ki; *Tekinalp*, şirketin bu şekilde kurulmasını istisnalsı kurumsal (düzenleyici) kuruluş sistemi olduğunu ifade ederek; Bakanlığın yapacağı incelemenin “*hukuki*” açısından olacağını ifade etmiştir¹⁹. *Bahtiyar*, TTK m. 333 gerekçesinde belirtilen kesin kuralın başta SPK ve BDDK olmak üzere diğer özerk kurumları da kapsamakta olduğunu ancak bu hükmün, özel-genel hüküm mantığı ile bağdaşmadığını ve TTK m. 330'un SerPK m. 33/2 ve BankK m. 6 gibi hükümlerle çelişki oluşturduğunu belirtmiştir²⁰. *Manavgat*, TTK m. 333'ün özel hükümlere uygulama bakımından öncelik taşıyan TTK m. 330'un istisnasını oluşturduğunu söylemiştir. Ayrıca TTK m. 333'te öngörülen sistem uyarınca, özel kanunlarla yetkili kılınmış kuruluşların, Bakanlığın izin incelemesi sırasında görüşlerini Bakanlığa bildireceklerini ve ayrıca bunun ötesinde bir karar verme yetkilerinin olmadığını da ilave etmiştir²¹. *Kendigelen*, öngörülen TTK m. 333 hükmü ile özellikle işletme konuları bakımından bazı kamu tüzel kişilerinin ilgi alanına giren anonim şirketlerin kuruluş ve esas sözleşme

¹⁹ *Tekinalp* bu konuyu şu şekilde izah etmiştir: “*Kural olarak ister basit ister nitelikli usule tabi olsun, TTK'ya göre tek pay sahipli anonim şirket dâhil, anonim şirket yedi aşamada tüzel kişilik kazanır. TTK m. 333 uyarınca faaliyet konularına göre GTB tebliğiyle belirlenmiş bulunan AŞ'lerde aşama sayısı sekizdir. Dolayısıyla TTK eTTK m. 273'te gerçekleştirilen değişiklikle hukukumuzda getirilmiş bulunan istisnalsı düzenleyici (normatif) sistemi aynen devam ettirmiştir. Bu sistemde hukuka yani kanundaki emredici düzene uygunluk denetlemesi ticaret sicil müdürlüğüne aittir. Ancak faaliyet konuları dolayısıyla önem taşıyan bazı anonim şirketler bakanlıktan izin almak zorundadırlar*”(bkz. Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, § 10, N. 10-07, 10-50). *Tekinalp*, varlık yönetim şirketlerine benzer şekilde bankaların kurulmasında Bakanlığın yanı sıra BDDK'nın yetkili olmasını “*istisnai normatif sistem kuruluş*” şeklinde ifade etmiştir. Burada izin makamı olarak BDDK'nın geniş takdir yetkisi olduğunu yani BDDK'nın yetkisinin, ekonomik değerlendirme, kurucuların sosyal şöretinin ve finansal durumunun araştırılması, konularında yerindelik incelemesi özelliği taşıdığını belirtmiştir (bkz. *Tekinalp*, Banka, § 14, N. 14-06).

²⁰ *Bahtiyar*, s. 123.

²¹ *Manavgat*, görüşünü Kanunun gerekçesinde belirtilen SPK, BDDK gibi kuruluşların, isteklerini Bakanlık aracılığıyla gerçekleştirebilmelerine dayandırmıştır [bkz. *Manavgat* (Kırca/Şehirli Çelik), C. 1, s. 283].

değişikliklerinde çok başlılığın önüne geçilmesi ve böylece Devlet kontrolünde bütünlüğün sağlanması hedeflendiğini ifade etmiştir²². *Bilgili/Demirkapı*, TTK m. 333'ün özel kanunlara aykırı olduğunu ifade ederek; bu konuda Bankacılık Kanunu m. 6/1'e göre, bankaların kuruluşundan önce BDDK'dan izin alınmasına ilişkin hükmü örnek olarak vermiştir²³. Genel nitelikte ve yeni bir hüküm oluşturan TTK m. 333 hükmünün yorumunda BDDK gibi kurumların kuruluş değil, çalışma izninin verilmesi aşamasında yetkili olduğu sonucunun çıkartılması gerektiğini de ilave etmiştir²⁴. *Alıcı*, varlık yönetim şirketlerine benzer şekilde bankaların kurulması aşamasında alınan izinleri şu şekilde yorumlamıştır: Kurul "*bankanın kurulmasına*", Bakanlık ise "*anonim şirketin kurulmasına*" izin verir. TTK'nın anonim şirketlere ilişkin emredici hükümlerine uyulması halinde Bakanlığın izin vermesi gerektiğinden Bakanlığın yetkisinin burada bağlı yetki olduğunu belirtmiştir²⁵.

Fikrimizce öncelikle "*özel kanunlara bağlı anonim şirketlere*" ilişkin TTK m. 330/1 hükmündeki "*...özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır*" ifadesindeki özel hükümler kısmına nelerin girdiği tartışılmalıdır. TTK m. 330'un gerekçesinde "*Özel kanunlar ibaresiyle sadece kanunlar kastedilmiş olup; daha alt düzeydeki normların kapsama alınmasına Tasarının amacı ve lafzı engeldir*" şeklinde açıklama yer almaktadır. Buna göre dikkate alınması gereken sadece konuyla ilgili çıkartılmış özel Kanun hükümleridir. Konumuzla ilgili düzenlenmiş özel Kanun BankK olduğu için bu konudaki özel düzenlemeler için buraya bakılmalıdır. Bu Kanunda özel düzenleme yoksa TTK hükümleri dikkate alınmalıdır. BankK'da varlık yönetim şirketlerinin kuruluşu aşamasın-

²² Abuzer **Kendigelen**, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 223.

²³ Fatih **Bilgili**/Ertan **Demirkapı**, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 243.

²⁴ *Bilgili/Demirkapı*, s. 241.

²⁵ *Alıcı*, C. 1, s. 156.

da BDDK'nın izin alınacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kural olarak BDDK'nın izni özel düzenleme olduğundan öncelikli olarak bu hüküm uygulanmalıdır.

Bununla birlikte, TTK m. 333/1 hükmünün emrediciliği karşısında yine de özel hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı konusu tartışılmalıdır. TTK m. 333/1'in emredici olduğu hükmün içeriğinden ve gerekçesinden net bir şekilde anlaşılmaktadır. Dolayısıyla varlık yönetim şirketlerinin kuruluşu hakkında BankK'da düzenleme olsa da fikrimizce yine TTK m. 333 gereğince Bakanlık yetkili olacaktır. Bu nedenle TTK m. 333'ün emredici düzenlemesinden TTK m. 330'a istisna olan bir hüküm olduğunu söyleyebiliriz.

Sonuç olarak, yukarıda anlatılan sebeplerden dolayı varlık yönetim şirketlerinin kuruluş aşamasında özel hüküm niteliğindeki BankK m. 143/1'in mi uygulanacağı yoksa emredici nitelikteki TTK m. 333'in mi dikkate alınacağı konusunda tereddütler yaşanabilir. Bu konuda çeşitli çözümler önerebiliriz: BankK ve Yönetmelik hükmündeki söz konusu düzenlemenin kalması ve uygulanabilmesi için TTK m. 333 hükmünün uygulamasından BDDK, SPK gibi diğer özerk kurumlar kapsam dışı çıkartılabilir. Böylece bu kurumların hazırladığı Kanunlardaki hükümler tereddüte yer vermeksizin özel hüküm niteliğindeki konulara uygulanabilecektir. Başka bir çözüm önerisi olarak; kanun koyucu tarafından BankK ve Yönetmelik hükmünden BDDK'nın izni konusundaki düzenlemeler kaldırılarak kanun tekniği açısından yaşanan çelişkinin giderilmesi sağlanabilir. Bununla birlikte kanun koyucu varlık yönetim şirketlerinin kurulması konusunda hem Bakanlığın hem de BDDK'nın iznini beraber aramak isterse "*Bakanlık inceleme yaparken BDDK'nın görüşünün alınması*" gibi bir düzenleme de yapılabilir.

C. Kuruluş Türü

Bir anonim şirket kural olarak basit (nakdi) ya da nitelikli usullerden biriyle kurulur. Şirketin kuruluşunda ortaklarca taahhüt edilen sermayenin tamamı

nakitten, yani paradan ibaretse, nakdi kuruluş söz konusudur. Fakat ortaklık sözleşmesinde, ortaklığa ayın sermaye getirilmesi, şirket hesabına bazı malların satın alınması, kurucular veya yönetim kurulu üyelerine bazı yararlar öngörül-müşse nitelikli kuruluştan söz edilir²⁶.

Var. Şir. Yön. m. 4/c'de varlık yönetim şirketlerinin nakdi kuruluş tü-rüyle kurulması benimsenmiştir. Dolayısıyla varlık yönetim şirketi aynı serma-ye ile kurulamaz.

Kanun koyucu tarafından varlık yönetim şirketlerinde neden nakdi ku-ruluş sisteminin benimsendiği konusunda bir açıklama bulunmamaktadır. Yine BankK m. 7/1-f hükmünde benzer şekilde bankalarda basit (nakdi) kuruluş be-nimsendiği gözlemlenmektedir. BankK'da aynı sermaye konulmasının yasak-lanmasındaki amaç, hükmün gerekçesinde açıklanmamıştır. Öğretide bu siste-min benimsenmesinin nedenleri konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Şöy-le ki, *Erem/Altınok/Tandoğan*, banka kaynaklarının daha kuruluş sırasında satın alma gücünü kaybetmesini önlemek ve “*ayni sermayenin değerlendirilmesinde bilerek veya bilmeyerek, yani değerlendirme ve tahmin hatası yaparak gerçeğin üstünde değer saptayarak pay sahiplerinin, banka alacaklarının özellikle mev-duat sahiplerinin zarara uğratılmalarına engel olmak*” amacıyla aynı sermaye-nin yasaklandığını ifade etmişlerdir²⁷. *Turanboy*, aynı sermayeye değer biçilme-si uzun bir prosedüre tabi olması sebebiyle pay senetlerinin nakit çıkarılması bu süreci ortadan kaldırdığını belirtmiştir. Ayrıca, bu düzenleme ile aynı sermaye-nin nakde çevrilmesi ve bilirkişi incelemesi aşamasında meydana gelebilecek usulsüzlüklerin önünün kesildiğini ve nakdi kuruluş sistemi ile bankaların kuru-

²⁶ Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş, 6728 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenmiş Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Bas-kı, Ankara 2017, § 18, N. 7; Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Tamamen Yenilen-miş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, § 31, N. 7; Tekinalp, § 10, N. 10-03; Bilgili/Demirkapı, s. 221; Üçışık/Çelik, s. 139).

²⁷ Faruk **Erem**/ Akın **Altınok** / Haluk **Tandoğan**, Bankalar Kanunu Şerhi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1989, s. 16.

luş ve faaliyet denetiminde büyük kolaylık sağladığını da ilave etmiştir²⁸. Alıcı, bankaların kuruluş aşamasında sermayenin ayın olarak konulması halinde, bu aşamada bunların değerlendirilmesi, kuruluştan sonra ise paraya çevrilmesi sorunun ortaya çıkacağını belirtmiştir²⁹. Fikrimizce varlık yönetim şirketlerinin nakdi sermaye ile kurulması öğretide bankaların nakdi kurulması konusunda belirtilen birtakım usulsüzlüklerin önüne geçmesi amacı gibi görüşlerin yanı sıra varlık yönetim şirketlerinin bankalar gibifinans sektöründe özel öneme sahip olması nedeniyle tercih edilmiştir.

Uygulamada varlık yönetim şirketleri halka açık kuruluşunun tercih edilmediği gözlemlenmektedir. Altay haklı olarak, Var. Şir. Yön. m. 7/2'ye göre şirket sermayesinin yüzde ellisini ve daha fazlasını temsil eden payların edinilmesinin Kurul iznine tabi olması ve kurucularda BankK m. 5'te sayılan nitelikleri araması nedenleriyle halka açık kuruluşun tercih edilmesinin zorlaştırabileceğini ifade etmiştir³⁰. Nitekim uygulamaya baktığımızda varlık yönetim şirketlerinden hiçbirihalka açık ortaklık şeklinde kurulmamıştır³¹.

D. Faaliyet İzni

Kuruldan kuruluş izni alan varlık yönetim şirketleri mevzuata göre kuruluşla ilgili hususları ve şirketin Ticaret Siciline tescil ve ilan işlemlerini tamamladıktan sonra faaliyet izni almak için Kuruma başvururlar (Var. Şir. Yön. m. 6/3).

²⁸ Asuman **Turanboy**, Halka Açık Banka ve Hissedarın Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2002, s. 49.

²⁹ Alıcı, C. I, s. 170.

³⁰ İsmail **Altay**, “Varlık Yönetim Şirketleri ve Sorunlu Varlıkların Çözümlemesi”, Legal Mali Hukuk Dergisi, S. 8, Y. Ağustos 2005, s. 2093. Öğretide **Özer**, varlık yönetim şirketinin kurulmasını teşvik etmenin yerinde olduğunu ancak ülkemiz şartlarının, bu tip şirketlerin gelişimine müsait olan ortamı henüz tam olarak sağlayamadığını belirtmiştir (bkz. Atilla **Özer**, Bankacılık Kanunu Gazi Yorumu İlgili Yönetmelikler, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 543).

³¹ https://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Kuruluslar/Varlik_Yonetim/Varlik_Yonetim.aspx

Faaliyet izni için yapılacak başvurularda ana sözleşmenin yayımlandığı Ticaret Sicil Gazetesinin noter onaylı bir nüshası, yönetim kurulu üyeleri ile genel müdürün 8 inci ve 9 uncu maddelerde belirtilen şartları haiz oldukları tevsik edici belgeler ile şirketi temsil ve ilzama yetkili kişilerin imza sirküleri ve adres bilgilerinin Kuruma gönderilmesi gereklidir. Yapılan değerlendirmeler sonucunda, faaliyet konularını yürütebilecek yeterliliğe sahip olduğu kanaatine varılması halinde, Kurulca faaliyet izni verilir (Var. Şir. Yön. m. 6/4).

Kuruluş iznini takip eden yüz seksen gün içerisinde faaliyet izni almak üzere başvuruda bulunmayan şirketlerin kuruluş izinleri geçersiz sayılır. Faaliyet izninin alınmasını müteakip bir yıl içerisinde faaliyete geçmeyen ya da faaliyetlerine bir yıl süre ile kesintisiz ara veren şirketlerin faaliyet izni Kurulca iptal edilir. Faaliyete geçildiği tarihten itibaren yedi iş günü içerisinde durumun Kuruma bildirilmesi zorunludur (Var. Şir. Yön. m. 6/5).

E. Asgari Ortak Sayısı

“2. *Asgari sayı*” kenar başlıklı TTK m. 338/1 “*Anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır. 330 uncu madde hükümleri saklıdır*” hükmüne göre BankK ve Var. Şir. Yön. düzenlemelerinde bir varlık yönetim şirketinin tek pay sahipli olarak kurulabilmesinde kanuni bir engel olmadığından bu mümkündür.

Var. Şir. Yön. m. 8’e göre yönetim kurulu üye asgari sayısı beş olması gerektiği belirtilmiştir. Bu durum varlık yönetim şirketinin tek pay sahipli olarak kurulmasına engel değildir. Çünkü TTK’da yönetim kurulu üyeliği için pay sahipliği şartı yer olmadığından varlık yönetim şirketi tek pay sahipli olarak kurulabilir. Ancak esas sözleşmeye yönetim kurulu üyeliği için pay sahibi olma

şartının konulması TTK m. 340 hükmüne aykırılık teşkil etmeyeceği için³² bu şartların var olması halinde varlık yönetim şirketleri tek pay sahipli olarak kurulamaz.

F. Kurucuların Nitelikleri

Varlık yönetim şirketinin kurucusu pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişilerdir (TTK m. 337/1). Gerçek kişilerin kurucu olabilmesi için fiil ehliyetine sahip olmalıdır. Gerçek kişiler ehliyetsizse, ancak kanuni temsilcileri olan veli veya vasileri aracılığıyla temsil edilirler.

Varlık yönetim şirketlerinin kurucularının yukarıda sayılan şartlarının yanı sıra Yönetmelik m. 5'te sayılan şartları da taşıması şarttır (Var. Şir. Yön. m. 4/2/e). Buna göre Yönetmeliğin 5 inci maddesinin ilk fıkrası incelendiğinde “... Kanunun³³ 8 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen şartları taşımaları zorunlu” olduğu belirtilmiştir.

Buna göre kurucuların niteliklerinde şu şartlar aranmalıdır: “a) 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre müflis olmaması, konkordato ilân etmiş olmaması, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma başvurusunun tasdik edilmiş olmaması ya da hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması,

b) Bu Kanunun 71 inci maddesi uygulanan bankalarda veya bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Fona devredilmiş olan bankalarda nitelikli paya sahip olmaması veya kontrolü elinde bulundurmaması,

³² Yönetim kurulunun pay sahibi olması şartının esas sözleşmeye konulabileceği konusundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, § 36, N. 173; Rauf **Karasu**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 132-133; Necla **Akdağ**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012, s. 25.

³³ Hükümde Kanundan bahsedilen BankK'dur (Var. Şir. Yön. m. 3/1/ç).

c) *Tasfiyeye tâbi tutulan bankerler ile iradî tasfiye haricinde tasfiyeye tâbi tutulan finansal kuruluşlarda, faaliyet izni kaldırılan kalkınma ve yatırım bankalarında, ortaklarının temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılan kredi kuruluşlarında, Fona intikalinden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılmadan önce nitelikli paya sahip olmaması veya kontrolü elinde bulundurması,*

d) *Taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar bile mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca ağır hapis veya beş yıldan fazla hapis, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca üç yıldan fazla hapis cezasıyla cezalandırılmamış olması veya mülga 3182 sayılı Bankalar Kanununun, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun, bu Kanunun ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun ve ödünç para verme işleri hakkında mevzuatın hapis cezası gerektiren hükümlerine muhalefet yahut mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunlar uyarınca basit veya nitelikli zimmet, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlâk kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, karapara aklama veya Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile Devlet sırlarını açığa vurma, Devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar, Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar, vergi kaçakçılığı suçlarından veya bu suçlara iştiraktan hükümlü bulunmaması,*

e) *Gerekli malî güç ve itibara sahip bulunması,*

f) İşin gerektirdiği dürüstlük ve yeterliliğe sahip olması,

g) Tüzel kişi olması hâlinde, risk grubu ile birlikte ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması” (BankK m. 8/1).

Varlık yönetim şirketlerinin kurucularında aranan bu şartlar bankaların kurucu ortaklarında da aranan şartlardır. BankK m.8’in gerekçesinde bu şartların neden getirildiği şu şekilde açıklanmıştır: Avrupa Birliği direktifleri ile Basel Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesi ilkelerine uygun olarak, bu hükümlere ilaveten kurucuların işin gerektirdiği dürüstlük ve yeterliliğe sahip olmaları ve tüzel kişi kurucularının risk grubu yapısı ile ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması sebebiyle düzenlenmiştir³⁴.

Varlık yönetim şirketlerinin anonim şirket şeklinde kurulması şartı ile kurucularında aranan bu şartların birlikte yorumlanmasından kanun koyucunun daha güvenli bir finans piyasasına ulaşmak istendiği sonucu çıkarılmaktadır³⁵. Nitekim bu şartlar varlık yönetim şirketleri için yerinde düşünülmüş bir özelliktir.

G. Varlık Yönetim Şirketlerinin Faaliyet Alanı

Varlık yönetim şirketlerinin faaliyet alanı Var. Şir. Yön. m. 11’de şu şekilde açıklanmıştır: “(1) a) Banka, Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu, diğer mali kurumlar ve kredi sigortası hizmeti veren sigorta şirketlerinin söz konusu hizmetlerinden doğan alacakları tahsil edebilir, varlıkları nakde çevirebilir veya bunları yeniden yapılandırarak satabilir.

b) Alacakların tahsili amacıyla edindiği gayrimenkul veya sair mal, hak ve varlıkları işletebilir, kiralayabilir ve bunlara yatırım yapabilir.

³⁴ Bkz. BankK m.8/1 gerekçesine.

³⁵ Keleş, s. 41.

c) Alacaklarını tahsil etme amacıyla borçlularına ilave finansman sağlayabilir.

ç) Banka, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, diğer mali kurumlar ve kredi sigortası hizmeti veren sigorta şirketlerinin söz konusu hizmetlerinden doğan alacakları ile diğer varlıklarının tahsilatı, yeniden yapılandırılması veya üçüncü kişilere satışı konularında aracılık, destek ve danışmanlık hizmeti verebilir.

d) Ana faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere sermaye piyasası mevzuatı dâhilinde ve gerekli izinleri almak kaydıyla faaliyette bulunabilir ve menkul kıymet ihraç edebilir, ihraç edilmiş menkul kıymetlere yatırım yapabilir.

e) Faaliyetlerini gerçekleştirmek amacıyla iştirak edinebilir.

f) Şirketlerde kurumsal ve finansal yeniden yapılandırma alanlarında danışmanlık hizmeti verebilir.

(2) Varlık yönetim şirketleri, bu maddede belirlenen konular dışında faaliyette bulunamaz. Banka ve diğer mali kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınmasına münhasır olarak, alacağını veya diğer varlığını satın aldığı banka veya diğer mali kurumlardan kredi kullanamazlar". Dolayısıyla varlık yönetim şirketleri, Yönetmelik m. 11/1'de belirtilen konularda faaliyette bulunmalıdır.

Varlık yönetim şirketlerinin faaliyet alanı ayrıca Var. Şir. Yön. m. 3/g'de belirtilen tanıma göre de çıkarılabilir. Şöyle ki; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, bankalar ve diğer mali kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılmasıdır. Yönetmeliğin hükmüne benzer şekilde BankK m. 143/1'de varlık yönetim şirketlerinin faaliyet alanı "Bankalar ve Fon dâhil diğer malî kurumların alacakları ile diğer

varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla ...” belirtilmiştir.

Söz konusu hükümlerde bahsedilen varlıklar, bankaların ve diğer mali kuruluşların elden çıkarmakta güçlük çektiği taşınır veya taşınmaz mallar, hisse senetleri, tahviller ve her çeşit haklar olabilir.

Böylece tahsilinde tehlike görülen alacaklar bankaların ve diğer kuruluşların aktifinden çıkarılarak sermaye gereksinimleri azaltılmak suretiyle mali yapıları güçlendirilmiş olacak, alacakların takip ve tahsili ile uzman bir kuruluş uğraşacaktır³⁶. Dolayısıyla varlık yönetim şirketlerinin bankalar, TMSF ve diğer mali kurumların alacaklarının tahsilini getirdiğini ifade edebiliriz.

Varlık yönetim şirketlerinin faaliyet alanıyla ilgili hükümlere bakıldığında söz konusu kurumların sayma yoluyla sınırlandırıldığı fark edilmektedir. Yani varlık yönetim şirketleri TMSF, bankalar, özel finans kurumları ve Yönetmelik’te belirtilen diğer mali kurumların alacakları ve diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması işlemlerini gerçekleştirebilirler³⁷.

Ayrıca varlık yönetim şirketlerinin faaliyet alanı ile ilgili olarak şunu da ilave etmeliyiz ki; “*varlık yönetim şirketlerinin, 11 inci madde uyarınca iştirak edebilecekleri ortaklıkların, sermayesinin veya oy hakkı toplamının en az yüzde onuna sahip olmalıdır*” (Var. Şir. Yön. m. 12).

³⁶ Selim Servet **Taşdelen**, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. II, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 1296.

³⁷ 5411 sayılı BankK’dan önceki düzenlemelerde söz konusu kurumlar arasında TMSF yer almadığından bu kapsamda TMSF tarafından Bankalar Kanununa göre devralınmış alacak ve diğer varlıklar varlık yönetimi şirketleri tarafından doğrudan TMSF’den alınmayacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle Yönetmelik hükmünde TMSF’nin de diğer mali kurumlar içine dâhil edilmesi gerektiği belirtilmişti (bkz. Gürbüz, s. 524).

III. Varlık Yönetim Şirketlerinin Esas Sözleşmesinde TTK Hükümlerine Göre Bulunması Gereken Asgari Unsurlar

A. Genel Olarak

Var. Şir. Yön. m. 4/2/d'de esas sözleşme hakkında "Ana sözleşmesinin³⁸ 13/01/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, bu Yönetmelik ve ilgili diğer mevzuat hükümlerine uygun olması" hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla TTK hükümlerine baktığımızda; varlık yönetim şirketlerinin esas sözleşmesinin şeklen yazılı olması ve bütün kurucularının imzalarının noterce onaylanması veya esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanması şarttır (TTK m. 339/1).

Ayrıca esas sözleşmede TTK m. 339/2 hükmündeki zorunlu unsurları içermesi zorunludur³⁹. Esas sözleşmeye TTK m. 339/2'de belirtilen zorunlu unsurlar dışında, varlık yönetim şirket sözleşmesinde emredici hükümlere (TTK m. 340) aykırı olmamak kaydıyla isteğe bağlı unsurlara da yer verilebilir. Örneğin sermaye borcunun zamanında ödenmemesi halinde, temerrüde düşen pay

³⁸ TTK'da esas sözleşme terimi tercih edildiğinden çalışmamızda Var. Şir. Yön.'de ifade edilen ana sözleşme ifadesi yerine ana kanuna uygun olarak "esas sözleşme" terimi tercih edilmiştir.

³⁹ TTK m. 339/2: "Esas sözleşmeye aşağıdaki hususlar yazılır:

- a) Şirketin ticaret unvanı ve merkezinin bulunacağı yer.
- b) Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu.
- c) Şirketin sermayesi ile her payın itibarî değeri, bunların ödenmesinin şekil ve şartları.
- d) Pay senetlerinin nama veya hamiline yazılı olacakları; belirli paylara tanınan imtiyazlar; devir sınırlamaları.
- e) Paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar; bunların değerleri; bunlara karşılık verilecek payların miktarı, bir işletme ve ayın devir alınması söz konusu olduğu takdirde, bunların bedeli ve şirketin kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına satın alınan malların ve hakların bedelleriyle, şirketin kurulmasında hizmetleri görülenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödülün tutarı.
- f) Kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatler.
- g) Yönetim Kurulu üyelerinin sayıları, bunlardan şirket adına imza koymaya yetkili olanlar.
- h) Genel kurulların toplantıya nasıl çağrılacakları; oy hakları.
- i) Şirket bir süre ile sınırlandırılmışsa, bu süre.
- j) Şirkete ait ilanların nasıl yapılacağı.
- k) Pay sahiplerinin taahhüt ettiği sermaye paylarının türleri ve miktarları.
- k) Şirketin hesap dönemi".

sahipleri için belirli oran veya miktara cezai şart, esas sözleşmeye konulabilir (TTK m. 482/3).

Varlık yönetim şirketlerinde bulunması gereken zorunlu unsurlar aşağıda sırasıyla açıklanmaktadır:

B. Ticaret Unvanı

Bir ticaret şirketi olan anonim şirket (TTK m. 124/1), TTK m. 16/1 hükmü uyarınca tacir olduğundan bir ticaret unvanı seçmek ve kullanmak zorundadır (TTK m. 18/1).

Ticaret unvanı çekirdek ve ekten oluşmaktadır. TTK ve TSY’de anonim şirketlerin ticaret unvanının çekirdek kısmı, anonim şirketin işletme konusu ve “*anonim şirket*” kelimelerinden oluşacağı belirtilmiştir (TTK m. 43/2; TSY m. 43/7).

Var. Şir. Yön. m. 4/2/ç’de varlık yönetim şirketlerinin ticaret unvanında “*Varlık Yönetim Şirketi*” ibaresinin bulunması gerekli olduğu belirtilmiştir. Ancak ticaret unvanı konusunda Var. Şir. Yön.’de belirtilen bu düzenleme TTK ve TSY hükümlerine göre hatalı bir düzenlemedir. Yönetmelik’te ifade edilen “*varlık yönetim şirketi*” yerine “*varlık yönetim*” ifadesi kullanılsaydı bu ifade işletmenin konusunu göstereceğinden ticaret unvanının da “*varlık yönetim anonim şirketi*” şeklinde olduğu anlaşılacaktır. Bu nedenle Yönetmeliğin bu hükmünde gerekli düzeltmeler yapılmalıdır.

TTK m. 43/2 hükmünün devamında “*Bu şirketlerin ticaret unvanında, gerçek bir kişinin adı ve soyadı yer aldığı takdirde, şirket türünü gösteren ibareler, baş harflerle veya başka bir şekilde kısaltma yapılarak yazılamayacağı*” belirtilen düzenleme Var. Şir. Yön.’de belirtilmese de bu tür şirketlerin ticaret unvanında, gerçek bir kişinin adı ve soyadı yer alırsa anonim şirket ibaresi ki-

saltılmamalıdır. Uygulamada ülkemizde on beş tane varlık yönetim şirketinin faaliyet gösterdiğini; bu şirketlerin ticaret unvanlarının hiçbirinin ekinde gerçek kişinin ad soyadına yer verilmediği gözlemlenmektedir⁴⁰.

C. Şirketin Merkezi

Şirketin merkezi il ve ilçe olarak esas sözleşmede yer almalıdır. Buna göre varlık yönetim şirketinin merkezi Ankara ise esas sözleşmede Ankara adresi yer almalıdır.

D. Şirketin İşletme Konusu

Anonim şirket konusunun esas sözleşmede açıkça gösterilmesi şarttır (TTK m. 339/b). “III- Amaç ve konu”ya ilişkin TTK m. 331/1 düzenlemesinde “Anonim şirketler, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabileceği” öngörülmüştür. Bu maddede yazılı “amaç” sözcüğü doğrudan doğruya anonim şirketin iktisadi olarak ulaşmak istediği nihai hedefini, “konu” ise bu amaca ulaşmak için seçilmiş faaliyet, iş alanını ifade eder⁴¹.

Varlık yönetim şirketleri de Var. Şir. Yön. m. 11’de belirtilen faaliyet alanıyla ilgili konularda işletme konusunu seçmelidir.

E. Şirketin Sermayesi ile Her Payın İtibari Değeri, Bunları Ödeme Suret ve Şartları

TTK m. 339/c hükmü uyarınca şirket esas sermayesinin miktarı ile her payın itibari kıymeti ve sermayenin ödenme suret ve şartlarının esas sözleşmede gösterilmesi zorunludur.

⁴⁰ https://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Kuruluslar/Varlik_Yonetim/Varlik_Yonetim.aspx (E.T. 08/03/2018).

⁴¹ Pulaşlı, Genel Esaslar, § 18, N. 28; Pulaşlı, C. 1, § 31, N. 37; Bahtiyar, s. 129.

Kural olarak özel kanunlarda aksine hüküm olmadıkça, anonim ortaklığın esas sermayesi 50.000 TL'den az olamaz (TTK m. 332/1). Varlık yönetim şirketlerinin asgari sermayesine ilişkin Var. Şir. Yön. m. 4/2-b'de özel düzenleme yer aldığından, varlık yönetim şirketlerinin asgari sermayesi yirmi milyon Türk Lirasından az olmamalıdır. Kuruluş için gerekli olan asgari sermaye, her yıl Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan yıllık üretici fiyat endeksinin iki katının gerektirdiği miktarı geçmemek üzere Kurul kararıyla arttırılabilir (Var. Şir. Yön. m. 4/3). Görüleceği üzere Var. Şir. Yön. ile TTK m. 332/1'e asgari sermaye oranında istisna getirilmiştir. Ayrıca Yönetmelik asgari sermaye oranında tedbirli bir tutumla daha yüksek ayarlamalara da açık kapı bırakmıştır.

Varlık yönetim şirketlerinde her payın itibari değeri, ödeme şekil ve şartları, şirket sermayesinin en az yirmi milyon TL olmak üzere, şirketin amaç ve konusuyla mütenasip olarak tespit edilmelidir⁴². Varlık yönetim şirketlerinde özel bir düzenleme olmadığından "1. Nakdi sermaye" kenar başlıklı TTK m. 344/1 hükmü; "nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmidört ay içinde ödenir. Payların çıkarma primlerinin tamamı tescilden önce ödenir" uygulanmalıdır.

F. Pay Senetlerinin Nama veya Hamiline Yazılı Olacakları, Belirli Paylara Tanınan İmtiyazlar, Devir Sınırlamaları

Anonim şirketlerin kuruluşu sırasında kural olarak pay senetlerinin nama veya hamiline yazılı olup olmadığı esas sözleşmede belirtilmeli ve bazı paylara TTK m. 478 hükmü uyarınca, imtiyaz⁴³ tanınmışsa, bunlar da yazılmalıdır. Ayrıca nama yazılı pay veya pay senetlerinin devirleri TTK m. 493 vd. hüküm-

⁴² Pulaşlı, Genel Esaslar, § 18, N. 31; Pulaşlı, C. 1, § 31, N. 39.

⁴³ İmtiyazlı pay, diğer paylardan farklı ve ek hakları içeren paylardır ve daha çok kâr payı veya tasfiye payı, rüçhan ve oy haklarında paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş bir pay sahipliği hakkıdır (Pulaşlı, Genel Esaslar, § 18, N. 33; Üçışık/Çelik, s. 152).

leri uyarınca sınırlandırılmışsa, bunların da açıkça esas sözleşmede yer alması gerekir.

Var. Şir. Yön. m. 4/2/c’de ise “*pay senetlerinin tamamının nama yazılı ve nakit karşılığı çıkarılması*” açıkça düzenleme yer aldığından kanun koyucu TTK’daki genel kuraldan ayrılmıştır. Dolayısıyla varlık yönetim şirketlerinin esas sözleşmesinde pay senetlerinin hepsinin nama yazılı olduğu belirtilmelidir.

Varlık yönetim şirketlerinde düzenlenen hükmün amacını şu şekilde ifade edebiliriz: Bilindiği üzere, hamiline yazılı pay senetlerinde senede zilyet olduğunu ispat eden kimse, şirkete karşı pay sahipliğinden doğan hakları kullanmaya yetkilidir (TTK m. 426/2). Ancak nama yazılı pay senetlerinde ise TTK m. 487/2’ye göre, nama yazılı pay sahiplerinin ad ve soyadı veya ticaret unvanı, yerleşim yeri pay senedi bedelinin ödenmiş olan miktarıyla birlikte pay defterine kaydolunmalıdır. Ayrıca nama yazılı pay senetlerinde pay sahipliği hakları, pay defterinde kayıtlı bulunan pay sahibi veya pay sahibince yazılı olarak yetkilendirilmiş kişi tarafından kullanılır (TTK m. 426/1). Pay defterine yapılan kayıtların hukuki niteliği ise bildirici-açıklayıcıdır⁴⁴. Daha açık bir anlamıyla pay defteri, paya bağlı hakların ortaklığa karşı kullanılma ve ileri sürülmesinde bir hak sahipliğini ispat aracıdır⁴⁵. Bu nedenle kural olarak nama yazılı pay senetlerinde pay defterinin pay sahiplerinin tespitini sağladığını söyleyebiliriz⁴⁶.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı varlık yönetim şirketlerinin kurucularının BankK m. 8/1’de belirtilen şartları taşıyıp taşımadığı, yabancı uy-

⁴⁴ Ünal **Tekinalp** (Reha Poroy/ Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, N. 1144; Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, § 48, N. 29, 38.

⁴⁵ Şafak **Narbay**, Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 146; M. Halil **Çonkar**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının İspatlanması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 217.

⁴⁶ Pay defterinin şirket karşısında pay sahipliği sıfatının kazanılması açısından tek ispat aracı olmadığına ilişkin bkz. Narbay, s. 157; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 1144; Çonkar, s. 218.

ruklu kişiler için Var. Şir. Yön. m. 6/2’de belirtilen belgelerin verilir verilmediğinin tespitinin yapılabilmesi hamiline yazılı pay senetlerinde mümkün olamayacağı için pay senetleri nama yazılı olmalıdır⁴⁷. Varlık yönetim şirketlerinin pay senetlerinin sadece nama yazılı şekilde çıkarılma şartı bu şirketlerin birer güven kurumu olması nedeniyle yerinde bir düzenlemedir.

G. Nitelikli Kuruluşta

Paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar; bunların değerleri, bunlara karşılık verilecek payların miktarı, bir işletme ve ayın devir alınması söz konusu olduğu takdirde, bunların bedeli ve şirketin kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına satın alınan malların ve hakların bedelleriyle, şirketin kurulmasında hizmetleri görülenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödülün tutarı esas sözleşmede yer almalıdır.

Varlık yönetim şirketleri nakdi kuruluş şeklinde kurulduğu için esas sözleşmeye doğal olarak bu konuda herhangi bir bilgi girilmeyecektir.

H. Kurucularla Yönetim Kurulu Üyelerine ve Diğer Kimselere Sağlanacak Özel Menfaatler

Şirketi kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara, “sağlanacak özel menfaatler” olarak para veya bedelsiz pay senedi vermek gibi şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek bir menfaat tahsisine ilişkin esas sözleşmeye hüküm konulamaz, konulursa geçersizdir (TTK m. 348/1). Ancak, dağıtılabılır kârdan TTK m. 519/1’de yazılı yedek akçe ile pay

⁴⁷ *Battal*, varlık yönetim şirketleri gibi finans sektöründe özel öneme sahip bankalar hakkında; “ortakların adının ve kimliğinin bilinmesi amacıyla banka AO’nun hisse senetlerinin nama yazılı olmasının bir zorunluluk olduğunu” belirtmiştir (bkz. Ahmet **Battal**, Güven Kurumu Niteliğindeki Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2001, s. 47). *Turanboy*, varlık yönetim şirketleri gibi bankaların hisse senetlerinin tamamının nama yazılı olmasını hissedarların kim olduklarının tespiti bakımından önem taşımasına bağlamıştır (Turanboy, s. 46).

sahipleri için yüzde beş kâr payı ayrıldıktan sonra kalanın en çok onda biri intifa senetleri bağlamında kuruculara ödenebilir (TTK m. 348/1, cüm. 2).

I. Yönetim Kurulu Üyelerinin Sayıları, Bunlardan İmza Koymaya Yetkili Olanlar ve İlk Yönetim Kurulu Üyelerinin Kimler Olduğu

Kuruluşta, ilk yönetim kurulu üye veya üyelerinin ortaklık sözleşmesinde gösterilmesi şarttır (TTK m. 339/2-g). TTK m. 359/1'e göre yönetim kurulu üye sayısı bir veya daha fazla olabileceği öngörülmüştür. Yönetim kurulu üye sayısı bir ise aynı zamanda imza koymaya yetkili olan kişi olur. Ancak birden fazla üyenin bulunması halinde, bunlar arasından kim veya kimlerin şirketi temsile yetkili olduğunun esas sözleşmede gösterilmiş olması gerekir.

Var. Şir. Yön. m. 8/1'de TTK'dan farklı olarak; "*Varlık yönetim şirketlerinin yönetim kurullarının beş kişiden az olamayacağına*" hükmedilmiştir. Dolayısıyla TTK'da olduğu gibi yönetim kurulu asgari üye sayısı bir olamayacaktır. Yönetim kurulu üye sayısı beş ve beşten fazla olması gerektiği için bunlar arasından kim veya kimlerin şirketi temsile yetkili olduğunun esas sözleşmede gösterilmesi gerekmektedir.

İ. Genel Kurulların Toplantıya Nasıl Çağrılacağı ve Oy Hakları (TTK m. 339/2, h)

Genel kurulun toplantıya çağrılması konusunda, TTK m. 410 vd. emredici düzenlemelere aykırı olmamak üzere, varlık yönetim şirket sözleşmelerine bazı şartlar konulabilir. Esas sözleşmede toplantı ve karar yeter sayıları da Kanunda öngörülen emredici hükümlere uygun olarak yer almalıdır.

"*Oy hakları*" meselesi TTK m. 434 ve 435 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre varlık yönetim şirketlerinde birden fazla paya sahip olanların oy hakkının sınırlanması (TTK m. 434/2); Bakanlıkça hazırlanacak tebliğ

çerçevesinde bu konuda gerekirse ana sözleşmede düzenleme yapılması (TTK m.434/4); oy hakkının doğumu için nakit sermaye borcunun kanunda öngörülen asgari miktarının yükseltilmesi (TTK m. 344/1, 435); oyda imtiyazlı pay oluşturulması (m. 478-479) gibi, öngörülmesi şartıyla esas sözleşmeye yazılacak hususlar söz konusu ise buna dair hükümler konulabilir.

J. Şirket Bir Süre ile Sınırlanmışsa Bu Süre

Kural olarak anonim şirketlerde faaliyetin bir süre ile sınırlandırılmasında yasal bir zorunluluk yoktur. Varlık yönetim şirketi için de aynı kural geçerlidir⁴⁸.

Buna göre varlık yönetim şirketi için süre öngörülmemişse, süresiz olarak yazılır. Ancak belirli bir süre, örneğin 15 yıl veya 20 yıl gibi bir süre öngörülmüşse TTK m. 339/2-ı hükmüne uyumlu olarak bunun esas sözleşmeye yazılması gerekir.

K. Şirkete Ait İlanların Nasıl Yapılacağı

Varlık yönetim şirketlerine ait ilanlar TTK m. 35/4 uyarınca Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yapılacağı yasal olarak hüküm altına alınmıştır. Ayrıca ortaklık merkezinin bulunduğu yerde yayınlanan bir mahalli gazetede de ilanların yapılacağı esas sözleşmede öngörülebilir⁴⁹.

L. Pay Sahiplerinin Taahhüt Ettiği Sermaye Payının Türleri ve Miktarı

Varlık yönetim şirketlerinde her ortağın taahhüt ettiği katılma payının türü ve miktarı esas sözleşmede gösterilmesi gerekmektedir (TTK m. 339/2, j).

⁴⁸ Dünya örneklerine bakıldığında varlık yönetim şirketlerinin genellikle belirli süreli olarak faaliyet gösterdiği fark edilmektedir (bkz. Gürbüz, s. 524).

⁴⁹ Pulaşlı, Genel Esaslar, § 18, N. 41; Pulaşlı, C. 1, § 31, N. 50.

Sonuç

Bankacılık Hukukunda önemli bir yere sahip varlık yönetim şirketlerinin kuruluşu ve işleyişi hakkında çıkarılan özel düzenlemelerin yanı sıra genel düzenlemeler niteliğindeki TTK hükümleriyle de ilgilidir. Çalışmamızda varlık yönetim şirketleri hakkında çıkartılan özel düzenlemeler ile genel hüküm niteliğindeki TTK hükümleriyle birlikte irdelenmeye çalışılmıştır. Makalede birtakım değerlendirmelerde, eleştirilerde ve önerilerde bulunulmuştur. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

-Varlık yönetim şirketleri anonim şirketi olarak ve izin sistemi ile kurulmaktadır. Bu konudaki temel düzenleme TTK m. 333/1 cüm. 1 ve 2'dir. Ayrıca "*Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ*" m. 5/1 hükmünde varlık yönetim şirketlerinin bakanlığın iznini alarak kurulması gerektiği belirtilmiştir. Öte taraftan BankK ve Var. Şir. Yön.'de varlık şirketlerinin kurulması aşamasında BDDK'dan izin alınacağı belirtilmiştir.

Burada TTK m. 330'a göre özel-genel hüküm değerlendirilmesi yapılmalıdır. Hükmün gerekçesinde özel hükümden anlaşılması gereken sadece kanun olduğu için BankK'daki varlık yönetim şirketlerinin kurulması aşamasında BDDK'dan izin alınması yönündeki düzenleme özel hüküm olarak değerlendirilmelidir ve dolayısıyla öncelikle bu hüküm uygulanmalıdır.

Ne var ki; TTK m. 333/1'in emrediciliği karşısında BankK m. 143/1 ve Var. Şir. Yön. m. 4/1 hükümleri uygulanmamalıdır. Dolayısıyla bu durumun TTK m. 330'da ifade edilen özel-genel hüküm ilişkisine istisna olan hallerden biri olduğunu söyleyebiliriz.

Bu durumla ilgili olarak şu şekilde çözüm önerileri sunabiliriz: TTK m. 333 uygulamasından SPK, BDDK gibi diğer özerk kurumlar çıkartılarak bu kurumlar hakkında çıkarılan düzenlemelerin uygulanmasının önüne geçilebilir. Bu yapılmak istenilmezse, BankK ve Var. Şir. Yön.'den BDDK'nın izni kaldırılabilir. Hem Bakanlığın izni hem de BDDK'nın iznine devam edilmek istenirse şu şekilde bir önerimiz olabilir: "Kanun ve Yönetmelikte Bakanlık inceleme yaparken BDDK'nın görüşü de alınarak karar verilmelidir" şeklinde bir koordinasyon sağlanabilir.

- Varlık yönetim şirketlerinin asgari ortak sayısı konusunda tek pay sahipli olmasında engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Var. Şir. Yön.'de yönetim kurulu asgari üye sayısı beş olarak belirtilmişse de bu durum varlık yönetim şirketlerinin tek pay sahipli olarak kurulmasına engel değildir. Çünkü TTK'da yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olması konusunda bir zorunluluk bulunmamaktadır.

-Yönetmelikte varlık yönetim şirketlerinin esas sözleşmesinde bulunması gereken ticaret unvanı konusunda belirtilen "*Varlık Yönetim Şirketi*" (Var. Şir. Yön. m. 4/2/ç) ibaresinin kanun tekniği açısından hatalı olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki; Yönetmelik'te ifade edilen "*varlık yönetim şirketi*" ibaresi yerine TTK m. 43 hükmüne göre "*varlık yönetim*" ifadesi tercih edilseydi bu terim şirketin işletme konusunu gösterdiğinden şirket ticaret unvanında "*varlık yönetim anonim şirketi*" şeklinde olduğu rahatça anlaşılacaktır. Bu nedenle Yönetmeliğin bu hükmünde gerekli düzeltmeler yapılması gerektiği fikrindeyiz.

KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY Necla, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009.

ALICI Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi C. I, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017 (Alıcı, C. I).

ALICI Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi C. II, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017 (Alıcı, C. II).

ARDIYOK Şahin, TMSF'nin Rolü: Türkiye'de Varlık Yönetim Kuruluşlarının Hukuki ve İktisadi Analizi, Legal Hukuk Dergisi, C. 3, S. 33, Y. Eylül 2005, s. 3353-3370.

ATASAGUN Yusuf Saim, İzahlı-Notlu-Mukayeseli Bankalar Kanunu, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1958.

BATTAL Ahmet, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2001.

BATTAL Ahmet, Bankacılık Kanunu Şerhi (5411 Sayılı Kanun Metni ve Açıklaması), Gözden Geçirilmiş- Genişletilmiş İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

BAHTİYAR Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler Dersler- Soru Örnekleri, Güncellenmiş 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.

BİLGİLİ Fatih/ **DEMİRKAPI** Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Yayıncılık, İstanbul 2013.

ÇONKAR M. Halil, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının İspatlanması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

DUYGAN Süleyman/ TÜZÜN Necat, Bankalar Kanunu Şerhi, Güven Matbaası, Ankara 1964.

EREM Faruk/ ALTINOK Akın/ TANDOĞAN Haluk, Bankalar Kanunu Şerhi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1989.

GÜNEY Alptekin, Banka Hukuku, Beta Basımevi, İstanbul 2012.

GÜRBÜZ Aslı Elif, Türk Hukuku Açısından Varlık Yönetim Şirketleri ve Dünya Uygulamaları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, S. 1, Y. 2004, s. 513-530.

KARASU Rauf, "Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y. 2015, S. 1, s. 115-132.

KARASU Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009.

KELEŞ Ayşe Begüm, Varlık Yönetim Şirketleri, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ticaret Hukuku Bilim Dalı (Danışman: Doç. Dr. Mehmet Özdamar), Ankara 2017 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

KENDİGELEN Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/**MANAVGAT Çağlar**, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013.

NARBAY Şafak, Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

ÖZER Atilla, Bankacılık Kanunu Gazi Yorumu İlgili Yönetmelikler, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş 6728 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenmiş Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

REİSOĞLU Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. 2, Son Değişikliklerle Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2015.

TAŞDELEN Selim Servet, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. II, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

TEKİNALP Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015. (Tekinalp, Ortaklıklar)

TEKİNALP Ünal, Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009. (Tekinalp, Banka)

TESAL Reşat D., Banka Hukuku, Nihad Sayar Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları No. 343-576, İstanbul 1980.

TURANBOY Asuman, Halka Açık Banka ve Hissedarın Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2002.

ÜÇİŞİK Güzin/ÇELİK Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

YÜKSEL A. Sait/YÜKSEL Aslı/YÜKSEL Ülkü, Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul 2004

**KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARI
KAPSAMINDAKİ TAŞINMAZLARIN KİRA
BEDELİNİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İLAMSIZ
İCRA YOLUYLA TAHLİYESİNDE KİRA
SÖZLEŞMESİNE İTİRAZ VE KALDIRILMASI (İİK m.
269/b)**

*Arş. Gör. Osman DURAN**

ÖZET:

Kira bedelini ödemeyen kiracısını kiralananandan çıkarmak isteyen kiraya verene, Türk Borçlar Kanunu'nun yanı sıra İcra ve İflas Kanunu imkânlar sunmaktadır. Bunlardan birisi kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle ilamsız icra yoludur. Çalışmamızda sadece konut ve çatılı işyeri kiralaları kapsamındaki taşınmazların kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle ilamsız icra yoluyla tahliyesi ele alınacaktır. Ancak burada sadece kira sözleşmesine itiraz ve kaldırılması ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Konut ve çatılı işyeri kiralaları, ilamsız tahliye, kira bedelinin ödenmemesi, kira sözleşmesi.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, e-mail: osmanndurann@gmail.com
Makale Geliş Tarihi: 20.06.2017
Makale Kabul Tarihi: 10.04.2018

ABSTRACT:

In addition to the Turkish Code of Obligations, the Enforcement and Bankruptcy Code provides opportunities for the lessor who wants to release the renter who does not pay the rent from the leased property. One of these is the proceeding without judgement way because the rent price is not paid. In our work we will be dealing with only in eviction of immovable without judgment due to delinquency of rent in the scope of housing and roofed workplace rentals. However here will be dealt with only objection to contract of rent and abolition of objection.

Keywords: Immovable as part of housing and roofed workplace rentals, release without judgment, nonpayment of rent, contract of rent.

GİRİŞ

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu¹, kiralar hakkında bazı özel hükümler ihtiva etmektedir (İİK m. 269-276). Bu hükümlerin en önemlisi, şüphesiz kiralanan taşınmazların tahliyesi hakkında olanlardır (İİK m. 269 vd.)².

İİK m. 269 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan tahliye, alınmış bir mahkeme ilamına dayanmadığından burada bir ilamsız icra yolu söz konusudur³. İlamsız icra takibinin konusunu; kural olarak bir paranın ödenmesi veya teminatın verilmesi (İİK m. 42) oluşturduğu halde, kiralanan taşınmazın tahliyesi bu kuralın bir istisnası niteliğindedir⁴.

Kanuna göre; taşınmazların ilamsız icra yolu ile tahliyesi iki sebebe dayanarak mümkündür: İlki kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle tahliye (İİK m. 269-269/d), ikincisi yazılı sözleşme ile kiralanan taşınmazın kira süresinin bitiminde tahliyesidir (İİK m. 272-276)⁵. Buradaki tahliye sadece taşınmazlar hak-

¹ Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG, T. 19.06.1932, S. 2128.

² **Baki Kuru**, İcra ve İflas Hukuku Cilt I İcra Hukuku, Ankara 1965, s. 339. İcra ve İflas Kanunu'nun 269 ve devamı maddelerinde, kiralanan taşınmazın tahliyesine ve kiraya verenin kiraya verdiği yere kiracı tarafından getirilmiş olan eşyalar üzerinde Türk Borçlar Kanunu'na göre haiz olduğu hapis hakkını korumasına ve kullanılmasına dair hükümler konmuştur. Bu hükümlerin bir kısmı Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin teyidi ve tatbidir (**Mustafa Reşit Belgesay**, İcra ve İflas Hukuku, İkinci Cilt İflas, İstanbul 1946, s. 105).

³ **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 339; **Baki Kuru**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 355; **Necmeddin N. Berkin**, İflas Hukuku, İstanbul 1970, s. 479.

⁴ **İlhan Postacıoğlu**, İcra Hukuku Esasları, 4. Baskı, İstanbul 1982, s. 593; **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 339; **Saim Üstündağ**, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 339-340; **Baki Kuru**, İcra ve İflas Hukuku, Cilt 2, İstanbul 1990, s. 1801; **Baki Kuru**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 816; **Hakan Pekantez/Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan/ Muhammet Özkes**, İcra ve İflas Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 425-426; **Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 35-36, 370; **Şanver Keleş**, Kiralanan Taşınmazların İlamsız Tahliyesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 5; **Kuru**, İstinaf Sistemine Göre, s. 355; **Ömer Ulukapı**, İcra ve İflas Hukuku, Mimosza Yayınları, Konya 2015, s. 223; **Mehmet Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren-Yıldırım**, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 291; **Abdurrahim Karslı**, İcra Hukuku Ders Kitabı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 739.

⁵ **Postacıoğlu**, s. 593; **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 339; **Üstündağ**, s. 340; **Kuru**, Cilt 2, s. 1802; **Kuru**, El Kitabı, s. 816; **Pekantez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 426;

kındadır⁶. Konut ve çatılı işyeri kiralari⁷ ise ülkemizde uygulaması en çok olan kira ilişkilerinden birisidir. Bu yüzden de bu kira ilişkisinde kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle ilamsız tahliye de sık karşılaşılan bir durumdur.

Diğer takip yollarında olduğu gibi kiralanan taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesi de çeşitli aşamalardan oluşmaktadır. Bu ilamsız tahliye yolunda icra takibi aşamaları; takip talebi, ödeme emri, ödeme emrine itiraz, itirazın kaldırılması ve tahliyedir (haciz ve tahliye). Bu takip yolunda genel hacizden farklı şekilde, takibin kesinleşmesinden sonra, para alacağının tahsili amacıyla yürütülen hacze paralel olarak ayrıca tahliye prosedürü de işletilir⁸. Çalışmamızın konusunu sadece kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle kiralanan taşınmazın ilamsız tahliyesi (İİK m. 269-269/d) oluşturmaktadır. Ancak burada da bu taki-

Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 114, 370; **Hasan Erdoğan**, Tahliye Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2002, s. 1219; **Kuru**, İstinaf Sistemine Göre, s. 355; **Timuçin Muşul**, İcra ve İflas Hukuku Esasları, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 613, 616; **Yıldırım/ Deren- Yıldırım**, s. 291; **Karslı**, s. 739; **Berkin**, İflas Hukuku, s. 479. Kiralanan taşınmazların tahliyesi için, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre birden fazla sebebe dayanarak dava açmak mümkünken, ilamsız takip yoluna başvurulması sadece bu iki durum için söz konusudur (**Pekcantez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 426).

⁶ **Kuru**, Cilt 2, s. 1801, dipnot 2; **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 339, dipnot 2; **Pekcantez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 426; **Keleş**, s. 86; **Nihal Ural Çınar**, Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 333; **Erdoğan**, s. 1219; **Talih Uyar/ Alper Uyar/ Cüneyt Uyar**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 3. Baskı, C. 3, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 4149. "269. maddeye tevfikan banka kasasının tahliyesine karar verilemez. Çünkü 269. madde gayrimenkullerin tahliyesine dairdir.", YİİD, 31.12.1963 T., 13940 E., 13995 K. (**Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 339, dipnot 2; **Kuru**, Cilt 2, s. 1801, dipnot 2). Kira sözleşmesine dayalı bir hukuki ilişki varsa, bu takip yoluna başvurmak için, taşınmazın Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre kiralanıp kiralanmadığının bir önemi yoktur. Ancak takip yapılırken taşınmazın tabi olduğu Kanun'un özellikleri ve bu konuda aranan özel şartlar dikkate alınır (**Pekcantez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 426).

⁷ Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin sona ermesi hakkında ayrıntılı bilgiler için bakınız: **Murat Doğan**, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara 2011, s. 1 vd. 2011 yılı Türkiye İstatistik Kurumu'nun Nüfus ve Konut Araştırmasındaki verilere göre: Ülkemizdeki hane sayısı 19.481.678'dir ve hane halklarının %67,3'ü kendi konutunda oturmaktadır İkamet ettikleri konutta kiracı olan hane halklarının oranı %23,8; lojmanda oturan hane halklarının oranı %1,5, oturdukları konutun sahibi olmayan fakat kira da ödemeyen hane halklarının oranı ise %7,3'dür (Türkiye İstatistik Kurumu, Nüfus ve Konut Araştırması 2011, Ankara 2013, s. 35, 233).

⁸ **Pekcantez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 427.

bin tüm aşamaları incelenmeyecek sadece, İİK m. 269/b⁹ hükmünde düzenlenen kiralanan taşınmazların kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle ilamsız icra yoluyla tahliyesinde kira sözleşmesine itiraz ve kaldırılması incelenecektir.

I. GENEL OLARAK

Kira bedelini ödeme borcu, kiracının asli edim yükümlülüklerindedir (TBK¹⁰ m. 313)¹¹. Kiracı, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür (TBK m. 314). Kiracı (borçlu), kira bedelini ödemezse, alacaklı kiraya veren çeşitli imkânlarla sahiptir¹². Bu imkânlar esasen Türk Borçlar Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiştir. İcra ve İflas Kanunu tarafından kiraya verene tanınan imkânlardan ilki, alacaklı kiraya veren, borçlusu kiracı aleyhine ilamsız icra yolu ile takibe başvurabilir. Kiraya veren sadece kira bedelinin tahsilini istemekte ve ayrıca tahliye istememekte ise, bu takip İİK m. 42 vd. düzenlenen normal bir ilamsız icra yolu ile takiptir¹³.

⁹ İİK m. 269/b: “*Borçlu itirazında kira akdini ve varsa mukavelenamede kendisine izafe olunan imzayı reddettiği takdirde alacaklı; noterlikçe re’sen tanzim veya imzası tasdik edilmiş bir mukavelenameye istinat ediyorsa icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını ve ihtar müddeti içinde paranın ödenmemesi sebebiyle kiralananın tahliyesini isteyebilir (f.1). Borçlunun akde ve şartlarına dair mukabil iddia ve def’ilerini aynı kuvvet ve mahiyette belgelerle tevsik etmesi lazımdır (f.2). Akdi reddeden borçlu bu itiraz sebebiyle bağlıdır. İtirazın varit olmadığı tahakkuk ettikten sonra ödeme, takas veya sair bir def’ide bulunamaz (f.3). Takip yukarıda yazılı belgelere istinat etmemesi sebebiyle alacaklı umumi hükümler dairesinde dava açmaya mecbur kalırsa ihtarlı ödeme emri, Borçlar Kanununun 260 ve 288 inci maddelerinde yazılı ihtar yerine geçer (f.4). Kira sözleşmesindeki imzanın inkârından dolayı alacaklı umumi mahkeme de dava açmaya mecbur kalır ve lehine karar alırsa, borçlu ayrıca yüzbin liradan beşyüzbin liraya kadar para cezasına mahkûm edilir (f.5)”.*

¹⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

¹¹ Bakınız, **Doğan**, s. 16; **Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 297; **Mustafa Alper Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 288; **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 350; **Cevdet Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 477; **Burhan Gürdoğan**, İcra Hukuk Dersleri, Ankara 1970, s. 146.

¹² **Üstündağ**, s. 340; **Muşul**, s. 616; **Gürdoğan**, İcra Hukuk Dersleri, s. 146; **Karlı**, s. 739; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 4134.

¹³ **Postacıoğlu**, s. 594; **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 339-340; **Üstündağ**, s. 341; **Kuru**, Cilt 2, s. 1802-1803; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 427; **Kuru/ Arslan/ Yıl**

İkinci imkân olarak kiraya veren, kira bedeli hakkında mevcut olan kanuni hapis hakkını¹⁴ da kullanmak isterse, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip talebinde bulunabilir¹⁵. Ancak kiraya veren, kira parası için yapacağı takipte, hapis hakkını da birlikte kullanarak takipte bulunmak mecburiyetinde değildir. Yine kiraya veren borçlunun şahsına göre, sadece iflas yolu ile takipte de bulunabilir. Bu ihtimallerde kiraya veren, taşınmazın tahliyesini istememektedir. Bu sebeple bu takiplerin bir özelliği mevcut değildir¹⁶. Bu takiplerde, kiracının tahliyesine karar verilemez¹⁷.

Türk Borçlar Kanunu da kiraya verene çeşitli imkânlar tanımıştır. Türk Borçlar Kanunu, konut ve çatılı işyeri kiralaları açısından, kira bedelinin ödenmemesine dayalı olarak tahliye konusunu iki farklı maddede düzenlemiştir (TBK m. 315 ve 352/2). Türk Borçlar Kanunu'na göre, konut ve çatılı işleri kiralalarında (TBK m. 315/2), adi kira (TBK m. 315/2) ve ürün kirasında (TBK m. 362/2) kiracı kira bedelini vadesinde ödemezse, kiraya veren; kiracıya kiralının ödenmesi için muayyen bir mehil (konut ve çatılı işyeri kiralalarında 30 gün, adi kirada 10 gün, ürün kirasında 60 gün) tayin ederek, birikmiş olan kiranın bu müddet içinde ödenmemesi halinde bu sürenin sonunda kira akdini feshedeceğini ihtar edebilir. İhtar sonuçsuz kalırsa, verilen sürenin sonunda, ayrıca bir fesih bildirimine gerek olmaksızın sözleşme feshedilmiş olur. Süreden sonra yapılacak ödeme kira sözleşmesinin sona ermiş olması sonucunu ortadan kaldırmaz¹⁸. Sözleşme sona erdiği için kiracının kiralananı iade etmesi (tahliye

maz, s. 370; Keleş, s. 5; Muşul, s. 616; Ulukapı, s. 224; Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 291; Gürdoğan, İcra Hukuk Dersleri, s. 146; Karşlı, s. 739.

¹⁴ Kira bedelini ödemeyen kiracıya karşı kanun koyucu kiraya veren lehine, kiracının eşyaları üzerinde hapis hakkı tanımıştır (TBK m. 336-338) (Doğan, s. 17).

¹⁵ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 370; Üstündağ, s. 341; Muşul, s. 616; Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 291; Karşlı, s. 739-740. "Borçlunun kira bedellerini ödemiş olmasından dolayı alacaklının mecur dâhilindeki eşya üzerinde hapis hakkını kullanması, mecuru tahliye ettirmesi için 269. maddeye dayanarak takip yapmasını engel teşkil etmez." YİİD, 08.02.1957T., 862E., 1084 K.. (Kuru, Cilt 2, s. 1804, dipnot 6). Ayrıca bakınız: Kuru, Cilt 2, s. 2061, dipnot 21.

¹⁶ Üstündağ, s. 341.

¹⁷ Kuru, Cilt 2, s. 1803; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 427.

¹⁸ Doğan, s. 295.

etmesi) gerekir. Süre tayini icradan ödeme emri göndermek suretiyle yapılmamışsa, örneğin noterden yapılmışsa, kiracı da kendiliğinden iade etmezse, tahliye davası açılmalıdır; icra dairesine başvurularak tahliye istenemez¹⁹. Kiracı, bu süreler içinde kirayı ödemezse ve kiralananı iade etmezse, kiraya veren kiracı aleyhine sulh hukuk mahkemesinde (HMK m. 4/1-a) bir tahliye davası açabilir²⁰ ve bu davada ödenmeyen kiralari da isteyebilir²¹. Kiraya veren bu tahliye davasını kazanırsa, mahkemeden alacağı tahliye ilamını icraya koyarak taşınmazın tahliyesini sağlayabilir (İİK m. 26 vd.).

Bu dava, hemen aşağıda inceleyeceğimiz TBK m. 352/2' de öngörülen tahliye davasından farklı olarak²², yenilik doğurucu nitelikte olmayıp, açıklayıcı niteliktedir. Çünkü sözleşme, sürenin sonunda kendiliğinden sona ermiştir²³. Bu dava sözleşmenin sona erdiğinin tespitine ve iadeyi sağlamaya yönelik bir eda davasıdır²⁴.

Yine konut ve çatılı işleri kiralarında, adi ve hâsılat kirasından farklı olarak: “*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 ihtarda bulunulmasına sebep olmuşsa kiraya veren, kira süresinin ve bir yıldan*

¹⁹ **Doğan**, s. 296; **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2 Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, 5. Tıpkı Basım, İstanbul 1992, s. 219; **A. Nejat Ağacıkoğlu**, “Gayrimenkul Kiralarında Kira Bedelinin Ödenmemesi Nedeniyle Kira Aktinin Sona Ermesi”, ABD, Y. 1975, S. 3, (ss.364-367), s. 365-366; **Yavuz**, s. 517; **Keleş**, s. 101. Belgesay aksi görüştedir (**Belgesay**, İflas, s. 106).

²⁰ İhtarnamedeki süre dolduktan sonra dava açmak hakkı bir süre ile sınırlı değildir (**Tandoğan**, s. 219; **Ağacıkoğlu**, s. 366; **Yavuz**, s. 517).

²¹ **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 340; **Kuru**, Cilt 2, s. 1804; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 370-371.

²² Bu iki tahliye sebebi arasındaki farklar hakkında detaylı bilgiler için bakınız, **Haluk Burcuoğlu**, “6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 7. Maddesinin (e) Bendi Uyarınca İki Haklı İhtar Nedeniyle Tahliye Kurumunun Borçlar Kanununun 260. Maddesindeki Temerrüt (Direnim) Nedeniyle Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi İle Karşılaştırılması”, İBD, Y. 1985, C. 59, S. 1-2-3, (ss.67-79), s. 67.

²³ **Doğan**, s. 296; **Tandoğan**, s. 219; **Burcuoğlu**, s. 75; **Eyüp İpek**, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, TBB, Y. 2012, S. 102, (ss. 59-92), s. 81; **Gümüş**, s. 327.

²⁴ **Doğan**, s. 296; **Burcuoğlu**, s. 75.

uzun süreli kiralarda ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde, dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirebilir (TBK m. 352/2)''. Kiraya veren bu tahliye davasını kazanırsa, mahkemeden alacağı tahliye ilamını icraya koyarak taşınmazın tahliyesini sağlayabilir (İİK m. 26 vd.)²⁵.

TBK m. 315 ve TBK m. 352/2 hükümlerindeki düzenlemeler esasen aynı gibi görünse de bunlar arasında farklar vardır²⁶. TBK m. 352/2' deki düzenlemede, kiracının çekilen ihtardan sonra kira bedelini ödemesi, diğer şartlar da (örneğin, iki haklı ihtar ve süre şartı) gerçekleştiği takdirde tahliyeyi engellemektedir. Böylece kira bedelini zamanında ödemeyerek kiraya vereni süre tayin etmek zorunda bırakan, ardından tanınan süre içinde kira bedelini ödeyerek sözleşmenin feshini önleyen kiracıların elindeki bu imkân, konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından alınmış olmaktadır. O yüzden TBK m. 352/2' nin bu hükmü, TBK m. 315 hükmünden farklı olarak, kira bedelinin ödenmemesine değil, zamanında ödenmemesine bağlı olarak tahliye talep etme hakkı vermektedir²⁷. TBK m. 315 hükmüne göre verilen süre içinde kira bedeli ödenirse sözleşme feshedilmez²⁸. Yalnız TBK m. 315' e dayanan bildirim, konut ve çatılı işyeri kiralari ilişkin TBK m. 352/2' nin uygulanmasında gözönünde tutulur. Başka bir anlatımla, kira bedelini ödemedede temerrüde düşen kiracının TBK m. 352/2 çerçevesinde (diğer şartlarla birlikte) tahliyesi mümkün olabilecektir²⁹.

²⁵ **Kuru**, Cilt 2, s. 1802; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 370.

²⁶ Bu farklılardan biri de; TBK m. 315 hükmüne göre verilen süre içerisinde kira bedelinin ödenmemesi halinde, kira süresi henüz sona ermemiş olsa bile tahliye davası açılabilmesine karşılık, TBK m. 352/2' ye dayanıldığı takdirde davanın açılabilmesi için kira süresinin sona ermesini beklemek gerekir (**Ağacıköğlü**, s. 367).

²⁷ **Doğan**, s. 188-189; **Tandoğan**, s. 221; **Ağacıköğlü**, s. 366; **Gümüş**, s. 343-344; **Yavuz**, s. 516.

²⁸ **Doğan**, s. 294; **Yavuz**, s. 516.

²⁹ **Yavuz**, s. 516; **Burcuoğlu**, s. 77.

TBK m. 352/2 düzenlemesi, TBK m. 315 düzenlemenin konut ve çatılı işyeri kiralarında uygulanmasına engel değildir³⁰. Özellikle kiracının bir kira bedelini otuz günden fazla gecikerek veya hiç ödememesine rağmen, diğer kira bedellerini düzenli ve zamanında ödemesi halinde TBK m. 352/2 uygulanamaz; ancak TBK m. 315' e dayanılarak sözleşme feshedilebilir³¹. Fakat bir kiracı kira paralarını daima geç yatırır ancak bu gecikme hiçbir zaman otuz günü geçmezse, TBK m. 315 hükmü uygulanamayacaktır. Çünkü bu maddenin uygulanabilmesi için kiracının yazılı bildirimine rağmen, kira bedelini en az otuz günden fazla geciktirmesi gerekecektir. Kiracının her kira bedelini belirlenen vadeden sonra fakat otuz günlük mehil süresinden önce yatırması halinde, kiraya veren kira sözleşmesini feshedemeyecektir³².

İcra ve İflas Kanunu'nun, kiracısı kira bedelini ödemeyen kiraya verene tanıdığı inceleme konumuz da olan imkâna gelirse: İİK m. 269-269/d hükümleri³³, kiraya verenin kiracıya karşı kira bedelinden dolayı yapacağı ilamsız takip (İİK m. 42 vd.) ile açacağı tahliye davasının (TBK m. 315) birleştirilmesini mümkün kılmaktadır. Bu hükümlere göre, kiraya veren, kiracısı aleyhine icra takibi yaparak kira bedelinin ödenmesini isteyecek, kira bedeli ödenmezse icra mahkemesinden kiracının tahliyesini isteyebilecektir³⁴. Yani kiraya veren yal-

³⁰ **Doğan**, s. 189, 282; **Tandoğan**, s. 221, dipnot 101b; **Burcuoğlu**, s. 67-68; **İpek**, s. 81; **Yavuz**, s. 506. **YHGK**, 19.01.1972 T., 1970/6801 E., 1972/31 K. (**Doğan**, s. 189, dipnot 629; **Tandoğan**, s. 221, dipnot 101b).

³¹ **Doğan**, s. 282; **İpek**, s. 81; **Burcuoğlu**, s. 67.

³² **Burcuoğlu**, s. 67; **İpek**, s. 80-81.

³³ Buradaki tahliye talebi, sulh hukuk mahkemesinde açılmış olan tahliye davasında derdestlik dava şartı (HMK m. 114/1-1 olarak dikkate alınmaz (**Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 370, dipnot 1).

³⁴ **Gürdoğan**, İcra Hukuk Dersleri, s. 146; **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 340; **Üstündağ**, s. 341; **Kuru**, Cilt 2, s. 1804-1805; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 427; **Doğan**, s. 298; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 371; **Keleş**, s. 5; **Muşul**, s. 616; **Sabri Şakir Ansay**, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1960, s. 355. Kiraya veren, kira bedeli için haciz yoluyla takip talebinde bulunduğu takdirde, isterse tanzim edilecek ödeme emrine, TBK m. 315' deki yazılı ihtar ve kanuni süre geçtikten sonra icra mahkemesinden borçlunun kiralanan taşınmazdan çıkarılmasının istenebileceği tebliği de dercolunur (İİK m. 269/1). Bu ödeme emrine ihtarlı ödeme emri denilmektedir. Demek oluyor ki, ihtarlı ödeme emrinde, ödenmemiş olan

nızca kira bedelinin tahsilini amaçlamayıp aynı zamanda kiracının taşınmazdan tahliyesini de istiyorsa, bu durumda kira bedelinin ödenmemesi sebebine dayanarak, ilamsız tahliye yoluna başvurma imkânına sahiptir³⁵.

II. KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA İİK m. 269 vd. HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI

İİK m. 269 vd. hükümlerindeki kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle ilamsız tahliye, konut ve çatılı işyeri kiralaları olsun veya olmasın kiraya verilmiş bütün taşınmazlar içindir. Bir başka anlatımla, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kirasını ödemeyen kiracıya karşı da, İİK m. 269 vd. hükümlerine göre ilamsız tahliye takibi yapılabilir³⁶. İlamsız tahliye takibi, (konut ve çatılı işyeri, adi veya hâsılat) kira sözleşmesi ile kiralanmış taşınmazlar içindir³⁷. Alacaklı kiraya veren ile borçlu kiracı arasında bir kira sözleşmesi yoksa veya kira sözleşmesi son bulmuş ise veya borçlu kira sözleşmesinden başka bir sözleşmeye dayanarak taşınmazda oturmakta ise, İİK m. 269 hükmüne göre ilamsız tahliye takibi yapılamaz³⁸. Kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle tahliye yoluna başvurulabilir

kira parası için yapılan ilamsız icra takibi tahliye tehdidi ile birleştirilmektedir (Üstündağ, s. 341; Keleş, s. 5).

³⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 427; Keleş, s. 5.

³⁶ Kuru, Cilt 2, s. 1805; Doğan, s. 283; Çınar, s. 333. “Kiracı kirayı ödemezse kiralayan İcra Tetkik Mercinden kiracının tahliyesine karar verilmesini isteyebilir. Kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle ilamsız tahliye, 6570 Sayılı Yasaya tabi olsun veya olmasın bütün kiralananlar için istenebilir.” Y6HD, 16.02.2004 T., 587 E., 701 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 01.04.2017). Borçlu kiracı bir devlet (kamu) kuruluşu olsa bile, tahliyesine karar verilir (Kuru, Cilt 2, s. 1862; Uyar/ Uyar/ Uyar, s. 4143).

³⁷ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 426; Kuru, Cilt 2, s. 1806; Kuru, İstinaf Sistemine Göre, s. 356.

³⁸ Kuru, Cilt 2, s. 1806; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 426; Keleş, s. 85-86; Kuru, İstinaf Sistemine Göre, s. 356. “Mahkemece 20.2.1984 tarihinde akdin feshine ve tahliye karar verilmiş olmasına, bu tarihten sonra kira alacağından söz edilemeyeceğine, akdin feshinden sonraki devre için ecrimisil talep olunabileceğine binaen, isteğin reddine karar vermek gerekirken itirazın kaldırılmasına ve tahliye karar verilmesi isabetsizdir.” Y12HD, 24.03.1986 T., 9006 E., 3150 K. (Kuru, Cilt 2, s. 1806, dipnot 11). “Alacaklı herhangi bir kira akdine dayanmadığı gibi vekilleri tarafından mercie verilen 9.5.1980 tarihli dilekçede kira akdine bağlı bir ilişki olmadığını bildirerek borçlunun fuzuli şağil olduğunu hadiseler göstererek ileri sürmüştür. Fuzuli şağil hakkında kira alacağının tahsili söz konusu olmayıp ecrimisille ilgili olduğu fuzuli şağil sebebiyle tahliyenin kira takibine konu olmayacağı, gerek ecrimisilin tahsili, gerekse fuzuli şağil sebebiyle tahliye isteğinin muhakemeyi gerektir-

mek için yazılı bir kira sözleşmesinin bulunması ve bunun takip talebine eklenmesi şart değildir. Yani, kira sözleşmesi bulunmakla birlikte, yazılı bir kira sözleşmesi olmadan da kiraya veren bu yola başvurabilir; icra müdürünün kira sözleşmesinin varlığını takip yapılırken inceleme yetkisi yoktur. Ancak yazılı bir kira sözleşmesinin varlığı ya da yokluğu, kiracının gönderilen ödeme emrine karşı koyması durumunda, kiraya verenin takibe devam bakımından kullanacağı imkânlarda önem taşıyacaktır³⁹. Bu konuda detaylı inceleme ileride ilgili kısımda incelenmiştir.

Konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. TBK m. 339 vd. hükümlerinde konut ve çatılı işyeri kiralarının uygulama alanı, sona ermesi gibi düzenlemeler yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun "Uygulama alanı" başlıklı 339. maddesi hükmü şu şekildedir; "*Konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanır*⁴⁰. Ancak bu hükümler,

diği düşünülmeden yazılı şekilde karar (tahliye kararı) verilmesi isabetsizdir." **Y12HD**, 21.04.1981 T., 738 E., 4014 K. (**Kuru**, Cilt 2, s. 1807, dipnot 12). "Alacaklının dayandığı belge, arazi sahibi ile işletici kişi arasında yapılmış ortaklık sözleşmesi niteliğindedir. Bu sözleşmenin hasılat kirası olarak kabulü mümkün olmadığı halde, İİK'nun 269 ve müteakip maddelerinin uygulama yolu ile çözümlenecek bir anlaşmazlık bulunmadığı gözetilmeksizin yazılı biçimde karar (tahliye kararı) verilmesi isabetsizdir." **Y12HD**, 07.06.1983 T., 3254 E., 4567 K. (**Kuru**, Cilt 2, s. 1807, dipnot 13). Benzer yöndeki karar: **YHGK**, 08.03.1978 T., 1977/12-499 E., 1978/212 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 01.04.2017). "İİK'nın onuncu babında yer alan 269 ve devamı maddelerinde kiralanan gayrimenkullerin ilamsız icra yoluyla tahliyeleri usulü düzenlenmiştir. Buna göre kiralayanın kiracısı hakkında kira bedelinin ödenmemesi ya da kira süresinin bitmesi nedenlerine dayanarak ilamsız icra takibi yapılması için taraflar arasında mutlaka ve halen mevcut bir kira ilişkisinin bulunması gerekir. Hemen belirtilmesi gerekir ki, kira sözleşmesi niteliğinde olmayan sözleşmelere dayanılarak ilamsız tahliye takibi yapılamaz. SONUÇ : Somut olayda; kiralananın 2886 sayılı Yasa hükümlerine göre kiraya verildiği ve 01.06.1998 başlangıç ve 01.06.2008 bitim tarihli olduğu konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yukarıdaki açıklamalara göre bu nitelikteki taşınmazlara ilişkin kira sözleşmeleri kira süresinin bitimi ile yasal olarak sona erer. Sözleşmenin sona erdiği tarih itibarıyla taraflar arasındaki kira ilişkisi sona erdiğinden davalı haksız işgalci durumundadır. Bu durumda davacı idare İİK'nın 269 ve devamı maddelerine göre kiralanan gayrimenkulün ilamsız icra yoluyla tahliyesini isteyemez." **Y6HD**, 01.11.2011 T., 7605 E., 12086 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 01.04.2017).

³⁹ **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 427-428; **Postacıoğlu**, s. 595; **Berkin**, İflas Hukuku, s. 480.

⁴⁰ Tüm taşınır için olmasa da bir kısım taşınır da özel hükümlere tabi tutulmuş olmaktadır. Örneğin, konutta yer alan mobilya, beyaz eşya, dolap ve benzeri, işyerinde bulunan raflar, vit-

niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında uygulanmaz (f.1). Kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerine de bu hükümler uygulanır (f.2).” Esasen konut ve çatılı işyeri kiralaları, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 10. maddesiyle yürürlükten kaldırılan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’da düzenlenmişti. Bu Kanun’un 1. maddesinin 1. fıkrası hükmü şu şekildeydi: *“Belediye teşkilatı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin (Musakkaf olmayanları hariç) kiralanmalarında kiratılanla kiracı arasındaki hukuki münasebetlerde bu kanun ile Borçlar Kanununun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri tatbik olunur.*” Bu Kanun hükümleri yürürlükten kaldırılmış ve konut ve çatılı işyeri kiralaları TBK m. 339 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir⁴¹.

“6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanununun 1 inci maddesinden farklı olarak, kiralananın bulunduğu yer açısından ayırım yapılmaksızın⁴² tüm konut ve çatılı işyeri kiralaları kapsama alınmış ve bununla da yetinilmeyerek, bu kiralarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da aynı hükümlerin uygulanacağı esası getirilmiştir. Yine 6570 sayılı Kanundan farklı olarak niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmaları da kapsam dışı bırakılmıştır. Niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazlara örnek olarak, yazlık, otel odası, motel, pan-

rin eşyaları ve dolaplar kiracının kullanımına bırakılmışsa, başka bir ifadeyle kira sözleşmesinin kapsamında ise bunlara kiracı lehine getirilen hükümlerden yararlanacaktır (Doğan, s. 29).

⁴¹ “Tasarının 338 inci maddesiyle başlayan İkinci Ayırımında “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları” düzenlenmiştir. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümleri, Tasarıda kira sözleşmesi düzenlenmesine dahil edildiği için, belirtilen özel Kanuna tâbi kira sözleşmelerinin konusunu oluşturan taşınmazlar, bu Ayırımında düzenlenmiştir.” (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun madde gerekçesi).

⁴² 6570 sayılı Kanunun kapsamına gire kira sözleşmeleri yer itibarıyla da sınırlanmış, belediye-lik yerlerdeki ve iskele, liman ve istasyonlardaki taşınmazlara hasredilmişken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer itibarıyla bir ayırım yapılmaksızın bütün konut ve işyeri kiralalarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir (Doğan, s. 29).

siyon ve bunlara benzer yerler gösterilebilir. Bir taşınmazın bu niteliği konusunda ortaya çıkan uyuşmazlığın, somut olaydaki durum ve koşullara göre hâkim tarafından çözümlenmesi gerekecektir. Maddenin ikinci fıkrasında, kamu kurum ve kuruluşlarının hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun kiraya veren veya kiracı olarak taraf olduğu tüm kira sözleşmelerinin de buradaki hükümlere tâbi olacağı açıklıkla ortaya konulmuştur. Böylece 6570 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin düzenlemesi benimsenmiş olmaktadır.”⁴³.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda musakkaf taşınmazdan söz etmeyip, konut ve çatılı işyeri kiralarını düzenlemiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun musakkaf taşınmaz tabirine yer vermeyerek doğrudan konuttan söz etmesi, 6570 sayılı Kanun’daki düzenlemeden ayrıldığını göstermemektedir. Aksini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun madde gerekçeleri kısmında “Tasarının 338 inci maddesiyle başlayan İkinci Ayrımında Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları düzenlenmiştir. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümleri, Tasarıda kira sözleşmesi düzenlenmesine dâhil edildiği için, belirtilen özel Kanunu tabi kira sözleşmelerinin konusu oluşturan taşınmazlar, bu Ayrımında düzenlenmiştir” denilerek, 6570 sayılı Kanun kapsamına giren konut kira sözleşmelerinin, kapsamı yer ve konu itibarıyla genişletilerek bu ayırımında düzenlendiği açıkça belirtilmiştir. 6570 sayılı Kanun’da musakkaf taşınmaz denildiği halde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda sadece konut denilmesinin sebebi ise konutun mahiyeti gereği her hâlükârda çatılı (örtülü) olmasındandır. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda sadece konut denilirken çatılı işyeri denmesi işyerinin örtülü olmayabileceği, oysa Kanun’un bu hükümlerinin sadece çatılı işyerlerine ilişkin kiraları kapsadığı, konutun ise mutlaka çatılı (örtülü) olacağı, bundan dolayı çatılı konut denilmesine gerek bulunmadığı düşüncesine dayanmaktadır⁴⁴.

⁴³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun madde gerekçesi.

⁴⁴ **Doğan**, s. 32.

İşyeri bir taşınır yapı, bir taşıt, çatılı veya taşıt olabileceği gibi, çatılı bir yapı bulunan bir taşınmaz veya üzerinde sabit bir yapı bulunmayan bir taşınmaz olabilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kiralari hakkındaki düzenlemesi kapsamına girmesi için kira sözleşmesinin çatılı işyeri- ne ilişkin olması gerekmektedir. TBK m. 339' da açıkça çatılı işyeri ibaresini kullanması bunu zorunlu kılmaktadır⁴⁵.

Yukarıda açıklananları özetle şöyle ifade etmek mümkündür: TBK m. 339 vd. hükümlerinde düzenlenen hükümlerden yararlanabilmesi için kiralanan şeyin "konut veya çatılı işyeri" olması gerekir. Eğer kiralanan şey "konut veya çatılı işyeri" değil ise o zaman TBK m. 339 vd. hükümleri değil TBK'nın 299-338 maddeleri arasında düzenlenen adi kira veya TBK'nın 357-378 maddeleri arasında düzenlenen hâsılat kirasına ilişkin hükümleri uygulanır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki İİK m. 269 vd. hükümlerindeki kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle ilamsız tahliye, konut ve çatılı işyeri kiralari olsun⁴⁶ veya olmasın

⁴⁵ **Doğan**, s. 32-33. Taşınmazın çatılı kabul edilebilmesi için, kira sözleşmesiyle tayin edilen kullanım amacının örtülü olarak kullanmaya yönelik olması gerekir. Yargıtay kararlarında, bir kısmında yapılar bulunmakla beraber, esasen bu örtülü yapılar dışında kalan alan için kiralanan, örtülü yapıların da dolaylı olarak bu açık alanların kullanımına hizmet ettiği taşınmaz kiralalarını çatılı işyeri kirası olarak kabul etmemektir. Örneğin, çay bahçesi olarak kiralanan yerde çay ocağı ve dolap gibi eşyaların konulduğu binaların bulunması halinde bunların çatılı işyeri kirası kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır (**Doğan**, s. 33).

⁴⁶ Konut ve çatılı işyeri kiralariından, kiracı istemezse kira süresinin bitiminde kiracıyı taşınmazdan çıkarma hakkı yoktur. Kiracı taşınmazı boşaltmak istemezse, kira süresi aynı şartlarla bir yıl daha uzatılmış sayılır (TBK m. 347/1). Buna göre, kiraya verenin kira süresinin bitiminde kiracıyı çıkarma hakkı olmadığı için, kiraya veren İİK m. 272-275 hükümlerine dayanarak kiracıyı karşı ilamsız tahliye takibi yapamaz (**Kuru**, Cilt 2, s. 1984). "*Kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir (TBK m. 352/1)*". "İİK'nun 272-275. madde hükümleri konut ve çatılı işyeri dışındaki kiralarda, taşınmazların tahliyesi için tam uygulanır. Konut ve çatılı işyeri kiralariında ise kiracı belirli süreli işlemlerin süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça sözleşme aynı koşullarda bir yıl için uzatılmış sayılır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 347/1. fıkrası hükmüne göre kiraya veren sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Bunun için anılan kanunun 339. vd. maddeleri uyarınca borçludan tahliye taahhüdü almış olması gerekir. Buna göre de kiraya veren yazılı tahliye taahhüdü olmadan yalnız kira sözleşmesine dayanarak İİK'nun 272-279. madde hükümlerine göre kira süresinin bitmesi nedenine dayalı olarak ilamsız tahliye takibi yapamaz. Yaparsa icra dairesinin takip talebini reddetmesi gerekir. İcra dairesi

kiraya verilmiş bütün taşınmazlar içindir⁴⁷. Yani kiralanan şeyin “konut veya çatılı işyeri” olup olmadığı İİK m. 269 vd. hükümlerine göre ilamsız tahliye yoluna başvurulup başvurulamayacağını etkilemez. Kiralanan şeyin “konut veya çatılı işyeri” olup olmaması sadece İİK m. 269/1’ de ifade edildiği gibi ödeme emrinde yer alan ödeme ihtarı sürelerini etkiler.

III. KİRA BEDELİ VE ZAMANINDA ÖDENMEMESİ

TBK m. 299 kira sözleşmesinin tanımını yapmıştır: “Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”. Kira sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Kiracının kiralanana kullanımı karşılığında bir bedel ödemesi gerekir. Bu bedel, sözleşme serbestisinin sınırları çerçevesince taraflarca belirlenmelidir⁴⁸.

Kira sözleşmesinde yeni kira dönemi için ödenecek kira konusunda taraflar anlaşmaya varmış ise kiraya veren yeni kira alacağı üzerinden ilamsız

kiracıya tahliye emri gönderir ise kiracı takibin iptali için süresiz şikâyet yoluna gidebileceği gibi tahliye emrine karşı icra dairesinde itiraz da edebilir(Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuk. El Kitabı, Ankara 2013 s. 870)/ Somut olayda taraflar arasındaki kira sözleşmesine konu olan yerin İstanbul Mahallesi, Yeni üzerinde kain tapuda pafta; 69/1, ada;819, parsel;744 sayılı tahtında kayıtlı 2.719 metre kareden ibaret, üzerindePetrol Sanayi Pazarlama ve Ticaret A.Ş. akaryakıt satış ve servis istasyonu hizmet üniteleri bulunan arsa nitelikli arazi parçası ile bu arazi parçası üzerinde mevcut akaryakıt satış ve servis istasyonu olduğu, sözleşmenin başlangıç tarihinin 01.07.2002, bitiş tarihin ise 01.07.2012 olup 10 yıllık süreye tabi olduğu görülmektedir./ Şikâyetçinin ilamsız tahliye takibine konu edilen taşınmazın TBK'nun 339. ve devamı maddelerinde düzenlenen konut ve çatılı iş yeri kirası niteliğinde olduğu ve dolayısıyla tahliye taahhüdü olmadan başlatılan takibin iptalini talep ettiğine göre, mahkemece yapılacak iş, mahallinde keşif yapılarak kira sözleşmesi tarihi itibarıyla kiralanan taşınmazın satılık iş yeri kirası niteliğinde olup olmadığını tespit ederek sonucuna göre karar vermektir. Mahkemenin takibin iptaline ilişkin kararının belirtilen araştırma yapılmadan karar vermesi nedeniyle bozulması gerekirken, Dairemizce istemin borca itiraz olduğu ve şikâyet yoluyla takibin iptalinin istenemeyeceği gerekçesiyle bozulması yanlıgıya dayalı olup borçlunun karar düzeltme isteminin kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” **Y12HD**, 11.11.2014 T., 24460 E, 26824 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 01.04.2017).

⁴⁷ **Kuru**, Cilt 2, s. 1805.

⁴⁸ **Doğan**, s. 8; **Keleş**, s. 81.

tahliye takibi yapılabilir⁴⁹. Eğer yeni kira dönemi için ödenecek kira parası konusunda bir anlaşma bulunmuyorsa yeni dönem kira alacağı için bir önceki kira dönemine ait kira parası üzerinden ilamsız tahliye takibi yapılabilir. Bu halde alacaklı yeni dönem için kira farkını isteme hakkını saklı tutabilir. Ayrıca alacaklı yeni kira dönemine ait kira farkı için sulh hukuk mahkemesinde açacağı kira bedelini tespit davası⁵⁰ sonucunda alacağı kesinleşmiş⁵¹ kira tespit ilamına dayanarak ilamsız tahliye takibi yapılabilir⁵². Böyle bir ilam alınmadan çekişmeli kira farkı alacağı için takip yapılmış ise, bu takibe karşı borçlunun itirazı icra

⁴⁹ TBK m. 344, kira bedelinin belirlenmesini düzenlemiştir. Hüküm şu şekildedir: “*Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır (f.1). Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir (f.2). Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir (f.3). Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, bu Kanunun, “Aşırı ifa güçlüğü” başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanır (f.4).”*

⁵⁰ Kira bedelinin belirlenmesi için dava açılması ise TBK m. 345’de düzenlenmiştir. Hüküm şu şekildedir: “*Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin dava her zaman açılabilir (f.1). Ancak, bu dava, yeni dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte açıldığı ya da kiraya veren tarafından bu süre içinde kira bedelinin artırılacağına ilişkin olarak kiracıya yazılı bildirimde bulunulmuş olması koşuluyla, izleyen yeni kira dönemi sonuna kadar açıldığı takdirde, mahkemece belirlenecek kira bedeli, bu yeni kira döneminin başlangıcından itibaren kiracıyı bağlar (f.2). Sözleşmede yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağına ilişkin bir hüküm varsa, yeni kira döneminin sonuna kadar açılacak davada mahkemece belirlenecek kira bedeli de, bu yeni dönemin başlangıcından itibaren geçerli olur (f.3).”*

⁵¹ Kuru’ya göre, Yargıtay’ın görüşünün aksine tespit edilen kira farkı alacağının ödeme zamanının gelmiş olması takibe başlama için yeterlidir, ayrıca kararın kesinleşmesine gerek yoktur (Kuru, Cilt 2, s. 1815).

⁵² Kuru, Cilt 2, s. 1815; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 372; Keleş, s. 81. Burada “ilama dayalı bir alacağın ilamsız takip konusu yapılamayacağına” ilişkin 26.05.2017 tarih ve 2/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının (RG, T. 21.07.2017, S. 30130) bu durumda geçerli olup olmayacağına değinmek gerekir. Kanaatimizce burada bu karar uygulanmaz. Çünkü burada ilamla tespit edilen husus kira bedelinin miktarıdır, yoksa kiracının kira bedelinin ödemediği değildir. Bu yüzden kira bedelinin tespiti ilamının konusu ile, ilamsız tahliyenin konusu farklı olduğu için burada ilamsız tahliye yapılabilir.

mahkemesince kaldırılıp tahliye karar verilemez. Bu halde temerrüt ve muaccel bir borcun varlığından söz edilemez⁵³.

Kira bedeli belirli bir miktar paradır. Buna karşılık, doktrinde, kiralananın karşılığının bir iş görme edimi olarak kararlaştırıldığı hallerde karma sözleşme, bir misli veya misli olmayan malın mülkiyetini devretme edimi olarak belirlendiği hallerde ise kira sözleşmesi olacağı görüşü hâkimdir. Doktrinde bazı yazarlar ve Yargıtay ise, para dışında iş görme edimi veya misli veya misli olmayan malın mülkiyetinin devri şeklinde bir karşılığın da kira bedeli olarak kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir⁵⁴. Ancak *Doğan*' a göre; kira bedeli olarak para dışındaki unsurların kararlaştırıldığı durumlarda, kira sözleşmesi değil, karma bir sözleşme söz konusu olur⁵⁵.

Kira bedelinin altın olarak kararlaştırılması halinde de, altın, para niteliğinde olmadığı için karma bir sözleşme söz konusudur. Ancak altın kaydı konulmuşsa, bu durumda ödeme tarihindeki altının para olarak karşılığı verileceğinden, kira bedelinin para olarak kararlaştırıldığı kabul edilmelidir⁵⁶. Kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırıldığında ise, yine para borcu olduğunun kabulü gerekir⁵⁷. Alacağın konusu yabancı para ise bu takdirde bu alacağın Türk parasına çevrilerek takibe konulması gerekir (İİK m. 58/3). Yargıtay'ın içtihatlarına göre takip taleplerinde yabancı para alacağının harca esas değerinin

⁵³ **Keleş**, s. 81-82; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 372. Yargıtay' a göre, kiranın tespitine ilişkin mahkeme kararı ile tespit edilen kira farkı alacağının ifa zamanının gelmiş sayılması için sadece alacaklının borçludan edada bulunmasını isteyebileceği zamanın gelmiş olması yeterli olmayıp aynı zamanda o kararın kesinleşmesi de gerekir (**Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 372). **YİBK**, 12.11.1979 T., 1 E., 3 K. (RG, T. 13.01.1980, S. 16868).

⁵⁴ **Doğan**, s. 8-9.

⁵⁵ **Doğan**, s. 9.

⁵⁶ **Keleş**, s. 114; **Doğan**, s. 9-10.

⁵⁷ **Doğan**, s. 9-10; **Keleş**, s. 83.

gösterilmiş bulunması ile Kanun'un m. 58/3 hükmündeki koşul yerine getirilmiş sayılır⁵⁸.

İlamsız tahliye yolu ile takip, ilamsız icra yolu ile takibin bir türü olduğundan takip konusu kira borcunun para borcu olması lazımdır⁵⁹. Kira borcu altın olarak ödeme şeklinde gerçekleştirilmişse, böyle bir kira sözleşmesine dayalı olarak ilamsız tahliye takibi yapılamaz⁶⁰. Kira bedeli olarak altın karşılığı olarak belirlenmişse, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, bu durumda ilamsız takip yapılamaz⁶¹. Ancak doktrinde aksi yönde görüşler vardır⁶².

TBK m. 313' e göre: "*Kiracı, kira bedelini ödemekle yükümlüdür.*". Kira bedelinin ödenmesi, kiracının asli edim yükümlülüklerindedir⁶³. Kiracı, sözleşmede kararlaştırılan zamanda, sözleşmede hüküm yoksa yerel âdete, sözleşmede ve yerel âdetde hüküm de yoksa kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür (TBK m. 314)⁶⁴.

⁵⁸ **Keleş**, s. 83. "Alacaklı takip taleplerinde yabancı para alacağı üzerinden olan kira parasının Türk Lirası karşılığını "harca esas değer" adı altında ve İİK.nun 58/3. maddesi hükmü gereğince göstermiş ise de, İİK.nun 60. maddesi uyarınca borçluya gönderilen ödeme emrinde bu kurala uyulmamıştır. Dairemizin süreklilik arzeden içtihatlarında da açıklandığı üzere bu noksanlık kamu düzeni ve Devletin hükümler hakları ile ilgili olup takibin her safhasında doğrudan doğruya gözönünde tutulmalıdır. (H.G.K.nun 12.5.1999 tarih, 99/12-271 esas, 99/301 karar sayılı kararı) O halde usulüne uygun olarak gönderilmiş bir ödeme emri ile kira parası alacağının istenmesi söz konusu olmadığından ve borçlunun temerrüdünün olduğu kabul edilemeyeceğinden tahliye kararı verilmesi isabetsiz olduğu gibi, ayrıca kabule göre de alacaklının itirazın kaldırılması istemi bulunmadığı halde talep aşılarak bu konuda da hüküm tesisi yasaya aykırı bulunmuştur.", **Y12HD**, 27.12.2001 T., 21087 E., 22077 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017). Yabancı para borçlu kira bedelinin nasıl takibe konulacağı hakkındaki ayrıntılı bilgiler için bakınız, **Keleş**, s. 83-84.

⁵⁹ **Kuru**, Cilt 2, s. 1805; **Keleş**, s. 80, 113.

⁶⁰ **Keleş**, s. 114. **YİBK**, 29.01.1941 T., 45 E., 1 K. (RG, T. 04.06.1941, S. 4825).

⁶¹ **YİBK**, 29.01.1941 T., 45 E., 1 K. (RG, T. 04.06.1941, S. 4825).

⁶² **Keleş**, s. 114.

⁶³ **Doğan**, s. 16.

⁶⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, TBK m. 313' ün karşılığı olan 257. madde düzenlemesi şu şekilde idi: "*Müstecir kirayı akit ile yahut mahalli adet ile muayyen olan zamanda tediye mecburdur (f.1). Böyle muayyen bir zaman bulunmadığı takdirde, icar altı aylık yahut senelik ise her altı ayın mürurunda ve daha az bir müddet için ise beher ayın mürurundan sonra ni-*

Kira bedelinin para olarak ödenmesi gerektiğinden, aksine anlaşma olmadıkça kiraya verinin yerleşim yerinde ödenmesi gerekir. Kiracı ödemeyi kiraya verene elden yapabileceği gibi gönderme masraflarına katlanmak kaydıyla kiraya verene konutta ödemeli olarak da gönderebilir. Buna karşılık, anlaşma olmadıkça, posta veya banka havalesiyle ödeme geçerli bir ödeme değildir⁶⁵.

Türk Borçlar Kanunu, kullanım giderleri ve yan giderleri ödememe durumunda tahliye istenip istenemeyeceğini açıkça düzenlemiştir. TBK m. 341 kullanım giderlerinden kimin sorumlu olduğunu düzenlemiştir. Hükme 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).*”⁶⁶. TBK m. 315 kiracının temerrüdünü düzenlediği maddede veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmemeyi vurgulamıştır. Hükme göre: “*Kiracı, kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri⁶⁷ ödeme borcunu ifa etmezse, kiraya veren kiracıya yazılı olarak bir süre verip, bu süre-*

hayet icar müddetinin hitamında verilmek lazımdır (f.2).” “*İfa zamanının kira süresine göre belirlenmesine ilişkin 818 sayılı Borçlar Kanununun 257 nci maddesinin ikinci fıkrası, Tasarıya alınmamıştır. Sözleşmede ifa zamanı kararlaştırılmamışsa, uygulamada genellikle, kira bedelinin aylık olarak ödendiği göz önünde tutularak, altı ay ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde, kira bedelinin altı ayda bir ödeneceğine ilişkin hükme gerek duyulmamıştır*” (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun madde gerekçesi).

⁶⁵ Doğan, s. 17.

⁶⁶ “*Maddede, konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından özel ve yedek bir düzenleme yapılarak, ısıtma, aydınlatma, su gibi kullanma giderlerine, kaynak İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenlemeden farklı olarak, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kiracının katlanacağı hükme bağlanmıştır. Kiralananın boyanması, çatısının onarılması gibi kiralananın sözleşme süresince kullanıma elverişli durumda bulundurulmasıyla ilgili olan diğer yan giderler hakkında Tasarının 302 nci maddesi uygulanacaktır. Ancak, aksine sözleşme veya yerel âdet olduğunda, bu yükümlülük, kiraya verene ait olacaktır. Yine aynı maddeye göre, yükümlü kim olursa olsun bu giderleri kanıtlayıcı belgelerin bir örneğini, istemesi hâlinde diğer tarafa verecektir.*” (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun madde gerekçesi).

⁶⁷ “*Öte yandan, kira bedeli borcunun ödenmesinde temerrüt ile yan gider borcunun ödenmesinde temerrüt arasındaki fark ortadan kaldırılmıştır. Böylece, öğretisi ve uygulamada, kiracı tarafından yan giderlerin ödenmesinde temerrüde bağlı sonuçlar bakımından ortaya çıkan duraksamaların giderilmesi amaçlanmıştır.*” (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun madde gerekçesi).

de de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir (f.1). Kiracıya verilecek süre en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise en az otuz gündür. Bu süre, kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar (f.2).”.

Yargıtay önceki kararlarında yan giderlerden dolayı tahliye talep edilebilmesi için bunun sözleşmede açıkça yazılması gerektiğini belirtmekteydi⁶⁸.

Kuru' ya ve Kuru/ Arslan/ Yılmaz' a göre: kira sözleşmesinde, yönetim, yakıt, kapıcı, elektrik, su giderlerinin kiracıya ait olduğu yazılı olup da kiraya veren bu giderleri veya bunlardan birini veya bazısını ödemiş ise, kiraya veren, ilamsız tahliye takip talebinde, kiradan başka bu giderleri de isteyebilir⁶⁹.

Yargıtay'ın, Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonraki verdiği ilamsız tahliye hakkındaki kararlar, yan giderlerin ödenmemesinden dolayı söz-

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız, **Keleş**, s. 116-122; **Postacıoğlu**, s. 599. “Kira aktinde yakıt giderinin kiracıya ait olduğunun yazılı oluşu borcun kira parasından madut olduğunun kabulüne elverişli bulunmadığı, bunun kira bedeli olduğuna dair bir kayıt olmadığı gibi, belirli bir miktarı da ihtiva etmediği düşünülmeden tahliye kararı verilmesi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden mercii kararının İİK.nun 366 ve HUMK.nun 428 inci maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 22.1.1986 gününde oybirliğiyle karar verildi.”, **Y12HD**, 22.01.1986 T., 1985/6928 E., 1986/564 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.03.2017). “Kira parası ile kastedilen husus, kiralananın kullanılması karşılığı olan paradır. Bu sebeple mesela, aydınlatma ve temizlik resimlerinin ödenmesi kiracıya yükletilmiş olsa bile, kiracının bu borcu kira parasının bir cüzü sayılmaz. Bu itibarla borçlu bulunduğu temizleme ve aydınlatma resmini ödemeyen kiracının mütemerrit sayılarak, BK.nun 260.maddesine dayanılarak kira aktinin fesholunması mümkün değildir.”, **YİBK**, 04.03.1968 T., 14 E., 7 K. (**Üstündağ**, s. 341, dipnot 137). “Takip dayanağı kira sözleşmesinde yönetim giderlerinin kira parasına dâhil olduğuna dair bir kayıt yoktur. Kaldı ki, yönetim giderinin miktarı her ay kiracıyı sorumlu tutacak şekilde belli bir oranda tesbit edilmemiştir. Kiracı borçlunun istenilen kira bedelini yasal süresi içinde ödemediği, alacaklının 5.7.1983 havale tarihli itirazın kaldırılması dilekçesinde kabul edilmiştir. Şu durumda kira parasının eklentisi niteliğinde olan yönetim gideri alacağının 30 günlük süre içinde ödenmediğinden bahisle ve yakıt gideri ile yönetim giderinin kira parasından sayılacağına Kat Mülkiyeti Kanununun hükmü gereği olduğu gerekçesi ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.”, **Y12HD**, 5.3.1984 T., 1983/12140 E., 1984/2389 K. (**Üstündağ**, s. 341, dipnot 137). Buna karşılık, “kiracı tarafından ödenmesi gereken belli ve muayyen yakıt gideri Yargıtay içtihatları ve uygulama uyarınca kira parasından sayılmaktadır”, **Y6HD**, 22.12.1988 T. (**Üstündağ**, s. 341, dipnot 137).

⁶⁹ **Kuru**, El Kitabı, s. 822; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 374; **Kuru**, Cilt 2, s. 1819.

leşmede açıkça yer almasa da tahliyeye karar verilmesi gerektiği yönündedir⁷⁰. Kanaatimizce Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra artık, yan giderlerin kiracı tarafından ödeneceği sözleşmede açıkça yer almasa da, bu alacaklar ödenmediğinden dolayı ilamsız tahliye takibi yapılabilmesi ve mahkeme de tahliyeye karar verebilmelidir. Çünkü İİK m. 269/1, önceki Borçlar Kanunu'nun 260 ve 288, yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu'nun 315 ve 362. maddelerine atıf yapmaktadır⁷¹. Bu maddelerde açıkça "yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse" ibaresi kullanılmaktadır. Bu durum şekli bir hukuk olan İcra ve İflas Hukuku'nda kıyas yapılmamasına da aykırılık oluşturmaz. Zira bu belirtilen doğrudan kanun maddesinden dolayıdır.

⁷⁰ "TBK'nın 314 ve 315.maddelerinde kiralananın kullanıma bağlı olarak kiracının temerrüdü düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 314.maddesindeki düzenlemeye göre kiracı aksine sözleşme ve yerel adet olmadıkça kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri her ayın sonunda ve en geç kira süresi bitiminde ödemekle yükümlüdür. TBK madde 315 uyarınca "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. 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." Sadece kira borcunu değil yan gideri de ödemeyen kiracının temerrüt nedeniyle tahliyesi istenebilir./ Taraflar arasındaki 15.11.2013 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin 3 maddesinde göre; "kiralananın elektrik, su, doğalgaz ve ısınma giderleri ile bunların bakım ve onarım giderleri ve çevre temizlik vergisi ve site ortak giderleri ve bahçe bakımı kiracıya aittir. Kiracı bu giderleri ödemekten kaçınamaz" düzenlemesi mevcuttur. Davacı alacaklı, 08.05.2015 tarihinde başlatmış olduğu tahliye istekli icra takibi ile 17.04.2015 ödeme tarihli 4500.00 - TL kira ve 17.04.2015 ödeme tarihli 250.00 -TL aidat alacağı ile 24.59 -TL işlemiş faizin davalıdan tahsilini istemiştir. Davalı borçluya ödeme emrinin 13.05.2015 tarihinde tebliğ edilmesinden sonra, davalı vekili süresinde yaptığı itirazında "müvekkilin herhangi bir borcu bulunmadığını asıl alacak, faize ve fer'ilerine itiraz ettiklerini" belirtmiş ve itirazından sonra alacaklı hesabına 15.05.2015 tarihinde 4.700.00TL ödemede bulunmuştur./ Davalı borçlu itirazında kira sözleşmesine ve takip konusu alacağın miktarına karşı çıkmadığından İİK.nın 269/2.maddesi gereğince takibe konu alacak miktarı kesinleşmiştir. Davalı borçlu icra takibine konu edilen borcu İİK.nın 269/c maddesinde sayılan belgelerden biri ile kanıtlamak zorundadır. Davalı borçlu ödeme emrinde tanınan yasal otuz günlük süre içerisinde davacı alacaklının banka hesabına 4.700.-TL ödemiş, TBK'nın 314 ve TBK'nın 315.maddesi gereğince ödemekle yükümlü olduğu giderlerden olan aidat bedelinin 50.-TL'sini ödemediği için temerrüt olgusu gerçekleşmiştir./ Mahkemece kiralananın tahliyesi ve ödenmeyen alacak yönünden itirazın kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir", **Y6HD**, 05.09.2016 T., 2015/11891 E., 5132 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017).

⁷¹ Diğer mevzuatta, bu Kanun veya Türk Borçlar Kanunuyla yürürlükten kaldırılmış ya da değiştirilmiş bulunan kanunların maddelerine yapılan yollamalar, o maddeleri karşılayan yeni hükümlere yapılmış sayılır. Bununla birlikte, bu Kanunun 1 inci maddesinin hükümleri saklıdır (6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 8).

Yukarıda açıklandığı gibi kira bedelini ödemeyen kiracıya karşı iki hükme göre tahliye davası açılabilir. Bunlar TBK m. 315 ve TBK m. 352/2' dir. TBK m. 315 kira sözleşmesi bölümünün genel hükümler ayrımında yer almaktadır ve yukarıda da belirtildiği gibi konut ve çatılı işyeri kiralalarında da uygulanır. TBK m. 352/2 isekira sözleşmesi bölümünün konut ve çatılı işyeri kiralaları ayrımında yer almaktadır ve sadece konut ve çatılı işyeri kiralaları hakkında uygulanır. Yukarıda bu iki hükmün farklarına değindik ama burada özet olarak şunu söyleyebiliriz: kiracı kira bedelini ödemezse, kiraya veren ona otuz günlük süre vermeyi içeren yazılı bir ihtar gönderir, bu süre içerisinde kiracı kira bedelini ödemezse kira sözleşmesi kendiliğinden feshedilmiş sayılır. Ancak kiracı bu süre içerisinde kira bedelini öderse kira sözleşmesi feshedilmez ve kiraya veren tahliye davası açamaz. Ancak bu durum sadece TBK m. 352/2'deki iki haklı ihtarlardan birisi olabilir⁷². Bu durumun sakıncalarını gidermek için ve devamlı kira bedelini geç ödeyen kiracıların, bu katlanılmaz durumlarından kiraya verenleri korumak için TBK m. 352/2, konut ve çatılı işyeri kiralaları için özel bir düzenleme getirmiştir. 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. 352/2). Kiracı ihtar üzerine kira bedelini ödese bile eğer iki haklı ihtar söz konusu ise kiraya veren tahliye davasını açabilir.

İcra ve İflas Kanunumuz, TBK m. 315' deki hükmün bir görümü olarak, 269 ve devamı maddelerinde özel düzenlemeler getirmiştir. Kira bedelini ödemeyen kiracıya karşı, kiraya veren isterse TBK m. 315' e göre ihtar çekip, ardından da dava açarak bu davadan alacağı ilamla kiracının kiralananından ilamlı

⁷² Ayrıntılı bilgi için bakınız, **Burcuoğlu**, s. 77 vd.

icra yoluyla tahliyesini sağlayabilir. İcra ve İflas Kanunumuz, kiraya verene alternatif bir imkân vermektedir. Kiraya veren, icra dairesi vasıtasıyla kiracıya TBK m. 315' deki ihtar yerine geçecek ihtarlı ödeme emri gönderebilir. Kiracı bu ödeme emrine itiraz etmezse veya itiraz edipte bu itirazı kaldırılırsa, kiraya veren icra mahkemesine başvurarak tahliye karar verilmesini ister ve bunun sonucu olarak icra dairesi tarafından kiracı zorla çıkartılır. Eğer kiracı İİK m. 269' a göre gönderilen ödeme emri üzerine kira bedelini öderse, icra takibi sonucu kiracı tahliye edilemez. Ancak bu ihtar TBK m. 352/2' deki iki ihtarlardan birisi yerine geçer. Şunu belirtmek gerekir ki, İİK m. 269 ve devamı hükümleri, sadece TBK m. 315 hükmünün takip hukukundaki özel bir düzenlemesidir⁷³. TBK m. 352/2' nin takip hukuku bakımından özel bir düzenlemesi yoktur. Sadece şu söz konusu olabilir: TBK m. 352/2 anlamındaki iki haklı ihtarlar, icra dairesi yoluyla gönderilebilir⁷⁴, bunun sonucunda bu iki haklı ihtarla kiraya veren sulh hukuk mahkemesinde TBK m. 352/2' ye dayalı tahliye davası açabilir⁷⁵. Davacının, icra mahkemesinden iki haklı ihtar nedeniyle tahliye ta-

⁷³ Doktrinde de zaten kira sözleşmesine ilişkin eserlerde, İİK m. 269 ve devamı hükümlerine daima, TBK m. 315' in anlatıldığı bölümlerde değinilmektedir. Bakınız, **Doğan**, s. 298-299; **Aral/ Ayrancı**, s. 323, dipnot 16; **Tandoğan**, s. 216, 219; **Gümüş**, s. 326; **Yavuz**, s. 517-518; **Eren**, s. 355; **Çınar**, s. 333. İcra ve iflas hukukuna ilişkin eserlerde ise, TBK m. 315 hükmü daima İİK m. 269 ve devamı hükümlerinin anlatıldığı bölümlerde değinilmektedir (**Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 427, dipnot 364; **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 340; **Üstündağ**, s. 341; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 371).

⁷⁴ **Doğan**, s. 200; **Aral/ Ayrancı**, s. 336; **Tandoğan**, s. 225; **Gümüş**, s. 344. **Y6HD**, 03.02.1993 T., 462 E., 1000 K.; **Y6HD**, 11.11.1992 T., 12398 E., 12894 K. (**Aral/ Ayrancı**, s. 336, dipnot 60); **Y6HD**, 02.04.1959 T., 1328 E., 2423 K.; **Y6HD**, 19.04.1971 T., 1560 E., 1860 K. (**Tandoğan**, s. 225, dipnot 118).

⁷⁵ “Davacı vekili, bu sözleşmeye dayanarak davalı hakkında T... 3. İcra Müdürlüğü'nün 2008/9720 sayılı takip dosyası ile 18.8.2008 tarihinde başlattığı tahliye istemli icra takibi ile Temmuz 2008 ayı kira bedeli 522.-YTL'nin tahsilini istemiş, ödeme emri davalıya 18.8.2008 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davalı takibe itirazında sözleşmedeki imzasını kabul etmiş, sözleşmenin davacı tarafından iradesine aykırı olarak doldurulduğunu belirtmiştir. Bu durumda davacı İİK.nun 269 maddesine göre İcra Mahkemesinden itirazın kaldırılması ve tahliye karar verilmesini isteyebileceği gibi, Sulh Hukuk Mahkemesinde tahliye davası da açabilir. Davacının seçimlik hakkını kullanarak genel hükümlere göre Sulh Hukuk Mahkemesinde dava açması halinde İİK.nun 269/b-4 maddesi hükmü gereğince ihtarlı ödeme emri BK.nun 260.maddesinde yazılı ihtar yerine geçer. Takibin itiraza uğraması Borçlar Kanunu'nun 260.maddesi gereğince Sulh Hukuk Mahkemesinden kiralananın temerrüt nedeniyle tahliyesinin istenmesine engel değildir. İhtarlı ödeme emri ihtarname yerine geçeceğinden bu şekilde dava açılmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır.... Davacı vekili, davalı hakkında, T... 2.

lep etmesi söz konusu olabilir. Bu durumda hâkim, nasıl bir karar vermelidir. Yargıtay'a göre, iki haklı ihtar nedeniyle tahliye konusunda görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir, bu yüzden icra mahkemesi görevsizlik kararı vermelidir⁷⁶. Ancak kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararında isabet yoktur. Burada ikili bir ayırım yapmak gerekir; ilk hal olarak eğer icra mahkemesinde iki haklı ihtar nedeniyle tahliye talep eden, kira bedelinin ödenmemesi hayat olayına dayanmışsa ve icra dosyasında kira bedelinin ödenmediği anlaşılıyorsa, davada görevsizlik kararı verilmemelidir. Çünkü HMK m. 33'e göre, hâkim, Türk hukukunu kendiliğinden uygular. Aynı hayat olayı, iki farklı hukuki sebebe dayanmıştır. Ancak hâkimin burada davacıya, HMK m. 31'e göre davayı aydınlatma yükümlülüğüne başvurarak, kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle tahliye mi yoksa iki haklı ihtar nedeniyle tahliye mi istediğini sormalıdır. Davacının

İcra Müdürlüğü'nün 2008/5348 sayılı takip dosyasından 6.6.2008 tarihinde başlattığı icra takibi ile aylık 300.-Euro'dan Temmuz 2007-Haziran 2008 arası aylar kira bedelini istemiş, davalı, 7.8.2008 tarihinde ödeme emrinin tebliğinden sonra kira borcunu ödemiştir. Bu ihtar haklıdır. Ayrıca yukarıda belirtildiği gibi davacı davalı hakkında, T... 3. İcra Müdürlüğü'nün 2008/9720 sayılı 18.8.2008 tarihinde başlattığı icra takibi ile Temmuz 2008 ayı kira bedelinin tahsilini istemiş, davalı takibe itiraz etmiş, ödeme emrinin tebliğinden önce kira borcunu ödemediştir. Bu ihtar da haklı olduğu gibi takibin itiraza uğraması iki haklı ihtar nedeniyle kiralananın tahliyesi istemesine engel değildir. İki haklı ihtar olgusu gerçekleşmiştir. Mahkemece, davanın kabulüne iki haklı ihtar nedeniyle de kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekirken, bu husus gözetilmeksizin yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı görülmüştür.", **Y6HD**, 15.06.2009 T., 2036 E., 5622 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.03.2017).

⁷⁶ "Davacı dava dilekçesinde davalı aleyhine başlatılan iki ayrı icra takibinden söz ederek, 26/06/2015 tarihinde biten kira döneminde, kira bedellerinin ödenmemesi sebebiyle iki haklı ihtar sebebiyle davalının kiralananın tahliyesini istemiştir. Davalı ödeme sebebiyle davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, dava dilekçesinde davaya dayanak yapılan İcra Müdürlüğü'nün 32015/23783 takip sayılı dosya içeriğine göre kesinleşen icra takibi sebebiyle, borcun ödenmediğinden bahisle kiralananın tahliyesine karar verilmiştir./ Davacının talebi Türk Borçlar Kanununun 352. maddesi gereğince iki haklı ihtar sebebiyle kiralananın tahliyesi istemidir. Bu talep özel yetkili icra mahkemesinde değil Sulh mahkemesinde açılıp, yürütülmesi gereken dava çeşididir. Bu durumda mahkemece H.U.M.K'nun 74(H.M.K) 26 maddesine göre hakim her iki tarafın iddia ve savunmalarıyla bağlı olup, başka bir şeye hüküm veremeyeceğinden görevsizlik kararı verilerek dosyanın görevli Sulh Mahkemesine gönderilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile talep dışı hususlarla ilgili karar verilmesi doğru değildir.", **Y6HD**, 01.12.2016 T., 2015/12615 E., 2016/5881 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.03.2017).

vereceği cevaba göre hareket etmelidir. İkinci durum olarak eğer davacı, kira bedelinin geç ödenmesi nedeniyle iki haklı ihtar hayat olayına dayanmışsa, ancak o zaman davada görevsizlik kararı verilmelidir.

Alacaklı takip talebinde, ödenmemiş olan kiranın Türk parası ile tutarını göstermelidir (İİK m. 58/3)⁷⁷. Kira alacağına faiz isteniyorsa faiz oranı ve faizin hangi tarihten işlemeye başladığı beyan edilmelidir. Sadece kira alacağının faizi de ilamsız icra yolu ile istenebilir. Ancak sadece kira alacağının faizi için ilamsız tahliye yoluna başvurulamaz⁷⁸.

Kiraya verenin, istediği kiranın hangi aya veya aylara ait olduğunu takip talebinde belirtmesi gerekir. Takip talebinde istenen kiranın hangi aya veya aylara ait olduğu belirtilmemişse, bu husus alacaklıya yani kiraya verene açıklattırılır⁷⁹. Yoksa bundan dolayı alacaklının itirazın kaldırılması ve tahliye talebi reddedilemez⁸⁰.

IV. KİRA SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE ÖDEME EMRİNE İTİRAZ, İTİRAZIN KALDIRILMASI VE TAHLİYE

A. GENEL OLARAK

Diğer takip yollarında olduğu gibi kiralanan taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesi de çeşitli aşamalardan oluşmaktadır. Bu ilamsız tahliye yolun-

⁷⁷ Takip talebinde alacağın belirli bir miktar olarak gösterilmesi gerekir. Bu miktar sonradan değiştirilemez. Örneğin, takipte gösterilen yıl ve aylardan başka bir döneme ait olan kira borcu da sonradan istenemez (**Keleş**, s. 80, 83).

⁷⁸ **Keleş**, s. 79. Anaparanın ihtirazi kayıt ileri sürmeden alınmış olması halinde faiz alacağı Borçlar Kanunu'nun 113/2 hükmü uyarına düşer (**Keleş**, s. 79-80).

⁷⁹ **Keleş**, s. 80-81; **Kuru**, El Kitabı, s. 822; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 371, dipnot 4; **Kuru**, Cilt 2, s. 1818; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 4148.

⁸⁰ **Kuru**, El Kitabı, s. 822; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 371, dipnot 4; **Kuru**, Cilt 2, s. 1818; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 4148.

da icra takibi aşamaları; takip talebi⁸¹, ödeme emri, ödeme emrine itiraz, itirazın kaldırılması ve tahliye (haciz ve tahliye). Takip talebi, ilamsız haciz yolundakinin (İİK m. 58) aynıdır. Kiraya veren alacaklı bununla ilk önce ödenmiş olan kiralari ister. İkinci olarak, kiraya veren tahliye isteğini de takip talebinde açıkça belirtir (İİK m. 269/1). Bununla, kiraya veren TBK m. 315' e göre sahip olduğu ihtarda bulunma hakkını icra dairesi kanalıyla kullanabilmektedir⁸².

Taşınmazın tahliyesinin sağlanabilmesi için, kiraya verenin, takip talebinde tahliye isteğini de açıkça beyan etmesi gerekir. Kiraya veren böyle bir talepte bulunmamışsa, icra dairesi⁸³ veya icra mahkemesi artık ihtarlı ödeme emrine ilişkin prosedürü izleyemez, yani icra müdürü borçluya İİK m. 269' a göre ödeme emri gönderemez ve göndermiş olsabile hem alacaklı, böyle bir ödeme emrine dayanarak taşınmazın tahliyesini isteyemez, hem de icra mahkemesi tahliyeye karar veremez⁸⁴. Demek oluyor ki, icra memur ve hâkimi, ala-

⁸¹ Kiraya veren, İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliğinin ekinde bulunan Örnek No: 1' de yer alan takip talebi doldurmalıdır. Takip talebinde, borçlu olarak kiracı veya birden fazla kiracı varsa bunların tümü gösterilmelidir. Çünkü kiracılar bakımından her ne kadar bir para borcu söz konusu olsa da, tahliye bölünmez olduğundan, tümüne karşı takip yapılması zorunludur. Yani birden fazla borçlu olması durumunda kiracılar bu takipte zorunlu takip arkadaşıdır (**Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 428-429; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 371, dipnot 2). Ayrıntılı bilgi için bakınız, **Keleş**, s. 38, 55-74. "Dosya münderecatına, tarafların iddia ve müdafaalarına, merci kararında yazılı gerektirici sebeplere göre sair temyiz itirazları yerinde değilse de BK.nun 69. maddesi gereğince borçlu, bölünebilen kira borcundan payına düşenle sorumludur. Akitte iki kiracı mevcut olup, bunlardan Cengiz hakkında takip yapılmamıştır. Mercice hakkında takip yapılan Murat'ın hissesine düşen 250.000 TL. üzerinden itirazın kaldırılması gerekirken tamamı üzerinden kaldırılması isabetsiz, olduğu gibi kiracılar arasında, mecburi dava arkadaşlığı olup bunlardan birisi hakkındaki takipte kiralananın tahliyesi istenemez. Zira kiralananın boşaltılması borcu bölünebilen borçlardan değildir. Bu duruma rağmen tahliye kararı verilmesi isabetsizdir.", **Y12HD**, 09.12.1982 T., 9039 E., 9255 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.03.2017). Aynı yönde, **Y12HD**, 07.12.1981 T., 7888 E., 9307 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.03.2017).

