

**Ankara Hacı Bayram  
Veli Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi**  
ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram  
Veli University  
Faculty of Law Review**  
ISSN (online) 2667-4068

---

**Cilt XXIII, Ocak 2019, Sayı 1**

**Vol. XXIII, January 2019, No. 1**

---

**Ankara 2019**

# ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University  
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

**Sahibi: Owner:**

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü\*: Editor in Chief\*\*:**

Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN

**Editörler\*: Editors\*\*:**

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR  
Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK  
Dr. Öğr. Üyesi M. Çelebi CAN Asst. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

**Editör Yardımcıları\*: Deputy Editors\*\*:**

Arş. Gör. Dr. Fahri Erdem KAŞAK Res. Assist. Dr. Fahri Erdem KAŞAK  
Arş. Gör. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Res. Assist. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

**Yayın Kurulu\*: Editorial Board\*\*:**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ  
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR  
Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU  
Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

**Yayın Sekreteri / Secretary of Publication**

Günay KANDEMİR

**ISSN 2651-4141 ISSN (online) 2667-4068**

**Tasarım - Dizgi:** Asil Organizasyon A.Ş.

**Basım Yeri:** Asil Organizasyon A.Ş.

Öveçler Mah. 1332. Cad. No: 7/8 Çankaya/ANKARA

Tel: 0312 911 27 45

**Basım Tarihi:** Mart 2019

\* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri, halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

\*\* Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin devamıdır. C. I-XXI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayımlanmış olup C. XXII ve devamı Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayımlanacaktır.**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi konu sınırlaması olmaksızın hukuk alanında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.

#### **DANIŞMANLAR KURULU**

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (AHBVÜ-HFD) YAYIN İLKELERİ

1. (AHBVÜ-HFD), ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. 2016 Temmuz ayından itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman 12 punto, normal stil; dipnotlar Times New Roman 10 punto, normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve elektronik posta ile gönderilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
5. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
6. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan öz ve özün yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe makaleler için Türkçe öze ek olarak, İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir. Yazar, isterse İngilizce öze ek olarak Almanca ya da Fransızca öz de ekleyebilir. Yabancı dilde makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde öz ile Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dildeki makale İngilizce değilse İngilizce özün ve Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir.
7. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulunca yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
9. Editörler kurulunca ön değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “Makale ID” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi

doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

10. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler ve çeviriler dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
11. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi'ne ait olur. Yazarlar telif haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.
12. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.
13. Yararlanılan kaynaklar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Örnek: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: "Makalenin Başlığı", **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örnek: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40. ([http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/-dergi/1\\_2\\_3.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/-dergi/1_2_3.pdf), erişim: 13.06.2010)

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örnek: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak

gösterilmelidir. İlk atıflar da dahil olmak üzere bir kaynağa yapılacak atıflarda SOYAD, sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, s. 36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ve çalışmaların yılları farklı ise parantez içerisinde çalışmanın yılı belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, (2007), s. 53.

AYHAN, (1997), s. 33.

Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: AYHAN, İşletme, s. 76.

AYHAN, Tasarruf, s. 33.

İletişim Adresi: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4

(Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANKARA

Tel : (312) 216 20 72

Faks : (312) 215 01 69

web : <http://hukuk.ahbv.edu.tr/>

e-posta: [hukukdergi@hbv.edu.tr](mailto:hukukdergi@hbv.edu.tr) - [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com)

[hukukdergi@gazi.edu.tr](mailto:hukukdergi@gazi.edu.tr)

## **ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW (AHBVÜ-HFD) EDITORIAL POLICY**

1. Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review (AHBVÜ-HFD) is published four times per year as a “peer-reviewed journal” and indexed by ULAKBİM. Since July 2016 “double peer-review” system has started to be applied.
2. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published. Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
3. Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman 12 points, normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman 10 points, normal style and submitted via e-mail to the Editor.
4. Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.
5. The main language of the Journal is Turkish; however articles in English, German or French are also published.
6. Articles submitted to the Journal should be accompanied by abstract comprised of minimum 100 maximum 200 words and five keywords in the languages of the abstracts. If the article is in Turkish; an abstract in English must also be supplemented in addition to an abstract in Turkish. When desired, the author will add an abstract in German or French in addition to an abstract in English. If the article is in a foreign language; it must be accompanied by an abstract in this foreign language and an abstract in Turkish. If the article is in a foreign language except English, an abstract in English and in Turkish must also be supplemented.
7. Names of the authors, their institutions and e-mail addresses should be provided clearly and correctly along with the article.
8. It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and the articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal or articles that contain mistypes above the ordinary are declined.
9. Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles are sent to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format. An “Article ID” number is given to the articles sent to reviewers. Authors are also informed about this number. Authors can see the review process with the help of article tracking system. Authors are not

informed regarding the identity of the reviewers. If the reviewers demand corrections, the author may amend the article only in reference to these corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewers' wish. If the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. If the article is declined by one reviewer but accepted by other, then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author will be informed regarding the circumstance.

10. Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses may also be published in the Journal along with peer reviewed articles and translations. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.
11. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including full-text publication online, but not limited to it, will belong to Ankara Hacı Bayram Veli University. Authors are assumed to have transferred these rights to the University and they are not paid any royalties.
12. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.
13. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

**Books:**

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.

Example: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

**Articles:**

SURNAME, Name, "Title of the Article", **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Example: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu'na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu'na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40. ([http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1\\_2\\_3.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf), Date accessed: 13.06.2010)

If the material is co-authored; names of each author should be fully provided.



Example: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. Including first citation all citations to same resource material should be as such: SURNAME, page number.

Example: AYHAN, p. 36.

If more than one material by a single author are referred to and the publication years of these materials differ, year for each material should be indicated in brackets.

Example: AYHAN, (2007), p. 53.

AYHAN, (1997), p. 33.

If the years for each material are same, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: AYHAN, İşletme, p. 76.

AYHAN, Tasarruf, p. 33.

**Contact Information:** Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law  
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4  
(Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler /ANKARA  
/ TURKEY

Tel : +90 312 216 20 72

Fax : +90 312 215 01 69

web : <http://hukuk.ahbv.edu.tr/>

e-mail: [hukukdergi@hbv.edu.tr](mailto:hukukdergi@hbv.edu.tr) - [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com)

[hukukdergi@gazi.edu.tr](mailto:hukukdergi@gazi.edu.tr)

---

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi Dergisi**

**Cilt XXIII**

**Ocak 2019**

**Sayı 1**

**İ Ç İ N D E K İ L E R**

**MAKALELER\***

**ÖZEL HUKUK**

Sosyal Güvenlikte Eşitlik Meselesi

**Kadir ARICI ..... 3-24**

Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülüğünün  
Hukuki Niteliği, Hizmet Ettiği Amaç ve Konusu

**Hediye BAHAR SAYIN ..... 25-60**

Taşınmazların Birlikte Rehni (TMK m. 855)

**Fahri Erdem KAŞAK / İpek GÜVENÇ ..... 61-92**

Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda  
Temsil Edilme Hakkı

**Bilge AYTUĞAR ..... 93-126**

**KAMU HUKUKU**

İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü Sayısındaki  
Artış Sorunu ve Çözüm Önerisi

**İzzet ÖZGENÇ / İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI ..... 129-140**

Kamu Alacaklarında Haksız Çıkma Zammı Uygulaması ve Anayasa'ya  
Aykırlığının Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi

**Fatih SARAÇOĞLU / Rana DAYIOĞLU ERUL ..... 141-158**

İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli

**Müzeyyen EROĞLU DURKAL ..... 159-190**

2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

**Cemre AKYILMAZ ..... 191-208**

---

\* Makaleler, birinci yazarlarının unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

---

**Ankara Hacı Bayram Veli University**  
**Faculty of Law Review**

**Vol. XXIII**

**October 2019**

**Number 1**

**C O N T E N T S**

**ARTICLES\***

**PRIVATE LAW**

*Equality Problem in Social Security System*

**Kadir ARICI** ..... 3-24

*Legal Characteristics, Purpose and Subject of Obligation of  
Additional Fullfilment in Limited Liability Companies*

**Hediye BAHAR SAYIN** ..... 25-60

*Grundpfandrecht bei mehreren Grundstücken (Art. 798 ZGB)*

**Fahri Erdem KAŞAK / İpek GÜVENÇ** ..... 61-92

*Recht auf Vertretung der Stimmrechtsaktien Kategorie  
im Verwaltungsrat*

**Bilge AYTUĞAR** ..... 93-126

**PUBLIC LAW**

*The Problem of Increase in The Number of Inmates in  
Correctional Facilities and a Proposal For Solution*

**İzzet ÖZGENÇ / İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI** ..... 129-140

*The Implementation of Unfair Hike and The Problem  
of Violation of The Constitution Within The  
Framework Ofjudicial Decisions*

**Fatih SARAÇOĞLU / Rana DAYIOĞLU ERUL** ..... 141-158

*Appearance and Basis of Administrative Liability*

**Müzeyyen EROĞLU DURKAL** ..... 159-190

*The Presidential Decrees According to The Constitutional Amendments in 2017*

**Cemre AKYILMAZ** ..... 191-208

---

\* Articles are drawn up according to the title and surnames of the first authors.



ÖZEL HUKUK>>



# SOSYAL GÜVENLİKTE EŞİTLİK MESELESİ

Kadir ARICI\*

## ÖZ

*Türk hukukunda ekonomik ve sosyal hak olarak sosyal güvenlik hakkı anayasal bir haktır. Anayasa herkese sosyal güvenlik hakkını tanımıştır. Yine anayasamız kanun önünde eşitlik esasını da kabul etmiş ve anayasa hükümlerinin bütün devlet organlarını ve şahısları bağlayacağına da hükme bağlamıştır.*

*2006 yılında Türkiye’de bir sosyal güvenlik reform yapılmıştır. Reform norm ve standart birliğini sağlamak ve bütün vatandaşları bu anlamda sosyal güvenlik şemsiyesi altına almayı amaç edinmiştir. 2001 yılından itibaren bütün vatandaşları kapsayan sosyal güvenlik sistemi’nde toplumun bazı kesimleri sistemin dışına çıkarılmaya başlanmıştır. Gerek uzun vadeli sigorta dalları bakımından gerekse genel sağlık sigortasından bazı vatandaşların çıkarılmasının Anayasa m.2.,10 ve 60 hükümlerine uygunluğu bu makalede tartışılmıştır. Makalede bazı kesimlere norm ve standart birliğine aykırı olarak sistemin dışına çıkarma ya da eşit olmayan hakların tanınmasının hukuka aykırı olduğu görüşü açıklanmaya çalışılmıştır.*

**Anahtar kelimeler:** sosyal güvenlik hakkı, genel sağlık sigortası, sosyal güvenlikte eşitlik, sosyal güvenlikte norm ve standart birliği.

## **EQUALITY PROBLEM IN SOCIAL SECURITY SYSTEM**

### **ABSTRACT**

*As an economic and social right, Social security is a constitutional right in Turkish law. The Turkish Constitution gives everyone the right to social security (Art. 60 ) and has adopted the principle of equality before the law(Art. 10 ).The provisions of the Constitution is binding for all state bodies and individuals(Art.11 ).*

*In 2006 a social security reform in Turkey has been realized. The main goal of the reform was to ensure the unity of norms and standards and to take all citizens under the same umbrella of social security within the same organization. Within the social security system, the segmentations have been realized with law since 2011.*

*In this article, the compatibility of the exclusion of some citizens from both long-term insurance branches and general health insurance system with the provisions of Articles 2, 10, 11 and 60 of the Constitution has been researched. And it is also explained that the exclusion of some groups from the social security system and recognizing unequal rights to them is contradictory to law.*

**Keywords:** Right to social security, General health insurance, Equality, Norm and standard unity in social security system.

\* Prof.Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi. e-posta: kadirarici@gmail.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 11.01.2019

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih** : 01.02.2019

## GİRİŞ

Sosyal güvenlik, insanlık için ezeli ve ebedi bir ihtiyacı olduğu kadar aynı zamanda insanlığın sürekli olarak çözüm aradığı bir problem olmuştur. İnsanlığın aynı minval üzerinde çözmek istediği ; çözümü için sürekli olarak mücadele ettiği bir başka mesele de eşitlik meselesidir; bütün insanların kanun önünde eşit olarak görülmesi; eşit kabul edilmesi ve eşit muamele görmesi meselesidir.

Bütün insanların kanun önünde eşitliği, insan hakları mücadelesinde başat rol oynamıştır. Bu başlangıç öncelikle birinci kuşak insan haklarının kabulü ile neticelenmiştir.Sosyal güvenlik hakkı, ikinci kuşak insan hakları, ekonomik ve sosyal haklar, kapsamında kabul edilmiş bir haktır. Gerek bütün insanların kanun önünde eşit kabul edilmesi gerekse sosyal güvenlik hakkının bir insan hakkı olarak kabul görmesi ;insanlığın büyük bedeller ödeyerek sahip olduğu bir zenginliktir.

Türkiye anayasasında devletin nitelikleri kapsamında, çağdaş bir devlet olma kararlılığı içinde; insan haklarına bağlı demokratik, laik ve sosyal devlet ilkelerini benimsemiştir. Bu anlamda Türkiye Cumhuriyeti Devleti sosyal güvenliği ;

- Herkes için bir hak,
- Devlet için bir görev,

olarak Anayasal anlamda düzenlemiştir(Any.m.60 ). Devlet bununla da yetinmemiş Anayasada sosyal güvenlik bakımından öncelikle korunması gerekenleri belirlemiştir(Any.m.61).Bu anlamda devlet sosyal güvenlik alanında aşağıdaki kitleleri öncelikle koruyacak ve onlara öncelik vererek pozitif ayrımcılık yapacaktır:

- Şehitlerin dul ve yetimleri,
- Gaziler,
- Muhtaç çocuklar,
- Muhtaç yaşlılar.

Devlet sosyal güvenlik koruması bakımından ülke ile sınırlı yükümlülüğünü bir hal ile sınırlı olmak üzere bozmuş ve istisna getirmiştir.Devlet yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarını sosyal güvenlik bakımından korunması gerekenler arasında yer vermiştir(Any.m.62).

Çağdaş bir devlet olma kararlılığı içinde Anayasamız kanun önünde eşitliği de kabul etmiştir.Anayasa m.10 da bu başlık altında “ Herkes, dil, ırk,



renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. “ hükmünü düzenlemiştir.

Bu düzenleme ile vatandaş olsun ya da olmasın bütün insanların kanun önünde eşitliği kabul edilmiştir. Bununla da yetinilmemiş “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” hükmü ile de devlete bütün insanlara sınıfsız imtiyazsız olarak kanun önünde eşit davranma yükümlülüğü yüklemiştir.

Anayasa m.10 çerçevesinde sosyal güvenlik hakkının hayata geçirilmesi bakımından bu hakkın ülkede yaşayan herkese eşit olarak tanınmış olması; sosyal güvenlik hakkından bütün vatandaşların eşit olarak istifade etmelerinin sağlanması; mevzuatın bu şekilde tanzim edilmesi ve uygulanması yükümlülüğü yüklemekte midir ? Yoksa Anayasa m.10 ile m.60 arasında hiçbir münasebet yok mudur?

Ne yazık ki son dönemde sosyal güvenlik hakkını eşitlik ilkesine aykırı olarak düzenleyen kanuni düzenlemeler sözkonusudur. Acaba Anayasa m.10 da yer alan “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. “ ilkesi bu düzenlemelerde gözardı mı edilmekte ya da yok mu sayılmaktadır?

Bu çalışmada amacımız Türk sosyal güvenlik hukuku mevzuatında eşitlik prensibinden sapma nitelikli yasal düzenlemelere işaret edecek ve bu düzenlemelerin hukuka aykırılığı ve sosyal güvenlik hukukunda yaratacağı etkiler bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır.

## **I- SOSYAL GÜVENLİKTE EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

### **1. GENEL OLARAK SOSYAL GÜVENLİK VE EŞİTLİK :**

İnsanların etnik,dini,sosyalekonomik farklılıkları her zaman farklı meselelere kaynaklık etmiştir. Eşitlik ve eşit muamele görme mücadelesi insanlıkla yaşıt bir mücadeledir.İnsanlar, yaşadıkları toplum içinde özellikle eşit muamele görmek, farklı muamele görmemek ve ayrımcılığa uğramamak için mücadele etmiştir. Bütün insanların eşitliği mücadelesine insanlığa yol

gösteren filozoflar, düşünce adamları öncülük etmişlerdir. İlahi dinler ise bütün insanların eşitliği mücadelesine büyük destek vermişlerdir.

İnsan hakları mücadelesinin konusu ve nihai gayesi de bütün insanların eşit muamele görmesinin sağlandığı sosyal ve hukuki bir ortamın hazırlanması olmuştur. Bu mücadele içinde öncelik aynı devletin vatandaşları arasında eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesine verilmiştir.

Eşitlik mücadelesi zaman içinde evrensel boyut kazanmış ve devletlerin vatandaşlara özgü haklar dışındaki konularda da devletin ülkede yaşayan ve o ülkenin vatandaşı olmayan bütün insanlara da eşit muamele yapması konusu insan hakları mücadelesi gündeminde yerini almıştır.

## **2- Sosyal Güvenliğe Dair Milletlerarası Sözleşmelerde Sosyal Güvenlik ve Eşitlik :**

Sosyal güvenlik bakımından eşit muamele yapılmasına dair sözleşmeler konumuz açısından önem taşır. Eşit muamele konusunda çok sayıda milletlerarası sözleşme mevcuttur. Sosyal güvenlikte eşitlik ile ilgili milletlerarası sözleşmeler önem sırasına göre ILO Sözleşmeleri, Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri, Avrupa Konseyi Sözleşmeleri olmak üzere üç grupta toplanabilir.

### **a. Milletlerarası Çalışma Teşkilatı (ILO) Sözleşmeleri:**

Milletlerarası Çalışma Teşkilatı'nın (ILO) sosyal güvenlik ve eşitlik bağlamında iki önemli sözleşmesi mevcuttur. Bu sözleşmelerden birisi Sosyal Güvenlikte Kadın ve Erkek Eşitliğine Dair Sözleşme diğeri ise sosyal güvenlikte vatandaş olanlarla olmayanlar arasında ayrımcılık yapılmamasına dair sözleşmedir.

ILO'nun Sosyal Güvenlikte Eşit Muameleye Dair 118 sayılı Sözleşmesi 28 Haziran 1962 tarihinde kabul edilmiş ; Türkiye Cumhuriyeti Devleti bu sözleşmeyi 19.07.1971 tarih ve 1453 sayılı Kanun ile kabul etmiştir (RG 10.08.1971 tarih ve 13922 sayı). Sözleşme Bakanlar Kurulu'nun 5.4.1973 tarih ve 7/6217 sayılı Kararı ile 25.6.1974 tarihinde uygulamaya konulmuştur (RG 9.07.1973 Tarih ve 14559 Sayı).

Sözleşme incelendiği zaman sosyal güvenlik dalları bakımından vatandaş olanlarla olmayanlar arasında yardıma hak kazanma ve faydalanma bakımından eşit işlem yapılması (m.3/d) ; yardımlardan faydalanma bakımından karşılıklık ilkesi hariç ikamet şartına bakılmaması (m.4/d); gibi ayrımcılığı önleyen ve eşit muamele yapılmasını öngören hükümler yer almaktadır.

## **b- Birleşmiş Milletler Teşkilatı (UN)Sözleşmeleri :**

Birleşmiş Milletlerin sosyal güvencükte eşitliğe dair iki belgesinde hüküm bulunmaktadır.Bunlar İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi diğeri ise Medeni ve Siyasi Haklara Dair Sözleşme ‘dir.

İnsan haklarına dair Birleşmiş Milletler Teşkilatının ilk beyannamesi olan İnsan hakları Evrensel Beyannamesi bütün insanların eşitliği ve ayrımcılığın önlenmesi bakımından önem taşıyan bir metindir.Beyannamenin girişinde “ İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olmasına, “ vurgu yapılması önemlidir.Beyannamenin 7.maddesi ise eşitliğe dair özel bir madde olarak “ Kanun önünde herkes eşittir ve ayrımcılık yapılmadan kanunun eşit korumasından istifade hakkını haizdir. Herkesin işbu Beyannameye aykırı her türlü ayrımcı muameleye ve böyle bir ayrımcı muamele için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır.” hükmüne yer vermiştir.

Medeni ve Siyasi Haklara Dair Sözleşme’de ise eşitlikle ilgili olmak üzere m.26 da önemli bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre “Herkes yasa önünde eşittir ve herhangi bir ayrımcılık gözetilmeksizin yasanın eşit şekilde koruması hakkına sahiptir. Bu bağlamda, yasa herhangi bir ayrımcılığı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğeri görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü gibi herhangi bir temeldeki ayrımcılığa karşı tüm kişilerin etkili ve eşit biçimde korunmasını güvence altına alacaktır.”

Bu hükümle sözleşmeyi imzalayan ülkeler, her alanda kanun önünde eşitliği sağlamak için gerekli tedbiri almakla yükümlü hale gelmektedir.

## **C- Avrupa Konseyi Sözleşmeleri**

Avrupa Konseyinin eşitliğe dair sözleşmelerinin arasında Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi önem taşır.

Avrupa Sosyal Şartı’nda ayrımcılık yasağına dair yer alan “Bu Şartta yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiç bir ayrımcılığa tâbi olmaksızın sağlanacaktır.” hükmü gözardı edilmemesi gereken bir hükümdür.

4 Aralık 1950 tarihinde Roma’da imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Sözleşme’de ( Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi olarak da bilinir ) ise Avrupa Konseyi üyesi devletlerin tüm insanların

hukuk önünde eşit oldukları ve hukuk tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip oldukları temel ilkesinden hareketle bu sözleşmeyi imzaladıkları; sözleşmesinin başlangıç kısmında; ayrımcılığın yasaklanması ve herkesin eşit olmasının sağlanması için tedbir alma kararlılığının vurgulanması ; ayrımcılık yapılmaması ilkesinin alınacak tedbirlerin objektif ve makul bir gerekçeye dayanması şartı ile taraf devletlerin tam ve etkin bir eşitlik sağlamak üzere tedbir almasına engel olmayacağı değerlendirilmesi ve tespitleri yapılmıştır. Özellikle sözleşmenin birinci maddesinde yer alan “Yasa ile öngörülmesi olan tüm haklardan yararlanma,cinsiyet,ırk,renk,dil,din,siyasi veya diğer kanaatler,ulusal veya sosyal köken,ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir başka statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. Hiç kimse, hangisi olursa olsun hiçbir kamu makamı tarafından özellikle birinci fıkrada belirtilen gerekçelere dayalı olarak bir ayrıma maruz bırakılamaz.” hükümleri önem taşır.

Bu düzenleme sözleşmeyi kabul eden devlete sosyal güvenlik sisteminde de ayrımcılık yapmama ve eşit işlem yapma yükümlülüğünü getirmektedir.

## **2. TÜRK HUKUKUNDA SOSYAL GÜVENLİKTE EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ :**

Türk hukukunda devletin sosyal güvenlik bakımından eşit davranma yükümlülüğü tartışmasızdır.Devlet sosyal güvenlik hakkını ( vatandaş olsun ya da olmasın ) herkese tanımakla yükümlüdür.Bu yükümlülüğün Anayasal ve yasal kaynakları vardır.

### **A. Anayasal Dayanakları :**

#### **a- Genel Düzenlemeler**

Anayasamız başlangıç hükmünde vatandaşların eşitliğine ve özellikle temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri serçevesi içinde yararlandırılma hakkına vurgu yapmıştır.Bu husus Anayasada “ “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu; “<sup>1</sup>vurgulanarak ifade edilmektedir.

Hukuk devleti bakımından önemli olan herkesin kanun önünde eşitliğidir.Bu husus Anayasada ayrı bir madde ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanun önünde eşitlik üst başlığı altında yapılan düzenlemede ;” **Herkes, dil,**

<sup>1</sup> Anayasa başlangıç paragraf 6

ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. “ (Any.m.10 ).

Anayasa kanun önünde eşitliği açık bir biçimde düzenlerken iki önemli konunun altını çizer. Bunlar;

**(i) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.**

**(ii) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.**

Anayasada, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü üst başlığı altında anayasal yükümlülüklerin bağlayıcılığına ilişkin özel bir hükme de yer verilmektedir. Buna göre “ **Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.** “ (Any.m.11 )

Sonuç itibarı ile anayasa hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmayacağı ve devlet organları ve idare makamların bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olacaklarına amirdir. Anayasa koyucu yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişilerin anayasanın bu hükümlerine uygun davranmakla yükümlü olduklarını Any m.11 de açıkça ifade etmektedir. Özetle yasama yürütme ve yargı anayasaya aykırı karar alamazlar. Yasama organı da anayasaya aykırı kanuni düzenleme yapamaz.

### **b-Özel Düzenlemeler :**

Anayasa sosyal güvenlik hakkını ekonomik ve sosyal haklar üst başlığı altında düzenlemiştir. Sosyal güvenlik hakları başlığı altında sosyal güvenlik hakları (i) Sosyal güvenlik hakkı,(ii) Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler,(iii)Yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları ile ilgili olmak üzere üç ayrı madde ile tanzim edilmiştir<sup>2</sup>.Anayasa’da sosyal gü-

<sup>2</sup> X. Sosyal güvenlik hakları A. Sosyal güvenlik hakkı

Madde 60 – Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.

venlik hakkının vatandaşlara münhasır bir hak olarak değil insan haklarının milletlerarası seviyesine uygun olarak “ herkes için bir hak olarak “ düzenlenmiş olması önemlidir.

Anayasamızda sosyal güvenlik hakları ile ilgili düzenleme yapılırken eşitlik konusunda bir hükme yer verilmemiştir. Kanun koyucu Anayasa m.10 u bu anlamda yeterli görmüş olmalı ki ayrı bir düzenleme yapmaktan imtina etmiştir.Öte yandan insan hakları ile ilgili milletler arası sözleşmelerde ve düzenlemelerde bu hakların kullanılmasında eşitlik vurgusu mevcuttur.Ayrıca anayasanın bağlayıcılığına dair m.11 hükmünü; m.10 ve m.60 ile birlikte mütalaa etmek gerekir.

Sonuç olarak ülkemizde sosyal sigortaya dair sosyal güvenlik haklarında vatandaş olan ve olmayan ayrımı yapılamayacağı gibi bu haklar düzenlenirken eşitlik ilkesi de gözardı edilmemesi gereken bir ilkedir.

### **c- Sosyal Güvenlik Hakkına Dair Milletlerarası Sözleşmelerin Mevzuattaki Hiyerarşik Yeri :**

Sosyal güvenlik hakları bakımından önem taşıyan bir başka Anayasal düzenleme ise “Milletlerarası Anlaşmaları Uygun Bulma’ ile ilgili m.90 hükmüdür. Bu maddenin sosyal güvenlik hukuku bakımından yeri ve önemi, maddenin son bendinde düzenlenmiştir. Buna göre **“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.**“

Bilindiği gibi insan haklarına dair çok sayıda sözleşme Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından kanunla onaylanmıştır. Bu sözleşmelerde yer alan

---

#### *B. Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler:*

Madde 61 – Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malül ve gazileri korur ve toplumda kendilerine

yaraşır bir hayat seviyesi sağlar. Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır. Yaşlılar, Devletçe korunur, Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir. Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur.

#### *C. Yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları*

Madde 62 – Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır.

hükümler arasında sosyal güvenliğe dair hükümler var olabildiği gibi münhasıran sosyal güvenlik hakkına dair olanlar da yer alır.

Any.m.90 iki yönden sosyal güvenlik hukuku bakımından da önem taşır.Bunlardan birisi mevcut kanunlara aykırılık taşısa da kanunla onaylanmış milletlerarası sözleşmelerin anayasaya aykırılığının iddia edilememesidir.

İkincisi ise milli mevzuat hükümleri ile kanunla onaylanmış milletlerarası sözleşme hükümleri arasında bir çatışma olması halinde uyumsuzluğa bakan hakimin milletlerarası sözleşme hükmüne dayalı olarak karar vermesine imkan veren m.90/son hükmüdür.

Bu düzenleme ile milli kanunlara göre, yargı süreci ile sınırlı da olsa da, hiyerarşik bakımdan milletlerarası sözleşmelere daha üst bir yer verilmiştir. Eşitlikle ilgili kanunla onaylanmış milletlerarası sözleşme hükümlerinin varlığı dikkate alındığı zaman bu düzenlemenin sosyal güvenlik ve eşitlik bakımından ne kadar önemli olduğu ortaya çıkar.

Eşitliğe aykırı sosyal güvenlik düzenlemeleri bakımından yukarıda açıklanan iki husus önemlidir.Bu hükümler eşitliğe aykırı düzenlemeler yapılmasına en azından yargı yolu ile engel olunmasına katkı sağlar.

## **II- SOSYAL GÜVENLİKTE EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN KAÇIŞ**

Türk sosyal güvenlik sisteminde hem Yaşlılık,Malüllük ve Ölüm Sigortası bakımından hem de Genel Sağlık Sigortası bakımından eşitlikten uzaklaşma; eşitlikten kaçış adımları atılmaya başlanmıştır. Aşağıda bu adımlar hakkında kısa kısa bilgi verilecektir.Sorulması ve cevaplanması gereken soru her bir adımın Anayasa m.10 da düzenlenen eşitlik ilkesine ne ölçüde uyduğu sorusudur.

### **1- Emeklilik Sisteminde Eşitlikten Kaçış :**

Ülkemizde Anayasa m.2., 10., 60,ve 90 hükümleri ortada durmakta iken ; Türkiye’de hukuk devleti ile bağdaşmayacak şekilde Anayasa m.10 m.60 ve m.90 hükümleri gözardı edilerek sosyal güvenlikte eşitlikten kaçış yönünde adımlar atılmaya ve kanuni düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.

### **A. Pencereyi Açan Karar : Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı**

Sosyal güvenlik reformunun temel amaçları vardı.Merkezi idare bakımından sosyal güvenlik sisteminin tek çatı altına alınması yani tek bir kurum altında teşkilatlandırılması ve bu teşkilatın da tek bir bakanlığa bağlanması – tek çatısı altında toplanması – bu amaçların başında geliyordu.Bu adımı



ise sistemde norm ve standart birliğinin sağlanması tamamlayacaktır. Bütün vatandaşların sosyal güvenliğe kavuşturulması ve bütün vatandaşlara eşitlik ilkesi içinde sosyal güvenlik götürülmesi de reformun amaçları arasındaydı<sup>3</sup>.

Reformun hedeflerine ulaşması bakımından 5510 ve 5502 sayılı Kanunlarla gerekli düzenlemeler yapılmış ve reformun hedeflerine ulaşması yönünden gerekli hukuki alt yapı kurulmuştur. Ancak 5510 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesine taşınmış ve Anayasa Mahkemesi kanuni düzenlemenin muhtelif hükümlerini eşitliğe aykırı bularak iptal etmiştir<sup>4</sup>.

Anayasa mahkemesi bu kararında da ortaya koyduğu eşitlikle ilgili içtihadı ile sosyal güvenlik reformunun amaçlarına ulaşmasını önlemiştir. Anayasa mahkemesi eşitliği dar anlamda yorumlayan içtihadıyla kanun koyucuya bütün vatandaşları kapsayan norm ve standart birliği içinde yeknesak bir sosyal sigorta sistemi kurulmasının önünü kesmiştir. Anayasa Mahkemesi, içtihadında memurların işçiler ve serbest meslek sahipleri ile eşit sayılarak düzenleme yapılamayacağı görüşünü savunmuştur<sup>5</sup>.

Devlet bir sosyal politika tedbiri olarak sistemi norm ve standart birliği çerçevesi içinde yeniden yapılandırmak maksadı ile sosyal güvenlik alanında bir düzenleme yapabilir. Bu düzenlemeyi eşitliğe aykırı bulmak ; bizzat kendi içinde eşitliğe aykırılık barındırır. Sosyal güvenlik alanında işçilerin ve serbest çalışanların memurlarla eşit olamayacağını öngören bir içtihadı isabetli bulmak mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi bu kararı ile sigortalıların teke indirilmesine mani olmuştur. Mevcut halde sigortalı kavramı tekleştirilememiştir. Yani eskiden var olan SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı sigorta sistemi ortadan kaldırılamamıştır. Farklı bir kurumsal yapı içinde eski sistem ; adil olmayan bir sistem olarak hayatiyetini sürdürür durumda bırakılmıştır. Sigortalılık teke indirilemediği için de norm ve standart birliği tam anlamda sağlanamamıştır. Özetle sosyal güvenlikte gerçek anlamda bir reform gerçekleştirilememiştir. Yalnızca mevcut sosyal sigorta sistemi ; derlenmiş, toparlanmış ve bir çatı altında birleştirilmiştir.

<sup>3</sup> Geniş bilgi için bkz: ALPER, Yusuf : Sosyal Sigortalar Hukuku, Bursa 2016., s.29-35 ; GÜZEL, Ali –OKUR, Ali Rıza –Caniklioğlu, Nurşen : Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2016., s.72-73.

<sup>4</sup> Any. Mahkemesi E.2006/111, K.20067/112 (RG.30.12.2006 T., 26392 Sa., 5. Mükerrer.)

<sup>5</sup> Anayasa mahkemesinin kararının değerlendirilmesi için bkz.: ARICI, Kadir: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Yönünden Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, TİSK Akademi, C.2., Sa.3., Mart 2007, s. 6-25 ;



Anayasa Mahkemesi, eğer memurların diğer sosyal kesimlerle aynı çatı altında eşit bir şekilde toplanmasına imkan verecek bir karara imza atmış olsa idi; günümüzde, daha yeknesak, daha eşitlikçi, daha adil bir sosyal sigorta sisteminin kurulması mümkün olabilirdi.

Özetle 2006 sonrası Türkiye’de eşitlikten sapmaya kapı açan ilk adım, Anayasa Mahkemesi’nin bizim isabetli bulmadığımız ; Anayasa m.10 ve 11 hükümlerini yok sayan sözkonusu kararı ile atılmıştır.Bu isabetsiz karar, aşağıda Türk sosyal sigorta sisteminde eşitsizliğe yol açan adımlara da yol veren ; bu adımların önünü açan bir karar olmuştur.

### **B. Eşitlikten Kaçma Sürecinin Çığır Açıcıları :Milletvekilleri**

Anayasa m.10 da yer alan kanun karşısında herkes eşittir hükmüne rağmen bu eşitliğe razı olmayan,bu eşitliği içine sindiremeyenlerin başında üzülerek ifade edelim ki milletvekilleri gelmiştir.

Türk sosyal sigorta sisteminde istisnai emeklilik uygulaması yalnızca Cumhurbaşkanlarına tanınmıştı.5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu m.42 Cumhurbaşkanlığında bulunduktan sonra herhangi bir sebep ve suretle ayrılanlara veya kadın 20 erkek 25 fiili hizmet yılını tamamlayıp da kadın ise 58 erkek ise 60 yaşını dolduran cumhurbaşkanlarından talepte bulunan veya görevi sona eren cumhurbaşkanlarına görevdeki cumhurbaşkanlarının almakta oldukları aylığın %40 ı kadar bir aylıkla emekli edileceklerini öngörmekteydi.Bu durum da bütün ülkede çok normal karşılanmış ve hiçbir tenkide konu yapılmamıştı.

1986 dan başlayan bir süreç içinde milletvekilleri TBMM den çıkarılan kanunlarda kendilerine özgü, hiçbir vatandaşa tanınmamış olan istisnai haklarla donatılmış bir emeklilik sisteminin kuruluşu için ilk adımları atmaya başlamışlardır.Milletvekili emekliliğine dair kanuni düzenlemeler defalarca Anayasa Mahkemesine taşınmış ve mahkeme bu kanunları anayasa m.10 daki eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.Bu kanuni düzenlemeler arasında SSK ve Bağ-Kur Emeklileri ile Emekli Sandığı Emeklileri arasındaki aylık farkını gidermek için kanunla SSK ve Bağ Kur emeklisi milletvekilleri Emekli Sandığı sistemine taşımakta olan kanuni düzenlemeler de vardı.

Bununla da sonuç alamayan milletvekilleri ; milletvekilleri ile ilgili Anayasadaki ilgili maddeyi değiştirmişler, maddeye sosyal güvenlik ile ilgili bir hüküm eklemiştirler<sup>6</sup>.Bu düzenleme ile milletvekilleri ile ilgili emeklilik

<sup>6</sup> “Ödenek ve yolluklar “ üst başlığı altında bu madde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

“ Madde 86 – (Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin ödenek, yolluk ve **emeklilik işlemleri** kanunla düzenlenir. Ödenegin aylık tutarı en yüksek Devlet memurunun almakta old-

düzenlemelerinin Anayasa Mahkemesine gidişinin önü kesilmiştir.

Günümüzde milletvekili emekliliğinde sistem bütünüyle eşitlikten uzak ve istisnai bir emeklilik sistemi olarak şekillendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi süreçlerinden sonra, milletvekili emekliliği sisteminde bütün milletvekillerinin tek bir statüye kavuşturulması arayışına girilmiştir. Günümüzde Milletvekillerine Özel bir Emeklilik Sistemi kurulmuştur<sup>7</sup>. Bu emeklilik sistemi ile milletvekillerine hiçbir vatandaşa tanınmayan şekilde ;

- (i) 15 yıla kadar sigortaya tabi olmayan sürelerini borçlanma imkanı getirilmiştir.
- (ii) Emeklilik hakkını kazanıncaya kadar( 4 yıla) sınırlı olmak üzere) TBMM den bir anlamda emekli aylığı gibi aylık alma hakkı tanınmıştır.
- (iii) Emekli iken çalışmaya başlayan milletvekillerine devlet memurluğuna geri dönünce mesela öğretim üyesi olarak çalışmaya başladığında hem milletvekili emekli aylığını hem de çalıştığı aylığı alma hakkı tanınmıştır. Hiçbir devlet memuruna iki aylığı birden alarak çalışma imkanı verilmemiş iken milletvekillerine bu hak verilmiştir<sup>8</sup>.
- (iv) Milletvekillerine Fiili hizmet zammı alma hakkı tanınmıştır<sup>9</sup>.

---

uğu miktarı, yolluk da ödenek miktarının yarısını aşamaz. **Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile bunların emeklileri T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler ve üyeliği sona erenlerin istekleri halinde ilgileri devam eder.** Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerine ödenecek ödenek ve yolluklar, kendilerine T.C.Emekli Sandığı tarafından bağlanan emekli aylığı ve benzeri ödemelerin kesilmesini gerektirmez.”

<sup>7</sup> Milletvekili emekliliği ve tarihi gelişimi için bkz.: ARICI, Kadir :” Türkiye’de Milletvekillerinin Sosyal Güvenliği “, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII., Yıl 2013, Sa.1-2. , s. 77-121.

<sup>8</sup> *Kurumlara dönüş: Kurumlara dönüş: (2)*

**Madde 60 –**

a. (**Değişik: 1/11/1990 - 3676/1 md.**) Bir süre öğretim üyesi olarak çalıştıktan sonra Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığına, bakanlığa veya Yasama Organı Üyeliğine seçilenler, bu görevlerde geçirdikleri süreler hesaba katılmak ve buna göre aylık dereceleri yükseltilmek, meslek unvan ve sıfatlarını kazanma ile ilgili hükümler saklı kalmak şartıyla başvurularını halinde bu Kanun hükümlerine göre ayrıldıkları yükseköğretim kurumuna kadro koşulu aranmaksızın dönerler.

(3) (**Ek bent: 17/9/2004-5234/2 md.**) Bunlardan emekli iken yüksek öğretim kurumlarına dönenlerin veya yüksek öğretim kurumlarına döndükten sonra emekliliğe hak kazanıp emekli olanların emekli aylıkları kesilmez. (**Mülga ikinci cümle: 18/6/2017-7033/17 md.**) (...)

<sup>9</sup> 10.01.2013 tarih ve 6385 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Salık Sigortası Kanunu ile bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.15 (RG 10.01.2013 T., ve 28535 ) ile

- (v) Milletvekili, meclis başkanı,dışardan bakan ve başbakan olanlara bağlanan aylıklar emekli cumhurbaşkanı aylığına endesklenmiştir<sup>10</sup>.
- (vi) Cumhurbaşkanı yardımcılığına ve bakanlığa atananlara da hem görev aylığını hem de emekli aylığını alma hakkı tanınmıştır<sup>11</sup>.

Bu düzenlemelerle milletvekili emeklilik sistemi, ülkemizde hiçbir vandaşa tanınmayan,tanınması da mümkün olmayacak bir seviyede emeklilik sağlayan bir özel emeklilik sistemi niteliğini kazanmıştır.

Milletvekili emeklilik sistemini kanun devleti ile açıklamak mümkündür; ancak bu sistemi hukuk devleti, Anayasanın 10 ve 11 maddeleri ile yani eşitlik ve adaletle bağdaştırmak asla mümkün değildir.Günümüzde milletvekili emekliliğinde hukuk devletinden çok kanun devletine yakışır bir sistem yürürlüktedir<sup>12</sup>.

## 2-Genel Sağlık Sigortasından Kaçış :

Eşitlikten kaçışta yeni bir kaçış; emeklilikten sonra genel sağlık sigortasında yaşanmaya başlanmıştır.Bilindiği gibi 2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile bütün vatandaşları kapsayacak bir şekilde zorunlu ve eşitlikçi bir genel sağlık sigortası sistemine geçilmişti<sup>13</sup>. 01.01. 2012 tarihinden itibaren de bütün vatandaşlar kapsayan

---

5510 sayılı SSGSSK m.40 da değişiklik yapılmış ve milletvekillerine her yıl için 90 gün olmak ve 3 yılı geçmemek şartı ile fiili hizmet zammı alma hakkı tanınmıştır.Üzülerek ifade edelim ki aynı kanun ile basın mensuplarına da fiili hizmet zammı alma hakkı tanınmıştır.Bu düzenleme elbette etik olup olmadığı yönü ile değerlendirmeye değer bir düzenlemedir. Sa.)

<sup>10</sup> 17.01.2011 tarih ve 6270 sayılı Kanun m. ile 5510 sayılı Kanun m. 43 e ek fıkra eklenmek suretiyle gerçekleştirilmiştir.6270 sayılı Kanun m.16 ile eklenen geçici m.38 ve 10.1.2013 tarih ve 6385 sayılı Kanun m.17 ile eklenen geçici m.38/ 2 fıkra ile kanunun yürürlüğünden önce milletvekilliği yapmış olanların da milletvekillerine tanınmış haklardan faydalanmaları sağlanmıştır.

<sup>11</sup> 28.11.2018 tarihli 30639 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 24 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik yapılmasına dair Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı hakkında Kararnamenin 503 maddesine iki madde eklenmiş ve bu suretle cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların görevlerinden ayrılmadan emekli olma ve emekli aylıkları ile görev aylıklarını aynı anda alabilme hakkı tanınmıştır.

<sup>12</sup> Milletvekili emekliliği ile de yetinilmemiş aşağıda açıklanacağı gibi bu eşitsizlik genel sağlık sigortası alanına da sirayet etmiştir.Adı üzerinde genel sağlık sigortasından da milletvekilleri çıkarılmış ve genel sağlık sigortası yalnızca vatandaşlar için - milletvekilleri haricinde – genel bir sigorta haline getirilmiştir.

<sup>13</sup> Genel sağlık sigortası hakkında teferruatlı bir eser olarak bkz:SÖZER,Alı Nazım : Türk Genel Sağlık Sigortası, 2. Bası, İstanbul 2018.

zorunlu bir sigorta haline gelmiştir. En son olarak 681 sayılı KHK ile de askerlik görevini yapan er ve erbaşlar ile yedeksubay okulu öğrencileri de Genel Sağlık Sigortası kapsamına alınmışlardır<sup>14</sup>.

Genel sağlık sigortası ile bütün vatandaşlar hastalık riskine karşı sosyal güvenlik altına alınmış; muhtaçların primleri devletçe karşılanan bir sisteme geçilmiştir. Aşağıda açıklanan genel sağlıktan kaçış süreci içinde genel sağlık sigortası genel sağlık sigortası olmaktan uzaklaşmaya başlamıştır.

### **A. Milletvekillerinin GSS den kaçışı :Milletvekillerimiz Eşitliğe Razi Olmuyorlar**

5510 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar milletvekillerinin, emekli milletvekillerinin ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, dul ve yetimlerinin tedavi giderleri 26.10.1990 tarih ve 3671 sayılı Kanun ile TBMM bütçesine konulan ödenekten karşılanması öngörülmüştür.<sup>15</sup> Buna göre “Milletvekillerinin, yasama organı üyeliği açıktan atandığı bakanlık görevi sona erenlerin ve bunların bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinin; ölenlerin aylık ve 5 inci madde gereğince tazminat alan veya müstehak olupta bu tazminatı 5.inci maddenin üçüncü fıkrasındaki şartlar sebebiyle alamayan dul ve yetimlerinin tedavileri Türkiye Büyük Millet meclisince sağlanır”.

5510 sayılı Sosyal sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile bütün vatandaşlar ve bazı istisnaları ile ülkede yaşayan herkes genel sağlık sigortası kapsamına zorunlu olarak alınmışlardı. Bu değişiklik elbette bu alanda kabulü zor, önemli bir değişiklik olarak algılanmıştı.

2011 yılında yapılan bir kanuni düzenleme ile milletvekilleri Genel Sağlık Sigortası kapsamından çıkarılmışlardır. Eşitlikten kaçışın öncülere yine milletvekilleri olmuştur<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Genel sağlık sigortasının kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: SÖZER, A.N :a.g.e. s. 113 – 190.

<sup>15</sup> Sözer, A.N.:a.g.e. s. 198. ; Milletvekillerine sağlanan ve bu makalede ortaya konulduğu gibi başka kesimlerin de faydalanmasına imkan sağlayacak şekilde genişletilen ayrıcalıklı sağlık yardımları için bkz: Esen, Mahmut : “ Genel Sağlık Sigortası Uygulamalarına Toplu Bakış “, ( [www.memurlar.net](http://www.memurlar.net). (erişim 28,12.2018 ).

<sup>16</sup> Bu ülkede milletin vekilleri niçin temsil ettikleri milletle eşit olmaktan, eşit bir sosyal güvenlik sistemi içinde yaşamaktan uzaklaşmaya çalışırlar ve bu kaçışı insan haklarına dayalı demokratik laik sosyal bir hukuk devleti ilkeleri ile nasıl bağdaştırabiliyorlar cevabını bulamadığım bir sorudur.

## **B. Yüksek Yargı Organları Üyelerinin GSS Kapsamından Çıkarılması**

Genel sağlık sigortasından kaçış yarışına milletvekilleri ile birlikte 2011 yılından itibaren Anayasa Mahkemesi üyeleri de girince bu alanda diğer yüksek yargı organlarından da kapalı bir şekilde, dolaylı yollarla ifade edilerek talepler ve başkılar gelmeye başlanmıştır. Suimisal emsal olmazsa da bir yüksek yargı organı olarak Anayasa Mahkemesi üyelerine bir istisnai hak tanınmış ise elbette diğer yüksek yargı organlarına da bu hakkın tanınmaması için yetkililerin haklı ya da makul bir gerekçe bulmaları mümkün müdür? Elbette mümkün değildir.

### **(i) Anayasa Mahkemesi Üyeleri :**

30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Kanun<sup>17</sup> ile Anayasa mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri kanunu m. 71/1 de yapılan düzenleme ile “ Başkan ve üyeler ile bunların emeklileri ve bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinin sağlık giderleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin tabi olduğu hükümler ve esaslar çerçevesinde Mahkeme bütçesinden ödenir” hükmü getirilmiştir. Bu suretle anayasa mahkemesi üyeleri milletvekilleri ile aynı sağlık haklarına kavuşturulmuşlardır.

### **(ii) Yargıtay Üyeleri :**

20.11.2017 tarih ve 696 sayılı KHK ile m.42 ile 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’na 64.maddesine bir paragraf eklenmiştir. Bu KHK daha sonra 1.2.2018 tarih ve 7079 sayılı Kanun m. 37 ile aynen kanunlaştırılmıştır. Buna göre “ Yargıtay birinci başkanı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekilleri ile bunların emeklileri ve bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinin sağlık giderleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin tabi oldukları hükümler ve esaslar çerçevesinde Yargıtay Bütçesinden ödenir. “ Bu düzenleme ile Yargıtay Üyeleri de milletvekilleri ile aynı tedavi haklarına kavuşturulmuşlardır.

### **(iii) Danıştay Üyeleri :**

20.11.2017 tarih ve 696 sayılı KHK m.32 ile 06.01.1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu m.64 e bir fıkra eklenmiştir. Bu KHK daha sonra 1.2.2018 tarih ve 7079 sayılı Kanun m. 27 ile aynen kanunlaştırılmıştır. Buna göre “ Danıştay Başkanı, Danıştay Başsavcısı, Başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile bunların emeklileri ve bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinin sağlık giderleri, Türkiye büyük Millet Meclisi üyelerinin tabi oldukları

<sup>17</sup> RG., 3.4.2011 Ta ve 27894 sa.

hükümler ve esaslar çerçevesinde danıştay bütçesinden ödenir.”

**(iv) Sayıştay Üyeleri :**

3.12.2010 tarih ve 6085 Sayılı Sayıştay Kanunu'nun Sayıştay mensuplarının hakları üst başlıklı m. 63 /1 de “ Aylık,ödenek,mali,sosyal, emeklilik ve digger hakları ile teminatları bakımından a) Sayıştay başkanı,daire başkanları ve üyeleri,sırasıyla Yargıtay Birinci Başkanı,daire başkanları ve üyeleri “ şeklinde uygulanır hükmü ne dayalı olarak yargıtay Yargıtay Kanunu m. m.64 hükümleri çerçevesinde yargıtay üyelerine tanınan haklara haiz kılınmışlardır.

Dolayısı ile Sayıştay Kanununun m.63/1 sayıştay üyelerine yargıtay üyelerine tanınmış hakların verilmesini öngördüğü için onlar da aynen Yargıtay üyeleri gibi “Yargıtay birinci başkanı,başkanvekilleri,daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilleri ile bunların emeklileri ve bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinin sağlık giderleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin tabi oldukları hükümler ve esaslar çerçevesinde Yargıtay Bütçesinden ödenir. “ hükümlerinden aynen faydalanma hakkını elde etmişlerdir.

**C. GSS Kapsamından Son Çıkanlar :Komutanlar**

GSS kapsamından çıkarılan ve milletvekilleri ile aynı sağlık haklarından faydalananlar kafilesine son olarak 2018 Şubatında yapılan bir düzenleme ile Ordu Komutanları ile oramiral ve orgeneraler dahil edilmişlerdir.

29.03.2018 tarih ve 7104 sayılı Katma değer Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlar ile 178 sayılı Kanun hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına dair Kanun m.17 ile düzenleme yapılarak gerçekleştirilen değişiklik ile 27.06.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ek m.22 olarak aşağıdaki hüküm eklenmiştir<sup>18</sup>. Buna göre “Genel Kurmay Başkanı, Kara Kuvvetleri komutanı, Deniz Kuvvetleri Komutanı, Hava Kuvvetleri Komutanı, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanı olarak atanmış olanlar ile orgeneral/oramiral rütbelerinde bulunanlardan aylıklarını 27.7.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı kuvvetleri Personel Kanununa göre almakta olanlar ve bunların emeklileri ile bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinin sağlık giderleri,Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin tabi olduğu hükümler ve esaslar çerçevesinde ilgili kurum bütçelerinden ödenir”.

Sosyal sigorta sistemimizde genel sağlık sigortası kapsamından çıkarılan ve milletvekillerine tanınan haklar tanınanlar kitlesine son olarak katılan

<sup>18</sup> RG 6 Nisan 2018 tarih ve 30383 Sayı.

orgeneral ve oramiraller ve ordu komutanları bu alanda kapsam dışına niçin çıkarılmışlardır? Bunun makul bir açıklamasını kanunda bulmak mümkün değildir.

### III –EŞİTLİKTE KAZIŞIN SOSYAL GÜVENLİKTEKİ SONUÇLARI

Cumhuriyet rejimleri, demokrasi ile gerçek anlamını bulur; Demokrasi ve insan hakları taçlandırılmaz ise tam anlamını bulmaz. Bu itibardır ki bütün vatandaşların eşitliğinin sağlanması , kanun önünde eşitlik,devletin sistem kurarken de gözardı etmemesi gereken bir husustur.

Sosyal güvenlik sisteminde pozitif ayrımcılık elbette yapılabilir.Anayasa ( m.10 ) pozitif ayrımcılık yapılacak olanlar sıralamışlardır.Öte yandan Anayasa m.61 de de sosyal güvenlik bakımından özellikle korunacaklar yani pozitif ayrımcılığın en fazla yapılacağı kesimler sayılmış ve devletin bu kesimler için gerekeni yapması hükme bağlanmıştır.

Bu istisnalar dışında devlet sosyal güvenlik bakımından eşitliğe aykırı düzenlemeler yapabilir mi ? Yapması meşru olur mu ya da yapıldığında meşru sayılır mı ?

#### 1- Eşitliğin İstisnası Olmaz mı ?

Sosyal güvenlikte vatandaşların eşitliği esastır.Devlet sosyal güvenlik sistemini kurarken bütün vatandaşlara eşit muamele etmek; kanun önüne eşit olarak kabul etmek ve kanuni düzenlemeleri de bu çerçevede yapmakla yükümlüdür.Anayasa m.10 anlamında eşit davranma yükümlülüğü esastır.Sosyal güvenlik sisteminin kuruluşu ve sosyal güvenlik hak ve yükümlülükleri bakımından da bu madde; kanuni ve idari düzenlemelerde de bağlayıcı bir düzenlemedir.

Elbette bu uygulama ve düzenlemelerde sosyal güvenlik tekniklerinin temel özellikleri de dikkate alınır. Eşit işlem yapmak, sosyal sigortanın ve kamu sosyal yardım tekniklerinin temel esaslarına aykırı davranmayı haklı kılmaz.

Sosyal güvenlik özünde sosyal politikaların bir parçası olarak fonksiyon ifade eder.Sosyal güvenliğin gelir dağılımı,sosyal yardımlaşma,sosyal adalet sağlama ve sosyal korumayı devam ettirme gibi fonksiyonlarından söz ederiz.Sosyal güvenliğin iktisadi ve mali fonksiyonu ise üzerinde ayrıca durulması gereken önemli bir konudur<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Sosyal güvenliğin fonksiyonları için bkz.: ARICI,Kadir :Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015. , s. 33-39.

Devlet, sosyal güvenlik politikalarını belirlerken belli sınırlılıkları da gözetmek zorundadır. Bu durum anayasada açıkça düzenlenmiştir. Buna göre devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı vardır. Bu sınır Anayasada **“Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”** (AY.m.65). şeklinde tespit edilmiştir.

Anayasa m.65 devlete sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde bazı önceliklere yer verme, bazı tercihler yapma konusunda yetki de vermektedir. Anayasa m.61 de devlete bu alanda sosyal güvenlikle öncelikle korunması gerekenleri belirleyerek devleti ve ülkeyi yönetenlere bu öncelikleri gözetmekle yükümlü tutmuştur.

Devlet tercihler yapabilir, öncelikleri belirleyebilir ancak eşitlik ve adaletsizlik yapamaz. Devlet kanuni düzenlemeler yaparken eşitliğe aykırılık yönünde tercihler ve düzenlemeler yapmamakla yükümlüdür. Aksi durumda aksi yöndeki tercihler ve kanuni düzenlemeler devleti; hukuk devleti olmaktan uzaklaştırır ve kanun devleti haline getirir.

Ülkemizde sosyal güvenlikle eşitliğe aykırı tek düzenleme Cumhurbaşkanlarının emekliliğine ilişkin 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununda yer almıştır. Bu düzenleme istisnai tek bir düzenleme olduğu ve yalnızca Cumhurbaşkanlarına has bir düzenleme olması itibarı ile hiçbir zaman eleştiri konusu da yapılmamıştır.

Sosyal güvenlikle eşitliğe aykırı düzenlemeler 1986 sonrasında ve milletvekillerinin emeklilik hakları alanında çıkarılan kanuni düzenlemelerle başlamıştır. Bu düzenlemeler vatandaş vicdanında kabul görmediği için bu emeklilik vatandaşlarca “kıyak emeklilik” olarak nitelendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi de milletvekilliği emekliliğine dair yapılan düzenlemeleri Anayasa m.10 a aykırı bulmuş ve iptal etmiştir.

Eşit davranmanın istisnası elbette olabilir. Ancak bu istisnanın kabul edilebilir meşru bir temeli ve bir gerekçesi olmak ve bu gerekçe kişilerde adalet duygusunu sarsmayacak nitelikte olmalıdır. Adalet duygusunu zedeleyecek “bu kadar da olmaz, bu adil değildir” tepkilerine yol açacak düzenlemeler yapılmamalıdır. Adalet mülkün temelidir. Eşitlikten sapma ancak; adalet duygusunu sarsan, vicdanlarda yaralar açan nitelik ve seviyede olmadığı sürece kabul edilebilir. Aksi takdirde bu uygulamalar vicdanları kanatan ve devletin adil olmadığı duygusunu besleyen nitelikte düzenlemeler olarak tasnif edilir.

Anayasa Mahkemesi yasama ve yürütme organlarının eşitlik ve adalete aykırı karar ve uygulamalarına dur demek için vardır. Anayasal denetim



öncelikle, yasama organının hukuka uygun kanuni düzenleme yapıp yapmadığını kontrol için vardır.Keza idari ve adli yargı sistemi de idarenin hukuka uygun davranıp davranmadığını hukuken denetler.Bireysel başvuru hakkı da bir anlamda yargı kararlarının insan hakları temelinde anayasal denetimini sağlamak için kabul edilmiştir<sup>20</sup>

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AHİM ) yargı yetkisini tanımakla kısmen de olsa hukuk sistemini evrensel hukuk ilkeleri bakımından denetime açmış olmaktadır.

### **3. Sosyal Güvenlik Milli Güvenlik ve Eşitlik İlişkisi**

Sosyal güvenliğin iktisadi ve mali fonksiyonları kadar milli güvenlik fonksiyonu da vardır.

İyi işleyen bir sosyal güvenlik sistemi,vatandaşları giderek ülkede yaşayan herkesi bu ülkeye bağlılık duygusunu artırır.İyi işleyen bir sosyal güvenlik sistemi ile devlet, kişileri muhtaçlığa karşı güvenlik şemsiyesine kavuşturmuş olur.Sosyal güvenliği olan; sosyal güvenlik sayesinde gelir güvencesine kavuşan kişiler muhtaçlığa karşı da bir koruma kalkanına kavuşmuş olur.Bu koruma kalkanı ile donatılmış kişiler muhtaçlığa düşme korkusundan kurtulur.Bir güvenlik duygusu içinde hem gününü hem de geleceğini daha emin bir şekilde planlama ve yaşama imkanını elde eder.

Sosyal güvenlik hakkı,bu anlamda kişilere bu korumayı devletten talep etme hakkı verir. Bu itibardır ki biz “sosyal güvenlik milli güvenliğin harcı” şeklinde düşünüyoruz. Sosyal güvenlik sayesinde kişiler ülkesine ve devletine daha gönülden bağlanır. Bu bağlılık ile ülkesine sahip çıkma duygusunu geliştirir ve pekiştirir.

Sosyal güvenlik bu kadar önemli ise bu durumda elbette devlet sosyal güvenlik hakkının bütün vatandaşların eşit ve adil bir şekilde kullanabileceği bir hak olmasını sağlamakla yükümlüdür. Herkes sosyal güvenlikte sistemine katkısı oranında bir hakka kavuşmalıdır.Sosyal güvenlik sistemi içinde sisteme hak ve yükümlülükler bakımından adalet duygusuna zarar verici uygulamalar, eşitsizlik yaratacak düzenlemeler sosyal güvenliğin milli güvenliğin harcı olma duygusuna da zarar verir.

Sosyal güvenlik sistemi kurulurken eşitlikçi ve adil bir sistem olmasına özen gösterilmelidir.Sistem eşit ve adil kurulmuş ise sistemin işleyişinde de adeletsiz uygulamalara imkan verilmemelidir.Bu anlamda sistemin sağlıklı

<sup>20</sup> Geniş bilgi için bkz: ŞİRİN,Tolga:Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, Oniki levha Yayınları İstanbul 2015.; ÇELİK,Yeşim :Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması, Adalet Yayınevi,Ankara 2016.

olarak işlemesi için özellikle sosyal sigortalarda aktüeryal dengeyi bozacak sisteme müdahalelerden kaçınılmalıdır. Prim afları, borç ertelemeleri, taksitli bağlanma gibi sisteme müdahalelerin sistemin mali dengelerini bozduğu gibi hak ve yükümlülüklerini zamanında yerine getiren vatandaşların kanuna saygı duygularına zarar vermekte; kanuna uymamakta gerekli özeni göstermeyenleri teşvik ve destek verilmiş olmaktadır.

Elbette sosyal güvenliğin milli güvenliğin harcı olma önermesinin hayata geçirilmesi için devlet öncelikle sosyal yardım ve sosyal hizmet sistemini hak temelinde kurmalı ; Sosyal güvenlikte, sosyal sigorta eşittir sosyal güvenlik anlayışından zaman kaybetmeksizin uzaklaşılmalıdır.

Yukarıda kısaca temas ettiğimiz sosyal güvenlikte eşitlikten sapmalar bu alanda 2006 yılında yapılan reformun sonuçsuz kalmasına yol açtığı gibi gelecekte bu alanda yapılacak reform vaad ve kararlarına olan güven duygusuna da zarar verecektir. Kimse yetkililerin yapacağı reforma inanmaz hale gelecektir.

İnsan haklarına bağlı bir devlet olarak sosyal güvenlikte herkes için eşitlikçi ve adil bir yaklaşımdan vaz geçilemez. Bu itibardır ki eşitlikten kaçış adımları yeni baştan değerlendirilmeli ve mümkünse vaz geçilmelidir.

## SONUÇ

Sosyal güvenlik insanlar için bir hak devlet için ise bir yükümlülüktür. Sosyal güvenlik hakkı, ekonomik ve sosyal haklar arasında yer alır. Bu sebeptendir ki pozitif statü haklarından. Sosyal güvenlik hakkını hayata geçirebilmek için devlet gerekli adımları atmakla yükümlüdür. Devlet sosyal güvenlik alanındaki yükümlülüklerini sosyal güvenlik sistemini kurarken ve ülkede yaşayan insanlara ve vatandaşlara sosyal güvenlik sağlarken eşit ve adil davranmakla yükümlüdür. Eşit davranma ve ayrımcılık yapmamak öncelikle devlet için bir yükümlülüktür.

Türk hukukunda da devlet sosyal güvenlik hakkını insan haklarındaki gelişmeye uygun bir tarzda herkes için bir hak ve devlet için bir yükümlülük olarak düzenlemiştir (A. Y. m. 60) ; kanun önünde eşitliğe (A. Y. m. 10) ise Anayasanın temel esasları arasında yer vermiştir.

2006 yılında yapılan sosyal güvenlik reformu; bütün vatandaşları sosyal güvenlik altına almak; sosyal güvenlik sisteminde norm ve standart birliğini sağlamak ve sosyal güvenlik sistemini tek çatı altında yeniden yapılandırmak maksadı taşımaktaydı. Reform neoliberal rüzgarların etkisi altında kalmış ve amacına bütünüyle ulaşamamıştı. Ancak hiç olmazsa 2008 sonrasında sigortalı olanlar bakımından belli ölçüde norm ve standart birliği sağlanmıştı.

Özellikle genel sağlık sigortasında bütün vatandaşları kapsayan bir sistemin kurulması reformun önemli sonuçlarından birisi olmuştu. Ancak üzülerek ifade edelim ki önce milletvekilleri yaşlılık sigortası temelinde bu eşitliğe ; norm ve standart birliğinden ayrılma konusunda bir irade ortaya koydular. Yasama organının üyeleri, kendileri için çok istisnai,ayrıcalıklı ve vatandaş ifadesi ile kıyak bir emeklilik sistemi kurmuşlardır.

Genel sağlık sigortası bütün vatandaşlara eşitlik temelinde bir sistem getirmişti. Ancak genel sağlık sigortasında eşitlikten kaçışta milletvekilleri yine başı çekmiş; beraberinde Anayasa Mahkemesi üyelerini de sistemden koparmışlardır.Belli bir süre sonra bu kopuşa bütün yüksek mahkeme üyeleri de katılmıştır. En son bu ayrıcalıklı vatandaş kitlesine ordu komutanları, oramiral ve orgenereller de katılmıştır. İşte bu noktada genel sağlık sigortası ne kadar genel sorusu sorulur hale gelmiştir. Eşitliğe rıza göstermeyen bu anlayışın daha nerelere kadar uzayacağı ise bilinmemektedir. Bu noktada vatandaşlar elbette şu soruyu sormaktadırlar. Eşitlik te bütün dünyanın anladığı anlam dışında Türkiye'ye özgü bir eşitlik kavramı mı yaratılmaktadır?

Sosyal güvenlik alanında politika belirleyenler, yasama organından devletin en üst düzeyindeki yöneticiler eşitlik nedir ne değildir sorusunu bir defa daha sorgulamalıdır. Bu sorgulama çok önemlidir zira hiç kimse unutmamalıdır ki sosyal güvenlik milli güvenliğin harcıdır. Harç ne kadar sağlam karılır ise devlet duvarı o kadar sağlam olur ve sağlam kalır.



# LİMİTED ŞİRKETLERDE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ, HİZMET ETTİĞİ AMAÇ VE KONUSU

Hediye BAHAR SAYIN\*

## ÖZ

*Limited şirketlerde ortakların temel yükümlülüğü sermaye borcunu ödemektir. Bazı hallerde şirketin sahip olduğu nitelikler, ortaklara başkaca yükümlülükler yüklenmesini haklı kılabilir. Şirket sözleşmesi ile şirketin işletme konusunu gerçekleştirilmesine hizmet edecek yan edim yükümlülüklerinin öngörülmesi mümkündür (TTK m. 606/1). Yan edimler, esas sermaye payına bağlı ve ikincil nitelikte yükümlülükler olup bazı veya tüm paylara, pay kategorilerine yüklenebilen yapma, yapmama, katlanma, kullandırma edimlerinden oluşabilir. Bu edimler, limited şirkete sermaye şirketi olma vasfı yanında şahıs şirketlerine benzer bir görünüm verir. TTK m. 606'da yer alan yan edim yükümlülüğüne ilişkin düzenleme mehz İsviçre OR Art. 796'dan bazı farklılıklar içerir. Bu farklılıklar, hükmün yorumlanması, yan edim yükümlülüklerinin hizmet ettiği amacın kapsamı ve yan edim yükümlülüklerinin konusunun belirlenmesi açısından önem arz eder.*

***Anahtar Kelimeler:** Limited şirket, yan edim, hukuki nitelik, amaç, konu*

## **LEGAL CHARACTERISTICS, PURPOSE AND SUBJECT OF OBLIGATION OF ADDITIONAL FULLFILMENT IN LIMITED LIABILITY COMPANIES**

### **ABSTRACT**

*Basic obligation of shareholders in limited liability companies is to pay the subscribed capital. In some cases, the qualifications of the company can justify stipulating other liabilities for the shareholders. Obligations of additional fullfilment which serve for the execution of the company's subject of activity may be stipulated in the articles of association [article 606/1 of Turkish Commercial Code (TCC)]. Obligations of additional fullfilment are secondary obligations that are associated with registered capital share, and may consist of fullfilment obligations of doing, not doing, bearing and using which may be imposed on some or all shares, share categories. Such fullfilment obligations gain the limited liability company characteristics similar to that of a personal partnership as well as being a capital company. The regulation on obligation of additional fullfilment in the article 606 of TCC has several differences from the referred Swiss OR Art. 796. These differences are important for interpretation of the provision, determination of the scope of the purpose of obligations of additional fullfilment and subject of these obligations.*

***Keywords:** Limited liability company, obligation of additional fullfilment, legal characteristics, purpose, subject*

\* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.  
e-posta: hediye@anadolu.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 21.11.2018

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih** : 24.01.2019

## GİRİŞ

Sözleşme içeriğini düzenleme özgürlüğü, sözleşme taraflarına sözleşme tipinin içeriğine asli edim yanında bazı yan edimleri koyma yetkisi verir. Asli edim, borç ilişkisinin birinci derece içeriğini oluşturan, yan edimden bağımsız, doğrudan doğruya ifası dava edilebilen yükümlülüklerdir. Yan edim ise asli olmayan, sözleşme tipini belirlemeyen ve asli edime bağlı olan yükümlülüklerdir. Yan edimler, sözleşmenin amaca uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlayan, sözleşme ilişkisinden beklenen menfaatin dolaylı şekilde elde edilmesine yardımcı olan yükümlülük olarak da nitelendirilebilir<sup>1</sup>. Asli edim yükümlülüğü yanında, bizzat kanundan veya tarafların iradesinden kaynaklanan yan edim yükümlülükleri mevcuttur<sup>2</sup>.

Limited şirketlerde yan edim yükümlülüğü, limited şirketin şahıs şirketi özelliğini de barındırdığının altını çizen ve onu kooperatiflere yaklaştıran bir kurumdur. Limited şirkette ortakların asli borcu esas sermaye payını ödemektir. Yan edim yükümlülüğü ise tali niteliktedir<sup>3</sup>. Kanun koyucu, şirket sözleşmesi ile ortakların şirkete karşı esas sermaye payı dışında başkaca yükümlülükler yüklenmesine olanak sağlamıştır. Bu olanak, sermaye şirketi olan limited şirketin şahıs şirketi özelliği barındırmasına, pay sahiplerinin bireyselliğinin ön plana çıkmasına ve birbirlerine hukuken ve ekonomik olarak bağlanmasına hizmet eder<sup>4</sup>.

Kanun koyucu, borçlar hukukuna ilişkin genel hükümleri düzenlerken daha çok iki taraflı hukuki işlemleri göz önüne alır. Şirket sözleşmeleri ise borçlar hukukunda yer alan iki taraflı sözleşme ilişkilerinden bazı farklılıklar içerir<sup>5</sup>. Limited şirketteki yan edim yükümlülüğü, borçlar hukuku sözleşmesine değil, şirketler hukuku sözleşmesine dayanır. Dolayısıyla borçlar hukuku anlamındaki yan edim yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler, şirketler hukukunda şirket sözleşmesinin korporatif yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulur<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 32 vd.

<sup>2</sup> O. Gökhan ANTALYA, **6098 sayılı Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 12.

<sup>3</sup> Hasan PULAŞLI, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 810.

<sup>4</sup> Rıfat CANKAT, **Limited Ortaklıklarda Opsiyon Hakları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 55.

<sup>5</sup> Macit YALMAN/Erbay TAYLAN, **Adi Ortaklık**, Olgaç Matbaacılık, Ankara, 1976, s. 19 vd.

<sup>6</sup> Serhan DİNÇ, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Limited Ortaklıklarda Ortakların Yan Edim Yükümlülükleri”, İzmir Barosu Dergisi, 2016, Y. 81, S. 3, s. 76 vd.

Çalışmada, limited şirketlerde yan edim yükümlülüğü kavramı ve bu yükümlülüğün hukuki niteliği, yan edim yükümlülüğünün hizmet ettiği amaç ve yükümlülüğün konusu hususları incelenmeye çalışılmıştır.

## 1. LİMİTED ŞİRKETLERDE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. KAVRAM

Limited şirketlerde yan edim yükümlülüğüne ilişkin düzenleme TTK m. 606'da yer alır. TTK md. 606/1'e göre; limited şirketlerde, şirket sözleşmesi ile pay sahipleri açısından şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edecek yan edim yükümlülükleri düzenlenebilir. Bu hüküm, eTTK'da mevcut değildir. Hükümün TTK'ya alınması, eksiklik olarak görülen bir hususun kanunlaşmasını sağlamıştır<sup>7</sup>.

Yan edim yükümlülüğü, “*ortağa veya ortaklara, şirket sözleşmesi ile yüklenen, sermaye koyma borcu ve muhtemel ek ödeme yükümlülükleri dışında, şirkete karşı başka edimlerin yerine getirilmesine ilişkin münferit yükümlülükler*”<sup>8</sup> olarak tanımlanır. Doktrinde, yan edim yükümlülüğünün, ortakların sermaye payı borçları ve ek ödeme yükümleri dışında şirkete karşı ifa borcu altında olduğu aynı edimler olarak tanımlandığı da görülür<sup>9</sup>. Tanımlardaki farklılık, yan edim yükümlülüğünün konusunun kapsamı açısından yapılan ayırmadan kaynaklanır<sup>10</sup>. Bu ayırım göz ardı edildiğinde, yan edim yükümlülüğünün şirket sözleşmesinde düzenlenmek kaydı ile pay sahiplerine sermaye koyma borcu ve ek ödeme yükümlülükleri dışında yüklenen yükümlülükler olduğu söylenebilir.

Edim ise borçlunun alacaklıya karşı yükümlülük altına girdiği bir davranış şekli olup, borçlu, alacaklı lehine hukuken korunan bir yarar sağlar<sup>11</sup>. Asli edim yükümlülükleri sözleşmeye niteliğini veren, karakterini ve özel-

<sup>7</sup> Fatih BİLGİLİ/Ertan DEMİRKAPI, **Şirketler Hukuku Dersleri**, 6. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa, 2018, s. 486.

<sup>8</sup> Oruç Hami ŞENER, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 709; Oruç Hami ŞENER, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 448.

<sup>9</sup> Ersin ÇAMOĞLU/Ünal TEKİNALP/Reha POROY, **Ortaklıklar Hukuku II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 462; Mehmet BAHTİYAR, **Ortaklıklar Hukuku**, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 291; Hasan KARAKILIÇ, “Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, C. 4, S. 2, s. 111.

<sup>10</sup> Yan edim yükümlülüğünün konusunun para olması hususunda bkz. IV/B. Olumlu Edim.

<sup>11</sup> Pierre TERCIER/Pascal PICHONNAZ/Murat DEVELİOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 314; ANTALYA, s. 32; EREN, S. 96.

liğini belirleyen yükümlülükler olmasına rağmen; yan edim yükümlülükleri mevcut sözleşmeden bağımsız bir amaca hizmet eden yükümlülüklerdir. Fakat yan edim yükümlülükleri mevcut borç ilişkisinde asli edimden beklenen ifa yararının gerçekleşmesine de hizmet eder<sup>12</sup>.

Yan edim yükümlülüğü, ortaklara sermaye koyma borcu dışında subjektif yükümlülük yüklenmesini olanaklı kılar. Bu bağlamda, şirket ortaklarının şahsı ile ilgili unsurların limited şirkette yer almasını sağlar<sup>13</sup>. Böylece Limited şirket, kişiselleştirilmiş sermaye şirketi özelliği kazanır<sup>14</sup>.

## B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde yan edim yükümlülüğünün hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı tartışmalar mevcut değildir. Fakat doktrinde esas sermaye payına bağlı olarak düzenlenmesi nedeniyle yan edim yükümlülüğünün tipik bir “eşyaya bağlı borç” olduğunu savunan yazarlar vardır<sup>15</sup>. Bu noktada “eşya”, “eşyaya bağlı borç” kavramlarının ve bu kavramların yan edim yükümlülüğü ile bağlantısının açıklanması gerekir:

Eşya; cismani, sınırlandırılmış, üzerinde fiili ve hukuki hâkimiyet kurmaya elverişli olan şey olarak tanımlanabilir<sup>16</sup>. Bir başka açıdan eşyanın, insanların ihtiyaçlarını gidermeye yarayan, edinilebilir, üzerinde fiili ve hukuki hâkimiyet kurmaya uygun maddi mallar şeklinde tanımlandığı görülür<sup>17</sup>. Ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın, eşyanın söz konusu olabilmesi için maddi şekilde varlık kazanması gerekir. Limited şirkette pay ise ortak sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin oluşturduğu bir bütündür<sup>18</sup>. Şirket, paylara ilişkin pay senedi düzenlemekle yükümlü değildir. Şirket ortaklarının da şirketteki haklarının senede bağlanması konusunda bir talep hakkı yoktur<sup>19</sup>. Fakat TTK m. 593/2’ye göre, limited şirkette esas sermaye pay senetleri, ispat

<sup>12</sup> ANTALYA, s. 12.

<sup>13</sup> HONSELL/VOGT/WATTER, Art 796 No. 12; TRUEB, Art. 796 No: 5; ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 448; ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s. 710.

<sup>14</sup> Peter BÖCKLI/Peter FORSTMOSER, **Das neue schweizerische GmbH-Recht**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2006, s. 20; CANKAT, s. 55.

<sup>15</sup> Ünal TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 512. ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 451; KARAKILIÇ, s. 111.

<sup>16</sup> SİRMEN, s. 5.

<sup>17</sup> Jale G. AKİPEK, **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 308, Ankara, 1972, s. 32.

<sup>18</sup> Ertan DEMİRKAPI, **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, s. 19.

<sup>19</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 269.



aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenebilir. Payların nama yazılı senede bağlanması, bizi kıymetli evrak kavramına götürür. TTK m. 645/1'e göre "*Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez*". TTK m. 593/2 gerekçesinde, limited şirketler tarafından çıkarılabilecek nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak olduğu vurgulanmasına rağmen söz konusu senetlerin kıymetli evrak olarak kabul edilip edilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır<sup>20</sup>. Bu tartışmalara girmeksizin, limited şirkette çıkarılabilecek nama yazılı hisse senetlerini TTK m. 593/2 gerekçesini esas alarak kıymetli evrak kabul ettiğimizde; kıymetli evrak hukuku açısından senet, kıymetli evrakın somut unsuru olup, iradeyi veya irade açıklamasını yazı ile ortaya koyan belgedir<sup>21</sup>. Bu açıdan, senet, bir belge örneğidir<sup>22</sup>. Limited şirket payının ispat aracı şeklinde bir senede bağlanması halinde, senet, esas sermaye borcunun ödendiğini gösteren bir makbuzdur<sup>23</sup>. Bu bağlamda limited şirketlerde payların, nama yazılı senet veya ispat aracı şeklinde senet aracılığı ile somutlaştığı söylenebilir. Limited şirkette ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenen senetler, payı somutlaştırdıkları için eşya olarak kabul edilebilir.

Uygulamada ise limited şirket paylarının senede bağlanmadığı görülmür<sup>24</sup>. İspat aracı veya nama yazılı şekilde bir senede bağlanmayan paylar için "çıplak pay" kavramı kullanılır. Limited şirketlerde, ispat aracı veya nama yazılı şekilde senede bağlanmayan çıplak payların pay defterinde maddi varlık kazandığı görülür. Bu paylar, bir mal varlığı değeri oluşturur<sup>25</sup>. Fakat çıplak paylar, senede bağlanıp somutlaştırılmadıklarından, bu payların "eşya" olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. TTK m. 593/2'de ise limited şirkette yan edim yükümlülüğü söz konusu ise ister ispat aracı şeklinde ister nama yazılı şekilde düzenlenen pay senetlerinde bu hususun açıkça belirtilmesi gerektiği vurgulanır. Bu halde dahi şirketin senet çıkarma zorunluluğu söz ko-

<sup>20</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşegül SEZGİN HUYSAL, Limited Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senedinin Hukuki Niteliği, **MÜHF-HAD**, 2016, C. 22, S. 1, 336 vd. TTK m. 593/2 gerekçesinde, limited şirketler tarafından çıkarılabilecek nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak olduğu vurgulanır. Bu senetler, her ne kadar kıymetli evrak olarak nitelendirilseler de senedin devri borcunu doğuran işlemlerin yazılı yapılmasının ve taraf imzalarının noterce onaylanmasının nama yazılı kıymetli evrakın devri ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

<sup>21</sup> Hüseyin ÜLGEN/Mehmet HELVACI/Abuzer KENDİGELEN/Arslan KAYA, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 9. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 15.

<sup>22</sup> HMK m. 199'da belge; çerçevesi çizilerek uyuşmazlık konusu olguları ispata elverişli bilgi taşıyıcısı olarak tanımlanır.

<sup>23</sup> TEKİNALP, (2013), s. 480.

<sup>24</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 269.

<sup>25</sup> DEMİRKAPI, s. 45.

nusu değildir. Senet çıkarılması olasılığında, yan edim yükümlülüğüne senette yer verilmemesi senedin geçersizliği sonucunu doğurur<sup>26</sup>.

Sonuç olarak; limited şirket payının senede bağlanma zorunluluğunun bulunmaması, payın somutlaştırılmasına ve pay senedinin eşya niteliği kazanmasına engel olabilmektedir. Payın senede bağlandığı hallerde ise bu senetlerin eşya niteliğine sahip olduğu söylenebilir. Nitekim *Tekinalp*, payın, pay senedine veya ilmuhabere bağlanmış olması halinde bile “pay”a eşya denilebilmesinin güçlüğü sebebi ile anonim şirketlerdeki ikincil yükümlülüklerin “bir tür eşyaya bağlı borç” niteliği gösterdiğini ifade eder<sup>27</sup>. *Dinç* de, limited şirketlerde paylar için senet bastırılması olanağı kanunda düzenlenmiş olsa da, çıplak payın eşya olma niteliği tartışmalı olduğundan yan edim yükümlülüğünün “bir tür eşyaya bağlı borç” olduğunu savunur<sup>28</sup>.

Eşyaya bağlı borç ise eşya üzerinde ayni hakka veya zilyetliğe sahip kimsenin kanun veya hukuki işlem sonucu olumlu bir edimle yükümlü kıldığı halleri ifade eder. Bu edim yükümlülüğünden kaynaklanan talep hakkı, sadece o andaki hak sahibi veya zilyede değil, onların cüzî haleflerine karşı da ileri sürülebilir. Bu şahıslar, borçlanma konusunda irade beyanında bulunmadıkları halde söz konusu borcu ifa ile yükümlüdürler<sup>29</sup>. Eşyaya bağlı borçların konusunu ancak müspet edimler; verme, yapma veya irade beyanında bulunma oluşturabilir. Doktrinde, eşyaya bağlı borçların yapma veya bir para ödeme borcu (nakdi borç) şeklinde ifa edilebileceği de belirtilir<sup>30</sup>. Verme şeklindeki yan edim yükümlülüğünün, para şeklinde ifa edilip edilemeyeceği daha açık ifade ile verme ediminin konusunu paranın oluşturup oluşturmayacağı hususunda ise doktrinde görüş birliği yoktur. Doktrinde hâkim görüş, yan edim yükümlülüğünün konusunu paranın oluşturamayacağı yönündedir<sup>31</sup>. Eşyaya bağlı borçların konusunu ancak müspet edimlerin oluşturmasının sonucu olarak, yapmama veya katlanma şeklinde menfi edimler içeren eşya bağlı bir borç oluşturulmasının mümkün olmadığı önemle vurgulanmalıdır<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> TEKİNALP, (2013), s. 480.

<sup>27</sup> TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 94 vd.

<sup>28</sup> DİNÇ, s. 78 vd.

<sup>29</sup> Şafak N. EREL, **Eşyaya Bağlı Borç**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 37; M. Kemal OĞUZMAN, **Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar**, İÜHFĐ, 1965, C. 31, S. 1-4, s. 209 vd.; Mehmet ÜNAL/Veysel BAŞPINAR, **Şekli Eşya Hukuku**, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 52 vd.

<sup>30</sup> OĞUZMAN, s. 215; EREL, s. 57.

<sup>31</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz aşağıda IV. B. Olumlu Edim.

<sup>32</sup> A. Lâle SİRMEN, **Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2016, s. 32; EREL, s. 6, 53 vd.; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 56 vd.

Eşyaya bağlı borçlar, kanundan veya kanunda açıkça öngörülen hallerde hukuki işlemde kaynaklanır. Hukuki işlemle tesis edilen eşyaya bağlı borç ilişkilerinde, taraflar edim konusunu seçme konusunda geniş serbestiye sahiptir. Fakat eşyaya bağlı borçların tabi olduğu sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi de menfi edim içeren eşyaya bağlı borç oluşturulmasına engeldir<sup>33</sup>. Limited şirketler açısından ise TTK m. 606'nın gerekçesinde ve doktrinde, yan edim yükümlülüğünün konusunu yapma, yapmama, katlanma<sup>34</sup> ve kullandırma<sup>35</sup> edimlerinin oluşturabileceği kabul edilir. Bu bağlamda, limited şirketlerde menfi edim şeklinde yan edim yükümlülüğü oluşturulması mümkündür. Bu husus da yan edim yükümlülüğünün konusu ile eşyaya bağlı borçların konusunun birebir örtüşmediğini gösterir.

Bir şahsın borçlanma yolunda irade beyanı olmaksızın, sadece eşya üzerinde aynı hak sahibi veya zilyet olduğu için bir borç ile yükümlü tutulması, iyiniyetin korunması ve hukuki işlem güvenliğine uygun düşmez. Bu sorunları aşmak için aleniyete ihtiyaç duyulur. Eşyaya bağlı borçlarda aleniyet, sınırlı sayı ilkesi ve tipe bağlılıkla sağlanır<sup>36</sup>. Eşyaya bağlı borçlarda aleniyetin sağlanmasında şerh de önemli bir yoldur. Limited şirketlerde yan edim yükümlülüklerini konu alan bir şerh söz konusu değildir. Bu yükümlülükler, şirket sözleşmesinde yer alır ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde ilan edilir (TTK m. 587/1-j). Ayrıca yan edim yükümlülüklerinin TTK m. 595/1 gereği devir sözleşmesinde ve TTK m. 593/2 gereği pay senedinde yer alması zorunludur. Yan edim yükümlülüklerinin yer almadığı devir sözleşmesi geçerli değildir<sup>37</sup>. Sınırlı sayı ilkesi gereği eşyaya bağlı borçların içeriklerine ilişkin çeşitli sınırlamalar vardır. Her şeyden önce ancak belirli bir eşya<sup>38</sup> ile ilgili olan borçlar o eşyaya bağlanabilir. Bağlanacağı eşya ile ilgisi olmayan bir borcun eşyaya bağlanabilmesi mümkün değildir. Yan edim yükümlülüğü açısından yapma, yapmama, katlanma ve kullandırma edimlerinin, eşya olarak kabulü tereddütlü olan pay ile bağlantılı olması (örneğin, yan edim yükümlülüğü olarak şirketin taşıma işlerinin yapılması) her zaman mümkün olmayabilir.

Eşyaya bağlı borcun konusunu oluşturan edimin ifasının belirli bir

<sup>33</sup> EREL, s. 58.

<sup>34</sup> ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s. 710; ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 449; DİNÇ, s. 83.

<sup>35</sup> Tamer BOZKURT, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 536; Şükür YILDIZ, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 192; PULAŞLI, (2016), s. 810.

<sup>36</sup> EREL, s. 6.

<sup>37</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 450.

<sup>38</sup> “Belirli bir eşya” kavramından anlaşılan genellikle taşınmazdır.

borçlunun kişisel vasıflarına bağlı olmaması, her aynı hak sahibi tarafından yerine getirilebilir nitelikte olması gerekir<sup>39</sup>. Yan edim yükümlülüklerinin paya bağlanması ilkesi, yan edim yükümlülüklerinin kişisel nitelik taşımasını engellememelidir<sup>40</sup>. Özellikle, yan edim yükümlülüğünün bir sermaye şirketi olan limited şirketin şahıs şirketi özelliği barındırmasına, pay sahiplerinin bireyselliğinin ön plana çıkmasına ve birbirlerine hukuken ve ekonomik olarak bağlanmasına hizmet ettiği düşünüldüğünde edimlerin kişisel vasıflara bağlı olması, yan edim yükümlülüğü kurumu ile uyum arz eder.

Yukarıda yer alan tespitlerden çıkan sonuç; yan edim yükümlülüğünün tam anlamı ile eşyaya bağlı bir borç kabul edilemeyeceğidir. Esas sermaye payına bağlı olması sonucu olarak bu yükümlülük “*bir tür eşyaya bağlı borç*” olarak kabul edilebilir. Yan edim yükümlülüğü, pay sahipliği sıfatından kaynaklanan bir yükümlülüktür. Ortaksal haklar, tüm ortaklara ve ortaklığa karşı ileri sürülebilir haklardır<sup>41</sup>. Bu haklar, ortaklık ilişkisinin ve ortaklık sıfatının bir sonucudur. Ortaksal haklar şirket sözleşmesinde düzenlenir, bu düzenleme tarzı ona bağlayıcılık kazandırır. Bu bağlayıcılık, sadece kurucu ortaklara karşı değil, süreç içerisinde sermaye payını devralan tüm ortaklara karşı geçerliliğini sürdürür<sup>42</sup>.

## II. YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN BENZER KAVRAMLARDAN AYRILMASI

### A. ESAS SERMAYE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Limited şirket sermayesi esas sermayeden, esas sermaye ise ortakların sermaye paylarından oluşur<sup>43</sup>. Bir esas sermaye payı, limited şirket *sermayesinin itibari değerinin bir bölümünü oluşturan itibari değer*dir<sup>44</sup>. Limited ortaklıkta ortakların temel yükümlülüğü, ortaklığa sermaye getirmektir. Bu yükümlülük, kuruluştaki veya sermaye artırımında esas sermaye payının üstlenilmesi ile doğar<sup>45</sup>. Esas sermaye payı, limited şirket ortağının ortaklık ilişkisinden kaynaklanan haklarının ve yükümlülüklerinin tamamını ifade eder<sup>46</sup>. Esas sermaye payının aksine yan edimler esas sermayenin bir parçası değildir<sup>47</sup>.

<sup>39</sup> EREL, s. 117.

<sup>40</sup> DEMİRKAPI, s. 449.

<sup>41</sup> TEKİNALP (2013), s. 491.

<sup>42</sup> CANKAT, s. 57.

<sup>43</sup> TEKİNALP, (2013), s. 463; ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 107.

<sup>44</sup> TEKİNALP, (2013), s. 479.

<sup>45</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 405.

<sup>46</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 262.

<sup>47</sup> TEKİNALP (ÇAMOĞLU/POROY), s. 95.

TTK m. 583/5'e göre, esas sermaye payının karşılığı şirket sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde nakit veya ayın olarak veya bir alacağın takası yoluyla yahut sermaye artırımında olduğu gibi serbestçe kullanılacak öz sermayenin esas sermayeye dönüştürülmesiyle ödenir. Bu anlamda, limited şirketin esas sermayesinin nakit veya ayın şeklinde olması mümkündür<sup>48</sup>. Doktrinde bazı yazarlar, yan edim yükümlülüğünün aynı edim şeklinde ifa edilmesi gerektiğini savunur. Bu yazarlara göre, yan edim yükümlülüğünün aynı edim olması zorunluluğu onu ek edim yükümlülüğünden ayıran yegâne farktır<sup>49</sup>. Bu görüş doğrultusunda, nakdi edim şeklinde yan edim yükümlülüğünün oluşturulması mümkün değildir<sup>50</sup>.

Anonim şirketlerde, şirket alacaklılarının sadece şirket malvarlığı ile tatmin edilebilmelerinin sonucu olarak bu şirketlerde sermayenin korunması (malvarlığının korunması)<sup>51</sup> ilkesi benimsenmiştir. Sermayenin korunması ilkesi limited şirketlerde de geçerlidir. Esas sermaye ile yan edim yükümlülüğü arasında bu ilkedен kaynaklanan fark şudur: Esas sermayenin iadesi kural olarak yasaktır<sup>52</sup>; buna karşın yan edim yükümlülüklerinin kural olarak bir karşılığı vardır ve ortağa bu karşılığın verilmesi gerekir<sup>53</sup>. İsviçre hukukunda ise yan edim yükümlülüğü düzenlenirken uygun bir karşılık belirlenmesine gerek yoktur. Şirket için ücretsiz çalışma şeklinde olduğu gibi yükümlülüğün kar-

<sup>48</sup> TEKİNALP, (2013), s. 479.

<sup>49</sup> Abuzer KENDİGELEN, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 511; ÇAMOĞLU (TEKİNALP/POROY), s. 462; YILDIZ, s. 192; BAHTİYAR, s. 466; BOZKURT, 2018, s. 535.

<sup>50</sup> Bu konuda bkz. aşağıda IV/C. Olumsuz Edim.

<sup>51</sup> Doktrinde ilkeyi ifade etmek üzere “*sermayenin korunması*” ve “*malvarlığının korunması*” ifadelerine yer verildiği görülür. Bu farklılık, koruma kapsamına hangi malvarlığını ve menfaat sahiplerini aldıklarına ve ilkenin dar veya geniş yorumlanmasına dayanır. Sadece şirket sermayesinin değil, şirketin tüm malvarlığının korunması esas alındığında, şirket sadece malvarlığı ile sorumlu olup, şirket alacaklıları alacaklarını sadece şirket malvarlığından ve şirketten talep edebilmektedir. Sadece “*sermayenin korunması*” esas alındığında, anonim şirketin bütün malvarlığının değil, pay sahiplerine dağıtılması engellenen malvarlığının korunması esastır. Burada amaç, pay sahiplerinin belirli miktarda şirket varlığı üzerlerinde tasarrufla bulunmasını engellemektir. Hediye BAHAR SAYIN, **Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, 2. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2017, s. 157, dnp. 289.

<sup>52</sup> Sermayenin korunması ilkesi sermayenin pay sahiplerine doğrudan ve dolaylı olarak iade edilemeyeceği kuralı ile somutlaşır. Bu ilkenin bir diğer somut görünümü ise şirket malvarlığının şirket sona erinceye kadar süreç içerisinde şirketin işletme konusuna özgülenmesidir. Kural olarak sermayenin korunmasına ilişkin hükümler, genel kurulun görev alanına girer (Bkz. TTK m. 408). BAHAR SAYIN, s. 159 vd. ve dnp. 297.

<sup>53</sup> DİNÇ, s. 88; YILDIZ, s. 192; BAHTİYAR, s. 466.

şılıksız olarak düzenlenmesi de mümkündür<sup>54</sup>. Türk hukukunda ise yan edim yükümlülüğü yerine getirildiğinde ilgili ortağa yan edim yükümlülüğünün karşılığı olarak uygun bir ödeme yapılması gerekir (TTK m. 606/1 Gerekçe)<sup>55</sup>. Bu bağlamda, yan edim yükümlülüğü açısından sermayenin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulmadığı söylenebilir.

## B. İKİNCİL (TALİ) YÜKÜMLÜLÜK

Anonim şirketlerde tek borç ilkesi egemendir. Bunun anlamı, pay sahibinin sadece sahip olduğu paylara karşılık taahhüt ettiği pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa ile yükümlü olmasıdır. Fakat anonim şirketler, esas sözleşmede yer alması kaydı ile pay sahiplerini (pay bedeli ifa borcu dışında) belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri yerine getirmekle de yükümlü tutabilirler (TTK m. 480/4). Bunlara ikincil (tali) yükümlülükler adı verilir. Anonim şirketlerde pay sahiplerinin bu yükümlülüğü; borçlar hukuku sözleşmesinden değil, pay sahibi olmaktan doğar. Ayrıca bu yükümlülük ortaklık hakkının ayrılmaz bir parçasını oluşturur<sup>56</sup>.

İkincil yükümlülüklerin söz konusu olabilmesi için esas sözleşmede bu hususa yer verilmesi gerekir. İkincil yükümlülükler, şirketin kuruluşu sırasında veya şirketin kuruluşundan sonra esas sözleşme değişikliği yoluyla oluşturulur. Esas sözleşme değişikliği suretiyle ikincil yükümlülük düzenlenmesi ancak genel kurulda sermayenin tümünü oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliği ile alacakları karar ile gerçekleştirilir (TTK m. 421/2,a).

Bu yükümlülük, pay senetlerinin devrinin şirket onayına bağlı olduğu hallerde söz konusudur (TTK m. 491 vd.). İkincil yükümlülüklerin nitelik ve kapsamlarının, pay senetlerinin veya ilmühaberlerin arkasına yazılması mümkündür. İkincil yükümlülükler, kooperatiflerde olduğu gibi anonim şirketlere de kişisel bir görünüm kazandırır. Ayrıca şirketin hammadde ihtiyacının sağlanmasına ve belirli meslek gruplarının anonim şirket çatısı altında örgütlenmesine hizmet eder<sup>57</sup>.

TTK m. 480/4 gereği, ikincil yükümlülüğün bahsedilebilmesi için yükümlülüğün belirli zamanlarda tekrar etmesi gerekir<sup>58</sup>. Örneğin her yıl belirli

<sup>54</sup> Florian S. JORG/Oliver ARTER, **Das Recht der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)**, Stämpfli Verlag AG, 2015, s. 158; GERMANN, s. 336.

<sup>55</sup> BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 747; BAHTİYAR, s. 466.

<sup>56</sup> TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 94; PULAŞLI, (2016), s. 604; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 486.

<sup>57</sup> ÇAMOĞLU (TEKİNALP/POROY), s. 94; BAHTİYAR, s. 291.

<sup>58</sup> BAHTİYAR, s. 291.

bir miktar malın şirkete teslim edilmesinde olduğu gibi. Bir defalık veya arızı nitelikteki edimler geçersizdir<sup>59</sup>. Limited şirketler açısından ise yan edim yükümlülüğünün belli zamanlarda tekrarlanması şartı aranmaz<sup>60</sup>.

Anonim şirketlerde ikincil yükümlülükler şirketi sermayeye dayalı yapıdan çıkarıp, kooperatiflerde olduğu gibi “*kişisel*” görünüm kazandırması hususu limited şirketlerde yan edim yükümlülüğü için de geçerlidir. Bu açıdan doktrinde, yan edim yükümlülüğü ve ikincil yükümlülüklerin birbirine benzer kurumlar olduğu kabul edilir<sup>61</sup>.

### C. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Limited şirketlerde yan edim yükümlülüğünün yanı sıra ek ödeme yükümlülüğünün öngörülmesi mümkündür. Bu yükümlülük türüne anonim şirketlerde yer verilmez. Çünkü anonim şirketlerde tek borç ilkesi egemendir. Limited şirketlerde ise tek borç ilkesi mevcut değildir<sup>62</sup>. Bu ilkenin limited şirketlerde geçerli olmamasının bir yansıması olarak, şirket sözleşmesinde yapılacak bir düzenleme ile ortaklar açısından esas sermaye payı bedeli dışında ek ödeme yükümlülüğüne yer verilebilir (TTK m. 603)<sup>63</sup>. Ek ödeme yükümlülüğü de aynı yan edim yükümlülüğünde olduğu gibi esas sermaye payına bağlı bir yükümlülüktür<sup>64</sup>.

İlgili hükmün gerekçesine göre, düzenlemenin amacı, finansal yönden kötü duruma düşen şirketi, ortakların yapacakları ek ödemelerle malî yönden toparlamaktır<sup>65</sup>. Düzenleme, şirketin ihtiyaç duyacağı finansal kaynakları ortaklardan temin etmeyi sağlar. Bu bağlamda, şirketin sermaye artırımlarına müracaat etmeden, şirket ortaklarından finansal kaynak elde etmesine hizmet eder<sup>66</sup>.

Ek ödeme yükümlülüğü, şirket faaliyetlerinin sürekliliğinin güvence altına alınması amacı ile ortaklara esas sermaye payı bedeli dışında ve bel-

<sup>59</sup> PULAŞLI, (2016), s. 604

<sup>60</sup> DİNÇ, s. 76 dpn. 1; ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 449.

<sup>61</sup> ÇAMOĞLU (TEKİNALP/POROY), s. 462; BAHTİYAR, s. 466; ERTAN/DEMİRKAPI, s. 486.

<sup>62</sup> TEKİNALP, (2013), s. 478.

<sup>63</sup> ÇAMOĞLU (TEKİNALP/POROY), s. 461.

<sup>64</sup> PULAŞLI (2016), s. 808; DİNÇ, s. 79.

<sup>65</sup> Bilgili/Demirkapı, kurumu amaç yönünden kişisel sorumluluğa benzetmektedir. Her iki kurumda da şirket, borçlarını ödeyemediği takdirde ortaklara başvurmaktadır. Kişisel sorumluluk alacaklılara karşı olmasına rağmen ek ödemede borç, şirkete karşıdır. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 482.

<sup>66</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 406.



li şartların gerçekleşmesi durumunda şirkete nakdi ödemede bulunulmasına ilişkin şirket sözleşmesi ile yüklenen bir yükümlülüktür. Ek ödeme yükümlülüğünün konusunu para borcu oluşturur<sup>67</sup>. Kurulda aynı sermaye konulmuş olsa bile ek ödeme yükümlülüğünün para olarak ifa edilmesi gerekir<sup>68</sup>. Yan edim yükümlülüğünün ise para olarak ifa edilmesinin mümkün olmadığı doktrinde savunulmaktadır<sup>69</sup>.

Ek ödeme yükümlülüğünün, esas sermaye payının itibari değerinin iki katını aşması mümkün değildir (TTK m. 603/3). Yan edim yükümlülüğünde ise miktar konusunda kanuni bir sınırlama bulunmamaktadır<sup>70</sup>.

Ek ödeme yükümlülüğünün ifasının talep edilebilmesi için şirket esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının şirket zararlarını karşılayamaması, şirketin ek ödeme yükümlülükleri olmaksızın işlerine gereği gibi devamının mümkün olmaması veya şirket sözleşmesinde tanımlanan<sup>71</sup> veya özkaynak ihtiyacını doğuran diğer bir durumun gerçekleşmesi<sup>72</sup> hallerinden birinin mevcut olması gerekir (TTK m. 603/1/a, b, c). Bu haller dışında, şirketçe ek ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmesi talep edilemez. Yan edim yükümlülüğünün söz konusu olması için ek edim yükümlülüğünün aksine çeşitli şartların mevcudiyeti aranmaz. Yan edim yükümlülüğünün, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet etmesi yeterlidir.

Ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin bir diğer önemli hususa ise TTK m. 605'de yer verilir. Buna göre, ek ödemeye ilişkin ortaklarca ödenen tutarın serbestçe kullanılabilen yedek akçeler<sup>73</sup> ve fonlardan karşılanması halinde, ek ödemeye ilişkin tutarların ortaklara iade edilmesi gerekir<sup>74</sup>. Madde gereke-

<sup>67</sup> BAHTİYAR, s. 464; DİNÇ, s. 79. İsviçre hukukunda ek ödeme yükümlülüğü, para dışında diğer mameleki değerlerle de ödenebilir. Bkz. ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 410, dpn. 17.

<sup>68</sup> BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 482.

<sup>69</sup> KENDİGELEN, s. 511; ÇAMOĞLU (TEKİNALP/POROY), s. 462; YILDIZ, s. 192; BAHTİYAR, s. 466; BOZKURT, (2018), s. 535.

<sup>70</sup> Ek ödeme yükümlülüğüne miktar açısından sınırlama getirilmesi, ortakların sınırlı sorumluluğu ilkesine uygundur. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 483.

<sup>71</sup> Şirket sözleşmesinde yer alan finansman amacının açık ve somut olarak ortaya konması gerekir. ŞENER, Limited Ortaklık Hukuku, s. 421.

<sup>72</sup> Bu düzenleme ile şirketin, olağan ve esas itibarıyla daha pahalı olan yabancı kaynaklara başvuru zorunluluğu ortadan kalkar. ŞENER, Limited Ortaklık Hukuku, s. 422.

<sup>73</sup> Yedek akçe, şirketin elde ettiği kârı dağıtmayarak kanun, esas sözleşme veya genel kurul kararı uyarınca şirkette tuttuğu ve sermayeyi aşan malvarlığı değeridir. Erdoğan MOROĞLU, **Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı**, 3. Baskı, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 213.

<sup>74</sup> Hükümdeki “fonlar” kavramının açıkça tanımlanmadığı, bu sebeple ödemelerin iadesine



sine göre, şirketin ek ödemededen yararlanma şartları ortadan kalkmış ise ilgili ödemelerin şirkette tutulması, geçici zararı giderme amaçlı ek finansman aracı olan ek ödeme yükümlülüğünün niteliğine aykırılık teşkil eder ve kurumun şirkete hizmet vermesine engel olur. Yan edim yükümlülüklerinde ise yükümlülük konusu olan edim pay sahibine aynen iade edilmez fakat edim ifa edildiğinde ortağa bunun karşılığı olarak uygun bir ödeme yapılır. Aksi halde, ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulur (TTK m. 606/3).

İsviçre hukukunda ek ödeme yükümlülüğü bilanço açıklarının kapatılması amacı taşır. Türk hukukunda da ek ödeme yükümlülüğü bilanço açıklarını kapatmak amacı taşır; ancak uygulamada amaçtaki bu sınırlamanın kalktığı belirtilmektedir. Ek ödeme yükümlülüğünün, limited şirketin ödeme dar boğazından çıkabilmesi için yeni bir araç olarak ortaya çıktığı söylenebilir<sup>75</sup>.

### III. YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HİZMET ETTİĞİ AMAÇ

#### A. ŞİRKETİN İŞLETME KONUSUNUN ELDE EDİLMESİ AMACI

TTK m. 606/1 gereği, yan edim yükümlülüğünün şirketin işletme konusunun elde edilmesine hizmet etmesi gerekir. Yan edim yükümlülüğünün sınırını şirketin işletme konusu oluşturur. Bu bağlamda ancak işletme konusunu gerçekleştirebilecek edimler yan edim yükümlülüğü olarak şirket sözleşmesinde yer alabilir<sup>76</sup>. İsviçre hukukunda ise yan edim yükümlülüğü düzenlemesi bazı farklılıklar içerir. Türk ve İsviçre hukukundaki düzenlemeler aşağıda ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

#### 1. Türk Hukukunda

Limited şirkette yan edim yükümlülüğüne yer verilebilmesi için yükümlülüğün şirket sözleşmesi ile düzenlenmesi ve şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet etmesi gerekir. Yan edim yükümlülüğünün amacının tespit edilebilmesi için “limited şirkette işletme konusu” kavramının açıklığa kavuşturulması önem arz eder.

TTK m. 606/1’de, limited şirket sözleşmesi ile şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülüklerinin öngörüleceği düzenlenir. TTK m. 606 gerekçesinde ise “*Bu edimler, şirketin konusunu gerçekleştirmesine, ortaklarının bileşiminin (meselâ, süt veya meyve*

---

ilişkin düzenlemenin kötüye kullanılmaya açık olduğu konusunda bkz. BİLGİLİ/DEMİR-KAPI, s. 485.

<sup>75</sup> BİLGİLİ/DEMİR-KAPI, s. 482.

<sup>76</sup> ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s. 710; BAHTİYAR, s. 466.

*üreticilerine özgülenmiş olmak gibi) korunmasına ve şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmemesine hizmet eder.”* ifadesine yer verilir. Gerekçede yer alan “Şirketin konusu” ibaresinin, ilgili maddede yer alan “şirketin işletme konusu” olarak anlaşılması gerekir.

Limited şirket, yasak olmayan her türlü iktisadi amaç ve konu için kurulabilir (TTK m. 573). Limited şirket, bankacılık (5411 sayılı Bankacılık K. m. 7, a) ve sigortacılık (TTK m. 573 Gerekçe) faaliyeti yapamaz. Şirketin konusunun mutlaka ticari işletme işletmek olması da gerekmez. Limited şirketin ekonomik amaç gütmesi yeterlidir. Ekonomik amaç dışında örneğin ideal amaçla<sup>77</sup> limited şirket kurulması mümkün değildir<sup>78</sup>.

TTK’da “*şirket*”in tanım ve unsurlarını ortaya koyan genel bir hüküm mevcut değildir. BK m. 620’de ise adi şirket tanımlanır. Adi şirket için yapılan bu tanım, bütün şirket tipleri için geçerli genel bir tanım olarak kabul edilir. Bu tanıma göre, “*Şirket, iki veya daha çok kişinin ortak bir amaca ulaşmak için emeklerini ve mallarını (sermayelerini) birleştirmeyi üstlendikleri bir sözleşmedir*”. Buradan hareketle, adi şirketin unsurlarının kişi, sözleşme, sermaye, ortak amaç ve ortak amaç doğrultusunda birlikte çalışmak olduğu kabul edilir<sup>79</sup>. Adi şirkette amaç, ortakların ekonomik alanda ulaşmak istedikleri hedefleridir<sup>80</sup>. Adi şirkette ortakların müşterek amacı, kazanç elde etmek ve bu kazancı aralarında paylaşmaktır<sup>81</sup>. Bu amacı elde etmek için kullanılan yol ise şirketten şirkete farklılık gösterir<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> Türk hukukunda, derneklerin; “kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulabileceği, dolayısıyla ideal amaç taşıdığı açık şekilde vurgulanır (Dernekler Kanunu m. 2/a).

<sup>78</sup> İsviçre hukukunda ise ideal amaçla limited şirket kurulması olanaklıdır. OR Art. 772/III’de limited şirketin ticari işletme işletmek için veya diğer ekonomik amaçlarla kurulabileceğine yer veriliyordu. Yapılan revizyon ile bu hüküm kanundan çıkarılarak limited şirketlerin ideal amaçla da kurulmasına olanak sağlandı. ŞENER, Limited Ortaklık Hukuku, s. 15. Bu düzenleme, limited şirketlerin derneklere alternatif bir kurum olmasına imkân sağladı. TRUEB, s. 1-13.

<sup>79</sup> BAHTİYAR, s. 15

<sup>80</sup> PULAŞLI, (2016), s. 18.

<sup>81</sup> Hasan PULAŞLI, “Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre “İktisadi Amaç” Kavramının Şirket ve Dernekler Bakımından Değerlendirilmesi”, **BATİDER**, C. XXXII, S. 3, s. 18; Oruç Hami ŞENER, **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 103; KARAYALÇIN, s. 216; BAHTİYAR, s. 21. Türk hukukunda adi şirketin amacının ekonomik olup olmayacağı tartışmalıdır. TBK m. 522’de adi şirketin amacının niteliği konusunda herhangi bir sınırlama getirilmediğinden, söz konusu amacın ekonomik olabileceği gibi ideal de olabileceği konusunda bkz. Nami BARLAS, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2008, s. 31.

<sup>82</sup> ŞENER, (2008), s. 104.

TTK m. 573/3'te, limited şirketin kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabileceği vurgulanırken, “amaç<sup>83</sup> ve konu” kavramlarına bir arada yer verilir. İki ortağın limited şirket şeklinde süpermarket işletmeleri halinde; şirketin amacı kâr elde etmek ve kârı paylaşmak; konusu ise süpermarket işletmektir<sup>84</sup>. Bu bağlamda, amaç ve konu kavramları farklı anlamlara sahip olmakla birlikte, şirketler hukuku açısından birbirleriyle ilişkili kavramlar olduğu söylenebilir. Amaç, şirketin nihai ekonomik hedefini ifade ederken; işletme konusu, amaca ulaşılması için yürütülen faaliyetleri ifade eder. Dolayısıyla işletme konusu, şirket amacına ulaşılmasına hizmet eden bir araçtır<sup>85</sup>.

TTK m. 576/1, b’de ise şirket sözleşmesinde yer alması gerekli hususlar sayılırken, sözleşmede şirketin işletme konusunun somutlaştırılması gerekliliğine vurgu yapılır. “Her türlü ticari işlem” şeklinde belirsiz ifadelerin şirket sözleşmesinde yer alması mümkün değildir<sup>86</sup>. TTK m. 576’da, şirket sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu kayıtlar arasında şirketin amacına yer verilmez. Genel prensipler doğrultusunda şirketin amacının kâr elde etmek olduğu varsayımından hareket edilir.

## 2. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda, limited şirket sözleşmesinde yan edim yükümlülüğüne yer verilme şartları daha geniş kapsamlıdır. OR Art 796 Abs. 2’ye göre; böyle bir yükümlülüğün öngörülebilmesi için yükümlülüğün, şirketin işletme amacının (işletme konusu) elde edilmesine, şirket

<sup>83</sup> İsviçre hukukunda ise şirketin faaliyet konusunu ifade etmek üzere “şirket amacı”ndan bahsedilir. Sevilay UZUNALLI, **Anonim Şirkette İşletme Konusu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 5. İsviçre hukukunda ortak amaç (*gemeinsamer Zweck*) genel olarak şirketin ekonomik anlamda ulaşmak istediği nihai hedeftir. Şirketin konusu ise bu amaca ulaşmak için seçilmiş faaliyeti, iş alanını veya alanlarını belirtir. İsviçre hukukunda ortak amaç ile nihai amaç (*Endzweck*) farklılığına da yer verilir. Bu bağlamda, ortak amaçla şirket ortaklarının tümünün tek ve aynı amacı gütmeyi istemiş olmaları ve ortakların olası bir zarara katılmaya hazır oldukları ifade edilir. Daha açık bir ifade ile ortak amaç, ortakların çabalarının nihai sonucunun kendilerine ait olacağı hususunda anlaşmalarıdır. İsviçre hukukunda “konu” sözcüğüne 2008 tarihli revizyonda yer verilmediği görülür (OR Art. 776). Buna rağmen, konu ve amaç arasındaki farklılık pratik anlamını korumaktadır. Amaç değişikliği genel kurulun yetkisinde olan bir husus olmasına rağmen şirketin faaliyet konusu şirketin amacı çerçevesinde şirket müdürleri tarafından değiştirilebilmektedir. İsviçre öğretisinde “işletme konusu” yerine “şirket amacı” ifadesinin kullanıldığı, burada amaç ile kastedilenin “konu” olduğu doktrinde vurgulanmaktadır. PULAŞLI, *İktisadi Amaç*, s. 34 vd.

<sup>84</sup> ŞENER, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, s. 16.

<sup>85</sup> UZUNALLI, s. 8.

<sup>86</sup> ŞENER, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, s. 680.

bağımsızlığının muhafaza edilmesine veya ortaklar çevresinin bir arada tutulmasına hizmet etmesi gerekir. Bu sınırlama, şirket çıkarlarına hizmet etmeyen, şirketin işletme konusuna yabancı yükümlülüklerin şirket sözleşmesinde öngörülmesini engelleme amacı güder<sup>87</sup>. Şahıs şirketi özelliği ağır basan limited şirketlerde az sayıda ortağın mevcudiyeti bu amaçlara aykırı yan edim yükümlülüğünün tesis edilmesine olanak sağlar. Gerekçenin yorumundan, bu tarz yükümlülükler tesis edilse bile bunların hukuka aykırı olacağı anlaşılır<sup>88</sup>.

İsviçre hukukunda yer alan düzenlemelerden yan edim yükümlülüğünün keyfi şekilde düzenlenmesinin mümkün olmadığı anlaşılır. Ancak kanunda yer alan üç amaçtan birinin sağlanması halinde yan edim yükümlülüğü düzenlenebilir<sup>89</sup>. OR Art 796 II'ye göre, şirket amacının elde edilmesi, şirket bağımsızlığının muhafaza edilmesi ve ortaklar çerçevesinin korunması amacına hizmet eden yan edim yükümlülükleri caizdir<sup>90</sup>. Bu düzenleme ile ilgisiz (amaca aykırı) yükümlülükler kapsam dışında tutulmaya çalışılır. Ayrıca düzenleme, şirket çıkarlarına değil de sadece bir şahsın bireysel çıkarlara hizmet eden yükümlülüklerin öngörülmesini engeller<sup>91</sup>.

TTK m. 606/1 gerekçesinde yan edim yükümlülüğünün amacı açıklanırken “işletme konusu” ifadesine yer verilirken hükmün mehzazı OR Art. 796 II'de “şirketin amacı” ifadesine yer verilir. Fakat bu ifade ile ne kastedildiği açık değildir<sup>92</sup>. Aslında İsviçre hukukunda “şirketin amacı”nın neyi içerdiği belirsizdir. Şirketin yapısı gereği tek bir amacı yoktur. Doktrinde şirketin doğrudan amacı, nihai amacı ve şirketin amaç konusu bağlamında üç farklı amaçtan bahsedilir. Doğrudan amaç ile şirket tarafından elde edilmeye çalışan somut başarıya (örneğin mutfak araçlarının üretimi, danışmanlık hizmetleri)

<sup>87</sup> Heinrich HONSELL/Peter Nedim VOGT/Rolf WATTER, **Obligationenrecht II Art. 530-1186 OR Bassler Kommentar**, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich, 2008, Art 796 No: 8.

<sup>88</sup> Sandro GERMANN, **Die personalistische AG und GmbH (Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen)**, Dike Verlag AG, Zürich, 2015, s. 341.

<sup>89</sup> GERMANN, s. 341.

<sup>90</sup> İlgili ifadelerle, borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylarla ilgili esas sözleşmesel bağlam kurallarında başvurulur. Bkz. TTK m. 493/2 ve OR Art. 685b.

<sup>91</sup> Rino SIFFERT/Marc Pascal FISCHER/Martin PETRIN: **GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)**, Stämpfli Verlag AG, Zurich, 2008, s. 150; Hans Rudolf TRUEB, **GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz Art. 772, OR und BEG**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 772 No: 6, 7.

<sup>92</sup> GERMANN, s. 341.

işaret edilir. Nihai amaç, doğrudan amacın takip edilmesinin ekonomik veya ideal sonuçların elde edilmesine hizmet edip etmeyeceği ile ilintilidir. Şirketin amaç konusu ise şirketin doğrudan amacına ulaşması için kullanılan somut araç olarak adlandırılır<sup>93</sup>.

Yan edim yükümlülüğünün işletmenin amaç konusunun gerçekleştirilmesine hizmet ettiği kabul edilir. Böylece şirketin doğrudan amacına ulaşmasının güçlendirilmesine (örneğin işletmenin ekonomik kaynaklarının tam kapasiteli kullanılması için reklam edimlerinin yerine getirilmesi yükümlülüğü), desteklenmesine (örneğin şirketçe gerçekleştirilen hizmetlerin tüketiciler üzerindeki etkisinin nitelikli olarak değerlendirilmesi yükümlülüğü) veya yardım sunulmasına (örneğin yılın belli zamanlarında veya belli hallerde şirkete yakıt temini yükümlülüğü) hizmet edilir. Şirket sözleşmesinde “konu” bağlamında yan edim yükümlülüklerinin düzenlenmesi ile ilgili eksiklik söz konusu ise OR Art 796 II ihlal edilmiş olur<sup>94</sup>.

İsviçre hukukunda, yan edim yükümlülüğünün bir diğer amacı, şirket bağımsızlığının muhafaza edilmesidir. Şirket bağımsızlığının muhafazası, şirket birliğinin korunmasını sağlar. Şirket bağımsızlığı, pay çoğunluğunun oy çoğunluğunu kazanmayı amaçlaması, anasözleşmesel konzern hükmü veya hâkimiyet sözleşmesinin akdedilmesi suretiyle kaybedilebilir. Bu bağlamda, yan edim yükümlülüğü şirkete hâkim bir çoğunluğun oluşmasının engellenmesi amacı ile kullanılabilir<sup>95</sup>. Bunun çeşitli şekillerde meydana gelmesi mümkündür. Böyle bir imkâna ilk olarak esas sermayenin belirli bir gerçek veya tüzel kişiye temlikinin yasaklanması ile ulaşabilir. Ayrıca belirli bir kişiyle veya genel olarak oy anlaşmalarının yapılmasının yasaklanması da olasıdır. Pay sahiplerinin iktisap edebileceği maksimum sermaye payına da sınırlama getirilebilir. Bu konudaki tedbirler bunlarla sınırlı değildir. Bu sınırlamalarla işletmenin yabancı ekonomik etkilerden korunması sağlanır<sup>96</sup>.

Yan edim yükümlülüğünün üçüncü amacı ise ortaklar bileşiminin korunmasıdır. Bu amaç, şirketin bağımsızlığı ile ilgili olmayıp aksine şirketin faaliyet alanı çerçevesinde bir rol oynayan ortakların kişisel yetenek ve özelliklerine ilişkindir. Şahıs şirketi özelliklerini de taşıyan limited şirketler, geleneksel amaçların elde edilmesi için ara sıra ortaklarının kişisel becerilerine de başvurabilir. Böyle bir ilişki, şirket sözleşmesine bağlı yan edim yü-

<sup>93</sup> HONSELL/VOGT/WATTER, Art. 796 No: 9.

<sup>94</sup> GERMANN, s. 341; HONSELL/VOGT/WATTER, Art 796 No: 9.

<sup>95</sup> GERMANN, s. 342.

<sup>96</sup> HONSELL/VOGT/WATTER, Art 796 No: 10; GERMANN, s. 342.

kümlülüğünün öngörülmesi ile mümkün olmalıdır<sup>97</sup>. Yan edim yükümlülüğü, mesleki yeterliliklerin güvence altına alınması, konuya yönelik veya insani know-how'ın getirilmesi, mevcut müşteri veya ortak ağının içine ilavenin sağlanması, politik veya idari ilişkilerden veya başkaca özellik ve yeteneklerinden yararlanılması şeklinde planlanabilir<sup>98</sup>.

### 3. Yan Edim Yükümlülüğünün Hizmet Ettiği Amacın Karşılaştırılması

TTK m. 606/1'de yan edim yükümlülüğünün amacı açısından “işletme konusuna” vurgu yapılırken, madde gerekçesinde “*Bu edimler, şirketin konusunu gerçekleştirmesine, ortaklarının bileşiminin (meselâ, süt veya meyve üreticilerine özgülenmiş olmak gibi) korunmasına ve şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmemesine hizmet eder.*” ifadesine yer verilir. TTK m. 606/1'in gerekçesinin, OR Art. 796 hükmüne paralel olduğu görülür. TTK m. 606'nın metninde yer almayan bir kapsama, madde gerekçesinde yer verilmesi doktrinde haklı olarak eleştirilir<sup>99</sup>.

TTK m. 606/1'e göre, yan edim yükümlülükleri, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesine hizmet edecek nitelikte olmalıdır. İşletme konusunun gerçekleştirilmesine hizmet etmeyecek bir hususa, yan edim yükümlülüğü olarak yer verilmesi mümkün değildir. İsviçre hukukunda OR Art. 796'da yan edim yükümlülüklerinde amaçsal kapsam daha geniş tutulur: Ortaklığın amacını (işletme konusu), ortaklık bağımsızlığının korunmasını veya ortaklar birleşiminin korunması amacını güden, bu amaca hizmet eden yan edim yükümlülüklerinin öngörülmesi mümkündür.

Doktrinde Şener, Türk hukukunda yan edim yükümlülüklerinin düzenleme amacının İsviçre'de olduğu gibi geniş tutulmamasını eleştirir. Yazara göre, TTK'nın ilgili madde gerekçesinde yan edim yükümlülüklerinin ortaklığın bağımsızlığının korunmasına ve ortakların bir arada tutulmasına hizmet edeceği vurgulansa da hükmün lafzı böyle bir yoruma uygun değildir<sup>100</sup>. Yan edim yükümlülüğü tesis edilirken, yükümlülüğün işletme konusuyla bağlantılı olması ve bu konunun gerçekleştirilmesine hizmet etmesi gerekir. *Can*, TTK m. 606/1'de yer verilen ortaklar bileşiminin korunması, şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmesine engel olunması şeklindeki gerekçenin hatalı olarak metne alındığını, söz konusu hükmün tam olarak İsviçre'den alınmamasına rağmen gerekçenin yazımında İsviçre kaynaklarından yararla-

<sup>97</sup> HONSELL/VOGT/WATTER, Art 796 No: 10.

<sup>98</sup> GERMANN, s. 342.

<sup>99</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 448.

<sup>100</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 448 vd.

nıldığını ifade eder<sup>101</sup>. *Cankat*'a göre ise TTK m. 606/1 hükmünün, OR Art. 796 II doğrultusunda yorumlanması gerekir. Yazar'a göre, işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet etmek, sınırları geniş olarak belirlenebilecek kavram olduğundan, kavramın şirketin bağımsızlığını ve ortaklar bileşiminin korunmasını hedeflediği ileri sürülebilir. Yazar konuya opsiyon hakları<sup>102</sup> açısından yaklaşarak, opsiyon haklarının yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilebilmesi için TTK m. 606/1 hükmünün mehaza uygun şekilde yorumlanması gerektiğini savunur<sup>103</sup>. *Pulaşlı*, yan edim yükümlülüğünün şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesine, ortakların bileşiminin korunmasına ve şirketin başka şirketlerin hâkimiyetine girmesinin engellenmesine hizmet edeceğini belirtir. Bu ifadesinde TTK m. 606/1 gerekçesine ve İsviçre Borçlar Kanunu Gerekçesine atıfta bulunur<sup>104</sup>. Bu bağlamda, yazarın ilgili hükmü gerekçe ve mehaza kanun doğrultusunda, geniş yorumladığı söylenebilir. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), yan edim yükümlülüğünün tek şartı olarak “şirketin işletme konusuna hizmet etmesi”ne yer verir, doktrindeki mevcut tartışmaya değinmez<sup>105</sup>.