⁸² **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 340; **Üstündağ**, s. 341; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 371; **Keleş**, s. 84, 91; **Muşul**, s. 617.

⁸³ Yetkili icra dairesi hakkında bakınız, **Keleş**, s. 50-54.

⁸⁴ **Postacıoğlu**, s. 594, dipnot 1; **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 340, dipnot 6; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 429; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 371, dipnot 6; **Keleş**, s. 85, 91; **Erdoğan**, s. 431; **Kuru**, İstinaf Sistemine Göre, s. 357; **Kuru**, Cilt 2, s. 1824; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 291-292; **Karlı**, s. 740; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 4135; **Talih Uyar**, "Kiralanan Taşınmazların İlamsız İcra Yolu İle Tahliyelerinde "Takip Talebi", "İhtarlı Ödeme

caklının talebi ile bağlıdır⁸⁵. Eğer icra dairesi açıkça tahliye istemi olmamasına rağmen bu takip yolunu işletirse, şikâyet yoluna başvurulabilir⁸⁶.

Takip talebine, varsa yazılı kira sözleşmesi de eklenmelidir (İİK m. 58/3). Alacaklı, takip talebinde yazılı bir kira sözleşmesine dayandığında, kira sözleşmesini mutlaka takip talebine kira sözleşmesinin bir örneğini veya aslını eklemesinin zorunlu olup olmadığı ve bunun ödeme emriyle borçluya tebliğine gerek olup olmadığı doktrin ve uygulamada tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kira-ya veren alacaklı takip talebinde yazılı bir kira sözleşmesine dayandığında, kira sözleşmesinin aslını veya bir örneğini takip talebine eklemelidir ve ödeme emriyle borçluya gönderilmelidir⁸⁷. Diğer bir görüşe göre ise, kira sözleşmesinin bir örneği borçlu kiracıda olduğundan, ödeme emri ile birlikte borçluya tebliği gereksizdir. Alacaklı, takip talebinde kira sözleşmesini ibraz etmemiş, borçlu da

Emri” ve “Ödeme Emrine İtiraz Şekli ve Süresi”, İBD, C. 83, S. 4, Y. 2009, (ss.1805-1826), s. 1805. “Davacı alacaklı tarafından 19.11.2013 tarihinde başlatılan icra takibi ile düzenlenen takip taleplerinde tahliye istemi bulunmamaktadır. Tahliye istemi bulunmadığı halde icra müdürlüğünce borçluya ihtarlı ödeme emri tebliğ olunması alacaklıya tahliye açısından bir hak vermez. Bu nedenle açılan davada davacı-alacaklının tahliye istemi dinlenmez. Bu husus gözetilerek tahliye isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde tahliyeye karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”, Y6HD, 25.06.2015, 5545 E., 6452 K.; Y12HD, 25.01.2005 T., 2004/24266 E., 2005/982 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.03.2017). Benzer yöndeki karar: Y6HD, 22.10.2015, 8244 E., 8835 K. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı); Y12HD, 25.11.1988 T., 12046 E., 14305 K. (YKD 1989/6, s. 845); YİİD, 20.11.1962 T., 12266 E., 12849 K.; YİİD, 23.02.1961 T., 1070 E., 2079 K. (Kuru, Cilt I İcra Hukuku, s. 340, dipnot 6; Üstündağ, s. 342, dipnot 138); Y12HD, 29.03.1988 T., 1987/6563 E., 1988/3921 K.; Y12HD, 11.04.2002 T., 6213 E., 7614 K.; Y6HD, 24.12.1991 T., 161016 E., 16416 K.; Y6HD, 03.04.2003 T., 2026 E., 2167 K. (Keleş, s. 85, dipnot 285); YİİD, 13.11.1952 T., 4494 E., 4703 K. (Senai Olgaç/ Haydar Köymen, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk İcra ve İflas Kanunu, 2. Baskı, İstanbul 1965, s. 1210). Sulh hukuk mahkemesinde dava açarsa, ihtar söz konusu olmayacağı için tahliyeye karar verilemez (Postacıoğlu, s. 594, dipnot 1).

⁸⁵ Üstündağ, s. 342; Keleş, s. 85; Karşlı, s. 740; benzer şekilde Kuru, Cilt I İcra Hukuku, s. 340, dipnot 6. “Kaldığı davalı aleyhine başlatılan icra takibi haciz istekli olup takip taleplerinde tahliye istemi bulunmamaktadır. HMK.nun 26/1. Maddesi gereğince Hakim taleple bağlıdır. Talepten fazlasına veya başka bir şeye hükmedemez. Mahkemece davanın açıklanan niteliğine göre bir karar verilmesi gerekirken talep dışına çıkılarak yazılı şekilde tahliyeye karar verilmesi doğru değildir.”, Y6HD, 20.10.2015, 8132 E., 8703 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017).

⁸⁶ Pekantez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 429.

⁸⁷ Keleş, s. 88; Kuru, İstinaf Sistemine Göre, s. 355; Kuru, Cilt 2, s. 1826; Karşlı, s. 740; Uyar/ Uyar/ Uyar, s. 4136; Uyar, *Takip Talebi*, s. 1806.

itirazında kira sözleşmesini inkâr etmiş ise bu durum, alacaklının itirazın kaldırılması ile birlikte imzası noterden onaylı kira sözleşmesi ibraz ederek itirazın kaldırılmasını sağlamaya engel değildir⁸⁸. Bu konuda Yargıtay'ın ikinci görüşle aynı yönde kararları mevcuttur⁸⁹. Kanaatimizce ilk görüşe katılmak daha uygun olacaktır. Zira İİK m. 269/d'nin İİK m. 58' e atıf yapmaması bu maddenin uygulanmamasını gerektirmez. Kira sözleşmesine itirazın önemi dolayısıyla bu takiplerde de İİK m. 58/3' ün kıyasen uygulanması yerinde olur.

Ancak yukarıda bahsettiğimiz gibi bu yola başvurabilmesi için alacaklının elinde yazılı kira sözleşmesinin bulunması gerekli değildir⁹⁰. Kiraya veren sözlü bir kira sözleşmesine dayandığını takip talebine yazmak suretiyle takip yapabilir. Bu halde icra memuru kiracı olan borçluya ihtarlı ödeme emri göndermek zorundadır⁹¹. Kiraya veren yazılı kira sözleşmesi olmasa da bu yola gidebilir. Kiracı, ödeme emrine itirazında kira sözleşmesini açık ve kesin olarak inkâr etmezse, kira sözleşmesini kabul etmiş sayılır (İİK m. 269/2) ve kiraya veren takibi devam edebilir. Ancak kiracı itirazında kira sözleşmesini inkâr ederse, kiraya veren icra takibine devam edemez, sulh hukuk mahkemesinde dava açmalıdır (İİK m. 269/b/4,5)⁹². Bu konu ayrıntılı olarak aşağıda incelenecektir. Şunu belirtmek gerekir ki, alacaklı kiraya veren sözlü kira sözleşmesine dayandığını takip talebine yazdıktan sonra icra mahkemesinde kira sözleşmesinin yazılı olduğunu ileri süremez; fakat alacaklı kiraya veren, borçlu kiracı ile

⁸⁸ Postacıoğlu, s. 595; Uyar/ Uyar/ Uyar, s. 4136; Uyar, *Takip Talebi*, s. 1807.

⁸⁹ Y12HD, 04.03.2005 T., 745 E., 4510 K.; Y12HD, 01.03.2005 T., 690 E., 3978 K.; Y12HD, 27.09.2001 T., 13575 E., 14862 K. (Keleş, s. 88-89, dipnot 302; Uyar, *Takip Talebi*, s. 1807).

⁹⁰ Pekcamtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 429; Kuru, Cilt I İcra Hukuku, s. 340; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 372; Keleş, s. 88-89; Kuru, İstinaf Sistemine Göre, s. 357; Berkin, İflas Hukuku, s. 480.

⁹¹ Keleş, s. 87. Göndermezse İİK m. 16 ve devamı hükümlerine göre kiraya veren süresiz şikâyet yoluna gidebilir.

⁹² Kuru, Cilt I İcra Hukuku, s. 340-341; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 371; Keleş, s. 87.

arasında sözlü bir kira sözleşmesi bulunduğunu icra mahkemesinde başka bir belge ile ispatlayabilir⁹³.

Kiraya veren alacaklının takip talebini alan icra dairesi, tahliye talebini de içeren bir ödeme emri⁹⁴ düzenleyerek kiracı borçluya gönderir (İİK m. 269⁹⁵, İİK m. 35⁹⁶). Burada da borçluya icra dairesince bir ödeme emri gönderilmekle birlikte, bu ödeme emri genel haciz yoluyla takipteki ödeme emrinden farklıdır (İİK ek örnek no: 13⁹⁷). Ödeme emri, diğer ödeme emirlerinde olduğu gibi iki kısımdan oluşur: takip talebindeki kayıtlar yanında, ihtar kısmı yer alır.

⁹³ **Kuru**, Cilt 2, s. 1827; **Keleş**, s. 87-88.

⁹⁴ Takip talebini alan icra dairesi, borçluya İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliğinin ekinde bulunan Örnek No: 13' de yer alan ödeme emrini gönderir. Bu ödeme emrinde yer alacak kayıtlar hakkında ayrıca bakınız: İİK m. 35.

⁹⁵ **İİK m. 269**: Takip adi kiralara veya hasılat kiralalarına mütedair olur ve alacaklı da talep ederse ödeme emri, Borçlar Kanununun 260 ve 288 inci maddelerinde yazılı ihtar ve kanuni müddet geçtikten sonra icra mahkemesinden borçlunun kiralanan şeyden çıkarılması istenebileceği tebliğini ihtiva eder (f.1). Bu tebliğ üzerine borçlu, yedi gün içinde, itiraz sebeplerini 62 nci madde hükümleri dâhilinde icra dairesine bildirmeye mecburdur. Borçlu itirazında, kira akdini ve varsa buna ait mukavelenamedeki imzasını açık ve kesin olarak reddetmezse, akdi kabul etmiş sayılır (f.2). İtiraz takibi durdurur. İtirazın tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılmasını istemiyen alacaklı, bir daha aynı alacaktan dolayı ilamsız icra yoluyla takip yapamaz (f.3). Borçlar Kanununun 260 ıncı maddesinin kiralayana altı günlük mühletin hitamında akdi feshe müsaade ettiği hallerde itiraz müddeti üç gündür (f.4).

⁹⁶ **İİK m. 35**: Adı kira ve hasılat kiralalarına ilişkin takipte ödeme emri: Ödeme emrine; a) 20 nci maddedeki kayıtlar, b) Alacaklı ayrıca talep ettiğinde 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 260 ve 288 inci maddelerinde yazılı ihtar, c) Ödeme emrine yedi gün içinde itiraz edilebileceği ancak 818 sayılı Kanunun 260 ıncı maddesinin kiralayana altı günlük mühlet sonunda fesih hakkı tanıdığı durumda itiraz müddetinin üç gün olduğu, d) Kira sözleşmesini veya varsa sözleşmedeki imzasını açık ve kesin olarak reddetmezse, sözleşmeyi kabul etmiş sayılacağı, e) (c) bendindeki süreler içinde İcra ve İflas Kanununun 62 nci maddesi hükmü çerçevesinde borca itiraz edilmez ve 818 sayılı Kanunun 260 ve 288 inci maddelerinde yazılı süre içinde borç ödeme emrinde yazılı olan icra dairesine ait banka hesabına yatırılmazsa, kesinleşen kira alacağı için alacaklının haciz talep edebileceği ve icra mahkemesinden borçlunun kiralanan şeyden çıkarılmasını isteyebileceği, yazılır.

⁹⁷ **Ödeme emrinin ihtar kısmı**: Yukarıda yazılı borcu işbu ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren gün içinde ödeme emrinde yazılı olan icra dairesine ait banka hesabına yatırmanız; borcun bir kısmına veya tamamına veya alacaklının takibine karşı bir itirazınız varsa, yine bu ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren gün içinde açıkça ve sebepleri ile birlikte İcra ve İflas Kanununun 62 nci maddesi hükmü gereğince dilekçe ile veya sözlü olarak icra dairesine bildirmeniz; kira aktini ve sözleşmedeki imzanızı kesin ve açık olarak reddetmediğiniz takdirde, akdi kabul etmiş sayılacağımız; yukarıdaki süreler içinde borcu ödemeniz veya itiraz etmezseniz, alacaklının icra mahkemesinden tahliyenizi isteyebileceği ve kesinleşen kira alacağından dolayı da haciz talep edilebileceği ihtar olunur.

Buna göre, borçluya, takip konusu borcu⁹⁸ ödeme emrinin tebliğinden itibaren Türk Borçlar Kanunu'ndaki sürede (adi kiralarda on, konut ve çatılı işyeri kiralarında otuz ve ürün kiralarında almış gün) ödemesi⁹⁹, borcunun bir kısmına veya tamamına ya da alacaklının takibine karşı bir itirazı varsa, ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde sebepleri ile birlikte İİK m. 62 gereğince dilekçe ile veya sözlü olarak icra dairesine bildirmesi, kira sözleşmesini ve sözleşmedeki imzayı kesin ve açık olarak reddetmediği takdirde, akdi kabul etmiş sayılacağı, belirtilen süreler içinde borcu ödemez veya itiraz etmezse, alacaklının icra mahkemesinden tahliyeyi ve kesinleşen kira alacağından dolayı da haciz talep edebileceği ihtar olunur¹⁰⁰. Kanun, genel ve kambiyo senetlerine mah-

⁹⁸ "Alacaklı takip taleplerinde yabancı para alacağı üzerinden olan kira parasının Türk Lirası karşılığını "harca esas değer" adı altında ve İİK.nun 58/3. maddesi hükmü gereğince göstermiş ise de, İİK.nun 60. maddesi uyarınca borçluya gönderilen ödeme emrinde bu kurala uyulmamıştır. Dairemizin süreklilik arzeden içtihatlarında da açıklandığı üzere bu noksanlık kamu düzeni ve Devletin hükümranlık hakları ile ilgili olup takibin her safhasında doğrudan doğruya gözönünde tutulmalıdır. (H.G.K.nun 12.5.1999 tarih, 99/12-271 esas, 99/301 karar sayılı kararı) O halde usulüne uygun olarak gönderilmiş bir ödeme emri ile kira parası alacağının istenmesi söz konusu olmadığından ve borçlunun temerrüdünün oluştuğu kabul edilemeyeceğinden tahliye kararı verilmesi isabetsiz olduğu gibi, ayrıca kabule göre de alacaklının itirazın kaldırılması istemi bulunmadığı halde talep aşılarak bu konuda da hüküm tesisi yasaya aykırı bulunmuştur.", **Y12HD**, 27.12.2001 T., 21087 E., 22077 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017).

⁹⁹ Ödeme emrine ödeme süresi yazılmamışsa yani boş bırakılmışsa, kiraya veren icra mahkemesinden tahliye isteyemez. Bunun gibi, ödeme emrinde ödeme süresinin yanlış gösterilmesi halinde de, kiraya veren tahliye isteyemez (**Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 372, dipnot 8; **Kuru**, Cilt 2, s. 1833). "İhtar süresinin ödeme emrinde 30 gün gösterilmesi gerekirken, 7 gün olarak gösterildiği cihetle temerrütten söz edilemeyeceği nazara alınmadan tahliye kararı verilmesi isabetsiz, temyiz itirazları yerinde görüldüğünden merci kararının İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 27.10.1986 gününde oybirliğiyle karar verildi.", **Y12HD**, 27.10.1986 T., 49 E., 11127 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017). Aynı yönde, **Y12HD**, 12.01.1994 T., 16361 E., 158 K.; **Y12HD**, 22.01.1997 T., 15940 E., 321 K.; **Y12HD**, 19.10.1993 T., 12735 E., 15791 K. (**Keleş**, s. 100, dipnot 336); **YİİD**, 14.10.1952 T., 3995 E., 4104 K.; **YİİD**, 26.03.1946 T., 873 E., 1398 K. (**Olgaç/ Köymen**, s. 1206-1207. "İİK nun 269/1. maddesi yollaması ile uygulanması gereken Türk Borçlar Kanununun 315. maddesinde yer alan yasal otuz günlük ödeme süresinin ödeme emrinde açıkça yazılması zorunlu olup, dipnotta yazılı olması ödeme emrinin yasaya uygun şekilde düzenlendiği anlamına gelmez. Yasal koşulları içermeyen ödeme emri hukuki sonuç doğurmayaacağından bu ödeme emrine bağlı olarak tahliye kararı verilemez. Bu nedenle istemin reddine karar vermek gerekirken, tahliyeye karar verilmesi doğru değildir.", **Y6HD**, 04.06.2015 T., 4365 E., 5530 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017).

¹⁰⁰ **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 341; **Pekantez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 430; **Üstündağ**, s. 342; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 372; **Keleş**, s. 92 vd.; **Muşul**, s. 617; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 292; **Karlı**, s. 740; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 4150. Kendisine tahliye ihtarını

sus haciz yoluyla takiplerden farklı olarak bu ödeme emrinde, borçluya mal beyanında bulunması ihtarı düzenlenmemiştir¹⁰¹.

Ödeme emrini alan borçlunun davranışları farklı olabilir. Ödeme emrine itiraz etmez ve süresi içinde¹⁰² borcu öderse¹⁰³ takip son bulur¹⁰⁴, kiracının tahliyesi istenemez¹⁰⁵. Borçlunun, kira bedelini ödemiş olması fakat icra masraflarını yatırmamış olması, aynı şekilde faiz¹⁰⁶ ve avukatlık ücretinin süresinde

içeren ödeme emri tebliği edilmemiş olan borçlunun, icra mahkemesinden tahliyesi istenemez (**Kuru**, Cilt 2, s. 1836). Aynı yönde kararlar, **Y12HD**, 19.10.1981 T., 6706 E., 7581 K.; **Y12HD**, 23.01.1989 T., 5112 E., 681 K. (**Kuru**, Cilt 2, s. 1836).

¹⁰¹ **Pekcamtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 430; **Keleş**, s. 107; **Kuru**, Cilt 2, s. 1837. Mal beyanında bulunmadığı gerekçesiyle mahkumiyet kararı verilmez, **Y8CD**, 15.03.1988 T., 1295 E., 353 K. (**Kuru**, Cilt 2, s. 1837).

¹⁰² “Taraflar arasındaki "itirazın kaldırılması ve tahliye" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Erdemli İcra Tetkik Mercii Hâkimliğince davanın kabulüne dair verilen 27.9.1995 gün ve 1995/49-47 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 8.4.1996 gün ve 1996/4584-4824 sayılı ilamı "... Sair karar düzeltme istemi yerinde değilse de, borçluya 51 nolu ödeme emri 15.6.1995 tarihinde tebliğ edilmiş olup borç tutarı 17.7.1995 tarihinde icra veznesine yatırılmıştır. Ödeme emrinin tebliğ tarihine göre 30 günlük ödeme süresinin bitim tarihi 15.7.1995 olup, sözü edilen gün tatile rastladığından İİK.nun 19. maddesi uyarınca tatili takip eden çalışma günü 17.7.1995 tarihinde yapılan ödeme yasal süresindedir. Bu nedenlerle temerrütü oluşmadığından mercii hakimliğince tahliye kararı verilmesi isabetsizdir. Kararın bu sebepten ötürü de bozulması gerekirken zuhulen evvelki bozma kararında bu hususa değinilmediğinden, borçlunun karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir..."”, **YHGK**, 21.05.1997 T., 12-226 E., 457 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017). Aynı yönde, **Y12HD**, 29.02.1984 T., 1983/12548 E., 1984/2214 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017); **Y12HD**, 14.03.1991 T., 13931 E., 3206 K. (**Keleş**, s. 215-216). **Kuru**’ da bu yönde görüş bildirmiştir (**Kuru**, Cilt 2, s. 1833). Aksi yönde, **Y6HD**, 13.06.1984 (**Üstündağ**, s. 342, dipnot 139a).

¹⁰³ “Takip konusu aylara ait kira bedellerinin takip tarihinden evvel PTT aracılığı ile ve konutta teslim kaydı ile gönderildiği ihtilafsızdır. Ancak bu paranın alacaklı tarafından kabul edilmemesi üzerine borçlu bu defa tediye mahalli kararı uyarınca ve süresinde kira paralarını tediye etmiştir. Borcun mutlaka icra dosyasına yatırılmak suretiyle ödeneceğini emreden bir yasa kuralı yoktur. Olayda, borçlunun temerrüdünden bahse imkân bulunmadığı halde aksine görüşle tahliye kararı verilmesi isabetsizdir.”, **Y12HD**, 26.03.1984 T., 663 E., 3539 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017). Aynı yönde, **Y12HD**, 09.11.1983 T. (**Üstündağ**, s. 343, dipnot 141a).

¹⁰⁴ **Kuru**, Cilt 2, s. 1840, 1847; **Pekcamtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 433; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 373; **Karlı**, s. 741.

¹⁰⁵ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 373; **Keleş**, s. 110; **Kuru**, Cilt 2, s. 1840, 1847.

¹⁰⁶ “Borçlu süresinde kira borcunu ödemediğine ve alacaklının faiz vesair giderler yönünden takibini devam ettirmekte muhtar bulunduğu düşünülmezsizin bunların ödenmediğinden bahisle tahliye kararı verilmesi isabetsizdir.”, **Y12HD**, 21.10.1975 T. (**Üstündağ**, s. 341, dipnot 137).

ödenmemesi¹⁰⁷ tahliye sebebi teşkil etmez¹⁰⁸. Ama bunlar için haciz yapılmasına bir engel yoktur¹⁰⁹.

Şayet borçlu kiracı itiraz etmez, ihtar müddeti içinde kira borcunu da ödemezse, kiraya veren alacaklı ihtar müddetinin bitim tarihini takip eden altı ay içinde¹¹⁰ icra mahkemesince¹¹¹ tahliye karar verilmesini isteyebilir (İİK m. 269/a)¹¹². Ödeme emrine itiraz edilmemiş olması sebebiyle borçlunun kiracılık sıfatının sübut bulması yeterli bir şart değildir. Zira ödeme emrinin itirazsız kalması, takibin dayanağı olan kira sözleşmesinin borçludan sadır sayılmasını gerektirmekle beraber, bu durum ödeme emrinin kendiliğinden icra kabiliyeti kazanmasına yol açmamakta, belki bunun için alacaklının İİK m. 269/a uyarın-

¹⁰⁷ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 374; **Kuru**, Cilt 2, s. 1847.

¹⁰⁸ **Kuru**, Cilt 2, s. 1847; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 374. “Borçludan, 20.000 lira kira alacağı istenilmektedir. İtiraz süresi içerisinde 21.400 lira yatırılmıştır. Borçlunun icra masraflarını yatırmamış olması tahliye sebebi teşkil etmez. Alacaklı kira parası dışında kalan sair takip kısmını yürütmeye imkânına sahiptir. Olayda borçlunun temerrüdünden bahsedilemeyeceği halde tahliye kararı verilmesi isabetsizdir.”, **Y12HD**, 12.04.1983 T., 1759 E., 2854 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017). Aynı yönde, **Y12HD**, 16.10.1978 T., 8038 E., 8183 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017; **Üstündağ**, s. 341, dipnot 137); **Y12HD**, 21.10.1975 T. (**Üstündağ**, s. 341, dipnot 137).

¹⁰⁹ **Kuru**, Cilt 2, s. 1848; **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 341. “Takibe konu kira paralarının ödendiği gerekçesi ile itirazın kaldırılması davasının reddine karar verilmiş olması, asıl alacak yönünden doğru ise de, alacağın ferileri yönünden verilen red kararı yerinde değildir. 4.11.2014 tarihli ödeme takipten sonra davadan önce yapılmakla icra takibinin ferileri yönünden itirazın kaldırılmasına karar verilmesi gerekir. Mahkemece, takip tarihinden sonra yapılan ödeme nazara alınarak icra takibinin ferileri yönünden itirazın kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın tümünden reddine karar verilmesi doğru değildir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017). Aynı yönde, **Y6HD**, 16.05.2016 T., 2015/10732 E., 2016/3944 K. **Y12HD**, 21.10.1975 T. (**Üstündağ**, s. 341, dipnot 137).

¹¹⁰ Bu süre sınırı 4949 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilmiştir. Bu değişiklikten önceki durum hakkında ayrıntılı bilgiler için bakınız, **Kuru**, Cilt 2, s. 1851-1852.

¹¹¹ Yetkili icra mahkemesi, ilamsız tahliye takibinin yapıldığı icra dairesinin tabi bulunduğu yani o yerdeki icra mahkemesidir (**Kuru**, Cilt 2, s. 1852).

¹¹² **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 373; **Kuru**, Cilt 2, s. 1849. İcra mahkemesinin, alacaklı ile borçlu arasında bir kira sözleşmesi olup olmadığını araştırmasına gerek yoktur. Çünkü borçlu kira sözleşmesine itiraz etmemekle kira sözleşmesine kabul etmiş sayılmaktadır (İİK m. 269/2). Borçlu, icra mahkemesinde kirayı daha önce ödemediğini de iddia edemez ve bu iddiası dinlenmez. Zira, borca itiraz etmemekle, bu husus da kesinleşmiştir (**Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 342, dipnot 12; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 373-374, dipnot 12; **Kuru**, Cilt 2, s. 1852). Ancak Yargıtay karşı görüştedir, **YHGK**, 15.02.1984 T., 12/753-103 (**Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 373-374, dipnot 12).

ca tahliye karar verilmesini icra mahkemesinden istemesi gerekmektedir¹¹³. Tahliyenin borçlu için ifade ettiği ağır müeyyidenin gelişi güzel uygulanmasına imkân bırakmamak için ödeme emrinin gerekli kayıtları içerip içermediğinin icra mahkemesince kendiliğinden araştırılması ve bu suretle ihtarın usulüne uygun gönderilmiş olup olmadığının icra mahkemesinin süzgecinden ve denetiminden geçmesi gerekir¹¹⁴.

Aynı zamanda kiraya veren kira alacağı için borçlunun mallarının haczedilmesini isteyebilir (İİK m. 78 vd.)¹¹⁵. Otuz günlük süre içerisinde parayı ödemeyerek temerrüde düşen kiracının sonradan parayı ödemesi¹¹⁶ veya cebri icra yolu ile paranın kendisinden tahsili İİK m. 269 hükmü uyarınca kiralanan-dan boşaltılmasına engel değildir¹¹⁷.

Kiraya veren, otuz günlük ihtarla ödeme müddeti sona ermeden yani borçlunun temerrüdü sabit olmadan icra mahkemesinden tahliye isteyemez¹¹⁸, istese bile icra mahkemesi kiracının tahliyesine karar veremez¹¹⁹. Aynı zamanda

¹¹³ Postacıoğlu, s. 597, 601.

¹¹⁴ Postacıoğlu, s. 601.

¹¹⁵ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 373; Kuru, Cilt 2, s. 1849. Kiraya veren, aynı anda bu iki yola da başvurabilir; alacaklının bu yollardan birine başvurmuş olması, diğer yoldan vazgeçtiği anlamına gelmez (Kuru, Cilt 2, s. 1849).

¹¹⁶ Kiracının süresi geçtikten sonra kira borcunu ve ferilerini ödemesi, sadece haczi engeller (Kuru, Cilt 2, s. 1849).

¹¹⁷ Postacıoğlu, s. 598, dipnot 6; Üstündağ, s. 342; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 373, dipnot 11; Keleş, s. 109; Kuru, Cilt 2, s. 1849. YİİD, 20.06.1963 T., 7346 E., 7376 K. (Olgaç/ Köymen, s. 1209; Kuru, Cilt I İcra Hukuku, s. 344, dipnot 11; Postacıoğlu, s. 598, dipnot 6).

¹¹⁸ Üstündağ, s. 342; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 373, dipnot 10; Keleş, s. 215; Kuru, Cilt 2, s. 1840, 1850. "Otuz günlük ihtarla ödeme müddeti sona ermeden yani borçlunun temerrüdü sabit olmadan merciden tahliye istenemez", YİİD, 05.12.1963 T., 12743 E., 12817 K. (Olgaç/ Köymen, s. 1208; Kuru, Cilt I İcra Hukuku, s. 342, dipnot 9). Aynı yönde, Y6HD, 17.11.2005 T., 8462 E., 10483 K.; Y6HD, 01.03.2004 T., 1010 E., 1281 K.; Y12HD, 19.12.1988 T., 4005 E., 15606 K.; Y12HD, 28.02.1984 T., 1983/12255 E., 1984/2129 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017).

¹¹⁹ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 373, dipnot 10; Keleş, s. 215; Kuru, Cilt 2, s. 1840, 1850. Y6HD, 17.02.2004 T., 725 E., 842 K.; Y6HD, 17.03.2004 T., 1678 E., 1851 K.; Y12HD, 17.12.1997 T., 13686 E., 14150 K.; Y6HD, 07.05.2003 T., 2862 E., 3029 K.; Y6HD, 07.05.2003 T., 3131 E., 3207 K.; Y6HD, 11.11.2002 T., 6977 E., 134 K.; Y12HD, 01.02.2000 T., 255 E., 1315 K. (Keleş, s. 215-216, dipnot 624). Tahliye talebinin süresinden önce yapıldığından dolayı red-dine ilişkin icra mahkemesi kararı, sadece tahliye talebinin süresinden önce yapılmış olduğu-

kira alacağı için haciz istenebilmesi için otuz günlük ödeme süresinin geçmesi gerekir (İİK m. 35/1-e)¹²⁰. Süresinde tahliye talebinde bulunmayan alacaklı, bir daha aynı alacak için ilamsız tahliye talebinde bulunamaz. Bulunursa, icra mahkemesinde borçlu derdest bir takibin bulunduğunu ileri sürebilir. Bu durumda, talep de reddedilir. Tahliye talebi süresini kaçıran alacaklının borca süresinde itiraz ve ödeme olmadığı için takip kira alacağı yönünden kesinleştiğinden, bu alacağın tahsili için icra dairesinden borçlunun mallarının haczini ve sonrada satışını talep edebilir¹²¹.

Kira sözleşmesinin varlığı, itiraz edilmemiş olmak sebebiyle gerçekleşmesi halinde; alacaklı icra mahkemesinden tahliye talep ettiğinde; icra mahkemesi, tahliyeye karar verebilmek için bazı şekli şartları kendiliğinden incelemek zorundadır. Bunlardan biri, borçluya kira bedelinin ödemedeki temerrüdü sebebiyle gönderilmiş olan ihtarlı ödeme emrinin kanuni şartları taşıyıp taşımadığıdır. Diğerisi ise, ödeme emrinde yer alan otuz günlük süre içinde takip konusu kira bedelinin ödenip ödenmediğinin tespitidir¹²². İcra mahkemesinde yapılacak yargılamada taraflar çağrılarak ve basit yargılama usulüne göre inceleme yapılarak karar verilir (İİK m. 269/d atfı gereğince İİK m. 70 ve 19)¹²³.

Kiracı borçlu, ödeme emrini aldıktan sonra itiraz etmek isterse, bunu ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün¹²⁴ içinde, icra dairesine¹²⁵ dilekçe

nu ve bu nedenle tahliye talebi hakkının doğmadığı hakkında kesin hüküm teşkil eder. Bu nedenle, ödeme süresinin bitmesinden sonra yapılan yeni tahliye talebinin incelenmesine engel teşkil etmez (**Kuru**, Cilt 2, s. 1851). Bu durumu dava şartları yokluğu nedeniyle usulden reddildikten sonra, bu dava şartları tamamlanıp tekrar açılan davalara benzetebiliriz.

¹²⁰ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 373; **Keleş**, s. 220.

¹²¹ **Keleş**, s. 220.

¹²² Kira borcunun ödendiğinin ispatı hakkında ayrıntılı bilgiler için bakınız, **Keleş**, s. 249-276.

¹²³ **Üstündağ**, s. 346-347. Aynı şekilde, **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 373-374; **Keleş**, s. 221 vd; **Kuru**, Cilt 2, s. 1854, 1862; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 293.

¹²⁴ 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak altı ay veya daha fazla müddetli kiralarda otuz günlük, daha az müddetli kiralarda altı günlük önel verilmesi ayrımını terk etmiş, 315. maddenin 2. fıkrasında kiracıya verilecek sürenin en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise en az otuz gün olacağını; ürün kirasına ilişkin 362. madde ise en az altmış günlük bir önel verilmesi gerekti-

ile veya sözlü olarak bildirmelidir¹²⁶. İtiraz genel haciz yoluyla takip hükümlerine göre (İİK m. 269/1, 62) yapılır. Kiracının itirazı, kira sözleşmesine ilişkin olabileceği gibi, kira sözleşmesi dışında bir sebebe de dayanabilir¹²⁷. İtiraz kira sözleşmesine ilişkinse, bu durumda kiracı kira sözleşmesinin varlığını tamamen inkâr edecektir. Kiracı, kira sözleşmesini ve varsa yazılı kira sözleşmesindeki imzasını inkâr etmek istiyorsa, bunu açık ve kesin olarak yapmalıdır; aksi halde kira sözleşmesini kabul etmiş sayılır (İİK m. 269/2). İtiraz takibi durdurur (İİK m. 269/3). Borçlu kiracı süresi içinde itiraz etmişse, bu itirazın kira sözleşmesine ilişkin olması halindeki prosedürü İİK m. 269/b; kira sözleşmesi dışındaki itirazlar bakımından uygulanacak prosedürü ise İİK m. 269/c düzenlemiş bulunmaktadır¹²⁸. İnceleme konumuz sadece kira sözleşmesine yönelik itiraz ve bu itirazın kaldırılması ve tahliyedir (İİK m. 269/b). Bu yüzden kira sözleşmesi dışındaki itirazlar ve bu itirazların kaldırılması ve tahliye (İİK m. 269/c) çalışmamızda incelenmeyecektir.

B) KİRA SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE ÖDEME EMRİNE İTİRAZ

1) Türk Borçlar Kanunu' na Göre Kira Sözleşmesinin Şekli

Türk Borçlar Kanunu, kira sözleşmesinin şekline ilişkin bir hüküm getirmemiştir. Bu durum karşısında, TBK m. 12 uyarınca kira sözleşmesinin ge-

ğini düzenlemiştir (**Hakan Pekcanitez/ Mine Akkan/ Evrim Erişir**, İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 231, dipnot 188). Dolayısıyla artık İİK m. 269/4 hükmünün uygulanma imkânı kalmamıştır.

¹²⁵ Ödeme emrine itirazın icra dairesi yerine icra mahkemesine yapılması halinde bu itiraz icra mahkemesi tarafından reddedilir. Bu halde borçlu kiracı, ödeme emrine itirazda bulunmamış sayılır (**Kuru**, Cilt 2, s. 1839-1840; **Keleş**, s. 289). **Y12HD**, 14.01.2002 T., 21606 E., 101 K. (**Keleş**, s. 289, dipnot 824).

¹²⁶ İİK m. 269/d' nin İİK m. 65' e açık atfı dolayısıyla, gecikmiş itiraz yoluna başvurulabilir (**Kuru**, Cilt 2, s. 1877).

¹²⁷ **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 341; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 430-431; **Üstündağ**, s. 343; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 374; **Keleş**, s. 287, 295; **Kuru**, Cilt 2, s. 1874; **Postacıoğlu**, s. 604.

¹²⁸ **Üstündağ**, s. 343; **Keleş**, s. 295; **Karlı**, s. 742; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 4158.

çerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Kira sözleşmesi açık bir irade beyanı ile yapılabileceği gibi, örtülü irade beyanı ile de yapılabilir¹²⁹. Taraflar kira sözleşmesini sözlü yapabilecekleri gibi yazılı veya resmi şekilde de yapabilirler. Bununla birlikte uygulamada taraflar sözleşmeyi genel olarak yazılı şekilde yapmakta, özellikle de bu konuda önceden basılmış kira kontratları kullanılmaktadır¹³⁰.

Taşınmaz kira sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh edilmesi mümkündür. Gerçekten, TBK m. 312' ye göre taşınmaz kiralalarında, sözleşmeyle kiracının kiracılık hakkının tapu siciline şerhi kararlaştırılabilir. Ancak, bunun için her şeyden önce taşınmazın tapuya kayıtlı bir taşınmaz olması gerekir. Ayrıca taraflar yazılı bir şerh anlaşması yapmış olmalıdırlar. Zira kiranın tapu kütüğüne şerh edilmesi, ancak yazılı bir belgeye dayanması halinde mümkündür (Tapu Sicil Tüzüğü¹³¹ m. 47/1-ç)¹³². Tapuya şerh verdirecekleri kira sözleşmesini taraflar noterde de yaptırabilirler. Bu durumda Noterlik Kanunu¹³³ uyarınca noterin düzenleme şeklinde bir kira sözleşmesi yapması gerekir (Noterlik Kanunu m. 89)¹³⁴.

¹²⁹ Eren, s. 323; Yavuz, s. 373; Gümüş, s. 236; Tandoğan, s. 11, 92; Aral/ Ayrancı, s. 264; Doğan, s. 10; Keleş, s. 87, 113; Karlı, s. 740. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu m. 57 gereğince, kamu tüzel kişilerine ait taşınmazlara ilişkin kira sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenip noterce onaylanması gerekir (Aral/ Ayrancı, s. 264; Tandoğan, s. 93; Eren, s. 324; Gümüş, s. 236; Doğan, s. 10). 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu da buna benzer bir düzenleme içermektedir, Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanarak notere onaylatılır ve tescil ettirilir (Kamu İhale Kanunu m. 46/1).

¹³⁰ Eren, s. 323; Yavuz, s. 373; Tandoğan, s. 95; Keleş, s. 114.

¹³¹ Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 22.07.2013, No: 2013/5150, RG, T. 17.08.2013, S. 28738.

¹³² Eren, s. 323; Tandoğan, s. 96; Aral/ Ayrancı, s. 289.

¹³³ 1512 sayılı Noterlik Kanunu, Kabul Tarihi: 18.01.1972, RG, T. 05.02.1972, S. 14090.

¹³⁴ Eren, s. 323.

2) Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Sebeplerle Ödeme Emrine İtiraz

Kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle tahliye yoluna başvurabilmek için yazılı bir kira sözleşmesinin bulunması ve bunun takip talebine eklenmesi şart olmadığı yukarıda görüldü. Yani, kira sözleşmesi bulunmakla birlikte, yazılı bir kira sözleşmesi olmadan da kiraya veren bu yola başvurabilir; icra müdürünün kira sözleşmesinin varlığını takip yapılırken inceleme yetkisi yoktur. Ancak yazılı bir kira sözleşmesinin varlığı ya da yokluğu, kiracının gönderilen ödeme emrine karşı koyması durumunda, kiraya verenin takibe devam bakımından kullanacağı imkânlarda önem taşıyacaktır¹³⁵. Postacıoğlu'nun tam yerini bulan ifadeyle burada, sözlü bir kira sözleşmesine (adi yazılı bir kira sözleşmesine) dayanarak da alacaklıya ilamsız tahliye yoluna denemek imkânı verilmiştir¹³⁶.

Kiracının kira sözleşmesini inkâr etmesi, kabul etmemesi kira sözleşmesine itirazdır. Borçlu, kira sözleşmesine itiraz ettiğini açık ve kesin olarak bildirmelidir (İİK m. 269/2). Borçlunun kira sözleşmesine yönelik itirazı takibi durdurur (İİK m. 269/3). Borçlu kiracı, kiraya verenin, imzasının kendisine ait olduğunu iddia ettiği bir yazılı kira sözleşmesi ibraz etmesi halinde, bu sözleşmenin imzasını itiraz süresi içinde reddetmek zorundadır. Aksi halde borçlu bu sözleşmeyi kabul etmiş sayılır. Aynı şekilde alacaklı kiraya veren takibinde yazılı değil de sözlü kira sözleşmesine dayanmışsa, bu kira sözleşmesini de itiraz süresi içinde reddetmeyen borçlu kiracı yine sözleşmeyi kabul etmiş sayılır (İİK m. 269/2)¹³⁷. Yazılı bir kira sözleşmesine dayalı takipte borçlunun “aramızda kira sözleşmesi yoktur” şeklindeki itirazı kira sözleşmesine itiraz

¹³⁵ Pekcamtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 428; Kuru, Cilt I İcra Hukuku, s. 342; Postacıoğlu, s. 595; Karşı, s. 740.

¹³⁶ Postacıoğlu, s. 595.

¹³⁷ Üstündağ, s. 343; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 374-375; Kuru, Cilt 2, s. 1874-1875; Postacıoğlu, s. 595; Gürdoğan, İcra Hukuk Dersleri, s. 147-148; Berkin, İflas Hukuku, s. 481.

sayılmaz. Çünkü kanun koyucu İİK m. 269/2 hükmünde ve varsa buna ait sözleşmedeki imzasını açık ve kesin olarak reddetmezse ibaresi ile bu halde mutlaka kira sözleşmesi imzasının inkârını aramaktadır. Takipte sözlü bir kira sözleşmesine dayanılıyorsa, borçlu kiracının alacaklı ile aramızda kira sözleşmesi yoktur veya kiracı değilim gibi sözlerle itirazı kira sözleşmesine itiraz için yeterlidir¹³⁸.

Borçlu, kira sözleşmesine itirazı ile birlikte, alternatif olarak diğer itirazlarını, yani kirayı ödemediğini bildiremez (İİK m. 269/b/3)¹³⁹. Akdi reddeden borçlu bu itiraz sebebiyle bağlıdır. İtirazın varit olmadığı tahakkuk ettikten sonra ödeme, takas veya sair bir defide bulunamaz (İİK m. 269/b/3). Fakat borçlu itirazından sonra otuz günlük ödeme emri süresi içerisinde ödeme yaptığını ileri sürebilecektir. Bu durumda borçlunun itiraz sebebiyle bağlı olduğu ilkesi söz konusu olmayacaktır¹⁴⁰.

Borçlu, kira sözleşmesi dışında bir itirazda bulunursa (örneğin, kira borçlarını ödemediğini, zamanaşımına uğradığını vs.), kira sözleşmesinin varlığını (yazılı olmasa dahi) kabul etmiş sayılır (İİK m. 269/2). Bu durumda, alacaklı icra mahkemesine başvurup borçlunun itirazının kaldırılmasını ve tahliyeye karar verilmesini ister. İcra mahkemesi, artık kira sözleşmesini inceleyemez¹⁴¹. Kiracı, kira ilişkisini inkâr etmeyip sadece borçlu olmadığı yönünde bir savunma yapmışsa, bunu İİK m. 68' de belirtilen belgelerle ispatlamalıdır. Bunun dışında, başlangıçta kira ilişkisine itiraz etmeyen borçlunun, icra mahkemesin-

¹³⁸ Keleş, s. 297; Kuru, Cilt 2, s. 1875.

¹³⁹ Kuru, Cilt I İcra Hukuku, s. 342-343; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 374; Kuru, Cilt 2, s. 1876.

¹⁴⁰ Keleş, s. 360.

¹⁴¹ Pekcamtez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 431; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 375.

deki yargılamada kira ilişkisini inkâr etmesi de, İİK m. 269/d maddesinin atfından dolayı, İİK m. 63 mümkün¹⁴² değildir¹⁴³.

C) KİRA SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE ÖDEME EMRİNE İTİRAZIN KALDIRILMASI VE TAHLİYE

1) Genel Olarak

Kiracının kira sözleşmesine itirazı üzerine kiraya verenin takibe devam edebilmesi ve taşınmazın tahliyesini sağlayabilmesi için itirazın kaldırılmasını¹⁴⁴ ve tahliyeyi icra mahkemesinden talep etmesi gerekir¹⁴⁵; aksi takdirde aynı kira alacağından dolayı ilamsız tahliye yapılamaz (İİK m. 269/3)¹⁴⁶. Kiraya veren isterse icra mahkemesinde itirazın kaldırılması ve tahliye davası açmak

¹⁴² Borçlu itiraz dilekçesinde ileri sürmemiş olduğu imza inkârını yargılama sırasında ileriye sürer ve fakat alacaklı bunu kabul etmezse, bu itiraz artık dinlenemez (Üstündağ, s. 343; Keleş, s. 333).

¹⁴³ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 431; Üstündağ, s. 343; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 374; Keleş, s. 333; Kuru, Cilt 2, s. 1853. “Davalı borçlu ödeme emrinin tebliği üzerine yapmış olduğu itirazında kira ilişkisine ve kira miktarına karşı çıkmayıp borcu olmadığı savunmasında bulunduğu göre İ.İ.K.'nun 68.maddesindeki belgelerden birisi ile savunmasını kanıtlamak zorundadır. Oysa davalı; İİK.nun 68.maddesinde belirtilen nitelikte bir belge ibraz etmemiş ve savunmasını kanıtlanamamıştır. Ayrıca davalı yargılama aşamasında kapıcı olması nedeniyle kiracılığında söz edilemeyeceği ve kira sözleşmesinin bilmeden imzalatıldığı savunmasında bulunmuş ise de, İ.İ.K.'nun 63.maddesi gereğince borçlu, 62.maddesinin 4.fıkrasındaki istisnalar dışında itiraz değiştiremez ve genişletemez. Bu durumda Mahkemece istemin kabulü ile itirazın kaldırılmasına, takibin devamına ve davalının kiralanan tahliyesine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddine karar verilmesi doğru değildir...”, YHGK, 13.02.2008 T., 6-121 E., 123 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017; MİHDER, 2008/2, s. 530-532).

¹⁴⁴ Alacaklı, itirazın kaldırılması talebinde asgari yüzde yirmi tazminat isteyebilir (İİK m. 269/d, 68) (Kuru, Cilt 2, s. 1879).

¹⁴⁵ Alacaklının icranın devamı ile tahliyeye karar verilmesini istemiş olması, itirazın kaldırılması talebini de içerir (Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 374, dipnot 13; Keleş, s. 346, 349). “Takip talebinde "meskenin boşaltılması ve birikmiş borcun tahsili" istendiğine göre takip taleplerinde tahliye talebinin bulunduğu kabulü gerekir. Ödeme emri de takip talebine uygun olarak hazırlanıp tebliğ edildiğinden işin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile red kararı verilmesi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmektedir.”, Y6HD, 30.05.2016 T., 2015/11018 E., 2016/4218 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017).

¹⁴⁶ Üstündağ, s. 343; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 432; Keleş, s. 220. Bu altı ay geçtikten sonra yapılan itirazın kaldırılması talebi alacaklının kanunun kendisine tanıdığı hakkı süresi içinde kullanmamış olduğundan icra mahkemesi tarafından kendiliğinden reddedilir (Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 374, dipnot 14; Kuru, Cilt 2, s. 1887).

yerine, sulh hukuk mahkemesinden TBK m. 315' e göre tahliye karar verilmesini isteyebilir¹⁴⁷. Alacaklı sadece itirazın kaldırılmasını talep edip, tahliye talep etmemişse, icra mahkemesi itirazın kaldırılmasına¹⁴⁸ karar verse de, tahliye karar veremez¹⁴⁹. Yani icra mahkemesi davacı kiracı alacaklının talebiyle

¹⁴⁷ “Taraflar arasındaki kira sözleşmesi 1.8.2003 başlangıç tarihli ve iki yıl sürelidir. Davacı bu sözleşmeye dayanarak davalı hakkında yaptığı haciz ve tahliye istekli icra takibinde Nisan, Mayıs, Haziran ve Temmuz 2004 ayları kiralının süresinde ödenmemesi ve sözleşme hükmüne göre muaccel olan aylar kirasının tahsilini istemiş, Örnek 51 ödeme emri davacıya 31.7.2004 tarihinde tebliğ edilmiş, itiraz edilmediğinden takip kesinleşmiş, yasal otuz günlük ödeme süresi içerisinde borcun ödenmediği anlaşılmıştır. Bu durumda davacı İİK'nın 269/a maddesine göre ihtar müddetinin bitim tarihini takip eden altı ay içerisinde İcra Mahkemesinden tahliye karar verilmesini isteyebileceği gibi Sulh Hukuk Mahkemesinde tahliye davası da açabilir. Zira İİK'nın 269/b-4 maddesinde alacaklının umumi hükümler dairesinde dava açmaya mecbur kalması halinde ihtarlı ödeme emrinin BK'nın 260. maddesinde yazılı ihtar yerine geçeceği ifade edilmiştir. Bu seçimlik hakkının kullanılması davacıya aittir.” **Y6HD**, 29.11.2005 T., 9479 E., 10955 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017). “Taraflar arasındaki kira sözleşmesi 1.7.2003 başlangıç tarihli ve bir yıl sürelidir. Davacı bu sözleşmeye dayanarak davalı hakkında yaptığı haciz ve tahliye istekli icra takibinde 2003 Aralık ayından itibaren Haziran 2005'e kadar olan aylar kiralının tahsilini istemiş, Örnek 51 ödeme emri davacıya 10.7.2004 tarihinde tebliğ edilmiş, itiraz edilmediğinden takip kesinleşmiş, yasal otuz günlük ödeme süresi içerisinde borcun ödenmediği anlaşılmıştır. Bu durumda davacı İ.İ.K.nun 269/a maddesine göre ihtar müddetinin bitim tarihini takip eden altı ay içerisinde İcra Mahkemesinden tahliye karar verilmesini isteyebileceği gibi Sulh Hukuk Mahkemesinde tahliye davası da açabilir. Zira İ.İ.K.nun 269/b-4 maddesinde alacaklının umumi hükümler dairesinde dava açmaya mecbur kalması halinde ihtarlı ödeme emrinin B.K.nun 260. maddesinde yazılı ihtar yerine geçeceği ifade edilmiştir. Bu seçimlik hakkının kullanılması davacıya aittir. Temerrüt sebebiyle tahliye davası açmak için yasada belli bir süre öngörülmemiştir. İcra takibinin ihtarname yerine kullanılmasında yasal engel yoktur. Bu durumda davanın açılmasında bir usulsüzlük bulunmadığından açılan davaya bakılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın süre sebebiyle reddine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.” **Y6HD**, 24.01.2006 T., 11421 E., 223 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017). Aynı zamanda hem icra mahkemesinden itirazın kaldırılması ve tahliye, hem de sulh hukuk mahkemesinden itirazın iptali ve tahliye istenip istenemeyeceği hakkında ayrıntılı bilgiler için bakınız (**Keleş**, s. 339). “2005/1848 takip sayılı dosyada takibin kesinleşmesi üzerine alacaklının İİK.nun 269/a m. uyarınca icra mahkemesine başvurup tahliye kararı alması gerekirken bu yolu tercih etmeyip sulh hukuk mahkemesine dava açarak aldığı tahliye kararına dayanarak işbu takibi başlatmıştır. 2005/1848 sayılı dosyada icra takibinin sürdürülebilmesi için İİK.nun 269/a m. uyarınca icra mahkemesinden karar alması zorunludur. Sulh Hukuk Mahkemesinden almış olduğu tahliye kararına dayanarak bu dosyada takibi sürdürmesi yasal olarak mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenlerle mahkemece şikayetin reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.” **Y12HD**, 19.9.2006 T., 15021 E., 16723K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017).

¹⁴⁸ İtirazın tebliğinden itibaren altı ay içerisinde itirazın kaldırılmasını istemeyen alacaklı aynı tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içerisinde genel mahkemede itirazın iptali davası açabilir (**Keleş**, s. 348)

¹⁴⁹ **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 432; **Kuru**, Cilt 2, s. 1879, 1882; **Karlı**, s. 740.

bağlıdır. Talep edilmemiş olan tahliyeye karar veremez¹⁵⁰. Ayrıca kiraya veren alacaklı itirazın kaldırılması talep etmeden icra mahkemesinden tahliyeyi talep edemez. İcra mahkemesi de tahliyeye karar veremez¹⁵¹.

İcra ve İflas Kanunu, itirazın kaldırılması ve tahliyenin birlikte açılmasının zorunlu olup olmadığı, bunların hangi sürelerden itibaren ve ne zamana kadar açılacağı konusunda kanaatimizce eksik ve unutulmuş halli düzenlemeler içermektedir. Bu konudaki önemli düzenlemeler İİK m. 269/1, 3 ve İİK m. 269/b/1' dir. Bu hükümler bakımından olması gereken açısından yardımcı olacak hüküm ise İİK m. 269/a' dır. İİK m. 269/3 c.2' ye göre: "İtirazın tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılmasını istemiyen alacaklı, bir daha aynı alacaktan dolayı ilamsız icra yoluyla takip yapamaz." Bu hüküm, ödeme emrine, gerek sözleşmeye dayalı gerek sözleşme dışı itirazlar ayrımı yapmadan bir itiraz yapıldığında bu itirazın kaldırılmasının itirazın tebliğinden itibaren altı ay içinde açılması gerektiğini belirtmektedir. Burada itirazın kaldırılma davasının en erken açılabilmesiyle tarih ile en geç açılabilmesiyle tarih açıkça düzenlenmiştir. Diğer bir düzenleme olan İİK m. 269' ye göre: "Borçlu itirazında kira akdini ve varsa mukavelenamede kendisine izafe olunan imzayı reddet-

¹⁵⁰ "Alacaklılar A.A. ve R.A. vekili tarafından Mercî Hâkimliğine verilen 1.5.2002 tarihli dava dilekçesinde sadece "borçlunun itirazının kaldırılması" isteminde bulunulmuş, tahliye talep edilmemiştir. Bu durumda Mercice talep aşıl原因 olarak tahliyeye de karar verilmesi HUMK.nun 74. maddesine aykırı olduğu gibi..", **Y12HD**, 14.11.2002 T., 22143 E., 23521 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017). Aynı yönde, **Y12HD**, 22.02.2001 T., 2155 E., 3266 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017).

¹⁵¹ **Üstündağ**, s. 345; **Keleş**, s. 351; **Karlı**, s. 740. "İİK.269/b maddesi uyarınca alacaklı, itirazın kaldırılmasını istemeden tahliye talebinde bulunamaz. Mercice borçlunun icra takibine yaptığı itirazın süresinde olup olmadığı araştırıldıktan sonra alacaklının tahliye talebinin değerlendirilmesi gerekirken itirazın varlığı gözardı edilerek tahliye kararı verilmesi isabetsizdir.", **Y12HD**, 15.05.2000 T., 7290 E., 7962 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017). "Davalılar vekilinin, kiralanın tahliyesine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde; davacı tarafca davalılar aleyhine yapılan haciz ve tahliye istekli icra takibine davalılar tarafından süresinde itiraz edildiğinden takip durmuştur. Takibin devam etmesi ancak itirazın kaldırılmasının sağlanmasıyla mümkün olur. Bu durumda mahkemece. İ.İ.K.'nun 269/b-1 maddesi sonu cümlesi gereğince davacı tarafca da itirazın kaldırılması talebinde bulunulduğuna göre itirazın kaldırılmasına karar verilmeden tahliye kararı verilmesi hatalı olmuştur.", **Y6HD**, 23.03.2010 T., 2009/13509 E., 2010/3217 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.03.2017). Aynı yönde, **YHGK**, 25.03.1981 T., 1979/12-1824 E., 1981/155 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.03.2017); **YİİD**, 25.03.1972 T. (**Üstündağ**, s. 345).

tiği takdirde alacaklı; noterlikçe re'sen tanzim veya imzası tastik edilmiş bir mukavelenameye istinat ediyorsa icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını ve ihtar müddeti içinde paranın ödenmemesi sebebiyle kiralananın tahliyesini isteyebilir.” Bu hüküm sadece kira sözleşmesine dayalı bir itiraz olduğunda bu itirazın kaldırılması ve tahliye düzenlemiştir. Ama bu hükümde ne itirazın kaldırılması ve tahliye davasının açılacağı en erken tarihi ne de en geç tarihi belirtmektedir. Burada tahliye isteyebilmek için en erken tarihi İİK m. 269/1’den çıkarabilir. Çünkü orada; “...maddelerinde yazılı ihtar ve kanuni müddet geçtikten sonra icra mahkemesinden borçlunun kiralanan şeyden çıkarılması istenebileceği tebliğini ihtiva eder.” ifadesi, tahliyenin en erken ödeme ihtarını geçtikten sonra istenebileceği belirtmektedir. Ama tahliyenin açılacağı en geç tarihi açıkça belirten bir madde yoktur. Ayrıca itirazın kaldırılması ve tahliyenin aynı anda açılmasının zorunlu olduğuna dair bir düzenleme de yoktur.

Tüm yukarıda belirtilen konularla ilgili olarak, yani itirazın kaldırılması ve tahliye davasının birlikte açılmasının zorunlu olup olmadığı ve zorunlu değilse tahliye davasının ne zamana kadar açılacağı ile ilgili olarak: Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’ ne göre¹⁵²: “Alacaklı kiralayan, borçlunun itirazı üzerine icra mahkemesinden "tahliye" istemeden, yalnız "itirazın kaldırılmasını" isteyebilir, icra mahkemesinin itirazın kaldırılmasına ilişkin kararından sonra alacaklı kiralayan buna dayanarak kararın kesinleşmesinden itibaren icra mahkemesinden borçlu kiracı hakkında tahliye davası açabilir. Bunu engelleyen bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Ancak bu gibi hallerde tahliye davasının hangi tarihten başlayarak ne kadar sürede açılması gerektiği hususu önem kazanmaktadır. Şayet itirazın kaldırılması davası devam etmekte ise tahliye davası yargılama devam ettiği sürece her zaman açılabilir. Eğer itirazın kaldırılması kararı kesinleşmiş

¹⁵² **Y6HD**, 11.05.2006 T., 2871 E., 5225 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017; **MİHDER**, 2006/2, s. 1119). Aynı yönde **Y6HD**, 01.07.2015 T., 4615 E., 6703 K.; **Y6HD**, 18.12.2014 T., 12534 E., 14259 K.; **Y6HD**, 26.09.2013 T., 11234 E., 13102 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.03.2017).

ise bu takdirde tahliye davası itirazın kaldırılması kararının kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde açılmalıdır". Buna gerekçe olarak ise şu durumu belirtmektedir: "Zira İİK'nın 269/a maddesinde "takibin kesinleşmesi halinde tahliye davasının ihtar müddetinin bitim tarihini takip eden altı ay içinde açılması gerektiği" öngörülmüştür. Yasa koyucunun amacının 269/a maddesinde olduğu gibi tahliye davası için süre bakımından bir sınırlama getirmek olduğuna göre bu madde de öngörülen sürenin itirazın kaldırılması kararının kesinleşmesini müteakip açılacak tahliye davalarında da uygulanması gerekir".

Bu konuda Yargıtay 12. Hukuk Dairesi' ne göre¹⁵³: "İİK.nun 269. maddenin 3. fıkrası uyarınca itirazın tebliği tarihinden itibaren 6 ay içerisinde itirazın kaldırılmasını istemeyen alacaklı, bir daha aynı alacaktan dolayı ilamsız icra yoluyla takip yapamaz. Somut olayda alacaklı 6 ay içerisinde itirazın kaldırılmasını istemiştir. Gerek anılan maddede ve gerekse 269/c maddesinde itirazın kaldırılmasıyla birlikte tahliye istenmesi gerektiği yolunda bir açıklık bulunmadığı gibi tahliye istemi bir süreye bağlanmamıştır".

Doktrinde ise, Keleş'e göre, alacaklı tahliye istemeden yalnızca itirazın kaldırılmasını isteyebilir. İtirazın kaldırılması talebi için alacaklının otuz günlük ödeme süresinin sona ermesini beklemesine gerek yoktur. Alacaklı ilamsız takibe devamlı borçlunun mallarının haczini sağlayabilmesi için, itiraz üzerine hemen icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını isteyebilir¹⁵⁴. Keleş, altı aylık tahliye talebi süresi, itirazın kaldırılması kesinleştikten sonra icra mahkemesine yapılan tahliye başvurularında da geçerli olacaktır. Bu süre itirazın kaldırılması kararının kesinleşmesinden sonra başlayacaktır¹⁵⁵. Kuru'ya göre, alacaklı itirazın kaldırılması ve tahliyeyi birlikte istemek zorunda olmayıp, yalnız itirazın kaldırılmasını talep etmekle yetinebilir. Alacaklının yalnız itirazın kaldırılması-

¹⁵³ **Y12HD**, 16.10.1992 T., 4348 E., 11983 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.03.2017).

¹⁵⁴ **Keleş**, s. 340, 349.

¹⁵⁵ **Keleş**, s. 353-534.

nı talep edebilmesi için, ödeme süresinin geçmesini beklemesine gerek yoktur, hemen itirazın kaldırılmasını isteyebilir¹⁵⁶.

Kanaatimizce bu konuda yukarıda belirttiğimiz gibi İİK m. 269/3 ve İİK m. 269/a¹⁵⁷ düzenlemeleri dikkate alınmalıdır. İİK m. 269/3 hükmü gerçekten de itirazın kaldırılması ve tahliye isteminin beraber açılmasını şart koşmamaktadır. Yani kiraya veren alacaklı, isterse itirazın tebliğinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılmasını ve tahliye talep edebilir, isterse sadece itirazın kaldırılmasını talep edebilir. Bunun önünde kanuni bir engel yoktur. Ancak Yargıtay'ın belirttiği gibi tahliye istemi bir süreye bağlanmamıştır veya tahliye davası itirazın kaldırılması kararının kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde açılması şeklinde bir yaklaşım kanaatimizce kanunun amacına uygun olmayacaktır. Çünkü İİK m. 269 ve devamı hükümleri, TBK m. 315 hükmünün takip hukukuna yansımalarıdır ve alacaklının genel mahkemelerden ilam alıp bunun sonucunda ilamlı takip yapmasının bir alternatifidir ve daha basit ve kısa olması için getirilmiştir. Hal böyle olunca, kiraya veren alacaklının önce itirazın kendine tebliğinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılması davası açması ardından bunun kesinleşmesinden sonra süre sınırı olmadan veya altı ay içinde tahliye davası açmasının önünün açılması dürüstlük kuralına aykırı olur ve de kiraya verenin amacıyla ters düşer. Kiraya verenin amacı çabucak kiralanan taşınmazın tahliyesidir. Bunu bir örnekle açıklarsak: A taşınmazını B'ye 01.03.2015 tarihinde noterden onaylı yazılı kira sözleşmesiyle bir yıllığına kiraya vermiştir. B üçüncü ayın kira bedelini ödemiş ve A onun aleyhine 01.06.2015 tarihinde tahliye takibi yapmıştır. B, bu takibe itiraz etmiş ve bu itiraz A'ya 01.07.2015 tarihinde tebliğ edilmiştir. Farz edelim A sadece itirazın kaldırılması davası açmış ve bu davasını da kanunun kendisine verdiği sürenin en son günü açmıştır yani 01.01.2016 tarihinde. Bu dava ise farz edelim 01.06.2016 tarihinde kesinleşmiştir. Eğer Yargıtay'ın tahliye davası itirazın kaldırılması kararının kesin-

¹⁵⁶ Kuru, Cilt 2, s. 1878.

¹⁵⁷ 4949 sayılı Kanun'la eklenen ibare hakkında ayrıntılı bilgiler için bakınız, Keleş, s. 219-220.

leşmesinden itibaren altı ay içinde açılmalıdır görüşünü kabul edersek, A bu tahliye davasını 01.11.2016 tarihine kadar açabilir. Yani takibe başladığı 01.06.2015 tarihinden itibaren neredeyse bir buçuk yıl sonra. Bu yaklaşım kanaatimizce yerinde değildir. Ayrıca İİK m. 269/a uyarınca borçlu takibe itiraz etmezse tahliye davası ihtar süresinin bitiminden itibaren altı ayda açılmalıdır hükmü sonucunda, itiraz etmeyle itiraz etmeme arasında böyle bir uygulama farklılığının yaratılması kanunun sistemine ve yapısına uygun değildir. Bu yüzden kanaatimizce hem itirazın kaldırılması davası hem de tahliye davası aynı süreye tabi olmalıdır, yani itirazın tebliğinden itibaren altı ay. Bu boşluğun giderilmesi için Yargıtay içtihadı birleştirme kararı alabilir veya bir kanun değişikliğinde bu durum göz önünde bulundurulabilir.

Ödeme emrine itiraz edilmesi durumunda tahliye talep edilmesi için acaba otuz günlük ödeme süresi beklenmeli midir? Doktrinde Kuru'ya göre; ödeme emrine itiraz edilmesi hali için geçerli olmak üzere ödeme süresi geçmeden tahliye isteminde, borçlunun borcunu ödeyeceği çok şüpheli olduğundan, ödeme süresi içerisinde itirazın kaldırılması ve tahliye istenebilmelidir, fakat icra mahkemesinin ödeme süresi geçmeden tahliyeye karar veremeyeceği görülmektedir. Buna karşılık itiraz edilmemesi durumunda otuz günlük ödeme süresi beklenmelidir¹⁵⁸. Postacıoğlu'na göre, alacaklı kira alacağına cebri icra kabiliyeti kazandırmak için otuz günlük ödeme süresinin geçmesini beklemek zorunda değildir. Yedi günün geçmesinden sonra kira alacağını infaz kabiliyetini kazandırmak üzere itirazın kaldırılmasını isteyebilir. Buna karşılık tahliye isteğini otuz gün geçmeden ileri süremez. Kuru'nun yedi günden sonra her iki talebin birlikte ileri sürülebileceği, fakat tahliyeye karar verebilmek için icra mahkemesinin otuz günü beklemek zorunda olduğu yolundaki görüş tarzı bizce daha pratiktir ve otuz günlük süreyi kaçırmamak için borçluyu yeniden uyarma ya vesile olabileceği için menfaatler durumuna da kanaatimizce uygun düşmek-

¹⁵⁸ Keleş, s. 218-219; Kuru, Cilt 2, s. 1878, 1884; Üstündağ, s. 343, dipnot 142.

tedir¹⁵⁹. Üstündağ' göre ise; ihtarlı ödeme emri tebliği suretiyle yapılan takiplerde otuz günlük ihtar süresi beklenecek itirazın kaldırılması ve tahliye istekleri birlikte yapılabileceği gibi, önce itirazın kaldırılması ve otuz günlük süre geçip borçlu kiracı temerrüt duruma düştükten sonra tahliye istenmesi de mümkündür¹⁶⁰. Yargıtay'a göre ise otuz günlük ihtar süresi dolmadan sözleşmenin feshi ve tahliye istenmesi mümkün değildir¹⁶¹. Fakat Yargıtay' a göre, ödeme süresi dolmadan itirazın kaldırılması ve tahliye talebinde bulunulduğu takdirde tahliyeye ilişkin istemin reddine itirazın kaldırılması talebinin ise esasının incelenmesine karar verilmelidir¹⁶². Kanaatimizce borçlu kiracı ödeme emrine itiraz etmiş olsa bile, otuz günlük ödeme süresi dolmadan itirazın kaldırılması ve tahliye davası açılmamalıdır. Çünkü ödeme emrine itiraz eden kiracı borçlunun daha sonra fikrini değiştirip, ödeme süresi içinde kira borcunu ödemesi veya itirazından vazgeçmesi olasıdır¹⁶³. Eğer bu otuz günlük süre beklenmeden itirazın kaldırılması ve tahliyenin açılmasına izin verilirse, borçlu kiracı itiraz etmesine rağmen kira bedelini ödeyerek takibi sona erdirebilir. Bu durumda boş yere icra mahkemesinde itirazın iptali ve tahliye davası açılmış olur ve böylece icra mahkemesi boşuna meşgul edilmiş, boşuna takip masrafı ve zaman harcanmış olur. Bu nedenle otuz günlük ödeme süresinin beklenmesi takip ekonomisi açısından yerindedir.

¹⁵⁹ Postacıoğlu, s. 603-604.

¹⁶⁰ Üstündağ, s. 343, dipnot 142. **YİİD**, 05.02.1966 T., 12131 E., 12197 K. (Üstündağ, s. 343, dipnot 142).

¹⁶¹ **Y12HD**, 28.05.2002 T., 10044 E., 11272 K.; **Y12HD**, 14.01.2002 T., 21595 E., 152 K. (**Keleş**, s. 349-350, dipnot 976); **Y12HD**, 18.12.1973 T.; **Y12HD**, 15.03.1984 T. (Üstündağ, s. 343, dipnot 142).

¹⁶² **Y12HD**, 28.05.2002 T., 10044 E., 11272 K.; **Y12HD**, 14.01.2002 T., 21595 E., 152 K. (**Keleş**, s. 349-350, dipnot 976); **YHGK**, 12.11.1997 T., 12-713 E., 911 K.; **Y12HD**, 30.10.2001 T., 16763 E., 17482 K. (**Y12HD**, 28.05.2002 T., 10044 E., 11272 K.; **Y12HD**, 14.01.2002 T., 21595 E., 152 K. (**Keleş**, s. 350, dipnot 977)

¹⁶³ Ödeme emrine itiraz eden borçlu, itirazından her zaman vazgeçebilir. Ancak bu vazgeçmenin kayıtsız ve şartsız olması gerekir. Aksi halde, icra dairesince göz önüne alınmaz. Vekâletnamesinde kabul özel yetkisi bulunmayan vekil itirazından vazgeçemez. Ödeme emrine itiraz etmiş olan borçlunun otuz günlük ödeme süresi içerisinde borcunu icra dairesine veya alacaklıya ödemesi itirazından zımni olarak vazgeçmesi anlamına gelir (**Keleş**, s. 291).

Borçlu icra dairesine süresi içinde itiraz ettikten sonra ödeme süresi içerisinde kira borcunu icra dairesine öderse, alacaklı tahliye isteyebilir ve icra mahkemesi tahliyeye karar verebilir mi? Doktrinde Kuru ve Keleş' e göre bu ödeme tahliyeyi ve itirazın kaldırılmasını engellemez¹⁶⁴. Yargıtay eski kararlarında bu ödemenin tahliyeyi engelleyeceği yönünde karar verirken¹⁶⁵, daha yeni kararlarında tahliyeye karar verilebileceği yönünde kararlar vermektedir¹⁶⁶. Kanaatimizce otuz günlük ödeme süresi içerisinde borcunu ödemişse kiracı, ödeme emrine itiraz etmiş olsa bile tahliyeye karar verilmemelidir. Çünkü otuz günlük ödeme süresi içerisinde yapılan ödeme ile icra takibi sona ermelidir.

2) Kira Sözleşmesinin Yazılı Olup Olmamasına veya Şekline Göre İtirazın Kaldırılması ve Tahliye Süreci

a) Kira Sözleşmesi Yazılı Değilse İtirazın Kaldırılması ve Tahliye Süreci

Borçlu kira sözleşmesine itiraz etmişse, yani alacaklının dayandığı sözlü kira sözleşmesini reddettiği ve alacaklı da, yazılı bir kira sözleşmesi ibraz edemezse, yani kira sözleşmesi yazılı değilse, icra mahkemesinden itirazın kaldırılması ve tahliye isteyemez, isterse, icra mahkemesi itirazın kaldırılması ve tahliye talebinin reddine karar verir. Alacaklı, ancak sulh hukuk mahkemesinde kira bedelinin ödenmesi ve tahliye davası açabilir. Borçluya gönderilmiş olan ihtarlı ödeme emri, bu davada, TBK m. 315' de yazılı ihtar yerine geçer (İİK m. 269/b/4)¹⁶⁷. Çünkü ödeme emrine geçirilmiş olan tahliye ihtar, buna rağmen özel hukuka ilişkin olan irade beyanı karakterini kaybetmez. Bu sebeple de bu

¹⁶⁴ **Kuru**, Cilt 2, s. 1887; **Keleş**, s. 356.

¹⁶⁵ **YİİD**, 01.10.1970 T., 9085 E., 9071 K. (**Kuru**, Cilt 2, s. 1886, dipnot 249a; **Keleş**, s. 356, dipnot 992); **YİİD**, 16.10.1970 T., 9084 E., 9774 K.; **Y12HD**, 07.10.1980 T., 4705 E., 7117 K. (**Kuru**, Cilt 2, s. 1886, dipnot 249b, 249c).

¹⁶⁶ **Kuru**, Cilt 2, s. 1886; **Keleş**, s. 356. **Y12HD**, 09.11.1983 T., 6081 E., 8645 K. (**Kuru**, Cilt 2, s. 1886-1887, dipnot 249d; **Keleş**, s. 356, dipnot 993).

¹⁶⁷ **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 343; **Üstündağ**, s. 344; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 375; **Keleş**, s. 361-364; **Kuru**, Cilt 2, s. 1892, 1894; **Muşul**, s. 620-621.

beyanın geçerliliği takibin geçerliliğine bağlı değildir¹⁶⁸. Alacaklı sözlü kira sözleşmesine dayandıktan sonra, icra mahkemesinde yazılı kira sözleşmesi öne süremez. Alacaklı borçlu ile arasında bir kira sözleşmesi bulunduğunu başka bir belge ile ispatlayabilir¹⁶⁹. Kanun iddiaların tanık veya yemin ile ispatına imkân vermemiştir¹⁷⁰.

Kuru'ya göre, kira sözleşmesine itiraz etmiş olan borçlu, icra mahkemesinde kira sözleşmesinin varlığını ikrar (kabul) ederse, bu halde icra mahkemesi, itirazın kaldırılması ve tahliye karar verebilir¹⁷¹.

b) Kira Sözleşmesi Yazılı İse İtirazın Kaldırılması ve Tahliye Süreci

aa) Kira Sözleşmesi Adi Yazılı Şekilde İse İtirazın Kaldırılması ve Tahliye

aaa) Genel Olarak

Kira sözleşmesi, yazılı olup vefakat noterden onaylı veya noterden düzenleme şeklinde değilse ve borçlu da, alacaklının dayandığı kira sözleşmesinde kendisine izafe edilen imzayı reddettiği takdirde, alacaklı kiraya veren, yine icra mahkemesinden itirazın kaldırılması ve tahliye talep edemez¹⁷²; sulh hukuk mahkemesine başvurup kira bedelinin tahsili ve kiracının tahliyesi için dava açmalıdır (İİK m. 269/b/4; HMK m. 4/1-a)¹⁷³. Kanun bu düzenlemesi ile bu

¹⁶⁸ Üstündağ, s. 344.

¹⁶⁹ Keleş, s. 362-636; Kuru, Cilt 2, s. 1893. Y12HD, 25.09.1996 T., 10107 E., 11025 K.; Y12HD, 08.06.1998 T., 6342 E., 6816 K.; Y12HD, 03.06.2002 T., 10476 E., 11690 K. (Keleş, s. 362, dipnot 1020).

¹⁷⁰ Üstündağ, s. 344.

¹⁷¹ Kuru, Cilt 2, s. 1894.

¹⁷² “Kira mukavelelerindeki imzaların itiraz üzerine inkârları halinde takip durdurularak alacaklı mahkemeye müracaatta muhtar olmak üzere itirazın refi (kaldırılması) talebinin reddine karar verilmek lazım geldiğine”, 04.02.1957 tarihli içtihadı birleştirme kararı (Üstündağ, s. 345-346, dipnot 145).

¹⁷³ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 431; Üstündağ, s. 344; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 375; Keleş, s. 301; Kuru, Cilt 2, s. 1894; Muşul, s. 621; Postacıoğlu, s. 596.

takiplerde imza incelemesi ve buna paralel olarak itirazın geçici olarak kaldırılması ve borçtan kurtulma kurumlarına (İİK m. 68/a) yer vermemiştir¹⁷⁴. Dokt-

“Olayımızda; davacı, tahliye talebinin itiraza uğraması üzerine takibi İİK.nun 269b’ deki belgelere dayanmadığından aynı kanunun 67.maddesine göre mahkemeye başvurmuş ve itirazın iptalini istemiştir. Bu takdirde alacağımı genel hükümlere göre ispat etmiş ve böylece temerrüt olgusu sabit kabul edilmiş bulunması sebebiyle itirazın iptali talebinin reddedilmesi, icra inkâr tazminatına hükmedilmemesi ve borçlu davalı yararına vekâlet ücreti isabetli görülmemiştir.”, **Y6HD**, 01.10.1990 T. (**Üstündağ**, s. 344, dipnot 142c). Bu karar haklı olarak İİK.m.269d hükmünün sadece icra takibi ile ilgili olduğu ve bu maddede İİK.m.67’nin sayılmamasının da doğal olduğuna değinmektedir (**Üstündağ**, s. 344, dipnot 142c).

¹⁷⁴ **Kuru**, Cilt I İcra Hukuku, s. 343; **Üstündağ**, s. 344; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 375; **Keleş**, s. 301, 342; **Kuru**, Cilt 2, s. 1895; **Belgesay**, İflas, s. 108. 6570 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinin A bendi hükmüne göre, kiracı tarafından gayri menkulün tahliye edileceği, yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen, tahliye edilmezse icra dairesine müracaatla tahliye istenebileceği kabul edilmiş olup, bu maddeye müsteniden yapılan icra takibi üzerine, kiracı tarafından itiraz ile yazılı vesikadaki imza inkar edildiği ve icra hakimliğince İcra İflas Kanunu’nun 68’inci maddesine tevfikan tatbikat yapılarak imzanın müstecire aidiyeti anlaşıldığı takdirde, itiraz muvakkaten ref edilip, bu karar kesinleştikten sonra tahliye muamelesine tevessül edilmek lazım geleceği, evvelden beri İcra ve İflas Dairesi’nin takarrür etmiş içtihadı iken, bu kere mezkur içtihada muhalif olarak yeni bir içtihat tebellür eylemiş ve bu gibi tasdiksiz vesikalardaki imzaların inkarı halinde icranın durdurulması ve işin mahkemeye havalesi lazım geleceği mütalaasına varılmış olduğundan, her iki içtihat arasındaki açık mübayanet göz önünde tutularak, keyfiyet, Yüksek İçtihadı Birleştirme Kurulu’na arz edilmiş olmakla, bu hususta Yüksek Kurul tarafından yapılan müzakere sonunda aşağıdaki karar itihaz olunmuştur./ İcra ve İflas Kanunu’nun 68’inci maddesinde, icra hakimliğine verilen imza tatbiki salahiyeti, münhasıran para borcuna taalluk edip, bunun haricinde kalan ve akti tazammun eden taahhütname ve mukavelename gibi vesikalardaki imzaların tatbikine mercii salahiyeti yoktur. Mezkur maddedeki salahiyet, mevziine münhasırdır. İcra hakiminin mahdut olan bu salahiyetini, diğer hususlara kıyas suretiyle teşmile, kanunun metin ve ruhu müsait değildir./ Gerek 6570 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinin "A" bendine müsteniden verilmiş olan tahliye taahhüdünü mutazammın tasdiksiz vesikalar, gerekse noterden tasdik edilmemiş olan kira mukavelenamelerindeki imza, itiraz vukuunda inkar edildiği takdirde, İcra ve İflas Kanununu’nun 272 ve müteakip maddelerdeki ahkam dairesinde ihtilafın halli gerekmektedir. Zikri geçen maddeler bu gibi hallerde yapılacak muameleleri açık olarak göstermiştir. 275’inci maddede aynen şöyle denilmektedir : "Tahliye talebi, noterlikçe resen tanzim veya tarih ve imzası tasdik edilmiş yahut ikrar olunmuş bir mukaveleye müstenit olup da kiracı yenilediğine veya uzatıldığına dair aynı kuvvet ve mahiyette bir vesika gösteremezse, itiraz ref olunur (kaldırılır 1). Aksi takdirde, refi (itirazın kaldırılması 2) talebi reddolunur". Maddenin son fıkrasında ise, kiralayanın, umumi hükümler dairesinde mahkemeye müracaat hakkının mahfuz olduğu zikredilmektedir. Bu maddede gerçi, kira mukavelenamesinden bahsedilmekte ise de, tahliye talebine karşı alacaklı itirazın ref ini isteyebilmek için nasıl ki noterden resen tanzim veya tarih ve imzası tasdik edilmiş veyahut ikrar olunmuş bir mukavele ibrazına mecbur ise, 6570 sayılı Kanun’a tevfikan tahliye talebinde bulunabilmek için de ibraz edilecek vesikanın aynı kuvvette olması şarttır. Çünkü, her iki talep de neticede tahliyeye müncer olmaktadır./ Sözü geçen 6570 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinin "A" bendi hükmünün kemaliyle tatbik edilebilmesi için, vazın kanun tarafından hususi surette verilmiş olan bu yetkinin tetkik mercince, umumi hükümler dairesinde tatbiki lazım geleceği mütalaası ileri sürülmüş ise de, istihkak davalarının rüyetinde olduğu gibi, burada umumi hükümlerin tatbik olunacağına dair kanunda sarahat mevcut olmadığından, bu mütalaa kabule şayan görülmemiştir./ **SONUÇ** : Binaenaleyh, 6570 sayılı

rinde itirazın geçici kaldırılması ve borçtan kurtulma davasının getirilmemesinin olumlu olduğu belirtilmektedir. Keleş'e göre, ilamsız tahliye takibine ayrıcalık veren onun süratidir. Başka bir anlatımla adaletli çözümün en hızlı bir şekilde gerçekleştirilerek toplumsal barışın sağlanması amaçlanmaktadır. Bu nedenle itirazın geçici kaldırılması kurumuna Kanun'da yer verilmesi anlamsız olurdu. Çünkü borçlunun kira sözleşmesinde atılı bulunan imzasına itirazın geçici olarak kaldırılması üzerine borçlu tarafından açılacak borçtan kurtulma davası ilamsız tahliye takibinin uzamasına yol açar. Bu durumu öngören alacaklılar, ilamsız tahliye takibine gideceği yerde doğrudan sulh mahkemesinde tahliye davası açmak zorunda kalırlar. Bu tür sakıncalarından dolayı isabetli olarak itirazın geçici kaldırılması kurumuna Kanun'da yer verilmemiştir¹⁷⁵.

Postacıoğlu'na göre, alacaklı böyle bir durumda tahliye talebinden vazgeçerek talebini kira bedelinin ilamsız icra yolu ile tahsiline hasredek olursa, sistemin mantığı, inkâra uğrayan imza hakkında icra mahkemesinde imza incelemesine girişmek imkânı vermektedir¹⁷⁶.

Alacaklı elinde imzası inkâr edilmiş bir kira sözleşmesi olsa dahi borçlu ile arasında yazılı bir kira sözleşmesi bulunduğunu başka bir belge ile ispatlayabilir. Bu halde icra mahkemesi itirazın kaldırılması ve tahliyeye karar verir. Kanun kesin hükme de kesin delili niteliği tanımıştır. Örneğin, sulh hukuk mahkemesinin ilamı ile borçlunun kiracılık sıfatı hükme bağlanmış ise kiracılık

Kanun'un 7'nci maddesinin "A" bendine tevfikân verilmiş olup, noterlikçe resen tanzim veya tarih ve imzası tasdik edilmemiş olan veyahut ikrar edilmeyen tahliye taahhüdünü havi vesikalarla, yine aynı mahiyetteki kira mukavelenelerindeki imzaların, itiraz üzerine inkarları halinde, takip durdurularak alacaklı mahkemeye müracaatta muhtar olmak üzere, ref'i talebinin reddine karar verilmek lazım geldiğine ve İcra ve İflas Dairesi'nin son içtihadının doğru olduğuna, üçte iki ekseriyetle 4.12.1957 tarihinde karar verildi.", **YİBK**, 04.12.1957 T., 11 E., 26 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.03.2017).

¹⁷⁵ Keleş, s. 342.

¹⁷⁶ Postacıoğlu, s. 596. Alacaklı isterse genel mahkemede fuzuli işgal sebebiyle tahliye davası açabilir. Ama kiracı bu sefer kira sözleşmesinin var olduğunu ileri sürebilir (Postacıoğlu, s. 596).

sıfatı çekişmesiz hale gelir¹⁷⁷. Aynı şekilde kira bedelinin tespiti davasıyla borçlunun kiracılık sıfatı hükme bağlanmış olur.

Kuru'ya göre, kira sözleşmesindeki imzaya itiraz etmiş olan borçlu, icra mahkemesinde imzayı ikrar (kabul) ederse, bu halde icra mahkemesi, itirazın kaldırılması ve tahliye karar verebilir¹⁷⁸. Postacıoğlu'na göre, Kanun m. 269/b' de alacaklıya düşen ispat külfetinin mahiyetini tayin ederken, noterlikçe onaylı veya düzenleme şeklini aramış, imzanın evvelce yani itirazı sırasında borçlu tarafından inkâr edilmiş olmasına rağmen itirazın kaldırılmasının aşamasında geri alınması, yani ikrar edilmesi üzerinde durulmamıştır. Bunu kanon koyucunun bir dalgınlığına atfedemeyiz. Alacaklıya düşen ispat yükü noterlikçe düzenleme veya onaylama şeklinde kira sözleşmesinin ibrazı ile yerine getirilecek olduktan sonra, borçlunun ikrarına yer verilmemesi, borçlu için itirazın kaldırılması duruşmasında bulunmaya mahal bırakmamaktadır. Ancak kanun metnini bu durumu borçlunun ikrar etmek suretiyle itirazından feragat etmesine mani sayılmamalıdır¹⁷⁹.

Alacaklı sulh hukuk mahkemesine başvurup kira bedelinin tahsili ve kiracının tahliyesi için dava açmak zorunda kaldığında (İİK m. 269/b/4; HMK m. 4/1-a), borçluya gönderilmiş olan ihtarlı ödeme emri, TBK m. 315' de yazılı ihtar yerine geçer (İİK m. 269/b/4)¹⁸⁰. Çünkü ödeme emrine geçirilmiş olan tahliye ihtarı, buna rağmen özel hukuka ilişkin olan irade beyanı karakterini kaybetmez. Bu sebeple de bu beyanın geçerliliği takibin geçerliliğine bağlı değildir¹⁸¹.

¹⁷⁷ Kuru, Cilt 2, s. 1896; Keleş, s. 371.

¹⁷⁸ Kuru, Cilt 2, s. 1896.

¹⁷⁹ Postacıoğlu, s. 605.

¹⁸⁰ Kuru, Cilt I İcra Hukuku, s. 343; Üstündağ, s. 344; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 375; Keleş, s. 371; Kuru, Cilt 2, s. 1897.

¹⁸¹ Üstündağ, s. 344. "Davalıya İcra ve İflas Kanunu'nun 269.maddesi uyarınca gönderilen ödeme emirleri yazılışları bakımından BK.260.maddesine uygun olduklarından ihtar niteliğindedir.", YHGK, 26.02.1964 T., 480 E., 62 K. (Keleş, s. 91, dipnot 307).

Kanun iddiaların tanık veya yemin ile ispatına imkân vermemiştir¹⁸².

Kira sözleşmesindeki imzanın inkârı sebebiyle alacaklı genel hükümlere göre dava açar ve dava lehine sonuçlanırsa, kiracı ayrıca para cezasına mahkûm edilir (İİK m. 269/b/5)¹⁸³.

bbb) Bu Konuda Görüş ve Önerilerimiz

Doktrinde bir görüşe göre, icra mahkemelerinin kira sözleşmesindeki borçlu imzasını inceleme yetkisinin İİK m. 269/b ile elinden alınması kira borcunun ödenmemesi nedeni ile ilamsız tahliye usulünün uygulama alanını daraltmaktadır¹⁸⁴. Bu konuda görüş bildiren Gürdoğan'a göre, Kanun'a bir hüküm konulmak suretiyle kira sözleşmesi imzasının inceleme yetkisini icra mahkemesine tanımak uygun olurdu. Özellikle icra mahkemesinin para borcu bakımından aynı belge altındaki imzayı incelemeye yetkili ve fakat tahliye bakımından yetkisiz olması doğru değildir¹⁸⁵. Kuru'ya göre, icra mahkemesi kararı maddi anlamda kesin hüküm oluşturmayacağından, kiracının icra mahkemesinin tahliye kararı üzerine mahkemeye gidip lehine bir karar alması halinde icra edilmiş olan tahliye kararının icrasının iadesi güçlükler arz edebilir. Ancak icra mahkemesinde her türlü delili geçerli sayarak o zaman icra mahkemesine imza inceleme ve tahliyeye karar verme yetkisi tanınabilir¹⁸⁶.

Burada kanaatimizce Kanun'un icra mahkemesinde itirazın kaldırılması ve tahliye davası açabilmek için, alacaklının sadece noterden onaylı veya dü-

¹⁸² Üstündağ, s. 344.

¹⁸³ Para cezası yerine alacaklının zararının tazminine yönelik tazminatın kabul edilmesinin düzenlenmesinin uygun olacağı yönünde bakınız, **Berkin**, İflas Hukuku, s. 482, dipnot 5; **Keleş**, s. 301 vd., 365-367.

¹⁸⁴ **Keleş**, s. 367.

¹⁸⁵ **Burhan Gürdoğan**, "Kiralarda Özel Hükümler ve Kiraya Verilen Taşınmazların Tahliyesi", Ankara 1963, (ss.47-53), s. 56(Naklen **Keleş**, s. 367).

¹⁸⁶ **Baki Kuru**, Seminer, s. 56 (Naklen **Keleş**, s. 367).

zenleme şeklindeki sözleşmelere dayanmasını zorunlu tutması yerinde olmamıştır. Burada da İİK m. 68, 68/a, 68/b ve 150/1’ daki gibi belgeler sayılabilir.

Burada örneklerle durumu izah etmeye çalışırsak: kira sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapıldığını, ama bu kira sözleşmesi tapuda şerh verildiğini düşünelim. Yapılan takipte kira sözleşmesindeki imza açıkça itiraz edilirse, İİK m. 269/b/1 hükmüne göre icra mahkemesinde tahliye davası açılmayacaktır. Hâlbuki olayda kira ilişkisi tapuya şerh verilmiştir.

İkinci örnek olarak taraflar adi yazılı şekilde bir kira sözleşmesi yapmışlar, ama aynı zamanda kiracı noterden (onaylı veya düzenleme şeklinde) tahliye taahhütnamesi vermiştir. Yapılan takipte kira sözleşmesindeki imza açıkça itiraz edilirse, İİK m. 269/b/1 hükmüne göre icra mahkemesinde tahliye davası açılmayacaktır. Yargıtay’ın bu yönde, yani tahliye istenemeyeceği yönünde, kararları mevcuttur¹⁸⁷. Ama bu örnekte kiracı noterden (onaylı veya düzenleme şeklinde) tahliye taahhütnamesi vermiş ve kiracılık ilişkisi noter senedi ile sabittir.

Başka bir örnek verirsek, taraflar adi yazılı şekilde bir kira sözleşmesi yapmışlar, kiracı kira bedelini her ay kiraya verenin banka hesabına yatırmaktadır. Yapılan takipte kira sözleşmesindeki imza açıkça itiraz edilirse, İİK m. 269/b/1 hükmüne göre icra mahkemesinde tahliye davası açılmayacaktır. Kira

¹⁸⁷ Tahliye taahhütnamesi tek taraflı bir irade beyanı olduğundan İİK m. 269/b/1 hükmünde sözü edilen sözleşme kavramına girmez (**Keleş**, s. 368). “Alacaklının yargılama aşamasında ibraz ettiği tahliye taahhütnamesi tek taraflı bir irade beyanı olduğundan maddede sözü edilen sözleşme tabirine girmez. Bu taahhüdün kiracılığın kabulü anlamında olduğu varsayılabilir bile kira miktarı belirli olmadığından kira miktarının tayini ve tespiti yargılamayı gerektirir. Bu nedenle Mercii istemin reddine karar vermesi gerekirken yazılı şekilde karar vermesi isabetsizdir.”, **Y12HD**, 11.11.2002 T., 21826 E., 23035 K. (**Keleş**, s. 368, dipnot 1041). “Davacı tarafça, itirazın kaldırılması istenilirken dayanılan, noterde tanzim edilen 11.7.2006 tanzim tarihli taahhütnamede, davalı tarafından açıkça kiracılık sıfatı kabul edilmediğinden, İ.İ.K.’nin 269/b maddesinde belirtilen nitelikte bir belge olarak kabul edilemez. Bu durumda taraflar arasındaki uyuşmazlığın halli yargılamayı gerektirdiğinden mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın kabulü hatalı olmuştur. Hüküm bu sebeple bozulmalıdır.”, **Y6HD**, 22.06.2010 T., 2878 E., 7719 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.03.2017).

sözleşmesindeki dönemlerde kiracılık ilişkisinin olduğu ve kira bedelinin bu dönemlerde yatırıldığı banka kayıtlarıyla sabittir.

Başka bir örnek verirsek, taraflar aralarında adi yazılı şekilde bir kira sözleşmesi yapmışlar ve ayrıca adi yazılı şekilde kiracı tahliye taahhütnamesi vermiştir. Yapılan takipte kira sözleşmesindeki imza açıkça itiraz edilirse, İİK m. 269/b/1 hükmüne göre icra mahkemesinde tahliye davası açılmayacaktır. Bu örnekler çoğaltılabilir¹⁸⁸.

Yukarıdaki örneklerde acaba kiraya verene elinde noter onaylı veya noterden düzenleme şeklinde kira sözleşmesi yok diye icra mahkemesinde tahliye davası açabilmesinin önünü kesmek, İİK m. 269 ve devamı hükümlerinin amacına uygun mudur? Veya bu durum kiracıyı aşırı korumak mı olur? Tüm bu durumlarda kanaatimizce icra mahkemesine bu belgeleri inceleme ve tahliyeye karar verme yetkisi tanınmalıdır.

bb) Kira Sözleşmesi Noter Onaylı veya Düzenleme Şeklinde İse İtirazın Kaldırılması ve Tahliye Süreci

Kiracının itirazı kira sözleşmesine ilişkin olduğunda, yukarıda da açıklandığı gibi, bu durumda alacaklının, icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını ve kiracının tahliyesini isteyebilmesi için, kira sözleşmesinin yazılı ve aynı zamanda noterlikçe düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmış olması gerekir

¹⁸⁸ “Taraflar arasında yazılı kira sözleşmesi bulunmamaktadır. Alacaklı vekili dava dilekçesinde müvekkilinin yeni malik olduğunu, davalının eskiden beri kiracı olarak oturduğunu, 9.9.2004 tarihinde davalıya tebliğ edilen ihtara rağmen kiralari ödemediğini, Bakırköy 3.İcra Müdürlüğünün 2005/7420 esas nolu icra takibi yaptıklarını davalının o dosyaya ödemedi bulunduğunu, bu defa istenen kiralari ödemediğini, itirazının haksız olduğunu, kiralananın tahliyesini, inkar tazminatının tahsilini ve takibin devamını talep etmiştir./ Davalı icra dairesinde kiracılık ve kiralayan ilişkisini kabul etmediğine dair itirazda bulunduğuna göre kira ilişkisini davacının İ.İ.K.nun 269/b maddesinde belirtilen belgeler ile ispat etmesi gerekir. Davacı böyle bir belge sunmamış, 2005/7420 esas numaralı icra takip dosyasına dayanmıştır. Davalı vekili o dosyada istenen kira bedellerini itirazı kayıt ile ödediğine göre bu takip İ.İ.K'nun 269/b maddesinde belirtilen belge niteliği taşımaz. Davanın bu nedenle reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü doğru değildir.” **YGH**, 26.01.2006 T., 2005/12295 E., 2006/281 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.03.2017).

(İİK m. 269/b/1). Yani kira sözleşmesi noterlikçe düzenleme veya onaylama şeklinde ise, alacaklı icra mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılmasını ve kiralananın tahliyesini isteyebilir¹⁸⁹. Burada kiracı, kira sözleşmesi altındaki imzayı inkâr etse bile, alacaklı icra mahkemesinden itirazın kaldırılması ve tahliyeyi isteyebilir¹⁹⁰.

Ayrıca daha önce de belirttiğimiz gibi, borçlu kiracı, ödeme emrine karşı kira akdine ilişkin bir itirazda bulunmamışsa, artık bu sözleşmenin varlığını kabul etmiş sayılacağından (İİK m. 269/1), bu durumda da icra mahkemesinden kiracının tahliyesini talep edebilecektir¹⁹¹.

Borçlu, kira sözleşmesine ve şartlarına dair karşı iddia ve def'ilerini noterlikçe düzenleme veya onaylama şeklindeki belgelerle ispat etmek zorundadır¹⁹². Kuru/Arslan/Yılmaz'a ve Kuru'ya göre, İİK m. 269/b/2'de belirtilmekle beraber, imzası kiraya veren tarafından ikrar edilmiş olan bir belge de buraya dâhil sayılmalıdır. Buna karşılık, kiraya veren belge altındaki imzayı inkâr ederse, icra mahkemesi imza incelemesi yapamaz¹⁹³. Akdi reddeden borçlu kiracı bu itiraz sebebiyle bağlıdır. İtirazın varit olmadığı tahakkuk ettikten sonra ödeme, takas veya sair bir def'ide bulunamaz (İİK m. 269/b/3). Borçlunun kira sözleşmesine itirazının doğru olmadığı yani alacaklı ile borçlu arasında bir kira sözleşmesi bulunduğu kanısına varırsa icra mahkemesi, borçlunun ileri sürdüğü diğer itiraz sebeplerini araştırmadan, borçlunun itirazının kaldırılmasına ve taşınmazı tahliye etmesine karar verir¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Üstündağ, s. 345; Kuru, Cilt I İcra Hukuku, s. 343; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 375; Keleş, s. 371; Muşul, s. 620.

¹⁹⁰ Kuru, Cilt 2, s. 1898.

¹⁹¹ Üstündağ, s. 345.

¹⁹² Kuru, Cilt I İcra Hukuku, s. 343; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 375; Kuru, Cilt 2, s. 1898.

¹⁹³ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 375, dipnot 16; Kuru, Cilt 2, s. 1898.

¹⁹⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 375.

Kira sözleşmesinin varlığı, itiraz edilmiş olmakla beraber bu itirazların kanunun aradığı niteliğe sahip belgelerle kaldırılmış bulunması sebebiyle gerçekte halinde; alacaklı icra mahkemesinden tahliye talep ettiğinde; icra mahkemesi, tahliye karar verebilmek için bazı şekli şartları kendiliğinden incelemek zorundadır. Bunlardan biri, borçluya kira bedelinin ödemedeki temerrüdü sebebiyle gönderilmiş olan ihtarlı ödeme emrinin kanuni şartları taşıyıp taşımadığıdır. Diğerisi ise, ödeme emrinde yer alan otuz günlük süre içinde takip konusu kira bedelinin ödenip ödenmediğinin tespiti. İcra mahkemesinde yapılacak yargılamada taraflar çağrılarak ve basit yargılama usulüne göre inceleme yapılarak karar verilir (İİK m. 269/d atfı gereğince İİK m. 70 ve 19)¹⁹⁵.

D) İCRA MAHKEMESİNİN KARARININ UYGULANMASI VE BU KARARA KARŞI KANUN YOLU

İcra mahkemesinin verdiği karara karşı kanun yoluna başvurulabilir (İİK m. 363/1-3). İcra mahkemesinin tahliyeyle ilişkin kararının icrası için bu kararın kesinleşmesi beklenmez. Ancak tahliye için kararın borçluya tefhimi veya tebliğinden itibaren on gün¹⁹⁶ geçmesi gerekir (İİK m. 269/c/son fıkra)¹⁹⁷. Aynı şekilde alacaklı kira alacağı için borçlunun mallarını haczedilmesini isteyebilir, ancak icra mahkemesi kararı kesinleşmeden haczedilen mallar satılamaz (İİK m. 364/3)¹⁹⁸. Borçlu tahliye kararının kesinleşmeden icrasına karşı İİK m.

¹⁹⁵ Üstündağ, s. 346-347.

¹⁹⁶ Berkin'e göre, önceden ihtarlı ödeme emri ile yedi günlük itiraz süresi, borcun ödenmesi için de kira sözleşmesinin niteliğine göre süreler verildiğine ve bu süre içinde kiracı borcu ödemediği takdirde tahliye edileceği kendisine ihtar edildiğine göre, tahliye kararının infazı için, haksız çıkan borçluya ayrıca on günlük bir sürenin tanınması yersizdir. Bu hüküm İcra ve İflas Kanunu'nun 1965 tadilini gerektiren sebeplere uymamakta ve suiniyete karşı tedbir almak ve bu suretle borçların tahsilini kolaylaştırarak kredi emniyeti sağlamak gayesiyle bağdaşmamaktadır (Berkin, İflas Hukuku, s. 485-486, dipnot 9).

¹⁹⁷ Postacıoğlu, s. 612; Üstündağ, s. 348; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 376; Kuru, Cilt 2, s. 1871, 1936; Muşul, s. 622; Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 293; Karşı, s. 742; Berkin, İflas Hukuku, s. 484-485. Borçlu kiracının menfi tespit davası açabileceği hakkında (İİK m. 269/d, 72) bakınız, Kuru, Cilt 2, s. 1946; Karşı, s. 742.

¹⁹⁸ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 376.

36 çerçevesinden icranın geri bırakılması kararı almak suretiyle engel olabilir¹⁹⁹. Ayrıca kiracı borçlu genel mahkemelere başvurarak kiracı olmadığını veya alacaklının kiraya veren olmadığını tespit ettirebilir²⁰⁰.

İcra mahkemesinin verdiği kararın tefhim veya tebliği tarihinden itibaren on gün geçtikten sonra, borçlu icra dairesi tarafından taşınmazdan zorla çıkarılır. Kiracının taşınmazdan zorla çıkarılması için borçluya icra dairesince ayrıca herhangi bir icra veya tahliye emri tebliğine de artık gerek yoktur²⁰¹. Bu konuda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı bu durumun gerekçesini şu şekilde açıklamıştır: “İcra ve İflâs Kanununun 269 uncu²⁰² maddesine tevfikan yapılan takip ilâmsız takip usulüne tabidir. Bu itibarla tetkik mercii tarafından verilen kararda ilâm mahiyetinde olmayıp nihayet takip hukukuna mütaallik bir karar olduğundan ilâmların icrasına mahsus olan usulün burada tatbiki bahis mevzuu olamaz, kaldı ki mezkûr maddeye istinaden borçluya gönderilen ihtarlı ödeme emrinde 7 günlük itiraz müddeti verilmiş olduğu gibi kira bedelinin tediyesi için de 30 günlük mehil verilmektedir. Borçlu bu mehile riayet etmezse gayrimenkulden çıkarılacağını daha evvelden öğrenmiş bulunmaktadır. Bu sebeple kendisine tekrar bir mehil verilmesi muameleyi uzatmaktan ve alacaklıyı zarara sokmaktan başka bir şey ifade etmez... Bu suretle borçlunun haberi olmadan gayrimenkulden tahliyesi cihetine gidileceği de varidi hatır olamaz. Zaten 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 269 uncu maddesinde tahliyenin sulh mahkemesinden isteneceği yazılı olduğu halde sırf icra usulünde sürat mültezini olduğundan dolayı 3890 sayılı kanunla bu madde tadil edilerek tahliye kararlarının

¹⁹⁹ **Postacıoğlu**, s. 612; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 376-377; **Üstündağ**, s. 348; **Kuru**, Cilt 2, s. 1872; **Muşul**, s. 622; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 293; **Karşlı**, s. 742. “Bununla beraber borçlu kararı temyiz edip de üç aylık kira karşılığını vezneye yatırdığı takdirde «Yalnız 6570 numaralı Kira Kanununa tabi olan gayrimenkuliere mahsus olmak üzere» İcra ve İflâs K. nun 36 nci maddesi kıyas suretiyle ve illtihaden tatbik edilerek takip durdurulmaktadır.”, **YİBK**, 04.12.1957 gün, 1/12 sayı (RG, T. 30.01.1958, S. 9821).

²⁰⁰ **Keleş**, s. 401.

²⁰¹ **Üstündağ**, s. 348; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 376-377; **Postacıoğlu**, s. 611; **Ansay**, s. 355, dipnot 2; **Berkin**, İflas Hukuku, s. 484-485. **YİBK**, 04.12.1957 gün, 1/12 sayı (RG, T. 30.01.1958, S. 9821).

²⁰² Kararda 209 demektedir, ama 269 olması gerekir.

tekkik merciinden isteneceği tasrih edilmiştir. Binaenaleyh; İcra ve İflâs Kanununun 269 uncu maddesine tevfikân borçlunun itirazı refediip gayrimenkulun tahliyesine karar verildikten sonra borçluya ayrıca tahliye emri tebliğ edilmeksizin İcra Memuru tarafından tahliye muamelesile tevessül olunmak lâzımgelceğine ve İcra ve İflâs Dairesinin eski içtihadının doğru olduğuna üçte iki ekseriyetle 4/12/1957 tarihinde karar verildi.²⁰³

SONUÇ

Çalışmamızda sadece kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle kiralanan taşınmazın ilamsız tahliyesi (İİK m. 269-269/d) incelenmiştir. Ancak burada da bu takibin tüm aşamaları incelenmemiş sadece, İİK m. 269/b hükmünde düzenlenen kiralanan taşınmazların kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle ilamsız icra yoluyla tahliyesinde kira sözleşmesine itiraz ve kaldırılması incelenmiştir.

İcra ve İflas Kanunumuz, TBK m. 315' deki hükmün bir görümü olarak, 269 ve devamı maddelerinde özel düzenlemeler getirmiştir. Kira bedelini ödemeyen kiracıya karşı, kiraya veren isterse TBK m. 315' e göre ihtar çekip, ardından da dava açarak bu davadan alacağı ilamla kiracının kiralananndan ilamlı icra yoluyla tahliyesini sağlayabilir. İcra ve İflas Kanunumuz, kiraya verene alternatif bir imkân vermektedir. Kiraya veren, icra dairesi vasıtasıyla kiracıya TBK m. 315' deki ihtar yerine geçecek ihtarlı ödeme emri göndertebilir. Kiracı bu ödeme emrine itiraz etmezse veya itiraz edipte bu itirazı kaldırılırsa, kiraya veren icra mahkemesine başvurarak tahliyeye karar verilmesini ister ve bunun sonucu olarak icra dairesi tarafından kiracı zorla çıkartılır. Kiraya veren bu durumda isterse icra mahkemesine başvurmak yerine sulh hukuk mahkemesine başvurup TBK m. 315' e göre tahliyeye karar verilmesini isteyebilir. Eğer kiracı İİK m. 269' a göre gönderilen ödeme emri üzerine kira bedelini öderse, icra takibi sonucu kiracı tahliye edilemez. Ancak bu ihtar TBK m. 352/2' deki iki

²⁰³ **YİBK**, 04.12.1957 gün, 1/12 sayı (RG, T. 30.01.1958, S. 9821).

iharlardan birisi yerine geçer. Şunu belirtmek gerekir ki, İİK m. 269 ve devamı hükümleri, sadece TBK m. 315 hükmünün takip hukukundaki özel bir düzenlemesidir. TBK m. 352/2' nin takip hukuku bakımından özel bir düzenlemesi yoktur. Sadece şu söz konusu olabilir: TBK m. 352/2 anlamındaki iki haklı ihtarlar, icra dairesi yoluyla gönderilebilir, bunun sonucunda bu iki haklı ihtarla kiraya veren sulh hukuk mahkemesinde TBK m. 352/2' ye dayalı tahliye davası açabilir.

Kiraya verenin tahliye takibi yapabilmesi için elinde yazılı bir kira sözleşmesinin bulunmasına gerek yoktur. Ama kiracı bu takipte kira sözleşmesine veya kira sözleşmesindeki imzaya itiraz ederse, kiraya verenin icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep edebilmesi için elinde noterden onaylı veya noterden düzenleme şeklinde kira sözleşmesi bulunmalıdır. Eğer kiraya veren bu belgelere dayanamazsa icra mahkemesine başvuramaz sadece sulh hukuk mahkemesinde tahliye davası açabilir. Burada kanaatimizce Kanun'un icra mahkemesinde itirazın kaldırılması ve tahliye davası açabilmek için, alacaklının sadece noterden onaylı veya düzenleme şeklindeki sözleşmelere dayanmasını zorunlu tutması yerinde olmamıştır. Burada da İİK m. 68, 68/a, 68/b ve 150/1' daki gibi belgeler sayılabilirdi.

Burada örneklerle durumu izah etmeye çalışırsak: kira sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapıldığını, ama bu kira sözleşmesi tapuda şerh verildiğini düşünelim. Yapılan takipte kira sözleşmesindeki imza açıkça itiraz edilirse, İİK m. 269/b/1 hükmüne göre icra mahkemesinde tahliye davası açılmayacaktır. Hâlbuki olayda kira ilişkisi tapuya şerh verilmiştir.

İkinci örnek olarak taraflar adi yazılı şekilde bir kira sözleşmesi yapmışlar, ama aynı zamanda kiracı noterden (onaylı veya düzenleme şeklinde) tahliye taahhütnamesi vermiştir. Yapılan takipte kira sözleşmesindeki imza açıkça itiraz edilirse, İİK m. 269/b/1 hükmüne göre icra mahkemesinde tahliye davası açıla-

mayacaktır. Yukarıda görüldüğü gibi, Yargıtay'ın bu yönde, yani tahliye istemeyeceği yönünde, kararları mevcuttur. Ama bu örnekte kiracı noterden (onaylı veya düzenleme şeklinde) tahliye taahhütnamesi vermiş ve kiracılık ilişkisi noter senedi ile sabittir.

Başka bir örnek verirsek, taraflar adi yazılı şekilde bir kira sözleşmesi yapmışlar, kiracı kira bedelini her ay kiraya verenin banka hesabına yatırmaktadır. Yapılan takipte kira sözleşmesindeki imza açıkça itiraz edilirse, İİK m. 269/b/1 hükmüne göre icra mahkemesinde tahliye davası açılmayacaktır. Kira sözleşmesindeki dönemlerde kiracılık ilişkisinin olduğu ve kira bedelinin bu dönemlerde yatırıldığı banka kayıtlarıyla sabittir.

Başka bir örnek verirsek, taraflar aralarında adi yazılı şekilde bir kira sözleşmesi yapmışlar ve ayrıca adi yazılı şekilde kiracı tahliye taahhütnamesi vermiştir. Yapılan takipte kira sözleşmesindeki imza açıkça itiraz edilirse, İİK m. 269/b/1 hükmüne göre icra mahkemesinde tahliye davası açılmayacaktır. Bu örnekler çoğaltılabilir.

Yukarıdaki örneklerde acaba kiraya verene elinde noter onaylı veya noterden düzenleme şeklinde kira sözleşmesi yok diye icra mahkemesinde tahliye davası açabilmesinin önünü kesmek, İİK m. 269 ve devamı hükümlerinin amacına uygun mudur? Veya bu durum kiracıyı aşırı korumak mı olur? Tüm bu durumlarda kanaatimizce icra mahkemesine bu belgeleri inceleme ve tahliyeye karar verme yetkisi tanınmalıdır.

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
C.	: Cilt
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: Fıkra
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İİKY	: İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği
K.	: Karar
m.	: madde
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayısı
T.	: Tarihi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Ağacıkoğlu, A. Nejat, “Gayrimenkul Kiralarında Kira Bedelinin Ödenmemesi Nedeniyle Kira Aktinin Sona Ermesi”, ABD, Y. 1975, S. 3, (ss.364-367).

Ansay, Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1960.

Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Belgesay, Mustafa Reşit, İcra ve İflas Hukuku, İkinci Cilt İflas, İstanbul 1946.

Berkin, Necmeddin N., İflas Hukuku, İstanbul 1970.

Burcuoğlu, Haluk, “6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanununun 7. Maddesinin (e) Bendi Uyarınca İki Haklı İhtar Nedeniyle Tahliye Kurumunun Borçlar Kanununun 260. Maddesindeki Temerrüt (Direnim) Nedeniyle Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi İle Karşılaştırılması”, İBD, Y. 1985, C. 59, S. 1-2-3, (ss.67-79).

Ural Çınar, Nihal, Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.

Doğan, Murat, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara 2011.

Erdoğan, Hasan, Tahliye Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2002.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Gürdoğan, Burhan, İcra Hukuk Dersleri, Ankara 1970.

Gürdoğan, Burhan, “Kiralarda Özel Hükümler ve Kiraya Verilen Taşınmazların Tahliyesi”, Ankara 1963, (ss.47-53), s. 56(Naklen **Keleş**, s. 367).

İpek, Eyüp, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, TBBD, Y. 2012, S. 102, (ss. 59-92).

Karşlı, Abdurrahim, İcra Hukuku Ders Kitabı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2010.

Keleş, Şanver, Kiralanan Taşınmazların İlamsız Tahliyesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku Cilt I İcra Hukuku, Ankara 1965.

Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku, Cilt 2, İstanbul 1990.

Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2013.

Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

Kuru, Baki, Seminer, s. 56 (Naklen **Keleş**, s. 367).

Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Muşul, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku Esasları, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Olgaç, Senai/ Köymen, Haydar, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk İcra ve İflas Kanunu, 2. Baskı, İstanbul 1965.

Pekcanitez, Hakan/ Akkan, Mine/ Erişir, Evrim, İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Postacıoğlu, İlhan, İcra Hukuku Esasları, 4. Baskı, İstanbul 1982.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/2 Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, 5. Tıpkı Basım, İstanbul 1992.

Ulukapı, Ömer, İcra ve İflas Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2015.

Uyar, Talih, “Kiralanan Taşınmazların İlamsız İcra Yolu İle Tahliyelerinde “Takip Talebi”, “İhtarlı Ödeme Emri” ve “Ödeme Emrine İtiraz Şekli ve Süresi”, İBD, C. 83, S. 4, Y. 2009, (ss.1805-1826).

Uyar, Talih/ Uyar, Alper/ Uyar, Cüneyt, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 3. Baskı, C. 3, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.

Üstündağ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014.

Yıldırım, Mehmet Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015

İŞ SÖZLEŞMESİNDE FESİH HALLERİ

*Arş. Gör. Arif KALKAN**

ÖZET

Sürekli bir borç ilişkisi doğuran iş sözleşmesi, farklı şekillerde sona ermektedir. Bu sona erme hallerinden en kapsamlısı dolayısıyla en önemlisi fesihdir. Zira iş sözleşmesinin fesih ile sona ermesine ilişkin birçok kural bulunmaktadır. Kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshi mümkündür. Ancak belirli şartların bulunması durumunda belirli süreli iş sözleşmeleri de feshedilebilmektedir. İşte çalışmamızda iş sözleşmesinin feshi, Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu açısından ele alınmıştır.

ANAHTAR KELİMELEER: İş Sözleşmesi, Fesih, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi, Süreli Fesih, Haklı Nedenle Fesih, Eylemli Fesih

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD.
Makale Geliş Tarihi: 16.10.2017
Makale Kabul Tarihi: 22.03.2018

ABSTRACT

There are different types of termination for labor contracts that causes perpetual/continues debts. The most important and inclusive one is termination of the contract. Forasmuch, there are many rules about terminating a labor contracts. In principle, it is possible to terminate a labor contract for indefinite duration. Yet, it is also possible to terminate a labor contract for definite duration only under certain conditions. In this paper, termination of labor contracts are examined in the light of Turkish Code of Obligations and Labor Code.

KEYWORDS: Labor Contract, Termination, Labor Contracts for Indefinite Duration, Labor Contracts for Definite Duration, Termination with Time Limit, Termination for Default, Termination in Practice.

I. GİRİŞ

Borçluyu belli bir süre devamlı olarak bir edim yükümlülüğü altında bırakan borç ilişkilerine, sürekli borç ilişkisi adı verilir¹. Kira, ödünç, saklama, ortaklık, acentalık vb. sözleşmelerinin tarafları açısından bu nitelikte bir borç ilişkisi doğar. Örneğin kiraya veren, kira sözleşmesi süresi içerisinde kiralananın kiracı tarafından kullanılmasına katlanmakla yükümlüdür. Bir başka deyişle kira sözleşmelerinde kiraya verenin borçlandığı edim süreklidir. Burada borçlanılan edimin sürekliliğinden maksat borçlunun borçlandığı edimi belli bir süresi içerisinde ifa etmesidir². Dolayısıyla borçlunun ifa fiilleri veya davranışları uzun bir süre alsa dahi, ifa alacaklı açısından bir anda ve bir defada gerçekleşiyorsa sürekli edimli borç ilişkisinden bahsedilemez³.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden birisi de iş sözleşmesidir. Zira iş sözleşmesinin taraflarından birisi olan işçi, devamlı olarak iş görme edimini yerine getirmektedir. İşte taraflardan birisinin işçi olduğu iş sözleşmesinin tanımı, 4857 sayılı İş Kanununda (İŞK'da) yapılmıştır. İŞK m. 8/1'e göre "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan" sözleşmedir. Bir başka deyişle işçinin işverene bağımlı olarak iş görmesi sonucu işverenin ücret ödemesi ilişkisini

¹ Özer **Seliçi**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 4; İhsan **Erdoğan**, Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Ankara 1997, s. 90; Şeref **Ertaş**, Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, İzmir 2014, s. 3094; Cem **Baygın**, Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri - Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 3-4, Erzincan 2010, s. 134; Şaban **Kayhan**/Mustafa **Ünlütepe**, Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S.3, İstanbul 2014, s. 174.

² Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, 18. Bası, s. 107; **Seliçi**, s. 6-7; Saibe **Oktay**, Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 3, İstanbul 1997, s. 210; Pınar Altınok **Ormancı**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011, s. 9.

³ **Seliçi**, s. 8; **Erdoğan**, s. 90; **Ertaş**, s. 3095; **Eren**, Genel Hükümler, s.108; **Oktay**, s. 210; **Baygın**, s. 134; **Ormancı**, s. 28.

doğuran hukuki işleme, iş sözleşmesidenir⁴. İş sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundada (TBK'da da) düzenlenmiştir. Ancak İŞK'da kullanılan iş sözleşmesi kavramından farklı olarak TBK'da hizmet sözleşmesi kavramı tercih edilmiştir. TBK m. 393'e göre "*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zama-na veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*"⁵.

Kanaatimizce TBK'da hizmet sözleşmesi kavramının kullanılması ye-rinde olmamıştır. Zira hizmet kavramı, kapsamı alanı itibariyle TBK'da kullanı-lan hizmet kavramından daha geniştir. Gerçekten hizmet, birinin işini görme veya birine yarayan bir işi yapma anlamına gelmektedir⁶. Oysa sözleşme huku-ku açısından iş görme borcunu doğuran birçok sözleşme bulunmaktadır. Bunlar vekâlet, eser, yayım vb. sözleşmeler olarak sıralanabilir⁷. Dolayısıyla hizmet sözleşmesi kavramı aslında diğer iş görme borcu doğuran sözleşmeleride kap-sayan bir anlama gelmektedir. Keza bu durumu Tüketicinin Korunması Hak-kında Kanunda (TKHK da) doğrulamaktadır. Zira TKHK m. 3/d'de "*Hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu*" olarak tanımlanmıştır.

⁴ Ünal **Narmanhoğlu**, İş Hukuku/Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2012, s. 167.

⁵ Doktrinde 818 sayılı Borçlar Kanunundaki (BK) hizmet sözleşmesinin tanımı, eleştirilmek-teydi. Zira BK m. 313'e göre "*hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gay-ri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve işsahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt ettiği sözleşme*" olarak ifade edilmişti. İlgili tanımın lafzı dikkate alındığında hizmet sözleşmesin-den bahsedebilmek için iş görme ve ücret unsurunun var olması yeterli olup; hizmet sözleş-mesinin asıl unsuru olan bağımlılık ilişkisinden söz edilmemişti. Bu sebeple BK m.313'deki tanım, sözleşmenin tüm unsurlarını dikkate alınmadan yapılması doktrinde eleştirilmesinin temel sebebi olmuştu. Bu durum ise hizmet sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmeleri arasın-daki farkının anlaşılmasına sebep olmuştur (Safa **Reisoğlu**, Hizmet Akdi Mahiyeti – Un-surları – Hükümleri, İstanbul 1968, s. 1 vd; **Narmanhoğlu**, s. 166; Nuri **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s. 71). 2012 yılında yürürlüğe giren TBK'da doktrindeki bu eleştiri dikkate alınarak hizmet sözleşmesi yukarı da belirtildiği üzere yeniden tanımlanmıştır.

⁶ Bkz.http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.587dcaf44e7b28.79080017 (17/01/2017)

⁷ Zekeriya **Kurşat**, Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmen-in Hükümü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 67, S.1-2, İstanbul 2009, s. 143; Sera Reyhani **Yüksel**, Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren (Müvekkilin) Borçları, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 134, Aralık 2013, s. 1.

Bu tanım dikkate alındığında mal sağlamaya yönelik satış sözleşmesi dışındaki eser, vekâlet, simsarlık vb. sözleşmeler hizmetin konusunu oluşturur. Bu sebeple hizmet kavramının kapsamı dikkate alındığında TBK'da da iş sözleşmesi kavramının tercih edilmesi yerinde olur⁸. Bu gerekçelerle biz çalışmamızda iş sözleşmesi kavramını kullanacağız.

İş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçiyi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişi olmayan kurum veya kuruluşlara işveren adı verilir (İşK. m.2/1). Sözleşme özgürlüğü⁹ kapsamında işçi ile işveren iş sözleşmesi akdedebilir. İşçinin iş görme edimini devamlı olarak yerine getirdiği iş sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Ancak iş sözleşmesi, her ne kadar bünyesinde süreklilik unsuru taşısa da, bu sözleşmenin de bir nok-

⁸ Doktrinde de TBK'da iş sözleşmesi yerine hizmet sözleşmesi kavramının kullanılması eleştirilmektedir. Zira bu durum terim birliğinin sağlanamaması yol açmaktadır (**Narmanhoğlu**, s. 165; Serkan **Ayan**, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 4, Ankara 2005, s. 432; Başak **Güneş**/Faruk Barış **Mutlay**, Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesine" İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 3, İstanbul 2011, s. 235).

⁹ Doktrinde sözleşme özgürlüğü olarak adlandırılan bu ilke, hukuki düzenin sınırları içerisinde kişilerin irade beyanları ile diledikleri hukuki işlemi yapabilme ve diledikleri hukuki sonucu meydana getirebilme özgürlüğünü ifade etmektedir. Sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebilirler (TBK m.26). Keza sözleşme özgürlüğü sözleşmenin diğer tarafı ile şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlüğünü de kapsamaktadır. (**Eren**, Genel Hükümler, s. 16; Sermet **Akman**/Haluk **Burcuoğlu**/Atilla **Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 59; Hüseyin **Hatemi**/Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015, s. 58; Safa **Reisoğlu**, Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 2013, s. 81; Ali Naim **İnan**/Özge **Yücel**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 77; Akın **Ünal**, Kelepçeleme Sözleşmeleri, Ankara 2012, s. 37; Herdem **Belen**, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 2014, s. 91; Derya **Ateş**, "İrade Özerkliği Kapsamında MK. M. 23/II İrade Özerkliği Kapsamında MK m. 23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Ankara 2007, s. 136). Sözleşme özgürlüğü, iş sözleşmeleri açısından da geçerlidir. Fakat İşK'da sözleşme özgürlüğü sosyal düşüncelerle türlü biçimlerde sınırlandırılmıştır. Bir başka deyişle İşK'da iş sözleşmesinin içeriğini, şeklini ve bu sözleşmenin taraflarını belirleme özgürlüğü bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Hatta bazı durumlarda sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir (Sarpek **Süzek**, İş Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2012, s. 313; **Narmanhoğlu**, s. 192; **Çelik**, s. 132; Yusuf **Yiğit**, Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bu Serbestinin Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, İzmir 2012, s. 107; Hasan **Geniş**, Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Sınırları, Ankara 2013, s.47). Mesela İşK m. 8/2'e göre "süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur". Bu düzenleme işçi ile işverenin iş sözleşmesini istediği şekilde yapma özgürlüğünü sınırlandırmaktadır.

tada sona ermesi gereklidir¹⁰. İşte iş sözleşmesinin sona ermesi bazen kendiliğinden olabileceği gibi bazen de işçi ile işverenin karşılıklı anlaşması sonucu gerçekleşir¹¹. Örneğin işçinin ölümü ve belirli süreli iş sözleşmelerinde sürenin bitmesi hallerinde iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. Fakat iş sözleşmesinin feshi halinde işçi veya işverenin beyanına ihtiyaç vardır. Bir başka deyişle işçi veya işverenden birisinin diğer tarafa yapmış olduğu fesih bildiriyle iş sözleşmesi sona ermektedir. Biz çalışmamızda iş sözleşmesinin feshi ve sebeplerini hem TBK hem İşK açısından ayrı ayrı ele alacağız.