Yukarıda izah edilen tartışmalar düşünüldüğünde, yan edim yükümlülüğünün TTK'da düzenlenmesi sırasında madde metninde gerekçedeki ifadeler yer verilmesinin, kanun yapma tekniği açısından daha doğru bir yaklaşım olacağı söylenebilir. TTK'nın ilgili madde gerekçesinde, yan edim yükümlülüklerinin ortaklığın bağımsızlığının korunmasına ve ortakların bir

<sup>101</sup> Mustafa Erdem CAN, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, C. XV, S. 4, s. 18.

<sup>102</sup> Opsiyon hakkı, sahibine tek taraflı irade açıklaması suretiyle sözleşme kurma ve mevcut bir sözleşmenin süresini uzatma yetkisi veren haktır. Vedat BUZ, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 160. Daha geniş anlamı ile opsiyon hakkı, hak sahibinin, opsiyon satıcısının herhangi bir onayı aranmaksızın, belirli bir değeri talep etmeye veya teslim etmeye yönelik içeriği ve şartları önceden belirlenmiş bir sözleşme ilişkisi kurulması sonucunu doğuran, tek taraflı, karşı tarafa ulaşması gerekli bir irade beyanıdır. İsmail KIRCA, **Hukuki Yönü ile Borsa Opsiyon İşlemleri**, Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2000, s. 36. Sermaye piyasası hukuku açısından opsiyon sözleşmesi ise belirli bir finansal değer (para, menkul kıymet, finansal araçlar, emtia vs.) belirli bir dönemde alınması (alım opsiyonu) veya satılması (satım opsiyonu) konusunda taraflardan birinin (opsiyon satıcısı), sözleşmenin diğer tarafına (opsiyon alıcısı) bir seçim hakkı tanıdığı (opsiyon hakkı), bunun karşılığı olarak da belirli bir bedelle (opsiyon primi) hak kazandığı sözleşmedir. Opsiyon sözleşmesi, opsiyon alıcısına belirli bir ücret karşılığında bir finansal değer alım veya satım konusunda seçim hakkı -ki buna opsiyon hakkı adı verilir- tanyan sözleşme türüdür. KIRCA, s. 186.

<sup>103</sup> CANKAT, s. 57.

<sup>104</sup> PULAŞLI, (2016), s. 810.

<sup>105</sup> ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 462.



arada tutulmasına hizmet edeceği vurgulanır. Hükümün, mehzaz kanuna uygun şekilde ve gerekçe göz önünde bulundurularak mı, kanunun lafzi ile mi yorumlanması gerektiği değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, şirketin “işletme konusunun gerçekleştirilmesi ile ortaklar bileşiminin ve şirketin bağımsızlığının korunmasının” bağlantılı kavramlar olup olmadığı hususu önem arz eder.

TTK m. 606/1 ve madde gerekçesine göre, limited şirket sözleşmesinde düzenlenen yan edimlerin, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesine hizmet etmesi gerekir. İşletme konusu, şirket amacından daha dar bir kavramdır. İşletme konusu, dar ve somut bir kavram olduğu için şirketin hareket sahası da daraldığından, yan edim yükümlülüklerinin düzenlenmesinde keyfi davranışların önüne geçilmesi sağlanır. Bu bağlamda işletme konusu, yan edim yükümlülüklerinin düzenlenmesi ile ulaşılmak istenen şeffaflık hedefini doğru şekilde karşılar<sup>106</sup>. İsviçre hukukunda ise şirket amacından yola çıkılmış fakat şirket amacının somutlaştırılması ihtiyacı sebebiyle konu yine işletme konusuna dayandırılmak zorunda kalmıştır. Bu bağlamda, TTK’daki terim tercihinin yerinde olduğu söylenebilir<sup>107</sup>.

TTK m. 606/1’de yer almayıp gerekçede yer alan ifadeye göre yan edimlerin, şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmemesine hizmet etmesi gerekir. Şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti<sup>108</sup> altına girmemesi ile kastedilen ise işletmenin ekonomik bağımsızlığının sağlanması, özellikle şirketler topluluğu çatısı altına girmesinin önlenmesidir. Şirketler topluluğuna giriş ile hukuki bağımsızlık devam etse bile ekonomik bağımsızlık kaybedilmektedir<sup>109</sup>.

Yine TTK m. 606/1’de yer almayıp gerekçede yer alan ifadeye göre “yan edimler ortaklar bileşiminin (meselâ, süt veya meyve üreticilerine özgülenmiş olmak gibi) korunmasına” hizmet eder. Yan edim yükümlülüğünde ortaklar bileşiminin korunması ile amaçlanan, şirketin oluşturduğu kendine özgü niteliklerin korunmasıdır. Kendine özgü nitelikleri olan şirketlere; aile şirketleri veya ortakları belli bir meslek grubundan oluşan şirketler örnek gösterilebilir. İşletmenin başarısı ve devamlılığı, pay sahiplerinin bilgi, beceri ve performanslarının korunmasına bağlıdır. Ortaklar bileşiminin korunmasına

<sup>106</sup> Tamer BOZKURT, **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)**, XII Levha, İstanbul, 2016, s. 78.

<sup>107</sup> BOZKURT, (2016), s. 79.

<sup>108</sup> Hâkimiyet bir şirketin diğerini yönlendirme, faaliyetlerini organize etme gücüdür. Hâkimiyet açısından yönetim organını belirme gücü önem taşır. Bu gücün fiilen kullanılıp kullanılmaması önemli değildir. Gül OKUTAN NİLSSON, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 34.

<sup>109</sup> BOZKURT,(2016), s. 78.



çalışılan şirketlerde, şirket ve pay sahipleri bir bütündür. Bu şirketlerde, dışardan sermaye şirketi görüntüsü mevcut olsa da şahıs şirketlerine benzer şekilde “ortaklar dayanışması” söz konusudur<sup>110</sup>. Bu durum da yan edim yükümlülüğünün, limited şirketin kişisel öğelerden oluşabilen yanını ortaya çıkaran, diğer taraftan da onu kooperatife yaklaştıran bir kurum olması ile uyumludur. Pay sahiplerinin mensubu olmaları gereken meslek, aile veya benzeri çevreye ilişkin hükümlere (pay sahipleri çevresine) şirket sözleşmesinde yer verilebilir. Bunlar, sözleşmenin pay sahipleri çevresinin bileşimini gösteren hükümlerdir. Şirket sözleşmesinde yer alan pay sahipleri çevresi, şirketin işletme konusu ve ekonomik bağımsızlığı ile ilişki içinde olmalıdır<sup>111</sup>. Şirkete her yıl belirli miktarda süt teslimi şeklindeki yan edim yükümlülüğü, şirket ortaklarının süt üreticileri olması halinde anlam kazanır. Aksi halde, piyasadan süt alıp şirkete teslim etmek pek anlamlı değildir. Bu tür şirketlerin ortakları, şirketin işletme konusu ile ilgili üretim yapan kişilerdir ve şirket de bu bilinç ve hedefle kurulur<sup>112</sup>.

TTK m. 606/1 gerekçesinde yer alan ifadelere, anonim şirketlerde pay senetlerinin devrinde bağlama ilişkin düzenlemeler arasında rastlanılır (TTK m. 493). Özellikle kapalı anonim şirketlerde işletme konusunun gerçekleştirilmesi ve şirketin ekonomik bağımsızlığının devamı açısından pay sahipleri çevresi ile işletme konusu arasında sıkı bir bağın olduğu kabul edilir. Pay sahipleri çevresini bozan devirler şirketin işletme konusunun zarar görmesine sebebiyet verebilir<sup>113</sup>. Aynı şekilde şirketin hâkimiyet altına girmesi, şirketin ticari ve hukuki durumunu değiştirerek, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi hâkim şirket tarafından veya onun yönlendirmesi ile alınan kararlar doğrultusunda imkânsız hale gelmesine sebebiyet verebilir. Şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi sırasında, şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmesine engel olunması ve ortaklar çevresinin korunması ihtiyacı doğabilir. İşletme konusu, şirketin bağımsızlığı ve ortaklar çevresi birbirine uzak kavramlar değildir. Şirket bağımsızlığının korunması açısından şirket payının belirli bir kişiye devrinin yasaklanması şeklinde yan edim yükümlülüğü veya ortaklar bileşiminin korunması amacı açısından şirkette belirli bir pozisyonda çalışma yükümlülüğü öngörülmesi mümkün olmalıdır.

İsviçre hukukunda yan edim yükümlülüğü, tipik olmamakla birlikte kişisel özellikleri ağır basan limited şirketler için karakteristik bir özellik ola-

<sup>110</sup> BOZKURT, (2016), s. 21 vd.

<sup>111</sup> Ünal TEKİNALP, **Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 42.

<sup>112</sup> TEKİNALP, (2013), s. 512.

<sup>113</sup> TEKİNALP, (2012), s. 18.

rak kabul edilir ve limited şirket şeklinde örgütlenmiş kartellerle<sup>114</sup> sıklıkla karşılaşılır<sup>115</sup>. Limited şirketler reformunda yan edim yükümlülüğüne yer verilmesinin ortak girişimler (joint venture)<sup>116</sup> için limited şirketi daha çekici hale getireceği belirtilir. Finansal yapı, teknolojik imkân, bilgi ve becerinin önem arz ettiği hallerde ortaklık çevresinin korunması da önem arz eder. Limited şirketlerde yan edim yükümlülüğü bu ortaksal çevrenin bir arada tutulmasını sağlayarak, joint venture için uygun zemin oluşturur<sup>117</sup>.

## B. İŞLETME FİNANSMANI AMACI TAŞIMAMASI

Şirket esas sermayesi ortaklığın finansmanını sağlar. Bundan başka ek ödeme yükümlülükleri ile de şirketin finansmanı sağlanabilir. Yan edim yükümlülüğü, şirketi finanse etme amacı gütmaz. Bu sebeple söz konusu yükümlülük, şirketin malî durumunun iyileştirilmesine veya özkaynak<sup>118</sup> teminine hizmet etmez. Bu özellik, yan edim yükümlülüğünü ek ödeme yükümlülüğünden ayıran temel noktadır<sup>119</sup>.

*İşletme finansmanı*; işletmenin tüm aktifleri (varlıkları) ve harcamaları için gerekli olan paranın veya kaynağın temin edilmesine denir<sup>120</sup>. İşletmeler, sermaye ihtiyacını karşılamak ve yatırımlarını finanse etmek için çeşitli kay-

<sup>114</sup> Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 3/c gereği *kartel; fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemleri* ifade eder.

<sup>115</sup> TRUEB, Art. 796 No: 1.

<sup>116</sup> Bazı hallerde işin teknik özellikleri ve hacmi işletmenin veya kişinin finansal yapısını, teknolojik imkân, bilgi ve becerisini aşabilir. Bu hallerde işi, iş birliği şeklinde örgütlemek daha uygun olabilir. Bu işbirliği modellerinin başında, “*joint venture*”lar gelir. Genel çerçevede joint venture, “hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız gerçek veya tüzel kişilerin belirli bir işi gerçekleştirmek için bir araya gelmeleri ve faaliyetin rizikosunu müteselsil sorumluluk altına girerek üstlenmeyi kabul etmeleri” olarak tanımlanabilir. BARLAS, s. 235 vd.

<sup>117</sup> BÖCKLI/FORSTMOSER, s. 21.

<sup>118</sup> İşletmeler için gerekli olan kaynaklar iç ve dış kaynaklar olarak ayrılabilir. Dış kaynaklar, işletmenin üçüncü kişilerden tahvil çıkarmak veya diğer şekillerde borç para almak şeklinde sağladığı kaynaktır. İç kaynak ise işletmeyi işleten kişi veya ortaklarca konulan sermayeden ve dönem kârının işletme içinde muhafaza edilen unsurlarından oluşur. Sermaye şirketlerinde ortakların şirkete getirdiği sermaye esas sermayedir. İşletmeye konulan sermaye, dönem kârının işletmeden çekilmemesi sonucu artabilir. Sermaye şirketlerinde kanuni ve ihtiyari yedek akçeler birikmiş kâr mahiyetindedir ve tasfiye halinde ortaklara dağıtılır. İşletmeye konulan sermaye ile işletmeden çekilmeyen kâra “özkaynak” adı verilir. Yaşar KARAYALÇIN, **Muhasebe Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1988, s. 50.

<sup>119</sup> ŞENER, Ortaklıklar Hukuku, s. 709 vd.; ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 108, 448.

<sup>120</sup> <http://www.finansofisi.com/finans-ve-finansman-nedir/> (Erişim Tarihi: 01.09.2018)

naklara başvurur. Bu bağlamda, işletme finansmanında işletmelerin başvurabileceği çeşitli finansal kaynaklar vardır. Bunlar temel olarak işletmelerin ortakları tarafından konulan sermayeyi belirleyen özkaynaklar (özsermaye), çeşitli finans kuruluşlarından faiz karşılığı sağlanan kaynaklar (yabancı sermaye) ve işletmenin sağladığı kârın bir kısmını dağıtmaması ile elde edilen kaynaklar (oto finansman) olarak üçe ayrılabilir<sup>121</sup>. Bu bağlamda finansman, şirkete mali kaynak temin etmeyi sağlar. Bu kaynaklar, sermayenin bir parçasını oluşturur.

Daha önce bahsedildiği üzere limited şirketlerde pay sahipleri aleyhine ek ödeme yükümlülüğü öngörülmesi mümkündür. Ek ödeme yükümlülüğü, yan edim yükümlülüğünden farklı olarak şirketin özkaynak ihtiyacını giderir. Ek ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmesinin şirketçe talep edilmesi için; şirket esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının şirketin zararını karşılayamaması, şirketin bu ek araçlar olmaksızın işlerine gereği gibi devamının mümkün olmaması, şirket sözleşmesinde tanımlanan ve özkaynak ihtiyacı doğuran diğer bir hâlin gerçekleşmiş bulunması şartlarından birinin gerçekleşmiş olması aranır (TTK m. 603/1). Dolayısıyla ek ödeme yükümlülüğünün ifasını doğuran şartlardan, ek ödeme yükümlülüğünün doğrudan şirketin finansman ihtiyacını karşılamaya hizmet ettiği söylenebilir. Ayrıca bu önemli husus, TTK m. 606/3'de “şirket sözleşmesinde açıkça belirtilmiş bir karşılığı veya uygun bir karşılığı bulunmayan ve özkaynak ihtiyacını karşılamaya hizmet eden nakdî ve aynı edim yükümlülükleri, ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümlere tâbîdir” şeklinde vurgulanarak da ifade edilmiştir. Ek ödeme yükümlülüğü, şirketin özkaynak temininde alternatif finansal olanak sağlar. Sermayeye esneklik kazandırarak, şirketin ticari faaliyetini güven içinde gerçekleştirmesine hizmet eder. Sermaye artırımını gibi meşakkatli yollara başvurmadan, bir mali değer şirket kasasına girer<sup>122</sup>. Eğer sözleşmede öngörülen yan edim yükümlülüğü şirket özkaynaklarının arttırılmasına hizmet ediyor hatta yükümlülük müdürler vasıtasıyla kullanılabilir serbest araçlar yaratmayı hedefliyor ise bu yükümlülüklerin ek edim yükümlülüğü olarak kabul edilmesi gerekir<sup>123</sup>.

Özkaynak temini, fiili ödeme yapmak suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi bazı giderlerden tasarruf sağlanması yoluyla da gerçekleştirilebilir. Benzin istasyonu işleten bir limited şirket için karşı edim söz konusu olmaksızın dönemsel şekilde yağ teslimi şeklinde yan edim yükümlülüğü öngörülmesi halinde şirkete

<sup>121</sup> Ahu GÜZEL, **İşletme Finansmanı**, İlay Yayınevi, İzmir, 2014, s. 26; D. Türker ULUDAĞ, **Aracı Kurumların Mali Yapılarını Güçlendirmeye Yönelik Bir Yöntem Sermaye Yeterliliği**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Ankara, 2001, s. 3.

<sup>122</sup> KARAKILIÇ, s. 115.

<sup>123</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 456.

öz kaynak temin edildiğinden, bu yükümlülüğün ek edim yükümlülüğü olarak kabul edilmesi gerekir<sup>124</sup>.

Yan edim yükümlülüğü ise şirket esas sermayesinin tamamlanması amacı taşımaz. Yan edimler esas sermayenin bir parçasını da oluşturmaz. Bu sebeple de esas sermayenin korunmasına ilişkin hükümler yan edim yükümlülüğüne uygulanmaz<sup>125</sup>. Şirket finansmanı amacı taşıyan yan edim yükümlülüğü öngörülmesi halinde, TTK m. 606/3'de yer alan yaptırım ile karşılaşılacaktır. Dolayısıyla ek ödeme yükümlülüğü ile yan edim yükümlülüğünün hizmet ettikleri amaç birbirinden tamamen farklıdır.

#### IV. YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KONUSU

##### A. GENEL OLARAK

Borcun konusunu edim oluşturur. Edimin ise konusuna göre, olumlu ve olumsuz edim olarak ayrılması mümkündür. Olumlu edimler, yapma ve verme edimleri; olumsuz edimler ise yapmama ve katlanma edimleri olarak karşımıza çıkar. Olumlu edimde borçlu, bir faaliyette bulunmak bir şeyi yapmak, vermek borcu altındadır. Olumsuz edimde ise borçlu yapmama veya katlanma borcu altındadır<sup>126</sup>.

Yan edim yükümlülüğünün şirket sözleşmesinde düzenlenmesi sırasında dikkat edilecek hususlar TTK m. 606/2'de yer alır. Hükme göre, yan edim yükümlülüğünün konusu, kapsamı, koşulları ve yan edim yükümlülüğünün ifasında önem taşıyan hususların şirket esas sözleşmesinde açık şekilde belirlenmesi gerekir. Bu edimlerin ifa zamanı, miktarı, kalitesi, edimlerin karşılığı ödenecek bedelin tespiti yöntemi gibi temel konular esas sözleşmede yer almalıdır<sup>127</sup>. İsviçre hukukunda da, yan edim yükümlülüğünün konusu ve kapsamına (örneğin, süre ve şartlar) şirket sözleşmesinde açık ve anlaşılır şekilde yer verilmesi gerekir (OR Art 796 III). Sözleşme hükümleri, üçüncü kişilerde edimin konusu hususunda yeterli bir anlayış oluşmasına aracılık etmelidir. Eğer şirket sözleşmesinde yan edim yükümlülüğü tam olarak formüle edilmemiş ise yükümlülüğün geçersizliği sonucu ile karşılaşılır<sup>128</sup>.

Yan edim yükümlülüğünün işletme konusu ile bağlantılı olmak üzere çeşitli şekillerde düzenlenmesi mümkündür. Yan edim yükümlülüğünün

<sup>124</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 456 vd.

<sup>125</sup> DİNÇ, s. 86.

<sup>126</sup> EREN, s. 101 vd.; ANTALYA, s. 35 vd.

<sup>127</sup> ÇAMOĞLU (TEKİNALP/POROY), s. 462.

<sup>128</sup> TRUEB, Art. 796 No: 10; DORIG/GLATTHAAR, Art. 796 No: 3; GERMANN, s. 337.

konusunu yapma, yapmama, katlanma, kullandırma edimleri oluşturabilir<sup>129</sup>. Edimlerin süre açısından bir kerelik veya periyodik olarak düzenlenmesi mümkündür<sup>130</sup>.

İsviçre hukukunda yan edim yükümlülüğü düzenlemesi ile hedeflenen amaçların elde edilmesi için yan edim yükümlülüklerinin farklı biçimlerde şekillendirildiği görülür. Fakat yan edim yükümlülüğü belirlenirken yükümlülüğün, kişiliğin korunması hususunda aşırı yararlanmaya ilişkin Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) Art 27; sözleşmenin içeriğinin imkânsız, ahlaka ve hukuk düzenine aykırı olmamasına ilişkin Obligationenrecht (OR) Art 19'a uygun olması hususlarına dikkate edilmesi gerekir. Yan edim yükümlülüğü ile objektif bir sebep olmaksızın belirli bir kişisel yararın desteklenmesi ise (örneğin belirli bir pay sahibinin) yükümlülüğünün hükümsüzlüğü sonucunu doğurur<sup>131</sup>.

## B. OLUMLU EDİM

Olumlu edim, bir şeyin verilmesine, yapılmasına ilişkin olan edimlerdir. Bunları kişisel edimler ve maddi edimler olarak ikiye ayrılabilir. Kişisel edimler, borçlunun bedeni veya fikri gücü ile yerine getirdiği edimlerdir. Hizmet sözleşmesinde, işçinin yapma edimi, saklama sözleşmesinde sözleşme konusunu muhafaza etme edimi gibi. Maddi edimler ise borçlunun kural olarak malvarlığı ile yerine getirdiği edimlerdir. Satıcının malı teslim edip mülkiyetini geçirme edimi, kiracının kira bedelini ödeme edimi gibi. Birçok halde kişisel ve maddi edimler bir arada bulunur. Eser sözleşmesinde, müteahhidin eser meydana getirmek için çalışması yanında imal edilecek şey için gereken araçların tedarik etmesinin gerekmesi gibi<sup>132</sup>.

Maddi ve kişisel edimler, verme/yapma şeklinde belirebilir. Yan edim yükümlülüğü de aynı edim veya hizmet edimi şeklinde verme-yapma borcu olarak ortaya çıkabilir: Ticari bir malın teslim edilmesi veya satın alınması; şirketin kullanımı için bazı malların zilyetliğinin şirkete devri; şirketçe belirlenen fiyatlara uyma; şirket için bir görev yerine getirme veya kişisel bir hizmet icra etme gibi<sup>133</sup>. Daha somut bir örnek olarak, moda evinin limited

<sup>129</sup> PULAŞLI, (2016), s. 810; ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 449.

<sup>130</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 449.

<sup>131</sup> Adrian DORIG/Matthias GLATTHAAR, **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 796 No: 2.

<sup>132</sup> Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ Hüseyin HATEMİ/ Rona SEROZAN/ Abdülkadir ARPACI, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014, s. 35; EREN, 75 vd.

<sup>133</sup> TRUEB, Art. 796 No: 6; SIFFERT/FISCHER/PETRIN, Art. 796 No: 6; DORIG/GLATT-

şirket şeklinde örgütlenmesi halinde, yan edim yükümlülüğü olarak ortaklara moda evinin tasarımlarını yapma veya moda evinin müdürlüğünü üstlenme yükümlülüğünün getirilmesi mümkündür<sup>134</sup>. Yine şirketin taşıma, pazarlama ve dağıtım gibi hizmetleri yan edim olarak ifa edilebilir. Şirkete soğuk hava deposu, depo veya park yeri sağlanabilir<sup>135</sup>. Meyve suyu üretimi yapılan bir limited şirkette, bazı pay sahiplerine hammaddenin saklanması için sahip oldukları soğuk hava depolarının kullanılması veya üretilen meyve sularının dağıtımı şeklinde yan edim yükümlülükleri yüklenebilir.

Yan edim yükümlülüklerinin konusu şirketin faaliyet alanına göre süt, pancar, şeker kamışı, meyve gibi ham veya işlenmiş ürünlerin teslimi olabilir (TTK 606/1 Madde Gerekçesi)<sup>136</sup>. Örneğin; peynir, yoğurt, ayran vb. süt ürünlerinin üretildiği bir limited şirkette ortaklara belirli miktarda süt teslim etme borcu yüklenmesi mümkündür<sup>137</sup>. Bu yolla şirket ortaklarına ürettikleri ürünleri pazarlayacakları bir pazar yaratılmış olduğu gibi, şirketin hammadde ihtiyacı da karşılanmış olur. Benzer şekilde meyve suyu veya un üretimi ile iştiğal eden bir şirkette ortakların her yıl belirli bir miktar meyve veya buğday teslim etmeleri şirket sözleşmesinde öngörülerek, şirketin hammadde ihtiyacı karşılanabilir<sup>138</sup>.

Olumlu edimin türlerinden biri de verme edimidir. Doktrinde “verme” şeklindeki yan edim yükümlülüğünün “para” ile ifa edilip edilemeyeceği, daha açık ifade ile verme ediminin konusunu paranın oluşturup oluşturamayacağı hususunda görüş birliği yoktur. Doktrinde hâkim görüş, yan edim yükümlülüğünün konusunu paranın oluşturamayacağı yönündedir<sup>139</sup>. Şener ise yan edim yükümlülüğünün konusunun para olabileceğini savunur<sup>140</sup>. İsviçre hukukunda ek edim yükümlülüğü ile eşdeğer olmamak kaydı ile yan edim yükümlülüğünün parasal edim; yıllık aidat, giriş ücreti veya ortağın değişmesi sırasında ücret ödenmesi şeklinde öngörülmesi mümkündür<sup>141</sup>. Doktrinde, yan edim yükümlülüğünün para olarak ifa edilmesinin mümkün olmadığı, bu

---

HAAR, OR Art. 796 No: 2.

<sup>134</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 449.

<sup>135</sup> CAN, s. 18; DİNÇ, s. 86.

<sup>136</sup> PULAŞLI, (2016), s. 810; DORIG/GLATTHAAR, OR Art. 796 No: 2.

<sup>137</sup> TEKİNALP, 2013, s. 511 vd.

<sup>138</sup> ÇAMOĞLU (TEKİNALP/POROY), s. 462.

<sup>139</sup> BOZKURT, (2018), s. 535; KENDİGELEN, s. 511; BAHTİYAR, s. 466; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 462.

<sup>140</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 449.

<sup>141</sup> SIFFERT/FISCHER/PETRİN, Art. 796 No: 6; TRUEB, Art. 796 No: 6; DORIG/GLATTHAAR, OR Art. 796 No: 2.

özelliğın de yan edim yükümlülüğünü, ek ödeme yükümlülüğünden ayıran temel fark olduğu savunulur<sup>142</sup>. TTK m. 606/3'te hangi hallerde yan edim yükümlülüğünün, ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümlere tabi olacağı düzenlenir. Buna göre; “Şirket sözleşmesinde açıkça belirtilmiş bir karşılığđ veya uygun bir karşılığđ bulunmayan ve özkaynak ihtiyacını karşılamaya hizmet eden *nakdi* ve aynı edim yükümlülükleri, ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümlere tâbidir”. Kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceğinin kabulü ile açıkça belirtilmiş ve uygun karşılığđ olan nakdi edimlerin de yan edim yükümlülüğü olarak öngörülmesi mümkün olmalıdır. Şirketin üretmiş olduğu ürünlerden belirli dönemlerde satın alma yükümlülüğü aslında yapma edimi olarak karşımıza çıkar. Bu tarz yükümlülükler şirketin işletme konusunun elde edilmesine, şirketin ürettiğđ mallar açısından pazar bulunmasına hizmet eder. Bu edimin uygun karşılığđ aslında verme edimi şeklindeki, paradır.

İsviçre hukukunda yan edim yükümlülüğü düzenlenirken uygun bir karşılık belirlenmesine gerek yoktur. Şirket için ücretsiz çalışma şeklinde olduğu gibi yükümlülüğün karşılıksız olarak düzenlenmesi de mümkündür<sup>143</sup>. Türk hukukunda ise yan edim yükümlülüklerinin uygun bir karşılığđ olması gerektiğđ kabul edilir.

### C. OLUMSUZ EDİM

Olumsuz edimler, yapmama ve katlanma edimlerinden oluşur. Yapmama edimi, borçlunun genel olarak yapmaya yetkili olduğu bir fiili yapmama yükümlülüğü altına girmesidir. İşçinin hizmet sözleşmesinden sonra rekabet etmemeyi taahhüt etmesi veya bir şahsın kendisine ait bir malı üçüncü kişilere devretmemeyi taahhüt etmesi gibi. Katlanma edimleri ise genel hukuk kuralları bağlamında karşı koymak veya muhalefet etmek hakkına sahip olduğu bazı fiillere karşı koymamak borcu altına girilmesidir. Kira sözleşmesinde kiralaanın, kiracının malı sözleşmeye uygun şekilde kullanmasına ses çıkarmamasında olduğu gibi<sup>144</sup>.

Yan edim yükümlülüğünün, pay üzerinde alım, önalım ve satım hakkı tanınması (opsiyon hakları) şeklinde olması mümkündür<sup>145</sup>. Bu noktada limited şirketlerde pay sahiplerinin opsiyon haklarına (önerilmeye muhatap

<sup>142</sup> BOZKURT, (2018), s. 535; KENDİGELEN, s. 511; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 462.

<sup>143</sup> JORG/ARTER, s. 158; GERMANN, s. 336.

<sup>144</sup> KOCAYUSUFAŞAOĞLU/HATEMİ /SEROZAN/ARPACI, s. 37; EREN, 75 vd.

<sup>145</sup> TRUEB, Art. 796 No: 6; SIFFERT/FISCHER/PETRIN, Art. 796, No: 6; DORIG/GLATTHAAR, OR Art. 796, No:2.



olma<sup>146</sup>, önalım, geri alım ve alım hakları) da değinmek gerekir. Opsiyon hakları, pay sahipleri veya üçüncü kişiler lehine sözleşme ile tanınan ve konusu pay olan satış sözleşmesi ilişkisini doğuran haklar olarak tanımlanabilir<sup>147</sup>. İsviçre hukukunda ise hak sahiplerine gelecekte bir anda payların tamamını ya da bir bölümünü önceden belirlenmiş şartlarla devralma imkânı veren haklar olarak tanımlanır<sup>148</sup>. Opsiyon hakları, pay sahiplerine aynı şekilde payını opsiyon hakkı sahibine satma yada satış sözleşmesinin kurulması için irade açıklamasında bulunma ve bu açıdan da payını üçüncü bir kişiye satmama borcu yükler<sup>149</sup>. Bu bağlamda, opsiyon hakları yapmama edimi olarak kabul edilebilir. TTK m. 577/1’de “Aşağıdaki kayıtlar, şirket sözleşmesinde öngörüldükleri takdirde bağlayıcı hükümlerdir” ifadesine yer verildikten sonra maddenin b fıkrasında “Ortaklara veya şirkete, esas sermaye payları ile ilgili olarak öneril-

<sup>146</sup> Bu hakka, TTK m. 577/1 ve TTK m. 466’da yer verilir. Fakat her iki hüküm farklı kurumları düzenler. TTK m. 577’nin mehzazının OR Art. 776a/1-2 hükmü olduğu dikkate alındığında “Vorhandrecht” kavramı ile karşılaştırılır. İlgili kavram, şarta bağlı sermaye artırımında yer alan önerilmeye muhatap olma kurumundan farklıdır. Doktrinde, TTK m. 577’de yer alan kavramın “öncelik” hakkı olduğu kabul edilir. CANKAT, s. 116; Gül OKUTAN NİLSSON, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri**, Çağa Hukuk Vakfı, İstanbul, 2004, s. 210 vd.

<sup>147</sup> Ali Murat SEVİ, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 57.

<sup>148</sup> Opsiyon haklarına ve yan edim yükümlülüğüne ilişkin bir diğer düzenleme ise TTK m. 587/1-j’de yer alır. Buna göre; “Şirket sözleşmesinde öngörülmüş bulunan imtiyaz, ek yükümlülük veya yan edim yükümlülükleri, esas sermaye payları ile ilgili önerilmeye muhatap olma, ön alım, geri alım ve alım hakları”nın Ticaret Siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan olunması gerekir. Yine TTK m. 593/2 ve 595/1’de esas sermaye pay senetlerinde ek ödeme, yan edim yükümlülüğü ve opsiyon haklarına yer verilmesi gerektiği düzenlenir.

<sup>149</sup> CANKAT, s. 55. Limited şirketlerde opsiyon hakları şirket sözleşmesine konulacak hüküm ile oluşturulur. Şirket sözleşmesinin değiştirilmesi suretiyle opsiyon hakkı yaratılması halinde genel kurulda gerekli yetersayılara riayet edilmesi şarttır. CANKAT, s. 68. Sermaye piyasası hukuku açısından opsiyon sözleşmeleri türev araçların bir türüdür. Türev araçlar, dayanak varlığın getirisine bağlı olarak getiri elde edilmesi sağlanan ve bir başka araçtan türetilen finansal araçlardır. Türev araçlara; vadeli işlem sözleşmeleri, vadeli satım sözleşmeleri, swap işlemleri ve opsiyon sözleşmeleri örnek gösterilebilir. Sermaye piyasasında opsiyon sözleşmesi tarafı opsiyon hakkı sahipleri, Takas Merkezi ve takas üyesidirler. Opsiyon işlemleri borsada işlem yapmak isteyen yatırımcıların takas üyesi olan borsa üyelerine başvurmaları ve bu üyelerinin, Takas Merkezi olarak belirlenen bir kuruma yatırımcıların bu isteklerini iletmeleri ile gerçekleşir. Takas Merkezinin aracılığı sayesinde emirler eşleştirilir. Eşleşen yatırımcı emirleri sonucunda kurulan opsiyon sözleşmeleri, opsiyon alıcısının sözleşme ile kendisine tanınan seçim hakkının (opsiyon hakkı) kullanması sonucunda kendiliğinden, başka bir işlem yapmaya gerek kalmaksızın alıcı ile satıcı arasında satım sözleşmeyi kurmaya yönelmiş olur. Başak BAK, **Borsa Opsiyon Sözleşmesi**, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 2009, S. 64, N. 4, s. 40 vd.



meye muhatap olma<sup>150</sup>, önalım<sup>151</sup>, geri alım<sup>152</sup> ve alım<sup>153</sup> hakları tanınması”nın şirket sözleşmesinde yer alması kaydı ile mümkün olduğu vurgulanır. “Bağlayıcı hükümlerdir” ibaresi, ise bu hükümlerin hem ortakları hem de şirket organlarını bağladığını ifade eder<sup>154</sup>. Bu madde ile limited şirketlerde opsiyon hakları açık şekilde düzenleme altına alınır. Opsiyon haklarının tüm ortakları ve şirket organlarını bağladığı göz önüne alındığında bu hakların ilgililer nezdinde ortaksal borç özelliği taşıdığı görülür. Bu durum ise limited şirketlerde tek borç ilkesinin hâkim olmadığı dikkate alındığında, şirketçe ortaklara sermaye koyma borcundan başkaca bir borcun yüklendiğine işaret eder. Doktrinde kimi yazarlarca TTK m. 577/1-b’de (OR Art. 776a/I-2) sayılan bu ortaksal borç, yan edim yükümlülüğü olarak nitelenir<sup>155</sup>. Bu haklar, mevcut ortaklık yapısının korunması bir başka deyişle yeni pay sahiplerinin şirkete katılımını engelleme işlevi görür<sup>156</sup>. Bu bağlamda opsiyon hakları, TTK 606/1 madde metninde yer almayan fakat maddenin gerekçesinde yer alan, OR Art 796’de

<sup>150</sup> Öncelik hakkı ile pay sahibinin payını devretmeyi düşünmesi halinde -içeriği farklı şekillen- dirilebilir- öncelik hakkı tanınan kişi veya kişilere payı devralma konusunda değişik yetkiler tanınır. Öncelik hakkı, bir alacak hakkı niteliğinde olup, duruma göre yapma veya yapma- ma borcu niteliğinde olabilir: Müzakerede bulunma yükümlülüğü, bir teklifin yapılmasına ilişkin yükümlülük, bir teklifin kabul edilmesine ilişkin yükümlülük, üçüncü kişiye devir yapmayıp, öncelik tanına ile sözleşme kurma yükümlülüğü gibi. Öncelik hakkında devral- ma mekanizması, üçüncü kişi ile somut devir sözleşmesi kurulması ile değil, yükümlünün paylarını devretme niyetiyle ortaya çıkar. Öncelik hakkının ön alım haklarından temel farkı budur. BOZKURT, (2016), s. 256 vd.; CANKAT, s. 121 vd.

<sup>151</sup> Ön alım hakkı, esas sermaye paylarının üçüncü kişilere satılması veya başka bir şekilde dev- redilmesi durumunda hak sahibine bu payların mülkiyetinin kendisine devredilmesini talep etme hakkı veren ve yenilik doğuran bir haktır. CANKAT, s. 135 vd.; BOZKURT, (2016), s. 259 vd.

<sup>152</sup> Geri alım hakkı, hak sahibine daha önceden devrettiği esas sermaye paylarını iade alma hak- kı verir. Geri alım hakkı, esasen belirli bir esas sermaye payını konu alan özellikli bir alım hakkıdır. Sözleşmenin konusunu daha önceden devredilen esas sermaye payları oluşturur. Bu hakkın kullanılması, payların üçüncü kişiye devri şartına bağlı değildir. CANKAT, s. 135; BOZKURT, (2016), s. 260.

<sup>153</sup> Alım hakkı, limited şirkette sahibine belirli bazı esas sermaye paylarını tek taraflı irade beyanında bulunarak devralma imkânı veren haktır. Öncelik hakkından farklı olarak, tek taraflı irade beyanı ile devir sözleşmesinin kurulması mümkündür. Alım hakkı muhatabın devir niyetinden bağımsız olarak kullanılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. CANKAT, s. 131 vd.; BOZKURT, (2016), s. 260.

<sup>154</sup> TEKİNALP, (2013), s. 461.

<sup>155</sup> HANDSCHIN/TRUNIGER, s. 37; HONSELL/VOGT/WATTER/WERNLİ, Art. 772 No: 36a; CANKAT, s. 55.

<sup>156</sup> Sinan H. YÜKSEL, **Pay Sahipleri Sözleşmeleri**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, s. 130; HANDSCHIN/TRU- NIGER, s. 37.

ise açık şekilde yan edim yükümlülüğünün öngörülmesi şartlarından biri olan “ortaklar çevresinin” ve “şirket bağımsızlığının” korunması ile de uyumludur. Opsiyon hakları, bazı kişilerin şirkete ortak olmamasını sağlama amacı güder. Bu amaç da yan edim yükümlülüğünün, şirkete finansman sağlama amacıyla kullanılamaması ile uyumludur<sup>157</sup>.

Bazı şirketler için sınıai haklar büyük önemi haizdir. Şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi bu haklara bağlı olabilir. Bu bağlamda, ortağın sahip olduğu lisans ve patent haklarının kullanımını şirkete bırakma ve şirketin kullanımını süresince buna katlanma şeklinde yan edim yükümlülüğü de söz konusu olabilir<sup>158</sup>.

Yan edim yükümlülüğünün rekabet etmeme şeklinde düzenlenmesi de mümkündür<sup>159</sup>. Rekabet etmeme, yapmama şeklindeki yan edim yükümlülüklerindedir. Limited şirkette müdür sıfatına sahip olmayan ortaklar açısından rekabet yasağına ilişkin TTK’da bir düzenleme mevcut değildir. Aslında rekabet yasağı, TTK m. 613/1’de düzenlenen sadakat yükümlülüğünün bir yansımasıdır. Kanunda rekabet yasağına ilişkin bir düzenleme olmasa bile sözleşmesel bir temele oturtularak ortaklar açısından rekabet yasağının düzenlenmesi mümkündür<sup>160</sup>. Rekabet yasağına ilişkin düzenlemeye yan edim yükümlülüğü şeklinde şirket sözleşmesinde yer verilmesi uygun olabilir<sup>161</sup>.

## SONUÇ

TTK m. 606’da limited şirketler açısından yan edim yükümlülüğüne yer verilmiştir. Bazı şirketlerin sahip oldukları nitelikler, ortaklara pay bedeli ödeme borcu dışında bazı ikincil yükümlülüklerin yüklenmesine imkân tanır. Bu çalışmanın konusunu bahsi geçen ikincil yükümlülüklerden yan edim yükümlülüğü oluşturur. Çalışmada, limited şirketlerde yan edim yükümlülüğü kavramı, kurumun hizmet ettiği amaç ve yükümlülüğün konusu kavramları

<sup>157</sup> Cankat, opsiyon haklarının şirketin likidite ihtiyacını sağlamak için kullanılabileceğini (şirketin maliki olduğu kendisine ait veya bir başka şirket hisselerini satarak ihtiyacı olan nakde kavuşması), bu bağlamda bir finansman aracı olduğunu fakat ek ödeme yükümlülüklerinden farklı olarak özkaynak ihtiyacını karşılamadığını vurgular. CANKAT, s. 55, dpn. 219.

<sup>158</sup> Christoph KÄSER, “Statutarische Gestaltungsmöglichkeiten bei AG und GmbH” **Ge-sellschaftsrecht und Notar - La société au fil du temps Beiträge der Weiterbildungs-seminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 1. September 2015 in Zürich und vom 8. September 2015 in Lausanne**, Schulthess AG, 2016, s. 104.

<sup>159</sup> TRUEB, Art. 796 No: 6.

<sup>160</sup> ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 480.

<sup>161</sup> Alman hukukunda da şirket ortakları açısından rekabet yasağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen konunun yan edim yükümlülüğü kapsamında düzenlenebileceği kabul edilmektedir. ŞENER, Limited Ortaklıklar Hukuku, s. 481.

Türk ve İsviçre hukuku temelinde karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Yapılan inceleme sonucu ortaya çıkan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

Yan edim yükümlülüğü, ortağa veya ortaklara, şirket sözleşmesi ile yüklenen, sermaye koyma borcu ve muhtemel ek ödeme yükümlülükleri dışında, şirkete başka edimlerin yerine getirilmesine ilişkin münferit yükümlülüklerdir. Yan edim yükümlülükleri sermaye payına bağlı yükümlülüklerdir. Fakat tam anlamı ile eşyaya bağlı borç değildir. Zira eşyaya bağlı borç, eşya üzerinde aynı hakka veya zilyetliğe sahip kimsenin kanun yahut hukuki işlem sonucu olumlu bir edimle yükümlü kılındığı halleri ifade eder. Payın senede bağlandığı hallerde dahi payı eşya olarak nitelenmenin güçlüğü, eşyaya bağlı borçların konusunu yapmama veya katlanma borcunun oluşturması mümkün olmaması, söz konusu yükümlülüğün eşyaya bağlı borç olarak nitelenmesindeki güçlüğü ortaya koyar. Bu bağlamda, yan edim yükümlülüğü tipik bir eşyaya bağlı borç olmayıp, bir tür eşyaya bağlı borç olarak nitelendirilebilir. Yan edim yükümlülüğü, pay sahipliği sıfatından kaynaklanan bir yükümlülüktür. Ortaklık ilişkisinin, ortaklık sıfatının bir sonucudur.

TTK m. 606/1 gereği, yan edim yükümlülüğünün şirketin işletme konusunun elde edilmesine hizmet etmesi gerekir. TTK m. 606 gerekçesinde ise “*Bu edimler, şirketin konusunu gerçekleştirilmesine, ortaklarının bileşiminin (meselâ, süt veya meyve üreticilerine özgülenmiş olmak gibi) korunmasına ve şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmemesine hizmet eder.*” ifadesine yer verilir. Gerekçe İsviçre OR Art. 796 ile uyumludur. Fakat düzenleme, hükmün İsviçre’ye benzer şekilde yorumlanıp, uygulanmasına hizmet etmez. Bu bağlamda, yan edim yükümlülüğünün TTK’da düzenlenmesi sırasında madde metninde gerekçedeki ifadelerle yer verilmesinin, kanun yapma tekniği açısından daha doğru bir yaklaşım olacağı söylenebilir. Şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmemesi ile kastedilen ise işletmenin ekonomik bağımsızlığının sağlanması özellikle şirketler topluluğu çatısı altına girmesinin önlenmesidir. İşletmenin başarısı ve devamlılığı, pay sahiplerinin bilgi, beceri ve performanslarının korunmasına bağlı olduğu hallerde, pay sahibi çevresinin korunması gerekir. Bu bağlamda; “şirket bağımsızlığı” ve “pay sahibi çevresinin korunması”, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesinden bağımsız kavramlar değildir. Bunlar, işletme konusunun gerçekleştirilmesine doğrudan veya dolaylı şekilde hizmet eden kavramlardır. Yan edim yükümlülüğünden beklenen faydanın elde edilmesi için mehaza uygun olarak yorumlanması daha yararlı olabilir. Ayrıca, yan edim yükümlülüğü, şirketi finanse etme amacı gütmaz. Bu sebeple söz konusu yükümlülük, şirketin malî durumunun iyileştirilmesine veya özkaynak teminine hizmet etmez. Bu özellik, yan edim yükümlülüğünün ek ödeme yükümlülüğünden ayıran temel noktadır.

Yan edim yükümlülüğünün konusunu yapma, yapmama, katlanma, kullandırma edimleri oluşturabilir. İsviçre hukukunda benzer edimlerin yan edim yükümlülüğü olarak düzenlenebileceği kabul edilir.

### KAYNAKLAR

- AKİPEK, Jale G.: **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 308, Ankara, 1972.
- ANTALYA, O. Gökhan: **6098 sayılı Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul.
- BAHAR SAYIN, Hediye: **Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, 2. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- BAHTİYAR, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- BAK, Başak: "Borsa Opsiyon Sözleşmesi", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 2009, S. 64, N.4, 40-75.
- BARLAS, Nami: **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: **Şirketler Hukuku Dersleri**, 6. Baskı. Dora Yayınevi, Bursa, 2018.
- BÖCKLİ, Peter/FORSTMOSER, Peter: **Das neue schweizerische GmbH-Recht**, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2006.
- BOZKURT, Tamer: **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması**, XII Levha, İstanbul, 2016.
- BOZKURT, Tamer: **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018.
- BUZ, Vedat: **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- CAN, Mustafa Erdem: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, C. XV, S. 4, 1-23.
- CANKAT, Rıfat: **Limited Ortaklıklarda Opsiyon Hakları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.
- ÇAMOĞLU, Ersin/ TEKİNALP, Ünal /POROY, Reha: **Ortaklıklar Hukuku II**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- DEMİRKAPI, Ertan: **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre Limited Ortaklıkta Payın Devri**, Güncel Yayınevi İzmir, 2008.

- DİNÇ, Serhan: “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre Limited Ortaklıklarda Ortakların Yan Edim Yükümlülükleri”, **İzmir Barosu Dergisi**, 2016, Y. 81, S. 3, 75-115.
- DÖRİĞ, Adrian/GLATTHAAR, Matthias: **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- EREL, Şafak N.: **Eşyaya Bağlı Borç**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 490, Ankara, 1982.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- GERMANN, Sandro: **Die personalistische AG und GmbH (Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen)**, Dike Verlag AG, Zurich, 2015.
- GÜZEL, Ahu: **İşletme Finansmanı**, İlay Yayınevi, İzmir, 2014.
- HONSELL, Heinrich/ VOGT, Peter Nedim/ WATTER, Rolf: **Obligationenrecht II Art. 530-1186 OR Basler Kommentar**, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich, 2008.
- JORG, Florian S./ARTER, Oliver: **Das Recht der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)**, Stämpfli Verlag AG, 2015.
- KARAKILIÇ, Hasan: “Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, C. 4, S. 2, 107-144.
- KARAYALÇIN, Yaşar: **Muhasebe Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1988.
- KÄSER, Christoph: “Statutarische Gestaltungsmöglichkeiten bei AG und GmbH” **Gesellschaftsrecht und Notar - La société au fil du temps Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 1. September 2015 in Zürich und vom 8. September 2015 in Lausanne**, Schulthess AG, 2016, s. 87-116.
- KENDİGELEN, Abuzer: **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul.
- KIRCA, İsmail: **Hukuki Yönü ile Borsa Opsiyon İşlemleri**, Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2000.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014.
- MOROĞLU, Erdoğan: **Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı**, 3. Baskı, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2015.

- OKUTAN NİLSSON, Gül: **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topululuğu Hukuku**, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2009.
- OKUTAN NİLSSON, Gül: **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri**, Çağa Hukuk Vakfı, İstanbul, 2004.
- OĞUZMAN, M. Kemal: **Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar**, İÜHFD, 1965, C. 31, S. 1-4, s. 209-219.
- PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- PULAŞLI, Hasan: **Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna Göre “İktisadi Amaç” Kavramının Şirket ve Dernekler Bakımından Değerlendirilmesi**, **BATİDER**, Y. 2016, C. XXXII, S. 3 21-74. (İktisadi Amaç)
- SEVİ, Ali Murat: **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- SIFFERT, Rino/FISCHER, Marc Pascal /PETRIN, Martin: **GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)**, Stämpfli Verlag AG, 2008.
- SİRMEN, A. Lâle: **Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2016.
- SEZGİN HUYSAL, Ayşegül: “Limited Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senedinin Hukuki Niteliği”, **MÜHF-HAD**, 2016, C. 22, S. 1, 317-346.
- ŞENER, Oruç Hami: **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- ŞENER, Oruç Hami: **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 3. Baskı. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017. (Ortaklıklar Hukuku)
- ŞENER, Oruç Hami: **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017. (Limited Ortaklıklar Hukuku).
- TEKİNALP, Ünal: **Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- TEKİNALP, Ünal: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- TRUEB, Rudolf Hans: **GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2012.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan: **Kıymetli Evrak Hukuku**, 9. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.

YALMAN, Macit /TAYLAN, Erbay: **Adi Ortaklık**, Olgaç Matbaacılık, Ankara, 1976.

YILDIZ, Şükrü: **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Huku-ku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007.

YÜKSEL, Sinan H.: **Pay Sahipleri Sözleşmeleri**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003.

<http://www.finansofisi.com/finans-ve-finansman-nedir/> (Erişim Tarihi: 01.09.2018).





## TAŞINMAZLARIN BİRLİKTE REHNİ (TMK m. 855)

Fahri Erdem KAŞAK\* / İpek GÜVENÇ\*\*

### ÖZ

*Taşınmaz rehnine hâkim ilkelerden olan belirlilik ilkesine göre, bir alacağın tek bir taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurularak temin edilmesi esastır. TMK m. 855 hükmünün öngördüğü birlikte rehin kurumu ise bir alacağın birden çok taşınmaz ile güvence altına alınabilmesine imkân sağlar. Böylece uygulamada özellikle bankaların verdiği yüksek meblağlı kredileri birden fazla taşınmazı rehnederek temin edebilmek mümkün hâle gelmektedir. Bir alacağın birden çok taşınmaz rehnedilerek temin edilmesi hâlinde, her bir taşınmazın açıkça ve ayrı ayrı alacağın ne kadarlık kısmını temin ettiğinin belirtilmesi kuraldır. Bununla birlikte istisnaen, alacağı temin edecek taşınmazlar aynı kişiye aitse veya taşınmazların malikleri müteselsil borçlu ise taşınmazların toplu olarak rehnedilebilmesi mümkündür. Bu ihtimalde her bir taşınmazın alacağın ne kadarlık kısmını temin ettiği belirlenmez.*

**Anahtar Kelimeler:** Taşınmaz rehni, birden çok taşınmazın rehnedilmesi, toplu rehin, paylı rehin, rehnin paraya çevrilmesi.

### **GRUNDPFANDRECHT BEI MEHREREN GRUNDSTÜCKEN (Art. 798 ZGB)**

#### **ABSTRAKT**

*Laut dem Grundsatz der Sicherheit, der zu den Grundsätzen der unbeweglichen Verpfändung gehört, ist es die Regel, dass eine Forderung durch die Feststellung des Verpfändungsrechts auf eine einzige Grundstück erbracht wird. Das in Art. 855 tZGB vorgesehene Grundpfandrecht bei mehreren Grundstücken ermöglicht die Sicherung einer Forderung bei mehreren Grundstücken. So ist es in der Praxis möglich, vor allem von Banken gewährte Unsumme von Krediten zu erhalten, indem mehrere Grundstücke verpfändet werden. Wenn eine Forderung durch Verpfändung von mehr als ein Grundstück erbracht wird, ist das Prinzip ausdrücklich und getrennt zu bestimmen, wie viel jedes Grundstück mit einem bestimmten Teilbetrag des Forderungsrechts belastet wird. Es ist jedoch ausnahmsweise möglich, die Grundstücken kollektiv verpfändet werden kann, wenn die Grundstücke dem nämlichen Eigentümer gehören oder im Eigentum solidarisch verpflichteter Schuldner stehen. In diesem Fall ist es nicht erforderlich zu bestimmen, in welchem Umfang jedes Grundstück den Teil der Forderung ausmacht.*

**Schlüsselwörter:** Grundpfandrecht, Grundpfandrecht bei mehreren Grundstücken, Gesamtpfandrecht, Pfandhaftverteilung, Pfandverwertung.

\* Arş. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı. fahri.kasak@hbv.edu.tr

\*\* Ankara Barosu Avukatı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi. guvencipek@gmail.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 15.02.2019

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih** : 22.02.2019

## GİRİŞ

Taşınmaz rehni TMK m. 850 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Taşınmaz rehnine hâkim ilkelerden olan belirlilik ilkesinin<sup>1</sup> iki yönü bulunmaktadır: Bunlardan ilki teminat altına alınacak alacağın, ikincisi ise teminat teşkil edecek taşınmazın belirlenmiş olmasıdır<sup>2</sup>. Bu bakımdan belirlilik ilkesi, hem teminat altına alınacak alacağın hem teminat teşkil edecek taşınmazın bir bütün<sup>3</sup> olarak rehne konu olmasını gerektirir. Öte yandan TMK m. 855 (Art. 798 ZGB) hükmünün açık icazeti karşısında aynı alacağı temin etmek üzere, birden çok taşınmaz üzerinde rehin kurulabilmesi belirlilik ilkesine (*Bestimmtheit, Spezialitätsprinzip, le principe de la spécialité*) aykırılık teşkil etmez<sup>4</sup>. Nitekim TMK m. 854-855 hükümlerinin üst başlığı “belirli olma”, TMK m. 855 düzenlemesinin kenar başlığı ise “taşınmaz birden çok ise”dir.

Rehnin konusunu oluşturacak taşınmazların ayrı ayrı ve açıkça belirtilmeleri hâlinde birden çok taşınmaz rehnedilmesinden veya –daha kısa bir ifadeyle– birlikte rehinden söz edilmektedir<sup>5</sup>. TMK m. 855 uyarınca birlikte rehin iki farklı şekilde kurulabilir: Toplu rehin olarak anılan ve TMK m. 855/I hükmüyle düzenlenen ilk hâlde; rehin yükü paylaştırılmadan, rehin konusu bütün taşınmazlar üzerinde rehin tesis edilir. Paylı rehin olarak

<sup>1</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3199.

<sup>2</sup> TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 112 N 21 vd., 29 vd.; GÜNEL, s. 248; ACAR, Rehin, N 73 vd.; ACAR, Belirlilik, s. 162 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3201. Bu bağlamda sınırlı tip ve belirlilik ilkelerinin bir sonucu olarak, bir kişinin sahip olduğu ya da olacağı tüm taşınmazlar üzerinde tek bir alacak için topluca rehin tesis etmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 112 N 29; DÜRR, Art. 798 N 14; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 290; SAYMEN/ELBİR, s. 581; TEKİNAY, s. 74; SEROZAN, s. 319; KURŞAT, s. 393.

<sup>3</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3213; ACAR, Belirlilik, s. 163.

<sup>4</sup> DÜRR, Art. 798 N 1-2; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 1; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 290-291; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3214; ACAR, Belirlilik, s. 242; AYDIN ÜNVER, s. 85. Belirlilik ilkesine dair kapsamlı açıklamalar için bkz. SARI, s. 963 vd. Birden çok taşınmazın tek bir alacak hakkının teminatı olarak rehine yüklenebilmesi, çeşitli ekonomik gerekçelerle kabul edilmiştir. Borç ilişkilerinde alacak miktarları kimi zaman üzerinde rehin kurulması düşünülen taşınmazın değerini aşmaktadır. Bu durumda, bir tek taşınmazın değeri, borç ilişkisindeki alacağı temin etmeye yetmemektedir. Özellikle bankaların verdikleri kredileri taşınmaz rehni ile teminat altına almak istemeleri ve kredi miktarlarının yüksek meblağlara ulaşması dolayısıyla bu tarz hâllere uygulamada sıkça rastlanılmaktadır.

<sup>5</sup> KURŞAT, s. 393 vd.; ÖZER, s. 14. Şu hâlde TMK m. 855 çerçevesinde birden çok taşınmazın, tek bir alacağı temin etmesi söz konusudur. Bu bakımdan taşınmazların, farklı alacaklar için tek tek rehnedilmesi ihtimalinin TMK m. 855 hükmünün kapsamına girmediği yönünde bkz. DÜRR, Art. 798 N 15-16.

adlandırılan ve TMK m. 855/II-III hükmünde düzenlenen ikinci hâlde ise; her bir taşınmaz, alacağın belirli bir kısmı için rehin ile yüklenir. TMK m. 855 hükmüne göre kural paylı rehin olmasına rağmen<sup>6</sup>, çalışmamızda TMK m. 855 hükmündeki sıra benimsenmiş ve ilk olarak toplu rehin, sonrasında paylı rehin irdelenmiştir.

## § 1. TOPLU REHİN

### I. Genel Olarak

TMK m. 855/I ve TST m. 32/I/a-b düzenlemeleri çerçevesinde birden çok taşınmazın aynı borç için rehnedilmesi, öğretide ağırlıklı olarak “*toplu rehin*” (*Gesamtpfand, Gesamtpfandreht, droit de gage collectif*) şeklinde adlandırılmaktadır<sup>7</sup>. Ayrıca “*ortak rehin*”<sup>8</sup>, “*müşterek rehin*”<sup>9</sup>, “*kollektif rehin*”<sup>10</sup> veya “*müteselsil rehin*”<sup>11</sup> kavramlarına da rastlanmaktadır.

### II. Toplu Rehinin Konusu

#### A. Genel Olarak

TMK m. 855 hükmü, aynı alacak için birden fazla “*taşınmaz*” üzerinde rehin kurulmasından bahsetmektedir. Dolayısıyla, birlikte rehinin konusunu esas olarak taşınmaz eşyanın teşkil edeceği şüphesizdir. TMK m. 853 hükmü ise, yalnızca tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde rehin kurulabileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla ipotek sözleşmesi ve tapuya tescilin yapılamayacağı

<sup>6</sup> BGE 138 III 186-187 E. 4.2 (“*En principe, la mise en gage de plusieurs immeubles pour garantir une seule créance implique une répartition de la garantie sur les divers immeubles, chacun de ceux-ci ne répondant alors que pour la somme fixée lors de la répartition.*”); MARCHAND, Art. 798 N 1-2; LEEMANN, Art. 798 N 1; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 762; ACAR, Rehin, N 95; ACAR, Belirlilik, s. 251; GÜNEL, s. 248; ÇETİNER, s. 199; HELVACI, s. 212; KURŞAT, s. 394; GÖKTÜRK, s. 1037-1038; AYDIN ÜNVER, s. 88; KUNTALP, s. 266-267.

<sup>7</sup> YHGK, T. 27.11.2002, E. 2002/12-823, K. 2002/1020; Yarg. 8. HD, T. 31.12.2013, E. 2013/21690, K. 2013/20428; Yarg. 12. HD, T. 23.11.2001, E. 2001/17448, K. 2001/19796; Yarg. 12. HD, T. 18.04.2002, E. 2002/6829, K. 2002/8052; DÜRR, Art. 798 N 12, 48 vd.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1519; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 291; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3220; KUNTALP, s. 266, 270; SARI, s. 1004-1005; TEKİNAY, s. 74; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 725; HELVACI, s. 212; ÖZER, s. 26; ÇETİNER, s. 199; SİRMEN, s. 586; GÜNEL, s. 248.

<sup>8</sup> AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 762.

<sup>9</sup> DAVRAN, s. 28; GÖKTÜRK, s. 1038; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1036.

<sup>10</sup> SAYMEN/ELBİR, s. 583; GÜRSOY, s. 8.

<sup>11</sup> KURŞAT, s. 399, 403 vd.; ACAR, Rehin, N 95; SEROZAN, s. 319; BENGİSU, s. 1883; ACAR, Belirlilik, s. 250.

tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar, rehni konusu olamaz<sup>12</sup>.

TMK m. 998 hükmünde tapuya kaydedilecek taşınmazlar olarak sayılan arazi, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler üzerinde toplu rehin kurulabileceğine şüphe bulunmamaktadır<sup>13</sup>. Nitekim TMK m. 704 hükmünde de taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler sıralanmıştır. Toplu rehni konusunu oluşturacak taşınmazların, aynı türden olmasına gerek yoktur<sup>14</sup>.

### B. Paylı Mülkiyet Payları

TMK m. 704 hükmünü karşılayan Art. 655/II ZGB hükmünde, yukarıda zikredilmiş olan taşınmaz türlerine ek olarak paylı mülkiyete tâbi taşınmazlardaki paylı mülkiyet payları da sayılmıştır<sup>15</sup>. Gerçekten de paylı mülkiyet konusu taşınmazların da rehni konusunu oluşturabileceği şüphesizdir. Ancak burada paylı mülkiyet konusu taşınmazın tamamının rehnedilmesinin toplu rehin teşkil etmeyeceğini belirtmek gerekir. Bu

<sup>12</sup> TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 112 N 28; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3211; SARI, s. 992; GÜRİSOY, s. 4; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1031; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 725-726; ACAR, Rehin, N 74; ACAR, Belirlilik, s. 242; AYDIN ÜNVER, s. 86.

<sup>13</sup> SARI, s. 992-993; ÖZER, s. 19. KMK m. 58/III hükmü çerçevesinde devre mülk hakkı üzerinde rehin hakkının kurulabileceği ve bu bakımdan devre mülk hakkının da toplu rehni konusunu teşkil edebileceği yönünde bkz. SARI, s. 993-994. Taşınmaz rehni konusuna nelerin girdiği hususundaki açıklamalar için bkz. SARI, s. 994-1003. İsviçre hukukunda Art. 74/II BGBB hükmü gereğince, tarımsal taşınmazlar ile tarımsal olmayan taşınmazların birlikte toplu rehni konusunu oluşturamayacağı yönünde bkz. DÜRR, Art. 798 N 24, 52; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 3a; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 8; MARCHAND, Art. 798 N 8; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 112 N 32; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ ROBERTO, N 09.72; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1519, 1525. İlgili hükümde açıkça toplu rehni (*Gesamtpfand*) caiz olmadığı belirtildiği için kanaatimizce paylı rehin bakımından böyle bir sınırlama söz konusu olamaz.

<sup>14</sup> DÜRR, Art. 798 N 49. Şu hâlde bir arazinin, bir bağımsız ve sürekli hak ile veya kat mülkiyetine konu bağımsız bölüm ile birlikte rehnedilebilmesi mümkündür.

<sup>15</sup> HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 09.64; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 3; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 3. İsviçre hukukunda kat mülkiyeti, paylı mülkiyet çerçevesinde çözümlendiği için hükümde ayrıca kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümler sayılmamıştır. Nitekim İsviçre hukukunda kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümlerin, toplu rehni konusunu teşkil edebilmesi Art. 655/II/4 ZGB hükmüne dayandırılmaktadır. Bu hususta bkz. SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 6a; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 09.73; DÜRR, Art. 798 N 62.

bakımdan tüm paydaşların birlikte hareket ederek taşınmazın bütünü üzerinde ehin tesis etmesi hâlinde toplu rehin uygulama alanı bulmaz<sup>16</sup>. Zira burada artık birden çok sayıda taşınmazın değil, tek bir taşınmazın rehni söz konusu olur<sup>17</sup>. Bununla birlikte paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazın tamamının veya paylarının bir kısmının, toplu rehlin konusunu teşkil etmeye müsait başka bir taşınmazla rehni de toplu rehin olarak değerlendirilir<sup>18</sup>. Nitekim TST m. 32/I/a-b hükümleri de bu sonucu açıkça öngörmüştür.

TMK m. 692/I hükmü çerçevesinde paylı mülkiyet konusu taşınmazın tamamının rehnedilebilmesi tüm paydaşların kabulünü gerektirir<sup>19</sup>. Öte yandan her bir paydaş, TMK m. 688/III ve m. 857/I düzenlemelerinde açıkça öngörüldüğü üzere kendi payını rehnedebilir<sup>20</sup>. Şu hâlde her bir paydaşın kendi payını TMK m. 855 uyarınca toplu rehne konu edebileceği açıktır<sup>21</sup>. Ancak paylardan asgarî bir tanesi üzerinde rehni hakkı kurulmuşsa artık paylı taşınmazın bir bütün olarak rehnedilebilmesi, TMK m. 692/II ve m. 857/II uyarınca mümkün gözükmemektedir<sup>22</sup>. Buna karşılık önceden taşınmazın tamamı üzerinde rehni tesis edilmiş olduğu hâlde taşınmaz üzerindeki payın sonradan başka bir rehne konu edilebilmesine mani bulunmamaktadır<sup>23</sup>.

### C. Elbirliği Mülkiyeti

Elbirliği mülkiyeti bakımından TMK m. 702/II hükmü, tasarruf

<sup>16</sup> KUNTALP, s. 274; GÜRİSOY, s. 7; KURŞAT, s. 396.

<sup>17</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 4; FASEL, Art. 798 N 3; DÜRR, Art. 798 N 56; LEEMANN, Art. 798 N 27; KURŞAT, s. 396; KUNTALP, s. 274; ÇETİNER, s. 200; GÜRİSOY, s. 7.

<sup>18</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 3; SİRMEN, s. 587; KURŞAT, s. 395-396; GÜRİSOY, s. 6-7.

<sup>19</sup> SARI, s. 993.

<sup>20</sup> SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1522; LEEMANN, Art. 798 N 25 vd.; TEKİNAY, s. 74; SARI, s. 993; ACAR, Belirlilik, s. 42; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 290.

<sup>21</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 3.

<sup>22</sup> HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 09.73; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1523; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3211; SEROZAN, s. 318. Üzerinde rehni kurulmuş payların rehni alacaklıları, eğer onay verirlerse paylı malın tamamının rehlinin mümkün olabileceği yönünde bkz. bkz. BGE 113 II 161-162 E. 1d (“*Voraussetzung ist jedoch, dass einer solchen Abmachung auch die Gläubiger von Pfandrechten an den einzelnen Anteilen zustimmen.*”); GÜRİSOY, s. 7; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1523; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 09.74.

<sup>23</sup> DÜRR, Art. 798 N 63; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 09.73; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1522; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3211.

işlemlerinde ortakların oybirliğiyle karar almasını aramıştır. Nitekim TMK m. 857/III hükmü de elbirliği mülkiyetine konu bir taşınmazın, tüm maliklerinin rızasıyla ve sadece bir bütün olarak rehnedilebileceğini düzenlemiştir<sup>24</sup>. Esasen elbirliği mülkiyetinde ayrı ve birbirinden bağımsız paylar mevcut olmadığından birden fazla taşınmazdan bahsedilmez<sup>25</sup>. Dolayısıyla elbirliği mülkiyetine konu taşınmaz üzerinde rehin tesis edildiğinde birlikte rehin doğmaz, aksine rehni konusunu tek bir taşınmaz oluşturur<sup>26</sup>. Bu bakımdan üzerinde elbirliği mülkiyeti bulunan bir taşınmazın, toplu rehni konusunu oluşturabilecek başka bir taşınmazla beraber rehni hâlinde toplu rehin söz konusu olabilir. Öte yandan, elbirliği ile malik olan kişilerin, elbirliği mülkiyetine konu birden fazla taşınmaz üzerinde aynı alacağı teminat oluşturmak amacıyla rehin kurması ise toplu rehin teşkil eder<sup>27</sup>.

#### D. Madenler

Her ne kadar eTMK m. 911 hükmü madenleri taşınmazlar arasında saymış olsa da TMK'de bu yönde bir düzenleme yer almamıştır. eTMK döneminde çıkarılmış olan MadK m. 42 hükmü; maden işletme ruhsatına sahip olanların, maden için yapmış olduğu veya ileride yapacağı borçlanmaları teminat altına almak amacıyla maden üzerinde ipotek kurabileceğini düzenlemiştir<sup>28</sup>. MadK m. 45 hükmü ise eTMK'nin ipoteye ilişkin hükümlerinin maden ipoteklerine de uygulanacağını düzenlemiştir. Şüphesiz eTMK'ye yapılan söz konusu atıf; TMKYK m. 21 hükmü uyarınca, onu ilga eden TMK'ye yapılmış sayılmaktadır. Bu durumda, TMK m. 855 hükmünün maden ipotekleri açısından da geçerli olacağı açıktır<sup>29</sup>. Sonuç olarak, maden için yapılmış veya yapılacak masrafları teminat altına almak amacıyla bir maden ile başka bir taşınmaz üzerinde TMK m. 855 uyarınca birlikte rehin kurulabilmesi mümkündür<sup>30</sup>. Ancak aynı alacağı teminat altına almak maksadıyla birden fazla maden rehin ile yüklenemez<sup>31</sup>.

<sup>24</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3211; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 290; TEKİNAY, s. 74; SARI, s. 993; SEROZAN, s. 318.

<sup>25</sup> GÜRSOY, s. 7; KURŞAT, s. 396.

<sup>26</sup> DÜRR, Art. 798 N 91; LEEMANN, Art. 798 N 19; ÖZER, s. 21; KURŞAT, s. 396.

<sup>27</sup> ÖZER, s. 21.

<sup>28</sup> Bu sebeple bir başkasının borcunu temin üzere maden ipotegi kurulabilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde maden ipotegi, -hükümde de zikredildiği üzere- maden için yapılmış veya yapılacak masrafları teminat altına almak üzere kurulabildiğinden daha dar bir uygulama alanına sahiptir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz. TOPALOĞLU, s. 313-314.

<sup>29</sup> GÜRSOY, s. 6; KURŞAT, s. 398; ÖZER, s. 22.

<sup>30</sup> SARI, s. 992-993; KURŞAT, s. 398; GÜRSOY, s. 5-6.

<sup>31</sup> ÖZER, s. 22-23.

## E. Toplu Rehne Konu Olamayacak Şeyler

### 1. Gemiler

TTK m. 1021/I hükmü uyarınca gemi siciline kayıtlı gemiler açısından birlikte rehin kurulması mümkündür. TTK kapsamında özel bir düzenlemeye tâbi tutulmuş olan gemilerin birlikte rehni konusunda TMK hükümleri uygulama alanı bulmaz. Ayrıca TMK kapsamında taşınır eşya sayılan gemilere, yalnızca taşınmaz eşya bakımından geçerli olan TMK m. 855 hükmünün uygulanabilmesi mümkün değildir<sup>32</sup>. Başka bir deyişle, aynı alacağı teminat altına almak amacıyla birden çok gemi üzerinde ipotek kurulması durumunda TMK m. 855 düzenlemesine değil, TTK hükümlerine başvurulur<sup>33</sup>.

### 2. Hava Araçları

TSHK m. 72 hükmünde bir alacak için birden çok hava aracının birlikte ipotek edilebileceği düzenlenmiştir. Anılan hükümle özel bir düzenleme öngörüldüğü için TMK m. 855 hükmü çerçevesinde toplu rehin uygulama alanı bulamaz<sup>34</sup>. Ayrıca TSHK m. 65 hükmü uyarınca, aksi belirtilmedikçe hava araçlarının taşınır eşya olarak kabul edildiğini vurgulamakta da fayda vardır.

## III. Toplu Rehnin Şartları

Toplu rehin, TMK m. 855/I hükmü uyarınca iki farklı şekilde söz konusu olabilir: Aynı borç için rehnedilecek birden çok taşınmazın ya aynı malike ya da müteselsil borçlulara ait olması gerekir. Bu şartlardan birinin mevcut olması toplu rehnin kurulması için yeterlidir<sup>35</sup>. Anılan şartlardan asgarî biri sağlanamazsa toplu rehnin kurulamayacağı açıktır<sup>36</sup>. Bu şartlar sağlansa dahi tarafların toplu rehin kurma yönündeki iradelerinin açıkça anlaşılması gerekir<sup>37</sup>. Zira TMK m. 855/I hükmü; istisnaî bir nitelik taşımakta

<sup>32</sup> KURŞAT, s. 396-398; ÖZER, s. 23.

<sup>33</sup> KURŞAT, s. 396-398; ÖZER, s. 23. Aksi kanaatte bkz. GÜRSOY, s. 6.

<sup>34</sup> ÖZER, s. 25.

<sup>35</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 4a; LEEMANN, Art. 798 N 17 vd.

<sup>36</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 4; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 112 N 33; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 292; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 725.

<sup>37</sup> YHGK, T. 27.11.2002, E. 2002/12-823, K. 2002/1020 (“*Ne var ki bu şartlar bulunsa bile kurulacak rehinin toplu rehin olması zorunlu değildir. ... Bu bakımdan rehinin toplu olduğu kuruluş sözleşmesinde belirtilmelidir.*”); FASEL, Art. 798 N 5; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 9; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 10; LEEMANN, Art. 798 N 28; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 09.70; HELVACI, s. 218; ÇETİNER, s. 204; ACAR, Belirlilik, s. 253; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 762; ACAR, Rehin, N 95.



olup birden çok taşınmazın rehni kural, rehin yükünün taşınmazlara paylaştırılmasıdır. Ayrıca toplu rehin; taşınmaz malikine, paylı rehne göre daha fazla bir sorumluluk yüklediği ve malikin taşınmazı ile kredi alabilmesini veya taşınmazını satabilmesini ciddi ölçüde zorlaştırdığı için de açıkça kararlaştırılmış olmalıdır<sup>38</sup>. Bununla birlikte alacaklı bakımından toplu rehin, paylı rehne göre şüphesiz daha güvenli bir teminat teşkil eder<sup>39</sup>.

Anılan hükümde açıkça zikredilmemekle birlikte, toplu rehni kurulabilmesi için gerekli çeşitli ek şartlar da aşağıda ele alınmıştır. Toplu rehni şartları mevcut değilse tarafların kurdukları birlikte rehin, paylı rehin olarak değerlendirilir<sup>40</sup>. Toplu rehni şartları mevcut olsa bile taraflar toplu rehin kurmayabilir ve bunun yerine paylı rehin ya da her bir taşınmaz üzerinde tek tek rehin hakkı da kurabilir<sup>41</sup>.

### **A. Rehni ile Yüklenen Taşınmazların Aynı Kişiyeye veya Müteselsil Borçlulara Ait Olması**

TMK m. 855/I hükmü, toplu rehni kurulabilmesi için rehnedilecek birden çok taşınmazın ya aynı malike ya da müteselsil borçlulara ait olmasını aramaktadır. Şayet anılan şartlar sağlanamazsa, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri gereği TMK m. 855 hükmü uygulama alanı bulamaz ve toplu rehin kurulamaz<sup>42</sup>.

#### **1. Taşınmazların Malikinin Aynı Kişiyeye Olması**

Toplu rehne konu taşınmazların maliki, aynı gerçek ya da tüzel kişiyeye

<sup>38</sup> DÜRR, Art. 798 N 170; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 10; LEEMANN, Art. 798 N 14; AKİPEK/ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 762; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1037; HELVACI, s. 218; KURŞAT, s. 403-404; DAVRAN, s. 28; BENGİSU, s. 1884; KUNTALP, s. 272.

<sup>39</sup> YHGK, T. 27.11.2002, E. 2002/12-823, K. 2002/1020 (“Eş söyleyişle toplu rehin hak sahibine güvencenin rehni taşınmazlar arasında bölünmesine kıyasla daha fazla güvence sağlar.”); SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 10; HRUBESCH-MILLAUER/ GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 09.71; LEEMANN, Art. 798 N 13; GÜRİSOY, s. 12; HELVACI, s. 214; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1036-1037; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 291, 293; DAVRAN, s. 28; KUNTALP, s. 268, 272.

<sup>40</sup> YHGK, T. 27.11.2002, E. 2002/12-823, K. 2002/1020 (“Kuruluş sözleşmesinde toplu rehin olgusunun açıkça belirtilmemiş olması, dolayısıyla da tarafların “toplulu rehin” kurma yolunu seçmemiş olmaları halinde ikinci bir yol “aynı alacak için birden fazla taşınmazın rehni yükünün rehnedilecek taşınmazlar arasında paylaşılıp, dağıtılması”dır.”); DÜRR, Art. 798 N 10.

<sup>41</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 10; FASEL, Art. 798 N 6; GÜRİSOY, s. 21; KUNTALP, s. 273.

<sup>42</sup> ACAR, Belirlilik, s. 252.



olabilir<sup>43</sup>. Bu noktada; taşınmazı rehinle yüklenecek kişinin, teminat altına alınan borçtan şahsen sorumlu olmasına veya borçlunun, taşınmazların maliki olmasına kural olarak gerek yoktur<sup>44</sup>. Ancak böyle bir durumda, taşınmazlar üzerinde yalnızca ipotek veya ipotekli borç senedi türünde rehin tesis edilebilir. Gerçekten TMK m. 881/II ve m. 901/I çerçevesinde üçüncü bir kişi de kendi taşınmazını, borçlunun borcunu temin etmek üzere ipotek veya ipotekli borç senedi türlerinde rehnedebilir. Ancak TMK m. 907/I düzenlemesine göre irat senedinde borçlu ile taşınmazı rehnedilen malik aynı kişi olmak zorundadır.

## 2. Taşınmazların Müteselsil Borçlu Maliklere Ait Olması

TMK m. 855/I hükmü çerçevesinde toplu rehlin konusunu, aynı borçtan müteselsil sorumlu olan borçluların taşınmazları da oluşturabilir. Diğer bir anlatımla, borçtan müteselsil sorumlu olmayan farklı kişilerin maliki olduğu taşınmazlar üzerinde toplu rehin tesis edilemez. Öte yandan, bu hâlde taşınmazlar üzerinde paylı rehin kurulmasına bir engel bulunmamaktadır.

TBK m. 162 hükmü uyarınca müteselsil borçluluk, birden fazla borçlunun her birinin alacaklıya karşı borcun bütününden sorumlu olması hâlinde ortaya çıkar. Toplu rehlin kurulabilmesi için müteselsil borç, tapu memuruna ispatlanmalıdır<sup>45</sup>. Müteselsil kefalet (TBK m. 586) de, müteselsil borçluluk gibi toplu rehin kurulmasına imkân verir<sup>46</sup>.

### B. Alacağın Aynı Olması

TMK m. 855 hükmüne göre toplu rehin, sadece aynı alacağı teminat altına almak amacıyla kurulabilir. Aynı hukukî ilişkiden ve kaynaktan doğmuş alacak, aynı alacak olarak kabul edilir<sup>47</sup>. Cari hesap sözleşmesinden tek bir alacak hakkı doğduğu için bunu temin etmek amacıyla toplu rehin tesis edilebilir<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> ÖZER, s. 29.

<sup>44</sup> DÜRR, Art. 798 N 17; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 292; ÖZER, s. 29.

<sup>45</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 6; LEEMANN, Art. 798 N 29; ACAR, Belirlilik, s. 255.

<sup>46</sup> DÜRR, Art. 798 N 105; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 7; LEEMANN, Art. 798 N 22; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 6; HELVACI, s. 217 dn. 25; DAVRAN, s. 28; GÜRSOY, s. 15; KUNTALP, s. 275; BENGİSU, s. 1883-1884; ÇETİNER, s. 203; ÖZER, s. 31; ACAR, Belirlilik, s. 255. Kefalet sözleşmesinin, en geç toplu rehlin tescili anına kadar yapılması gerektiği yönünde bkz. GÜRSOY, s. 15.

<sup>47</sup> GÜRSOY, s. 13. Yazar; örnek olarak biri sebepsiz zenginleşmeden, diğeri ise taraflar arasındaki sözleşmeden doğan alacağın, aynı alacak şartını sağlayamaması nedeniyle TMK m. 855 hükmü çerçevesinde toplu rehne vücut vermeyeceğini belirtmektedir.

<sup>48</sup> GÜRSOY, s. 13; KURŞAT, s. 409; ÇETİNER, s. 200.

Alacağın aynı olması, kural olarak alacaklı tarafın tek kişiden oluşması anlamına gelir<sup>49</sup>. Bununla birlikte her ne kadar müteselsil alacaklılık, kısmî alacaklılık veya elbirliği hâlinde alacaklılık hâllerinde alacaklı taraf birden fazla kişiden meydana gelse de tek bir alacak hakkı mevcuttur<sup>50</sup>.

Toplu rehlin kurulması, birden çok alacak hakkının mevcut olduğu anlamına gelmez<sup>51</sup>. Rehin hakkı sahibinin, sadece tek bir hakkı bulunduğu için rehin hakkının tamamı üzerinde tasarruf edebilir<sup>52</sup>. Bu sebeple toplu rehin hakkı sahibi, hakkını farklı kişilere temlik edemez<sup>53</sup> veya temlik hakkını sadece bazı taşınmazlar bakımından kullanamaz<sup>54</sup>.

### C. Teminatın Bölünmemesi

Toplu rehinde rehin ile yüklenen taşınmazların her biri, teminat altına alınan alacağın tamamından sorumludur. Bu bakımdan taşınmazlar üzerindeki rehin hakkı bir bütünlük teşkil eder ve bölünemez<sup>55</sup>. Nitekim TST m. 32/I/a hükmü gereğince rehin konusu taşınmazların hepsinin tapu sicillerine alacak miktarının tümü yazılır.

Toplu rehin sahibine tanınan alacak hakkı, yeknesak nitelik arz ettiği için farklı kişilere devredilemez<sup>56</sup>. Benzer şekilde rehin hakkı sahibinin, devir hakkını sadece bazı taşınmazlar bakımından kullanabilmesi de mümkün değildir<sup>57</sup>. Şu hâlde toplu rehlin alacaklısı, alacak hakkını bir bütün olarak devredebilecek ve toplu rehne konu tüm taşınmazlar üzerindeki rehin hakkı

<sup>49</sup> YHGK, T. 27.11.2002, E. 2002/12-823, K. 2002/1020 (“*Toplu rehin yalnız bir alacaklı yararına kurulabilir ...*”); KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 293; ÖZER, s. 34.

<sup>50</sup> DÜRR, Art. 798 N 70; GÜRSOY, s. 14; ÖZER, s. 34; ÇETİNER, s. 200.

<sup>51</sup> BGE 126 III 34 E. 2 (“*Les 49 lots PPE litigieux appartiennent au même propriétaire et sont grevés de la même cédula hypothécaire en garantie d’une seule et même créance. ... on se trouve donc en présence ici d’un gage collectif au sens de l’art. 798 al. 1 CC.*”); DÜRR, Art. 798 N 67; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 2; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 2; LEEMANN, Art. 798 N 6 vd.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1519; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1036.

<sup>52</sup> KURŞAT, s. 413; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1040.

<sup>53</sup> FASEL, Art. 798 N 6; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 12; HELVACI, s. 213. krş. ÖZER, s. 64.

<sup>54</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 12; LEEMANN, Art. 798 N 39.

<sup>55</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 2; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 2; LEEMANN, Art. 798 N 6 vd.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1519; DÜRR, Art. 798 N 67; GÜRSOY, s. 8; ACAR, Rehin, N 95; ÇETİNER, s. 203.

<sup>56</sup> FASEL, Art. 798 N 6; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 12; HELVACI, s. 213. krş. ÖZER, s. 64.

<sup>57</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 12; LEEMANN, Art. 798 N 39.

TBK m. 189/I hükmü uyarınca kendiliğinden alacağı devralana geçecektir. TMK m. 891 hükmü, alacağın fer'isi olan rehin hakkının alacağın devredildiği yeni alacaklıya intikali açısından tapu kütüğüne tescilin şart olmadığını düzenlemiştir<sup>58</sup>. Bu durum, rehin hukukuna hâkim kamuya açıklık ilkesinin istisnalarından birini teşkil eder<sup>59</sup>.

#### D. Toplu Rehin Sözleşmesi

Toplu rehin sözleşmesinin tarafları, TMK m. 855/I hükmünden anlaşılabilir. Borçlu tarafta; rehinle yüklenecek taşınmazların, maliki ya da müteselsil borçlu malikleri yer alır. Alacağı temin edilecek kişi ise toplu rehin sözleşmesinin alacaklı tarafını oluşturur. Toplu rehin sözleşmesi, TMK m. 856/II hükmü uyarınca resmî şekilde yapılmalıdır.

Toplu rehin; birlikte rehnin istisnaî türünü teşkil ettiği için, tarafların toplu rehin tesis etmek istediklerinin açıkça anlaşılması gerekir<sup>60</sup>. Bu sebeple toplu rehnin şartları mevcut olsa dahi, tarafların resmî yazılı şekilde yapacağı toplu rehin sözleşmesi ile bu husus açıkça kararlaştırılmadıkça taşınmazlar üzerinde toplu rehin kurulamaz<sup>61</sup>. Böyle bir anlaşmanın mevcut olmaması hâlinde, TMK'de kural olarak öngörülen paylı rehin hükümleri uygulanır<sup>62</sup>.

TMK m. 851/I düzenlemesi uyarınca toplu rehin sözleşmesinde temin edilen alacağın miktarının belirli olması şart değildir. Bu bakımdan tarafların, anapara veya üst sınır ipoteği şeklinde teminatı belirleyebilmeleri mümkündür<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> ÖZER, s. 63-64.

<sup>59</sup> ACAR, Rehin, N 70.

<sup>60</sup> YHGK, T. 27.11.2002, E. 2002/12-823, K. 2002/1020 (“Bu bakımdan rehinin toplu olduğu kuruluş sözleşmesinde belirtilmelidir.”); Yarg. 8. HD, T. 31.12.2013, E. 2013/21690, K. 2013/20428 (“Toplu rehin olgusu kuruluş sözleşmesinde açıkça belirtilmelidir.”); FASEL, Art. 798 N 5; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 9; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 10; LEEMANN, Art. 798 N 28; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 09.70; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 762; HELVACI, s. 218; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 292; ÇETİNER, s. 204; ACAR, Belirlilik, s. 253; ACAR, Rehin, N 95.

<sup>61</sup> KURŞAT, s. 406. krş. AYDIN ÜNVER, s. 95 vd.

<sup>62</sup> YHGK, T. 27.11.2002, E. 2002/12-823, K. 2002/1020 (“Kuruluş sözleşmesinde toplu rehin olgusunun açıkça belirtilmemiş olması, dolayısıyla da tarafların “toplu rehin” kurma yolunu seçmemiş olmaları halinde ikinci bir yol “aynı alacak için birden fazla taşınmazın rehin yükünün rehnedilecek taşınmazlar arasında paylaşılıp, dağıtılması”dır.”); Yarg. 8. HD, T. 31.12.2013, E. 2013/21690, K. 2013/20428 (“Açıkça belirtilmemesi ikinci bir yol olan, aynı alacak için birden fazla taşınmazın rehin yükünün, rehnedilecek taşınmazlar arasında paylaşılıp dağıtılarak belirlenmesi gerektiği sonucunu doğurur.”).

<sup>63</sup> GÜRSOY, s. 9; KURŞAT, s. 409; ÇETİNER, s. 200.

Toplu rehin sözleşmesinde önem arz eden başka bir husus, tarafların rehin türü konusunda anlaşmaları ve bütün taşınmazlar üzerinde aynı türden rehin kurmalarıdır. Bunun sebebi, toplu rehin sözleşmesi neticesinde tek bir rehin hakkının doğmasıdır. Şu hâlde taraflar her ne kadar toplu rehni; ipotek (*Grundpfandverschreibung*), ipotekli borç senedi (*Schuldbrief*) veya irat senedi (*Gült*) ile kurma konusunda serbestlerse de<sup>64</sup> bütün taşınmazlar üzerinde aynı türden rehin kurmak zorundadırlar<sup>65</sup>. TMK m. 907/I çerçevesinde başkasının borcunu irat senedi ile temin etmek mümkün olmadığından, taşınmazların maliki farklı kişiler olduğu takdirde irat senedi ile toplu rehin kurulamaz<sup>66</sup>. Toplu rehin, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde tesis edilmişse TST m. 42/I hükmü gereğince sadece tek bir senet tanzim edilir. Rehlin tescil edileceği derece her taşınmazda farklılık arz edebilir<sup>67</sup>.

Toplu rehin, sözleşme ile baştan itibaren tesis edilebileceği gibi, aynı alacağa sonradan yeni teminatlar eklenmesi sebebiyle de ortaya çıkabilir. Aynı alacak varlığını sürdürmekle birlikte alacağın miktarı artırılır. Uygulamada özellikle kredi limitlerinin artırılması hâlinde alacağı temin etmek üzere toplu rehin söz konusu olabilmektedir<sup>68</sup>. Şüphesiz toplu rehlin uygulanabilmesi, toplu rehlin tüm şartlarının mevcut olmasına bağlıdır.

Öğretide, tarafların yaptıkları rehin sözleşmesinde hem toplu rehlin hem de paylı rehlin uygulanmasını öngörebilecekleri kabul edilmektedir<sup>69</sup>. Bu durumda, alacağın bir kısmı tüm taşınmazlar tarafından toplu rehin ile

<sup>64</sup> İsviçre hukukunda 11.12.2009 tarihli federal kanun ile irat senedine ilişkin hükümler, 01.01.2012 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmış olduğu için İsviçre hukuku bakımından taşınmaz rehni ve doğal olarak toplu rehin, sadece ipotek veya ipotekli borç senedi şeklinde kurulabilir. Bu doğrultuda bkz. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 112 N 24 dn. 29; FASEL, Art. 798 N 5; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 10; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 9; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1854.

<sup>65</sup> YHGK, T. 27.11.2002, E. 2002/12-823, K. 2002/1020 (“*Toplu ... rehlinin türü de rehlin kapsamındaki tüm taşınmazlar için aynı olmalıdır.*”); LEEMANN, Art. 798 N 9-10; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 10; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 9; SAYMEN/ELBİR, s. 584-585; ÇETİNER, s. 201; KURŞAT, s. 411; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 293; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1037; ACAR, Belirlilik, s. 256; ÖZER, s. 38.

<sup>66</sup> ÖZER, s. 38-39.

<sup>67</sup> MARCHAND, Art. 798 N 9; LEEMANN, Art. 798 N 11; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 3; DÜRR, Art. 798 N 78; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 9; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1037; WIELAND, Art. 798 N 2; SAYMEN/ELBİR, s. 585; ÇETİNER, s. 201.

<sup>68</sup> KURŞAT, s. 409-410.

<sup>69</sup> DÜRR, Art. 798 N 171 vd.; LEEMANN, Art. 798 N 54; KUNTALP, s. 275 vd.

temin edilirken geri kalanı paylı rehin ile temin edilmektedir<sup>70</sup>. Toplu rehin kurulabilmesi için TMK m. 855/I hükmünde aranılan şartların bulunması gerektiği için özellikle taşınmazların tamamı açısından toplu rehin şartları sağlanmadığı takdirde böyle bir uygulama tercih edilebilir<sup>71</sup>.

### E. Tescil Zorunluluğu

Toplu rehin TMK m. 856/I hükmü uyarınca, tıpkı diğer aynî haklar gibi, kural olarak tapu siciline tescil ile kurulur. Tescil işlemi, her bir taşınmaz açısından ayrı ayrı gerçekleştirilmelidir<sup>72</sup>. TST m. 32 hükmü, toplu rehinde tescilin nasıl yapılacağını düzenlemiştir. Buna göre, rehin ile yüklenen her bir taşınmazın sayfasında rehinler sütununa alacak miktarının tamamı (*Pfandsomme*) yazılır ve düşünceler sütununa taşınmazın, hangi taşınmazlarla birlikte rehedildiği belirtilerek taşınmazlar arasında hukukî irtibat sağlanır<sup>73</sup>. Özetle toplu rehinde tüm taşınmazlar, aynı rehin miktarı ile yüklenirler ve tüm rehin miktarı ile sorumlu olurlar<sup>74</sup>. Müteselsil borçluluk söz konusuysa TST m. 32/I/b hükmü uyarınca bunun da düşünceler sütununda belirtilmesi gerekir.

TMK m. 1000/IV ve TST m. 28/VI hükümleri aynı malike ait olan birden çok taşınmazın, malikin istemi üzerine tapu kütüğünde ortak bir sayfaya (*Kollektivblatt, feuillet collectif*) kaydedilmesine imkân tanımaktadır<sup>75</sup>. Bu doğrultuda taşınmazların maliki, taşınmazlarını ortak bir

<sup>70</sup> KUNTALP, s. 276.

<sup>71</sup> DÜRR, Art. 798 N 173; KUNTALP, s. 276-277.

<sup>72</sup> GÜRSOY, s. 9.

<sup>73</sup> TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 112 N 32; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 5; DÜRR, Art. 798 N 75; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 762; SARI, s. 1005; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 292; ÇETİNER, s. 201. krş. GÜRSOY, s. 9-10; KURŞAT, s. 406. İnşaatçı ipoteğinin amacı, inşanın yapıldığı taşınmaz üzerinde ipotek kurulması olduğu için çok sayıda bağımsız bölüm üzerinde toplu rehin olarak inşaatçı ipoteğinin kesin tescilinin caiz olmadığı; ancak geçici tescil şerhinin yapılabileceği yönünde bkz. SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 6a; SCHUMACHER, N 594, 839.

<sup>74</sup> MARCHAND, Art. 798 N 1, 7; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 112 N 32; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 7, 8; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 2, 11; LEEMANN, Art. 798 N 1, 20; FASEL, Art. 798 N 5; ACAR, Belirlilik, s. 242, 256-257; TEKİNAY, s. 74.

<sup>75</sup> Anılan taşınmazların aynı veya farklı tapu sicili bölgesinde bulunması bakımından TMK'de bir ayırım yapılmamıştır. Farklı tapu sicili bölgesinde bulunan taşınmazlar açısından ise nasıl bir usûl izleneceği belirsizdir. eTST m. 36 hükmü, üzerinde rehin kurulacak taşınmazlardan herhangi birinin bulunduğu tapu siciline müracaat edilebileceğini öngörmesine rağmen TST'de bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu husustaki açıklamalar için bkz. LEEMANN, Art. 798 N 32 vd.; WIELAND, Art. 798 N 3; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1038; SAYMEN/ELBİR, s. 583-584. Mülga hükümde öngörülmuş uygulamanın sürdürülmesi gerektiği yönünde bkz. ÖZER, s. 46-47.

sayfaya kaydettirmişse, o zaman toplu rehin de sadece ortak sayfaya yapılacak tescille kurulabilir<sup>76</sup>. TST m. 28/VI hükmü, ortak sayfaya kaydedilmiş taşınmazların asıl sayfaları üzerinde, herhangi bir işlem yapılamayacağını açıkça düzenlemiştir. Bu sebeple ortak sayfaya kaydedilmiş olan taşınmaz üzerinde toplu rehin; sadece ortak sayfaya yapılacak tescille kurulabilir.

Ortak sayfaya toplu rehlin kaydedilebilmesi için ortak sayfadaki tüm taşınmazların rehnedilmesi gerekir; zira toplu rehin ortak sayfada kayıtlı bulunan taşınmazların tamamını kapsamıyorsa TST m. 32/I/ç uyarınca ortak sayfaya tescil yapılamaz<sup>77</sup>. Bu sebeple ortak sayfada yer alan bir veya birkaç taşınmaz toplu rehin dışında tutulmak isteniyorsa, önce taşınmazın ortak sayfadan çıkarılması gerekir<sup>78</sup>.

Öğretide, toplu rehlin tescilinde alınacak harç miktarının paylı rehlin harç miktarını geçmemesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir<sup>79</sup>. Her bir taşınmaz, alacak miktarının tamamıyla yükleneceğinden, her bir taşınmaz için alacak miktarı üzerinden harç hesaplanması mükerrerliğe yol açar. Tek bir rehin hakkı kurulduğu için tapu harcına esas teşkil edecek matrah, sadece alacak miktarıdır<sup>80</sup>.

TMK m. 855/I hükmündeki şartların bulunmamasına rağmen toplu rehin tescil edilmişse yolsuz tescilden bahsedilir<sup>81</sup>. Toplu rehne konu her taşınmazın maliki TMK m. 1025 uyarınca yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açabilir<sup>82</sup>. Dava, rehin alacaklısına yöneltilir ve paylı rehin uyarınca toplam rehin yükünün, rehlin konusu taşınmazlara dağıtılması talep edilir<sup>83</sup>. Eğer toplu rehlin tesciline ilişkin yanlışlık tapu memurunun hatasından kaynaklanmışsa

<sup>76</sup> MARCHAND, Art. 798 N 10; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 112 N 33; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 6; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 5; DÜRR, Art. 798 N 74; LEEMANN, Art. 798 N 30-31; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1039; GÖKTÜRK, s. 1038; SAYMEN/ELBİR, s. 583; KURŞAT, s. 407; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3213 dn. 37; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 292; HELVACI, s. 219 dn. 32; ÇETİNER, s. 201; ÖZER, s. 46.

<sup>77</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 5.

<sup>78</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3219; ÇETİNER, s. 201.

<sup>79</sup> LEEMANN, Art. 798 N 37; GÜRSOY, s. 18; ÖZER, s. 47-48.

<sup>80</sup> KURŞAT, s. 408. Farklı tapu sicilindeki taşınmazlardan biri için harç tahsili yapılmışsa, diğer tapu müdürlüklerinden ayrı bir harç talebinde bulunulmayacağı yönünde bkz. ÖZER, s. 48.

<sup>81</sup> KUNTALP, s. 277; AYDIN ÜNVER, s. 93.

<sup>82</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 21; GÜRSOY, s. 11; DAVRAN, s. 27; KUNTALP, s. 277; AYDIN ÜNVER, s. 93. Tahvil ile ayakta tutma açısından bkz. BENGİSU, s. 1885.

<sup>83</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 21.

o zaman TMK m. 1027 çerçevesinde tapu memurundan düzeltme talebinde bulunulabilir veya mahkemeden düzeltmeye karar vermesi talep edilebilir<sup>84</sup>.

#### IV. Toplu Rehinin Hüküm ve Sonuçları

Toplu rehinde, üzerinde rehin kurulan taşınmaz sayısı kadar mı, yoksa sadece tek bir rehin hakkının mı doğduğu öğretide tartışma konusudur. Öğretide savunulan ağırlıklı görüş, toplu rehin hâlinde sadece tek bir rehin hakkının mevcut olduğu yönündedir<sup>85</sup>. Aksi görüş ise toplu rehin hâlinde taşınmaz sayısı kadar rehin hakkı doğduğunu savunmaktadır<sup>86</sup>. Kanaatimizce toplu rehin söz konusuysa sadece tek bir rehin hakkı kurulur.

Toplu rehinde rehinle yüklü taşınmazlardan biri veya birkaç tanesi, teminat altına alınan alacağın tamamını karşılamaya yeterse rehin yükü diğer taşınmazlar üzerinde maddî olarak sona erer<sup>87</sup>. Ayrıca toplu rehin, tüm taşınmazlar üzerinde aynı rehin türünde kurulması gerekliliği de tek bir rehin

<sup>84</sup> DÜRR, Art. 798 N 181; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 21; LEEMANN, Art. 798 N 57-58.

<sup>85</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 1-2; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 2; LEEMANN, Art. 798 N 6 vd.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1519; FASEL, Art. 798 N 1; DÜRR, Art. 798 N 67 vd., 73; HELVACI, s. 213; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 762; WIELAND, Art. 798 N 2; SİRMEN, s. 587; SARI, s. 1005; KURŞAT, s. 410-411; ÇETİNER, s. 201; ÖZER, s. 26-27; DAVRAN, s. 27; GÜRSOY, s. 8; KUNTALP, s. 271; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1036; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 291.

<sup>86</sup> Yarg. 8. HD, T. 31.12.2013, E. 2013/21690, K. 2013/20428 (“... birden fazla taşınmaz üzerinde kurulu rehinler arasında hukuki bağıllık vardır ...”); OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3224; ACAR, Rehin, N 97; ACAR, Belirlilik, s. 257 vd.

<sup>87</sup> YHGK, T. 27.11.2002, E. 2002/12-823, K. 2002/1020 (“Böylece rehinli taşınmazlardan birisinin paraya çevrilmesi halinde rehinli alacaklı alacağını tahsil etmişse artık diğer taşınmaz üzerindeki rehinin konusu kalmayacak ve sona erecektir.”); Yarg. 8. HD, T. 31.12.2013, E. 2013/21690, K. 2013/20428 (“Böylece rehinli taşınmazlardan birisinin paraya çevrilmesi halinde rehinli alacaklı alacağını tahsil etmişse artık diğer taşınmaz üzerindeki rehinin konusu kalmayacak ve sona erecektir.”); Yarg. 12. HD, T. 23.11.2001, E. 2001/17448, K. 2001/19796 (“Bu gibi halde alacaklı, rehinli taşınmazın birisinin paraya çevrilmesi ile alacağını elde ederse diğer taşınmazlar üzerindeki rehin sona erer.”); SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 16; LEEMANN, Art. 798 N 6-7; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3225; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1037; DAVRAN, s. 27; HELVACI, s. 222; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 291; KUNTALP, s. 272; ÖZER, s. 26; GÜRSOY, s. 8-9; SİRMEN, s. 587; AYDIN ÜNVER, s. 91. Nitekim paylı rehin ile toplu rehinin temel farkı, toplu rehinde alacak elde edilince diğer taşınmazlar üzerindeki rehin de sona ermesidir. Bu doğrultuda bkz. YHGK, T. 27.11.2002, E. 2002/12-823, K. 2002/1020: “Her iki rehin biçiminin arasındaki en temel fark da burada ortaya çıkmaktadır.” Rehin diğer taşınmazlar üzerinde maddî olarak sona ermesi hâlinde malik, TMK m. 883 uyarınca alacaklıdan rehinin terkin edilmesine rıza göstermesini talep edebilir. Bu doğrultuda bkz. SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 15.



hakkının kurulduğu fikrini desteklemektedir<sup>88</sup>.

Toplu rehin hakkının sahibi, TMK m. 1014 düzenlemesi çerçevesinde tüm maliklerin ya da müteselsil borçluların onayını alarak bazı taşınmazları rehlin kapsamından çıkartarak sorumluluktan kurtarabilir<sup>89</sup>. Keza rehin hakkı sahibi, yüklü taşınmazın maliki ile anlaşarak rehin hakkından sonra gelen bir sınırlı aynî hakkı rehin hakkının önüne geçirebilir; böyle bir sıra değişikliği için de diğer müteselsil sorumlu maliklerin rızası gerekir<sup>90</sup>. Tüm taşınmazlar aynı rehin yüküyle yüklendiği için sonradan sadece taşınmazların birinde veya bazılarında yük değişikliği yapılamaz<sup>91</sup>.

Bununla birlikte rehin hakkı sahibi; toplu rehin hakkını, rehin yükünü –elbette rehinle yüklü taşınmazların malikleri ile anlaşarak– arzu ettiği gibi taşınmazlara dağıtarak ve bu durumu tapu sicilinde rehin sütununa tescil ettirerek münferit rehin haklarına çevirebilir<sup>92</sup>. Böylece hak sahibi, artık alacağın her bir kısmından sadece tek taşınmaz sorumlu olacağı için rehin hakkından kısmen feragat etmiş olur<sup>93</sup>. Keza alacaklı, her bir rehin borçlusu ile anlaşarak ve rehin yüklerini taşınmazlara dağıtarak toplu rehni paylı rehne de çevirebilir<sup>94</sup>.

## V. Toplu Rehni Paraya Çevrilmesi

Toplu rehinde her bir taşınmaz tüm meblağ ile sorumlu olduğu için<sup>95</sup> alacaklının, TMK m. 873/III hükmüne göre toplu rehniyle yüklü taşınmazların tamamının paraya çevrilmesini talep etmesi gerekir<sup>96</sup>. Alacaklının tüm

<sup>88</sup> MARCHAND, Art. 798 N 9; DÜRR, Art. 798 N 76; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1037; SAYMEN/ELBİR, s. 584-585; WIELAND, Art. 798 N 2; KUNTALP, s. 272; ÇETİNER, s. 201.

<sup>89</sup> FASEL, Art. 798 N 6; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 12; LEEMANN, Art. 798 N 39 vd.; ÇETİNER, s. 203-204; KURŞAT, s. 414.

<sup>90</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 12; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1040; KUNTALP, s. 272; KURŞAT, s. 414.

<sup>91</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 13; KURŞAT, s. 414; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1040. Farklı görüş için bkz. LEEMANN, Art. 798 N 41 vd.

<sup>92</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 14; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1040; KURŞAT, s. 414.

<sup>93</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 14; LEEMANN, Art. 798 N 44-45.

<sup>94</sup> ÇETİNER, s. 204.

<sup>95</sup> FASEL, Art. 798 N 5; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 2, 11; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 7; LEEMANN, Art. 798 N 1.

<sup>96</sup> BGE 138 III 186; BGE 136 III 34 E. 2 (“... on se trouve donc en présence ici d’un gage collectif au sens de l’art. 798 al. 1 CC. En pareil cas, le créancier doit poursuivre simultanément la réalisation de tous les immeubles ...”); TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 112 N



taşınmazların paraya çevrilmesini talep etme mecburiyeti, alacaklının rehinle yüklü taşınmaz maliklerinden bazıları ile anlaşıp diğerlerinin zararına olacak şekilde paraya çevrilecek taşınmazları seçme tehlikesine karşı öngörülmüştür<sup>97</sup>. Bununla birlikte icra dairesi; alacağı karşılayabilecek, yani sadece gerekli olan taşınmazların satışına karar verir<sup>98</sup>. Bu bakımdan toplu rehinin konusu olan tüm taşınmazların paraya çevrilmesi zorunlu değildir<sup>99</sup>. Ancak icra dairesinin toplu rehin konusu taşınmazlardan hangilerinin satışına karar vereceğine dair herhangi bir kıstas öngörülmemiştir<sup>100</sup>.

Öğretide taşınmazların kime ait olduğundan hareketle, taşınmazların paraya çevrilmesine ilişkin çeşitli öneriler yapılmaktadır: Tüm taşınmazların maliki aynı kişi ise icra dairesi, malike asgarî zarar verecek şekilde paraya çevrilecek taşınmazları belirler<sup>101</sup>. Taşınmazların malikleri farklıysa ve taşınmazlardan en az bir tanesi borçluya aitse öncelikle borçlunun taşınmazının paraya çevrilmesi gerektiği, ancak rehinli alacağın tamamının karşılanamaması hâlinde borçlunun borcunu temin etmek üzere taşınmazlarını rehnedenden üçüncü kişilerin taşınmazlarının paraya çevrileceği savunulmaktadır<sup>102</sup>. Öte yandan bu durumda taşınmazlar farklı kişilere ait olduğu için taşınmazların

---

34; LEEMANN, Art. 798 N 16; HRUBESCH-MILLAUER/ GRAHAM-SIEGENTHALER/ ROBERTO, N 09.71; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 17; AKİPEK/AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 762-763; TEKİNAY, s. 75; WIELAND, Art. 798 N 1; DAVRAN, s. 29; SARI, s. 1006; ACAR, Belirlilik, s. 261; KURŞAT, s. 424; HELVACI, s. 220; GÖKTÜRK, s. 1039; KUNTALP, s. 289; SİRMEN, s. 587; AYDIN ÜNVER, s. 87. Anılan hükmün emredici olduğu yönünde bkz. BGE 100 III 50 E. 2; GÜRSOY, s. 12; HRUBESCH-MILLAUER/ GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 09.71.

<sup>97</sup> YHGK, T. 27.11.2002, E. 2002/12-823, K. 2002/1020; Yarg. 8. HD, T. 31.12.2013, E. 2013/21690, K. 2013/20428; LEEMANN, Art. 798 N 16.

<sup>98</sup> Yarg. 12. HD, T. 23.11.2001, E. 2001/17448, K. 2001/19796 (“... hangi taşınmazın önce satılacağı konusunda seçimlik hak icra müdürüne aittir.”); HRUBESCH-MILLAUER/ GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, N 09.71; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 112 N 34; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 294; GÜRSOY/EREN/ CANSEL, s. 1040; TEKİNAY, s. 75; SARI, s. 1006; ACAR, Belirlilik, s. 248-249; GÖKTÜRK, s. 1039; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 763; HELVACI, s. 220-221; SİRMEN, s. 587; KURŞAT, s. 424; KUNTALP, s. 289-290; AYDIN ÜNVER, s. 87. Takipte yetkili icra dairesinin İİK m. 148 uyarınca belirleneceği; buna göre İİK m. 50 çerçevesinde genel yetkili icra dairesine veya rehinli taşınmazların bulunduğu yer icra dairesine başvurulabileceği yönünde bkz. GÜRSOY, s. 22; KURŞAT, s. 425.

<sup>99</sup> TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 112 N 34.

<sup>100</sup> KURŞAT, s. 424-425; GÜRSOY, s. 22-24.

<sup>101</sup> DAVRAN, s. 29; HELVACI, s. 223 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 294; GÖKTÜRK, s. 1039; KUNTALP, s. 290; KURŞAT, s. 424-425; GÜRSOY, s. 23.

<sup>102</sup> GÜRSOY, s. 23; GÖKTÜRK, s. 1040; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 294; HELVACI, s. 225-226.

tamamının paraya çevrilmesi gerektiğini belirtenler de vardır<sup>103</sup>. Örneğin; toplu rehni konusunu oluşturan bazı taşınmazlar üzerinde başka rehin haklarının bulunması hâlinde bunların alacaklılarının zarara uğrayabileceği, bu nedenle de tüm taşınmazların paraya çevrilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir<sup>104</sup>.

## **VI. Rehinli Taşınmazın Sonradan Birden Fazla Taşınmazla Teminat Altına Girmesi**

Rehin kurulurken toplu rehin kararlaştırılabileceği gibi, rehinle yüklenmiş bir taşınmazın sonradan bölünmesi veya kat mülkiyetine çevrilmesi hâllerinde de toplu rehin ortaya çıkabilir<sup>105</sup>. Burada söz konusu olan bölünme; TMK m. 868 uyarınca taşınmazın küçük bir parçasının ayrılması değil, TMK m. 889 hükmü uyarınca taşınmazın bölünmesidir. Bu bakımdan taşınmazın bölünerek fiilen bağımsız taşınmazlar hâline gelmesi ve tapu siciline ayrı ayrı kaydedilmesi gereklidir<sup>106</sup>.

Taşınmazın bölünmesi hâlinde TMK m. 889/I, rehin yükünün taşınmazlara değerleri oranında paylaşılmasını, yani paylı rehin kurulmasını öngörmüştür. Eğer taraflar arasında taşınmazlar üzerindeki rehin yükü paylaşımına dair bir anlaşma bulunmuyorsa, tapu müdürü dağıtım re'sen yapar. Rehinli taşınmazın bölünmesi sonucunda toplu rehni söz konusu olabilmesi toplu rehni şartlarının sağlanmasına bağlıdır<sup>107</sup>. Bu bakımdan tek bir malike ait olan rehinle yüklü taşınmaz, TMK m. 889 uyarınca bölünürse ve tüm yeni taşınmazlar da aynı malike aitse veya malikler müteselsil borçluysa toplu rehin söz konusu olur<sup>108</sup>. Şartları oluşmamasına rağmen toplu rehni tescili, yolsuz rehin teşkil eder ve TMK m. 1023 hükmünün uygulanabilmesine imkân sağlar<sup>109</sup>. KMK m. 5/V hükmü de tıpkı TMK m. 889/I hükmü gibi paylı rehni kurulmasını öngörmüştür.

TMK m. 889/II hükmü uyarınca, yapılan rehin yükü dağıtımını kabul etmeyen alacaklı, alacağın bir yıl içinde ödenmesini talep edebilir. Alacaklı; bu tarz bir yazılı bildirim, dağıtımın kesinleşmesinin kendisine tebliğinden

<sup>103</sup> KUNTALP, s. 291; KURŞAT, s. 424-425; DAVRAN, s. 29; GÜRSOY, s. 23. krş. HELVACI, s. 225.

<sup>104</sup> KUNTALP, s. 291; GÜRSOY, s. 23-24.

<sup>105</sup> KURŞAT, s. 394.

<sup>106</sup> KURŞAT, s. 415; ACAR, Belirlilik, s. 222.

<sup>107</sup> GÜRSOY, s. 26; KURŞAT, s. 418.

<sup>108</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 5; GÜRSOY, s. 16-17.

<sup>109</sup> GÜRSOY, s. 17; ÖZER, s. 55.

başlayarak bir ay içinde yapılmalıdır. Yazılı bildirim yapılmasından bir yıl sonra borç muaccel hâle gelir. Rehinli alacağın vadesi bir yıldan sonra dolacak olsa bile alacaklının yapacağı bildirim ile alacak bir yılın sonunda muacceliyet kazanır<sup>110</sup>.

## VII. Rehinli Taşınmazlardan Birinin veya Birkaçının Devri

TMK m. 888/I hükmü, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça rehinle yüklü taşınmazın devrinin, borçlunun sorumluluğunda ve teminatta bir değişikliğe yol açmayacağını düzenlemiştir. Üzerinde toplu rehin tesis edilmiş taşınmazların tamamının bir üçüncü kişiye veya bu taşınmazların bir kısmının aynı borçtan müteselsil borçlu kişiye devredilmesi hâllerinde toplu rehin için aranan şartlar varlığını sürdüreceğinden, taşınmazlar üzerindeki toplu rehin de devam eder<sup>111</sup>.

Buna karşılık TMK m. 855/I hükmünde öngörülen toplu rehin şartlarını taşımayan bir devir gerçekleşirse taşınmazlar üzerindeki toplu rehlin muhafaza edilebilmesi mümkün olmaz<sup>112</sup>. Bu durumda, TMK m. 889/I hükmü uygulama alanı bulur ve taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa rehin yükü, taşınmazların değeri oranında tapu idaresince re'sen paylaşılır<sup>113</sup>.

Eğer toplu rehinle yüklü taşınmazlardan biri devredilirse ve yeni malik borçtan müteselsil sorumlu değilse TMK m. 889 hükmüne göre rehin yükünün dağıtılması zorunluluk arz eder. Eğer taraflar aralarında anlaşamazlarsa o zaman tapu memuru re'sen rehin yükünü dağıtır. Rehin alacaklısı, eski malik ile yeni malikin yaptığı rehin anlaşmasını kabul etmek zorunda değildir. Yapılan dağıtımdan memnun kalmayan alacaklı, TMK m. 889/II uyarınca bir aylık süre içerisinde yapacağı bildirimle alacak hakkının bir yıl içerisinde ödenmesini talep edebilir<sup>114</sup>. Alacaklının talebi üzerine rehin yükü dağılmış olmaz ve toplu rehin devam eder<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> ÖZER, s. 57.

<sup>111</sup> ÖZER, s. 71.

<sup>112</sup> ÖZER, s. 71; ACAR, Belirlilik, s. 254-255; KURŞAT, s. 415.

<sup>113</sup> ACAR, Belirlilik, s. 254-255; KUNTALP, s. 280; KURŞAT, s. 415; ÖZER, s. 71.

<sup>114</sup> BGE 114 II 328 E. 3c: “Diese haben sich nicht gegen ihren Willen jede Neuaufteilung gefallen zu lassen; es kann ihnen vielmehr einzig das in Art. 833 ZGB vorgezeichnete Ergebnis aufgezwungen werden, wobei gemäss Art. 833 Abs. 2 ZGB jeder Pfandgläubiger immerhin binnen Monatsfrist verlangen kann, dass seine Forderung innerhalb eines Jahres getilgt werde.”

<sup>115</sup> KURŞAT, s. 415.

## § 2. PAYLI REHİN

### I. Genel Olarak

TMK m. 855/II-III ve TST m. 32/I/c çerçevesinde birden çok taşınmazın, her birinin sorumlu olduğu rehin yükü gösterilerek rehinle yüklenmesine “paylı rehin” (*Pfandhaftverteilung, Teilpfandrecht, Aufteilung der Pfandhaft, répartition du gage*) denir<sup>116</sup>. Öğretide bu minvalde “rehin yükünün taşınmazlar arasında paylaştırılması suretiyle kurulan rehin”<sup>117</sup>, “rehin yükünün birden fazla taşınmaz arasında paylaşılması”<sup>118</sup>, “güvence bölünerek oluşturulan rehin”<sup>119</sup>, “müşterek rehin”<sup>120</sup>, “kollektif olmayan rehin”<sup>121</sup> ve “teminatın bölünmesi”<sup>122</sup> kavramları da kullanılmaktadır. Toplu rehlin şartları mevcut değilse ya da mevcut olmasına rağmen taraflar toplu rehin yerine paylı rehin kurmak isterlerse her taşınmaza rehin yükü dağıtılarak paylı rehin kurulabilir<sup>123</sup>.

### II. Paylı Rehlin Konusu

Toplu rehlin konusunu teşkil edebilecek taşınmazlar üzerinde paylı rehin de kurulabilir. Tekrardan kaçınmak adına, toplu rehlin konusuna ilişkin açıklamalarımıza burada sadece göndermede bulunmakla yetiniyoruz.

### III. Paylı Rehlin Şartları

Toplu rehinden farklı olarak paylı rehinde, rehne konu taşınmazların aynı malike veya müteselsil borçlulara ait olması gerekli değildir<sup>124</sup>. Öte yandan yine toplu rehlin aksine, paylı rehlin kurulabilmesi için TMK m. 855/II-III gereğince her bir taşınmazın sorumlu olacağı rehin yükünün belirlenmesi gerekir.

<sup>116</sup> DÜRR, Art. 798 N 10, 113 vd.

<sup>117</sup> SİRMEN, s. 587.

<sup>118</sup> KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 294.

<sup>119</sup> ACAR, Rehin, N 92; ACAR, Belirlilik, s. 244.

<sup>120</sup> BENGİSU, s. 1881.

<sup>121</sup> GÜRİSOY, s. 19.

<sup>122</sup> KUNTALP, s. 267.

<sup>123</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 12; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 18; DÜRR, Art. 798 N 116-119; MARCHAND, Art. 798 N 11; KUNTALP, s. 267; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1520; HELVACI, s. 218, 227; SİRMEN, s. 587; ÇETİNER, s. 205; AYDIN ÜNVER, s. 94, 98.

<sup>124</sup> ACAR, Belirlilik, s. 245.

## A. Rehinle Yüklenecek Her Bir Taşınmazın Alacağın Ne Kadarını Temin Ettiğinin Belirtilmesi

### 1. Tarafların Belirlemesi

TMK m. 855/II hükmüne göre paylı rehin kurulurken tarafların, her bir taşınmazın, alacağın ne kadarlık kısmını temin ettiğini belirlemesi esastır<sup>125</sup>. Taraflar, rehin sözleşmesinde rehin yükünün taşınmazlara nasıl paylaştırılacağını serbestçe kararlaştırabilirler<sup>126</sup>.

Taraflar rehin yükünün nasıl dağıtılacağını kararlaştırmamışlarsa TMK m. 855/III düzenlemesi çerçevesinde tapu idaresi rehin yükünü paylaşır. Bununla birlikte öğretide; rehin sözleşmesi ile tescil talebinin birbirinin peşi sıra yapılması sebebiyle, tarafların paylı rehlin kurulması hususunda anlaşılacak rehin yükünün dağılımında anlaşamamalarının çok mümkün olmadığı belirtilmektedir<sup>127</sup>.

### 2. Tapu İdaresinin Belirlemesi

Rehin sözleşmesinin tarafları arasında rehin yükünün nasıl paylaştırılacağına ilişkin bir anlaşma bulunmuyorsa tapu idaresi, TMK m. 855/III uyarınca rehin yükünü her bir taşınmaza değeri oranında re'sen dağıtır. Buna mukabil TST m. 32/I-c hükmü ise “*Her bir taşınmaz veya payın ne miktar için rehnedildiği belirtilmezse istem reddedilir.*” düzenlemesini içermektedir. Anılan tüzük hükmünün, TMK m. 855/III hükmüne aykırı olduğu açıktır.

Tarafların anlaşamaması hâlinde tapu idaresinin rehin yükünün dağılımını nasıl gerçekleştireceği öğretide tartışmalıdır. TMK m. 855/III hükmünde tapu memurunun, rehin yükünü “*taşınmazların her birine değeri oranında*” dağıtacağı düzenlenmiştir. Şu hâlde, tapu memurunun dağıtımını yapabilmesi için paylı rehne konu taşınmazların değerlerini biliyor olması gerekir<sup>128</sup>. Bu durumda tapu memuru, taşınmazların değerlerini gözeterik rehin yükünü, paylı rehne konu taşınmazlara dağıtır<sup>129</sup>. Şüphesiz taşınmazlarda

<sup>125</sup> ACAR, Belirlilik, s. 246; KUNTALP, s. 268-269; AYDIN ÜNVER, s. 89.

<sup>126</sup> MARCHAND, Art. 798 N 13; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 15; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 19; DÜRR, Art. 798 N 133; LEEMANN, Art. 798 N 52; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3216; SİRMEN, s. 587; SARI, s. 1003-1004; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 295; ÇETİNER, s. 206; GÜNEL, s. 248. İsviçre hukuku bakımından tarımsal taşınmazların yük sınırının dikkate alınması gerekliliği hakkında bkz. SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 19; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ ROBERTO, N 09.72.

<sup>127</sup> KUNTALP, s. 270; KURŞAT, s. 401.

<sup>128</sup> SİRMEN, s. 588; ACAR, Belirlilik, s. 247.

<sup>129</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 20; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1520.

hâlihazırda mevcut olan rehin hakları bu aşamada dikkate alınarak taşınmazın değerinden indirilir ve taşınmazın geriye kalan değerine göre yük dağılımı gerçekleştirilir<sup>130</sup>.

Bununla birlikte taşınmazların değeri, tapu kayıtlarında bulunmayabilir veya bulunmakla beraber taşınmazların gerçek değerini yansıtmıyor olabilir<sup>131</sup>. Bu durumda tapu memurunun nasıl hareket edeceğine yönelik olarak öğretide dört görüş ileri sürülmüştür: İlk görüş; taraflar paylaşım konusunda bir belirlemede bulunmamış ve tapu memurunu da taşınmazların değeri hakkında bilgilendirmekten kaçınmışlarsa, tapu memurunun TST m. 32/I/c hükmü çerçevesinde paylı rehin tescil talebini reddedeceğini savunmaktadır<sup>132</sup>. Diğer bir görüş ise TST m. 32/I/c hükmünün son cümlesinin, TMK m. 855/III düzenlemesine aykırı olması sebebiyle uygulanamayacağını belirtmektedir<sup>133</sup>. Üçüncü görüş; tapu memurunun, taraflardan taşınmazların değerlerini kendisine bildirmelerini isteyebileceğini ve tarafların taşınmazların değerlerini bildirmemeleri hâlinde paylı rehin talebini reddedeceğini belirtmektedir<sup>134</sup>. Bu hususta ileri sürülen son görüş ise, tapu memurunun taşınmazların vergi değerlerine göre rehin yükünü paylaşdırmayı taraflara önereceğini; ancak taraflarca bunun kabul görmemesi hâlinde rehin yükünün eTST m. 45/II hükmünde benimsendiği üzere hâkim tarafından dağıtılacağını ileri sürmektedir<sup>135</sup>.

### 3. Mahkemenin Belirlemesi

Taraflar yük dağılımında anlaşamazlarsa, tapu memurunun yaptığı paylaşımı taraflar kabul etmezlerse ya da tapu memuru taşınmazların değerlerinin eksik olması nedeniyle yük dağılımını gerçekleştiremezse son çare olarak her ilgili mahkemeden yük dağılımının tespit edilmesini talep edebilir<sup>136</sup>. Mahkeme, –varsa ön sıradaki rehinler ve taşınmaz yüklerinin

<sup>130</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 20.

<sup>131</sup> KURŞAT, s. 401.

<sup>132</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3217; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 295-296; SARI, s. 1004. krş. MARCHAND, Art. 798 N 14; DAVRAN, s. 27.

<sup>133</sup> SİRMEN, s. 587-588; HELVACI, s. 231 dn. 61; AYDIN ÜNVER, s. 99. eTST hükümleri çerçevesinde aynı doğrultuda bkz. KUNTALP, s. 269. Bu bakımdan krş. KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 295-296.

<sup>134</sup> SİRMEN, s. 588. krş. KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 295-296; KUNTALP, s. 270.

<sup>135</sup> KURŞAT, s. 401.

<sup>136</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 19; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 16; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1034; ÖZER, s. 53; ACAR, Rehin, N 93; LEEMANN, Art. 798 N 55; DÜRR, Art. 798 N 151-152; ÇETİNER, s. 207; WIELAND, Art. 798 N 5.

değerini düşerek– her bir taşınmaza toplam rehin yükünün bir kısmını yükler<sup>137</sup>.

### B. Alacağın Aynı Olması

TMK m. 855/II hükmüne göre paylı rehin, aynı alacak için kurulabilir. Bir başka ifadeyle paylı rehinde her taşınmaz, alacağın yalnızca belli bir miktarını teminat altına alır; ancak temin edilecek alacak tektir. Dolayısıyla, taşınmazlar üzerindeki rehin yükünün toplamı, teminat altına alınan alacağın miktarından fazla olmamalıdır<sup>138</sup>.