A. Fesih Kavramı

Fesih, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri ileriye etkili olarak sona erdiren yenilik doğuran bir haktır¹². Sözleşmenin taraflarından birisi bu hak ile diğer tarafın onayını almadan sözleşmeyi sona erdirebilmektedir¹³. Bu usulle sözleşmeyi feshetmek isteyen kişi karşı tarafa fesih beyanında bulunmalıdır¹⁴. Fesih beyanı, muhataba varma anından itibaren hukuki sonuçlarını doğu-

¹⁰ Seliçi, s. 33.

¹¹ Selda Taşyürek, Ayrımcılık Sebebi İle İş Akdinin Haksız Feshinde Ayrımcılık Tazminatı ile İş Güvencesi Tazminatına Birlikte Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.3, İstanbul 2013, s. 420.

¹² Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet 'İş' Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 41; Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, 2. Bası, s. 115; Reisoğlu, s. 147; Seliçi, s. 115; Tamer İnal, Borca Aykırılık/Dönme ve Fesih, Ankara 2014, 4. Bası, s. 55; Ali Cengiz Köseoğlu, İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, İstanbul 2011, s. 60; Gaye Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, s. 361; Durmuş Özcan, İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, s. 5; Gülsevil Alpagut, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Ankara 2010, s. 132; Eda Manav Özdemir, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s. 29; Gizem Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz Ve Feshe İtirazın Sonuçları, Ankara 2007, s. 81; Ünal Ertabak, İş Güvencesinin Kapsamı Geçerli - Geçersiz Fesih Sebepleri ve Fesih Usulü Geçersiz Fesih İtirazı ve Sonuçları, Ankara 2012, s. 103 vd; Osman Usta, İş Hukukunda Akdin Fesihden Doğan Tazminatlar ve Uygulamalar, Ankara 1998, s. 1 vd.

¹³ Serozan, s. 115.

¹⁴ Türk hukukunda fesih hakkı ile dönme hakkı sürekli olarak birbirine karıştırılmaktadır. Ancak bu haklar birbirinden farklıdır. Türk Hukukunda fesih ile dönme haklarının birbirinden farklı olduğunu ve bu kargaşanın ortaya çıkmasında yabancı kavramların Türkçeye yanlış çevrilmesi olduğunu ilk belirten İsmet Sungurbey olmuştur (İsmet Sungurbey, Salelles, Von Tuhr, Wieland'ın Eserlerinin Türkçeleri Üzerine Bir İki Söz, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hu-

Yenilik doğuran bir hak olan fesih, şarta bağlanamaz ve ancak bir kez kullanılmaya elverişlidir¹⁵. Keza bu hak kullanılıp sonuç doğurduktan sonra karşı tarafın rızası olmadan geri alınamaz¹⁷.

Fesih bildirim kavramının da bu başlık altında ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Yukarıda izah ettiğimiz üzere fesih, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri ileriye etkili olarak sona erdiren yenilik doğuran bir haktır. Fesih bildirim ise sözleşmeyi belirli bir sürenin geçmesiyle veya derhal sona erdiren irade beyanı olarak tanımlanabilir¹⁸. Bu irade beyanı¹⁹ TBK’da adi ortaklık sözleşmeleri, kira sözleşmeleri ve iş sözleşmelerinde kullanılan bir kavramdır. Keza İŞK’da da fesih bildirimine ilişkin düzenleme bulunmaktadır.

İş sözleşmesi, fesih beyanının ulaşmasıyla ya da ulaşmasından sonra belirli bir sürenin geçmesiyle sona erebilir. Zira fesih sebebi haklı sebebe dayanıyorsa, fesih beyanının muhataba varmasıyla sözleşme sona erer. Fakat haklı sebep dışındaki fesih hallerinde yasal sürelerin geçmesi ile iş sözleşmesi son bulur.

kuk Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1, İstanbul 1957, s. 81; **Serozan**, s. 115; Gülgün **Anık**, Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 59, Ankara 2005, s. 223). Fesih hakkının kullanılmasıyla geleceğe etkili hukuki sonuçlar doğar. Fakat dönme hakkının kullanılması durumunda geçmişe etkili hukuki sonuçlar dameydana gelir. Zira dönme hakkı, ani edimli borç ilişkilerindeki eski hale iadeyi sağlamaya yönelik tek yanlı bir hukuki işlemdir (**Serozan**, s. 118-120; Çağlar **Özel**, Mukayeseli Hukuk İşliğinde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1998, s. 73; **Anık**, s. 223).

¹⁵ **Çelik**, s. 201.

¹⁶ Vedat **Buz**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2015, s. 57 vd.; Harun Demirbaş, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2007, s. 23 vd.

¹⁷ **Buz**, s. 57; **Demirbaş**, s. 28.

¹⁸ Fesih bildirim, belirsiz süreli iş sözleşmesini, tek taraflı varması gerekli irade beyanı ile belirli bir süre sonra veya derhal sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır (**Süzek**, s. 532; **Narmanhoğlu**, s. 351; Cevdet İlhan **Günay**, İş Davaları, Ankara 2008, s. 199; **Çelik**, s. 198; **Köseoğlu**, s. 60; Seracettin **Göktaş**, İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 1, Ankara 2008, s. 19; Nuri **Çelik**, Toplu İş Sözleşmeleri İle Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Artırılmasında Karşılaşılan Sorunlar, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.4, İstanbul 2011, s. 12).

¹⁹ Fesih bildirim, karşı tarafa yönelmiş tek taraflı bir beyandır (**Günay**, s. 199; **Köseoğlu**, s. 60). Bu bildirim hukuki sonuç doğurması için karşı tarafa ulaşması yeterlidir. Dolayısıyla karşı tarafın kabulüne ihtiyaç yoktur (**Narmanhoğlu**, s. 351; **Çelik**, s. 198).

Fesih bildiriminde fesih beyanının açık olması yeterli olup fesih ifadesinin yer alması gerekmez²⁰. Ayrıca İşK m. 17 gereği kural olarak fesih bildiri mi, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusu olur. Aynı şekilde TBK m. 432/1’de de belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce, fesih bildiriminde bulunulması gerektiği açıkça belirtilmiştir²¹.

İş sözleşmesinin feshi, İşK, TBK ve bazı özel kanunlarda düzenlenmiştir. Çalışmamızda iş sözleşmesinin feshi, İşK’nın yanısıra TBK açısından da ele alınmıştır. Zira TBK’da genel nitelikte hükümler yer almaktadır. Bu hükümler uygun düştüğü ölçüde İşK’na da uygulanır. Dolayısıyla TBK’daki düzenleniş şekline göre iş sözleşmesinin feshinin ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

B. Türk Borçlar Kanununa Göre İş Sözleşmesinin Feshi ve Sebep- leri

1) Genel Olarak

TBK m. 393/1’e göre “iş(hizmet) sözleşmesi, işçinin işverene bağlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”. Tanım dikkate alındığında öncelikle iş sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli olarak akdedilebileceğini söyleyebiliriz. Keza bir iş sözleşmesinden bahsedebilmemiz için işçinin, işverenin emrinde ona bağlı olarak iş görmesi ve işçinin fiziki

²⁰ Köseoğlu, s. 60.

²¹ TBK m. 430/3’e göre belirli süreli sözleşmelerde taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Bu şekilde yapılan fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder. Dolayısıyla ilgili düzenlemeye göre belirli süreli iş sözleşmelerinde de fesih bildiri mi mümkündür. Ancak bu bildirim gerçeğe dönüşmesi için iş sözleşmesi on yıldan uzun süreli olmalıdır (Narmanhoğlu, s. 343).

ve/veya fikri iş görme fiilinin karşılığında işverenin ücret ödemesi gerekmektedir. Aksi takdirde taraflar arasında iş sözleşmesinin varlığından bahsedemeyiz²².

TBK m. 430-447’de iş sözleşmesinin sona erme sebepleri ile sözleşmenin sona ermesinin sonuçları düzenlenmiştir. Kanun koyucu iş sözleşmesinin sona erme hallerini, sözleşmenin belirli süreli ve belirsiz süreli olması açısından ayrı ayrı ele almıştır. Biz de çalışmamızda iş sözleşmesinin sona erme hallerinden birisi olan feshi, TBK sistematığına uygun olarak sözleşmenin belirli ya da belirsiz olması açısından ayrı ayrı ele alacağız.

2) Türk Borçlar Kanununa Göre Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Feshi

Belirli süreli iş sözleşmeleri, kural olarak sürenin bitmesiyle sona ermektedir (TBK m. 430/1)²³. Bu sebeple işçi veya işverenin ayrıca fesih bildiriminde bulunmasına gerek yoktur. Ancak bazı hallerde belirli süreli iş sözleşmeleri, fesih bildirimiyoluyla sona erebilir. Buna göre belirli süreli iş sözleşmenin fesih bildirimiyoluyla sona erme hallerinden ilkinin belirsiz süreli bir sözleşmeye dönüşmesi olduğunu söyleyebiliriz. Zira TBK m. 430/2’ye göre “*Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belir-*

²² Bu durumda hizmet sözleşmesi değil, taraflar arasındaki ilişkiye göre vekâlet sözleşmesi veya hatır sözleşmesinden bahsedilebilir (Cevdet **Yavuz**, Borçlar Özel Hükümleri, Ankara 2014, s.874; Cevdet **Yavuz**, Medeni Hukuka ve Borçlar Hukukuna İlişkin Mahkeme Kararları Kroniği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 51, S.1-4, İstanbul 1986, s. 624; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 532-533).

²³ İş akdi şartlarının bir yıl için geçerli olduğunun yazılması iş akdini belirli süreli hale getirmez (Yarg. 7. HD. T. 24.1.2014, E. 2013/22266, K. 2014/1010) (www.kazancı.com)(05/12/2016).

siz süreli sözleşmeye dönüşür"²⁴. İşte belirsiz süreli bir sözleşmeye dönüşen belirli süreli iş sözleşmesi, fesih bildirim yoluyla sonaerebilir²⁵.

Belirli süreli iş sözleşmenin fesih bildirim yoluyla sona erme hallerinden ikincisi tarafların bu konuda anlaşmalarıdır. Bir başka deyişle taraflar belirli süreli iş sözleşmesini fesih bildirim yoluyla sona erdirebileceklerini kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda belirli süreli iş sözleşmesi fesih bildirim yoluyla sona erebilir.

²⁴ Ayrıca TBK m. 430/4'te "Sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür" hükmüne yer verilmiştir. İlgili fıkra gereği belirli süreli sözleşmeler sona ermesine rağmen örtülü olarak devam ediyor ve taraflar fesih bildirim yoluyla sözleşmeyi sona erdireceklerini kararlaştırmış olmalarına rağmen iki taraf da sözleşmeyi fesih bildirim yoluyla sona erdirmemişlerse sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.

²⁵ Belirli süreli sözleşme, esaslı bir sebebin varlığı halinde süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülse dahi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmez. Bir başka deyişle taraflar esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli iş sözleşmesi kurabilir. Yargıtay bir kararında yapılan işin niteliğinin belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önem arzettiğini özellikle vurgulamıştır. İlgili karara göre "Belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak 'belirli süreli iş sözleşmesi' yapılabilir. TBK m. 430'a göre ilk defa yapılacak olan sözleşmelerde objektif nedenin öngörülmemiş oluşu, önceki özel kanun olan İşK m. 11'deki objektif nedenlerin varlığını ortadan kaldırmaz. İşK m. 11'de esaslı bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste yapılamayacağı kuralı ile bir ölçüde koruma sağlanmak istenilmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması sonucunu doğurmamalıdır. Son zamanlarda Dairemizin genel görüşü yurtdışı müteahhlik işlerinde işçiyle işveren arasında yapılan iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olduğu kabul edilmiştir. Her ne kadar taraflar arasında yapılan iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu belirtilmiş ise de dosya kapsamına göre ilişkinin belirli süreli olması gerektirir bir delil ibraz edilememiştir. Somut uyuşmazlıkta iş sözleşmesi belirsiz süreli olup davacı iş sözleşmesi sona erdikten sonrası için ücret talep edemez. Mahkemece davacının iş sözleşmesi sona erdikten sonraki döneme dair bakiye süre ücreti talebinin reddi gerekirken kabulü isabetsizdir"(Yarg. 9. HD, T. 11.6.2013, E. 2013/6178, K. 2013/17934) (www.kazancı.com)(05/12/2016). Dolayısıyla belirli süreli sözleşmenin kurulmasını mümkün kılan objektif koşulların varlığı halinde sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü iddiasında bulunulamayacaktır (Süzek, s. 254; Narmanlıoğlu, s. 218; Çelik, s. 93). "Davacı, davalı işyerinde hemşire olarak çalışmaya başlamış olup, işe girdiği tarihte belirli süreli bir iş sözleşmesi yapılmamıştır. Çalışmaya devam ettiği sırada bir yıllık belirli süreli sözleşme düzenlenmiş, bir yıllık çalışma süresi dolmadan davalı işyerinden ayrılmıştır. Dairemizce kabul edilen içtihatlar ve yukarı da belirtilen ilke kararımız doğrultusunda davacının niteliği ve yaptığı iş itibarıyla işyerinde halen çalıştığı sırada belirli süreli hizmet akdinin yapılmasını gerektiren objektif nedenler bulunmamaktadır. Bu nedenle yapılan sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabul edilmelidir" (Bkz. Yarg. 9. HD, T. 18.3.2010, E. 2008/22539, K. 2010/7180) (www.kazancı.com)(05/12/2016). Esaslı 'objektif' sebeplerin varlığı hakkında doktrinde ayrıntılı olarak örnekler verilmiştir (Çelik, s. 10 vd.; Yeliz Bozkurt Gümüşçüoğlu, Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012, s.159 vd.).

Belirli süreli iş sözleşmesi on yıldan uzun sürüyorsa taraflar sözleşmeye feshetme hakkına sahiptir (TBK m. 430/3)²⁶. Bu fesih hakkı, belirli süreli iş sözleşmesini fesih bildiri yoluyla sona erdiren üçüncü haldir. Hem işçi hem de işveren iş sözleşmesini bu şekilde sona erdirebilir. Fakat bu fesih hakkının kullanılabilmesi için iş sözleşmesinin on yıldan uzun sürmesi gereklidir. Dolayısıyla on yıldan uzun süreli iş sözleşmeyi fesheden taraf, altı aylık fesih bildirim süresine uyması gerekmektedir. TBK m. 430/3 c. 2 gereği fesih, bu bildirim süresini izleyen aybaşında hüküm ifade eder.

TBK m. 433/1’de deneme süresi²⁷ içerisinde tarafların sözleşmeyi feshetmesinin mümkün olduğu öngörülmüştür. Belirli süreli iş sözleşmelerinde de deneme süresi belirlenebilir. Dolayısıyla bu süre içerisinde taraflar sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir²⁸. İşte deneme süresinde taraflara tanınan fesih hakkı, belirli süreli iş sözleşmesinin fesih bildiri yoluyla sona ereceği dördüncü haldir. Bu fesih hakkı hem işçi hem de işveren tarafından deneme süresi içerisinde kullanılabilir. Keza bu durumda tarafların herhangi bir fesih süresine uymasına da gerek yoktur.

Belirli süreli iş sözleşmesinin fesih bildiri yoluyla feshedebileceği son hal ise haklı nedenle fesihtir. TBK m. 435/1’de “*Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir*” hükmüne yer verilmiştir. İlgili dü-

²⁶ Bu düzenleme aslında TMK m. 23’ün bir yansımasıdır. Bir başka deyişle kanun koyucu on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini, sözleşme özgürlüğünü aşan kişilik haklarını aşırı sınırlayan bir hukuki işlem olarak kabul etmiştir (Alper **Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, C.1, İstanbul 2013, s. 512).

²⁷ İş sözleşmesinde deneme süresinin TBK m. 433/1’e göre iki ayı aşmaması gerekmektedir. İş sözleşmesinde deneme süresinin öngörülmesi hem işçi hem işveren açısından önem arz eder. Zira işçi işyerinin ve çalışma koşullarının kendisine uygun olup olmadığını anlamak isteyebilir. Keza işverende işçinin bilgisi, yeteneği, çalışkanlığı veya kişiliği hakkında bilgi sahibi olmak amacıyla olabilir. Kanun koyucu bu durumu dikkate alarak iş sözleşmelerinde deneme süresi öngörülmüştür.

²⁸ **Çelik**, s. 108.

zenlemeye göre taraflar iş sözleşmesini haklı nedenlerin²⁹ varlığı halinde derhal fesheder. Dolayısıyla bu düzenleme taraflara iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı tanımaktadır³⁰. Bir başka deyişle TBK m. 435/2'de belirtilen bildirim sürelerine işçi veya işverenin uyması gerekmemektedir.

Belirli süreli sözleşmeyi haklı sebeple feshetmek isteyen taraf, haklı sebebi ve derhal feshettiğini karşı tarafa açıkça bildirmelidir. Bildirimin şekli kural olarak yazılı olmak zorundadır (TBK m. 435/1 c.2)³¹. Tek taraflı irade açıklamasıyla kullanılan haklı sebeple fesih, hukuki bir muamele niteliğindedir. Keza kullanılmakla hükümlerini derhal ve kendiliğinden doğurur³². Dolayısıyla iş sözleşmesine haklı sebeple fesih yoluyla son verilmesi, olağanüstü

²⁹ Türk Borçlar Kanunu'nda haklı sebeple sözleşmesinin feshi sadece iş sözleşmesini sona erdiren bir usul olarak ele alınmamıştır. Adi ortaklık sözleşmesi de haklı sebeple feshedilebilir. 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) zamanında adi kira, hasılat kirası, ölünceye kadar bakma, hizmet ve adi şirket sözleşmeleri için sözleşmeyi sona erdiren bir imkân olarak haklı sebeple fesih hakkı tanınmıştır. Ancak TBK'da adi kira, hasılat kirası ve ölünceye kadar bakma sözleşmesini sona erdiren hallerden birisi olarak önemli fesih terimine yer verilmiştir. Kanaatimizce terim birliğinin sağlanması açısından adi kira, hasılat kirası, ölünceye kadar bakma, hizmet ve adi şirket sözleşmeleri sona erdiren bir imkan olan haklı sebeple fesih teriminin kullanılması yerinde olacaktır.

³⁰ Hizmet sözleşmesinin haklı sebeple feshi, İsviçre Borçlar Kanununun 337. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili düzenlemede haklı nedenin varlığı halinde işçi ve işverenin sözleşmeyi her zaman, derhal etki edecek şekilde feshedebilecekleri; karşı tarafın talebi halinde sözleşmeyi fesheden tarafın yazılı olarak gerekçesini bildirmesi gerektiği öngörülmüştür (**Ormancı**, s. 104; **Gümüş**, s. 523; **Baycık**, s. 353-354).

³¹ Haklı nedenle derhal feshin şekli konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre TBK m. 435/1 c.2'deki yazılı şekil kuralı geçerlilik kuralıdır. Dolayısıyla sözleşmenin haklı nedenle derhal feshinde, fesih nedeninin yazılı olarak bildirilmemesi halinde, fesih haksız niteliği taşıyacaktır (**Yavuz**, Borçlar Özel, s. 959; **Polat Soyer**, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, Sicil, Ankara 2011, s.14; **Gülsevil Alpagut**, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sergisi, C. 8, S. 31, İstanbul 2012, s.938). Bir başka görüşe göre ise TBK m. 435/1 hükmü ne yazılı geçerlilik ne de fesih hakkını kullanan taraf için derhal fesih hakkını kullanırken yazılı bir sebep bildirme şeklindedir. Haklı nedenle fesihte, sözlü fesih beyanı da hüküm ve sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla yazılı olarak bildirme yükümlülüğünün ihlali feshi geçersiz hale getirmez (**Gümüş**, s. 524; **Baycık**, s. 353-354; **Esra Baskan**, Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasına İlişkin Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeni Düzenlemeler ve İş Kanununa Etkisi, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sergisi, C. 9, S. 35, İstanbul 2013, s.112-113).

³² Aydın **Zevkililer/Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s. 461; **Fatma Burcu Savaş**, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012, s. 45 vd.

ve derhal sonuç doğuran bir fesih şeklidir³³. TBK’da haklı nedenle fesih hallerinin neler olacağı tek tek sayılmamıştır. Kanun koyucu, TBK m. 435/2’de genel bir düzenlemeyle haklı sebebin tanımına yer vermiştir³⁴. İlgili fıkra göre “Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır”. Ancak konunun devamında ele alınacağı üzere İŞK’da gerek işçi gerek işveren açısından haklı sebep oluşturacak haller tek tek ele alınmıştır. Hâkim uygun düşüğü ölçüde İŞK’daki bu düzenlemelerden yararlanabilir³⁵.

3) Türk Borçlar Kanununa Göre Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Feshi

Belirsiz süreli iş sözleşmesi, ikale³⁶ veyse³⁷ya da işverenin ölümü³⁸ sebepleriyle sona erebilir. Keza fesih bildirimini de belirsiz süreli iş sözleşmesini sona erdirecek hallerden birisidir. Daha öncede belirttiğimiz üzere kural olarak

³³ **Yavuz**, Borçlar Özel, s. 961.

³⁴ Hizmet sözleşmesinin haklı sebeple feshedilmesi için karşı tarafın kusurlu olması şart değildir. Kusur TBK m. 437 uygulanırken dikkate alınır. Bir başka ifadeyle sözleşmenin haklı nedenle feshine yol açan tarafın kusuru tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacaktır (**Gümüş**, s. 525).

³⁵ **Gümüş**, s. 526.

³⁶ İ kale arapça kökenli bir terimdir. Hukuki manada bir sözleşmenin iki tarafın anlaşmasıyla ortadan kaldırılması olarak ifade edilmektedir. Bir başka deyişle tarafların aralarındaki akdi ilişkiyi sona erdirmek amacıyla yeni bir sözleşme yapmak suretiyle karşılıklı olarak alacak ve borçlarından vazgeçmeleridir (Hasan Nüvit **Gerek**, İş Sözleşmesinin İ kale Sözleşmesi İle Sonna Ermesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 4, İstanbul 2011, s. 44; Cevdet İlhan **Günay**, İ kale Sözleşmesi, Çimento İşveren Dergisi, C. 23, S. 5, İstanbul 2011, s. 5; Abdurrahman **Savaş**, Türk Borçlar Hukukunda İ kale Sözleşmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 26, Ankara 2016, s. 11; Erdem **Özdemir**, İ kale ve Alternatif Bir Öneri Olarak “Sulh Sözleşmesi”, Çimento İşveren Dergisi, C. 27, S. 3, İstanbul 2013, s. 33).

³⁷ TBK m. 440: “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür”.

³⁸ TBK m. 441: “İşverenin ölümü hâlinde, yerini mirasçıları alır. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.

Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer. Ancak, işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunabilir”.

fesih bildirimini, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusu olur³⁹. Bu durum belirsiz süreli iş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira iş sözleşmesine, taraflarının sınırsız süre ile bağlı kalınmasının istenmesi kişilik hakkının korunması ilkesi ile bağdaşmaz⁴⁰. Bir başka deyişle fesih bildirimini yoluyla belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona erdirilmesi kişilik haklarının korunması ilkesine dayanmaktadır⁴¹. Dolayısıyla belirsiz süreli sözleşmeler, kanunun öngördüğü sürelerle uyularak sona erdirilebilir⁴².

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarından her biri, sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir⁴³. Ancak tarafların TBK m. 432/2’de öngörülen fesih sürelerine uymaları gerekmektedir. İlgili düzenlemeye göre “*İş sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer*”. Bu sürelerin tarafların anlaşmasıyla kısaltılması mümkün değildir. Zira ilgili fıkranın emredici niteliktedir. Ancak TBK.m.432/2’de belirtilen süreler taraf-

³⁹ Bkz. Fesih Kavramı, A.

⁴⁰ **Süzek**, s. 532;

⁴¹ Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde fesih yoluyla sona erdirmenin tanınmasının temelinde kişilik haklarının korunması ilkesi vardır. Zira hayat boyu veya sınırsız bir süre ile işçi veya işverenin sözleşmeye bağlı kalması kişi özgürlüğü ile bağdaşmaz (Ulaş **Baysal**, İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, s. 5).

⁴² **Gümüş**, s. 513.

⁴³ “*Davalı yan, tahliye işlemini bir başka deyişle deponun boşaltılmasını davacının kusurlu hareketleri sonucunda geciktirdiği savunmasında bulunmuştur. Bu durumda mahkemece, davalı yana tahliyenin davacının kusurlu hareketleri sonucu geciktirdiği yönündeki delilleri sorulup toplandıktan sonra, alınan bilirkişi raporunda dava konusu faturanın tanziminde piyasa rayiç fiyatları olan spot fiyatlarının uygulandığının belirtildiği de gözetilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*” gerekçesiyle bozulmuştur. Mahkemece, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda tahliye işleminin gecikmesinin davalının değil davacının kusurlu hareketi sonucu meydana geldiği, bu sebeple de oluşan gecikmeden dolayı davalıya kusur yüklenemeyeceği, dava konusu faturanın yasal ve haklı nedeni bulunmadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davalının, taraflar arasındaki sözleşmeyi feshederek, davacıya ait depodaki ürünlerini 01.03.2011 tarihinde tasfiye edeceğini bildirdiği uyuşmazlık konusu değildir. Bu durumda, davalı depoyu boşaltma işini zamanında tamamlamadığından kusurlu olup, mahkemece yanılığın değerlendirilmesi ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir” (Yarg. 19. HD. T. 17.2.2015, E. 2014/16938, K. 2015/2052) (www.kazancı.com)(05/12/2016).

ların anlaşması ile uzatılabilir. Keza TBK m. 432/5'e göre fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur. Sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır. İş sözleşmesinin askıya alındığı hâllerde ise fesih bildirim süreleri mez⁴⁴. Ayrıca işveren, işçinin fesih bildirim süresine ait ücretini ödeyerek bildirim sürelerini beklemeden sözleşmeyi feshetme hakkına da sahiptir(TBK m. 432/4).

TBK m. 432/1'de "*belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce, durumun diğer tarafa bildirilmesi gerektiği*" yönünde hükme yer verilmiştir. İlgili hükme göre fesih bildirim yoluyla belirsiz süreli iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen kişinin, karşı tarafa sözleşmeyi feshettiğine yönelik beyanını bildirmesi gerekmektedir. Ancak ilgili hükmün lafzı dikkate alındığında fesih bildiriminden önce, karşı tarafın fesih bildirimini konusunda ayrıca bilgilendirilmesi gerektiği gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. İlgili fıkranın bu şekilde yorumu fesih bildirim niteliği ile uyumsuz⁴⁵. Bu sebeple taraflardan birisinin belirsiz süreli sözleşmeyi feshettiğine yönelik beyanının, diğer tarafa ulaşması ile bu beyan hüküm ve sonuçlarını doğurur⁴⁶. Sözleşmeyi feshetmeyi düşünen tarafın ayrıca diğer tarafı bu konuda bilgilendirmesi gerekmez⁴⁷.

İş sözleşmesinin tarafları sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli sözleşme olup olmadığına bakılmaksızın haklı sebeple sözleşmeyi sona erdirebilir. Dolayısıyla belirsiz süreli iş sözleşmesi, haklı nedenlerin varlığı halinde derhal feshedebilir.

⁴⁴ **Gümüş**, s. 516-517.

⁴⁵ **Gümüş**, s. 515.

⁴⁶ **Eren**, Borçlar Özel, s. 557; **Buz**, s. 57; **Demirbaş**, s. 28; **Süzek**, s. 532; **Narmanlıoğlu**, s. 351; **Günay**, s. 199; **Çelik**, s. 198; **Köseoğlu**, s. 60; **Göktaş**, s. 19.

⁴⁷ Fesih bildiriminin diğer tarafa ulaşması belirsiz süreli sözleşmenin sona ermesi anlamına gelmez. Zira belirsiz süreli sözleşmenin sona ermesi için TBK.m.432/2'de belirtilen sürelerin geçmesi gerekebilir (**Gümüş**, s. 515).

Bu konuda belirli süreli iş sözleşmesinde yaptığımız açıklamalara değinmekle yetiniyoruz⁴⁸.

C. İş Kanunu'naGöre İş sözleşmesinin Feshi ve Sebepleri

1) Genel Olarak

İşK⁴⁹ m. 8'te "*İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir*" hükmüne yer verilmiştir. İlgili tanıma göre bir sözleşmenin iş sözleşmesi olarak adlandırılması için üç unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Bu unsurları iş görme, ücret vebağımlılık olarak sıralanabilir⁵⁰. İş sözleşmesinin tarafları sözleşme özgürlüğü kapsamında (yasal sınırlandırmalara uymak şartıyla) görülecek işi ve ücreti serbestçe belirleyebilir. Keza sözleşme özgürlüğü kapsamında kendi aralarında iş sözleşmesi akdeden işçi ile işveren, iş sözleşmesine son verme özgürlüğüne de sahip olur. Dolayısıyla işçi ile işveren aralarındaki iş sözleşmesi, fesih ya da ikale yoluyla son bulabilir. Ayrıca iş sözleşmesi

⁴⁸ Bkz. Fesih Kavramı, B, 2.

⁴⁹ İşçi ile işveren arasında yapılan sözleşmeye hangi hükümlerin uygulama alanı bulacağı önemli bir husustur. İşK m. 1/1'e göre "*İş kanunun amacı işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemektir*". Keza ilgili maddenin ikinci fıkrasında "*İşK m. 4'teki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır*" hükmüne yer verilmiştir. Son fıkrada ise "*İşyerleri, işverenler, işveren vekilleri ve işçiler, İşK m. 3'teki bildirim gününe bakılmaksızın bu kanun hükümleri ile bağılı olurlar*" şeklinde düzenlenmiştir. İşK m. 1'deki düzenleme dikkate alındığında, İşK m. 4'te belirtilen istisnalar dışında kalan ve iş sözleşmesine dayalı tüm işler kural olarak İşK hükümlerine tabi olur. Keza İşK kapsamında bir kimsenin işçi, işveren veya işveren vekili ya da bir yerin işyeri niteliği kazandığı andan itibaren İşK m. 4'de istisnalar hariç, o kişilere ve yere İşK uygulanır. İşK m. 4'de, İşK'nın uygulama alanı bulamayacağı işler ve iş ilişkileri bentler halinde tek tek sayılmıştır. Örneğince hizmetlerinde, deniz ve hava taşıma işlerinde, sporcular hakkında, tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri vb. iş ve iş ilişkilerinde İşK uygulanmaz. İşte İşK'nın hükümlerinin uygulanmadığı iş veya iş ilişkilerinde, TBK hükümleri tatbik olur. Ancak İşK kapsamı dışında kalan iş veya iş ilişkileri için özel bir kanunda düzenleme bulunmaktaysa, kural olarak bu hükümler uygulanır. Bir başka deyişle İşK kapsamı dışında kalan ve özel iş kanunu kapsamına girmeyen (örn. Deniz İş Kanunu) iş veya iş ilişkilerine TBK tatbik olur. Unutulmamalıdır ki iş sözleşmesi ile ilgili olarak tarafların hak ve borçları bağlamında gerek İşK gerek özel kanunlarda bir düzenleme boşluğu olduğunda, bu konuda TBK'dan yararlanılır.

⁵⁰ Süzek, s. 235; Narmanhoğlu, s. 167; Çelik, s. 84.

işçi ile işverenin ölümü gibi sebeplerle de sona erebilir. Biz çalışmamız açısından sadece iş sözleşmesinin fesih ile son bulması halini ele alacağız.

TBK m. 432/1’de belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce, fesih bildiriminde bulunulması gerektiğini belirtmiştik. İşK’da ise belirsiz süreli iş sözleşmelerinde fesih bildirimini, İşKm. 17/1’de vazedilmiştir. İlgili düzenlemeye göre “*Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir*”. Bu fesih yolu kanun koyucu tarafından süreli fesih olarak adlandırılmıştır.

İş sözleşmesinin fesih yollarından biriside haklı nedenle fesihtir. İşK m. 24-25 gereği iş sözleşmesi, belirli veya belirsiz süreli olması önem arzetmeksizin haklı bir nedenin varlığı halinde fesh edilebilir⁵¹. Dolayısıyla belirsiz süreli iş sözleşmesi, hem İşK m. 17’deki fesih süresine uyararak hem de haklı nedenle feshedilebilir. Belirli süreli iş sözleşmesi ise TBK’deki hükümler saklı kalmak üzere sadece haklı nedenle feshedilebilir. Bu sebeple çalışmamızda iş sözleşmesinin feshi, süreli fesih ve haklı nedenle fesih olmak üzere iki başlık altında ele alınmıştır⁵².

Bu konu başlığı altında İşK m. 109’daki düzenlemeyi de ele almakta fayda bulunmaktadır. Zira İşK m. 109’da “*Bu kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir*” hükmüne yer verilmiştir. İlgili düzenlemedeki koşullar doktrindeki hâkim görüşe göre geçerlilik

⁵¹ **Süzek**, s. 530.

⁵² Belirli süreli iş sözleşmeleri, İşK m. 17 kapsamına dâhil değildir. Dolayısıyla belirli iş sözleşmeleri fesih bildirimini yoluyla sona erdirilemez. Ancak TBK’deki hükümler saklı kalmak üzere İşK m. 24 ve 25’e göre belirli süreli iş sözleşmeleri haklı nedenle feshedilebilir.

şartı olmayıp ispat şartıdır⁵³. Bu sebeple ispat edilmek şartıyla, her ne şekilde yapılmış olursa olsun fesih bildirimini geçerli olur⁵⁴.

2) İş Kanunu'na Göre İş sözleşmesinin Süreli Fesih

Süreli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmesini belirli sürenin⁵⁵ geçmesiyle sona erdiren tek taraflı irade beyanıdır⁵⁶. Bu irade beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurması için karşı tarafın kabulüne gerek yoktur. Dolayısıyla muhattaba yöneltilmesi ve ona varması yeterlidir⁵⁷. Süreli fesih, mevcut sözleşme ilişkisini sona erdirmesi sebebiyle yenilik doğuran bir haktır⁵⁸. Bu hak hem işçi hem işveren tarafından kullanılabilir.

⁵³ **Süzek**, s. 534; **Narmanhoğlu**, s. 354; **Çelik**, s.202; Kazım Yücel **Dönmez**, İş Hukukunda Tazminatlar, Ankara 2008, s. 383.

⁵⁴ Yargıtayın İşK m. 109'daki koşulların ispat şartı olduğu yönünde birçok kararı bulunmaktadır. "Fesih bildirimini yazılı olarak yapılması, İşK m. 109'un bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır. Fesih bildirimini karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hâkimiyet alanına girdiği andır"(Bkz. Yarg. 7. HD. T. 16.2.2016, E. 2015/45439, K. 2016/3366) (www.kazancı.com)(05/12/2016). "Bildirimli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmeleri için söz konusudur. Başka bir anlatımla belirli süreli iş sözleşmelerinde fesheden tarafın karşı tarafa bildirimde bulunarak önel tanınması gerekmez. Fesih bildirimini bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukukî alanını etkilediğinden, açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı sebeple kural olarak şarta bağlı fesih bildirimini geçerli değildir. Fesih bildiriminde 'fesih' sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir. Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden 'işverenin feshi' olarak değerlendirilmektedir. Fesih bildirimini yazılı olarak yapılması, İşK m. 109'un bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır"(Bkz. Yarg. 9. HD. T. 15/12/2015, E. 2014/22778, K. 2015/35420) (www.kazancı.com)(05/12/2016).

⁵⁵ Bu süreler, İşK m. 17'de düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre "Belirsiz süreli iş sözleşmeleri, fesih bildirimini diğer tarafa yapılmasından başlayarak işi altı aydan az sürmüş olan işçi için, iki hafta sonra; işi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, dört hafta sonra; işi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, altı hafta sonra; işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılır".

⁵⁶ **Çelik**, s. 203.

⁵⁷ **Narmanhoğlu**, s. 352.

⁵⁸ **Baycık**, s. 347.

Sürelî fesih hakkı, iş güvencesi⁵⁹ kapsamında yararlanan ve yararlanmayan işçiler açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır. Zira bir işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmaması farklı sonuçlar doğurmaktadır. İş güvencesi kapsamında olmayan bir işçinin sözleşmesini, sürelî fesih yoluyla sona erdirebilmesi içinsözleşmenin belirsiz sürelî olması yeterlidir⁶⁰. Ancak iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin sözleşmesinin sürelî fesih yoluyla sona erdirilebilmesi için sözleşmenin belirsiz sürelî olması yeterli değildir. Zira işveren sürelî fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirmek için aynı zamanda geçerli sebep veya sebeplere dayanmalıdır. Dolayısıyla işveren iş güvencesi kapsamındaki belirsiz sürelî iş sözleşmesi ile çalışan işçinin sözleşmesini ancak geçerli sebeple feshedebilir.

İşKm. 18’de geçerli nedenle feshin şartları, hangi işçileri kapsadığı ve geçerli neden sayılmayacak hallerde tek ele alınmıştır. Keza İşK m. 18’in gerekçesinde geçerli sebepler, “İşK m. 25’de belirtilenler kadar ağırlıklı olmakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir”

⁵⁹ İş güvencesi, işverenin iş sözleşmesini keyfi olarak feshetmesine karşı getirilen bir iş hukuku kurumudur. Bir başka ifadeyle iş güvencesi, işçinin feshe karşı korunmasını sağlamaktadır. Bu sebeple iş güvencesi kapsamında yer alan bir işçinin sözleşmesinin işverence feshi, geçerli bir sebebe dayanmalıdır. Dolayısıyla iş güvencesi kapsamında yer alan işçilerin tespit edilmesi gerekmektedir. Buna göre İşK m.18 dikkate alındığında bir işçinin iş güvencesi kapsamında olabilmesi için;

- ✓ İşK’ a tabi bir işyerinde çalışan işçi sayısının en az 30 olması,
- ✓ Sözleşmesi feshedilecek işçinin belirsiz sürelî iş sözleşmesi ile çalışıyor olması,
- ✓ İşçinin en az altı aylık kıdeminin bulunması ve
- ✓ İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri konumunda bulunmama şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir (Cevdet İlhan **Günay**, İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010, s. 153vd.; Hakan **Keser**, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 23, İstanbul 2011, s. 144; Fevzi **Şahlanan**, 4857 Sayılı Kanun’un İş Güvencesine İlişkin Hükümleri, Bankacılar Dergisi, S. 52, İstanbul 2005, s.56; Mustafa **Alp**, İşçinin Feshe Karşı Korunması ‘İş Güvencesi Yasası’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, İzmir 2003, s.1; Talip **Aras**, İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 119, Ankara 2015, s. 435 vd.).

⁶⁰ İş güvencesi kapsamında yer almayan işçiler için işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda değildir. Keza işverenin hakkındaki iddialara karşı işçinin savunmasını alması da gerekmez.

olarak izah edilmiştir⁶¹. Bu açıklama ışığında geçerli sebeple feshi, bir haklı fesih nedeni oluşturacak ağırlıkta olmamakla birlikte, işverene bildirim sürelerine uyarak belirsiz süreli iş sözleşmesine son verme olanağı tanıyan hak olarak tanımlayabiliriz⁶².

İşverenin geçerli nedenle sözleşmeyi feshi, son çare olarak görülmelidir⁶³. Eğer işveren işçinin iş ilişkisini sürdürmesini sağlayacak başka imkâna sahipse sözleşmeyi feshetmesi caiz değildir⁶⁴. Keza işveren İşK m. 18'de belirtilen hallerde de sözleşmeyi feshedemez. Zira İşK m. 18'de geçerli neden olmayacak hallere örnekler verilmiştir. Dolayısıyla işveren bu veya buna benzer

⁶¹ Geçerli sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen nedenlerdir (Çelik, s. 226).

⁶² Sarpek Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s. 110-111. Geçerli nedenle fesih yolu, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde işverence sözleşmenin son bulmasını sağlayan haktır. Bu hak ile işveren, işçiye veya işyerine ilişkin geçerli sebeplerle belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmektedir. Dolayısıyla iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedene dayanacağını kabul etmek gerekir (Narmanhoğlu, s. 509-510).

⁶³ "Davacının iş sözleşmesi 2.12.2014 te fesih bildirim ile işgücü fazlası doğması, aynı sayı ve aynı nitelikte işçi çalıştırma olanağının kalmaması nedeni ile organizasyon değişikliği olduğu, davacının emeğine ihtiyaç kalmadığı ve biriminin kapatılması sebebi ile feshedilmiştir. Tutarlılık ve ölçülülük denetimi kapsamında, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı, davacının başka bir birimde ya da iddiası olduğu üzere yakın yerlerde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, bu yakın çalışma merkezlerinde işgücü ihtiyacı ya da yeni alım durumu ile davalı işyerinin mali tabloları ve finansal kayıtlarını değerlendirilmesi, kayıtlara göre organizasyon değişikliği ve işgücü fazlalığının oluşup oluşmadığı yönünden somut olarak araştırma yapılmalıdır. Bunun için de işletmede veya işyerinde çalışan tüm işçilerin görev tanımları, işletme, işyeri organizasyon şeması, işten çıkarılacak işçilerin işyeri şahsi sicil dosyası, görev tanımları ve çalıştıkları bölümleri gösteren kayıtlar ile fesihten önce ve sonrasında kapsayacak şekilde işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren işyeri Sosyal Sigortalar Kurumu bildireleri getirilmeli, özellikle işletmenin faaliyet alanını ve iş organizasyonunu bilen Mali Müşavir, İnsan kaynakları uzmanı ve Endüstri Mühendisinden oluşan üç kişilik uzman bilirkişi heyeti aracılığı ile mahallinde inceleme yapılmalı ve feshin yukarıda belirtilen ilkelere göre geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Mahkemece eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir" (Yarg. 22. HD. T. 11.4.2016, E. 2016/7834, K. 2016/10455) (www.kazancı.com) (05/12/2016).

⁶⁴ Narmanhoğlu, s. 515; Çelik, s. 239; Göktaş, s. 19-20; Tuncay Senyen Kaplan, Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde Haksız Fesih ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 214-215

nedenler sebebiyle iş sözleşmesini feshedemez⁶⁵. Burada işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshinin, geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğunun sadece iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından söz konusu olduğunu tekrar vurgulamakta fayda bulunmaktadır. Bu sebeple iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından işveren, İşK m. 17'de belirtilen sürelerle uymak şartıyla belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir. Böyle bir durumda işverenin fesih beyanında bulunması yeterli olup; ayrıca bir sebep göstermesi gerekmez⁶⁶.

Geçerli sebeple fesih, işçinin yetersizliği veya davranışlarından doğabilecek gibi işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden de kaynaklanabilir. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebeple fesihte işçinin elinde olmayan bazı sorunlar feshin nedenini oluşturmaktadır⁶⁷. Ancak işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeple fesihte, işçinin iradesi önemli rol oynamaktadır⁶⁸. Zira bu halde işçi, iradesi ile farklı şekilde davranması mümkünken işye-

⁶⁵ İşK m. 18: "...sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip "veya yükümlülüklerini yerine getirmek" için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler, İşK m.74'de öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek ve hastalık veya kaza nedeniyle İşK m.25'in (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık geçerli bir sebep oluşturmaz".

⁶⁶ Narmanhoğlu, s. 509.

⁶⁷ İşçinin ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışması; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olması, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmaması; öğrenme ve kendini yetiştirme de yetersiz olması; sık sık hastalanması; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalığa kapılması vb. işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebeplere örnek olarak verilebilir.

⁶⁸ İşverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kıskırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak vb. işçinin davranışlarından doğan geçerli sebepler olarak örnek verilebilir.

rinde işi engeller bir tavır sergilemektedir⁶⁹. Bu sebeple işçinin yetersizliği nedeniyle işverenin geçerli sebeple sözleşmeyi feshetmesi için işçinin kusurunun olması gerekmez⁷⁰. Fakat işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle fesih halinde işçinin kusurunun varlığı aranır⁷¹.

İşveren, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden doğan geçerli sebeplerle belirsiz süreli iş sözleşmesini feshedebilir. Bu geçerli fesih sebeplerinde işçinin fiziki, mesleki durumu ya da fiili veya fikri davranışları feshin nedeni oluşturamamaktadır. Bir başka deyişle işçinin kişiliği ile ilgisi olmayan geçerli fesih sebepleridir⁷².

3) İş Kanunu'na Göre İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

Kanun koyucu İşK'da haklı neden kavramının tanımına yer vermemiştir. Bunun yerine İşK m. 24 ve 25'te haklı neden oluşturacak sebepleri bentler halinde ele almıştır. Haklı neden kavramının TBK m. 435'te genel olarak bir tanımının yapıldığını belirtmiştik⁷³. İşte genel bir kanun olan ve borç ilişkilerini düzenleyen TBK'daki ilgili tanım, İşK açısından da yol gösterici olur⁷⁴. Dolay-

⁶⁹ Köseoğlu, s. 151.

⁷⁰ Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C.1, İstanbul 2008, s. 487; Baysal, s. 41-42; Eda Manav, İş Hukukunda Geçersiz Feshin Geçerli Fesih Sayıldığı Haller, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 11 S. 2, Ankara 2010, s. 73; Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009, s. 237.

⁷¹ Süzek, s. 585; Köseoğlu, s. 151.

⁷² Narmanhoğlu, s. 512. İşletmenin, işyerinin veya işin gerekleri nedeniyle fesih, ekonomik güçlük, yeniden yapılanma gerekliliği veya teknolojik gelişmenin sonucu ortaya çıkan sebeplerden doğmaktadır. Zira bu sebepler sonucunda işverenin, yeni ihtiyaca göre iş gücünü uyarlaması gerekmektedir. Dolayısıyla bu zorunluluk işverenin, belirsiz süreli iş sözleşmesini feshini geçerli bir sebep haline getirmektedir (Süzek, s. 602). Sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve siparişin azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, iş yerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebepler olarak örnek verilebilir.

⁷² Köseoğlu, s. 151.

⁷³ Bkz. Fesih Kavramı, B, 2.

⁷⁴ Haklı neden kavramının aydınlatılması ve yol göstermesi açısından bir rol oynar (Oğuzman, s. 43).

sıyla İşK'daki haklı neden kavramını, sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kuralına göre iş ilişkisini sürdürmesi beklenmeyen bütün durum ve koşullar olarak tanımlayabiliriz⁷⁵.

İş sözleşmesinin belirli süreli ya da belirsiz süreli olması, haklı nedenle feshedilmesine engel değildir. Fakat süreksiz işlerde haklı nedenle fesih söz konusu olmaz (İşK m. 10). Bu sebeple işçi veya işverenin haklı nedenle sözleşmeyi feshedebilmesi için sürekli⁷⁶ bir işin olması zorunludur. Keza haklı nedenin varlığı feshin gerçekleşmesi için yeterli değildir. Ayrıca fesih beyanının da bulunması gerekir. Dolayısıyla haklı nedenle iş sözleşmesinin feshi için; sürekli bir işin varlığı, haklı bir neden ve fesih beyanı şartlarının birarada bulunması gerekmektedir⁷⁷. Bu açıklamalar ışığında haklı nedenle feshi, dürüstlük kuralı gereği iş ilişkisini sürdürmesi kendinden beklenemeyecek tarafa belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesini (haklı nedenle) feshetme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran hak olarak tanımlayabiliriz⁷⁸.

Haklı nedenle fesih halleri sadece İşK'nda ve TBK'da düzenlenmemiştir. Aynı zamanda Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndada haklı nedenle fesih halleri ele alınmıştır⁷⁹. Öğretide

⁷⁵ **Süzek**, s. 695.

⁷⁶ İşK m.10 : '*Nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir*'.

⁷⁷ Kenan **Tunçomağ**/Tankut **Centel**, İş Hukukunun Esasları, Ankara 2008, s. 205-206.

⁷⁸ **Narmanhoğlu**, s. 416; **Süzek**, 695; **Köseoğlu**, s. 103; Sami **Narter**, Sözleşmeden Fesih Halinde Boşta Geçen Surede Ödenecek Miktar Ücret Midir, Tazminat Mı?, Kamu-İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:13, S:2, İstanbul 2013, s.5.

⁷⁹ DİK m.14'de süresi belirli olmayan veya belirli süre veya belirli bir sefer için yapılmış olan iş sözleşmelerinin işveren veya gemi adamı tarafından bildirimsiz feshinin nedenleri ayrı ayrı sayılmıştır. İş sözleşmesinin işveren veya işveren vekili tarafından feshi halinde feshin sebepleri yazılı olarak gemi adamına bildirilecek; bildirim olanağı yoksa durum bir tutanakla tespit olunur (Kemal **Oğuzman**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 36). BİK m. 10'a göre, mesleğe ilk başlayan gazeteciler için deneme süresi en çok üç aydır. Bu süre içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresinin beklemeden ve tazminat yükümlülüğüne tabi olmaksızın feshedebilirler. Söz konusu hükümde taraflar denildiğine göre gerek işveren gerekse de gazeteci iş sözleşmesini deneme süresi içinde derhal feshedebilir. BİK'nın haklı sebep gerekmesizin deneme süresi içinde iş sözleşmesini derhal feshedebileceklerini öngören 10. madde hükmü dışında İşK olduğu gibi BİK' de de derhal fe-

haklı nedenle fesih, önelsiz fesih, derhal fesih, süresiz fesih gibi kavramlarla ifade edilmektedir⁸⁰.

İşçinin haklı nedenle fesih halleri İşK m. 24'te; işverenin haklı nedenle fesih halleri ise İşK m. 25'te düzenlenmiştir. Kanun koyucu hem işçi hemde işveren açısından haklı nedenle fesih hallerini "sağlık sebepleri", "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" ve "zorlayıcı sebepler" başlıkları altında üç grupta ele almıştır. İşK'da işveren açısından işçinin, gözüne alınması veya tutuklanması halinde devamsızlık halinde dördüncü bir grup olarak eklenmiştir. Ahlaka ve iyiniyete uymayan haller⁸¹ ve benzerleri ifadesinden anlaşıldığı üzere bu bentteki haller sınırlı olarak sayılmamıştır. Bir başka deyişle benzeri hallerde haklı fesih sebebi sayılır.

sih sebepleri gazeteci ve işveren yönünden ayrı ayrı düzenlenmiştir (Nuray **Karaçay**, Gazetecilerin Basın İş Kanunundan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, İstanbul 2010, s.178). Sözleşmenin süresi ister belirsiz isterse belirli olsun, kanunda gösterilen haklı sebeplerden biri varsa, gazeteci veya işveren tarafından ihbar süresi verilmeksizin derhâl sona erdirilebilir. Gazetecinin veya işverenin kusurlu davranışları sebebiyle doğan fesih hakkının hangi süre içinde kullanılacağı konusunda Kanunda bir hüküm yoktur. Bu konudaki boşluğun 4857 sayılı İş Kanunu m. 26'ya kıyasen doldurulması doğru olur (Müjdat **Şakar**, Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.2, İstanbul 2008, s. 11-29). STİK m.70: '*Kanun dışı grev yapılması hâlinde işveren, grevin yapılması kararına katılan, grevin yapılmasını teşvik eden, greve katılan veya katılmaya ya da devama teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir*' (Detaylı bilgi için bkz. Melda **Sur**, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2011, s.454-455).

⁸⁰ Hamdi **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, İstanbul 2008, s. 603; **Süzek**, s. 695 **Narmanhoğlu**, s. 416; **Gümüş**, s. 523; **Göktaş**, s. 18; S. Alp **Limoncuoğlu**, İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, Özel Sayı, İzmir 2013, s.547; Selahattin **Bayram**, Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Uyuşmazlık Konularıyla İş Kanunu, Ankara 2012, s.490; Durmuş **Özcan**, İş Hukuku, Ankara 2011, s. 46; Fevzi **Demir**, Sorularla Bireysel İş Hukuku 1. Cilt, Ankara 2006, s. 463.

⁸¹ İşK m. 26'ya göre işçi ile işverenin, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerde işverenin veya işçinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öğrendiği günden başlayarak altı iş günü içerisinde herhalde işverenin fiilinin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde sözleşmeyi feshetmesi gerekmektedir. Bu süreler hak düşürücü sürelerdir. Bu hak düşürücü süre sadece ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerde geçerlidir. Sağlık sebepleri ve zorlayıcı nedenlerde bu hüküm uygulanmaz (**Mollamahmutoglu**, s. 592; **Süzek**, s. 719; **Narmanhoğlu**, s. 467).

Haklı bir nedenle iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen işçi veya işverenin bu yöndeki iradelerini karşı tarafa yazılı⁸² olarak bildirmeleri gerekir. Zira haklı bir nedenle iş sözleşmesini feshetmeye hakkı olan işçi veya işveren iş sözleşmesinin devam etmesini isteyebilirler. Keza fesih bildirimini işçi veya işverene varma anından⁸³ itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur⁸⁴. Ayrıca fesih beyanında fesih nedeninin gösterilmesi yararlı olur⁸⁵.

D. Eylemli Fesih

İş sözleşmesini sona erdiren fesih türlerinden biriside eylemli fesihtir. Eylemli fesih, uygulamada ortaya çıkmış bir fesih türüdür. Daha öncede belirttiğimiz üzere iş sözleşmesini feshetmek isteyen taraf, karşı tarafa fesih beyanında bulunmalıdır. Fakat bu fesih beyanında fesih kelimesinin yer alması gerekmez. Bir başka deyişle fesih beyanında fesih kelimesi kullanılmadan da iş sözleşmesi feshedilebilir. Dolayısıyla belirli şartlar altında iş sözleşmesini feshetme iradesini ortaya koyan eylemler sözleşmeyi sona erdirebilir. Buna göre işçi veya işverenin iradelerini ortaya koyan eylemler, iş sözleşmesinin feshedildiği şekilde yorumlanabilir.

Yargıtay eylemli feshi, iş sözleşmesinin taraflarının fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme halinin birleştiği bir fesih türü olarak tarif etmiştir⁸⁶. Uygulamada eylemli fesih halleri ile sık sık karşıla-

⁸² Haklı bir nedenle fesih bildirimini de İşKm.109'a göre yazılı olarak yapılmalıdır. Fakat doktrinde ilgili hükmün geçerlilik şartı olmayıp ispat şartı olduğu ileri sürülmektedir. Yani haklı bir nedenle sözleşmeyi sözlü olarak fesheden işçi veya işverenin feshi geçerli olur. Bununla birlikte herhangi bir ihtilafa yol açmamak için beyanın yazılı olarak, fesih iradesi ve dayanılan haklı sebep açıkça gösterilerek yapılması uygun olur (Süzek, s. 695 Narmanlıoğlu, s. 416).

⁸³ TBK.m.10: "Geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşılmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri yapılmamış sayılır". Dolayısıyla işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle fesih etmesine rağmen fesih beyanı işverene varmadan veya işverenin öğrenmeden geri alabilir.

⁸⁴ Tunçomağ/Centel, s. 219, Mollamahmutoğlu, s.595.

⁸⁵ Tunçomağ/Centel, s.218.

⁸⁶ "Fesih bildirimini bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukukî alanını etkilediğinden, açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı sebeple kural olarak şarta

şılmaktadır. İşçi açık bir fesih beyanında bulunmak yerine işi bırakma ya da terk etme yönünde eylemleri tercih etmektedir⁸⁷. Keza işveren de fesih bildiriminde bulunmak yerine birçok farklı eylemlerle bu fesih yoluna başvurmaktadır. İşverenin eylemli fesih hallerine, işçiyi işe almaması, işçinin otomatik geçiş kartına el koyması, işi gereği işçinin kullanması gereken eşyaların elinden alınması, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi vb. durumları örnek gösterebiliriz.

II. SONUÇ

İş sözleşmesi, TBK’da düzenlenen hizmet sözleşmesi ile aynı anlama gelmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasında genel olarak farklılık bulunmamaktadır. Ancak her iki kanunda farklı kavramların kullanılması terim birliğinin sağlanamamasına yol açmaktadır. Bu sebeple kanatimizce TBK’da daiş sözleşmesi kavramının kullanılması yerinde olur.

İşçi ile işveren akdettikleri iş sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir. Gerek TBK’da gerek İŞK’da işçi ve işverene sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır. Ancak bu fesih halleri, bir takım şartlara tabi kılınmıştır. Özellikle fesih, sözleşmenin belirli süreli ve belirsiz süreli olması açısından önemli rol oynamaktadır. Kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmeleri feshedilir. Ancak bazı hallerde belirli süreli iş sözleşmeleri de fesih ile sona erebilir. Mesela haklı nedenle fesih, belirli süreli iş sözleşmesini sona erdirir. Keza belirli süreli iş sözleşmesinde bir deneme süresi belirlenmişse, bu süre içerisinde taraflar sözleşmeyi feshedebilir.

bağlı fesih bildirimini geçerli değildir. Fesih bildiriminde ‘fesih’ sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir”(Yarg. 9. HD. T. 30.3.2016, E. 2014/35646, K. 2016/7896) (www.kazancı.com) (05/12/2016).

⁸⁷ Levent Akın, İş Akdini Fesheden Tarafın Belirlenmesi, Çimento İşveren Dergisi, S.6, C.25, Ankara 2011, s. 31.

Genel bir kanun olan ve borç ilişkilerini düzenleyen TBK'daki ilgili düzenlemeler, İŞK açısından da uygulama alanı bulur. Zira İŞK kapsamındaki bir iş sözleşmesi taraflararasında borç ilişkisi doğurmaktadır. Özellikle konumuz açısından TBK'daki iş sözleşmesine ilişkin maddeler, İŞK kapsamındaki iş sözleşmesine uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Mesela TBK m. 430/3'tekion yıldan uzun süreli belirli süreli iş sözleşmesinin fesih bildirim yoluyla sona erdirebileceğine ilişkin düzenleme bu duruma örnek verilebilir. Zira İŞK'da böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak sözleşme özgürlüğünü aşan ve kişilik haklarını aşırı sınırlayan İŞK kapsamındaki bir iş sözleşmesinde, fesih hakkının olmaması düşünülemez. Dolayısıyla her ne kadar İŞK'da hüküm bulunmasa dahi, TBK m. 430/3, İŞK kapsamındaki iş sözleşmeleri içinde uygulama alanı bulur.

İŞK'da fesih, süreli ve haklı sebeple fesih olmak üzere ikiye ayrılır. Süreli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmesini belirli sürenin geçmesiyle sona erdiren tek taraflı irade beyanıdır. İşveren iş güvencesi kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin sözleşmesini ancak geçerli sebeple feshedebilir. Ancak işverenin geçerli nedenle sözleşmeyi feshi, son çare olarak görülmelidir. Eğer işveren işçinin iş ilişkisini sürdürmesini sağlayacak başka imkâna sahipse sözleşmeyi feshetmesi caiz değildir.

Dürüstlük kuralı gereği iş ilişkisini sürdürmesi kendinden beklenemeyecek işçi veya işveren belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkına sahip olur. İŞK'a göre haklı nedenle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için; sürekli bir işin varlığı, haklı bir neden ve fesih beyanı şartları birarada bulunmalıdır. Haklı nedenle fesih, İŞK m.24 ve 25. maddelerinde yazılan sebepler dolayısıyla yapılabilir. Fakat İŞK m.24 ve 25. maddelerinin2. bendinde yer alan ahlaka ve iyiniyete uymayan haller ve benzerleri ifadesinden anlaşıldığı üzere bu bentteki haller sınırlı olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla benzeri hallerde haklı fesih sebebi sayılır.

KAYNAKÇA

- Abdurrahman **Savaş**, Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 26, Ankara 2016.
- Akın **Ünal**, Kelepçeleme Sözleşmeleri, Ankara 2012.
- Ali Cengiz **Köseoğlu**, İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, İstanbul 2011.
- Ali Naim **İnan**/Özge **Yücel**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- Alper **Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, C.1, İstanbul 2013.
- Aydın **Zevkliler**/Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014.
- Bektaş **Kar**, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009, s. 237.
- Cevdet İlhan **Günay**, İkale Sözleşmesi, Çimento İşveren Dergisi, C. 23, S. 5, İstanbul 2011.
- Cevdet İlhan **Günay**, İş Davaları, Ankara 2008.
- Cevdet İlhan **Günay**, İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010.
- Cevdet **Yavuz**, Borçlar Özel Hükümleri, Ankara 2014.
- Cevdet **Yavuz**, Medeni Hukuka ve Borçlar Hukukuna İlişkin Mahkeme Kararları Kroniği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 51, S.1-4, İstanbul 1986.

- Çağlar **Özel**, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1998.
- Derya **Ateş**, “İrade Özerkliği Kapsamında MK. M. 23/II İrade Özerkliği Kapsamında MK. m. 23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Ankara 2007.
- Durmuş **Özcan**, İş Hukuku, Ankara 2011.
- Eda **Manav**, İş Hukukunda Geçersiz Feshin Geçerli Fesih Sayıldığı Haller, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 11 S. 2, Ankara 2010.
- Erdem **Özdemir**, İkale ve Alternatif Bir Öneri Olarak “Sulh Sözleşmesi”, Çimento İşveren Dergisi, C. 27, S. 3, İstanbul 2013.
- Esra **Baskan**, Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasına İlişkin Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeni Düzenlemeler ve İş Kanununa Etkisi, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sergisi, C. 9, S. 35, İstanbul 2013.
- Fatih **Uşan**, İşçinin Kendisinin İşi İle İlgili Olmayan Bir Hastalığa Yakalanması, Haklı Fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum Mudur?, Çalışma ve Toplum Dergisi, İstanbul 2013.
- Fatma Burcu **Savaş**, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012.
- Fevzi **Demir**, Sorularla Bireysel İş Hukuku 1. Cilt, Ankara 2006.
- Fevzi **Şahlanan**, 4857 Sayılı Kanun’un İş Güvencesine İlişkin Hükümleri, Bankacılar Dergisi, S. 52, İstanbul 2005.
- Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, 18. Bası.

- Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- Gaye **Baycık**, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.
- Gülgün **Anık**, Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 59, Ankara 2005.
- Gülsevil **Alpagut**, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sergisi, C. 8, S. 31, İstanbul 2012.
- Hakan **Keser**, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 23, İstanbul 2011.
- Hamdi **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, İstanbul 2008.
- Harun **Demirbaş**, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2007.
- Hasan **Geniş**, Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Sınırları, Ankara 2013.
- Hasan Nüvit **Gerek**, İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 4, İstanbul 2011.
- Herdem **Belen**, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 2014.
- Hüseyin **Hatemi**/Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015.
- İsmet **Sungurbey**, Saleilles, Von Tuhr, Wieland'ın Eserlerinin Türkçeleri Üzerine Bir İki Söz, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1, İstanbul 1957.

- Kazım Yücel **Dönmez**, İş Hukukunda Tazminatlar, Ankara 2008.
- Kemal **Oğuzman**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- Kenan **Tunçomağ/Tankut Centel**, İş Hukukunun Esasları, Ankara 2008.
- Levent **Akın**, İş Akdini Fesheden Tarafın Belirlenmesi, Çimento İşveren Dergisi, S.6, C.25, Ankara 2011.
- Melda **Sur**, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2011.
- Mustafa **Alp**, İşçinin Feshe Karşı Korunması ‘İş Güvencesi Yasası’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, İzmir 2003.
- Mustafa **Kılıçoğlu/Kemal Şenocak**, İş Kanunu Şerhi, C.1, İstanbul 2008.
- Müjdat **Şakar**, Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.2, İstanbul 2008.
- Nuray **Karaçay**, Gazeticilerin Basın İş Kanunundan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, İstanbul 2010.
- Nuri **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2012.
- Nuri **Çelik**, Toplu İş Sözleşmeleri İle Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Artırılmasında Karşılaşılan Sorunlar, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 4, İstanbul 2011, s. 12
- Osman **Usta**, İş Hukukunda Akdin Fesihden Doğan Tazminatlar ve Uygulamalar, Ankara 1998, s. 1 vd.

- Özer **Seliçi**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.
- Pınar Altınok **Ormancı**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011.
- Polat **Soyer**, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, Sicil, Ankara 2011.
- Rona **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, 2. Bası.
- S. Alp **Limoncuoğlu**, İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, Özel Sayı, İzmir 2013.
- Safa **Reisoğlu**, Hizmet Akdi Mahiyeti – Unsurları – Hükümleri, İstanbul 1968.
- Safa **Reisoğlu**, Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 2013.
- Sami **Narter**, Sözleşmeden Fesih Halinde Boşta Geçen Surede Ödenecek Miktar Ücret Midir, Tazminat Mı?, Kamu-İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:13, S:2, İstanbul 2013.
- Sarpek **Süzek**, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s. 110-111.
- Sarpek **Süzek**, İş Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2012.
- Selahattin **Bayram**, Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Uyuşmazlık Konularıyla İş Kanunu, Ankara 2012.

- Selda **Taşyürek**, Ayrımcılık Sebebi İle İş Akdinin Haksız Feshinde Ayrımcılık Tazminatı ile İş Güvencesi Tazminatına Birlikte Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.3, İstanbul 2013, s. 420.
- Sera Reyhani **Yüksel**, Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren (Müvekkilin) Borçları, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 134, Aralık 2013.
- Seracettin **Göktaş**, İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 1, Ankara 2008.
- Serkan **Ayan**, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 4, Ankara 2005.
- Başak **Güneş**/Faruk Barış **Mutlay**, Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”Ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 3, İstanbul 2011.
- Sermet **Akman**/Haluk **Burcuoğlu**/Atilla **Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Talip **Aras**, İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 119, Ankara 2015.
- Tamer **İnal**, Borca Aykırılık/Dönme ve Fesih, Ankara 2014, 4. Bası.
- Tuncay Senyen **Kaplan**, Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde Haksız Fesih ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010.

- Ulaş **Baysal**, İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011.
- Ünal **Narmanlıoğlu**, İş Hukuku/Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2012.
- Vedat **Buz**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2015.
- Yeliz Bozkurt **Gümüüşçüoğlu**, Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012.
- Yusuf **Yiğit**, Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bu Serbestinin Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, İzmir 2012.
- Zekeriya **Kurşat**, Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 67, S.1-2, İstanbul 2009.

İCRA TAKİPLERİNDE ULUSAL YARGI AĞI BİLİŞİM SİSTEMİ(UYAP) KULLANIMI

*Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ**

ÖZET

Bilişim sistemlerinin dünyamıza hakim olması ile birlikte, kamusal alanda da elektronik sistemlerden faydalanma zarureti doğmuştur. Bunun sonucunda klasik devlet anlayışından elektronik devlet anlayışına geçilmiştir. Türkiye’de e-devlet sisteminin adli işleyişteki basamağı olan Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP), tüm adliyelerde kullanılmaktadır. Adli işleyişin her bir süjesi sisteme dahil edilmiştir. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin en yoğun kullanıldığı alanların başında, icra işleri gelmektedir. Alacaklılar, borçlular, vekilleri ve icra daireleri cebri icra ile ilgili iş ve işlemlerini UYAP vasıtasıyla yapabilmektedirler. Bu sayede daha hızlı ve daha az masraflı bir cebri icra işleyişi sağlandığı gibi, icra dairelerinin iş ve işlemlerinin şeffaflaşması da sağlanmıştır. Özellikle ödemelerin tamamen elektronik ortamdan yapılabilmesi, icra dairelerinin haksız kazançlarının önüne geçmiştir.

Anahtar Kelimeler: İcra Takibi, Ulusal Yargı Ağı, Bilişim Sistemi, Alacaklı, Borçlu, Avukat, Bilirkişi, İcra Dairesi

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku ABD.
Makale Geliş Tarihi: 07.05.2017
Makale Kabul Tarihi: 13.02.2018

ABSTRACT

As a result of the development of information systems, obligation to use electronic systems in public places has arisen. Therefore, the system of the government has been transitioned to electronic government. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP), which is the most important stair in the electronic government system, using at all courthouses in Turkey. Judicial actors have been included to the system. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi(UYAP), is using often in enforcement offices. Creditors, debtors, countors and enforcement offices are doing their businesses with UYAP. Unlawful profits has been precluded with disbursement by electronic system. Consequently, there is a faster, cheaper and safer enforcement

Key Words: Executive Order, National Jurisdiction, Information System, Creditor, Debtor, Lawyer, Expert, Executive Office System

KISALTMALAR

AATUHK	: Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun
bkz.	: bakınız
c.	: cümle
E.	: Esas Numarası
HD.	: Hukuk Dairesi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
K.	: Karar Numarası
md.	: madde
MERNİS	: Merkezi Nüfus İdare Sistemi
MOSİP	: Mali Otomasyon Sistemi Projesi
POLNET	: Polis Bilgi Sistemi
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SEGBİS	: Ses ve Görüntülü Bilişim Sistemi
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
sms	: kısa mesaj
T.	: Karar Tarihi
TAKBİS	: Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi
UBAP	: Ulusal Baro Ağı Projesi
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
Y.	: Yargıtay

GİRİŞ

Bilimde ve teknolojiye yaşanan gelişmeler, günlük hayatımızı etkilediği kadar kamusal hayatı da etkilemiştir. Kamu hizmetlerinin daha hızlı, daha az masraflı ve daha şeffaf şekilde yerine getirilebilmesi için klasik devlet anlayışından e-devlet anlayışına geçilmiştir. E-devlet sayesinde vatandaşların kamu hizmetlerine yer ve zaman sınırlaması olmaksızın ulaşma imkanı doğmuştur. Ayrıca kamu kurum ve kuruluşları arasında bilgi ve belge akışının elektronik ortama aktarılması ile kamu hizmetlerinin daha az masrafla ve daha kısa sürede gerçekleştirilmesi sağlanmıştır.

E-devlet sisteminin bir görünümü de e-adalettir. E-adalet sistemi ile yargılama aşamasında görev olan organlar arasında bir bilgisayar ağı kurulması hedeflenmiştir. Bu amaçla Adalet Bakanlığı tarafından başlatılan “*Ulusal Yargı Ağı Projesi*”, günümüz itibarıyla tamamlanmış olup, Türkiye genelindeki adliye teşkilatları ve Adalet Bakanlığı merkez teşkilatı bu sisteme dahil edilmiştir. Adli işlemin süjeleri olan mahkemeler, icra daireleri, ceza ve tevkif evleri, adli tıp kurumu gibi kurum ve kuruluşlar, sisteme adapte edilmiştir. Ayrıca vatandaşlara, avukatlara ve bilirkişilere de sistem üzerinden yargılama ile ilgili iş ve işlemlerini yapabilme imkanı sağlanmıştır.

E-adalet sisteminin en yoğun kullanıldığı alanlardan biri kuşkusuz ki icra işleridir. Her gün çok sayıda takibin başlatıldığı, müzekkerenin yazıldığı, haciz ve satışın gerçekleştiği cebri icra işleminde UYAP kullanımı, takiplerin hızlanmasını, masrafların azalmasını ve icra dairelerinin işlerine olan güvenin artmasını sağlamıştır. Çalışmamızda UYAP üzerinden icra takipleri ile ilgili yapılabilecek iş ve işlemler incelenmiştir. Sisteme dahil olan her bir süjenin işlevi farklı olduğu için, UYAP’ın icra takiplerinde kullanımı anlatılırken taraflar, taraf vekilleri ve icra dairelerinin yapabilecekleri iş ve işlemler ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

I. GENEL OLARAK UYAP, KULLANICILARINA GÖRE UYAP'IN KULLANIM ALANLARI, FAYDALARI VE SAKINCALARI

A. E- DEVLET UYGULAMASININ BİR GÖRÜNÜMÜ OLARAK UYAP

Bilişim teknolojilerinin vazgeçilmez bir parçası haline geldiği günümüz dünyasında, her türlü iş ve işlem bakımından bu teknolojilerden faydalanma zarureti doğmuştur. Çünkü elektronik ortamda tüm iş ve işlemler daha hızlı, daha az masraflı ve daha şeffaf şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Bu zorunluluk, özel sektörün sunduğu hizmetlerin yanında kamusal alanda da yoğun bir şekilde hissedilmeye başlanmıştır. Devletin kamu hizmetlerini ifa ederken zamandan ve masraftan tasarruf etmesi ve vatandaşların devlete diledikleri zamanda ve yerde ulaşabilmeleri bakımından bilişim teknolojileri, kamusal alanda da yaygın bir şekilde kullanılmaya başlamıştır¹. Böylelikle klasik devlet anlayışından, elektronik devlet (e-devlet) anlayışına geçilmiştir².

E-devlet, devletin vatandaşlara karşı görevlerini elektronik ortamda hızlı, güvenli ve şeffaf bir şekilde yerine getirmesi ve kamu kurum ve kuruluşlarının birbirleri ile olan iş ve işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirilmesi faaliyeti olarak tanımlanabilir³. E-devlette vatandaşlar kamu hizmetlerine elektronik ortamdan ula-

¹ **Karlı**, Abdurrahim/**Gürsul**, Fatih/**Kartal**, Elif; “Nitel Araştırma: Avukatların Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) Uygulama Yazılımına İlişkin Görüşleri”, Legal Hukuk Dergisi, 2009, S. 82, s. 3124; **Kırılmaz**, Harun; “E-Devlet Uygulamaları ve Ulusal Yargı Ağı Projesi”, Kocaeli Barosu Dergisi, 2012, S. 1, s. 80; **Oğlakçolu**, Onur; *Medeni Usul Hukuku Yönünden Elektronik Adli İletişim*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, s. 1; **UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi**, Ankara Barosu Başkanlığı ve Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2006, s. 16.

² **Demirel**, Demookan; “E- Devlet ve Dünya Örnekleri”, Sayıştay Dergisi, 2006, S. 61, s. 83; **Gürsul**, Fatih/**Bayraktar**, Betül; “Ulusal Yargı Ağı Projesi(UYAP) Sisteminin Değerlendirilmesi” E- Akademi Hukuk, Ekonomik ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 2009, S. 90, s. 2; **Kırılmaz**, s. 80; **Oğlakçoğlu**, s. 14; **UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi**, s. 17, 26.

³ **Demirel**, s. 84; **Karlı/Gürsul/Kartal**, s. 3125; **Kırılmaz**, s. 81; **Oğlakçoğlu**, s. 14; **UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi**, s. 16, 17.

şabilecekler, böylece kamusal faaliyetlerin hızı ve güvenilirliği artırılmış olacaktır⁴. Yine kamu kurumları arasındaki bilgi alışverişi elektronik ortamda yapılabilecek ve bunun sonucunda kamu kurumlarının denetlenebilirliği artırılmış olacaktır⁵.

Ülkemizde e-devlet projesi, elli sekizinci hükümet döneminde hazırlanan “Acil Eylem Planı” kapsamındaki “e-dönüşüm Türkiye” projesinde yer almıştır⁶. 27.02.2003 yılında Resmi Gazetede yayınlanan 2003/12 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile⁷, e-dönüşüm Türkiye projesinin amaçları, uygulama esasları ve kurumsal yapısı ortaya konulmuştur⁸. E-devlet projesi ile sağlık, vergi, eğitim, yargılama işlemleri, sigorta işlemleri gibi hizmetlerin elektronik ortama aktarılması hedeflenmiştir⁹. Günümüz itibarıyla e-devlet projesi tamamlanmış olup, vatandaşlar e-devlet kapısı üzerinden, yer ve zaman sınırlaması olmaksızın kamu hizmetlerine erişebilmektedirler¹⁰.

Kuşkusuz ki e-devlet projesinin en önemli ayaklarından biri, e-adalet projesidir. E-adalet projesi ile Türkiye genelindeki tüm yargı organlarını kapsayacak bir bilişim ağı oluşturulması hedeflenmiştir¹¹. Bu kapsamda Adalet Bakanlığı tarafından 1998 yılında başlatılan “Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)” ile adalet hizmetinin elektronik ortama taşınması amaçlanmıştır¹². Bu proje kapsamında Adalet Bakanlığı merkez teşkilatı, tüm mahkemeler, yüksek yar-

⁴ E- devlet projesinden beklenen faydalar için bkz: **Gürsul/Bayraktar**, s. 3; **Kırılmaz**, s. 83-87.

⁵ **Kırılmaz**, s. 82; **Oğlakçıoğlu**, s. 15; **UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi**, s. 16.

⁶ **UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi**, s. 15.

⁷ Genelge metni için bkz: www.basbakanlik.gov.tr. (erişim tarihi: 03.12.2016).

⁸ **UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi**, s. 16.

⁹ **Kırılmaz**, s. 88; **Oğlakçıoğlu**, s. 15; **UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi**, s. 16.

¹⁰ E-devlet hizmetleri için bkz: www.turkiye.gov.tr/hizmetler (erişim tarihi:03.12.2016).

¹¹ **Aycı**, Emrullah; “Yargı Etiği Açısından Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)”, *Adalet Dergisi*, 2005, S. 22, s. 112; **Karşı/Gürsul/Kartal**, s. 3125; **Kaya**, Ali; “Bilgi Ekonomisi, Bilgi Toplumu, Mahremiyet ve Güvenlik”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 2006, s. 114; **Oğlakçıoğlu**, s. 17; **UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi**, s. 17.

¹² **Aycı**, s. 112; **Kaya**, s. 114; **Kırılmaz**, s. 88; **Oğlakçıoğlu**, s. 17; **UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi**, s. 18.

gı organları, cumhuriyet başsavcılıkları, Adli Tıp Kurumu, ceza ve tevkif evleri ve icra dairelerini kapsayacak bir bilgisayar ağı oluşturulmuştur¹³. Bu sistem sayesinde adli makamlar arasındaki bilgi alışverişi elektronik ortamdan yapılabilecek, vatandaşlar ve avukatlar elektronik ortamdan yargı ile ilgili işlerini yapabilecek ve adli makamlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları arasında veri akışı hızlı ve güvenli bir şekilde sağlanabilecektir¹⁴. Ulusal Yargı Ağı Projesinin başlıca hedefleri; adli işleyişe hız kazandırmak, her türlü bilgi ve belge akışını elektronik ortamdan gerçekleştirmek, mevzuat, içtihat, genelge gibi bilgilerin bulunduğu bir bilgi bankası oluşturmak, karar destek sistemi ile usuli hataları en aza indirmek, avukatlara bürolarından dava açma, takip yapma, harç yatırma imkanı sağlamak, vatandaşlara kendilerinin taraf olduğu dava ve takiplerle ilgili bilgi alma imkanı sağlamak olarak sıralanabilir¹⁵. Bu amaçlarla elektronik ortamda, vatandaş portalı, avukat portalı, bilirkişi portalı, sms bilgi sistemi, e-satış portalı, kurum portalı gibi farklı kullanım şekilleri oluşturulmuştur¹⁶. Adalet hizmetlerinin elektronik ortama aktarılmasını hedefleyen UYAP, hedeflerini gerçekleştirerek tamamlanmıştır¹⁷. “*Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi*” olarak adlandırılan sistem, uygulamada “*UYAP*” şeklinde kısaltılmak suretiyle kullanılmaktadır. Türkiye genelinde, tüm adliye teşkilatları ve adliye teşkilatı ile bağlantılı kurum ve kuruluşlar aktif olarak e-adalet sistemini kullanmaktadırlar. Ayrıca avukatlar, vatandaşlar ve bilirkişiler de sistemi kullanabilmektedirler.

¹³ Ayıcı, s. 112; Karşlı/Gürsul/Kartal, s. 3125; Kırılmaz, s. 88; Oğlakçıoğlu, s. 17; UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, s. 18.

¹⁴ Ayıcı, s. 112; Karşlı/Gürsul/Kartal, s. 3125; Kaya, s. 113, 114; Kırılmaz, s. 88; Oğlakçıoğlu, s. 17; UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, s. 18.

¹⁵ Kaya, s. 115; Oğlakçıoğlu, s. 21; UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, s. 19, 20.

¹⁶ www.uyap.gov.tr/# (erişim tarihi:03.12.2016).

¹⁷ www.uyap.gov.tr/Tarihce (erişim tarihi:03.12.2016).

B. KULLANICILARINA GÖRE UYAP

1. Genel Olarak

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, bir sistem olarak adalet hizmetlerinin elektronik ortama taşınmasını hedeflediği için, bu mekanizma içerisinde yer alan tüm sùjelerin sisteme dahil edilmesi gerekmektedir. Projenin başlangıcında sistem sadece Adalet Bakanlığı merkez teşkilatında uygulanmakta iken, zamanla tüm Türkiye genelinde bir bilgisayar ağı oluşturulmuştur¹⁸. Ayrıca sistemin, adli mekanizmanın dışında bulunan kurum ve kuruluşlar ile entegrasyonu da tamamlanmıştır¹⁹. Bu kapsamda UYAP sisteminin MERNİS, POLNET, PTT, TAKBİS, Merkez Bankası, Adli Sicil sistemleri ile entegre şekilde çalıştığı söylenebilecektir²⁰.

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, adliye çalışanlarınca kullanılabilirdiği gibi, yargılamanın en önemli ayaklarından olan taraflar ve avukatlar tarafından da kullanılabilir. Ayrıca bilirkişiler de sisteme dahil edilmiştir. Burada sistem her bir kullanıcı için farklı şekilde düzenlenmiş olup, kullanıcının kim olduğuna göre sistemin özelliklerinin ortaya konulması gerekmektedir.

2. Mahkemeler Tarafından UYAP Kullanımı

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Türkiye genelindeki tüm mahkemeler tarafından kullanılmaktadır. Hem adli yargı mahkemeleri hem de idari yargı mahkemeleri sisteme dahil edilmiştir. İlk derece mahkemelerinin yanı sıra istinaf mahkemeleri ve Yargıtay da sistemin içerisinde yer almaktadır²¹. Mahkemeler yargılama ile ilgili tüm işlemlerini UYAP aracılığıyla yapabilmektedirler.

¹⁸ UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, s. 18.

¹⁹ Ayıcı, s. 113; Kırılmaz, s. 89; Oğlakçioğlu, s. 19; UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, s. 20.

²⁰ Kaya, s. 116; Kırılmaz, s. 89; Oğlakçioğlu, s. 19, 20; UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, s.20.

²¹ Oğlakçioğlu, s. 20; UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, s. 18, 25.

Hakimler “Bilgi Bankası” sayesinde yargılama sırasında mevzuata ve içtihatlarla doğrudan ulaşabilmektedirler²². “Karar Destek Sistemi” sayesinde yargılama sırasındaki usul hataları en aza indirilebilecektir²³. “Doküman Yönetim Sistemi” ile mahkemeler arası veya mahkemeler ile diğer kurum ve kuruluşlar arası evrak akışı elektronik ortamda gerçekleştirilebilecektir²⁴. Yine üst dereceli mahkemeye evrak gönderimi de elektronik ortamdan yapılabilecektir²⁵. Mahkeme kararları hakimler ve zabıt katipleri tarafından güvenli e-imza ile UYAP üzerinden oluşturulmaktadır. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin bir kullanım şekli olan SEGBİS aracılığıyla duruşmalarda tanık veya tarafların hazır bulundurulması zorunluluğu ortadan kalkmış bulunmaktadır. Sesli ve Görüntü Bilişim Sistemi yoğun olarak ceza mahkemeleri tarafından kullanılmakla birlikte, hukuk mahkemeleri tarafından, mahkemenin bulunduğu yerden başka bir yerde bulunan tarafın veya tanığın dinlenmesinde etkin olarak kullanılmaktadır. Sesli ve Görüntü Bilişim Sistemi taraflara herhangi bir masraf yüklenmeksizin duruşmanın belirli bölümlerinin elektronik ortamda yapılmasına imkan tanımaktadır

3. İcra Daireleri Tarafından UYAP Kullanımı

Ulusal Yargı Ağı Projesi ile oluşturulan bilişim ağı, adliye teşkilatlarının tamamını kapsamına almaktadır. Bu açıdan hem adliye teşkilatının hem de adalet mekanizmasının önemli parçalarından biri olan icra daireleri de, bu bilgisayar ağı içerisindeki yerini almıştır. Nitekim İİK md. 8/a-1'e göre; “İcra ve iflas dairelerince yapılacak her türlü icra ve iflas iş ve işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi kullanılır; her türlü veri, bilgi, belge ve karar, Ulusal

²² Ayçi, s. 113; Kaya, s. 115; Oğlakçıoğlu, s. 21; UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, s. 29.

²³ Ayçi, s. 113; Kaya, s. 115; Oğlakçıoğlu, s. 21; UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, s. 18, 29; örneğin “Karar Destek Sistemi” hakimlere tarafların yaşları küçük olduğunda uyarı vermektedir. Bu uygulama hukuk davalarında ziyade re’sen araştırma ilkesinin hakim olduğu ceza davalarında etkin şekilde kullanılmaktadır.

²⁴ Oğlakçıoğlu, s. 21; UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, s. 19.

²⁵ UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, s. 19.

Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla işlenir, kaydedilir ve saklanır.” İcra dairelerinde, her personelin kendilerine özel bir şifre ile giriş yapacakları bir program bulunmaktadır. İcra daireleri bu program ile başlatılan takipleri görebilmekte, ödeme emri düzenleyebilmekte, satış ilanı hazırlayabilmektedirler. Yine 2005 tarihinden itibaren tüm tahsilat ve reddiyat gibi kasa işlemleri, sistem üzerinden yapılabilmektedir²⁶. Çalışma konumuz esas olarak icra takiplerinde UYAP kullanımına yönelik olduğu için, bu hususun detayları, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

4. Vatandaşlar Tarafından UYAP Kullanımı

E-devlet sisteminin temelinde, vatandaşların kamu hizmetlerine çevrimiçi olarak doğrudan ulaşması amacı yer almaktadır. Bu açıdan UYAP sisteminin en önemli özelliklerinden biri, herhangi bir aracı olmaksızın vatandaşların kendileri ile ilgili yargısal süreçler hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamasıdır. Bu kapsamda vatandaşlar, “*UYAP Vatandaş Portal*” sayesinde, kendilerinin taraf olduğu dava ve takipler hakkında bilgi sahibi olabilmektedirler²⁷. Ancak burada vatandaşların sistem üzerinden ulaşabilecekleri hizmetlerin, diğer kullanıcılara nazaran daha sınırlı olması dikkat çekmektedir. Çünkü avukat portaldan farklı olarak vatandaşlar sisteme elektronik imzaları olmadan da e-devlet kapısı üzerinden girebilmektedirler²⁸. Sadece T.C. kimlik numarası ve e-devlet şifresi ile girilebilen bir sistemde güvenlik açısından sakıncalar oluşabileceği için, vatandaşlar UYAP sistemi içerisinde sınırlı imkanlara sahiptirler. Vatandaşlar sistem üzerinden taraf oldukları dosyaları sorgulayabilirler, haklarındaki yargılama işlemlerinden sms ile bilgi sahibi olabilmek için sms aboneliği oluşturabilirler, aktif ilanları takip edebilirler, e-satış portalına geçiş yaparak icra kanalıyla satılan malları görebilir ve e-

²⁶ Karslı/Gürsul/Kartal, s. 3125; Kaya, s. 131.

²⁷ www.vatandas.uyap.gov.tr (erişim tarihi: 05.12.2016).

²⁸ www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/nasil_faydalanirim.jsp (erişim tarihi: 05.12.2016); vatandaşlar sisteme, e- imza ile, e-devlet kapısı üzerinden ve m- imza ile girebilmektedirler.

ortamda teklif verebilirler, harç hesaplayabilirler, evrak doğrulayabilirler ve diğer linkler aracılığıyla farklı kamu kurumlarının sistemlerine geçiş yapabilirler²⁹. Güvenli e-imza sahibi olan vatandaşlar ise sisteme bu imza ile giriş yaparak, dilekçe gönderme gibi daha detaylı işlemleri de yapabileceklerdir.

5. Avukatlar Tarafından UYAP Kullanımı

Yargılamanın en önemli unsurlarından biri olan avukatların sisteme dahil edilmiş olması, yargılamaların daha az masraflı ve daha kısa sürede tamamlanabilmesi için önemli bir etkiye sahiptir. Avukatlar UYAP sistemine, kendileri için özel olarak oluşturulmuş “*UYAP Avukat Portal*” aracılığı ile erişebilmektedirler. Avukatlar bu sisteme, e-imza veya m-imza ile giriş yapabilecekleri gibi, e-devlet kapısı üzerinden giriş de yapabilirler³⁰. Avukatlar UYAP aracılığı ile adliyeye gitmeden dava açabilir, takip yapabilir, barokart ile ya da anlaşmalı bankadaki hesapları vasıtasıyla harç ve masraf ödeyebilir, dilekçe hazırlayıp adli makamlara sunabilir ve duruşma takvimlerini belirleyebilirler³¹. Avukatlar UYAP üzerinden mazeret dilekçesi de verebilmektedirler. Böylelikle avukatlar, duruşmalar dışında adliyeye gitmeksizin tüm işlerini bürolarından yürütebilmektedirler. Adliyeye gidip gelmekle kaybedilen süre bu şekilde, verimli çalışma saatlerine dönüşebilmektedir.

6. Bilirkişiler Tarafından UYAP Kullanımı

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi yargılama aşamasında görev alan sùjelerin her biri tarafından kullanılabilir. Yargılama aşamasında önemli bir göreve sahip olan bilirkişiler de sisteme dahil edilmiş bulunmaktadır. Bilirkişilere tahsis edilmiş olan “*Bilirkişi Portal*” sayesinde bilirkişile-

²⁹ www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/index.jsp (erişim tarihi:05.12.2016).

³⁰ www.avukat.uyap.gov.tr/avukat/index.jsp (erişim tarihi:05.12.2016).

³¹ **Aycı**, s. 113; **Kaya**, s. 123; **Oğlakçioğlu**, s. 85.

rin sisteme doğrudan erişimi sağlanmıştır³². Bilirkişiler, mahkeme tarafından görevlendirildikten sonra, e-imza ile UYAP'a bağlanarak dava dosyasına elektronik ortamdan ulaşabileceklerdir. Dolayısıyla bilirkişinin mahkemeye giderek dosya evrakını teslim alma zorunluluğu ortadan kalkacaktır. Bilirkişi hazırlamış olduğu raporu sistem üzerinden mahkemeye sunabilecektir. Böylece yargılamanın önemli süjeleri olan bilirkişilerin de sisteme adaptasyonu sağlanmıştır.

C. ULUSAL YARGI AĞI BİLİŞİM SİSTEMİNİN GETİRDİĞİ FAYDALAR

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, adli işleyişi elektronik ortama taşıması sebebiyle birçok faydayı beraberinde getirmiştir. Adli işleyişte UYAP kullanımının en önemli katkısı, adli aşamaların hızlanmış olmasıdır³³. Ayrıca sistem üzerinden yapılan işlemlerin fiziki ortamda yinelenmesine gerek olmadığı için, adli işleyişin masraflarında büyük ölçüde azalma sağlanmıştır³⁴. Yine her türlü bilgi ve belgenin elektronik ortamda arşivlenmesi ve ilgililerin bu bilgilere bir aracı olmaksızın ulaşabilmesi, adalet mekanizmasının daha şeffaf olmasını sağlamıştır³⁵. İcra işlerinde UYAP kullanımının en büyük faydası, harç ve masraf hesaplamasının elektronik ortamda yapılması ve ödemelerin de çevrimiçi gerçekleştirilebilmesi sayesinde, haksız şekilde elde edilen kazançların önüne geçilmesi olmuştur³⁶. Tüm belge ve evraklar sisteme taranarak kaydedilmiş olacağı için, dosyadan evrak kaybolması veya dosyadan evrak çıkarılması halinde dahi evrakların aslına ulaşabilecektir. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi aracılığı ile hazırlanan belgeler onaylandıktan sonra, bu belgelerde değişiklik yapılma ihtimali bulunmamaktadır. Böylelikle evrakta sahte-

³² www.bilirkisi.uyap.gov.tr/bilirkisi/index.jsp (erişim tarihi: 06.12.2016).

³³ Ayçi, s.114; Demirel, s. 89, 90, Gürsul/Bayrakdar, s. 8; Karşı/Gürsul/Kartal, s. 3126; Kırılmaz, s. 90; Oğlakçıoğlu, s. 22.

³⁴ Demirel, s. 89, 90; Karşı/Gürsul/Kartal, s. 3126; Oğlakçıoğlu, s. 23.

³⁵ Demirel, s. 87.

³⁶ Oğlakçıoğlu, s. 23.

cilik yapma ihtimali ortadan kalkmaktadır. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi içerisinde oluşturulan sanal tartışma platformları sayesinde hukuki konularda fikir alışverişinde bulunulabilecek bir ortam, ilgililere sağlanmıştır³⁷. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi içerisinde yer alan “*Karar Destek Sistemi*” sayesinde yargılamalardaki usuli hatalar en aza indirilebilecektir³⁸. Ayrıca “*Bilgi Bankası*” sayesinde ilgililer her yerde ve her zamanda mevzuat ve içtihatlarla ulaşma imkanına sahip olabileceklerdir³⁹.

D. ULUSAL YARGI AĞI BİLİŞİM SİSTEMİ KULLANIMI SEBEBİYLE DOĞABİLECEK SAKINCALAR

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi kullanımının sağladığı faydaların yanında bir takım sıkıntılarının da olduğu göz ardı edilmemelidir. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi kullanımı açısından en çok problem doğuran husus, sistemin ağır işliyor olmasıdır⁴⁰. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi yargısal faaliyetlerin hızlı bir şekilde tamamlanması amacının gerçekleştirilmesi için, iyileştirilmiş bir alt yapının oluşturulması şarttır⁴¹. Yine bu sistem internet bağlantısı üzerinden kullanıldığı için, güvenlik açıkları ile karşılaşılması kuvvetle muhtemeldir, Dosya bilgilerinin kötüniyetli kişilerin eline geçmesini önlemek için sistemin yüksek güvenlik esaslarına göre korunması şarttır⁴².

Doğrudan sistemin kendisi ile alakalı olmamakla birlikte, kullanıcıların UYAP kullanımı açısından yeterli bilgiye sahip olmaması veya UYAP kullanımı yerine klasik usullerle yargılama faaliyetlerini devam ettirmek is-

³⁷ Aycı, s. 113.

³⁸ Aycı, s. 113; Oğlakçioğlu, s. 21.

³⁹ Aycı, s. 113; Oğlakçioğlu, s. 21.

⁴⁰ Gürsul/Bayrakdar, s. 6; Karşlı/Gürsul/Kartal, s. 3126, 3127; Kırılmaz, s. 91.

⁴¹ Gürsul/Bayrakdar, s. 5, 11.

⁴² Demirel, s. 98; Gürsul/Bayrakdar, s. 6; Karşlı/Gürsul/Kartal, s. 3128; Kırılmaz, s. 91; Oğlakçioğlu, s. 23, 24.

temleri, sistemden beklenen maksimum faydanın sağlanmasına engel olabilmektedir⁴³.

II. İCRA TAKİPLERİNDE UYAP KULLANIMI

A. GENEL OLARAK

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, adli işleyişin her aşamasında aktif olarak kullanılmaktadır. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin yoğun şekilde kullanıldığı alanların, mahkemeler ve icra daireleri olduğu aşikardır. Çünkü UYAP kullanımının temelinde, yargısal faaliyetlerin elektronikleştirilmesi amacı yer almaktadır. Bu kapsamda UYAP sisteminin en önemli etkilerini mahkemeler ve icra dairelerinin iş ve işlemlerinin hızlanması, masraflarının azalması ve hizmetlerinin şeffaflaşması alanında gösterdiği söylenebilecektir. Çalışmamız hazırlanırken incelenen eserlerde UYAP'ın hukuk ve ceza yargılamalarında kullanımı üzerinde durulmuş olup, icra işleri bakımından UYAP'ın kullanımı ile ilgili detaylı bilgilere maalesef rastlanamamıştır. Oysa UYAP'ın icra işleri bakımından getirdiği kolaylıklar, küçümsenemeyecek boyuttadır. Her gün yüzlerce takibin başlatıldığı, çok sayıda haczin ve satışın gerçekleştiği ve sürekli para akışının var olduğu bir cebri icra işleyişinde, UYAP sayesinde tüm bu işlemlerin çok kısa sürede tamamlanması mümkün olmakta ve ödemelerin de elektronik ortamdan yapılması ile birlikte, daha güvenilir bir cebri icra işleyişi ile karşılaşılmaktadır⁴⁴.

Cebri icra faaliyeti; icra dairelerinin, alacaklıların, borçluların ve varsa vekillerinin iş ve işlemlerde bulunduğu bir sistem aracılığıyla gerçekleşmektedir. İcra ve İflas Kanunu md. 8/a-1 hükmü, her türlü icra ve iflas işlerinde

⁴³ Karslı/Gürsul/Kartal, s. 3128.

⁴⁴ Kaya, s. 135.

UYAP kullanımının mümkün olduğunu açıkça dile getirmektedir⁴⁵. Her bir süjenin, takibin başlamasından neticelenmesine kadarki süreçte farklı işlevleri bulunmaktadır. İcra takipleri bakımından yapılacak işlemlerin UYAP aracılığıyla elektronik ortamdan gerçekleştirilmesi mümkün olduğuna göre; her bir süjenin bu sistem içerisindeki yerinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu sebeple aşağıda icra takiplerinde UYAP kullanılarak yapılabilecek iş ve işlemler belirlenirken, kullanıcıların kim olduğuna göre bir tasnif usulü benimsenmiştir.

B. VATANDAŞLARIN İCRA TAKİPLERİ İLE İLGİLİ UYAP KULLANILAN YAPABİLECEKLERİ İŞLEMLER

Ulusal Yargı Ağı Projesinin e-devlet uygulaması kapsamında hayata geçirilmiş olması ve vatandaşlara kamu hizmetlerine elektronik ortamda erişim imkanı tanınmasının amaçlanması sebepleriyle, vatandaşların UYAP sistemine kendilerine özgü bir portal olan “*Vatandaş Portal*” vasıtasıyla girebilecekleri, yukarıda belirtilmiştir⁴⁶. Bu başlık altında, vatandaşların kendilerine özgü bu portal aracılığı ile icra takipleri ile ilgili olarak neler yapabilecekleri değerlendirilecektir.

Öncelikle UYAP vatandaş portalı aracılığıyla vatandaşlar, alacaklı veya borçlu olarak taraf oldukları icra takipleri ile ilgili dosya sorgulaması yapabileceklerdir. Siteye giriş yapan bir vatandaş, ilgili yargı birimini “*adli yargı*” olarak işaretledikten sonra, il adını ve hangi adliye kapsamında dosya sorgulaması yapmak istediğini seçmelidir⁴⁷. Dosya türü olarak “*icra dosyası*” seçeneğini işaretledikten sonra hangi icra dairesi kapsamında sorgulama yap-

⁴⁵ İcra ve İflas Kanunu md. 8/a-1: “*İcra ve iflas dairelerince yapılacak her türlü icra ve iflas iş ve işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi kullanılır; her türlü veri, bilgi, belge ve karar, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla işlenir, kaydedilir ve saklanır.*”

⁴⁶ Bu konu ile ilgili olarak çalışmamızın “*Vatandaşlar Tarafından UYAP Kullanımı*” adlı başlığına bakınız.

⁴⁷ www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/index.jsp (erişim tarihi: 07.12.2016).

mak istediğini belirleyerek “*sorgula*” sekmesine tıklamalıdır⁴⁸. Böylece vatandaş, alacaklısı veya borçlusı olduğu takip ile ilgili bilgileri, sistemden görebilecektir. Örneğin; dosya numarası, takip türü, takip tarafları, takibin açılış tarihi, tarafın takipteki rolü ve takibin hangi aşamada olduğu gibi bilgilere doğrudan erişilebilecektir⁴⁹. Ancak vatandaşlar, sistem üzerinde sadece dosya kapak bilgilerini görebilecekler, dosya detaylarına erişemeyeceklerdir⁵⁰. Vatandaşların UYAP üzerinden sadece dosya kapak bilgilerini görebilmeleri, sisteme T.C. kimlik numarası ve e-devlet şifresi aracılığıyla girilebilmesi ve bu sebeple dosya bilgilerinin başkalarının eline geçme ihtimalinin bulunmasından kaynaklanmaktadır. Ancak alacaklı veya borçlu, eğer güvenli elektronik imza (e-imza) ya da mobil imza(m-imza) sahibi ise sisteme e-imza veya m-imza ile girdiğinde, dosya ile ilgili ayrıntılı bilgileri ve dosya evrakını da sistemden görebilme imkanına sahip olacaktır⁵¹.

Bu noktada e-imza veya m-imza sahibi olan vatandaşların UYAP aracılığı ile icra takip başlatıp başlatamayacakları sorusu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Bu konu ile ilgili doğrudan bir düzenleme olmamakla birlikte, vatandaş portalla ilgili bilgilendirmelerde, vatandaşların sistem üzerinden dava açamayacakları açıkça belirtilmiştir⁵². Dolayısıyla alacaklının vatandaş portal üzerinden icra takibi yapması da mümkün gözükmemektedir. Bu imkan sadece avukatlara tanınmış olup, aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır.

Vatandaş portal üzerinden icra takipleri ile ilgili olarak yapılabilecek bir diğer işlem, aktif satış ilanlarının görüntülenmesidir. Vatandaşlar portal içerisindeki “*elektronik ilanlar*” kısmına tıklayarak “*aktif ilanlar*” bölümün-

⁴⁸ www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/index.jsp (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁴⁹ www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/nasil_faydalanirim.jsp (erişim tarihi: 07. 12.2016).

⁵⁰ www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/nasil_faydalanirim.jsp (erişim tarihi: 07. 12. 2016).

⁵¹ www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/nasil_faydalanirim.jsp (erişim tarihi: 07. 12. 2016).

⁵² www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/sss.jsp (erişim tarihi: 07.12.2016).

den, karar ve satış ilanlarını görebilmektedirler⁵³. İcra takipleri ile ilgili olarak da vatandaşlar, icra takipleri kapsamında yapılacak satışların ilanlarını, dosya numarası ile görüntüleyebilir ve “doc” uzantılı bir dosya şeklinde satış ilan metnini bilgisayarlarına veya mobil cihazlarına indirebilirler. Aynı şekilde vatandaşlar sistem içerisinde yer alan “e-satış” linkine tıklayarak, UYAP’ın farklı bir kullanım şekli olan, icra mallarının elektronik satışının gerçekleştirildiği e-satış portalına geçiş yapabilirler⁵⁴. Burada satılan malın fotoğrafları ve bedeli dahil birçok özelliği görülebilmektedir⁵⁵. Bu portal aracılığıyla icra takipleri kapsamında satışları yapılan mallarla ilgili elektronik ortamda teklif verilebilmektedir⁵⁶. Ayrıca vatandaşlar, teklif için yatırılması gereken teminatı, “bankaya bağlan” sekmesine tıklayarak internet aracılığı ile ödeyebilirler⁵⁷.

Vatandaş portal üzerinden, davalar için harç hesaplaması yapılabilmektedir. Acaba bir alacaklı, başlatacağı icra takibi için aynı sistem üzerinden harç ve masraf hesaplaması yapabilecek midir? Sistem sadece hukuk davaları bakımından açılış harcı ve masrafı hesaplaması yapabilmekte; icra takipleri için harç hesaplama linki şuan için sistemde yer almamaktadır⁵⁸. Ancak sistem geliştirilirken icra takiplerine ilişkin harç ve masraf hesaplaması yapılması imkanının sisteme eklenmesi, kuşkusuz ki isabetli bir uygulama olacaktır.

Vatandaş portal aracılığı ile alacaklı veya borçlu, kendisine gönderilen bir evrakı sorgulayabilecektir. Bunun için “evrak sorgula” linkine tıklanarak evrakta yer alan kodun ve güvenlik kodunun girilmesi gerekmektedir⁵⁹. Böy-

⁵³ www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/index.jsp (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁵⁴ www.vatandas.uyap.gov.tr/e-satis/index.html (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁵⁵ www.vatandas.uyap.gov.tr/e-satis/index.html (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁵⁶ www.vatandas.uyap.gov.tr/e-satis/index.html (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁵⁷ esatis.uyap.gov.tr/esatis/jsp/esatis_jsp/ihale_detay_goster.jsp?mid=4504040116 (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁵⁸ www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/index.jsp (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁵⁹ www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/index.jsp (erişim tarihi: 07.12.2016).

lece bir borçlu, kendisine gönderilen bir ödeme emrinin sistemde kayıtlı olan aslını görebilecektir. Görüldüğü üzere evrak doğrulama, icra dairelerinin işlemlerinin şeffaflaşmasına katkıda bulunacak bir uygulama olarak kabul edilebilir.

İcra takibinde borçlu konumunda olan kişilerle ilgili olarak UYAP'ın getirdiği önemli bir imkan daha bulunmaktadır. Takip borçlusunu olan kişi, UYAP vatandaş portalına e-imza ya da m-imza vasıtasıyla girerek dosya borcunu ödeyebilecektir⁶⁰. Borçlu vatandaş portala girdikten sonra, dosya sorgulaması yaparak istediği icra dosyasını tespit edecek ve “*ödeme*” sekmesine tıklayacaktır⁶¹. Burada “*borç tahsilatı*” kısmını seçecek ve ödeme yöntemini belirleyecektir⁶². Borçlu burada iki yöntem arasında seçim hakkına sahiptir. İsterse anlaşmalı banka hesabı aracılığı ile ödemesini gerçekleştirebilir veya özel ve yeni bir uygulama olan “*param*” kısmını işaretleyerek kredi kartı ile taksitlendirmek suretiyle veya tek çekim ile ödemesini yapabilecektir⁶³. Borçlu UYAP vasıtasıyla sadece borç bedelini değil masrafları ve teminatları da yatırabilmektedir⁶⁴.

C. AVUKATLARIN İCRA TAKİPLERİ İLE İLGİLİ UYAP KULLANARAK YAPABİLECEKLERİ İŞLEMLER

1. Genel Olarak

Adli işleyişin en önemli sükjelerinden olan avukatlar, kendilerine özgü UYAP portalı olan “*Avukat Portal*” vasıtasıyla sisteme doğrudan bağlanabilmektedirler. Vatandaş portalından farklı olarak avukat portalına giriş yapabilmesi için avukatın mutlaka e-imza ya da m-imza sahibi olması gerekmektedir.

⁶⁰ www.param.com.tr/uyap/ (erişim tarihi: 10.12.2016).

⁶¹ www.param.com.tr/uyap/ (erişim tarihi: 10.12.2016).

⁶² www.param.com.tr/uyap/ (erişim tarihi: 10.12.2016).

⁶³ www.param.com.tr/uyap/ (erişim tarihi: 10.12.2016).

⁶⁴ www.param.com.tr/uyap/ (erişim tarihi: 10.12.2016).

dir. Dolayısıyla avukatlar sisteme e-devlet kapısından girmek istediklerinde dahi, bu giriş sadece T.C. kimlik numarası ve e-devlet şifresi ile yapılama-
makta; avukatın e-imza ya da m-imza ile sisteme giriş yapması gerekmektedir.
Yine avukatlar sisteme UBAP aracılığı ile e-imza kullanarak giriş yapabilir-
ler⁶⁵. Görüldüğü üzere avukatların sisteme girişi daha fazla güvenlik önemi
içermektedir. Çünkü avukatlar sistem içerisinden, vekaletnamesi olmadığı bir
dosya ile ilgili dahi, hakimin onayı ile bilgi sahibi olabilmektedirler. Avukat-
ların sistemden daha fazla bilgi ve belgeye erişebiliyor, vatandaşların yap-
madığı dava açma, takip yapma gibi işlemleri yapabiliyor olmaları sebebiyle,
sistemin daha fazla güvenlik önemi içerdiğini söylemek, yanlış olmayacaktır.
Avukatlar, yargılama ile ilgili tüm iş ve işlemlerini sistem üzerinden yapabile-
cekleri gibi, icra takipleri ile ilgili iş ve işlemlerini de adliyeye gitmeksizin
UYAP aracılığı ile de yapabileceklerdir. Bu başlık altında avukatların icra
takipleri ile ilgili olarak UYAP ile yapabilecekleri işlemler sınıflandırılarak
açıklanmaya çalışılmıştır. Burada hem alacaklı hem de borçlu vekillerinin,
UYAP vasıtasıyla icra takipleri ile ilgili iş ve işlemleri yapabilecekleri söy-
lenmelidir. Bu kapsamda alacaklı ve borçlu vekillerinin icra takibi kapsamın-
da yapabilecekleri işlemler farklılaşabilecektir. Dolayısıyla çalışmamızda
alacaklı vekillerinin UYAP üzerinden yapabilecekleri iş ve işlemler ile borçlu
vekillerinin sistem üzerinde yapabilecekleri işlemler ayrı ayrı değerlendirile-
cektir.

2. Alacaklı Vekilinin UYAP Kullanarak Yapabileceği İşlemler

a. Takip Talebinde Bulunmak

Elektronik ortamda takip başlatılması iki şekilde gerçekleştirilmekte-
dir. Yargılamalarda UYAP kullanımı ile dava açılabilmesi imkanına paralel
olarak icra takipleri açısından avukatın, avukat portal içerisinde takip talebi

⁶⁵ multilogin.barokart.com.tr/login.aspx (erişim tarihi: 07.12.2016).

oluşturup e-imza ile imzalamak suretiyle icra dairesine elektronik ortamda göndermesi mümkündür. Bunun yanında avukat, özel işletmelerin sunduğu elektronik ortamda icra takibi hazırlama programları ile oluşturduğu takip talebini, icra dairesine bir veri taşıyıcısı ile götürüp, bu takip bilgilerinin UYAP sistemine doğrudan işlenmesi yöntemi ile de takip başlatabilmektedir⁶⁶. Bu ikinci durum doğrudan UYAP kullanılarak takip başlatılması olarak kabul edilemese de, oluşturulan takip talebinin UYAP'a yüklenebilmesi sebebiyle, icra takiplerinde UYAP kullanımı ile alakalı olduğu söylenebilecektir. Bu iki takip başlatma yönteminin ayrı ayrı değerlendirilmesi kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

aa. Doğrudan UYAP Aracılığı ile Takip Başlatılması

Avukatlar UYAP aracılığıyla sistem üzerinden doğrudan icra takibi başlatabilmektedirler. İcra ve İflas Kanunu md. 58/1'e göre; "*Takip Talebi, icra dairesine yazılı veya sözlü olarak ya da elektronik ortamda yapılabilir.*" Bu hüküm ile avukatların icra takip talebini fiziki ortamda icra dairesine teslim etme zorunlulukları böylece ortadan kalkmış bulunmaktadır. Çevrimiçi takip başlatma, icra dairelerindeki kasa işlemleri de düşünüldüğünde ancak mesai saatleri içerisinde gerçekleştirilebilecektir⁶⁷. Ayrıca günümüz itibarıyla bazı adliyelerde UYAP aracılığı ile çevrimiçi olarak icra takibi başlatma, sadece genel haciz yoluyla takipler için mümkündür. Özellikle kambiyo senetlerin özgü takip ve ilamlı icra takibinin, günümüz itibarıyla bazı adliyelerde UYAP üzerinden çevrimiçi olarak yapılması söz konusu değildir. Bu sonucun, kambiyo senetlerine özgü takiplerde senet aslının; ilamlı icra takiplerinde de ilamın takip talebine eklenmesi zorunluluğundan kaynaklandığı düşünülmektedir. Ancak kambiyo senetlerinin taranarak sisteme yüklenmesi mümkün olabileceği gibi, ilamın da mahkemelerle sağlanan entegrasyon sayesinde sistem

⁶⁶ Kaya, s. 131.

⁶⁷ avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 10.12.2016).

üzerinden elektronik şekilde temini mümkündür. Kaldı ki İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği md. 16/7 gereğince elektronik ortamda sisteme yüklenen belgelerin fiziken teslimi zorunlu değildir⁶⁸. Ayrıca UYAP sisteminde yapılan güncellemeler ile takip türü olarak kambiyo senetlerine özgü takip seçeneği sisteme eklenmiş durumdadır⁶⁹. Tüm bunlara rağmen icra dairelerinin kambiyo senetlerine özgü takiplerin fiziken yapılmasını talep etmeleri, isabetli görülmemektedir. Biran önce icra dairelerinin sistemlerinin de bu güncellemeye uygun şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Geçiş süreci için, kambiyo senetlerine özgü takiplerin UYAP vasıtasıyla başlatılması sağlanarak, kambiyo senedinin ibrazının sonrasında kesin bir süre içerisinde talep edilmesi de kanaatimizce yerinde bir uygulama olacaktır.

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden takip başlatacak avukatın belirli arama motorlarından birini kullanarak sisteme giriş yapması zorunludur⁷⁰. Daha sonra avukat portal içerisinde “*yeni dava açılışı*” sekmesinden “*icra takibi*” kısmını seçmelidir⁷¹. Burada takibin hangi adliyedeki icra dairelerinde başlatılacağı, takip türünün, takip yolunun ve takip şeklinin ne olacağına yönelik kısımlar, avukat tarafından işaretlenmelidir. Avukat daha sonra “*takibin mahiyeti*” kısmında takip talebi ile ilgili detayları, seçilen takip yolu ve uygulanmasını istediği kanun maddelerini belirtmeli ve takibe esas tutarı sisteme kaydetmelidir⁷². Bu kısım tamamlandıktan sonra avukat “*taraf işlemleri*” kısmına gelerek alacaklı ve borçlu bilgilerini buraya manuel olarak

⁶⁸ İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği md.16/7: “*Tutanak, belge ve kararlar elektronik ortamda düzenlenir ve gerekli olanlar ilgililer tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanır. Elektronik ortamda düzenlenen ve güvenli elektronik imza ile imzalanan evrak UYAP kapsamında ki birimlere elektronik ortamda gönderilir. Ayrıca fiziki olarak gönderilmez.*”

⁶⁹ <http://www.ozgureralp.av.tr/web/soru-cevap/ulusal-yargi-agi-bilisim-sistemi-avukat-bilgi-sistemi/> (erişim tarihi: 11.12.2016).

⁷⁰ Avukatın UYAP üzerinden icra takibi başlatabilmesi için, İnternet Explorer (11 ve Üstü), Opera veya Google Chrome ile sisteme giriş yapması zorunludur. Bu bilgi için bkz: avukat.uyap.gov.tr/avukat/duyuru/2015/eimza_duyuru.jsp (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁷¹ avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁷² avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 07.12.2016).

girmelidir⁷³. Alacaklı ve borçlu adreslerinin MERNİS’de kayıtlı adresler olarak girilmesi isteniyorsa avukat, “*sorgula*” sekmesini tıklayarak buradaki adres bilgilerini doğrudan sisteme aktarılabilir⁷⁴. Bu işlemler tamamlandıktan sonra avukat, “*ilamsız bilgileri gir*” kısmına geçerek alacak bilgilerini girmeli, eğer bir belge veya senet varsa bunların da bilgilerini aynı ekrandan doldurmalıdır⁷⁵. Alacaklı vekili daha sonra “*alacak kalemi ekle*” sekmesine tıklayarak alacak kalemlerini tek tek manuel olarak sisteme kaydetmelidir⁷⁶. Bu aşamadan sonra avukat harç hesaplama ve ödeme işlemlerine geçecektir. Ancak bu husus aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacaktır. Aşağıda anlatılacak olan harç ve masraf ödeme aşaması da tamamlandıktan sonra avukat, “*girilen verilerle takip talebi oluştur*” kısmını işaretlemelidir⁷⁷. Burada sitem takip talebini bir dosya olarak hazırlayıp bilgisayara kaydedecektir. Avukat bu talebi elektronik imza ile imzaladıktan sonra, sistem içerisindeki “*evrak seç*” kısmından e-imzalı talep dilekçesini sisteme eklemeli ve “*takip başlat*” sekmesini tıklayarak takibini tamamlamalıdır⁷⁸.

bb. Özel İcra Programları ile Oluşturulan Takip Talebinin, UYAP İçerisine Aktarılması Yolu ile Takip Başlatılması

Uygulamada sıklıkla rastlanılan takip başlatma yöntemlerinden birisi de, özel icra programları ile hazırlanan takip taleplerinin UYAP’a yüklenmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu yöntemi, UYAP aracılığı ile takip başlatma ile karıştırmamak gerekmektedir. Çünkü burada avukat takip talebini UYAP’ın sunduğu program ile değil, özel işletmeden satın almış olduğu bir programda hazırlamaktadır. Bu takip talebi daha sonra icra dairesi tarafından UYAP içerisine aktarılmaktadır.

⁷³ avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁷⁴ avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁷⁵ avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁷⁶ avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁷⁷ avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 07.12.2016).

⁷⁸ avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 07.12.2016).

Özel icra programları üzerinden takip talebi oluşturmak, her icra programı için farklı şekillerde yapılabilmeyle birlikte, hepsinde ortak olarak tamamlanması gereken bazı temel aşamalar vardır. Avukat öncelikle sistem üzerinden “*avukat bilgileri*” kısmından kendi kimlik ve baro bilgilerini girmeli, daha sonra adres bilgilerini sisteme kaydetmelidir⁷⁹. Avukat kendi bilgilerini sisteme kaydettikten sonra, taraf bilgilerinin sisteme kaydı aşamasına geçmelidir. Burada avukat, alacaklının kimlik ve adres bilgilerini girerek kaydetmelidir⁸⁰. Aynı şekilde borçlu bilgilerinin de girilip kaydı tamamlandıktan sonra, takip özelliklerinin sisteme kaydı aşamasına geçilmelidir. Bu aşamada avukat, takip türünü, yolunu ve şeklini seçecektir. “*Evrak seç*” sekmesinden talebine eklemek istediği senet, belge ve evrakların talebine ekleyebilecektir⁸¹. Avukat daha sonra alacak kalemlerini tek tek girmek durumundadır⁸². Görüldüğü üzere burada takip talebi oluşturma aşamaları, UYAP ile büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Ancak bu özel sistemler üzerinden harç ve masraf ödemesi yapılamadığına dikkat edilmelidir.

Takip talebinin oluşturulması aşamasında UYAP ile özel programlar arasında çok fazla farklılık olmamakla birlikte, takibin başlatılması aşamasını farklı olduğu görülmektedir. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi ile takip çevrimiçi olarak sistem üzerinden icra dairesine gidilmeden başlatılmakta ancak; özel programlar aracılığı ile oluşturulan takip talepleri veri taşıyıcıları ile (USB bellek, hard disk, CD gibi) icra dairelerine götürülmekte, icra dairesi oluşturulan bu takip talebini, UYAP içerisine aktarmaktadır. Bu işlem ise icra daireleri tarafından gerçekleştirilmekte olup, çalışmamızın “*İcra Dairelerinin*

⁷⁹ “*E-Takip Bilgilerinin Girilmesi ve İstenirse Taranmış Dokümanlar da Eklenerek E-Takip Taleplerinin Oluşturulması*” www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/AvukatUygulaması_eTakip BilgilerininGirilmesi1.pdf (erişim tarihi: 07.12.2016), s. 5, 6.

⁸⁰ “*E-Takip Bilgilerinin Girilmesi ve İstenirse Taranmış Dokümanlar da Eklenerek E-Takip Taleplerinin Oluşturulması*”, s. 10.

⁸¹ “*E-Takip Bilgilerinin Girilmesi ve İstenirse Taranmış Dokümanlar da Eklenerek E-Takip Taleplerinin Oluşturulması*”, s. 15, 16.

⁸² “*E-Takip Bilgilerinin Girilmesi ve İstenirse Taranmış Dokümanlar da Eklenerek E-Takip Taleplerinin Oluşturulması*”, s. 22, 23.

UYAP Kullanarak Yapabilecekleri İşlemler” başlığında detaylı olarak anlatılacaktır.

b. Harç ve Masrafları Hesaplamak ve Ödemek

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin avukatlara tanıdığı önemli imkanlardan birisi, avukatın sistem aracılığıyla takip başlatılırken ödenmesi gereken harç ve masrafları hesaplayabilmesi ve ödeyebilmesidir⁸³. Harç ve masraf hesaplamalarının otomatik olarak yapılması, hesaplamada hata yapılmasının veya icra çalışanlarının kasıtlı olarak harç ve masrafları fazla hesaplayıp haksız kazanç elde etmesinin önüne geçmektedir⁸⁴. Aynı şekilde harç ve masrafların çevrimiçi olarak ödenebilmesi ile hem avukatların bürolarından harç ve masraf ödemesi yapmaları mümkün hale gelmiş hem de ödemelerin tamamıyla banka aracılığıyla yapılıyor olmasının da sağladığı katkı ile, icra dairesinin para tahsilatı ile uğraşmalarından doğan sakıncalar bertaraf edilmiştir.

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi aracılığı ile başlatılacak ilamsız takiplerde, takibe ilişkin bilgiler, çalışmamızın “*takip talebinde bulunmak*” başlığında açıklanmıştır. Taraf ve alacak bilgileri girildikten sonra “*harç hesapla*” sekmesi; masraf eklemek için ise “*masraf ekle*” sekmesi tıklanmalıdır⁸⁵. Harç hesapla sekmesine tıklandığında otomatik olarak başvurma harcı, peşin harç ve vekalet harcı hesaplanmış şekilde sisteme yansıtılmaktadır⁸⁶. Masraflar için ise avukat masraf türünü seçerek sisteme eklemelidir⁸⁷. Bu kapsamda avukat sisteme tebligat masrafı, dosya masrafı gibi masrafları otomatik olarak ekleyebilecektir⁸⁸.

⁸³ Kaya, s. 126; Oğlakçıoğlu, s. 85.

⁸⁴ Oğlakçıoğlu, s. 23.

⁸⁵ avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 10.12.2016).

⁸⁶ avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 10.12.2016).

⁸⁷ avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 10.12.2016).

⁸⁸ avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 10.12.2016).

Avukat bir üst paragrafta belirtildiği şekilde harç ve masrafların otomatik olarak hesaplamasını ve sisteme kaydını gerçekleştirdikten sonra, ödeme aşamasına geçecektir. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, avukatlara elektronik ortamda harçları ve masrafları ödeme imkanı da tanımaktadır. Burada avukat iki imkan arasında seçim hakkına sahiptir. İlk olarak avukat harç ve masraflarını barokart aracılığı ile doğrudan elektronik ortamda ödeyebilir⁸⁹. Ancak bunun için avukatın barokartının içerisinde yeterli miktarda kredi olmalıdır. Ayrıca barokart kullanmayan avukatların da harç ve masraf ödemelerini bu yöntem ile yapmaları mümkün değildir. Takip talebi sisteme kaydedildikten sonra, avukat “dosyalarım” kısmından sisteme kaydettiği bu takibi seçmelidir⁹⁰. Daha sonra “dosya görüntüle” sekmesine tıklayarak “ödeme yap” kısmına gelmelidir⁹¹. Açılan sayfada iki seçenek yer almaktadır. Bunlar “barokart ile öde” ve “banka ile öde” seçenekleridir⁹². Buradan barokart seçeneği işaretlenerek ödeme barokartın içerisindeki kredilerden doğrudan yapılabilir.

Avukatın harç ve masrafları çevrimiçi olarak ödeyebileceği diğer imkan, banka aracılığı ile ödemedir. Burada avukat harç ve masrafların hesaplamasını tamamladıktan sonra, “ödeme işlemleri” kısmında yer alan “bankaya bağlan” sekmesine tıklamalıdır⁹³. Bu sekmeye tıklanması ile anlaşmalı bankanın internet sitesine doğrudan geçiş yapılmaktadır. Bu sayede hesap üzerinden doğrudan ödeme yapılabilir. Ancak burada avukatın banka aracılığı ile çevrimiçi olarak ödeme yapabilmesi için, anlaşmalı bankada bir hesabının bulunması şarttır.