### C. Teminatın Bölünmesi

Paylı rehinde temin edilen alacak hakkı bir tanedir; ancak güvence bölünmektedir<sup>139</sup>. Bu bakımdan toplu rehlin aksine paylı rehinde, her bir taşınmaz alacağın sadece bir kısmını temin eder. Bu sebeple alacaklı bakımından birden çok taşınmazın bağlılığı, toplu rehine göre daha önemlidir<sup>140</sup>. Zira alacaklının tamamen tatmin olması, tüm taşınmazların paraya çevrilmesine ve her bir taşınmazın paraya çevrilmesinden rehin yükü kadar meblağın alacaklının eline geçmesine bağlıdır. Oysaki toplu rehinde taşınmazların sadece bazılarının paraya çevrilmesi ve elde edilen satış miktarının alacağı karşılması mümkündür. Bu sebeple paylı rehlin, toplu rehne kıyasla rehin alacaklısının daha aleyhine olduğu açıktır<sup>141</sup>.

Paylı rehinde teminat bölündüğü için rehin alacaklısının, toplu rehlin aksine, alacağının tamamını devretme zorunluluğu yoktur. Aksine sadece arzu ettiği taşınmazlar üzerindeki rehin hakkının temin ettiği alacak miktarını devredebilir. Alacağın devri hâlinde alacağa bağlı olan rehin hakkı, TBK m. 189/I hükmü uyarınca kendiliğinden alacak hakkını devralana geçer. TMK m. 891 hükmüne göre rehin hakkının, alacağın devredildiği yeni alacaklıya intikali açısından tapu kütüğüne tescil şart değildir<sup>142</sup>. Bu bakımdan öğretide

<sup>137</sup> MARCHAND, Art. 798 N 16; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 16.

<sup>138</sup> KURŞAT, s. 399; HELVACI, s. 228; SİRMEN, s. 587.

<sup>139</sup> YHGK, T. 27.11.2002, E. 2002/12-823, K. 2002/1020 (“*Burada alacak tümlüğünü korur, ancak taşınmazlardan her biri alacağın yalnız belirli bir bölümü için sorumlu olur.*”); SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1520; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 18; DÜRR, Art. 798 N 121; LEEMANN, Art. 798 N 48; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3216; SAYMEN/ELBİR, s. 582; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 295; HELVACI, s. 228; ACAR, Rehin, N 92; ACAR, Belirlilik, s. 244; ÇETİNER, s. 205; AYDIN ÜNVER, s. 88.

<sup>140</sup> DÜRR, Art. 798 N 124.

<sup>141</sup> GÜRSOY, s. 21.

<sup>142</sup> ÖZER, s. 63-64. Bu durumun, rehin hukukuna hâkim kamuya açıklık ilkesinin istisnalarından birini teşkil ettiği yönünde bkz. ACAR, Rehin, N 70.



yüklü taşınmazların her birinin tapu kütüğü sayfasının düşünceler sütununa alacağın temlik edildiğinin kaydedilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>143</sup>.

#### **D. Paylı Rehin Sözleşmesi**

Paylı rehin sözleşmesi, taşınmaz maliki ya da malikleri ile rehin alacaklısı arasında yapılır. Paylı rehinde, taşınmazların aynı kişiye veya farklı kişilere ait olması mümkündür<sup>144</sup>. Keza farklı maliklerin müteselsil borçlu olması da gerekli değildir. TMK m. 856/II düzenlemesine göre paylı rehin sözleşmesi, resmî şekilde yapılır.

TMK m. 855 hükmü uyarınca birlikte rehin hâlinde paylı rehin kural olduğu için paylı rehlin açıkça kararlaştırılmasına gerek yoktur. Taraflar birlikte rehin kurmak istemekle birlikte toplu rehin kurmak istedikleri anlaşamıyorsa paylı rehin söz konusu olur.

TMK m. 851/I uyarınca taraflar, ister anapara ister üst sınır ipoteği şeklinde paylı rehlin teminatını belirleyebilirler. Paylı rehinde birden çok rehin hakkı kurulduğu için farklı rehin türlerinde rehin hakkı kurulabilir, toplu rehindeki gibi rehin hakkının aynı türde kurulması zorunluluğu yoktur<sup>145</sup>. Rehin haklarının, her bir taşınmaz üzerinde farklı derecelerde kurulabilmesi mümkündür<sup>146</sup>.

#### **E. Tescil Zorunluluğu**

TMK m. 856/I hükmü uyarınca paylı rehlin tapu kütüğüne tescil edilmesi gerekir<sup>147</sup>. Tarafların üzerinde anlaşıtı veya tapu idaresinin ya da mahkemenin tayin ettiği rehin yükleri, TST m. 32/I/c uyarınca her bir taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki rehin sütununa işlenir<sup>148</sup>.

TST m. 32/I/a-b uyarınca toplu rehinde düşünceler sütununda diğer taşınmazların belirtileceği açıkça düzenlenmiştir. Böyle bir düzenleme paylı rehin bakımından öngörülmemiş olsa da taşınmazların tamamının paraya çevrilmesi söz konusu olduğu için rehin konusu diğer taşınmazların, her bir taşınmazın tapu kütüğü sayfasında yer alan düşünceler sütununda belirtilmesi

<sup>143</sup> ÖZER, s. 64.

<sup>144</sup> ACAR, Belirlilik, s. 245.

<sup>145</sup> SAYMEN/ELBİR, s. 583; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1035; ACAR, Belirlilik, s. 249. Aksi görüşte bkz. ÇETİNER, s. 205; DÜRR, Art. 798 N 122.

<sup>146</sup> DÜRR, Art. 798 N 130.

<sup>147</sup> Tapu memurunun, tescilin yolsuz olduğunu anladığı anda TMK m. 1007 çerçevesinde devletin sorumluluğuna gidilmesini engellemek için, TMK m. 1027 uyarınca tapu sicilini re'sen düzeltereği yönünde bkz. LEEMANN, Art. 798 N 59.

<sup>148</sup> SARI, s. 1004; KURŞAT, s. 402; BENGİSU, s. 1881.



isabetli olur<sup>149</sup>.

#### IV. Paylı Rehinin Hüküm ve Sonuçları

Paylı rehinde temin edilen alacak hakkı bir tanedir; ancak güvence bölünmektedir<sup>150</sup>. Güvencenin bölünmesi neticesinde, paylı rehinde her taşınmaz toplam rehin miktarının sadece belirli bir kısmından sorumlu olur ve birden fazla rehin hakkı kurulur<sup>151</sup>. Paylı rehin hâlinde, rehin yükü her bir taşınmaz üzerinde ayrı ayrı paylaştırıldığından taşınmaz adedi kadar rehin hakkı mevcuttur<sup>152</sup>. Paylı rehin her ne kadar aynı rehin sözleşmesi uyarınca tesis edilse de taşınmazlar üzerindeki rehin hakları birbirlerinden bağımsızdır<sup>153</sup>. Bu bağlamda her taşınmaz üzerinde rehin hakkının farklı türlerde kurulabilmesi de mümkündür<sup>154</sup>. Başka bir anlatımla, toplu rehinden farklı olarak, bir taşınmaz üzerinde ipotek ile rehin tesis edilirken bir başka taşınmaz üzerinde ipotekli borç senedi ile rehin kurulabilir.

Paylı rehinde sadece rehin yükü bölünür, rehin alacaklısının bölünemeyen ve sadece tamamı üzerinde tasarruf edilebilen bir hakkı vardır<sup>155</sup>. Nitekim

<sup>149</sup> KURŞAT, s. 402-403.

<sup>150</sup> Yarg. 12. HD, T. 23.11.2001, E. 2001/17448, K. 2001/19796 (“*Bu tür ipotekler de alacak bölünmeyip bütünlüğünü koruduğu halde rehin yükü taşınmazlara dağıtılmıştır.*”); Yarg. 8. HD, T. 31.12.2013, E. 2013/21690, K. 2013/20428 (“*Burada alacak tümülüğünü korur, ancak taşınmazlardan her biri alacağın yalnız belirli bir bölümü için sorumlu olur.*”); SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1520; DÜRR, Art. 798 N 121; LEEMANN, Art. 798 N 48; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 18; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3216; SAYMEN/ELBİR, s. 582; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 295; HELVACI, s. 228; ACAR, Rehin, N 92; ACAR, Belirlilik, s. 244; ÇETİNER, s. 205; AYDIN ÜNVER, s. 88.

<sup>151</sup> MARCHAND, Art. 798 N 1, 12; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 112 N 31; SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 13; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 18; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1520; DÜRR, Art. 798 N 120-121; LEEMANN, Art. 798 N 48-50; KUNTALP, s. 268; DAVRAN, s. 26; SİRMEN, s. 587; HELVACI, s. 227-228; ACAR, Rehin, N 94; ACAR, Belirlilik, s. 249; AYDIN ÜNVER, s. 89. Aksi görüşte bkz. ÇETİNER, s. 205.

<sup>152</sup> Yarg. 12. HD, T. 23.11.2001, E. 2001/17448, K. 2001/19796 (“*Bu halde alacaklı birbirinden bağımsız ipotek hakkına sahip olup, dilediği taşınmazın satışı ile paraya çevrilmesini isteyebilir.*”); AKİPEK/AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 762; KURŞAT, s. 401-402; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 295.

<sup>153</sup> GÜRSOY, s. 21.

<sup>154</sup> KURŞAT, s. 401-402; SAYMEN/ELBİR, s. 583; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1035.

<sup>155</sup> Yarg. 12. HD, T. 23.11.2001, E. 2001/17448, K. 2001/19796 (“*Bu tür ipoteklerde alacak bölünmeyip bütünlüğünü koruduğu halde rehin yükü taşınmazlara dağıtılmıştır.*”); SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 14; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 18; LEEMANN, Art. 798 N 48; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1520; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3216; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 761; DAVRAN, s.

paraya çevirme talebinin tüm taşınmazlara birden yönetilmek zorunda olması da bunu doğrular<sup>156</sup>.

Toplu rehin bakımından TST m. 32/I/a-b hükümlerinde açıkça öngörülmesine rağmen, paylı rehinde rehne konu taşınmazlar arasında irtibat sağlanacağı düzenlenmemiştir. Buna rağmen öğretide paylı rehne konu taşınmazlar arasında da bağlantı sağlanması gerektiği ve böylece taşınmazların tamamının paraya çevrilmesi gerekliliğinin yerine getirilmesini kolaylaştırılacağı savunulmaktadır<sup>157</sup>.

### V. Paylı Rehinin Paraya Çevrilmesi

TMK m. 873/III hükmü uyarınca rehin hakkı sahibi, paylı rehinde yüklü tüm taşınmazların paraya çevrilmesini talep etmelidir<sup>158</sup>. Alacaklı, icra dairesine başvurarak İİK m. 145 vd. hükümlere göre “*rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip*” başlatır<sup>159</sup>. Toplu rehinden farklı olarak paylı rehinde icra dairesi, rehin konusu tüm taşınmazları paraya çevirir<sup>160</sup>. Yine toplu rehinden farklı olarak paylı rehinde, taşınmazlardan birinin veya bazılarının paraya çevrilmesi, diğer taşınmazlar üzerinde rehin hakkının sona ermesine yol açamaz<sup>161</sup>.

Taşınmazın paraya çevrilmesinden elde edilen değer rehin yükünü aşarsa fazlalık, o taşınmazda arka sıralarda bulunan rehin hakkı sahiplerine, eğer arka sıralarda rehin hakkı bulunmuyorsa ya da bulunmakla birlikte onlar da tatmin edilmişse taşınmazın malikine verilir; diğer rehinli taşınmazlar üzerinde rehin hakkı devam eden alacaklıya verilmez<sup>162</sup>. Bu sebeple de

26; KURŞAT, s. 399; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 295; SİRMEN, s. 587; SARI, s. 1003.

<sup>156</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2016), Art. 798 N 13; SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 18; AKİPEK/ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 762; SİRMEN, s. 588; SARI, s. 1004.

<sup>157</sup> KURŞAT, s. 402-403.

<sup>158</sup> DÜRR, Art. 798 N 124; LEEMANN, Art. 798 N 51; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N 3216 dn. 39; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1035; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 296; HELVACI, s. 232; KUNTALP, s. 288; KURŞAT, s. 423; ACAR, Belirlilik, s. 248; AYDIN ÜNVER, s. 87.

<sup>159</sup> GÜRİSOY, s. 22 vd.; KURŞAT, s. 422. Borçlu iflas etmişse İİK m. 185 uyarınca icra dairesi yerine iflas dairesinin taşınmazları paraya çevireceği yönünde bkz. KURŞAT, s. 422-423.

<sup>160</sup> SİRMEN, s. 588; SARI, s. 1004; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 296; AYDIN ÜNVER, s. 88.

<sup>161</sup> YHGK, T. 27.11.2002, E. 2002/12-823, K. 2002/1020: “*Burada alacak tümlüğünü korur, ancak taşınmazlardan her biri alacağın yalnız belirli bir bölümü için sorumlu olur. Bu durumda, rehinli taşınmazların her biri alacağın ancak bir bölümüyle sorumlu olduğundan tümünün karşılanabilmesi için rehinin paraya çevrilmesinde rehinli tüm taşınmazların birlikte satılması gerekir.*”

<sup>162</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 18; AKİPEK/ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 762; KUNTALP, s. 268; HELVACI, s. 232; ÇETİNER, s. 205.

taşınmazlardan birinin paraya çevrilmesinden rehin yükünden az para elde edilir ve rehin alacaklısı tam olarak tatmin olmazsa, eksik kalan miktar için diğer rehinli taşınmazlara başvurulamaz<sup>163</sup>.

## **VI. Rehlinli Taşınmazın Sonradan Birden Fazla Taşınmazla Teminat Altına Girmesi**

Rehin kurulurken paylı rehin kararlaştırılabileceği gibi, rehinle yüklenmiş bir taşınmazın sonradan bölünmesi veya kat mülkiyetine çevrilmesi hâllerinde de paylı rehin ortaya çıkabilir<sup>164</sup>. Taşınmazın bölünmesi hâlinde TMK m. 889/I, rehin yükünün taşınmazlara değerleri oranında paylaşılmasını, yani paylı rehin kurulmasını öngörmüştür. Rehlinli taşınmazın mülkiyetinin kat mülkiyetine dönüşmesi durumunda KMK m. 5/V uygulama alanı bulur ve bağımsız bölümler üzerinde, arsa payları oranında paylı rehin tesis edilir<sup>165</sup>. Rehlinli taşınmazın sonradan birden fazla taşınmazla teminat altına girmesi, paylı rehlin kurulması ve rehin yükünün taşınmazlara dağıtılması bakımından tekrardan kaçınmak adına toplu rehin kısmında ilgili başlık altında yapılmış açıklamalara yollama yapmaktayız<sup>166</sup>.

## **VII. Rehlinli Taşınmazlardan Birinin veya Birkaçının Devri**

Her ne kadar toplu rehin hâlinde taşınmazlardan biri veya bazıları TMK m. 889 hükmü uygulama alanı bulsa da paylı rehlin arz ettiği özellikler bakımından anılan hüküm uygulanmaz. Bir başka ifadeyle, paylı rehin konusu taşınmazın devri hâlinde TMK m. 888 hükmü uygulanır. TMK m. 888/I hükmü, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, rehinle yüklü taşınmazın devrinin borçlunun sorumluluğunda ve teminatta bir değişikliğe yol açmayacağını düzenlemiştir.

## **SONUÇ**

Aynı alacağı teminat altına almak amacıyla birden çok taşınmaz üzerinde rehin kurulması, “*birlikte rehin*” olarak adlandırılmaktadır. TMK m. 855 uyarınca, birlikte rehin iki farklı şekilde tesis edilebilir. İstisnaî tür olarak öngörülen toplu rehin, TMK m. 855/I hükmünde düzenlenmiştir. Toplu rehinde, birden çok taşınmaz alacak miktarının tümünü teminat altına almak amacıyla rehnedilir. Bu durumda, rehin konusu birden fazla taşınmaz olsa da sadece bir rehin hakkı doğar. Toplu rehin; sadece rehne konu taşınmazların

<sup>163</sup> SCHMID-TSCHIRREN (2015), Art. 798 N 18; LEEMANN, Art. 798 N 49-50; DAVRAN, s. 26.

<sup>164</sup> KURŞAT, s. 394.

<sup>165</sup> GÜRSOY, s. 31; KURŞAT, s. 419; ÖZER, s. 61.

<sup>166</sup> Bu hususta bkz. §1/VI.

malikinin aynı kişi olması ya da maliklerin borçtan müteselsil olması hâllerinde kurulabilir.

TMK m. 855/II-III hükmünde düzenlenen ve birlikte rehin hâlinde kural olarak söz konusu olan paylı rehinde, teminat altına alınan alacak miktarı rehne konu taşınmazlar üzerinde paylaştırılır. Bu durumda, her bir taşınmaz üzerinde bağımsız birer rehin hakkı oluşur. Dolayısıyla her taşınmaz, kendi rehin yükü ile sorumludur. Paylı rehinde taraflar, taşınmazlar üzerindeki rehin yükünün paylaşımı konusunda anlaşma yapmalıdır. Böyle bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, tapu müdürü rehin yükü dağıtımını taşınmaz değerleri oranında re'sen yapar. Taraflar rehin yükü dağıtımını konusunda anlaşamadıkları veya tapu memurunun dağıtımını onaylamadıkları takdirde mahkemeye başvurabilirler.

Birlikte rehin türleri karşılaştırıldığında toplu rehnin alacaklı bakımından paylı rehne göre daha yararlı olduğu görülmektedir. Zira paylı rehinde alacaklı, her bir taşınmazdan sadece yüklü olduğu rehin miktarı kadar alacak elde edebildiği için alacağının tamamını elde edebilmesi bütün taşınmazların paraya çevrilerek yüklenmiş oldukları rehin yükü kadar meblağın elde edilmesine bağlıdır. Oysaki toplu rehinde tek bir taşınmazın paraya çevrilmesiyle dahi alacaklının tüm alacağını elde edebilmesi mümkündür. Hiç şüphesiz toplu rehnin alacaklı bakımından arz ettiği bu yararlı durum, borçlu bakımından tam tersi bir özellik taşır. Bu çerçevede rehin borçlusu bakımından paylı rehnin daha faydalı olduğu söylenebilir. Zira paylı rehinde, taşınmazın paraya çevrilmesi neticesinde rehin yükünden fazla bir meblağ elde edilse bile alacaklı sadece rehin yükü kadarını elde edebilir ve fazla miktar, rehinli taşınmaz malikine iade edilir.

### KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk: **Rehin Hukuku Dersleri**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017. (ACAR, Rehin)
- ACAR, Faruk: **Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi**, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017. (ACAR, Belirlilik)
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: **Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2018.
- AYDIN ÜNVER, Tülay: “Birden Fazla Taşınmaz Üzerinde Toplu Rehin Kurulması”, **Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt 1 Eşya Hukuku (20 Ekim 2016)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 85-102.

- BENGİSU, Hande: “Birden Fazla Taşınmaz Üzerinde Kurulan İpoteğin Paraya Çevrilmesinde Taşınmazların Satışına İlişkin Sorunlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 83, Yıl 2009, Sayı 4, s. 1879-1920.
- ÇETİNER, Bilgehan: **Taşınmaz Teminatı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- DAVRAN, Bülent: **Rehin Hukuku Dersleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.
- DÜRR, David: **Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band IV Sachenrecht, Teilband 2b Das Grundpfandrecht, Erste Lieferung Systematischer Teil und Art. 793-804 ZGB**, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf, 2009. (Herausgeber: GAUCH, Peter /SCHMID, Jörg)
- FASEL, Urs: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf, 2016. (Herausgeber: BREITSCHMID, Peter/JUNGO, Alexandra)
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: **Türk Medenî Hukuku Dördüncü Kitap, Aynî Haklar**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1949.
- GÜNEL, M. Cahit: “Taşınmaz Rehninin Alacak Bakımından Kapsamı”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 247-266.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: **Birden Ziyade Gayrimenkulün Aynı Borç İçin İpotek Edilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1978.
- GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol: **Türk Eşya Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPAÇI, Abdülkadir: **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.
- HELVACI, İlhan: **Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie/GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara/ROBERTO, Vito: **Sachenrecht**, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2017.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: **Sınırlı Aynî Haklar**, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
- KUNTALP, Erden: “Aynı Alacak İçin Birden Çok Taşınmazın Rehni”, **Yiğit Okur’a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 265-293.
- KURŞAT, Zekeriya: “Birlikte Rehin”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 393-426.

- LEEMANN, Hans: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918 ZGB**, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1925.
- MARCHAND, Sylvain: **Commentaire Romand, Code civil II, (Art. 457-977 CC, Art. 1-61 Tit. fin. CC)**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2016. (Edité par: PICHONNAZ, Pascal/ FOËX, Bénédict/PIOTET, Denis)
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- ÖZER, M. Tolga: **Taşınmazların Birlikte Rehni (Aynı Alacağı Teminat Altına Almak İçin Birden Fazla Taşınmazın Rehni)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- SARI, Suat: “Taşınmaz Rehninde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2000, s. 963-1011.
- SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.: **Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar)**, Hak Kitabevi, İstanbul, 1954.
- SCHMID, Jörg/HÜRLIMANN-KAUP, Bettina: **Sachenrecht**, 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf, 2017.
- SCHMID-TSCHIRREN, Christina: **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB)**, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015. (Herausgeber: HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas) [SCHMID-TSCHIRREN (2015)]
- SCHMID-TSCHIRREN, Christina: **Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016. (Herausgeber: KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/ FANKHAUSER, Roland) [SCHMID-TSCHIRREN (2016)]
- SCHUMACHER, Rainer: **Das Bauhandwerkerpfandrecht**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich/Basel/Genf, 2008.
- SEROZAN, Rona: “Taşınmaz Rehni”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXIV, Yıl 2006, Sayı 2, s. 301-324.
- SİRMEN, A. Lâle: **Eşya Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: **Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar (Eşya Hukuku II/3)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- TOPALOĞLU, Mustafa: **Maden Hukuku**, Karahan Kitabevi, İstanbul, 2011.

TUOR, PETER/SCHNYDER, BERNHARD/SCHMID, JÖRG/JUNGO, ALEXANDRA: **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 14. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2015.

WIELAND, Carl: **Kanunu Medeni'de Aynî Haklar**, İkinci Cilt, 2. Bası, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1949 (Çeviren: Karafakih, İsmail Hakkı).

### KISALTMALAR

Abs.	Absatz (Fıkra)
Art.	Artikel (Madde)
BGBB	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das das bauerliche Bodenrecht
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
bkz.	bakınız
dn.	dipnot
E.	Esas (Yargıtay kararları için)
E.	Erwägung (Gerekçe, İsviçre Federal Mahkemesi kararları için)
eTMK	17.02.1926 tarih ve 743 sayılı (Eski) Türk Kanunu Medenîsi
eTST	18.05.1994 tarih ve 94/5623 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan (Eski) Tapu Sicili Tüzüğü
HD	Hukuk Dairesi (Yargıtay kararları için)
İİK	09.06.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
K.	Karar (Yargıtay kararları için)
KMK	23.06.1965 tarih ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
krş.	karşılaştırınız
m.	madde
MadK	04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunu
N	Note, Randnote, Randnummer (Kenar Notu)
s.	sayfa
T.	Tarih (Yargıtay kararları için)
TBK	11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
TMKYK	03.12.2001 tarih ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
TSHK	14.10.1983 tarih ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu

TST	22.07.2013 tarih ve 2013/5150 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Tapu Sicili Tüzüğü
TTK	13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
tZGB	Türkisches Zivilgesetzbuch vom 22. November 2001
vd.	ve devamı
Yarg.	Yargıtay
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907



# ÖY HAKKINDA İMTİYAZLI PAY GRUBUNUN YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKI

Bilge AYTUĞAR\*

## ÖZ

*Oy hakkında imtiyazlı paylar, şirket sermayesi içerisinde ayrı bir “pay grubu” oluşturmaları nedeniyle şirketin esas sözleşmesi ile tanınması durumunda, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazından yararlanabilecektir. Buna karşılık söz konusu hakkın, gerçekten imtiyaz teşkil edip etmediği, oy hakkında imtiyazlı payların genel kurulda oy çoğunluğuna sahip olup olmamaları açısından farklı değerlendirme yapmamıza neden olabilmektedir. Bu tespitten hareketle yönetim kurulunda temsil edilme hakkına imtiyazın, sermaye içerisindeki farklı pay gruplarına ya da azınlık pay sahiplerine esas sözleşme ile tanınması durumunda, şirkette bulunan oy hakkında imtiyazlı pay gruplarının ayrıca özel kurul onayının aranıp aranmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Yönetim kuruluna oy hakkında imtiyazlı pay grubunun temsilcisi olarak seçilen kişinin, bu pay grubu ile olan hukuki ilişkisi ve sorumluluğu konularının da netleştirilmesi, bu çalışmanın temel amaçları arasındadır\*\*.*

**Anahtar Kelimeler:** İmtiyaz, oy hakkında imtiyazlı pay, grup imtiyazı, yönetim kurulunda temsil, grup temsilcisi, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu.

## RECHT AUF VERTRETUNG DER STIMMRECHTSAKTIEN KATEGORIE IM VERWALTUNGSRAT

### ZUSAMMENFASSUNG

*Stimmrechtsaktien können, falls die Gesellschaft durch den Hauptvertrag anerkannt wird, aufgrund der Tatsache, dass sie eine eigene “Aktiengruppe” innerhalb des Gesellschaftskapitals bilden, von dem Vorzug profitieren, im Verwaltungsrat vertreten zu sein. Andererseits kann die Frage, ob das fragliche Recht, wirklich ein Vorzug darstellt, dazu führen, dass wir unterschiedliche Beurteilungen in Bezug darauf vornehmen, ob Stimmrechtsaktien, Stimmenmehrheit in der Generalversammlung haben oder nicht. Aufgrund dieser Feststellung, dass ein solcher Vorzug verschiedenen Aktiengruppen oder Minderheiten im Kapital durch den Hauptvertrag erteilt wird, stellt sich die Frage, ob für Stimmrechtsaktien eine besondere Versammlung erforderlich ist. Einer der hauptsächlichen Zwecke dieser Studie ist, die rechtliche Beziehung und Verantwortung der Person, die als Vertreter der Stimmrechtsaktien im Verwaltungsrat gewählt wurde, mit dieser Aktiengruppe zu klären.*

**Schlüsselwörter:** Vorzug, Stimmrechtsaktien, Vorzug der Aktiengruppe, Vertretung im Verwaltungsrat, Gruppenvertreter, besondere Versammlung der Vorzugsaktionäre.

\* Arş.Gör.Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı bilge.develi@gmail.com.

\*\* Bu çalışma, “Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz” isimli doktora tezinden türetilmiştir.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 28.11.2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih : 03.12.2018

## I. GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu’nda yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, esas sözleşme ile belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine veya azınlık pay sahiplerine, yönetim kurulunda en az bir temsilci ile temsil edilme hakkı verilmesi amacıyla bir imtiyaz hakkı<sup>1</sup> olarak düzenlenmiştir (TTK m.360). İmtiyaz hakkı olarak kabul edilmesi, düzenlemenin emredici doğaya sahip olmadığını; aksine şirketlere –emredici hükümler ilkesi ve eşit işlem ilkesi gereklerine uygun şekilde- bu hakkı tanıma hususunda bir serbesti tanınmış olduğunu göstermektedir<sup>2</sup>.

Oy hakkında imtiyazlı paylara, sermaye içerisinde ayrı bir “*pay grubu*” oluşturduğu için, esas sözleşme ile yönetimde temsil imtiyazı tanınabilecektir. Şirket sözleşmesi ile tanınan oyda imtiyaz hakkının, şirket genel kurulunda oy çoğunluğunu elde etmeye yeterli olmadığı durumlarda<sup>3</sup>, şirket hâkimiyeti ve böylece yönetime etki edebilme olanağı elde edilemeyeceğinden, esas sözleşme ile tanınacak yönetim kurulunda temsil hakkı, bu eksikliği gidermeye yardımcı olacaktır. Bu açıdan ele alındığında, yönetim kurulunda tanınacak temsil hakkının, azınlık pay sahiplerinin korunmasına hizmet ettiği

<sup>1</sup> Bir imtiyaz hakkı olarak düzenlenmiş olması gerekçesiyle imtiyaza ilişkin temel esaslar, yönetimde temsil imtiyazının tanındığı haller için de geçerli olacaktır. Bu bağlamda, imtiyazın esas sözleşmede açık ve belirli şekilde öngörülmesi, diğer paylara kıyasla zamansal öncelik veya kapsam itibarıyla bir üstünlüğün bulunması, orantılılık ilkesine istisna oluşturması, paya bağlanmış olması sayılabilir. Yargıtay 11. HD., 22.06.2015 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, “*Mahkemeye iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; 6762 sayılı TTK döneminde taraflara verilen yönetim temsil hakkının imtiyaz niteliğinde olmadığı, ancak 6102 sayılı TTK’nın 360. maddesine göre yönetimde temsil edilme hakkı tanıyan payların imtiyazlı sayılacağı şeklinde yasal düzenlemeye yer verildiği, fakat pay sahibi gruplara temsil hakkında imtiyazın tanınabilmesi için söz konusu pay sahiplerinin “özellik ve nitelikleri itibarıyla belirli” olması gerektiği, genel kurul kararına bakıldığında özellik ve nitelikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinin seçilmediği, o hâlde mevcut durumda her iki pay sahipleri yönünden de imtiyazın söz konusu olamayacağı, ayrıca yönetimdeki temsile ilişkin değişikliğin imtiyaz ihlali mahiyetinde de bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*” şeklindeki ilk derece mahkemesi kararını, usul ve kanuna uygun bularak onanmasına karar vermiştir (E. 2014/19135, K. 2015/8578 sayılı kararı için bkz. <http://www.kazanci.com>, (E. T. 26.12.2018)).

<sup>2</sup> Aynı yönde bkz. Hasan PULAŞLI, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. II, B. 3, Ankara 2018, s. 1220, N. 187, (Şerh). Bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz. Bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemeler saklıdır (TTK m.360/1). Ayrıca bkz. Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.28/2.

<sup>3</sup> Örneğin, finansal durumun düzeltilmesi sırasında ihraç edilen oyda imtiyazlı payların, oy çoğunluğunu bahşetmeyebileceği hakkında bkz. Max Walter GERSTER, **Stimmrechtsaktien**, Zürich 1997, s. 170.

de söylenebilir<sup>4</sup>. Ancak pay grupları söz konusu olduğunda, Kanunun açık ifadesi, çoğunluk ya da azınlık pay sahipleri ile doğrudan ilişki kurmaya engeldir.

Oyda imtiyazlı pay gruplarına, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanımak, çeşitli sebeplerle bu paylara sahip olanların menfaatlerini doğrudan koruma amacına hizmet edemeyecek olsa da kural olarak şirket çıkarlarını gözetecek olan oyda imtiyazlı pay grubunun yönetim kurulundaki temsilcisi, gerektiğinde, kendi takdir hakkı çerçevesinde, ait olduğu pay grubunun menfaatlerini de savunabileceğinden<sup>5</sup>, oyda imtiyazlı pay grubunun menfaatlerinin korunmasında etkili olabileceği ifade edilmelidir.

## II. PAY GRUPLARININ, PAY SAHİBİ GRUPLARININ VE AZINLIK PAY SAHİPLERİNİN YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLMESİ

### A. GENEL OLARAK

Anonim şirketlerde, şahıs şirketlerinden farklı olarak, şirket yönetimi ve temsili tüm ortaklara düşmez. Bir anonim şirket yönetim kurulu, genel kuruldaki çoğunluk tarafından seçilir ve böylece genel kuruldaki oy çoğunluğu ile yönetim kurulunun teşekkülü arasında sıkı bir bağlılık ortaya çıkar. Sabit bir çoğunluğa sahip olan anonim şirkette, pay sahiplerinin çoğunluğunun temsilcisi yönetim kuruluna seçildiğinden, çoğunluk pay sahipleri ile yönetim

<sup>4</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, Art.709, Abs.1 OR hükmünün, azınlık pay sahipleri için değil; pay kategorileri için koruma içerdiğini ifade etmiş; sadece azınlık pay sahiplerinin bulunduğu gerçeğinden hareketle yönetim kurulunda temsil hakkının türetilmeyeceğini belirtmiştir, (BGE 19.01.1994 T., 120 II 47 sayılı karar, s. 52. Karar metni için bkz. <http://www.bger.ch/>, (E.T. 24.08.2017)). *Gerster* ise, yönetim kurulunda temsil hakkının, azınlık pay sahiplerinin korunmasına hizmet ettiğini ve azınlık-çoğunluk ilişkisi olmaksızın, korunma ihtiyacının da oluşmayacağını ifade etmiştir, (Bkz. GERSTER, s. 169). *Böckli*, yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkının, şirket genel kurulundaki çoğunluk ile ilgili olmaksızın, pay kategorileri için önem arz etmesinden hareketle bu koruma kuralının, fonksiyonel olarak azınlık haklarına yaklaştığına dikkat çekmiştir, (Peter BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2009, §13, s. 1566, N. 66). Aynı yönde bkz. Marc BAUEN/Silvio VENTURI, *Swiss Board of Directors*, Zürich-Basel-Geneva 2009, s. 19, N. 51; Peter V. KUNZ, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Bern 2001, §6, s. 404, N. 105.

<sup>5</sup> Patrick STACH, (J. Kren KOSTKIEWICZ/Stephan WOLF/Marc AMSTUTZ/Roland FANKHAUSER), *OR Kommentar*, Zürich 2016, s. 1797, N. 5. İsviçre Federal Mahkemesi, pay kategorisinin yönetim kurulundaki temsilcisinin, temsil ettiği pay kategorisinin özel çıkarlarını, şirket çıkarları izin verdiği ölçüde koruyabileceğine kanaat getirmiştir, (Karar için bkz. BÖCKLI, §13, s. 1568, N. 72). “...Her şeyden önce gösterilecek kişiler farklı ve aday gösterildikleri grupların yararlarını koruyacak yöneticilerdir.” (Y. 11. HD., T. 20.01.1986, E. 1985/5903, K. 1985/7427 sayılı kararı için bkz. <http://www.kazanci.com>, (E.T. 26.12.2018)).

kurulu arasında bir özdeşlikten söz edilir<sup>6</sup>. Buna karşılık azınlıkta kalan pay sahiplerine sözleşme ile temsil hakkı tanınmadıkça, bu pay sahiplerinin yönetimde söz hakkı sahibi olması kural olarak sağlanamaz (TTK m.360; karş. Art.709, Abs.1, 2 OR). Hâlbuki yönetim kurulunun karar yetkisi karşısında, kimin yönetim kurulunda bulunduğu ve orada hangi vazifeleri gördüğü, azınlık pay sahiplerinin fiili ve hukuki durumları için büyük rol oynar<sup>7</sup>.

Pay gruplarının yönetim kurulunda temsili, mehz İsviçre Hukuku'nda ilk olarak imtiyazlı pay sahiplerini korumak amacıyla kabul edilmiştir. Ancak iki ya da üç kez finansal durumu iyileştirilmiş olan şirketlerde, sermayenin büyük çoğunluğunu imtiyazlı paylar oluşturduğu için, asıl korunma ihtiyacına sahip olanların, adi pay sahipleri olduğu dikkate alınmış ve sadece imtiyazlı pay sahipleri için değil; aynı zamanda farklı hukuki duruma sahip pay sahibi grupları için de temsil hakkı bahşedilmiştir<sup>8</sup>. Pay gruplarına yönetim kurulunda temsil hakkı, şirket işlemleri ile ilgili olarak bilgilendirilmeleri ve grup çıkarlarına zarar veren, bununla birlikte şirket çıkarlarının da gerektirmediği önlemlere karşı çıkabilmelerine olanak sağlamak amacıyla tanınmaktadır<sup>9</sup>.

Mehaz İsviçre Hukuku'nda Art.709, Abs.1 OR hükmünde<sup>10</sup>, bir şirkette, oy hakkına veya malvarlığı haklarına ilişkin olarak birden fazla pay grubunun<sup>11</sup> bulunması durumunda, her bir gruba mensup pay sahiplerine, sözleşme

<sup>6</sup> Conrad M. WALTHER, **Zur Rechtsanwendung wertungsbedürftiger Minderheitschutznormen im schweizerischen Aktienrecht**, Zürich 1987, s. 43.

<sup>7</sup> WALTHER, s. 44.

<sup>8</sup> Hans GERBER, **Gruppenbildung und Gruppenschutz in der Aktiengesellschaft**, Bern 1946, s. 107-108. Kurucu ailelere mensup olanların veya onların soyundan gelenlerin, parti, dini grup veya konuşma gruplarının da Art.709 OR anlamında grup kabul edildiği yönünde bkz. BÖCKLI, §13, s. 1569, N. 77.

<sup>9</sup> GERBER, s. 112. Azınlık pay sahipleri bağlamında bkz. WALTHER, s. 46.

<sup>10</sup> Hükmün kenar başlığı, pay sahibi kategorilerinin ve pay sahibi gruplarının temsili şeklinde kaleme alınmış olmakla birlikte pay sahibi kategorileri ile kastedilen, Art.709, Abs.1 OR hükmünde belirtildiği üzere, payların kategorisidir; fakat yönetim kurulunda temsil hakkı, her bir kategorinin pay sahiplerine (*Aktionären jeder Kategorie*) tanınmaktadır.

<sup>11</sup> Pay gruplarının ayırıcı özellikleri, Kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş olup bunlar, sözleşmede belirlenmeli ve süreklilik taşımalıdır (STACH, (KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER), s. 1797, N. 3; Martin LIEBLI, **Vorzugsaktien, Eine Darstellung nach gesellschaftsrechtlichen, bilanzierungsrechtlichen und steuerrechtlichen Gesichtspunkten**, Zürich 2008, s. 274, N. 357; Abuzer, KENDİGELEN, “İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar”, **Makalelerim**, C. I, B. 2, 1986-2001, s. 410 (Oy Hakkında İmtiyaz). *Böckli*, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının, farklı pay kategorilerine verildiğini; farklı pay türlerine veya farklı menfaat durumlarına sahip pay sahipleri gruplarına vermediğini; bu bağlamda, hamile ve nama yazılı paylar ile bağlı nama yazılı paylar arasında, devredilebilirlik açısından esaslı farklılıklar bulunsa da bunun, pay sahipliği haklarının içeriği ile ilişkili

suretiyle yönetim kuruluna en az bir temsilciyi<sup>12</sup> seçme hakkının verilmesi gerektiği belirtilmiş; böylelikle pay gruplarına mensup pay sahiplerinin, yönetim kurulunda temsil edilmeyi talep hakkına sahip olduğu; bununla birlikte somut olayda bu haktan, herhangi bir kamusal menfaat gerekçesine dayanmaksızın vazgeçebilecekleri kabul edilmiştir<sup>13</sup>. Bu hüküm ile azınlık pay sahipleri için koruma sağlanması hedeflenmiştir<sup>14</sup>. Yönetim kurulunda temsil edilme hakkının, farklı pay gruplarının muhafaza edilmesinde talep hakkı oluşmadığı için, müktesep hak karakteri taşımadığı kabul edilmektedir<sup>15</sup>.

Bununla birlikte Kanun metninde açıkça yer verilmemiş olsa da yar-

---

olmadığını ifade etmiştir, (BÖCKLI, §13, s. 1568, N. 73). Aynı yönde bkz. Marc BAUEN/Robert BERNET, **Schweizer Aktiengesellschaft**, Zürich-Basel-Genf 2007, s. 157, N.453; KENDİGELEN, Oy Hakkında İmtiyaz, s. 398. Bununla birlikte *Böckli*, Art.709, Abs.2 OR hükmü uyarınca sözleşmede, hamile ve nama yazılı pay sahiplerine, yönetim kurulunda en az bir temsilci bulundurma hakkının tanınabileceğine işaret etmiştir, (BÖCKLI, §13, s. 1569, N. 77). Aynı yönde bkz. BAUEN/VENTURI, s. 21, N. 54; VON STEIGER, s. 194. Nama yazılı payların, hisse senedi ihraç eden şirket açısından maliyeti düşük bir *pay sınıfı* olduğu yönünde bkz. Joe, KAESER, , “Die Namensaktie-eine Aktiegattung mit Potenzial”, **Aktie und Kapitalmarkt, Festschrift für Professor Dr. Rüdiger von Rosen zum 65. Geburtstag**, Stuttgart 2008, s. 226. Karş. BGE 120 II 47. İsviçre Federal Mahkemesi, imtiyaz haklarının sadece sözleşmede açıkça öngörülmesi ve tespit edilmesi ile değil; aynı zamanda hukuki durumda gerçek ve uzun süreli farklılıklara neden olunması durumunda da farklı pay kategorilerinden bahsedileceğini belirtmiştir. Karar için bkz. Georg KRNETA, **Praxiskommentar Verwaltungsrat**, Art.707-726, 754 OR und Spezialgesetze, 2. Auflage, Bern 2005, s. 72, N. 362; BAUEN/VENTURI, s. 20, N. 52.

<sup>12</sup> Oransal bir temsilin kastedilmediği yönünde bkz. STACH, (KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER), s. 1797, N. 2.

<sup>13</sup> F. VON STEIGER, “Der sog. Verwaltungsratsproporz (Art. 708, Abs. 4, 5 und 6 OR)”, **Die Schweizerische Aktiengesellschaft**, XI. Jahrgang, Nr. 9, Zürich 1939, s. 194; GERBER, s. 107; GERSTER, s. 169. Buna karşılık genel, sözleşmede düzenlenmiş ya da zımni vazgeçmenin mümkün kabul edilmemesi gerektiği hakkında bkz. LIEBI, s. 275, N. 357. Bununla birlikte Kanunda herhangi bir belirleme yapılmadığı için, İsviçre Federal Mahkemesinin 1940 yılında vermiş olduğu karar, yol gösterici olarak benimsenmekte; buna göre, azınlık grubunun, temsilciyi yönetim kuruluna direkt gönderme hakkı değil; bağlayıcı öneride bulunma hakkının olduğu; sözleşmeler suretiyle temsilci önerisinde bulunmak için, organizasyonel olanak sunulması gerektiği; pratik olarak ilgili pay sahibi gruplarının özel kurulu suretiyle bunun sağlanabileceği; temsilcinin, önemli sebepler bulunmadıkça, genel kuruldaki tüm pay sahipleri tarafından seçilmesi gerektiği kabul edilmektedir, (BÖCKLI, §13, s. 1566, N. 68).

<sup>14</sup> Eric HOMBURGER, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht**, 5. Teil Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, Zürich 1997, Art. 709, N. 187; BAUEN/VENTURI, s. 19, N. 51; BÖCKLI, §13, s. 1566, N. 66; STACH, (KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER), s. 1797, N. 2; LIEBI, s. 275, N. 357.

<sup>15</sup> STACH, (KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER), s. 1797, N. 2.

gı kararları ile pay sahibi gruplarının yönetim kuruluna temsilciyi doğrudan gönderme hakkı değil; aksine sadece genel kurula bağlayıcı nitelikte bir öneri hakkının bulunduğu; önerilen adayın da sadece önemli sebeplerden reddedilebileceği ve verilen ret kararının Art.706 OR hükmü gereğince iptal edilebileceği kabul edilmiştir<sup>16</sup>. Mahkeme, iptal davasında, reddetme gerekçesinin önemli sebep oluşturup oluşturmadığını ve bu tespitle bağlantılı olarak temsilcinin seçilip seçilmediğini araştırır. Mahkemenin davayı kabul kararı, seçimin tespit edilmesi sonucunu doğurur<sup>17</sup>. Diğer taraftan temsil hakkı, seçilen adayın keyfi şekilde görevden alınması suretiyle aldatıcı hale getirilemeyeceğinden, ret için aranan önemli sebep, seçilen adayın görevden alınması için de aranmaktadır<sup>18</sup>. Genel kurulun, ilgili pay grubunun teklifi üzerine veya önemli sebeple ilgili guruba mensup temsilciyi görevden alabileceği kabul edilmektedir<sup>19</sup>. Temsil hakkı, şirket sözleşmesi ile sınırlandırılmaz veya genel kurul için bağlayıcı olmayacak şekilde düzenlenemez. Sözleşmeler, kanunen öngörülmüş temsil hakkı konusunda hiçbir düzenleme ihtiva etmedikleri takdirde ise, Art.709, Abs.1 OR hükmü ihlal edilmiş olur<sup>20</sup>. Bu durumlarda, Art. 709, Abs.1 OR hükmünün doğrudan uygulanacağı; yönetim kurulunun ise, genel kurula, mümkün olan en hızlı şekilde, amaca uygun sözleşmesel düzenlemeyi yaparak sunması gerektiği ve bu konuda öneride bulunma sorumluluğu (*Ant-ragsverantwortung*) olduğu kabul edilmektedir<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Roland, MULLER/Lorenz, LIPP/Adrian, PLÜSS, “Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht”, *AJP/PJA*, 5/2011, s. 596; STACH, (KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER), s. 1797, N. 5; KRNETA, s. 75, N. 374. İsviçre Federal Mahkemesi, 1940 yılında vermiş olduğu kararda, önemli sebepleri tespit, iş ile ilgili ilişkiler, yetenek ve karakter bakış açılarından hareket etmiştir, (BÖCKLI, §13, s. 1566, N. 68). *Wenninger*, grup temsilcilerinin, yönetim kurulundaki konumları vasıtasıyla anonim şirketlerin gizli alanında bilgi edinme imkânına sahip olmaları gerekçesiyle önerilen adayın karakter veya yeteneği, güvenilir bir etki yaratıyorsa, genel kurulun, önerilen adayı reddedebilmesi gerektiği fikrini savunmuştur, (Renate WENNINGER, *Die aktienrechtliche Schweigepflicht*, Zürich 1983, s. 167).

<sup>17</sup> BÖCKLI, §13, s. 1567, N. 70.

<sup>18</sup> STACH, (KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER), s. 1797, N. 6.

<sup>19</sup> KRNETA, s. 74, N. 371; BÖCKLI, §13, s. 1571, N. 84. *Krnet*, temsilcinin mensup olduğu ilgili pay kategorisi, sözleşme değişikliği suretiyle kaldırılırsa ya da atanmış temsilci, ilgili pay kategorisine ait payını üçüncü kişiye devrederse, genel kurulun bu hallerde seçim şartlarının ortadan kalkması nedeniyle seçilen yönetim kurulu üyesini, oylama ile azledebileceğini; bu süreci kolaylaştırmak için ise, sözleşmede, seçim şartlarının çökmesi durumunda, temsilcinin yetkisinin otomatik şekilde sona ereceği ve anonim şirketin, yönetim kurulu üyesinin sicilinden terkinin için yetkili olacağı hususunun açıkça belirtilmesinin amaca uygun olacağını ifade etmiştir, (KRNETA, s. 74, N. 372).

<sup>20</sup> STACH, (KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER), s. 1797, N. 6.

<sup>21</sup> BÖCKLI, §13, s. 1567, N. 68a; BAUEN/VENTURI, s. 19, N. 51. Art.709, Abs.1 OR hük-



İsviçre Borçlar Kanunu'nda, sözleşmelerin, azınlık pay sahipleri<sup>22</sup> veya münferit pay sahipleri gruplarının korunması için de özel düzenlemeler öngörebileceği ifade edilerek bu kez uyulması zorunlu olmayan bir kural sevk edilmiştir (Art.709, Abs.2 OR). Bu bağlamda, oransal temsil hakkı veya kümülatif oy hakkının tanınabileceği; kurucu aile üyeleri, ticari partner veya küçük pay sahipleri için yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bahsedilebileceği ifade edilmektedir<sup>23</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, “*münferit grup*” kavramından, farklı hukuki duruma sahip olan pay sahiplerinin; “*azınlık*” kavramından ise, aynı hukuki duruma sahip pay sahiplerinin anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>24</sup>. Netice itibarıyla Kanunda, hem pay gruplarına mensup pay sahiplerine hem de pay sahiplerinin grupları ile azınlık pay sahiplerine tanınan veya tanınabilecek yönetim kurulunda temsil hakkı, pay sahiplerine pasif seçme yeterliliği tanımakta olup temsilci, genel kurulun tüm katılımcıları tarafından seçilmektedir<sup>25</sup>.

Pay ve pay sahibi grupları ile azlığın yönetim kurulunda temsili, Türk Hukuku'nda ilk kez 6102 sayılı TTK ile yasal temele kavuşturulmuş olup bu konuda, her ne kadar mehaz İsviçre Hukuku'nun ilgili hükmünden (Art.709 OR) ve Yargıtay'ın “*grup imtiyazı*”nı kabul eden yerleşik içtihatlarından esin-

---

münün amacının, oy oranları nedeniyle genel kurulda etkin olamayan pay sahipleri kategorilerine, yönetim kurulunda asgari bir temsilciyi seçme olanağı vermek olduğu; bu kuralın, zorlayıcı bir doğaya sahip olsa dahi uygulamada büyük ölçüde anlamsız kaldığı; zira genel kurulun seçim yükümlülüğüne riayet etmemesi durumunda, doğrudan herhangi bir hukuki sonucun doğmayacağı ve sicil müdürünün Art.709, Abs.1 OR hükmüne uymayan bu sözleşmeyi geri çevirme hakkına sahip olmadığı ifade edilmektedir, (KRNETA, s. 72, N. 359). Uygulamada, uygun sözleşmesel düzenlemenin eksikliğinde, büyük, özellikle borsaya kayıtlı şirketlerde, güçlü fakat kontrol sahibi olmayan bir azınlık pay sahibine yönetim kurulunda bir temsilci bulundurma hakkı tanınması yönünde bir standart olduğu ve pay sahibi, şirketteki oy hakkının %15 veya daha fazlasına sahip olduğu takdirde, payların dağılımına göre, bu tür bir talebin gelişebileceği belirtilmektedir, (Bkz. KRNETA, s. 76, N. 385).

<sup>22</sup> Doktrinde, yönetim kurulunda temsil şartının yerine getirilmesi için, azınlık pay sahibi olma-ya ilave olarak farklı hukuki duruma sahip olmak gibi, sürekli bir farklılık kriterinin gerekli olduğu fikri savunulmaktadır, (Bkz. KUNZ, §6, s. 405, N. 107).

<sup>23</sup> STACH, (KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER), s. 1798, N. 8. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi, şirket yönetimini devretmek için yönetim kuruluna verilen yetkinin, azınlık pay sahiplerini korumak için sınırlandırılabilmesine karar vermiştir, (BGE 13.10.2011 T. ve 137 III 503 sayılı karar metni için bkz. <http://www.bger.ch/>, (E.T. 25.08.2017)). *Böckli*, Art.762 OR hükmünde öngörülen, kamu hukuku tüzel kişilerine tanınan temsilci gönderme hakkının aksine, pay sahipleri grubunun oluşturduğu özel kurulun seçim yetkisinden veya gerçek bir gönderme hakkından söz edilmemesi gerektiğini belirtmiştir, (BÖCKLI, §13, s. 1569, N. 76).

<sup>24</sup> BGE 07.10.1969 T., 95 II 555 sayılı karar metni için bkz. <http://www.bger.ch/>, (E.T. 25.08.2017).

<sup>25</sup> STACH, (KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER), s. 1798, N. 10.

lenildiği ifade edilmiş olsa da TTK'deki konuyu düzenleyen hüküm (TTK m.360), her iki kaynaktan da kapsam ve bağlayıcılık açılarından esaslı farklılıklar taşımaktadır. Türk Hukukunda, sadece anonim şirketlere ilişkin olarak esas sözleşme ile pay gruplarına, pay sahibi gruplarına<sup>26</sup> ve azınlık pay sahiplerine<sup>27</sup>, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınabileceği ve ken-

<sup>26</sup> Aynı özelliğe sahip pay sahiplerinin de bir pay grubu oluşturduğu yönünde bkz. PULAŞLI, Şerh, s. 1228, N. 214.

<sup>27</sup> *Ulusoy*, önceden hangi pay sahiplerinin yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına sahip olduğunun tespit edilebildiği durumlarda bunun, teknik anlamda azınlık hakkı olmayıp grup pay sahiplerine tanınmış imtiyaz olacağını; TTK m.360 hükmü kapsamında azınlık kavramından, “*önceden belirlenmemiş, her yönetim kurulu seçimlerinde farklı pay sahiplerinden fiilen oluşturulan azınlık pay sahipleri*”nin anlaşılması gerektiğini belirtmiştir, (Erol ULUSOY, **Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları**, Ankara 2014, s. 21). *Yazar* ayrıca, azınlığa tanınan yönetim kurulunda temsil hakkını, “*esas sözleşme ile tanınma şartına bağlı bir azınlık hakkı*” olarak kabul etmekte; azınlık kavramı değişken bir statü olduğu için, tanınan temsil hakkının, bir grup imtiyazı olmadığını; “*imtiyaz benzeri nitelik taşıyan bir hak*” olduğunu ifade etmektedir, (s. 153). *Pulaşlı*, azınlık kavramının değişken ve nispi bir kavram olduğunu düşünmektedir, (PULAŞLI, Şerh, s. 1233, N. 220). Ayrıca bkz. TEKİNALP, s. 231, N. 12-18. *Kırca* ise, kanun koyucunun, “*azlık*” kavramı ile ilk iki guruba ek üçüncü bir grup yaratmak amacı taşımadığını düşünmektedir, (İsmail KIRCA/ Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK/ Çağlar MANAVGAT, **Anonim Şirketler Hukuku**, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 431-432). TTK m.360 kapsamında azınlık kavramının “*fiili azınlık*” olarak nitelendirilmesi yönünde bkz. M. Özgür, FALCIOĞLU, “Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili”, **Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları**, (Ed. Erol Ulusoy), B. 2, Ankara 2016, s. 218. Kanaatimizce, azınlık pay sahiplerinin önceden belirlenmemiş, her somut olayda farklı kişilerden oluşan fiili azınlık olduğu görüşü, imtiyazların belirliliği ilkesi ile taban tabana zıt bir yorum oluşturacağından, ilk görüşe katılmaya imkân görmüyoruz. Kanun koyucunun azınlık kavramı ile yeni bir grup yaratma amacı taşımadığı fikrini de şu gerekçeyle destekleyemiyoruz: Her şeyden önce, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, temelde şirkette hâkim konumda olmayan, diğer bir ifadeyle azınlıkta kalmış pay sahiplerine, yönetime etkiye bulunabilme imkânı bahsedebilmeleri amacıyla tanınmakta olduğundan; buna rağmen Kanunda ayrıca azınlıktan bahsedilmiş olması karşısında, azınlığın ayrı bir grup olarak kabulü zorunlu olduğundan ve hüküm, emredici mahiyet taşımadığından, azınlık kavramından, İsviçre Hukukunda benimsendiği şekilde, her hâlde aynı hukuki konuma sahip diğer pay sahiplerinin anlaşılamayacağı düşüncesindeyiz. İsviçre’de oy hakkı ve malvarlığı haklarına ilişkin olarak birden fazla pay grubuna mensup pay sahiplerine tanınan temsil hakkı, emredici olduğundan, azınlık kavramından, geniş anlamda azınlığın anlaşılabilmesi kabul edilebilir. Ancak TTK m.360 hükmünde, gerçek anlamıyla bir imtiyaz hakkı tanınmak istenilmiştir. Şirketlere, iyi tanımlanmış bir azlık pay sahibi tespiti ile bu kişilere ait paylara imtiyaz tanınmasına müsaade edilmiş görünmektedir. İmtiyazların belirliliği ilkesinin ihlal edilmemesinin tek yolu ise, TTK m.360/2 hükmünde de açıkça belirtildiği gibi, imtiyazın paya tanındığını kabul etmektir. Azınlık paylarına tanınacak imtiyaz, pay sahipleri grubuna tanınandan farklı olarak, pay sahiplerinin özellikleri kriterine göre değil; esas sözleşmede esas alınacak başkaca fakat sürekli nitelikteki ayrıncı özelliklere göre belirlenebilecektir. Bu bağlamda, sermayenin sadece belirli bir oranını teşkil eden payların yönetimde temsil imtiyazına sahip olacağı, tek başına öngörülebilir olmayaca-



disine bu hakkın tanındığı payların, *imtiyazlı* olduğu ifade edilmiştir<sup>28</sup> (TTK m.360). Yönetim kurulu üyeleri, bu grup veya kişiler arasından seçilebileceği gibi, bu grup veya kişilere, aday önerme hakkının (*Vorschlagsrecht*) tanınması da mümkündür; ancak genel kurul devre dışı bırakılarak doğrudan yönetim kuruluna üye gönderme hakkının tanınması, genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerine müdahale anlamı taşıyacağı gibi, emredici hükümler ilkesine de aykırılık oluşturacaktır<sup>29</sup>. Önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın seçimi, genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerine girmekte ise de (TTK m.408/2,b) kanun koyucu, haklı bir sebep bulunmadığı takdirde genel kurulun bu kişileri seçme konusunda takdir hakkına sahip olmadığını hükme bağlamakla pay ve pay sahibi grupları ile azınlık pay sahiplerine, *bağlayıcı öneride bulunma hakkı* bahşetmiştir. Kanun koyucu, yönetim kurulunda temsil edilme hakkını, emredici şekilde düzenlememiş; bu konuda şirketlere düzenleme serbestisi tanımıştır. Şirketler, esas sözleşmelerinde yönetim kurulunda temsil edilme hakkını bir kere tanıdıkları takdirde ise, ret için haklı sebep bulunmadıkça, önerilen adayı seçmek zorunda bırakılmışlardır<sup>30</sup>.

ğından, salt sermaye kriteri esas alınmamalı; buna ilave olarak payların pay senedi numaralarının belirtilmesi ya da payların bağlı nama yazılı olmaları gibi başkaca şartlar sözleşme ile belirlenmelidir. Dolayısıyla azınlık pay sahiplerinin tespitindeki güçlük, azınlığa tanınacak imtiyazların, belirlilik ilkesini ihlal etmemesi için, en az çifte kriter benimsenmesini gerekli kılmaktadır. Aynı yönde bkz. KUNZ, §6, s. 405, N. 107. “Anonim ortaklık anasözleşmesinin 10’uncu maddesinde öngörülen %50,5 payı temsil eden ortakların göstereceği adaylardan ortaklığın beş kişilik yönetim kurulunun üç kişisinin seçilebileceği koşulu imtiyaz değildir.” (Y. 11. HD.’nin T. 22.10.1991, E.1656/K. 5573 sayılı kararı için bkz. Gönen ERİŞ, **Açıklamalı-İçtihatlı 6335-6552-6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler**, C. III, B. 3, Ankara 2017, s. 2468). İsviçre Hukukunda küçük anonim şirketlere ilişkin olarak Art.709 OR hükmüne üçüncü fıkra olarak; sermayenin asgari %20’sini oluşturan her pay sahibinin veya pay sahibi grubunun yönetim kurulunda en az bir temsilciyi seçmek için genel kurula öneride bulunma hakkına sahip olduğu ve genel kurulun öneriyi sadece önemli sebeple reddedebileceği yönünde bir hükmün yer alması önerisi için bkz. Alain, HIRSCH/Peter, NOBEL, “Projekt einer privaten Aktiengesellschaft”, **SZW/RSDA**, 3/97, s. 134.

<sup>28</sup> Kârda, oyda, tasfiye payında veya diğer herhangi bir malvarlığı hakkında imtiyazlı olan bir pay grubuna, yönetim kurulunda temsil hakkında imtiyaz tanındığı takdirde, her iki imtiyaz birbirinden bağımsız şekilde değerlendirilmelidir. (Bkz. ULUSOY, s. 147). Mehz Hukukun aksine Türk Hukukunda yönetim kurulunda temsil edilme hakkının, özel bir grup hakkı değil; imtiyaz hakkı olduğu yönünde bkz. PULAŞLI, Şerh, s. 1222, N. 195.

<sup>29</sup> KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 433. Bu yönde ayrıca bkz. BGE 66 II 43, s. 50-51.

<sup>30</sup> Bu zorunluluk nedeniyle yönetim kurulu seçimine ilişkin bu yöntemin, “*karma yapı*” olarak tanımlandığı yönünde bkz. KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 436. Genel kurulun bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi durumunda ise, sicil müdürlerinin, TSY m.34/1, (ç) bendi hükmü gereğince, tescil edilecek olgunun, şirket sözleşmesine ve Kanunun emredici

## B. OY HAKKINDA İMTİYAZLI PAY GRUBUNUN YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLMESİ

### 1. Şirkette Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Bulunması

Oy hakkında imtiyaz (*Mehrstimmrecht*), imtiyazın bir türü olarak<sup>31</sup> belirli paylara, sermayeye katılma ölçüsünü aşarak, diğer paylara (*adi paylara*) kıyasla oy hakkının kapsam itibarıyla daha fazla sayıda ya da daha güçlü şekilde tanınmasıdır<sup>32</sup>. Oy hakkında imtiyaz, ilk esas sözleşmede veya esas sözleşme değiştirilerek tanınabilecek olsa da sözleşmede açıkça ve belirli şekilde<sup>33</sup>; Kanunda emredici şekilde öngörülen imtiyaz tanıma şekline (*açık/doğrudan imtiyaz*<sup>34</sup>) uygun ve paya bağlı olarak düzenlenmelidir (TTK m.478/1).

Sermayeye iştirakin, şirket üzerindeki hâkimiyet hakkını elde etmede belirleyici olmasına önemli bir istisna teşkil eden oy hakkında imtiyaz, bu hakka sahip pay grubunun, diğer paylara veya pay gruplarına nazaran daha fazla sayıda ya da daha güçlü şekilde oy hakkına sahip olmasına imkân tanıdığından, imtiyazın esas sözleşmede düzenlenme şekline bağlı olarak şirket pay yapısında, en az iki pay grubunun (*oyda imtiyazlı paylar- imtiyazsız (adi) paylar şeklinde*) ortaya çıkmasına yol açar.

Kanunda, oy hakkında olduğu gibi, oy hakkında imtiyazın da paya bağlandığı bir sistem kabul edilirken, imtiyazlı paylara ilişkin TTK m.478/3 hükmünde, “*belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesi*” kenar başlıklı

---

hükümlerine aykırılığı gerekçesiyle tescil isteğini reddedebileceği söylenebilir.

<sup>31</sup> İsviçre Hukukunda oy hakkında imtiyazlı payların, imtiyazlı payların alt türü olarak değil, ayrı bir pay kategorisi olarak kabul edildiği yönünde bkz. Peter FORSTMOSER/ Arthur, MEIER-HAYOZ/ Peter NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, §26, N. 16, s. 271; Jung, PETER, *Gesellschaftsrecht*, Zurich, 2016, s. 395-396.