⁸⁹ www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/barokartkullanmaklavuzu.pdf (erişim tarihi: 10.12.2016).

⁹⁰ www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/barokartkullanmaklavuzu.pdf (erişim tarihi: 10.12.2016).

⁹¹ www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/barokartkullanmaklavuzu.pdf (erişim tarihi: 10.12.2016).

⁹² www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/barokartkullanmaklavuzu.pdf (erişim tarihi: 10.12.2016).

⁹³ http://avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 10.12.2016).

Yukarıda esas olarak takip başlangıcında harç ve masrafların UYAP üzerinden ödenmesi üzerinde durulmuş olmakla birlikte alacaklı vekili, takibin devam eden aşamalarında da masrafları UYAP üzerinden ödeyebilecektir. Örneğin, haciz ve satış masrafları da sistem üzerinden her zaman aynı usullerle ödenebilecektir.

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden başlatılan takipler açısından takip tarihi olarak hangi tarihin kabul edilmesi gerektiği, birçok konuda önem arz etmektedir. Örneğin; alacak için işleyecek zamanaşımın kesilme tarihi veya hacze iştirak şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinde esas alınacak tarih, takip tarihi olacaktır⁹⁴. Fiziki olarak başlatılan takiplerde, takibin başlatıldığı tarih olarak harcın yatırıldığı tarih esas alınmaktadır⁹⁵. Acaba UYAP aracılığı ile başlatılan takiplerde, takip tarihi olarak harçların yatırıldığı tarihi mi esas almamız gerekmektedir? Kanaatimizce burada, genel kuralın aksini kabul etmemizi gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır. Zaten çevrimiçi takip oluşturulurken ödemenin UYAP üzerinden barokart veya banka aracılığı ile yapılması, birbirini izleyen işlemler şeklinde peşi sıra gerçekleşecektir. Dolayısıyla harç yatırma tarihi ile takip talebi tarihi aynı olacaktır. Ancak takip UYAP üzerinden başlatılmış olsa bile ödeme sistemden değil de sonradan yapılmışsa, bu durumda takip tarihi olarak harçların yatırıldığı tarihin esas alınması, genel kural çerçevesinde isabetli olacaktır.

⁹⁴ **Karlı**, Abdurrahim; *İcra ve İflas Hukuku*, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2014, 3. Baskı, s. 145; **Kuru**, Baki; *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Legal Yayınları, İstanbul, 2016, s. 99; **Kuru**, Baki; *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, 2. Baskı, s. 205-212; **Muşul**, Timuçin; *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, 5. Baskı, s. 205-207; **Yıldırım, M. Kamil/Deren Yıldırım**, Nevhis; *İcra ve İflas Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, 6. Baskı, s. 66-67.

⁹⁵ **Kuru**, *EL Kitabı*, s. 196; **Muşul**, s. 206; **Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 67; aynı yönde bkz: Y. 19. HD. T. 29.05.1997, E. 1997/1924, K. 1997/5543 (**Kuru**, *El Kitabı*, s. 196, dn. 7); Y. 4. HD. T. 29.06.1976, E. 1976/2723, K. 1976/6408 (**Karlı**, s. 146).

c. Haciz ve Satış Talebinde Bulunmak

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden takip başlatıldığında bu takip, yine elektronik ortamda yapılan tevzi işlemi sonucunda ilgili icra dairesinin iş listesine eklenmektedir⁹⁶. İcra dairesinin talep üzerine ödeme emri hazırlaması ve borçluya tebliğ etmesi, aşağıda incelenecektir. Burada ödeme emrinin kesinleşmesinden sonra alacaklı vekilinin haciz talebini elektronik ortamdan yapabileceği söylenmelidir⁹⁷. Alacaklı vekili, portala giriş yaptıktan sonra “dosyalarım” sekmesinden haciz talep edeceği dosyayı seçmelidir. Daha sonra dosya bilgilerini yanında yer alan “işlem yap” sekmesine tıklamalıdır⁹⁸. Alacaklı vekili buradan haciz talep dilekçesini oluşturarak sisteme yükleyebilecektir. Haczedilen malların satışının yapılması, kural olarak alacaklı vekilinin talebi ile gerçekleşecektir. Bu talep, haciz talebinde de olduğu gibi UYAP üzerinden yapılabilecektir.

d. Takiple ilgili Her Türlü Dilekçe ve Belgenin Sisteme Yüklenmesi

Alacaklı vekilleri, takip, haciz ve satış talebi dışındaki dilekçe ile yapılan işlemleri de sistem üzerinden gerçekleştirebilirler. Örneğin hacze iştirak talep dilekçesi, istihkak iddiasına ilişkin itiraz dilekçesi, İİK md. 103’e hacze ilişkin itiraz dilekçesi, mazeret dilekçesi gibi dilekçelerin hepsini sisteme yükleyebilecektir. İcra ve iflas Kanunu Yönetmeliği md. 16/4 hükmü ile güvenli e-imza ile imzalanmış olması şartıyla her belge, UYAP üzerinden icra dairelerine gönderilebilecektir⁹⁹.

⁹⁶ http://avukat.uyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 10.12.2016).

⁹⁷ **Kuru**, *El Kitabı*, s. 413.

⁹⁸ <http://www.barobirlik.org.tr/Detay18353.tbb> (erişim tarihi: 10.12.2016).

⁹⁹ İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği md. 16/4: “*Taraf ve vekilleri ile diğer ilgililer, güvenli elektronik imza ile imzalamak suretiyle UYAP vasıtasıyla mahkemeler veya icra ve iflas dairelerine elektronik ortamda bilgi ve belge gönderebilirler, takip açabilirler.*”

e. İcra Takibi Aşamalarındaki Davaların UYAP Üzerinden Açılması

İcra takibi, bünyesinde birçok iş ve işlemi barındıran bir süreci ifade etmektedir. Bu süreçte alacaklı vekilinin açması gereken davalar veya başvurusu gereken şikayet durumları ile karşılaşılabilir. Örneğin, ödeme emrine itiraz üzerine duran takibe devam etmek isteyen alacaklı adına vekili, itirazın kaldırılması veya itirazın iptali yollarından birine başvurmalıdır. Yine alacaklı vekili, zilyetliği üçüncü kişide bulunan ancak borçlunun olduğunu iddia ettiği bir malla ilgili olarak istihkak davası açmak durumundadır. Alacaklı vekili, icra müdürünün işlemlerinin hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa, şikayet yolu ile icra mahkemesine başvurmalıdır. İcra takip süreci içerisinde açılacak bu davalar ve başvuru yolları, mahkemeler tarafından yargılama yapılan hal-lerdir. Bu başvuruların UYAP aracılığı ile elektronik ortamda yapılması mümkündür. Örneğin; alacaklı vekili, UYAP üzerinden itirazın iptali davası açabilecektir. Ancak bu aşamada artık UYAP'ın yargılamalarda kullanılması söz konusu olacağı için, bu husus çalışma alanımızın kapsamı dışında kalmaktadır.

3. Borçlu Vekilinin UYAP Kullanarak Yapabileceği İşlemler

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin avukatlar tarafından kullanılabilmesinin sonucu olarak, icra takibinde yer alan borçlu vekilinin de avukat portal üzerinden icra takibi kapsamındaki iş ve işlemleri yapabileceği söylenebilecektir. Ancak bu noktada icra takibinde borçlu vekilinin takip başlangıcında henüz belirli olmadığına dikkat edilmelidir. Dolayısıyla alacaklı takip başlatırken borçlu vekilini gösteremeyecektir. Borçlu vekilinin kim olduğu ancak ödeme emrinin tebliği üzerine belirli hale gelecektir. Bu sebeple borçlu vekilinin UYAP üzerinden borçluya yönelik takip ile ilgili işlem yapması ödeme emrinin tebliğinden sonraki aşamada vekaletnamesini dosyaya sunması

ile mümkün olacaktır. Avukatın vekaletnamesini UYAP vasıtasıyla sunabileceği unutulmamalıdır¹⁰⁰.

Borçlu vekili, vekaletnamesini fiziksel olarak ya da UYAP aracılığı ile dosyaya eklediği andan itibaren bu dosya, UYAP içerisindeki “dosyalarım” kısmında gözükecektir. Borçlu vekili, ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde itiraz hakkını kullanabilecektir. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi aracılığı ile sisteme elektronik belge yüklenmesi mümkün olduğu için borçlu vekili, elektronik ortamda oluşturmuş olduğu itiraz dilekçesini UYAP sistemine yükleyebilecektir. Ayrıca borçlu vekili, borçludan tahsil etmek kaydıyla borç bedelini her zaman UYAP aracılığı ile ödeyebilir. Bunun için barokart ya da anlaşmalı bankadaki hesabını kullanabilir. Yine borçlu vekili, haczin borçlunun veya kendisinin yokluğunda yapılmış olması halinde, İİK md. 103'e göre gönderilen davetiye üzerine, UYAP'a yüklediği bir dilekçe ile itiraz edebilir. Borçlu vekili, menfi tespit, istirdat ve borçtan kurtulma gibi davaları UYAP vasıtasıyla açabileceği gibi şikayet yoluna da UYAP vasıtasıyla başvurabilir.

D. İCRA DAİRELERİNİN UYAP KULLANARAK YAPABİLECEKLERİ İŞLEMLER

1. Genel Olarak

İcra ve İflas Kanunu md. 8/a'da düzenlendiği üzere, her türlü icra takip iş ve işlemleri, UYAP vasıtasıyla gerçekleştirilebilecektir. Türkiye gene-

¹⁰⁰ Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden vekaletname sunulabilmesi için, portal içerisindeki “vekalet cevap dilekçesi” sekmesi tıklanmalıdır. Daha sonra “evrak” sekmesine tıklanarak daha önce taranarak bilgisayara veya veri taşıyıcısına yüklenmiş olan vekaletname, “vekaletname ekle” sekmesi tıklanarak dosya içerisine eklenir. Avukat sistem üzerinden vekalet harcı ve pulunu da yukarıda anlatılan usullere uyarak ödeyebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz: [http://www.ozgureralp.av.tr/web/makaleler/uyap-avukat-bilgi-sistemi-yeni-vekaletname-sunulacak-dosyalara-elektronik-vekalet-pulu-vekalet-harcı-ve-taranmis-vekaletname-gondermek/\(erişim tarihi: 10.12.2016\)](http://www.ozgureralp.av.tr/web/makaleler/uyap-avukat-bilgi-sistemi-yeni-vekaletname-sunulacak-dosyalara-elektronik-vekalet-pulu-vekalet-harcı-ve-taranmis-vekaletname-gondermek/(erişim tarihi: 10.12.2016)).

linde görev yapan icra daireleri de, mahkemeler ve diğer adli kuruluşlar gibi, UYAP ağının içerisinde yerini almıştır. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi icra dairesi personelleri tarafından kendilerine özgü bir şifre ile giriş yapılarak kullanılmaktadır.

İcra dairelerindeki iş yoğunluğu dikkate alındığında, UYAP kullanımının takip işlemlerini çok kısa sürede tamamlamaya imkan verdiği açıkça görülmektedir. İcra dairesi personellerinin de UYAP kullanımından oldukça memnun oldukları söylenebilecektir. İcra daireleri takibin başlangıcından neticelendirilmesine kadarki işlemlerin büyük çoğunluğunu UYAP aracılığı ile gerçekleştirebilmektedir. Yine icra dairesine getirilen her türlü belge ve evrakın elektronik ortamda depolanması sayesinde, belge kaybı ve tahrifatı riski ortadan kalkmaktadır¹⁰¹. İcra daireleri diğer kurum ve kuruluşlar ile yazışmalarını elektronik ortamda yapabilecekler ve müzakerelerini UYAP vasıtasıyla ilgili birime gönderebileceklerdir. İcra daireleri tebligatları UYAP üzerinden kayıtlı e-posta adreslerine doğrudan yapabilecekler ve böylece tebligatın usulsüzlüğü ihtimali ortadan kalkacaktır. İcra dairelerinin idari işleri de UYAP üzerinden kolaylıkla yapılabilecektir. Bu başlık altında icra dairelerinin takiplerle ilgili olarak yapabilecekleri işlemlerin ve uygulama açısından önem arz eden hususların üzerinde detaylı olarak durulacaktır.

2. Takip Dosyalarının Tevzini Gerçekleştirmek ve Siteme Kaydetmek

Takip talebinin doğrudan UYAP aracılığı ile oluşturulup sisteme yüklenmesi halinde, ilk olarak tevzi işleminin yapılması gerekmektedir. Burada tevzi işlemi UYAP üzerinden otomatik olarak yapılacaktır. Tevzi işlemi ile takibin hangi icra dairesine gönderileceğini belirlenecektir.

¹⁰¹ Oğlakçoğlu, s. 23.

Takip talebi, bir veri taşıyıcısı ile icra tevzi birimine getirilmişse, bu veri taşıyıcısındaki takip talebi ve eklerinin icra tevzi birimi tarafından önce UYAP'a kaydedilmesi, sonra tevzinin yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla öncelikle dosyanın sistem kaydı gerçekleştirilmelidir. Bunun için görevli icra personeli, sistem içerisinde “dosya açılışı” sekmesinden “e-ortamda gelen takip taleplerinin sisteme kaydedilmesi ve tevzi işlemleri” kısmını seçmelidir¹⁰². Daha sonra dosyayla ilgili avukat bilgileri girilmeli ve avukatın getirdiği veri taşıyıcısı içerisindeki takip talebi ve ekleri, sisteme kaydedilmelidir¹⁰³. Bu işlemden sonra “tevzi et” sekmesine tıklanmak suretiyle otomatik tevzi işlemi tamamlanmış olacaktır¹⁰⁴.

İcra personeli, veri taşıyıcısı ile getirilen takip talebini sisteme kaydedip tevzini gerçekleştirdikten sonra, “dosya aç” sekmesine tıklayarak takip dosyasını oluşturmaya başlayacaktır¹⁰⁵. Bu sekme açıldığında avukatın takip talebinde belirttiği ve sisteme yüklenmiş olan bilgiler kullanıcının karşısına gelecektir¹⁰⁶. Kullanıcı burada avukat tarafından takip talebinde belirtilen alacaklı ve borçlu bilgilerini görecektir ve adres güncellemesi yapacaktır¹⁰⁷. Kullanıcı bu işlemi tamamladıktan sonra harç ve masraf işlemlerine geçecektir¹⁰⁸. Burada kullanıcı tahsil edilecek harç ve masraf kalemlerini seçecektir¹⁰⁹. Tüm bu işlemler tamamlandıktan sonra takip için bir dosya numarası verilerek dosyanın açılışı yapılmış olacaktır¹¹⁰.

¹⁰² www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹⁰³ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹⁰⁴ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹⁰⁵ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹⁰⁶ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹⁰⁷ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹⁰⁸ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹⁰⁹ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹¹⁰ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

3. Ödeme Emri ve Tebligat Evrakı Düzenlemek

İcra dairesi personeli bir üst başlıkta belirtildiği şekilde takip dosyasını sisteme kaydettikten sonra, borçluya gönderilecek ödeme emrini sistem üzerinden hazırlayabilecektir. Kullanıcı, “dosya açılış” sekmesinden “tebliğ edilecek evrakın hazırlanması” kısmını seçmelidir¹¹¹. Açılan sayfada evrak türü olarak “ödeme icra emri” seçeneği işaretlenmeli ve şablondan hangi örnek ödeme emrinin kullanılacağı seçilmelidir¹¹². Ödeme emrini düzenleyen personel dışında bir personelin örneğin, icra müdürünün onayı gerekli ise kullanıcı, hazırladığı ödeme emrini onaya sunmalı ve onaylayacak personeli liste içerisinden işaretlemelidir¹¹³. Kullanıcı “belge düzenle” sekmesine tıklayarak ödeme emrini oluşturacaktır ve onaya sunulan personelin onayı ile ödeme emri sisteme kaydedilmiş olacaktır¹¹⁴.

Ödeme emrinin bu şekilde oluşturulup sisteme kaydedilmesinden sonra kullanıcı, tebligat zarf ve davetiyesini hazırlamalıdır. Bunun için “dosya açılış” sekmesinden “tebligat zarf ve davetiye hazırlanması” kısmını seçmelidir¹¹⁵. Burada kullanıcı ilk olarak tebligat yapılacak kişileri ve adreslerini seçmeli, daha sonra tebligat şerhi kısmını doldurmalıdır¹¹⁶. Kullanıcı bu aşamaları tamamladıktan sonra “tebliğ edilecek evrak” sekmesini tıklayarak daha önce oluşturmuş olduğu ödeme emrini buraya eklemelidir¹¹⁷. Kullanıcı son olarak “zarf davetiye hazırla” sekmesini işaretleyerek işlemini tamamlayacaktır¹¹⁸. Hazırlanan bu tebligat evrakı, çıktısı alınmak suretiyle fiziksel olarak

¹¹¹ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹¹² Örneğin genel haciz yolu ile takiplerde 49/7 ilamsız takiplerde ödeme emri seçeneği işaretlenmelidir. Bunun için bkz: www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹¹³ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹¹⁴ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹¹⁵ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹¹⁶ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹¹⁷ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

¹¹⁸ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 11.12.2016).

tebliğ edilebileceği gibi, kayıtlı e-posta kullanıcılarına elektronik tebligat yolu ile de tebliğ edilebilecektir.

4. Borçlunun Malvarlığını Sorgulamak

İcra takiplerinde haciz aşamasının başarılı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için, borçlunun malvarlığının saptanması gerekmektedir. Borçlunun ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde mal beyanında bulunması kural olmakla birlikte¹¹⁹ borçlunun mal beyanında bulunmaması veya yanlış mal beyanında bulunması halinde, borçlunun gerçek malvarlığının tespit edilmesi gerekmektedir. Borçlunun malvarlığının tespiti, takibin yapıldığı icra dairesi tarafından UYAP üzerinden doğrudan UYAP ile entegre edilmiş kurum ve kuruluşların sisteminde sorgulamak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda kullanıcı, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün sisteminden borçlu adına kayıtlı araçların sorgulamasını yapabilir ve araç üzerindeki sınırlamaları görebilir¹²⁰. Yine kullanıcı TAKBİS aracılığı ile borçlu adına kayıtlı taşınmazları tespit edebilecektir¹²¹. Kullanıcı UYAP üzerinden SGK sistemine bağlanarak, borçlunun sigortalılık durumunu, ücret ve emekli maaşı alıp almadığını ve işyeri bilgilerini sorgulayabilir. Kullanıcı GİB sistemine geçerek, borçlunun vergi mükellefi olup olmadığını da sorgulayabilir. Örneğin, borçlunun motorlu taşıtlar vergisi mükellefi olduğunu tespit ederek, araç sahibi olduğunu öğrenebilecektir veya emlak vergisi mükellefi olduğunu belirleyerek, taşınmaz sahibi olduğunu tespit edebilecektir.

¹¹⁹ İcra ve İflas Kanunu md. 60/1-4: Ödeme emri; “*Senet veya borca itirazını bildirmedeği takdirde yukarıda yazılı yedi günlük süre içinde 74 üncü maddeye göre mal beyanında bulunması ve bulunmazsa hapisle tazyik olunacağı; mal beyanında bulunmaz veya hakikate aykırı beyanda bulunursa ayrıca hapisle cezalandırılacağı*” ihtarını içerir.

¹²⁰ Örneğin bu sorgulama sonucunda araç üzerinde daha önce konulmuş olan hacizler veya rehiner görülebilecektir.

¹²¹ Taşınmazlarla ilgili olarak kullanıcı, ipotek, irtifak ve haciz gibi sınırlamaları tespit edebilecektir.

Burada icra personelinin UYAP kullanarak borçlunun bankalarda bulunan hesapları ile ilgili sorgulama yapamayacağı belirtilmelidir. Bankacılık Kanunu md. 73 gereğince bankalar müşterilerine ilişkin bilgilerle ilgili sır saklama yükümlülüğü sebebiyle, ceza soruşturma ve kovuşturmaları dışında hiçbir şekilde müşterilerin sırlarını açıklamamaktadırlar¹²².

5. Haciz işlemlerini Gerçekleştirmek

a. Genel Olarak

İcra takibinin en önemli aşamalarından birisi hacizdir. Ödeme emrinin kesinleşmesinden sonra alacaklının talebi ile borçlunun mallarına el konulması gerekmektedir. Alacaklı vekili, haciz talebini UYAP'a e-imzalı şekilde sisteme yükleyebilecektir. Talep üzerine icra dairesi haciz işlemini gerçekleştirmek zorundadır. Haciz, borçlunun mallarına hukuken el konulması olarak kabul edildiği için¹²³ icra dairelerinin UYAP üzerinden elektronik ortamda

¹²² 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu md. 73/1: “Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli görevleri sırasında öğrendikleri bankalara ve bunların bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıklar ve müşterilerine ait sırları bu Kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamaz ve kendilerinin veya başkalarının yararlarına kullanamazlar. Kurumun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar ile bunların çalışanları da bu hükme tâbidir. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder.”

5411 Sayılı Bankacılık Kanunu md. 73/2: “Bu Kanun hükümleri uyarınca Kurumun, yurt dışındaki muadili denetim mercileri ile düzenleyeceği mutabakat zabitleri çerçevesinde vereceği bilgi ve belgeler birinci fıkradaki sır kapsamında değildir. Kurul düzenleyeceği mutabakat zabitleri veya zabitler dışında elde edeceği sırların korunmasını sağlamakla görevlidir. Kurumun elde edeceği sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, kuruluş ve faaliyet izni verilmesinde, faaliyetlerin denetiminde, düzenlemelere uyulup uyulmadığının izlenmesinde ve Kurul kararlarına karşı açılacak idari davaların görülmesinde kullanılabilir. (Değişik dördüncü cümle: 13/2/2011-6111/146 md) Kurumun bu fıkra kapsamında elde edeceği sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, ceza soruşturması ve kovuşturması kapsamında savcılıklar ile ceza mahkemeleri, görevden ayrılmış olsalar dahi, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı başlatılan soruşturma ve kovuşturmalar ile bağlantılı olarak talepte bulunacak Kurul Başkanı ve üyeleri ile Kurum personeli dışında hiçbir kişi, kurum ve kuruluşa verilemez. Mahkeme kararına bağlanmış sır kapsamına giren bilgilerin verilmesinden Kurum sorumlu tutulamaz.”

¹²³ Karşlı, s. 278; Kuru, *Ders Kitabı*, s. 160; Kuru, *El Kitabı*, s. 410; Muşul, s. 310; Postacıoğlu, İlhan E. /Altay, Sümer; *İcra Hukuku Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, 5. Baskı, s. 359; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 131.

haciz işlemlerini gerçekleştirmesi mümkündür. Bunun için kullanıcı, UYAP içerisindeki “*haciz*” sekmesine tıklamalıdır¹²⁴.

E-haciz ile ilgili olarak 6183 sayılı AATUHK md. 79'da özel bir düzenleme yer almaktadır. Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun md. 79/1 c. 2'ye göre; “*Tahsil dairelerince düzenlenen haciz bildirimleri, alacaklı tahsil dairelerince ya da alacaklı amme idaresi vasıtasıyla, posta yerine elektronik ortamda tebliğ edilebilir ve bu tebligatlara elektronik ortamda cevap verilebilir. Elektronik ortamda yapılacak tebliğe ve cevapların elektronik ortamda verilebilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.*” Bu kurum, İcra ve İflas Kanunu md. 89'da düzenlenen haciz ihbarnameleri ile borçlunun üçüncü kişilerden olan hak ve alacakların veya üçüncü kişideki taşınır mallarının haczi konusunun, vergi hukuku bakımından uygulanması niteliğinde kabul edilebilir¹²⁵. Anılan hükümde, vergi borçlusunun alacaklısı olduğu üçüncü kişi konumundaki kuruma, haciz ihbarnamelerinin elektronik ortamda tebliğ edilebileceği ve üçünü kişi konumundaki kurumun da ihbarnameye elektronik ortamda cevap verebileceği düzenlenmektedir¹²⁶. Bu hüküm esas olarak borçlunun üçüncü kişilerdeki mal, hak ve alacakların haczi ile ilgili olup, aşağıda ele alınacaktır.

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi aracılığı ile haciz işleminin gerçekleştirilmesi, haczin konusuna göre farklılık göstermektedir. Burada haczin konusunun taşınmazlar, taşınırlar ve hak ve alacaklar olması durumunda haciz uygulamasının göstereceği farklılıklar ele alınmalıdır.

¹²⁴ www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakup/İcramudurlugugirisi.pdf (erişim tarihi: 12.12.2016).

¹²⁵ İcra ve İflas Kanunu md. 89 ile AATUHK md. 79 arasındaki farklılıklar için bkz: **Akil**, Cenk; *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 461-463.

¹²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Üstün**, Ümit Süleyman; “*Elektronik Haciz Uygulamasının Değerlendirilmesi*” SÜHFD, C. 18, S.2, 2010, makalenin tamamı.

b. Taşınırın UYAP Üzerinden Haczi

Taşınır malların UYAP üzerinden haczi usulü belirlenirken, taşınır malın niteliği ve resmi sicile bağlı olup olmadığı önem arz etmektedir. Eğer taşınır mal İİK md. 88/1 kapsamında düzenlenen para, banknot, hamiline ait senet, cirosu kabil senet veya altın, gümüş gibi bir kıymetli eşya ise, haczin gerçekleşmesi için bu mallara fiziken el konması şarttır¹²⁷. O halde icra personeli bu nitelikte bir malın haczi için, haciz tutanağını UYAP üzerinden e-imzalı şekilde oluştursa bile, mallara fiilen el konmadan haciz işlemi tamamlanmış olmayacaktır. Ancak haciz konusu taşınır İİK md. 88/1-i kapsamı dışında kalıyorsa, icra personeli UYAP üzerinden düzenlediği haciz tutanağına bu taşınırın haczedildiğini değeri ile birlikte yazıp, e-imza ile işlemi tamamladığında, haciz gerçekleşmiş olacaktır.

Taşınırın UYAP üzerinden haczi ile ilgili en önemli husus, taşıtların resmi sicile bağlı olması durumunda, kaydına işlenmek suretiyle haczedilmesidir. Eğer taşınır resmi sicile bağlı değilse, taşınıra ilişkin haciz tutanağının sistem üzerinden elektronik ortamda oluşturulması ile haciz tamamlanmış olacaktır. İcra ve İflas Kanunu md. 79/2'ye göre; “*Resmi sicile kayıtlı malların haczi, takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir.*” Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, taşınır resmi sicile bağlı ise, sicil kaydına işlenmesi ile haciz gerçekleştirilecektir. Bu durum özellikle trafik siciline kayıtlı motorlu taşıtlar için söz konusu olacaktır. Motorlu taşıtların haczi ile ilgili özel bir düzenleme, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu Kanun md. 5/b-9 hükmünde yer almaktadır. Buna göre; “*Sürücülere ait bilgilerde meydana gelebilecek değişiklikler ve araçlar üzerinde meydana gelebilecek teknik veya hukuki değişiklikler ile haciz, rehin, ihtiyati tedbir ve belge iptali gibi kısıtlayıcı şerhlerin; elektronik ortamda tutulan siciller üzeri-*

¹²⁷ İcra ve İflas Kanunu md. 88/1: “*Haczolunan paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeler ve sair diğer kıymetli şeyleri icra dairesi muhafaza eder.*”

ne işlenilmesi ve kaldırılması işlemleri, bu değişiklik veya şerhlere karar veren yargı ve icra birimleri ile kamu kurum veya kuruluşları tarafından elektronik sistemle yapılabilir.” Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, icra personeli sistem üzerinden Emniyet Genel Müdürlüğü’nün sistemine geçiş yaparak, sistemde yer alan motorlu taşıtın siciline şerhin elektronik ortamda işlenmesi ile haciz işlemi gerçekleştirilmiş olacaktır. Dolayısıyla icra dairelerinin trafik siciline müzekkere yazarak araç üzerinde haciz koyma zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Yargıtay da motorlu araçların sistem üzerinden siciline işlenmek kaydıyla haczinde haciz anı olarak, haciz şerhinin sisteme işlendiği tarihi esas almaktadır¹²⁸.

c. Taşınmazların UYAP Aracılığı İle Haczinin Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

Taşınmazların haczi, iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Haciz klasik yöntemi ile taşınmazın bulunduğu yerde tutanağa işlenmek ve değerinin tespiti ile yapılabileceği gibi, İİK md. 79/2 hükmü sayesinde, siciline işletilerek de haczedilebilir. Uygulamada taşınmaz hacizlerinin, çoğunlukla tapu siciline işletilmek yoluyla uygulandığı görülmektedir. Bu noktada taşınmazlar bakımından, motorlu taşıtlarda olduğu gibi UYAP aracılığı ile doğrudan sistem üzerinden haciz uygulanıp uygulanamayacağı sorusu ile karşı karşıya kalmaktadır. Sistem olarak UYAP, taşınmazlar için TAKBİS’e elektronik olarak bağlanması ve taşınmazın tapu siciline işlenmesi ile haciz konulmasına müsaittir. Ancak taşınmazlar üzerine UYAP üzerinden haciz konulmasına hukuki bir engel bulunmaktadır. Tapu Sicil Tüzüğü md. 48/1-a’ya göre; “*Tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler için, haciz veya ihtiyati haciz için yetkili merciin*

¹²⁸ Y. HGK. T. 17.11.1993, E. 1993/19-490, K. 1993/718 (**Kuru, El Kitabı**, s. 434, dn. 93); Y. 19. HD. T. 27.09.2001, E. 2001/3986, K. 2001/5982 (**Kuru, El Kitabı**, s. 435, dn. 102).

resmi yazısı” gerekmektedir. Dolayısıyla bu hüküm sebebiyle UYAP üzerinden TAKBİS aracılığı ile doğrudan haciz uygulanamamaktadır¹²⁹.

d. Hak ve Alacakların UYAP Aracılığı İle Haczi

aa. Hak ve Alacakların İİK md. 89’a Göre Haczi

Borçlunun aktif malvarlığının içerisinde kabul edilen, borçlunun üçüncü kişilerden olan hak ve alacaklarının haczedilebileceği bilinmektedir¹³⁰. Borçlunun üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklar kural olarak alacaklının talebi ile haciz tutanağına geçirilmesi suretiyle haczedilmektedir¹³¹. O halde icra personeli, UYAP üzerinden haciz tutanağını oluşturup e-imza ile işlemi tamamladığında, alacak haczedilmiş olmaktadır. Ancak bu aşamadan sonra, bu alacağın üçüncü kişide var olup olmadığının tespiti için İİK md. 89’da yer alan haciz ihbarnamelerinin üçüncü kişiye gönderilmesi gerekmektedir. Bu noktada icra dairesinin haciz ihbarnamelerini UYAP aracılığı ile elektronik ortamda göndermesinin mümkün olup olmadığı tartışılmalıdır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, AATUHK md. 79 hükmü sayesinde bir kamu alacağının tahsili için takip yapıldığında, borçlunun alacaklı olduğu kurum ve kişilere elektronik ortamdan haciz ihbarı tebliğ edilebilmekte ve üçüncü kişi de bu ihbara elektronik ortamda cevap verebilmektedir. Bu kurum her ne kadar “e-haciz” olarak adlandırılmış olsa da, aslında burada haciz ihbarnamelerinin elektronik ortamda tebliğ edilmesi söz konusudur. Dolayısıyla burada “e-haciz” kavramı yerine “e-tebligat” kavramının kullanılması daha isabetlidir.

¹²⁹ Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden taşınmazlara ilişkin haciz bildirisi gönderilemeyeceği yönünde bkz: Y. 12. HD. T. 29.12.2009, E. 2009/18464, K. 2009/26713 (**Kuru, El Kitabı**, s. 419, dn. 32).

¹³⁰ **Kuru, El Kitabı**, s.459.

¹³¹ **Kuru, El Kitabı**, s. 459; **Muşul**, s. 343; **Ulukapı, Ömer; İcra ve İflas Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 154.

Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, haciz ihbarnamelerinin sistem üzerinden gönderilebileceğini kabul etmiştir fakat İİK md. 89’da haciz ihbarnamelerinin elektronik ortamdan gönderilebileceği ile ilgili açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak hukukumuza yeni girmiş olan e-tebligat kurumu sayesinde, muhatapların kayıtlı elektronik posta adreslerine tebligat yapılması mümkündür. Kanaatimizce, İİK md. 89 kapsamında haciz ihbarnamelerinin tebliğinin, e-tebligat kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Bu durumda ise, borçlunun alacaklısı olduğu üçüncü kişinin özelliğine göre farklı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Eğer üçüncü kişi banka ise, Tebligat Kanunu md. 7/a-2 hükmü gereğince, tebligatın elektronik yolla yapılması zorunludur¹³². Böyle bir durumda icra dairesi, haciz ihbarnamelerini bankaya UYAP üzerinden e-tebligat ile göndermek zorundadır. Haciz ihbarnamesini e-tebligat ile gönderecek olan kullanıcı, UYAP içerisinde “e-tebligat ile banka hesap işlemleri” kısmını seçmeli ve tebligat evrakını hazırlamalıdır¹³³. Kullanıcı daha sonra “banka seç” sekmesine tıklayarak ihbarname göndermek istediği bankayı seçmelidir¹³⁴. Haciz ihbarnamesine konu hesabı seçmek için “hesap seç” sekmesi ile açılan panelden hesap türü seçimi yapılır¹³⁵. “İşlem türü” sekmesinde hesaptaki paraya haciz konulması istenilen borç miktarı girilir¹³⁶. Haczin mahiyeti açısından “doğmuş ya da doğacak hak ve alacak” seçimi yapılır¹³⁷. Bu işlemler tamamlandıktan sonra kullanıcı, e-tebligatı hazırlama aşamasına geçmelidir. E-tebligat hazırlandıktan sonra eş zamanlı olarak ilgili bankanın e-tebligat adre-

¹³² Tebligat Kanunu md. 7/a-2: “Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur.”

¹³³ <http://www.hukukmedeniyeti.org/haber/7370/iik-89-1-veya-haciz-muzekkeresi-gonderme-usulu-ve-/> (erişim tarihi: 13.12.2016).

¹³⁴ <http://www.hukukmedeniyeti.org/haber/7370/iik-89-1-veya-haciz-muzekkeresi-gonderme-usulu-ve-/> (erişim tarihi: 13.12.2016).

¹³⁵ <http://www.hukukmedeniyeti.org/haber/7370/iik-89-1-veya-haciz-muzekkeresi-gonderme-usulu-ve-/> (erişim tarihi: 13.12.2016).

¹³⁶ <http://www.hukukmedeniyeti.org/haber/7370/iik-89-1-veya-haciz-muzekkeresi-gonderme-usulu-ve-/> (erişim tarihi: 13.12.2016).

¹³⁷ <http://www.hukukmedeniyeti.org/haber/7370/iik-89-1-veya-haciz-muzekkeresi-gonderme-usulu-ve-/> (erişim tarihi: 13.12.2016).

sine, tebligat ve içeriğindeki doküman PTT tarafından iletilir¹³⁸. Ayrıca hazırlanan e-tebligata ilişkin masrafın, PTT referans numarası ile “*posta tevdi işlemleri*” ekranında bulunan “*posta masrafı*” ekranı ve “*banka reddiyat ödemeleri*” ekranı kullanılmak suretiyle yatırılması mümkündür¹³⁹.

İcra ve İflas Kanunu md. 89'a göre haciz ihbarnamesi gönderilecek kurum banka olduğunda, haciz ihbarnamelerinin e-tebligat ile gönderilmesi, bir üst paragrafta olduğu gibi gerçekleşmektedir. Borçlunun alacaklısı olduğu üçüncü kişinin, e-tebligat zorunluluğunun kapsamı dışında olması durumunda ise¹⁴⁰ bu kişiye e-tebligat yapılması, onun kayıtlı e-posta adresi kullanıp kullanmadığına göre değişecektir. Eğer kişi kayıtlı e-posta adresi kullanıyorsa haciz ihbarnamesi, UYAP üzerinden e-tebligat yolu ile gönderilebilecektir. Ancak kişi kayıtlı e-posta kullanıcısı değilse, UYAP üzerinden hazırlanacak tebligat evrakı fiziki olarak tebliğ edilmek zorundadır. Kayıtlı e-posta adreslerine yapılan e-tebligatlar, tebligatın muhatabın kayıtlı e-posta adresine ulaştığı tarihi takip eden beşinci günün sonunda yapılmış sayılacaktır¹⁴¹.

bb. Ücret ve Maaşların UYAP Üzerinden Haczi

Borçlunun çalışmasının karşılığı olan maaş ve ücretler, İİK md. 89'da öngörülen usulden daha basit bir şekilde haczedilmektedir¹⁴². Borçlunun ücret ya da maaşının haczedildiğinin haciz tutanağına yazılması ile haciz tamamlanmaktadır. Bu aşamadan sonra icra dairesi, borçlunun işverenine haczi bil-

¹³⁸ <http://www.hukukmedeniyeti.org/haber/7370/iik-89-1-veya-haciz-muzekkeresi-gonderme-usulu-ve/> (erişim tarihi: 13.12.2016).

¹³⁹ <http://www.hukukmedeniyeti.org/haber/7370/iik-89-1-veya-haciz-muzekkeresi-gonderme-usulu-ve/> (erişim tarihi: 13.12.2016).

¹⁴⁰ Tebligat Kanunu md. 7/a-1: “*Tebliğata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir.*”

¹⁴¹ Tebligat Kanunu md. 7/a-4: “*Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır.*”

¹⁴² **Kuru**, *El Kitabı*, s. 493.

dirmelidir¹⁴³. İşveren, haczedilen miktarı her ay borçlunun ücret veya maaşından keserek, icra dairesinin banka hesabına yatırmalıdır; aksi halde işverenin mallarından bu alacak karşılanır¹⁴⁴. Burada anlatılan usul, klasik yöntemlerle maaş ve ücretin nasıl haczedildiğini özetlemektedir.

Borçlunun ücret ve maaşlarının UYAP üzerinden haczedilebilmesi ile ilgili olarak, 14.05.2012 tarihinde, Adalet Bakanlığı ile SGK arasında işbirliği protokolü imzalanmıştır¹⁴⁵. Bu sayede UYAP üzerinden borçlunun ücret veya maaş alacağına haciz koymak mümkün hale gelmiştir. UYAP vasıtası ile, SGK'nin elektronik ücret kesinti sistemi olan MOSİP arasında entegrasyon sağlanmış olup, icra daireleri MOSİP üzerinden borçlunun maaş veya ücretinde haciz kesintisi yapabilmektedirler¹⁴⁶. Dolayısıyla ücret kesintisinin işverene bildirilmesine gerek kalmaksızın, doğrudan icra personeli tarafından UYAP kullanılarak bu işlem gerçekleştirilebilecektir.

6. Satış İşlemlerini Gerçekleştirmek

İcra dairelerinin önemli görevlerinden birisi, haczedilen malların talep üzerine satışını gerçekleştirmektir. İcra dairesi, satışa hazırlık işlemlerini ve ihaleyi usulüne uygun şekilde gerçekleştirmek ile yükümlüdür. Gerek taşınır gerekse taşınmaz satışlarında icra dairesinin hazırlık işlemi olarak yapacağı ilk iş, satış ilanıdır. İcra ve İflas Kanunu md.114/3 c. 4'de yer alan düzenlemeye göre; *“Satış ilanı elektronik ortamda da yapılır.”* Bu hüküm hem taşınır hem

¹⁴³ İcra ve İflas Kanunu md. 355/1: *“Devlet işlerinde veya hususi müesseselerde bulunan borçlu memur veya müstahdemlerin maaş ve ücretlerinden kesilmesi için icra dairelerinden yapılacak tebligatın kanuni muhatapları haczin icra edildiğini ve borçlunun maaş ve ücreti miktarını nihayet bir hafta içinde bildirmeğe ve borç bitinceye kadar icra dairesinin tebligatı mucibince haczolunan miktarı tevkif edip hemen daireye göndermeğe mecburdurlar.”*

¹⁴⁴ **Kuru, El Kitabı**, s. 494.

¹⁴⁵ http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2012/mayis/uyap_sggk/uyap_sggk.html (erişim tarihi: 13.12.2016).

¹⁴⁶ http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2012/mayis/uyap_sggk/uyap_sggk.html (erişim tarihi: 13.12.2016).

de taşınmaz satışları açısından uygulama alanı bulmaktadır¹⁴⁷. Burada ilanın elektronik olarak yapılması, hem ilan metninin elektronik ortamda hazırlanması hem de ilanın UYAP'ın bir kullanım şekli olan "E-satış Portalı" aracılığıyla yapılması aşamalarını kapsamaktadır. İcra personeli, satılacak taşınır veya taşınmazın bilgilerini içeren satış ilanını UYAP üzerinden hazırlayacak ve e-imza ile imzalayarak sisteme kaydedecektir¹⁴⁸. İcra personeli hazırladığı satış ilanını, UYAP "E- satış Portalı" kısmına geçiş yaparak elektronik ortama yükleyecektir. Hacedilen malların satışına ilişkin ihale ise, günümüz itibariyle fiziki olarak gerçekleştirilmektedir.

SONUÇ

Teknoloji ve bilişim sistemlerinin hakim olduğu günümüz dünyasında, kamu hizmetlerinde de bilişim sistemlerinin kullanılması kaçınılmazdır. Bilişim sistemlerinin kamusal faaliyetlerde kullanılması, kamu hizmetlerinin hızlanmasını, şeffaflaşmasını ve masrafların azalmasını sağlayacaktır. Günümüzde artık klasik devlet anlayışından e-devlet anlayışına geçilmiştir. E-devlet sayesinde vatandaşlar kamu hizmetlerine her yerde ve zamanda ulaşabileceklerdir.

E-devlet projesinin en önemli basamaklarından biri, e-adalet projesidir. E-adalet projesi sayesinde adalet hizmetlerinin elektronik ortamdan gerçekleştirilmesi mümkün hale gelmiştir. Adalet Bakanlığı tarafından geliştirilen e-adalet projesi, "Ulusal Yargı Ağı Projesi" olarak adlandırılmış ve günümüz için bu proje başarılı şekilde tamamlanmıştır. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi sayesinde tüm mahkemeler, icra daireleri, ceza ve tevkif evleri ve yardımcı kurumlar, bilgisayar ağı ile birbirine bağlanmıştır. Sistem mahkeme-

¹⁴⁷ İcra ve İflas Kanunu md. 126/6'da yer alan atıf sebebiyle taşınır satış ilanlarının elektronik ortamdan yapılmasına ilişkin hüküm, taşınmaz satış ilanları bakımından da uygulanacaktır.

¹⁴⁸ <http://slideplayer.biz.tr/slide/2847390/> (erişim tarihi: 13.12.2016).

ler ve icra dairelerinin yanı sıra vatandaşlar, avukatlar ve bilirkişiler tarafından da kullanılabilir.

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin en yoğun kullanıldığı alanlardan biri de icra işleridir. İcra işlerinde UYAP hem taraflar, hem vekilleri hem de icra daireleri tarafından kullanılmaktadır. Alacaklı ve borçlu sisteme vatandaş portal üzerinden erişerek haklarındaki icra takipleri ile ilgili bilgi sahibi olabilirler, dosya borcunu ödeyebilirler, icra satışlarında teklif verebilirler. Taraf avukatları da her türlü taleplerini sistem üzerinde elektronik olarak gerçekleştirebilecekler, harç ve masraf ödemesi yapabileceklerdir. İcra daireleri ise ödeme emri düzenleme, tebligat hazırlama, satış ilanı hazırlama gibi işlemleri sistem üzerinden yapabileceklerdir. İcra işlerinin UYAP üzerinden yapılması, cebri icra işleyişindeki şeffaflığı artıracak böylece vatandaşların sisteme olan güveni artmış olacaktır.

KAYNAKÇA

Akil, Cenk; *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Aycı, Emrullah; “*Yargı Etiği Açısından Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)*”, Adalet Dergisi, 2005, S. 22.

Demirel Demokaan; “*E- Devlet ve Dünya Örnekleri*”, Sayıştay Dergisi, 2006, S. 61.

Gürsul, Fatih/**Bayrakdar**, Betül; “*Ulusal Yargı Ağı Projesi(UYAP) Sisteminin Değerlendirilmesi*”, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 2009, S. 90.

Karşlı, Abdurrahim/**Gürsul**, Fatih/**Kartal**, Elif; “*Nitel Araştırma: Avukatların Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) Uygulama Yazılımına ilişkin Görüşleri*”, Legal Hukuk Dergisi, 2009, S. 82.

Karşlı, Abdurrahim; *İcra ve iflas Hukuku*, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2014, 3. Baskı.

Kaya, Ali; “*Bilgi Ekonomisi, Bilgi Toplumu, Mahremiyet ve Güvenlik*”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 2006.

Kırılmaz, Harun; “*E-Devlet Uygulamaları ve Ulusal Yargı Ağı Projesi*”, Kocaeli Barosu Dergisi, 2012, S. 1.

Kuru, Baki; *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Legal Yayınları, İstanbul, 2016.

Kuru, Baki; *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, 2. Baskı.

Muşul, Timuçin; *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, 5. Baskı.

Oğlakçlıoğlu, Onur; *Medeni Usul Hukuku Yönünden Elektronik Adli İletişim*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008.

Postacıoğlu, İlhan E. /**Altay**, Sümer; *İcra Hukuku Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, 5. Baskı.

Ulukapı, Ömer; *İcra ve İflas Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.

UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, Ankara Barosu Başkanlığı ve Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2006.

Üstün, Ümit Süleyman; “*Elektronik Haciz Uygulamasının Değerlendirilmesi*” *SÜHFD*, C. 18, S.2.

Yıldırım, M. Kamil/**Deren Yıldırım**, Nevhis; *İcra ve İflas Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, 6. Baskı.

İNTERNET KAYNAKLARI

“E-Takip Bilgilerinin Girilmesi ve İstenirse Taranmış Dokümanlar Da Eklenecek E-Takip Taleplerinin Oluşturulması”, www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/AvukatUygulaması_eTakipBilgilerininGirilmesi1.pdf (erişim tarihi: 07.12.2016).

avukat.uyap.gov.tr/avukat/duyuru/2015/eimza_duyuru.jsp (erişim tarihi: 07.12.2016).

avukatuyap.gov.tr/jsp/avukat_jsp/e_takip.pdf (erişim tarihi: 10.12.2016).

esatis.uyap.gov.tr/esatis/jsp/esatis_jsp/ihale_detay_goster.jsp?mid=450404016 (erişim tarihi: 07.12.2016).

<http://www.barobirlik.org.tr/Detay18353.tbb> (erişim tarihi:10.12.2016).

multilogin.barokart.com.tr/login.aspx (erişim tarihi: 07.12.2016).

slideplayer.biz.tr/slide/2847390/ (erişim tarihi: 13.12.2016).

www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/nasil_faydalanirim.jsp (erişim tarihi: 05.12.2016).

www.adalet.gov.tr/duyurular/2012/mayis/uyap_sgk/uyap_sgk.html (erişim tarihi: 13.12.2016).

www.avukat.uyap.gov.tr/avukat/index.jsp(erişimtarihi:05.12.2016).

www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/barokartkullanmaklavuzu.pdf(erişim tarihi: 10.12.2016).

www.basbakanlik.gov.tr(erişim tarihi: 03.12.2016).

www.bilirkisi.uyap.gov.tr/bilirkisi/index.jsp (erişim tarihi: 06.12.2016).

www.hukukmedeniyeti.org/haber/7370/iik-89-1-veya-haciz-muzekkeresi-gonderme-usulu-ve/ (erişim tarihi: 13.12.2016).

www.ozgureralp.av.tr/web/makaleler/uyap-avukat-bilgi-sistemi-yeni-vekaletname-sunulacak-dosyalara-elektronik-vekalet-pulu-vekalet-harci-ve-taranmis-vekaletname-gondermek/(erişim tarihi 10.12.2016).

www.ozgureralp.av.tr/web/soru-cevap/ulusal-yargi-agi-bilisim-sistemi-avukat-bilgi-sistemi/(erişim tarihi: 11.12.2016).

www.param.com.tr/uyap/ (erişim tarihi: 10.12.2016).

www.turkiye.gov.tr/hizmetler(erişim tarihi: 03.12.2016).

www.uyap.gov.tr/#(erişimtarihi:03.12.2016).

www.uyap.gov.tr/Dokumanlar/etakip/İcramudurlugugirisi.pdf(erişimtarihi: 11.12.2016).

www.uyap.gov.tr/Tarihce (erişim tarihi: 03.12.2016).

www.vatandas.uyap.gov.tr (erişim tarihi: 05.12.2016).

www.vatandas.uyap.gov.tr/e-satis/index.html(erişimtarihi:07.12.2016).

www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/index.jsp(erişimtarihi:05.12.2016).

www.vatandas.uyap.gov.tr/vatandas/sss.jsp (erişim tarihi: 07.12.2016)

**Kamu Hukuku/
Public Law**

AİHM KARARLARI IŞIĞINDA NEFRET, ŞİDDET VE MÜSTEHCEN İÇERİKLİ SÖYLEMLER BAKIMINDAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

*Doç. Dr. Cengiz GÜL**

*Arş. Gör. Seher ÇAKAN***

ÖZET

İfade özgürlüğünün, temel insan hakları içinde büyük önem taşıyan haklardan olduğu yaygın biçimde kabul edilmektedir. Diğer insan hakları gibi, ifade özgürlüğü de insan toplumunun bir üyesi olarak bireyin onur değerinden kaynaklanan ve onunla içiçe geçmiş bir mahiyet göstermektedir. Ayrıca ifade özgürlüğü, insan onurunun adeta bir temeli olup, diğer hak ve özgürlüklerin korunup güvence altına alınması için de adeta bir anahtar fonksiyonu görmektedir. Öyle olmakla birlikte, ifade özgürlüğünün de mutlak bir hak olmadığı ve her çağdaş demokrasinin, bu özgürlük hakkında bir takım sınırlama sistemleri geliştirmiş olduğu da küresel düzeyde genel kabul görmektedir. İfade özgürlüğü kadar, bu özgürlüğün sınırları da, bir toplumun demokratik nitelikte olup olmadığını belirleyen en büyük faktörlerden birisidir.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD.

** Aksaray Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri ABD.

Makale Geliş Tarihi: 21.11.2017

Makale Kabul Tarihi: 14.02.2018

İfade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar, inanç sistemlerini genel eleştirilerden korumaktan ziyade, bireylerin benimsediği spesifik inanç ve kanaatleri korumayı yegane amaç edinen açık ve net bir yöntem içerisinde formüle edilmelidir. İfade özgürlüğü hakkı, bir kişiye karşı nefret söylemi ile şiddet ve müstehcen söylem boyutlarına varmadığı sürece, her türlü görüş, kanaat ve kurumların açıkça acımasız ve mantıksızca tartışılıp eleştirilmesinin mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Ancak bu da, kişilerin acımasız ve düşüncesizce davranabilmesinin teşvik edildiği anlamına gelmemektedir.

Anahtar Kelimeler: İfade özgürlüğü, mutlak hak, demokratik toplum, nefret söylemi, ifade özgürlüğünün sınırları.

ABSTRACT

It is generally acknowledged that freedom of expression is a foundational human right of the greatest importance. As well as other human rights, freedom of speech have stemmed from the inherent dignity of man as a member of the community of human kind. It shows a key function to the protection of all human rights, and fundamental to human dignity in its own right. Notwithstanding it is also globally recognised that it is not an absolute right, and every democracy has developed some system of limitations on freedom of expression. As freedom of expression and this freedom's limitations also are one of the most important factors determining whether a society is democratic or not.

Limitations about freedom of speech must be formulated in a way that makes clear that its sole purpose is to protect individuals holding specific beliefs or opinions, rather than to protect belief systems from criticism. The right to freedom of expression implies that it should be possible to scrutinize,

openly debate, and criticize, even harshly and unreasonably, every faith, opinions and institutions, as long as this does not amount to hate speech, violence and obscene speeches against an individual. But this does not mean that it should be provoked to “harsh” and “unreasonable”.

Key Words: Freedom of expression, absolute right, democratic society, hate speech, Freedom of expression’s restrictions

I. GİRİŞ

İfade özgürlüğü, “düşünme, konuşma ve açıklama gibi unsurları bünyesinde barındıran” kapsayıcı bir kavram olarak tanımlanabilmektedir.¹ İfade özgürlüğünün demokratik devletlerin temelini oluşturduğu ve bu özgürlük olmadan demokrasiden söz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu nedenle de hem ulusal hem de uluslararası alanda bu hak güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) de bu güvenceyi sağlayan uluslararası belgelerden biridir. AİHS 10. maddeye² göre: “1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar... 2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılmasında, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”³

İfade özgürlüğü, AİHM’nin içtihatlarının da öne çıkardığı gibi; çağdaş demokratik toplumların vazgeçilmez unsurlarından biri olmanın yanında, çoğulculuk ve hoşgörünün de bir gereğidir. İfade özgürlüğü, sadece genel kabul

¹ Durmuş TEZCAN / Mustafa Ruhan ERDEM / Oğuz SANCAKDAR, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 325.

² Sözleşme’nin 8, 9 ve 11. maddeleri de kanaat ve inanç özgürlüğü ile ilgili olmasın rağmen 10. madde, bu maddelere göre lex generalis iken, 8, 9 ve 11. maddeler lex specialistir. Şeref GÖZÜBÜYÜK / Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 356.

³ AİHS m. 10/2 hükmü çerçevesinde, ifade özgürlüğünün, yazılı bir hukuk kuralına dayanmak, sayılan meşru amaç kriterlerinden bir veya daha fazlasını esas tutmak suretiyle ve demokratik bir toplumda da gerekli (kaçınılmaz) olmak şartıyla sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Bu üç hususun, Sözleşmeci her devlet açısından, aslında ifade özgürlüğünü sınırlamanın birer sınırını oluşturduğu da göz ardı edilmemelidir.

gören, zararsız veya önemsiz fikir ve haberler için değil, fakat aynı zamanda devlete veya toplumun bir kısmına aykırı gelen kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici olan fikir ve haberler için de geçerlidir.⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne göre, “İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik bir toplum olmaz” demektedir.⁵ Bu bağlamda da AİHM, ifade özgürlüğünün korunmasında taraf devletlere, hem bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmeme gibi negatif yükümlülüğü, hem de ifade özgürlüğünün kullanılabilmesi için başkalarına karşı bunun korunmasını sağlamak gibi pozitif bir yükümlülük yüklemiştir.⁶

AİHS her ne kadar ifade özgürlüğünü güvence altına almış olsa da bu hak mutlak değildir ve m. 10/2 kapsamındaki şartların gerçekleşmesi halinde bu

⁴ Mustafa ERDOĞAN, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Yayınları, Ankara, 2007, s. 176-177.

⁵ *Handyside v. Birleşik Krallık* App No: 5493/72, (ECHR 1976) para 49. (Çeviren: Osman Doğru), <http://aihm.anadolu.edu.tr/> (Erişim Tarihi: 05.10.2017). İfade özgürlüğü, açıklanan görüş ve düşüncelerin muhtevasından bağımsız olarak dikkate alınmalıdır. Şöyle ki, ilgili görüş ve düşüncenin muhtevası, bunun ifade edilebilme serbestisinden tümüyle ayrı bir konu niteliği taşımaktadır. Zühtü ARSLAN, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005, s. 1-4.

⁶ AİHS her türlü ifadeye hukuki güvence sağlamamaktadır. Bu noktada da yapılan temel ayırım ifadenin yüksek ya da düşük değerli olmasına göre ikiye ayrılmaktadır. Eğer ifade yüksek değerli ise, sınırlama istisnai durumlarda söz konusu olacak ve ifade özgürlüğü güvencesinden geniş bir şekilde yararlanacak olmasına karşın, düşük değerli ifadeler bu korumadan ya yararlanamayacak ya da yararlanma çok sınırlı bir çerçevede olacaktır. *Düşük değerli ifadelere müstehcen, nefret ve tehditkâr ifadeler örnek gösterilebilir.* Kasım KARAGÖZ, **İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu**, Ankara, 2004, (Basılmamış Doktora Tezi), s. 22-23.

özgürlüğün sınırlanabileceğini belirtmiştir. Özellikle de son zamanlarda artan nefret söylemleri, şiddet içeren ifadeler ve müstehcen söylemler bakımından ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, taraf devletlere kamu düzeninin korunması ve güvenliğinin sağlanması, ahlakın ve sağlığın korunması ve sağlanması bakımından bir çeşit kontrol mekanizması sağladığı sonucuna varılabilir.

Bu çalışma kapsamında AİHM kararları çerçevesinde ifade özgürlüğünün nefret söylemleri, şiddet ve müstehcen söylemler bakımından sınırlandırılması incelenecektir. Çalışma iki ana başlıktan oluşmaktadır. İlk başlık altında genel olarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin açıklamalara yer verilirken diğer başlık altında ise, spesifik açıdan nefret söylemleri, şiddet ve müstehcen ifadeleri incelenecektir.

II. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE DEMOKRATİK BİR TOPLUMDA BU ÖZGÜRLÜĞÜN SINIRLANDIRILMASI

İfade özgürlüğü, en geniş çerçevede haber ve fikir almayı veya vermeyi, bir görüşe sahip olmayı ve fikir ve kanaatleri açıklama hürriyetini kapsamaktadır.⁷ İfade özgürlüğü, kişinin aynı zamanda düşünce, fikir veya kanaatlerini “açıklamaya zorlanmama” güvencesini de içermektedir.⁸ İfade özgürlüğünün gerçekleşebilmesi için temel şart bireylere haber alma ve verme hürriyetinin sağlanmasıdır. Ancak AİHS çerçevesinde haber ve fikir alma veya verme hakkı sadece herkesi ilgilendiren konular bakımından geçerlidir.⁹ İfade özgürlüğünün değeri de, onun bizatihi amaç olması ile daha yüksek değerlere hizmet eden bir

⁷ Reyhan SUNAY, “Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, **Liberal Düşünce Topluluğu**, 2001, <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/ifade-hurriyetinin-muhtevasi-ve-sinirlari.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2017), s. 49-72; İlker Yavuz ERGİN, **İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi**, (Basılmamış Yüksek lisans Tezi), Kayseri, 2015, s. 24-26; KARAGÖZ, s. 64.

⁸ SUNAY, “Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s. 58; KARAGÖZ, s. 71.

⁹ SUNAY, “Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s. 50.

araç olması arasında değişken bir profil çizmektedir. Bu ikilemde ise ifade özgürlüğünün, araçsal yaklaşım olarak bilinen ve “hakikatin keşfi”ne vesile olma potansiyeli taşıyan bir araç-değer olma niteliğinin ağır bastığı görülmektedir. Araçsal yaklaşım perspektifinden bakıldığında, gerçek ve doğruya ulaşmada fikirlerin serbest ve yarışmacı bir ortamda sunulmasının, ancak ifade özgürlüğünün hakkıyla tanınıp korunması ile mümkün olabileceği görülmektedir.¹⁰

Politik ve tarihsel nedenlere dayalı olarak birçok demokratik devletin ifade özgürlüğüne sınırlamalar getirdiği görülmektedir.¹¹ Almanya ve Britanya bu ülkelerdendir. Almanya'nın Nazi propagandası konusunda diğer devletlere göre daha hassas olduğu kabul edilirken, benzer bir durum da Britanya'nın ırkçı söylemlere karşı takındığı tavırda ortaya çıkmaktadır.¹² İfade özgürlüğünün mutlak, yani sınırsız olmadığı konusunda şüphe yoktur. Bu konuda ülkeler arasında kısmi değişiklikler olsa da, Almanya'da düşüncesini açıklarken adam öldürme veya ayaklanma çağrısı yapmak, şiddet propagandası yapmak, çocuk ve gençleri tehlikeye maruz bırakmak, dini inanç ve duyguları kaba biçimde rencide etmek ifade özgürlüğünün kapsamında kabul edilmemektedir.¹³

İfade özgürlüğünün ve korunmasının asıl önemli yanı, toplumu rahatsız edecek düşüncelerde kendini göstermektedir. Şöyle ki, aslında olması gereken, bir düşünce ve yaklaşımın bir devletin mevcut düzeni ile ters düşmesi durumunda bile, farklı siyasal tercihlerin demokratik ilke ve değerlere zarar verme-

¹⁰ Zühtü ARSLAN (Der.), **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, s. 5 vd. Bu yaklaşım biçimine vurgu yapan, Namık Kemal'in; “*müdavele-i efkârdan barika-i hakikat tevellüd eder*” şeklindeki bir özdeyişi de meşhurdur. Vahit BIÇAK, “*Türkiye'nin Güncel Sorunları: Demokrasi ve İnsan Hakları*”, <http://www.geocities.com/vbicak/FNF.htm>. (Erişim Tarihi: 14.11.2017).

¹¹ Önder BAKIRCIOĞLU, “*Freedom of Expression and Hate Speech*” **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, Vol: 16/1, 2008, s. 2.

¹² BAKIRCIOĞLU, **a.g.e.**, s. 2.

¹³ İbrahim ŞAHBAZ, **Karşılaştırmalı Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 38.

mek şartıyla, yani *cebir, şiddet söylem ve eylemi içerisinde bir tavır sergilememek suretiyle*, siyasal düzlemde kendini ifade edebilmesidir.¹⁴

AİHS ve AİHM'nin oluşturduğu içtihadlar çerçevesinde ifade özgürlüğünde sınırlama yapılabilir. Fakat AİHS kapsamında genel bir sınırlamaya¹⁵ yer verilmediği için devletler tarafından yapılacak sınırlamaların da dar yorumlanması gerekmektedir.¹⁶ Bu nedenle de AİHS m. 10/2 de yer alan sınırlamaların istisna olduğu, özgürlüklerin sağlanması ve bunların genişletilmesinin ise kural olduğu kabul edilmektedir.¹⁷

İfade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için, ilk olarak yapılacak sınırlamanın hukuken (kanun veya diğer bir mevzuat hükmüyle) öngörülmesi gerekir. Mahkemeye göre, hem yazılı hem de yazısız (teamüli) hukuk kuralları “kanun” kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁸ Yapılan bir sınırlamanın kanunla düzenlenmesinin yanı sıra, bu kanunun açık, öngörülebilir ve ulaşılabilir olması da gereklidir. İkinci olarak m. 10/2’de belirtilen meşru amaçlardan birine, yani ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ya da kamu güvenliğinin sağlanması,

¹⁴ Cengiz GÜL, “İfade Özgürlüğü Perspektifinden Medya Özgürlüğü Ve Sınırları”, **IETC, ITEC, IDEC, ITICAM 2016 Proceedings Book** - February 4-6, 2016 - Dubai, UAE, 2016, s. 389.

¹⁵ AİHS m. 15’te olağanüstü hallerde, Sözleşme’de yer alan temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirilebileceğini belirtilmiştir. Ancak bu maddeye göre taraf devletler meşru savaş filleri sonucu meydana gelen ölüm halleri dışında 2, 3, 4(1) ve 7 maddelerin sınırlandırılmayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle de olağanüstü dönemlerde ifade özgürlüğü sınırlanabilecektir.

¹⁶ SUNAY, “Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s. 77.

¹⁷ Mehmet YÜKSEK, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Yıl: 7, Sayı: 25, Ankara, 2016, s. 135; SUNAY, “Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s. 77.

¹⁸ Mahkeme’nin yazısız hukuk kapsamında da yapılan sınırlamaları sırf yazılı olmadığı gerekçeyle kanuni dayanaktan yoksun olacağını kabul etmemektedir. Bkz *Sunday Times (No:1) v. Birleşik Krallık* App No:6538/74 (ECHR 1979); *Huving v. Fransa* App No:11105/84 (ECHR 1990).

suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması gibi m. 10/2’de belirtilen nedenlere dayanılarak sınırlama yapılabilecektir.¹⁹

Son olarak da, yapılan sınırlamalar *demokratik bir toplum için gerekli* olmalıdır. AİHS ve AİHM’nin oluşturduğu içtihatlar kapsamında “gereklik”, “acil bir sosyal ihtiyaç” anlamına gelmektedir.²⁰ Bunun değerlendirilmesi de Mahkeme tarafından taraf devletlere bırakılmıştır ve böylelikle sözleşmecî devletler bu konuda takdir hakkına sahiptirler. Fakat taraf devletler takdir hakkına sahip olmasına rağmen, bu hak sınırsız değildir. AİHM, “demokratik bir toplumda gereklik” kriterini şu şekilde açıklamıştır:²¹

a) “Gerekli” sıfatı, “zorunlu” sıfatıyla anlamdaş olmadığı gibi, “kabuledilebilir”, “olağan”, “yararlı”, “makul” veya “arzu edilebilir” gibi ifadelerin esnekliğine de sahip değildir;²²

b) Sözleşmecî Devletler kısıtlamalar getirirken sınırsız olmayan, belirli bir takdir alanı kullanırlar; kısıtlamaların Sözleşme’yle bağdaşır olup olmadığı konusunda son sözü söylemek, Mahkeme’nin görevidir;²³

c) “Demokratik bir toplumda gerekli” deyimini, bir müdahalenin Sözleşme’ye uygun olabilmesi için, diğer şeylerle birlikte, “toplumsal ihtiyaç baskı-

¹⁹ Bu madde hükmüne ek olarak Sözleşme’nin 18. maddesine göre, Sözleşme’de tanınan “hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.”

²⁰ “Demokratik Toplumda Gerekli” olma kriteri konusunda kapsamlı bir çalışma için bkz. Abdurrahman EREN, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004. YÜKSEK, **a.g.m.**, s. 130.

²¹ *Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* App No:5947/72 (ECHR 1983) (Çeviren: Osman Doğru) <http://aihm.anadolu.edu.tr> (Erişim Tarihi: 15.09.2017).

²² Ayrıca bkz *Handyside v. Birleşik Krallık* App No:5493/72(1976) (Çeviren: Osman Doğru) <http://aihm.anadolu.edu.tr> (Erişim Tarihi: 15.09.2017).

²³ Ayrıca bkz *Handyside v. Birleşik Krallık* para 49.

si”ni karşılamak ve “izlenen meşru amaçla orantılı” olmak zorunda olduğu anlamına gelir;²⁴

d) Sözleşme’nin güvence altına aldığı bir hakka istisna getiren hükümler, dar yorumlanmalıdır.²⁵

Tüm bu hususlar dikkate alınmak suretiyle, taraf devletlerce bir sınırlama yapılabilmesi mümkündür. Bu şartlardan bir ya da daha fazlasına uyulmaması halinde de ifade özgürlüğü ihlal edilmiş olacaktır.

III. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NEFRET SÖYLEMİ İLE ŞİDDET VE MÜSTEHCEN İÇERİKLİ SÖYLEMLER NEDENİYLE SINIRLANDIRILMASI

A. Nefret Söylemi²⁶

Nefret söyleminin uluslararası alanda tanımı üzerine bir uzlaşma olmamasına rağmen, çeşitli uluslararası antlaşmalarla yasaklanmıştır. Birleşmiş Milletler *Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (MSHUS)*’nin 19. ve 20. maddeleri ile *Her Türü Irk Ayırıcılığının Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi*’nin 4. maddesi uluslararası sözleşmelerin örneklerindedir. Bunun yanında bölgesel olarak da korumalar sağlanmıştır.

Uluslararası düzenlemelerde olduğu gibi, AİHM tarafından nefret söyleminin tanımı da yapılmamış olup, iç hukuklardan bağımsız, özerk bir kavram olarak değerlendirilmiştir. Avrupa Konseyi “nefret söylemi” kavramını, “ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi²⁷ veya azınlıklara, göçmenlere ve

²⁴ Ayrıca bkz *Handyside v. Birleşik Krallık* para 48-49.

²⁵ Ayrıca bkz *Klass ve diğerleri v. Almanya* App No:5029/71 (ECHR 1978) para 42.

²⁶ Nefret söylemlerinin mağdurları, bu söylemler nedeniyle AİHS madde 14’te düzenlenen ayırıcılık yasağına başvuramazlar çünkü bu hak tek başına kullanılmayıp Sözleşmede düzenlenen diğer bir hak ile birlikte kullanılmaktadır. BAKIRCIOĞLU, a.g.e., s. 38.

²⁷ Yahudi düşmanlığı demektir.

göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezcilik, ayrımcılık ve düşmanlıkla ifade edilen hoşgörüsüzlük de dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı... nefret biçimlerini yayan, tahrik eden, teşvik eden veya haklı gösteren tüm ifade biçimlerini kapsayacak şekilde anlaşılması” gerektiğini belirtirken,²⁸ AİHM yapılan ifadelerin “belirli bir düzeyde şiddeti desteklemeleri ” koşuluyla “hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti (dini hoşgörüsüzlük dahil) yayan, kışkırtan, destekleyen veya haklı gösteren her türlü ifade(nin)” nefret söylemi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.²⁹ Ayrıca Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, ırkçılığın bir düşünce değil, bir suç olduğunu da ifade etmiştir.³⁰

Bir söylemin, nefret söylemi kapsamında değerlendirilebilmesi için sadece hakaret içeren bir ifade olmamalı, aynı zamanda belli bir grubun medeni ve siyasi hak ve özgürlükleri de hedef alınmalıdır.³¹ Söz konusu söylemler, tüzel kişilere, devlete, siyasal sisteme, siyasi kurum ve sembollere karşı söylenmesi halinde ise, bu ifadeler nefret söylemi olarak değerlendirilmezler.³²

Nefret söylemi çok sayıda durumu içermektedir ve söz konusu durumlar şu şekilde belirtilebilir: Birincisi ırkçı nefretin kışkırtılması, ikincisi dinsel nedenlerle nefretin kışkırtılması ve üçüncüsü de “salırgan milliyetçilik ve etnik merkezcilik şeklinde ifadesini bulan’ hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret türle-

²⁸ Nefret Söylemine Dair Bakanlar Komitesi’nin Devletlere Yönelik R(97)20 Sayılı Tavsiye Kararı http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/avrupa_konseyi_standartlari_05052014.pdf, (Erişim Tarihi: 04.10.2017). Cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık ile mücadele – Avrupa Konseyi Standartları, Avrupa Konseyi Yayınları, Nisan 2014, s. 67.

²⁹ Yaman AKDENİZ, “*İnternette İrkçılık*”, in Ayşe Çavdar ve Aylın B. Yıldırım (eds) **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010, s.176; *Gündüz v. Türkiye* App No:35071/97 (ECHR 2003) para 40.

³⁰ Council of Europe Parliamentary Assembly Recommendation No:1543(2001), Racism and Xenophobia in Cyberspace <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16960&lang=en> (Erişim Tarihi: 15.10.2017).

³¹ YÜKSEK, **a.g.m.**, s. 132.

³² YÜKSEK, **a.g.m.**, s. 132.

rinin kışkırtılmasıdır.”³³ Nefret söyleminin özünü, önyargılar, ırkçılık, yabancı korkusu/düşmanlığı, tarafgirlik, ayrımcılık, cinsiyetçilik ve homofobi oluşturmakta olup kültürel kimlikler ve grup özellikleri gibi unsurlar nefret söylemlerini etkilerken, özellikle de milliyetçilik ve farklı olana tahammülsüzlük gibi şartlarda nefret söylemleri daha da ciddi boyutlara gelmektedir.³⁴

AİHS, aşırılıkları önlemek için, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik şeklinde özetlenebilecek demokratik değerler üzerine kurulu bir kurumsal çerçeveye oluşturmaya çalışmaktadır. Bu amaca yönelik olarak AİHM ise, çeşitli kararlarında saldırgan ve Sözleşmeye aykırı olduğu düşünülen ‘**ırkçılık**’, ‘**yabancı düşmanlığı**’, ‘**saldırgan milliyetçilik**’ ve ‘**azınlık ve göçmenlere uygulanan ayrımcılık**’ gibi değişik ifade biçimleri üzerinde önemle durmaktadır. Ancak AİHM, bu sayılan aşırılığa yönelik ciddi ve gerçek kışkırtma (provokasyon) içeren ifade türlerine karşı yasakçı bir eğilimdeyken, bireylerin (gazeteci ve siyasetçiler dahil), başkalarını ‘**kızdıran**’, ‘**şoke eden**’, ‘**rahatsız eden**’, ‘**öfkeliendiren**’ ve hatta ‘**tiksindiren**’ türden ifade biçimlerine karşı ise, özgürlükçü bir perspektifle hoşgörü gösterilmesi gerektiğini düşünmektedir.³⁵

Nefret söyleminin temel olarak iki boyutu bulunmaktadır: İlki politik boyutu olup “demokratik mücadele ile mağlup edilen tüm gerici fikir ve teorileri yeniden canlandırma amacı güden, dolayısıyla demokratik mücadelenin kaza-

³³ Anne WEBER, *Nefret Söylemi El Kitabı*, (Çeviri: Metin Çulhaoğlu), Avrupa Konseyi Yayınları, 2009, <http://insanhaklarisavunuculari.org/dokumantasyon/files/original/f4034d4ac32cd2c21e546188b86e9034.pdf> (Erişim Tarihi: 15.10.2017), s. 3-4.

³⁴ “Nefret Söylemi Nedir?” http://www.nefretsoylemi.org/nefret_soylemi_nedir.asp. (Erişim Tarihi: 12.10.2017).

³⁵ AİHM, Nefret Söylemi (Bilgi Notu), Haziran 2015, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 12.11.2017). GÜL, “*İfade Özgürlüğü Perspektifinden Medya Özgürlüğü Ve Sınırları*”, s. 391-392.

nımlarını yıkmayı amaçlayan bir söylem” olması iken, diğeri de nefret söyleminin salt söylem olarak kalmaması, dahası teşvik veya provoke edici boyutudur.³⁶

Nefret söylemlerinde artış gözlemlenmektedir ve bunun da nedenleri olarak, uluslararası terör olaylarının ve radikal sağın yükselişi, ulusların sosyal, etnik, dinsel ve kültürel olarak hızla bölünmesi, teknolojinin gelişmesi ve özellikle de internet üzerinde kontrolün sağlanmasının zor olması gösterilebilir.³⁷

Nefret söylemi³⁸ kavramı yanında, onun daha spesifik bir türü olarak **nefret suçları** kavramı da vardır ve bunlar bazen birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Nefret söylemi tanımı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yapılmıştır.³⁹ Nefret suçları için de Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) tarafından yapılan tanım göz önünde bulundurulabilir. AGİT nefret suçlarını, kişilere ya da malvarlığına karşı, kişinin ırk, ulusal veya etnik köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, ruhsal veya fiziksel engel, cinsel yönelim ya da benzer faktörler nedeniyle maruz kalınan her türlü suç şeklinde tanımlamıştır.⁴⁰ Nefret suçlarının meydana gelebilmesi için sadece suçun maddi unsuru olan hareketin yapılması yeterli değildir ve buna ek olarak manevi unsur olan “ön-

³⁶ T. Cengiz ALĞAN / F. Levent ŞENSEVER, **Ulusal Basında Nefret Suçları: 10 Yıl, 10 Örnek**, Sosyal Değişim Derneği, İstanbul, 2010, s. 16.

³⁷ Elif KÜZECİ, “*AIHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları*” **TBB Dergisi**, Sayı: 71, 2007, s. 176 vd.

³⁸ Nefret söylemleri (hate speech), ABD gibi bazı ülkelerde suç olarak değerlendirilmez. Söz konusu söylemler ifade özgürlüğü kapsamında dikkate alınır. Bkz Ulaş KARAN, “*Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?*”, in Ayşe Çavdar ve Aylin B. Yıldırım (eds) **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010.

³⁹ Nefret söyleminin tanımına ilişkin olarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Devletlere Yönelik R(97)20 Sayılı Tavsiye Kararı için bkz. http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/avrupa_konseyi_standartlari_05052014.pdf, (Erişim Tarihi: 04.10.2017).

⁴⁰ Hate Crimes in The OSCE Region: Incidents and Responses Annual Report for 2006, <http://www.osce.org/odihr/26759?download=true> (Erişim Tarihi: 15.10.2017), s. 9.

yargı(nın)” da olması gerekir.⁴¹ Dahası ceza hukuku kapsamında nefret söyleminin suç olarak cezalandırılacağına dair hüküm de bulunmalıdır.⁴²

Nefret suçlarında saldırgan, hedefini kişinin mensubu olduğu grup nedeniyle seçmekte olup bu konuda asıl önemli olan saldırganın seçtiği kişi olmayıp -yani o gruba mensup olan herhangi birinin olması- mağdurun mensup olduğu grup önem arz etmektedir.⁴³ Nefret suçları, mağdurlar ve genel olarak da toplum üzerinde psikolojik zararlara neden olduğu için, diğer suçlardan farklı bir konumda kabul edilmektedir.⁴⁴

Nefret suçları, ayrımcılığın bir parçası olarak görülmesine karşın, iki kavram da ele alındıkları hukuk bakımından birbirinden farklıdır.⁴⁵ Bazı ülkelerde ayrımcılık yasağı ile ilgili yaptırımlar ceza hukuku kapsamında olmasına rağmen, genellikle ülkeler ayrımcılıkla ilgili meseleleri özel hukuk kapsamında değerlendirmektedir.⁴⁶

Nefret söylemi m. 10/2 kapsamında belirtilen sınırlamalardan biri olarak açıkça ifade edilmemiştir. Ancak kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının haklarının korunması gibi gerekçelere dayanılarak m. 10/2 de belirtilen sınırlamalar kapsamında nefret söylemleri değerlendirilebilir.

AİHM, nefret söylemleri bakımından ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için iki method kullanmıştır ve bunlar 17. madde kapsamında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması dahilinde Sözleşmeden kaynaklanan hak ve özgür-

⁴¹ Bkz. Hüseyin GÖKTEPE, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret”, *TAAD*, Yıl: 7, Sayı: 25, 2016, s. 178; KARAN, “Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?” s. 57.

⁴² Ulaş KARAN, “Nefret Söylemi Kavramı ve Türkiye’de Mevcut Hukuki Durum”, *Güncel Hukuk*, 2010, 6-78, s. 38.

⁴³ ALĞAN / ŞENSEVER, s. 7.

⁴⁴ ALĞAN / ŞENSEVER, s. 8.

⁴⁵ ALĞAN / ŞENSEVER, s.10-11.

⁴⁶ ALĞAN / ŞENSEVER, s.11.

lüklerden yararlanılmaması ile m. 10/2 çerçevesinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır.⁴⁷

1. AİHS m. 17 Kapsamında Nefret Söylemleri⁴⁸

AİHS m. 17’de, hakların kötüye kullanılması yasağı getirilmiş olup, bu hükme göre:

“Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”

Bu maddede iki ayrı hüküm düzenlenmiş olup birincisi hiç kimse Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanarak bunları yok etme girişiminde bulunulamayacağı iken, diğeri de taraf devletlerin Sözleşme’deki hak ve özgürlüklere bir sınırlama getirmek istediklerinde Sözleşme’nin izin verdiği sınırları aşamayacaklarına yöneliktir.⁴⁹ AİHS m. 17. madde sadece bireyler ve gruplar için değil, aynı zamanda devletlere karşı da kullanılabilir.⁵⁰ AİHM, 17. maddenin amacını şu şekilde ifade etmiştir:

“Grupları veya bireyleri hedef alan 17. maddenin amacı, onların, Anlaşmadan bir hak çıkartarak, Anlaşmada kabul edilmiş olan hak ve özgürlükleri

⁴⁷ Bkz Françoise TULKENS, “When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights” in Josep Casadewall and others(eds), Freedom of Expression Essays in Honour of Nicolas Bratza, Wolf Legal Publisher, 2012, s. 280.

⁴⁸ 17. maddedekine benzer hükümler Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi m. 30’da ve Birleşmiş Milletler Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 5’te de yer almaktadır.

⁴⁹ Bkz KARAGÖZ, s. 86; GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 413.

⁵⁰ Bkz Mark E. VILLIGER, “Article 17 ECHR and Freedom of Speech in Strasbourg Practice”, in Josep Casadewall and others (eds), Freedom of Expression Essays in Honour of Nicolas Bratza, Wolf Legal Publisher, 2012, s. 321.

*yok etmeyi hedefleyen bir faaliyet içine girmelerini veya böyle bir fiil işlemele-
rini imkansız hale getirmeyi sağlamaktır; buna göre hiç kimse, belirtilen hak ve
özgürlükleri yok etmeyi hedefleyen bir takım eylemlere girişmek için Anlaşma
hükümlerinin ardına sığınmamalıdır...*⁵¹

Var olan bir hakkı ya da özgürlüğü, hakkın tanınması amacına uygun kullanılmaması veya ilgili hakkın sadece başkalarına zarar verme amacı taşıması hallerinde 17. madde gündeme gelecektir.⁵²

Bu madde, Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerden kötüye kullanılmaya müsait olan hakların kullanılmasına yönelik olup-örneğin 10 ve 11. maddeler-⁵³ Sözleşmede yer alan tüm hakların kullanılmasına-örneğin 5 ve 6. maddeler- yönelik değildir.⁵⁴

17. madde istisnai bir hüküm olarak kabul edildiği için sadece belli başlı kararlara uygulanmıştır. Öncelikle, AİHM inkarcılığa dayanan başvuruları 17. madde çerçevesinde değerlendirmektedir. Spesifik olarak da Yahudi soykırımının inkarı Sözleşme’de tanınan hakların kötüye kullanılması şeklinde yorumlamıştır. Mahkeme tarihsel gerçeklerin açıklanmasını, düşünceyi açıklama özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmekle birlikte tarihçiler arasında devam eden tartışmaların bir sonuca bağlanmasının Mahkeme’nin görevi olmadığını kabul etmektedir.⁵⁵ Ancak Mahkeme tarihsel gerçeklerle ilgili açıklanan düşüncelerin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusunda bir inceleme yapması gerektiğini de ifade etmiştir.⁵⁶

⁵¹ *Leroy v. Fransa*, App No: 36109/03 (ECHR 2008) para 26; *Lawless v. İrlanda* App No: 332/57 (ECHR 1961) para 7.

⁵² YÜKSEK, s. 135.

⁵³ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 413.

⁵⁴ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 414.

⁵⁵ KÜZECİ, s. 187-8.

⁵⁶ KÜZECİ, s. 188.

*Garaudy v. Fransa*⁵⁷ davası, Yahudi soykırımı bağlamında 17. madde dahilinde incelenmiş bir karardır. Olayda başvuru tarihçi olup, Holokostun (Nazi soykırımı ya da Yahudi soykırımı) çeşitli yönlerini inkâr eden bir kitap yayımlamıştır. Başvuru, kitabın İsrail'in politikasını eleştirdiğini ve ırkçı ya da anti-seminist herhangi bir ifade içermediği gerekçelerine dayanarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. Fakat Mahkeme başvuruyu kabul edilemez bulmuştur ve söz konusu kitabın insanlığa karşı suçların en ciddi biçimlerinden biri olan “*Yahudilerin ırksal aşağılanması ve onlara karşı nefretin kışkırtılmasını*” telkin ettiğine karar vermiştir.⁵⁸ Bu nedenle Sözleşme'nin 17. maddesinde düzenlenen hakların kötüye kullanılması kapsamına girdiği için de, başvuru 10. madde çerçevesinde sağlanan güvenceden yararlanamayacaktır.

Bu konuya diğer bir örnek de *Witzsch v. Almanya*⁵⁹ kararı gösterilebilir. Bu kararda başvuru, Yahudilere karşı yapılan toplu katliamların ve gaz odalarının olmadığını ileri süren bir makale yazmıştır ve AİHM de bu nedenle, başvurunun Sözleşme'nin 10. maddesinin sağladığı korumadan yararlanamayacağına hükmetmiştir.⁶⁰

Etnik nefret veya ırkçılığa dayanan ifadeleri de Mahkeme 17. madde kapsamında değerlendirmektedir. *Pavel Ivanov v. Rusya*⁶¹ kararı buna örnek olarak gösterilebilir. Olayda başvuru etnik bir gazetenin kurucusu, sahibi ve editörüdür. 2003 yılında kitle iletişim araçlarını kullanarak etnik, ırksal ve dinsel nefrete teşvikten mahkûm edilmiştir. Başvuru bir dizi makaleyi bu gazete-de yayımlayarak, Yahudilerin sosyal yaşamdan dışlanması çağrısında bulunmuş ve Yahudilerin Rusya'da kötülüğün kaynağı olduğunu iddia etmiştir. Benzer şekilde başvuru, Yahudilerin hem etnik hem de bir millet olarak var olmadık-

⁵⁷ App No: 65831/01(ECHR 2003). Karar sadece Fransızca olarak yayınlanmıştır. Press release issued by the Register, 323, 7.7.2003 (İngilizcesi).

⁵⁸ *Garaudy v. Fransa*.

⁵⁹ App No: 7485/03 (ECHR 2005).

⁶⁰ *Witzsch v. Almanya*.

⁶¹ App No: 35222/04 (ECHR 2007).

larını söylemiştir. Bu söylemleri sonunda aldığı cezaya karşı yaptığı bu başvuru da Mahkeme tarafından kabul edilemez bulunmuştur. Çünkü AİHM başvurucunun görüşlerinin kesin bir şekilde Yahudi karşıtı olduğunu ve başvurucunun Yahudi halkına karşı nefret uyandırmak istediği sonucuna varmıştır.⁶² Bir etnik gruba karşı yöneltilen bu tür genel ve şiddetli bir saldırı, Sözleşme'nin temelindeki değerlere, özellikle de hoşgörü, toplumsal barış ve ayırmıcılıkla mücadele ile çeliştiğini ifade etmiştir.⁶³ Sonuç olarak da, Sözleşme'nin 17. maddesi nedeniyle, başvurucunun 10. madde tarafından sağlanan korumadan yararlanamayacağına hükmedilmiştir.

Mahkeme sadece etnik nefret, ırkçılık ve tarihi gerçeklerin inkâr edilmesini değil, aynı zamanda dini nefreti de 17. madde kapsamında incelemiştir. *Norwood v Birleşik Krallık*⁶⁴ başvurusu, AİHM tarafından dini nefret ile ilgili verdiği bir karardır. Başvurucu İngiliz Ulusal Partisinin bir üyesi olup İkiz Kuleleri alevler içinde gösteren bir posteri penceresine asmıştır ve bu posterde “İslam Britanya'dan dışarı- Britanya halkını koruyun” yazısını da yazmıştır. Mahkeme yapılan bu fiillerin şiddetli bir şekilde bir dini gruba yöneltildiğini, Sözleşme'nin temel değerleriyle bağdaşmadığını ve böylece de başvuruyu 17. madde kapsamında değerlendirmiştir.⁶⁵

AİHM demokratik düzeni tehdit eden özellikle de totaliter toplulukların Sözleşme'de tanınan ilkeleri kendi çıkarları doğrultusunda kötüye kullanmalarına neden olacak başvuruları da 17. madde kapsamında değerlendirmektedir.⁶⁶

⁶² *Pavel Ivanov v. Rusya* para 1.

⁶³ *Pavel Ivanov v. Rusya* para 1.

⁶⁴ App No: 23131/03 (ECHR 2004).

⁶⁵ *Norwood v. Birleşik*.

⁶⁶ Bkz *B.H., M.W. ve H.K v. Avusturya*, App No: 12774/87(ECHR 1989); *Nachtman v. Avusturya* App No: 36773/97 (ECHR 1998); *Schimanek v. Avusturya* App No: 32307/96 (ECHR 2000).

Sonuç olarak Mahkeme ırk, etnik köken, inkârcılık özellikle de Yahudi soykırımının olmadığı inkârı ile ilgili ifadeleri Sözleşme'den doğan hakların kötüye kullanılması kapsamında değerlendirmiştir.

2. AİHS m. 10 Kapsamında Nefret Söylemleri

AİHM nefret söylemlerini sadece 17. madde kapsamında değil, aynı zamanda genel olarak 10. madde kapsamında da incelemiştir. 17. madde istisnai bir yol olarak kabul edilmesine karşın m. 10/2 fıkrası kapsamında Mahkeme'nin daha genel başvurularda tercih ettiği bir yoldur.⁶⁷ Her bir olayın içeriği nefret söylemlerinin hangi madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda belirleyici olacaktır.⁶⁸

AİHS m. 10 çerçevesinde de AİHM ırkçı veya etnik nefret, dini nefret ve cinsel yönelim nedeniyle nefretin teşvik edilmesi gibi çeşitli konularda karar vermiştir. Ancak Mahkeme'nin kararları incelendiğinde en çok gelen başvurular ırkçı ya da etnik nefretle ilgili olduğu sonucuna varılabilir. Irkçı söylemlerle ilgili incelenmesi gereken önemli kararlardan biri *Jersild v. Danimarka*⁶⁹ kararıdır. Bu kararda Mahkeme'nin ilk kez “büyük bir insan grubunun ‘insanlık’ niteliğini inkâr eden ırkçı sözlerin yayılmasını ele almıştır.”⁷⁰ Olayda, başvuru- cu bulunduğu bir TV programı için kendilerine “Yeşil Ceketliler” denilen bir gruptan üç kişi ile çekmiş olduğu belgeselin beş dakikalık ırkçı bölümünü yayınlamıştır. Yayınlanan bu kısımda üç genç, Danimarka'da yaşayan göçmenler ve etnik gruplar hakkında küfürlü ve aşağılayıcı ifadeler kullanmışlardır. Söz konusu bu belgeselden dolayı hem “Yeşil Ceketliler” hem de başvuru- cu cezaya

⁶⁷ Bkz David KEANE, “Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol: 25/4, 2007, s. 643.

⁶⁸ Robin CA WHITE / Clare OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 5th edn, Oxford University Press, 2010, s. 430.

⁶⁹ *Jersild v. Danimarka*, App No: 15890/89 (ECHR 1994) (Çeviren Osman Doğru <http://aihm.anadolu.edu.tr/> (Erişim Tarihi: 20.09.2017)).

⁷⁰ *Jersild v. Danimarka*, Yargıçlar Ryssdal, Bernhardt, Spielmann ve Loizou'nun Birleşik Karşı Oy Görüşü para 1.

çarpıtılmıştır. AİHM ilgili olayda, “başvurucunun tartışma konusu beyanlarda bulunmuş olmaması, fakat Danimarka Radyosu’nda haber programı yetkilisi bir televizyon gazetecisi olarak...(tartışılan) beyanların yayılmasına yardım etmiş olması(nı)” mevcut olayın önemli bir özelliği olduğunu vurgulamıştır.⁷¹ Mahkeme “ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temellerinden birini oluşturduğunu ve basına tanınması gereken güvencelerin özel bir öneme sahip bulunduğunu” hatırlatarak, basının “başkalarının şeref ve haklarını koruma gibi” sınırları aşmadan halkı ilgilendiren haber ve fikirleri iletmenin yanında halkın da bunları edinme hakkı olduğunu söylemiştir.⁷²

Mahkeme söz konusu yayında, başvurucunun, açıkça “Yeşil Ceketlilerin” görüşlerine karşı olduğunu ifade etmese de, yayın “(b)ir bütün olarak ele alındığında, objektif açıdan röportajın, ırkçı görüş ve düşüncelerin propaganda-sını yapma amacını taşıdığı görülmemekte” olduğunu ifade etmiştir.⁷³ Mahkeme başvurucunun “Yeşil Ceketlilerin” verdiği ifadeleri dengelemeye çalıştığını kabul etmektedir ve “Yeşil Ceketlilerin” ifadelerinin 10. maddenin korunmasından yararlanamayacağını belirtmekle birlikte, bu durumun başvuru için geçerli olmadığına da dikkat çekerek, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁷⁴

Mahkeme’nin bu çoğunluk görüşü AİHM’nin diğer bazı yargıçları tarafından eleştirilmiştir. Onlara göre başvuru, röportajı en kaba sözleri bırakacak şekilde beş dakikaya indirmiştir ve ırkçı söylemleri onaylamadığını ifade etmiştir.⁷⁵ Mahkeme genel olarak tüm yayını dikkate alıp, ırkçı söylemleri onay-

⁷¹ *Jersild v. Danimarka*, para 31.

⁷² *Jersild v. Danimarka*, para 31.

⁷³ *Jersild v. Danimarka*, para 33.

⁷⁴ *Jersild v. Danimarka*, para 35 ve 37.

⁷⁵ *Jersild v. Danimarka* Yargıçlar Ryssdal, Bernhardt, Spielmann ve Loizou’nun Birleşik Karşı Oy Görüşü para 3; Yargıçlar Gölcüklü, Russo ve Valticos’un Birleşik Karşı Oy Görüşü.

lamadığı sonucuna varmıştır. Bu yargıçlara göre Mahkeme'nin varmış olduğu bu çıkarım, “şifreli sözlerin yorumlanması(na)” benzemektedir.⁷⁶

Bu kararlar ilgili olarak denebilir ki, basın haber verme özgürlüğü önemli olmasına karşın belli bir grubun aşağılanmasına, onurunun kırılmasına ya da toplumdan dışlanmasına neden olacak ifadelerin kullanılmaması gerekir. Basının haber verme görevi olması ve kişilerinde haber alma özgürlüğüne sahip olsalar da, ırkçı söylem gibi ifadelerle karşı kişinin söz konusu görüşleri benimsemişliğini açıkça ifade etmesi gerekir ve sadece genel olarak tüm program göz önünde bulundurularak böyle bir sonuca varılmamalıdır. Aksi halde ifade özgürlüğü kullanılarak ırkçı söylemler yaygın hale gelebilir. En önemli husus da basının bu tür söylemler bakımından bir araç haline getirilmeye çalışılması olmaktadır.

*Balsvte-Lideikiene v. Litvanya*⁷⁷ kararı da etnik nefret söylemiyle ilgili bir başvurudur ve bu davada başvuru, bir yayın evinin sahibi olup “Litvanya Takvimi 2000” i yayınlamıştır. Başvuru bu takvimde yer alan ifadelerinden dolayı etnik nefrete teşvik nedeniyle İdari Suçlar Kanununu ihlal etmiş ve idari bir uyarı ile birlikte takvimin satılmayan nüshaları müsadere edilmiştir. İlgili takvimde başvuru agresif milliyetçilik ve ırkçılığa yönelik ifadelerle yer vermiştir.⁷⁸ Yine Yahudilerin savaş suçu işlediklerini ve Litvanyalıları karşı soykırım yaptığına yönelik ifadeler içermektedir.⁷⁹ Başvuru Polonyalıları karşı da benzer ifadeler kullanmıştır. Mahkeme'ye göre bu tür ifadelerin kullanılması, acil bir toplumsal ihtiyaç olması nedeniyle, ulusal mahkemeler takdir hakkını

⁷⁶ *Jersild v. Danimarka* Yargıçlar Ryssdal, Bernhardt, Spielmann ve Loizou'nun Birleşik Karşı Oy Görüşü para3.

⁷⁷ *Balsvte-Lideikiene v. Litvanya*, App No: 72596/01 (ECHR 2009).

⁷⁸ “Litvanyalılar sadece milliyetçi bir ulus olarak hayatta kalabilirler” (*Balsvte-Lideikiene v. Litvanya* para 79) gibi.

⁷⁹ “Sovyet işgalci güçleri, birçok Yahudi'nin yardımıyla soykırımında bulunmuşlardır” (*Balsvte-Lideikiene v. Litvanya* para 79) gibi.

aşmamışlardır.⁸⁰ Son olarak da Mahkeme uygulanan el koyma tedbirinin nispeten ağır olduğunu kabul etmekle beraber, başvurucuya sadece uyarı cezası verildiği ve para cezası verilmediğini belirtmiştir.⁸¹ Tüm bu hususlar dikkate alındığında ihlalin olmadığı sonucuna varılmıştır.

Genel olarak birçok toplumda gay, lezbiyen ya da biseksüel olarak adlandırılan kimselerin cinsel yönelimleri nedeniyle tepki ile karşılaştıkları ve hatta bazı durumlarda nefret söylemlerine de maruz kaldıkları görülmektedir. Bu nedenle de cinsel yönelime dayalı nefret söylemleri de m. 10/2 kapsamında gündeme gelebilmektedir. *Vejdeland ve diğerleri v. İsveç*⁸² kararı, AİHM'nin nefret söylemine ilişkin ilkeleri ilk kez cinsel yönelim kapsamında ele almıştır.

Olayda başvurular, eşcinsellere karşı hakaret içeren ifadelerin yer aldığı broşürleri ortaokul öğrencilerinin dolaplarına bırakılması sonucu başvurucuların ulusal ya da etnik bir gruba karşı tahrikten dolayı cezalandırılması ile ilgilidir. Söz konusu broşürlerde, eşcinselliğin “sapkın bir cinsel eğilim” olduğu, “toplumun temelinde ahlaki olarak yok edici etkiye” neden olduğu ve HIV ve AIDS'in eşcinsel temelli olduğunu söz konusu broşürlerde ifade etmişlerdir.

AİHM'ne göre ilgili ifadeler doğrudan doğruya bireylere nefrete yönelik eylemlerde bulunulmasına çağrı yapmamış olmasına rağmen söz konusu ifadeler ciddi ve önyargılı iddialar oluşturmaktadır.⁸³ Dahası Mahkeme'ye göre nefreti takrik, mutlaka şiddet ya da diğer suç eylemleri için bir çağrı gerektirmez.⁸⁴ Nüfusun belli bir grubuna karşı yapılan aşağılayıcı ya da alay edici saldırılar, yetkililer için ırkçı söylemle mücadelede yeterlidir.⁸⁵ Ayrıca Mahkeme,

⁸⁰ Bkz *Balsvte-Lideikiene v. Litvanya* para 79 ve 80.

⁸¹ *Balsvte-Lideikiene v. Litvanya* para 84.

⁸² App No: 1813/07 (ECHR 2012).

⁸³ *Vejdeland ve diğerleri v. İsveç* para 54.

⁸⁴ *Vejdeland ve diğerleri v. İsveç* para 55.

⁸⁵ *Vejdeland ve diğerleri v. İsveç* para 55; Ayrıca bkz *Feret v. Belçika* App No: 15616/07 (ECHR 2009) para 73.

cinsel yönelime dayalı yapılan ayırmacılığın da ırka, kökene ya da renge dayalı yapılan ayırmacılık kadar ciddi olduğunu vurgulamıştır.⁸⁶ Sonuç olarak ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Dini konular bakımından da nefret söylemleri Mahkeme tarafından incelenmiştir. *İ.A. v. Türkiye*⁸⁷ kararında başvuru sahibi olan yayınevi sahibi olup “Yasak Tümceler” adlı romanı yayımlamıştır. “Ayşe’nin koynunda coşkuların dürtüsüyle ortaya konup düzenlenmiştir... Tanrı’nın elçisi yemekten sonra ve namazdan önce cinsel ilişki ile iftar edermiş. Muhammed ölü bir insan ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkide bulunmayı yasaklamaz...” gibi İslam dinine yönelik hakaret teşkil eden bazı ifadeler kullanmıştır. Bu nedenle de başvuru “Allah, din, peygamber ve kutsal kitaba” saygısızlık etmekle suçlandırılmıştır.

AIHM bireylerin, din ve inanç konusunda düşüncelerini ifade ederken başkalarına zarar verecek söylemler ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınılması gerektiğini söylemiştir.⁸⁸ Dini inançlara ve ahlaki görüşlere bir sınırlama getirilmek istendiğinde AIHM devletlerin geniş bir takdir hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. Bunun da temel nedeni Avrupa da bu konularda tek bir anlayışın olmamasıdır.⁸⁹ Mahkemeye göre bu tür durumlarda çatışan menfaatler vardır ve bunlar arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir. Buna göre başvuru sahibinin dini bir ideolojiye ilişkin görüşlerini topluma aktarma hakkı olduğu gibi başkalarının düşüncesine, dini ve inanç özgürlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkının olduğunu ifade etmiştir.⁹⁰

⁸⁶ *Vejdeland ve diğerleri v. İsveç* para 55; Bkz *Smith ve Grady v. Birleşik Krallık* App Nos: 33985/96, 33986/96 (ECHR 1999) para 97.

⁸⁷ App No: 42571/98 (ECHR 2005); **Dini ilgili olarak**..... bkz *Müslüm Gündüz v. Türkiye* App No: 35071/97 (ECHR 2003); *Aydın Tatlav v. Türkiye* App No: 50692/99, (ECHR 2006).

⁸⁸ *İ.A. v. Türkiye* para 24.

⁸⁹ Bkz *İ.A. v. Türkiye* para 25; *Murphy v. İrlanda* kararı, App No: 44179/98 (ECHR 2014), para 67.

⁹⁰ Bkz *İ.A. v. Türkiye* para 27; *Otto-Preminger-İnstitut v. Avusturya* App No: 13470/ 87 (ECHR 1994), para 55.

Gerek çoğunluğun içinde gerekse azınlıktaki bir dine mensup olsun, her kişi dini inancını gerektiği gibi yaşama hakkına sahip olmasının yanında, eleştirilere de açık olmalıdır.⁹¹ Bu kapsamdaki eleştirileri “hoşgörüyü karşılamak ve başkalarının kendi dini inançlarını reddetmelerini ve hatta diğer kimselerin kendi inançlarına ilişkin düşmanca propaganda içeren doktrinleri kabul etmek durumundadırlar.”⁹² Fakat mevcut olayda hem onur kırıcı, şok edici veya “provokatif” görüşler hem de Müslümanların peygamberine yapılan çirkin bir saldırı vardır.⁹³ Tüm bu hususlar dikkate alındığında AİHS m. 10’daki ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.⁹⁴

AİHM Yahudilere yapılan soykırımı, tarihi bir gerçek olduğu için Holokost’un inkârını ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmemektedir. Ancak Mahkeme tarihçiler tarafından tartışılan ve dünya geneline bakıldığında soykırım olarak ifade edilmeyen ve hala tartışmalı olan olayları 17. madde çerçevesinde değerlendirmeyip, 10. madde bakımından da yaptığı incelemelerde nefreti teşvik edip etmediğini incelemektedir. Bu konuda da incelenmeye değer olan bir karar *Perinçek v. İsviçre*⁹⁵ kararıdır. Bu olayda başvuru Doğu Perinçek, İsviçre’deki bir konferansta yaptığı konuşmada, “Ermeni soykırımının” olmadığını ve bu soykırımın “uluslararası bir yalan” olduğunu ve bu iddiaların 1915’te emperyalist, İngiltere, Fransa ve Çarlık Rusyası tarafından Osman-

⁹¹ *İ.A. v. Türkiye* para 28; *Otto-Preminger-İnstitut v. Avusturya* para 47.

⁹² *İ.A. v. Türkiye* para 28; *Otto-Preminger-İnstitut v. Avusturya* para 47.

⁹³ *İ.A. v. Türkiye* para 29.

⁹⁴ Dini inaç kapsamında nefret söylemi ile ilgili diğer bir örnek başvuruda *Aydın Tatlav v. Türkiye* kararıdır. Bu kararda da başvuru yayımlanmış olduğu bir kitapta İslamı eleştirmiştir. Bu kitapta “Allah’ın olmadığını, cahil toplumu uyutmak için yaratıldığını, İslam’ın ilkel bir din olduğunu, halkı cennet ve cehennem hikayeleri ile kandırdığını, sömürü ve köleliği kolaylaştırdığı” gibi ifadeler yer almaktadır Osman DOĞRU / Atilla NALBANT, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 194. Mahkeme bu kararda ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Çünkü Mahkemeye göre kullanılan ifadeler çok sert olmasına rağmen mevcut olayda sosyo-politik alanda inançsız bir kimsenin din hakkındaki eleştirilerine yer verilmiştir.

⁹⁵ App No: 27510/08 (ECHR 2015).

lı İmparatorluğunu yıkmak için ortaya atıldığını söylemiştir. Bu nedenle de “Ermeni soykırımını” inkardan dolayı cezalandırılmıştır.

Mahkeme de, ilk olarak Perinçek tarafından kullanılan ifadelerin incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemenin oluşturduğu içtihadlara göre kamu yararını ilgilendiren konularda ifade özgürlüğü daha güçlü bir koruma sağlarken, şiddet, nefret, yabancı düşmanlığı ya da diğer hoşgörüsüzlük türlerini içeren ifadeler kural olarak korunmaz.⁹⁶ AIHM, Perinçek’in kullandığı ifadelere genel olarak bakıldığında, nefreti veya hoşgörüsüzlüğü teşvik ettiği şeklinde anlaşılmasını gerektiğini,⁹⁷ söz konusu olaylar 1915’te Osmanlı topraklarında gerçekleştiği ve bu nedenle de Holokost inkarındaki gibi doğrudan bir ilişki olmadığı ve başvurucu tarafından kullanılan ifadeler ne Ermeniler ne de Türkler arasında düşmanlığa neden olmadığı sonucuna varmıştır.⁹⁸

Mahkeme genel olarak soykırım ifadesini, ancak bir grubu tamamen ortadan kaldırma amacının olması halinde kullanılabileceğini ve yasal olarak da soykırımı kanıtlamanın kolay olmadığını belirtmiştir.⁹⁹ Buna ek olarak “Ermeni soykırımının” günümüzde de tartışıldığının altını çizmiştir.

Benzer bir şekilde başvurucu tarafından kullanılan ifadelerin doğrudan Ermeni toplumuna yöneltilmediğini, aksine katliamlardan emperyalist güçleri sorumlu tuttuğu ve bu nedenle de hem 1915 olayları sebebiyle acı çeken ve ölenlerin onurunu hem de altsoyun onur ve kimliğini zedelediği gerekçesiyle ceza hukuku kapsamında alınan önlemlerin kabul edilemez olduğunu söylemiştir.¹⁰⁰ Son olarak da “Ermeni soykırımının inkarı” konusunda Avrupada oluşan

⁹⁶ *Perinçek v. İsviçre* para 230.

⁹⁷ *Perinçek v. İsviçre* para 233. Perinçek, hem Ermeniler hem de Türkler tarafından bir katliamın yapıldığını kabul etmekle birlikte, bunun bir soykırım olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir.

⁹⁸ *Perinçek v. İsviçre* paras 244-246.

⁹⁹ Bkz TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR VD., a.g.e., s. 352.

¹⁰⁰ *Perinçek v. İsviçre* para 252.

bir konsensus olmadığı¹⁰¹ ve verilen hapis cezasının ağır olduğunu özellikle de İsviçre tarafından başka cezanın da verilebileceğini belirtip, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Sonuç olarak nefret söylemleri ırk, etnik köken, dini inanç veya cinsel yönelim nedeniyle olabilmektedir. Bu husular AİHS m. 17 çerçevesinde de gündeme gelebilir. Ancak bu iki maddenin uygulanması bakımından şu sonuca varılabilir: AİHS m. 17 kapsamındaki ifadeler, genel olarak bir etnik kökenin, ırkın, dinin veya demokratik bir düzenin yok edilmesine veya ilgili kimselerin dışlanmasına yönelik olmasına karşın m. 10/2 kapsamında ise sadece belli grup veya kişilere karşı ırkı, etniği, dini veya cinsel yönelimi gibi hususlarda nefret duyması söz konusu olmakla birlikte, bu kişi veya grupları toplumdaki dışlama veya onları yok etme amacı yoktur.

B. Şiddet İçerikli Söylemler

Birçok tanımda olduğu gibi AİHM, şiddet içerikli söylemlerin tanımını da yapmamıştır. Şiddet, bir devletin gücünü veya etkisini veya var olan bir inancın kaba güç kullanarak yıkılması şeklinde ifade edilebilir¹⁰² ve kişi/kişileri veya grupları kaba güç kullanmaya teşvik eden veya çağıran ifadeler de şiddet söylemi olarak tanımlanabilir.

AİHM şiddet olaylarını değerlendirirken, söz konusu ifadelerin şiddete çağrı yapıp yapmadığını araştırmaktadır. Ancak her olayın kendine özgü koşullarını da göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin ifadelerin kullanıldığı yer ve zaman, ilgili ifadeler kullanıldıktan sonra kamu düzeninin bozulmasına etki edip etmediği, söz konusu ifadelerin akademik olmasına bağlı olarak farklı bir bakış açısı oluşturmayı amaçlaması ve dengeleyici unsurların olması gibi husus-

¹⁰¹ *Perinçek v. İsviçre* para 257.

¹⁰² MACMILLAN DICTIONARY, <http://www.macmillandictionary.com/thesaurus/british/subversive> (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

lar da bir ifadenin şiddet söylemi olarak belirlenmesinde etkilidir. Mahkemenin bu şartları ışığında *Sürek v Türkiye (No:3)*¹⁰³ kararı incelendiğinde, şiddeti teşvik nedeniyle m. 10'un ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu olayda başvuru, haftalık bir dergide bir haber yorumunu yayınlamıştır. Bu yorumdan dolayı da “devletin bölünmez bütünlüğü aleyhinde propaganda” yapma suçundan cezalandırılmıştır. Mahkeme, basının şiddet tehdidi karşısında milli güvenlik, ülke bütünlüğünün korunması, asayişsizlik ve suçun önlenmesi için konulmuş olan sınırların aşılmaması gerektiğini kabul etmekte olup, bölücü olanlar da dahil olmak üzere bilgi sağlanması ve siyasi hususlarda bilgi verilmesi, basın için bir zorunluluk olduğunu ve halkın da bilgi alma hakkı olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁴

Olayda başvuru ulusal bağımsızlık mücadelesi verildiğini, bu mücadelenin “Türkiye Cumhuriyeti kuvvetlerine yönelik bir savaş” olduğunu ve keza “Topyekün bir bağımsızlık mücadelesi istiyoruz” şeklinde ifadeler kullanıldığını belirtmiştir.¹⁰⁵ Mahkeme bu ifadelerin şiddete çağrı olduğunu tespit etmiştir.¹⁰⁶ AIHM makalenin yayınlandığı döneme de dikkat çekmiştir. Son olarak da başvuru kendisinin ilgili makale ile şahsen bir bağlantısının mevcut olmadığını iddia etmesini Mahkeme, yeterli bir dayanak olarak kabul etmemiş ve bu noktada başvurunun “şiddet ve nefretin körüklenmesi(nde)” bir araç temin ettiğini vurgulamıştır.¹⁰⁷

Bu konuda diğer bir örnek de *Piermont v. Fransa*¹⁰⁸ kararıdır. Bu davada başvuru Alman bir politikacı olup Fransız Polinezyasında¹⁰⁹ bir miting sırasında Fransız Polinezyasının bağımsızlığını desteklediğini ve nükleer karşıtı olduğunu ifade etmiştir. Bu görüşleri sebebiyle başvuru sınırdışı

¹⁰³ App No: 24735/94 (ECHR 1999).

¹⁰⁴ *Sürek v. Türkiye (No:3)* para 38.

¹⁰⁵ *Sürek v. Türkiye (No:3)* para 40.

¹⁰⁶ *Sürek v. Türkiye (No:3)* para 40.

¹⁰⁷ *Sürek v. Türkiye (No:3)* para 41.

¹⁰⁸ App Nos: 15773/89; 15774/89 (ECHR 1995).

¹⁰⁹ Güney Pasifik'te bir Fransız denizaşını toprağıdır.

edilmiş ve bir daha Polinezya topraklarına girmesi yasaklanmıştır. Bu yasaklamaların temel nedeni ise, kamu düzeninin sağlanması ve toprak bütünlüğünün korunmasıdır. Mahkeme'ye göre başvuru miting sırasında şiddet çağrısında veya düzenin bozulmasına yönelik hiçbir faaliyette bulunmamış ve başvuru kişinin bağımsız bir Polinezya düşüncesi ve nükleer karşıtı görüşleri, zaten oradaki bazı siyasi partiler tarafından desteklenmektedir. Böylelikle de başvuru kişinin ifadeleri demokratik bir tartışmaya katkı sağlamıştır.¹¹⁰ Dahası miting sonrası da kamu düzenini bozacak herhangi bir eylem meydana gelmemiştir.¹¹¹ Böylece başvuru kişinin ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.

*Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye*¹¹² davasında da ilk başvuru akademisyen ve ikinci başvuru yayınevi sahibidir. İlk başvuru kişinin yazmış olduğu kitap nedeniyle “Devletin bölünmez bütünlüğü aleyhinde propaganda” yapmaktan suçlandırılıp hem hapis cezasına hem de tazminata mahkum edilmiştir. Mahkemeye göre, Kürt bölücülüğüne destek verdiği şeklinde anlaşılacak ifadeler kullanmasıyla birlikte Kürt sorununun karmaşık olduğu ve sadece Türkiye'nin değil aynı zamanda bu sorunun bazı komşu ülkelerle de ilişkili olduğunu belirtmiştir.¹¹³ Bu nedenlerle de Mahkeme, söz konusu ifadelerin şiddete teşvik olarak yorumlanamayacağı sonucuna varmıştır.¹¹⁴ Ayrıca AİHM, ulusal mahkemelerin, başvuru kişinin hem “akademik ifade özgürlüğü hakkını” hem de Türkiye'nin güneydoğusundaki durumun “farklı bir bakış açısından bildirilmesine ilişkin kamu haklarını” göz önünde

¹¹⁰ *Piermont v. Fransa* para 77.

¹¹¹ *Piermont v. Fransa* para 77.

¹¹² App Nos: 23536/94; 24408/94.

¹¹³ *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye* para 64.

¹¹⁴ *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye* para 64.

bulundurulmadığını belirtmiştir.¹¹⁵ Sonuç olarak da ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹⁶

Şiddet kapsamına, genel olarak terör veya terörü teşvik eden ifadelerin girdiği kabul edilmektedir. AIHM kararlarına bakıldığında da taraf devletlerin terör nedeniyle ülkenin bütünlüğü, bağımsızlığı ve kamu düzeninin bozulduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğüne sınırlamalar getirildiği görülmektedir.

Terör eylemleri veya terörü teşvik eylemleri şiddete teşvik olarak kabul edilmesine rağmen, terörün uluslararası hukukta herkes tarafından kabul edilmiş bir tanımı yoktur. Ancak terör ve terörizm şu şekilde tanımlanabilir: terör genel bir yaklaşımla “uzun süreli korku ve dehşet durumunu ifade etmede” kullanılırken terörizm ise “bu durumun ortaya çıkarılmasını amaçlayan strateji(nin)” ne olduğunu açıklamaktadır.¹¹⁷ Genel olarak terörizmden bahsedebilmek için baskı, korku, yıldırma ve şiddetin varlığı gereklidir.¹¹⁸

Uluslararası hukuktaki uygulamalara paralel bir tavır AIHM’de de görülür. Ne Mahkeme ne de Sözleşme terörün bir tanımını yapmıştır. Avrupa Konseyine taraf devletler Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi’ni kabul etmesine rağmen bu Sözleşme’de de doğrudan doğruya terörün tanımı yapılmamış, ancak hangi antlaşma kapsamında veya belirlenen antlaşmalar kapsamına giren suçların terör suçu olarak değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.¹¹⁹

¹¹⁵ *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye* para 65.

¹¹⁶ *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye* davasında ikinci başvuru için Mahkeme mahkumiyetinin ve cezasının kanunlar tarafından öngörülmediği gerekçesiyle 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu noktada da Mahkeme, ikinci başvurunun yargılanmasına neden olan madde hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğini ve lehe olan kanun hükmünün faile uygulanması ilkesine dayandırmıştır.

¹¹⁷ Mesut Hakkı CAŞIN, **Uluslararası Terörizm**, Noel Yayın Dağıtım, Ankara, 2008, s. 102.

¹¹⁸ Bkz CAŞIN, **a.g.e.**, s. 126.

¹¹⁹ Madde 1 ve bu maddeye göre terör kapsamında değerlendirilecek antlaşmalar şunlardır: “1) 16 Aralık 1970 tarihinde Lahey’de imzalanan, Uçakların Yasadışı Olarak Ele Geçirilmesi Söz-

AIHM kararlarına bakıldığında taraf devletlerin takdir hakkı çerçevesinde kişi veya kişilerin terörü teşvik ettiklerinden bahisle ifade özgürlüğü hakkına sınırlamalar getirdiğine şahit olunmaktadır. AIHM terörü teşvikten ne anlaşılması gerektiği konusunda 2005 yılından sonraki bazı kararlarında Avrupa Konseyine üye ülkelerince kabul edilen Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ndeki düzenlemeye atıfta bulunmuştur. Söz konusu bu Sözleşmenin 5. maddesi bir terör suçunun işlenmesine aleni teşvik suçunu “terör suçunun işlenmesini teşvik niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla bu tür bir suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde sunulması” şeklinde tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için de ilgili eylemin bilfiil gerçekleşmiş olması aranmamaktadır. Terörü teşvik mesajının kamuya sunulması çeşitli araç ve tekniklerin kullanılmasıyla olabilmektedir. Söz konusu araç ve tekniklerden bazıları şöyle sıralanabilir: “Basılı yayınlar veya kişilerin erişebileceği yerlerde yapılan konuşmalar, kitle iletişim araçları veya elektronik imkânların, özellikle, mesajların e-posta ile yayılması veya sohbet odalarında, haber grupları veya tartışma ortamında materyallerin değişimi gibi imkânları sunan internetin kullanımı.”¹²⁰

leşmesi; 2) 23 Eylül 1971 tarihinde Montreal'de imzalanan, Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanunsuz Hareketlerin Önlenmesi Sözleşmesi; 3) 14 Aralık 1973 tarihinde New York'da kabul edilen, Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi; 4) 17 Aralık 1979 tarihinde New York'ta kabul edilen, Rehin Alma Olaylarına Karşı Uluslararası Sözleşme; 5) 3 Mart 1980 tarihinde Viyana'da kabul edilen, Nükleer Maddelerin Fiziksel Korunması Hakkında Sözleşme; 6) 24 Şubat 1988 tarihinde Montreal'de imzalanan, Uluslararası Sivil Havacılığa Hizmet Veren Havaalanlarında Kanunsuz Şiddet Eylemlerinin Önlenmesi ile İlgili Protokol; 7) 10 Mart 1988 tarihinde Roma'da imzalanan, Denizcilik Seyrüsefer Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi; 8) 10 Mart 1988 tarihinde Roma'da imzalanan, Kıta Sahaneliği Üzerinde Bulunan Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Kanunsuz Eylemlerin Önlenmesi Protokolü; 9) 15 Aralık 1997 tarihinde New York'ta kabul edilen, Terörist Bombalamalarının Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, 10) 9 Aralık 1999 tarihinde New York'da kabul edilen, Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi” (Bütün Boyutlarıyla Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi).

¹²⁰ Bütün Boyutlarıyla Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayınları: 2, Ankara, 2013, <http://www.kdgm.gov.tr/snetix/solutions/>

Genel olarak AİHM'nin ve ulusal makamların, terör kapsamında “şiddete çağrı” kavramı birbirinden farklıdır ve bu nedenle de ulusal mahkemeler tarafından terörü teşvik sayan birçok eylem veya durum AİHM tarafından 10. madde tarafından koruma altına alınabilmektedir.¹²¹

Terörü tasvip etmeye *Leroy v. Fransa*¹²² davası örnek gösterilebilir. Bu dava AİHM'nin, “Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”ne doğrudan atıf yaptığı bir davadır. Olayda başvuru karikatürist olup, 11 Eylül 2000 tarihinde Dünya Ticaret Merkezi İkiz Kulelere yapılan saldırılardan iki gün sonra haftalık yayınlanan bir dergide, “*Biz bunu hep hayal etmiştik... Hamas bunu yaptı*” yazısı bulunan bir çizimi yayınlamıştır.¹²³ Bunu izleyen süreçte ise başvuru, “terörü müdafaa etmekte (övmekte) suç ortaklığı ve terörü övme fiillerinden” dolayı cezalandırılmıştır. AİHM, bu olayda başvurunun aldığı ceza nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu kararın gerekçeleri şu şekildedir: Başvuru ilgili karikatür ile Amerikan emperyalizminin yıkılmasını desteklediğini iddia etmesine karşın, Mahkeme karikatürün tamamına bakıldığında Amerikan emperyalizmini eleştirmediğini, “onun şiddet yolu ile yok edilmesi fikrinin desteklendiği ve yüceltildiği(ni)” belirtmiştir.¹²⁴ Bu karikatür, birçok sivilin maruz kaldığı şiddeti olumlu bir şekilde yorumlamak suretiyle mağdurların onuruna zarar vermesine neden olmuştur.¹²⁵ Dahası karikatürün yayımlandığı dönem ve yer de göz önünde bulundurulmalıdır. Öyle ki, karikatür politik yönden hassas bir yer olan Bask bölgesinde yayınlanmış-

kdgm/resources/uploads/bütün-boyutlari-ile-terorizmin-onlenmesi-ve-avrupa-sozlesmesi.pdf (Erişim Tarihi: 08.10.2017), s. 44.

¹²¹ DOĞRU / NALBANT, s. 195.

¹²² AppNo:36109/03 (ECHR 2008)

¹²³ İlgili karikatürde, 11 Eylül 2001’de iki tane uçağın çarpmasından sonra toz bulutu içinde yıkılan dört adet gökdelen resmedilmiştir.

¹²⁴ *Leroy v. Fransa* para 43.

¹²⁵ *Leroy v. Fransa* para 43.

tır.¹²⁶ Bu gerekçeler de ifade özgürlüğünün haklı nedenlerden dolayı sınırlandırıldığını göstermektedir.

Diğer bir örnek de *Gözel ve Özel v. Türkiye*¹²⁷ kararıdır. Olayda, yayımlanan üç makalede “terör örgütü açıklamaları” olarak nitelendirilen söylemler nedeniyle ilgililerin cezai sorumluluklarına gidilmiştir. Özellikle de başvuru Gözel, yasadışı bir örgütün merkez komitesi tarafından hazırlanan bir açıklama-yı yayımlamıştır. AİHM, yerel mahkemelerin “sadece başvuranlar dergilerinin Türk hukukunda terörist olarak nitelendirilen bir örgütün yazılarını yayınladığı” dikkat çekmiştir. Ancak AİHM’ne göre “ne yasaklanmış bir örgütün mensubu olan bir kişinin konuşması ya da açıklama yapması, ne de herhangi bir kimsenin hükümetin politikalarını sert bir şekilde eleştirmesi, ifade özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılamayacağı” sonucuna varmıştır. Mahkeme, herhangi bir ifadede şiddetin teşvik edilmediğinin tespiti için, daima ifadelerin tamamının dikkate alınması gerektiği kriterine vurgu yapmıştır.

AİHM, taraf devletlerin teröre destek ve terörü teşvik suçlarını önlemede gerekli tedbirleri alma hakları olduğunu kabul etmekle birlikte, “sadece mesajı verenin doğasına ve kime verildiğine değil, AİHM’nin içtihadı anlamında söz konusu yazının içeriğine ve hangi bağlamda yayımlandığına da dikkat edilmesi” gerektiğini söyleyerek, bu olayda ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Genel olarak AİHM, ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği konusunda, ilgili ifade ve söylemin şiddete teşvik ya da şiddete destek olup olmadığı açısından değerlendirmektedir. Ancak yargıç Bonello’ya göre bu kriter yetersizdir.¹²⁸ Ona göre söz konusu tahrir **“açık ve mevcut bir tehlike”** yaratıyorsa

¹²⁶ *Leroy v. Fransa* para 45.

¹²⁷ App Nos: 43453/05; 31098/05 (ECHR 2010).

¹²⁸ Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi (Supreme Court), ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğini incelerken *“açık ve yakın tehlike”* olup olmadığını dikkate almaktadır. AİHM

demokratik bir toplumda haklı bir gerekçe olacaktır, ancak “güç kullanımı soyutsa ve zamanla gerçek veya olası şiddetin merkezinden kalkıyorsa” ifade özgürlüğü hakkı var sayılmalıdır.¹²⁹ AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda, başkalarını ‘kızdıran’, ‘şoke eden’, ‘rahatsız eden’ ifade biçimlerine karşı özgürlükçü bir perspektiften bakarak hoşgörü ve sabır gösterilmesi gerektiğini belirtirken, bu söylemlerin arkasındaki düşüncelerin **şiddeti bir yöntem olarak kullanmak, şiddet övgüsü yapmak, şiddeti teşvik, telkin ve tavsiye etmek** ve de **şiddet çağrısı yapmak** suretiyle gerçekleştirilmesi teşebbüslerini ise asla ifade ve medya özgürlüğü kapsamında kabul etmemektedir.¹³⁰

Özet olarak AİHM, cebir ve şiddetin tavsiyesi, telkini ve şiddetin bir yöntem olarak kullanılmasını öngören teklifler gibi şiddet içeren ifadeler kullanılmasının ve kişi veya kişileri/grupları şiddete davet eden ifadelerin AİHS m. 10 kapsamındaki korumadan yararlanamayacağı sonucuna varmaktadır. Benzer şekilde terör eylemleri veya terörün teşvik edilmesinin de ifade özgürlüğü korumasından yararlanamayacağı açıktır.