<sup>32</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §24, N. 95 vd., s. 236 vd.; KENDİGELEN, *Oy Hakkında İmtiyaz*, s. 349; Ünal, TEKİNALP, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, B. 4, İstanbul 2015, s. 86, N. 9-09g; Güzin, ÜÇİŞİK/Aydın, ÇELİK, *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, I. Cilt, Ankara 2013, s. 306. Oy hakkından öncelikle yararlanma şeklinde bir imtiyaz hakkının oluşturulamayacağı yönünde bkz. Abuzer KENDİGELEN, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, İstanbul 1999, s. 48, (Yönetime Katılma Hakkı). Gerçekten de oy hakkından öncelikle yararlanma şeklinde bir imtiyaz, adi pay sahiplerinin Kanunda vazgeçilemez hak şeklinde düzenlenen asgari oy haklarını, geçici bir süre için dahi olsa Kanuna aykırı şekilde kullanamamaları sonucunu ortaya çıkaracağından kabul edilemez.

<sup>33</sup> Kanun koyucunun buradaki amacı, esas sözleşmede “*imtiyaz*” kelimesinin kullanılmış olması değil; belirli payların imtiyazlı kılındığının esas sözleşmeden açıkça anlaşılması; imtiyazın kapsam ve sınırlarının belirlenmiş olmasıdır.

<sup>34</sup> Eşit itibari değerli paylara farklı sayıda oy hakkı bahşetmek suretiyle paylar arasında oy hakkı bakımından grup farklılığı (*adi pay grubu- imtiyazlı pay grubu*) oluşturmaktır.

TTK m. 360 hükmü saklı tutulmuştur. Böylelikle imtiyazın, esas sözleşme ile farklı ölçütlere göre oluşturulan gruplara da tanınabileceği (*grup imtiyazı*) kabul edilmiştir<sup>35</sup>. Nitekim TTK m.360 hükmünün gerekçesinde de temsil hakkının, belirli pay sahipleri grupları ile belirli pay gruplarına ve azlığa bir bütün olarak tanındığından ve Yargıtay'ın, kanun koyucu tarafından benimsenen yerleşik içtihadının, "*grup imtiyazı*"na ilişkin olduğundan söz edilmektedir.

Oy hakkında imtiyazlı payların yönetim kurulunda temsilinde, oyda imtiyazlı pay gruplarının, azınlıkta kalması veya çoğunluğu oluşturması önem arz etmez; belirleyici olan, sadece oyda imtiyazlı paylar olarak ayrı bir "*grup*" oluşturmalarıdır<sup>36</sup>.

## 2. Şirket Sözleşmesiyle Düzenlenmesi

Oy hakkında imtiyazlı pay grubuna, esas sözleşme ile "*belirli pay grubu*" olarak yönetim kurulunda temsil edilme hakkı bahşedilebilecektir<sup>37</sup>. Mehaz İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak Türk Hukuku'nda söz konusu hak, emredici bir doğaya sahip olmadığı için şirketler, *-oy hakkında imtiyazın tanınmasında dikkate alındığı gibi-* eşit işlem ilkesine uygun olması şartıyla oyda imtiyazlı paylara, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanıyıp tanıma konusunda serbest bırakılmışlardır. Bu serbestlik, söz konusu hakkın bahşedilmesini, çoğunluk prensibine tâbi kılmakta olduğundan, her durumda etkili bir hak koruması bahşetmeyeceği söylenebilir. Diğer taraftan, konunun emredici şekilde düzenlendiği İsviçre'de dahi, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı suretiyle etkili bir azınlık korumasının garanti edilmemiş olduğu; zira seçilen üyenin, diğer yönetim kurulu üyeleri ile aynı hukuki duruma sahip olduğu ve çoğunluk prensibinin uygulanmasına mani olamayacağı kabul edilmektedir<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> "*Kârda, oyda, tasfiye payında veya diğer herhangi bir malvarlığı hakkında imtiyazlı olan bir pay grubuna yönetim kurulunda temsil hakkı tanınabilir.*" (Bkz. Gerekeç TTK m.360).

<sup>36</sup> Hans Caspar, VON DER CRONE, **Aktienrecht**, Bern 2014, §4, N. 31; Max BRUNNER, **Streifzug durch die Statuten schweizerischer Publikums- Aktiengesellschaften**, Bern 1976, s. 84-85; GERSTER, s. 169; KENDİGELEN, Oy Hakkında İmtiyaz, s. 403 ve s. 413.

<sup>37</sup> PULAŞLI, Şerh, s. 1226, N. 208.

<sup>38</sup> GERSTER, s. 171. Bu konuda yapılan araştırmalardan *Münch*, 150 şirketten 14 tanesinin farklı hukuki duruma sahip paylara sahip olduğunu ve bunlardan sadece 3 tanesinin 1936 OR Art.708, Abs.4 hükmünü dikkate aldığını (Dieter MÜNCH, **Das Recht einer Aktionäersminderheit auf Vertretung im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, de lege lata und de lege Ferenda**, Zürich 1976, s. 63); *Brunner* ise, farklı hukuki durumdaki pay sahibi gruplarına sahip 23 şirketten sadece 3 tanesinin sözleşmesinde temsil düzenlemesine yer verdiğini belirtmiştir (BRUNNER, s. 106). *Liebi*, pay grubunun temsilcisine, çoklu oy hakları içerisinde sadece bir oy hakkı düştüğü için ve bu konuda şirket sözleşmelerinin ciddi ve kapsamlı düzenleme yapmalarına ihtiyaç duyulduğundan, yönetim kurulunda temsil

Pay gruplarının yönetim kurulunda temsili, mehz İsviçre Hukuku'nda Kanundan kaynaklanan fer'i bir özel hak (*akzessorisches Sonderrecht*) mahiyeti taşımakta<sup>39</sup>; kanuni gereklilikler yerine getirilerek genel kurulun pay gruplarını kaldırma kararı neticesi, yönetim kurulunda temsil hakkının da ortadan kalkacağı; azınlık ve pay sahibi gruplarının yönetim kurulunda temsil hakkının sonraki sözleşme değişikliği suretiyle kaldırılması konusunda ise, sıkı şartların belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>40</sup>. Mehz İsviçre Hukuku'nda, Türk Hukuku'ndan farklı olarak, bu hakkın tanındığı payların imtiyazlı pay kabul edileceğinden söz edilmemiş<sup>41</sup>; doktrin<sup>42</sup> ve yargı uygulamasında<sup>43</sup> da daha çok bu hakkın müktesep hak karakteri taşıyıp taşımadığı konusu tartışılmıştır. Türk kanun koyucusu ise, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan *payların* imtiyazlı sayılacağını açıkça kabul etmiş olduğundan (TTK m.360/2) imtiyazın esas sözleşme ile tanınması gereği, imtiyazın bu türü için de geçerli olacaktır<sup>44</sup> (TTK m.478/1).

hakkının, uygulamada yaygınlık kazanmadığını belirtmektedir, (LIEBI, s. 277, N. 358). Ayrıca Yazar, “*Şirket yönetimi üzerinde ne kadar çok etki sağlanırsa, o kadar önce vekil maliyetinden kaçınılabılır*” demek suretiyle yönetim kurulunda temsil hakkının, Asil-Vekil (*Principal-Agency*) Problemine olan etkisini formüle etmiştir, (s. 22, N. 38). Türk Sermaye Piyasasında ise, BIST 100 endeksinde otuz sekiz şirkette yönetim kurulunda temsil imtiyazı olan pay grupları tanınmış olup toplamda yüz şirketin ellisinde homojen pay yapısının bulunmadığı görülmüştür.

<sup>39</sup> LIEBI, s. 275, N. 357; BÖCKLI, §13, s. 1567, N. 71.

<sup>40</sup> BÖCKLI, §13, s. 1567, N. 71 ve s. 1570, N. 78. Yazar ayrıca, pay sahibi grubuna ve azlığa verilen temsil hakkının kaldırılmasında, Kanunda sadece imtiyazlı paylara bağlanmış imtiyazların ihlal edilmesi durumunda özel kurul gerekliliğinden bahsedilmiş olması gerekçeyle Art.654 OR hükmünün uygulanmayacağını belirtmiştir, (s. 1569, N. 78). İsviçre Federal Mahkemesi, bir pay sahipliği hakkının, hangi kapsamda sınırlandırılabilirliği veya pay sahibinin elinden alınabileceği ya da bunun mümkün olup olamayacağı konularında, şirket içerisindeki menfaatlerin tartışılması suretiyle belirleme yapılması gerektiğini belirtmiş; ancak devamlı, adi pay sahibinin pay kategorilerinin sürdürülmesinde müktesep hak sahibi olmadığını belirterek sözleşmeler başka türlü düzenlemedikçe, fer'i özel hakların müktesep hak olmadığına dikkat çekmiştir, (BGE 120 II 47, s. 49 ve s. 50).

<sup>41</sup> Art.709, Abs.2 OR hükmünde azınlık pay sahiplerine ve pay sahibi gruplarına tanınan yönetim kurulunda temsil hakkının, müktesep hak karakteri taşıdığı konusunda bkz. KENDİGELEN, Yönetime Katılma Hakkı, s. 204. Kanundan doğan yönetim kurulunda temsil hakkının (Art.709, Abs.1 OR) müktesep grup hakkı (*Wohlerworbenes Gruppenrecht*) nitelendirmesi için bkz. FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/ NOBEL, §39, N. 134, s. 475.

<sup>42</sup> FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/ NOBEL, §39, N. 134, s. 475; Art. 706b OR anlamında elinden alınmaz/mahrum bırakılmaz hak niteliğinde bulunmadığı yönünde BÖCKLI, §13, s. 1567, N. 71. Türk Hukuk doktrininde müktesep hak nitelmesi için ayrıca bkz. Hasan PULAŞLI, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, B. 5, Ankara 2017, s. 422, (Genel Esaslar).

<sup>43</sup> BGE 120 II 47.

<sup>44</sup> Ayrıca bkz. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m.28/2.

Kanun koyucu, *imtiyazlı payların* sonraki esas sözleşme değişikliği suretiyle *oluşturulmasında*, adi pay sahiplerini korumak gayesiyle nitelikli sermaye çoğunluğunun gerekli olduğunu kabul etmiştir (TTK m.421/3,b). İmtiyazlı payların ilk kez oluşturulmasında veya var olan imtiyaz hakkı genişletilse dahi adi pay sahipleri ile imtiyazlı pay sahipleri arasındaki menfaat dengesinin korunması neticesini ortaya çıkarmayan imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin esas sözleşme değişikliklerinde, söz konusu nitelikli sermaye çoğunluğu ile karar alınması gereğinin kabulü ışığında; oyda imtiyazlı pay grubuna yönetim kurulunda temsil hakkı tanınması, şirket içerisindeki menfaat dengesini etkiliyorsa, yönetim kurulunda temsil imtiyazına sahip payların oluşturulmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği, nitelikli sermaye çoğunluğu ile alınmış bir genel kurul kararına ihtiyaç gösterecektir<sup>45</sup>.

Şirketler, sözleşme serbestisi çerçevesinde yönetim kurulunda temsil hakkını belirli pay gruplarına bahsettikleri takdirde, kendisine yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan bu paylar imtiyazlı sayılacaklarından (TTK m.360/2), bu tür yeni bir imtiyazın esas sözleşme ile tanınması, genel kurulda çoğunluğu elde bulduran oy hakkında imtiyazlı payların oy gücünü, esas sözleşme değişikliği suretiyle sınırlamak anlamına geleceğinden, genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının, oy hakkında imtiyazlı pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda onaylanmadıkça uygulanamaz olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda, genel kurulda oy çoğunluğuna ve bu suretle yönetim kurulunu tayin etme gücüne sahip oy hakkında imtiyazlı paylara, diğer pay ya da pay sahibi grupları veya azınlık ile birlikte tanınacak yönetimde temsil edilme hakkının, oy hakkında imtiyazlı payların temsilci seçme imkânını sınırlandırdığı hallerde, bunun gerçek anlamda imtiyaz teşkil etmeyeceği ifade edilmelidir.

Belirli pay gruplarına yönetimde temsil hakkı, pay gruplarının hukuki durumları dikkate alınarak farklı kapsamda belirlenebilir mi? Kanaatimizce, şirket sözleşmesi ile kendisine şirket yönetimine etki edebilme imkânı verilen pay grupları arasında, payların sağladığı haklar dikkate alınarak farklılık yaratılması, hükmün öngörülme amacı ışığında gerekli olabilir<sup>46</sup>. Örneğin, oyda imtiyazlı pay grubuna kıyasla, sadece kâr payında imtiyazlı kılınan pay grubuna, daha yüksek sayıda yönetim kurulunda temsilci buldurma hakkının bahşedilmesi, nispi eşitlik (*orantılılık*) ilkesine de uygunluk taşıyabilecektir<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Aynı yönde bkz. BGE 116 II 525; KENDİGELEN, Oy Hakkında İmtiyaz, s. 366-367; KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 439.

<sup>46</sup> Art. 709, Abs.1 OR hükmünde, emredici şekilde, her pay kategorisine, asgari bir temsilciyi, yönetim kuruluna seçme hakkının verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

<sup>47</sup> *Gerber*, bir pay kategorisine, diğerlerine nazaran daha fazla sayıda temsil hakkı verilmesinin,

Buna karşılık payları değerini kaybetmiş adi pay sahibi grubuna, şirket yönetimi üzerinde sağlanacak önemli bir etki, uygunsuz olacaktır<sup>48</sup>. Her ne kadar TTK m.360 hükmünün amacı, tüm pay gruplarına, şirket yönetimine eşdeğerde veya orantılılık ilkesine uygun şekilde etkide bulunma imkânı bahşetmek olmasa da şirketlerin esas sözleşmelerinde, eşit işlem ilkesine riayet etmek şartıyla bu tür farklı belirlemeler kararlaştırmalarına hukuken bir engel yoktur. Kanun koyucu, imtiyaz oluşturulmasında şirketlere belirli ölçüde düzenleme serbestisi tanımış olduğundan, emredici hükümler ilkesinin ihlali de gündeme gelmeyecektir (TTK m.478/2; m.360/1). Kaldı ki kişi birliği mahiyetindeki şirketlerde geçerli çoğunluk prensibinin uygulanmasının hukuki sonuçlarından olan, yönetim üzerindeki etkinin genel kurulda çoğunluğu oluşturan pay sahiplerine ait olması, bilhassa oy hakkında imtiyazın tanındığı durumlarda orantılılık ilkesine istisna oluşturacağından, esas sözleşme ile farklı imtiyaz hakları ile donatılmış pay gruplarına, yönetim üzerinde sermaye ile orantılı etkinin bahşedilmesi, kanun koyucunun “*Ne kadar sermaye, o kadar hak (so viel Kapital so viel Rechte)*” olarak da ifade edilebilecek orantılılık ilkesini tesis etme iradesine de uygunluk taşıyacaktır. Bu bağlamda, genel kurulda oy çoğunluğuna sahip olan pay grupları hariç bırakılarak da esas sözleşme ile diğer pay gruplarına yönetimde temsil hakkı verilebilecektir. Kanaatimizce bu kabul, kanun koyucunun, pay gruplarına tanınacak yönetim kurulunda temsil hakkının imtiyaz hakkı olduğu yönündeki ifadesi ile de örtüşmektedir Ancak bu tür bir esas sözleşme hükmünün, genel kurulda çoğunluğu oluşturan oyda imtiyazlı pay grubunun imtiyaz hakkını sınırlandırmak mahiyeti taşıyacağı ve bu gerekçeyle esas sözleşme değişikliğinin uygulanması için, oyda imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayının gerekli olacağı bir kez daha ifade edilmelidir.

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, sınırlandırılmasında veya kaldırılmasında, esas sözleşme ile her bir münferit pay sahibinin onayını gerekli görmek suretiyle –*mutlak müktesep hak niteliğinde*<sup>49</sup>- güçlendirilebilir mi? Mehaz İsviçre Hukuku’nda bu şekilde, Kanunen öngörülen temsil hakkının güçlendirilebileceği ifade edilmekte<sup>50</sup> ise de Türk Hukukunda, kendisine yönetim kurulunda temsil hakkı bahşedilen paylar imtiyazlı sayıldığından ve

---

özellikle oransal temsil öngörüldüğü hallerde, Kanuna aykırı olmayacağını belirtmektedir, (GERBER, s. 114).

<sup>48</sup> GERBER, s. 113.

<sup>49</sup> Müktesep hak tanımı için ayrıca bkz. Walter René, SCHLUEP, **Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht**, Zürich und St. Gallen, 1955, s. 4 ve s. 7.

<sup>50</sup> GERBER, s. 113.



sadece Kanunda bu konuda açık bir düzenlemenin yer almamasından değil; aynı zamanda TTK m.454 hükmünün 3'üncü fıkrasına ilişkin madde gerekçesinden kanun koyucunun, imtiyaz hakkının mutlak müktesep hak şeklinde düzenlenmesine olumsuz yaklaştığı sonucuna ulaşılabildiğinden, imtiyaz hakkının, esas sözleşme ile mutlak müktesep hak niteliğine büründürülmesi, emredici hükümler ilkesi ışığında mümkün görülmemektedir.

Esas sözleşmede, farklı pay gruplarına yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bahşedilip edilmediği konusunda sicil müdürlerinin inceleme yapma yükümlülükleri olup olmadığı konusunda, daha önce ifade ettiğimiz üzere, Türk Hukukunda konu, şirketlerin takdirine bırakılmış olduğundan, sadece esas sözleşmede hakkın tanınması durumunda, sözleşme hükmünün gereğinin yerine getirilip getirilmediği hususunda sicil müdürlerinin inceleme yükümlülüklerinin doğacağı söylenebilir. Mevzuat İsviçre Hukukunda da ticaret sicil müdürlerinin inceleme yetkisi, kamusal ya da üçüncü kişilerin menfaatlerini ele alan düzenlemeler ile sınırlandırılmış olduğu ve grup temsili bu kapsamda mütalaa edilmediği için, grup temsiline yer vermeyen şirket sözleşmelerinin tescilinin, sicil müdürleri tarafından reddedilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Bununla birlikte Kanun hükmü sözleşmede dikkate alındığında<sup>52</sup>, sicil müdürünün, grup temsilcilerinin yönetim kuruluna atanıp atanmadığını denetlemesi gerektiği belirtilmektedir<sup>53</sup>.

### 3. Pay Grubunun Temsilcisinin Seçilmesi

#### a. Genel Olarak

Oy hakkında imtiyazlı pay grubunun yönetim kurulunda temsil edilmesi için, bu pay grubu arasından seçilecek üyenin veya bu pay grubu tarafından önerilecek yönetim kurulu adayının ne şekilde belirleneceği konusunda Ka-

<sup>51</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §27, N. 83, s. 290; GERSTER, s. 170; GERBER, s. 114.

<sup>52</sup> Bu hususta doktrinde bir görüş, şirketin sözleşmesel düzenlemeyi kendiliğinden değil; ilgili sınıfın pay sahiplerinin girişimi üzerine tanınması ya da uygulaması gerektiğini ileri sürmüştür (Bkz. VON STEIGER, s. 194; benzer yönde BRUNNER, s. 85). Bu kabul, sadece genel kurulda çoğunluğun bulunması durumunda talebin uygulanabilir hale gelmesine yol açacak ve ret kararının iptali de azınlık temsilcisinin tanınmasına değil; sadece kararın etkisizliğine yol açacaktır (Bu yönde bkz. GERSTER, s. 170). *Brunner* bu hususta, yönetim kurulunda temsile ilişkin bu düzenlemenin pay hukukunun emredici düzenlemelerine ait olsa da bu konudaki talebin tanınmasının ya da uygulanmasının küçük bir grup tarafından hukuken zorlanamayacağını ifade etmekte ve bunu, Kanundaki üzücü, elim bir boşluk olarak değerlendirmektedir (BRUNNER, s. 94). Sorunun sadece, Kanunun lafzına karşılık, pay sahibi gruplarının yönetim kurulunda temsile ilişkin doğrudan bir kanuni talep hakkı olduğunun benimsenmesi yoluyla çözümlenebileceği yönünde bkz. GERSTER, s. 171.

<sup>53</sup> VON STEIGER, s. 194.

nunda herhangi bir açık düzenleme yer olmadığından, bu konudaki belirlemeler, şirketlerin kendi sözleşmelerine bırakılmış görünmektedir<sup>54</sup>. Grup temsilinin amacı, gruba mensup pay sahiplerinin menfaatlerinin yönetim kurulunda temsilini sağlamak olduğu içindir ki seçim prosedürü, grup temsilcisinin, temsil edilen pay sahiplerinin güvenine sahip bir kişi olmasını temin etmelidir<sup>55</sup>.

### *b. Temsilcinin Hukuki Niteliği*

Temsilci, hukuki sonuçları doğrudan temsil olunan kişinin hukuk alanında doğması için, kendisine temsil olunan ad ve hesabına işlemlerde bulunma yetkisi verilen, fiil ehliyetine sahip kişidir<sup>56</sup> (TTK m.359/3). Burada söz konusu olan temsil, aktif, doğrudan doğruya ve iradi temsildir. Pay gruplarının yönetim kurulunda temsili amacıyla belirlenen temsilci kavramından ise, bir hak süjesinin iradesi ile veya bu hak süjesi üzerinde hâkimiyet yetkisine sahip olanların isteği ile temsile yetkilendirilmiş kişi anlaşılmalıdır<sup>57</sup>. Diğer bir ifadeyle temsilci, birden fazla paydan/pay sahibinden oluştuğu hallerde grubun çoğunluğunun uygun gördüğü kişidir.

İsviçre Federal Mahkemesi, verdiği bir kararda, pay grubunun temsilcisi olarak sadece, pay sahipliği suretiyle ilgili pay kategorisi ile yakından ilgilenen kişinin seçilebileceği görüşünü savunmuştur<sup>58</sup>. Bu görüş, grup menfaatlerinin korunması bakış açısıyla haklı bulunabilirse de İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve aday önerme hakkı bağlamında TTK'de, yönetim kurulu üyeliğine seçilecek

<sup>54</sup> LIEBI, s. 275, N. 358. Türk Hukukunda, kamu tüzel kişilerine tanınan yönetim kuruluna üye gönderme hakkı (TTK m.334), esas sözleşme ile oyda imtiyazlı pay grubuna tanınmaz; zira emredici hükümler ilkesi buna engel teşkil edecektir (TTK m.340). Ancak İsviçre Hukukunda emredici hükümler ilkesi benimsenmediğinden, Art.762 OR hükmü gereğince tanınan gönderme hakkının, belirli pay kategorisi temsilcileri için de geçerli olabileceği ifade edilmektedir, (Bu yönde bkz. GERSTER, s. 172).

<sup>55</sup> Paul HELD, "Die Vertretung von Aktionargruppen in der Verwaltung", **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 36. Jahrgang, Zürich 1939/1940, s. 64; WERNLI/RIZZI, (Heinrich HONSELL / Nedim Peter VOGT/ Rolf WATTER), **Basler Kommentar, Obligationenrecht II**, 5. Aufl., Art. 530-964 OR, §709, N. 12, s. 1092; GERSTER, s. 172. *Gerber*, "temsilci" kavramının çok dar yorumlanamayacağını; grubun güvendiği kişinin seçilmesinin gerekli olmadığını; başlangıçtan itibaren grubun güvensizliğine mazhar olmayan, gruba mensup bir kişinin seçilmesinin yeterli olduğunu söylemektedir, (GERBER, s. 112).

<sup>56</sup> Ayrıca bkz. Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 23, Ankara 2018, s. 458. Gerçek veya tüzel kişi olabilir. Bu yönde bkz. FALCIOĞLU, s. 228.

<sup>57</sup> HELD, s. 64. Dolayısıyla her bir imtiyazlı pay sahibinin, sadece bu özelliği sebebiyle imtiyazlı pay sahiplerinin çoğunluğunun iradesine karşılık grup temsilcisi sıfatıyla yönetim kurulunda yer alması, grup temsili kavramına ve genel kabul gören yaklaşıma aykırılık taşıyacaktır.

<sup>58</sup> BGE 66 II 43, s. 53.



kişinin sahip olması gereken özellikler arasında bu tür bir sınırlandırmaya gidilmediği gibi, bu gerekçeyle önerilen adayın *haklı sebeple* reddedilmesinden de söz edilemeyecektir. Her ne kadar hakkın tanındığı pay grubu içerisindeki büyük pay sahiplerinin, grup menfaatlerini temsilde daha etkin olabileceği akla uygun olsa da pay grubu içerisinde yer alan küçük pay sahiplerinden birisinin de aynı temsil etkisini gösteremeyeceği baştan varsayılarak bu tür bir sınırlandırmaya gidilemeyeceği kanaatindeyiz. Uygulamada genellikle, hakkın tanındığı pay grubunun paylarını elinde tutan kişilerin, yönetim kurulu adayı olarak seçildiği gözlenmiş ise de<sup>59</sup> ilgili pay grubunun, temsilcileri olarak kimi/kimileri önerecekleri konusunda karar verme özgürlüğüne sahip olduğu vurgulanmalıdır.

Bununla birlikte ilgili pay grubunun paylarına sahip iken seçilen temsilci, sonradan paylarını satsa dahi, kural olarak grup temsilciliği görevi sona ermeyecektir. Ancak esas sözleşmede, yönetim kurulu üyeliği için gerekli şartlar arasında, ilgili pay grubunun paylarına sahip olmak aranmakta ise, ancak bu takdirde önerilecek temsilcinin, pay sahibi olması gerektiğinden bahisle reddedilmesi haklı kabul edilebilecektir (TTK m.363/2; karşı. TTK m.425/1).

Bir şirkette, farklı hukuki konumda olan birden fazla pay grubunun varlığında (*oyda imtiyazlı ve kâr payında imtiyazlı pay gruplarının varlığında*), gruplar, aynı kişiyi (*oyda imtiyazlı pay grubuna mensup pay sahibini*) yönetim kuruluna aday olarak gösterebilir mi? Yoksa bu ihtimalde, genel kurulun, önerilen adayı reddetmek için dayanabileceği bir haklı sebep ortaya çıkar mı? Kanaatimizce, yönetim kurulu üyeliği için gösterilecek adayın, kendisini aday olarak gösteren gruba mensup olması aksi kararlaştırılmadığı sürece şart olmadığından, bir kişinin, iki farklı pay grubunun çoğunluğunun güvenini alarak aday olarak gösterilmesinde hukuki bir engel yoktur. Yönetim kurulu, yetki mücadelesinin yaşandığı yer olmadığından ve yönetim kuruluna seçilen adayın, şirketin genel menfaatleri ile kesiştiği ölçüde grup menfaatlerini gözeterek olmasından hareketle<sup>60</sup> yönetim kurulunda aynı kişi tarafından temsilin mümkün olacağı; ancak bu halde dahi temsilcinin, -çift temsil ilişkisine kıyasen<sup>61</sup>- gruplardan hiçbirisinin menfaatini ihlal etmemeye özen göstermesinin gerekeceği ifade edilmelidir.

<sup>59</sup> Adrian PLÜSS, *Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitglieds*, Zürich 1990, s. 79.

<sup>60</sup> HELD, s. 65.

<sup>61</sup> Çift temsil ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 467.

*c. İlk adım: Adayın, İmtiyazlı Pay Grubu İçerisinden veya Bu Grup Tarafından Belirlenmesi*

Şirket esas sözleşmesi ile yönetim kurulu üyesinin, oy hakkında imtiyazlı pay grubu içerisinden, doğrudan genel kurul kararı ile seçilmesi kararlaştırılmışsa, bu hallerde aday önermek amacıyla özel bir toplantının yapılması gerekmeyeceğinden, *-aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan haller hariç-* genel kurulda oy çoğunluğuna sahip pay sahibi/pay sahipleri, ilgili üyeyi seçebilecek; ilgili grupta, yönetim kurulu üyeliğine uygun herhangi bir pay sahibinin olmaması durumunda ise, genel kurul, haklı sebebin varlığına dayanarak seçim hakkını serbestçe kullanabilecektir<sup>62</sup>.

Şirket esas sözleşmesinde yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı tanınmış ise, adayın, ilgili pay grubu tarafından belirlenmesi, *-ilgili payların, tek bir pay sahibinin elinde toplanması hariç-* özel veya ayrı bir kurulun<sup>63</sup> toplanmasını gerektirecek olup bu hallerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu ve genel kurul toplantılarına ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulacaktır<sup>64</sup>. Bu bağlamda toplantıdaki her pay sahibi imtiyazlı oy hakkına sahip olacağından, oy çoğunluğunun hesaplanmasında oyda imtiyazların dikkate alınıp alınmaması önem arz etmeyecektir.

Şirkette birden fazla pay grubuna aynı anda mensup olan pay sahiplerinin bulunması durumunda, bu pay sahiplerinin, yönetim kuruluna aday önermek amacıyla birden fazla özel kurul toplantısına katılmaları gerekli olacaktır. Bununla birlikte bu uygulama, her iki grubun paylarını elinde tutan pay sahiplerinin özel kurul üzerinde hâkimiyet kurmasına ve yönetim kurulunda temsil

<sup>62</sup> İmtiyazlı pay grubu, toplantı yapılmasına gerek olmayan bu durumda toplantı yapmış ve oy birliği ile bir aday önermişse, bu adayın genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine seçilmemiş olması, haklı sebebin varlığını şart koşan kural duruma girmez; meğerki dürüstlük kuralına aykırılığın şartları somut olayda gerçekleşmiş olsun (Bkz. KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 436).

<sup>63</sup> MULLER/LIPP/PLÜSS, s. 596. “Anonim ortaklık ana sözleşmesinde bir grup imtiyazlı pay sahipleri için aday gösterme hakkı öngörülmüş olsa bile, bu grubun müşterek bir kararla aday gösterme zorunluluğu yoktur. Ancak, müşterek bir kararla aday gösterilmesine karşın, anonim ortaklık genel kurulu, aynı imtiyazlı grubun diğer pay sahiplerinin gösterdiği adaylardan dahi yönetim kuruluna üye seçebilir” (Y. 11. HD.’nin T. 05.05.1994, E. 7146/K. 3903 sayılı kararı için bkz. ERİŞ, s. 2468). Kanaatimizce ilgili grubun çoğunluğunun önereceği adayın seçilmesi, hükmün, ilgili pay grubunun menfaatlerinin –şirket menfaatiyle örtüştüğü müddetçe- yönetim kurulunda gözetilmesi amacıyla uygunluk taşımaktadır. Bu gerekçeyle şirket sözleşmesinde aday önerme hakkının tanındığı durumlarda, temsilci adayının, ilgili pay grubunun müşterek kararıyla belirlenmesi –*Kanunun lafzında açıkça yer verilirse de* işin doğası gereğidir. Halka açık şirketlerde özel kurulun yapılmasında objektif güçlük ortaya çıkacağı yönünde bkz. VON DER CRONE, §4, N. 33.

<sup>64</sup> KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 433; PULAŞLI, Şerh, s. 1238, N. 230-231.

olanağının pratik değerinin azalmasına yol açabilecektir<sup>65</sup>.

Genel kurula aday önermek amacıyla hakkın tanındığı ilgili gruba mensup pay sahipleri tarafından yapılacak toplantıda, çağrının şekli, süresi, toplantı yeri ve çağrısız genel kurula ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilecektir<sup>66</sup>. Toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin olarak, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu ile genel kurula ilişkin düzenlemeler, aday belirleme toplantısının niteliğine uygun düşmediğinden<sup>67</sup>, kanaatimizce herhangi bir toplantı nisabı aramak isabetli olmayacaktır. Zira toplantı nisabı öngörmek, aday belirleme hakkının kullanılmasını, Kanunda öngörülmemiş şekilde güçleştirecek ve bu hakkın tanınma amacına engel oluşturacaktır. Toplantı yapılamadığı durumlarda, ilgili grup pay sahiplerinin aday belirleme hakkından feragat ettikleri kabul edileceğinden, toplantı nisabı aramak suretiyle bir anlamda bu hakkın genel kurula geçmesine zemin hazırlanmış olacaktır. Bununla birlikte pay grubunun menfaatlerini korumak amacıyla belirlenecek adayın, grubun çoğunluğunun güvenini kazanmış bir kişi olması amaca uygun olacağından, en azından sadece karar yeter sayısı için çoğunluk prensibinin uygulanması gerekli görülmelidir<sup>68</sup>. Diğer taraftan, karar yeter sayısı için, esas sözleşme ile

<sup>65</sup> VON DER CRONE, §4, N. 32.

<sup>66</sup> *Kırca*, aday önerme toplantısı için özel bir çağrı şekli ve çağrı merasimine ihtiyaç olmayacağını; zira makul pay sahiplerinin, en geç yönetim kurulu adayının seçilmesine ilişkin gündem maddesinin görüşülmesi öncesinde bu toplantıyı yapacaklarını; yine de genel kurul toplantısına çağrı ve ilanlarda, aday belirleme toplantısına ilişkin olarak açıklama yapılmasının faydalı olacağını belirtmektedir, (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 434).

<sup>67</sup> *Brunner*, grup temsilcisinin belirlenmesinde, sözleşmelerin, toplantıda temsil edilen oy hakkına sahip payların mutlak çoğunluğundan daha büyük bir çoğunluğu gerekli göremeyeceğini; her halde ikinci ve üçüncü seçim turunda istemeyeceğini belirtmiştir, (BRUNNER, s. 88). *Kırca* ise, hakkın kullanılmasından feragatin mümkün olmasından hareketle ikinci toplantı yapmaya ihtiyaç olmadığını belirterek toplantı nisabının aranmaması yönünde görüş beyan etmiş; karar nisabı için, toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğunun aranması gerektiğini ifade etmiştir, (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 435). *Teoman*, kendisine yönetim kurulunda temsil edilme hakkı verilen pay gruplarının, adaylarını belirlemek amacıyla özel bir genel kurul yapmalarının gerekli olduğunu belirterek 6762 sayılı TTK dönemindeki imtiyazlı pay sahipleri genel kuruluna ilişkin hükmün, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edebilecek ana sözleşme değişiklikleri ile esas sermayenin artırılması kararlarında uygulanabileceğini; aday belirleme toplantısında ise, ayrıcalık hakkının kullanılmasının söz konusu olduğunu; aday belirleme toplantısında, genel kurul toplantı yeter sayılarının aranmasını (6762 sayılı TTK m.372), özel genel kurulun yapılmasını engelleyebileceğini; bu gerekçeyle aday belirleme toplantısının yapılma ve karar alma koşullarının güçleştirilmemesi gerektiğini ve bu bağlamda herhangi bir toplantı ve karar yeter sayısının aranmaması gerektiğini düşünmektedir, (Ömer TEOMAN, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, **Tüm Makalelerim**, C. II, (1982-2001), s. 395-401).

<sup>68</sup> Temsilci belirlemek amacıyla yapılacak özel kurul toplantısında, TTK m.418 hükmündeki genel kurulun adi toplantı nisabının kıyasen uygulanacağı; oyların çoğunluğu ile karar alın-

mutlak çoğunluktan daha büyük bir çoğunluk aramak da hakkın kullanılmasını güçleştireceğinden, esas sözleşme ile bu yönde bir belirleme yapılmasının, temsil hakkının amacı ile bağdaşmayacağı kabulü gerekir. Nihayet aday önerme kararının iptali dava edilebilir<sup>69</sup>.

Oy hakkında imtiyazlı pay grubunun yönetim kurulundaki temsilcinin ne şekilde belirleneceği konusunda, Kanunda herhangi bir açık hüküm sevk edilmemiş; bu konudaki belirleme, şirket sözleşmelerine bırakılmıştır. Şirket esas sözleşmesinde yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkının tanındığı durumlarda, oyda imtiyazlı pay grubu, -yeni düzenleme ışığında yönetim kurulu üyeleri pay sahibi dahi olmak zorunda olmadıklarından- ilgili pay grubunda pay sahibi olmaları kural olarak gerekli olmayan<sup>70</sup>, bir veya daha fazla<sup>71</sup> kişiyi aday olarak önerebilir<sup>72</sup>. Esas sözleşme ile oyda imtiyazlı pay grubuna, yönetim kuruluna üç aday önerme hakkının tanındığı bir durumda, pay grubu-

---

cağı yönünde ayrıca bkz. PULAŞLI, Şerh, s. 1239, N. 234.

<sup>69</sup> *Kendigelen ve Kırca*, aday önerme kararının iptaline ilişkin talebin, genel kurulun seçim kararının iptali davası içerisinde incelenmesinin, pratik bir çözüm olacağı görüşündedirler, (KENDİGELEN, Yönetime Katılma Hakkı, s. 268-269; KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 435). Her ne kadar iki davada davalı taraf farklı ve dava konusu farklılaşabilecek olsa da aday belirlemeye yönelik toplantıda alınan kararın iptali, genel kurulun önerilen adayı yönetim kurulu üyesi olarak seçme kararının da iptali neticesini doğurabileceğinden, her iki davanın birlikte görülmesi usul ekonomisi ilkesine de hizmet edecek bir çözüm olacaktır.

<sup>70</sup> MULLER/LIPP/PLÜSS, s. 596; VON DER CRONE, §4, N. 32. Aksi görüşte olan *Stach*, önerilmiş adayın, pay sahipliği vasıtasıyla ilgili pay grubuna ait olması gerektiğini düşünmektedir, (Bkz. STACH, (KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER), s. 1797, N. 5). Kanaatimizce, Art.707, Abs.1 OR ve TTK m.359/1 hükümleri ile getirilen düzenleme ışığında, yönetim kurulu üyesi olarak atanacak kişilerin, pay sahibi olmaları zorunlu olmayıp Kanunda ya da esas sözleşmede öngörülen niteliklere sahip olmak ve seçilme engellerine sahip olmamak şartıyla hakkın tanındığı pay grubunun, grup üyesi olmayan bir kişiyi yönetim kurulu üyesi adayı olarak gösterebileceği kabul edilmelidir. *Wernli/Rizzi* de yönetim kurulu üyeliği için pay sahibi olma şartının aranmadığını belirtmekte; ancak eskiden olduğu gibi, pay sahipliğinin sözleşme suretiyle şart koşulabileceğini; ancak temsilcinin her şeyden evvel ilgili pay kategorisi ile ilgilenmek zorunda bırakılmayacağını; çünkü seçilmiş kişi, önerilmekle ilgili pay sahiplerinin güvenini elde ettiğinde, yönetim kurulu üyeliğini icra etmek için gerekli kişisel ve mesleki niteliklere sahip olduğunda ve genel seçilebilirlik şartlarını yerine getirdiğinde, bunların yeterli olacağını belirtmektedir, (WERNLI/RIZZI, (HONSELL/VOGT/WATTER), §709, N. 12, s. 1092).

<sup>71</sup> HELD, s. 65; BRUNNER, s. 88. TTK m.360/1 hükmünün lafzı, sanki tek bir adayın önerilmesi gerektiği yorumunu yapmaya imkân tanısa da esas sözleşme ile ilgili pay grubuna, birden fazla aday önerme hakkının tanınmasına hiçbir hukuki engel olmadığı gibi, bu yolun tercih edilmesi, pay grupları arasında eşit işlem ilkesine uygunluk açısından gerekli de olacaktır.

<sup>72</sup> GERSTER, s. 173.

nun çoğunluğu, ilgili grupta pay sahibi olan ya da olmayan üç kişiyi eşit veya yaklaşık olarak eşit şekilde uygun bulmalıdır<sup>73</sup>. Bu aşamada, oy hakkında imtiyazlı pay grubunun sadece bir kişiyi, grubun çıkarlarını korumaya uygun temsilci olarak seçmesi durumunda, diğer iki üyenin ne şekilde belirleneceği sorunu ortaya çıkabilir. Yasal düzenleme gereğince esas sözleşme ile temsil imtiyazının tanınması, ilgili pay grubuna, grubun çoğunluğunun uygun bulunduğu temsilcinin seçilmesi konusunda herhangi bir garanti vermemektedir<sup>74</sup>. Çoklu öneri hakkı, hiçbir şekilde grubun temsilci seçme hakkını garanti altına alacak şekilde uygulanamaz; aksi halde yönetim kurulu, adeta pay grubunun çoğunluğunun uygun bulunduğu bir organ olarak ortaya çıkar<sup>75</sup>. Bu durumlarda, oyda imtiyazlı pay grubunun, yönetim kuruluna aday belirleme yetkisinden feragat ettiği kabul edilmelidir<sup>76</sup>.

*d. İkinci adım: Yönetim Kurulu Üyesinin Genel Kurul Tarafından Seçilmesi*

İlk aşama olan, oyda imtiyazlı pay grubu tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilecek aday seçildikten sonra, önerilen adayın genel kurul kararı ile seçildiği ikinci aşamaya geçilir. Oy hakkında imtiyazlı pay grubuna esas sözleşme ile yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınması durumunda dahi, bu grup tarafından önerilen adayın veya bu gruba mensup adayın, *genel kurul tarafından* seçilmesi gereklidir<sup>77</sup> (TTK m.408/2, (b); m.360/1). Esas sözleşmede örneğin, oyda imtiyazlı pay grubunun yönetim kuruluna 2 üyeyi seçebileceği yönünde bir seçim şekli kararlaştırılmaz; böyle bir sözleşme hükmü, anonim şirketin temel yapısına ve emredici hükümler ilkesine aykırı olacağından, batıl kabul edilecektir<sup>78</sup> (TTK m.340, m.408/2, (b), m.447). Yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi, genel kurulun devredilemez yetkileri arasında yer aldığından (TTK m.408/2, (b)), grup imtiyazının ya da grup tem-

<sup>73</sup> HELD, s. 65.

<sup>74</sup> HELD, s. 65-66.

<sup>75</sup> HELD, s. 66.

<sup>76</sup> *Kırca*, münferit bazı seçimlerde grup pay sahiplerinin, aday önerme hakkını kullanmaktan feragat etmeleri durumunda, yönetim kurulu üyesinin belirlenmesi yetkisinin genel kurula döneceğini ifade etmiştir, (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 436). Ancak önemle ifade edilmelidir ki grup pay sahipleri, yönetim kurulu üyeliği için aday belirledikleri hallerde, bu öneri bağlayıcı dahi olsa, yönetim kurulu üyesini belirleme yetkisi münhasıran genel kurulda kalmaya devam etmekte; haklı sebepler varsa genel kurul, önerilen adayı reddedebilmektedir. Bu gerekçeyle üyeyi belirleme yetkisinin genel kurula dönmesinden değil; bağlayıcı öneri hakkı olmaksızın genel kurulun üyeyi seçeceğinden söz edilmelidir.

<sup>77</sup> Yönetim kurulunun, genel kurul tarafından seçileceğine ilişkin kuralın istisnaları için bkz. Art.762 OR; AktG §85, Abs.1, §104, Abs.1; TTK m.334, m.363/1; SPK m.96/2, m.97/1, m.128/1, (k).

<sup>78</sup> VON STEIGER, s. 195.

silinin bihakkın gerçekleştirilebilmesi için genel kurul, önerilen adayı veya gruba mensup adayı haklı sebep olmadıkça üye seçmek zorunda bırakılmıştır (TTK m.360/1).

Oy hakkında imtiyazlı pay grubu tarafından seçilerek önerilen yönetim kurulu adayının, haklı sebep olmadıkça seçilmesi zorunlu olduğundan, bu düzenlemenin, genel kurulun devredilemez yetkilerine müdahale anlamı taşıyıp taşımayacağı sorusu akla gelebilir. Bu ihtimalde seçim, genel kurulda bulunan pay sahiplerinin bir kısmı ile sınırlandırılmış olarak gerçekleştirilecek olsa da nihayetinde *genel kurul* tarafından yapılacaktır. Bu noktada genel kurulun, genel kurulda temsil edilen tüm pay sahiplerinin toplamı ile aynı olmadığı ifade edilmelidir<sup>79</sup>. Diğer yandan, *-imtiyaz hakkının, haklardan yararlanmada orantılılık ilkesine istisna oluşturması gibi-* yönetim kurulunda temsil edilme hakkı (TTK m.360), genel kurulun devredilemez yetkilerini düzenleyen hükme nazaran (TTK m.408/2, (b)) özel hüküm olarak telakki edilebileceğinden<sup>80</sup>, bu iki hükmün birbiriyle çelişmediği kabul edilmelidir. Buna karşılık pay gruplarına, genel kurula bir temsilciyi zorla kabul ettirme imkânının verilmesinin, genel kurulun karar verme özgürlüğüne zarar vereceği düşünülebilir<sup>81</sup>. Mevzuat İsviçre Hukuku'nda Kanun metninden, ilgili grup pay sahiplerine geniş bir koruma bahşedildiği sonucu çıkmadığından, genel kurulun, grup temsilcisini özgürce seçebileceği söylenebilir; özgür seçim hakkı, temsil edilen pay sahiplerinin güvenini kazanmış bir temsilcinin seçilmesini garantilemez. Bu ihtimalde sadece ilgili grup pay sahiplerinin, genel kurul kararına karşı iptal davası açabileceği ifade edilebilirse de dava sebebi olarak imtiyazlı pay grubu tarafından uygun bulunmamış kişinin temsilci seçilmesine dayandırılacağından, bu gerekçe hukuken anlaşılabilir bir iptal sebebi teşkil etmeyecektir<sup>82</sup>. Federal Mahkeme, bu hususları gözeterek genel kurulun, sadece haklı sebeplerle yönetim kurulu adayı olarak önerilen kişiyi reddedebileceği bir bağlayıcı öneri hakkını, pay gruplarına bahşetmek suretiyle Kanun metninde açıkça yer almayan bir çözüm şeklini benimsemiş<sup>83</sup>; bu çözüm şekli doktrinde geniş kabul görmüş<sup>84</sup> ve TTK metnine aynı şekilde alınmıştır (TTK m.360/1).

<sup>79</sup> HELD, s. 65.

<sup>80</sup> HELD, s. 65.

<sup>81</sup> GERBER, s. 109-110.

<sup>82</sup> GERSTER, s. 173.

<sup>83</sup> BGE 66 II 43, s. 52. Ayrıca bkz. BGE 107 II 179 s. 186.

<sup>84</sup> BÖCKLI, §13, s. 1567, N. 70; F. Wolfhart BÜRGI, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht**, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/2: Art. 698-738, Zürich 1969, Art. 708, N. 60, (Art. 698-738); Rolf A. M., PORTMANN, **Wege zur Perpetuierung der Aktiengesellschaft**, Bern 1983, s. 26; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/



Yönetim kurulu üyeliğine önerilen aday veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup aday, genel kurul tarafından sadece haklı bir sebep bulunduğu takdirde reddedilebilir<sup>85</sup> (TTK m.360/1). Haklı sebeplere örnek olarak; önerilen kişinin seçilmesinin, şirket çıkarlarına uygun düşmemesi; adayın, kişiliği, uzmanlığı ile mesleki durumunun önem taşıdığı hallerde istenilen özellikleri taşımaması verilebilir<sup>86</sup>. Bu esastan olmak üzere, yönetim kurulu üyeliği için önerilen kişi, rakip işletmenin yönetim kurulu üyesi ise ya da başka bir şirkette gösterdiği davranışlar ve/veya ticari ahlâkı, şirketin itibarını ciddi şekilde tehlikeye atacaksa, haklı sebebin varlığından söz edilebilecektir. Burada önem arz eden husus, diğer adaylara nazaran, bir pay grubu tarafından önerilen aday hakkında, daha sert şartların veya başkaca ölçütlerin getirilmemesi gerektiğidir<sup>87</sup>.

Önerilen aday, haklı sebep olmaksızın genel kurul tarafından seçilmediği takdirde, genel kurulun ret kararının iptali için mahkemeye müracaat edilebi-

---

NOBEL, §27, N. 81, s. 289; Emil SCHUCANY, **Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht**, 26. und 27. Titel, Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktengesellschaft, 2. Auflage, Zürich 1960, Art. 708, N. 4, s. 148; VON DER CRONE, §4, N. 28; HELD, s. 65; BRUNNER, s. 90; WENNINGER, s. 167. Aksi görüşte olan *Gerber*, 1936 OR Art.708, Abs.4 hükmünden, hak sahibi pay grubunun, ret için haklı sebep olmadıkça, bağlayıcı öneri hakkının bulunduğu sonucunun çıkartılmayacağını; genel kurul için bir bağlayıcı öneri hakkından bahsetmenin, grubun kendisi tarafından seçime pratik olarak eşdeğer olduğunu; farklılığın sadece şekli olarak ortaya çıktığını; her iki çözüm şeklinin de genel kurulun özgür seçim hakkının sınırlandırılması sonucunu ortaya çıkardığını belirtmiş; ancak bulunan çözümün, Kanuna şeklen aykırı olmadığını ve büyük avantajlar taşıdığını eklemiştir. Yazar, kural ile hedeflenmiş koruma etkisinin büyüklüğüne dikkat çekerek bağlayıcı öneri hakkına, Kanun metninin yorumu suretiyle ulaşamayacağını; İsviçre Pay Hukukunun, azınlık grubunun yönetimde temsilini, bu tür bir çözüme başvurmak zorunda kalmaksızın ulaşmayı mümkün kıldığını ifade etmiştir, (Bkz. GERBER, s. 110-112).

<sup>85</sup> “İmtiyazlı pay sahipleri, yönetim kurulu için aday göstermişse, seçimin bu adaylar arasından yapılması gerekir...Aday gösterilen hallerde, bu aday listesinin dışından seçim yapılamaz.” (Y. 11. HD.’nin T. 12.06.1984, E. 2542/K. 3435 sayılı kararı için bkz. ERİŞ, s. 2469). Oy hakkında imtiyazlı pay sahipleri tarafından önerilen aday, genel kurulda -aksine daha ağır nisap öngörülmesi bulunan hâller hariç- toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile seçileceğinden, oy hakkında imtiyazların -tanınma amacına uygun şekilde- genel kurulda çoğunluğu oluşturduğu hallerde, adayın kişisel özelliklerine ilişkin ayrıksı durumlar hariç, seçilmesinin kuvvetle muhtemel olacağı düşünülmektedir.

<sup>86</sup> BGE 66 II 43, s. 52; VON DER CRONE, §4, N. 28; PULAŞLI, Şerh, s. 1235, N. 225. Grup temsilcisi, yönetim kurulundaki hukuki konumu sayesinde anonim şirketin gizli alanı hakkında bilgi sahibi olabileceğinden, önerilen temsilcinin karakter veya iş durumunun, genel kurulda olumlu bir etki uyandırmaması durumunda, genel kurulun önerilen adayı reddedebilmesi gerektiği hakkında bkz. WENNINGER, s. 167.

<sup>87</sup> HOMBURGER, Art. 709, N. 205.

lir<sup>88</sup>. Mahkemenin, talebi haklı bulması halinde vereceği karar, sadece iptali istenilen genel kurul kararının ortadan kaldırılmasına yönelik mi olacaktır, yoksa genel kurulun haklı sebep olmadıkça önerilen adayı yönetim kurulu üyesi olarak seçmek zorunda olmasından ve iptal kararı ile haklı sebebin bulunmadığının hükme bağlanmasından hareketle iptal kararı, aynı zamanda önerilen adayın seçilmesi anlamına mı gelecektir?

*e. Yönetim Kurulunda Temsil Hakkının İhlal Edilmesi*

Şirket sözleşmesi ile yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan imtiyazlı pay gruplarının önerdiği aday veya hakkın tanındığı gruba mensup aday, genel kurulda çoğunluğun takdiri ile haklı sebep bulunmaksızın yönetim kurulu üyesi olarak seçilmeyebilir. Genel kurul toplantısına çağrı, temsil hakkının kullanılmasını engelleyecek şekilde gerçekleştirilmiş olabilir<sup>89</sup>. Ya da genel kurul, kendisine bu hakkın tanındığı grubun rızası hilafına, temsil hakkını, alacağı bir kararla kaldırabilir veya sınırlandırabilir.

Mehaz İsviçre Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda, pay grubuna tanınmış olan yönetim kurulunda temsil edilme hakkının ihlal edilmesi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği konusunda kanun koyucu sessiz kalmıştır. Öğretide ise, grup temsilcisinin belirlenmesi için görüşmenin yapılmadığı hallerde, özel kurulun toplantıya çağrılmasının istenebileceği; önerilen temsilcinin haklı sebep olmadan reddi durumunda negatif seçim kararının veya genel kurul tarafından seçilen kişinin temsil hakkının tanınma amacını aldatıcı kılacak şekilde, grup menfaatlerini korumak için uygun olmaması durumlarında<sup>90</sup>, bu kararın iptalinin talep edilebileceği; davanın kabul edilmesinin de seçimin tespit edilmesi manasına geleceği ifade edilmektedir<sup>91</sup>. Nihayet haklı sebep olmaksızın verilen ret kararı hukuka aykırı olacağından, ilgili grup pay sahiplerinin, şirket aleyhine tazminat davası açabileceği belirtilmektedir<sup>92</sup>.

Mahkemenin, iptal kararının hukuki niteliğine uygun şekilde, sadece

<sup>88</sup> BRUNNER, s. 91; GERSTER, s. 174; LIEBI, s. 276, N. 358; PULAŞLI, Şerh, s. 1239, N. 235.

<sup>89</sup> FALCIOĞLU, s. 231.

<sup>90</sup> GERBER, s. 113.

<sup>91</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §27, N. 84-86, s. 290; BÖCKLI, §13, s. 1567, N. 70; KRNETA, s. 75, N. 374; SCHUCANY, Art. 708, N. 4, s. 148; LIEBI, s. 277, N. 358; usul hukuku bakımından sakıncalı olduğunu ifade etmekle birlikte bu çözüm şeklini haklı bulan görüş için bkz. GERSTER, s. 174. Aksi yöndeki görüş için bkz. BRUNNER, s. 91.

<sup>92</sup> BRUNNER, s. 92. Bu yöntemlere ilave olarak azınlık pay sahiplerinin, belirli şartlarda haklı sebeple şirketin feshini talep edebileceği yönünde ayrıca bkz. H., ZIMMERMANN, **Stimmrechtsaktien und ähnliche Rechtsgebilde**, Zürich 1951, s. 67.



uyuşmazlık konusu genel kurul kararını ortadan kaldıracığı kabul edildiğinde, hakkın tanındığı pay grubunun önerdiği aday seçilmemiş olacak; bu kararın, davacı pay sahiplerine doğrudan pratik bir fayda sağlayacağından söz edilemeyecektir. İptal kararı ile birlikte önerilen adayın seçilmiş kabul edilmesi ise, iptal kararının işlevini aşan, usul hukuku bakımından tutarlı olmayan bir çözüm şekli olacaktır. Kanaatimizce, TTK m.454/7 hükmüne kıyasen kararın iptali ile birlikte önerilen adayın üye sıfatıyla tescili talep edilebileceği gibi<sup>93</sup>; iptal kararı ile birlikte mahkeme kararında, genel kurulun gelecek toplantıda seçimi hukuka uygun şekilde icra etmesine hükmedilmesi, yani genel kurula seçimin tekrar yapılması hususunda bir talimat verilmesi de mümkün olabilecektir<sup>94</sup>.

Açılacak iptal davasında, davacı sıfatı, hakkın tanındığı grup pay sahiplerine düşerken<sup>95</sup>, davalı, şirket tüzel kişiliği olacaktır. Mahkeme, şirket tarafından haklı sebep olarak ileri sürülen sebebin, belirlenen adayın, yönetim kurulu üyesi olarak atanmasına engel haklı sebep teşkil edip etmediğini inceleyecektir. Bununla birlikte doktrinde, *de lege ferenda*, yönetim kurulu üyeliği için önerilen adayın, özel kurul tarafından seçilmemiş olması durumunda, *diğer pay sahiplerine*, haklı sebeple seçim kararı aleyhine iptal davası açma hakkının verilmesinin düşünülebileceği ileri sürülmüştür<sup>96</sup>. Diğer pay sahipleri, şirket yönetim kurulunun, Kanuna ve sözleşmeye uygun şekilde oluşturulmasında doğrudan menfaat sahibidir. Bununla birlikte kanaatimizce, esasen hakkın tanındığı gruba mensup pay sahipleri, önerilen adayın, özel kurul kararı olmaksızın belirlendiği ve bu suretle kendilerini temsil etmeyen bir kişinin aday olarak önerildiği gerekçesiyle seçim kararının iptal edilmesinde doğrudan hukuki menfaat sahibidir ve onlar için bu durum, haklı sebep teşkil eder. Diğer pay sahiplerinin, salt bu sebeple kararın iptalini talep edebileceklerini kabul etmek ise, bilhassa azınlık pay sahipleri içerisinde, grubu temsil etme konusunda en az çabayı gösteren, pasif kişilerin aday olarak önerilmesini sağlamak amaçlı açılacak iptal davalarının sayısını artırılabileceğinden,

<sup>93</sup> Bu yönde bkz. KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 438. *Kırca*, bu çözümün, yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulunda temsil edilme hakkına sahip pay grubu arasından, doğrudan genel kurul tarafından seçilmesinin öngörüldüğü durumlarda, tescil edilecek kişinin somutlaşmamış olduğu gerekçesiyle –*hakkın tanındığı pay grubunda, sadece imtiyaz tanınan sayıda pay sahibinin var olduğu haller hariç*- uygulanamayacağını haklı olarak belirtmektedir, (Bkz. s. 438). Bu hallerde iptal kararı, genel kurulun, diğer iptal edilebilir kararlarında olduğu gibi, yönetim kurulunun belirlenmesine ilişkin kararının kaldırılmasına yol açacak ve hukuka uygun yeni bir yönetim kurulu seçim kararı alınması gündeme gelecektir.

<sup>94</sup> VON DER CRONE, §4, N. 34.

<sup>95</sup> SCHUCANY, Art. 708, N. 4, s. 148.

<sup>96</sup> GERSTER, s. 174.

diğer pay sahiplerine bu hakkın, başkaca haklı sebep teşkil eden vakıalar ile desteklenmesi –*seçilen kişinin, ilgili pay grubuna mensup olmaması veya seçilen kişinin, karakteri veya mesleki konumu itibarıyla yönetim kurulu üyeliği için uygun olmaması gibi-* şartıyla tanınması gerektiği daha isabetli bir sonuç ortaya çıkaracaktır.

Yönetim kurulunda temsil hakkının ihlali, bu hakkın imtiyaz hakkı olduğu kabul edildiğinden (TTK m.360/2), genel kurul kararıyla bu hakkın kaldırılması veya sınırlandırılması hallerinde de karşımıza çıkar ve imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onay kararı alınmadıkça genel kurul kararının uygulanamayacağı kabul edilir<sup>97</sup> (TTK m.454/1).

## C. OY HAKKINDA İMTİYAZLI PAY GRUBUNUN TEMSİLCİSİNİN HUKUKİ DURUMU

### 1. Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Sahipleri İle İlişkisi

Oy hakkında imtiyazlı pay grubunun temsilcisi, oy hakkında imtiyazlı pay sahipleri tarafından önerilse de genel kurul tarafından seçildiği için, temsilci-yönetim kurulu üyesi, ne şirketler hukuku bağlamında<sup>98</sup> ne de sözleşmesel ilişkide oyda imtiyazlı pay grubuna aittir<sup>99</sup>. Buradan hareketle özel kurulda adaylık konusunda uzlaşan imtiyazlı pay sahiplerinin, kendi temsilcilerine talimat verme hakkının olmadığı söylenebilir<sup>100</sup>. İlgili pay grubuna, aday olarak önerdikleri ve genel kurul tarafından seçilen grup temsilcisine talimat verme

<sup>97</sup> TEKİNALP, s. 231, N. 12-17. Özel kurul tarafından onaylanıncaya ya da onaylanmış sayılıncaya kadar imtiyazı ihlal eden kurul kararları, kurucu şartları yerine getirmişse de hüküm ve sonuç doğurmak için gereken onay şartını henüz sağlamadığından, eksiklikle (*unvollendet/unfertig/unvollkommen*) sakattır; bu eksiklik askıda geçersizliğe (*schwebende Unwirksamkeit/Schwebezustand*) yol açar. Burada kanun koyucu, imtiyazları korumak amacıyla onlara zarar veren kurul kararları için ilave bir şart (*Rechtsbedingung/condicio iuris*) öngörmüş; bu şart gerçekleşmedikçe kurul kararının geçersiz olacağını kabul etmiştir.

<sup>98</sup> *Thalmann*, dürüstlük ilkesi ve grup temsilcisine güvenilmesi ile kanun koyucu tarafından grup çıkarlarının korunmasının arzulandığı dikkate alındığında, temsilcinin gruba karşı sadakat yükümlülüğü olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir, (*Anton THALMANN, Die Treuepflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft*, Zürich 1975, s. 51).

<sup>99</sup> PLÜSS, s. 79; LIEBI, s. 277, N. 359. Buna karşılık *Wenninger*, imtiyazlı pay grubundaki pay sahiplerinin, yönetim kurulundaki temsilcilerine talimat verme haklarının bulunmadığını; buna gerek de olmadığını; çünkü temsilcinin, yönetim kurulu üyesi olarak da bu gruba ait olduğunu ve kişisel durumu sebebiyle yönetim kurulunda grup çıkarlarını yeterli şekilde koruyabileceğini ifade etmiştir, (*WENNINGER*, s. 167).

<sup>100</sup> *Silvio CAFLISCH, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft*, Winterthur 1961, s. 141; *Flurin VON PLANTA, Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft*, Zürich 1988, s. 121; *GERSTER*, s. 175-176.

hakkının esas sözleşme ile bahşedilmesi ise, bu yönde alınan genel kurul kararının, anonim şirketin temel yapısına aykırı olması gerekçesiyle batıl kabul edilmesine; ilgili esas sözleşme hükmünün de emredici hükümler ilkesine aykırılığı nedeniyle geçersizliğine yol açabilecektir.

Bununla birlikte temsilcinin, onu aday olarak gösteren oyda imtiyazlı pay sahipleri ile ilişkisi tamamıyla yok sayılmamıştır. Bu durum bilhassa, takdir hakkını kullanarak<sup>101</sup> şirket menfaatleri ile kesiştiği ölçüde, yönetim kurulunda temsil ettiği pay sahiplerinin menfaatlerini korumasında kendisini gösterir<sup>102</sup>.