C. Müstehcen İçerikli Söylemler

Müstehcen ifadenin tanımı hem AİHS hem de AİHM tarafından yapılmamıştır. Bu kavram en çok tartışmalı olan kavramlardan birisidir. Müstehcen

ise bu kriteri uygulamamakta, bunun yerine “demokratik toplumda gerekli olma” ve “orantılılık” kriterlerini göz önünde bulundurmaktadır. Bkz YÜKSEK, **a.g.e.**, s. 137. “Açık tehlikeden, şüpheye yer bırakmayacak şekilde tehlikenin ortada olması” kast edilirken, (Yaşar SALİHPAŞAOĞLU, “Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları”, <http://www.libertedownload.com/LD/arsiv/51-52/21-yasar-salihpasaoglu-turk-hukuk-sistemi-ne-yansimalari.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2017, s. 234), yakın tehlikeden de somut ve derhal gerçekleşebilecek tehlikeyi ifade edilmektedir. (TEZCAN / ERDEM / SANCAKTAR VD., **a.g.e.**, s. 336). Bu kriterlere göre ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için somut bir zararın açık ve yakın olması gererekir. Eğer zarar soyutsa, ilgili söylem yıkıcı nitelikte olsa bile ifade özgürlüğü ihlal edilmeyecektir YÜKSEK, **a.g.e.**, s. 137.

¹²⁹ *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye*, Hakim Bonello’nun Mutakabat Şerhi.

¹³⁰ GÜL, “İfade Özgürlüğü Perspektifinden Medya Özgürlüğü Ve Sınırları”, s. 392.

kavramı “[a]çık saçık, edebe aykırı, yakışsız” anlamlarına gelmektedir.¹³¹ Müstehcen söylemleri de görsel, yazılı ya da sözlü olarak cinsel dürtüleri uyandıran, ahlaka aykırı ya da toplum tarafından hoş karşılanmayan ifadeler şeklinde tanımlamak mümkündür. Genel olarak müstehcen ifadelerin yasaklanması dini ya da ahlaki temellere dayandırılmaktadır.¹³²

Müstehcenliğin etimolojik olarak tanımı, “*duyular açısından tiksindirici veya nefret uyandırıcı ya da pis, açık-seçik, ayıp, iğrendirici veya hoş olmayan*” şeklinde ele alındığında, müstehcen kavramı pornografiden farklılaşmaktadır.¹³³ Pornografi sadece erotik, seksi tasvirler için kullanılması nedeniyle, kavramsal olarak müstehcenlikten farklı olmasına rağmen, birçok ülke tarafından eş anlamlı olarak da kullanılmaktadır.¹³⁴ Bu nedenle de müstehcenliğin, genellikle seks ile birlikte kullanıldığı sonucuna varılmaktadır.¹³⁵

AİHM içtihadları incelendiğinde de görüleceği üzere, ahlak anlayışı bakımından tüm taraf devletler bakımından kabul görmüş ortak bir ahlak anlayışı yoktur.¹³⁶ Ahlak anlayışı toplumdan topluma ve zaman içinde değişebilmektedir. Mahkeme “devlet yetkilileri, ülkelerinin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları ‘yasak’ veya ‘ceza’nın ‘gerekliliği’ hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumda” olduklarını kabul etmektedir.¹³⁷ Bu nedenle de taraf devletlerin ahlak anlayışı bakımından takdir hakkı daha geniştir. Mahkeme müstehcen söylemlerde de

¹³¹ Türk Dil Kurumu http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5738e22fe18257.58380048 (Erişim Tarihi: 15.11.2017).

¹³² Daha geniş bilgi için Bkz. KARAGÖZ, s. 24.

¹³³ KARAGÖZ, s. 27.

¹³⁴ KARAGÖZ, s. 27.

¹³⁵ KARAGÖZ, s. 27.

¹³⁶ Bkz. *Handyside v. Birleşik Krallık* para 48.

¹³⁷ *Handyside v. Birleşik Krallık* para 48.

diğer kararlarında olduğu gibi her olayın kendine has özelliklerini dikkate almaktadır.

Bu söylemlerle ilgili olarak ilk incelenmesi gereken *Handyside v. Birleşik Krallık* kararıdır. Davada başvuru “*Küçük Kırmızı Ders Kitabı*” başlıklı bir kitabın bir bölümünde pornografi ve eşcinsellik gibi cinsel içerikli konulardan oluşan kitabı yayınlamıştır. Ahlakın korunması kapsamında, özellikle de gençlerin ahlakının korunması için kitabevinde yapılan aramalar sonucu kitabın tüm nüshalarına el konulmuş ve daha sonraki aşamada ise bu nüshalar imha edilmiştir. Ayrıca başvuru para cezasına da çarptırılmıştır.

AİHM, bu somut olayda ifade özgürlüğünün şu gerekçelerle ihlal edilmediğine karar vermiştir: Öncelikle ders kitabının hedeflediği kitle 12-18 yaş aralığıdır ve kitap bu kesimin hepsinin anlayacağı bir dildedir. İkincisi, Mahkeme’ye göre bu kitabın özellikle de “Kendi Başımıza” başlıklı kısmı gençler için zararlı olabilecek olgunluk faaliyetlerine ve bazı suçları işlemeye teşvik edici nitelik arz etmektedir. Son olarak ise, böylesi bir kitabın, daha geniş kitlelere dağıtımının planlanmış olması da, AİHM’ni, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği kararına yönelten gerekçelerden birisi olmuştur.¹³⁸ Bu karar vesilesiyle AİHM, kişilerin düşüncelerini açıklarken ödev ve sorumlulukları olduğuna önemle dikkat çekmektedir. Şöyle ki, düşüncesini açıklayan herkesin, kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen ödev ve sorumluluklar yüklendiğini belirten AİHM, demokratik bir toplumda gerekli olan yasaklar ve cezaların, ahlakın korunmasına yardımcı olup olmadığını araştırırken, bireylerin söz konusu sorumluluklarının göz ardı edilemeyeceğine vurgu yapmaktadır.¹³⁹

¹³⁸ *Handyside v. Birleşik Krallık* para 52.

¹³⁹ EREN, a.g.e., s. 235.

Müstehcen söylemlere bir diğer örnek de *Akdaş v. Türkiye*¹⁴⁰ davası gösterilebilir. Başvurucu Fransız yazar Guillaume Apollinaire'in Les onze mille verges isimli erotik romanını "On Bir Bin Kırbaç" başlığı adı altında Türkçeye çevirmiş ve yayınlamıştır. Roman müstehcen olduğu gerekçesiyle başvuran para cezasına çarptırılmış ve romanın toplatılmasına karar verilmiştir. Mahkeme'ye göre tarafların sanaç veya sanatçının eserlerini sunanların/yayımlayanların kim olup olmadığına bakılmaksızın Sözleşme'nin m. 10/2'de belirtilen sınırlamalara tabi tutulacaktır.¹⁴¹ Mahkeme bu eserin yayımlanmasından bir asırdan fazla süre geçtiğini ve eserin birçok ülkede ve birden fazla dile çevrilmiş olduğuna dikkat çekmektedir.¹⁴² Mahkeme taraf devletlerin takdir hakkını kabul etmesine rağmen, söz konusu takdir hakkının "Avrupa Edebiyatı Mirasında yer alan bir esere halkın, belli bir dilde, mevcut durumda Türkçe olarak erişimine engel olmaya kadar gidilemeyeceği(ni)" söyleyerek ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁴³

Mahkeme'nin cinsel içerikli eserleri müstehcen söylemler kapsamında değerlendirmesinde, ilişkinin gerçekleştiği kişi/kişiler veya nesnelere önem arz ettiği söylenebilir. Mesela *Vereinigung Bilerden Künstler*¹⁴⁴ (*Avusturya Plastik Sanatçılar Birliği*) v *Avusturya*¹⁴⁵ kararında, başvuru Birlik, düzenlenen sergide Rahibe Teresa, Avusturyalı kardinal Hermann Groer'i ve bir önceki Avusturya Özgürlük Partisi (FPÖ) başkanı bay Jörg Haider, bay Meischberger gibi kamusal figürleri seks pozisyonları içinde gösteren bir tabloda yer almışlardır.¹⁴⁶ Bay Meischberger tarafından açılan dava sonucunda yerel mahkemeler,

¹⁴⁰ App No: 41056/04 (ECHR 2010).

¹⁴¹ Bkz *Akdaş v. Türkiye* para 23.

¹⁴² *Akdaş v. Türkiye* para 26.

¹⁴³ *Akdaş v. Türkiye* para 27.

¹⁴⁴ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* App No: 68354/01 (ECHR 2007).

¹⁴⁵ İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI, "*Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya*", (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler)-**Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi**, Sayı: 87, 2010, para 7, s. 522.

¹⁴⁶ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler), para 8, s. 522.

bay Meischberger “*kişilik haklarının sanatsal özgürlüğe göre daha üstün olduğunu*” belirterek resmin sergilenmesinin yasaklanmasına ve tazminata mahkum etmiştir.¹⁴⁷

AİHM tablonun hiciv unsurları içerdiğini, yapısal özellikleri dikkate alındığında ise hicvin, abartarak ve gerçeği çarpıttığı ve özelliği gereği sataşma ve tahrik etmeyi içerdiğini ifade etmiştir.¹⁴⁸ Yine Mahkeme, bay Meischberger’in siyasi bir kişilik olduğu için eleştirilere karşı daha hoşgörülü olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁹ Son olarak da Mahkeme yerel mahkemelerin ilgili tablo için koymuş oldukları yayın yasağının, yer ve zaman bakımından bir sınıra tabi tutulmadığına da vurgu yapmıştır.¹⁵⁰ Bu gerekçelerden hareketle Mahkeme, Birliğin ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Karşı görüş belirten yargıçlara göre Mahkeme’nin çoğunluğunun verdiği bu kararın temeli, ilgili tablonun “*sanatsal ve hicivsel bir doğası*” olduğu gerekçesine dayandırılmaktadır.¹⁵¹ Keza azınlık görüş, Mahkeme’nin, sanatçının “*ne iletmek niyetinde olduğu hususunu*” temel alarak karar vermemesi gerektiği ve bu noktada da asıl dikkate alınması gerekenin, izleyici üzerinde bıraktığı etkiyi hesap etmek gerektiği üstünde durmuştur.¹⁵² Ayrıca, yine bu yargıçlara göre sadece bir sanatçının bir eseri ortaya çıkarması, o eserin “*sanatsal*” olduğu sonucuna varılması için tek başına yeterli değildir.¹⁵³ Söz konusu olayda tablo-

¹⁴⁷ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler), para 16 ve 17, s. 523-524.

¹⁴⁸ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler), para 33, s.529.

¹⁴⁹ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler), para 34, s.529.

¹⁵⁰ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler), para 37, s.530.

¹⁵¹ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya* Bkz Yargıç Loucaides’in Karşı Oy Yazısı, s. 533-535.

¹⁵² *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya*, Yargıç Loucaides’in Karşı Oy Yazısı (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler).

¹⁵³ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya*, Yargıç Loucaides’in Karşı Oy Yazısı, s. 533-535.

nun sanatsal ya da hicivsel olarak değerlendirilmemesi gerekir, çünkü tabloda birbirinden ilgisiz kişilerin “grup seks pozisyonları” gösterilmekte olup, herhangi bir “faydalı mesaj vermeyen”, “ahlak dışı görüntülerin değersizce bir araya getirildiği” ve tasvir ettiği her kişinin onuruna zarar veren bir tablodur.¹⁵⁴ Bu nedenle de ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği yönünde karar verilmeliydi.

Karşı görüşteki yargıçların da ifade ettiği gibi, bir eserin sadece sanatçı tarafından ortaya çıkartılması onun sanat eseri olduğu sonucuna varılması için yeterli bir unsur değildir. Her sanat eserinde verilmek istenen mutlak bir amaç olmasa bile sanat eserleri hiç kimsenin kişilik haklarını ihlal etmemesi gerekir. Bir kimsenin de sırf topluma mal olmuş kişi olması da onun bu tür konulara maruz kalmasını gerektirmemektedir.

Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya kararının aksine AİHM, *Müller ve Diğerleri v. İsviçre*¹⁵⁵ kararında, ifade özgürlüğünün Sözleşmecî devlet tarafından ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu davada Müller’in sergilediği üç resim¹⁵⁶ müstehcen olduğu gerekçesiyle bu resimlere el konulmuş, Müller ve diğer başvuruçular, müstehcen görüntü yayınlamaktan dolayı suçlu bulunmuşlardır.

AİHM’ne göre, sanatsal eserler ve bunları ortaya koyanlar, demokratik bir toplumda fikir alış verişine katkıda bulunmakta olup, Sözleşmecî devletler söz konusu eserlere ve kişilere gereksiz ve abartılı biçimde müdahalelerle ifade özgürlüğünü haksız yere kısıtlama cihetine gitmemelidir.¹⁵⁷ Ancak bu durum da, sanat eserlerinin AİHS m. 10/2’de belirlenen sınırlamalar kapsamında olmadığı

¹⁵⁴ *Vereinigung Bilerden Künstler v. Avusturya*, Yargıç Loucaides’in Karşı Oy Yazısı, s. 533-535.

¹⁵⁵ App No: 10737/84 (Çeviren: Osman Doğru).

¹⁵⁶ Bu resimlerde çeşitli cinsel ilişkiler resmedilmiştir: Erkekler arası oral seks ilişkileri, hayvanlarla cinsel ilişki, mastürbasyon ve ereksiyon halindeki erkeklere yer verilmiştir.

¹⁵⁷ *Müller ve Diğerleri v. İsviçre*, para 33.

anlamı çıkartılmamalıdır.¹⁵⁸ AİHM söz konusu resimlerin özellikle insanlar ve hayvanlar arasındaki cinsel ilişkileri kaba bir şekilde gösterdiğini, serginin ümitsiz olması ve yaş sınırının da olmamasından dolayı, sergilenen görsellerin “*olağan duyarlılıktaki kişilerin cinsel adabına...büyük ölçüde muhalif*” oldukları ve ahlaki korumak için yapılan sınırlama ve müdahalenin de, bu çerçevede Sözleşme’yi ihlal etmediği sonucuna varmıştır.¹⁵⁹

Müstehcen söylemlere ilişkin olarak AİHM, cinsel ilişkinin kimler arasında gerçekleştirildiği, hangi yaş grubuna hitap ettiği, eserlerin dünya sanatı veya bilimi alanında önemli olup olmadığı gibi hususları da dikkate almak suretiyle, müstehcen söylemler kapsamında ifade özgürlüğünün sınırlandırılması cihetine gitmektedir.

IV. SONUÇ

İfade özgürlüğü veya diğer bir deyişle düşünceyi açıklama ve yayma serbestiyeti, öncelikle sınırsız bir özgürlük olmayıp, kimseye söz, yazı, resim ve semboller vasıtasıyla bir suç işleme imkanı vermemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nin bu konudaki içtihadı ise gayet açık ve nettir. AİHM, yazılı, çizili veya sözlü herhangi bir ifade biçiminin çevreyi ve muhataplarını, olsa olsa *şok edici, rahatsız edici, kızdırıcı, tiksindirici* olabileceğini, ancak bir ifadenin asla ve asla cebir (zor kullanma) ve şiddeti teşvik, telkin, tahrik ve tavsiye edici olan, ayrıca şiddet kullanımını öven ve savunan ve de şiddet çağrısı yapan bir nitelikte olamayacağını pek çok kararında önemle vurgulamıştır. (*Mesela bkz, Leroy v. Fransa Kararı, 02.10.2008, No: 36109/03; Pavel Ivanov v. Rusya Kararı, 20.02.2007, No: 35222/04; Gündüz v. Türkiye Kararı, 04.12.2003, No: 35071/97*). AİHM ayrıca cebir, şiddet ve terörü bir yöntem olarak kullanmayı deklare eden ve cebir, şiddet ve terörü sevimli, sem-

¹⁵⁸ *Müller ve Diğerleri v. İsviçre*, para 34.

¹⁵⁹ *Müller ve Diğerleri v. İsviçre*, para 36.

patik göstermeye çalışan ve bu yöntemleri kullanan şiddet faili ve teröristleri yine sempatik, şirin, masum ve mağdur olarak yansıtmaya, terör ve teröristi mazur göstermeye gayret eden ve halkı silahlı direniş ve isyana tahrik eden düşünce açıklamalarının da, her ne surette olursa olsun ifade özgürlüğü kapsamına girmediğine, yine pek çok kararında açıkça atıf yapmıştır. (Mesela bkz. *Faruk Temel v. Türkiye Kararı*, 01.02.2011, No: 16853/05; *Sürek v. Türkiye Kararı*, 08.07.1999, No: 26682/95). AİHM, *Sürek v. Türkiye Kararı*'nda, dava ya konu olan mektuptaki ifadelerin “*kanlı bir intikam çağrısı*”na vardığını ve kişileri “*fiziki şiddet riski*”ne maruz bıraktığından hareketle, bu içerikteki düşünce açıklamalarının da ifade özgürlüğünden faydalanamayacağına karar vermiştir. Bu söylem ve ifade biçimlerinin medya vasıtalarıyla yapılması durumunda ise, medya özgürlüğünden hukuken bahsedilemeyeceği gayet açıktır. Hatta ceza hukuku sistemlerinde bu tip durumların, cezada ağırlaştırıcı sebepler olarak hükme bağlandığı görülmektedir.

AİHS kadar, AİHM'nin de nefret söylemi, şiddet içeren ve müstehcen söylemlerin tanımını açık ve net olarak yapmadığı görülmektedir. Bunun nedeni olarak da, sürekli gelişen ve ilerleyen bir toplumda, yer ve zamana bağlı olarak birçok kavramın anlamının genişlemesi gösterilebilir. Aksi halde bu türden bazı kavramların tanımlanması, bunların kapsam dünyalarının daraltılması anlamına gelecektir.

AİHS m. 10/2 ifade özgürlüğünün sınırlanabileceğini belirtmiştir. Bu sınırlamalar özellikle modern dünyada nefret, şiddet ve müstehcen ifade ve söylem biçimlerinin artmasıyla ve taraf devletlerin de kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması ve korunması, toprak bütünlüğünün korunması, ahlakın ve sağlığın korunması bakımından önemli bir mekanizma haline gelmiştir.

Nefret söylemleri bakımından Mahkeme ikili bir ayırıma gitmektedir. 17. madde kapsamında hakkın kötüye kullanılması halinde Sözleşme'deki ko-

rumadan yararlanılmayacağına karar vermektedir. Bu maddenin uygulanması istisna olup, Yahudi soykırımının inkarı, etnik nefret veya demokratik düzene karşı, özellikle de totaliter görüşleri destekleyen söylem biçimlerini koruma dışında bırakmıştır. 10. madde ise daha genel bir hüküm olup ırkçılık, dini nefret, cinsel yönelim gibi hususları incelemiştir. Bu iki hükümden hangisinin uygulanacağı konusunda ise, her bir olayın ayırıcı özellikleri önem arz etmektedir. AİHM Genellikle, belli bir grubu yok etme veya dışlama ya da demokratik düzeni yıkmamanın amaçlandığı düşünüyorsa 17. maddeyi, bunun dışında kalan hususlarda ise m. 10/2'yi uygulamaya çalışmaktadır. Nefret söylemleri bakımından önemli olan, sadece nefret içeren ifadelerin kullanılması halinde taraf devletlerin, takdir hakkını kullanarak sınırlamaya başvurabilmesidir. Aksi halde, ayrıca nefrete yönelik bir çağrı yapılmasına gerek yoktur

Şiddet içeren söylemler bakımından, özellikle şiddetin telkin, teşvik ve tavsiye edilip edilmediği, cebir ve şiddet çağrısının yapıp yapılmadığı kadar, şiddet söylemlerinin gerçekleştiği yer ve zaman, kim tarafından yapıldığı ve söylemlerden sonra kamu düzeninin bozulup bozulmadığı gibi hususlar, böylesi ifadelerin sınırlandırılması noktasında öne çıkan konulardan bazılarıdır.

Son olarak da, müstehcen söylemlerin sınırlandırılması konusunda, Avrupa'da yerleşik bir konsensus olmadığı için, bu hususta taraf devletlerin takdir hakkı (marjı) daha da genişlemiştir. AİHM, müstehcen söylemleri değerlendirirken, ayrıca bu söylemlerin kimlere hitap ettiğini, muhatapların topluma mal olmuş ve kamuoyunun gözü önündeki kişilerden olup olmadığını ve bunların özellikle de politikacı ve yönetici olup olmadığı gibi hususları dikkate alarak değerlendirmesini yapmaktadır.

KAYNAKÇA

AKDENİZ, Yaman; “*İnternette Irkçılık*”, in Ayşe Çavdar ve Aylin B. Yıldırım (eds) **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010.

ALĞAN, T. Cengiz ve Şensever, F. Levent; **Ulusal Basında Nefret Suçları: 10 Yıl, 10 Örnek**, Sosyal Değişim Derneği, İstanbul, 2010.

ARSLAN, Zühtü (Derleyen); **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003.

ARSLAN, Zühtü; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Din Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005.

BAKIRCIOĞLU, Önder; “*Freedom of Expression and Hate Speech*” **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, Vol:16/1, 2008.

BIÇAK, Vahit; “*Türkiye’nin Güncel Sorunları: Demokrasi ve İnsan Hakları*”, <http://www.geocities.com/vbicak/FNF.htm>. (Erişim Tarihi: 14.11.2017).

CAŞIN, Mesut Hakkı; **Uluslararası Terörizm**, Noel Yayın Dağıtım, Ankara, 2008.

DOĞRU, Osman ve Nalbant, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.

ERDOĞAN, Mustafa; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Yayınları, Ankara, 2007.

EREN, Abdurrahman; **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

ERGIN, İlker Yavuz; **İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi**, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2015.

GÖKTEPE, Hüseyin; “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret*” **TAAD**, Yıl: 7, Sayı: 25, 2016.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / Gölcüklü, Feyyaz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

GÜL, Cengiz; “*İfade Özgürlüğü Perspektifinden Medya Özgürlüğü Ve Sınırları*”, **IETC, ITEC, IDEC, ITICAM 2016 Proceedings Book** - February 4-6, 2016 - Dubai, UAE, 2016, ss. 389-396.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI; *Vereinigung Bilden Künstler v Avusturya*, (Çeviren: Barış Günaydın ve Eren Güler)-**TBB Dergisi**, Sayı: 87, 2010.

KARAGÖZ, Kasım, **İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu**, (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara, 2004.

KARAN, Ulaş; “*Nefret Söylemi Kavramı ve Türkiye’de Mevcut Hukuki Durum*” **Güncel Hukuk**, 2010, ss. 6-78.

KARAN, Ulaş; “*Nefret Suçlarından Ne Anlıyoruz?*” in Ayşe Çavdar ve Aylin B. Yıldırım (eds) **Nefret Suçları ve Nefret Söylemi**, Uluslararası Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010.

KEANE, David; “*Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights*” **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol: 25/4, 2007.

KÜZECİ, Elif; “*AIHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları*”, **TBB Dergisi**, Sayı: 71, 2007.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar; “*Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları*”, http://www.libertedownload.com/LD/arsiv/51-52/21-yasar-salihpasa_oglu-turk-hukuk-sistemine-yansimalari.pdf (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

SUNAY, Reyhan; **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu 2001, <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/ifade-hurriyetinin-muhtevasi-ve-sinirlari.pdf> (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

ŞAHBAZ, İbrahim; **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

TEZCAN, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz / Önok, Rifat Murat; **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

TULKENS, Françoise; “*When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights*”, in Josep Casadewall and others (eds), *Freedom of Expression Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publisher, 2012.

VILLIGER, Mark E; “*Article 17 ECHR and Freedom of Speech in Strasbourg Practice*”, in Josep Casadewall and others (eds), *Freedom of Expression Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publisher 2012.

WEBER, Anne; **Nefret Söylemi El Kitabı**, (Çeviri: Metin Çulhaoğlu) Avrupa Konseyi Yayınları, 2009, <http://insanhaklarisavunuculari.org/dokumantasyon/files/original/f4034d4ac32cd2c21e546188b86e9034.pdf> . (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

WHITE, Robin CA. / Ovey, Clare; **The European Convention on Human Rights**, 5th edn, Oxford University Press, 2010.

YÜKSEK, Mehmet; “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları*”, **TAAD**, Yıl: 7, Sayı: 25, Ankara, 2016.

DİĞER KAYNAKLAR

“*AİHM, Nefret Söylemi (Bilgi Notu)*”, Haziran 2015, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 12.11.2017).

“*Nefret Söylemi Nedir?*”, http://www.nefretsoylemi.org/nefret_soylemi_nedir.asp (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

“*Bütün Boyutlarıyla Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi*”, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayınları: 2, Ankara 2013, <http://www.kdgm.gov.tr/snetix/solutions/kdgm/resources/uploads/butun-boyutlari-ile-terorizmin-onlenmesi-ve-avrupa-sozlesmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

“*Racism and Xenophobia in Cyberspace*”, Council of Europe Parliamentary Assembly Recommendation No:1543(2001), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTMLen.asp?fileid=16960&lang=en> (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

“*Hate Crimes in The OSCE Region: Incidents and Responses Annual Report for 2006*”, <http://www.osce.org/odihr/26759?download=true> (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

MACMILLAN DICTIONARY, <http://www.macmillandictionary.com/thesaurus/british/subversive> (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

“*Nefret Söylemine Dair Bakanlar Komitesi'nin Devletlere Yönelik R(97)20 Sayılı Tavsiye Kararı*”, <http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/avrupa>

_konseyi_standartlari_ 05052014.pdf (Cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık ile mücadele – Avrupa Konseyi Standartları, Avrupa Konseyi Yayınları, Nisan 2014. (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

TÜRK DİL KURUMU (TDK), http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5738e22fe18257.58380048. (Erişim Tarihi: 21.10.2017).

OSMANLI HUKUKUNDA İSTİDANE İZİNİ VE GÜNÜMÜZ HUKUKUNA YANSIMALARI

*Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AYKANAT**

*Arş. Gör. Abdüssamet USLU***

ÖZET

Başkası adına borçlanma manasına gelen istidane kurumu, Osmanlı döneminde yoğun bir şekilde uygulanmıştır. Bu kurum, sosyal güvenliğin günümüzdeki kadar kurumsallaşmadığı dönemlerde, insanlara sosyal güvence sağlamıştır. Ancak günümüzde bu kurumun içeriği, kapsamı ve şartları üzerinde pek fazla durulmamıştır. Bu nedenle çalışmamız istidane kurumunu genel olarak açıklamayı amaçlamaktadır.

Çalışmamızda, bu kurumun kapsamını belirlemek için temel fıkıh eserlerinden, Osmanlı mahkeme kayıtlarından ve konuyla ilgili yazılmış eserlerden faydalanılmıştır. Günümüz hukuku açısından velayet, vesayet, vakıfların yönetimi ve evlilik birliğinin temsiline ilişkin konularda istidane kurumuna örnekler bulmak mümkündür. Ancak sayıları Osmanlı dönemi ile mukayese edildiği zaman oldukça sınırlıdır. Günümüzde de özellikle özel hukuk alanında ihtiyaç halinde bu kurumun uygulanması, uyuşmazlıklara çözüm olabilecektir.

* Necmettin Erbakan Üniversitesi öğretim üyesi, mehmetaykanat@hotmail.com

** Necmettin Erbakan Üniversitesi öğretim elemanı, usluabdussamet@gmail.com

Makale Geliş Tarihi: 03.03.2018

Makale Kabul Tarihi: 05.04.2018

Anahtar Kelimeler: başkası adına borçlanma, vasinin borçlanması, velinin borçlanması, vakıf yönetiminin borçlanması, nafaka alacaklısının nafaka yükümlüsü adına borçlanması.

ABSTRACT

The istidane establishment, which means indebtedness on behalf of someone else, was heavily applied during the Ottoman period. This establishment has provided social security to people when social security is not as institutionalized as it is today. Today, however, the contents, covering and conditions of this establishment are not much emphasized. For this reason, our study aims to explain the establishment of istidane in general.

Our work has benefited from basic fiqh books, Ottoman court records and relevant works on this subject to designate the covering of this establishment. In terms of present-day law, it is possible to find examples of this establishment in matters concerning curatorship, tutelage, management of foundations and representation of conjugal community. However, the numbers are quite limited when compared to Ottoman period. Nowadays, the implementation of this establishment in case of need, especially in the field of private law, may be a solution to disputes

Keywords: indebtedness on behalf of someone else, indebtedness on behalf of the ward, indebtedness of parent, the indebtedness of the alimony creditor on the behalf of the alimony liability.

I. GİRİŞ

İstidâne kelimesi deyn kelimesi ile aynı kökten olup, istikraz, borç alma, ödünç alma gibi anlamlara gelmektedir.¹ Hukuki bir terim olarak istidâne, kişinin kendisi veya başkası adına borçlanmasını ifade eder.² İslam hukukunda ve Osmanlı uygulamasında kişinin başkası adına borçlanabildiği üç durum sıklıkla geçmektedir. Vasinin vesayeti altındaki kimseler adına, mütevellinin vakıf adına, kadının kocası adına borçlanması bu hallerdir.³ Bu üç durum dışında alınan borçlar da istidâne olarak adlandırılmıştır.

Kişinin başkası adına borçlanabilmesi anlamında istidâne, Osmanlı literatüründe sıklıkla karşılaşılan bir kavramdır. Temel fıkıh eserlerinde deyn yani borç başlığı altında istidâne konusu incelenmiştir. Fetva mecmualarında da uygulamada karşılaşılan durumlar ele alınmıştır. İstidâne kurumunun ayrıntılarına yer verilmiştir. Osmanlı hukukunda teoride ve pratikte yer bulan istidânenin günümüze nazaran daha fazla uygulandığı görülmektedir.

Günümüz hukukunda ise, kanuni şartları varsa, vasinin vesayet altındaki kişi adına, velinin velayet altındaki küçük adına, vakıf yönetiminin vakıf adına ve de evliliğin bazı ihtiyaçları⁴ açısından bir eşin diğer eş adına, borçlandırıcı işlemler yapabilmesi istidâne ile benzerdir. Günümüz hukuku açısından

¹ MehmetSelahi. (1910). Kamus-ı Osmani, s.306; Yılmaz, E. (1996). Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, s.403; Erdoğan, M. (2005). *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul, s.262; Bragg, J. K. (2014). *OttomanNotablesandParticipatoryPolitics Tanzimat Reform in Tokat 1839-1876*, Routledge, Londonand New York, s.255. Deyn kelimesi hem alacak hem borç anlamına gelir. Türevi olan istidâne kelimesi de her iki anlamdadır. Ancak yaygın kullanımı, daha çok kabul edilen anlamı borç istemek şeklindedir. Aydın, M. A. (2001). İstidâne, *DİA*, TDV Yayınları, İstanbul, s.322.

² Bilmen, Ö. N. (1967-70). Hukukİslamiyye ve İstilahatıFıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, c.7, s.269; Aydın, 2001, s.322.

³ Aydın, 2001, s.322.

⁴ Bu ihtiyaçlar için bkz. Akıntürk, T.- Ateş, D. (2011). *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, s.127.

özellikle velayet, vesayet ve evlilik birliğinin temsili yasal temsilin örnekleri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵

İstidâne, sosyal güvenliğin günümüzdeki kadar kurumsallaşmadığı dönemlerde, kişilere güvence sağlamıştır. Temel nafaka ihtiyacını sağlayamayan küçükler, kısıtlılar ve kadınlar, istidâne yoluyla nafaka ihtiyaçlarını karşılamışlardır.⁶ Mütevellinin vakıf tüzel kişiliği adına borçlanması da yine ihtiyaçlar sebebiyledir. Osmanlı hukukunda, bazı ihtiyaçlara çözüm olarak uygulanan istidâne kurumu, günümüz hukukunda da ihtiyaç halinde başvurulabilecek bir çözüm yolu olabilir.

İstidâne kurumuna ilişkin bilgiler, farklı konu başlıkları altında ve dağınık bir şekilde incelenmiştir. Genel olarak velayet, vesayet, vasiyet, vakıf, mefkud ve nafaka başlıkları altında konu ele alınmıştır. Osmanlı hukukunda teorik ve pratik önemi olan temel fıkıh eserlerinden konunun ana hatları çıkarılmaya çalışılmıştır. Yakın tarihte de konuya temas eden eserler vardır. Fetva mecmualarında, benzer başlıklar altında konuya ilişkin fetvalar yer almıştır. Transkribe edilmiş, tez olarak ele alınmış, yayımlanmış çok sayıda mahkeme kaydı da istidâne örneklerini taramamızı kolaylaştırmıştır. Tüm bu bilgilerle günümüz hukukuna da kısmen temas edilmeye çalışılmıştır.

İstidâne kurumu, üzerinde yeterince durulmamış bir kurumdur. Bu çalışma, Osmanlı uygulamasında istidâne kurumunu genel olarak ortaya koymayı

⁵ Ayan, M. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.231; Yıldırım, A. (2014). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, s.148; VonTuhr A. (1983). Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, Olgaç Matbaası, Ankara, s.340-341-342-343-344-345; Kılıçoğlu, M. (2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, s.225-226; Reisoğlu, S. (1999). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayın, İstanbul, s.115; Eren, F. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, s.447-448; Akyol, Ş. (2009). Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.45-46; Oğuzman, K.- Öz, T. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.247.

⁶ Nafakanın sosyal güvenlik fonksiyonu için bkz. Aykanat, M. (2016). Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukuku, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, s.130-146.

amaçlamaktadır. İstidâne izninin, kimlere, hangi şartlarla, kim tarafından verildiği, kapsamının ne olduğu belirlenmeye çalışılacaktır. İstidâne, günümüz hukukunda da kişiler hukuku, aile hukuku, borçlar hukuku, icra hukuku, usul hukuku gibi pek çok alanla ilişkili bir konudur.

II. İSTİDANE YÖNTEMİNE BAŞVURULABİLEN DURUMLAR

1. Genel olarak

İstidâne, borç anlamına gelmekle birlikte, özellik arz eden üç durumbaşkası adına borçlanma şeklinde veya temsilcinin borçlanması şeklinde tek başlık altında ele alınabilir. Vasinin, mütevellinin ve kadının başkası adına borçlanması teoride mümkün görülmüş, uygulamada da örneklerine rastlanmıştır. İstidananenin bu üç özel türü dışında da başkası adına borçlanma örnekleri vardır.

İstidâne uygulaması mali ihtiyaçlar sonucunda ortaya çıkmıştır. Küçük veya kısıtlı, vakıf ve nafaka alacaklısı, mali sebeplerle borçlanmak durumunda kalmışlardır. Küçük ve kısıtlıların borçlanması tam ehliyete sahip olmadıklarından vasi aracılığıyla olur. Vakıf tüzel kişiliğini ise müteveli temsil etmiştir.

İstidâne örneklerinde ortak özellik, başkası adına bir borçlanmanın söz konusu olmasıdır. Bu sebeple istidâne izni, şartlara veya hâkim kararına veya her ikisine bağlı olarak verilmiştir. İstidâne uygulamalarının her birinin kendine özgü şartları vardır. Bu sebeple her bir uygulama ayrı başlık altında ele alınmıştır.

Başkası adına borçlanan vasi ve kadın, gerçek kişiler adına, müteveli ise tüzel kişi adına borçlanmaktadır. Bu sebepler gerçek kişilerde, nafaka ihti-

yacı yani fakirlik sebebiyle ortaya çıkmaktadır.⁷ Vakıflarda ise genellikle vakfin tamire muhtaç olması borçlanma sebebidir. Vakfin tamir dışında da zaruri ihtiyaçları söz konusu olabilir.

2. Vasinin borçlanması

a) Vasi ve vesayet kavramları

Vasi, bir kimsenin mallarında veya çocuklarının işlerinde tasarruf etmek üzere atanan kimse olarak tarif edilmiştir.⁸ Türk Medeni Hukuku açısından vasi, kanunda yer alan sebeplerden ötürü vesayet altına alınmış olan küçük veya kısıtlının, kişiliği ve malvarlığı ile alakalı olarak menfaatlerini korumak üzere, mahkemece tayin edilmiş gerçek kişidir.⁹ İslam hukuku ile günümüz hukukundaki vasi tanımları benzerdir. Vasiler, veliden farklı olarak sadece mallar üzerinde temsil yetkisine sahiptir. Bu sebeple vasiye malda veli de denilmiştir.¹⁰

Razi, müdayene adıyla bilinen Bakara suresinin 282. ayetini, velayet ve vesayet kurumlarının geçerliliğine delil kabul etmiştir.¹¹ Yani çocuğun ve kısıt-

⁷ Karaman, zenginlik derecelerinden ve kimlerin fakir sayılacağından bahsetmiştir. Küçükler, kısıtlılar ve kadınlar, kazanma imkânından mahrum olduklarında fakir olabilirler. Karaman, H. (2009). Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, c.1, s.401-402.

⁸ Bilmen, 1969, c.5; Erdoğan, 2010, s.598. Kimlerin vasi tayin edileceği, Mecelle'nin 974. maddesinde bir sıra ile sayılmıştır. Buna göre babası, babasının vefat etmeden seçtiği ve atadığı vasi, atanan vasi vefat ederse onun atadığı vasi, dedesi veya dedesinin babası, dedelerinin atamış olduğu vasi, dedelerin atadığı vasinin atadığı vasi, hâkimin atadığı vasi şeklinde vasiler belirlenmiştir. Mecelle, m.974; Avcı, M. (2017). Türk Hukuk Tarihi, Atlas Yayınları, Konya, s.313. Mecelle'nin belirlemiş olduğu sıra, klasik Hanefi görüşüne uygun bir sıradır. Diğer mezheplerin görüşleri için bkz. Zuhayli, V. (1992). İslam Fıkhı Ansiklopedisi, Ter. Ahmet Efe vdi, Risale Yayınları, İstanbul, c.10, s.72

⁹ Ertürk, F. (2010). Türk Hukukunda Vesayeti Gerektiren Haller, Vasi Tayini ve Vesayetin Sona Ermesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, s.12.

¹⁰ Cin, H.- Akgündüz, A. (1996). Türk Hukuk Tarihi, OSAV Yayınları, İstanbul, c.2, s.46; Zeydan, A. (1995). İslam Hukukuna Giriş, Ter. Ali Şafak, Kayıhan Yayınları, İstanbul, s.492; Karaman, H. (2007). Anahatlarıyla İslam Hukuku, Ensar Neşriyat, İstanbul, s.280.

¹¹ Razi, F. (1988). Tefsir-i Kebir Mefatihü'lGayb, Ed. Ahmet Hikmet Ünalı, Akçağ Yayınları, Ankara, c.6, s.52-53. Müdayene ayetine ilişkin hukuki değerlendirmeler için bkz. Ülker, İ. (2017). Osmanlı Klasik Dönem Yargılama Hukukunda Yazılı Belge ve Kadıların Noterlik Görevi, Aybil Yayınları, Konya, s.78-84.

lının borç alması durumunda bunu yazma görevi, veli ve vasedir. Vesayet, hem yetki hem sorumluluk getiren bir kurumdur.¹²

Vesayet kurumunun amacı, vesayet altındaki kişiyi ve özellikle mali haklarını korumaktır. Günümüz hukukunda vesayet düzenlemesinin bu amaçla yapıldığı belirtilmiştir.¹³ Türk Medeni Kanunu da küçüklerin ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyeceklerini düzenlemiştir.¹⁴ İslam Osmanlı hukukunda, gayrimüeyyiz çocuk adına hak ve borç doğurucu işlemler, kanuni temsilcileri tarafından yapılır.¹⁵ Kısıtlılar da bazı hukuki işlemleri, hukuki temsilcileri aracılığıyla yapar.¹⁶

b) Vasinin istidâne izni alması

Vesayetin amacından ve öneminden dolayı, Osmanlı uygulamasında vasilerin, vesayet altındaki kişilerin yakınları arasından atandığı görülmektedir. Osmanlı mahkeme kayıtlarında annelerin, babaannelerin, anneannelerin, dedelerin, amcaların, dayıların ve sair akrabaların vasi olarak atandığı ve vasilere istidâne izni verildiği örnekler görülmektedir.¹⁷

¹² Bardakoğlu, A. (2013). Vesayet, DİA, TDV Yayınları, c.43, s.66-70, İstanbul, s.66.

¹³ Akipek, J.- Akıntürk, T.- Ateş, D. (2016). Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, s.326; Dağlı, M. (2008). Türk Medeni Hukukunda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, s.56; Kayran, B. (2012). Türk Medeni Kanunu'nda Vesayet Hukuku, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, s.21; Koç, N. (2005). "Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, Özel Sayı, s.99.

¹⁴ "Ayrırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir." TMK, m.16/1.

¹⁵ Aydın, M. A. (1993). Çocuk, DİA, TDV Yayınları, İstanbul, c.8, s.362.

¹⁶ Apaydın, H. Y. (1996). Hacir, DİA, TDV Yayınları, İstanbul, c.14, s.513.

¹⁷ Anneler için bkz. s.93; s.94; s.99; s.100; babaanneler için bkz. s.108-109; s.111; dede için bkz. s.131; amca için bkz. s.133; anneanne için bkz. s.138, dayı için bkz. s.191; diğer akraba için bkz. s.139, Bildik, F. (2010). 1837-1840 Tarihlerinde Konya'nın Sosyal ve Ekonomik Durumu (83 Numaralı Konya Şer'iyye Siciline Göre), SÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya. Konya mahkeme kayıtlarından örnekler için bkz. Konya Kadı Sicili 10.

Vasinin temsil ettiği kişi adına yapacağı işlemler, üçlü bir ayrımla ele alınmıştır. Vasi, mutlak lehe olan tasarrufları yapabilir. Mutlak aleyhe olan tasarrufları ise yapamaz. Hem lehe hem aleyhe olan tasarruflar ise aşırı aldanma olmaması durumunda geçerli olur.¹⁸Günümüz hukukunda da vesayet altındaki kişilerin yapabilecekleri işlemler, benzer şekilde sınıflandırılmıştır. Vesayet altındaki kişinin, kendisini borç altına sokacak işlemleri yapması, vasinin rızası olmadıkça geçerli olmayacaktır.¹⁹Vasinin vesayet ve denetim makamının izni gerektiği durumlarda, bu izinleri almadan yapmış olduğu işlemler geçersiz olacaktır.²⁰

Vasinin borçlanması mümkündür. Bu borç temsil edilen üzerinde doğar. Borç temsil edilenden talep edilebilir.²¹ Vasinin borçlanması, hem lehe hem aleyhe olabilecek bir durumdur. Bu sebeple, aşırı aldanma olmaması durumunda vasinin borçlanması geçerli olur. Yine de hem lehe hem aleyhe olabilecek borçlanma işlemi için hâkimin izni şartı aranmıştır. Vasinin tasarruflarını denet-

Haz. İzzet Sak, KBB Kültür AŞ Yayını, Konya, s.15, 30, 32, 33; Konya Kadı Sicili 39. Haz. İbrahim Solak- İzzet Sak, KBB Kültür AŞ Yayını, Konya, s.24, 46, 60, 212, 375.

¹⁸ Mecelle, m.1683; Zuhayli, 1992, c.10, s.231; Cin- Akgündüz, 1996, c.2, s.47; Zeydan, 1995, s.492.

¹⁹ TMK, m.16/1 ve m.451. Kanun koyucu, bazı işlemlerin önemine binaen sadece vasinin tasarrufu ile yapılmasına izin vermemiştir. Bazı durumlarda vesayet makamı olan Sulh hukuk hâkiminin iznini, bazı durumlarda buna ek olarak denetim makamı olan Asliye hukuk hâkiminin iznini aramıştır. Ödünç verme ve ödünç alma, kambiyo taahhüdü altına girme gibi işlemler için Sulh hukuk hâkiminin izni gerekir. TMK m.462. İşletmenin devralınması ve tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması işlemlerinde Sulh hukuk hâkimine ek olarak Asliye hukuk hâkiminden izin alınması gerekir. TMK m.463; Helvacı, S.- Erlüle F. (2011). Medeni Hukuk, Legal Yayınevi, İstanbul, s.207; Akıntürk- Ateş, 2011, s.528-529; Koç, 2005, s.102.

²⁰ Ayan, N.- Ayan, M. (2016). Kişiler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.72. Vesayet dairelerinden birinin veya her ikisinin iznine bağlanmış işlemlerden herhangi biri vasi tarafından izin alınmadan yapılırsa, bu işlem aynen ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlının vasinin iznini almadan yaptığı işlemler gibi, küçük veya kısıtlı açısından tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tabidir. Akıntürk- Ateş, 2011, s.529.

²¹ İbn Abidin. (1983). Reddül Muhtar ale'dDürri'l Muhtar, Ter. Mehmet Savaş vdi, Şamil Yayıncılık, İstanbul, c.9, s.373.

lemek üzere, nazır denilen, tasarruf yetkisi olmayan, zarar ortaya çıktığında vasiden tazmin eden bir görevli atanabilir.²²

İstidane, çocuğun nafakasını sabit hale getiren bir işlemdir. Çünkü kabz veya borçlanma olmadan geçen nafaka borcu düşer.²³ Osmanlı mahkeme kayıtlarında vasilere borçlanma izni verilmesine ilişkin hükümler vardır. Bizim ulaşılabildiğimiz hükümlerin tamamı küçüklere ilişkindir. Küçüklerin nafaka ihtiyacı sebebiyle vasiler, borçlanma izni istemişlerdir. Kısıtlıların vasilerinin talepte bulunduğu ilişkin bir örneğe ise rastlanmamıştır.

Mahkeme kararlarında önce nafaka takdir edilmesi, bu nafakanın küçüğe kalan mallardan harcanması hususları belirtilmiştir. Vasinin ihtiyaç halinde istidâne etmesi, vakti geldiğinde de çocuğun mallarına veya nafaka yükümlülerine rücu edilmesi hüküm altına alınmıştır.²⁴

Vasi, aldığı borçları, vesayeti altındaki kişilere rücu edebilir. Hâkimin iznini almadan borçlanan vasinin, vesayeti altındaki kişilere rücu hakkı yoktur.²⁵ Mecelle, vasi olmayan amca ve diğer akrabaların verdikleri izinlerin geçerli olmadığını düzenlemiştir.²⁶

²² Bilmen, 1969, c.5, s.180. Nazır yerine müşrif de denildiği olmuştur. Pakalın, M. Z. (1983). Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, c.2, s.666. Günümüz hukuku açısından da TMK m.461/1/2'e göre vasinin fiil ve işlemlerine karşı vesayet makamına şikâyette bulunulabileceği, vesayet makamının vereceği kararlara karşı da 10 gün içinde denetim makamına itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca TMK m. 467/1'de vasinin görevini yerine getirirken kusurlu davranışıyla yaptığı işlemlerden doğan zarardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

²³ Zuhayli, 1992, c.10, s.120.

²⁴ İstanbul Kadı Sicilleri. www.kadısicilleri.org, E.T. 26.12.2017, c.14, s.111; c.16, s.528; c.23, s.174; Konya Kadı Sicili 39, s.46, 212; Urfa Şer'iyye Sicillerinden örnekler için bkz. "...lede'l-iktizâistidaneye ve inde'z-zafer sagire-i mezburenin malına rücu'avasiyyeimezbureEsleme'ye izin virilmeğın..." Tekin, N. (2016). 228 Numaralı Urfa Şer'iyyeSicili'nin Transkripsiyon ve Değerlendirmesi, HÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Şanlıurfa, s.353; s.613.

²⁵ Aydın, 2001, s.322.

²⁶ Mecelle, m.974. İslam hukuku kaynakları, alışveriş hususunda, vasiler arasında bir ayrıma yer vermiştir. Baba ve hâkim tarafından atanan vasiler daha yetkili görülürken, diğer akrabalar ta-

3. Mütevellinin vakıf adına borçlanması

a) Müteveli kavramı

Vakıf işlerini idare etmek üzere, vakıf kurucusunun şartı veya hâkimin ataması ile görev yapan kişilere müteveli denilmiştir.²⁷Günümüzde vakıf tüzel kişisi için mütevellinin karşılığı yönetim organıdır. Vakıf senedinde yönetim organı olarak bir kişi gösterilebileceği gibi birden fazla kişi de söz konusu olabilir. Vakfın yönetiminin birden fazla kişiden oluşması halinde uygulamada müteveli heyeti ve müteveli denildiğine de rastlanmaktadır.²⁸

Mütevellinin, vakıf malları üzerindeki tasarrufları üç grupta ele alınmıştır. Bir kısım tasarruflar padişah emri ve kadı izniyle, bir kısmı mahkeme kararıyla, bir kısmı ise mütevellinin tek başına yapabileceği işlemlerdir. Vakfi borç altına sokan istidâne işlemi, mahkeme kararıyla yapılabilecek işlemlerdendir.²⁹

b) Mütevellinin istidâne sebepleri

Osmanlı mahkeme kayıtlarında, mütevellilere istidâne izni veren kararlar vardır. Kararlarda vakfın ihtiyacının sabit olması sebebiyle, mütevellisi olan kişiye borçlanma izni verildiği belirtilmiştir.³⁰

rafından atanan vasilerin sadece yiyecek ve giyecek gibi zorunlu ihtiyaçları alabilecekleri kabul edilmiştir. İbn Abidin, 1983, c.17, s.213, 220.

²⁷ Müteveli yerine kayım, mütekellim, vali, vasi gibi unvanlar da kullanılmıştır. Cin-Akgündüz, 1996, c.2, s.59; Pakalın, 1983, s.640. Karaman, 2009, c.1, s.276.

²⁸ Avcı, M. Ö. (2006). Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıf Yönetim Organı, Beta Yayınevi, İstanbul, s.43; Ballar, S. (2010). Yeni Vakıflar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, s.135; Akipek- Akıntürk- Ateş, 2016, s.686; Dural, M.- Ögüz, T. (2016). Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.361; Oğuzman, K.- Seliçi, Ö.- Oktay Özdemir, S. (2016). Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.402. Yönetim organı hem karar hem de yürütme organı olarak karşımıza çıkmaktadır. Vakıf yönetim organının nasıl teşkil edeceği, görevlerinin neler olacağı, temsil durumunun nasıl gerçekleşeceği, kural olarak vakıf senedinde düzenlenmektedir. Akipek- Akıntürk- Ateş, 2016, s.686; Oğuzman- Seliçi- Oktay,Özdemir, 2016,s.403.

²⁹ Cin- Akgündüz, 1996, c.2, s.61; Avcı, 2017, s.323.

³⁰ İstanbul Kadı Sicilleri, c.11, s.51.

İstidâne izninin genellikle vakfın tamire muhtaç olması sebebiyle verildiği görülmektedir. Vakfın asli çalışanları için borçlanmak mümkündür. Yine zaruri görülen ihtiyaçlar için borçlanılabileceği kabul edilmiştir.³¹ Vakıf mallarının kiraya verilerek işletilmesi ve bu yolla gelir elde edilmesi mümkünse istidâne caiz görülmemiştir.³² Kararlarda borçlanma miktarına yer verildiği de olmuştur.³³ Bazı kararlar ise alınan borcun ödendiğine ilişkindir.³⁴

Mütevelli, vakıf malların tamiri için, hâkim kararı olmadan istidâne ederse borçtan sorumludur. Ancak mütevelli, vakfa rücu etme saikiyle, kendi malından yaptığı harcamaları rücu edebilir. Mütevelli ölmüşse mirasçılarının da rücu hakkı vardır.³⁵ Vakıf mülkiyeti ve özel mülkiyet arasında ortak bir evin tamiri, vakfa zarar vermiyorsa, mütevelli tamire zorlanamaz. Ancak vakfa zararlı ise mütevelli tamire zorlanır. Vakfın parası olmasa da istidâne yoluyla tamir ettirilir.³⁶

Mütevelli, hademeler ve vakıftan yararlananlar için istidâne edemez. Ancak imam, hatip, müezzin gibi vakıf çalışanlarına ödemek için istidâne edebilir.³⁷ Vakıftan yararlananlar için istidâne eden mütevelli, borcu kendi malından öder. Hakim kararı ve vakfa rücu şartıyla, kendi malından yararlananlar için harcama yapan mütevelli ise harcamasını vakfa rücu edebilir.³⁸ Fetvada, vakıf

³¹ Vakfın yardımcı çalışanları için istidâne izni yoktur. İmam, hatip, müezzin gibi asli çalışanlar için borçlanma izni verilmiştir. Hasır ve yağ gibi vakfın zaruri ihtiyaçları için de borçlanılabılır. İbn Abidin, 1983, c.9, s.373.

³² Ali Haydar. (1240). Tertibü'sSunuf fi Ahkami'l Vukuf, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul, s.589-590; Akgündüz, A. (1994). İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, OSAV Yayınları, İstanbul, s.385.

³³ İstanbul Kadı Sicilleri, c.11, s.266.

³⁴ İstanbul Kadı Sicilleri, c.12, s.104.

³⁵ Akgündüz, 1994, s.386. Mütevellinin, vakıf için kendi malından harcama yapması istidâne sayılmaz. Mütevelli, geri almak şartıyla harcama yaptığını ispat ederek, harcamalarını geri alabilir. İbn Abidin, 1983, c.9, s.374; Bilmen, 1969, c.5, s.56.

³⁶ Bilmen, 1970, c.7, s.163.

³⁷ Vakıf çalışanları için alınan borç zaruri ihtiyaç olarak görülmüştür. İbn Abidin, 1983, c.9, s.373; Bilmen, 1969, c.5, s.55-56.

³⁸ Ömer Hilmi. (ty). İthaf-ül Ahlaf fi Akham-il Evkaf, İkbâl Matbaacılık, Ankara, s.98; Ali Haydar, 1240, s.589-590.

görevlilerinin ücretleri için kendi malından harcama yapan mütevellinin, vakfın gallesine rücu edebileceği belirtilmiştir.³⁹

c) Mütevellinin istidâne şartları

Bir vakıf adına istidâne etmek caiz görülmemiştir. Ancak vakfın maslahatı için istidâne etmeye ihtiyaç olması bu hükmün istisnasıdır.⁴⁰ Mütevellinin ihtiyaç halinde, vakıf adına borçlanabilmesi için, vakıf kuran kişinin buna izin vermiş olması gerekir. Vakıf kuran izin vermiş değilse, müteveli, mahkeme kararı ile de istidâne edebilir.⁴¹ Günümüzde vakıf senedine, vakıf yönetim kurulunun, vakfın amacını gerçekleştirmek amacıyla borçlanabileceğine ilişkin bir hüküm konulmuşsa, vakıf yönetim kurulu, vakıf adına borçlanabilir. Çünkü vakıf yönetim kurulu, vakfi temsil eden organdır ve vakıf senedinde belirlenen ilkeler ışığında, vakfın faaliyetlerini gerçekleştirmek için gerekli kararları almak ve bunların yürütülmesini sağlamak, görevleri arasındadır.⁴²

Zaruret halinde mütevellinin, hâkim kararı olmadan da istidâne edebileceğini ileri sürenler de vardır.⁴³ Ancak çoğunluğun kabul ettiği görüş, mütevellinin hâkim kararıyla istidâne edebileceği şeklindedir.⁴⁴ Mütevellinin hâkim izni olmadan istidâne etmesi durumunda, bu borç bağış sayılır. Bu sebeple mütevel-

³⁹ Behcetü'l-Fetava (2011). Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Haz. Süleyman Kaya vdi, Klasik Yayınları, İstanbul, 1305, s.239.

⁴⁰ İbn Abidin, 1983, c.9, s.370; Ömer Hilmi, ty, s.98; Ali Haydar, 1240, s.588; Bilmen, 1969, c.5, s.55; Akgündüz, 1994, s.385.

⁴¹ Mahkemenin uzak olması durumunda, mütevellinin kendi iradesi ile borçlanabileceği kabul edilmiştir. İbn Abidin, 1983, c.9, s.373; Ömer Hilmi, ty, s.98; Bilmen, 1969, c.5, s.55; Aydın, 2001, s.322; Ekinci, E. B. (2014). Osmanlı Hukuku, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, s.416-417; Öztürk, N. (2006). Müteveli, DİA, TDV Yayınları, İstanbul, c.32, s.219.

⁴² Ayan-Ayan, 2016, s.283; Oğuzman- Seliçi- Oktay Özdemir, 2016, s.403; Dural-Öğüz, 2016, s.362.

⁴³ “Eğer hâkimin bulunduğu yer müteveliye uzak olursa, müteveli kendisi istidâne eder.” İbn Abidin, 1983, c.9, s.370. Hanbeliler, vakfın maslahatı için mütevellinin, hâkim izni olmadan istidâne edebileceği görüşündedir. Çünkü müteveli güvenilir ve mutlak tasarruf sahibi kimsedir. Bilmen, 1969, c.5, s.56-57.

⁴⁴ Hâkimler, Müslümanların menfaati konusunda genel vekalet sahibidir. Bu sebeple vakfın borçlanmasına karar verebilir. Bu görüş Ebu'l Leys'in görüşü olarak aktarılmıştır. İbn Abidin, 1983, c.9, s.373.

linin hâkim izni olduğunu ispat etmesi gerekir.⁴⁵ Günümüz hukukunda, vakıf senedinde borçlanmaya ilişkin hüküm olmasa da vakfın amaç ve hizmet konusu çerçevesinde, vakıf yönetim kurulu, vakıf adına borçlanabilir.⁴⁶ Çünkü genel anlamda tüzel kişiler, faaliyet alanları ve amaçları çerçevesinde her türlü hukuki işlemi, organları aracılığıyla yerine getirmektedir.⁴⁷

d) Mütevellinin istidâne şekli

Vakıf adına istidâne, borç para almak veya veresiye mal almak şeklinde iki yolla yapılabilir.⁴⁸ Vakıf adına istidâne ederken, faizsiz borç almak mümkünse, bu yol tercih edilir. Bu mümkün değilse, hâkimin emriyle ve muamele-i şeriyye ile istidâne edilir. Müteveli vakfın gelecekteki kazancından bu borcu öder.⁴⁹ Bir fetvada, vakıf malın tamiri için parası olmayan vakfın mütevellisi, faizsiz istidâne imkânı olmadığından, hâkim kararıyla ona on bir buçuk ribhle istidâne etse, borcu vakfa rücu edebilir denmiştir.⁵⁰ İbn Abidin'in aktardığı bir fetvada, mütevellinin bir malı veresiye olarak değerinin üzerinde alması, daha sonra peşin olarak değerine satması caiz ve meşru kabul edilmiştir.⁵¹

⁴⁵ İbn Abidin, 1983, c.9, s.373. Hanbeli hukukçulara göre müteveli, hâkim izni olmadan vakıf yararına istidâne edebilir. Çünkü müteveli, güvenilir ve mutlak tasarruf sahibi bir kimse kabul edilir. Bilmen, 1969, c.5, s.57.

⁴⁶ Ballar, 2010, s.135.

⁴⁷ Ayan- Ayan, 2016, s.207. Türk Medeni Kanunu madde 50: "Tüzel kişilerin iradesi organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar..."

⁴⁸ Ömer Hilmi, ty, s.97; Akgündüz, 1994, s.385.

⁴⁹ Ömer Hilmi, ty, s.98; Bilmen, 1969, c.5, s.56.

⁵⁰ Tamire muhtaç vakfın galesi olmasa ve ribhsiz borç almak mümkün olmasa, müteveli hâkim kararı ile istidâne etse, aldığı parayı tamire harcarsa, müteveli borcu ve ribhini vakfın galesine rücu edebilir. Behcetü'l-Fetava, 1304, s.254.

⁵¹ İbn Abidin, 1983, c.9, s.370.

4. Nafaka borcunda istidâne

a) Genel olarak

Nafaka, kişinin ailesine harcadığı şeylerdir. Hukuken kapsamı yiyecek, giyecek ve meskenden ibarettir.⁵² Evlilik nafakası ve hısımlık nafakası şeklinde iki temel şekli vardır. Çalışamayacak durumdaki çocuklar, her yaşta kız çocuklar, anne ve babalar nafaka hakkına sahiptir.⁵³ Nafaka, Osmanlı hukukunda da yükümlülerine hukuki sorumluluk getiren bir kurum olmuştur.⁵⁴ Bu hukuki sorumluluğun sonuçlarından biri de istidâne kurumudur. Nafakanın her iki türünde de nafaka alacaklılarına istidâne izni verildiği görülmektedir. Evlilik nafakasında eşin, hısımlık nafakası içinde de çocukların nafakalarının istidâne yoluyla güvence altına alındığı söylenebilir.

Günümüzde daha çok boşanma sonrası başvurulanan bir kurum olarak algılansa da İslam Osmanlı hukukunda nafaka, asıl olarak evlilik birliği sürecindeki temel ihtiyaçları kapsamaktadır. İslam hukukunda nafakayı karşılama görevi kocaya verilmiştir.⁵⁵

Nafaka borcunda istidâne izni, nafakanın herhangi bir sebeple karşılanmaması durumunda söz konusu olmaktadır. Bu durum daha çok evlilik birliği içinde meydana gelir. Kocasından nafakası karşılanmayan kadın, kocasına borçlanabilir.⁵⁶ Evlilik birliği içinde kocanın nafakayı karşılamaktan aciz

⁵² HAK, m.1, m.10, m.11.

⁵³ İbn Abidin, 1983, c.7, s.351.

⁵⁴ Aykanat, 2016, s.130-131.

⁵⁵ Kuduri. (1314). Kuduri-i Şerif, Osmanlı Türkçesine Çeviren: Emin Fehim Paşa, Matbaa-i Osmaniyye, Dersaadet, s.218; Yaman, A. (2016). İslam Aile Hukuku, İFAV Yayınları, İstanbul, s.64. Günümüz hukuku açısından evlilik birliği içerisinde, eşlerden birinin diğerine karşı nafaka yükümlülüğü, kanunen yoktur. Evlilik birliği içinde dayanışma ve yardımcı olma, giderlere katılma gibi yükümlülükler söz konusudur. Öztan, B. (2015). Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, s.199; Akıntürk- Ateş, 2011, s.113-114; Dural, M.- Ögüz, T.- Gümüş, A. (2016). Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.160.

⁵⁶ Medeni Kanunumuz, eşlerden her birinin, sürekli ihtiyaçlar bakımından temsil yetkisi olduğunu kabul etmiştir. TMK, m.188. Eşler, ihtiyaçların karşılanması için üçüncü kişilerle huku-

olması veya kocanın gaip veya mefkud⁵⁷ olması hallerinde istidâne söz konusudur. Kocanın nafaka yükümlülüğünün devam ettiği iddet sürecinde de kadın, kocası adına istidâne edebilir.⁵⁸Kadın dışındaki nafaka alacaklıları da nafakalarının karşılanmaması durumunda, istidâne izni alarak, belirlenmiş olan nafakalarını karşılayabilirler.

Zevcelelerin nafakaları, belirlendiği anda borç mahiyetini alır, fiilen istidâne gerekmez. Başkalarının nafakaları ise belirlenmekle borç olmaz, bilfiil istidâne şart görülmüştür.⁵⁹Nafaka, tarafların anlaşması ile veya hâkim kararıyla belirlendikten sonra kesinleşir. Bundan sonra kadın, kendi malından harcama yapsa da nafaka miktarını talep edebilir.⁶⁰

İstidâne, Hukuk-ı Aile Kararnamesinin 96. maddesinde de ifade edildiği gibi talep gününden itibaren hak verir. Kadının bir şekilde karşılamış olduğu geçmiş dönem nafakaları ise düşer. Geçmişe ilişkin nafakanın alınabilmesi için bu nafakanın karı koca arasında veya hâkim tarafından belirlenmiş fakat ödenmemiş olması gereklidir.⁶¹Mahkeme kararı olmaksızın, kocadan bir ayı geçen nafaka borcunun istenmesi mümkün değildir. Mahkemenin kararı ile nafaka

ki işlemler yapabilir. Hatemi H.- Kalkan Oğuztürk, B. (2014). Aile Hukuku Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.86; Akıntürk- Ateş, 2011, s.126; Dural- Ögüz- Gümüş, 2016, s.172; Öztan, 2015, s.256.

⁵⁷ Hâkim, mefkudun malından karısının, usulünün ve fûruunun nafakalarını verebilir. Bunun dışında nafaka veremez. E. M. (2008). Ed. M. Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, c.11, s.61-62; İbn Abidin, 1983, c.9, s.156-157; Ebu Hanife'ye göre hâkim, mefkudun yokluğunda aleyhine karar veremez. Serahsi, 2008, c.5, s.289; Züfer, mefkudun yokluğunda aleyhine karar verilemeyeceğini, ancak nafaka konusunda, kadına merhamet sebebiyle aleyhine karar verilebileceğini ifade etmiştir. Molla Hüsrev. (1292). Gurer ve Dürer, Osmanlı Türkçesine Çeviren: Süleyman b. Veli, Matbaa-i Amire, İstanbul, c.1, s.301; c.1, s.433-434.

⁵⁸ Bilmen, 1968, c.2, s.467; Aydın, 2001, s.322.

⁵⁹ Bilmen, 1968, c.2, s.447.

⁶⁰ Bilmen, 1968, c.2, s.458.

⁶¹ Kuduri, 1314, s.220; Nafaka borcunun doğması için hakim hükmü veya eşler arasında anlaşmanın aranması Hanefi görüşüdür. Şafii görüşüne göre nikah akdi ile nafaka borcu doğmuş olur. Serahsi, 2008, c.5, s.288-289.

borcu, zimmette sabit bir borç haline gelir. Ancak ödeme veya ibra sonucunda düşer.⁶²

Mahkeme kararı ile yapılan borçlanmanın sorumlusu kocadır. Alacaklılar bu borçtan dolayı kadına karşı bir talep ve dava hakkına sahip değildir. Kadın ödediği miktarı kocasına rücu edebilir.⁶³ Kadın, hâkim kararı olmadan borç alırsa, bu borçları kendisi ödemek zorundadır. Bu durumda alacaklılar sadece kadına müracaat edebilirler. Kadın da kocasının ölümü durumunda, onun mirasçılara rücu edemez.⁶⁴ Kocanın nafaka yükümlülüğünü yerine getirememesi durumunda, kadın istidâne ederken kocası adına borçlandığını söylese, alacaklı kadına veya kocasına başvurabilir. Söylemez ise alacaklı sadece kadına başvurabilir. Kadın kocasına rücu edebilir. Kadın kocası adına borç aldığını söylemez ama bu niyetle alırsa, kocanın reddetmesi durumunda ispat yükü kadına düşer.⁶⁵ Benzer bir fetvada, zevce istidâne izni almış ve istidâne ile bir süre geçinmiştir. Zevce vefat ettikten sonra kocası dönmüş ve mirasçılar nafakayı istemiştir. Koca kendisi üzerine istidâne edildiğini reddetmiştir. Söz kocanın denilmiştir.⁶⁶

Kadının, kocası adına istidâne edebilmesi için, mahkemenin nafaka miktarını belirlemesi gerekir. Hanefiler dışındaki hukukçular, mahkeme kararına gerek olmadan, kadının borçlanabileceği görüşündedir.⁶⁷ İstidâne izni alan zevce, ihtiyaçlarını çeşitli şekillerde karşılayabilir. Bilmen, zevce için dört seçenek saymıştır. Birincisi zevce ihtiyaçlarını veresiye alabilir. İkincisi nafakasına ait meblağı borç olarak alır. Üçüncüsü para kazanma yolunu tercih edebilir.

⁶² Aydın, 2001, s.322.

⁶³ Aydın, 2001, s.322.

⁶⁴ Serahsi, 2008, c.5, s.289.

⁶⁵ Bilmen, 1968, c.2, s.464.

⁶⁶ Behcetü'l-Fetava, 694, s.133.

⁶⁷ Aydın, 2001, s.322.

Dördüncüsü ise dilencilik yapabilir. Bunları hâkim kararıyla kocası üzerine borç olarak tespit edebilir.⁶⁸

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 96. ve 97. maddelerinde istidâneye yer verdikten sonra 98. maddede, istidâne izni olan kadının, bu borcu kimlerden isteyeceğini düzenlemiştir. Buna göre kocası olmadığı zaman nafaka yükümlüleri kimse, onlardan borç alması gerekir. Bu durumda bu kişilerin sadece kocadan talep hakkı olur. Kadının yabancılardan istidâne etmesi durumunda ise, bu kişiler, isterse kadından, isterse kocasından talepte bulunabilir.⁶⁹

b) Kocanın nafakayı karşılamaktan aciz olması

Kocanın nafakayı karşılamaktan aciz olması durumunda, boşanma veya nafakanın çeşitli yollarla karşılanması şeklinde görüşler ortaya atılmıştır. Nafakanın ödenmemesi Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçuları tarafından boşanma sebepleri arasında görülmektedir. Hanefiler ise nafaka borcunu boşanma sebebi olarak görmemiştir. Boşanma yerine, kadının nafakasını istidâne yoluyla temin etmesini tercih etmişlerdir.⁷⁰ Kocanın çalışamayacak durumda olması ve maddi durumunun iyi olmaması hallerinde, kadının, evlenmeden önceki nafaka yükümlülerine başvurabileceği belirtilmiştir.⁷¹

İstidâne hakkı, ihtiyaç duyulan şeylerin satın alınması olarak ifade edilmiştir.⁷² Bu ifade Hukuk-ı Aile Kararnamesi 98. maddede düzenlenen, istidâne için kocadan sonraki nafaka yükümlülerine başvurulması hükmü ile

⁶⁸ Bilmen, 1968, c.2, s.467.

⁶⁹ HAK, m. 98.

⁷⁰ Kuduri, 1314, s.220; Molla Hüsrev, 1292, c.1, s.299; Aydın, M. A. (1986). Osmanlı Hukukunda Kazai Boşanma Tefrik, Osmanlı Araştırmaları, 5 (5), s.2-3.

⁷¹ İbn Abidin, 1983, c.7, s.326-327.

⁷² Serahsi, c.5, s.286; Molla Hüsrev, hâkimin gaip kocası adına borç almasını, yiyecek alması olarak daraltmıştır. Kocası yokken asgari ihtiyaçlarını karşılar, kocası gelince fazlasını talep edebilir demiştir. Molla Hüsrev, 1292, c.1, s.299.

tam örtüşmemektedir. Kararname hükmünden istidânenin nakit olarak da yapılabileceği anlaşılmaktadır.⁷³

Günümüzde sürekli nitelikteki ihtiyaçlar⁷⁴ açısından her bir eş borçlandırıcı-tasarruf işlemlerini tek başına gerçekleştirebilir. Ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan giderler⁷⁵ açısından, kural olarak Türk Medeni Kanunu, eşlerden her birine bağımsız temsil yetkisi tanımamış, eşlerin birlikte hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁶ Diğer ihtiyaçlar için hakimin yetkili kılması gereklidir. Gecikmede sakınca bulunan hallerde eşlerden biri tek başına işlem yapabilir.⁷⁷

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 96. Maddesinde kocanın aczi halinde istidâne düzenlenmiştir. Buna göre kocanın nafakayı karşılamaktan aciz olması durumunda, kadının talebi üzerine hâkim, talep gününden itibaren nafakayı belirler. Koca adına istidâne etmesi için kadına izin verir.⁷⁸

c) Kocanın nafaka bırakmadan terk etmesi

İbn Abidin, kocanın karısını nafakasız bırakarak kaybolmasının, kendi dönemlerinde sıklıkla meydana geldiğini ifade etmiştir.⁷⁹ Bu sebeple kocanın

⁷³ Günümüz hukukunda nafaka, para olarak ödenmektedir. Bu paranın toptan veya irat şeklinde ödenmesi mümkündür. TMK, m.176/1/2.

⁷⁴ Sürekli ihtiyaçlar ailenin sosyo ekonomik durumu ve yerel adetlere göre belirlenir. Akıntürk-Ateş, 2011, s.127; Hatemi- Kalkan, Oğuztürk, 2014, s.87; Öztan, 2015, s.268; Dural- Öğüz- Gümüş, 2016, s.173-174. Yiyecek, içecek, giyecek ve yakacak maddeleri, evin ve çamaşırların temizlenmesi için temizlik araç ve gereçleri, öğrenimlerini sürdüren çocuklar için gerekli kitap, defter ve diğer eğitim araç ve gereçleri, zorunlu küçük onarımlar, muayene ve ilaç harcamaları, doktrinde sürekli nitelikteki ihtiyaçlardan sayılmaktadır. Akıntürk- Ateş, 2011, s.127.

⁷⁵ Bir ev kiralınması, eve piyano, müzik seti, derin dondurucu, bulaşık makinası satın alınması, çocuğun özel okula yatılı olarak kayıt ettirilmesi, otomobil, yazlık ev satın alınması gibi önemli ihtiyaçlar bu giderlere örnek gösterilebilir. Akıntürk- Ateş, 2011, s.127.

⁷⁶ Akıntürk- Ateş, 2011, s.128; Dural- Öğüz- Gümüş, 2016, s.175; Öztan, 2015, s.271.

⁷⁷ TMK, m.188; Öztan, 2015, s.274-275-276; Ateş- Akıntürk,2011, s.129; Dural- Öğüz- Gümüş, 2016, s.175.

⁷⁸ "Zevc zevcesini infaktan aciz kalıp da zevce nafaka talep ederse, hâkim zevc zimmetinde deyn olmak üzere yevm-i talepten itibaren nafaka takdir eder. Ve zevç namına istidâne etmesi için zevceye izin verir." HAK, m.96.

⁷⁹ İbn Abidin, 1983, c.7, s.357.

nafaka bırakmadan terk etmesi durumu, Osmanlı uygulamasında önem arz eden bir durumdur.

Hukuk-ı Aile Kararnamesinde konuya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Kararnamenin 97. maddesi, kocanın gaip veya mefkud olması halinde, istidâne hakkını düzenlemiştir. Kararnameye göre hâkim, kadının talep ettiği günden itibaren nafaka takdir eder ve istidâne etmesi için kadına izin verir.⁸⁰Bu düzenleme Osmanlı uygulamasının kanunlaştırılmış halidir. Mahkeme kararlarında bu hükmün örnekleri vardır. Kocası gaip olan kadına, hâkimin başvuru gününden itibaren nafaka takdir ettiği ve istidâne izni verdiği görülmektedir.⁸¹ Kocaları gaip olan zimmi kadınlara da nafaka takdir edilmiş ve istidâne izni verilmiştir.⁸²

Kırım'a ait bir mahkeme kaydında, kocası nafaka bırakmamış ve gaip olan kadının başvurusu üzerine, kadı istidâne izni vermiştir.⁸³Kocası nafaka bırakmadan başka bir şehre giden kadının talebi üzerine, mahkemenin nafaka takdir ettiği ve istidâne izni verdiği görülmektedir.⁸⁴Kocanın evinde, emanet bıraktığı kişide veya alacaklı olduğu kişide nafaka cinsinden mallar bulunması da hâkimin nafaka takdirine engel değildir.⁸⁵

Hâkim kocanın gıyabında istidâne izni vereceği için kadının yemin etmesini ister. Zevce, kocasının nafaka bırakmadığına, naşize olmadığına ve iddetin bitmemiş olduğuna dair yemin eder.⁸⁶Bir fetvada başka diyara giden kişiye gelen aracı, karısının nafaka için istidâne ettiğini ve kendisine vekâlet

⁸⁰ HAK, m.97.

⁸¹ "...zeyilde yer alan tarihten itibaren yevmi iki akçe farz ve takdir etti..." İstanbul Kadı Sicilleri, c.6, s.67. "...tarih-i kitabdan itibaren." İstanbul Kadı Sicilleri, c.8, s.114.

⁸² Sicilde nafaka takdir edilen kadının Nasrani olduğundan bahsedilmiştir. İstanbul Kadı Sicilleri, c.15, s.141.

⁸³ Belge tarihi 8 Şevval 1108, nr. 35, vr.70b. Cihan, A.- Yılmaz F. (2004). Kırım Kadı Sicilleri, İslam Araştırmaları Dergisi, S.11, s.160.

⁸⁴ Tekalmaz, U. (2010). 2/351 Numaralı İstanbul Bab Mahkemesi Sicilinin Transkripsiyon ve Değerlendirmesi (H.1231-1232 / M.1816-1817), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Afyonkarahisar, s.65.

⁸⁵ Bilmen, 1968, c.2, s.467.

⁸⁶ Bilmen, 1968, c.2, s.467.

verdiğini söylemiştir. Koca da karısının inkâr etmesi durumunda, geri ödemesi şartıyla, istidâne meblağını vekile vermiştir. Kadının vekâleti inkâr etmesi üzerine o kişi, ben meblağı istidâne edilen kişilere dağıttım demiştir. Fetvada bu kişinin aldığı meblağı tazmin edeceği belirtilmiştir.⁸⁷

Hâkimin, kadına nafaka takdir etmesi için kocanın ne kadar uzağa gittiğinin önemi yoktur. Aynı şehirde saklansa bile, gaip ise nafaka gerekir.⁸⁸ Şafiilere göre kocanın nerede olduğu biliniyorsa, zevcenin talebi üzerine hâkim çağrı yapar. Makul süre içinde koca gelmezse, nafaka takdir edilir. Kocanın malı varsa oradan karşılanır. Yoksa zevceye istidâne izni verilir.⁸⁹

Ebusuud Efendi, henüz kocası ile birlikte yaşamaya başlamamış, ailesinin yanında kalan kadının talebi üzerine, kocanın ihmali söz konusu ise nafaka verileceğini belirtmiştir. Hâkimin de istidâne izni verebileceğini ifade etmiştir.⁹⁰ Çünkü kadın yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmadıkça, nafakaya hak kazanır.⁹¹ Koca zifaktan önce başka diyara gidip, zevce bu sürede istidâne izni alıp, istidâne ile geçinse; koca dönünce zevcesini boşayıp zifaf olmadı diye ödemedi kaçınsa, zevce zifaktan kaçınmadığı için nafaka-i müstedaneye hak kazanır.⁹² Zevcenin herhangi bir kusuru olmadığı için nafakaya hak kazanmıştır.

Ebusuud Efendi, evlilik birliği içinde başka yere gitmiş kocanın, ödemeyi kabul ettiği nafakadan daha düşük meblağ göndermesi durumunda, kadının kalan

⁸⁷ Neticetü'l-Fetava. (2014). Der. es-Seyyid Ahmed Efendi, es-Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedusi, Haz. Süleyman Kaya vdi, Klasik Yayınları, İstanbul, 1202, s.257-258.

⁸⁸ İbn Abidin, 1983, c.7, s.351.

⁸⁹ Bilmen, 1968, c.2, s.470.

⁹⁰ Düzdağ, 1983, 138, s.53.

⁹¹ Bilmen, 1969, c.2, s.458.

⁹² Behcetü'l-Fetava, 678, s.131.

meblağı isteyebileceğini kabul etmiştir. Kocanın ölmesi veya boşaması durumunda ise kalan meblağı, ancak istidâne kararı varsa alabilir demiştir.⁹³

Kocası başka yere giden zevce, kadından nafaka takdir ettirmiş ve istidâne izni almıştır. Bir süre istidâne ile geçinmiştir. Kocası dönünce kadını boşamıştır. Bu durumda kadının nafaka-i müstedaneyi alacağı şeklinde fetva verilmiştir.⁹⁴ Zevce istidâne iznine rağmen kendi malı ile geçinse, kocası boşadıktan sonra nafaka alacağı düşer.⁹⁵ Kocası başka yere giden zevce, kadından nafaka takdir ettirmiş ve istidâne izni almıştır. Ancak, istidâne etmemiştir. Kocası dönüp vefat ettikten sonra harcadığı parayı alamayacağı yönünde fetva verilmiştir.⁹⁶

Kocası başka yere giden zevce, kadından nafaka takdir ettirmiş ve istidâne izni almış, istidâne ile geçinmiştir. Zevce nafaka-i müstedaneyi almadan ölür ise mirasçılarının hisselerini alabileceği belirtilmiştir.⁹⁷ Kadın, istidâne iznine rağmen, istidâne ile geçinmediyse, mirasçılarının nafakayı alamayacakları yönünde fetva vardır.⁹⁸

d) Boşanan kadının iddet döneminde nafakası

İddet, evlilik sona erdikten sonra, eşlerin belli bir süre, başkası ile evlenmeden beklemeledir.⁹⁹ Nafaka yükümlülüğü altında bulunan koca, iddetdöneminde kadının nafakasını karşılamak durumundadır. Mahkemeler

⁹³ Düzdağ, M. E. (1983). Ebussuud Efendi Fetvaları, Enderun Kitabevi, İstanbul, 151, s.55. Nafaka alacaklısı ya da nafaka yükümlüsünün ölümü halinde, irat şeklinde ödenmesine karar verilen yoksulluk nafakası sona erer. Öztan, 2015, s.852; Dural- Öğüz- Gümüş, 2016, s.152; Akıntürk- Ateş, 2011, s.309.

⁹⁴ Ceride-i İlmiyye Fetvaları (2009). Haz. İsmail Cebeci, Klasik Yayınları, İstanbul, 1069, s.185.

⁹⁵ Behcetü'l-Fetava, 693, s.133; Fetava-yı Feyziye, 636, s.92.

⁹⁶ Ceride-i İlmiyye, 1068, s.185.

⁹⁷ Ceride-i İlmiyye, 1070, s.186.

⁹⁸ Fetava-yı Feyziye, 637, s.92-93.

⁹⁹ İddet süresi, evliliğin sona erme sebebine ve kadının durumuna göre farklılaşmaktadır. Evliliğin ölüm sebebiyle sona ermesi, kadının hayız görmemesi, hamile olması gibi haller sebebiyle iddet türleri ortaya çıkmıştır. Erdoğan, 2010, s.229-230.

de bu yönde kararlar vermişlerdir. Boşanan kadın için de mahkemenin, başvuru tarihinden itibaren nafaka takdir ettiği ve istidâne izni verdiği görülmektedir.¹⁰⁰

Hâkim, iddet dönemi nafakasına ilişkin olarak kadına istidâne izni verebilir. Kemalpaşazade'nin ilgili fetvasında, kendisini boşayan kocası üzerine, mahkemeden nafaka takdir ettirip, istidâne izni alan kadının, iddet bitene kadar istidâne ettiği belirtilmiştir. Kadının istidâne ettiği meblağı almadan ölmesi durumunda, mirasçılarının bu miktarı kocasından alabileceklerine fetva verilmiştir.¹⁰¹

İddet dönemine ilişkin nafakanın taraflar arasında veya hakim kararıyla belirlenmiş olması gerekir. Nafakanın belirlenmiş olması durumunda kadın, iddet sona erdikten sonra da nafakayı alabilir.¹⁰² İddet süresi geçmiş ve nafaka belirlenmemiş ise nafaka borcunun devam edip etmediği ihtilafıdır. Hulvani, nafaka hakkının devam edeceğini, Serahsi ise düşeceğini savunmuştur.¹⁰³

İslam ve Osmanlı hukukunda hamilelik durumu özellik arz etmiştir. Boşanma sonrası hamile olduğunu iddia eden kadının iki yıl nafaka hakkı vardır. Bu iki yılın sonunda kadının hamile olmadığı anlaşılrsa bile kadından bir şey talep edilemez.¹⁰⁴ Hamile iken boşanan kadının talebi üzerine mahkeme, iddet ve hamileliği süresince nafaka takdir etmiş ve istidâne izni vermiştir.¹⁰⁵ Bir kararda

¹⁰⁰ İstanbul Kadı Sicilleri, c.6, s.240; c.12, s.213.

¹⁰¹ Kılıcer, M. E. (1973). Kemalpaşazade'nin Aile Hukuku İle İlgili Bazı Fetvaları, AÜİFD, Ankara, s.93. Günümüzde, irat şeklinde hükmolunan nafaka açısından, nafaka alacaklısının ölümü üzerine mirasçılarının iradın kendilerine ödenmesini istemeleri mümkün değildir. Ancak nafakanın toptan ödenmesine karar verilmiş, nafaka borcu ödenmeden nafaka alacaklısı ölmüşse, ilgili nafaka alacağının nafaka alacaklısının mirasçıları tarafından talep edilmesi mümkün olduğu gibi, eğer ölen kişi nafaka yükümlüsü ise; nafaka alacaklısı eşin nafaka alacağını, nafaka yükümlüsünün mirasçılarından da talep edebilmesi mümkündür. Kılıçoğlu, M. (2015). Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, s.175; Akıntürk- Ateş, 2011, s.309; Dural-Öğüz- Gümüş, 2016, s.153.

¹⁰² İbn Abidin, 1983, c.7, s.362. Eşlerin nafakası, eşlerin arasında anlaşma ile veya hâkimin kararı ile belirlenebilir. Bilmen, 1968, c.2, s.458.

¹⁰³ İbn Abidin, 1983, c.7, s.362.

¹⁰⁴ İbn Abidin, 1983, c.7, s.362.

¹⁰⁵ Tekalmaz, 2010, s.73, 112, 231; İstanbul Kadı Sicilleri, c.13, s.77.

iddet nafakasından feragat etmiş olan kadının, hamile olduğunu anlaması sonrası yaptığı başvuru üzerine, nafaka takdir edilmiş ve istidâne izni verilmiştir.¹⁰⁶

Günümüz hukukunda, boşanma sonrası yoksulluk nafakası uygulaması vardır. Yoksulluk nafakası, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eşin, kusuru diğer eşten daha fazla olmamak kaydı ile boşanma sonrası geçimini sağlayabilmesi için diğer eşten mali gücü oranında talep edebildiği bir nafaka türüdür.¹⁰⁷ Boşanma sonrasında yoksul duruma düşecek olan eşe, şartları var ise ödenmesi gereken yoksulluk nafakasının, borçlanma yolu ile temin edilmesine ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme ise bulunmamaktadır.

e) Zevce dışında nafakasız terk edilenler

İslam hukukunda ve Osmanlı uygulamasında, zevce dışında usul, fûru ve diğer akrabalar için de nafaka yükümlülüğü söz konusudur. Usule, fûrua ve diğer akrabalara da hâkim tarafından istidâne izni verilebilir. Bu durumda bu kişilerin de istidâne etmeleri mümkündür.¹⁰⁸

Kız evlatların ve küçük erkek evlatların, fakir olmaları durumunda, nafakalarını baba karşılar. Hâkim, annelerine ve baliğ kız evlatlarına istidâne yetkisi verebilir.¹⁰⁹ Annesi de babası da fakir olan çocuğun başka yakını da yoksa annesi hâkim kararıyla istidâne ederek babaya rücu edebilir.¹¹⁰ Nafaka ve istidâne kararı sonrası küçüğü iki yaşına kadar istidâne ile infak eden anne, ba-

¹⁰⁶ İstanbul Kadı Sicilleri, c.17, s.249.

¹⁰⁷ Akıntürk- Ateş, 2011, s.302; Dural- Öğüz- Gümüş, 2016, s.148; Öztan, 2015, s.832-833. Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz. TMK, m.175.

¹⁰⁸ Molla Hüsrev, 1292, c.1, s.302-303.

¹⁰⁹ Bilmen, 1968, c.2, s.495.

¹¹⁰ Bilmen, 1968, c.2, s.496.

badan bu miktarı alır.¹¹¹ Küçüğün nafakası ve istidâne için alınan karara karşın, küçüğün nafaka ihtiyacı karşılanmazsa da borç doğmaz.¹¹²

Mahkeme kararlarında çocukların nafakalarının istidâne ile karşılanmasına dair örnekler vardır. Boşanmış olan kadının başvurusu üzerine, iki kız çocuğuna nafaka takdir edilmiş ve istidâne izni verilmiştir. Kararlarda babaya rücu edilebileceği, baba gaip ise ulaşıldığında babadan tahsil edileceği karara bağlanmıştır. Nafaka miktarı da günlük akçe olarak belirtilmiştir.¹¹³

Bir mahkeme kararında, annenin, babası ölmüş olan çocuğa nafaka takdir ettirdiği ve istidâne izni aldığı, bu borcun çocuğa kalan mirastan karşılanacağı karara bağlanmıştır.¹¹⁴ Görüldüğü gibi mahkeme kararlarında istidâne izni verilip, alınan borcun mirastan karşılanması şeklinde kararlar vardır. Zimmi bir çocuk için de benzer bir karar verildiği görülmektedir.¹¹⁵

İstidâne izni küçüklerin bakımı ile ilgilenen kişilere verilmiştir. Bir kararda çocuğa ninesi baktığı için nineye istidâne izni verilmiştir.¹¹⁶ Çocuğun bakımı ve terbiyesi için bırakıldığı kadına da istidâne izni verildiği görülmektedir.¹¹⁷ Evlat edinenlere de istidâne izni verilmiş, ilerde çocuğu talep eden olursa, bu kişilere yaptıkları borçlanmayı rücu edebilecekleri karara bağlanmıştır.¹¹⁸

¹¹¹ Ceride-i İlmiyye, 1057, s.182.

¹¹² Ceride-i İlmiyye, 1038, s.180. Babası tarafından nafakasız bırakılan, evli olmayan bir kadın, hâkimden istidâne izni almış ancak istidâne etmeden kendi malıyla geçinmiştir. Babanın ölmesi durumunda kadının, istidâne ettiği miktarı terekeden alamayacağı belirtilmiştir. Ceride-i İlmiyye, 1108, s.191.

¹¹³ İstanbul Kadı Sicilleri, c.8, s.123; c.10, s.169; c.10, s.279.

¹¹⁴ İstanbul Kadı Sicilleri, c.5, s.77; c.8, s.110; c.8, s.203.

¹¹⁵ İstanbul Kadı Sicilleri, c.6, s.82.

¹¹⁶ İstanbul Kadı Sicilleri, c.8, s.105; c.16, s.123; Tekalmaz, 2010, s.56, 61. Bir başka kararda amcaya izin verildiği görülmektedir. İstanbul Kadı Sicilleri, c.16, s.919.

¹¹⁷ İstanbul Kadı Sicilleri, c.13, s.210; c.16, s.159. Benzer karar için bkz. Tekin, 2016, s.420. Bu konuda fetvalar için bkz. Behcetü'l-Fetava, 720, s.137; Fetava-yı Feyziye, 634, s.92.

¹¹⁸ İstanbul Kadı Sicilleri, c.16, s.710; c.16, s.914; c.17, s.458; c.31, s.536.

Mahkemeden istidâne izni alanlar, istidâne yoluyla borçlandıkları miktarları, adına borçlandıkları kişilere rücu etmişlerdir. İstidâne yoluyla küçük kızının nafakasını karşılayan bir kadın, gaip kocası döndüğünde, harcamış olduğu meblağı kocasından talep etmiştir.¹¹⁹ Anne evlense de küçüğü istidâne ile infak etmeye devam ederse, yine nafaka alabilmiştir.¹²⁰

Nafaka belirlenip, istidâne izni alınıp, istidâne edildikten sonra nafaka yükümlüsü ölürse, nafaka terekeden alınabilmiştir. Küçük için istidâne edildikten sonra babanın ölmesi durumunda nafakanın terekesinden alınabileceği belirtilmiştir.¹²¹ Küçük oğlu ve küçük kızı dışında kimsesi olmayan kadın, istidâne izni almış, onlara rücu etmek şartıyla istidâne ile geçinmiştir. Kadın nafakayı almadan küçükler ölürse, terekelerinden alabilir denmiştir.¹²²

İstidâne etmek için izin alınmasına rağmen istidâne edilmezse, harcanan miktarı almak mümkün değildir. Kişinin ölümü durumunda da terekesinden alınamayacağı fetvalarda ve kararlarda yer almıştır. Fetvada, başka diyardaki oğlu Amr dışında kimsesi olmayan Zeyd'in, kadıdan nafaka takdir etse ancak istidâne etmese, Amr'ın ölümünden sonra terekesinden nafaka olarak bir şey alamayacağı belirtilmiştir.¹²³ Zeyd, hacr ve terbiyesindeki üvey oğlu Amr için hâkimden istidâne izni alsa ancak istidâne etmese, Amr'ın malından nafaka alamaz denilmiştir.¹²⁴

Hısımlık nafakası sebebiyle mahkemeden istidâne kararı aldıktan sonra istidâne edilmez ise borç ortaya çıkmayacağına dair fetva verilmiştir.¹²⁵ Bir diğer fetvaya göre, istidâne kararından sonra, bunun ile geçinen kişi, yükümlü

¹¹⁹ İstanbul Kadı Sicilleri, c.16, s.859.

¹²⁰ Behcetü'l-Fetava, 721, s.137.

¹²¹ Fetava-yı Feyziye, 633, s.92; Neticetü'l-Fetava, 385, s.87; 388, s.87.

¹²² Behcetü'l-Fetava, 709, s.135.

¹²³ Fetava-yı Feyziye, 615, s.89; Neticetü'l-Fetava, 365, s.84.

¹²⁴ Fetava-yı Feyziye, 625, s.91.

¹²⁵ Ceride-i İlmiyye, 983, s.171; Küçüğün nafakasına ilişkin benzer karar için bkz. Ceride-i İlmiyye, 1026, 1027, 1029, s.177-178.

akrabadan, istidâne ettiği miktarı alabilir.¹²⁶ Bir mahkeme kararında hısımlık sebebiyle istidâne izni verildiği görülmektedir. Yaşlı ve güçsüz olan bir kadına, mahkeme istidâne izni vermiş ve oğluna rücu edebileceği kararı verilmiştir.¹²⁷

5. Diğer borçlanmalar

İstidâne teriminin borçlanma anlamında kullanıldığı pek çok kayıt vardır. Bir örnekte kişinin eytam sandığından borçlanması istidâne olarak geçmektedir. Eytam sandıklarından borç verilmesi idane, borç alma ise istidâne kelimeleleriyle ifade edilmiştir.¹²⁸ Eytam sandıklarından verilen borçlar, rehinler veya kefiller yoluyla teminat altına alınmak istenmiştir. Kayıtlarda, borç alanların rehin veya kefil gösterdikleri çok sayıda örnek vardır.¹²⁹

Nafaka mükellefi olabilecek zengin akrabası olmayan kimselerin nafakası devlete aittir. Fıkıh kitapları, devlet hazinesinin giderleri arasında, nafaka mükellefi olmayan ihtiyaç sahiplerinin nafakalarını da saymıştır.¹³⁰ Terk edilmiş bir çocuğu bulan ve sahiplenmiş kişi, nafaka belirlenmesi ve istidâne izni için kadiya başvurmuştur. Kadı, sosyal yardım aylığı verilmesini kararlaştırmış ve istidâne izni vermiştir.¹³¹

Bir mahkeme kararında, sahihsiz bulunan atın bakımı için nafaka takdir edilmiş ve sahibi çıktığında rücu edilmek üzere istidâne izni verilmiştir.¹³²

¹²⁶ Ceride-i İlmiyye, 996, s.173.

¹²⁷ İstanbul Kadı Sicilleri, c.13, s.175. Babanın oğlu üzerine nafaka takdir ettirip, istidâne izni aldığı bir başka karar için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c.31, s.517.

¹²⁸ Örnek için bkz. Mistanoglu, N. (2009). Kırşehir’de XIX. Yüzyılın Sonlarında Sosyo-Kültürel Bakımdan Ailenin Genel Özellikleri (1875-1900), SÜSBE Dergisi, c.21, s.358.

¹²⁹ Eytam sandıklarından istidâne örnekleri için bkz. Asoğlu, İ. (2014). 223 Numaralı Şanlıurfa ŞerhiyeSicili’nin Transkripsiyon ve Değerlendirmesi (H.1304-H.1334 /M.1887-M.1916), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Harran Üniversitesi SBE, Şanlıurfa, s.16, 25 vd.

¹³⁰ Karaman, 2009, c.1, s.406.

¹³¹ Bursa Kadı Sicili, 3097, s.16; Konya Kadı Sicili 39, s.24. Bulunan bir çocuğun nafakasını, hâkim izni olmadan karşılayan kişi, bağışta bulunmuş sayılır. Serahsi, 2008, c.10, s.372.

¹³² İstanbul Kadı Sicilleri, c.31, s.110.

III. SONUÇ

İstidâne kelimesi aslında deyn kelimesi ile aynı anlamı ifade etmektedir. Yani hem borç alma hem borç verme anlamına gelmektedir. Kelimenin literatürde daha çok borç alma anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır. İstidâne, her türlü borç alma işlemi karşılama ile birlikte, bu çalışmada, başkası adına borç alma konusu üzerinde durulmuştur.

İstidâne, başkası adına borçlanma anlamında ele alındığında, özellik arz eden üç durum vardır. Bunlar vasinin küçük veya kısıtlı adına, mütevellinin vakıf adına ve nafaka alacaklısının nafaka yükümlüsü adına borçlanmasıdır. Bu üç konu, temel fıkıh eserlerinde farklı başlıklar altında ele alınmıştır. Konulara ilişkin fetvalar ve mahkeme kayıtları da vardır. Gerek fetvalar, gerek mahkeme kayıtları dikkate alındığında en yaygın uygulamanın nafakaya ilişkin olduğu görülmektedir. Nafaka alacaklısının borçlanma izni almasına ilişkin hem fıkıh kitaplarında, hem fetva mecmualarında, hem de mahkeme kayıtlarında çok sayıda örnek vardır. Mütevellilerin borçlanma iznine ilişkin kaynaklar daha azdır. En az kaynak ise vasilerin borçlanma izinleri hakkındadır. Bu durum uygulamadaki sıklığı göstermesi açısından önemlidir.

Vasinin, küçük ve kısıtlı adına borçlanması hem lehe hem aleyhe olabilecek bir işlem olduğundan, hâkim kararına bağlıdır. Osmanlı uygulamasına ilişkin örnekler daha çok küçükler hakkındadır. Örneklerde küçüğün nafaka ihtiyacı sebebiyle borçlanma ihtiyacı söz konusu olmuştur. Vasilerin çoğunlukla yakın akrabalarından atandığı görülmektedir. Bu akrabalar, hâkim kararı ile borçlanma izni almışlardır. Vasinin borçlanması günümüzde de mahkeme iznine bağlanmıştır. Bu sebeple günümüz uygulamasının Osmanlı uygulaması ile benzer olduğu söylenebilir.

Mütevellinin vakıf adına borçlanması için vakfın parasının olmaması ve ihtiyacının olması gerekmiştir. Uygulamada bu ihtiyaç genellikle tamir ihtiyacı

olmuştur. Bu sebeple konuya ilişkin fetvalar ve mahkeme kayıtları daha çok vakfın tamiri başlıklarında yer almıştır. Mütevellinin istidâne edebilmesi, vakıf kuranın buna izin vermesi ile mümkündür. Vakıf kurucusu izin vermemişse hâkim izni şartı aranmıştır. Günümüzde vakıf adına borçlanma yetkisi yönetim kuruluna aittir. Osmanlı hukukunda olduğu gibi mahkemedan istidâne iznine gerek görülmemiştir. İşlemlerin denetlenmesinin her iki hukukta benzer olduğu söylenebilir.

İstidâne kurumunun en geniş şekilde uygulandığı alan nafakadır. İstidâne etmeye ilişkin en geniş bilgiler ve örnekler nafaka hususundadır. Nafaka alacaklıları, hâkimden istidâne izni almış ve nafaka yükümlüleri adına borçlanmışlardır. Özellikle evlilik birliği içinde ve iddet döneminde kadının nafaka alacağına ilişkin istidâne izni alması yaygın bir şekilde uygulanmıştır. Usul, fûru ve diğer akrabaların da gerektiğinde istidâne yoluyla nafakalarını temin ettikleri görülmektedir. Özellikle fûru denilen altsoyun nafakalarına ilişkin istidâne örnekleri çok sayıdadır.

İslam Osmanlı uygulamasındaki nafaka ile günümüz nafaka uygulaması arasında farklılıklar vardır. İstidâne ederek nafakanın temin edilmesi de bu farklılıklardan biridir. Günümüzde uygulanan tedbir, yoksulluk, iştirak ve yardım nafakalarında istidâne uygulaması yoktur.

İstidâne, borçlanma anlamında borçlar hukuku ile ilgilidir. Vesayet, vakıf ve nafaka konuları da medeni hukuk alanı altında incelenmektedir. İstidânenin günümüz kavramları ile ilişkileri ve benzerlikleri vardır. Temsil kurumu ile ilgisi olduğu görülmektedir. Bunun dışında vekâlet, başkasının fiilini taahhüt, borcun nakli gibi kurumlarla benzerlik ve farklılıkları üzerine çalışılabilir.

İstidâne kurumunun günümüz hukukuna uyarlanması mümkündür. Osmanlı hukukunda olduğu gibi nafaka hususunda uygulanabilir. Bu açıdan sosyal

güvenlikle de ilgili bir kurumdur. İstidâne icra hukuku ile bağlantılı olarak da yeniden yorumlanabilir. Bir kişinin başkası adına borçlanması, elbette sıkı şartlar altında olmalıdır. Osmanlı uygulamasında mahkeme izninin aranması, istidâne izninden doğabilecek uyuşmazlıkları azaltmıştır. Kurum bu şekilde yaygın bir kullanıma sahip olmuştur.

KAYNAKLAR

Akgündüz, A. (1994). İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, OSAV Yayınları, İstanbul.

Akıntürk, T.- Ateş, D. (2011). Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul.

Akıpek, J.- Akıntürk, T.- Ateş, D. (2016). Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükmeleri Kişiler Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul.

Akyol, Ş. (2009). Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Ali Haydar. (1240). Tertibü's Sunuf fi Ahkami'l Vukuf, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul.

Apaydın, H. Y. (1996). Hacir, DİA, TDV Yayınları, İstanbul.

Asoğlu, İ. (2014). 223 Numaralı Şanlıurfa Şeriyeye Sicili'nin Transkripsiyon ve Değerlendirmesi (H.1304-H.1334 /M.1887-M.1916), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Harran Üniversitesi SBE, Şanlıurfa.

Avcı, M. (2017). Türk Hukuk Tarihi, Atlas Yayınları, Konya.

- Avcı, M. Ö. (2006). Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıf Yönetim Organı, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Ayan, M. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ayan, N.- Ayan, M. (2016). Kişiler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Aydın, M. A. (1986). Osmanlı Hukukunda Kazai Boşanma Tefrik, Osmanlı Araştırmaları, 5 (5).
- Aydın, M. A. (1993). Çocuk, DİA, TDV Yayınları, İstanbul.
- Aydın, M. A. (2001). İstidâne, DİA, TDV Yayınları, İstanbul.
- Aykanat, M. (2016). Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukuku, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara.
- Ballar, S. (2010). Yeni Vakıflar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Bardakoğlu, A. (2013). Vesayet, DİA, TDV Yayınları, c.43, s.66-70, İstanbul.
- Behcetü'l-Fetava (2011). Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Haz. Süleyman Kaya vdi, Klasik Yayınları, İstanbul.
- Bildik, F. (2010). 1837-1840 Tarihlerinde Konya'nın Sosyal ve Ekonomik Durumu (83 Numaralı Konya Şer'iyye Siciline Göre), SÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya.
- Bilmen, Ö. N. (1967-70). Hukukî İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul.
- Bragg, J. K. (2014). Ottoman Notables and Participatory Politics Tanzimat Reform in Tokat 1839-1876, Routledge, London and New York.

Bursa Kadı Sicili, 3097.

Ceride-i İlmiyye Fetvaları (2009). Haz. İsmail Cebeci, Klasik Yayınları, İstanbul.

Cihan, A.- Yılmaz F. (2004). Kırım Kadı Sicilleri, İslam Araştırmaları Dergisi, S.11.

Cin, H.- Akgündüz, A. (1996). Türk Hukuk Tarihi, OSAV Yayınları, İstanbul.

Dağlı, M. (2008). Türk Medeni Hukukunda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya.

Dural, M.- Ögüz, T. (2016). Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Dural, M.- Ögüz, T.- Gümüş, A. (2016). Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Düzdağ, M. E. (1983). Ebussuud Efendi Fetvaları, Enderun Kitabevi, İstanbul.

Ekinci, E. B. (2014). Osmanlı Hukuku, Arı Sanat Yayınları, İstanbul.

Erdoğan, M. (2005). *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul.

Eren, F. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara.

Ertürk, F. (2010). Türk Hukukunda Vesayeti Gerektiren Haller, Vasi Tayini ve Vesayetin Sona Ermesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara.

Hatemi H.- Kalkan Oğuztürk, B. (2014). Aile Hukuku Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Helvacı, S.- Erlüle F. (2011). Medeni Hukuk, Legal Yayınevi, İstanbul.

Hukuk-1 Aile Kararnamesi.

İbn Abidin. (1983). Reddül Muhtar ale'dDürri'l Muhtar, Ter. Mehmet Savaş vdi, Şamil Yayıncılık, İstanbul.

İstanbul Kadı Sicilleri. www.kadısicilleri.org, E.T. 26.12.2017.

Karaman, H. (2007). Anahatlarıyla İslam Hukuku, Ensar Neşriyat, İstanbul.

Karaman, H. (2009). Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul.

Kayran, B. (2012). Türk Medeni Kanunu'nda Vesayet Hukuku, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya.

Kılıcer, M. E. (1973). Kemalpaşazade'nin Aile Hukuku İle İlgili Bazı Fetvaları, AÜİFD, Ankara.

Kılıçoğlu, M. (2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara.

Kılıçoğlu, M. (2015). Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.

Koç, N. (2005). "Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, Özel Sayı, 2005, s.99-120.

Konya Kadı Sicili 10. Haz. İzzet Sak, KBB Kültür AŞ Yayını, Konya.

Konya Kadı Sicili 39. Haz. İbrahim Solak- İzzet Sak, KBB Kültür AŞ Yayını, Konya.

Kuduri. (1314). Kuduri-i Şerif, Osmanlı Türkçesine Çeviren: Emin Fehim Paşa, Matbaa-i Osmaniyye, Dersaadet.

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye.

Mehmet Selahi. (1910). Kamus-ı Osmani.

Mistanoğlu, N. (2009). Kırşehir’de XIX. Yüzyılın Sonlarında Sosyo-Kültürel Bakımdan Ailenin Genel Özellikleri (1875-1900), SÜSBE Dergisi, c.21.

Molla Hüsrev. (1292). Gurer ve Dürer, Osmanlı Türkçesine Çeviren: Süleyman b. Veli, Matbaa-i Amire, İstanbul.

Neticetü’l-Fetava. (2014). Der. es-SeyyidAhmed Efendi, es-Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedusi, Haz. Süleyman Kaya vdi, Klasik Yayınları, İstanbul.

Oğuzman, K.- Öz, T. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Oğuzman, K.- Seliçi, Ö.- Oktay Özdemir, S. (2016). Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Ömer Hilmi. (ty). İthaf-ül Ahlaf fi Akham-il Evkaf, İkbal Matbaacılık, Ankara.

Öztan, B. (2015). Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.

Öztürk, N. (2006). Müteveli, DİA, TDV Yayınları, İstanbul.

Pakalın, M. Z. (1983). Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul.

Razi, F. (1988). Tefsir-i Kebir Mefatihü'lGayb, Ed. Ahmet Hikmet Ünalmiş, Akçağ Yayınları, Ankara.

Reisoğlu, S. (1999). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayın, İstanbul.

Serahsi, E. M. (2008). Ed. M. Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul.

Tekalmaz, U. (2010). 2/351 Numaralı İstanbul Bab Mahkemesi Sicilinin Transkripsiyon ve Değerlendirmesi (H.1231-1232 / M.1816-1817), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Afyonkarahisar.

Tekin, N. (2016). 228 Numaralı Urfa Şer'iyyeSicili'nin Transkripsiyon ve Değerlendirmesi, HÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Şanlıurfa.

Ülker, İ. (2017). Osmanlı Klasik Dönem Yargılama Hukukunda Yazılı Belge ve Kadıların Noterlik Görevi, Aybil Yayınları, Konya.

VonTuhr A. (1983). Borçlar Hukukun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, Olgaç Matbaası, Ankara.

Yaman, A. (2016). İslam Aile Hukuku, İFAV Yayınları, İstanbul.

Yıldırım, A. (2014). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara.

Yılmaz, E. (1996). Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara.

Zeydan, A. (1995). İslam Hukukuna Giriş, Ter. Ali Şafak, Kayıhan Yayınları, İstanbul.

Zuhayli, V. (1992). İslam Fıkhı Ansiklopedisi, Ter. Ahmet Efe vdi, Risale Yayınları, İstanbul

6763 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER IŞIĞINDA CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA UZLAŞTIRMA

*Dr. Öğr. Üyesi Meral EKİCİ ŞAHİN**
*Arş. Gör. Kürşat YEMENİCİ***

ÖZET

Uzlaştırma kurumu Türk Ceza Hukuku'na ilk olarak 5237 sayılı Kanun'un 73. maddesinin 8. fıkrasında yapılan düzenleme ile girmiştir. 6 Aralık 2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun ile TCK m. 73/8 yürürlükten kaldırılmış ve uzlaştırma usulünü düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253, 254 ve 255. maddelerinde değişiklikler yapılmıştır.

Son olarak, 2 Aralık 2016 tarih ve 29906 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren, 6763 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 34. ve 35. maddeleri ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253 ve 254. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Bunlardan bazıları; uzlaştırma kapsamındaki suçların sayılarının artırılması, takibi şikayete bağlı olan ve etkin pişmanlık hükümleri kapsamına giren suçların uzlaştırma kapsamına alınması ve suça sürüklenen çocuklar açısından

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, meralsahin@sakarya.edu.tr

** Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, kursatyemenici@sakarya.edu.tr

Makale Geliş Tarihi: 12.10.2017

Makale Kabul Tarihi: 01.03.2018

uzlaştırmanın kapsamının genişletilmesine ilişkindir. Bu çalışmada, 6763 sayılı kanun ile yapılan ve “uzlaştırma” kurumunu ilgilendiren değişiklikler değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Uzlaştırma, şikayet, uzlaştırmacı, uzlaştırma bürosu, uzlaştırma müzakeresi.

ABSTRACT

Conciliation in Turkish Criminal Law was initially regulated in Law numbered 5237 article 73/8. This regulation is abrogated by Law numbered 5560 dated December 6th, 2006; articles 253, 254 and 255 of Criminal Procedure Law are amended.

Finally, amendments on Code of Criminal Procedure no. 5271 art. 34 and 35 are issued by Law Regarding the Amendments on Code of Criminal Procedure no. 5271 and Miscellaneous Codes no.6763 entered into force by Official Gazette dated December 2nd 2016, no. 29906. With this amendment, crimes assessed within conciliation and the scope of crimes against children are extended. In this study, amendments on “conciliation” made by Law no.6763 are examined.

Keywords: Criminal conciliation, complaint, conciliatory, conciliation office, conciliation debates.

I. GENEL OLARAK

Uzlaştırma, ceza hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların adli makamların denetiminde ancak yargı dışı yollarla çözümünü amaçlayan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Anglo- Amerikan hukuk sisteminde ortaya çıkmış ve esas itibariyle bu sisteme özgü olan¹ uzlaştırma kurumu, zamanla Kıta Avrupası hukuk sistemlerini de etkilemiş ve Kıta Avrupası'nda uygulanmaya başlanmıştır. Bunun üzerine Avrupa Konseyi 1999 yılında uzlaştırma ile ilgili R (99)- 19 tavsiye kararını almıştır. Söz konusu tavsiye kararında uzlaştırma, mahkemelerin artan iş yükü karşısında geleneksel yargılama usullerine alternatif bir çözüm yolu olarak sunulmuştur².

Uzlaştırma kurumu Türk ceza hukukuna ilk defa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 73/8'de yapılan düzenleme ile girmiştir. Ancak bu hüküm 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5560 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "uzlaşma" başlığını taşıyan 253. maddesinde önemli değişiklikler yapılmıştır. 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 34. maddesi ile CMK m. 253'ün başlığı "uzlaştırma" olarak değiştirilmiş, ayrıca madde metninde yeniden düzenlenmiştir. 6763 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile de "mahkeme tarafından uzlaştırmayı" düzenleyen CMK m. 254'de önemli yenilikler yapılmıştır.

CMK'nın 253, 254 ve 255. maddelerinde uzlaştırmının usul ve esasları gösterilmiştir. CMK m. 253'te düzenlenmiş olan kurum, tarafsız bir uzlaştırmacının fail ile mağdur arasındaki ihtilafın çözümü sürecine katılıp, tarafları uzlaş-

¹ Cumhuriyet Şahin, "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, Y. 1998, C. 6, S. 1-2, s. 222- 223, (s. 221- 297); Nur Centel/ Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2016, s. 524.

² Ayşe Nuhoglu, "Uzlaşma Bakımından Şikayete Bağlı Suçlar", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Uzlaşma)*, İstanbul 2010, Özel Sayı 1, s. 86, (s. 86- 92).

tırması prensibine dayanır³. Bu nedenle CMK m. 253'ün “uzlaşma” olan madde başlığının “uzlaştırma” şeklinde değiştirilmesi kanaatimizce isabetli olmuştur. Zira “uzlaşma” kavramı, süreç sonunda ulaşılan pozitif duruma işaret ederken, uzlaşmama ihtimalinidışlayan bir kavramdır⁴. Uzlaşma, uzlaştırmanın kendisi değil, ulaşılmak istenen pozitif hedeftir. Ancak süreç sonunda söz konusu hedefe ulaşılabileceğine ilişkin bir garanti yoktur. Uzlaştırma süreci tarafların uzlaşmasıyla olumlu sonuçlanabileceği gibi, uzlaşmamaları nedeniyle olumsuz da sonuçlanabilir. Nitekim CMK uzlaştırma sürecinin hem olumlu hem de olumsuz sonuçlanma ihtimallerini ayrı ayrı göz önünde bulundurmuş ve esas itibariyle uzlaştırma usulü ile uzlaştırma sürecinin sonuçlarını düzenlemiştir.

Öte yandan uzlaşma, tarafların herhangi bir üçüncü kişinin yardımı olmadan, aralarındaki uyuşmazlığa bir çözüm bulabilmek adına yaptıkları görüşmeneticesinde de gerçekleşebilir. Taraflar üçüncü bir kişi olmadan da kendi aralarında uzlaşabilirler. Buna karşın uzlaştırma; tarafsız bir uzlaştırmacının yönetiminde bir araya gelen tarafların belirli yöntemlerle uyuşmazlığa çözüm aradıkları bir süreçtir⁵. Kurumun maddi ve şekli hükümleri dikkate alındığında, karşılaştırmalı hukukta “negotiation”, “settlement”, “compromise” kelimeleriyle ifade edilen ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden müzakere ile eş anlamlı olan “uzlaşma” kavramı yerine, “conciliation”, “Mediation⁶”,

³ Mustafa Özbek, “Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma”, *AÜHFD*, C. 54, S. 3, Ankara Eylül 2005, s. 295, (s. 289- 321).

⁴ Terminolojiye ilişkin tartışmalar ve ayrıca kurumun amacından hareketle doğru kavramın “uzlaştırma” değil, “uzlaşma” olduğu, uzlaşmanın uzlaştırmayı da içine alan daha geniş bir kavram olduğu görüşü için bkz. Nuri Berkay Özgenç, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaşma*, İstanbul 2016, s. 11- 12.

⁵ Özbek, *Uzlaştırma*, s. 294-295.

⁶ Lars Oliver Michaelis, “Mediation im Srtafrecht- der Täter- Opfer- Ausgleich”, in: *JA* 2005, s. 828- 832.

“Diversion”⁷ kelimeleriyle ifade edilen ve arabuluculuk ile aynı anlama gelen “uzlaştırma” kavramının kullanılması terminolojik açıdan daha doğrudur⁸.

Uzlaştırma, özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından öngörülen arabuluculuk kurumunun ceza yargılamasındaki karşılığıdır. Ceza hukuku alanında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının etkin uygulanmasını sağlamak amacıyla Adalet Bakanlığı bünyesinde “Cezada Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı” kurulmuş; başkanlık 6763 sayılı Kanun’un 9. maddesi ile 9.03.1984 tarihli ve 2992sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hük-

⁷ Alman ceza muhakemesi hukukunda “Mediation” kavramının yanında “Diversion” kavramı da kullanılmaktadır. Arabuluculuk anlamındaki Mediation ve fail mağdur uzlaştırması anlamına gelen “Täter- Opfer- Ausgleich” Diversion vasıtalarıdır. Alman ceza hukukunda, basit suçlar söz konusu olduğunda, şüphelinin mağdurun zararını karşılaması veya özür dilemesi şartıyla uyuşmazlığın ceza muhakemesi dışına çıkartılmasına “Diversion” denmektedir. Diversion özellikle genç ve çocuk ceza hukukunda uygulanmakta ancak uygulama alanının genç ve çocuk ceza hukuku ile sınırlı olmadığı kabul edilmektedir. Bu yöntem ile hem Almanya’da işlenen suçların yaklaşık %90’ını oluşturan basit suçların ceza muhakemesi dışına çıkartılarak yargının iş yükünün hafifletileceği, böylece usul ekonomisi açısından önemli tasarruflar sağlanacağı; hem de failin cezanın olumsuz etkilerinden korunarak cezaların bireysel önleme amacının gerçekleştirileceği ifade edilmektedir. Avrupa Konseyinin 15 Ekim 1999 tarihli tavsiye kararından hemen sonra, Alman Parlamentosu 20.12.1999 tarihinde Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 155a ve 155b paragrafları ile ceza muhakemesinde uzlaştırmayı düzenlemiştir. Söz konusu maddeler 21.12.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir (StPO §155a, §155b). StPO §155a’ya göre; “savcı ve mahkeme muhakemenin her aşamasında fail ile mağdur arasında bir uzlaştırmanın sağlanması için olanakları kontrol eder. Uygun olan hallerde uzlaştırma için gayret gösterir. Mağdurun açıkça reddettiği hallerde, uygunluk hali kabul edilemez.” Bu maddenin son cümlesi nedeniyle Alman ceza muhakemesi hukukunda uzlaştırma girişimlerinde bulunulabilmesi için mağdurun onayına gerek olmasa da mağdurun açıkça reddetmesi halinde uzlaştırmanın yapılamayacağı kabul edilmektedir. Yani uzlaştırma işlemlerine başlanması için mağdura uzlaşmak istiyor musun diye sorulmaz. Uzlaşmak istemeyen mağdurun uzlaşmaya razı olmadığını kendiliğinden, açıkça söylemesi gerekir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu §155b’de ise uzlaştırmanın usulü düzenlenmiştir. Alman ceza muhakemesi hukukunda fail-mağdur uzlaştırmasının yapılabilmesinin ön şartı, şüphelinin kendisine isnat edilen suçlamayı kabul etmesidir. Masumiyet karinesi ile bağdaşmayan bu şartın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine aykırı olduğu yönündeki eleştiriler, şüphelinin uzlaştırmayı kabul etmek veya muhakemeye devam ederek mahkemeyi masumiyetine ikna etmek konusunda tamamen özgür olduğu gerekçesi ile yersiz bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hans- Heiner Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2010, kn. 258- 259- 259.1- 259.2- 259.3 (s. 167- 169). Alman hukukundaki fail- mağdur uzlaştırması neticeleri itibariyle Türk ceza hukukundan farklıdır. Alman ceza hukukunda fail ile mağdurun uzlaştırılması ve mağdurun zararının giderilmesinin neticesi; Alman Ceza Kanunu §46 göndermesi ile §49 gereğince cezada takdiri indirim yapılması veya §46 gereğince faile verilecek olan cezanın üst sınırı bir yıla kadar hapis veya 360 gün birimi adli para cezası olduğunda, ceza verilmesinden vazgeçilebilmesidir.

⁸ Özbek, *Uzlaştırma*, s. 295.

münde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (1) bendi ile yasal zemine kavuşmuştur. Temel görevi alternatif usullerin uygulanmasını takip etmek ve etkin şekilde uygulanmasını sağlamak olan Daire Başkanlığı'nın görevleri Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 70. maddesinde sayılmıştır⁹.

II. KAVRAM

Uzlaştırma ile ilgili mevzuattaki ilk tanım, 26.07.2007 tarih ve 26594 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren "*Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin*" 4. maddesinde yapılmıştır. Artık yürürlükte olmayan bu yönetmelikte yer alan tanıma göre uzlaştırma: "*Uzlaşma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve hüküm-*

⁹ Yönetmeliğin 70. maddesinde Başkanlığın görevleri şu şekilde sıralanmıştır: Önödeme, uzlaştırma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi alternatif usullerin etkin şekilde uygulanmasını sağlamak.
-Görev alanıyla ilgili olarak uygulamayı takip etmek ve ortaya çıkan sorunların nedenlerini araştırarak çözüm önerilerini Bakanlığa sunmak.
-Uzlaştırmacı temel eğitimine ilişkin usul ve esaslar ile eğitim verecek kurum ve kuruluşların niteliklerini belirlemek ve bunlara izin verilmesini Bakanlığın onayına sunmak, bu kurum ve kuruluşları listelemek ve elektronik ortamda yayımlamak.
-Uzlaştırmacı eğitimi sonunda yapılacak olan sınavın usul ve esaslarını belirlemek ve sınavları yapmak.
-Yazılı sınav ile ilgili soruları uzlaştırmacı eğitimi veren eğitim kuruluşlarına hazırlattırmak.
-Uzlaştırmacı siciline kabule ilişkin usul ve esasları belirlemek, uzlaştırmacıların sicile kabule ve sicilden çıkarılmasına karar vermek, sicile kayıtlı uzlaştırmacıları görev yapmak istedikleri Cumhuriyet başsavcılıklarına göre listelemek.
-Uzlaştırmacılara verilecek dosyaların tevzi esasları ile aylık olarak verilebilecek azami dosya sayısını belirlemek.
-Uzlaştırmacıların denetimine ve performansına ilişkin usul ve esasları belirlemek.
-Alternatif uyumsuzluk çözüm yolları konusunda kamuoyunu bilgilendirici çalışmalar yapmak.
-Ulusal ve uluslararası düzeyde bilimsel toplantılar düzenlemek, yayımlar yapmak, bu nitelikteki çalışmaları teşvik etmek ve desteklemek.
-Görev alanına giren istatistiklerin derlenmesi ve yayımı konusunda Bakanlığın ilgili birimleri ile iş birliği halinde çalışmak.
-Görev alanıyla ilgili kamu ya da özel kurum veya kuruluşlarla işbirliği yapmak.
-Uzlaştırmacı Asgari Ücret Tarifesini hazırlamak.

lere uygun olarak uzlaştırmacı aracılığıyla ya da hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından anlaştırmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecidir”.

6763 sayılı Kanunla yapılandırılmış değişikliklerin ardından yeni bir yönetmelik ihtiyacı ortaya çıkmış¹⁰, 05.08.2017 tarih ve 30145 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren¹¹ “*Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinde*”de yeni bir uzlaştırma tanımı yapılmıştır. Söz konusu yönetmeliğin 4. maddesine göre uzlaştırma: “*Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve hükümlere uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaştırmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini*” ifade etmektedir.

Öğretide yapılan bir tanıma göre ise uzlaştırma: “*Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle yürütülen bir ceza soruşturması veya kovuşturmasının, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar gören kişinin, mevzuatta öngörülen usul ve hükümlere uygun olarak tarafsız bir uzlaştırmacı aracılığı ile anlaştırmaları suretiyle bitirilmesidir*”¹².

6763 sayılı Kanun’un CMK m. 253/3’de yaptığı değişiklikle Cumhuriyet savcıları ve hakimlerin uzlaştırma yetkileri kaldırılmıştır. Uzlaştırma işlem-

¹⁰ 6763 sayılı Kanun’un 35. maddesi ile CMK m. 253 üncü maddesine eklenen 25. fıkraya göre: “*Uzlaştırmacıların nitelikleri, eğitimi, sınavı, görev ve sorumlulukları, denetimi, eğitim verecek kişi, kurum ve kuruluşların nitelikleri ve denetimleri ile uzlaştırmacı sicili, uzlaştırmacılar ve eğitim kurumlarının listelerinin düzenlenmesi, Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde kurulan uzlaştırma bürolarının çalışma usul ve esasları, uzlaştırma teklifi ile müzakere usulü, uzlaştırma anlaşması ve raporda yer alacak konular ile uygulamaya dair diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelik ile düzenlenir.*”

¹¹ 6763 sayılı Kanun’un geçici 1. maddesinde Ceza Muhakemesi Kanununun 253. maddesine ilişkin yönetmeliğin Kanun’un yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 6 ay içinde çıkarılacağı düzenlenmiştir. Yönetmelik yürürlüğe girdikten sonraki altı ay içinde de uzlaştırmacı listelerinin oluşturulacağı belirtilmiştir. Adalet bakanlığı tarafından bu listelere uygun uzlaştırmacı görevlendirilmesi amacıyla bir ilan yapılacağı, ilan yapılınca kadar, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253. maddesinde 6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde öngörülen usule göre belirlenen uzlaştırmacılar görevlendirme yapılmasına devam edileceği ve bu uzlaştırmacıların görevlerini tamamlayacağı düzenlenmiştir. Dolayısı ile yeni yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarih olan 05.08.2017’ye kadar eski yönetmeliğin kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanmaya devam etmiştir.

¹² Özgenç, Nuri Berkay, s. 11.

leri bundan sonra sadece yetkili ve usulünce görevlendirilen uzlaştırmacılar tarafından yapılabilecektir. Uzlaştırma süreci sonunda tarafların uzlaşması durumunda;diğer bir deyişle şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin, suçtan doğan zararın giderilmesi hususunda anlaşması halinde, devlet ceza soruşturması veya kovuşturmasından vazgeçecektir¹³.

Uzlaştırma, mağdurun ceza muhakemesinde genellikle müşteki-tanık sıfatıyla sınırlandırılmış olan pasif rolünün değişmesi ve ceza muhakemesinde mağdurun konumunun güçlendirilmesi gerektiği¹⁴ düşüncesinden hareketle ortaya çıkmış bir kurumdur. Uzlaştırma mağdura, mağduriyetinin giderilmesi ve zararının karşılanması sürecine aktif ve eşit şartlarda katılma olanağı sunar. Bunun için mağdur ve fail yüzleştirilir. Bu süreçte mağdura, suçun kendisi için ifade ettiği anlamı tarif etme fırsatı tanınır ve suçun psikolojik sonuçlarıyla başa çıkmasına, yüzleşmesine imkan sağlanır. Ayrıca mağdur bu süreçte kişisel istek ve ihtiyaçlarını ortaya koyar. Failin mağdurla empati yapması ve ona verdiği zararı gidermesi beklenir¹⁵.

III. UZLAŞTIRMANIN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Uzlaştırma bir yönüyle ceza muhakemesine, diğer yönüyle suçun neticelerine ilişkin bir alternatif sunar¹⁶. Bu açıdan uzlaştırmacının amacı öncelikle; işlendiği iddia edilen suç nedeniyle, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar gören arasında meydana gelen çekişmeyi bir uzlaştırmacının girişimiyle,

¹³ Osman Yaşar, Ceza Muhakemesi Kanunu Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu, C. 3, 5. Baskı, Ankara 2011, s. 3621; Soner H. Çetin, “Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaşma (CMK. 253, 254, 255)”, *TBBD*, S. 82, Y. 2009, s. 1, (s. 1- 33).

¹⁴ Michaelis, JA 2005, s. 828.

¹⁵ Michaelis, JA 2005, s. 829. Almanya’da uzlaştırmacının %74 oranında genç ve çocuk ceza hukukunda, %14 oranında genç ve çocukların yetişkinlerle birlikte işlediği suçlarda, %14 oranında da yetişkinlerin işlediği suçlarda uygulandığına ilişkin istatistik bilgisi için bkz. Kühne, kn. 259.2, s. 168.

¹⁶ Michaelis, JA 2005, s. 828.

ceza muhakemesi dışında çözmektir¹⁷. Ayrıca, zararının giderilmesi gibi yöntemlerle mağdurun veya suçtan zarar görenin tatmin edilmesi ve nihai olarak kamu davası sayısının azaltılarak yargının iş yükünün hafifletilmesi de uzlaştırmanın amaçlarındandır¹⁸.

Uzlaştırmanın hukuki niteliği konusunda öğretilerde farklı görüşler ortaya konmaktadır. Bir görüşe göre¹⁹ uzlaştırma; yaptırıma benzeyen ve davanın düşmesine yol açan bir kurumdur. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı, basit suçların işlenmesi ile bozulan kamu düzeni, uzlaştırma yoluyla “ taraflar barıştırılarak” yeniden ihdas edilir ve hukukun önemi pekişir²⁰. Mağdurun zararının karşılanmasıyla da adalet yeniden tesis edilir. Bu nedenle uzlaştırma yaptırım benzeri yeni bir kurumdur²¹.

Diğer bir görüşe göre ise uzlaştırma; CMK m. 253’te gösterilen suçlarda, tarafların olayla ilgisi olmayan bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi önünde iradelerine uygun bir anlaşma yaparak ceza uyumsuzluğuna son vermeleridir²². Bu açıdan uzlaştırma, yargılama makamlarının denetimi altında bulunmakla birlikte, cezai bir uyumsuzluğu ceza muhakemesi hukukunun dışına çıkar²³. Uzlaştırma teknik anlamda klasik bir soruşturma veya yargılama işlemi sayılmamaktadır²⁴. Uzlaşma sağlandığında ceza muhakemesi sona ermekle bir-

¹⁷ Dieter Dölling, “İşlenen Suç Nedeniyle, Suç Failleri ve Mağdurları Arasında Ara Buluculuk (Meditation)”, Özet Çeviri: Sulhi Dönmezer, *Kazancı Hukuk Dergisi*, 2010 Özel Sayı 1, Uzlaşma, s. 18, (s. 18-21).

¹⁸ Çetin, s. 9; Muammer Ketizmen, “Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, C. 2, S. 1, s. 3, (s. 1-10).

¹⁹ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2016, s. 816.

²⁰ Michaelis, JA 2005, s. 828.

²¹ Yenisey/ Nuhoglu, s. 816.

²² Centel/ Zafer, s. 525.

²³ Seydi Kaymaz/ Hasan Tahsin Gökcan, *Uzlaşma ve Önödeme*, Ankara 2007, s. 50.

²⁴ Uzlaştırmanın hukuki niteliği konusunda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Özgenç, Nuri Berkay, s. 239 vd.; Kaymaz/ Gökcan, s. 50 vd.

likte, uzlaştırma işlemi, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için yapılan muhakemenin yürümesi bakımından zorunlu veya gerekli bir işlem değildir.

CMK m. 174/1-c gereğince, soruşturma dosyasından uzlaşmaya tabi olduğu açıkça anlaşılan işlerde uzlaştırma yoluna gidilmemiş olması iddianamenin iadesi nedenidir. Bu yönüyle uzlaştırma bir dava şartıdır²⁵. Ancak uzlaştırma sürecinin olumlu olarak uzlaşma ile sonuçlanması halinde, faili cezalandırma olanağı ortadan kalktığı için, uzlaştırmayı ceza ilişkisini düşüren bir kurum olarak nitelendirmek de mümkündür²⁶. Uzlaştırma, ceza muhakemesini engellemesi nedeniyle muhakeme hukukuna, faille devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirdiği için de maddi ceza hukukuna ilişkin özellikler taşıyan karma bir kurumdur. Bununla birlikte faille devlet arasındaki ceza ilişkisi, uzlaştırma neticesinde muhakemeye devam edilemediği, yani ceza ilişkisi usulü bir işlemle sona erdirildiği için, uzlaştırmanın muhakeme kurumu olma özelliği ağır basmaktadır²⁷.

Uzlaştırmanın hukuki niteliğinin belirlenmesi; uzlaştırmaya ilişkin kanunların zaman bakımından uygulanması ve lehe kanun uygulamasının yapıp yapılamaması bakımından önemlidir. Uzlaştırmanın karma nitelikli bir kurum olduğunu kabul eden yazarlardan bazıları; uzlaştırmaya ilişkin kanunların zaman bakımından uygulanmasında, maddi ceza hukuku kurallarının geçerli olduğu ve lehe kanun uygulamasının yapılabileceği görüşünü savunmaktadır²⁸. Buna karşın bizim de görüşlerine iştirak ettiğimiz diğer yazarlar ise; uzlaştırmanın ceza muhakemesi hukuku kurumu olma niteliğinin ağır bastığını, bu nedenle ceza muhakemesi hukuku kurallarının uzlaştırma açısından da geçerli olduğunu

²⁵ Centel/ Zafer, S. 525; Kaymaz/ Gökcan, s. 50; Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 93. Yenisey/ Nuhoğlu'na göre uzlaştırma teklif edilmesi yeni bir ceza muhakemesi şartıdır. Bkz. Yenisey/ Nuhoğlu, s. 595- 596;

²⁶ Centel/ Zafer, s. 525;

²⁷ Yener Ünver/ Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2016, s. 746; Centel/ Zafer, s. 525; Kaymaz/ Gökcan, s. 50-51; Özgenç, Nuri Berkay, s. 146.

²⁸ Kaymaz/ Gökcan, s. 146- 147; Özgenç, Nuri Berkay, s. 247.

kabul etmektedir²⁹. Zira, uzlaştırma süreci uzlaşma ve uzlaşmama gibi iki ihtimalli sonuçları olan bir süreçtir. Fail ile devlet arasındaki ceza ilişkisi, ancak uzlaştırma sürecininolumlu sonuçlanması halinde sona ermektedir. Uzlaştırma süreci olumsuz sonuçlanırsa, ceza muhakemesine devam edilir ve faille devlet arasındaki ceza ilişkisi devam eder. Dolayısı ile uzlaştırmanın faille devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirdiği hipotezi eksik ve ancak neticenin uzlaşma ile sonuçlanması şartına bağlı bir hipotezdir. Uzlaşma, uzlaştırmanın kendisi değil uzlaştırma süreci sonucunda ulaşılabilecek muhtemel iki neticeden yalnızca biridir. Uzlaştırma; uzlaşarak fail ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmeye potansiyelini de içinde barındıran, ancak olumsuz sonuçlanması halinde ise, faille devlet arasındaki ceza ilişkisine etkisi olmayan, ceza muhakemesi hukukuna ilişkinusulü bir işlemdir. Bu nedenle, uzlaştırmaya ilişkin kanun değişiklikleri söz konusu olduğunda; maddi ceza hukuku kurallarının uygulanmasına ilişkin “failin lehine olan kanunun uygulanması ilkesi” değil, ceza muhakemesi hukuku kurallarının uygulanmasına ilişkin “derhal uygulama ilkesi” geçerli olmalıdır³⁰.

Soruşturma veya kovuşturma devam ederken yürürlüğe giren veya değiştirilen uzlaştırma hükümleri dava açılmadan veya hüküm verilmeden önce derhal uygulanmalıdır. Kanun yolu aşamasındaki davalar açısından ise, uzlaştırmaya ilişkin kanun değişiklikleri tek başına bozma nedeni yapılamaz. Fakat, başka bir hukuka aykırılık nedeniyle bozulan dosya mahkemesine gönderilirse, uzlaştırmaya ilişkin hükümler dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte, uzlaştırmaya ilişkin hükümlerin bozmadan sonra uygulama alanı bulmasının nedeninin, sanığın lehine olması değil, derhal uygulama ilkesi olduğu gözden kaçırılmamalıdır³¹.

²⁹ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 63.

³⁰ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 63.

³¹ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 63.

Öte yandan, uzlaştırmaya ilişkin kuralların maddi ceza hukukundan ziyade ceza muhakemesi hukuku alanına ait olduğu, kanun koyucu tarafından da kabul edilmiştir. Kanun koyucu, 5237 sayılı TCK'nın 73. maddesinin 8. fıkrasını³² yürürlükten kaldırırken 5560 sayılı Kanun'un gerekçesinde, uzlaştırmaya bir usul hukuku kurumu olma niteliğini açıkça vurgulamıştır³³.

CMK m. 253'de 6763 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler, kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 2.12.2016'dan itibaren, henüz hüküm verilmemiş tüm davalarda ve soruşturmalarda uygulanacaktır³⁴. Bu durumda, 6763 sayılı Kanun ile uzlaştırma kapsamına alınan tehdit (TCK m. 106/1), hırsızlık (TCK m. 141) ve dolandırıcılık (TCK m. 157) suçlarına ilişkin olarak henüz dava açılmamış veya hüküm verilmemişse, uzlaştırma yoluna gidilebilecektir. Ancak kanun yolu aşamasında bulunan dosyalar, başka bir hukuka aykırılık bulunmadığı sürece, yalnızca uzlaştırmaya gidilmediği gerekçesiyle bozulmamalıdır.

Yargıtay ise uzlaştırma hükümlerinin uygulanması konusunda kazanılmış hak ve lehe kanun uygulaması yapılması gerektiği görüşündedir³⁵. Mahkemeye göre uzlaştırma kesinleşmiş hükümlerde dahi uygulanmalıdır³⁶. Ancak bu

³² Uzlaştırmanın Türk ceza hukukundaki ilk düzenleniş biçimine benzer bir usul Alman ceza hukukunda da mevcuttur. Fail- mağdur uzlaştırması hem Alman Ceza Kanunu'nun 46a paragrafında, hem de Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 155a ve 155b paragraflarında düzenlenmiştir. Ancak Alman Ceza Kanunu §46a'da düzenlenen fail- mağdur uzlaştırması, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş olan uzlaştırma kurumundan hem şartları, hem de neticeleri bakımından farklıdır.

³³ 5560 sayılı Kanunun gerekçesinde; *"Bir usul hukuku müessesesi olan uzlaştırma ile ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Bu nedenle..."* TCK m. 73/8 hükmünün ilga edildiği ifade edilmiştir. Erişim: http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=uebank1lu_4&pkanunlarno=48045&pkanunnumarasi=5560, Tarih: 16.09.2017.

³⁴ Uzlaştırmanın karma niteliği nedeniyle lehe kanun uygulamasının yapılabileceği görüşü için bkz. Kaymaz/ Gökcan, s. 146.

³⁵ YCGK, E. 2007/4-200, K. 2007/219, T. 30.10.2007, Erişim: <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=194&t=30459>, Tarih: 30.01.2017.

³⁶ Y. 15. CD., E. 2017/36056, K. 2017/24664, T. 13.11.2017, Erişim: <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, Tarih: 10.2.2018: *"5271 sayılı CMK'nın 253 ve 254. maddelerinde düzenlenen uzlaşma, sadece samığa değil aynı zamanda ve öncelikle, mağdurun zedelenen hukukunun düzeltilmesine hizmet amacı gütmesi ve biçimi itibarıyla bir ceza yargılaması müessesesi olsa da, fail ile devlet ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi ceza hukuku-*

kabul, uzlaştırmanın; uyuşmazlığın olabildiğince erken bir aşamasında sona erdirilerek, yargının iş yükünün hafifletilmesi amacıyla³⁷ bağdaşmaz. Uzlaştırma hükümlerinin zaman bakımından uygulanmasında lehe kanun uygulanması yargının iş yükünü hafifletmez, bilakis arttırır. Kesinleşmiş hükümlere de uzlaştırma hükümlerini uygulamak uzlaştırmanın temel mantığıyla bağdaşmaz. Zaten sona ermiş bir yargılamanın, yargılama makamları dışında barışçıl yollarla sona erdirilmesinden söz edilemez. Yargının kesin olarak karara bağlanmış olduğu bir meseleyi, uzlaştırmaya göndermek izaha muhtaçtır.

Cezanın infazına başlandıktan sonra uzlaştırmanın yapılabileceğinin kabul edilmesi, kanun koyucunun iradesine aykırıdır. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında uzlaştırmanın nasıl yapılacağını ayrıntılı olarak düzenleyen kanun koyucu, hüküm kesinleştikten sonra uzlaştırma yoluna gidilip gidilmeyeceği konusunda bir düzenleme yapmamıştır. Kanun koyucunun bu konudaki susması, bilinçli bir susmadır ve kanun koyucunun hükmün kesinleşmesinden sonra uzlaştırmanın uygulanmasını istemediğini ortaya koyar. Kanun koyucu uzlaştırmanın kesinleşmiş hükümler hakkında da uygulanmasını istemiş olsaydı, bunu açıkça düzenlerdi. Uzlaştırmaya ilişkin hükümler ceza muhakemesi hukukuna ait olduğundan, burada lehe kanun uygulanması yapılamaz ve açık bir düzenleme olmadığı sürece kesin hükümler hakkında uygulanamaz.

Ayrıca infaza başlandıktan sonra uzlaştırma yoluna gidildiğinde, kesinleşmiş olan mahkumiyet faili uzlaşmaya zorlar. Bu da uzlaştırmanın gönüllü ve tarafların özgür iradelerine dayanması gereken bir uyuşmazlık çözüm yolu ol-

nu da ilgilendirmesi nedeniyle kesinleşmiş kararlar yönünden de uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerektiğinin anlaşılması karşısında; itirazın bu nedenlerle kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet bulunmadığından, kanun yararına bozmaya atfen düzenlenen ihbarnamedeki düşünce yerinde görülmekle, Tekirdağ 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 02.03.2017 tarih ve 2017/186 değişik iş sayılı kararının, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi gereğince BOZULMASINA, aynı maddenin 4. fıkrasının (a) bendi uyarınca müteakip işlemlerin itiraz merciiince yerine getirilmesine, hükümlü, bu suçtan cezaevine alınmışsa, İNFAZIN DURDURULMASINA, başka suçtan tutuklu veya hükümlü değilse bu suçtan derhal tahliyesi için ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına müzekkere yazılmasına...".

³⁷ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 93.

duğu ilkesi ile bağdaşmaz. İnfaz aşamasındaki uzlaşmanın fail açısından gönüllü olması mümkün değildir, aksine zorunludur.

IV. UZLAŞTIRMANIN ŞARTLARI

Uzlaştırma kurumunun uygulanabilmesi için belli bazı şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; muhakeme şartlarının gerçekleşmiş olması, şüpheli veya sanığın ceza ehliyetinin bulunması, mağdur veya suçtan zarar görenin gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olmasıdır. Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için ayrıca; isnat edilen suçun uzlaştırma kapsamına giren suçlardan biri olması, yapılan soruşturma neticesinde suçun işlendiğine dair yeterli şüpheyi ulaştırılması ve son olarakta uzlaştırma teklifinin taraflarca kabul edilmiş olması gerekir.

A. Muhakeme Şartlarının Gerçekleşmiş Olması

Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için her şeyden önce fiilin soruşturulabilir veya kovuşturulabilir olması, diğer bir deyişle şikayet, izin, talep veya karar gibi muhakeme şartlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir³⁸.

Şikayet; şikayete bağlı bir suçtan dolayı, şikayet hakkına sahip olan kişinin, yetkili mercilerden soruşturma ve kovuşturma yapılmasını istemesidir³⁹. Şikayete bağlı suçlarda uzlaştırma, ancak şikayet şartı gerçekleştiğinde uygulanabilir⁴⁰. Şikayet, usulüne uygun olarak yapılmış olmalıdır. Şikayet, usulüne uygun olarak gerçekleşmezse, suçun soruşturma ve kovuşturmasına başlanamayacağından, uzlaştırmaya konu olabilecek bir uyuşmazlıktan da bahsedilemez.

³⁸ 2. Grup Kitap Modülü, Erişim: <http://www.uzlasma.adalet.gov.tr/doc/ihtiyac/grprplr/2grupkitap.pdf>, Tarih: 05.08.2017, s. 3.

³⁹ Bahri Öztürk/ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Özge Sırma/ Yasemin F. Saygılar Kırtı/ Özdem Özeydin/ Esra Alan Akcan/ Efser Erden, "Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku", 9. Baskı, Ankara 2015, s. 46.

⁴⁰ Yenisey/ Nuhoglu, s. 816.

Şikayetin usule uygun olabilmesinin ilk şartı; şikayetin şikayet hakkına sahip olan kişiler tarafından yapılmasıdır. Şikayet hakkına sahip olanlar; suçun mağduru, suçtan zarar gören kişi veya bu kişileri temsil eden vekillerdir⁴¹. Suçtan zarar gören kavramı mağdur kavramından daha geniş bir anlama sahip olup belirli bir suçla zarara veya tehlikeye uğratılan hak ve yararın sahibini ifade eder⁴².

Şikayet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan mümeyyiz küçükler bu hakkı tek başlarına kullanabilirler, mümeyyiz olmayanlar adına ise şikayet hakkı yasal temsilcileri tarafından kullanılır. Mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili de şikayet hakkını kullanabilir⁴³.

Şikayetin usule uygunluğu bakımından diğer şart, altı aylık hak düşürücü süre içerisinde yapılmasıdır. Bu süre zamanaşımı süresini geçmemek şartıyla, fail ve fiilin öğrenildiği andan itibaren başlar (TCK m. 73/2). Şikayet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere beyanla yapılabilir CMK m. 158/5)⁴⁴.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda, kural olarak şikayet şartı gerçekleşmeden şüpheli yakalanamaz veya ifade alma, sorgu, tutuklama gibi isnat teşkil eden işlemler yapılamaz⁴⁵. Ancak soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikayete bağlı değildir

⁴¹ Ünver/ Hakeri, s. 751.

⁴² Öztürk/ Tezcan/ Erdem// Sırma/ Kırıt/ Özyayın/ Akcan/ Erden, s. 48.

⁴³ Nuhoğlu, s. 89.

⁴⁴ Şikayet hakkı ve usulü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, Nuri Berkay, 309- 318.

⁴⁵ Centel/ Zafer, s. 529; Özgenç, Nuri Berkay, s. 307. Ancak TCK m. 73/1'de şikayete tabi suçlarda bu şart gerçekleşmeden soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağı düzenlendiği için, öğretide şikayet şartı gerçekleşmeden delillerin toplanması veya muhafaza altına alınması dahil, hiçbir soruşturma işleminin yapılamayacağı görüşü de savunulmaktadır. Bkz. Ali Kemal Yıldız, "Uzlaşma- Şikayet İlişkisi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Uzlaşma)*, İstanbul 2010, Özel Sayı 1, s. 98- 99, (s. 93- 115). Aynı yönde bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 641.

(CMK m. 90/3). Yakalamadan sonra, şikayet hakkı sahibine veya şikayet hakkı sahibi birden fazla ise en azından birine şikayet hakkını kullanmak isteyip istemediği sorulur (CMK m. 96)⁴⁶.

Şayet suçun şikayete tabi bir suç olduğu soruşturmaya başlandıktan sonra anlaşılırsa, Cumhuriyet savcısının şikayet hakkı olanlara şikayetçi olup olmadıklarını sorması ve bu kişilerin şikayetçi olmaları halinde diğer şartlar da gerçekleşmişse, dosyayı uzlaştırma yapılmak üzere uzlaştırma bürosuna göndermesi gerekir⁴⁷. Şikayet hakkı kullanılmaz ise uzlaştırma yoluna gidilmeksizin kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmelidir.

Belli suçlarda devletin savcılığı dava açmaya mecbur bırakacak surette, mahsus makamları (kural olarak Adalet Bakanlığı) vasıtası ile yaptığı şikayete talep (istem) denir⁴⁸. İddia makamının sorması üzerine, ilgili kişinin bağlı bulunduğu devlet makamınca, belli suçlar bakımından kanunun koymuş olduğu engelin kaldırılması ise izin olarak ifade edilmektedir⁴⁹. İzin veya talebe bağlı suçlar bakımından izin veya talebin varlığı soruşturma şartı olduğundan, bu şartlar gerçekleşmediği takdirde soruşturma başlatılamayacağı için uzlaştırma hükümleride uygulanamaz⁵⁰. Diğer yandan muhakeme şartı gerçekleşmemiş olmasına rağmen başlamış bir soruşturmada yeterli şüpheye ulaşıldığından bahisle uzlaştırma süreci başlatılamaz. Soruşturma şartının yokluğu anlaşıldığında muhakemeye devam edebilmek için öncelikle bu şartın gerçekleşmesi beklenmelidir. Örneğin; gerekli olduğu halde izin alınmaksızın başlatılan soruşturmada yeterli delile ulaşıldığından bahisle uzlaştırma süreci başlatılamaz. Önce izin prosedürü işletilmeli gerekli izin alındıktan sonra uzlaştırma hükümleri uygulanmalıdır.

⁴⁶ Centel/ Zafer, s. 529.

⁴⁷ Özgenç, Nuri Berkay, s. 318.

⁴⁸ Yenisey/ Nuhoglu, s. 585.

⁴⁹ Yenisey/ Nuhoglu, s. 586.

⁵⁰ Modül, s. 3.

Karar şartı, milletvekilleri için geçerli bir kovuşturma şartıdır. Kovuşturma şartının gerçekleşmemiş olması soruşturmanın yapılmasına engel olmadığından, dokunulmazlığın kaldırılması kararı verilmeden önce soruşturma yapılabilecek, dolayısıyla bu aşamada uzlaştırma hükümlerinin uygulanması da mümkün olacaktır⁵¹. Ancak, kovuşturma aşamasına geçildikten sonra fiilin dokunulmazlık ve uzlaştırma kapsamında olduğu anlaşılırsa; artık karar alınmaksızın kovuşturmaya devam edilemez ve uzlaştırma hükümleri uygulanamaz.

B. Şüpheli veya Sanığın Ceza Ehliyetinin Bulunması

Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için fiilin soruşturulabilir olması tek başına yeterli değildir. Ayrıca şüpheli veya sanığın cezalandırılabilir olması, diğer bir deyişle (yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı gibi) kusur yeteneğini ortadan kaldıran nedenlerin bulunmaması gerekir⁵². Kusur yeteneği bulunmayan hallerde sanığa ceza verilemez; yalnızca güvenlik tedbiri uygulanabilir. Uzlaştırma kurumu ise güvenlik tedbirinin değil ceza sorumluluğunun alternatifidir⁵³.

Fiili işlediği sırada 12 yaşını tamamlamamış küçükler ile 12 yaşını tamamlamış olup 15 yaşını tamamlamamış küçüklerden, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş olanların ceza sorumluluğu yoktur (TCK m. 31). Bukişilerin işledikleri suçlarla ilgili olarak, uzlaştırma yoluna gidilemez, uzlaştırma hükümleri bu kişiler açısından uygulanamaz.

Aynı şekilde, fiili işlediği sırada 15 yaşını tamamlamamış sağır ve dilsizler ile 15 yaşını tamamlamış olup 18 yaşını tamamlamamış sağır ve dilsizlerden, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme

⁵¹ Modül, s. 4.

⁵² Nuri Berkay Özgenç, "Türk Hukukunda Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Çocuklarda Uzlaştırma", *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul 2015, C. 13, S. 145, s. 51; Modül, s. 4.

⁵³ Özgenç, Nuri Berkay, "... Çocuklarda Uzlaştırma", s. 51, (s. 39-84); Modül, s. 4.

yeteneği yeterince gelişmemiş olanların ceza sorumluluğu yoktur (TCK m.33). Bu kişilerin işledikleri suçlar hakkında uzlaştırma hükümleri uygulanamaz.

Akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olanların ceza sorumluluğu yoktur (TCK m. 32/1). Bu kişiler hakkında da güvenlik tedbirlerine hükmedileceği için, işledikleri suçlarla ilgili olarak uzlaştırma hükümleri uygulanamaz.

Ceza sorumluluğunu kaldıran sebepler uzlaştırma hükümlerinin uygulanmasına engel olurken, ceza sorumluluğunu azaltan sebeplerin varlığı uzlaştırmaya engel değildir. Bu nedenle ceza sorumluluğunu azaltan yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı bulunsa bile uzlaştırma hükümleri uygulanabilir⁵⁴.

C. Mağdur veya Suçtan Zarar Görenin Gerçek Kişi veya Özel Hukuk Tüzel Kişisi Olması

Uzlaştırma yalnızca mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olduğu suçlarda uygulanabilecek bir kurumdur (CMK m. 253/1). Diğer bir deyişle bir kamu hukuku tüzel kişisinin suçtan zarar gören olması halinde veya suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olması halinde, uzlaştırma yoluna gidilemez⁵⁵.

3.7.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun ile değişik 24. maddesinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uzlaştırmaya

⁵⁴ TCK m. 32/2'de; fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmuş olanlardan işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmiş olanlar için cezada indirim öngörülmüştür. Bu hüküm; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır (TCK m. 33). TCK m. 32/2'ye göre; akıl hastalığı nedeniyle bir kimsenin davranışlarını yönlendirme yeteneğinde meydana gelen azalma önemli derecede değilse cezasında indirimle gidilir. Bu haller soruşturmaya ve kovuşturmayaya engel teşkil etmediği gibi uzlaştırma hükümlerinin uygulanmasına da engel olmaz.

⁵⁵ A. Caner Yenidünya, "Son Düzenlemeler Işığında Uzlaştırma Kurumu (CMK. m. 253-255)", Erişim: www.hukukihaber.net, Tarih: 10.08.2017.

ilişkin hükümlerinin suça sürüklenen çocuklar hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu durumda örneğin, devlet okulunda okuyan onaltı yaşında bir çocuk, okul malına zarar verdiğiğinde, bir kamu tüzel kişisi suçtan zarar gören olacağı için uzlaştırma yoluna gidilemez. Ancak aynı çocuk, özel bir okulda okuyor olsa ve okul malına zarar verse, uzlaştırma yoluna gidilebilir.

D. İsnat Edilen Suçun Uzlaştırma Kapsamına Giren Bir Suç Olması

5237 sayılı TCK'nın 73. maddesinin 8. fıkrasında uzlaştırmamıyalnızca takibi şikayete bağlı suçlarda uygulanacağı düzenlenmiştir⁵⁶. 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinin TBMM'de kabul edilen ilk halinde ise uzlaştırma kapsamına giren suçlar sayılmamış, yalnızca uzlaştırma usulü gösterilmişti⁵⁷.

⁵⁶ 5560 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmadan önce TCK m. 73/8 şu şekildeydi: “Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması veya kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla, mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.”

⁵⁷ 5271 sayılı CMK m. 253'ün 4.12.2004 tarihinde TBMM'de kabul edilen ilk hali şu şekildeydi: “Uzlaşma Madde 253.- (1) Cumhuriyet savcısı yapılan soruşturmanın durumuna göre, kanunun uzlaşma yapılabilmesi olanağı verdiği hallerde, faili bu Kanunun öngördüğü usullere göre davet ederek suçtan dolayı sorumluluğunu kabul edip etmediğini sorar.
(2) Fail, suçu ve fiilinden doğmuş olan maddi ve manevi zararın tümünü veya bunun büyük bir kısmını ödemeyi veya zararını gidermeyi kabullendiğinde durum, mağdura veya varsa vekiline veya kanuni temsilcisine bildirilir.
(3) Mağdur, verilmiş olan zararın tümüyle veya büyük bir kısmı itibarıyla giderildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma sürdürülemez.
(4) Cumhuriyet savcısı, fail ile mağdur arasında uzlaşma işlemlerini idare etmek, tarafları bir araya getirerek bir sonuca ulaşmalarını sağlamak üzere, fail ve mağdurun bir avukat üzerinde anlaşamadıkları takdirde, bir veya birden fazla avukatın uzlaştırıcı olarak görevlendirilmesini barodan ister.
(5) Uzlaştırıcı, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaşmayı sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bir defaya mahsus olmak üzere bu süreyi otuz gün daha uzatabilir. Uzlaştırma süresince zaman aşımı durur.
(6) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma sırasında ileri sürülen bilgi, belge ve açıklamalar taraflarca izin verilmedikçe daha sonra açıklanamaz. Uzlaştırmamın başarısız olması nedeniyle daha sonra dava açılması halinde uzlaştırma sırasında failin bazı olayları veya suçu ikrar etmiş olması davada aleyhine delil olarak kullanılamaz.
(7) Uzlaştırıcı, yaptığı işlemleri ve uzlaşmayı sağlayıcı müdahalelerini belirten bir raporu on gün içinde ilgili Cumhuriyet savcısına sunar.”

Ancak 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile CMK m. 253 değiştirilmiş ve maddenin yeni şeklinde uzlaştırmanın kapsamı genişletilmiştir. Bu değişiklikte, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçların yanında, CMK m. 253/1-b'de şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın bazı katalog suçlar uzlaştırma kapsamına alınmış; ancak soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda uzlaştırma yolu kapatılarak, uzlaştırmanın uygulama alanı sınırlandırılmıştı.

6763 sayılı Kanun ise; tehdit, hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarını da uzlaştırma kapsamına alarak katalog suçların sayısını arttırmış ve etkin pişmanlık kapsamına giren suçlarla ilgili sınırlamayı kaldırmıştır.

1. Soruşturulması ve Kovuşturulması Şikayete Bağlı Suçlar

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar, CMK m. 253/1-a gereğince kural olarak uzlaştırma kapsamındadır. Ancak soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemez (CMK m. 253/3). Örneğin, basit cinsel saldırı (TCK m. 102/1), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104/1) veya cinsel taciz suçlarının (TCK m. 105) soruşturulması veya kovuşturulması şikayete bağlı olmasına rağmen, CMK m. 253/3'de yapılan açık düzenleme nedeniyle uzlaştırma konusu yapılması yasaktır.

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan vetakibi şikayete bağlı olduğu için uzlaştırma kapsamına giren suçlar şunlardır:

-TCK m. 86/2; etkisi basit tıbbi müdahale ile giderilebilir kasten yaralama,

(8) Zarar, uzlaşmaya uygun olarak giderildiğinde ve uzlaştırma işleminin giderleri, fail tarafından ödendiğinde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir."

- TCK m. 89/1, 2, 3, 4; basit taksirle yaralama,
- TCK m. 89/1, bilinçli taksirle yaralama,
- TCK m. 106/1,2.cümle; malvarlığına ilişkin tehdit,
- TCK m. 116/1,2; konut dokunulmazlığını ihlal,
- TCK m. 117/1; cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal,
- TCK m. 123/1; kişilerin huzur ve sükununu bozma,
- TCK m. 125/1,2,3-b,3-c; kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç hakaret,
- TCK m. 130/1,2; kişinin hatırasına hakaret,
- TCK m. 132/1,2; haberleşmenin gizliliğini ihlal,
- TCK m. 133/1,2,3; kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması,
- TCK m. 134/1,2; özel hayatın gizliliğini ihlal,
- TCK m. 144/1-a,1-b; paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde veya bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla hırsızlık,
- TCK m. 146/1; kullanma hırsızlığı,
- TCK m.151/1,2; mala zarar verme (TCK m. 142/4 gereğince hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla işlenen mala zarar verme suçunun takibi şikayete bağlı değildir),

- TCK m. 154/1; hakkı olmayan yere tecavüz,
- TCK m. 155/1; güveni kötüye kullanma,
- TCK m. 156/1; bedelsiz senedi kullanma,
- TCK m. 159/1; bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla dolandırıcılık,
- TCK m. 160/1; kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf,
- TCK m. 209/1; açığa imzanın kötüye kullanılması,
- TCK m. 233/1; aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali,
- TCK m. 234/3; çocuğun kaçırılması ve alıkonulması,
- TCK m. 239/1,2; ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması,
- TCK m. 342/2; yabancı devlet temsilcisine hakaret.

Öte yandan yağma ve nitelikli yağma suçları hariç malvarlığına yönelik suçlar, aralarında TCK m. 167/2’de gösterilen derecede yakınlık bulunan kişilere karşı işlendiğinde soruşturma ve kovuşturma yapılması şikayete bağlıdır⁵⁸. Bu durumda örneğin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden biri diğeri aleyhine veya haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden biri diğeri aleyhine, basit veya nitelikli hırsızlık veya dolandırıcılık suçlarını işledi-

⁵⁸ TCK m. 167/2’ye göre yağma ve nitelikli yağma hariç malvarlığına yönelik suçlar; “haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerinden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi” halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması şikayete bağlıdır.

ğinde, suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olacağından, uzlaştırma yoluna gidilebilir. Aynı şekilde aslında yetişkinler açısından uzlaştırma kapsamında olmayan TCK m. 163'te düzenlenmiş olan "karşılıksız yararlanma" suçunun 2. fıkrasında düzenlenmiş olan "telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli ve şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma" suçu da ayrı evlerde yaşayan kardeşler açısından takibi şikayete bağlı bir suçta dönüşür ve uzlaştırma kapsamına girer. Bu durumda örneğin, aynı apartmanda karşılıklı dairelerde oturan kardeşlerden biri, diğerinin rızası olmadan onun internet hattından yararlanırsa, uzlaştırma yoluna gidilebilir.

Ayrıca TCK m. 11/2 gereğince bazı suçlar vatandaşı tarafından yabancı bir ülkede işlendiğinde takibi şikayete bağlı hale gelebilmektedir. TCK m. 11/2'ye göre, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezası gerektiren bir suç, Türk vatandaşı tarafından yabancı bir ülkede işlendiğinde muhakeme yapılması suçtan zarar görenin veya yabancı hükümetin şikayetine bağlıdır. Bu durumda bir Türk vatandaşı tarafından yabancı ülkede işlenen suçtan zarar gören gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi ise ve suç için öngörülen cezanın aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezası gerektiriyorsa, uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin diğer şartlar da gerçekleşirse uzlaştırma yoluna gidilebilir⁵⁹.

Uzlaştırma teklifinin kabul edilmiş olması şikayetten vazgeçildiği anlamına gelmeyeceği gibi, şikayetin geri alınması da uzlaştırmanın kabul edildiği anlamına gelmez⁶⁰.

6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa bile etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemiyordu. Bu düzenleme nedeniyle, aslında

⁵⁹ Centel/ Zafer, s. 528.

⁶⁰ Kaymaz/ Gökcan, s. 101.

uzlaştırmaya en elverişli suçlar olan malvarlığına karşı işlenen suçlar uzlaştırma dışında kalıyordu⁶¹. 6763 sayılı Kanun uzlaştırmamın kapsamını daraltan bu düzenlemeyi ortadan kaldırmıştır. Artık etkin pişmanlık kapsamında olan suçlar hakkında da uzlaştırma hükümleri uygulanabilir. Buna göre, TCK m. 168’de mala zarar verme, karşılıksız yararlanma, hırsızlık, dolandırıcılık veya güveni kötüye kullanma suçları bakımından etkin pişmanlık hükümlerinin öngörölmüş olması, uzlaştırma yoluna gidilmesine engel teşkil etmeyecektir.

2. Uzlaştırma Kapsamındaki Katalog Suçlar

CMK m. 253/1-b’de, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağılı olan suçlar dışında TCK’da yer alan bazı suçların da uzlaştırma kapsamında olduğı düzenlenmiştir. 6763 sayılı Kanun ile TCK m. 106’da düzenlenmiş olan tehdit, TCK m. 141’de düzenlenmiş olan hırsızlık ve TCK m. 157’de düzenlenmiş olan dolandırıcılık suçları uzlaştırma kapsamına alınarak CMK m. 253’ün uygulama alanı genişletilmiştir. Buna göre soruşturması ve kovuşturmasının şikayete bağılı olup olmadığına bakılmaksızın aşağıda yer alan suçlar uzlaştırma kapsamındadır:

TCK m. 86/1, kasten yaralama (3. fıkradayar alan nitelikli haller hariç),

TCK m. 88, kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi,

TCK m. 89/1, 2,3 ve4’de yer alantaksirle yaralama,

TCK m. 106/1,tehdit,

TCK m. 116/1, 2, 4, konut dokunulmazlığının ihlali,

⁶¹ Eski düzenlemeye ilişkin haklı eleştiriler için bkz. Nuhoglu, s. 88; Esra Akcan Alan, “Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına İlişkin Düzenlemeler”, *DEÜHFD*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3962, (s. 3949- 3997).

TCK m. 141, hırsızlık⁶²,

TCK m. 157, dolandırıcılık,

TCK m. 234/1, 2, 3, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması.

TCK m. 239/1, 2, 3; ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç TCK m. 239).

Re'sen kovuşturulan hırsızlık ve dolandırıcılık gibi suçların, CMK m. 253/1- b ile uzlaştırma kapsamına alınması, bu suçlarıntakibini şikayete bağli hale getirmez⁶³. Söz konusu suçlar re'sen kovuşturulmaya devam eder.

6763 sayılı Kanun ile genişletilmesine rağmen, uzlaştırma kurumunun kapsamı görecededir ve genişletilebilir⁶⁴. Kanaatimizcere'sen kovuşturulan, ancak kanunda öngörülen cezaları hafif olduğu veyabireysel nitelik arz ettiği için uzlaştırma kapsamına alınması mümkün olan başka suçlar da vardır. Örneğin: TCK m. 243'te yer alan bilişim sistemine girme, TCK m.163'te yer alan karşılıksız yararlanma, TCK m. 97/1'de düzenlenmiş olan terk ve TCK m. 98/1'de yer alan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçları uzlaştırma kapsamına alınabilir. Aynı şekilde TCK m. 245'te düzenlenmiş olan banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu da uzlaştırma kapsamındaki suçlar kataloğuna eklenebilir.

⁶² Özbek'e göre; CMK m. 100/3 bağlamında işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama nedeni var sayılabilecek suçlar arasında bulunan hırsızlık suçu ile ilgili olarak çoğu zaman otomatik tutuklama kararı verilmektedir. Hırsızlık suçunun basit şeklinin uzlaştırma kapsamına alınmış olması ile hırsızlık suçunda tutuklama nedeni varsayılabilmesi birbirine çelişmekte, dolayısıyla CMK m. 100/3'ün bu çerçevede gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bkz. Veli Özer Özbek, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 11, S. 32, Aralık 2016, s. 8, (s. 7-28).

⁶³ Nuhoglu, s. 89. Yargıtay 2. Ceza Dairesinin, E. 2006/6919, K. 2007/899 ve 25.01.2007 tarihli kararı için bkz. Kaymaz/ Gökcan, s. 101.

⁶⁴ Özbek, Veli Özer, s. 25.

3. Özel Kanunlarda Yer Alan Suçlar

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 253/2’de; “*soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir*” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu hükümden özel kanunlarda yer alan şikayete tabi suçların da uzlaştırma kapsamında olduğu anlaşılmaktadır⁶⁵. Ancak özel kanunlarda yer alan vere’sen kovuşturulan suçlara ilişkin olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi, kanunda açık bir düzenleme yapılmış olmasına bağlıdır.

Buna göre CMK m. 253 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan uzlaştırmaya ilişkin hükümler; mağdur veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması kaydıyla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu⁶⁶, Sınai Mülkiyet Kanunu⁶⁷, Türk Ticaret Kanunu⁶⁸, Kooperatifler Kanunu⁶⁹ ve Çek Kanu-

⁶⁵ Feridun Yenisey, “Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Uzlaştırma’ Hakkında Temel Bilgiler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Uzlaşma)*, İstanbul 2010, Özel Sayı 1, s. 15, (s. 7- 17); Yıldız, s. 114.

⁶⁶ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 71. maddesinin 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6 ve 2 numaralı fıkralarında yer alan manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçu ile 72. maddesinin birinci fıkrasında yer alan koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri takibi şikayete bağlı suçlardan olduğu için uzlaştırma kapsamına girmektedir.

⁶⁷ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 30. maddesinin 1, 2 ve 3. fıkralarında yer alan marka hakkına tecavüze ilişkin suçların takibi şikayete bağlı olduğundan, bu suçlar uzlaştırma kapsamındadır.

⁶⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 62. maddesinin 1-a, 1-b, 1-c, 1-d fıkralarında düzenlenen suçların takibi şikayete bağlıdır. Bu nedenle söz konusu suçlar uzlaştırma kapsamındadır.

⁶⁹ 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 25. maddesinde yer alan suçların takibi şikayete bağlıdır. Bu nedenle bu suçlar uzlaştırma kapsamındadır.

nu⁷⁰ gibi kanunlarda⁷¹ yer alantakibi şikayete bağlısuçlar hakkında da uygulanır⁷².

Öte yandan TTK m. 562/7’de, TTK m. 527’ye aykırı hareket edenlerin Türk Ceza Kanunu’nun m. 239 hükümlerine göre cezalandırılacağı düzenlenmiştir. TTK m. 527 anonim şirketlerin defter ve belgelerini görevleri nedeniyle inceleyen şahsıların sır saklama yükümlülüklerini düzenlemektedir. Dolayısı ile TTK m. 527’deki suç açısındanuzlaştırma hükümleri dolaylı olarak uygulama alanı bulur⁷³.

5941 sayılı Çek Kanunu’nun 15.7.2016 tarih ve 6728 sayılı Kanun’un 63. maddesi ile değişik m. 5/1’e göre, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikayeti üzerine binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur. 5941 sayılı Kanun’un 6. maddesinde etkin pişmanlık hükümleri yer alsa da 6763 sayılı Kanun ile etkin pişmanlık hükümleri uzlaştırmanın uygulanmasına engel olmaktan çıkartıldığı için, uzlaştırma hükümlerinin Çek Kanunu açısından da uygulanması mümkündür⁷⁴.

⁷⁰ 5941 sayılı Çek Kanunu’nun 7. maddesinin 4 ve 5. fıkralarında yer alan suçların takibi şikayete bağlıdır. Bu nedenle bu suçlar uzlaştırma kapsamındadır.

⁷¹ 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun’un 66/1-a ve 1-b maddeleri ile 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun’un 14/3 maddesinde yer alan suçlar da şikayete tabi olmaları nedeniyle uzlaştırma kapsamına girmektedir.

⁷² Yenisey, s. 15. Özel kanunlarda yer alan uzlaşma kapsamındaki suçlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, Nuri Berkay, s. 287 vd.

⁷³ Özgenç, Nuri Berkay, s. 297. Ancak TTK m. 563’te TTK m. 562’de yer alan suçların re’sen takip edileceği düzenlendiği için, TTK m. 562’de yer alan diğer suçlar uzlaştırma kapsamında değildir.

⁷⁴ Yargıtay Çek Kanunu ve uzlaştırmaya ilişkin CMK m. 253 hükümleri değiştirilmeden önce verdiği eski kararlarında karşılıksız çek suçları açısından uzlaştırmaya başvurmaya gerek olmadığı görüşünü savunuyordu. Bkz. YCGK E. 2005/ 10- 84, K. 2005/ 90, T. 5.7.2005. Bu dönemde Yargıtay’ın bu kararı kanunda açıkça öngörülme bir durumun yargı kararları ile oluşturulmaya çalışılmasının kanun koyucunun iradesine gölge düşürdüğü ve uzlaştırmının gönüllü olması nedeniyle taraflara bu yolu kapatmanın haklı dayanağı olmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Bkz. Özbek, *Uzlaştırma*, s. 306; Özgenç, Nuri Berkay, s. 299, dp. 308.

4. Suça Sürüklenen Çocuklar Bakımından Uzlaştırmanın Kapsamı

Kanun koyucu suça sürüklenen çocuklar bakımından uzlaştırmanın kapsamını genişletmiştir. CMK m. 253/1-c'ye göre; mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda uzlaştırma hükümleri uygulanacaktır.

Buna göre bir çocuğa isnat edilen suç; takibi şikayete bağlı suçlardan veya katalogda yer alanya da takibinin şikayete bağlı olup olmamasına bakılmaksızın hapis cezasının üst sınırı üç yılı geçmeyen suçlardan biri ise (suçun mağdurunun ya da suçtan zarar göreninin gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olması kaydıyla) uzlaştırma yoluna gidilecektir girecektir.

Çocuklar açısından uzlaştırmaya tabi suçlarda, üst sınır hesaplanırken ilgili suç tipinin nitelikli hallerine ilişkin yaptırım da dikkate alınır. Dolayısıyla suçun nitelikli halinin yaptırımı 3 yıldan az hapis cezasını gerektiriyorsa, uzlaştırma yoluna gidilmesi mümkündür. Ancak cezanın üst sınırı belirlenirken haksız tahrik, yaş küçüklüğü gibi indirim sebepleri göz önünde bulundurulmaz⁷⁵.

Bu durumda; TCK m. 243'de yer alan bilişim sistemine girme, TCK m. 163'te yer alan karşılıksız yararlanma, TCK m. 97/1'de düzenlenmiş olan terk, re'sen kovuşturulan mala zarar verme (TCK m. 142/4 göndermesi ile TCK m. 151) ve TCK m. 98/1'de yer alan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçları, suça sürüklenen çocuk açısından uzlaştırma kapsamındadır.

⁷⁵ Yenidünya, a. g. e..

5. Uzlaştırma Kapsamı Dışında Kalan Suçlar

CMK m. 253/3'te yer alan açık düzenleme gereğince soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemez. Örneğin, reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104/1), basit cinsel saldırı (TCK m. 102/1), eşe karşı nitelikli cinsel saldırı (TCK m. 102/2, 2. cümle) veya cinsel taciz suçlarında (TCK m. 105) uzlaştırma yapılması mümkün değildir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaştırma yoluna gidilemeyeceğine ilişkin düzenleme CMK m. 253/3'e 26.09.2009 tarih ve 5918 sayılı Kanun (m.8) ile girmiş olmasına rağmen, Yargıtay 14. Ceza Dairesi 06.10.2011 tarihinde hatalı bir şekilde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikayete bağlı olduğuna ve bu nedenle de uzlaştırma kapsamında olduğuna karar vermiştir⁷⁶.

Öğretide uzlaştırmanın cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar açısından da uygulanması gerektiğine ilişkin bir görüş⁷⁷ savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre; cinsel suçlarda uzlaştırma hükümlerinin uygulanması mağdurun menfaatinde. Zira, mağdur yargılama sürecinde beden muayenesi gibi usul işlemleri nedeniyle sürekli bir travma yaşar. Uzlaştırma müzakereleri gizli olduğundan, mağduruzlaştırma yoluyla bu tür travmalara karşı korunur. Uzlaştırma yoluyla mağdurun yaşadığı travmayı kısa sürede atlatması sağlanabilir⁷⁸.

Cinsel suçlarda uzlaştırmanın genel olarak mağdurun menfaatine olduğunu savunan bu görüşe⁷⁹ iştirak etmek mümkün değildir. Bu görüş ortaya ko-

⁷⁶ Y. 14. CD., E. 2011/246, K. 2011/507, T. 06.10.2011, Erişim: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=14cd-2011-246.htm&kw='2011/246'#fm>, Tarih: 20.12.2017.

⁷⁷ Özbek, *Uzlaştırma*, s. 297, dp. 25.

⁷⁸ Özbek, *Uzlaştırma*, s. 297, dp. 25.

⁷⁹ Özbek, *Uzlaştırma*, s. 297, dp. 25.

narken, cinsel suçun takibinin şikayete bağlı olup olmaması veya mağdurun çocuk veya yetişin olması arasında bir ayrım yapılmamaktadır. Ancak, öğretilerde son derece isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, cinsel suçlarda mağdura uzlaştırma teklifinde bulunulması dahi, insan onurunu zedeler⁸⁰. Ayrıca cinsel suçlarda uzlaştırma denemeleri başka suçların işlenmesine de neden olabilir⁸¹. Soruşturma veya kovuşturma işlemlerinin mağdur üzerindeki travmatik etkilerinden korunmak için uzlaştırma teklifinin kabul edileceği yaklaşımı, uzlaştırmının kişinin özgür iradesine dayanması ve gönüllü olması ilkeleri ile de çelişir. Mağdur psikolojik veya toplumsal baskıdan kurtulmak veya ceza muhakemesi işlemlerinden kaçınmak için uzlaşmayı kabul ediyorsa, orada gönüllülüğünden veya özgür iradede söz edilemez. Mağduru uzlaşmaya sevk eden saik, suçtan kaynaklanan maddi veya manevi zararının giderilmesi olmalıdır. Cinsel suçlarda ise suçtan kaynaklanan zararın uzlaştırma yoluyla giderilmesine çalışılması çok daha büyük ahlaki ve toplumsal sorunlara yol açar. Zira, böyle bir durumda cinsel ilişkinin satın alınması gibi durumlarla karşı karşıya kalınabilir. Örneğin takibi şikayete bağlı olan “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunda, mağdurpara karşılığı⁸² veya evlenme vaadi ile hatta belki, ailesi tarafından evlenmeye zorlandığı için uzlaştırma yapılabilir. Böyle bir uygulamanın yaratacağı sakıncaları göz ardı etmek mümkün değildir. Bu nedenle CMK m. 253/3’de şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün cinsel suçların uzlaştırma kapsamı dışında bırakılması son derece isabetli olmuştur.

Suçta sürüklenen çocuklar tarafından, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezası gerektiren cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç işlendiğinde, uzlaştırma hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususuna ayrıca de-

⁸⁰ Ayşe Nuhoğlu, “Uzlaşma Bakımından Şikayete Bağlı Suçlar”, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, İstanbul 2005, s. 284, (s. 281- 284).

⁸¹ Hamide Zafer, “Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması (TCK m. 73/8)”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, İstanbul Aralık 2006, s. 140, (s. 117- 140); Özgenç, Nuri Berkay, s. 301.

⁸² Bu sakıncalar konusunda haklı eleştiri için bkz. Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Kırıt/ Özyaydın/ Akcan/ Erden, s. 852.

ğınmek gerekir. Kanun koyucu CMK m. 253'ün 1. fıkrasında uzlaştırmının kapsamını belirlemiş, aynı maddenin 3. fıkrasında ise bu kapsam dışında kalan halleri düzenlemiştir. Uzlaştırmının kapsamına ilişkin bu sınır hem yetişkinler hem de suça sürüklenen çocuklar için getirilmiştir. Cinsel suçlardaki uzlaştırma yasağının çocuklar açısından herhangi bir istisnası bulunmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardaki uzlaştırma yasağının, suça sürüklenen çocuklar için geçerli olmadığı⁸³ yönündeki kanuna aykırı kararına, katılmak mümkün değildir.

Uzlaştırmının kapsamını daraltan diğer bir düzenleme de CMK m. 253/3'ün 2. cümlesinde yer almaktadır. Buna göre; uzlaştırma kapsamındaki bir suç ile uzlaştırma kapsamında olmayan bir başka suçun, birlikte işlenmesi halinde uzlaştırma hükümleri uygulanmaz. Örneğin, taksirli bir hareket ile bir kişinin ölümüne bir kişinin de yaralanmasına neden olunması durumunda, taksirle yaralama suçu (TCK m. 89) uzlaştırma kapsamında olmasına rağmen, taksirle öldürme suçu (TCK m. 85) uzlaştırma kapsamında olmadığından uzlaştırma yoluna gidilemeyecektir. Aynı şekilde, hırsızlık amacıyla mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde de normalde takibi şikayete bağlı olan mala zarar verme suçu, TCK m. 142/4 gereğince re'sen kovuşturulan bir suça dönüştüğü ve uzlaştırma kapsamı dışına çıktığı için, hırsızlık suçu açısından da uzlaştırma hükümleri uygulanamayacaktır. Kanaatimizce bu problemin aşılması ve mala zarar verme suçunun şikayete tabi olmaktan çıktığı hallerde dahi uzlaştırma kapsamında kalabilmesi için, TCK m. 151, TCK m. 253/1-b'de yer alan katalog suçlara eklenebilir.

⁸³ Y. 5. CD., E. 2006/2773, K. 2008/4612, T. 15.5.2008, Erişim: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5cd-2006-2773.htm&kw='20062773fm>, Tarih: 18.11.2017: "Sanığın suç tarihindeki yaşı ve lehe kanun değerlendirmesinde 5237 sayılı TCK'nun 103/1. maddesinde öngörülen cezanın alt sınırının 3 yıl olduğu gözetilerek 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 24. maddesi uyarınca uzlaşma kapsamında kaldığı, uzlaşmanın bir kovuşturma şartı olduğu ve suç tarihindeki lehe yasa ile müstesap hak hükümleri nazara alınarak öncelikle uzlaştırma işlemi yapılması gerektiğinin gözetilmemesi" bozma gerekçesi yapılmıştır.

CMK m. 253/3'ün 2. cümlesinde yer alan hüküm, kanun koyucunun uzlaştırmanın kapsamının ve uygulamasının genişletilmesi yönündeki iradesine aykırılık teşkil etmekte, dolayısıyla bu hükmün kaldırılması gerekmektedir⁸⁴. Ayrıca söz konusu düzenleme uygulamada da sorun yaratmaktadır. Zira bazı savcılıklarda, biri uzlaştırma kapsamında kalan, diğeri ise uzlaştırma kapsamında olmayan iki suçbirlikte işlendiğinde, mağdur aynı kişi ise uzlaştırma yoluna gidilmediği; mağdurların farklı kişiler olması halinde ise, dosyaların ayrılarak, uzlaştırma kapsamında kalan suç açısından uzlaştırma yoluna gidildiği aktarılmaktadır⁸⁵. Örneğin, A'nı B'yi sopayla dövmesi ve bu esnada da hakaret veya tehdit suçlarını işlemesi halinde, hakaret ve tehdit suçları uzlaştırma kapsamında olmalarına rağmen, silahla yaralama suçu uzlaştırma kapsamında olmadığı için, bu suçlar açısından da uzlaştırma yoluna gidilmemektedir. Ancak A'nın B'ye karşı sopayla yaralama, aynı anda C'ye karşı ise hakaret veya tehdit suçlarını işlendiğinde, dosyaların ayrıldığı ve C'ye karşı işlenen suçlar açısından uzlaştırma yoluna gidildiği uzlaştırmacılar tarafından ifade edilmektedir.

Yargıtay'ın da kimi kararlarında kabul ettiği⁸⁶ bu uygulamanın kanuna aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Zira kanun koyucu mağdur noktasında bir ayırım yapmayarak "birlikte işlenen" suçlara uygulanmak üzere bu hükmü ihdas etmiştir. Ancak kanuna uygun bir şekilde uygulansa dahi, CMK m. 253/3'ün 2. cümlesinde yer alan hüküm uzlaştırma müessesesinin mahiyetiyle örtüşmemektedir ve kaldırılması gerekir. Zira bu hükmün ihdasının arkasında yatan asıl neden olduğunu düşündüğümüz: "*uzlaştırma kapsamında olmayan suç varsa ve*

⁸⁴ Özbek, Veli Özer, s. 11.

⁸⁵ Bu husus uzlaştırmacı eğitimleri sırasında, özellikle savcılık kalemlerinde çalışan uzlaştırmacılar tarafından sıklıkla dile getirilmiştir.

⁸⁶ Y. 15. CD., E. 2017/35486, K. 2017/22946, T. 13.11.2017, Erişim: <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, Tarih: 10.2.2018: "... hükümlünün yeni kanun ile birlikte uzlaşma kapsamına alınan dolandırıcılık suçu yanında kapsam dışında kalan sahtecilik suçunu da işlemiş olması nedeniyle uzlaşma yoluna gidilmesinin mümkün olmadığı belirtilerek karar verilmiş ise de; hükümlünün şikayetçiler ..., ..., ... ve ...'e karşı eylemlerinde, sadece basit dolandırıcılık suçuyönünden yargılama yapıldığı, sahtecilik suçunun ise şikayetçi ...'a yönelik eylemde işlendiği, her bir şikayetçiye yönelik eyleminin birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği ...".

dosyanın uzlaştırma yoluyla kapanması mümkün değilse, uzlaştırma yoluna hiç gidilmesin” anlayışı, uzlaştırmanın barışçıl bir çözüm yolu olmasını göz ardı eden ve uzlaştırmayı yalnızca iş yükünün azaltılmasında bir araç olarak gören zihniyetin tezahürüdür. Oysaki uzlaştırma müessesesinde ön planda tutulması gereken amaç; iş yükünün azaltılması değil, uyuşmazlığın mağdur ve şüphelinin iradesi doğrultusunda barışçıl bir yöntemle çözülmesi olmalıdır.

Bununla beraber; birlikte işlenensuçların hepsi uzlaştırma kapsamına giriyorsa, uzlaştırma hükümleri bütün suçlara uygulanır. Örneğin; her biri uzlaştırma kapsamında olmak üzere yaralama, hakaret ve tehdit suçlarıbirlikte işlendiğinde, her bir suç için uzlaştırma yapılır. Aynı şekilde hırsızlık ve konut dokunulmazlığının ihlali suçları birlikte işlendiğinde de uzlaştırma yapılabilir. Esasen konut dokunulmazlığının ihlali suçu hırsızlık amacıyla işlendiğinde, tıpkı mala zarar verme suçu gibi şikayete bağlı olmaktan çıkar ve re’sen kovuşturulan bir suça dönüşür. Ancak CMK m.253/1-b’de şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın konut dokunulmazlığının ihlali suçunun uzlaştırma kapsamında olduğu açıkça belirtildiği; yani konut dokunulmazlığının ihlali suçu katalog suçlar arasında sayıldığı için, TCK m. 116 her durumda uzlaştırma kapsamındadır. Hırsızlık suçu da aynı maddede katalog suçlar arasında sayıldığından iki suç birlikte işlense bile, her biri içinayrı ayrı uzlaştırma yoluna gidilebilir.

Uzlaştırma kapsamına giren bir suç ile bu kapsama girmeyen bir suçun birlikte işlendiği ve kapsama girmeyen suç hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararının verildiği hallerde, bu kararın (itiraz süresinin geçmesi veya itirazın reddedilmesi suretiyle) kesinleşmesi üzerine kapsama giren suçla ilgili olarak uzlaştırma hükümleri uygulanır (Yönetmelik m. 10/3). Benzer şekilde biri uzlaştırma kapsamına giren diğeri girmeyen iki suç dolayısıyla yürütülen kovuş-

turma sonunda, uzlaştırma kapsamına girmeyen suçla ilgili olarak beraat kararı verilirse, diğer suça uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi gerekir⁸⁷.

Ön ödemeye tabi suçlar, uzlaştırmanın kapsamı dışında kalır. Kanun koyucu TCK m. 75/1'de önödemenin uygulanacağı suçları, uzlaştırma kapsamı dışında kalan suçlarla sınırlandırmıştır. TCK m. 75/1 gereğince yalnızca para cezası gerektiren veya yukarı sınırı altı ayı geçmeyen ve uzlaştırma kapsamı dışında kalan suçlarda önödeme hükümleri uygulanabilir. Bir suç uzlaştırma kapsamında ise, o suça ilişkin olarak artık önödeme hükümlerinin uygulanması ve o suç hakkında önödemeye müracaat edilmesi mümkün değildir⁸⁸. Yani önödeme kapsamına giren bir suç uzlaştırma kapsamına girebilir, ancak uzlaştırma kapsamına giren bir suç önödeme kapsamına girmez.

E. Yapılan Soruşturma Neticesinde Suçun İşlendiğine Dair Yeterli Şüpheye Ulaşılması

Bir suçun işlendiğinden haberdar olan yetkili merciler, derhal soruşturmaya başlamalıdır. Cumhuriyet savcısı soruşturma neticesinde, şüphelinin suçta işlediğine dair yeterli delile ulaşır ve suçun uzlaştırma kapsamında olduğunu tespit ederse, dosyayı uzlaştırma bürosuna gönderir (CMK m. 253/4). Suçun işlendiği hususunda yeterli delile ulaşılamazsa, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilmemelidir. Kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi halinde Cumhuriyet savcısı doğrudan kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermelidir. Diğer bir deyişle toplanan deliller itibarıyla kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi gereken hallerde, uzlaştırma yoluna gidilemez⁸⁹.

⁸⁷ Özbek, Veli Özer, s. 12.

⁸⁸ Ünver/Hakeri, s. 757; Yenisey/Nuhoğlu, s. 824. Uzlaştırmanın başarısız olması ve önödemenin mümkün olması durumunda önödemeye ilişkin hükümlerin uygulanabileceğine ilişkin görüş için bkz. Özbek, Veli Özer, s. 26.

⁸⁹ Özbek, Veli Özer, s. 13.

Dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesi, taraflara uzlaştırma teklifinde bulunulması veya uzlaştırma teklifinin taraflarca kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir (CMK m. 253/8). Uzlaştırma süreci başlamış olsa dahi Cumhuriyet savcısı soruşturmaya devam etmelidir.

F. Tarafların Uzlaştırma Teklifini Kabul Etmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 253/4'e göre; uzlaştırma yapılabilmesi için, taraflara uzlaştırma teklif edilmeli ve taraflar bu teklifi üç gün içerisinde kabul etmelidir. 6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce uzlaştırma teklifi Cumhuriyet savcısı veya onun talimatı üzerine adli kolluk görevlileri tarafından yapılıyordu. Ancak 6763 sayılı Kanun'dan sonra uzlaştırma teklifi yalnızca uzlaştırma bürosunca görevlendirilen uzlaştırmacı tarafından yapılabilir (CMK m. 253/4). Konuya ilişkin detaylı açıklamaya aşağıda uzlaştırma teklifi başlığı altında yer verilmiştir.

V. UZLAŞTIRMA USULÜ

A. Uzlaştırma Bürosu

6763 sayılı Kanun'unhakim, Cumhuriyet savcısı ve kolluk görevlilerini uzlaştırma süreci dışına çıkartması, uzlaştırmının ceza muhakemesi dışında bağımsız, sivil ve alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması açısından önemli bir adımdır. CMK m. 253'ün eski halinde yer alan, Cumhuriyet savcısının uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi bir avukatı veya hukuk öğrenimi görmüş birini de uzlaştırmacı olarak görevlendirebileceğine ilişkin 9. fıkrası 6763 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bundan sonra Cumhuriyet savcıları veya mahkemeler tarafından uzlaştırma yapılmayacak, dosyalar uzlaştırmacı görevlendirilmek üzere uzlaştırma bürolarına gönderilecektir. 6763 sayılı Kanun CMK m. 253'ün 24. Fıkrasını da değiştirmiştir. Yeni düzenlemeye

göre, her Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde uzlaştırma bürosu kurulacak ve bu bürolarda yeteri kadar Cumhuriyet savcısı ile personel görevlendirilecektir.

B. Dosyanın Büroya Gönderilmesi ve Kayıt

Bir suçla ilgili olarak soruşturma yapan Cumhuriyet savcısı, suçun uzlaştırma kapsamına girdiğini tespit eder ve söz konusu suçla ilgili iddianame düzenlemek için yeterli şüphe oluşturacak delil toplarsa, dosyayı “gönderme kararı” ile birlikte uzlaştırma bürosuna gönderir (Yönetmelik m. 10/2).

Uzlaştırma kapsamına giren bir suç ile bu kapsama girmeyen bir suçun birlikte işlendiği ve kapsama girmeyen suç hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararının verildiği hallerde, bu kararın (itiraz süresinin geçmesi veya itirazın reddedilmesi suretiyle) kesinleşmesinden sonra, uzlaştırma kapsamındaki suç hakkındaki dosya da uzlaştırma bürosuna gönderilir (Yönetmelik m. 10/3).

Hakkında uzlaştırma bürosuna gönderme kararı verilen dosya, Cumhuriyet başsavcısı veya Cumhuriyet başsavcı vekilinin görüldü işleminden sonra uzlaştırma bürosu tevzi havuzuna düşer. Dosya, Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendirilen Cumhuriyet başsavcısı vekili tarafından uzlaştırma bürosuna tevzi edilmesi ile kendiliğinden büro kayıt numarası alır (Yönetmelik m. 10/4).

C. Dosyanın İncelenmesi ve İade Kararı

Uzlaştırma bürosuna gönderilen dosyanın, uzlaştırmadan sorumlu Cumhuriyet savcısı tarafından ön incelemesi yapılır. Uzlaştırma bürosundan sorumu Cumhuriyet savcısı, soruşturma savcısının büroya gönderdiği dosyadaki suçun uzlaştırma kapsamında olup olmadığını ve “yeterli şüphenin tespitine yönelik, suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan delillerin toplanıp toplanmadığını” araştırır. Bu hususlarda bir eksiklik görmesi halinde, dosyayı “iade kararı” ile soruşturma bürosuna iade eder (Yönetmelik m. 11).

Esasen bu inceleme ile amaçlanan, soruşturma işlemleri tamamlanmadan uzlaştırma yoluna gidilmesine engel olmaktır. Uzlaştırma prosedürünün soruşturma işlemlerini aksatmaması ve özellikle delillerin kaybolmaması için, toplanması gereken bütün deliller toplandıktan ve kamu davası açmak için yeterli şüphe oluşturacak delile ulaşıldıktan sonra uzlaştırma yoluna gidilmelidir. Bu nedenle söz konusu ön inceleme titizlikle yapılmalıdır.

D. Uzlaştırımcı Görevlendirilmesi

Uzlaştırma bürosundan sorumlu Cumhuriyet savcısının büroya gönderilen dosya üzerinde yaptığı ön inceleme neticesinde; suçun uzlaştırma kapsamında olduğunu ve suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan delillerin toplandığını tespit etmesi halinde, uzlaştırımcı görevlendirilir. Uzlaştırımcı görevlendirmesi uzlaştırma bürosundan sorumlu Cumhuriyet savcısının onayıyla, Daire başkanlığı tarafından belirlenen listeden yapılır (Yönetmelik m. 12/1).

Uzlaştırımcı sicilineve uzlaştırımcı listelerine yalnızca avukatlar ve hukuk öğrenimi görmüş kişiler kayıt yaptırabilir (CMK m. 253/24). Uzlaştırımcı siciline kayıt olabilmek için avukatlar yönünden baroya kayıtlı olma şartı getirilmiştir. Hukuk öğrenimi görmüş olanlar açısından ise; üniversitelerin hukuk fakültelerinden mezun olma veya programlarında hukuk ya da hukuk bilgisine yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat veya maliye alanlarında en az dört yıllık yükseköğrenim yapmış olma şartı aranmaktadır⁹⁰ (Yönetmelik m. 48/2-ç).

⁹⁰ Özbek'e göre; "hükümde yer alan hukuk öğrenimi görmüş kişiler ifadesinin ne anlama geldiği belirsizdir. Yasakoyucunun böyle bir ifadeye yer vermekle hukuk fakültesi mezunu olmayanlara da uzlaştırımcı olabilme imkanı vermek istediği söylenebilir ise de kanımızca bu ifade bu amaca ulaşmak bakımından yeterli değildir. Zira ülkemizde hukuk fakülteleri dışında hukuk öğrenimi veren bir kurumun olduğunu kabul etmek hukuk fakültelerini anlamsızlaştırır. Eğer amaç hukuk fakültesi mezunu olmayanlara bu yolu açmak ise (yapılması gereken) dolambaçlı ve hukukten sorunlu ifadeler yerine açıkça bu kişileri saymak olmalıdır. Bizce kanundaki bu ifade avukatlar ve avukat olmayan hukuk fakültesi mezunları şeklinde anlaşılmalıdır..." Bkz. Özbek, Veli Özer, s. 21.

Hukuk fakültesi dışındaki alanlardan mezun olanların, uzlaştırmacı siciline kayıt başvurusunda bulunurken “not dökümüne ilişkin belgenin onaylı örneğini” başvuru dilekçesine eklemeleri gerekmektedir (Yönetmelik m. 48/2-b). Ancak not döküm belgesinin ne şekilde inceleneceğine ilişkin yönetmelikte açık bir düzenleme yapılmamıştır. Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, uzlaştırmacı eğitimi izni verdiği kurumlara göndermiş olduğu yazıda⁹¹; Hukuk Fakültesi mezunlarının yanı sıra, sayılan hukuk derslerinden en az ikisini görmüş olmak şartıyla; Siyasal Bilgiler Fakültesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İktisat Fakültesi ve İşletme Fakültesi mezunlarının da uzlaştırmacı eğitimine başvurabileceğini belirtmiştir. Söz konusu iki ders; “anayasa hukuku, ceza hukuku genel hükümler, ceza hukuku özel hükümler, ceza muhakemesi hukuku, hukuk başlangıcı/ hukuka giriş/ hukukun temel kavramları/ temel hukuk, ticaret hukuku, iş hukuku, borçlar hukuku” derslerinden ikisi olabilir.

Kanaatimizce not dökümünde en az üç hukuk dersi aranmalı ve bunlardan en az biriceza hukuku veyaceza muhakemesi hukuku dersi olmalıdır. Çünkü uzlaştırmacının uzlaştırma işlemlerini gereği gibi yerine getirilebilmesi için ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun temel kavramlarına vakıf olması gerekmektedir. Ayrıca sayılan derslere ilişkin toplam ders saati gibi objektif bir kriter belirlenmesi ve böylece sicile kayıta eşitliğin ve yeknesaklığın sağlanması da son derece isabetli olacaktır.

Diğer yandan uzlaştırmacı siciline kayıt için başvuruda bulunacak kişinin fiilen yürütmekte olduğu asıl mesleğin mevzuatında, uzlaştırma faaliyetini yürütmesine engel bir hüküm bulunmamalıdır (Yönetmelik m. 48/4). Örneğin; 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 48. maddesinin 4. Fıkrasında hakim ve savcılarının kanunda belirlenenden başka, resmi veya özel hiçbir görev

⁹¹ Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı tarafından, Sakarya Üniversitesi Rektörlüğü’ne gönderilen, 05.10.2017 tarih, 38360930-050-0017-2017-E.5462471 sayılı yazı.

alamayacakları, kazanç getirici faaliyette bulunamayacakları düzenlenmiştir⁹². Bu hüküm karşısında hakim ve savcıların görevlerine devam ettikleri sürece, uzlaştırmacı siciline kayıt yaptırmaları mümkün değildir. Kanaatimizce, kendi özel mevzuatlarında engel bir düzenleme olmadığı sürece, kamu görevlileri uzlaştırmacı olarak görev yapabilir. Uzlaştırma, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 28'e göre; tüccar veya esnaf sayılmayı gerektirecek bir faaliyet olmadığından, kamu görevlileri açısından ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamında değerlendirilmemelidir. Yönetmelikte açık bir hüküm bulunmamakla birlikte⁹³, kamu görevlilerinin uzlaştırmacı olarak görev yapmalarının önünde kanuni bir engel olmadığını düşünmekteyiz.

Ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı yargı çevresinde yeteri kadar uzlaştırmacı bulunmaması halinde, en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı listesinden görevlendirme yapılır (Yönetmelik m. 12/2). Hakimin davaya bakamayacağı haller (CMK m. 22) ile hakimin reddi sebepleri (CMK m. 24, 25) uzlaştırmacının görevlendirilmesi sırasında dikkate alınır (CMK m. 253/10; Yönetmelik m. 28). Dolayısıyla uzlaştırmacı suçtan kendisi zarar görmüşse; sonradan kalksa bile şüpheli, sanık, mağdur veya suçtan zarar görenle arasında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi varsa; taraflardan birinin kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise; taraflardan biriyle arasında evlatlık ilişkisi varsa; bu kişilerle arasında üçünü derece dahil kan hısımlığı varsa; evlilik sona ermiş olsa bile bu kişilerle arasında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa; aynı soruşturma veya dava dosyasında savcı, adli kolluk görevlisi, müdafii veya vekil olarak görev yapmışsa; soruşturma veya dava konusu ile ilgili olarak tanık veya bilirkişi olarak dinlenmişse, uzlaştırmacı

⁹² 26 Şubat 1983 tarih ve 17971 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m. 48/4'e göre: "Hakim ve savcılar, kanunlarda belirlenenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar, kazanç getirici faaliyetlerde bulunamazlar."

⁹³ Yönetmelik m. 48/3-g'de yer alan "Disiplin yönünden meslekten veya memuriyetten çıkarılmamış ya da geçici olarak yasaklanmamış olmak" hükmü kamu görevlilerinin de sicile kayıt olabileceği şeklinde yorumlanabilir.

olarak görev yapamaz. Uzlaştırıcının taraflardan biriyle yakın arkadaşlık veya ticari ilişki içinde olması gibi tarafsızlığını şüpheye düşüren bir nedenin bulunup bulunmadığı da görevlendirme esnasında dikkate alınmalıdır.

Uzlaştırıcı görevlendirildikten sonra, uzlaştırma bürosu personeli dosyanın uzlaştırıcıya tevdi edildiğini telefon, SMS veya diğer elektronik araçlarla taraflara bildirir (Yönetmelik m. 12/3, m. 40). Bu husus uzlaştırma çağrısında bulunmak üzere taraflarla ilk kez iletişime geçen uzlaştırıcının kimliğinin doğrulanması bakımından önemlidir.

Soruşturma aşamasında görevlendirilen uzlaştırıcıya, dosyada yer alan ve Cumhuriyet savcısı tarafından uygun görülen belgelerin birer örneği verilir (CMK m. 253/11)⁹⁴. CMK m. 254/1'de kovuşturma aşamasında suçun uzlaştırma kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderileceği düzenlenmiştir. Ancak uzlaştırma bürosuna dosyanın tamamı gönderilmez. Kovuşturma aşamasında dosyadaki belgelerden hangilerinin uzlaştırma bürosuna gönderileceğine yani uzlaştırıcıya verileceğine hakim karar verir (Yönetmelik m. 22/3). Uzlaştırıcıya verilmesi gereken belgeler; özellikle şüpheli ve mağdur ifadeleri, trafikte meydana gelen olaylarda kaza tespit tutanakları, kasten veya taksirle yaralama suçlarında hastane raporları ile uzlaştırma için gerekli olması halinde tanık beyanlarıdır. Verilen belgelerin yeterli olmadığına kanaat getiren uzlaştırıcı, diğer belgeleri Cumhuriyet savcısından veya mahkemeden talep edebilmelidir⁹⁵.

⁹⁴ Yenisey/ Nuhoglu'na göre; tarafsız ve bağımsız olan uzlaştırıcının görevi maddi meseleyi halletmek değildir. Bu nedenle dosya içeriğini hiç bilmemelidir. Bkz. Yenisey/ Nuhoglu, s. 829.

⁹⁵ Çetin, s. 24.

E. Uzlaştırma Teklifi⁹⁶

Uzlaştırma bürosu tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli, sanık, katılan, mağdur veya suçtan zarar görene uzlaştırma teklifinde bulunur. Uzlaştırmacı kendisine tevdi edilen görevi bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. Görevinin icrasını kısmen de olsa başka bir kimseye bırakamaz (Yönetmelik m. 7/11).

Şüpheli, sanık, mağdur veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaştırma teklifi kanuni temsilcilerine yapılır (CMK m. 253/4; Yönetmelik m.29/1). Çocuklar uzlaşma iradelerini yasal temsilcinin onayı ile açıklayabilir⁹⁷. Bu süreçte çocuğun on sekiz yaşını doldurması ve reşit olması halinde; velayet yetkisi ortadan kalkacağından, uzlaştırma işlemleri reşit olan şahsın kendisiyle yürütülür.

Uzlaşma, mağdurun zararının giderilmesi konusunda fail açısından borç doğuran bir işlemdir. Medeni Kanun m. 16/1 gereğince temyiz kudretine sahip küçükler ve kısıtlılar kendilerini borç altına sokan bir işlemi yalnızca yasal temsilcilerinin rızasıyla yapabilirler⁹⁸. Bu nedenle uzlaştırma teklifinin reşit olmayanların yasal temsilcilerine yapılması isabetli olduğu gibi, teklifin kabul veya reddinde de yasal temsilcinin onayı önemlidir. Uzlaştırma teklifinin kabul veya reddine ilişkin çocuk ile yasal temsilcinin iradelerinin çatışması halinde ise, kanaatimizce yasal temsilcinin çocuğun menfaatlerini gözeten iradesine üstünlük tanınmalıdır. Dolayısıyla, çocuk uzlaştırma teklifini reddetse bile, uzlaştı-

⁹⁶ Söz konusu işlem Kanun'un 253. maddesinin 4, 5, 8, 16 ve 21. fıkralarında "uzlaşma teklifi", aynı maddenin 25. fıkrasında ise "uzlaştırma teklifi" olarak ifade edilmiştir. Uzlaştırmacı tarafından taraflara iletilen teklifin uzlaştırma sürecine katılımı sağlamak amacıyla yapılması nedeniyle "uzlaştırma teklifi" ifadesinin daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Bu nedenle çalışmalarımızda söz konusu işlem "uzlaştırma teklifi" olarak ifade edilmiştir.

⁹⁷ Kaymaz/ Gökcan, s. 143.

⁹⁸ Uzlaşmanın sağlanması halinde, edimin kim tarafından yerine getirileceği uzlaşma raporunda açıkça gösterilmelidir. Zira maddi bir edim belirlendiğinde, edimin yerine getirilmemesi halinde İİK m. 38 gereğince ilam niteliğinde olan uzlaşma raporu ile çocuğun kanuni temsilcisi aleyhine icra takibi yapılabilir.

ma çocuğun menfaatlerine daha uygun ise, kanuni temsilcisi teklifi kabul edebilir.

Bununla birlikte, uzlaştırma teklifinin çocuğun kanuni temsilcisine yapılması, çocuğun uzlaştırma süreci dışına çıkartıldığı anlamına gelmez. Uzlaştırma süreci ve neticesi çocuğu yakından ilgilendirdiğinden, müzakerelerin her safhasında çocuğun da görüşü alınmalı ve süreç onun durumuna göre şekillendirilmelidir⁹⁹.

Kanunda uzlaştırma teklifinin reşit olmayan kişilerin kanuni temsilcilerine yapılacağı açıkça düzenlenmiş, ancak kısıtlılar ve ayırt etme gücü bulunmayanlar konusunda sessiz kalınmıştır. Söz konusu eksiklik yönetmelikle giderilmiştir. Yönetmeliğin 29. maddesinin1. fıkrasına göre; çocuklarda olduğu gibi şüpheli, sanık, katılan, mağdur veya suçtan zarar görenin kısıtlı olması ya da mağdur veya suçtan zarar görenin ayırt etme gücünün bulunmaması durumunda da uzlaştırma teklifi kanuni temsilcilerine yapılır.

Müştekinin veya suçtan zarar görenin özel hukuk tüzel kişisi olması halinde vekaletnamede özel yetki varsa vekile de uzlaştırma teklifinde bulunulabilir (Yönetmelik m.29/2).

Uzlaştırmacı uzlaştırma teklifini tarafları davet ederek, onlarla yüz yüze görüşerek, sözlü olarak yapmalıdır. Sözlü teklif uzlaştırmacının mahiyeti, uzlaşmanın ve uzlaşmamanın hukuki sonuçları ile uzlaştırmacının ve tarafların süreçteki rolü ve tarafların hakları açıklanarak yapılır. Uzlaştırmacı bu açıklamaları yaptıktan sonra, teklifte bulunduğu tarafa yönetmelik ekinde yer alan EK-4'deki "uzlaşma teklif formunu" imzalatır.

Bununla birlikte uzlaştırmacı uzlaştırma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yolu ile de yapabilir (CMK m. 253/4). Tebligat, istinabe veya

⁹⁹ Özgenç, Nuri Berkay, "... Çocuklarda Uzlaşma", s. 72.

SEGBİS aracılığı ile uzlaşma teklifi, uzlaştırma bürosu aracılığı ile yapılacaktır (Yönetmelik m. 29/3). Uzlaştırmacının kendi başına tebligat yapması veya hızlı posta hizmetlerini kullanması mevzuata aykırıdır. Tebligat, istinabe veya SEGBİS aracılığı ile uzlaştırma teklifi yapma yetkisi yalnızca uzlaştırmacıya verildiği için uzlaştırma bürosunda görevli bulunanlar veya Cumhuriyet savcısı, taraflara kendiliğinden tebligat yoluyla uzlaşma teklifinde bulunamaz. Diğer yandan, uzlaştırma teklifi bir soruşturma işlemi olmadığından, davete icabet edilmemesi durumunda ilgililerin zorla getirilmesi mümkün değildir¹⁰⁰.

Uzlaştırmacı, uzlaştırma teklifinde bulunmak için taraflara ulaşmakta zorlanıyorsa, uzlaştırmadan beklenen fayda sağlanamaz. Zira uzlaştırma uyuşmazlığın hızlı ve barışçıl yolla çözülmesi amacıyla getirilmiş bir kurumdur. Taraflara ulaşılamaması ihtimali dikkate alınarak CMK m. 253/6'da özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre; *“resmi mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma yada başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanuni temsilcilerine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.”*

Uzlaştırma müzakerelerine geçilebilmesi, uzlaştırma teklifinin taraflarca kabul edilmesine bağlıdır. Taraflar hiçbir zorlama ve baskı olmaksızın, tamamen özgür iradeleri ile uzlaştırma teklifini kabul etmelidir¹⁰¹. Teklif öncesinde taraflar hakları, uzlaştırmacının hüküm ve sonuçları konusunda aydınlatılmalıdır. Söz konusu aydınlatma CMK m. 253/5 gereğince uzlaştırmacı tarafından yapılır. Uzlaştırmacı, uzlaştırma teklifinde bulunurken öncelikle taraflara; hakları, uzlaştırmacının mahiyeti, uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçları

¹⁰⁰ “... uzlaşma kurumunun bir “soruşturma işlemi” olmaması ve uzlaşma kurumunun tarafların iradeleriyle gerçekleştirebilecekleri bir yasal barış yolu olması nedeniyle, kanun koyucunun, uzlaşma hükümlerinin teklifi ya da uygulanabilmesi amacıyla kişilerin zorla getirilmesine izin vermediği anlaşılmaktadır...” Y. 4. CD., E. 2006/9889, K. 2007/970, T. 31.01.2007, aktaran: Kaymaz/Gökcan, s. 50, dp. 19.

¹⁰¹ Kaymaz/ Gökcan, s. 141.

(Yönetmelik m. 5/5), uzlaştırma sürecinde kendisinin ve tarafların rolleri, yükümlülükleri ve uzlaştırma sürecinin nasıl işleyeceği konusunda bilgi verir (Yönetmelik m. 5/8). Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, tarafların uzlaştırma kurumunu yeterince anlayamamaları ve teklifi reddetmeleri sonucunu doğurur. Öte yandan uzlaşmanın hukuki sonuçlarını tam olarak anlamadan uzlaşmayı kabul eden mağdur veya suçtan zarar gören de ileride suça konu olay nedeniyle tazminat talep edememek gibi önemli hak kayıpları ile karşı karşıya kalabilir. Bu tür hak kayıplarına ve yeni mağduriyetlere neden olmamak için, uzlaştırmacı tarafları aydınlatma yükümlülüğünü titizlikle yerine getirmelidir.

Uzlaştırma iki taraflı bir işlemdir. Teklifin taraflarca veya kanuni temsilcilerince kabul edilmesi ile uzlaştırma yoluna girilir. Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için; mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir (Yönetmelik m.7/3).

Mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi şartı; bir suç nedeniyle birden çok kişinin mağdur veya suçtan zarar gören olması durumunda geçerlidir. Esasen birden fazla suç olduğu halde, suçların içtimaı hükümlerince tek ceza verilmesi gerekse dahi, her bir suç bağımsız olarak varlığını koruyacak, her suç için uzlaştırma hükümleri ayrı ayrı uygulanacaktır (Yönetmelik m. 7/4). Dolayısıyla yönetmeliğin 7. maddesinin 3. fıkrası ancak suçun konusunun aynı olması ve bu konunun birden fazla kişiye ait olması hallerinde uygulama alanı bulur¹⁰². Örneğin; hırsızlık suçunda suçun konusu olan eşyanın birden fazla kişiye ait olması, konut dokunulmazlığını ihlal suçunda konutta birden fazla kişinin yaşaması gibi durumlarda ortada tek bir suç olmasına ve bu suç aynı olmasına karşın birden çok mağdur bulunduğu için çalı-

¹⁰² Mustafa Ruhan Erdem/Ferda Eser/Pelin Pakize Özşahinli, 6763 Sayılı Kanuna ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğine Göre Güncellenmiş 100 Soruda Uzlaştırma, Uzlaştırmacının Elkitabı, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 142.

nan malın veya konut hakkına sahip olanların hepsi uzlaştırma teklifini kabul etmelidir.

Diğer yandan taksirle yaralama suçunun bir fiille birden fazla kişiye karşı işlendiği hallerde, TCK m.89/4 gereğince tek bir ceza öngörülmesine rağmen her bir suç için ayrı ayrı uzlaştırma yoluna gidilir. Aynı şekilde bir fiille birden fazla kişiye karşı hakaret suçunun işlendiği hallerde aynı neviden fikri iştima hükümleri uygulanıp tek ceza verilecek olmasına rağmen her suç için ayrı ayrı uzlaştırma yoluna gidilir.

Olayda birden fazla fail olduğunda ise, uzlaştırma teklifini bazılarının kabul edip, diğerlerinin reddetmesi önemli değildir. Uzlaştırma teklifini hangi fail veya suç ortağı kabul etmişse, müzakereler onunla yürütülür ve olumlu sonuçlanması halinde uzlaşmanın sonuçları onun hakkında hüküm doğurur¹⁰³. Konuya ilişkin CMK m. 255’de özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre; aralarında iştirak iradesi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır.

Taraflar uzlaştırma teklifini kabul edebilecekleri gibi, ret de edebilirler. Uzlaştırma teklifinin reddi açık veya zımni olabilir. Zımni ret kanunda iki yerde düzenlenmiştir. İlk olarak, şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören kendisine uzlaştırma teklifinde bulunulduktan sonraki üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır (CMK m. 253/ 4). İkinci zımni ret kararı ise CMK m. 253/13’de düzenlenmiştir. Buna göre; uzlaştırma teklifi kabul edilmesine ve müzakerelere başlanmış olmasına rağmen, şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanuni temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşma reddedilmiş sayılır. Ancak müzakereye katılmayan tarafın haklı bir mazereti varsa, uzlaşmayı reddetmiş sayılmaz.

¹⁰³ Metin Feyzioğlu, “Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, C. I, İstanbul 2008, s. 336, (s. 331- 337).

Uzlaşmayı reddetmiş sayılma, müzakereye katılmama konusunda haklı bir mazeretin bulunmaması ile sınırlanmıştır (Yönetmelik m. 31).

Uzlaştırma teklifinin kabulü şüpheli ya da sanığın suçu ikrar ettiği anlamına gelmez. 5560 sayılı kanun öncesinde uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için şüpheli veya sanığın suçu ve suçtan doğan sorumluluğu kabul etmesi gerekmekte ve suçun kabul edilmesi ikrar ile aynı anlama gelmekteydi¹⁰⁴. 5560 sayılı kanunla birlikte uzlaştırma kurumuna yabancı olan¹⁰⁵ failin suçü kabullenmesi zorunluluğu kaldırılmış; suçun uzlaştırma kapsamında olması ve soruşturma sonunda yeterli şüpheye ulaşılması durumunda uzlaştırma yoluna gidileceği düzenlenmiştir. Ancak uzlaştırma teklifini kabul eden şüpheli veya sanığın suçu ikrar ettiği yönündeki algı halen devam etmektedir. Bu durum şüpheli veya sanıkların uzlaştırma yerine, mağdurun şikayetinden vazgeçmesini sağlama yolunu tercih etmelerine neden olmaktadır¹⁰⁶.

Şüpheli esasen isnat edilen fiille hiçbir ilgisi olmadığı yahut bir ilgisi bulunmakla birlikte gerçekleştirdiği fiil, bir suç tipine uygun olmamasına rağmen, ceza yargılamasına muhatap olmamak için uzlaştırma teklifini kabul etmiş olabilir. Yalnızca ceza yargılamasında sanık olmanın bile kişilerin lekelenmesine yol açabileceği göz önüne alındığında, masum kişilerin de ceza tehdidinden veya isnadın duyulmasından çekinerek uzlaştırma yoluna gidebileceği kabul edilmelidir. Diğer yandan soruşturma aşamasında yeterli şüpheye ulaşıldıktan sonra uzlaştırma teklifi yapılmaktadır. Ortada kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olmadığı halde, sırf alternatif çözüm yollarından birine yönelmesi nedeniyle

¹⁰⁴ Erdener Yurtcan, CMK Şerhi, 3. ve 4. Yargı Paketlerine Göre Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara 2013, s. 1253. Alman ceza muhakemesi hukukunda ise fail mağdur uzlaştırması için suçun koşulsuz ikrarı kategorik olarak aranmasa da şüphelinin fail veya suç ortağı olduğunu kabul etmesi gerekmektedir. Bkz. Michaelis, JA 2005, s. 830.

¹⁰⁵ Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız / İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2015, s. 939.

¹⁰⁶ Yenedünya, a. g. e..

şüphelinin suçu ikrar ettiğinin kabulü masumiyet (suçsuzluk) karinesinin ve lekelenmeme hakkının ihlaline sebebiyet verir.

Uzlaştırma teklifinin şüpheli veya sanık tarafından kabul edilmiş olması hakimin vicdani kanaatini de etkileyebilir. Bu nedenle uzlaştırma sürecinin olumsuz sonuçlanması durumunda, özellikle şüpheli veya sanığın uzlaştırma teklifini kabul edip etmediğinden hakimin haberdar olmaması önemlidir. Diğer yandan uzlaştırma teklifi kabul edilir ve müzakereler uzlaşma ile sonuçlanırsa, uzlaştırmacı hazırlayacağı raporda yalnızca ne surette uzlaşıldığına ilişkin ayrıntılı bilgi vermeli, müzakereler sırasında suçun işlenmesine ilişkin olarak yapılan açıklamalara yer vermemelidir (Yönetmelik m. 25/2).

Uzlaştırma teklifinin ne zaman yapılacağı hususunda yönetmelikte önemli bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; fiilin (suçun) işlendiği tarihten itibaren bir aylık süre geçmeden uzlaştırma teklifi yapılamaz (Yönetmelik m. 12/5) Kanaatimizce taraflar arasındaki çekişmenin ve husumetin azalması için bir bekleme süresi öngörülmesi isabetli olmuştur. Olayın sıcaklığı geçmeden yapılacak bir teklif kuvvetle muhtemel reddedilecek ve uzlaştırmamanın bir kez sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemeyecektir (CMK m. 253/18). Yönetmelikte yer alan bir aylık süre geçmeden evvel uzlaştırma teklifi yapılır ve reddedilirse, usulüne uygun bir uzlaştırma işlemi olmadığından CMK m. 253/18'in uygulanmamalı ve tekrar uzlaştırma yoluna gidilebilmelidir.

Ayrıca 18.01.2013 tarih ve 28532 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren “6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği”nin 35. maddesinin 3. fıkrasında da özel bir uzlaştırma teklif süresi öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre; bu kanun ve yönetmelik gereğince alınması gereken veya alınmış bir koruyucu veya önleyici tedbir kararı söz konusu olduğunda, kararın alınması ve yerine getirilmesi aşamasında şiddet mağduru ile şiddet uygulayan arasında

uzlaşma önerilemez. Söz konusu düzenlemeden 6284 sayılı kanun kapsamında koruyucu veya önleyici tedbir alınmasını gerektiren durumlarda uzlaştırma teklifi yapmak için öngörülen soğuma süresinin, tedbirin uygulanmasına son verilinceye kadar uzayacağı anlaşılmaktadır.

Uzlaştırma teklifi uzlaşmanın mahiyeti ile uzlaşmayı kabul veya reddetmenin hukuki sonuçlarının bulunduğu uzlaştırma teklif formunda yer alan bilgilerin açıklanması ve teklif formunun hazır bulunan ilgiliye imzalatılarak bir nüshasının kendisine verilmesi suretiyle yapılır. Bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiği ve uzlaştırma teklifinde bulunduğu ilişkin imzalı formun örneği uzlaştırma evrakı içine konulur (Yönetmelik m.29/5).

Uzlaştırma, taraflara iletişim araçları ile ulaşamazsa, teklif formunu vermek suretiyle uzlaştırma bürosuna başvurur. Bundan sonra, taraflara yapılacak açıklamalı uzlaştırma teklifi uzlaştırma bürosu aracılığıyla yapılır (Yönetmelik m.29/6).

Yönetmelikte uzlaştırma teklifinin yanında bir de uzlaştırma çağrısı düzenlenmiştir. Buna göre; uzlaştırma teklifinde bulunmak için çağrı; telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanarak da yapılabilir. Ancak bu çağrı uzlaştırma teklifi anlamına gelmez (Yönetmelik m.29/7). Bu çağrının yapılmasında herhangi bir sınırlama olmadığından birden çok kez yapılabilir. Tarafların çağrıya uymaması ve davete icabet etmemesi uzlaştırma teklifinin reddedildiği anlamına gelmez.

F. Uzlaştırma Müzakerelerinin Yürütülmesi

Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, sanık, katılan, mağdur, suçtan zarar gören, kanuni temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, sanık, katılan, mağdur, suçtan zarar görenin kendisi veya kanuni temsilcisi, müdafî ya da vekilinin haklı bir mazeret olmaksızın müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde,

ilgili taraf uzlaştırmayı kabul etmemiş sayılır (Yönetmelik m.31/1). Uzlaştırmada taraflarının müzakerelere bizzat katılması şart koşulmamış ancak taraflardan birinin kendisi veya temsilcisinin müzakere süreçlerine katılmaması zımni ret olarak değerlendirilmiştir.

Müzakere süreci içerisinde, tanışma, bilgi toplama, problemleri sınırlama, tarafların tekliflerini belirleme, teklifler üzerinde müzakere, uzlaşmaya varma, raporun düzenlenmesi gibi aşamalar vardır¹⁰⁷. Uzlaştırma müzakerelerine başlamadan önce uzlaştırmacı; uzlaştırmanın temel ilkelerini, kendisinin tarafsızlığını, uzlaştırma sürecini ve sonuçlarını, kendisinin ve tarafların uzlaştırmadaki işlevlerini ve gizlilik yükümlülüğünü açıklayarak tarafların uzlaştırma sürecini anlamasını sağlamakla yükümlüdür (Yönetmelik m. 5/8).

Uzlaştırma süresi içinde birden fazla müzakere yapılabilir. Uzlaştırmacı müzakerelerde izlenecek yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir. Cumhuriyet savcısı müzakerelerin kanuna uygun yürütülmesi amacıyla uzlaştırmacıya talimat verebilir (CMK m. 253/14;Yönetmelik m. 31/2).

Müzakerelerde uzlaştırmacı, tarafların hepsiyle aynı anda bir araya gelebileceği gibi bir kısmı ile de toplantı yapabilir. Kural olarak müzakerelerin yüz yüze yürütülmesi gerekir. Bu hem tarafların birbirlerini anlaması hem de uzlaştırmacının uzlaştırma kabiliyetini kullanabilmesi ve tarafları süreci olumlu sonuçlandırmaya ikna edebilmesi bakımından önemlidir. Ancak tarafların ortak müzakereye yanaşmaması veya ortak müzakerenin mümkün olmaması halinde uzlaştırmacının taraflarla ayrı ayrı görüşmesi de mümkündür (Yönetmelik m.31/3). Bunun yanında, ihtiyaç duyulması halinde müzakereler görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle de yapılabilir (Yönetmelik m.31/4). Bu yöntem özellikle tarafların farklı şehirlerde oturması ve ortak top-

¹⁰⁷ Detaylı bilgi için Bkz. Özgenç, Nuri Berkay, s. 362-367.

lantı yapılmasının zor olduğu hallerde müzakerelerin yürütülmesibakımından önemlidir.

Uzlaştırmanın tarafsız olması kadar tarafsız görünmesi de önem arz eder. Bu nedenle, zorunluluk olmadıkça müzakereler her iki tarafın da katılımıyla yapılmalıdır. Şayet ortak müzakere sırasında, uzlaştırma için zorunlu görülür ve taraflardan biriyle özel görüşme yapılırsa, o tarafın kayırıldığı intibasını uyardırmamak için diğeriyle de özel bir görüşmenin yapılması yahut evvelce yapılan özel görüşmenin sebebinin diğere tarafa anlatılması yerinde olacaktır.

Taraflardan biri tutuklu ise; görevlendirme belgesinin ibrazı üzerine, uzlaştırıcı ile tutuklu, mesai gün ve saatleri içerisinde, konuşulanları başkalarının duymayacağı ancak görüşmenin görevlilerce izlenebileceği bir ortamda, açık görüş usulüne tâbi olarak görüştürülür. Bu kişilerin uzlaştırıcı ile yazışmaları denetime tâbi tutulmaz¹⁰⁸.

Uzlaştırmanın taraflarından birinin hükümlü olması durumunda ise; uzlaştırma yoluna gidilmesi ve hükümlünün rıza göstermesi durumunda, görevlendirme belgesinin ibrazı üzerine, uzlaştırıcı ile hükümlü olan taraf, bu iş için ayrılan görüşme yerlerinde, mesai gün ve saatleri içerisinde, konuşulanların duyulamayacağı ancak güvenlik nedeniyle görülebileceği bir biçimde, açık görüş usulüne uygun olarak görüştürülür¹⁰⁹. Diğer yandan, infaz kurumunda bulunan tarafa tebligat yapılması gerekiyorsa tebligatın ikametgah adresine değil ilgilinin bulunduğu cezaevine yapılması gerekir¹¹⁰.

¹⁰⁸ 17.06.2005 tarih ve 25848 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik, m. 19/3 (Ek fıkra: RG- 13/9/2017- 30179).

¹⁰⁹ Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik, m. 20/5 (Ek fıkra: RG- 13/9/2017- 30179).

¹¹⁰ Y. 5. CD., E. 2017/35162, K. 2017/21683, T. 30.10.2017, Erişim: <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, Tarih: 10.2.2018: “Somut olayda uzlaştırıcı tarafından söz konusu tebligatın sanığın ikamet adresine yapılmaya çalışıldığı, oysa ki sanığın Buca Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunduğu, bu nedenle teb-

Müzakereler sırasında uzlaştırmacı aktif bir dinleyici olmalı, tarafları dinlerken olumlu ve uzlaşmaya yarar noktaları tekrar etmeli, yanlış anlaşılmalara engellemeye çalışmalı, karşı tarafın duymasında fayda gördüğü noktaları vurgulamalıdır. Sonraki aşamada tarafların anlaşamadıkları noktaları belirlemeli, bunları azaltmaya çalışmalı, (kendisi çözüm üretmemeli) tarafların çözüm üretmesine yardımcı olmalıdır¹¹¹. Çözüm üretilmesine yardımcı olmak; yönetmelikte sayılan edimlerin taraflara hatırlatılması şeklinde olabileceği gibi, talebi reddeden tarafa kendisinin bir teklifinin olup olmadığı sorulması şeklinde de olabilir.

Uzlaştırma müzakereleri; (a) adliye binalarında bu iş için oda tahsis edilmişse bu yerlerde, (b) kamu kurum ve kuruluşlarında bu iş için ayrılan yerlerde, (c) tarafların kabul etmesi şartıyla uzlaştırmacının faaliyetlerini yürüttüğü büroda, (ç) tarafların menfaatlerine uygun ve kendilerini güvende hissedecekleri bir ortamda veya taraflarca kabul edilen bu işe uygun başka yerlerde gerçekleştirilebilir (Yönetmelik m. 35/1). Adliyelerde uzlaştırma için ayrılan yerlerin yetersiz olması uzlaştırma kurumunun önündeki önemli engellerden biridir. Taraflar adliye dışındaki ortamlarda kendilerini güvende hissetmeyebilir. Ayrıca kafeterya gibi aleni yerlerde gerçekleştirilen müzakerelerde gizlilik ilkesi tam anlamıyla hayata geçirilemez. Bu nedenle uzlaştırma müzakerelerinin yürütüleceği fiziki ortamların bir an evvel hazırlanması kurumun sağlıklı işlemesi açısından önem arz etmektedir.

Kanaatimizce kamu görevlilerinin uzlaştırmacı olarak görevlendirilmeleri halinde, prensip olarak uzlaştırma görüşmeleri kamu görevlisinin asli görevi olan kamu hizmetini yürüttüğü yerlerde ve mesai saatleri içinde yapılmamalıdır. Kamu görevlisi olan uzlaştırmacı, uzlaştırma müzakerelerini ancak mesai saat-

ligatın hükümlerinin bulunduğu cezaevine yapılması gerektiği gözetilmeden, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden 5271 Sayılı CMK'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması".

¹¹¹ Yenisey/ Nuhoglu, s. 830.

leri dışında ve sunduğu asli kamu hizmetini aksatmayacak şekilde yapabilir. Zira uzlaştırma faaliyetleri kamu görevinin aksamasına neden olursa, kamu görevlisinin idari ve cezai sorumluluğu doğar. Ancak mesai saatleri dışında ve kurum amirinin izni olmak kaydıyla, kamu görevlisi uzlaştırma kamu görevini ifa ettiği iş yerinde bulunan uygun mekanlarda uzlaştırma müzakeresi yapabilir.

Uzlaştırmanın aynı zamanda baroya kayıtlı bir avukat olması halinde, tarafların kabul etmesi şartıyla müzakereler avukatın bürosunda yapılabilir (Yönetmelik m. 35/1-c). Avukat uzlaştırmacılar dışında asli mesleklerini kendi bürolarında yürüten diğer uzlaştırmacılar da tarafların kabul etmesi halinde, uzlaştırma müzakerelerini kendi bürolarında yürütebilirler.

Uzlaştırmacı uzlaştırma evrakını teslim aldıktan sonra otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır (CMK m. 253/12). Bu süre yeterli olmazsa, durumu açıklayan bir dilekçeyle büroya başvurur. Bürodan sorumlu Cumhuriyet savcısının onayını almak koşuluyla, uzlaştırma bürosu bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir (Yönetmelik m. 17/1, m.24). Uygulamada bu sürelerin düzenleyici süre olarak değerlendirildiği; bazı uygulayıcılar tarafından kanuni süre aşılmış olsa dahi uzlaştırma işlemlerinin devam ettirildiği görülmektedir. Kanaatimizce CMK m. 253/12’de düzenlenen otuz gün ve yirmi günlük süreler hak düşürücü süredir¹¹². Bu süreler sonunda taraflar arasında uzlaşma sağlanamamış ise, artık müzakerelere devam edilmemeli, uzlaştırmacının başarısızlıkla sonuçlandığına ilişkin rapor düzenlenerek, uzlaştırma bürosuna teslim edilmelidir. Şayet uzlaştırma işlemleri için süre yeterli değilse, kanun koyucu süreleri yeniden değerlendirmelidir.

¹¹² Yönetmelik m. 18/5, son cümle: “(Cumhuriyet savcısının)edimin hukuka ve ahlaka uygun olmaması nedeniyle raporu onaylamaması durumunda bu Yönetmeliğin 17 nci maddesindeki süreye uyulması koşuluyla edimin değiştirilmesini uzlaştırmacıdan isteyebilir.” Bu hüküm sürelerin hak düşürücü süre olarak ihdas edildiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırmacı uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamaları, kendisine aktarılan veya başka bir şekilde öğrendiği olguları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmamışsa gizlilik hususundaki bu yükümlülük taraflar, müdafiler ve vekiller için de geçerlidir. Bu nedenle müzakerelere katılanlar bu bilgilere ilişkin olarak tanıklık yapamaz (Yönetmelik m.32/1, 2, 3).

Uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamalar herhangi bir disiplin veya ceza soruşturması, kovuşturması ya da davasında delil olarak kullanılamaz (CMK m. 253/20). Ancak daha önce mevcut bir belge veya olgunun, uzlaştırma müzakereleri sırasında ileri sürülmüş olması, bunların delil olarak kullanılmasını engellemez (Yönetmelik m.32/3, 4). Bu noktada uzlaştırma işlemlerine başlamadan evvel tüm delillerin toplanmış olmasının önemine bir kez daha işaret etmek gerekir. Zira daha evvel toplanmamış olan bir delilin uzlaştırma sürecinde gündeme getirilmesi, bu delilin yasak delil sayılmasına sebebiyet verecektir.

G. Edimin Konusu

Uzlaştırma süreci sonunda belirlenebilecek edim hususunda gerek kanun gerekse yönetmelik hukuka ve ahlaka uygun olma şartı dışında bir sınırlama getirmemiştir. Yönetmeliğe göre aşağıdaki edimlerden bir ya da bir kaç veya bunlar dışında belirlenen hukuka ve ahlaka uygun başkaca bir edim kararlaştırılabilir;“(a) maddi veya manevi zararın tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hale getirilmesi, (b) mağdur veya suçtan zarar görenin haklarına halef olan üçüncü kişi ya da kişilerin maddi veya manevi zararın tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hale getirilmesi, (c) bir kamu kurumu veya kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluş ile yardıma muhtaç kişi ya da kişilere bağış yapmak gibi edimlerde bulunulması, (ç) mağdur, suçtan zarar gören, bunların gösterecekleri üçüncü şahıs veya bir kamu kurumu ya da kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluşun belirli hizmetlerinin geçici süreyle

yerine getirilmesi, (d) topluma faydalı birey olmayı sağlayacak bir programa katılımın sağlanması, (e) mağdurdan veya suçtan zarar görenden özür dilenmesi (Yönetmelik m. 33/1).”

Yeni yönetmelik önceki düzenlemeden farklı olarak tarafların herhangi bir edim belirlemeksizin uzlaşmalarına da imkan tanımıştır (Yönetmelik m. 33/2). Uzlaştırma kurumu ile çekişmenin sonlandırılmasının hedeflendiği göz önüne alındığında, tarafların uzlaştırma müzakereleri neticesinde birbirlerini anlaması ve bir karşılık olmaksızın mağdur veya suçtan zarar gören ile şüpheli veya sanığın uzlaşması durumunda ceza verilmesine yer olmayacağı açıktır. Diğer bir deyişle uzlaşmanın bir edim karşılığında yapılması bir zorunluluk olarak algılanmamalıdır. Önemli olan, taraflar arasındaki çekişmenin sonlanması ve barışın sağlanmasıdır.

H. Uzlaştırma Raporu

Müzakerelerin olumlu sonuçlanması durumunda uzlaştırmacı, tarafların imzalarını içeren raporda, ne şekilde uzlaşıldığını ayrıntılı olarak açıklar. Raporunda tarafların edimleri ayrı ayrı ve şüpheye/tereddüte yer bırakmayacak ve mümkünse sıra numarası içerecek şekilde yazılır. Uzlaştırmacı taraf sayısından bir fazla olarak hazırladığı raporu, kendisine verilen belge örneklerini ve varsa yapmış olduğu masrafları gösteren belge, gider pusulası veya rayice uygun yazılı beyanı, UYAP'ta düzenlenecek tutanak ile uzlaştırma bürosuna teslim eder (Yönetmelik m. 18/1, 2, m.25/1, 2). Taraf sayısından bir fazla olarak düzenlenecek olan raporun bütün nüshalarının taraflarca ıslak imza ile imzalanması gerekir. Zira CMK m. 253/19 gereğince, uzlaştırma raporu yetkili merci tarafından onaylandıktan sonra 2004 sayılı İcra İflas Kanununun 38 maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belge niteliği kazanacaktır.

Uzlaştırma yoluna soruşturma evresinde gidilmişse, büro soruşturma dosyasını, raporu ve varsa yazılı anlaşmayı uzlaştırma bürosundan sorumlu

Cumhuriyet savcısına gecikmeksizin sunar. Savcı uzlaşmanın tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka ve ahlaka uygun olduğunu belirlerse raporu ve belgeyi onaylayarak soruşturma dosyasında muhafaza eder. Şayet savcı, uzlaşmanın tarafların özgür iradelerine dayanmadığını veya edimin hukuka ve ahlaka uygun olmadığını belirlerse, gerekçesini de yazarak raporu onaylamaz. Rapor, edimin hukuka ve ahlaka uygun olmaması nedeniyle onaylanmamışsa, uzlaştırma sürelerine uymak koşuluyla edimin değiştirilmesi uzlaştırmacıdan istenebilir (Yönetmelik m.18/3, 4, 5).

Uzlaştırma yoluna kovuşturma evresinde gidilmişse, büronun mahkemeye gönderdiği dosya ve rapor üzerinde yukarıdaki inceleme aynı usulle mahkeme tarafından yapılır (Yönetmelik m. 25/3, 4, 5).

İ. Uzlaşma Belgesi

Taraflar arasında uzlaşma, uzlaştırmacı tarafından yürütülen müzakereler neticesinde gerçekleşebileceği gibi, tarafların kendi aralarında gerçekleştirecekleri uzlaşma görüşmeleriyle de sağlanabilir. Bu durum haricen uzlaşma¹¹³, adliye dışı uzlaşma veya uzlaştırmacısız uzlaşma olarak ifade edilmektedir¹¹⁴. Yönetmeliğe göre; uzlaştırma teklifi reddedilse dahi, taraflar uzlaştıklarını gösteren belge ile soruşturma evresi için en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler(CMK m. 253/16, Yönetmelik m.17/2, m. 19).

CMK m. 253/18'de yer alan, uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemeyeceğine ilişkin hüküm soruşturma ve kovuşturma makamları için geçerli olup, haricen uzlaşmaya engel değildir.

¹¹³ Yenisey/ Nuhoglu, s. 832.

¹¹⁴ Özgenç, Nuri Berkay, s. 396.

Kanunda kovuşturma evresinde haricen uzlaşmaya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen, yönetmelikte mahkeme aşamasında yapılan uzlaştırma teklifi reddedilse dahi, tarafların en geç hüküm verilinceye kadar mahkemeye başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilecekleri düzenlenmiştir (Yönetmelik m. 26). Eski yönetmeliğin benzer şekilde düzenlenen m. 25/3 hükmü Danıştay tarafından iptal edilmesine¹¹⁵ rağmen yeni yönetmelikte bu hükmün tekrar düzenlenmesi isabetli olmamıştır. Şayet kanun koyucu kovuşturma aşamasında haricen uzlaştırmaya müsaade etmek istiyorsa bunu kanun değişikliğiyle ortaya koymalıdır.

Cumhuriyet savcısı ve mahkeme uzlaşma belgesini, tarafların özgür iradelerine dayanıp dayanmadığı ve edimin hukuka ve ahlaka uygun olup olmadığı hususlarında inceler ve değerlendirir (Yönetmelik m. 19, m. 26). İncelemenin olumlu sonuçlanması durumunda uzlaşma belgesi uzlaşma raporuyla aynı sonuçları doğurur.

Kanaatimizce uzlaşma belgesi uzlaşma raporu gibi devletin kontrol ve denetimi altında oluşturulmadığından, Cumhuriyet savcısının mağdur ile bizzat görüşmesi ve uzlaşmanın mağdurun özgür iradesine dayanıp dayanmadığını, mağdurun baskı altında olup olmadığını araştırması önem arz etmektedir.

J. Uzlaştırmacının Ücreti

Uzlaştırmacıya her yıl Adalet Bakanlığınca hazırlanan tarifeye göre ücret ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde Devlet Hazinesinden karşılanır (CMK m. 253/22). Uzlaşmanın gerçekleşmemesi durumunda ise; uzlaştırma ücreti ve diğer uzlaştırma

¹¹⁵ Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmacının Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 25/3'ün iptaline ilişkin karar için bkz. Danıştay 10. D., 20.06.11, E. 2007/ 6843, K. 2011/ 2365.

giderleri hakkında CMK'nın yargılama giderlerine ilişkin hükümleri uygulanır (Yönetmelik m. 38/3).

Ödenecek ücret, uzlaştırmacının tarafların belirgin farklılıklarını değerlendirmede ve uzlaştırmadaki becerisi, süreçte gösterdiği gayret, taraf sayısı, uyuşmazlığın kapsam ve niteliği dikkate alınarak tarifedeki alt ve üst sınırlar arasında belirlenir. Birden fazla uzlaştırmacı görevlendirildiği takdirde uzlaştırmacı ücreti bu kişilere ayrı ayrı ve eşit olarak ödenir (Yönetmelik m. 36).

Uzlaştırmacı ücreti, uzlaştırma sonunda düzenlenecek raporun ibrazından sonra makul süre içerisinde, uzlaştırmadan sorumlu Cumhuriyet savcısı tarafından sarf kararı ile ödenir. Ücretin takdirinde raporun tamamlandığı tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır (Yönetmelik m. 37).

Uygulamada uzlaştırmacı ücretine ilişkin olarak avukatlar açısından bazı problemler yaşandığı ve eşitliğe aykırı uygulamalar olduğu aktarılmaktadır. Bazı adliyelerde uzlaştırmacı ücretinin ödenmesi için avukatlardan serbest meslek makbuzu istendiği belirtilmektedir. Bu uygulamanın; 26.07.2007 tarih ve 26594 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan ve şu an yürürlükte bulunmayan "Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına ilişkin Yönetmelik"te yer alan 21. maddenin 1. fıkrasındaki "*uzlaştırmacı, uzlaştırma işlemlerinin sonuçlandırıldığı tarihten itibaren bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-2 sayılı Uzlaştırma Raporu Örneğine uygun, taraf sayısından bir fazla olarak hazırladığı raporu, kendisine verilen belge örnekleri ve varsa yapmış olduğu masrafları gösteren belge, gider pusulası veya rayice uygun yazılı beyanı ile serbest meslek makbuzunu gecikmeksizin Cumhuriyet savcısına verir*" ifadesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Halbuki, avukatlar bakımından aranan "*serbest meslek makbuzu*" getirilmesine ilişkin düzenlemeye yeni yönetmelikte yer verilmemiştir. Bu nedenle avukatlardan uzlaştırma raporunu ibraz ettiklerinde ayrıca "*serbest meslek makbuzu*" getirmeleri istenemeyeceği gibi, uzlaştırmacı

ücretinin ödenmesi de “serbest meslek makbuzu” getirilmesi şartına bağlanmaz. Öte yandan, uzlaştırmacı ücreti avukatlık mesleğinin icrası kapsamında bir gelir olmadığından, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu bağlamında serbest meslek geliri değil ücret niteliğindedir. Dolayısıyla uzlaştırmacı ücreti nedeniyle avukatların serbest meslek makbuzu düzenleme zorunluluğu bulunmamaktadır¹¹⁶.

VI. UZLAŞTIRMANIN SONUÇLARI

Uzlaştırma süresince dava zamanaşımı ve dava süresinin işlemeyeceği CMK m. 253/21’de hükme bağlanmıştır. Buna göre; taraflardan birine ilk uzlaştırma teklifinde bulunulduğu tarihten itibaren, (uzlaştırma teklifine süresi içinde cevap verilmemesi veya teklifin reddedilmesi suretiyle) uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek büroya verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez (CMK m. 253/21; Yönetmelik m. 34/1, 2).

Tarafların veya kanuni temsilcilerinin ya da vekillerinin uzlaştırma müzakerelerine katılmaktan imtina etmesi, müzakereler sırasında taraflardan birinin yazılı veya sözlü olarak uzlaşmadan vazgeçtiğini bildirmesi üzerine düzenlenen raporun, uzlaştırma bürosuna verildiği tarihten itibaren dava zamanaşımı ve dava süresi yeniden işlemeye başlar (Yönetmelik m. 34/3).

Uzlaşma raporu veya belgesinin Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından onaylanmasıyla uzlaşma sağlanmış olur¹¹⁷. Uzlaşmanın sağlanması halinde soruşturma veya kovuşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır (CMK m. 253/19; Yönetmelik m. 7/6).

¹¹⁶ Antalya Vergi Dairesi Başkanlığı, Uzlaştırma ücretinin vergilendirilmesi hakkında özelge, Tarih: 27.09.2013, Sayı: 49327596-120[61.GVK.2013.13]-240, Erişim: <http://www.vergistan.com/Uzlastirmaci-ucretinin-vergilendirilmesi>, Tarih: 27.12.17.

¹¹⁷ Özgenç, Nuri Berkay, s. 371.

Uzlaştırma sonucunda şüphelinin edimi defaten yerine getirmesi halinde; soruşturma aşamasında uzlaştırmadan sorumlu Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından davanın düşmesine karar verilir. Suça sürüklenen çocuk hakkında gerekli görüldüğünde 5395 sayılı ÇKK'da yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanması çocuk hakiminden istenir (CMK m. 253/19, m. 254/2; Yönetmelik m. 20/1, m. 27/1).

Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; soruşturma aşamasında (CMK m. 171'deki şartlar aranmaksızın) kamu davasının açılmasının ertelenmesine, kovuşturma aşamasında ise (CMK m. 231'deki şartlar aranmaksızın) hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Erteleme ve geri bırakma süresince zamanaşımını işlemez (CMK m.253/19, m. 254/2; Yönetmelik m. 20/2, m. 27/2).

Erteleme veya geri bırakma kararı verildikten sonra uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmesi halinde; soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığına, kovuşturma aşamasında ise davanın düşmesine karar verilir (Yönetmelik m. 20/3, m. 27/3). Şayet erteleme kararından sonra uzlaşmanın gerekleri yerine getirilmezse, soruşturma aşamasında (CMK m.171/4'teki şart aranmaksızın) kamu davası açılır, kovuşturma aşamasında ise (CMK m. 231/11'deki şartlar aranmaksızın) hüküm açıklanır (CMK m. 253/19, m.254/2; Yönetmelik m. 20/4, m. 27/4). Uzlaşma raporuna ilişkin bir kanun yolu belirtilmemiş olmakla birlikte uzlaştırma sonunda verilecek kararlar ilgili olarak CMK'da yer alan kanun yollarına başvurulabilecektir (CMK m. 253/23).

Son olarak, şüpheli veya sanığın edimi yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya uzlaşma belgesi 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 38'de yazılı ilam mahiyetini haiz belge sayılır (CMK m. 253/19; Yönetmelik m. 20/5,

m. 27/5). Dolayısıyla edimi yerine getirmeyen kişiye karşı ilamlı icra takibi yapılabilecektir.

KAYNAKÇA

Akcan Alan Esra, “Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına İlişkin Düzenlemeler”, *DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan*, C. 16, Özel Sayı 2014, (s. 3949- 3997).

Centel Nur/ Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 13. Bası, İstanbul 2016.

Çetin Soner H., “Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaşma (CMK. 253, 254, 255)”, *TBBĐ*, S. 82, Y. 2009, (s. 1- 33).

Dölling Dieter, “İşlenen Suç Nedeniyle, Suç Failleri Ve Mağdurları Arasında Ara Buluculuk (Meditation)”, Özet Çeviri: Dönmezer Sulhi, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2010 Özel Sayı 1, Uzlaşma, (s. 18-21).

Erdem Mustafa Ruhan/ Eser Ferda/ Özşahinli Pakize Pelin, 6763 Sayılı Kanuna ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğine Göre Güncellenmiş 100 Soruda Uzlaştırma, Uzlaştırmacının Elkitabı, 2. Baskı, Ankara 2017

Feyzioğlu Metin, “Uzlaştırma Teklifi Ve Taraflara Bildirilmesi”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, C. I, İstanbul 2008, (s. 331- 337).

Kaymaz Seydi/ Gökcan Hasan Tahsin, *Uzlaşma ve Önödeme*, Ankara 2007.

Ketizmen Muammer, “Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, C. 2, S. 1, (s. 1-10).

Kühne Hans- Heiner, *Strafprozessrecht*, 8. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2010.

Michaelis Lars Oliver, “Mediation Im Srtafrecht- Der Täter- Opfer-Ausgleich”, *İN Ja* 2005, (s. 828- 832)

Nuhoğlu Ayşe, “Uzlaşma Bakımından Şikayete Bağlı Suçlar”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Uzlaşma)*, İstanbul 2010, Özel Sayı 1, (s. 86- 92).

Nuhoğlu Ayşe, “Uzlaşma Bakımından Şikayete Bağlı Suçlar”, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, İstanbul 2005, (s. 281- 284).

Özbek Mustafa, “Ceza Muhakemesi Kanunda Uzlaştırma”, *AÜHFD*, C. 54, S. 3, Ankara Eylül 2005, (s. 289- 321).

Özbek Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 11, S. 32, Aralık 2016, (s. 7-28).

Özbek Veli Özer/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/ Tepe İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Genişletilmiş Ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2015.

Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara 2015.

Özgenç Nuri Berkay, “Türk Hukukunda Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Çocuklarda Uzlaşma”, *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul 2015, C. 13, S. 145, (s. 39-84).

Özgenç Nuri Berkay, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaşma, İstanbul 2016.

Öztürk Bahri/ Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/ Sırma Özge/ Kırıt Yasemin F. Saygılar/ Özaydın Özdem/ Akcan Esra Alan/ Erden Efser, Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2015.

Şahin Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 6. Baskı, Ankara 2015,

Şahin Cumhuriyet, “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan*, Y. 1998, C. 6, S. 1-2, (s. 221- 297).

Ünver Yener / Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2016.

Yaşar Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu, C. 3, 5. Baskı, Ankara 2011.

Yenidünya A. Caner, “Son Düzenlemeler Işığında Uzlaştırma Kurumu (CMK. m. 253-255)”, Erişim: www.hukukihaber.net.

Yenisey Feridun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Uzlaştırma’ Hakkında Temel Bilgiler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Uzlaşma)*, İstanbul 2010, Özel Sayı 1, (s. 7- 17).

Yenisey Feridun/ Nuhoglu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2016.

Yıldız Ali Kemal, “Uzlaşma- Şikayet İlişkisi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Uzlaşma)*, İstanbul 2010, Özel Sayı 1, (s. 93- 115).

Yurtcan Erdener, CMK Şerhi, 3. ve 4. Yargı Paketlerine Göre Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara 2013.

Zafer Hamide, “Ceza Hukukunda Fail- Mağdur Uzlaşması (TCK m. 73/8)”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, İstanbul Aralık 2006, (s. 117- 140);

2. Grup Kitap Modülü, Erişim: <http://www.uzlasma.adalet.gov.tr/doc/ihhtiyac/grprplr/2grupkitap.pdf>, (Modül).

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE BAŞKAN YARDIMCISI İLE TÜRKİYE'DE CUMHURBAŞKANI YARDIMCISININ KARŞILAŞTIRILMASI

*Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir YILDIZ**

ÖZET

6771 sayılı Anayasa değişikliği hakkındaki kanunun 16.4.2017 halkoylaması ile kabul edilmesiyle, başkanlık sistemi Türkiye'ye özgü yönleriyle cumhurbaşkanlığı sistemi olarak benimsenmiş oldu. Başkanlık sistemleri içinde hem başarılı hem de demokratik olması yönleriyle temel örnek olarak alınan Amerika Birleşik Devletleri başkanlık sistemi modeli, Türkiye açısından da belirleyici olmasının yanında, belirli açılardan cumhurbaşkanlığı sistemi ile ayrılmaktadır. Bu ayrılma noktalarından birisi de cumhurbaşkanı yardımcıları ile başkan yardımcısıdır. Bu makalede Amerika Birleşik Devletleri'nde başkan yardımcısı ile cumhurbaşkanı yardımcısının benzeyen ve farklılaşan yönleri incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Başkan yardımcısı, Cumhurbaşkanı Yardımcısı, Başkanlık Sistemi, Cumhurbaşkanlığı Sistemi, 6771 sayılı Kanun.

* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD. Email: akadiryildiz@konya.edu.tr
Makale Geliş Tarihi: 08.10.2017
Makale Kabul Tarihi: 12.04.2018

ABSTRACT

With the adoption of the law on amendment of the Constitution No. 6771 with the referendum of 16.4.2017, the presidential system was adopted in Turkey. The US presidential system model, which is taken as a basic example in terms of being both successful and democratic in presidential systems, is distinguished from Turkey in terms of presidential system as well as being determinative. One of these separation points is the vice-president. This article examines similar and different aspects of the vice president between Turkey and United States.

Key Words: Vice President, Turkish Vice President, Presidential System, Turkish Presidential System, Constitutional Amendment of Turkey Law No 6771.

GİRİŞ

6771 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliği, 1982 Anayasasında yapılan en ciddi değişiklik olarak belirtilebilir. Bu durum, 1921 Anayasası dönemi meclis hükümeti sistemi istisna tutulduğu takdirde, Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri içinde parlamenter hükümet sisteminden başkanlık hükümet sistemine geçişi sağlaması yönüyledir. Türkiye'de başkanlık sistemi, kendine özgü yönleriyle cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi olarak adlandırılmıştır¹.

Hükümet şekli olarak başkanlık sistemi tercihinde bulunan birçok ülkede başkan yardımcılığı makamının var olmadığı, buna karşılık az sayıda ülkede başkan yardımcılığı makamının olduğu görülmektedir². Başkan yardımcısı, başkanın makamının geçici veya sürekli olarak boşaldığı durumlarda başkana vekâlet etmek üzere öngörülmüştür³. Başkanlığa vekâlet, başkan yardımcısının en temel fonksiyonudur denilebilir. Ayrıca, sistemin işleyişi içerisinde başkaca temsili görevleri bulunabilmektedir. Başkan yardımcısının bu konumu ülkelere göre değişebilmektedir. Bu durum hem göreve geliş ve görevin son bulması, hem de yetkiler bağlamında söz konusu olmaktadır.

Bu çalışmada, Türkiye'de cumhurbaşkanı yardımcısı ile Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) başkan yardımcısı göreve geliş ve görevinin son bulması, yetki ve sorumluluk açısından karşılaştırılarak incelenmektedir. ABD'de

¹ Bkz. KÜÇÜK, Adnan: "Yeni Anayasa Değişikliği ile Getirilmek İstenen Türkiye'ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler", Liberal Düşünce Dergisi, Yıl: 22, Sayı: 85, ss. 157-189, Kış 2017, s.168; AKÇAY, Erkan: "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Siyasi Denetim: İdarenin TBMM Tarafından Denetlenmesi", Ombudsman Akademik, Y.3, S.5, ss.37-68, 2017, s.51. Bununla birlikte, doktrinde bazı yazarlar cumhurbaşkanlığı sistemini başkanlık sistemi kapsamında değerlendirmemekte, bunun kendine özgü bir sistem olarak başkanlık sistemindeki denge- fren mekanizmalarını içermediğini belirtmektedir. Bkz. GÖZLER, Kemal: "Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa *Neverland* Sistemi mi? 16 Nisan'da Neyi Oylayacağız?", <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm>, E.T. 23.8.2017.

² BAUMGARTNER, Jody C. ve CASE, Rhonda Evans: "Constitutional Design Of The Executive: Vice Presidencies In Comparative Perspective", *Congress & the Presidency*, 36:2, 148-163, 2009, s.148.

³ Baumgartner ve Case, s.149.

başkan yardımcısının başkanlık makamı boşalmadığı müddet zarfında da belirgin bir konumu bulunmaktadır⁴. Başkan yardımcısı ABD’de başkandan sonraki en üst yürütme makamıdır. Bununla birlikte, başkan yardımcısının Anayasal konumunun yürütme içinde mi yoksa Senato’nun başkanı olmasından dolayı yasama içinde mi yer aldığı konusu tartışılmaya devam etmektedir. Ayrıca, başkan yardımcılığı makamının temel mantığı, geçici veya sürekli olarak başkanlık makamının boşalması durumunda bu makamı doldurmak olmasına rağmen, başkan yardımcılığının hem başkanın politikaları üzerinde etkili olmak suretiyle hem de bu dönemin başkanlığa yönelik bir hazırlık olarak değerlendirilmesi yönleriyle etkili olduğu görülmektedir⁵.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde yürütme yetkisinin bütünüyle cumhurbaşkanına ait olmasının doğal sonucu olarak öngörülen cumhurbaşkanı yardımcısının⁶ rolü belirli açılardan ABD sistemi ile benzeşirken belirli açılardan farklılaşmaktadır. Burada cumhurbaşkanı yardımcısının cumhurbaşkanlığı makamı herhangi bir sebeple boşaldığı takdirde söz konusu olan pozisyonu, yeni cumhurbaşkanı seçilene kadar cumhurbaşkanlığı makamındaki devamlılığı ve geçişi sağlamak üzerinedir. Yani cumhurbaşkanlığı makamı boşaldığı takdirde cumhurbaşkanı yardımcısının görevi asli değil arızidir. Bununla birlikte, cumhurbaşkanı yardımcılarının karizması ve kapsayıcılığı gibi konular, ABD ile benzer şekilde cumhurbaşkanı yardımcısının da gelecek dönemin cumhurbaşkanı adayı olması şeklinde bir etkiye açık görünmektedir.

Hükümet sistemi Türkiye’de belirli açılardan tartışılmaya devam etmektedir. Bu alanlardan birisi de teklifin gündeme geldiği andan itibaren cum-

⁴ ABD’de başkan yardımcısının konumu güçlenmek yönünde bir değişiklik geçirmiştir. ABD’nin ilk yıllarında temsili olarak ortaya çıkan makam, bugün farklı görevlerle siyasi bir fonksiyon üstlenmektedir. Bkz. RELYEA, Harold C.: “The Law: The Executive Office of the Vice President: Constitutional and Legal Considerations”, *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 40, No. 2, The 2008 Presidential Election, Part I, June pp. 327-341, 2010, s. 328-329.

⁵ COHEN, Jeffrey E.: “The Polls: Popular Views of the Vice President: Vice Presidential Approval”, *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 31, No.1, pp. 142-149, 2001, s.142.

⁶ ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin*, 17. Basım, Ankara, 2017, s.318.

hurbaşkanı yardımcısı olarak ortaya çıkmıştır. Aslında ABD'de de özellikle ilk başkanların karizmatik konumlarından dolayı tartışma konusu yapılmış olan başkan yardımcılığı makamının, başkanlık sistemi içerisinde özellikle başkanın bir şekilde görevinin başında olmadığı durumdaki fonksiyonu itibariyle zorunluluğu üzerinde şüphe bulunmaması gerekir. Türkiye'de ise konu, Anayasa'da cumhurbaşkanının uhdesinde bulunan cumhurbaşkanı yardımcısı atama yetkisinin, özellikle sayısal sınırının belirtilmemesi yönüyle eleştirilmektedir.

I. GÖREVE GELMESİ VE GÖREVİNİN SON BULMASI BAKIMINDAN ABD BAŞKAN YARDIMCISI VE CUMHURBAŞKANI YARDIMCISI

ABD'de başkan yardımcısının seçimi başkanın seçimiyle birlikte ve aynı şekilde yapılmaktadır. Başkan yardımcısının seçimle belirlenmesi, demokratiklik bağlamında değerlendirilebilir. Buna rağmen, başkanlık seçimiyle aynı anda yapılması adayın belirlenmesi, seçim ve görevleri bağlamında çeşitli eleştirilere konu olmaktadır⁷.

ABD Anayasasına göre her eyalet, kendi eyalet yasama meclisinin tayin edeceği şekilde, o eyaletin Kongre'ye gönderme hakkına sahip olduğu Senato ve Temsilciler Meclisi üyesi toplam sayısına eşit sayıda seçici (elector) tayin edecektir. Fakat hiç bir Senato ya da Temsilciler Meclisi üyesi veya Birleşik Devletler adına resmi ya da fahri bir göreve sahip bir kişi seçici tayin edilmeyecektir.

Seçiciler kendi eyaletlerinde toplanacak ve gizli oylama ile en az biri kendileri ile aynı eyalette ikamet etmekte olmayan, başkan ve başkan yardımcısını seçeceklerdir. Oy pusulalarında başkan olarak kimi, ayrı pusulalarda da başkan yardımcısı olarak kimi seçtiklerini belirtecekler ve başkanlık için oy veril-

⁷ FRIEDMAN, Richard D.: "Some Modest Proposals on the Vice-Presidency", Michigan Law Review, Vol. 86, No. 7, pp. 1703-1734, Jun., 1988, s.1713.

miş bütün kişilerin, başkan yardımcılığı için oy verilmiş bütün kişilerin adlarını ve bunların her birinin aldığı oy sayısını gösteren iki ayrı liste yapacaklardır. İmzalanıp onaylanan bu listeler, kapalı zarfla, Birleşik Devletler hükümet merkezinde Senato Başkanına gönderilecektir. Senato Başkanı, Senato ve Temsilciler Meclisi'nin huzurunda bütün belgeleri açacak ve oylar sayılacaktır. Başkanlık için en fazla oy alan kişi, eğer bu sayı tayin edilmiş bütün seçici sayısının çoğunluğunu oluşturuyorsa, başkan olacaktır. Eğer hiç kimse böyle bir çoğunluğa sahip olmazsa, o zaman Temsilciler Meclisi başkanlık için aday listesinde belirtilenlerden, üç kişiyi geçmemek üzere, en yüksek oya sahip olanlar arasından başkanı gizli oyla, derhal seçecektir. Ancak başkan seçerken, oylar eyaletlere göre verilecek ve her eyalet temsilcisinin bir oyu olacaktır; bu amaç için eyaletlerin üçte ikisinin temsilcisi veya temsilcilerinden oluşan bir karar yeter sayısı gereklidir ve seçim için tüm eyaletlerin çoğunluğu oluşmalıdır (12. Değişiklik)⁸.

Eğer Başkan'ın görev süresinin başlaması için saptanmış tarihte, yeni seçilen başkan ölmüş olursa, yeni seçilen başkan yardımcısı başkan olacaktır. Dolayısıyla mevcut başkanın görev süresinin dolmasından önce yapılan başkanlık seçimlerini kazanmış ve sonraki yıl 20 Ocak'ta öğleden sonra göreve başlayacak olan başkan ölürse başkan yardımcısı başkanlık görevini üstlenecektir. Bu durum, başkan yardımcısının da seçimle geldiği gözetildiğinde demokratiklik bağlamında bir sorun olarak görülmeyebilir.

Görev süresinin başlaması için saptanmış tarihten önce başkan seçilmemiş, ya da yeni seçilen başkan gerekli ehliyete sahip değil ise, yeni seçilen başkan yardımcısı, başkan gerekli ehliyeti kazanıncaya kadar başkan olarak görev yapacaktır. Hem başkan hem de başkan yardımcısı seçilen kişilerin gerek-

⁸ Başkanın ve başkan yardımcısının seçilme usulü ABD Anayasası'nın 2. maddesinin üçüncü bölümünde yer almaktadır ve buradaki düzenleme 12. Değişiklik ve 20. Değişikliğin 3. Bölümündeki düzenleme ile nihai halini almıştır.

li ehliyete sahip olmamaları halinde, Kongre, başkanlığı kimin üstleneceğini veya bu görevi görecek kişinin nasıl saptanacağını bir yasa ile belirleyecek ve başkan veya başkan yardımcısı gerekli ehliyete sahip oluncaya kadar bu kişi görevi yürütecektir (20. Değişiklik 3. Bölüm).

Başkan yardımcısı olarak en çok oy alan kişi, eğer bu sayı tayin edilmiş bütün seçici sayısının çoğunluğunu oluşturuyorsa, başkan yardımcısı olacak ve eğer hiç kimse bu çoğunluğa sahip olmazsa, o zaman Senato listede en çok oy almış iki kişiden birini başkan yardımcısı seçecektir. Bu amaçla yetersayı Senato üyesi toplam sayısının üçte ikisinden oluşacak ve seçim için toplam sayının çoğunluğu gerekecektir. Ancak Anayasa'nın başkanlık için yeterli nitelikte görmediği bir kişi Birleşik Devletler başkan yardımcılığı için de yeterli nitelikte olmayacaktır (12. Değişiklik).

Başkan yardımcısı, ilk olarak, Amerikan siyasi hayatının bir tezahürü olarak, başkanla farklı bir bölgeden yani başkan kuzeyden ise başkan yardımcısı güneyden olacak şekilde veya başkan demokratsa başkan yardımcısı cumhuriyetçi olacak şekilde belirlenebilmektedir⁹. Bu durum, Türkiye'de de benzer şekilde olabilir. Yani cumhurbaşkanı yardımcılarında biri veya bir kaç farklı ideolojiyi temsil edecek şekilde belirlenebilir. Fakat bunun ABD'deki başkanlık seçim süreciyle bütünüyle benzer olacağını söylemek güç görünmektedir. Zira bahsedildiği şekilde ABD'de başkan yardımcısının seçimi başkanla birlikte yapıldığı için bunun siyasi boyutu seçim süreci ile ilgiliyken, Türkiye'de cumhurbaşkanı yardımcısını cumhurbaşkanı seçimden sonra bizzat belirleyeceğinden siyasi beklentinin farklı olacağı söylenebilir. Yine ABD'de başkan yardımcısının başkan adaylığına yönelik beklenti, politikada başkanın gerisinde kalması yönüyle kapsayıcı konumunu sürdürmesi bakımından devam etmektedir¹⁰. Bir başka açıdan, Türkiye'deki parti yapısının da en azından sağ ve sol partiler

⁹ Çam, s.109.

¹⁰ Cohen, s.149.

bağlamında, bütünüyle imkânsız olmamasına rağmen, ABD’de söz konusu edilen başkan yardımcısı belirleme usulünden farklılaşmasını muhtemel göstermektedir.

ABD’de başkan yardımcısı bir tane olmasına rağmen 6771 sayılı kanun ile öngörülen değişiklik Türkiye’de birden fazla cumhurbaşkanı yardımcısı atanmasına imkân vermektedir. Bu durum, bahsi geçen değişiklikte en çok eleştirilen kısımlardan birisidir¹¹. ABD’de başkan yardımcısı başkanla birlikte seçilerek bu göreve gelmesine rağmen cumhurbaşkanlığı sistemi çerçevesinde bizde cumhurbaşkanı yardımcısı veya yardımcılarını cumhurbaşkanı seçecektir (6771 sayılı kanunla değişik m.106/4). Dolayısıyla cumhurbaşkanı yardımcılarını seçimle değil, cumhurbaşkanı tarafından belirlenecektir. Ayrıca, cumhurbaşkanı yardımcısının atanması TBMM’nin onayına sunulmamaktadır. Bu bağlamda, ABD’deki, atanan bakanların Senato’nun onayına sunulmasına benzer bir süreç bulunmamaktadır¹². Cumhurbaşkanlığı yardımcısının cumhurbaşkanı ile birlikte seçilmemesi demokratiklik bağlamında eleştirilebilir. Fakat bu esas olarak kurucu iktidarın tercihiyle ilgili bir konudur. Kanaatimizce ABD sisteminden ayrılan bu durum, bir açıdan demokratiklik bağlamındaki eleştiriyi yersiz kılmaktadır. Şöyle ki, ABD’de başkanlık makamı herhangi bir sebeple sürekli olarak boşaldığı takdirde başkan yardımcısı başkanın kalan süresini tamamlamaktadır. Türkiye’de ise Cumhurbaşkanlığı makamı herhangi bir sebeple sürekli olarak boşaldığı takdirde, cumhurbaşkanı yardımcısı cumhurbaşkanına vekâlet edecektir ve fakat bu durum geçicidir. Anayasaya göre cumhurbaşkanlığı makamı boşaldığı takdirde 45 gün içinde yeni cumhurbaşkanı seçilecektir (6771 sayılı ka-

¹¹ Bkz. KABOĞLU, İbrahim: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016)”, Ankara Barosu Dergisi 2016/ 4, s.40.

¹² Küçük, s.184; ESEN, Selin: “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/ 4, s.54.

nunla değişik m.106/2). Kaldı ki seçilmesine rağmen başkan yardımcısının konumu hâlihazırda ABD de eleştirilebilmektedir¹³.

Cumhurbaşkanı yardımcılarının milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından seçilmesi gerekir. Bir milletvekili cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanırsa milletvekilliği sıfatı sona ermiş olacaktır. Bu durum güçlerin sert ayrılığının doğal sonucudur. Cumhurbaşkanı yardımcılarını göreve başlarken Anayasa'da öngörüldüğü şekilde Meclis önünde andiçerler (6771 sayılı kanunla değişik m.106/4).

Cumhurbaşkanlığı sisteminde cumhurbaşkanı yardımcısı bizzat cumhurbaşkanı tarafından atandığı için ölüm, istifa gibi bir sebeple bu makam boşaldığı takdirde, cumhurbaşkanı yerine yenisini atayabilecektir. Birden fazla cumhurbaşkanı yardımcısı belirlenmişse cumhurbaşkanı herhangi bir atama yapmayabilir. Buna karşılık, ABD'de bir başkan yardımcısı başkanla birlikte seçilmektedir. ABD Anayasasına göre ölüm veya istifa gibi bir sebeple başkan yardımcısı makamı boşaldığı takdirde başkan bu makama bir atama yapar ve her iki meclisin onayıyla başkan yardımcısı görevine başlamış olur (25. Değişiklik 2. Bölüm)¹⁴. Örneğin, Başkan yardımcısı Spiro Agnew'in ölümü sebebiyle Gerald Ford başkan yardımcısı olarak atanmıştır. Burada ilginç diğer bir durum ise başkan Nixon'ın da istifası sebebiyle başkanlık görevini üstlenen Ford, istisnai şekilde seçilmeksizin başkanlık makamına gelmiştir¹⁵.

¹³ Friedman, s.1706-1707, 1712.

¹⁴ ABD Anayasası'nın ikinci maddesinin beşinci bölümünde başkanın ölümü veya yetersizliği sebebiyle başkanlık makamının boşalması halinde, yine başkanın ve başkan yardımcısının aynı anda herhangi bir sebeple görevde olmaması durumunda ne yapılacağı belirtilmiş olmasına rağmen, buradaki dilin belirsizliği sebebiyle 25. Değişiklik'le başkanlık ve başkan yardımcılığı makamının boşalması durumunda ne yapılacağı açıklıkla ortaya konmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. GILBERT, Robert E.: "The Contemporary Presidency: The Twenty-Fifth Amendment: Recommendations and Deliberations of the Working Group on Presidential Disability", Presidential Studies Quarterly, Vol.33, No.4, pp. 877-888, Dec., 2003.

¹⁵ Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, <http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, E.T.23.8.2017, s.91.

Görevinin sona ermesi bakımından da başkan yardımcısı ile cumhurbaşkanı yardımcısı farklıdır. Buna göre, kural olarak, başkan yardımcısının görev süresi başkanla aynıdır. Yani dört yıl için seçilen başkanla birlikte başkan yardımcısı da dört yıl için seçilir ve bu sürenin bitimi ile görev süresi son bulmuş olur. Cumhurbaşkanlığı yardımcısı ise cumhurbaşkanı tarafından atandığı gibi görevine son verilmesi de cumhurbaşkanı tarafından olmaktadır. Dolayısıyla cumhurbaşkanı tarafından atanan bir cumhurbaşkanı yardımcısının görevi cumhurbaşkanının görev süresiyle eşit yani beş yıl olabileceği gibi bunun dışında cumhurbaşkanı yardımcısı herhangi bir zamanda görevden alınabilir. Ayrıca istifa, ölüm gibi bir sebeple de cumhurbaşkanı yardımcılığı görevi sona erebilir.

Burada akla gelebilecek bir diğer soru şudur: Görev süresi herhangi bir şekilde sona eren cumhurbaşkanı ile birlikte cumhurbaşkanı yardımcısının da görev süresi sona ermekte midir yoksa yeni seçilen cumhurbaşkanının mevcut cumhurbaşkanı yardımcısını görevden alması mı gerekecektir? Kanaatimizce, seçilen cumhurbaşkanının göreve başlamasıyla, önceki cumhurbaşkanı yardımcısı veya yardımcılarının çekilmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla bu konuda bir teamülün oluşması beklenebilir. Bu durumu uygulama gösterecektir.

Cumhurbaşkanı yardımcısının görevinin sona ermesine ilişkin diğer bir durum Yüce Divan'a sevk edilip buradan seçilmeye engel bir suçtan dolayı mahkûm olmasıdır. Bu durum, cumhurbaşkanı yardımcısının sorumluluğu bahsinde incelenmektedir.

II. YETKİLERİ AÇISINDAN ABD BAŞKAN YARDIMCISI VE CUMHURBAŞKANI YARDIMCISI

Başkanlık sistemlerinde başkan yardımcısı, yürütme içinde belirgin bir konumda görünmesine rağmen, esas olarak, görünen bu konum temsili bir fonksiyonu içermektedir. Başka bir ifadeyle, başkan yardımcısı bir bakan gibi icracı pozisyonda değildir. Bununla birlikte, başkan yardımcısının şahsının da yetki ve

görevlerin ortaya konmasında etkisinin olduğu söylenebilir¹⁶. Yani baskın ve etkili bir kişilik bu makamı aktif bir görüntüye kavuşturabileceği gibi bizatihi başkanlık makamının halefi olarak görünmesine de sebebiyet verebilir.

ABD Anayasası'na göre başkan yardımcısı Senatonun başı olmasına rağmen Senato'da oyu bulunmamaktadır. Buna karşılık, oylar arasında eşitlik olduğu takdirde başkanın oyu bulunmaktadır (1. Madde, Bölüm 3/4). Başkan yardımcısının Senato'daki konumu daha çok temsilidir. Buna rağmen, başkan yardımcısının bu konumu güçler ayrılığı bağlamında eleştirilmekte¹⁷, başkan yardımcısının yasama ile ilgisinin ortadan kaldırılması gerektiği savunulmaktadır¹⁸. Anayasa'ya göre Senato, başkan yardımcısının bulunmadığı durumlarda Senato başkanlığına vekâlet etmek üzere bir başkan seçmektedir (1. Madde, Bölüm 3/5).

ABD'de başkan yardımcısının siyasi alanda başkana tavsiye verme, kabinede yer almak gibi gelişen bazı fonksiyonları geçmişe oranla başkan yardımcısının etkili görünmesini sağlamaktadır¹⁹. Yine başkan yardımcısının en temel konumu başkanın geçici olarak görevinin başında bulunmadığı durumda başkana vekâlet etmesi ve başkanın sürekli olarak görevinin başında olmaması durumunda ise başkanın yerine geçmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, ilk olarak, 13 Temmuz 1985 tarihinde, Başkan Ronald Reagan'ın kanser ameliyatı geçirdiği sırada, Başkan Yardımcısı George H.W. Bush, vekâleten Başkan olmuş ve bu görevi sekiz saat sürdürmüştür²⁰. ABD'de başkan Roosevelt'in ölümü sebebiyle Truman, Kennedy'nin ölümü sebebiyle Johnson ve Nixon'ın isti-

¹⁶ NATOLI, Marie D.: "Perceptions of the Presidency, Leadership and Statesmanship", *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 12, No. 4, pp. 598-602, Fall 1982, s.598.

¹⁷ MYERS, James D.: "Bringing the Vice President into the Fold: Executive Immunity and the Vice Presidency", *Boston College Law Review*, Vol.50, Issue.3 No.3, 2009, 901-902.

¹⁸ Friedman, s.1714; Myers, s.902.

¹⁹ GOLDSTEIN, Joel K.: "The Rising Power of the Modern Vice Presidency", *Presidential Studies Quarterly*, Vol.38, No.3, pp. 374-389, September 2008, s.375.

²⁰ Amerika Hakkında..., s.91.

fası sebebiyle Ford başkanlık görevini üstlenmişlerdir. Başkanı temsilen yurt dışı ziyaretleri yapması ve dış politikada başkana danışmanlık etmesi, ABD’de başkan yardımcısının fonksiyonları arasında sayılabilir²¹.

ABD başkanının görevden uzaklaştırılması, ölümü, istifası veya görevinin gereklerini yerine getirmek konusunda yetersiz kaldığı durumlarda başkanlık yetkileri başkan yardımcısına geçmektedir. Hem başkan hem başkan yardımcısının görevden alınması, istifası, görevin gereklerini yerine getirmekte yetersizliği veya ölümü durumunda ise Kongre bir kişiyi başkan olarak belirleyecek ve bahsedilen durum ortadan kalkıncaya veya yeni başkan seçilinceye kadar bu kişi başkanlık vazifesini yürütecektir (2. Madde 1. Bölüm).

ABD başkanı, geçici olarak görevinin gereklerini yerine getiremediği konusunda yazılı bir beyanı Senato ve Temsilciler Meclis başkanlarına verdiği takdirde, aksine bir yazılı beyanı bunlara iletene dek, başkanlık görevini başkan yardımcısı yürütür (25. Değişiklik 3. Bölüm).

Başkan yardımcısı ile yürütme organının veya Kongre’nin yasa ile belirlediği başka bir kurumun başlıca yetkililerinin çoğunluğu Senato geçici başkanı ve Temsilciler Meclisi başkanına, başkanın yetki ve görevlerini yerine getiremeyecek bir durumda olduğunu yazılı olarak bildirdiklerinde, başkan yardımcısı derhal başkana vekâleten bu makamın yetki ve görevlerini üstlenecektir.

Daha sonra, başkan, görev yapamayacak bir durumun artık bulunmadığını Senato geçici başkanı ve Temsilciler Meclisi başkanına yazılı olarak bildirdiğinde, başkan yardımcısı ve yürütme organının veya Kongre’nin yasa ile belirlediği başka bir kurumun başlıca yetkililerinin çoğunluğu başkanın yetki ve görevlerini yerine getiremeyeceğini dört gün içinde yazılı olarak bildirmediği takdirde, başkan yetki ve görevlerini yeniden üstlenecektir. Böyle bir durum

²¹ Natoli, s.599.

olduğunda, Kongre bu meseleyi karara bağlayacak, eğer tatilde ise bu konuya istinaden en geç kırk sekiz saat içinde toplanacak ve karar verecektir. Şayet Kongre ikinci yazının kendisine teslim edilmesinden sonraki yirmi bir gün içinde, ya da eğer toplantı halinde değilse, toplanması gereken tarihten başlayarak yirmi bir gün içinde, her iki meclisin üçte iki çoğunluğu ile başkanın yetki ve görevleri yerine getiremeyeceğini saptarsa, başkan yardımcısı başkan vekili olarak yetki ve görevleri üstlenecektir; aksi takdirde, başkan görev ve yetkilerini yeniden üstlenecektir (25. Değişiklik 4. Bölüm).

Cumhurbaşkanlığı sisteminde cumhurbaşkanı yardımcısının konumu yukarıda belirtilen ABD sisteminden farklılaşmaktadır. İlk olarak, cumhurbaşkanlığı makamının sürekli veya geçici olarak boşalması durumuna bakılabilir. Birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) ve cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecek değişiklikler çerçevesinde; cumhurbaşkanı yardımcısı cumhurbaşkanlığı makamı herhangi bir sebeple boşaldığı takdirde, yenisi seçilene kadar makama vekâlet eder ve cumhurbaşkanına ait yetkiler kullanır (6771 sayılı kanunla değişik m.106/2). Buradaki vekâlet süresi 45 gündür. Zira Anayasa makamın sürekli boşaldığı durumda 45 gün içinde seçime gidilmesini öngörmektedir. *Özbudun*, 45 günlük süre ile herhangi bir temsili konumu bulunmayan kimse tarafından cumhurbaşkanına ait tüm yetkilerin kullanılacak olmasından dolayı eleştirilebilir olduğunu belirtmektedir²². Eğer genel seçime bir yıl veya daha az bir süre kalmışsa TBMM seçimleri de cumhurbaşkanlığı seçimleriyle birlikte yenilenir. Seçime bir yıldan daha fazla bir süre varsa seçilen cumhurbaşkanı kalan süreyi tamamlar fakat bu süre dönemden sayılmaz. Cumhurbaşkanlığı makamı cumhurbaşkanının yurtdışında olması veya hastalığı gibi²³ bir sebeple geçici olarak boşaldığı takdirde yine cumhurbaşkanı yardımcısı cumhurbaşkanına vekâlet

²² *Özbudun*, s.319; Aynı yönde, *Esen*, s.49-50.

²³ Bu sebepler sayılı değildir; dolayısıyla hastalık veya yurtdışına çıkılması dışındaki başka bir sebep de olabilir.

eder ve cumhurbaşkanının yetkilerini kullanır (6771 sayılı kanunla değişik m.106/3). Birden fazla cumhurbaşkanı yardımcısı bulunduğu bunlardan hangisinin cumhurbaşkanına vekâlet edeceği ise değişiklikte açıklanmamaktadır²⁴. Bu bağlamda, cumhurbaşkanının geçici süreyle görevinin başında bulunmadığı durumda hangi cumhurbaşkanı yardımcısının kendisine vekâlet edeceğini tespit etmesi mümkün olmakla birlikte, cumhurbaşkanlığı makamının sürekli boşaldığı durumda bunun ne şekilde tespit edileceği belirsizliğini sürdürmektedir.

İkinci olarak, cumhurbaşkanı yardımcılığı makamının görev alanında ABD’de olduğu gibi bir genişleme olabilir. Cumhurbaşkanı yardımcısı veya yardımcılarının kabine toplantılarına katılmaları, cumhurbaşkanını temsilen yurtdışına seyahatler yapmaları, cumhurbaşkanını temsilen yurt içinde karşılama yapmaları gibi konular buna örnek olarak gösterilebilir. Esasen görev alanının temsili görüntüden icracılığa ilişkin dönüşümü uygulama ve bu suretle teamüllerin oluşması ile görülebilecektir. Ayrıca, seçilecek cumhurbaşkanı yardımcısının şahsi özellikleri de vurgulanmalıdır.

ABD’de başkan yardımcılığı makamına yönelik eleştirilerde, görev alanının belirsizliği temel bir gerekçe olarak ortaya çıkmaktadır²⁵. Başkan yardımcısı icracı bir konumda bulunmamaktadır²⁶. Temel fonksiyonu, başkan görevini yürütemediği takdirde ona halef olmasıdır. Cumhurbaşkanlığı sisteminde de cumhurbaşkanı yardımcısının temel fonksiyonu cumhurbaşkanına vekâlet olarak ortaya çıkmasına rağmen, ABD’den farklı olarak cumhurbaşkanının, yardımcısını daha aktif ve icracı bir konumda kullanması söz konusu olabilir. Bu alanda hukuki düzenleme bizzat cumhurbaşkanı tarafından cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılabilir.

²⁴ Özbudun, s.319.

²⁵ Friedman, s.1714-1715; Myers, s.902.

²⁶ Buna rağmen yakın dönemde örneğin Dick Cheney’in başkan yardımcılığının danışmanlık pozisyonunun ötesinde icracı bir konum olduğu belirtilmektedir. Bkz. Myers, s.908.

III. SORUMLULUK AÇISINDAN CUMHURBAŞKANI YARDIMCISI VE ABD BAŞKAN YARDIMCISI

Sorumluluk, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir gereğidir. İcra makamında yani yürütmeye bulunanların da, kural olarak, eylem ve işlemlerinin bir zarara veya hukuka aykırı başka bir sonuca sebebiyet vermesi durumunda bundan sorumlu olması gerekir. Sorumlulukla ilişkili olarak dengelenmesi gereken bir diğer durum ise yürütme makamında bulunanların soruşturma tehdidiyle görevlerini rahatlıkla yerine getirmelerinin engellenmesinin önüne geçilmesidir. Zaten bu bağlamda sadece yürütmeye değil; yasama üyelerine ilişkin bağışıklıklar ve yargı üyelerine ilişkin teminatlar söz konusudur. Tüm bu mekanizmalar hukukun üzerinde kişi ve gruplar oluşturulması amacıyla değil; kişi ve kurumların varlık amacına yönelik yetki ve görevlerini gerektiği şekilde kullanabilmelerini sağlamak için öngörülmüştür. Bu açıklama ışığında başkan yardımcısının ve cumhurbaşkanı yardımcısının sorumluluğu hukuki, cezai ve siyasi olmak üzere üç açıdan ele alınabilir. Ayrıca bu sorumluluğun kişisel ve görevle ilgili olması boyutu yine bu ayrımın kapsamında bulunmaktadır.

ABD'de başkan yardımcısının hukuki sorumluluğu bağlamındaki durum şu şekildedir: İlk olarak, başkan yardımcısının kişisel işleriyle ilgili özel hukuka ilişkin sorumluluğu tamdır. Bu durum, hukuk devleti ilkesinin ve hukukun üstünlüğünün doğal sonucudur. Buna karşılık, yürütmenin takdiri bağlamında değerlendirilecek olmasından dolayı, göreviyle ilgili olarak sorumluluğunun bulunmaması gerekmektedir²⁷. Nitekim *Nixon v. Fitzgerald*²⁸ ve *Cheney*

²⁷ CHEMERINSKY, Erwin: *Constitutional Law: Principles and Policies*, 4'th Edition, Wolters Kluwer, 2011, s.371.

²⁸ 457 U.S. 731 (1982), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/731/case.html>, E.T. 16.9.2017. Fitzgerald davası, Fitzgerald'ın Kongre'deki şahitliği sebebiyle hava kuvvetlerinden kovulduğu iddiasına ilişkindir. Burada mahkeme, başkanın göreviyle ilgili eylemlerinden dolayı özel hukuk davalarına yönelik mutlak bağışıklığı olduğuna karar vermiştir.

v. United States District Court for the District of Columbia²⁹ davalarında göreviyle ilgili eylemlerinden dolayı idarenin tazminat sorumluluğunun olmadığı belirtilmiştir³⁰. Aslında, idari bağımsızlık Anayasa’da açıkça yer almamasına rağmen yürütmenin bağımsızlığının ve görevini rahatlıkla yerine getirebilmesinin şartı olarak mahkemeler tarafından ortaya konulmuştur³¹.

ABD’de başkan yardımcısının, başkan gibi vatana ihanet, rüşvet veya diğer büyük kabahat ve suçları işlemesi durumunda sorumluluğu söz konusudur (2. Madde 4. Bölüm). Vatana ihanet suçu ABD Anayasası’nda tanımlanmaktadır. Buna göre Birleşik Devletlere savaş açmak veya yardım sağlayarak düşman tarafını tutmak bu kapsamda yer almaktadır. Bu durumun ise ya açıkça itiraf edilmiş veya iki kişinin tanıklığıyla ispatlanmış olması gerekmektedir (3. Madde 3. Bölüm). Impeachment, cezai ve aynı zamanda siyasi yönü olan bir sorumluluktur. Zira buna ilişkin nitelemeyi Temsilciler Meclisi yapmaktadır³². Bu yönüyle mekanizmanın siyasi bir yönü de bulunmaktadır. Suçlama (impeachment) Temsilciler Meclisi üye tamsayısının çoğunluğu tarafından yapılmakta ve Senato üçte iki çoğunluk ile kabul ettiği takdirde sonuçlanmış olmaktadır³³.

Impeachment mekanizmasının cezai bir sorumluluk olmasına rağmen siyasi boyutu olabileceğinden bahsettik. Bu durum, özellikle büyük “kabahat ve suçlar”ın neler olduğunun tespitinde ortaya çıkabilir. Gerçekten de büyük kabahat ve suçların tanımlanmasının Temsilciler Meclisi’ne ait olması, siyasi saiklerle suçlamaya ihtimal verebilmektedir. Buna karşılık, bu mekanizma

²⁹ 542 U.S. 367 (2004), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/367/opinion.html>, E.T. 16.9.2017.

³⁰ Myers, s.912.

³¹ Myers, s.912.

³² Chemerinsky, s.393. Impeachment’ın niteliği konusundaki tartışma için bkz. Chemerinsky, s.292-293. Nitelemeyi Temsilciler Meclisi’nin yapıyor olması, impeachment mekanizmasının politik yönünü ön plana çıkarmaktadır. Bkz. Chemerinsky, s.397.

³³ Chemerinsky, s.393.

ABD'de güçlerin dengelenmesi bağlamında siyasi bir balans olarak görülmektedir. Yasama hem yürütmeyi hem de yargıyı bu yolla dengelemektedir. Zira mekanizma doğrudan yargı tarafından kullanılsaydı özellikle yargıya karşı işletilmesi sürecinde bağımsızlığı sağlanamayabilirdi³⁴.

Başkan yardımcısı, kişisel suçlarıyla ilgili olarak herhangi bir bağışıklığa sahip değildir. Alexander Hamilton'u düelloda öldürmekten dolayı hakkında takip yapılan başkan yardımcısı Aaron Burr buna örnektir. Her ne kadar hakkında dava açılıp bir yargılama sonucu cezaya hükmedilmemiş olsa da, Burr'un fiilinden dolayı herhangi bir bağışıklığının olmadığı noktasında genel kabul bulunmaktadır³⁵. Aynı şekilde, vergi kaçakçılığı ve rüşvetle ilgili olarak hakkında takip yapılan Spiro Agnew istifa etmek zorunda kalmıştır³⁶. Bununla birlikte, kişisel suçuyla ilgili olarak açılan ceza davasının başkan yardımcısının görevinin sona ermesine sebep olmayacağını belirtmek gerekir. Yani yargılanan başkan yardımcısı hüküm giyse bile, impeachment mekanizması işletilmeksizin başkan yardımcısının görevine son verilmesi mümkün değildir³⁷.

Başkan yardımcısının impeachment usulü dışında, Kongre tarafından herhangi bir şekilde siyasi sorumluluğu yolunun işletilerek görevine son verilmesi söz konusu değildir. Aşağıda cumhurbaşkanlığı sistemine ilişkin açıklamalarda görülecek olan yazılı soru, genel görüşme ve meclis araştırması usulleri ise bizim parlamenter sistemden devşirdiğimiz usullerdir. Bunlar, ABD'de yasama ve yürütmenin sert ayrılığı bağlamında yer almayan mekanizmalardır. Bu bağlamda, yürütmenin temel denge-fren mekanizması olan bütçenin onayı ise hem ABD hem de Türk sisteminde yer almaktadır. Buradaki fark ise ABD'de bütçenin kabul edilmemesi sistemin kilitlenmesine yol açmaktayken, 6771 sayılı anayasa değişikliği kanunuyla kabul edildiği şekliyle nihai olarak bütçe kabul

³⁴ Chemerinsky, s.394.

³⁵ Myers, s.923.

³⁶ Myers, s.924.

³⁷ Myers, s.925.

edilmediği takdirde, enflasyon oranında geçmiş yıl bütçesinin revize edilerek yürürlükte kalmasıdır³⁸. Fakat bu durum, yasamanın bütçe üzerindeki denetleme yetkisini ortadan kaldırmamaktadır³⁹. Zira cumhurbaşkanı, ciddi yatırım planlarını uygulamaya sokmak istediği takdirde bütçenin enflasyon oranındaki revizyonu yeterli olmayacak; yasama ve yürütmenin uzlaşması gerekecektir.

Ülkemizde cumhurbaşkanı yardımcısının hukuki sorumluluğu açısından yani özel hukuka ilişkin sorumluluğu kapsamında kişisel ve görevle ilgili bir ayırım yapılmalıdır. Cumhurbaşkanı yardımcısının kişisel olarak hukuki sorumluluğu tüm gerçek kişiler gibidir. Zaten bu bağlamda cumhurbaşkanı açısından da bir istisna söz konusu değildir. Dolayısıyla cumhurbaşkanı yardımcısı örneğin sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil teşkil edecek bir fiil gerçekleştirdiği takdirde bundan doğan tazminat borcunu ödemek zorundadır. Cumhurbaşkanı yardımcısının göreviyle ilgili olarak hukuki sorumluluğu bağlamında da Anayasa'da istisnai bir durum söz konusu değildir. Burada belirtilmesi gereken, cumhurbaşkanı yardımcısının bakan gibi icracı bir pozisyonda bulunmadığıdır. Fakat her halükarda bütünüyle pasif bir konumda olmadığı söylenmelidir. Örneğin cumhurbaşkanına vekâlet ettiği veya cumhurbaşkanının katılmadığı bir Milli Güvenlik Kurulu toplantısına başkanlık ettiği durumda yapılan bir işlemden dolayı zarar ortaya çıkarsa ne olacaktır? Konuyu genel esaslar çerçevesinde açıklayabiliriz. Buna göre cumhurbaşkanı yardımcısının göreviyle ilgili olarak sorumluluğunun bulunmadığı herhangi bir zararın ortaya çıktığı durumda davanın idareye yöneltileceğinden bahsedebilir. Nitekim Anayasa'nın değişik 106. maddesinde de cumhurbaşkanı yardımcılarının cumhurbaşkanına karşı sorumlu olduğu belirtilmektedir. Bundan başka, cumhurbaşkanı yardımcısının, aynen

³⁸ Bütçe konusundaki bu düzenlemenin tıkanmaları önlemesi anlamında daha isabetli olduğunu belirtmek gerekir. Bu konuda bkz. Akçay, s.55-56; GÜLENER, Serdar ve BİRİCİKOĞLU, Hale: "Türkiye'de Bürokrasinin Hesap Verebilirlik Açığı ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yürütmenin Hesap Verebilirliği, Ombudsman Akademik, Y.3, S.5, ss.69-89, 2017, s.84.

³⁹ Ters yönde bkz. Özbudun, s.226.

cumhurbaşkanının hukuki sorumluluğunda olduğu gibi, göreviyle ilgili olarak sorumluluğuna başvurulması görevine engel olabileceğinden, şahsının doğrudan sorumlu olmayacağı belirtilebilir.

Siyasi sorumluluk, siyasetiyle ilgili olarak görevine son verilebilmesini ifade etmektedir. Siyasi açıdan cumhurbaşkanı yardımcısının sorumluluğu cumhurbaşkanına karşıdır⁴⁰. Cumhurbaşkanı yardımcısı, esas olarak bakanlardan da farklı bir konumdadır. Yani cumhurbaşkanına bağlı olarak bir siyasetin yürütülmesinde aktif konumda bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı vekâlet cumhurbaşkanı yardımcısının asli konumu olduğundan cumhurbaşkanı yardımcısının siyasetinden memnun olunması veya olunmaması söz konusu edilmemek gerekir. Bu bakımdan zaten cumhurbaşkanının atayacağı cumhurbaşkanı yardımcısı veya yardımcılarının daha çok stratejik ve temsili yönü ağır basan kişiler olması beklenir. Buna karşılık, cumhurbaşkanı yardımcısının belli açılardan bakanlarla benzer bir bağlamda düşünüldüğü söylenebilir. Şöyle ki, Anayasanın 6771 sayılı kanunla değişik 98. maddesine göre milletvekilleri on beş gün içinde cevaplanmak üzere cumhurbaşkanı yardımcılara yazılı soru yöneltebilirler. Yazılı sorunun bakanların yanında cumhurbaşkanı yardımcılara da sorulabiliyor olması bunu göstermektedir. Bu durum aynı zamanda, cumhurbaşkanlığı sisteminin yürütmenin denetlenmesi imkânını ortadan kaldırdığı yönündeki iddiayı zayıflatmaktadır. Zira esas olarak parlamenter sistemlerde söz konusu olabilecek bir mekanizma, TBMM lehine olacak şekilde cumhurbaşkanlığı sisteminde de korunmuştur⁴¹. Yazılı soru, TBMM'nin yürütmeyi denetleme araçlarından birisi olarak belirtilebilecek olmasına rağmen cumhurbaşkanı yardımcısının bu yolla düşürülmesi mümkün değildir. Kaldı ki yazılı sorunun asıl muhatabı cumhurbaşkanı yardımcısı değil, siyasetini ortaya koyan cumhurbaşkanının bizatihi kendisi olarak düşünülebilir. Bu arada, meclis araştırması ve genel görüşme usulleri de cumhurbaşkanlığı sisteminde korunmakta-

⁴⁰ Aynı yönde bkz. Küçük, s.159.

⁴¹ Akçay, s.57. Aynı yönde bkz. Gülener ve Biricikoğlu, s.86.

dır. Dolayısıyla, belli bir konuda bilgi edinmek üzere yapılacak meclis araştırması, yine toplumu ve devlet faaliyetlerini ilgilendiren bir konunun TBMM genel kurulunda görüşülmesi suretiyle yürütmenin –özelde cumhurbaşkanı yardımcısının- denetlenmesi yani genel görüşme ile siyasi olarak hesap vermesi söz konusudur⁴². Siyasi olarak hesap verebilirlik kapsamında değerlendirilebilecek olmasına rağmen yazılı soru, genel görüşme ve meclis araştırması yoluyla cumhurbaşkanı yardımcısının görevinin sona ermesi söz konusu değildir.

Cezai sorumluluk açısından cumhurbaşkanı yardımcısı, kişisel ve göreviyle ilgili bir ayırım yapılarak incelenmelidir. Anayasa'nın değişik 106. maddesine göre kişisel suçlarından dolayı cumhurbaşkanı yardımcısı yasama dokunulmazlığına sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 83. maddesi çerçevesinde seçimden önce veya sonra bir suç işlediği iddiasıyla cumhurbaşkanı yardımcısının tutulması, tutuklanması, sorguya çekilmesi ve yargılanması mümkün değildir. Anayasa'da belirtilen usulle dokunulmazlık kaldırılabilir. Ayrıca, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ile seçimden önce soruşturmasına başlanmış olması şartıyla Anayasanın 14. maddesine giren durumlar dokunulmazlığın istisnalarıdır.

Cumhurbaşkanı yardımcısı göreviyle ilgili bir suç işlemesi durumunda ise Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nde yargılanacaktır. Bunun için TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun (301 milletvekili) vereceği önergeyi üye tamsayısının beşte üçünün (360 milletvekili) kabul etmesi gerekmektedir. Soruşturma önergesini TBMM bir ay içinde görüşür ve gizli oyla karara bağlar (6771 sayılı kanunla değişik m.106). *Özbudun*, öngörülen çoğunluğun 1982 Anayasası'nın ilk halindeki meclis soruşturması usulünde aranan çoğunluk ile karşılaştırıldığında, cumhurbaşkanı yardımcısının sorumluluğunun işletilmesini hemen hemen imkânsız hale getirdiğini belirtmektedir⁴³. *Küçük* ise meclis so-

⁴² Gülener ve Biricikoğlu, s.84.

⁴³ Özbudun, s.302; Aynı yönde bkz. Kaboğlu, s.40.

ruşturması usulünün cumhurbaşkanı yardımcısının sorumluluğunun işletilmesinde etkili bir yol olduğunu hatta bunun aynı zamanda siyasi sorumluluk olarak da düşünülebileceğini belirtmektedir⁴⁴.

Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak on beş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir.

Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır ve dağıtımından itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır. Cumhurbaşkanı yardımcısı Yüce Divan'da seçilmeye engel bir suçtan dolayı mahkûm edilirse görevi sona erer. Dolayısıyla, cumhurbaşkanı yardımcısının Yüce Divan'a sevk edilmesi tek başına görevinin sonra erdiği anlamına gelmemektedir.

Cumhurbaşkanı yardımcısı, görevi sona erdikten sonra da görevi süresince göreviyle ilgili işlediği iddia edilen suçtan dolayı yargılanabilir.

Görüleceği üzere cezai açıdan cumhurbaşkanı yardımcısının sorumluluğu hem kişisel suçlarıyla ilgili hem de göreviyle ilgili olarak tamdır. Burada sadece kişisel suçlarla ilgili olarak yasama dokunulmazlığı öngörülmüştür. Yasama dokunulmazlığının öngörülmesi ise yürütmenin kişisel ve siyasi saiklerle

⁴⁴ Bkz. Küçük, s.161.

zan altında bırakılmasını önlemek adına isabetli bir düzenleme olarak görülebilir. Bu durum hukuk devleti ilkesinden bir sapma olarak da görülemez. Zira yukarıda ABD siteminde belirtildiği üzere, impeachment usulünün başkan yardımcısı açısından uygulanma ihtimali daha zayıf olarak görünmektedir.

Hülasa Türkiye’de cumhurbaşkanı yardımcısının demokratiklik bağlamında sistemin genelinde olduğu gibi Türkiye’ye özgü şartlar içerisinde değerlendirilerek sorumluluk rejimin ortaya konulduğu söylenebilir.

SONUÇ

Başkanlık sistemlerinde temel bir makam başkan yardımcısıdır. Türk tipi başkanlık sistemi olarak belirtilebilecek cumhurbaşkanlığı sistemi ile cumhurbaşkanı yardımcılığı makamı öngörülmüştür. Cumhurbaşkanı yardımcısı veya yardımcılarını ABD’den farklı olarak cumhurbaşkanının ataması ile görevde gelmekte ve cumhurbaşkanının görevden alması ile görevleri son bulmaktadır. Sistem henüz yürürlüğe girmediğinden cumhurbaşkanı yardımcılarının yetkilerinin boyutunu tam anlamıyla ifade etmek mümkün değildir. Zira başkan yardımcılığı makamını ABD’de başlangıçta temsili bir görüntüde bulunmasına rağmen, zamanla daha etkin bir pozisyona dönüşmüştür. Bu durum özellikle başkan yardımcısı Mondale’den itibaren görülebilir⁴⁵. Aynı şey uygulama safhasında cumhurbaşkanı yardımcısı açısından da söz konusu olabilir. Yani şahsi özellikleri bakımından etkin ve aktif bir görüntüde olması halinde cumhurbaşkanı yardımcılığı makamını belirgin bir duruma gelebilir. Bunun yanında, cumhurbaşkanı yardımcısının sistemin işleyişi içerisinde icracı bir görüntüde yer alması, iç ve dış politikada etkin bir konumda bulunması söz konusu olabilir.

Sorumluluk bağlamında, ABD ve Türk sistemlerinin farklılaştığı görülmektedir. Buna göre siyasi olarak başkan yardımcısı ABD’de seçimle iş ba-

⁴⁵ Goldstein, s.377; Myers, s.904-905.

şına geldiğinden görevinin sona ermesi de görev süresinin bitmesiyle söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla ne başkan ne de Kongre, başkan yardımcısının görev süresini sonlandırma imkânına sahiptir. Buna karşılık, her ne kadar görevine son verme imkânı tanınmasa da TBMM cumhurbaşkanı yardımcısını yazılı soru, meclis araştırması ve genel görüşme mekanizmalarıyla denetleyebilir. Ayrıca, cumhurbaşkanı yardımcısı asıl olarak cumhurbaşkanına karşı sorumlu olacaktır. Dolayısıyla bir alanda koordinasyonla vazifeli cumhurbaşkanı yardımcısının başarısızlığı, cumhurbaşkanı tarafından görevden alınmasıyla sonuçlanabilir. Bu durum, ayrıca cumhurbaşkanının kamuoyu önünde kendisine yönelik eleştiriden kaçınma imkânı sağlayabilecekken; diğer yandan bizzat cumhurbaşkanının siyasetinin başarısızlığı olarak da görülebilir.

Cezai bağlamda ABD'de bir ayrım olmayıp başkan yardımcısı herhangi bir eylemiyle ilgili olarak impeachment mekanizmasına muhatap olabilir. Cumhurbaşkanı yardımcısının ise kişisel suçlarıyla ilgili yasama dokunulmazlığından yararlanması öngörülmüştür. Bu, aslında cumhurbaşkanı yardımcısının ve dolayısıyla yürütmenin çeşitli kişisel ve siyasi argümanlarla yıpratılmasının engellenmek istediğini göstermektedir. Diğer taraftan, cumhurbaşkanı yardımcısının siyasi olarak başkan yardımcısına göre daha aktif bir fonksiyona sahip kılınmak istendiğini göstermektedir. Cumhurbaşkanı yardımcısının göreviyle ilgili olarak görev süresi devam ederken veya görev süresi sona erdikten sonra Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanacaktır.

6771 sayılı anayasa değişikliği hakkında kanunun teklif edilmesinden itibaren onaylanmasına kadar geçen sürede temel olarak tartışıldığı alanlardan olan cumhurbaşkanı yardımcılığı makamı kanaatimizce demokratiklik ve fonksiyonellik bağlamında kabul edilebilir bir standardı içermektedir. Bununla birlikte, sistemin başarılı olup olmayacağı büyük ölçüde uygulama ile anlaşılacaktır.

KAYNAKÇA

AKÇAY, Erkan: “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Siyasi Denetim: İdarenin TBMM Tarafından Denetlenmesi”, Ombudsman Akademik, Y.3, S.5, ss.37-68, 2017.

Amerika Hakkında: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, <http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, E.T.23.8.2017.

BAUMGARTNER, Jody C. ve **CASE**, Rhonda Evans: “Constitutional Design Of The Executive: Vice Presidencies In Comparative Perspective”, Congress & the Presidency, 36:2, 148-163, 2009.

CHEMERINSKY, Erwin: **Constitutional Law: Principles and Policies**, 4'th Edition, Wolters Kluwer, 2011.

COHEN, Jeffrey E.: “The Polls: Popular Views of the Vice President: Vice Presidential Approval”, Presidential Studies Quarterly, Vol. 31, No.1, pp. 142-149, 2001.

ÇAM, Esat: **Devlet Sistemleri**, Der Yayınları, İstanbul, 1993.

EROĞUL, Cem: **Çağdaş Devlet Düzenleri**, 4. Baskı, Ankara, Kırilangıç Yayınları, 2005.

ESEN, Selin: “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/ 4.

FRIEDMAN, Richard D.: “Some Modest Proposals on the Vice-Presidency”, Michigan Law Review, Vol. 86, No.7, pp. 1703-1734, Jun., 1988.

GILBERT, Robert E.: “The Contemporary Presidency: The Twenty-Fifth Amendment: Recommendations and Deliberations of the Working Group on Presidential Disability”, *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 33, No.4, pp. 877-888, Dec., 2003.

GOLDSTEIN, Joel K.: “The Rising Power of the Modern Vice Presidency”, *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 38, No.3, pp. 374-389, September 2008.

GÖZLER, Kemal: “Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa *Neverland* Sistemi mi? 16 Nisan’da Neyi Oylayacağız?”, <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm>, E.T. 23.8.2017.

GÜLENER, Serdar ve **BİRİCİKOĞLU**, Hale: “Türkiye’de Bürokrasinin Hesap Verebilirlik Açığı ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yürütmenin Hesap Verebilirliği, *Ombudsman Akademik*, Y.3, S.5, ss.69-89, 2017.

KÜÇÜK, Adnan: “Yeni Anayasa Değişikliği ile Getirmek İstenen Türkiye’ye Özgü Başkanlık Sistemi: Korkular, Algılar, Beklentiler”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl: 22, Sayı: 85, ss. 157-189, Kış 2017.

KABOĞLU, İbrahim: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016)”, *Ankara Barosu Dergisi* 2016/ 4.

MYERS, James D.: “Bringing the Vice President into the Fold: Executive Immunity and the Vice Presidency”, *Boston College Law Review*, Vol.50, Issue.3 No.3, 2009.

NATOLI, Marie D.: “Perceptions of the Presidency, Leadership and Statesmanship”, *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 12, No. 4, pp. 598-602, Fall 1982.

ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin, 17. Basım, Ankara, 2017.

RELYEA, Harold C.: “The Law: The Executive Office of the Vice President: Constitutional and Legal Considerations”, *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 40, No. 2, The 2008 Presidential Election, Part I, pp. 327-341, June 2010.

The US Constitution: <http://constitutionus.com/#a1s3c1>, E.T. 23.8.2017.

US Supreme Court Decisions: <https://supreme.justia.com>, E.T.16.9.2017.

GÜNÜMÜZDE ULUS-DEVLET

*Dr. Öğr. Üyesi H. Gökçe ZABUNOĞLU**

ÖZET

Ulus, ulus-devlet ve ulusçuluk doğal olmayan bir takım koşullar neticesinde üretilmiş suni kavramlardır. Tarihsel süreçte ulus ve ulus-devlet İngiltere ve Fransa eksenli olarak ortaya çıkmıştır. 1789 Fransız Devrimi, hem ulus devleti hem de ulusal yurttaşlığın modern kurumunu ve ideolojisini icat etmiştir. Ulus, bir toplumsallık biçimini ifade eder. Bu toplumda, insanları hem kültürel hem de siyasi niteliğe sahip bir kimlik bir arada tutabilir. Modern devletin toplumu inşa sürecinde, insanları bir arada tutmayı ve aidiyet hissi oluşturmayı amaçlayan ideolojisi ulusçuluktur. Ulusçuluk, var olmayan bir ulusun belirli süreçler sonunda inşa edilmesidir. Ulusçuluk, bireylerin kitlesel duygularla birbirine bağlanmasına aracılık eden fikirler, sloganlar, semboller ve seremoniler üretir. Ancak çoğulculuk ve insan haklarıyla birlikte hukuk sistemi evrenselleşmiştir. Artık kişi haklarının uluslararası kurumlarda kullanılma özelliği ortaya çıkmıştır. Bunların sonucunda da ulus-devletin meşrulaştırıcısı ve ideolojisi olan ulusçuluk bunalımla yüz yüze kalmıştır. Globalleşme, ulus-devletin rolünde, bütünleşme ve parçalanma yönünde iki değişim meydana getirmektedir. Bu kriz, ulus-devletlerin sonunun geldiği anlamına gelmemektedir. Ancak günümüzde heterojen ulus kavramına dayanan ulus-devlet düşüncesi artık geçerli görülme-

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
Makale Geliş Tarihi: 21.10.2017
Makale Kabul Tarihi: 16.01.2018

mektedir. Bu çalışmada ulus kavramının modern görünümü, ulus-devlet ve ulusçuluk ideolojisi küreselleşmenin etkileri bakımından değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Ulus, Ulusçuluk, Ulus-Devlet, Küreselleşme, Modern Devlet

ABSTRACT

Nation, nation-state and nationalism are artificial concepts produced under conditions that are not natural. In the historical process, the nation and the nation-state emerged in the axis of England and France. 1789 The French Revolution invented both the nation state and the modern institution and ideology of national citizenship. The nation refers to a form of sociality. In this society, people can hold an identity that is both cultural and political in nature. In the modern state's process of building society, the ideology that aims to hold people together and create a sense of belonging is nationalism. Nationalism is the construction of a non-existent nation at the end of certain processes. Nationalism produces ideas, slogans, symbols, and ceremonies that mediate the linking of individuals with mass emotions. But with the pluralism and human rights, the legal system has become universalized. Now, the use of person rights in international institutions has emerged. As a result, nationalism, which is the legitimation and ideology of the nation-state, is faced with a crisis. Globalization brings about two changes in the direction of integration and fragmentation in the role of nation-state. This crisis does not mean that the nation-states have come to an end. However, the idea of a nation-state based on the concept of a heterogeneous nation is no longer valid. In this study, the modern appearance of the nation concept, nation-state and nationalism ideology have been evaluated in terms of the effects of globalization.

Keywords: Nation, Nationalism, Nation-State, Globalization, Modern State

GİRİŞ

Modern devlet, ortaya çıkışından itibaren, dünya çapında siyaset ilişkisinin merkezinde yer almaktadır. Başlangıcından itibaren uğradığı değişimlere rağmen devlet; meşru güç kullanma tekeli, vergilendirme yetkisini dolayısıyla ekonomik hayatta yer almayı ve kültürel yaşamı yönlendirme gücünü elinden bırakmamıştır. Modern devletin temel ekonomik düşüncesini oluşturan kapitalizmin gelişimi devletin işleyişini değiştirdi. Modern devlet ise ulus-devlettir.

Vestfalya Barış Anlaşmasıyla, temel siyasal yapı olarak kabul edilen ulus-devlet ve uluslararası sistem, Avrupalı bir karaktere sahiptir¹. Ancak günümüzde, ulus-devletin doğasına aykırı, Avrupa bütünleşmesi olarak nitelenen gelişmeler de burada görülmektedir. Yine ulus-devletin bir model olarak kabulünden itibaren günümüze değin hizmet üreten, ekonomik faaliyette bulunan böylece yurttaşın refahını güvence altına alan bir toplumsal alt-yapı inşası² ile uğraşan ulus-devlet ve onun oluşturduğu devletler sistemi kapitalist sistemin gerekliliği olarak görülmekteydi. Ancak kapitalizm, doğası gereği, global bir nitelik almıştır. Dolayısıyla, kendine özgü ve ulusal unsurlara aldırılmadan işleyen hareket yasalarını oluşturmuştur. Ancak gözden kaçırılmaması gereken nokta, ulusal ekonomi ve sistemlerin halen varlığını sürdürdükleridir. Kapitalizmin uluslararası nitelikteki kurumları güçlerini halen ulus-devletten ve onun oluşturduğu sistemden almaktadırlar.

Küreselleşme olgusuyla birlikte ortaya çıkan ilişkiler ve yeni durum, acaba ulus-devleti tehdit mi etmektedir? Kapitalizm, gerçekten ulus-devleti çökertmeyi göze almakta mıdır? Güçlü devletler, kapitalizm açısından bir garantördürler. Kapitalizmin yaşam alanı olan devlet, sermayenin sonsuz birikimi için olmazsa olmaz bir yapıdır. Ekonomik yönden bu değerlendirmeyi yapma-

¹ LATOUCHE, S. (1993), *Dünya'nın Batılılaşması*, (Çev. T. Keşoğlu), İstanbul, s. 89.

² TILLY, C. (2001), *Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu*, (Çev.K. Emiroğlu), Ankara, s. 66.

mıza karşılık küreselleşmenin kültürel boyutunda da aynı şeyleri söyleyebilir miyiz? Bir paradoks olarak kabul edilebilecek şekilde, küreselleşme, global bütünleşmenin sağlanmasının yanı sıra, global bir yerelleşmeyi de tetiklemektedir. Dolayısıyla ulusal kültürler bireyin kendini tanımlamasında baskın konumunu yitirmekte alt-kültürler de bu tanımlamada yerini almaktadır. Bu ise ulus kavramında farklılaşmaya yol açacak ve ister istemez devlet kurgusunda da değişim kaçınılmaz olacaktır. Peki ama ulus-devlet buna hazır mı? Ulus-devlet olgusu bu şekilde yıpratıldığına ve bir şekilde meşruiyet krizi yaşanmaya başlandığına göre Ulus-Devlet yapıları ortadan kalkacak mıdır?

Bu çalışmamızda, ulus-devletin günümüzdeki durumunu incelemeye geçmeden evvel, üstünde durulması gereken iki etken kavram olan ulus-devletin siyasal ve toplumsal birimi olan –ve aynı zamanda onun yarattığı bir hayal olarak- ulusu ve ulus inşasında ve inşanın sonrasında ulus-devletin temel ideolojisi ulusçuluğu inceledik. Daha sonra ulus-devlet olgusunu inceleyip son bölümde üstteki paragrafta sorduğumuz sorulara yanıt aramaya çalıştık.

I. ULUS

Ulus düşüncesi, ilk olarak 1689'da İngiltere'de vatandaşlık haklarının kabulü ile ulusal egemenliğe dayalı ve ulus-devletin ortaya çıkmasında zemin oluşturan anayasal monarşinin oluşma süreciyle ortaya çıkmıştır³. Daha sonra, Fransız ve Amerikan devrimleriyle ulus düşüncesi, siyasal ve toplumsal örgütlenmede evrensel bir konuma gelmiştir⁴. On dokuzuncu yüzyıldan itibaren ulus, devlet ve toplumun modernleşme sürecinde yeniden kurulmasında önemli bir araç haline geldi ve yirminci yüzyıl bir uluslar çağı oldu.

³ SANTAMARIA, Y (1998), "Ulus-Devlet", *Uluslar ve Milliyetçilikler*, (ed: J. Laca, Çev. S. İdeman), İstanbul, s. 22.

⁴ SCHNAPPER, D (1995), *Yurttaşlar Cemaati*, (Çev. Ö. Okur), İstanbul, s.17.

Ulus, doğrudan devlet düşüncesiyle ilişkili siyasal ve toplumsal bir birim şeklindedir⁵. Sınırları belli, resmi bir alanda, bir halkın egemenliğini yansıtır⁶. Weber, ulusun kendini bağımsız bir devlet olarak ifade edebilme yetisine sahip bir duygu birliği olduğunu, dolayısıyla ulusun kendi devletini oluşturma eğilimindeki bir topluluk olduğunu söylemektedir⁷. Weber'in ulusu bu şekilde ele almasına karşın, ulusun oluşumunda teknik şartların ve duyguların ağırlığını dile getirenler de mevcuttur. Gellner, ulusun oluşumunu ulusçuluk ile açıklamaktadır. Ulusun bir ulusal kimlik kurgusuyla soyutlaştığını ifade etmektedir⁸.

Ulus kavramı belirli bir netliğe sahip değildir. Weber'e göre insan topluluğu, belli koşullar altında, belirli davranışlarda bulunarak ulus niteliğini kazanabilir⁹. Ulus kavramı, farklı kullanımları olmakla birlikte, ulus devlete ilişkindir ve bu nedenle tarihsel ve özgül açıdan yakın zaman ait bir kavramdır.

Sosyolojide ulus, "aynı ekolojik alan bir kültür, bir Pazar, bir egemenlik üzerindeki kültürel, ekonomik ve siyasal sistemlerin çakışması süreciyle birlikte aşağı kültürlerin standartlaştırılmış, homojen ve merkezi iktidar tarafından desteklenen bir yüksek kültür ile bütünleştirilmesi olarak"¹⁰ ele alınmaktadır. Siyaset biliminde ise ulus "net bir şekilde belirlenmiş bir toprak parçası üzerinde var olan, bir devlet aygıtı ve yabancı devletler tarafından denetlenen, üniter bir yönetime itaat eden topluluk"¹¹ olarak tanımlanabilir.

Siyasal olarak ulus, mutlak bir otoriteye sahiptir ki bu "başka otorite biçimlerinin geçerliliği ve gerektiğinde bunları çiğneme hakkı üzerindeki son söze

⁵ İbid, s. 33.

⁶ **PIERSON**, C. (2000), *Modern Devlet*, (Çev. D. Hattatoğlu), İstanbul, s. 102.

⁷ **WEBER**, M. (1993), *Sosyoloji Yazıları*, (Çev. T. Parla), İstanbul, s. 172; **WEBER**, M (2007), "Millet", (Çev. E. Çerezcioglu), *Doğu-Batı Dergisi*, S. 39, Ankara, s. 185.

⁸ **GELLNER**, E. (1992), *Uluslar ve Ulusçuluk*, (Çev. B. Behar, G. Özdoğan), İstanbul, s. 104.

⁹ **WEBER**, 1993, s. 170; **WEBER**, 2007, s. 181.

¹⁰ **LECA J.** (1998), "Neden Söz Ediyoruz?", *Uluslar ve Milliyetçilikler*, (ed: J. Laca, Çev. S. İdeman), İstanbul, 2000, s. 13.

¹¹ İbid, s. 14.

ulus"¹²un sahip olması demektir. Şiddet tekelinin devlet tekelinde olmasıyla birlikte, toplumsal iktidarlar zayıflamış ve ulus, dolayısıyla ulus-devletin gelişimi için zemin hazırlanmıştır¹³. Ulus, yönetimin merkeziliği ve siyasal katılımın yetişkin tüm yurttaşları eşit şekilde kapsamaları ilkelerine sahiptir. Ulus-devlette bireylerin yönetenler ve yönetilenler olarak ikiye ayrılması siyasal iktidar ve toplum ayrımının doğmasına sebep olmuştur¹⁴.

Ulus, modern devletle ilgili siyasal, toplumsal bir birimdir. Bununla birlikte ulusun anlamı, etnik birimlere kadar genişletilmekte¹⁵, modern zamanda siyasal ayrılık ve/veya özerklik taleplerinin kuramsal temeli olmaktadır. Bu şekilde bir genişletmenin sonucu ise günümüzdeki devletlerin pek çoğunun ve hatta belki de hepsinin ulus-devlet olarak adlandırılmaması, daha da ötesinde çoğu devletin işgalci kabulü ile ayrılıkçılığın meşrulaşmasıdır¹⁶.

Ulusların ortaya çıkışı sanayileşmeye, kapitalizme ve modernleşmeye bağlanmaktadır. Ulus; halk egemenliği, bağımsızlık ve farklılık öğelerini içinde barındıran bir siyasal birim olarak modern bir olgudur. Ulus, bütünleşmiş, aklın ilkelerinden esinlenen yasa tarafından yeniden yapılanan bir uzamı geçirdiği için modernliğin siyasal bir biçimidir¹⁷.

Modern zamanlarda ulusu yaratan etkenlerin başında ekonomi gelmektedir. Ulusal ekonomik alan, satış açısından yeterli derecede büyük, emek arzını

¹² POOLE, R. (1993), *Ahlak ve Modernlik*, (Çev. M. Küçük), İstanbul, s. 138.

¹³ ÇİĞDEM, A. (1997), *Bir İmkan Olarak Modernite; Weber ve Habermas*, İstanbul, s. 163.

¹⁴ LECA, s. 14.

¹⁵ Kılıçbay'ın da ifade ettiği gibi, ulus ve etnik unsur birbirinden farklı kavramlardır. Bu iki kavram "birbirinden çok farklı tarihsellik ve toplumsallıklara denk düşer." Kader sayılan yerellik olan etnisite, irade dışında oluşan biyolojik ve aynı zamanda tarih tarafından oluşturulan bir toplumsallık halidir. Tarihsel bir inşa olarak ulus ise iradi bir kavramdır. Düşünsel faaliyetlerle ortaya çıkmış ve bir sonraki bölümde değineceğimiz üzere bir ideolojiye dayanmaktadır. KILIÇBAY, M. A. (1996), *Uyruktan Vatandaşa, Geçimden İktisada*, Ankara, s. 90.

¹⁶ Her iki durumda kabul edildiği BM zemininde, ulus ve halk kavramına bir tanım getirilememekte ve çelişkinin devamına sebebiyet verilmektedir. Bkz. KYMLICA, W (1998), *Çokkültürlü Yurttaşlık*, (Çev. A. Yılmaz), İstanbul, s. 62.

¹⁷ TOURAINE, A (2000), *Birlikte Yaşayabilecek Miyiz?*, (Çev. O. Kunal), İstanbul, s. 155.

denetleyecek ölçüde ise küçüktür. Böylesi bir piyasa ancak ekonomik bütünleşme ile sağlanabileceği için, ekonomik bütünleşme tıpkı kültürel ve siyasal bütünleşme gibi ulusun önemli gayelerinden birisidir¹⁸. Bu bütünleşme ile birlikte, kapitalizmin yarattığı sınıf çatışması alt düzeye indirgenerek, ulusal kimlik güçlendirilmeye çalışılır. Modernleşme ile modern öncesinde oluşmuş olan kimlikler aşınma sürecine girdiğinden dolayı ulus, atomize olmuş bireylerin bir topluluğa aidiyet duygusunun yeniden inşası ile de ilintilidir¹⁹. Ulus, modernleşmeyle birlikte zayıflayan aile ve topluluk bağlarını, bütünleşmesini sağlama ve bireyin güvenlik arayışına çare bulma gayesiyle yeniden canlandırmaya çalışır. Böylece, cansız ve soyut modern toplumsal mekanlarda yabancılaşan bireye aile ile bağlılık ve canlılık vaat ederken sahip olduğu şeylere bir kutsallık da izafe eder. Toprak, vatan; dil anadildir. Oluşturulan bu simgelerle, ulusun bütünlüğü sağlanmaya çalışılır ve dışa karşı sınırların sağlanması, içte ise saflaşma sürecinin işlenmesi sağlanır. Bir güvenlik ve kimlik yeri olan ulustan olmayan yabancılara ise misafir olarak tahammül edilir. Böylesi bir mükemmeliyetçi tanım ise ulus eğer tarihsel tek bir kimlik ve toplulukla örtüşmüyorsa tehlikeli sonuçlar doğurabilir²⁰. Ulus düşüncesi, ulusa kutsal bir misyon yükler, onu kutlaştırır. Ulusun önemi, kültürel değerlerinin yüksekliği savına dayanır. Bu ise ulusun bireyleri için bir gurur ve yazgıdır²¹.

¹⁸ POOLE, s. 141.

¹⁹ Çalışmamızda ulus kavramının eş anlamlısı olarak kullanılan millet kavramını değil de ulusu tercih etmemiz bizim tarihimizle ilgilidir. Millet, Osmanlı'da ulus kavramının günümüzdeki anlamından farklı olarak dinsel toplulukların idari yapılanmasını belirtmekte kullanılmıştır. Bkz. ERYILMAZ, B. (1999), "Osmanlı Devleti'nde Farklılıklara ve Hoşgörüyeye Kavramsal Bir Yaklaşım", *Osmanlı*, C. IV, (Ed. Güler Eren), Ankara, s.236. Bu bağlamda Osmanlı döneminde toplulukların din esasına göre örgütlenmesi ve yönetilmesine "millet" anlayışı denmiştir. Çok uluslu bir imparatorluk olan Osmanlı'da 19. Yüzyılda millet kavramının günümüzdeki anlamıyla kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Osmanlı'daki millet anlayışının çözülmesinin sebeplerinden birisi 17. Yüzyıldan itibaren görülmeye başlayan ulus oluşumlarının ortaya çıkmasıdır. Osmanlı millet sisteminin bir sonucu olarak kendi kültür ve geleneklerini koruyan toplulukların uluslaşmasını da kolaylaştırıcı bir etki sağlamıştır.

²⁰ HONIG, B. (1999), "Farklılık, İkilem ve Ev Politikası", *Demokrasi ve Farklılık*, (Ed. Ş. Benhabib), (Çev. N. Elhuseyni), İstanbul, s. 385.

²¹ WEBER, 1993, s. 171; WEBER, 2007, s. 185.

Ulus, belli sınırlar içinde bütünleşmesi açısından modern bir olgu olmasının yanı sıra; toplumsal, ekonomik ve kültürel alanların bütünleştirilmesi açısından modern bir icattır. Dolayısıyla ulus aynı zamanda hayali bir cemaat, topluluktur²². Bu hayalilik, sahtelik sonucunu değil, asal toplumsallık biçimlerinin ötesinde soyut bir bağıntıya belirtkendir²³.

Ulusun oluşumu, modern devletin oluşumuyla yakından ilişkilidir. Dolayısıyla bu iki olgu arasında bir neden-sonuç ilişkisi olduğu söylenebilir. Ulus inşa etme, kolektif anlatıları uydurmayı, etnik farklılıkların homojenleştirilmesi ve hayali bir topluluğun ideolojisini yurttaşlara benimsetmeyi gerekli gören bir süreç olduğundan devletin kurulmasında ve devamında önemli rol üstlenir²⁴.

II. ULUSÇULUK

Ulus-Devletle eş zamanlı olarak ulusçuluk ideolojik bir güç olarak belirmişdir. Ulusçuluk, hiçbir zaman tek başına bir işleve sahip olmamış ve sürekli olarak ara terimlerle (yurtseverlik, popülizm, yabancı düşmanlığı vs.) zenginleşmiştir²⁵. Ulusçuluk, yine de son iki yüzyıldır güçlü bir birleştirici olarak siyaset sahnesindedir. Ulusçuluk, ulus öncesi kurumlardan ulus olmaya yönelişin birleştiriciliğini yapan bir olgudur. Bu yönüyle modern bir niteliğe sahiptir ve ilerici bir özelliği vardır. 18. yüzyılda kullanılmaya başlanan ulusçuluk, farklı anlamlarda kullanıldığı görülmektedir. İngiltere’de ulusal nitelik ve bilincin belirtilerini kapsarken, Fransa’da ilk olarak jakobenlerin yurtseverlik adına yabancı düşmanlığını bir üstünlük olarak görmesini eleştirmek için kullanılmış, 1800lerde ise şovenizm, halkların ulusal bağımsızlığı ve ulusal çıkar ve değerle-

²² BAUMANN, Z. (1998), *Sosyolojik Düşünmek*, (çev. A. Yılmaz), İstanbul, s. 185.

²³ Modern öncesi dönemde de üyelerinin birbirlerini çoğunlukla tanımadığı hayal edilmiş topluluklar olanaklıdır. Modern öncesi toplumlarla, modern toplumun (ulusun) farkı ise, daha güçlü bir sosyalleştirme politikasına sahip olması ve özel alan ile birincil ilişkileri sınırlandırmasıdır. ANDERSON, B., *Hayali Cemaatler*, (Çev. İ.Savaşır), İstanbul, s. 21.

²⁴ KARAKAŞ, M. (2000), *Türk Ulusçuluğunun İnşası*, Ankara, s. 30.

²⁵ BALIBAR E., WALLERSTEIN I. (1995), *İrk, Ulus, Sınıf*, (Çev. N. Ökten), İstanbul, s. 62.

re siyasal alanda öncelik verilmesi anlamında kullanılmıştır²⁶. Almanya’da ise kavram, yirminci yüzyılın başlarında kullanılmaya başlanmış ve siyasal yaşamda otoriter, anti-demokratik bir nitelik kazanmıştır²⁷. İtalya’da da kavram Almanya’yla eş zamanda kullanılmaya başlamasına karşılık, anlam olarak belli düşünce sisteminin verdiği anlamdır.

Ulusçuluk kavramının, değişik anlamlara gelecek şekilde, ulus ve ulus-devletlerin kurulma ve devam süreçleri, ulusa ait olma bilinci ve güvenlik ile refah özlemine sahip olma, ulusa ait dil, kültürel doktrin, ulusal iradenin gerçekleşmesini amaçlayan bir ideoloji, ulusun amaçlarına ulaşacak bir siyasal hareket, biçimlerinde kullanıldığı görülmektedir²⁸. Ulusçuluk, ulusal topluluk duygusunun bir sonucu olarak ortaya çıkmış ve siyasal topluluk düşüncesinin ideolojik yapısı haline gelmiştir. Gellner, ulusçuluğu, siyasal birim ile ulusal birimin çakışmasını öngören siyasal bir ilke, etnik sınırların siyasal sınırların dışına taşmamasını öngören siyasal meşruiyet kuramı olarak tanımlamaktadır²⁹. Dolayısıyla, ulusçuluk, sanayi toplumu örgütlenmesinin yol açtığı gelişmelerden birisidir ve modernleşmenin kaçınılmaz bir sonucudur³⁰. Dolayısıyla, ulus inşa etme bilinci olarak da tanımlanabilir³¹.

Kavrama ilişkin yaklaşımlar değerlendirildiğinde, hepsinin ortak noktasının modern bir olgu olma ve modern ulus ve devletle bağlantılı bir gelişme çizgisidir.

Ulus ve ulusçuluk arasındaki ilişkide değinilen nokta, hangisinin diğerinin sonucu olduğu noktasındadır. Gellner ve Hobsbawm, ulusun oluşumunu,

²⁶ **GIRARDET**, R. (1967), *Milliyetçilik*, (Çev. Y. Yayla), İstanbul, s. 8 vd.

²⁷ **KARAKAŞ**, s. 35.

²⁸ **SMITH**, A. (1994), *Milli Kimlik*, (Çev.S. Şener), İstanbul, s. 119.

²⁹ **GELLNER**, 1992, s. 120.

³⁰ **HOBBSAWM**, E.J. (1993), *Millîyetler ve Milliyetçilik*, (Çev. O. Hakinhay), İstanbul, s. 23.

³¹ **ANDERSON**, 1993, s. 150.

ulusçuluğa dayandırmaktadır³². Bu görüşe göre ulus, teritoryal esasa dayalı ulus-devletle bütünleşmektedir³³.

Modern bir gelişme olan ulusçuluk, kaynak ve yükselişini Avrupa’da bulmuştur. Ulusçuluk, on dokuzuncu yüzyılın başlarında Avrupa’da icat edilmiş bir doktrin olarak kabul edilmektedir. Bu doktrin, insanlığın uluslara bölündüğünü, ulusun belli özellikleri olduğunu ve meşru yönetim şeklinin ulusların kendi kaderlerini tayin etmeleri olduğunu savunur³⁴. Smith, bu görüşü geliştirir. Ulusçuluğu icat edilmiş olmanın yanı sıra, tarihle olan bağlantıları da ele alarak, sadece bir ideoloji olarak değil, bir kültür biçimi olarak değerlendirerek, ulus öncesi kültürün ulusçuluğun inşasında etkisi olduğunu kabul eder³⁵.

Ulusçuluğun dört dönemde değerlendirilmesi mümkündür. Birinci dönem, 1789 Fransız Devrimi öncesi, ikinci dönem Devrimle 1870 arası, üçüncüsü 1870lerden 1930lar arası, son dönemse 1939dan günümüze değin geçen süredir³⁶.

İlk dönemde, ulusçuluğun etkisiyle ortaya çıkan, ulusal kiliselerin oluşması, ulusal devlet düzeninin kurulması ve ulusun hükümdarın kişiliğinde somutlaşmasıyla tanımlanabilir. Bu dönemde, merkantilizmle birlikte ortaya

³² “Ulusçuluk, ulusların bir ürünü değil, tam tersine ulusları meydana çıkaran ulusçuluğun kendisidir.” GELLNER, 1992, s. 105; Gellner, ulusçuluğu gelişmiş ülkelerin ürettiği eşitsizliğe bağlayarak, buna karşı çıkışın bir anlatım aracı olduğunu söylemektedir. Bkz. GELLNER, E. (1998), *Milliyetçiliğe Bakmak*, İstanbul, s. 68; Hobsbawm ise, analitik düzlemde ulusçuluğun uluslardan önce geldiğini söyler HOBBSAWM, 1993, s. 24.

³³ Bu noktada Abdurrahman Saygılı’nın kutsal Canavar Devlet kitabında sınır kavramını tartışırken oluşturduğu alt başlıklardan biri olan “ulus yaratımı olarak sınır” başlığı, teritoryal özelliğin bir ürünü olan egemenlik alanının son kullanım noktası olan sınırın yalnızca bu sonuca değil, aynı zamanda ötekilerle (mülteciler, yabancılar vs.) o topraklar içinde bütünleşmiş bir topluluk olarak ulus arasındaki farkı yarattığına işaret etmektedir. SAYGILI, A. (2015), *Kutsal Canavar Devlet*, Ankara, s. 169-174

³⁴ KEDOURIE, E. (1971), *Avrupa’da Milliyetçilik*, (Çev. H. Timurtaş), Ankara, s. 1, 65.

³⁵ SMITH, 1994, s. 118. Smith, etno-sembolik teorisindeki odak nokta, ulusçuluğun aslında hep var olan ve etnik kültürel bir kaynağı temel aldığıdır ki bu hem modern öncesinde hem de günümüzde yani küresel dönemde de devam etmektedir. SMITH, A. (2002), *Küreselleşme Çağında Milliyetçilik*, (Çev. D. Kömürcü), İstanbul.

³⁶ CARR, E. (1990), *Milliyetçilik ve Sonrası*, (Çev. O. Akın), İstanbul, s. 9vd.

çıkan ulusal ekonomi politikaları ulusçuluğun oluşumunda etkili olmuştur. İlk dönemde ulusçuluğun oluşumunu etkileyen gelişmeler; yerli edebiyatın doğuşu, monarşikdevletin doğuşu, ulusal devlet ekonomisine geçiş ve ulusal kiliselerin kurulması olarak sayılabilir³⁷.

İkinci dönemin temel özelliği olarak; uluslararası ilişkilerin düzenliliği, ulusal güçlerin devlet konusundaki egemenliği, ulusal duygunun güç kazanarak yaygınlaşması sıralanabilir. Bu dönemde, ulusçuluk, kendini kabul ettirerek söz sahibi olmaya başlamıştır. Zihinsel değişiminve burjuva sınıfının oluşmasının etkisiyle kendi kaderini tayin etme kavramı üstündeki ulusçuluğun bu dönemdeki temel dinamiğidir³⁸. Bu dönemin önceki dönemle arasındaki farklılık, model bu dönemde giderek somutlaştığı için ulusçuluk yaygınlık kazanmıştır. Ulusçuluk, Fransız Devrimiyle birlikte, İngiltere'den Kıta Avrupa'sına geçmiştir. Dönemin romantik liberal akımıyla eklemlenen ulusçuluk, fanatik bir doktrin değil, dünyanın farklı uluslardan oluştuğunun kabulüyle, kendi ulusunu geliştirme ve ulusal bağımsızlığı amaçlayan bir felsefeydi. Ulusların kendi kaderini tayin etme hakkı temelinde, kendi özgür ulus-devletlerini kurması anlayışı; yurttaşın özgürlüğünün korunması, temsile dayalı yönetimin kurulması, maddi refahın artırılması ve uluslararası bir barışı hedefliyordu³⁹.

1870lerle birlikte ise ulusçuluk, özellikle Almanya'da, farklı bir içerik kazanmaya başlamıştır. 1870-1939 arası dönemde ulusçuluk, baskıcı ve yayılmacı bir ideolojiye dönüşmüştür. Alman ulusçuluğunun 19.yy son çeyreğinde militarist düşüncüyü içselleştirmesi diğer ulusları da harekete geçirmiş ve içte bağdaşık bir yapı dışta ise güçlülüğü gösteren saldırganlık anlayışının oluşmasına neden olmuştur. Sanayi devriminin yaygınlaşmasının bir getirisi olarak ulusun diğerlerine karşı güçlü olmasını sağlayacak ekonomik ulusçuluk gelişmeye

³⁷ HAYES, C. (1995), *Milliyetçilik; Bir Din*, (Çev. M. Çiftkaya), İstanbul, s. 53-54.

³⁸ KARAKAŞ, 2000, s. 55-57.

³⁹ HAYES, 1995, s. 113.

başladı. Ulusçuluğun üçüncü dönemindeki yükselişin ekonomi ve militarist düşüncenin dışında bir diğer etkeni ise ulus sayısının artışıydı. Fransız devriminin bir getirisi olarak imparatorlukların dağılma sürecine girmesi, siyasal alanda ulus-devlet birimlerinin artmasına sebep olmuştur⁴⁰. İmparatorluk ve siyasal birliklerin dağılmasıyla birlikte çoğalan sınırlar, rekabetin artmasına neden olmuş, bu da ulusçuluk duygusunu tetiklemiştir⁴¹.

Ulusçuluk günümüzde de etkinliğini devam ettirmektedir. Ulus, ulusçuluk ve ulus devlet birbiriyle etkileşim içinde ve birbirini etkileyen süreçlerdir. Ulusçulukla ilgili olarak üç tipten bahsedilebilir. Bunlardan ilki Fransız tipi ulusçuluktur ki bu tipte mutlak otoritelerin yerini ulus iradesi almıştır ve kolektivist yurttaşlar temeline dayanır. İkinci tip Alman ulusçuluğudur. Etnik ve kolektivist olan Alman tipinde tabi olma gerekliliktir. Fransız ulusalcılığına bir tepki olan bu tipte kültürel unsurlar ön plandadır. Üçüncü tip olarak ise Amerikan ulusçuluğundan bahsedebiliriz. Bireysel yurttaşlık temelli ve yurtsever temalı bu tip, bireyci, çoğulcu ve özgürlükçüdür⁴².

III. ULUS-DEVLET

Ulus-devlet, ortaya çıkış tarihi geriye götürülebilir olsa da⁴³ ideal model olarak 18. yy. ikinci yarısında kabul görmeye başlamıştır⁴⁴. Ulus-devletlerin

⁴⁰ CARR, 1990, s. 28,29.

⁴¹ Osmanlı İmparatorluğunun dini temellere dayanan geleneksel millet sisteminin (bkz. Dipnot 19) çözülmesinde uluslaşma ile birlikte uluslaşma düşüncesi de etkindir. Özellikle 19. yüzyılda Avrupa devletlerinin siyasal çıkarlar doğrultusunda Osmanlı'da bu düşüncenin yaygınlaşmasını sağladıkları görülmektedir. Bu konuyla ilgili olarak bkz. KARPAT, K. (2017), *Osmanlı'da Milliyetçiliğin Toplumsal Temelleri*, (Çev. O. G. Ayas), İstanbul.

⁴² LECA, 1998, s. 14-15.

⁴³ Lipson, ulus-devletin ortaya çıkışını, İspanya birliğinin sağlandığı 15.yy.a kadar götürmektedir. LIPSON, L. (1978), *Politika Biliminin Temel Sorunları* (Çev. T. Karamustafaoglu), Ankara, s. 147; Santamaria ise, İngiltere ve İskoçya'nın oluşturduğu Birleşik Krallığı başlangıç olarak 1707'ye tarihlemektedir. SANTAMARIA, 1998, s. 22; Bunların dışında 1789 Fransız Devrimi ve 1776 Amerikan Devrimleri ile ulus-devlet başlatılmaktadır. WENDEN, C. (1998), "Ulus ve Yurttaşlık; Hem Rakip Hem Ortak", *Uluslar ve Milliyetçilik*, (Ed. J. Leca), (Çev. S. İdeman), İstanbul, s. 40; GUIBERNAU, M. (1997), *Milliyetçilikler*, (Çev. N. Domaniç), İstanbul, s. 98.

ortaya çıkışında, devletlerin egemenliklerini kabulü ile devletler sisteminin ortaya çıkması ve bireylerin eşit olarak siyasetin öznesi olması olguları önemlidir. Bu olguların sonucu olarak ulus-devletlerin iç ve dış egemenlikleri kabul edilmiştir. Böylelikle ulus-devletler güç kazanmıştır⁴⁵. Vestfalya Barış Antlaşmasıyla birlikte kurulan modern devlet sisteminde, yeni ve değişik bir ilişki biçimi ortaya çıkmıştır. Her biri kendi toprakları üstünde egemen ve başka bir otoriteden bağımsız çok sayıda devletin bulunduğu bir sistem oluşmuştur⁴⁶. Weber'in tanımıyla modern devlet, ülke içinde, şiddetin meşru kullanımını tekelinde bulduran insan topluluğudur⁴⁷. Tanımda, şiddet tekeli ve ülkesellik ayırt edici olarak ortaya konmaktadır. Bunların dışında, sınırların karşılıklı kabulü, egemenliğin tanınması⁴⁸, anayasallık, kişisel olmayan iktidar, bürokrasi, vergilendirme, yurttaşlık ve meşruiyetin halka dayanması da modern devletin özelliklerindedir⁴⁹.

Modern devlet, mutlakiyetçi⁵⁰ ve ulus-devlet dönemi olarak iki ayrı dönemde incelenebilir⁵¹. Modern devletin mutlakiyetçi döneminde yasallık ve akla dayanma unsurları gelişim gösterir. Ulus-devletten farkı, insanların birliğini ulusa sadakat değil, krala sadakatin oluşturması ve kültürel bütünleşme politikasının sistematik şekilde uygulanmamasıdır. Burjuvazinin güçlenmesi ve aydınlanma ilkelerinin monarklar tarafından kabul edilmesiyle mutlakiyetçi devlet,

⁴⁴ ÇİĞDEM, 1997, s. 17.

⁴⁵ ÇOŞKUN, İ. (1997), *Modern Devletin Doğuşu*, İstanbul, s. 165,

⁴⁶ POGGI, G. (2005), *Modern Devletin Gelişimi, Sosyolojik bir yaklaşım*, (Çev. Ş. Kut, B. Toprak) İstanbul, s. 110.

⁴⁷ WEBER, 1993, s. 80.

⁴⁸ Ulus-devlet açısından egemenlik, devletin kendi geleceği hakkında ve ülke ile ulus üzerinde karar alıcı iktidar sahibi olmasını, bir hukuk belirleyerek bunu yürütmesi anlamına gelir. Bkz. HELD, D., (1995), "Ulus-Devletin Çöküşü", *Yeni Zamanlar*, (Der. S. Hall, M. Jacques), (Çev. A. Yılmaz), İstanbul, s. 190.

⁴⁹ PIERSON, 2000, s. 24.

⁵⁰ Mutlakiyetçi devlet, "şiddet araçlarının denetimi dahil, nihai siyasal otorite ve yaptırımlarla donatılmış hükümler bir yönetici egemenliğindeki siyasal düzen" olarak tanımlanabilir. Tanım için bkz. GIDDENS, A. (2000), *Tarihsel Materyalizmin Çağdaş Eleştirisi*, (Çev. Ü. Tatlıcan), İstanbul, s. 204.

⁵¹ ÇOŞKUN, 1997, s. 156 vd.

ulus-devlete doğru evrilmiştir. Fransız Devrimi, hem ulus devleti hem de ulusal yurttaşlığın modern kurumunu ve ideolojisini icat etmiştir⁵².

Ulus-devlet, devletler kompleksi içinde, sınırları çizilmiş belli bir alanda yönetsel bir tekel sürdüren, yönetimi yasayla ve şiddet araçlarının denetimiy-le yaptırım altına alınan yönetim biçimi⁵³ olarak tanımlanabilir. Ulus-devlet, meşruiyetinin kaynağını (kültürel bütünlüğü olduğu varsayılan) ulusa dayandırmakta ve bu yüzden de güçlü bir kültür politikası sürdürmektedir. Ulus-devlet Ortaçağ sisteminden kopuşu ifade eder. Ulusun siyasal odak haline gelmesi, yerel gerçeklere ve evrensellik ülküsüne tepkinin sonucudur⁵⁴.

Ulus-devlet, ilk olarak, etnik grupların diğer bölgelere, alt-kültürlere, dil ve din topluluklarına etki etmesiyle ortaya çıkmıştır⁵⁵. Homojen bir halk topluluğuna dayanmayan, dolayısıyla homojenleştirme gayesi taşıyan ulus-devletlerde ise, “asimile edilmiş, baskı altına alınmış ya da marjinalleştirilmiş alt-halklar”⁵⁶ doğmuştur. Son olarak ise etnik-milliyetçilikle ortaya çıkan ulus-devlet tipinde ise “kanlı saflaştırma töreleriyle gerçekleştirilmiştir”⁵⁷.

Ulus-devlet, kültürel ve siyasal olarak birliğini sağlamış, bütünleşmiş ulusa sahip olmak zorundadır. Kültürel bütünleşme, ortak dil ve tarih bilincini gerektirirken, bu etnik açıdan bir birlik sağlamayı gerektirmemektedir. Milliyetçilik, imparatorlukları bölmesi gibi, günümüzde, etnik milliyetçilik de ulus-

⁵² SAYGILI, A. (2010), “Modern Devletin Çıplak Sureti”, *AÜHFD*, C. 59, S. 1, Ankara, s. 91

⁵³ GIDDENS, 2000, s. 208.

⁵⁴ “Milli devlet artık bu birliğini bir yandan yörelere ve bölgelere kabul ettirecek öbür yandan papalık ve imparatorluğun kurdukları geniş ve aldatıcı birliklere karşı koyacaktır” LIPSON, 1978, s. 416.

⁵⁵ HABERMAS, J., (2002a), *Öteki Olmak Ötekiyle Yaşamak*, (Çev. İ. Aka), İstanbul, s.50.

⁵⁶ İbid.

⁵⁷ İbid. Erözden’in tasnifine göre ise, ulus-devlet kurgularını üç gruba ayırmak mümkündür. İlk grupta, Avrupa ve yakın çevresi merkezli ulus-devletler, ikinci grupta, Amerika kıtasında gözlenen, yerli halkın soykırımına ortadan kaldırılması ve göçmenlerin getirilmesiyle oluşan ulus-devletler ve üçüncü olarak, yirminci yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkan, sömürgecilikten sıyrılma hareketleriyle oluşan ulus-devletler. Bkz. ERÖZDEN, O. (1997), *Ulus-Devlet*, Ankara, s. 8-9.

devletlerin küçülmesine sebebiyet vermektedirler. Bu noktadaki çözüm ise ya etnik temizlik ya da siyasal bütünlüğün sağlanmasıdır. Siyasal birlik ise yurttaşlık esasında sağlanabilir⁵⁸.

IV. GÜNÜMÜZDE ULUS-DEVLET, ULUSÇULUK VE ULUS

*“Dünya pazarını yaratmış olan büyük sanayi, yeryüzündeki bütün halkları ve özellikle de uygar halkları öylesine birbirlerine bağlamıştır ki, her halkın başına gelecekler, bir ötekine bağlıdır”*⁵⁹

Günümüzde en önemli tartışmaların başında, ulus-devletin sınırlarının ötesinde, global düzeyde kapitalizmin yol açtığı tahribatın denetim altına alınmasının imkanı üstünde yapılan tartışmalar gelmektedir⁶⁰. Diğer önemli soru ise ulus devlet acaba işlevini tamamladı mı sorunsalıdır. Bu tartışmaların kaynağını ise ulus-devletin aşılması sürecine işaret ettiği söylenen globalleşme olgusudur.

Ulus-devletin oluşumunu sağlayan kapitalizm, günümüzde ulus-devletin meşruiyetini azaltma amacına yönelmiştir. Dolayısıyla, modern insanlık durumunun bir sonucu olan⁶¹ globalleşme, kapitalizmin bir aşamasıdır ve yüzyıllardır süregelen emperyalizmin kendisidir⁶². Kriz, krizden çıkış ve yeniden kriz şeklinde dinamik olarak kendini yenileyerek dönemsel gelişme özelliği

⁵⁸ GÜNDOĞAN, A.O. (2002), “Devlet ve Milliyetçilik”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, S. 21, Ankara, s. 185-186.

⁵⁹ ENGELS F. (2003), “Komünizmin İlkeleri”, MARX, K., ENGELS, F. *Seçme Yapıtlar Cilt I*, (Çev. M. Ardos, S. Belli, A. Kardam, K. Somer), İstanbul, s. 87.

⁶⁰ HABERMAS, J. (2002b), *Küreselleşme ve Milli Devletin Akabeti*, (Çev. M. Beyaztaş), İstanbul, s. 23.

⁶¹ GIDDENS, A. (1997), *Modernliğin Sonuçları*, (Çev. E. Kuşdil), İstanbul, s.

⁶² BORATAV, K. (1997), “Ekonomi ve Küreselleşme”, *Emperyalizmin Yeni Masalı Küreselleşme*, (Der. I. Kansu), Ankara, s. 23.

gösteren kapitalizm⁶³, ulus-devletin tümlüğünü parçalamakta ve “Westphalian” tarzı egemenlik modelini dönüştürmektedir⁶⁴. Başka bir ifadeyle, ulus-devletlerin yaratılmasında en önemli etken olan sermaye, günümüzde ulus-devleti zor durumda bırakmaktadır⁶⁵. Günümüzde artık devletler ve uluslararası ilişkilerin temel yapısını, global ilişkiler oluşturmaktadır ve ulusal ekonomiler, önceden devlet sınırları içinde yer alırken, artık devletler pazarların içine yerleşmiştir⁶⁶. Globalleşme ile ekonominin ulusallık özelliğini kaybetmesi, devletin yatırım kararları üzerindeki etkisini azaltmakta, ulusal ekonominin ulus üstü finans çevreleri tarafından belirlenmesi sonucunu doğurmaktadır, gelişmekte olan ülkelerde yabancı sermayeye bel bağlamayı gerçekleştirmektedir⁶⁷.

Ulus-devletin gücünün azalması üç boyutta gerçekleşmektedir ki bunlar; devletin kontrol gücünü yitirmesi⁶⁸, karar mekanizmalarında meydana gelen meşruiyet eksikliğine devletin yönetsel yetersizliğidir⁶⁹. Günümüzde artık, ulus-devletin çıkarları, egemenliğin bir parçasını devretmek biçiminde korunmakta, böylece devletin egemenliği ilkesinin sürdürülmesi güçleşmektedir⁷⁰.

Globalleşmenin ekonomik etkisinin yanında diğer önemli etkisi ise kültür alanında olmaktadır. Bir paradoks olarak, evrensel değerler söz konusu edilirken, yerel olan gündeme gelmektedir⁷¹. Globalleşmenin etkisiyle ulus-devlet, bireylerin gündelik yaşantılarında daha az olumlu etki yapmaktadır. Bireylerin

⁶³ ŞAYLAN, G. (1997), “Küreselleşmenin Gelişimi”, , *Emperyalizmin Yeni Masalı Küreselleşme*, (Der. I. Kansu), Ankara, s. 10.

⁶⁴ GÜNDÜZ, A. (2002), “Globalleşmenin Hukuki Boyutları”, *Liberal Düşünce*, S. 25-26, Ankara, s. 43.

⁶⁵ LATOUCHE, 1993, s. 114.

⁶⁶ HABERMAS, 2002b, s. 26.

⁶⁷ GÜNDOĞAN, 2002, s. 189.

⁶⁸ Özerklik kaybı olarak adlandırılabilir bu ifadeyle Habermas’ın kastettiği, devletin kendi vatandaşlarını sonuçlar ile süreçlerin doğurduğu etkilerden kendi başına koruyamamasıdır. Örnek olarak ise, komşu bir ülkede inşa edilen ve güvenlik standartlarına uymayan bir atom reaktörünün taşıdığı riskleri vermektedir. HABERMAS, 2002b, s. 28.

⁶⁹ İbid, s. 27 vd.

⁷⁰ PIERSON, 2000, s. 302.

⁷¹ GÜNDOĞAN, 2002, s. 190.

gelecekleriyle ilgili bir güven kaynağı olmaktan çıkmakta ve inandırıcılığını kaybetmektedir⁷². Ancak şunu ifade etmeliyiz ki, ulus altı ve ulus üstü kültürel değerlerin meşruluk kazanması ulusallığın güç kaybetmesi ve yeniden yapılmasını imler, ortadan kalkmasını değil. Ulus, günümüzde de kolektif kimliğin ve tarihin ayrıcalıklı mekanlarından birisidir⁷³ ve yurttaşlık, siyasal katılım ile vergilendirmenin mekanı ulus-devlettir.

Ulus-devletin ve onun yönetim tarzı olan demokrasinin dayandığı zemin olan çoğulculuk ve insan haklarıyla birlikte hukuk sisteminin evrenselleşmesi, kişi haklarının uluslararası kurumlarda kullanılma özelliğini kazandırmıştır. Bu tür kurumların yaptırımları karşısında ulus-devlet, kendini aşmalı ve kişisel hakların kullanımı için yapılandırmalarda bulunmalıdır⁷⁴ ki bu da ulus-devletin ideolojisi olan ulusçuluktan az da olsa uzaklaşmak anlamına gelir⁷⁵.

Globalleşme, ulus-devleti cendere altına sokmasına karşılık, ulus-devlet yerine geçecek bir yapı öngörmemektedir. Oluşan krizden çıkış yolu ise yurttaşın demokratik haklarının üst seviyede kullanılarak, etnik bağlılık yerine siyasal kültür birliğine önem verilerek, yine ulus-devlet tarafından aşılabilecektir⁷⁶.

Globalleşme, ulus-devletin rolünde, bütünleşme ve parçalanma yönünde iki değişim meydana getirmektedir⁷⁷. Bütünleşme ile uluslar arası alan yeniden tanımlanmakta ve parçalanma ile devlet içinde bölge yönetimlerine ve devletlerarası bölgeselleşmelere geniş yetkiler verilmektedir. Dolayısıyla globalleşme

⁷² WALLERSTEIN, I. (2000), *Bildiğimiz Dünyanın Sonu*, (Çev. T. Birkan), İstanbul, s. 87.

⁷³ SCHNAPPER, 1995, s. 198.

⁷⁴ HABERMAS, 2002a, s. 32.

⁷⁵ GÜNDOĞAN, 2002, s. 190-191.

⁷⁶ İbid.

⁷⁷ YÜKSEL, M. (2001), *Küreselleşme, Ulusal Hukuk ve Türkiye*, Ankara, s. 278.

aynı zamanda global, ulusal ve yerel gelişmelerin etkileşiminin ortaya çıkardığı bir fenomendir⁷⁸.

Globalleşme ile birlikte devletler ortadan kalkmamakla birlikte, artık, devletlerin ulusal nitelikleri ve egemenlikleri inişe geçmiş durumdadır⁷⁹. Ulusal kimlik de bu gelişimden etkilenmekte ve bireylerin diğer kimlikleri karşısındaki üstünlüğünü kaybetmeye başlamaktadır. Diğer kimliklerle birlikte ulusal kimlik, bireyin hayatına sunduğu anlama göre önem arz etmektedir. Ulus-devlet, diğer nedenlerle birlikte bu sebepten ötürü de kendini yeniden tanımlamak zorundadır⁸⁰.

Günümüzde ulus altı kimliklerin canlanması, ulus projesinin de başarısızlığı olarak değerlendirilebilir. Ulus-devletlerin Almanya gibi kimisi farklılıklara vurgu yapmaktayken Fransa gibi diğerleri ise ulusu evrensel değerlerin gerçekleştirilebileceği siyasal birim olarak algılamıştır⁸¹. Ancak her iki yaklaşımda, ulusal sembollerini belli etnik kültürlerden devşirmişler, Alman tarzı farklı kültürleri dışlama, Fransız tarzı ise asimile yolunu izlemişlerdir. Bunun sonucu, ulusal kültür dışındaki kültürler, gayri meşru kabul edilerek baskı altında tutulmuşlardır. Globalleşmenin de etkisiyle, ulus-devletin inandırıcılığını kaybetmesiyle birlikte, bireyler, ulusal kimlikleri dışında veya onun yanında yeni kimlik mekanlarında dayanışma arayışlarına yönelmişlerdir.

Görüldüğü üzere, ulus-devletin meşrulaştırıcısı olan ulusçuluk bunalımla yüzyüze kalmıştır. Bunu aşmak içinse iki yol öngörülmektedir. Bu yollardan ilki, ulusçuluğun yeniden gündeme getirilmesi, globalleşmeye meydan okunma-

⁷⁸ ERDOĞAN, M. (2002), "Küreselleşme, Hukuk ve Türkiye", *Liberal Düşünce*, S. 25-26, Ankara, s. 54-55.

⁷⁹ WALLERSTEIN, 2000, s. 86.

⁸⁰ NALBANT, A. (1997), *Üniter Devlet: Bölgeselleşmeden Küreselleşmeye*, İstanbul, s. 223.

⁸¹ BRUBAKER, W. (1990), "Immigration, Citizenship and the Nation State in France and Germany: A Comparative Historical Analysis", *International Sociology*, Vol. 5 No. 4, s. 386 aktaran YEGEN, M. (2004), "Citizenship and Ethnicity in Turkey", *Middle East Studies*, Vol. 40, No. 6, s. 54.

sı, yeni ulusal ideolojilerin üretilmesi ve geleneksel devletin/ulusun ölümsüzlüğünün gündeme getirilerek globalleşmenin egemenliği dönüştürücü yönüne karşı çıkılmasıdır. İkinci yol ise ulus-devletin ulus kimliğini yeniden yorumlamaya yönelerek kendisini global koşullara uyarlayarak politik ve ekonomik gelişmelere göre tavır alması ve mikro-ulusçu kültürel istemlere yanıt olarak, çokkültürlülüğü benimseyerek kültürel alanda heterojen bir yapıya yönelmesidir. Böylece, ulus-devlet, organik ulus kimliğinden vatandaşlık kimliğine doğru dönüşerek yerel etnik birlikteliklere bünyesinde yer açmaktadır⁸².

SONUÇ

Modern ulus-devlet, yüzyıllardır egemen ve tek meşru yapı olarak devam etmektedir. Ancak günümüzde, ulus-devletin meşruluğu ve varetği ulus kimliği, küreselleşme ve onun etkisinde oluşan alt-kültürlerin yeniden gündeme gelmesi nedenleriyle kriz içinde olduğu görülmektedir.

Bu kriz, ulus-devletlerin sonunun geldiği anlamına gelmemektedir. Ulus-devlet, kendini oluşturan sermayenin değişimiyle birlikte, ulus-üstü sermaye ve ulus-üstü kurumlar tarafından kuşatılmasıyla uğradığı egemenlik krizinden egemenliği paylaşarak kurtulabilir.

Diğer taraftan, heterojen ulus kavramına dayanan ulus-devlet düşüncesi artık geçerli görülmemektedir. Modern ulus düşüncesinin farklılıkları görmezden gelme hatta baskın kültür içinde eritme, asimile etme düşüncesi yaşanan süreç sonucunda, günümüzde geçerliliğini kaybetmiştir. Buna nispetle, ulus-devletin egemen ideolojisi olan ulusçuluk da bir kriz içindedir. Ulusçuluk, bundan kurtuluşu, kimi kez etnik ulusçuluğu canlandırmada bulması krizin daha da büyümesine sebep olmaktadır. Çünkü dünyadaki neredeyse hiçbir ulus-devletin yurttaşları tek bir ulustan oluşmamaktadır. Dolayısıyla ulus-devlettaki toplumun

⁸² YILDIRIM, E. (2006), "Küreselleşen Dünyada Milliyetçilik", *Doğu-Batı Düşünce Dergisi*, S. 38, s. 190.

içinde ulusal kimliğin dışında kimliklere sahip olan halklar da bulunmaktadır. Küreselleşme karşısında bir tepki olarak ulusal kimliğe yapılan aşırı vurgu ve kimi toplumlardaki dayatma, alt-kültürlerin daha aktifleşmesine ve taleplerini daha sert olarak ifade etmesine sebep olmaktadır. Kültürel durumda oluşan bu krizden çıkış yolu ise bireylerin yalnızca ulus kültürüne sahip olmadıkları onların bunun dışında başkaca bağıntılarının olduğunun kabulüyle, demokratik vatandaşlık veya anayasal vatandaşlığın geliştirilmesidir. Alt-kültürler ne denli öne çıkarsa çıksın ulusun yerini alamazlar. Etnik ulusçuluğun ulus-devlet yapısını bölmemesi için yurttaşlık bağının demokratik olarak yeniden kurulması gereklidir.

Siyasal kültür ne denli kendini sağlama almış olursa olsun, demokrasi, liberal özgürlüklerin yanı sıra sosyal ve kültürel ortaklık haklarının sağlanabilmesi durumunda, çok kültürlü toplumları bir arada tutabilir⁸³.

KAYNAKÇA

ANDERSON, B. (1993), *Hayali Cemaatler*, (Çev. İ.Savaşır), İstanbul.

BALIBAR E., WALLERSTEIN I. (1995), *Irk, Ulus, Sınıf*, (Çev. N. Ökten), İstanbul.

BAUMANN, Z. (1998), *Sosyolojik Düşünmek*, (çev. A.Yılmaz), İstanbul.

BORATAV, K. (1997), "Ekonomi ve Küreselleşme", *Emperyalizmin Yeni Masalı Küreselleşme*, (Der. I. Kansu), Ankara.

⁸³ HABERMAS, 2002a, s. 27.

BRUBAKER, W. (1990), “Immigration, Citizenship and the Nation State in France and Germany: A Comparative Historical Analysis”, *International Sociology*, Vol. 5 No. 4.

CARR, E. (1990), *Milliyetçilik ve Sonrası*, (Çev. O. Akın), İstanbul.

ÇİĞDEM, A. (1997), *Bir İmkan Olarak Modernite; Weber ve Habermas*, İstanbul.

ÇOŞKUN, İ. (1997), *Modern Devletin Doğuşu*, İstanbul.

ENGELS F. (2003), “Komünizmin İlkeleri”, **MARX, K., ENGELS, F.** *Seçme Yapıtlar Cilt 1*, (Çev. M. Ardos, S. Belli, A. Kardam, K. Somer), İstanbul.

ERDOĞAN, M. (2002), “Küreselleşme, Hukuk ve Türkiye”, *Liberal Düşünce*, S. 25-26, Ankara.

ERÖZDEN, O. (1997), *Ulus-Devlet*, Ankara.

ERYILMAZ, B. (1999), “Osmanlı Devleti’nde Farklılıklara ve Hoşgörüye Kavramsal Bir Yaklaşım”, *Osmanlı*, C. IV, (Ed. Güler Eren), Ankara

GELLNER, E. (1992), *Uluslar ve Ulusçuluk*, (Çev. B. Behar, G. Özdoğan), İstanbul.

GELLNER, E. (1998), *Milliyetçiliğe Bakmak*, İstanbul.

GIDDENS, A. (1997), *Modernliğin Sonuçları*, (Çev. E. Kuşdil), İstanbul.

GIDDENS, A. (2000), *Tarihsel Materyalizmin Çağdaş Eleştirisi*, (Çev. Ü. Tatlıcan), İstanbul.

GIRARDET, R. (1967), *Milliyetçilik*, (Çev. Y. Yayla), İstanbul.

GUIBERNIAU, M. (1997), *Milliyetçilikler*, (Çev. N. Domaniç), İstanbul.

GÜNDOĞAN, A.O. (2002), “Devlet ve Milliyetçilik”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, S. 21, Ankara.

GÜNDÜZ, A. (2002), “Globalleşmenin Hukuki Boyutları”, *Liberal Düşünce*, S. 25-26, Ankara

HABERMAS, J., (2002a), *Öteki Olmak Ötekiyle Yaşamak*, (Çev. İ. Aka), İstanbul.

HABERMAS, J., (2002b), *Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti*, (Çev. M. Beyaztaş), İstanbul

HAYES, C. (1995), *Milliyetçilik; Bir Din*, (Çev. M. Çiftkaya), İstanbul.

HELD, D., (1995), “Ulus-Devletin Çöküşü”, *Yeni Zamanlar*, (Der. S. Hall, M. Jacques), (Çev. A. Yılmaz), İstanbul.

HOBSBAWM, E.J. (1993), *Milletler ve Milliyetçilik*, (Çev. O. Hakınhay), İstanbul.

HONIG, B. (1999), “Farklılık, İkilem ve Ev Politikası”, *Demokrasi ve Farklılık*, (Ed. Ş. Benhabib), (Çev. N. Elhuseyni), İstanbul.

KARAKAŞ, M. (2000), *Türk Ulusçuluğunun İnşası*, Ankara.

KARPAT, K. (2017), *Osmanlı'da Milliyetçiliğin Toplumsal Temelleri*, (Çev. O. G. Ayas), İstanbul.

KEDOURIE, E. (1971), *Avrupa'da Milliyetçilik*, (Çev. H. Timurtaş), Ankara.

KILIÇBAY, M. A. (1996), *Uyruktan Vatandaşa, Geçimden İktisada*, Ankara.

KYMLICA, W (1998), *Çokkültürlü Yurttaşlık*, (Çev. A. Yılmaz), İstanbul.

LATOUCHE, E. (1993), *Dünyanın Batılılaşması*, (Çev. T. Keşoğlu), İstanbul.

LECA J. (1998), "Neden Söz Ediyoruz?", *Uluslar ve Milliyetçilikler*, (ed: J. Laca), (Çev. S. İdeman), İstanbul, 2000.

LİPSON, L. (1978), *Politika Biliminin Temel Sorunları*, (Çev. T. Karamustafaoğlu), Ankara.

NALBANT, A. (1997), *Üniter Devlet: Bölgeselleşmeden Küreselleşmeye*, İstanbul.

PIERSON, C. (2000), *Modern Devlet*, (Çev. D. Hattatoğlu), İstanbul.

POGGI, G. (2005), *Modern Devletin Gelişimi, Sosyolojik bir yaklaşım*, (Çev. Ş. Kut, B. Toprak), İstanbul.

POOLE, R. (1993), *Ahlak ve Modernlik*, (Çev. M. Küçük), İstanbul.

SANTAMARIA, Y (1998), "Ulus-Devlet", *Uluslar ve Milliyetçilikler*, (ed: J. Laca, Çev. S. İdeman), İstanbul.

SAYGILI, A. (2010), "Modern Devletin Çıplak Sureti", *AÜHFD*, C. 59, S. 1, Ankara.

- SAYGILI, A.** (2015), *Kutsal Canavar Devlet*, Ankara.
- SCHNAPPER, D** (1995), *Yurttaşlar Cemaati*, (Çev. Ö. Okur), İstanbul.
- SMITH, A.** (1994), *Milli Kimlik*, (Çev. S. Şener), İstanbul.
- SMITH, A.** (2002), *Küreselleşme Çağında Milliyetçilik*, (Çev. D. Kömürücü), İstanbul.
- ŞAYLAN, G.** (1997), “Küreselleşmenin Gelişimi”, *Emperyalizmin Yeni Masalı Küreselleşme*, (Der. I. Kansu), Ankara.
- TILLY, C.** (2001), *Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu*, (Çev.K. Emiroğlu), Ankara.
- TOURAINÉ, A** (2000), *Birlikte Yaşabilecek Miyiz?*, (Çev. O. Kunal), İstanbul.
- WALLERSTEIN, I.** (2000), *Bildiğimiz Dünyanın Sonu*, (Çev. T. Birkan), İstanbul.
- WEBER, M** (2007), “Millet”, (Çev. E. Çerezcioğlu), *Doğu-Batı Dergisi*, S. 39, Ankara.
- WEBER, M.** (1993), *Sosyoloji Yazıları*, (Çev. T. Parla), İstanbul.
- WENDEN, C.** (1998), “Ulus ve Yurttaşlık; Hem Rakip Hem Ortak”, *Uluslar ve Milliyetçilik*, (Ed. J. Leca), (Çev. S. İdeman), İstanbul.
- YEĞEN, M.** (2004), “Citizenship and Ethnicity in Turkey”, *Middle East Studies*, Vol. 40, No. 6.
- YILDIRIM, E.** (2006), “Küreselleşen Dünyada Milliyetçilik”, *Doğu-Batı Düşünce Dergisi*, S. 38.

YÜKSEL, M. (2001), *Küreselleşme, Ulusal Hukuk ve Türkiye*, Ankara.

MÜSTEHCENLİK SUÇU

*Dr. Gökhan TANERİ**

ÖZET:

Müstehcenlik suçu 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 226. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun tanıma yer vermemiştir. Kavramın sınırlarını ve kapsamını yargı kararları belirleyecektir. Suç, çocuklar ve yetişkinler için farklı fıkralarda düzenlenmiştir. Müstehcenliğin yaptırıma bağlanması aynı zamanda uluslararası sözleşmelerin de bir gereğidir. Bir ürünün müstehcen nitelikte olup olmadığı konusunda tereddüt olduğu takdirde bilirkişi incelemesi gerekebilecektir. Konu, iç hukukta farklı mevzuatlarda da hüküm altına alınmıştır.

Bu çalışmada Türk Ceza Kanunu yönünden müstehcenlik konusu incelenmiştir. Kavramın tanımlaması yapılarak, suçun unsurları ve uygulamaya ilişkin yargı kararları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Müstehcenlik, yetişkin, doğal olmayan yol, cinsel ilişki, bilirkişi,

* Adana Bölge Adliye Mahkemesi 10. Ceza Dairesi Hâkimi.
Makale Geliş Tarihi: 28.11.2017
Makale Kabul Tarihi: 16.03.2018

ABSTRACT:

Obscenity is regulated in Article 226 of the 5237 crime in the Turkish Penal Code. Law did not determine the term. It will determine the boundaries of the concept and the scope of judicial decisions. Crime is organized in different article for children and adults. Connecting obscenity sanctions also is the need for international agreements. If it occurs in the suggestive nature of hesitation as to whether a product may be necessary expert examination. The matter was taken under the domestic law provisions in different laws.

In this study, we examined the subject of obscenity in terms of the Turkish Penal Code. The definition of the concept of fault elements and examined the judicial decisions concerning the application.

Keywords: obscenity, adult, unnatural sexual relations, expert

I. KAVRAMLAR

a-) Müstehcenlik

Türk Dil Kurumu müstehcen kavramını, açık saçık, edebe aykırı, yakışsız müstehcenliği ise müstehcen olma durumu olarak tanımlar.¹ 5237 Sayılı TCK'da, 2000 TCK tasarısında olduğu gibi müstehcenlik tanımı yapılmamış olması eleştirilmektedir.²

Mülga 765 Sayılı TCK m. 426/1 fıkrasında, “Halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlâka aykırılık” müstehcenlik olarak tanımlanmış ve bu tanımın sorunu çözmek için yeterli olmadığı, hangi eserlerin bu nitelikte olduğu, kime göre sorunun çözümleneceği, hangi zamana göre konunun değerlendirileceği yönünde eleştirilerde bulunulmuştu.³ Ancak müstehcenlik kavramına ilişkin bu sorunlar 5237 Sayılı TCK yönünden de çözümlenmemiştir.

Müstehcenlik kavramının tanımı yapılmadığına göre nasıl değerlendirilmelidir? *Gerçekler*, müstehcenliğin, soysuzluk, karışıklık bayağılık aşağılık kötü davranış anlamlarına geldiğini belirtir.⁴ *Donay*'a göre, müstehcenlik cinsiyetle ilgili olup, umumun ar ve haya duygusunun rencide edilmiş olması,⁵ *Erem-Toroslu*'ya göre ise müşterek hicap duygularının esas alınarak genelin ar ve haya duygularının rencide edilmesi,⁶ *Özbek*'e göre ise şehvet hissini tahrik, ar ve

¹ Türk Dil Kurumu Online Büyük Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.562ca5e1c951c4.17801713 erişim: 22/11/2017.

² Sancar, Yalçın Türkan (2002) “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, Sa. 3, S. 1-25, s. 13.

³ Kaymaz, Seydi/Gökcan, Hasan Tahsin (2002) **Uygulamada Sulh Ceza Davaları**, 2. Baskı, Ankara: Adil Yayınevi, s. 239.

⁴ Gerçekler, Hasan (2014) **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 4, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 4569.

⁵ Donay, Süheyl (1968) “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sa. 2, S. 129-145, s. 136.

⁶ Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat (1975) **Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 385.

haya duygusunu rencide eden şeydir.⁷ Malkoç'a göre kavramın yorumlanmasında, toplumda geçerli olan değer ölçüleri ile birlikte toplumun sahip olduğu ar ve hayâ ortak duyguları, edep anlayışı, olumsuz davranışları benimseyen tutumlar değerlendirilmelidir.⁸

Parlar'a göre müstehcenliğin belirlenmesinde esas olan hicaptır. Fiilin sübjektif niteliğine göre müstehcen olması, ölçü olarak fiilin işlendiği zamanın sosyal ve kültürel şartlarının, birlikte yaşayan insanlar arasındaki ortak edep duygusunun dikkate alınması gerekir.⁹

Doktrinde bir eserin hangi halde müstehcen sayılacağına ilişkin değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. *Dönmezer*'e göre bir eserin bütünü ile şehvet ve safahat eğilimlerini tahrik edecek ar ve haya ve adabı rencide edebilecek nitelikte ise,¹⁰ *Gürelli*'ye göre, eserin yayılması ile meydana gelecek etkilerin aile kurumu için zararlı neticeler doğuracak nitelikte ise,¹¹ müstehcendir.

Çolak'a göre müstehcenlik şu kıstaslara göre belirlenmelidir:

i- Eser veya eşya bütün olarak değerlendirilmeli,

ii- Müstehcenlikten yararlanma ya da müstehcen eser veya eşyayı meydana getiren kişinin amacı dikkate alınmalı,

⁷ Özbek, V. Özer (2009) **Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)**, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 18.

⁸ Malkoç, İsmail, (2008) **Yeni Türk Ceza Kanunu**, C. 1, 3. Baskı, Ankara: Malkoç Kitabevi, s. 1959.

⁹ Parlar, Ali (2015) **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 2, Ankara: Bilge Yayınevi, s. 2478.

¹⁰ Dönmezer, Sulhi (1975) **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 4. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 205.

¹¹ Gürelli, Nevzat (1967) "Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı", İHFM, C. 32, Sa. 2-4, S. 669-587, s. 582.

iii Müstehcen şeyin, başkası üzerinde cinsel tahrik etkisi meydana getirip getirmediği değerlendirilmeli; toplumda mutad ve artık insanları rahatsız etmeyen haller müstehcen sayılmamalıdır.¹²

CGK 24/3/2015 gün, 2014/14-603 Esas, 2015/66 sayılı kararında, normatif bir kavram olan müstehcenliğin, toplumdan topluma ve aynı toplum içinde toplumsal değerlere bağlı olarak değiştiğini, müstehcenlik olgusunun tespiti, toplumun belli bir kesiminde kabul edilen değer yargılarının değil, toplum genelinin ve demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması gerektiğini belirtmiştir.

b-) Pornografi

Müstehcenlik kavramı, pornografi kavramını da içine alan daha geniş bir anlama sahiptir. Her müstehcen şey pornografik değildir. Ancak her pornografik şey aynı zamanda müstehcendir.¹³

Her iki kavram çoğu zaman birbirleri yerine kullanılabilmekte ise de müstehcenlik daha çok hukuki bir kavramdır. Müstehcenlik kamu görüşüne sunulduğunda hatalı, ahlaksız, kirli olarak değerlendirilen şeylerdir.¹⁴ Porno, amacı cinsel dürtülere yönelik olan, ahlâki değerlere aykırı düşen yayın, resim vb. olarak; pornografi ise amacı cinsel dürtülere yönelik olan, ahlâki değerlere ters düşen olarak tanımlanmaktadır.¹⁵

Bir ürünün pornografik nitelendirilebilmesi için ise;

i- Cinselliği insani olmaktan çıkarıp, deyim yerindeyse vahşileştirmesi,

¹² Çolak, Haluk (2005) **Güncel Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu**, Ankara: Bilge Yayınevi, s. 284.

¹³ Özbek, s. 21.

¹⁴ Encyclopedia.com, <http://www.encyclopedia.com/law/legal-and-political-magazines/obscenity-and-pornography-behavioral-aspects> erişim: 30/01/2018.

¹⁵ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5636f8bb9425d4.08160147 erişim: 27/11/2017.

ii- Cinsel isteği mutlaklaştırması,

iii- İnsanı psikolojik-dürtü-tepki oluşumuna indirgemesi, onu açık bir cinsel şehvet objesi haline getirmesi;

iv-Biçimsel olarak ağır, abartılı, kışkırtıcı, estetik kaygıdan uzak, kaba bir cinselliği ön plana çıkartıyor olması halinde mümkündür.¹⁶

5237 Sayılı TCK m. 226 gerekçesinde müstehcenlik kavramının yorumlanmasında, TCK m. 225 gerekçesinde yer alan, “hayasızca hareketler” kavramına ilişkin değerlendirmelerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. TCK m. 225 gerekçesinde ise, “Toplumun sahip bulunduğu ortak edep (ar ve haya) duygularının, edep törelerinin ihlâli, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlâk temizliğine alenen saldırı niteliği taşıyan hareketler, tutum ve davranışlar ve takınılan durumlar”ın suçun konusunu oluşturduğu düzenlenmiştir. Buna göre “müstehcenlik” kavramının, toplumun sahip bulunduğu ortak edep, ar ve haya duygularının, edep törelerinin ihlali, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlak temizliğine alenen saldırı niteliği taşıyan hareketler, tutum ve davranışlar, takınılan durumlar olarak tanımlanması mümkündür.

II. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MÜSTEHCENLİK

a-) Uluslararası Düzenlemeler

Günümüzde bazı ülkelerin kanunlarında yer alan müstehcenlikle ilgili hükümler büyük ölçüde 1910 Paris ve 1923 Cenevre Konferansları sonunda yapılan -Türkiye'nin de imzaladığı- anlaşmalardan esinlenmektedir.

¹⁶ Özbek, s. 20.

4 Mayıs 1949 tarihinde New York Lake Success'ta Paris'te imzalanan antlaşmayı değiştiren bir protokol imzalanmış ve buna da Türkiye katılmıştır. Bu düzenlemelerde genel olarak resim, tasvir, fotoğraf, sinema filmi gibi formatlardaki genel adaba aykırı materyalleri teşhir etmek, üretmek ya da bulundurmamak, dolaşıma sokmak konularının suç olarak düzenlenmesinde uzlaşmıştır.¹⁷

Genel olarak devletlerin müstehcenliği suç olarak düzenledikleri, ancak müstehcenliğin sınırları konusunda farklı uygulamaların olduğu söylenebilir.

Genel olarak yabancı kanunlarda da müstehcenlik kavramının tanımlanmadığı, tanımlayanların ise yeter derecede açık olmadığı görülmektedir. Kanunda tanım yapılmasını savunanların, aksi halde konunun hakim takdirine kalacağı; kanunda tarif yapılmamasını savunanların ise değişen hayat şartları ve ahlak anlayışına ayak uydurmanın mümkün olmadığı görüşünde olduğu belirtilmektedir.¹⁸

9 Aralık 1994 tarihinde kabul edilen ve ülkemizde 27.01.1995 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 34 gereğince taraf devletler, çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi vermiş ve bu amaçla taraf devletler:

i- Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını,

ii- Çocukların, fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurularak sömürülmesini,

¹⁷ Marakoğlu, Alper Ozan (2008) Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Sosyal Bilimler ABD, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, s. 26; Donay, s. 133.

¹⁸ Donay, s. 137.

iii- Çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemleri alırlar.

Uluslararası Çalışma Örgütüncü kabul edilen 182 Sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi m. 1 gereğince de, bu sözleşmeyi onaylayan her üye ülke, acil bir sorun olarak en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin önlemleri alır. Bu sözleşme m. 3/b bendi gereğince ise, sözleşmenin amaçları bakımından en kötü biçimindeki çocuk işçiliği ifadesi; çocuğun fahişelikte, pornografik yayımların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasıdır.

28.06.2002 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği Ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol m. 1 gereğince, taraf devletler çocuk satışı, çocuk fahişeliğini ve çocuk pornografisini yasaklayacaklardır. Bu sözleşme m. 2/c bendine göre, çocuk pornografisi, çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi anlamına gelir. Bu sözleşme m. 3/1-ii-c bendi ve B fıkrasına göre, çocuk pornografisinin, sözleşmede belirtilen amaçlar için üretimi, dağıtımı, yayılması, ithali, ihracı, sunumu, satışı veya zilyetliği fiilleri, vahametini dikkate alan uygun cezalarla cezalandırılabilir suçlar haline getirecektir.

Avrupa Konseyi tarafından 23.11.2001 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye tarafından 10.11.2010 tarihinde imzalanıp 22.04.2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6533 Sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunan Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Çocuk Pornografisi İle Bağlantılı Suçlar başlıklı m. 9 gereğince:

i- Bir bilgisayar sistemi üzerinden dağıtımını yapmak amacıyla çocuk pornografisi üretmek,

ii- Bir bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisini sunmak veya erişilebilir hale getirmek,

iii- Bir bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisini dağıtım veya iletimini yapmak,

iv- Kendisi veya başkası için bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisi temin etmek;

v- Bir bilgisayar sisteminde veya bilgisayar veri depolama aygıtında çocuk pornografisi bulundurmamak eylemleri taraf ülkelerce suç olarak tanımlanacaktır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, çocuk pornografisi ile:

i- Reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması,

ii- Reşit olmayan şahıs görüntüsüne haiz şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması,

iii- Reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunmasını betimleyen gerçekçi görüntüler anlaşılacaktır.

Görüldüğü üzere uluslararası hukukta da müstehcenlik kavramının genel çerçevesi oluşturulmuş ve devletler, özellikle çocuklarla ilgili müstehcenlik konusunda gereken adımları atmakla yükümlü kılınmıştır.

b-) ABD Hukuku

ABD’de müstehcenlik genel olarak, ifade ve basın özgürlüğü sınırları

ile belirlenmektedir. ABD anayasal koruması altındaki ifade özgürlüğü her türlü ifadenin koruma altında olduğu yolunda yorumlanamaz.¹⁹

1873 yılında ABD’de, İngiltere’de görülen Regina-Hicklin davasından²⁰ etkilenen Kongre, Anti Müstehcenlik Kanunu ya da Comstock Kanunu olarak bilinen kanunu kabul etmiştir. Hicklin standardına göre, bir materyal, kişileri ahlak dışı etkilere maruz bırakarak tahrik ediyor veya bozuyorsa bu müstehcendir.²¹ Hicklin standardına göre, müstehcenlik incelemesi iki şekilde yapılmaktadır:

- i. Kişisel yönden içeriğin değerlendirilmesi,
- ii. Toplumdaki en duyarlı, en hassas kişiler açısından değerlendirme.²²

Yüksek Mahkeme Roth- davasında²³ bu tanımın yerine “çağdaş toplum standartlarına göre makul derecedeki insan ölçüsüne göre bir materyal, bütün olarak şehvani görüldüğü takdirde müstehcendir” değerlendirmesini yapmıştır.²⁴

Hakim Potter Stewart 1964 yılında Jacobellis davasında,²⁵ bugün halen

¹⁹ <http://en.wikipedia.org/wiki/Obscenity> erişim tarihi: 24/11/2017.

²⁰ Regina v. Hicklin, L.R. 3 Q. B. 360. (1868) Esasen bu dava, tam bir müstehcenlik davası olmayıp, iddianame ile istenilen dinen kutsal sayılan değerlere saygısızlığın cezalandırılmasıydı. Ancak bu davada kullanılan usul sonradan sansürden yana olanların ihtiyaçlarını karşılamak için kullanıldı. Bu davada suçlanan yazarın amacı kiliseyi küçük düşürmekti. Bkz. NotesMaurer School of Law: Indiana University (1959) “TheLaw of Obscenity: New Significance of theReceivingGroup” Indiana LawJournal, C. 34, Sa. 3, S. 426-441, s. 426. <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=2956&context=ilj> erişim: 01/02/2018.

²¹ Bu uygulama, 1868’den sonra istikrarlı olarak İngiliz Mahkemeleri tarafından tekrarlanmıştır. Williams, J.E.Hall (1955) **Hall Obscenity in Modern English Law, Law and Contemporary Problems**, C. 20, Sa. 4, S. 630-647, s. 632.

²² Magpanthong, Chalisa (2014) “Obscenityandthe Internet: A Case Study of U.S. Law”, BU AcademicReview, C. 13, Sa. 2, S. 34-48, s. 36.

²³ Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957).

²⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/First_Amendment_to_the_United_States_Constitution#Obscenity erişim tarihi: 27/11/2017.

²⁵ Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184, 197 (1964).

sübjektif bir ölçü olarak kullanılan, “Onu gördüğüm zaman ne olduğunu bilirim” şeklinde ifade etmiştir.²⁶

Miller davasında²⁷ müstehcenlik, üç aşamalı bir değerlendirme ile “çağdaş toplum değerlerine göre ortalama bir insan yönünden cinselliğe ilgiyi artırıcı, anormal cinsel davranışları gösteren ve esaslı edebi, siyasi, sanatsal, siyasi ve bilimsel değeri bulunmayan iş” olarak tanımlanmıştır.²⁸

Yedi Müstehcen Sözcük Davası olarak bilinen FCC-Pacifica davasında²⁹ Yüksek Mahkeme, sürekli tekrarlanan bazı sözcüklerin küçüklerin kolaylıkla duyabileceği bir zaman ve yerde kullanılmasını müstehcen olarak nitelendirmiştir.³⁰

Haziran 2006’da Federal hükümet Arizona bölgesinde JM Chatsworth Prodüksiyon aleyhine dava açarak³¹ özellikle ‘sperm ejakülasyonunu gösteriminin müstehcenliği” gerekçesiyle ticari pornografinin açıklığa kavuşturulmasını istedi. Dava normal seyrinde devam ettiği ve ilk duruşması 16 Ekim 2007 tarihine konulduğu sırada, Adalet Bakanlığı, mahkemenin; bu tip filmlerin hukuki koruma altında olduğu ve müstehcen olmadığı yolunda karar verebileceği düşüncesiyle davayı geri çekti.³²

ABD’de, müstehcenliğin tam bir tanımlaması yapılmamıştır. Ancak mahkemeler somut olayın özelliklerine göre sınırlar belirlemeye çalışmaktadır. Örnek olarak Yüksek Mahkeme, Miller davasında farazi iki ölçü ile -çağdaş toplum standartları ve makul ölçüdeki kişi- müstehcenlik kavramını

²⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/First_Amendment_to_the_United_States_Constitution#Obscenity erişim tarihi: 27/11/2017

²⁷ Miller v. California, 413 U.S. 39-40 (1973).

²⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/First_Amendment_to_the_United_States_Constitution#Obscenity erişim tarihi: 27/11/2017.

²⁹ Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726 (1978).

³⁰ <http://en.wikipedia.org/wiki/Obscenity> erişim tarihi: 27/11/2017.

³¹ İddianame, United States v. Five Star Video, L.C. (D. Ariz. 23 Mayıs 2006)

³² <http://en.wikipedia.org/wiki/kiwi/Obscenity> erişim tarihi: 27/11/2017.

tanımlamaya çalışmıştır. ABD’de müstehcenlik kavramı halen, “Vagueness doktrini”³³ kapsamında değerlendirilmektedir. Yani kavram, yeni haklar getirmemesi nedeniyle anlamsız ve boştur. Ayrıca haksızlık olgusunun meydana gelmemesi ve tanımının yapılmamış olması nedeniyle dava konusu edilmesi eleştirilmektedir.³⁴

d-) Birleşik Krallık Hukuku

İlk müstehcenlik suçlamasıyla karşılaşan yayın, 1727 basımlı “Venus in theCloister” adlı erotik kitaptır. Bu kitap medeni toplum bağlarını, erdem ve ahlakı zayıflattığı suçlamalarıyla karşı karşıya kalmıştır.³⁵ Müstehcen yayınlara ilişkin ilk kanun 1857 yılında çıkartılmış ve polise yerel hakimden önce kitap toplama yetkisi verilmiştir.³⁶

Daha sonraları 1959 ve 1964 yıllarında iki farklı kanuni düzenleme daha yapılmıştır. Bu kanunlar, halen İngiltere ve Galler’de bazı değişikliklerle birlikte uygulanmaktadır. Bu kanunlar, müstehcenliğin sınırlarını belirlemekte ve bu tip materyallere uygulanacak kısıtlamaları düzenlemektedir. İrlanda ise, 1929 yılında İngiliz hukukundan ayrılarak 1857 Müstehcen Yayınlar Kanununu benimsemiştir.

Müstehcen Yayınlar Kanunu hangi materyallerin ülkeye giriş ve dağıtımının yapılabileceği ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. Bir materyalin müstehcen sayılıp sayılmaması, davaya özel bir sorundur. Bir materyalin salt şok edici ya da tiksinti uyandırıcı olması, onun müstehcen

³³ ABD üst mahkemesine göre bu statü üç halde meydana gelebilir: 1-Hangi kişilerin, bu eylemi işleyebileceklerinin belirsizliği, 2-Hangi hareketin yasaklanmış olduğunun belirsizliği 3-Eylemin karşılığı olan cezanın ne olduğunun belirsizliği. http://en.wikipedia.org/wiki/Vagueness_doctrine; erişim tarihi: 27/11/2017.

³⁴ <http://en.wikipedia.org/wiki/Obscenity> erişim tarihi: 27/11/2017.

³⁵ Cloonan, Martin (2008) “ ‘I Fought the Law’: popular music and British obscenity law” <http://www.jstor.org/pss/853130> erişim tarihi: 27/11/2017.

³⁶ Cloonan, a.g.m.

olduğunu göstermez. Aynı zamanda yazarın kast ya da saiki ya da konusu ile ilgisi olmayan materyallerin kullanılmış olması da müstehecenliğin göstergesidir. Müstehecenlik kanununda “yayınlama”; dağıtım, dolaşım, verme, kiralama veya ödünç verme, satışa ya da kiralamaya sunma veya bunların internet yoluyla iletimini de kapsar.

İngiltere müstehecen yayınlar konusunda Avrupa’da genel olarak benimsenen standartları benimsemiştir. Televizyon yapımcıları aşırı sınırlamalardan dolayı şikayetçidir. Televizyon yayınlarındaki bu sıkı uygulamaya rağmen müstehecen materyaller; toplumun hemen hemen bütün kesimlerinde yaygındır.

İngiliz Film Sınıflandırma Kurulu bir videonun porno sınıflandırmasını, 1985 Sinema Kanununa göre reddedebilmekte, 1999 Yayın Kanununa göre de televizyon ve radyolardaki uygunsuz yayımları ön izne tabi tutmaktadır. İngiliz mahkemeleri ise, çocukları incitici nitelikte olmadığı, şiddeti ya da ağır pornografiyi içermediği sürece mahkumiyet hükmü vermekte isteksiz davranmaktadırlar.³⁷

e-) İtalyan Hukuku

İtalyan Ceza Kanunu m. 529’da, “...genel kanaate göre kamu terbiyesini bozucu hareket ve nesneler..”in müstehecen olduğunu düzenlenmiştir. Açıkça bilimsel, sanat değeri taşıyan hareket ve nesnelere bunlar müstehecen nitelikte olsalar bile kamuya sunulmadıkları, satılmadıkları veya 18 yaşından küçüklere bilimsel çalışma alanı dışında sunulmadıkları takdirde ceza kovuşturması altında değildir. Ancak kanuni düzenlemeler, sadece müstehecen hareket ve objeler yönünden değil, tüketicileri tarafından açıkça pornografik olduğu kabul

³⁷ Procida, Richard/Simon, Rita James (2007) **Global Perspectives on Social Issues pornography**, Plymouth: Lexington Books, The Rowman and Littlefield Publishing Group Maryland, s. 37.

edilen cinsel materyaller için dahi geniş yorumlanmaya müsaittir.³⁸

1940-50'li yıllara göre 1980 ve 1990'lı yıllarda genel ahlak kavramı oldukça değişmiştir. 1980'li yıllarda mahkemeler, müstehcenlik kavramını değişen ahlaki değerlere göre yorumlamaya başlamıştır. Ancak bu değişen anlayış, çocukların cinsel istismarı ve fuhuş gibi konularda ceza kovuşturmalarını devam ettirmiştir. 1950 ve 60'lı yıllarda genellikle yurt dışında üretilen müstehcen filmler satışa sunulmuş; erotik konulu ve normal sinemalarda dahi gösterilen filmler zamanla artış göstermiştir. Başlangıçta çizgi roman niteliğinde yetişkinlere yönelik basılan kitaplar, zamanla erotizm ve pornografiye dönüşmüştür. 1968 sonrası ise cinsel özgürlük hareketleri hızlı bir yükselişe geçmiştir.³⁹

Çocuk pornografisi İtalyan hukukunda düzenlenmemiştir. Müstehcenlik kavramına yer veren hukuki metinler müstehcenlik kavramını tanımlamamıştır. Bu nedenle mahkemeler olay esaslı değerlendirmeler yapmakta ve bu durum esaslı uygulama farklılıklarına neden olabilmektedir.⁴⁰

f-) Rus Hukuku

Rusya'da çarlık döneminden günümüze müstehcenlik kavramına yaklaşımlar oldukça değişkenlik göstermiştir. Sovyet döneminde ideolojik baskı ve kontrol her alanda hakim iken, dağılım süreci bir özgürlük ortamı oluşturmuş, Gorbaçov ve Yeltsin dönemlerinde ayrı ayrı basın kanunları çıkartılarak müstehcenlik kontrol altına alınmaya çalışılmıştır. Yeltsin döneminde çıkarılan basın kanunuyla, erotik yayınların sadece kendi özel ambalajlarında ve önceden belirlenen yerlerde satışına izin verilmiş; erotik radyo ve televizyon yayınlarına ise ancak gecenin geç saatlerinde izin

³⁸ Moliterno, Gino (2002) *Encyclopedia of Contemporary Italian Culture*, Londra: Routledge Yayınevi, s. 655

³⁹ Moliterno, s.655

⁴⁰ Procida/Simon, s. 36.

verilmiştir.⁴¹

1996 yılında Boris Yeltsin, Rusya Federasyonunun yeni ceza kanununu imzaladı. Bu kanunun 242. maddesi ile bu tip materyallerin dolaşım, dağıtım, reklam ya da dağıtım amaçlı üretimleri yasaklandı. Rus Federal Ceza Kanunu 29 Şubat 2012 tarihinde m. 242 yeniden düzenlemiştir.

Yasadışı olarak pornografik ürünlerin yapım ve dağıtımını gerçekleştirenler; 100 bin ila 300 bin ruble veya kazanç miktarı kadar veya bir yıldan iki yıla kadar elde ettiği gelirlere el konulması suretiyle para cezası veya iki yıla kadar çalışma cezası veya aynı süreyle hapis cezası ile cezalandırılır. Pornografik materyallerin çocuklara verilmesi veya çocukların pornografik ürünlerin dağıtımında kullanılması iki yıldan beş yıla hapis veya on yıla kadar belirli zorunlulukları gerçekleştirmeye mahkumiyet gerektirir. Suçun örgütlü olarak işlenmesi, sosyal medya ve iletişim ağlarının kullanılması, büyük ölçüde kazanç elde edilmesi ise iki yıldan altı yıla kadar hapis veya on beş yıla kadar belli zorunlulukları gerçekleştirmeye mahkumiyet gerektirir. Kanunda belirtilen yüksek oranlı kazanç ile anlaşılması gereken 50.000 rubleyi aşan kazançtır.⁴²

Rus Ceza Kanunu m. 242'ye göre, çocukların kullanıldığı pornografik ürünler yapma, elde etme, depolama, bu ürünlerin yayılması amacıyla gösterme, reklamını yapma iki yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on beş yıla kadar belli zorunlulukları gerçekleştirmeye mahkumiyet ve çocukların pornografik ürünlerde kullanılması üç yıldan on yıla hapis ve on beş yıla kadar belli zorunlulukları gerçekleştirmeye mahkumiyet gerektirir.

Rus Ceza Kanunu, pornografinin tanımını yapmamış bunun yerine "Sağlıksız şekilde cinsel duyguları uyaran; hayasız, müstehcen, toplum

⁴¹ Procida/Simon, s. 53.

⁴² Procida/Simon, s. 54; Ayrıntılı bilgi için bkz. Legislationline.org, <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/7> erişim: 18/03/2018.

değerlerini küçümseyen, cinsel hayatı gösteren tasvirler” ibaresini kullanmıştır.⁴³

Rus yargı sistemi yargılama aşamasında, normal bir insana göre neyin pornografik ya da erotik olduğunu belirleme görevini bir uzman kurula yaptırmaktadır. Uzmanlar, sanat tarihi, tıp gibi alanlardan seçilebilmektedir. Müstehcenliği belirlemede ilk ölçüt, failin kastı ve odak noktasıdır. İnceleme konusu materyal, cinselliğin; fiziksel, duygusal ya da psikolojik bir parçası mıdır? Seks sahneleri karakterlerle ilişkili ya da sanat eserinin ana noktaları ile ilişkili midir? Bu husus, özellikle hayasızlığı belirlemek bakımından önemlidir.

Film yapımcıları yönünden başka kriterler vardır. Film kendisini pornografik olarak tanımlamış mıdır? Eser sahibi belirsiz midir ya da çoğunlukla takma adlar kullanan kişiler mi vardır? Cinsellik içeren sahneler sanatsal amaçtan yoksun mudur?⁴⁴ Bu kriterlere göre bir filmin pornografik nitelendirilmesi mümkündür.

Görüldüğü üzere Rus hukuku da diğer ülke hukukları gibi müstehcenliği tanımlamamakta, kavramın olay esaslı değerlendirmesini öngörmektedir.

g-) Alman Hukuku

Almanya pek çok Batı Avrupa ülkesine nazaran sıkı kurallara sahip olmasına rağmen pornografik materyaller kolaylıkla bulunabilmektedir. Basın-yayın özgürlüğü esas olmakla birlikte pornografik yayınlar yasaktır. Ancak bu tip filmler, kolaylıkla kiralanabilmekte ve Alman otellerinde izlenebilmektedir. Çocuk pornografisinin en büyük üreticisinin Almanya olduğu bilinmektedir.

⁴³ Procida/Simon, s. 54.

⁴⁴ Procida/Simon, s. 55.

İnternet pornosu sıkı takip altındadır. Basın-yayın konusunda hassasiyet daha çok Nazi propagandasına odaklanmıştır. Nazi propagandalarının yeniden barışı tehdit edebileceğinden özellikle çekinilmektedir. Bu konuda ifade özgürlüğü oldukça kısıtlanmıştır.⁴⁵

13 Kasım 1998 günlü Bundesgesetzblatt sayfa 3322’de yayınlanarak yürürlüğe giren ve son düzeltmeleri 2 Ekim 2009 yılında yapılan Alman Ceza Kanunu müstehcenliği genel olarak “Pornografi’nin Dağıtımı” başlığı altında 184. maddede düzenlemiştir.

Alman Ceza Kanunu m. 184’e göre, yazılı pornografik materyallerin 18 yaşından küçüklere verilmesi, ulaşılabilir kılınması, teklif edilmesi, bu materyallerin 18 yaşından küçüklere gösterilmesi, sunulması ya da bir yerden ulaşılabilir kılınması veya onlar tarafından izlenebilmesine imkan sağlanması; bu tip materyallerin satışa sunulduğu yerler dışında, posta sistemi veya ticari kiralama ya da okuma döngüsüyle perakende olarak satış için verilmesi; ticaret yoluyla 18 yaşından küçüklerin ulaşamayacakları yerler dışında, başkalarının kullanımına sunulması ya da teklif edilmesi, posta yoluyla ülkeye sokulmaya çalışılması, olağan ticari yerler dışında 18 yaşından küçüklerin ulaşabileceği yerlerde yayılması, açıkça teklif edilmesi ve duyurulması, bu kişilerin herhangi bir talebi bulunmaksızın kendilerinin bulmalarının sağlanması, kamuya açık olarak sahnelenmesi, bu tip gösterilerin olduğu yerlere ücretsiz giriş sağlanması; üretilmesi, bulunması, sağlanması, depolanması, ithalatının üstlenmesi veya kopyalanması veya başkalarınca kullanımının kolaylaştırılması, bunların ya da kopyalarının yurt dışına çıkartılmasının üstlenilmesi ve böylelikle yabancı ülkelere ait ceza hükümlerinin ihlal edilmesi bir yıla kadar hapis ve para cezasıyla cezalandırılmaktadır.

Alman Ceza Kanunu m. 184 (2) müstehcen ürünlerin on sekiz yaşını

⁴⁵ Procida/Simon, s. 47.

doldurmayan kişilere, bu kişilerin bakımını üstlenen kişilerce sunulması, verilmesi veya ulaşılabilir kılınmasının, bakım ve gözetim yükümlülüğünün ağır ihlali niteliğinde olmaması halinde ceza hükümlerinin uygulanmayacağını hüküm altına almıştır.

Alman Ceza Kanunu m. 184a ile şiddet ve eşcinsellik konulu pornografinin dağıtılması üç yılı aşmayan hapis cezası veya para cezası ile, m. 184b çocuk pornografisini üç yıldan beş yıla hapis cezası ile hüküm altına almıştır.⁴⁶

h-) Diğer Avrupa Ülkelerinde Müstehcenlik

Hollanda, Danimarka ve İsveç pornografi konusunu kanunla düzenlememişlerdir. Hollanda Avrupa'nın en özgür ülkesi olmasıyla bilinmektedir. Ancak pornografik materyallerin açıkça gösterilmesi, kesin olarak yasaklanmıştır. Polis ve satıcılar hukuku görmezden gelmektedir. Danimarka seks endüstrisini 1960'larda suç olmaktan çıkarmıştır. Bunun sonucu olarak 1969 yılında 30 milyon pound değerinde olan endüstri 1970 sonlarında birden 12 milyon pound değerine düşmüştür. İsveç'te ise çocukların cinsel istismarına karşı dahi yasa yoktur.⁴⁷

İrlanda'da on yıllık bir sansür uygulamasından sonra "Playboy" adlı dergi, ancak 1995 yılında yayımlanmaya başlamıştır. 1995 yılına kadar boşanmanın dahi yasak olduğu, doğum kontrol bilgisinin 1979 yılına kadar yasaklandığı ve sadece 1992'de referandumla kürtajın kabul edildiği İrlanda, Batı Avrupa'da en sıkı müstehcenlik kanunlarına sahiptir.⁴⁸

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. EuropeanCommission https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf erişim: 18/03/2018.

⁴⁷ Procida/Simon, s. 35.

⁴⁸ Procida/Simon, s. 44.

III. BENZER SUÇLARLA MUKAYESESİ

a-) Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl Suçu (TCK m. 134)

Özel hayat; kişinin, başkalarının gözü önünde olmayan, kamuya kapalı, herkesten gizlediği hayatıdır.⁴⁹ TCK m. 134'te, kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlâl edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. TCK m. 134/2 fıkrası ile kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suç olarak düzenlenmiş, fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın yarı oranında artırılacağı hüküm altına alınmıştır. Özel hayatın dokunulmazlığına ilişkin TCK m. 134, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8'de düzenlenen hükümlerin, ihlallerini yaptırma bağlamaktadır.⁵⁰

Pek çok somut olayda müstehcenlik ve özel hayatın gizliliğini ihlâl suçunun birlikte oluşması mümkündür. CGK 24/03/2015 gün, 2014/14-603 Esas 2015/66 sayılı kararında, samğın 15 yaşından küçük çocukla girdiği cinsel ilişki görüntülerini telefonuna kaydetmesi ve bunu kullanma ya da yayma imkânı bulmadan yakalanması şeklindeki olayda, TCK m. 226/3'te düzenlenen, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması suçunun oluşup oluşmadığı tartışılmıştır. Bu değerlendirmeye göre kanun koyucu, suçun oluşumu için müstehcen ürünlerin profesyonelce hazırlanması şartını aramamış ve müstehcen ürünlerin şekil şartları ya da bu ürünlerin üretiliş şekil ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemiştir. TCK m. 226/3 fıkrasında çocuğun kullanıldığı müstehcen nitelikte, resim, film, video, fotoğraf, grafik, imge, heykel, çizgi film, animasyon gibi görsel ya da sesli ürünler ile şarkı sözü, roman, hikâye gibi yazılı ürünler anlaşılmaktadır. Çocuğun da bu müstehcen ürünün üretilmesinden haberinin olmasının gerekli değil-

⁴⁹ Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem (2011) **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, s. 271.

⁵⁰ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat (2015) **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 599.

dir. TCK m. 226 ile çocuğun korunması amaçlanmıştır. Bu nedenle, ürünlerin izlenmemiş olmasının ya da bireysel amaç için üretilmesi gerekli değildir. TCK m. 226/3 fıkrası açısından önemli olan, çocuğun müstehcen üründe kullanılmış olmasıdır. Bu değerlendirmelere göre, 15 yaşından küçük çocukla cinsel ilişkinin kaydedilmesi ancak yayılmaması halinde iki ayrı kanun maddesi ihlâl edilmiştir. Ancak failin, fikri içtima hükümleri gereğince en ağır cezayı gerektiren TCK m. 226/3 fıkrası gereğince cezalandırılması gerekir.⁵¹

Mağdure ile internet ortamında tanışıp, görüşmeler sırasında mağdurenin çıplak görüntülerini kamera ile kaydeden sanığın, bu görüntüleri başka kişilere vererek internet sitesi kurmalarını sağladığı ve söz konusu resim ve görüntülerin yayılmasına aracılık ettiği somut olayda ise Yargıtay, hem müstehcenlik hem de özel hayatın gizliliğini ihlâl suçlarının olduğu ancak bu durumda da TCK m. 44 gereğince sanığın yalnız en ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir.⁵²

⁵¹ CGK. 24/03/2015 gün, 2014/14-603 Esas 2015/66 Karar- UYAP.

⁵² 14.CD. 25/11/2014 gün, 2013/2259 Esas 2014/13246 Karar-UYAP; Benzer yönde 14.CD. 09/09/2015 gün, 2015/1483 Esas 2015/12926 Karar: “Oluşa ve dosya kapsamına göre; alışveriş merkezinde bulunan bayanlar tuvaletinde erkek bir şahsın bulunduğu ihbarı yapılması üzerine, alışveriş merkezinin özel güvenlik görevlilerinin sanığı takibe aldığı ve sanığın başka katta bulunan bayanlar tuvaletine girdiğini tespit ettikleri, bayanlar tuvaletinin önünde sanığın çıkmasını bekleyerek emniyet görevlilerine haber verdikleri, bayanlar tuvaletinden çıkan sanığın telefonunda 7 ayrı bayanın tuvalet ihtiyaçlarını giderdikleri ana ait 7 farklı video görüntüsünün tespit edildiği, bu görüntülerdeki iki kişinin kimlik tespitinin yapıldığı ve alışveriş merkezinde farklı işyerinde çalışan katılanlara ait olduğunun tespit edilmesi üzerine, katılanların görüntüleri izleyerek görüntülerin kendilerine ait olduklarını teyit ettikleri olayda, katılanların tuvalet ihtiyaçlarını giderdikleri ana ait görüntüleri kaydeden sanığın eyleminin TCK’nın 134/1-son maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlâl suçunu oluşturduğunun kabulünde isabetsizlik görülmediğinden, yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafinin, sanığın cezai ehliyetinin bulunmadığına, eylemin müstehcenlik suçunu oluşturduğuna, Sulh Ceza Mahkemesi’nin görevli olduğuna, suçun teşebbüs aşamasında kaldığına, alt sınırdan ceza verilmesi ve lehe kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle...”

Sonuç olarak somut olayda, olayın özelliklerine göre her iki suçun da oluşması mümkündür. Bu durumda, sanığın gerçek içtima hükümlerine göre her iki suçtan da cezalandırılması gerekir.⁵³

b-) Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)

TCK m. 105'te, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişinin, mağdurun şikâyeti üzerine cezalandırılacağı belirtilmiştir. Madde gerekçesinde cinsel tacizin, cinsel yönden ahlâk temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu belirtilmiştir. Bazı durumlarda müstehcenlik ve cinsel taciz suçunun aynı olayda gerçekleşmesi mümkündür.

Vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan ve mağdurda rahatsızlık yaratan boyuta ulaşan, her türlü cinsel davranış cinsel taciz olarak değerlendirildiği takdirde cinsel taciz suçunun, müstehcenlik suçu ile karıştırılması mümkündür. Oysa müstehcenlik suçu, genel ahlaka karşı işlenen suçlar arasında yer almakta iken, cinsel taciz suçu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında düzenlenmektedir. Ayrıca cinsel taciz suçu cinsel amaçlı işlenebilir.⁵⁴

c-) Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m. 225)

Müstehcenlik suçuna ilişkin TCK m. 226 gerekçesinde atıf yapılan TCK m. 225, alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişinin cezalandırılacağını hüküm altına almıştır. TCK m. 225 gerekçesinde ise “toplumun

⁵³ 12.CD. 22/06/2015 gün, 2015/328 Esas 2015/11331 Karar- UYAP; Erkazancı da özel hayatın korunmasına karşı suçları düzenleyen TCK m. 134'te düzenlenen suçlarda diğer suçların içtima edebileceği görüşündedir. Örneğin, kişilerin müstehcen fotoğraflarını izinsiz olarak çeken fail, bunu ifşa etme tehdidiyle aynı zamanda haksız çıkar elde etmesi durumunda, bu çıkarı elde etme şekline göre TCK m. 148'de düzenlenen yağma ya da TCK m. 107'de düzenlenen şantaj suçlarından dolayı cezalandırılır. Bu durumda gerçek içtima uygulanarak her iki suçun cezasının da faile verilmesi gerekir. Erkazancı, Behiye (2007) “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Sa. 1, SS. 131-164, s. 156. Kanaatimizce bu durumda müstehcenlik suçunun da değerlendirilmesi ve gerçek içtima hükümlerine göre ceza verilmesi mümkündür.

⁵⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 415, 416.

sahip bulunduğu ortak edep (ar ve haya) duygularının, edep törelerinin ihlâli, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlâk temizliğine alenen saldırı niteliği taşıyan hareketler, tutum ve davranışlar ve takınılan durumlar suç olarak tanımlanmıştır.” ibaresine yer verilmiştir. Bu hükümler müstehcenliğe ilişkin TCK m. 226 uygulamasında da aynen dikkate alınacaktır.

Müstehcenlik açısından sorun oluşturacak kavram, TCK m. 225’in gerekçesinde yer alan “teşhircilik”tir. Teşhircilik, kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu tip hareketlerin; toplumların örf-adet, gelenek-görenek, ahlâk düşüncelerine ve algılamalarına bağlı olarak yer ve zamana bağlı olarak değişmesi nedeniyle önceden belirlenmesi mümkün görünmemektedir.⁵⁵

III. MÜSTEHCENLİKLE İLGİLİ DİĞER MEVZUAT

Müstehcenlik ulusal ve uluslararası düzeyde hüküm altına alınmış bir olgudur. Bu anlamda iç mevzuatımızda müstehcenlik kavramına yer veren diğer bazı kanunlar şunlardır:

a-) 1117 Sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu⁵⁶

Kanunun 1’inci maddesi oldukça belirsiz bir şekilde, “18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan ...” kavramına yer vermiştir. Neyin neye göre maneviyat üzerinde muzır tesir yapacağı gibi eleştirilere açık bir ifade kullanılmış olmakla beraber kanun, buradaki soyut ifadeyi yetkili kurulun⁵⁷ belirleyeceğini hüküm altına almıştır. Kurul yapacağı işlemler-

⁵⁵ Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner (2012) **Ceza Hukuku Özel Hükümler 12. Tıpkı baskı**, Ankara: Adalet Yayınevi s. 628.

⁵⁶ RG, 07 Temmuz 1927, Sayı 627.

⁵⁷ 07/07/1927 gün, 627 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1117 Sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu m. 2 hükmü ile Başbakanlık bünyesinde on bir üyeden oluşan kurul, mevkute veya mevkute tanımına girmeyen basılmış eserlerin 1’inci maddede belirtilen sınırlamaya tabi tutulabilmesi için 18 yaşından küçükler için zararlı olup olmadığı değerlendirmesi yapar.

de 1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanunundaki⁵⁸ genel amaç ve ilkeleri göze-
tecek, aynı zamanda yargı organlarına da resmî bilirkişilik yapacaktır.⁵⁹

1117 Sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nun öngör-
müş olduğu "muzır" olarak nitelenen eserlerin satım usulüne ilişkin düzenleme-
ler, aynen 5237 Sayılı TCK açısından da geçerlidir. Kurulun vereceği karar idari
nitelikte olmakla birlikte, yargı kararlarını şekillendirici niteliktedir.

b-) 5187 Sayılı Basın Kanunu⁶⁰

5187 Sayılı Basın Kanununun m. 3'te, basın özgürlüğünün sınırlanması
nedenleri arasında "toplum sağlığı ve ahlakının korunması" da sayılmıştır. Ay-
rıca, kanunun 20'nci maddesinde, cinsel saldırı olayları hakkında haber verme-
nin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fillere özendirilecek nitelikte yazı ve
resim yayımlanması da adli para cezasıyla cezalandırılmıştır.

c-) 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu (TRT Kanu- nu)⁶¹

2954 Sayılı TRT Kanunu m. 5/e bendinde, genel ahlâkın gereklerini,
milli gelenekleri ve manevî değerleri gözetmek yayın esasları arasında sayılmış-
tır.

⁵⁸ RG, 24 Haziran 1973, Sayı 14574.

⁵⁹ Kanun m. 2 ile 765 Sayılı TCK m. 426, 427, 428'i belirtmekte ise de bu hususun 5237 Sayılı
TCK m. 226 açısından da geçerli olduğu tartışmasızdır. 1117 Sayılı Küçükleri Muzır Neşri-
yattan Koruma Kanunu m. 2/3: "Kurul, bu Kanunla kendisine verilen görevlere ilaveten, TCK
m. 426, 427 ve 428'de tanımlanan suçlarla ilgili olarak yargı organlarına resmi bilirkişilik
yapmakla görevlidir."

⁶⁰ RG, 26 Haziran 2004, Sayı 25504.

⁶¹ RG, 14 Kasım 1983, Sayı 18221 (2. Mükerrer).

d-) 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun (RTKYHK)⁶²

6112 sayılı RTKYHK, yayın ilkeleri ile ilgili m. 8/1-n bendi açıkça yayınların müstehcen nitelikte olamayacağını belirtmiştir.

6112 sayılı RTKYHK m. 8/2 fıkrasında, radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlâkî gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programların, bunların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılmadan yayınlanamayacağı düzenlenmiştir.

e-) 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (İnternet Kanunu)⁶³

5651 Sayılı İnternet Kanunu m. 8/1-a bendinde, internet ortamında yapılan ve içeriğinin müstehcenlik suçunu oluşturduğu konusunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili erişimin engellenmesi kararının verileceği belirtilmiştir.

Kanunun 10'uncu maddesinde, koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, hapis cezası ile cezalandırılacakları düzenlenmiştir.

⁶² RG, 03 Mart 2011, Sayı 27863.

⁶³ RG, 23 Mayıs 2007, Sayı 26530.

f-) 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu (PVSK)⁶⁴

PVSK m. 11'e göre polis, genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları; çocuklar, kız ve kadınlar ile genç erkeklere sözle veya herhangi bir şekilde sarkıntılık edenleri, kötü alışkanlıklara ve her türlü ahlaksızlığa yönelten ve teşvik edenleri; genel ahlak ve edebe aykırı mahiyette her türlü sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları; herhangi bir müracaat veya şikâyet olmasa bile engeller, davranışlarının devamını durdurarak yasaklar, sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal şikâyete bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikâyet ve müracaat vuku bulduğu takdirde adliyeye teslim eder.

PVSK m. 11 ile getirilen bu düzenleme ile müstehcen nitelikli eserlerin alım, satım ya da teşhiri engellenmektedir.

IV. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Her suçun bir hukuki konusu vardır. Hukuki konu, hukuk tarafından korunan menfaattir. Buna hukuki konu ya da hukuki menfaat de denilebilir. Hukuki değeri ihlal etmek isteyenleri hukuk normu, ceza ile tehdit ederek muhtemel ihlallerden korumaktadır.⁶⁵

Müstehcenlik ile kanun koyucu, genel adabı ortak bir duygu kabul ederek, genel ahlâkın bozulmasını önlemeyi amaçlamıştır. Madde metninde veya gerekçesinde açıkça müstehcenlik tanımına yer verilmemiş ancak maddenin gerekçesinde; müstehcenlik kavramının, toplumda egemen değer yargıları ve

⁶⁴ RG, 14 Temmuz 1934, Sayı 2751.

⁶⁵ Soyaslan, Doğan (2014) **Ceza Hukuku Genel Hükümler** (Genel...), 6. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 250.

TCK m. 225’te düzenlenen hayasızca hareketler suçunun gerekçesinde yapılan açıklamalara göre değerlendirileceği belirtilmiştir.

TCK m. 226/1 fıkrasında düzenlenen suçlarda ise özellikle a ve b bentleri dikkate alındığında, çocuğun bedensel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve duygusal tamlığı; çocuğun kişiliğini sağlıklı bir şekilde geliştirebilmesi, suçla korunan hukuki değerdir. Fiilin yetişkinleri etkileme derecesi çocuklara göre daha az fakat farklı düzeydedir. Bu nedenle kanun koyucu çocukları korumak istemiştir.⁶⁶

Ayrıca maddenin diğer hükümlerinde, çocuğun yanında yetişkinlerin de korunması düzenlenmiştir. Bu nedenle çocuk ya da yetişkin herkes açısından genel ahlakın suçla korunan hukuki değer olduğunu kabul etmek gerekir. Aynı zamanda özel hayatın gizliliği de hukuken korunan değerdir. Bunun dışında, hükümde açıkça yer almamakla birlikte, toplumun ar ve haya duyguları yani genel ahlâk da korunan diğer bir hukuki değerdir.⁶⁷

CGK 24/3/2015 gün, 2014/14-603 Esas, 2015/66 sayılı kararında, müstehcenlik suçuna ilişkin TCK m. 226 ile korunan hukuki menfaatin, toplumun ar ve duyguları da denilen “Genel Ahlak” olduğunu ve maddenin üçüncü fıkrasında özel olarak çocuk haklarının korunan hukuki yarar olduğunu belirtmiştir.

Birden fazla hukuki değeri korumayı hedef alan maddenin, modern ceza hukukuna uygun olarak yalnız pornografiyi cezalandırma kapsamına alması gerektiği yönünde eleştiriler bulunmaktadır.⁶⁸

⁶⁶ Soyaslan, Doğan (2014) **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 565; Ay, Yunus Anıl (2017) Müstehcenlik Suçu, Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, s. 76.

⁶⁷ Özbek vd., s. 780.

⁶⁸ Özbek vd., s. 779.

V. SUÇUN KONUSU

Suç teşkil eden her hareketin mutlaka bir konusu vardır. Konusu bulunmayan bir suçtan bahsetmek mümkün değildir. Suçun konusu, maddi ve hukuki olmak üzere ikiye ayrılır. Suçun maddi konusu, tipik hareketin üzerinde icra edildiği kişi veya şeydir.

Suçun hukuki konusu ise kanunla korunan hak ve menfaattir. Hukuki değer ve hareketin konusu birbirinden farklı kavramlardır. Hukuki değer, toplum hayatı bakımından önemli olan ve ceza hukuku tarafından korunan yaşamsal değerlerdir.⁶⁹

Suçun işlenmesi konu açısından bir zarar doğurmuş olabileceği gibi bunun yalnızca zarar tehlikesi yaratması da mümkündür.⁷⁰ Fiilin, suç konusu üzerinde meydana getirdiği etkiye göre suçlar “zarar suçu” ve tehlike suçu” şeklinde ayrılmaktadır. Zarar suçlarında fiilin işlenmesi ile suçun konusu zarara uğramakta, tehlike suçlarında ise icra edilen fiilin suç konusu üzerinde bir zarar tehlikesi oluşturması söz konusu olmaktadır.⁷¹ Müstehcenlik suçu, CGK, 03/02/2009 günlü kararında da belirtildiği üzere somut zarar doğuran suçlardan değildir. Suçun oluşması açısından bir zararın doğmuş olması gerekli değildir.

Genel olarak tipik hareketin üzerinde icra edildiği kişi veya şey anlamında suçun konusu müstehcenlik suçunda, müstehcen ürünlerdir.

⁶⁹ Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet, (2017) **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 306, 307; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, (2016) **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 112; Erem, Faruk, (1968) “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 1, S. 11-33, s. 23.

⁷⁰ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, (2017) **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 232.

⁷¹ Göktürk, Neslihan/Özgenç, İzzet/Üzülmez, İlhan, **Ceza Hukukuna Giriş**, (2012) **Ceza Hukukuna Giriş**, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, s. 24

VI. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

a-) Suçun Faili

TCK m. 37 açısından, fiili gerçekleştiren kişi fail olarak tanımlanmıştır. Herkes tarafından işlenmesi mümkün olmayan, ancak belli sığata sahip kişiler tarafından işlenebilen suçlara mahsus (özgü) suçlar denilir.

Gerçek kişilerin dışında hükmi şahısların da suç faili olabileceğı yönünde görüşler bulunmakla birlikte,⁷² doktrinde hakim olan görüş ancak gerçek kişilerin suçun faili olabileceğı yönündedir.⁷³

Suçun faili olmak açısından kanun özel bir hükme yer vermemiştir. Bu nedenle, TCK m. 226'da tanımlanan suçların faili herhangi bir gerçek kişi olabilir.⁷⁴

TCK m. 226/2 ve 5 fıkralarında ise, suçta konu materyalin basılmış eser niteliğinde olması halinde 5187 Sayılı Basın Kanunu anlamında failin, yayımcı

⁷² Soyaslan, s. 247; Özbek vd.'ne göre suç fiili ancak irade sahibi gerçek kişi olabilir. O halde, iradi hareket edemeyeceklerinden tüzel kişiler suçun faili olamaz. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğı cezaların şahsiliğı ilkesine de aykırıdır. Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğın, Koray /Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, (2014) **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 233; Aynı görüşte Zafer, Hamide, (2014) **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara: Beta Yayınevi, s. 148.

⁷³ Özbek vd.'ne göre suç fiili ancak irade sahibi gerçek kişi olabilir. O halde, iradi hareket edemeyeceklerinden tüzel kişiler suçun faili olamaz. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğı cezaların şahsiliğı ilkesine de aykırıdır. Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğın, Koray /Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, (2014) **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 233; Aynı görüşte Zafer, Hamide, (2014) **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara: Beta Yayınevi, s. 148; Artuk/Gökçen'e göre de, ceza hukukunda belli bir gayeye yönelik irade ile hareket edebilme yeteneğı insana özgü bir özellik olduğundan, hayvan, eşya ve ölülerin ceza hukuku anlamında hareket yeteneğı yoktur. Bu nedenle ancak kusur yeteneğıne sahip insan suç faili olabilir. Artuk/Gökçen, s. 290; Aynı görüşte, Gökçen/Özgenç/Üzülmez, s. 24; Aslan'a göre tüzel kişilerin de suçun faili olduğunu kabul edecek bir hüküm, mevcut sistem açısından ceza hukukunun temel bazı ilkelerine aykırı düşeceği gibi Anayasa'da değışiklik yapılmaksızın yapılacak bu yönde bir düzenleme de cezaların şahsiliğı ilkesini ihlal edecektir. Aslan, Yasin, (2010) "Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğı", Ankara Barosu Dergisi, Sa. 2, S. 233-246, s. 244.

⁷⁴ Özbek, s. 53, 124, 157, 169; Ay, s. 78, 110, 137; Ancak Özbek'e göre, Türk hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi anne baba ve hatta çocuğun kişisel bakımından sorumlu kişiler için şahsi cezasızlık nedeni getirilmelidir. Bkz. Özbek, s. 53.

ya da basımcı olması da mümkündür. Ceza sorumluluğuna ilişkin 5187 Sayılı Basın Kanunu m. 11/2 fıkrasına göre, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Bu durum, cezaların şahsiliği ilkesinin sonucudur. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması ya da yayım sırasında ceza ehliyetine sahip olmaması veya yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi halinde sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanırsa sorumluluk yayımlatana aittir. Süresiz yayınlarda, eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip olmaması ya da yurt dışında olması halinde nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı, yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde basımcı sorumlu olur.⁷⁵

Müstehcen ürünün yayımı internet ortamında gerçekleştiği takdirde de bu ortamı kullanan herkesin TCK m. 226/2 ve 5 fıkralarında düzenlenen suçun faili olması mümkündür.

b-) Suçun Mağduru

Suçlar; bireyin, toplulukların ya da kamunun menfaatlerini ihlâl eder. Bu menfaatleri korumak ve toplumsal barışı sağlamakla görevli olan devlet, dolaylı olarak her suçun geniş anlamda mağdurdur.⁷⁶ “Suçun mağduru” kavramından, suç fiilinden zarar gören herkes değil yalnız bu fiil ile ihlâl olunan ve

⁷⁵ 5187 Sayılı Basın Kanunu m. 11/3 fıkrasındaki bu düzenleme objektif sorumluluk öngördüğü için kusursuz ceza ilkesine aykırı olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Özbek, s. 168.

⁷⁶ Zafer, (Genel...), s. 150.

ceza korumasının konusunu oluşturan varlık ya da menfaatlerin sahiplerini anlamak gerekir. En dar anlamda ise suçun mağduru suçtan doğrudan zarar gören kişidir.⁷⁷ Pek çok durumda, suçun mağduru ile suçtan zarar gören aynı kişidir. Ancak sadece suçtan zarar gören sıfatından hareketle kişinin ayrıca suç mağduru olduğunu söylemek yanıltıcıdır. Toplum karşı işlenen suçlarda, suçun mağduru toplumdur. Bu suçlar nedeniyle somut olarak zarar görenler ise suçtan zarar gören olarak kabul edilir.⁷⁸

Müstehcenlik suçunun mağduru, ortak edep duygusu ihlâl edilen toplumdur.⁷⁹ Çünkü maddede düzenlenen suçlar genel ahlâka karşı işlenen suçlar arasındadır. Ancak TCK m. 226/1 fıkrasının a ve b bentleri ile 3'üncü fıkarda düzenlenen suçların mağduru çocuklardır.

Çocuk, TCK m. 6/1-b bendindeki tanıma göre, “henüz on sekiz yaşını doldurmamış” kişidir. Müstehcenlik, kişilerin cinsel duygularını yaralar. Cinsel ilişkiye tahrik eder. Bu etki kişiden kişiye de değişir. Çocukların müstehcenlikten etkilenmeleri yetişkinlerden farklıdır. Çocuğun uzun süre etkilenmeleri, çocuğun ruhsal ve psikolojik durumunun da günlerce etki altında kalmasına neden olabilir.⁸⁰

Evlenerek reşit sayılan kişiler de suçun mağduru olabilecektir. Çünkü 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 3/1a bendinde “daha erken yaşta olsa bile” ibaresine yer verilmiştir. Çocuk kavramının kapsamı konusunda TCK m.6'da açıklık bulunmasa da, TCK m. 226'da “reşit” kavramına değil, “çocuk”

⁷⁷ Hakeri, s. 117, 118, 119; Soyaslan, (Genel...) s. 248., Zafer, (Genel...), s. 151.

⁷⁸ Katoğlu, Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 61, S. 657-693, 2012, s. 663, 684.

⁷⁹ Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer (2007) “**5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**” Ankara Yayın Matbacılık ve Ticaret İşletmesi, s. 1640; Gerçeker, s. 4568

⁸⁰ Soyaslan (Özel...), s. 561.

kavramına yer verilmiş olması nedeniyle 18 yaşını doldurmamış çocuklar suçun mağduru olabilecektir.⁸¹

c-) Hareket

Hareket insan davranışıdır. Ceza hukukunun ilgi alanına giren hareket ise, ancak suç tanımına uyan veya suç tanımındaki neticeye gerçekleştirmeye yönelik bulunan ve iradi olan davranıştır. Dış âlemde bir değişiklik meydana getirmeye yönelik icrai veya ihmali bir hareket bulunmadıkça, suçun varlığından söz edilemez. Bu anlamda esas olarak suçun maddi unsuru “hareket” unsurundan başka bir şey değildir.⁸² Suçun yapısal, maddi unsurlarından olan hareket, ceza normu ile ortaya konulan tanımda gösterilen ya da tanımda gösterilmemekle birlikte tanımda yer verilen zarar veya tehlike şeklinde neticeyi meydana getirmeye elverişli iradi, insan bedeninden yapmak şeklinde ortaya çıkan davranış şeklidir.⁸³ Suçun, tipte birbirinden bağımsız olarak gösterilen birden fazla hareketten sadece birinin gerçekleşmesiyle oluştuğu suçlara seçimlik hareketli suçlar denir.⁸⁴

1. Birinci Fıkroda

Birinci fıkradaki suçun hareket unsuru, bentler halinde düzenlenen seçimlik hareketlerdir.

TCK m. 226’da belirtilen seçimlik hareketler:

1-Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri vermek ya da bunların içeriğini göstermek, okumak, okutmak veya dinletmek: Bu bentte belirtilen “çocuk” deyiminden, TCK m. 6/1-b bendi gereğince 18 yaşını

⁸¹ Gerçekler, s. 4568, 4569.

⁸² Soyaslan, s. 245; Hakeri, s. 123.

⁸³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 238; Zafer, s. 181.

⁸⁴ Özbek vd., s. 234.

doldurmamış olan kişiler anlaşılmalıdır. Kanun TCK m. 226/1-a bendi açısından “aleniyet” aramamıştır. Suça konu müstehcen materyallerin çocuklara verilmesi, bunların içeriğinin gösterilmesi, okunması, okutulması ya da bunların dinletilmesi TCK m. 226/1-a bendinde belirtilen suçu oluşturacaktır. Çocuk sayısı önemli değildir.⁸⁵

Vermek, müstehcen ürünü, üzerinde, elinde veya yakınında olan birine eriştirmek, iletmek;

Göstermek, müstehcen ürünün, görülmesini sağlamak, görülmesine yol açmak, herkesçe görülebilecek bir yere koymak;

Okumak, müstehcen bir yazıyı meydana getiren harf veya işaretlere bakıp bunların imlediği sesleri veya düşünceyi anlamak;

Okutmak, müstehcen bir yazıyı okumasını sağlamak veya okuma işini yaptırmak;

Dinletmek, müstehcen bir ürünün dinlenmesini sağlamak, müstehcen ürün içeriğinin çocuğa duyurulması anlamına gelmektedir.⁸⁶

Bu fıkra da belirtilen suçun oluşumu açısından, çocuğun bizzat cinsel eylemde bulunması gerekli olmayıp, müstehcen şekilde bir kız bir erkek çocuğunun insanları tahrik edecek şekilde, cinsel organlarının görünür tarzda resimlerinin çekilmesi veya çocukların müstehcen sayılacak şekilde birbirlerine sarılma görüntüsünün verilmesi yeterlidir. Failin, kişisel ya da ticari amaçlarla

⁸⁵ Soyaslan (Özel...), s. 565.

⁸⁶ Özbek, s. 57.

davranışta bulunması da önemli değildir. Fail bu eylemi kimseye göstermeyecek olsa bile, görüntü, yazı veya söz haline getirdiği anda suçu işlemiştir.⁸⁷

2- Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen göstermek, görünebilecek şekilde sergilemek, okumak, okutmak, söylemek, söyletmek: TCK m. 226/1-b bendinde düzenlenen suçun hareket unsurlarının basın-yayın araçlarıyla gerçekleşmesi halinde TCK m. 226/2 fıkrasındaki suç oluşacaktır.

Sergilemek, müstehcen bir ürünü tanıtmak üzere herkesin göreceği bir yere yerleştirmek, teşhir etmek;

Okumak, yazılı müstehcen metne bakılarak bunu sessizce çözümleyip anlamak veya seslere çevirmek, yazılmış bir müstehcen metnin iletmek istediği şeyleri öğrenmek;

Söylemek, müstehcen bir düşünceyi veya bilgiyi sözle anlatmak;

Okutmak, müstehcen bir metnin okunması işini yaptırmak anlamlarına gelmektedir.

Bentte belirtilen suçlar seçimlik ve bağlı hareketlidir. Bu anlamda, maddede belirtilenler dışında başka bir hareket suçun konusunu oluşturmayacaktır. Örneğin suça konu ürünlerin yalnız bulundurulması suç oluşturmayacaktır. TCK m. 226/1-a bendinde belirtilen suçtan farkı, belirtilen seçimlik hareketlerin; çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gerçekleşmesidir.⁸⁸

⁸⁷ Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa (2014) **Türk Ceza Kanunu** 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 6778.

⁸⁸ Özbek, s. 61, 62.

Maddede belirtilen aleniyet unsurunun gerçekleşmesi için, çocuğun müstehcen ürüne ulaşmasının imkan dairesinde olması gerekir ve yeterlidir. Bu anlamda görülmüş ya da duyulmuş olması gerekli değildir.⁸⁹ Aleniyet, belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilmedir.

Çocukların girebileceği yer, çocukların girmesi yasaklanmamış olan yerlerdir.⁹⁰ TCK'da bu hükme açıklık getiren herhangi bir düzenleme ise yoktur. Dileyenlerin ücretli ya da ücretsiz olarak girebilecekleri gezip görebilecekleri yerler aleni yerlerdir. Evler ve herkesin serbestçe girip çıkabildiği zamanlar dışında sinema ve kahvehaneler aleni yerler sayılmazlar.⁹¹ Müstehcen içerikli televizyon yayınlarının, sanığın sahibi olduğu işyerinde alenen gösterilmesi imkanının sağlanması TCK m. 226/1-b bendinde belirtilen suçu oluşturacaktır.⁹²

3- Bu ürünleri içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz etmek: Bentte yer alan hükümler, yetişkin ya da çocuk ayrımı yapmamıştır. “d” bendinde, müstehcen ürünlerin, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında satışı yaptırma bağlanmıştır. Bu halde iki hükmün birbiri ile uyumlu yorumlanması ile bu tip müstehcen ürünlerin, bunların satışına mahsus yerler dışında, içeriğine vakıf olunacak şekilde satışa arzedilmesi ya da kiraya verilmesinin “c” bendi kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir. Her iki bendin birlikte yorumlanmasından çıkarılması gereken sonuç, müstehcen ürünlerin bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında satılabileceği, ancak içeriğine

⁸⁹ Gülseren, Fehmi Şener (2014) “Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı”, LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Haziran, S. 32-59, s. 44; Özbek, s. 68.

⁹⁰ Özbek, s. 62, 65.

⁹¹ Malkoç, s. 1960.

⁹² “Sanığın işlettiği halka açık birahane, yabancı ülkeden uydu aracılığıyla yayın yapan TV kanalı açılarak, müstehcen içerikli film izlendiğinin tutanakla belirlenmesi, tutanağın içeriğinin tanıklarca doğrulanması, bu şekilde sanığın müstehcen içerikli görüntülerin alenen izlenmesine imkân sağladığının anlaşılması karşısında, eyleminin TCK'nın 226/1-b maddesine aykırılık niteliğinde olduğu gözetilmeden, suçun niteliğinde yanılğıya düşülerek, TCK'nın 226/2. maddesinden mahkûmiyet kararı verilmesi,...”, 18.CD. 28/03/2016 gün, 2015/24391 Esas, 2016/6078 Karar-UYAP.

vakıf olunabilecek şekilde satışa arz edilmesi ya da kiralanması halinin bent kapsamında değerlendirileceğidir.⁹³

4- Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında satışa arz etmek satmak veya kiraya vermek: Satışa arz etmek, müstehten ürünün satılmasını sağlamak için yapılan tüm hareketler; satmak ise müstehten ürünün bedel karşılığında verilmesidir. Benden kapsamından ve gerekçesinden çıkartılması gereken sonuç, müstehten ürünlerin, satışına mahsus alışveriş yerlerinde ve içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışı veya kiraya verilmesi, satın alınması ya da kiralanması suç oluşturmamaktadır.⁹⁴

5- Bu ürünleri sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak vermek veya dağıtmak: Vermek, üzerinde elinde veya yakınında olan müstehten ürünü birisine eristirmek, iletmek, bırakmak veya bağışlamak; dağıtmak ise müstehten bir ürünü ayrı ayrı kişilere vermek anlamındadır. Kanun metninde çocuk metnine yer verilmemekle birlikte kanun ile asıl amaçlananın çocukların korunması olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü müstehten ürünün bunların satışına mahsus yerlerde satılması yasak olmadığına göre, bu ürünlerin bedelsiz olarak verilmesi ya da dağıtılmasının suç olarak düzenlenmesi ile bu ürünlerin çocukların eline geçmesi ihtimalinin cezalandırılmasının amaç olduğunu kabul etmek gerekir.⁹⁵

6- Bu ürünlerin reklamını yapmak: TCK m. 226/1-f bendinde suç olarak düzenlenmiştir. İşletmeler, kar amacı olmayan kuruluşlar, kamu kurumları veya bireyler tarafından kendi ürün ve hizmetleri, örgütleri veya fikirleri hakkında belli bir hedef pazarı veya kitleyi bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla kitle iletişim araçlarında satın alınmış özel zamanlarda ya da yerlerde ilan ve ikna

⁹³ Özbek, s. 68.

⁹⁴ Özbek, s. 70.

⁹⁵ Özbek, s. 71.

edici mesajların yerleştirilmesi olarak ayrıntılı tanımlanan reklam esas olarak, talep yaratma sanatıdır.⁹⁶

Reklamın her şekli TCK m. 226/1-f bendinde belirtilen suç oluşturmaz. Örneğin “d” bendi ile müstehcen ürünlerin bunların satışına mahsus yerlerde satılabilmesini mümkün hale getirdiğinden, bu satışa yönelik reklamın suç olarak kabul edilemez. Örneğin müstehcen ürün satan yerde satılan dergide yer alan bir başka müstehcen ürünün, reklamı suç değildir. Ayrıca reklam niteliği taşımayan ilan da suç oluşturmaz.⁹⁷

Seçimlik hareketlerden bir kısmı icrai bir kısmı ihmali niteliktedir. Seçimlik hareketlerden birinin somut olayda gerçekleşmesi suçun oluşması açısından yeterlidir. Birden fazla seçimlik hareketin gerçekleşmesi suçun tekliğini etkilemeyecektir.⁹⁸

TCK m. 6’da, çocuk sözcüğü ile kastedilenin henüz 18 yaşını doldurmamış kişi olduğu belirtilmektedir. Bu fıkradaki suça kısaca; “çocuklara yönelik müstehcenlik ve müstehcen ürünleri kanuna aykırı aykırı satma suçu” olarak tanımlayabiliriz. Fıkra ile çocukların müstehcen ürünlere vakıf olmasını önlemesi amaçlanmıştır. Ayrıca, müstehcen ürünlerin satış usûlü düzenlenmiştir. Fıkra, zımnen müsaade edilen müstehcen ürünlerin satım-dağıtım usullerini de göstermektedir.

⁹⁶ Mesleki Eğitim ve Öğretim Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi(MEGEP) Halkla İlişkiler ve Organizasyon Hizmetleri, Reklamcılıkta Temel Kavramlar, T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Ankara 2007. http://konullu.edu.az/frontend/web/uploads/images/publication/reklamcilikta_temel_kavramlar.pdf erişim: 27/11/2017.

⁹⁷ Özbek, s. 72,73.

⁹⁸ Malkoç, s. 1960.

Suçta konu ürünlerin müstehecen nitelikte olup olmadığı bizzat hakim ya da mahkeme tarafından gözlenerek⁹⁹ ya da bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılarak tespit edilmelidir.

TCK m. 226/1 fıkrasında düzenlenen suçta, hem 765 Sayılı TCK m. 426 hem de 1117 Sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nda belirlenen düzenlemelere yer verilmiştir. 765 Sayılı TCK'dan farklı olarak sadece genel ahlak ve adap değil, çocuklar ve hatta yetişkinler de korunmak istenmiştir. Bu sonuca göre, 1117 Sayılı Kanunun ilgili hükümleri böylece ortadan kalkmıştır.¹⁰⁰

2. İkinci Fıkroda

Maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suçun maddi unsuru müstehecen görüntü yazı veya sözlerin basın ve yayın yolu ile yayınlanması veya yayınlanmasına aracılık edilmesidir. Bu fıkroda düzenlenen suçta “yayın yolu ile müstehecenlik” demek uygundur.

Basın yoluyla işlenen suçların failleri 5187 Sayılı Basın Kanunu m. 11'de, eser sahibi eser sahibinin belli olmadığı ya da suçun tamamlanmış olduğu yayım anında ceza ehliyetine sahip olmadığı ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamadığı, ya da daha önce kesin hükümle aldığı ceza nedeniyle mahkûm olduğu cezanın etki etmediği hallerinde yayımcı ve yayımcının da bu hallerde bulunduğu hallerde basımcının sorumlu olduğu şeklinde düzenlenmiştir.

⁹⁹ “...Somut olayda mahkemece incelenip tutanağa geçirilen CD içeriklerine göre sanığın eyleminin TCK'nın 226/1-d maddesinin ihlali niteliğinde olduğu ve bu maddeye göre cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, aynı Kanunun 226/4. maddesinden hüküm kurulması,...”, 18.CD. 17/05/2017 gün, 2015/37309 Esas, 2017/6064 Karar-UYAP.

¹⁰⁰ Özbek, s. 39.

3. Üçüncü Fıkroda

Bu fıkroda, “çocuk müstehcenliği” suçu düzenlenmiştir. İlk fıkroda “çocuğa müstehcenlik”; üçüncü fıkroda “çocuğun müstehcenliği” suçun konusudur. Bu fıkroda iki ayrı suça yer verilmiştir. Bu suçlardan birincisi, müstehcen nitelikteki görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılmasıdır. Bu suçun maddi unsuru her ne suretle olursa olsun çocukların anılan ürünlerin üretiminde kullanılması ile oluşur.

Fıkranın ikinci cümlesinde yer alan suç tipinde ise birden çok seçimlik hareket bulunmaktadır. Müstehcen olarak nitelendirilebilen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışı arzı, nakli, depolanması, ihracı, bulundurulması, ya da başkalarının kullanımına sunulması fiillerinden birinin işlenmesiyle oluşmaktadır.

Maddenin gerekçesinde çocukları müstehcenliğe karşı korumaktan bahsedildiğine göre üçüncü fıkranın ikinci cümlesini de paralel değerlendirmek gerekir. Yoksa ilk fıkradan çıkartılan anlama göre “yasak olmayan müstehcenlik” “müstehcen ürünlerin satım usûlleri” temelsiz kalacaktır.

24/3/2016 tarihli ve 6698 Sayılı Kanununun 30 uncu maddesiyle, bu fıkroda yer alan “çocukları” ibaresi “çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri” şeklinde değiştirilmiştir. Hükmün kapsamındaki bu genişleme suçun “çocuğun müstehcenliği” niteliğini değiştirmemiştir. Ancak kanunilik ilkesi açısından sorun teşkil edebilecek “temsili çocuk görüntüleri” veya “çocuk gibi görünen kişiler” ibarelerine yer vermiştir. Kavram ve kapsamı belirleme konusunda sorun oluşturabileceğini düşündüğümüz ibareler, animasyon görüntüleri ya da karikatürler için dahi fıkranın uygulanması sonucunu doğurabilecektir.

Ele geçirilen materyallerin bu nitelikte olup olmadığı bizzat mahkeme tarafından gözlenerek ya da bilirkişi vasıtasıyla tespit edilecektir.¹⁰¹

TCK m. 226/3 fıkrasında belirtilen suçun oluşması açısından, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması yeterli olup, müstehcen ürünlerin profesyonelce hazırlanması gerekli değildir. Yine, ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş şekli ve amaçları konusunda da kanuni bir sınır yoktur. Suçun unsurlarının oluşması için müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk gerekli değildir. Çocuğun, müstehcen ürün üretiminde kullanılmış olması suçun oluşması açısından yeterlidir. Bu nedenlerle 15 yaşından küçük mağdure ile girdiği cinsel ilişkiyi kayda alan, mağdurenin çıplak fotoğraflarını çeken ve bu kayıtları cep telefonunun hafıza kartında saklayan sanığın eylemi TCK m. 226/3 fıkrasında düzenlenen suçu oluşturur.¹⁰²

4. Dördüncü Fıkra

Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden depolayan başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişinin cezalandırılması öngörülmüştür. Bu davranışlar, hukukun konusu olduğu kadar tıbbın da konusu ola-

¹⁰¹ “Sanıktan 27.02.2009 günü ele geçirilen CD’lerin, bizzat mahkemece ya da tayin edilecek uzman bilirkişiler tarafından izlenerek görüntülerin ar ve haya duygularını incitip incitmediği, cinsi arzuların tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlâka aykırı olup olmadığının saptanması, söz konusu CD’lerin içerdiği pornografik görüntülerde, 5237 Sayılı TCK’nın 226/3, 4. maddeleri açısından, çocukların yer aldığı veya şiddet kullanılarak hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışların yer alıp almadığı hususlarının belirlenmesi gerekirken, CD içeriklerinin soyut olarak porno olduğunu bildiren ve mahkemece suçun unsurlarının tespiti için gerekli ve yeterli açıklamayı taşımayan bilirkişi raporuna dayanılarak eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi,...”14.CD. 23/02/2015 gün, 2013/5528 Esas, 2015/2063 Karar-UYAP.

¹⁰² CGK 24/03/2015 gün, 2014/14-603 Esas, 2015/66 Karar-UYAP.

bilecek niteliktedir. Kanun koyucu bu tip materyallerin genel ahlak ve ortak edebe olası etkisini mutlak kabul etmiş ve suç kapsamına almıştır.

Çocukların kullanıldığı müstehcenliğe “pedofili”, şiddet kullanılarak yapılan müstehcenliğe “sadist-mazoşist”, hayvanlarla ilgili olanlara “zoofili”, insan cesedi üzerinde yapılan “nekrofil” de denilmektedir.¹⁰³ Madde metninde “cinsel davranışlar” sözcüklerine yer verilmiş olduğundan ilgili materyalde cinsel birleşme olması şart değildir. Ancak kanunun “doğal olmayan yoldan” ifadesiyle neyi kastettiği anlaşılmamaktadır. Kanun gerekçesinde de bu konuda ayrıntılı bir açıklama yer almadığından ancak yorum yoluyla bir sonuca varılabilecektir. Cinselliğin hangi halinin doğal olduğu kişiden kişiye ve toplumdaki topluma değişebilir. Bu bakımdan her türlü davranışın doğal olmadığını söylemek amacı aşan bir yorumdur. Bilimsel bir yaklaşımla objektife yakın bir değerlendirme yapmak gerekirse doğal ilişkinin ancak kadın erkek arasında gerçekleşebileceği anlaşılmaktadır ve bu durumda doğal olmayan ifadesinden anlaşılması gerekenin eşcinsel içerikli cinsel davranışlar olarak yorumlanması gerektiği sonucuna varılmaktadır.¹⁰⁴

Yargıtay önceleri doğal olmayan yolla yapılan cinsel davranışlar kapsamına, grup halinde, lezbiyen, anal ve oral yollardan yapılan cinsel ilişkilerin girdiğini belirtmekte iken¹⁰⁵ son zamanlarda değişen kararlarında belirtilen yollarla yapılan cinsel ilişkilerin doğal olmayan yolla yapılan cinsel davranış kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁰⁶

¹⁰³ Atamer, İlker, [turk.internet.com, “İnternette Müstehcenlik ve Erişim Engelleme Kararı”](http://www.turk-internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=20214) <http://www.turk-internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=20214> erişim: 25/11/2017.

¹⁰⁴ Atamer, a.g.m.

¹⁰⁵ 14.CD. 24/11/2014 gün, 2013/3796 Esas 2014/13152 Karar- UYAP.

¹⁰⁶ “TCK’nın 226/4.maddesindeki “doğal olmayan” kavramı, bireylerin cinsel yaşamının içerisinde yeri olmayan, aşağılayıcı veya bütün toplum tarafından da doğal olarak kabul edilmeyen ilişkileri tanımlamaktadır. Anal ya da oral yoldan yapılan, eşcinsel veya grup halinde bulunan cinsel birleşmelere ait görüntüler veya cisimle yapılan mastürbasyon görüntüleri tekbaşına bu kavram içerisinde değerlendirilemeyecektir. Somut olayda bilirkişi raporunun içeriğine göre sanığın eyleminin TCK’nın 226/1-a maddesinin ihlali niteliğinde olduğu ve bu maddeye gö-

5. Beşinci Fıkroda

Bu fıkroda düzenlenen suç, üç ve dördüncü fıkralarda düzenlenen ürünlerin basın ve yayın yolu ile yayınlanması ve yayınlanmasına aracılık edilmesi ya da bu tip ürünlerin çocukların görmesi, dinlemesi veya okumasını sağlamadır. Müstehcen içeriğin, yayılması internet aracılığıyla gerçekleştiği takdirde fıkranın uygulanması açısından belirsiz sayıda kişinin ulaşma imkanının bulunması gerekir. Ürünün, yalnızca belli bazı kişilere ulaştırılması ya da internetin bireysel bir iletişimi gerçekleştirmek amacıyla kullanılması halinde TCK m. 226/5 fıkrasındaki suçun unsuru gerçekleşmeyecektir.¹⁰⁷

Suçun beşinci fıkraya uyması halinde TCK m. 134’te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun da oluşması mümkündür. Bu halde içtima hükümleri gereğince en ağır cezayı gereken TCK m. 226 hükümleri dikkate alınmalıdır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için içtima konusuna bakılmalıdır.

Üçüncü fıkra çocukların müstehcen ürünlerde kullanılması, dördüncü fıkra sapkın müstehcenlikle ilgilidir. Her iki fıkroda yer alan nitelikteki müstehcen ürünlerin basın yayın yolu ile yayınlanması ve yayınlanmasına aracılık

re cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, aynı Kanunun 226/5. maddesinden hüküm kurulması,...”, 14.CD. 29/05/2017 gün, 2017/2066 Esas, 2017/2890 Karar-UYAP; “TCK’nın 226/4.maddesindeki “doğal olmayan” kavramı bireylerin cinsel yaşamının içerisinde yeri olmayan, aşağılayıcı veya bütün toplum tarafından da doğal olarak kabul edilmeyen ilişkileri tanımlamaktadır. Anal ya da oral yoldan yapılan, eşcinsel veya grup halinde bulunan cinsel birleşmelere ait görüntülerin veya cisimle yapılan mastürbasyon görüntüleri tek başına bu kavram içerisinde değerlendirilemeyecektir. Somut olayda ele geçirilen CD içeriklerine göre sanığın eyleminin TCK’nın 226/1-c maddesinin ihlali niteliğinde olduğu ve bu maddeye göre cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, aynı Kanunun 226/4. maddesi uyarınca hüküm kurulması,...” 18.CD. 18/10/2017 gün, 2017/4706 Esas, 2017/11200 Karar-UYAP; Aynı yönde, 18.CD. 18/10/2017 gün, 2017/5087 Esas, 2017/11198 Karar-UYAP; 18.CD. 18/10/2017 gün, 2017/5532 Esas, 2017/11186 Karar-UYAP; 18.CD. 11/10/2017 gün, 2017/4639 Esas, 2017/10712 Karar-UYAP.

¹⁰⁷ “Sanığın mağdureye ait müstehcen görüntüleri, mağdurenin ağabeyi ve ablasına facebook isimli sosyal paylaşım sitesinin özel mesaj uygulaması ile gönderdiğinin kabul edildiği eylemde, müstehcen içerikli görüntülerin yalnızca belirli kişilere paylaşılması nedeniyle atılı suçun yasal unsurunun gerçekleşmediği gözetilmeden hüküm kurulması,...”, 18.CD. 31/05/2017 gün, 2017/1867 Esas, 2017/6815 Karar-UYAP.

edilmesi veya bu tip ürünlerin çocuklar tarafından görülmesi, dinlenmesi veya okunmasını sağlama, yaptırma bağlanmıştır. Mağdurun çocuk olup olmadığının belirlenmesinde nüfus kayıtları dikkate alınmalıdır.¹⁰⁸

Suçun beşinci fıkra kapsamında olup olmadığı yönünden yine suça konu materyallerin ya bizzat mahkeme tarafından gözlenmesi ya da bilirkişi raporu alınması gerekebilir.¹⁰⁹ İncelemeye esas oluşturacak nitelikte ve suça konu materyallerin, TCK m. 226'nın hangi bendine uyduğunu belirtir nitelikte yeter derecede açıklık taşımayan CD inceleme tutanakları bu bakımdan hüküm kurmak için yeterli değildir.¹¹⁰

VII. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Bir kimsenin işlediği fiilden dolayı ceza sorumluluğunun bulunabilmesi için hareketi ile kanun tarafından cezalandırılabilen netice arasında maddi nedensellik bağı dışında ayrıca faille fiil arasında manevi bir bağın da bulunması gerekir. Bu bağ kurulmadan suçun varlığından söz edilemez.¹¹¹ Bu açıdan maddi unsurlar suçun dış cephesini oluştururken, manevi unsurlar kişinin iç dünyasına ilişkindir ve suçun subjektif boyutunu oluşturmaktadır.¹¹²

¹⁰⁸ “Tüm dosya kapsamına ve oluşa uygun kabule göre, 5237 Sayılı TCK'nın 226/3-4. maddesi kapsamındaki ürünlerin içeriğini, dosyada mevcut nüfus kayıt örneğine göre 10 yaş 7 aylık mağdurun görmesini sağlayan sanık hakkında TCK'nın 226/5. maddesi yerine, aynı kanunun 226/3. Maddesi uyarınca hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini kanuna aykırı...” 14.CD. 01/06/2015 gün, 2015/3060 Esas 2015/6706 Karar-UYAP.

¹⁰⁹ 14.CD. 23/02/2015 gün, 2013/5528 Esas, 2015/2063 Karar-UYAP.

¹¹⁰ “Sanıktan 07.07.2009 günü ele geçirilen CD'lerden suça konu 35 adet CD'de, Polis tarafından tanzim edilen 08.07.2009 tarihli tutanakta Anal, Oral, Vajinal ilişkilerin olduğu pornografik görüntüler içerdiğinin belirtilmesi karşısında, suça konu bu CD'lerde 5237 Sayılı TCK'nın 226/1, 3 ve 4. maddeleri açısından, çocukların kullanılıp kullanılmadığı ya da şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışların yer alıp almadığı yönünde, uygulanacak kanun maddeleri ve suç unsurlarının tespiti için gerekli ve yeterli açıklamayı taşımayan CD inceleme tutanağına dayanarak yazılı şekilde hüküm kurulması,...”, 14.CD. 22/12/2014 gün, 2013/7964 Esas, 2014/14677 Karar-UYAP.

¹¹¹ Zafer, (Genel...), s. 220; Artuk/Gökçen, s. 315.

¹¹² Akbulut, Berrin (2015) **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 303.

Müstehcen ürünlerin yayılmasına ilişkin TCK m. 226/1 fıkrasında, genel kast suçun işlenmesi açısından yeterlidir. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle örneğin mağdur çocuğun müstehcen ürünü, failin özensiz davranışı sonucu görmüş olması halinde manevi unsurun bulunmadığını kabul etmek gerekir.¹¹³

İki ve beşinci fıkra düzenlenmiş müstehcen ürünlerin basın yayın yoluyla yayılması suçları ancak kastla işlenebilir. Hükümde sınırlayıcı hüküm bulunmaması nedeniyle bu fıkralardaki suçların olası kastla da işlenmesi mümkündür.¹¹⁴

Üçüncü fıkra açısından, çocukların kullanıldığı müstehcen ürünleri ülkeye sokma, çoğaltma, satışa arz, satma, nakletme, depolama, ihraç etme, bulundurma ya da başkalarının kullanımına sunma eylemleri yönünden genel kast dışında maksadın da aranması gerektiği; ancak “bulundurma” eyleminin dahi suç olarak düzenlenmiş olması nedeniyle artık maksadın aranmasına da gerek bulunmadığı kabul edilmelidir.¹¹⁵

Dördüncü fıkra düzenlenmiş şiddet içeren pornografik ürünlere (sado-mazoşist pornografi) ve hayvan pornografisine ilişkin suçlarda kastla işlenebilir. Bu suçların olası kastla da işlenmesi mümkündür.¹¹⁶

VIII. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

TCK m. 226/7'nci fıkrasında bu suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni öngörülmüştür. Bilimsel eserlerle edebi ve sanatsal değeri olan eserlerin

¹¹³ Özbek, s. 94; “...sanığın oğlu olan mağdurun uyuduğunu sandığı sırada porno CD izlediği ve mağdurun da uyumuş gibi yaparak görüntülere vakıf olduğu anlaşıldığından, sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin bir delil bulunmaması karşısında sanık hakkında eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile mahkumiyet kararı verilmesi...”, 18.CD. 12/04/2017 gün, 2016/143 Esas, 2017/4237 Karar-UYAP.

¹¹⁴ Özbek, s. 177.

¹¹⁵ Özbek, s. 137.

¹¹⁶ Özbek, s. 159.

müstehten olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak, failin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için, fiilin maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen, müstehtenliğe karşı çocukları korumaya yönelik hükümlerden olmaması ve suça konu olan eserlerin çocuklara ulaşmasının engellenmesi gerekir. Yani müstehten görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması halinde hukuka uygunluk nedeninden yararlanmak mümkün değildir. Çocuk müstehtenliği kesin olarak yasaklanmıştır. Bilimsel, edebi veya sanatsal eserler ve çocuk müstehtenliği kesinlikle bir arada olamayacaktır.

Önder'e sanat ve müstehtenlik birbirinin içinde olamaz. Böyle bir değerlendirilmeyi de sanatçı değil ancak toplum yapabilir. Kişilerin ar ve haya duyguları incindiği takdirde ortada bir sanat eserinden söz edilemez. Bilimsel eserler açısından eserin sunulmuş biçimi ve hitap ettiği kişilerin sınırları müstehtenliği belirlemek açısından önemlidir.¹¹⁷ *Dönmezer*'e göre müstehtenlik ve sanat eseri arasında sınır belirlemek bazı durumlarda güçtür. Fiilin amacı, somut olayın özelliklerine göre araştırılmalıdır.¹¹⁸ *Erem*'e göre edebi eserlerin, salt müstehten olması onların edebi niteliğini ortadan kaldırmaz. Ancak cinsel davranışların olduğu gibi anlatımları da edebi nitelikte sayılmaz. Sanatta konu özgünlüğü müstehtenliği zorunlu kılmaz. Cinsel arzuların istismarı, müstehten niteliği ayırt etme işlevi görür. Ancak öğretim, tedavi araştırma gibi amaçlar da müstehtenliği ayırt etme işlevi görür. Bu amaçların gizleme aracı olarak kullanılması halinde müstehtenlik söz konusudur.¹¹⁹ *Donay*'a göre de, bilim ve sanat eserlerinin bütün olarak değerlendirilmesi ve failin bilimsel ya da ticari amaçla hareket edip etmediği hususlarının araştırılması, eserin umuma arz edilmiş olup olmaması gibi hususlar dikkate alınmalıdır.¹²⁰ *Karadayı*'ya göre bu tip eserler açısından müstehtenliği en iyi belirleyecek olan kişi hakim ya da savcıdır. An-

¹¹⁷ Önder, Ayhan (1991) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 391.

¹¹⁸ Dönmezer, s. 208.

¹¹⁹ Erem, Faruk (1984) "Müstehtenlik" Yargıtay Dergisi, C. 10, Sa. 1-2, S. 102-106, s. 104.

¹²⁰ Donay, s. 141-144.

çak belli eserlerin incelenmesinde bilirkişiden yararlanılabilir.¹²¹ Soyaslan'a göre, bilim ve sanat eserleri müstehecen sayılmazlar. Bu eserler amaçları dışında kullanıldığı takdirde müstehecen sayılmalıdırlar.¹²²

Bilimsel, edebi veya sanatsal eserlerde, müstehecenlik suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni düzenlenmesinin sonucu olarak kamu davasının açılması engellenmek istenmiştir. Böyle bir materyal, bilimsel-sanatsal ya da edebi nitelikte olduğu açıkça anlaşılıyorsa zaten suç konusu olmayacaktır. Ancak bilimsel eser dahi olsa müstehecenlik kastı ile herkese arz edilip sergilenmesi suçu oluşturacaktır. Örneğin kişilerin tenasül uzuvlarını gösteren tıbbi eser sayfalarının dükkân vitrininde sergilenmesi müstehecenlik suçunu oluşturacaktır.¹²³

“Sözde bilim” ve “sözde sanat” eserlerini gerçeklerinden ayırmak zorunludur. Cinsel bir davranışı olduğu gibi anlatan ancak müstehecen niteliği ağır basan eserlerde bilimsel, sanat ya da edebi nitelikten söz edilemez.¹²⁴

Sanatta konu özgürlüğü, müstehecen olmayı gerektirmemektedir. Bu nedenle sanat eserleri yönünden de her somut olayın özelliğine göre; sanat amacının dışına çıkılıp çıkılmadığının, cinsel arzuların tahrik edilip edilmediğinin, eserin satış ve sunuluş biçimlerinin de dikkate alınması gerekir.

Bir eserin niteliği konusunda değerlendirme yapılırken o eserin bütününe bakılmalı genel olarak eserde hangi niteliğin ön plana çıkarıldığı hususuna dikkat edilmelidir. Ayrıca müstehecen niteliğin belirlenmesinde, yanlış ve ahlaka aykırı toplumsal eğilimlerin anlamsızlığını teşhir etmek suretiyle eleştirmeleri sanatçıların zorunlu gereklerinden biridir.

¹²¹ Karadayı, s. 893.

¹²² Soyaslan, (Özel...), s. 569.

¹²³ Kaymaz/Gökcan, s. 240.

¹²⁴ Parlar/Hatipoğlu, s. 1642.

Düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin herhangi bir düzenleme madde metninde yer almamakla birlikte, müstehcenliğin bu kavramlar yönünden de değerlendirilmesi gerekebilir. Bazı cinsellik, nefret içeren konuşmalar gibi sınırdan kalan düşünce açıklamaları hukuken düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin, resim veya sanat eseri bazı durumlarda bazı kişilerce müstehcen materyal olarak değerlendirilebilirken diğer bir kesime göre bu, sanat eseri sayılabilir.¹²⁵

Somut olayın özelliklerine göre, bilim ve sanat eseri niteliğinin de bilirkişi incelemesi ile tespit edilmesi gerekir.¹²⁶

IX. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

a- Teşebbüs

Suç işleme kararı alıp, suç yolunda hazırlık hareketlerini tamamladıktan sonra icra hareketlerine başlayıp, elinde olmayan nedenlerle neticeye ulaşamama halinde teşebbüs söz konusudur.¹²⁷ Ancak bazı suçlar yönünden, teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Hazırlık hareketleri cezalandırılan suçlar, taksirli suçlar tehlike suçları bu tip suçlardandır. Bu nedenle her suç

¹²⁵ Hakyemez, Y.Şevki (2002) “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 57/2, S. 17-40, s. 38.

¹²⁶ “TCK’nın 226/7.maddesindeki düzenlemeye göre müstehcenlik suçuna ilişkin madde hükümleri “bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.” Somut olayda sanığın işlettiği sinema salonunda suç tarihinde ele geçirilen filmlere ilişkin Kültür Bakanlığı Sinema Eseri İşletme Belgelerinde, denetim sonuçlarının olumlu veya şartlı kabul olduğunun belirtilmesi karşısında, TCK’nın 226/7.maddesi kapsamında suça konu filmlerin sanatsal bir değerinin olup olmadığı hususunda detaylı bilirkişi raporu aldırılmadan ve atılı suçun ne şekilde oluştuğu kararda açıklanıp tartışılmadan mahkûmiyet kararı verilmesi,...”, 18.CD. 08/03/2017 gün, 2017/497 Esas, 2017/2559 Karar-UYAP.

¹²⁷ İçel, Kayıhan (2016) **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayınevi, İstanbul, s. 493; Hakeri, s. 347; Zafer, (Genel...), s. 395.

açısından teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı ayrı ayrı değerlendirilmelidir.¹²⁸

Bir suçta teşebbüsün söz konusu olabilmesi için:

- i- Bir suçu işleme kastının bulunması,
- ii- Suçun icrasına başlanması,
- iii- Elverişli hareketlerin bulunması ve
- iv- Suçun engel nedenlerle tamamlanmaması gerekir.

Buna göre teşebbüs halini her fıkra bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekirse;

1'inci fıkarda düzenlenen suç tehlike suçu niteliğindedir. Sırf hareket suçu niteliğindedir. Bu nedenle teşebbüs mümkün değildir.¹²⁹

3'üncü fıkradaki çocuk pornografisi suçu da sırf hareket suçu niteliğinde olduğundan ve bu suçta da netice harekete bitişik olduğundan teşebbüs mümkün değildir.¹³⁰

4'üncü fıkarda düzenlenen şiddet içeren pornografik ürünler ve hayvan pornografisi suçu da neticesi harekete bitişik olması nedeniyle teşebbüse elverişli değildir.¹³¹

2. ve 5'inci fıkralarda düzenlenen müstehcen ürünlerin basın yayın yoluyla yayılması suçunda da basım yayın anında suçun gerçekleşmesi nedeniyle

¹²⁸ Hacıfazlıoğlu, Ali (2013) **(Teori ve Uygulamada) Suça Teşebbüs**, Ankara: Bilge Yayınevi, s. 81.

¹²⁹ Özbek, s. 60; Ay, s. 97; Hacıfazlıoğlu aksi görüştedir. Hacıfazlıoğlu, Ali (2013) **(Teori ve Uygulamada) Suça Teşebbüs**, Ankara: Bilge Yayınevi, s. 279.

¹³⁰ Özbek, s. 138.

¹³¹ Özbek, s. 160.

icra hareketlerinin bu anda başladığı kabul edilmelidir. Bu nedenle basılmış ancak matbaada dağıtılmayan eser suçu oluşturmaz.¹³²

“Bulundurmak” eylemi maddenin 3 ve 4’üncü fıkralarında başka fiillerle birlikte bulunduğu, failin diğer seçimlik eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde yalnız tamamlanmış olan suçtan hüküm kurulması gerekir. Örneğin, üretiminde çocuğun kullanıldığı müstehcen ürünün bir yerden bir yere götürülmesi halinde sanığın kendi iradesi dışında eylemi tamamlayamadığında, tamamlanmış olan eylemi “bulundurma” suçunu oluşturacağından failin bu suçtan dolayı cezalandırılması gerekir. Aynı şekilde aynı fıkra içinde hem satma hem de satışa arzetme ya da kiraya verme fiillerinin suç olarak düzenlendiği hallerde satma ya da kiraya verme fiillerinin teşebbüs aşamasında kalması halinde, failin eylemi “bulundurma” suçunu zaten oluşturduğundan tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılması gerekir.¹³³

b. İştirak

Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından işbirliği içinde işlenmesi “iştirak” olarak adlandırılır. İştirakin özünde yasadışı anlaşma vardır.¹³⁴

İştirak konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle iştirak konusunda genel hükümler uygulanmalıdır.¹³⁵

c. İçtima

İçtima, suçların içtimaı ve cezaların içtimaı olarak değerlendirilmelidir. Cezaların içtimaı, birden fazla suç işleyen faile verilecek cezaların toplanmasını

¹³² Özbek, s. 177,178.

¹³³ Hacıfazlıoğlu, s. 279.

¹³⁴ Hakeri, s. 386; Zafer, (Genel...), s. 411; İçel, s. 529.

¹³⁵ Hacıfazlıoğlu, Ali(2013) **Teori ve Uygulamada Suça İştirak**, Ankara: Bilge Yayınevi, s. 552.

ifade eder ve 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak bu konuyu düzenlememiştir. Ceza hukuku açısından “kaç fiil varsa, o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza kuralı vardır” ilkesi geçerlidir. Buna göre, suçların içtima istisnaidir.¹³⁶

İçtima konusunda da özel bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle genel hükümlerin dikkate alınması gerekir. Suçların zincirleme veya fikrî ya da gerçek içtima şeklinde işlenmesi de mümkündür. Müstehcen içerikli yazı, dizi olarak yayımlanıyor ise gazetenin her bir sayısı bakımından aynı suç işleme kararı söz konusu olacağından zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.¹³⁷

Sanığın tek eylemi ile özel hayatın gizliliğini ihlâl TCK m. 134 ve TCK m. 226'da belirtilen suçları işlemesi mümkündür. Bu halde eylemin uyduğu fıkra dikkate alınarak CGK 24/03/2015 gün, 2014/14-603 Esas 2015/66 fikri içtima hükümleri dikkate alınarak sanığın en ağır ceza hükümlerini içeren maddeden cezalandırılması gerekir.

Sanığın 15 yaşından küçük mağdurenin çıplak ve cinsel ilişki pozisyonundaki görüntülerini cep telefonu ile çekip kaydeden ve bu görüntüleri başka kişilere gönderen sanığın da fikri içtima hükümleri gereğince TCK m. 226/3 fıkrası gereğince cezalandırılması gerekir.¹³⁸

¹³⁶ Hakeri, s. 435; Zafer, s. 441; Artuk/Gökçen, s. 703; Centel/Zafer/Çakmut'a göre, işlenen suçta, tek fiille birden çok hukuki yararın veya bazı koşullarla farklı fiillerle aynı hukuki yararın ihlâl edilmiş olması, suçların içtima (suçların birleşmesi, suçların bir araya toplanması) olarak adlandırılır. Centel/Zafer/Çakmut, s. 517.

¹³⁷ Özbek, s. 178.

¹³⁸ 14.CD. 23/12/2014 gün, 2013/6849 Esas 2014/14758 Karar- UYAP; Benzer şekilde, “Mağdurun fiziksel mahremiyetine ilişkin sütyensiz yarı çıplak resimlerini, onun bilgisi ve rızası dışında ifşa eden suça sürüklenen çocuğun eyleminde TCK'nın 134/2. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlâl suçunun yasal unsurlarının oluştuğu; ayrıca, 14 yaşındaki mağdurun, cinsel arzuları tahrik ve istismar eden, toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlâka aykırı nitelikteki müstehcen görüntülerini, mağdurun facebook hesabı üzerinden yayımlayan suça sürüklenen çocuğun TCK'nın 226/5. maddesinde tanımlanan müstehcenlik suçunu da işlediği anlaşılmalı, bir fiili ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan suça sürüklenen çocuğun, TCK'nın 44. maddesi gereğince

Sanığın eyleminin aynı anda TCK m. 105/1 fıkrasında düzenlenen cinsel taciz ve müstehcenlik suçunu oluşturması da mümkündür. Bu halde de sanık hakkında daha ağır suç olarak düzenlenen TCK m. 226 hükümlerine göre uygulama yapılacaktır.¹³⁹

Sanığın eyleminin TCK m. 226/3 ve 4 fıkralarına uyduğu takdirde, TCK m. 44 hükmü gereğince sanık hakkında daha ağır nitelikte olan TCK m. 226/3 fıkrası gereğince hüküm kurulacaktır.¹⁴⁰

Sanığın, çocukların kullanıldığı müstehcen içerikli görüntüleri sosyal paylaşım sitesinden farklı tarihlerde paylaştığının anlaşılması halinde, sanık hakkında TCK'nın 43 maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir.¹⁴¹ Bu halde sanığın, sosyal medya üzerinden farklı tarihlerde paylaşımlar yaptığı açıkça anlaşılmaktadır ve TCK m. 43/1 fıkrası gereğince, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı suçun birden fazla işlenmesi halinde failin cezası zincirleme suç hükümleri gere-

ce, daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılmasına dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” 12.CD. 22/03/2017 gün, 2016/12827 Esas, 2017/2314 Karar-UYAP.

¹³⁹ “Dosya kapsamına göre sanığın, cep telefonundan çocuk olan mağdurenin kullandığı cep telefonuna müstehcen içerikli görüntü göndermesi şeklinde gerçekleşen eyleminin hem 5237 Sayılı TCK'nın 226/1-a maddesinde düzenlenen müstehcenlik hem de aynı Kanunun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçlarını oluşturduğu ve TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince sanığın daha ağır olan müstehcenlik suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde cinsel taciz suçundan hüküm kurulması,...”, 14.CD. 21/06/2017 gün, 2014/8666 Esas, 2017/3475 Karar-UYAP; Aynı yönde, CGK 24/03/2015 gün, 2014/14-603 Esas, 2015/66 Karar-UYAP.

¹⁴⁰ “Çocukların kullanıldığı ve doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişki görüntülerinin yer aldığı CD'leri bulundurmak şeklindeki sanığın eylemi TCK'nın 226/3. maddesinin ikinci cümlesindeki ve 226/4. maddesindeki iki ayrı suçu oluştursa da, aynı Kanunun 44. maddesinde tanımlanan fikri içtima kuralı gereğince en ağır cezayı öngören TCK'nın 226/3. maddesinin ikinci cümlesinden hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde her iki suçtan ayrı ayrı mahkûmiyet kararı verilmesi,...”, 14.CD. 11/04/2017 gün, 2016/12649 Esas, 2017/1957 Karar-UYAP.

¹⁴¹ “Sanığın, çocukların kullanıldığı müstehcen içerikli görüntüleri facebook adlı sosyal paylaşım sitesinden farklı tarihlerde paylaştığının anlaşılması karşısında, TCK'nın 43.maddesi uyarınca cezasında artırım yapılmayıp, ayrıca ele geçirilen, yayını yapılan ve bilgisayarda kayıtlı bulunan müstehcen içerikli materyallerin sayısı gözetilerek alt sınırdan uzaklaştırılması gerektiğinin düşünülmemesi,...”, 18.CD. 24/05/2017 gün, 2015/43126 Esas, 2017/6454 Karar-UYAP.

ğince artırılacaktır. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması, aleyhe temyiz bulunmaması halinde bozma nedeni yapılmamaktadır.¹⁴²

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 86/2 fıkrası ile resim ve portrelerin teşhiri veya kamuya ifşası halinde 5237 Sayılı TCK m. 134, 139 ve 140 maddesi hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün müstehcen resimler hakkında uygulanması mümkün görünmemektedir. Gerek özel kanun- genel kanun, gerekse önceki kanun sonraki kanun ihtilafı uygulanmasına ilişkin uygulamalar dikkate alındığında müstehcenlik suçu yönünden daha özel nitelikteki ve sonraki kanun olan 5237 Sayılı TCK hükümlerinin öncelikle dikkate alınması gerekecektir.

X. SUÇA ETKİ EDEN NEDENLER

Bu suçlarda bu suçlara özgü cezayı arttıran veya indirilmesini öngören herhangi bir neden öngörülmemiştir.

XI. KOVUŞTURMA, GÖREVLİ MAHKEME, SUÇLARIN YAPTIRIMI VE ZAMANAŞIMI

a-) Soruşturma-Kovuşturma

Maddede tanımlanan suçların kovuşturulması ve soruşturulması şikâyete tabi değildir. Soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılır.

Müstehcenlik konusunda en iyi bilirkişi, insanı ve eğitimsel bir yöntemle dünyayı bir çok yönüyle tanıyan, geniş kültür ve ileri görüşlere ulaşmış olan uygulayıcının yani hakim/ savcının ta kendisi olduğu, ancak bir eserin müstehcenliği konusunda inceleme yapılmasında Güzel Sanatlar Akademisinden ve çağdaş

¹⁴² 18.CD. 15/03/2017 gün, 2015/25254 Esas, 2017/2888 Karar-UYAP.

bilim ve sanat adamlarından seçilecek bilirkişiler yardımıyla bir kanaate varılması gerektiği belirtilmektedir.¹⁴³

Bilim ve sanatta, süreklilik ve genellik esastır. Bu durumda bilim ve sanat eserlerinde, ciddi ve nesnel, ulusal ve evrensel değerler aranmalıdır. Yapıtların türleri ve biçimleri de aslında öğelerden doğar. Sanat ve kültür eserlerinin amacı, sonucu, yaratı ya da öğreti gücüyle ve bütünüyle ele alınması gerekir.¹⁴⁴

Suçta konu görüntülü müstehcen materyal içerisindeki görüntülerin uzman bilirkişi değerlendirilmesinden sonra sanığın eyleminin hangi fıkraya uyduğu tespit edilecektir. Bilirkişi ayrıntılı raporunda incelenen üründe, çocukların kullanılıp kullanılmadığı ya da şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışların yer alıp almadığı yönünde değerlendirme yapmalıdır.¹⁴⁵ Boş CD'ler üzerindeki resimler ürün değildir. Bu halde sanık hakkında beraat hükmü verilecektir.¹⁴⁶ Suçta konu ürünlerin erotik içeriğe sahip olduğu yönündeki değerlendirme yeterli değildir. Ürünlerin, ar ve haya duygularını incitip incitmediği, cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlâka aykırı olup olmadığının, “müstehcen” nitelikte olup olmadığının tespiti için Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kuru-

¹⁴³ Karadayı, İ. Kemal (1974) “Müstehcen Yayınlar ve Son Uygulamalar” Ankara Barosu Dergisi, Sa. 5, S. 889-894, s. 893.

¹⁴⁴ Karadayı, s. 891.

¹⁴⁵ 14.CD. 02/12/2014 gün, 2013/3687 Esas 2014/13628 Karar: “Dosyada bulunan 23/07/2010 tarihli raporda 10 adet CD ve 32 adet CD kartoninde, “Cinsel organların açıkça görüldüğü, cinsel arzuları istismar ve cinsel birleşmeyi konu alan shevi duyguları tatmin edici, ticari kazanç sağlamaya yönelik hazırlanmış, estetik sanatsal ve bilimsel amaç taşımayan, halkın ar ve haya duygularını inciten, cinsel arzuları tahrik ve istismar eden nitelikte genel ahlâka ve adaba aykırılık teşkil eden pornografik içerikli filmler ve görüntülerin olduğunun belirtildiği, CD'lerin içerikleri konusunda başkaca bilgi olmadığı anlaşılmakla, 5237 Sayılı TCK'nın 226/1,3,4 maddeleri açısından, çocukların kullanılıp kullanılmadığı ya da şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışların yer alıp almadığı yönünde, uygulanacak kanun maddelerinin ve yargılamayı yapacak mahkemenin tespitinde de esas teşkil edecek şekilde, konunun uzmanı bilirkişilere inceleme yaptırılarak...” aynı yönde, 14.CD. 2702/2014 gün, 2012/4751 Esas 2014/2451 Karar-UYAP, 14.CD 26/11/2015 gün, 2013/5456 Esas 2014/13325 Karar-UYAP.

¹⁴⁶ 14.CD. 10/03/2014 gün, 2012/3725 Esas 2014/3014 Karar- UYAP.

lu'ndan rapor alınması mümkündür.¹⁴⁷ Ancak durumun özelliğine göre farklı bilirkişilerden de rapor alınması gerekebilir.¹⁴⁸

b-) Görevli Mahkeme

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un m. 10 ve 11'e göre 226'ncı maddede düzenlenen suçlar Asliye Ceza Mahkemeleri'nin görevi kapsamındadır.¹⁴⁹

Çocukların işledikleri suçlara ise 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun m. 26 gereğince Çocuk Mahkemeleri'nde bakılır. 5187 Sayılı Basın Kanunu m. 27'ye göre basılmış eserler yoluyla işlenen müstehcenlik suçlarından dolayı açılan davalar, bir yerde asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması halinde iki numaralı Asliye Ceza Mahkemesi'nde görülür ve bu davalar acele işlerden sayılır.

¹⁴⁷ 14.CD. 13/01/2015 gün, 2013/2042 Esas 2015/131 Karar- UYAP.

¹⁴⁸ 14.CD. 04/12/2014 gün, 2013/5711 Esas 2014/13759 Karar, "Dosya kapsamına göre. İl Adli Yargı Adalet Komisyonu Bilirkişi Listesinde yer alıp almadığı tespit edilemeyen ve Cumhuriyet Başsavcılığınca re'sen tayin edildiği anlaşılan bilirkişi M.D.a 5271 Sayılı CMK'nın 64/6 maddesi yollamasıyla aynı kanunun 64/5 maddesi uyarınca usule uygun şekilde yemin verilmesi gerektiğinin gözetilmeyip görüntülere ilişkin tespitin yeterli ve tam kanaat verici olmaması ile Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nun 12/09/2011 tarihli raporunda incelenen CD'lerde pornografik görüntü tespit edilmediğinin bildirilmesi karşısında; emanetin 2011/13 sırasında bulunan sanığa ait hard diskin usule uygun şekilde atanmış bilirkişiye tevdi edilerek müstehcen içerikte görüntü barındırıp barındırmadığı konusunda denetime olanaklı şekilde rapor alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeksizin..."

¹⁴⁹ Asliye ceza mahkemesinin görevi Madde 11- Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.

Suçun internet üzerinden işlenmesi halinde müstehcen içerikli yayının yapıldığı yer dışında ulaştığı yerlerde de işlenmiş kabul edilmesi gerekir. Bu durumda 5271 Sayılı CMK m. 12/5 fıkrası hükmü kıyasen uygulanabilir.¹⁵⁰

TCK m. 8 gereğince de suçun kısmen ya da tamamen Türkiye’de işlenmesi ya da neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde suç Türkiye’de işlenmiş sayılır. Bu hükümlerle özellikle suçun internet üzerinden gerçekleştirilmesi halinde neticenin gerçekleştiği, yayının ulaştığı her yerin suçun işlendiği yer olarak kabul edilecektir.

c-) Yaptırım

1’inci fıkradaki suçun yaptırımı altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası; 2’inci fıkradaki suçun yaptırımı, altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası 3’üncü fıkranın birinci cümlesindeki suçun yaptırımı beş yıldan on yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası, ikinci cümlesindeki suçun yaptırımı, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası; 4’üncü fıkradaki suçun cezası bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası; 5’inci fıkradaki suçun yaptırımı ise altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır.

Yasa koyucu maddedeki suçlar için maddi unsur olarak sayılan çeşitli seçimlik hareketlerle bir kazanç elde edilebileceğini gözeterek bu suçların karşılığında hapis cezasının yanısıra adli para cezası da öngörmüştür. Temel cezanın belirlenmesinde hapis cezasının alt sınırdan tayin edilmesine rağmen, aynı ge-

¹⁵⁰ Malkoç, s. 1961; Müstehcenliğin internet ortamında hukuka uygun değerlendirilebilmesi için, yasada anlaşılır ve detaylı bir düzenleme yapılması ve sansürün kişi inisiyatifi ile değil, adli makamlarca uygulanması gerekir. Müstehcenlik sorununun uzun vadeli çözümü, ancak bireysel kullanıcıların eğitimlerinin artırılması, özellikle çocuklara uygun yaşa eriştiklerinde cinsel eğitim verilmesi ile mümkündür. Karaca, Ayşe/Beyaznar, Bahar (2010) “İnternette Müstehcenlik: Nerede Başlar ve Nerede Biter?”, Akademik Bilişim 10-XII. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 10-12 Şubat 2010, Muğla Üniversitesi.

rekçelerle adli para cezasının alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi Yargıtayca bozmaya konu yapılabilmektedir.¹⁵¹

Hâkim maddede belirtilen alt ve üst sınırlar arasında temel hapis ve adli para cezalarını 5237 Sayılı TCK m. 61’de belirtilen hususları da gözeterek belirleyecektir. Alt ve üst ceza sınırları arasındaki fark 5237 Sayılı TCK’nın genel yaklaşımı olan cezalar arasındaki makasın geniş tutulması, cezada takdirin uygulayıcıya bırakılması anlayışının uzantısıdır. Uygulayıcılar, nelerin müstehcen olduğunu belirlemede ve cezayı tayinde geniş bir takdir hakkına sahiptirler. Ancak uygulamada müstehcenliğin belirlenmesi daha çok bilirkişilerce yapılmaktadır. Temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşılmasına ilişkin ilk derece mahkemesinin takdiri Yargıtay tarafından bozmaya konu yapılabilmektedir.¹⁵²

TCK m. 226/6’ncı fıkrası uyarınca, bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü izin iptali ve müsadere gibi güvenlik tedbirlerine de hükmolunur.

İnternet ortamında yapılan ve içeriği maddede yazılı suçları oluşturduğu konusunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili erişimin engellenmesine mahkemece karar verilir. Ayrıca 5651 Sayılı İnternet Kanunu m. 8 gereğince

¹⁵¹ “Müstehcenlik suçundan temel ceza tayin olunurken hapis cezası alt sınırdan tayin olunduğu halde, aynı gerekçeyle adli para cezasına esas alınan birim gün sayısının alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi suretiyle çelişkiye neden olunması...” 12.CD. 27/10/2014 gün, 2014/1409 Esas, 2014/20943 Karar-UYAP.

¹⁵² “Sanık hakkında temel ceza tayin edilirken, ele geçen CD sayısı, CD’lerdeki müstehcen görüntülerin niteliği ve benzer olaylardan ayrıksı bir durum arzetmeyen suçun işleniş şekli gözeltildiğinde, dosya kapsamına uygun olmayan gerekçeyle, aynı zamanda adalet, hak ve nasafet kuralları ile TCK’nın "suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenli tedbirine hükmolunur" şeklindeki 3/1. maddesi hükmüne aykırı olarak yerel mahkemece orantısız şekilde alt sınırdan uzaklaşarak ceza verilmesi,..." 18.CD. 01/11/2017 gün, 2015/43364 Esas, 2017/12176 Karar-UYAP.

konusunun çocukların cinsel istismarı, fuhuş ve müstehcenlik olması halinde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından da verilir.¹⁵³

Bu suçların er ve erbaşlar ile yedek subaylar tarafından askere gitmeden önce işlenmesi halinde bu kişilere ait soruşturma ve kovuşturma işlemleri 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu¹⁵⁴ m. 20 gereğince askerliklerini bitirmelerinden sonrasına bırakılır.

İkinci fıkrada düzenlenen suçta adli para cezasının alt sınırı TCK m. 52/1 dikkate alındığında 5 gün karşılığıdır.

Beşinci fıkrada düzenlenen suçta, sanığın kendi müdafii bulunmaması halinde CMK m. 150/3 fıkrası gereğince müdafii atanır.

Sanığın istinabe yoluyla dinlenmesi mümkündür. Görüntülü ve sesli iletişim tekniklerinin kullanılması suretiyle de sanığın dinlenmesi CMK m. 196/2 ve 4 fıkralarına göre mümkündür.

CMK m. 102/1 gereğince bu suçlarda tutukluluk süresi en çok 1 yıldır. Zorunlu hallerde gerekçe gösterilerek tutukluluk süresi altı ay daha uzatılabilir.

Sanık hakkında suçun ağırlaştırıcı nedenlerinin hükümde uygulanmamış olması halinde Yargıtay'da aleyhe temyiz bulunmaması halinde bozma nedeni yapılmamaktadır.¹⁵⁵

Müstehcenlik suçu, somut zarar doğuran suçlardan değildir. Bu nedenle Ceza Genel Kurulu'nun 03/02/2009 gün, 2008/11-250 sayılı kararında da belirtildiği üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından biri olan zarardan kastedilen maddi zarardır. Maddi zararın basit bir araştırmay-

¹⁵³ Albayrak, Mustafa (2014) **Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu "Öz Kitap"** Ankara: Adalet Yayınevi, s. 1094.

¹⁵⁴ RG. 26/10/1963, Sa. 11541 (Mükerrer).

¹⁵⁵ 14.CD. 12/11/2014 gün, 2013/1368 Esas 2014/12577 Karar-UYAP.

la tespit edilmesi gerekir. Bu nedenle mahkeme kararında oldukça soyut ibarelerle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına gerek olmadığı yönünde değerlendirme yapılamaz.¹⁵⁶

d-) Zamanaşımı

Dava zamanaşımı, ilişkin bulunduğu suçta dava açılmasına veya açılan davanın devamına engel olan haldir. Suçun işlenip bittiği tarihten itibaren yasa tarafından belirlenen sürelerin geçmesi halinde davanın açılmamasını veya açıldıktan sonra da devam edilmemesini sağlayan duruma, dava zamanaşımı denir.¹⁵⁷

Maddenin 1, 2, 3'üncü fıkrası ile 2'nci cümle ve 4'üncü fıkralarında tanımlanan suçlarda dava zamanaşımı 8 yıl, 3'üncü fıkranın 1'inci cümlesi ile 5'inci fıkrada tanımlanan suçlarda ise dava zamanaşımı 15 yıldır. Yaş küçüklüğü halinde TCK m. 66/2 fıkrasındaki indirilmiş oranlarda süreler dikkate alınacaktır. Örneğin 17 yaşında olan sanık yönünden asli zamanaşımı TCK m. 66/1-e-2 hükmü gereğince 5 yıl 4 aydır.¹⁵⁸

SONUÇ

5237 Sayılı TCK'da tıpkı 765 Sayılı TCK'da olduğu gibi müstehcenliği suç olarak düzenlemiştir. Müstehcenlik konusunda açık bir tanım yapılmamış, bu konuda değerlendirme yere ve zamana göre uygulayıcıya bırakılmıştır. Kavramın tam bir tanımlanmasının yapılması müstehcenlik kavramının bu değişkenliği dikkate alındığında imkansız görünmektedir. Bu belirsizlik Türk hukuku dışında karşılaştırmalı hukukta diğer ülkelere ait uygulamalarda da görülmektedir.

¹⁵⁶ 19.CD. 13/10/2015 gün, 2015/5512 Esas 2015/5453 Karar-UYAP.

¹⁵⁷ Özbek vd., (Genel...), s. 752.

¹⁵⁸ 14.CD. 28/11/2014 gün, 2014/10704 Esas 2014/13443 Karar- UYAP.

Türk hukukunda yasaklayıcı hükümler farklı mevzuatlarda yer almakla birlikte ceza hükümleri 5237 Sayılı TCK'da yer almıştır. 5237 Sayılı TCK ise, konuyu uluslararası mevzuata uygun olarak kesin yasak olan çocuk müstehcenliği ve çocuklara karşı müstehcenlikle, genel nitelikte müstehcen ürünlere ilişkin yasaklarla düzenlemiştir.

Kanun tanımlamaya yer vermemekle bu konuda takdiri mahkemelere bırakmış ise de Yargıtay uygulamaları dikkate alındığında, bu konudaki sorumluluğun bilirkişilere yüklendiği anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Albayrak, Mustafa: **Notlu-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu “Öz Kitap”** Ankara 2014.

Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner: **Ceza Hukuku Özel Hükümler 12. Tıpkı baskı**, Ankara 2012.

Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Atamer, İlker: turk.internet.com, “İnternette Müstehcenlik ve Erişim Engelleme Kararı” <http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=20214>: erişim tarihi 25/11/2017.

Ay, Yunus Anıl: Müstehcenlik Suçu, Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Mersin 2017.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

Cloonan, Martin: “ ‘I Fought the Law’: popular music and British obscenity law” <http://www.jstor.org/pss/853130> erişim tarihi: 27/11/2017.

Çolak, Haluk: **Güncel Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2005.

Donay, Süheyl: “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sa. 2, S. 129-145, İstanbul 1968.

Dönmezer, Sulhi: **Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, 4. Baskı, İstanbul 1975.

Erem, Faruk :“Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 1, S. 11-33, Ankara 1968.

Erem, Faruk: “Müstehcenlik” Yargıtay Dergisi, C. 10, Sa. 1-2, S. 102-106, Ankara 1984.

Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat: **Ceza Özel Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1975.

Erkazancı, Behiye: “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Sa. 1, SS. 131-164, İzmir 2007.

Gerçekker, Hasan: **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 4, Ankara 2014.

Göktürk, Neslihan/Özgenç, İzzet/Üzülmez, İlhan, *Ceza Hukukuna Giriş*, **Ceza Hukukuna Giriş**, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2012.

Gülseren, Fehmi Şener: “Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı”, LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Haziran, S. 32-59, 2014.

Gürelli, Nevzat: “Ceza Hukukunda Müstehcenlik Kavramı”, İHFM, C. 32, Sa. 2-4, S. 669-587, İstanbul 1967.

Hacıfazlıoğlu, Ali: **(Teori ve Uygulamada) Suça Teşebbüs**, Ankara 2013.

Hacıfazlıoğlu, Ali: **Teori ve Uygulamada Suça İştirak**, Ankara 2013.

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Ankara 2011.

Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009

Hakyemez, Y.Şevki: “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 57/2, S. 17-40, Ankara 2002.

İçel, Kayıhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.

Karaca, Ayşe/Beyaznar, Bahar: “İnternette Müstehcenlik: Nerede Başlar ve Nerede Biter?”, Akademik Bilişim 10-XII. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 10-12 Şubat 2010, Muğla Üniversitesi, 2010.

Karadayı, İ. Kemal: “Müstehcen Yayınlar ve Son Uygulamalar” Ankara Barosu Dergisi, Sa. 5/4, S. 889-894, Ankara 1974.

Katoğlu, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 61, S. 657-693, Ankara 2012.

Kaymaz, Seydi/Gökcan, Hasan Tahsin: **Uygulamada Sulh Ceza Davaları**, 2. Baskı, Ankara 2002.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**,9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

Magpanthong, Chalisa: “Obscenity and the Internet: A Case Study of U.S. Law”, BU Academic Review, C. 13, Sa. 2, S. 34-48, 2014.

Marakoğlu, Alper Ozan: Edebiyat Eserleri Açısından Müstehcenlik Suçu ve Bilirkişilik, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Sosyal Bilimler ABD, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul 2008.

Malkoç, İsmail: **Yeni Türk Ceza Kanunu**, C.1, 3. Baskı, Ankara 2008.

Mesleki Eğitim ve Öğretim Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi(MEGEP) Halkla İlişkiler ve Organizasyon Hizmetleri, Reklamcılıkta Temel Kavramlar, T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Ankara 2007.
http://konullu.edu.az/frontend/web/uploads/images/publication/reklamcilikta_temel_kavramlar.pdf erişim: 27/11/2017

Önder, Ayhan: **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1991.

Özbek, V. Özer/Kanbur, N. Mehmet/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: **Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 4. Baskı**, Ankara 2012.

Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray /Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.

Özbek, V. Özer: **Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)**, Ankara 2009.

Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Ankara 2007.

Procida, Richard/Simon, Rita James: **Global Perspectives on Social Issues pornograhya**, Lexington Books, The Rowmana and Littlefield Publishing Group Maryland, Plymouth 2007.

Sancar, Yalçın Türkan: “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, Sa. 3, S. 1-25, 2002.

Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara 2014.

Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku** 12. Baskı, Ankara 2015.

Türk Dil Kurumu Online Büyük Sözlük,
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.562ca5e1c951c4.17801713 erişim: 22/11/2017.

Türk Dil Kurumu On-line Sözlük
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.562c80d2a34cd5.06258201 erişim: 25/11/2017.

UYAP.

Williams, J. E. Hall, Hall: Obscenity in Modern English Law, Law and Contemporary Problems, C. 20, Sa. 4, S. 630-647, 1955.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa: **Türk Ceza Kanunu 2.** Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Zafer, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara 2014.

İNTERNET SİTELERİ

<http://law.onecle.com/uscode/18/1465.html> erişim tarihi: 27/11/2017.

http://en.wikipedia.org/wiki/Vagueness_doctrine; erişim tarihi: 27/11/2017.

<http://en.wikipedia.org/wiki/Obscenity> erişim tarihi: 24/11/2017.

http://en.wikipedia.org/wiki/First_Amendment_to_the_United_States_Constitution#Obscenity erişim tarihi: 27/11/2017.

EuropeanCommission https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf erişim: 18/03/2018.

Legislationline.org, <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/7> erişim: 18/03/2018.

NotesMaurer School of Law: Indiana University (1959) “The Law of Obscenity: New Significance of the Receiving Group” Indiana LawJournal, C. 34, Sa. 3, S. 426-441, s. 426. <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=2956&context=ilj> erişim: 01/02/2018.

RESMİ GAZETELER:

RG, 26 Haziran 2004, Sayı 25504.

RG, 14 Kasım 1983, Sayı 18221(2. Mükerrer).

RG, 03 Mart 2011, Sayı 27863.

RG, 23 Mayıs 2007, Sayı 26530.

RG, 14 Temmuz 1934, Sayı 2751.