Oyda imtiyazlı pay grubunun temsilcisi de diğer yönetim kurulu üyeleri gibi aynı yükümlülüklerle tâbi kılınmış olduğundan, ancak şirketin genel çıkarları kapsamında<sup>103</sup> ve sadakat yükümlülüğüne riayet ederek<sup>104</sup> kendisini genel kurula aday olarak gösteren pay grubunun menfaatlerini gözetebilecektir. Ancak yönetim kurulu üyesinin, şirkete karşı şirketler hukukundan doğan yükümlülüklerinin, oyda imtiyazlı pay sahiplerine karşı olan sorumluluklarından önce geldiği<sup>105</sup> ve bu bağlamda grubu oluşturan pay sahiplerinin, aday gösterdikleri temsilcilerine karşı hukuken bağlayıcı talimat verme yetkilerinin olmadığı<sup>106</sup> bir kez daha belirtilmelidir.

Belirli bir pay grubuna tanınan temsil yetkisi, oy hakkında imtiyazlı pay sahiplerine, diğer pay sahipleri pahasına bazı özel menfaatleri sağlamak amacıyla kullanılamayacağı gibi, temsilcinin, grup pay sahiplerine ayrıcalıklı bir bilgilendirmede bulunması da eşit işlem ilkesine aykırılık yaratacaktır<sup>107</sup>. Şirket gizliliği ihlal edilerek sağlanacak bilgi ise, eşit işlem ilkesine uygun olup olmadığı denetiminden bağımsız olarak her durumda yasak kabul edilmelidir<sup>108</sup>.

<sup>101</sup> PLÜSS, s. 80.

<sup>102</sup> Azınlık temsilcisi bağlamında konuyu ele alan *von Planta*, temsilcinin, azınlık menfaatlerini koruma yükümlülüğünün, sözleşmesel değil; kanuni bir doğaya sahip olduğunu düşünmektedir, (VON PLANTA, s. 121). Buna karşılık *Gerster*, imtiyazlı pay sahipleri ile temsilcinin sözleşmesel ilişkisinin dışlanmamış olduğunu belirtmekte; ancak sözleşmesel ilişki ile neyi kastetmiş olduğu konusunda sessiz kalmaktadır, (GERSTER, s. 176).

<sup>103</sup> BGE 66 II 43, s. 51. Ayrıca bkz. BGE 66 II 51 sayılı karar için FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §28, dpn. 88, s. 315.

<sup>104</sup> GERSTER, s. 176.

<sup>105</sup> VON PLANTA, s. 122; GERSTER, s. 176. Aynı yönde bkz. LIEBI, s. 277, N. 359.

<sup>106</sup> WENNINGER, s. 167.

<sup>107</sup> GERSTER, s. 176.

<sup>108</sup> GERSTER, s. 176.

Oy hakkında imtiyazlı pay grubunun temsilcisini seçme konusunda genel kurul münhasıran yetkili olduğu için, oy hakkında imtiyazlı pay sahiplerine, temsilciyi azletme konusunda doğrudan bir hak düşmez. Dolayısıyla genel kurul, haklı sebeplerin bulunması halinde, oyda imtiyazlı pay sahiplerinin onayını aramaksızın doğrudan temsilciyi azledebilir<sup>109</sup>. Bununla birlikte sadece iki durumda, ilgili pay grubundaki pay sahiplerine, haklı sebep bulunmaksızın serbest şekilde kullanabilecekleri dolaylı bir azil hakkı düşer: Bunlardan ilki, ilgili pay grubundaki pay sahiplerinin çoğunluğunun, temsilcinin azlını genel kurula önerdikleri durumdur<sup>110</sup>. Genel kurul, azil talebini reddederse, seçilen kişi yönetim kurulu üyesi olabileceksede ilgili grup temsilcisi olma vasfını kaybeder<sup>111</sup>. İkinci durum ise, oyda imtiyazlı pay sahiplerinin, yeni bir temsilci seçme önerisini genel kurulun dikkatine sundukları hallerde örtülü bir azil talebi şeklinde karşımıza çıkar. Bu talep de sadece haklı sebeple reddedilebilir. Genel kurulun ret kararı üzerine önceki temsilci yönetim kurulu üyesi olarak kalsa da artık grup temsilcisi fonksiyonunu icra edemeyecektir<sup>112</sup>.

Oy hakkında imtiyazlı pay grubunun yönetim kurulundaki temsilcisinin, şirket sözleşmesinde, belirli şartların gerçekleşmesi ile ilgili pay grubunun önerisi olmaksızın temsilcilik görevinin sona ereceği de öngörülebilir<sup>113</sup>. Bu şartlar, pay grubunun ortadan kalkması veya payların satılması suretiyle yerine getirilebilir<sup>114</sup>.

## 2. Sorumluluğu

Oyda imtiyazlı pay sahiplerinin yönetim kurulundaki temsilcisi, sorumluluk rejimi açısından, seçilme yöntemindeki farklılıktan etkilenmez; diğer

<sup>109</sup> BÖCKLI, §13, s. 1571, N. 84. Sadece haklı sebeplerin bulunması durumunda genel kurulun, grup temsilcisini azledebilmesi nedeniyle genel kurulun azil yetkisinin, seçim yetkisinde olduğu gibi sınırlandırılmış olduğu görülür, (PLÜSS, s. 92), *Plüss*, genel kurulun grup temsilcisini haklı sebeple azletme yetkisinin, değiştirilemez olduğunu; bu olanağın ne pay grubu aleyhine güçlendirilebileceğini ne de onların lehine sınırlandırılabilirliğini haklı olarak belirtmektedir, (PLÜSS, s. 93). Oy hakkında imtiyazlı pay grubunun temsilcisi, haklı sebeplerin varlığında, esas sözleşmede aksine daha ağır nisap öngörülen haller hariç, genel kurulda basit çoğunluk ile azledilebilir (Art.703 OR; TTK m.418). Kanuna ve konuyu düzenleyen esas sözleşme hükümlerine aykırı olan azil kararlarına karşı, iptal davası açılabilir, (PLÜSS, s. 95-96).

<sup>110</sup> BÖCKLI, §13, s. 1571, N. 84; PLÜSS, s. 92.

<sup>111</sup> GERSTER, s. 177. Pay grubunun, seçilmiş temsilciyi azletme konusunda, genel kurulu zorlama imkânına sahip olmadığı yönünde bkz. PLÜSS, s. 92.

<sup>112</sup> GERSTER, s. 177.

<sup>113</sup> LIEBI, s. 277, N. 358.

<sup>114</sup> LIEBI, s. 277, N. 358.

yönetim kurulu üyeleri ile aynı kapsamda sorumlu kılınmıştır<sup>115</sup>. Yönetim kuruluna seçilen temsilcinin, her ne kadar oyda imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerini koruyabilecek olsa da oyda imtiyazlı pay sahiplerini, adi pay sahiplerine zarar verecek şekilde koruması, üstün tutması, sorumluluğunu beraberinde getirecektir<sup>116</sup>.

İlgili pay grubunun temsilcisinin yönetim kuruluna seçilmesinden sonra, oyda imtiyazlı pay grubunun talimat hakkına sahip olamaması nedeniyle, diğer pay sahipleri ve üçüncü kişilere karşı olduğu gibi aynı kapsamda, çıkarlarını temsil ettiği gruba karşı da yönetim kurulu üyesi olarak sır saklama yükümlülüğüne sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>117</sup>. Bu kabul haklı bulunabilir; zira grup olarak da pay sahipleri, (şekli) organ olmadıkları için, sır saklama yükümlülüğüne ve bu bağlamda herhangi bir sorumluluğa sahip değildirler. Talimat yetkisi olmayan grup pay sahipleri, yine de iradenin oluşumunu temin maksadıyla temsiliye talimat verirlerse kanaatimizce, ilgili işlem dolayısıyla *fonksiyonel (fili) organ* kavramına dâhil edilebileceklerdir<sup>118</sup>.

### III. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Mehaz İsviçre Hukuku'ndaki Art.709, Abs.1 OR hükmünden esinlenilerek ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında vücut bulan “*grup imtiyazı*” kavramını hukuken tanımak amacıyla mevzuatımıza alınmış olan TTK m.360 hükmünde belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ve azınlık pay sahipleri yanında, şirket sözleşmesiyle bir ya da daha fazla sayıda pay grubunun oluşturulması durumunda, esas sözleşme ile pay grubuna/gruplarına yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının tanınabileceği kabul edilmiştir.

Kanun koyucu, *imtiyazlı payların* sonraki esas sözleşme değişikliği suretiyle *oluşturulmasında*, adi pay sahiplerini korumak gayesiyle nitelikli sermaye çoğunluğunun gerekli olduğunu kabul ettiğinden (TTK m.421/3,b), bu düzenleme, yönetim kurulunda temsil imtiyazının esas sözleşme ile tanınmasında da dikkate alınacaktır. Şirketler, sözleşme serbestisi çerçevesinde

<sup>115</sup> CAFLISCH, s. 142; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §28, N. 162, s. 315.

<sup>116</sup> VON PLANTA, s. 122; LIEBI, s. 277-278, N. 359.

<sup>117</sup> WENNINGER, s. 168; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §28, N. 162, s. 315; LIEBI, s. 278, N. 359. Ayrıca bkz. FALCIOĞLU, s. 233-235.

<sup>118</sup> Bu hususta bkz. Necla Akdağ GÜNEY, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, İstanbul 2016, s. 356-361; Esra, KAŞAK, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2018, s. 33 vd. Her bir imtiyazlı pay sahibinin, münferit olarak faaliyeti kapsamında, temsilcinin yanında gizli adam (*Hintermann*) olarak sorumlu olacağı; imtiyazlı pay grubunun sorumluluğundan söz edilemeyeceği yönünde bkz. WENNINGER, s. 168.

yönetim kurulunda temsil hakkını belirli pay gruplarına bahsettikleri takdirde, kendisine yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan bu paylar imtiyazlı sayılacaklarından (TTK m.360/2), bu tür yeni bir imtiyazın esas sözleşme ile tanınması, genel kurulda çoğunluğu elde bulunduran oy hakkında imtiyazlı payların oy gücünü, esas sözleşme değişikliği suretiyle sınırlamak anlamına geleceğinden, genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının, oy hakkında imtiyazlı pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda onaylanmadıkça uygulanamaz olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda, genel kurulda oy çoğunluğuna ve bu suretle yönetim kurulunu tayin etme gücüne sahip oy hakkında imtiyazlı paylara, diğer pay ya da pay sahibi grupları veya azınlık ile birlikte tanınacak yönetimde temsil edilme hakkının, oy hakkında imtiyazlı payların temsilci seçme imkânını sınırlandığı hallerde, bunun gerçek anlamda imtiyaz teşkil etmeyeceği ifade edilmelidir.

Şirket esas sözleşmesinde pay grubuna yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı tanınmış ise, adayın pay grubu tarafından belirlenmesi, *-ilgili payların, tek bir pay sahibinin elinde toplanması hariç-* özel veya ayrı bir kurulun toplanmasını gerektirecek olup bu hallerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu ve genel kurul toplantılarına ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Bu aşamadan sonra, önerilen adayın genel kurul kararı ile seçildiği ikinci aşamaya geçilecektir. Oy hakkında imtiyazlı pay grubuna esas sözleşme ile yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınması durumunda dahi, bu grup tarafından önerilen adayın veya bu gruba mensup adayın, *genel kurul tarafından* seçilmesi gereklidir (TTK m.408/2, (b)). Yönetim kurulu üyeliğine önerilen aday veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup aday, genel kurul tarafından sadece haklı bir sebep bulunduğu takdirde reddedilebilir.

Yönetim kurulunda temsil imtiyazının, -önerilen adayın haklı sebebe dayanılmaksızın reddedilmesinde olduğu gibi- ihlal edilmesi durumunda, genel kurulun seçim kararının iptali dava edilebilecek; TTK m.454/7 hükmüne kıyasen kararın iptali ile birlikte önerilen adayın üye sıfatıyla tescili talep edilebileceği gibi; mahkeme kararında, genel kurulun gelecek toplantıda seçimi hukuka uygun şekilde icra etmesine de hükmedilebilecektir. Yönetim kurulunda temsil hakkının, esas sözleşme değişikliği ile kaldırılması veya sınırlandırılması hallerinde ise kararın uygulanabilmesi için, TTK m.454 hükmü gereğince imtiyazlı pay sahipleri özel kurul onay kararına ihtiyaç olacaktır.

Oyda imtiyazlı pay grubunun temsilcisi de diğer yönetim kurulu üyeleri gibi aynı yükümlülüklerle tâbi kılınmış olduğundan, ancak şirketin genel çıkarları kapsamında ve sadakat yükümlülüğüne riayet ederek kendisini genel

kurula aday olarak gösteren pay grubunun menfaatlerini gözetebilir; ancak grubu oluşturan pay sahipleri, aday gösterdikleri temsilcilerine karşı hukuken bağlayıcı talimat veremezler. Temsilcinin sorumluluk rejimi açısından, seçilme yöntemindeki farklılıktan etkilenmediği; diğer yönetim kurulu üyeleri ile aynı kapsamda sorumlu olduğu kabul edilir.

### KAYNAKÇA

BAUEN, Marc/BERNET, Robert, **Schweizer Aktiengesellschaft**, Zürich-Basel-Genf 2007.

BAUEN, Marc/VENTURI, Silvio, **Swiss Board of Directors**, Zürich-Basel-Geneva 2009.

BÖCKLI, Peter, **Schweizer Aktienrecht**, Zürich Basel Genf 2009.

BRUNNER, Max, **Streifzug durch die Statuten schweizerischer Publikums- Aktiengesellschaften**, Bern 1976.

BÜRGI, F. Wolfhart, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht**, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/2: Art. 698-738, Zürich 1969.

CAFLISCH, Silvio, **Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft**, Winterthur 1961.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 23, Ankara 2018.

ERİŞ, Gönen, **Açıklamalı-İçtihatlı 6335-6552-6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler**, C. III, B. 3, Ankara 2017.

FALCIOĞLU, M. Özgür, “Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili”, **Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları**, (Ed. Erol Ulusoy), B. 2, Ankara 2016, s. 205-243.

FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter, **Schweizerisches Aktienrecht**, Bern 1996.

GERBER, Hans, **Gruppenbildung und Gruppenschutz in der Aktiengesellschaft**, Bern 1946.

GERSTER, Max Walter, **Stimmrechtsaktien**, Zürich 1997.

GÜNEY, Necla Akdağ, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, İstanbul 2016.

HELD, Paul, “Die Vertretung von Aktinargruppen in der Verwaltung”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 36. Jahrgang, Zürich 1939/1940, s. 64-66.



- HIRSCH, Alain/NOBEL, Peter, “Projekt einer privaten Aktiengesellschaft”, **SZW/RSDA**, 3/97, s. 126-135.
- HOMBURGER, Eric, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht**, 5. Teil Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, Zürich 1997.
- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WATTER, Rolf, **Basler Kommentar, Obligationenrecht II**, 5. Auflage, Art. 530-964 OR.
- İNTERNET: <http://www.bger.ch/>, (E.T. 24.08.2017).
- KAESER, Joe, “Die Namensaktie-eine Aktiengattung mit Potenzial”, **Aktie und Kapitalmarkt, Festschrift für Professor Dr. Rüdiger von Rosen zum 65. Geburtstag**, Stuttgart 2008, s. 223-234.
- KAŞAK, Esra, **Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2018.
- KENDİGELEN, Abuzer, **Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz**, İstanbul 1999, (Yönetime Katılma Hakkı).
- KENDİGELEN, Abuzer, “İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar”, **Makalelerim**, C. I, B. 2, 1986-2001, s. 341-390, (Oy Hakkında İmtiyaz).
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, F. Hayal/MANAVGAT, Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku**, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013.
- KOSTKIEWICZ, J. Kren/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland, **OR Kommentar**, Zürich 2016.
- KRNETA, Georg, **Praxiskommentar Verwaltungsrat**, Art.707-726, 754 OR und Spezialgesetze, 2. Auflage, Bern 2005.
- KUNZ, Peter V., **Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht**, Bern 2001.
- LIEBI, Martin, **Vorzugsaktien, Eine Darstellung nach gesellschaftsrechtlichen, bilanzierungsrechtlichen und steuerrechtlichen Gesichtspunkten**, Zürich 2008.
- MULLER, Roland/LIPP, Lorenz/PLÜSS, Adrian, “Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht”, **AJP/PJA**, 5/2011, s. 587-598.
- MUNCH, Dieter, **Das Recht einer Aktionärsminorität auf Vertretung im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, de lege lata und de lege ferenda**, Zürich 1976.



- PETER, Jung, **Gesellschaftsrecht**, Zurich, 2016.
- PLÜSS, Adrian, **Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitglieds**, Zürich 1990.
- PORTMANN, Rolf A. M., **Wege zur Perpetuierung der Aktiengesellschaft**, Bern 1983.
- PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, B. 5, Ankara 2017, (Genel Esaslar).
- PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. II, B. 3, Ankara 2018, (Şerh).
- SCHLUEP, Walter René, , **Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht**, Zürich und St. Gallen, 1955.
- SCHUCANY, Emil, **Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht**, Schweizerisches Obligationenrecht, 26. und 27. Titel, Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, 2. Auflage, Zürich 1960.
- TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, B. 4, İstanbul 2015.
- TEOMAN, Ömer, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, **Tüm Makalelerim**, C. II, (1982-2001), s. 395-401.
- THALMANN, Anton, **Die Treuepflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft**, Zürich 1975.
- ULUSOY, Erol, **Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları**, Ankara 2014.
- VON DER CRONE, Hans Caspar, **Aktienrecht**, Bern 2014.
- VON PLANTA, Flurin, **Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft**, Zürich 1988.
- VON STEIGER, F., “Der sog. Verwaltungsratsproporz (Art. 708, Abs. 4, 5 und 6 OR)”, **Die Schweizerische Aktiengesellschaft**, XI. Jahrgang, Nr. 9, Zürich 1939, s. 193-197.
- WALTHER, Conrad M., **Zur Rechtsanwendung wertungsbedürftiger Minderheitsschutznormen im schweizerischen Aktienrecht**, Zürich 1987.
- WENNINGER, Renate, **Die aktienrechtliche Schweigepflicht**, Zürich 1983.
- ZIMMERMANN, H., **Stimmrechtsaktien und ähnliche Rechtsgebilde**, Zürich 1951.



KAMU HUKUKU>>



# İNFAZ KURUMLARINDAKİ HÜKÜMLÜ SAYISINDAKİ ARTIŞ SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİSİ

İzzet ÖZGENÇ\*

İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI\*\*

## ÖZ

*Türkiye’de ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısındaki artış, süreklilik arz eden bir soruna dönüşmüştür. Bu sorunun çözümü için, zaman zaman değişik adlarla çeşitli kanuni düzenlemeler yapılmış ise de, bu düzenlemelerin mahiyeti itibarıyla geçici olması ve sorunu bilimsel olarak ele alan bir yaklaşımın ürünü olmaması sebebiyle, sorun aktüalitesini hiç yitirmemiştir. Çalışmada, infaz kurumlarının kapasitesi ve doluluk durumu ile ilgili istatistiki bilgileri karşılaştırmalı olarak bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekmiştir. Kalıcı bir çözüm için, Türk ceza hukukunda suç karşılığında öngörülen yaptırımların infaz rejimlerinin bir bütün olarak ele alınıp yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Mevzuatımızda, infaz aşamasında ve hatta hüküm kesinleştikten sonra hükümlünün etkin pişmanlıktan yararlanabilmesini ve özellikle hükümlü ile mağdurun barışmasını sağlayacak yollar tamamen kapalı tutulmuştur. Oysa infaz aşamasında da bu yolların açık tutulması gerekmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Hapis cezası, Hükümlü, İnfaz, İnfaz kurumu, Koşullu salıverilme, Denetimli serbestlik.

## **THE PROBLEM OF INCREASE IN THE NUMBER OF INMATES IN CORRECTIONAL FACILITIES AND A PROPOSAL FOR SOLUTION**

### **ABSTRACT**

*Increase in the number of inmates in Correctional Facilities in Turkey has evolved into a continuous problem. Despite several attempts at dealing with this issue via legislative initiatives under different titles, the issue never lost its place on the agenda since all the previous attempts proved to be temporary in nature and lacked scientific ground studies beforehand. In this study, statistical data on the capacity of correctional facilities and the occupancy rates were scrutinized form a comparative perspective. In order to achieve a lasting solution, correctional regimes of the sanctions set forth in the Turkish Criminal Law for offences should be reconsidered and reorganized completely. In our current legislation, neither active remorse, nor, in particular, methods of reconciliation between the convicted and the victim is possible during the execution period and even after res judicata. What is required, however, is to keep these options available during the execution period as well.*

**Keywords:** Prison Sentence, Convicted, Execution, Correctional Facility, Conditional Release, Probation

---

\* Prof.Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. e-posta: oezgenc@gmail.com

\*\* Dr.Öğr.Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Öğretim Üyesi. e-posta: ihsanyb@gmail.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 28.11.2018

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih** : 18.01.2019

## **ANALYSE UND LÖSUNGSVORSCHLÄGE ÜBER DIE ZUNEHMENDE ZAHL DER VERURTEILTEN IN DEN VOLLZUGSANSTALTEN**

### **ZUSAMMENFASSUNG**

*Die zunehmenden Zahlen der Verurteilten in den Strafanstalten in der Türkei haben sich in ein Kontinuumsproblem verwandelt. Um dieses Problem anzugehen, wurde in der Vergangenheit zwar von Zeit zu Zeit verschiedene gesetzliche Regelungen mit unterschiedlichen Namen getroffen, doch da diese Regelungen meist vorübergehend waren und nicht auf einem wissenschaftlichen Ansatz beruhten, hat das Problem von seiner Aktualität nichts verloren. In dieser Studie ist eine vergleichende Bewertung der statischen Informationen über die Kapazität und den Belegungsstatus der Strafanstalten erforderlich. Für eine dauerhafte Lösung sollte im türkischen Strafrecht für das Verbrechen vorgeschriebenen Sanktionen und Vollstreckungsbestimmungen als Ganzes betrachtet und reorganisiert werden. Im türkischen Recht ist es nicht vorgesehen, dass der Verurteilte während der Vollstreckung und selbst nach der Verurteilung von der Kronzeugenregelung (der tätigen Reue) einen Vorteil erzielen kann, der insbesondere zum Frieden zwischen dem Verurteilten und dem Opfer beiträgt. Diese Option sollte jedoch während der Vollstreckung möglich sein.*

**Schlüsselwörter:** Haftstrafe, Verurteilte, Strafvollzug, Vollzugsanstalt, Bedingte Freilassung, Bewährung.

### **I. Giriş**

Türkiye’de ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısındaki artış, süreklilik arz eden bir soruna dönüşmüştür. Bu sorunun çözümü için, zaman zaman değişik adlarla çeşitli kanuni düzenlemeler yapılmış ise de, bu düzenlemelerin mahiyeti itibarıyla geçici olması ve sorunu bilimsel olarak ele alan bir yaklaşımın ürünü olmaması sebebiyle, sorun aktüalitesini hiç yitirmemiştir. Sorunun kalıcı bir çözüme kavuşturulabilmesine yönelik normatif bir çalışma öncesinde, infaz kurumlarının kapasitesi ve doluluk durumu ile ilgili istatistiki bilgileri karşılaştırmalı olarak bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekmiştir.

**II.** Londra’da bulunan “*Milletlerarası Cezaevi Çalışmaları Merkezi*”ne (“*International Centre for Prison Studies*”) ait “**www.prisonstudies.org**” internet sitesinde yer alan verilere baktığımızda, bugün itibarıyla, nüfusuna oranla, hükümlü veya tutuklu olarak ceza infaz kurumlarında en fazla kişi barındıran ülkenin **ABD** olduğunu görmekteyiz. ABD’de her **152 kişiden biri**, ceza infaz kurumlarında hükümlü veya tutuklu olarak bulunmaktadır.

Bu ülkeyi takip eden devlet **Rusya**’dır. Bu ülkede her **249 kişiden biri**, ceza infaz kurumlarında hükümlü veya tutuklu olarak bulunmaktadır.

Nüfusa oranla hükümlü veya tutuklu olarak infaz kurumlarında bulunan kişi sayısı itibarıyla **Türkiye**, üçüncü sırada yer almaktadır. Türkiye’de her **347 kişiden biri**, ceza infaz kurumlarında hükümlü veya tutuklu olarak

bulunmaktadır. Türkiye’yi takip eden Devlet, **İran**’dır. İran’da her **352 kişiden biri**, ceza infaz kurumlarında hükümlü veya tutuklu olarak bulunmaktadır.

Nüfusa oranla hükümlü veya tutuklu olarak infaz kurumlarında bulunan kişi sayısı itibarıyla dünyanın en iyi ülkesi **Japonya**’dır. Bu ülkede her **2.439 kişiden biri**, ceza infaz kurumlarında hükümlü veya tutuklu olarak bulunmaktadır.

Yaptırım sistemi ve en azından teorik açıdan izlediği infaz siyaseti bakımından Türkiye’nin örnek aldığı devletlerdeki durum şu şekildedir:

**Almanya:** Bu ülkede her **1.333 kişiden biri**, ceza infaz kurumlarında hükümlü veya tutuklu olarak bulunmaktadır.

**İtalya:** Bu ülkede her **1.020 kişiden biri**, ceza infaz kurumlarında hükümlü veya tutuklu olarak bulunmaktadır.

**Fransa:** Bu ülkede her **961 kişiden biri**, ceza infaz kurumlarında hükümlü veya tutuklu olarak bulunmaktadır.

**Güney Kore:** Bu ülkede her **917 kişiden biri**, ceza infaz kurumlarında hükümlü veya tutuklu olarak bulunmaktadır.

**İngiltere:** Bu ülkede her **714 kişiden biri**, ceza infaz kurumlarında hükümlü veya tutuklu olarak bulunmaktadır.

**Çin ve Suudi Arabistan**, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklularla ilgili bilgileri **gizli** tutmaktadır. Bu ülkelerdeki hükümlü ve tutukluların sayısına ilişkin bilgiler gayri resmi kaynaklara dayandığı için, değerlendirmede dikkate alınmamıştır. Keza, **Mısır**’la ilgili verilerin, değerlendirmelerimizde esas alınacak ölçütleri taşımadığı gözlemlenmiştir.

**III. Türkiye**, bütün bu örnek ülkeler arasında, ceza infaz kurumlarında, hükümlülere nazaran **tutuklu** olarak **en fazla kişi** bulunduran devlettir.

Bu sitede yayımlanan verilere göre, Türkiye’de ceza infaz kurumlarında bulunan **tutukluların oranı**, mevcuda nazaran 31.12.2017 tarihi itibarıyla % **43,1**’dir.

Örnek alınan devletler arasındaki sıralama şu şekildedir:

**Japonya:** % **10,8**.

**İngiltere:** % **11,2**.

**Rusya:** % **17,5**.

**ABD:** % **21,6**.

**Almanya:** % **22,6**.

**İran:** % **25,1**.

**Fransa:** % 29,7.

**İtalya:** % 33,3.

**Güney Kore:** % 34,5.

**IV.** Bu sitedeki verilere göre, söz konusu örnek ülkeler arasında infaz kurumlarının **doluluk oranı** itibarıyla sıralama şu şekildedir:

**Japonya:** % 66,8 (31.3.2018 tarihi itibarıyla).

**Rusya:** % 79 (? tarihi itibarıyla).

**Almanya:** % 84,8 (31.3.2018 tarihi itibarıyla).

**ABD:** % 103,9 (2014 yılı itibarıyla).

**İngiltere:** % 109,4 (29.6.2018 tarihi itibarıyla).

**Türkiye:** % 111,5 (1.1.2018 tarihi itibarıyla).

**Güney Kore:** % 115,4 (31.3.2018 tarihi itibarıyla).

**İtalya:** % 116,8 (31.8.2018 tarihi itibarıyla).

**Fransa:** % 118,4 (1.7.2018 tarihi itibarıyla).

**İran:** % 161,2 (113.2018 tarihi itibarıyla).

**V.** Ülkelerin ceza infaz kurumlarının **kapasitesinin** nüfuslarına göre sıralaması şu şekildedir:

**Japonya:**

Nüfusu 126 milyon 510 bin kişi (2018 Temmuz sonu itibarıyla)

İnfaz kurumlarının kapasitesi, 90.536 kişi (31.12.2014)

Buna göre, Japonya’da her **1.397** kişiye infaz kurumlarında bir kişilik yer tekabül etmektedir.

**İtalya:**

Nüfusu 60 milyon 410 bin kişi (2018 Ağustos sonu itibarıyla)

İnfaz kurumlarının kapasitesi, 50.622 kişi (31.8.2018)

Buna göre, İtalya’da her **1.193** kişiye infaz kurumlarında bir kişilik yer tekabül etmektedir.

**Fransa:**

Nüfusu 67 milyon 800 bin kişi (2018 Temmuz başı itibarıyla)

İnfaz kurumlarının kapasitesi, 59.703 kişi (1.7.2018)



Buna göre, Fransa’da her **1.135** kişiye infaz kurumlarında bir kişilik yer tekabül etmektedir.

**Almanya:**

Nüfusu 82 milyon 930 bin kişi (2018 Mart sonu itibarıyla)

İnfaz kurumlarının kapasitesi, 73.336 kişi (31.3.2018)

Buna göre, Almanya’da her **1.131** kişiye infaz kurumlarında bir kişilik yer tekabül etmektedir.

**Güney Kore:**

Nüfusu 50 milyon 800 bin kişi (2017 sonu itibarıyla)

İnfaz kurumlarının kapasitesi, 47.820 kişi (31.12.2017)

Buna göre, Güney Kore’de her **1.062** kişiye infaz kurumlarında bir kişilik yer tekabül etmektedir.

**İngiltere:**

Nüfusu 59 milyon 200 bin kişi (2018 Eylül sonu itibarıyla)

İnfaz kurumlarının kapasitesi, 75.859 kişi (29.6.2018)

Buna göre, İngiltere’de her **780** kişiye infaz kurumlarında bir kişilik yer tekabül etmektedir.

**İran:**

Nüfusu 80 milyon 910 bin kişi (2017 Haziran itibarıyla)

İnfaz kurumlarının kapasitesi, 140.000 kişi (2014 Aralık itibarıyla)

Buna göre, İran’da her **577** kişiye infaz kurumlarında bir kişilik yer tekabül etmektedir.

**Türkiye:**

Nüfusu 80 milyon 890 bin kişi (2018 başı itibarıyla)

İnfaz kurumlarının kapasitesi, **208.780** kişi (1.1.2018)

Buna göre, Türkiye’de her **387** kişiye infaz kurumlarında bir kişilik yer tekabül etmektedir.

**Rusya:**

Nüfusu 144 milyon 900 bin kişi (2018 Eylül başı itibarıyla)

İnfaz kurumlarının kapasitesi, **812.804** kişi (1.10.2015)

Buna göre, Rusya’da her **178** kişiye infaz kurumlarında bir kişilik yer tekabül etmektedir.

**ABD:**

Nüfusu 323 milyon 900 bin kişi (2016 sonu itibarıyla)

İnfaz kurumlarının kapasitesi, **2.140.321** kişi (2014 itibarıyla)

Buna göre, ABD’de her **151** kişiye infaz kurumlarında bir kişilik yer tekabül etmektedir.

Türkiye ile nüfusu birbirine yakın ülke olarak birbiriyle karşılaştırıldığında görülmektedir ki, Almanya’da 31.3.2018 tarihi itibarıyla infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlü sayısı toplamı **62.194**’tür. Türkiye’de ise, bu sayı 1.1.2018 tarihi itibarıyla **232.886**’dır. Keza, Almanya’daki tutuklu ve hükümlülerin 31.3.2015 tarihi itibarıyla % **31,3**’ü (Alman vatandaşı olmayan) **yabancıdır**. Buna karşılık Türkiye’de ise bu oran, 1.9.2016 tarihi itibarıyla % **2,2**’dir<sup>1</sup>.

Bütün bu verilerden hareketle şu sonuca varmaktayız: Türkiye’deki infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklu sayısının azaltılmasında izlenecek infaz siyasetiyle, infaz kurumlarının mevcudunun ve hatta, kapasitesinin düşürülmesinin sağlanması gerekmektedir.

**VI.** Türkiye’de infaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısında tarihsel süreç içinde artış gözlemlenmektedir. Bu artışlar sebebiyle infaz kurumlarının kapasitesinin üzerine çıkılması karşısında, çözüm olarak önceleri genel af ve bilahare özel koşullu salıverilme kanunlarıyla kurumların tahliyesi yoluna gidilmiştir. Ancak, bu tahliyeler ancak geçici bir süre için “çözüm” oluşturabilmiştir.

Örneğin 31 Aralık **1999** tarihi itibarıyla infaz kurumlarında bulunan **hükümlü** sayısı **44.131** iken, 22.12.2000 tarihli ve 4616 sayılı Kanunla gerçekleştirilen koşullu salıverilmeler üzerine bu sayı 31 Aralık **2000** tarihi itibarıyla **24.855**’e inmiştir. Ancak, 31.12.2003 tarihi itibarıyla infaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısı tekrar **37.056**’ya yükselmiştir.

**5237 sayılı Türk Ceza Kanununun** 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girişi dolayısıyla lehe kanun uygulamaları bağlamında infazın durdurulması (5252 s. TCK Yürürlük Kanunu, m. 10) yoluna gidilmek suretiyle, infaz kurumlarından tahliyeler gerçekleşmiş olmasına rağmen, infaz kurumlarındaki

<sup>1</sup> İşaret etmek gerekir ki, İsrail’de nüfusun her 429 kişiden birisi hükümlü veya tutuklu olarak ceza infaz kurumlarında bulunmaktadır. Ancak, 31.12.2014 tarihi itibarıyla İsrail ceza infaz kurumlarında bulunan Filistinlilerin oranı, toplam tutuklu ve hükümlülerin **38,9**’udur.

hükümlü sayısında sürekli bir yükseliş gözlemlenmiştir:

Ceza infaz kurumlarında,  
**2005** yılı sonu itibarıyla **29.445**,  
**2011** yılı sonu itibarıyla **92.617**,  
hükümlü bulunmakta idi.

Yeni Türk Ceza Kanununda, suçların karşılığında öngörülen cezalar, mülga 765 sayılı TCK'ya nazaran çok daha yüksektir. Keza, mülga 765 sayılı TCK'nın sisteminde kişi mahkum olduğu hapis cezasının **beşte ikisini** infaz kurumunda iyi halli olarak çektiği takdirde koşullu salıverilmeden yararlanabilmekte idi. Buna karşılık yeni TCK'nın sisteminde ise, ilk defa suç işlemiş olan kişi mahkum olduğu hapis cezasının infazı sürecinde koşullu salıverilmeden yararlanabilmesi için mahkum olduğu cezanın **üçte ikisini** infaz kurumunda iyi halli olarak çekmesi gerekmektedir. Buna karşılık, mükerrerler ile, terör suçlarından, cinsel suçlardan, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından mahkum olanlar, cezalarının **dörtte üçünü** infaz kurumunda iyi halli olarak çektikleri takdirde koşullu salıverilmeden yararlanabilecektir.

Eski Kanunun yürürlükte olduğu dönemde örneğin kasten öldürme suçundan dolayı mahkum olunan hürriyeti bağlayıcı cezanın en fazla 12 yılını infaz kurumunda çektiği takdirde koşullu salıverilmeden yararlanarak tahliye edilebilmekte idi. Buna karşılık, yeni TCK'nın sisteminde ise, kasten öldürme suçundan mahkum olan kişi, 24 yıl infaz kurumunda cezasını çektikten sonra, iyi halli ise, koşullu salıverilmeden yararlanabilmektedir.

Lehe kanun hükümlerinin uygulanması sebebiyle, ancak 2010 ve sonrası yıllarda yeni TCK hükümlerine göre mahkum olan hükümlülerin infaz kurumuna girdiğini gözlemlemekteyiz. Bu nedenledir ki, 2010 ve sonrasında infaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısındaki artış oranı, önceki yıllara nazaran daha yüksektir.

İnfaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısı, her ay ortalama **2.000** kişi artmaktadır.

Bu sayı, bugün itibarıyla Türkiye'deki infaz kurumlarının kapasitesinin üzerindedir. Bu rakamlara **tutuklu sayıları dahil değildir**.

İnfaz kurumlarındaki hükümlü sayısındaki artış sorununu çözmeye yönelik olarak, 5275 sayılı İnfaz Kanununa değişik tarihlerde çeşitli hükümler eklenmiştir.

**A) 5.4.2012** tarihli ve 6291 sayılı Kanunla<sup>2</sup> İnfaz Kanununda değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerle, mahkum olduğu hapis cezasının önemli bir kısmını infaz kurumunda çeken ve fakat henüz koşullu salıverilme aşamasına gelmemiş olan hükümlülerin cezalarının kalan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak toplumsal ortamda infazının yolu açılmıştır (İnfaz K. m. 105/A, Geçici madde 3). Bu düzenlemeyle, koşullu salıverilme tarihine **bir yıl** kala, “denetimli serbestlik tedbiri” uygulamasıyla hükümlünün infaz kurumundan dışarı çıkarılması sağlanmaktadır. Bu değişiklik gereğince, ceza infaz kurumlarından tahliyeler gerçekleşmiştir.

Buna rağmen, **infaz kurumlarındaki hükümlü sayısında sadece kısa bir süreliğine bir azalma meydana gelmiş ve hemen akabinde sayı artmaya devam etmiştir.**

Şöyle ki, 31.12.2011 tarihi itibarıyla infaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısı **92.617** iken; 6291 sayılı Kanunun 11.4.2012 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen, bu sayı 31.12.2012 tarihi itibarıyla **104.313** olmuştur.

**B) 24.1.2013** tarihli ve 6411 sayılı Kanunla<sup>3</sup> İnfaz Kanununa yeni bir geçici madde eklenmiştir (Geçici madde 4). Bu geçici madde ile, koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilmek için cezasının son altı ayının açık ceza infaz kurumunda çekilmesi koşulu kaldırılmış ve bu suretle, İnfaz Kanununun 105/A maddesinin uygulama alanı genişletilmiştir. Bu geçici madde hükmü gereğince, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak üzere ceza infaz kurumlarından tahliyeler gerçekleşmiştir.

Bu tahliyelere rağmen, **infaz kurumlarındaki hükümlü sayısında sadece kısa bir süreliğine bir azalma meydana gelmiş ve hemen akabinde sayı artmaya devam etmiştir.**

Şöyle ki, 2013 yılı Ocak ayı itibarıyla infaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısı **106.290** iken; 6411 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi üzerine bu sayı 2013 yılı Şubat ayında **95.002**'ye düşmüştür. Ancak bu sayı, tekrar 2013 Temmuz ayı itibarıyla **106.562**'ye yükselmiş ve 31.12.2013 tarihi itibarıyla **117.785** olmuştur.

**C) 15.8.2016** tarihli ve 671 sayılı KHK (6757 s. Kanun) ile, İnfaz Kanuna “Geçici madde 6” olarak yeni bir “geçici” madde eklenmiştir.

Bu düzenlemeyle, “Geçici madde 105/A”daki bir yıllık süre **iki**

<sup>2</sup> RG: 11 Nisan 2012/28261.

<sup>3</sup> RG: 31 Ocak 2013/28545.

yıla çıkarılmış ve ayrıca, bu düzenlemeye göre, koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için mahkum olunan hapis cezasının yarısını infaz kurumunda çekmek gerekmektedir.

Bu düzenlemeye rağmen de, **infaz kurumlarındaki hükümlü sayısında sadece kısa bir süreliğine bir azalma meydana gelmiş ve hemen akabinde sayı artmaya devam etmiştir.**

Şöyle ki, 31.12.2015 tarihi itibarıyla infaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısı **152.869** iken; 671 sayılı KHK'nın 17 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen, bu sayı tekrar 1.11.2016 tarihi itibarıyla **129.291**; 2.10.2017 tarihi itibarıyla **140.248** olmuştur.

Bu tarihten sonraki istatistiki veriler elimizde bulunmadığı için, 2017 Ekim ayı itibarıyla ortaya çıkan gelişmeleri değerlendirme imkanımız olmamıştır.

Dikkat edilmelidir ki, **bu sayıların içinde DÖRT YIL veya daha az süreli hapis cezasına mahkum olmuş olan ya da iki yıl cezaya mahkum edilmiş olmakla beraber cezası ertelenmemiş olan hükümlüler bulunmamaktadır.** Başka bir ifadeyle, bu sayılar, mükerrirler ile terör suçlarından, cinsel suçlardan, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından mahkum olan ve ayrıca, **DÖRT YILDAN FAZLA süreyle hapis cezasına mahkum edilmiş olup da infaz kurumunda cezasını çekmekte olan hükümlüleri kapsamaktadır.**

Buna rağmen, 2018.11.15 tarihi itibarıyla ceza infaz kurumlarında dört yıldan daha az süreyle hapis cezasına mahkum olmuş olan hükümlüler bulunmaktadır ve bunların sayısı oldukça fazladır. Ceza infaz kurumlarında bulunan,

- a) Bir yıla kadar hapis cezasına mahkum olan hükümlü sayısı, **7.960**;
- b) Bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına mahkum olan hükümlü sayısı, **7.566**;
- c) İki yıldan üç yıla kadar hapis cezasına mahkum olan hükümlü sayısı, **11.128**;
- ç) Üç yıldan dört yıla kadar hapis cezasına mahkum olan hükümlü sayısı, **9.780**'dir.

Buna göre, söz konusu tarih itibarıyla **ceza infaz kurumlarında dört yıldan daha az süreyle hapis cezasına mahkum olmuş olan hükümlü sayısı toplamı, 36.434**'tür.

Bu durum, İnfaz Kanunu, madde 105/A hükmü gereğince **denetimli serbestlik tedbirleriyle dışarı çıkarılan hükümlülerden yeniden suç işleyerek infaz kurumuna geri dönenlerin sayısının** oldukça fazla olduğunu göstermektedir. Keza, belirtmek gerekir ki, dört yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkum edilmiş olan mükerrirler ile alelittlak terör örgütü üyeliğinden mahkum olanlar da bu sayının içindedir.

Yapılan bütün bu düzenlemelerle infaz kurumlarındaki yoğunluk, sorun olmaktan çıkarılamamıştır. Zaman içerisinde infaz kurumlarının kapasitesinin artırılması da bu sorunu çözememiştir.

**VII.** Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması bakımından da alt yapımızda ve uygulamamızda önemli sorunlar bulunmaktadır. Adalet Bakanlığının son yayımlanan istatistiki verilerine göre, denetimli serbestlik ve yardım hizmetleri görevlileri tarafından **takip ve denetimi yapılan kişi sayısı 2018 yılı Ağustos ayı itibarıyla toplamda 607.936**'dır.

Bunlardan,

a) şüpheli veya sanık olarak hakkında adli kontrol tedbiri uygulanan kişi sayısı, **398.294**'tür;

b) uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak dolayısıyla hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanan kişi sayısı, **62.628**'dir;

c) İnfaz Kanunu, madde 105/A hükmü gereğince, hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanan kişi sayısı, **99.760**'dır;

ç) mükerrir, itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi, örgüt mensubu suçlu olması sebebiyle hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanan kişi sayısı, **11.812**'dir.

Dikkat edilmelidir ki bu toplam sayı, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanıklarla koşullu salıverilen hükümlüleri kapsamamaktadır.

Bugün itibarıyla, denetimli serbestlik hizmetlerinin gerek teşkilat ve gerekse personel donanımı, etkin bir denetimli serbestlik hizmeti vermeye elverişli değildir. Bu nedenledir ki, hakkında formel olarak denetimli serbestlik tedbiri uygulansa bile, ceza infaz kurumundan çıkarılan hükümlü, kısa bir zaman sonra yeniden suç işleyerek infaz kurumuna geri dönmektedir<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: “Die aktuellen Probleme in der Praxis des Türkischen Strafvollstreckungsrechts”, in: Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Editörler: F. Yenisey, İ. Özgenç, A. Nuhoğlu, A. Sözüer, F. Turhan, Ankara, Mayıs 2018, sh. 1177 vd.; ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. bası, Ankara, Ağustos

### VIII. Sonuç ve Önerimiz

Acil önerimiz, Türk ceza hukukunda suç karşılığında öngörülen yaptırımların infaz rejimlerinin bir bütün olarak ele alınıp yeniden düzenlenmesinin sağlanmasıdır.

Kalıcı çözümler oluşturmadığımız sürece, kısa bir zaman zarfında, yine aynı sorunu aktüel olarak yaşamaya mahkûmuz.

Kalıcı çözüm oluşturulabilmesi için, kapsamlı bir çalışma yapılması gerekmektedir. Bu konuda yapılan akademik çalışmalarda oluşturulan önerilerin hayata geçirilebilmesi için, Adalet Bakanlığı istatistiklerinde yayımlanmayan, hükümlü ve tutuklulara ilişkin bazı verilerin ilgililerle paylaşılması gerekmektedir.

Sistemimizde, infaz aşamasında ve hatta hüküm kesinleştikten sonra hükümlünün mağdurla ilişkisi tamamen kesilmektedir. Oysa **infaz aşamasında da** etkin pişmanlıktan yararlanılabilmesinin ve özellikle **hükümlü ile mağdurun barışmasını sağlayacak yolların açık tutulması gerekmektedir**. Halen cari infaz sistemimizde bu yollar tamamen kapalıdır.

Ancak, bu yolların işletilebilmesi için mahkemelerin iş yükümün de artırılmaması gerekmektedir.

Bu yöntemle, özellikle cinsel suçlardan mahkum olan faille mağdur arasında bilahare meşru zeminde evliliğin gerçekleşmesine rağmen, infaza devam edilmesinin ortaya çıkardığı şikayetlerin de sonlandırılması mümkün bulunmaktadır.





# KAMU ALACAKLARINDA HAKSIZ ÇIKMA ZAMMI UYGULAMASI VE ANAYASA'YA AYKIRILIĞININ YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Fatih SARAÇOĞLU\*

Rana DAYIOĞLU ERUL\*\*

## ÖZ

*Haksız çıkma zammı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanun'a göre; itirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki kamu alacağına %10 zamlı tahsil edilmesi uygulamasıdır. Bu uygulama, mahkemelerin veya yargı kuruluşlarının boş yere meşgul edilmesini ve kamu borçlularının kötü niyetle hareket etmesini önlemek amacıyla getirilmiştir.*

*Haksız çıkma zammı uygulamasının getirilmesine esas olan amaçların, zammın Anayasa'nın bazı hükümlerine aykırı olması gerekçesiyle istenilen şekilde gerçekleşemediği düşünülmektedir. Haksız çıkma zammı; bireylerin yasal hakkı olan dava açma hakkından vazgeçmesine neden olabileceğinden hukuk devleti ilkesinin zedelenmesine ve temel hak ve özgürlüklerden olan hak arama özgürlüğünün engellenmesine neden olabilmektedir.*

*Çalışmada haksız çıkma zammı uygulamasının esaslarına yer verildikten sonra, zammın Anayasa'ya aykırılığı sorunu, yargı kararları çerçevesinde tartışılmış ve değerlendirilmiştir. Sonuç olarak, haksız çıkma zammının Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde verilen kararlar olsa da, haksız çıkma zammı konusunda mahkemelere yetki verilmesi gibi yeni düzenlemeler yapılarak uygulamanın daha adil bir hale dönüştürülebileceği ifade edilmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** Ödeme emrine itiraz, haksız çıkma zammı, Anayasa'ya aykırılık, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun.

## THE IMPLEMENTATION OF UNFAIR HIKE AND THE PROBLEM OF VIOLATION OF THE CONSTITUTION WITHIN THE FRAMEWORK OF JUDICIAL DECISIONS

### ABSTRACT

*Unfair hike is the application of collecting 10% of the public debts of the debtor which is totally or partially unfair in the objection according to on Collection of Public Receivables Law No: 6183. This practice was introduced to prevent courts or judicial institutions from occupying vacancies and acting in bad faith.*

*It is considered that the purposes which effects putting into action the unfair hike can*

\* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü, fatihsaracoglu@gazi.edu.tr

\*\* Arş. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü, ranadayioglu@gazi.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 07.05.2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih : 31.10.2018

*not be achieved as desired due to the contrary to the provisions of the Constitution. Unfair hike may cause individuals to give up legal right to file lawsuits because of causing individuals to give up legal right to file and lead to the obstruction of freedom of right seeking which is one of the fundamental rights and freedoms.*

*After the principles of application of the unfair hike were included in the study, the problem of its violating the Constitution was discussed and evaluated within the framework of judicial decisions. As a result, although there are decisions made in the direction of the fact that the amount of unfair hike is not contrary to the Constitution, it is stated that the implementation can be transformed into a fairer one by the new regulations that will be made as the authorizations of the courts on the issue of unfair dismissal.*

**Key Words:** *Payment order appeal, unfair hike, contrary to the Constitution, Collection of Public Receivables Law No: 6183.*

## GİRİŞ

Kamu alacağının cebren takip ve tahsiline başlanabilmesi için usulüne uygun bir ödeme emrinin tebliğ edilmiş olması gerekmektedir. Ödeme emirlerine karşı borçlu tarafından; böyle bir borcun olmadığı, borcun kısmen ödendiği ve borcun zamanaşımına uğradığı gerekçeleriyle dava açılması mümkündür.

Ödeme emrine karşı dava açılması, yargı kuruluşunun gereksiz yere meşgul edilmesine neden olabileceği gibi, kamu alacağının tahsilinin gecikmesine de neden olabilmektedir. Dolayısıyla bu durumdaki kamu borçlularının kötü niyetli olabileceğinden hareketle bu davranışları önlenmeye çalışılmakta ve bu amaçla haksız çıkma zammı (tazminatı) uygulanmaktadır.

Bu çalışmada ilk olarak ödeme emri tanımlanarak ödeme emrine itiraz hususları açıklanacak; ardından ödeme emrine karşı dava açılması ve davanın gerekçeleri kısaca ortaya konulacak son bölümde ise haksız çıkma zammı uygulaması ve haksız çıkma zammının anayasaya aykırılık sorunu yargısal kararlar çerçevesinde tartışılacaktır.

## I. ÖDEME EMRİNİN TANIMLANMASI VE ÖDEME EMRİNE İTİRAZ

Kamu alacağının cebren tahsil sürecinin başlatılmasının ön şartı vadenin gelmiş olmasıdır<sup>1</sup>. Farklı bir ifadeyle vadesi gelen kamu alacağının borçlu tarafından ödenmemiş olması halinde alacaklı kamu idaresi, alacağını cebren tahsil etme yetkisine sahip olmaktadır<sup>2</sup>. Kamu alacağının cebren takip ve tah-

<sup>1</sup> KARAKOÇ, Yusuf: **Genel Vergi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 670.

<sup>2</sup> SARAÇOĞLU, Fatih: **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü ve Uygulaması**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s. 119.

siline başlanabilmesi için de usulüne uygun bir ödeme emrinin tebliğ edilmiş olması gerekmektedir.

Ödeme emri; borçlunun borcunu, bu borcun nedenini, asıl ve ferilerinin nitelik ve miktarlarını, nereye ödeneceğini, süresinde ödenmediği veya mal bildiriminde bulunulmadığı takdirde cebren tahsil yollarına başvurulacağını ve diğer yaptırımları ihtar eden bir belgedir<sup>3</sup>.

Danıştay 13. Dairesinin bir kararında<sup>4</sup> ödeme emri, “vadesinde ödenmeyen kamu alacaklarının tahsiline başlangıç olarak, alacağı süresinde ödemeyenlere, borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunma gereğini bildiren belge” olarak tanımlanmıştır<sup>5</sup>.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 58. maddesinde ödeme emrine itiraz (dava açılması) konusu düzenlenmiştir. Buna göre kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahıs, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait itiraz işlerine bakan vergi itiraz komisyonu (vergi mahkemesi) nezdinde itirazda bulunabilmektedir. İtirazın şekli, incelenmesi ve itiraz incelemelerinin iadesi hususlarında Vergi Usul Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. İtiraz süresi kısa tutularak kamu alacağının bir an önce hazineye intikalinin sağlanmasına çalışılmaktadır<sup>6</sup>.

Mahkeme bu itirazları en geç 7 gün içinde karara bağlamak zorundadır (AATUHK md. 58/3). İtirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki kamu alacağı %10 zamlı tahsil edilmektedir. İtiraz komisyonlarının bu konudaki kararları kesindir (AATUHK md. 58/4 ve 5).

Borcun tamamına olan itirazların tamamen veya kısmen reddi halinde, borçlu ret kararının kendisine tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde mal bildiriminde bulunmak zorundadır (AATUHK md. 58/6). Borcun bir kısmına karşı olan itirazlar mal bildiriminde bulunma süresini uzatmamaktadır (AATUHK md. 58/7).

Ödeme emrine karşı açılan davalarda, 2577 sayılı Kanun hükümleri

<sup>3</sup> YILMAZ, Kazım: **Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa**, Ce-Ka Yayınları, Ankara, 2006, s. 652.

<sup>4</sup> Danıştay 13. Dairesi, E. 1973/5383, K. 1974/2776 sayılı Karar.

<sup>5</sup> ÇELİK, Binnur: **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 141.

<sup>6</sup> SARAÇOĞLU, a.g.e., s. 128.

uygulanacağından<sup>7</sup> ilk derece mahkemesinin verdiği kararlar kesin olmayıp üst yargı mercii nezdinde temyiz veya itiraza konu olabilecektir.

Tahsil edilmesi gereken aşamaya gelen kamu alacaklarına karşı açılacak davada tahsil aşamasına özgü gerekçeler ileri sürülmelidir. Dolayısıyla ödeme emirlerine karşı dava açılmasının gerekçeleri sınırlandırılmış olup AA-TUHK'nın 58/1. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Ödeme emirlerine karşı borçlu tarafından 15 gün içinde ilgili idari yargı organında;

- Böyle bir borcun olmadığı,
- Borcun kısmen ödendiği,
- Borcun zamanaşımına uğradığı,

gerekçeleriyle dava açılması mümkün bulunmaktadır (AATUHK md. 58/1).

Dava açma gerekçelerinin sınırlandırılmış olması, tahsil edilmesi gereken aşamaya gelen kamu alacaklarının sürüncemede bırakılmadan en kısa sürede alacaklı kamu idarelerine intikal ettirilmesinin sağlanmak istenmesi düşüncesine dayanmaktadır. Tahsil işlemi, tarh işlemine bağlı bir işlem olup tahsil işleminin temelindeki sakatlıkların tarh işleminin tebliği ve tahakkukun gerçekleşmesi aşamasında ortaya konulup halledilmesi gerekmektedir<sup>8</sup>. Dolayısıyla tarh ve tahakkuk aşamasında öne sürülmemiş yeni bir takım iddia ve itirazlar ortaya atılarak kamu alacağının bu aşamada tekrar sürüncemede bırakılmasının yolu kapatılmak istenmektedir<sup>9</sup>.

## II. HAKSIZ ÇIKMA ZAMMI UYGULAMASI

Ödeme emrine karşı dava açılması, bir yandan yargı kuruluşunun gereksiz yere meşgul edilmesine, öte yandan da kamu alacağının tahsilinin

<sup>7</sup> 2576 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle vergi itiraz komisyonlarının görevleri sona ermiş ve 2576 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle vergi itiraz komisyonlarının görevleri vergi mahkemelerine verilmiştir. Vergi davalarında ihtilafların görülmesi ve çözümünde uygulanacak hükümleri düzenleyen ve Vergi Usul Kanunu'nda yer alan hükümlerin de 2577 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılması nedeniyle, ödeme emrine karşı dava açılması halinde, bu davaların görülmesi ve çözüm usulleri 2577 sayılı Kanun'da yapılan düzenlemelere tabi kılınmıştır.

<sup>8</sup> KARAKOÇ, Yusuf: **Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözömlenen Uyuşmazlıklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 120.

<sup>9</sup> BULUTOĞLU, Kenan: **Türk Vergi Sistemi**, C. 2, Ogun Kardeşler Matbaacılık Sanayii, Ankara, 1979, s. 506.

gecikmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla bu durumdaki kamu borçlularının kötü niyetli olduğundan hareketle bu davranışları önlenmeye çalışılarak bu amaçla haksız çıkma zammı (tazminatı) uygulanmaktadır.

Haksız çıkma zammı uygulaması, mahkemelerin meşgul edilmesini önlemek amacıyla önlemler alınması hukuken yerinde bir yaklaşımdır. Ancak mahkemelerin meşgul edilmesinin açılan davanın reddine eşitlenmesi tartışmaya açıktır.

Haksız çıkma zammı, AATUHK'nın 1. maddesine göre fer'i nitelikteki bir amme alacağıdır<sup>10</sup>. AATUHK'nın 58/4. maddesinde "İtirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki kamu alacağı %10 zamlı tahsil edilir." hükmü yer almaktadır. Anlaşılacağı üzere, ödeme emrine karşı dayanaksız dava açılmasını önlemeye yönelik olarak, ödeme emrine karşı dava açan borçlunun itirazında tamamen veya kısmen haksız çıkması halinde %10 haksız çıkma zammı alınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda haksız çıkma zammının amacı, haksız olduğu halde ödeme emrine itiraz ederek tahakkuk etmiş bir borcun tahsilini geciktiren ve mahkemeyi haksız yere işgal eden kamu borçlularına ek bir mali yük yükleyerek kötü niyetli borçluların bu davranışlarını engellemektir<sup>11</sup>.

Haksız çıkma zammı konusunda vergi mahkemesi veya Danıştayın özel şekilde karar vermiş olması şartı aranmamakta olup kanun icabı alınmaktadır<sup>12</sup>. Ancak, zammın ödenmesi için vergi mahkemesinden sonra Danıştaya başvurulmuşsa Danıştaydan da karar çıkmış olması gerekmektedir<sup>13</sup>.

Haksız çıkma zammı, davanın tamamen kaybedilmesi durumunda ödeme emri istenilen tutarın tamamı üzerinden, kamu borçlusunun kısmen haklı kısmen de haksız olduğuna karar verilmesi durumunda ise davanın reddedilen kısmı üzerinden %10 olarak hesaplandığından; kısmi dava açma gereğinin bulunması durumunda davanın kısmi olduğunun ve hangi kısmına olduğunun dava dilekçesinde açık olarak belirtilmesi önem kazanmaktadır<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> BUDAK, Tamer, BENK, Serkan: "Kamu Alacağı: Hukuki Bir Değerlendirme", **Business and Economics Research Journal**, Vol. 2, Num. 2, s. 71.

<sup>11</sup> SONSUZOĞLU, Elif: **Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 60.

<sup>12</sup> Oluş Mali Hukuk Bürosu-Özbalcı: **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Yorum ve Açıklamaları**, Oluş Yayıncılık, Ankara, Şubat 2012, s. 617.

<sup>13</sup> Oluş Mali Hukuk Bürosu-Özbalcı, a.g.e., s. 617.

<sup>14</sup> YILMAZ, Kazım: **Açıklama ve Örnek Yargı Kararları ile 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Bilnet Matbaacılık, İstanbul, Mart 2015, s. 610.

Ayrıca bu maddeye göre uygulanan zamlar, bir nevi ceza mahiyetinde olduğundan bunlara gecikme zammı uygulanmaması gerekmektedir<sup>15</sup>.

Haksız çıkma zammının hangi sürede ödenmesi gerektiğine yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğundan, AATUHK'nın 37. maddesine göre işlem yapılması yoluna gidilecek olup kanunda düzenleme bulunmaması nedeniyle Maliye Bakanlığınca belirtilecek usule göre yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödenmesi gerekmektedir<sup>16</sup>. Süresinde ödenmemesi halinde, haksız çıkma zammına gecikme zammı uygulanmayacaktır.

### III. HAKSIZ ÇIKMA ZAMMININ ANAYASA'YA AYKIRILIĞI SORUNU

Haksız çıkma zammı (tazminatı) Anayasa'ya aykırı bir hal almış olup gerek düzenleme gerekse uygulama, haksız çıkma zammını (tazminatını) dava açmanın cezası haline getirmiş ve söz konusu zamma (tazminata), kişileri yargı haklarını kullanmaktan caydırıcı bir işlev yüklemiştir<sup>17</sup>.

Yaptırımla karşılaşma riskiyle kişilerin yargı haklarını kullanmamalarının özendirilmesi veya caydırılması ise hak arama özgürlüğünü sınırlandırmakta ve hukuk devletinin gerçekleşme aracı olan **"idari işlemlerin yargı denetimine tabi olması"** ilkesini zedelemektedir<sup>18</sup>.

Haksız çıkma zammının amacı, ödeme emirlerine karşı mesnetsiz dava açılmasını önlemektir. Ancak İYUK'un 27. maddesinde idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceğine hükmedilmiş olup ödeme emrine karşı dava açılmasının nasıl bir zarara yol açtığı ve neden zam uygulaması gerektirdiğini izah etmek kolay değildir<sup>19</sup>. Zira ödeme emrine karşı dava açılmasının doğrudan ve tek başına kamu alacaklısını zarara uğrattığından veya zarara uğratma ihtimalinden söz edilmez<sup>20</sup>.

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, özlerine do-

<sup>15</sup> AYKAÇ, Kemal: **Açıklamaları Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliğleri**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1976, s. 233.

<sup>16</sup> ÖZDEMİR, Muharrem: **Vergi İcra Hukuku**, MN Yayınları, İstanbul, 2015, s. 320.

<sup>17</sup> DOĞRUSÖZ, Bumin: "Haksız Çıkma Zammında Sorunlar", **Yaklaşım Dergisi**, Kasım 2009, S. 203, s. 274.

<sup>18</sup> DOĞRUSÖZ, a.g.m., s. 274.

<sup>19</sup> AKKAYA, Mustafa: "Haksız Çıkma Zammı ve Anayasaya Uygunluğu", **Prof. Dr. Mualla ÖNCEL'e Armağan**, C. I, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 243, Ankara, 2009, s. 340.

<sup>20</sup> AKKAYA, a.g.m., s. 342.

kunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamaların da, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla kanunla herhangi bir sınırlandırma yapılmamışsa bir temel hak ve hürriyetle ilgili olarak özgürlük ya da serbestlik esas olup<sup>21</sup> kanuni sınırlama, ancak Anayasa'nın ilgili maddesinde o hürriyet için öngörülmüş olan sınırlama sebeplerine dayanabilir<sup>22</sup>.

Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde de herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Hak arama özgürlüğünün konusu, belirli hak arama yolları ve bu yollara başvurup başvurmama iradesi olup<sup>23</sup> diğer hak ve özgürlükleri kapsayan ve koruyan bir hak olan hak arama özgürlüğü, etkili yollarla donatıldığı sürece bir anlam ifade etmektedir<sup>24</sup>. Gerçek anlamda hukuk devletinden söz edebilmek için kişilere haklarını elde etme hakkı imkanı verilmesi, diğer bir ifadeyle hukuk güvenliği tesis eden bir devlet düzeni oluşturulması gerektiğinden; hak arama hürriyeti, hukuk devletiyle de doğrudan ilgili bir durumdur<sup>25</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde de hak arama hürriyetinin güvence altına alındığı görülmektedir<sup>26</sup>.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir kararında<sup>27</sup> hukuk devleti; "insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davra-

<sup>21</sup> TUNÇ, Hasan, BİLİR, Faruk, YAVUZ, Bülent: **Türk Anayasa Hukuku**, Berikan Yayınevi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2011, 114.

<sup>22</sup> ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara, 2011, s. 114.

<sup>23</sup> KÖKÜSARI, İsmail: «Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri», **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, C. XV, 2011, s. 167.

<sup>24</sup> KÖKÜSARI, a.g.m., s. 163.

<sup>25</sup> CEBRE, Ayvaz: "Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Yıl 2, C. 1, Nisan 2011, s. 374.

<sup>26</sup> GEZER, Hasan C.: "Bazı Ülke Anayasalarında Hak Arama Hürriyeti, Adil Yargılanma Hakkı ve Kanuni Hakim Güvencesi ile Mahkemelerin Kuruluşuna Dair Düzenlemeler", Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi, Kasım 2011, s. 1 ([https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/adil\\_yargilanma\\_hakki.pdf](https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/adil_yargilanma_hakki.pdf), erişim: 13.08.2018).

<sup>27</sup> 25.05.1976 tarih ve E. 1976/1, K. 1976/28 sayılı kararı.

nışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet” olarak tanımlanmaktadır. Böylelikle hukuk devleti, “hukukla sınırlanmış devlet” anlamına gelmekte olup hukuk, devletin hem temelini ve meşruluk kaynağını hem de sınırını oluşturmaktadır<sup>28</sup>. Bu sınırlama ile devlet organlarının her türlü faaliyetlerinin hukuk normlarına uygunluğunun sağlanması, diğer bir ifadeyle hukukun devletin bütün faaliyetlerine tamamen egemen kılınması, devletin her türlü keyfilığının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır<sup>29</sup>. Bu bağlamda, vergi hukuku da devletin kişi hak ve özgürlük alanlarına müdahalesini düzenleyen hukuk kollarından biri olduğu için hukuk devleti kavramı ile yakın ilişki içindedir<sup>30</sup>. Hukuk devletinde, devlet vergilendirme yetkisini hukuk kuralları çerçevesinde kullanmaktadır<sup>31</sup>.

Hukuk devletinin tanımı kapsamında hukuk devletinin ana ilkeleri ve gerekleri ise temel hakların güvenceye bağlanması, yasaların anayasaya uygunluğu ve genel olması, yönetimin hukuka bağlılığı, bağımsız yargı ve yargısal denetim, yargıç güvencesi, kazanılmış haklara saygı ve demokratik yönetim ilkesi olmaktadır<sup>32</sup>. Bu bağlamda hukuk devleti ilkesinin gereği olarak bireylerin idari işlemlere karşı yargı yoluna başvurmadan vazgeçmesine neden olacak düzenlemelerin yer almaması gerekmekte iken; haksız çıkma zammının hak arama özgürlüğüne müdahalesi ölçülülük, öz ve demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından değerlendirildiğinde Anayasa'ya uygun değildir<sup>33</sup>.

Ayrıca kanun koyucunun mahkemelerin meşgul edilmesini önlemek amacıyla önlemler almasında hukuka aykırılıktan söz edilemeyecek olmakla birlikte, mahkemelerin meşgul edilmesinin açılan davanın reddine eşitlenmesi, özellikle ödeme emirlerine karşı açılan davalar için öngörülen süre ve neden sınırlamaları da dikkate alındığında, hak arama özgürlüğüne ilişkin olarak

<sup>28</sup> ÖZKAN, Gürsel: “Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Nisan 2010, S. 1, s. 81.

<sup>29</sup> ÖZKAN, a.g.m., s. 81.

<sup>30</sup> ÇAĞAN, Nami: “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1980, S. 1, C. 37, s. 137.

<sup>31</sup> ÇAĞAN, a.g.m., s. 137.

<sup>32</sup> GÖZÜBÜYÜK, Şeref: **Anayasa Hukuku-Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 18. Bası, Ankara, 2011, s. 168-169; ERDEMİR, Nevzat: “Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1988, S. 1, s. 82; DİRDİMAN, Ramazan Cengiz: **Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni**, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2006, s. 98.

<sup>33</sup> AKKAYA, a.g.m., s. 346.



getirilebilecek sınırın aşıldığı, dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesine aykırı bir düzenlemenin olduğu görülmektedir<sup>34</sup>. Nitekim hak arama hürriyeti, bütün diğer temel hak ve hürriyetlerin güvencesi niteliğinde fevkalade önemli bir temel hak ve hürriyet olup hak arama hürriyetinin tanınmadığı durumlarda, tanınmış olan bütün diğer temel hak ve hürriyetler göstermelik hale gelebilmektedir<sup>35</sup>.

Haksız çıkma zammının, yukarı sayılan hükümler ve hususlar gereği hukuka ve Anayasa'ya aykırı olup olmadığı konusunda pek çok yargı kararı bulunmaktadır. Bu kararlar, haksız çıkma zammının farklı gerekçelerle hukuka aykırı olduğunu veya olmadığını göstermektedir. Bu görüşlerin değerlendirilmesi açısından, yargı kararlarının incelenmesinde yarar görülmekte olup izleyen bölümde bu kararlara ayrıntılarıyla yer verilecektir.

#### **IV. DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA HAKSIZ ÇIKMA ZAMMININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Çalışmanın bu bölümünde, haksız çıkma zammı konusu Danıştay kararları ışığında farklı hususlar itibariyle ele alınarak incelenecek ve değerlendirilecektir.

##### **A. İşin Esasına Girilmeksizin Verilen Kararlarda Haksız Çıkma Zammının Hukuka Aykırılığı Hususu**

Danıştay 13. Dairesinin E. 2010/733, K. 2010/3678 sayılı kararında<sup>36</sup>, davacı şirkete verilen idari para cezasının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın işin esasına girilmeksizin süre aşımı yönünden reddedilmesi nedeniyle ödeme emrinin, 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden hukuki denetiminin yapılmamış olması karşısında, davacı şirketin, AATUHK'nın 58. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen anlamda tamamen veya kısmen haksız olduğu veya haklı olduğu hususu saptanmadığından, tamamen haksız çıktığından bahisle düzenlenen vergi/ceza ihbarnamesinde hukuka uygunluk görülmemiş ve karar, kanun yararına bozulmuştur.

Zamanaşımı bakımından davanın reddedilerek esasa girilmeden karara bağlanması borçlunun haklı ya da haksız olduğunun tespit edilmiş olduğu anlamına gelmediğinden AATUHK'nın 58/5 madde hükmü ile %10 oranında zamdan bahsedilmesi ve borçluya bu doğrultuda ödeme emri düzenlenmesi

<sup>34</sup> AKKAYA, a.g.m., s. 345.

<sup>35</sup> GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, 11. Baskı, Bursa, Şubat 2011, s. 152.

<sup>36</sup> Danıştay 13. Dairesi, T. 03.05.2010, E. 2010/733, K. 2010/3678 sayılı Karar.

hukuken mümkün değildir. Aynı durum, Danıştay 4. Dairesinin E.2005/1164, K.2005/2267 sayılı kararında<sup>37</sup> da yer almaktadır.

Ankara 2. Vergi Mahkemesi tarafından verilen E. 2015/423, K. 2015/1925 sayılı karara<sup>38</sup> ilişkin olayda ise davacı adına 2 nolu ihbarnamelerle tarh edilen haksız çıkma zammının; zamma esas mahkeme kararının işin esasına girilmeksizin verilen bir usul kararı olduğu ve işin esasına girilerek verilen bir karar bulunmadan davacıdan haksız çıkma zammı istenemeyeceği ileri sürülerek kaldırılması istenmiştir. Sonuç olarak; davacının itirazında tamamen veya kısmen haksız çıktığını ortaya koyan bir karar olmaksızın, davacının dava ön şartlarından olan süre şartını yerine getirmediğinin tespiti üzerine verilen süre ret kararına istinaden davacıdan haksız çıkma zammının tahsili için 2 nolu ihbarname düzenlenmesinde yasal isabet görülmemiş ve dava konusu haksız çıkma zammının kaldırılmasına karar verilmiştir.

Ayrıca Danıştay 7. Dairesinin E.2002/2457, K.2005/2386 sayılı kararında<sup>39</sup> da davaların feragat nedeniyle sonuçlanmadığı ve ilk derece mahkemesince dosyanın feragat sebebiyle karar verilmesine yer olmadığına hükmedilerek kapatıldığı hallerde, davadan haksız çıkan taraftan söz edilemeyeceğinden, davacı taraftan yine haksız çıkma tazminatının talep edilemeyeceği belirtilmektedir<sup>40</sup>.

## **B. Karar Kesinleşmeden Tahakkuk Eden Haksız Çıkma Zammının Hukuka Aykırılığı Hususu**

Ödeme emrine dava açan borçlunun tamamen veya kısmen haksız çıkması halinde %10 haksız çıkma zammı alınacağına ilişkin düzenleme, ödeme emrine karşı mesnetsiz dava açılmasını önlemeye yönelik bir düzenleme olduğundan, İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından çıkarılan bir özalgede<sup>41</sup>; %10 zammın, ödeme emrine karşı açılan davaların reddi halinde kesinleşecek kararlar üzerine uygulanması gerektiği belirtilmektedir<sup>42</sup>.

AATUHK'nın 58. maddesine göre kamu alacağının %10 zamlı tahsili için, kamu alacağının tahsiline dair düzenlenen ödeme emrine karşı açılan

<sup>37</sup> Danıştay 4. Dairesi, T. 28.11.2005, E. 2005/1164 ve K. 2005/2267 sayılı Karar.

<sup>38</sup> Ankara 2. Vergi Mahkemesi, T. 30.09.2015, E. 2015/423, K. 2015/1925 sayılı Karar.

<sup>39</sup> Danıştay 7. Dairesi, T. 11.10.2005, E.2002/2457, K.2005/2386 sayılı Karar.

<sup>40</sup> DOĞRUSÖZ, Bumin: "Haksız Çıkma Zammı", **Referans Gazetesi**, 27.08.2009. ([http://www.denetimnet.net/userfiles/documents/haksiz\\_cikma\\_zammi.pdf](http://www.denetimnet.net/userfiles/documents/haksiz_cikma_zammi.pdf), erişim: 30.04.2018).

<sup>41</sup> 17.01.2008 tarih ve B.07.1.GİB.4.35.18.03/THSLT:639 sayılı özalg.

<sup>42</sup> ÖZDEMİR, Muharrem, GÜNGÖR DOĞAN, Zeliha: "Vergi Hukukunda Haksız Çıkma Zammı". (<http://www.alomaliye.com/2012/06/14/vergi-hukukunda-haksiz-cikma-zammi/>, erişim: 03.04.2018).

davanın redle sonuçlanması ve bu ret kararının temyiz edilmiş olması halinde temyiz istemi reddedilerek mahkeme kararının onanması ve karar düzeltme isteminin de reddedilmesi gerekmektedir. Bu durumda, alacak aslının tasdikine yönelik mahkeme kararının kesinleşmesi halinde haksız çıkma zammının doğması ve tahsili aşamasına gelinmesi mümkün olacağından, Danıştay 9. Dairesi tarafından verilen E. 2005/4620, K. 2006/1689 sayılı karara<sup>43</sup> ilişkin olayda, dava konusu ödeme emrinin düzenlenme tarihi itibarıyla temyiz edildiği tartışmasız olan asıl alacağa yönelik mahkeme kararının onanarak kesinleşmesi beklenilmeden düzenlenen ödeme emrinde isabet görülmemiştir.

Konuya ilişkin başka bir uyuşmazlıkta ise haksız çıkma zammının, ödeme emrine karşı açılan davanın reddine ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra istenebileceği hakkında davacı şirket ve vergi dairesi tarafından temyiz başvurusu yapılmıştır. Adına düzenlenen ödeme emrine karşı açtığı dava reddedilen davacı temyiz yoluna başvurmasına karşın, haksız çıkma zammı davanın reddine ilişkin hükmün kesinleşmesi beklenmeden istendiğinden, Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulunun E. 2008/833, K. 2010/192 sayılı kararı<sup>44</sup> sonucunda haksız çıkma zammının kaldırılması yolundaki vergi mahkemesinin ısrar kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

## **V. HAKSIZ ÇIKMA ZAMMININ ANAYASA'YA AYKIRI OLUP OLMADIĞI HUSUSUNUN ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **A. Haksız Çıkma Zammının Anayasa'ya Aykırılığına İlişkin İtiraz Gereçekleri**

İstanbul 2. Vergi Mahkemesi (E. 2009/83) ve Eskişehir 1. Vergi Mahkemesi (E. 2010/34) tarafından haksız çıkma zammının anayasaya aykırılığı iddiası, Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Aralarındaki hukuki bağlantı nedeniyle iki mahkeme isteminin birleştirilerek E. 2009/83 esas sayılı karar kapsamında görülmesine 13.05.2010 tarihinde oybirliği ile karar verilmiştir.

Söz konusu dosyalarda, haksız çıkma zammının Anayasa'ya aykırılığına ilişkin olarak aşağıdaki görüşler sunulmuştur:

• Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır: Anayasa'nın "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk mil-

<sup>43</sup> Danıştay 9. Dairesi, T. 04.05.2006, E. 2005/4620, K. 2006/1689 sayılı Karar.

<sup>44</sup> Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulu, T. 16.04.2010, E. 2008/833, K. 2010/192 sayılı Karar.

liyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.” hükmü öngörülmüştür. Hukuk devleti ilkesinin tam olarak geçerli olabilmesinin en önemli koşulu vatandaşlara hukuk güvenliği temelinde kendilerini yargı organları önünde savunabilme gereklilerinin tam olarak yerine getirebildiği bir devletin algılanması gerekmektedir. Uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi, idare tarafından düzenlenen idari işlemin yargı mercileri önünde dava edilebilmesi mümkün olmakla birlikte, söz konusu işleme karşı açılan davanın reddedilmesi halinde, hukuk devleti ilkesi gereğince yargı mercileri önünde hakkını araması sonucunda, itiraza konu kural ile ayrıca bir külfet altına girilmesine yönelik düzenleme nedeniyle kişilerin hukuk güvenliği temelinde kendilerini yargı organları önünde savunabilme gereklilerinin tam olarak yerine getirilemediğini göstermektedir.

• Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır: Anayasa'nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması” başlıklı 13. maddesinde, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” hükmü yer almaktadır. İtiraz konusu hüküm ile tesis edilen yaptırım tehdidi ile temel hak ve hürriyetlerden olan hak arama hürriyeti sınırlandırılmıştır.

• Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır: Anayasa'nın “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin 1. fıkrasında, “Herkes, meşru vasıta ve yollarından faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” düzenlemesi bulunmaktadır. İtiraza konu hüküm ile kişilerin kendisine yönelik tesis edilen idari bir işleme karşı yargı yoluna başvurmaları halinde ve davanın reddedilmesi durumunda ayrıca bir külfet altına alınmasına neden olduğu görüldüğünden, söz konusu düzenlemenin, anayasal bir hak olan “hak arama hürriyeti”ni zorlaştıran, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı güçleştiren ve belki de yok eden bir düzenleme olduğu sonucuna varılmıştır.

• Anayasa'nın 125. maddesine aykırıdır: Anayasa'nın “Yargı Yolu” başlıklı 125. maddesinin 1. fıkrasında, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü yer almakta olup bu hüküm, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Hukuk devleti ilkesi uyarınca, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açıklığının, yalnızca şekli olarak değil, aynı zamanda yargı yoluna başvurulmayı engelleyici, zorlaştırmacı ve dava açmaktan caydırıcı olmasına yol açan hükümlerin konulmamasını da gerektirmektedir. Nitekim iptali istenen kanun hükmü, dava açmayı düşünen yani idarenin işlem ve eylemine karşı yargı yoluna başvurmak isteyen şahıs-

ların, itiraz konusu kuralın varlığı nedeniyle yargı yoluna başvurmaktan vazgeçmesine neden olabilmektedir.

- İdarenin yargılama aşaması sona erdikten sonra yargı kararına göre haksız çıkması her zaman ihtimal dahilinde olmasına rağmen, yapılan bu tek taraflı düzenleme ile eşitlik ilkesine aykırı adalet ve hakkaniyet gereklerine de uygun olmayan sonuçlar doğmaktadır. Mahkemede taraf olarak karşı karşıya gelen AATUHK'da tanımlı olan amme alacaklarının takibine yetkili olan kamu idareleri ile amme borçlusu olan gerçek ve tüzel kişiler kamu hukuku alanında eşit değillerdir. Başka bir ifadeyle sadece davacının haksız çıkması halinde bu zammı ödemek durumunda kalması, haklı çıkması halinde ise haksız işlem tesis eden idarenin zam veya tazminat ödemesinin kanunda öngörülmemiş olması da ayrı bir eşitsizliktir.

- Bazı durumlarda ödeme emrine karşı açılan dava, uyuşmazlık konusu olayda da olduğu gibi mahkemece işin esasına girilmeksizin ödeme emrine ilişkin itiraz sebepleri incelenmeden usul hükümleri gereğince reddedilmiş olabilmektedir. Bu durumlarda dahi mevcut düzenleme usul ve esas hakkında verilmiş mahkeme kararları açısından bir belirleme ve sınırlama yapmadığından, usul hükümleri gereğince reddedilmiş dava neticesinde idarece haksız çıkma zammı talep edilebilmektedir. Ancak, bu durumlarda uyuşmazlığın esasını çözecek bir mahkeme kararı ortada bulunmadığından ve usul hükümleri gereğince verilen Mahkeme kararı ile de haklı veya haksız olan tarafın ortaya çıkması mümkün olmayacağından söz konusu yasal düzenleme bu haliyle uygulamada tereddüde yol açmaktadır. Bu anlamda, ödeme emrine karşı açılmış davaların neticesinde, idarenin davacıdan haksız çıkma zammı talep edebilmesi için mahkemece davanın esasına girilmek suretiyle davacının haksızlığına kanaat getirilmiş ve davanın reddolunmuş olması gerekmektedir. Örneğin, vergi mahkemesince ödeme emrine ilişkin itiraz sebepleri incelenmeyerek ödeme emrine karşı açılan davanın süre aşımından reddedilmiş olması halinde, davacının davasında haksız çıktığından söz edilemeyecektir. Böyle bir durumda ödeme emri aleyhine dava açmış olan davacının davasında haksız çıktığı sebebiyle kendisinden haksız çıkma zammı talep edilememesi gerekmektedir. Ancak, haksız çıkma zammı hesaplanmasına ilişkin olarak mevcut düzenlemede usul ve esastan verilecek mahkeme kararları açısından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir.

- İdarenin aynı kökten doğan bir borç için asıl borçludan dolayı asıl borçlunun birden çok kanuni temsilcisine aynı anda takip yaptığı ve bu kişiler tarafından da ayrı ayrı dava açılmak zorunluluğu hallerinde aynı konu için birden çok haksız çıkma zammı talebi gündeme gelebilmektedir.

## **B. Anayasa Mahkemesinin Söz Konusu İtiraza İlişkin Kararı**

Anayasa Mahkemesinin E. 2009/83, K. 2011/29 sayılı kararında<sup>45</sup>, kanun hükmünün iptaline ilişkin gerekçeler karşısında aşağıdaki hükümler yer almaktadır:

“ ... İtiraz konusu kural ile yapılan düzenleme, kamu alacağının mümkün olduğunca kısa sürede tahsiline yöneliktir. Kamu alacağını ödemekle yükümlü olan borçlunun, bu alacak ile ilgili ödeme emri çıkartılması aşamasına gelmeden alacağın esasına ilişkin yargı mercilerine başvurma hakkı bulunmaktadır. Özel yasasında hüküm bulunan hallerde ödeme vadesinde, yoksa 6183 sayılı Kanun'un 37. maddesine göre tebliğden itibaren bir aylık süre içinde yargı yerlerine başvurarak kamu alacağının esasını dava konusu edilebilecektir. Ödeme emri çıkartılmadan önce kamu alacağının esasına ilişkin hukuki sakatlıkla ilgili iddiaların borçlunun talep etmesi halinde yargı denetiminden geçtiği ya da borçlu dava yoluna gitmeye gerek görmediği için itirazsız kesinleşmiş olduğu açıktır. 6183 sayılı Kanun'un 58. maddesinin 1. fıkrasına göre bu aşamada ödeme emrine itiraz halinde mahkeme davayı sırf tahsile ilişkin olarak, böyle bir borcun olmadığı, borcun kısmen ödendiği ve borcun zamanaşımına uğradığı nedenleriyle sınırlı olarak inceleyebilecektir.

İtiraz konusu kural, kamu alacakları için özel bir takip ve tahsil esasını düzenleyen 6183 sayılı Kanun'un öngördüğü süratli ve etkin takip ve tahsilatın sağlanmasına yöneliktir. Öte yandan bireylerin idarenin faaliyetlerine karşı korunması, adaletin sağlanması ve hukuk devleti ilkesinin geçerli olabilmesi için idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması gerekmektedir. İtiraz konusu kural ile ödeme emrine karşı itirazın reddi durumunda haksız çıkma tazminatı koşulu bulunmakla birlikte idarenin yapmış olduğu işlemler yargı denetimi kapsamındadır. Kamu borçlusu ödeme emrinin tebliğinden önce kamu alacağının esası hakkında yargı yoluna başvurabileceği gibi, itiraz konusu kural ile ödeme emrinin tebliğinden sonra da tahsile ilişkin olarak dava açabilme olanağına sahiptir. Ayrıca, kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar engellenmemiş; idari bir işlem niteliğinde olan kamu alacağı ile ilgili ödeme emrine karşı yargı yolu kapatılmamış; mahkemeler, bu işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulmamıştır. Bu nedenle kuralın hak arama özgürlüğünü engelleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

<sup>45</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 03.02.2011, E. 2009/83, K. 2011/29 sayılı Karar.

Kuralın Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.”

Söz konusu hüküm itibariyle Anayasa Mahkemesinin haksız çıkma zammının Anayasa'ya aykırı olmadığına dair kararı oybirliği ile kabul edilmiştir.

## VI. ANAYASA'YA AYKIRILIK HUSUSUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

AATUHK'nın haksız çıkma zammına ilişkin hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığına dair farklı görüşler bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararı incelendiğinde, itiraz talebinin reddedilmesine ilişkin gerekçelerin haklılık yönleri tarafımızca da kabul edilmekle birlikte; kişiyi borçlandırıcı nitelikteki işlemlerin tahsil aşamasına gelmeden önce de dava konusu edilmesinin mümkün olmasına rağmen, ödeme emri noktası gelmeden önceki aşamalarda yapılan usulsüz işlemlerle borcun kağıt üzerinde kesinleştiği durumlar için aynı yaklaşımın kabul edilmesi mümkün değildir<sup>46</sup>. Bu bağlamda, ödeme emri aşamasından önce yargıya başvurma hakkının kullanılabileceği yönündeki gerekçe, her durumda öne sürülememektedir<sup>47</sup>.

Konuya ilişkin başka bir özellikli durum ise ilanen tebliğ yapılması durumunda ortaya çıkmaktadır. İlanen tebliğ yapılması durumunda borçlunun borcundan haberdar olması ancak ödeme emri aşamasında gerçekleşecek ve borçlunun tek dava hakkı ödeme emrine ilişkin açılacak dava olacaktır; bu durumda borçlunun da hakkını dava yoluyla arayamamak ile davasının reddolunması halinde haksız çıkma zammına muhatap olmak arasında bir tercih yapmaktan başka çaresi kalmamaktadır<sup>48</sup>.

Haksız çıkma zammının Anayasa'ya aykırı olmadığına Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanması sonucunda zammın uygulanmaya devam edilmesi bakımından, uygulamanın daha adil olmasını sağlamak ve en azından kişilerin yargılamaya yönelik haklarından vazgeçmelerinin önlenmesi için uygulamadaki aksaklıkların giderilebileceği düşünülmektedir. Örneğin; mevcut uygulamanın, mahkemeler tarafından kanuni olarak belirlenen sınırlar içerisinde belirlenmesine yönelik bir takdir hakkı yetkisinin verilmesi, verilecek toplam haksız çıkma zammı tutarı için kanuni bir üst sınırın belirlenmesi şeklinde kurgulanabilecek yeni sistem ile daha adaletli bir yapıya kavuşabi-

<sup>46</sup> ŞAHAN, Özgür: “Haksız Çıkma Zammında Anayasa'ya Aykırılık”, **Yaklaşım Dergisi**, Haziran 2011, S. 222, s. 267.

<sup>47</sup> ŞAHAN, a.g.m., s. 267.

<sup>48</sup> ELÇİN, A. Bora: “Ödeme Emrine Karşı Açılan Davanın Reddedilmesi Halinde Doğan Haksız Çıkma Zammının Anayasa'ya Aykırılık ve Uygunluk Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, <http://www.meritymm.com/wp-content/uploads/2013/05/vergivize2012.pdf>, 04.04.2018.

leceği düşünülmektedir<sup>49</sup>. Böylelikle hem bireylerin dava yoluna gitmekten vazgeçmesine yönelik eğilimin azalması nedeniyle Anayasa'da yer alan hak arama hürriyeti ilkesi zedelenmemiş hem de haksız çıkma zammının dava açmanın cezası olarak düşünülmesine ilişkin algılar azalmış olacaktır.

## SONUÇ

Ödeme emri, borçlunun borcunu, nedenini, miktarını, nereye ödeneceğini, süresinde ödenmediği veya mal bildiriminde bulunulmadığı takdirde başvurulacak yolları ve diğer yaptırımları gösteren belgedir. Kamu alacağının cebren takip ve tahsiline başlanabilmesi için de usulüne uygun bir ödeme emrinin tebliğ edilmiş olması gerekmektedir.

Ödeme emirlerine karşı borçlu tarafından; böyle bir borcun olmadığı, borcun kısmen ödendiği ve borcun zamanaşımına uğradığı gerekçeleriyle dava açılması mümkündür. Ödeme emrine karşı dava açılması, yargı kuruluşunun gereksiz yere meşgul edilmesine neden olabileceği gibi, kamu alacağının tahsilinin gecikmesine de neden olabilmektedir. Dolayısıyla haksız çıkma zammı uygulanarak ödeme emrine karşı mesnetsiz dava açılması önlenmeye çalışılmaktadır.

Haksız çıkma zammı, yargı mercilerinin gereksiz yere meşgul edilmesini önlemek amacıyla getirilmesine rağmen, dava açmanın cezası olarak algılanabileceğinden bireylerin dava açma yoluna gitmekten vazgeçmesine neden olabilmektedir. Bu husus nedeniyle haksız çıkma zammının Anayasa'ya ve hukuka aykırı bir hal aldığı düşünülmekte ve hukuk devleti ilkesini zedelediği şeklinde yorumlanmaktadır. Bu bağlamda haksız çıkma zammı konusunda mahkemelere yetki verilmesi gibi yeni düzenlemeler yapılarak uygulamanın daha adil bir hale dönüştürülebileceği düşünülmektedir.

## KAYNAKÇA

AKKAYA, Mustafa: "Haksız Çıkma Zammı ve Anayasaya Uygunluğu", **Prof. Dr. Mualla ÖNCEL'e Armağan**, C. I, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 243, Ankara, 2009.

AYKAÇ, Kemal: **Açıklamaları Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliğleri**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1976.

BUDAK, Tamer, BENK, Serkan: "Kamu Alacağı: Hukuki Bir Değerlendirme", **Business and Economics Research Journal**, Vol. 2, Num. 2, s. 61-76.

BULUTOĞLU, Kenan: **Türk Vergi Sistemi**, C. 2, Oğun Kardeşler Matbaacılık Sanayii, Ankara, 1979.

<sup>49</sup> ELÇİN, a.g.m., s. 5.



- CEBRE, Ayvaz: “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Yıl 2, C. 1, Nisan 2011, s. 373-396.
- ÇAĞAN, Nami: “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1980, S. 1, C. 37, s. 129-151.
- ÇELİK, Binnur: **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2000.
- DERDİMAN, Ramazan Cengiz: **Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni**, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2006.
- DOĞRUSÖZ, Bumin: “Haksız Çıkma Zammında Sorunlar”, **Yaklaşım Dergisi**, Kasım 2009, S. 203, 273-274.
- DOĞRUSÖZ, Bumin: “Haksız Çıkma Zammı”, **Referans Gazetesi**, 27.08.2009. ([http://www.denetimnet.net/userfiles/documents/haksiz\\_cikma\\_zammi.pdf](http://www.denetimnet.net/userfiles/documents/haksiz_cikma_zammi.pdf), erişim: 30.04.2018).
- ELÇİN, A. Bora: “Ödeme Emrine Karşı Açılan Davanın Reddedilmesi Halinde Doğan Haksız Çıkma Zammının Anayasa’ya Aykırılık ve Uygunluk Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, <http://www.meritymm.com/wp-content/uploads/2013/05/vergivize2012.pdf>, 04.04.2018.
- ERDEMİR, Nevzat: “Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1988, S. 1, s. 81-90.
- GEZER, Hasan C.: “Bazı Ülke Anayasalarında Hak Arama Hürriyeti, Adil Yargılanma Hakkı ve Kanuni Hakim Güvencesi ile Mahkemelerin Kuruluşuna Dair Düzenlemeler”, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi, Kasım 2011 ([https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/adil\\_yargılanma\\_hakki.pdf](https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/adil_yargılanma_hakki.pdf), erişim: 13.08.2018).
- GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, 11. Baskı, Bursa, Şubat 2011.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: **Anayasa Hukuku-Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 18. Bası, Ankara, 2011.
- KARAKOÇ, Yusuf: **Genel Vergi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- KARAKOÇ, Yusuf: **Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözömlenen Uyuşmazlıklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- KÖKÜSARI, İsmail: “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, C. XV, 2011, s. 163-208.
- Oluş Mali Hukuk Bürosu-Özbalcı: **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Yorum ve Açıklamaları**, Oluş Yayıncılık, Ankara, Şubat 2012.

- ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara, 2011.
- ÖZDEMİR, Muharrem: **Vergi İcra Hukuku**, MN Yayınları, İstanbul, 2015.
- ÖZDEMİR, Muharrem, GÜNGÖR DOĞAN, Zeliha: “Vergi Hukukunda Haksız Çıkma Zammı”. (<http://www.alomaliye.com/2012/06/14/vergi-hukukunda-haksiz-cikma-zammi/>, erişim: 03.04.2018).
- ÖZKAN, Gürsel: “Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Nisan 2010, S. 1, s. 81-134.
- SONSUZOĞLU, Elif: **Türk Vergi Hukukunda Fer’i Borç ve Alacak Olarak Faiz**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.
- SARAÇOĞLU, Fatih: **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü ve Uygulaması**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.
- ŞAHAN, Özgür: «Haksız Çıkma Zammında Anayasa’ya Aykırılık», *Yaklaşım Dergisi*, Haziran 2011, S. 222, s. 265-267.
- TUNÇ, Hasan, BİLİR, Faruk, YAVUZ, Bülent: **Türk Anayasa Hukuku**, Berikan Yayınevi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2011.
- YILMAZ, Kazım: **Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa**, CeKa Yayınları, Ankara, 2006.
- YILMAZ, Kazım: **Açıklama ve Örnek Yargı Kararları ile 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Bilnet Matbaacılık, İstanbul, Mart 2015.

# İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ORTAYA ÇIKIŞI VE TEMELİ

Müzeyyen EROĞLU DURKAL\*

## ÖZ

İdarenin sorumluluğu, idarenin işlem ve eylemleri ile kişilere verdiği zararın, idarece tazmin edilmesidir. Söz konusu tazminat sorumluluğu, hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk esaslarına dayanmaktadır. Tarihsel süreç içerisinde önemli bir yere sahip olan idarenin sorumluluğunun, devlet faaliyetlerinin her geçen gün gerek nitelik gerekse nicelik olarak artmasıyla birlikte, önemi artarak devam etmektedir. Günümüzde idarenin sorumluluğu, bütün uygar ülkelerce kabul edilmektedir. Ancak idarenin, faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan zararları neden tazmin etmesi gerektiğinin hukuki gerekçesi bir başka ifadeyle, bu sorumluluğun temeli konusunda hukukumuzda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Çalışmanın amacı, idarenin sorumluluğunun mukayeseli hukuktaki ve iç hukukumuzdaki ortaya çıkış sürecini inceleyerek, söz konusu sorumluluğun temeli konusunda sonuca varmaya çalışmaktır. Bu amaçla mukayeseli hukukta, Kara Avrupası Hukuk Sisteminde yer alan başta Fransa olmak üzere Almanya ve İsviçre ele alınmış, bu ülkelerde idarenin sorumluluğunun, hangi gerekçelerle ortaya çıktığına kısaca değinilmiş, ardından ülkemizdeki ortaya çıkış seyri incelenerek, bilimsel içtihatlar ve Danıştay içtihatları irdelenmek suretiyle söz konusu sorumluluğun temeli konusunda bir kanaate ulaşmak hedeflenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İdarenin sorumluluğu, hizmet kusuru, kusursuz sorumluluk, hukuk devleti, sosyal devlet.

## APPEARANCE AND BASIS OF ADMINISTRATIVE LIABILITY

### ABSTRACT

Administrative liability is the compensation of private injury caused by administrative acts and actions. Aforementioned compensation liability is based on principles of service defect and absolute liability. Importance of administrative liability which has an important place in the historical process increasingly goes on due to the increase either in the quality or quantity of state activities. Today, administrative liability is accepted by all civilized states. However, various arguments on legal justifications of why the administration should compensate injuries caused by its actions, in other words the basis of this liability are put forward in our legal order. Aim of this study is to reach a conclusion about the basis of relevant liability by considering process in which administrative liability has come to exist in comparative law and in our national law. For this aim, in comparative law civil law states, firstly France, then Germany and Switzerland are examined, which reasons administrative liability has emerged in these states are briefly mentioned, then by considering emergence of administrative liability in our legal order and by examining the jurisprudence and State Council decisions it is tried to reach a conclusion on the basis of the relevant liability.

**Key Words:** Administrative liability, service defect, absolute liability, state of law, social state.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, meroglu@erciyes.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 30.10.2018

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih** : 10.12.2018

## GİRİŞ

İdare yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini ifa ederken bireylere zarar verebilir. Bu zarar, idarenin kusurlu bir faaliyeti sonucu meydana gelebileceği gibi idareye atfedilebilir hiçbir kusur bulunmasa da doğabilir. İdarenin faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan zararların, yine idare tarafından tazmin edilmesi gerekir. Buna genel anlamda idarenin sorumluluğu denir. İdarenin sorumluluğu konusu, günümüzde devlet faaliyetlerinin gerek sayıca artması gerekse çok geniş alanlara yayılması sonucu önem kazanmıştır.

İdarenin sorumluluğu konusunun geçmişte çok eskilere dayanmamaktadır. XIX. yüzyılın ikinci yarısına kadar dünyada hâkim olan anlayış, idarenin faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan zararlardan devletin sorumlu olmayacağı yolundadır. XIX. yüzyılın ikinci yarısından sonra “herkes neden olduğu zararı gidermek zorundadır” şeklinde ifade edilebilecek olan sorumluluk ilkesinin, idare hukukunda da kabul görmesiyle birlikte idarenin sorumluluğu ilkesi önem kazanmaya başlamıştır. Bu sorumluk Kara Avrupası Hukuk Sisteminde, ilk olarak özel hukukun etkisi altında, idarenin haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilmiştir. Ancak söz konusu kabul, özel hukuk kurallarının idarenin sorumluluğu konusundaki sıkıntılarını tam anlamıyla karşılayamadığı gerekçeyle terk edilerek bu konudaki uyuşmazlıklar idare hukuku kurallarına göre çözümlenmeye başlanmıştır. Bu doğrultuda ilk olarak idarenin, hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu ardından da kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir.

İdarenin sorumluluğu hem öğretide hem de yargı kararlarında çok önemli bir yere sahip olan ve giderek de önemini arttıracığı düşünülen bir konudur. Bu bağlamda çalışmanın amacı; konunun gerek mukayeseli hukuktaki gerekse ülkemizdeki ortaya çıkış sürecini incelemek ve bu süreçte idarenin sorumluluğunun, hangi gerekçelerle kabul edildiğini tespit ederek temeli konusunda bir sonuca varmaya çalışmaktır. Mukayeseli hukuktaki gelişim sürecinde ise çalışmanın sınırını, Kara Avrupası Hukuk Sisteminde yer alan ve ülkemizdeki gelişmeleri büyük yönde etkileyen başta Fransa olmak üzere, Almanya ve İsviçre oluşturmaktadır.

### I. Genel Olarak İdarenin Sorumluluğu

Sorumluluk en genel anlamda; bir kişinin diğerine vermiş olduğu zararı gidermesine yönelik bir yükümlülüktür<sup>1</sup>. Hukuki anlamda sorumluluk ise bir şahsın hakka ve kanuna uymayan fiilinin, başkası hakkındaki zararlı neticesinden hesap vermeye mecbur olması veya zarar görenin hakkını elde

<sup>1</sup> E. Ethem ATAY, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 559; E. Ethem ATAY / Hasan ODABAŞI / Hasan Tahsin GÖKCAN, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 29.

edebilmek için, zarar verenin malvarlığına el koyabilmesi anlamına gelir<sup>2</sup>. Kısaca idarenin sorumluluğu olarak ifade edilen idarenin mali sorumluluğu ise idarenin işlem ve eylemleriyle neden olduğu zararları tazmin etmesi anlamına gelmekte olup, hukuk devleti ilkesinin<sup>3</sup> unsurları arasında yer almaktadır. İdare, bilerek ya da bilmeyerek, kusurlu ya da kusursuz yapılan bir takım işlem ve eylemler yoluyla çeşitli zararlara sebebiyet verebilir. İdarenin faaliyetleri neticesi ortaya çıkan zararlar, kişilerin malvarlıklarına yönelik olabileceği gibi kişilik haklarına yönelik de olabilir<sup>4</sup>. Bu anlamda idarenin sorumluluğu, idarenin faaliyetleri sonucu meydana gelen zararların yine idarece tazmin edilmesi anlamına gelmektedir<sup>5</sup>. Bu sorumluluk, idarenin faaliyetleri sonucu idare ile kişiler arasında, idare lehine ya da kişiler aleyhine bozulan dengenin tekrar eski haline getirilmesini amaç edinen bir kurum olduğuna göre, idarenin faaliyetleri sonucunda kişilerin malvarlığı ya da şahıs varlıklarında meydana gelen azalma ya da engellenen artışın tazmin edilmesi için gereken şartları ve uygulanacak kuralları içerir<sup>6</sup>.

Gerek 1982 Anayasası'nın 125. maddesinde ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK'ta) gerekse Danıştay içtihatlarında açıkça belirtildiği gibi "İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür". İdarenin sorumluluğunun ortaya çıktığı durumlarda ise, idareye karşı tam yargı davası açılabilir ve uğranılan zararların tazmini, yargı organı aracılığıyla idareden istenebilecektir. Ayrıca kabul gördüğü üzere, idarenin faaliyet alanının ve yaptığı hizmetlerin gerek nitelik gerekse sayıca çoğalmasında birlikte, kişilerin bu faaliyetlerden zarar görme ihtimali de artmıştır. Kısaca, "herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır" şeklinde açıklanabilecek olan sorumluluk ilkesi, idare hukuku alanında özel hukuka göre daha büyük önem

<sup>2</sup> Ali Fuat BAŞGİL, "Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi", **Adalet Dergisi**, Ankara, 1940, s. 598; Zahit İMRE, "Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 13, Sa. 4, s. 1479.

<sup>3</sup> Hukuk devleti, önceden konulmuş ve insanların birlikte yaşama ihtiyacından kaynaklanmış hukuk kurallarıyla bağlı bir iktidarı ifade eder.

<sup>4</sup> ATAY / ODABAŞI / GÖKCAN, s. 35.

<sup>5</sup> Paul DUEZ, **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes'uliyeti**, Çev.: İbrahim SENİL, Ankara, 1950, s. 5; E. Ethem ATAY, "*İdarenin Sorumluluğu*", in **Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Ankara, 2006, s. 1061; Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku*, Cilt: 2, İkinci Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s. 1015.

<sup>6</sup> Ramazan ÇAĞLAYAN, **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, 1. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007, s. 20- 21; Yüksel ESİN, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**, 2. Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1973, s. 14; Selami DEMİRKOL / Zuhâl BERKET BAŞ, **Teori ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2007, s. 232.

taşımakta ve çok daha büyük bir alanı kapsamaktadır<sup>7</sup>. Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, faaliyetleri sonucu bireylere ve topluluklara verdiği zararların karşılanması gereği, bugün artık hiçbir uygar ülkede tartışma konusu bile değildir<sup>8</sup>.

Kişiler, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin hukuka aykırı müdahalelerine karşı, yine hukuk düzeni tarafından öngörülen değişik yollarla korunurlar. Devletin bu müdahalesi ve bireylerin bu müdahale karşısında korunması yolları zaman içinde gittikçe değişmiş ve genişlemiştir. Önceleri bireyin kazanılmış hakları dışında kalan, onları kamu gücüne karşı koruyan bir mekanizmadan söz edilemezken, günümüzde bireylere daha etkin ve genel denetim ve hukuki koruma olanakları sağlanmıştır<sup>9</sup>. Nitekim idarenin, hizmetinde bulunduğu toplum içerisinde çok etkin olması nedeniyle, zarar görenlerle zarar görmeyenler arasında bozulan dengenin tekrar kurulabilmesi için idarenin sorumluluğu ilkesinin genişlemesi kaçınılmazdır<sup>10</sup>. Bu durum Fransız öğretisinde idarenin sorumluluğunun esası olarak kabul edilen kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin de temelini oluşturmaktadır<sup>11</sup>.

İdarenin sorumluluğu hizmet kusuru (kusurlu sorumluluk) ve kusursuz sorumluluk esaslarına dayanmaktadır. İdare, kamu hizmetlerini en etkin ve verimli şekilde yerine getirmek ve bunu yaparken de hukuka uygun hareket etmek yükümlülüğü altındadır<sup>12</sup>. Hizmet kusurunu en geniş şekilde tanımlayan Sarıca'ya göre<sup>13</sup>: “*Hizmet kusuru idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir âmmeye hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilâtında, bünyesinde, personelinde yahut işleyişinde - gereken emir , direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis*

<sup>7</sup> Ali Ülkü AZRAK, “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu** (Ankara, 12-13 Mayıs 1979), İstanbul Hukuk Fakültesi, Yayın No: 622, 1980, s. 135; A. Şeref GÖZÜBÜ-YÜK / Turgut TAN, *İdare Hukuku*, C: 2, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 644.

<sup>8</sup> Lütfi DURAN, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Ankara, 1974, s. 11.

<sup>9</sup> Cüneyt OZANSOY, **Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989, s. 9.

<sup>10</sup> AZRAK, (1980), s. 135.

<sup>11</sup> Xavier DELCROS / Bertrand DELCROS, “Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi”, **Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, Çev. Turgut Candan, Danıştay Yayınları, No: 39, Ankara, 1984, s. 5.

<sup>12</sup> Hamza EROĞLU, *İdare Hukuku Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi*, 5. Baskı, Ankara, 1985, s. 489.

<sup>13</sup> Ragıp SARICA, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 15, Sa. 4, 1949, s. 858.

*olunan vasıtaların kifayetsiz , elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde tecelli eden- bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik sakatlık arzemesidir.”* Kısa- ca hizmet kusuru, idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmet- lerinin kuruluşunda, teşkilatında, işleyişinde ya da faaliyetlerindeki aksaklık, aykırılık, bozukluk, eksiklik ve düzensizliktir<sup>14</sup>.

Kişilerin, idarenin faaliyetlerinden doğan zararlarını, her zaman idare- nin kusurlu davranışına dayandırma imkânı bulunmamaktadır. İdarenin kusu- ru bulunmasa dahi yaptığı bazı işlem ve eylemler nedeniyle de kişiler zarara uğrayabilmektedirler. Söz konusu zararların kişiler üzerinde bırakılmayarak idarece tazmini, kısaca idarenin kusursuz sorumluluğu olarak tanımlanabilir. Ancak idarenin sorumluluğu için uğranılan zararın kişisel, özel ve olağanüstü bir zarar olması gerekmektedir<sup>15</sup>.

İdarenin sorumluluğu konusunda hizmet kusuru asli sorumluluk şartı olmakta, idarenin faaliyetleri sonucu ortaya çıkan zararların tazmininde, ön- celikle idarenin kusurunun bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. İdarenin kusurunun bulunmadığı durumlarda kusursuz sorumluluk şartları incelenmek- tedir. Bu durum da kusursuz sorumluluğun, tali bir sorumluluk olduğunu gös- termektedir<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> “*Bilindiği gibi, kamu hizmetlerini yerine getirmekle yükümlü olan idarelerin, kuruluş, iş- leyiş ve etkinliklerinde görülen eksiklik, hata, aksaklık, düzensizlik, boşluk ve bozukluk olarak tanımlanabilecek olan kusur kavramı idarenin sorumluluk nedeni olarak kabul edil- mekte, hizmetin kötü işlenmesi, geç işlenmesi veya hiç işlememesi gibi haller hizmet kusuru sayılan durumlar olarak kabul edilmektedir.*” Danıştay 10.D., 11.07.2005, E: 2003/4798, K: 2005/4018; aynı yönde karar için bkz. Danıştay 10.D., 17.10.1983, E: 1982/2756, K: 1983/1983; Danıştay 10.D., 10.04.2006, E: 2005/1870, K: 2006/2294; Danıştay 10.D., 20.11.2007, E: 2005/7545, K: 2007/5333; Danıştay İDDK, 21.04.2011, E: 2007/1172, K: 2011/254; Danıştay 15.D., 27.03.2018 E: 2015/3047, K: 2018/2893 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 01.09.2018).

<sup>15</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, s. 1301- 1319; ATAY, İdare Hukuku, s. 568; Jean- Michel DE FORGES, **Droit Administratif**, Paris 1991, s. 281, Nakleden: ÇAĞLAYAN, s. 155; “*Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağandışı zararların idarece tazmini gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. İdarenin hukuki sorumlu- luğu sadece kusur esasına, hizmet kusuru teorisine dayanmamakta; idare kimi hallerde kusur koşulu aranmadan da sorumlu olabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğ- rudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür.*” Danıştay 8.D., 05.06.2001, E: 2001/1439, K: 2001/2817, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 01.09.2018.

<sup>16</sup> “*Zarar ile eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde idare hukuku kural- ları çerçevesinde öncelikle hizmet kusurunun bulunup, bulunmadığının araştırılması, hiz- met kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.*” Danıştay 10.D., 26.11.2008, E: 2006/7165, K: 2008/8312,



## II. Mukayeseli Hukukta İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı

İdarenin sorumluluğu kavramı, kamu hukuku- özel hukuk ayrımı ve dolayısıyla kamu tüzel kişiliği kavramının ortaya çıkmasıyla birlikte gelişmeye başlamıştır.

XIX. yüzyılın ikinci yarısına kadar hemen hemen her ülkede, egemen güç olan devletin sorumsuzluğu ilkesi hâkim olmuştur. Devletin görevlerinin artması, hukuk devleti anlayışının gelişmesi, liberal devletten sosyal devlete geçilmesi, devletin sorumsuzluğu fikrinden uzaklaşmayı gerektirmiştir. İdarenin sorumluluğunun kabul edilmesiyle birlikte bu sorumluluk, arada kesintiye uğrasa da zaman içerisinde zarar görenler lehine yorumlanan ve genişleyen bir gelişim seyri izlemiştir. İlk dönemlerde reddedilen idarenin sorumluluğu ilkesi, daha sonra sınırlı da olsa kabul edilmeye başlanmış, ardından sorumluluk alanlarının genişletilmesiyle birlikte tam olarak kabul edilmiştir<sup>17</sup>.

Günümüzde kamusal faaliyetlerden doğan zararların, devletçe tazmin edileceği ilkesine anayasalarında yer veren ülke sayısı oldukça düşüktür. Yer veren anayasalar da genellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yürürlüğe konulmuştur<sup>18</sup>.

Mukayeseli hukukta idarenin sorumluluğunun ortaya çıkış sürecinde, Kara Avrupası Hukuk Sistemi içinde yer almamız nedeniyle başta Fransa olmak üzere Almanya ve İsviçre üzerinde durulacaktır.

### A. Fransız Hukukunda

Fransa'da XIX. yüzyılın son çeyreğine kadar devletin sorumsuzluğuna ilişkin ilke hâkim olmuştur. Egemen güç olan devlet, denetime tabi olmadığı için kimseye de hesap verme yükümlülüğünde değildir. Devlet gücünün tamamı, yasama, yürütme ve yargı, hükümdarın elinde toplandığından, devlet de hükümdarın şahsıyla kaim olduğundan, hükümdarın dolayısıyla devletin sorumsuzluğu esastır<sup>19</sup>. Teoriye göre, herkesin ortak yararı için hareket eden

---

Gürsel KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s. 265; aynı yönde karar için bkz. Danıştay 10.D., 15.10.1996, E: 1995/482, K: 1996/5981; Danıştay 10.D., 25.12.1997, E: 1996/9012, K: 1997/6164; Danıştay 10.D., 21.05.2001, E: 1999/1706, K: 2001/1897; Danıştay 15.D., 18.10.2012, E: 2012/189, K: 2012/7048 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 01.09.2018).

<sup>17</sup> ATAY / ODABAŞI / GÖKCAN, s. 36; Murat YAMAN, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sa. 18, Ankara, 2003, s. 91.

<sup>18</sup> OZANSOY, s. 24.

<sup>19</sup> Bahtiyar AKYILMAZ, **Kamu Görevlilerinin Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal



devletin, bu ortak yararı gerçekleştirebilmek için bazı kişilere zarar vermesi doğal olup, bu zarara kişiler kendileri katlanmalıdır<sup>20</sup>. Kral, yetkilerini memurlar aracılığıyla kullanmaktadır. Memurlar, kralın buyruklarına uygun hareket ettikleri sürece sorumluluk söz konusu olmamaktadır. Ancak memurlar, kralın buyrukları dışına çıkar ve buyruk dışında gerçekleştirdikleri faaliyetlerden bir zarar meydana gelirse, zarardan memur kendisi sorumludur<sup>21</sup>. Bu dönemde devletin sorumsuzluğu ilkesi sadece merkezi idare için geçerli olup yerel yönetimler, egemen olmadıkları için sebep oldukları zararlar dolayısıyla sorumludurlar<sup>22</sup>.

Fransız İhtilali'nden sonra çıkarılan 1790 tarihli kanunla “Adli işlev idari işlevden ayrıdır ve her zaman ayrı kalacaktır. Hakimler hangi şekilde olursa olsun idari makamların işlerine bakamazlar, görevleri dolayısıyla idarecileri mahkemelere çağıramazlar; aksi halde görev suçu işlemiş olurlar” hükmü getirilerek adli mahkemelerin, idari davalara bakması ceza tahdidi altında yasaklanmıştır. Bu durumda, zarar görenler için sadece idari başvuru yolu kalmakta ancak idari başvurularda da karar merci yine zararı veren idari makam olmaktadır<sup>23</sup>.

Söz konusu sakıncayı gidermek amacıyla 1790 yılında Conseil d’Etat (Fransız Danıştay’ı) kurularak kişilerle idare arasında çıkan uyuşmazlıkları çözümleme görevi bu makama verilmişti. Ancak Conseil d’Etat’ın uyuşmazlıkları kesin olarak çözüme kavuşturma yetkisi bulunmayıp görevi, uyuşmazlık konusuyla ilgili karar tasarısı hazırlayıp devlet başkanına sunmaktan ibaretti. Dolayısıyla uyuşmazlıkla ilgili nihai kararı devlet başkanı veriyordu<sup>24</sup>. Görüldüğü üzere bu gelişme de sakıncaları bertaraf edememiş, devletin sorumsuzluğu ilkesi birkaç istisna dışında (posta hizmetleri nedeniyle ortaya çıkan zararlar, ordunun atlarının verdiği zararlar, deniz taşımacılığındaki hatalı

---

Bilimler Enstitüsü, Konya 1991, s. 6; Carol Rhian HARLOW, **Administrative Liability: A Comparative Study Of French and English Law**, Doktora Tezi, London School of Economics and Political Science, 1979, s. 12 ([http://etheses.lse.ac.uk/70/1/Harlow\\_Administrative\\_liability.pdf](http://etheses.lse.ac.uk/70/1/Harlow_Administrative_liability.pdf), erişim: 09.09.2018); E. J. HAUGHEY, “The Liability of Administrative Authorities”, s. 9 (<http://www.nzlii.org/nz/journals/NZLRFOP/1975/9.pdf>, erişim: 01.10.2018); ATAY / ODABAŞI / GÖKCAN, s. 37; GÖZLER, s. 1019.

<sup>20</sup> ÇAĞLAYAN, s. 77.

<sup>21</sup> ESİN, s. 16.

<sup>22</sup> A.L. Dutheillet DE LEMOTHE, “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, Çev. Süheyp DERBİL, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Sa. 1- 4, 1960, s. 113; GÖZLER, s. 1020.

<sup>23</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. E. Ethem ATAY, “Fransa’da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı”, **Kamu Hukuku Arşivi**, Yıl: 1, Ekim 1998, s. 101- 146.

<sup>24</sup> GÖZLER, s. 46.

manevralar nedeniyle uğranılan zararlar) varlığını sürdürmüştür<sup>25</sup>.

XIX. yüzyılda liberal ekonomik düşüncenin, yerini, devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahale etmesi düşüncesine bırakmasıyla birlikte, kamu hizmetleri nitelik ve nicelik olarak çoğalmaya, devlet vatandaşın lehine olarak yeni yükümlülüklerle karşı karşıya gelmeye başlamıştır. Söz konusu gelişmeler de kişilerin, kamu hizmetleri nedeniyle uğradıkları zararlarda artışa neden olmuştur. Diğer yandan hızla gelişen hak ve özgürlük düşünceleri, devletin mutlak hâkimiyetinin sınırlandırılmasını zorunlu kılmış, kurumsal anlamda devlet ve hukuk fikrinin gelişmesiyle devletin sorumluluğu kabul edilmeye başlanmıştır<sup>26</sup>.

İlk zamanlar özel kişilerin günlük işlerine, günlük eylemlerine benzeyen temşiyet tasarruflarından<sup>27</sup> dolayı devletin medeni hukuk kurallarına göre sorumlu olma fikri belirmiştir. Yarım yüzyıla yakın süren bu dönemde medeni hukuk kurallarının devlet fonksiyonlarına, kamu hizmetlerine uyarlanmasıdaki güçlük nedeniyle devletin hukuki sorumluluğu açısından sıkıntılar yaşanmıştır. Yaşanan sıkıntılar, medeni hukuk kurallarının devletin sorumluluğu alanında yetersiz kaldığını ve sorumluluğu düzenleyen başka kurallar, ilkeler aranmasının zorunlu olduğunu göstermiştir. Böylece devletin kamu hukuku kurallarına göre sorumluluğunu amaçlayan yeni bir döneme geçilmiştir<sup>28</sup>.

Fransa'da devletin kamu hukuku kurallarına göre sorumluluğunu amaçlayan yeni döneme geçilmesinin en büyük etkenlerinden biri, şüphesiz ki 1872 tarihinde Conseil d'Etat'a idari uyuşmazlıklar hakkında kesin karar verme yetkisinin tanınması olmuştur<sup>29</sup>. Bu yetkiyle birlikte Yüksek Mahkeme, idare hukukunun, idarenin yargısal denetiminin ve idarenin sorumluluğunun gelişimine içtihatlarıyla yön vermiştir<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> ATAY / ODABAŞI / GÖKCAN, s. 42.

<sup>26</sup> EROĞLU, s. 482; Necdet ÖZDEMİR, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, 1963, s. 9- 11; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN, **İdare Hukuku C: 1 Genel Esaslar**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 657.

<sup>27</sup> “Devletin ve diğer kamu kuruluşlarının olağan bir tüzel kişi sıfatıyla, egemenlik kudretinden sıyrılarak bireyler gibi, özel hukuk kurallarına uygun olarak yaptığı tasarruflar”dır: Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, Seçkin Kitabevi, 1986, s. 720.

<sup>28</sup> ÖZDEMİR, s. 12- 14; ESİN, s. 16- 17; Bahtiyar AKYILMAZ / Murat SEZGİNER / Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 107-108; Hüseyin ÇELİKKOL, **İdarenin Objektif Sorumluluğu**, Ankara, 1980, s. 6.

<sup>29</sup> ATAY / ODABAŞI / GÖKCAN, s. 42.

<sup>30</sup> Louis TROTABAS, “Liability in Damages under French Administrative Law”, **Journal of Comparative Legislation and International Law**, C. 12, 1930, s. 44- 45 ([https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/jclilcs12&id=74&men\\_tab=s-](https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/jclilcs12&id=74&men_tab=s-)

İdarenin sınırlı sorumluluğunun benimsenip uygulandığı bu dönemde devletin sorumluluğu konusunda gelişmeler yaşandığı gibi devletin sorumluluğunun yanında mahalli idarelerin ve kamu kurumlarının da sorumluluğu benimsenmiştir. İdarenin sorumluluğunun gelişiminde bir sonraki dönem de, Birinci Dünya Savaşı öncesidir. Savaş öncesinden itibaren başlayan idarenin sorumluluğu alanındaki gelişim bugünkü durumuna aşamalı olarak ulaşmıştır. İlk olarak kamu görevlileri ile bunların bağlı oldukları idare arasındaki ilişki, zarara uğrayanların lehine olacak şekilde bir gelişim süreci izlemiştir. İkinci olarak, idarenin sorumluluğuna bağlanabilecek davranış türlerinde bir artma görülmüştür. Son olarak da kamu ve özel nitelikli idari etkinlikler arasında yeniden bir denge sağlanmıştır<sup>31</sup>.

İdarenin sorumsuzluğu ilkesinin terk edilerek idarenin sorumluluğu ilkesinin kabul edilmesi Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 08.02.1873 tarihli Blanco Kararı ile olmuştur. Karara konu olan olayda, devlet tarafından emanet usulü ile işletilen tütün işletmesinde, işçiler tarafından kullanılan vagon, bir kız çocuğunun ağır şekilde yaralanmasına sebep olmuştur. Uğranılan zararların tazmini talebiyle, özel hukuktaki istihdam edenin sorumluluğuna dayanılarak devlet aleyhine adli yargıda dava açılmıştır. Davanın, adli yargı yerlerinin görevine girmediği gerekçesiyle çıkarılan görev uyuşmazlığı, Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelmiştir. Dava sonucunda Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında istihdam edilen görevlilerin, üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı idarenin sorumlu olduğuna, ancak söz konusu sorumluluğun genel ve mutlak olmadığına, bu uyuşmazlığa Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağına ve davanın idari yargının görev alanına girmesi gerektiğine karar vermiştir. Blanco kararı ile birlikte idari faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklara özel hukuk değil, kamu hukuku kurallarının uygulanacağı, uyuşmazlığın çözüm yerinin de idari yargı olduğu açıkça ortaya konulmuştur<sup>32</sup>.

Gelişen ve değişen süreç içerisinde sadece hizmet kusuru ilkesine dayanarak idarenin sorumluluğu cihetine gidilmesi tek başına yeterli olmamış

---

rchresults, erişim: 10.09.2018).

<sup>31</sup> ATAY / ODABAŞI / GÖKCAN, s. 43- 49.

<sup>32</sup> ÇAĞLAYAN, s. 79- 80; ATAY, İdare Hukuku, s. 561; ATAY / ODABAŞI / GÖKCAN, s. 44- 45; GÖZLER, s. 1020; Ragıp SARICA, "Fransa'da Ajan Ve Memurların Şahsi Kusurlarından Devletin, İdarenin Mali Mes'uliyeti Mes'elesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 15, Sa. 2- 3, 1949, s. 553, 556-557; ÇELİKKOL, s. 7; Carol HARLOW, "Fault Liability in French and English Public Law", **Modern Law Review**, C. 39, Sa. 5, 1976, s. 517 (<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/modlr39&collection=journals&id=540&startid=&end=565>, erişim: 12.09.2018).

ve kusursuz sorumluluğun kabulü yönünde de içtihatlar geliştirilmeye başlanmıştır. Kusursuz sorumluluk ilkesi bugün genel anlamda risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanmaktadır. Bu ilkelerin ortaya çıkışı da yine Fransız Danıştay'ın içtihatlarıyla olmuştur.

Kusursuz sorumluluk ilkesinin Fransa'da kabul edildiği ilk karar 1895 tarihli Cames Kararı'dır. Karara konu olan olayda idareye ait bir tersanede demir döven işçi, demir parçasının koparak sol eline isabet etmesi sonucu sakatlanmıştır. Sakatlanan işçi, idare aleyhine Danıştay nezdinde dava açmıştır. Davalı idare, olayda hiçbir kusuru bulunmadığını, bu nedenle tazminata hükmedilemeyeceğini ileri sürse de Mahkeme, işçinin olayda herhangi bir tedbirsizliği ve dikkatsizliği bulunmadığını, devletin kamu görevlilerini risklere karşı koruma yükümlülüğü altında olduğunu belirterek zararın idarece tazminine karar vermiştir<sup>33</sup>. Bu kararda açıkça kusursuz sorumluluk ilkesi zikredilirse de idarenin sorumluluğu yönünde hüküm tesis edilmesi kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulandığını göstermektedir. Kararda, kamu görevlisinin uğradığı zararın, idarece tazmini söz konusu olduğundan “mesleki risk ilkesi”nin kabul edildiği ilk karardır.

1911 yılında verilen Anguet, 1937'de Demoiselle Mineur gibi kararlarla Fransız Danıştay'ı idarenin sorumluluğunun kapsamını giderek genişletmiş ve idarenin faaliyetleri nedeniyle uğranılan zararların tazmini konusunda idarenin sorumluluğu kural, kamu görevlilerinin sorumluluğu istisna haline getirilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda kamu görevlisinin kişisel kusuru halinde kendisine rücu edilmesi de benimsenmiştir<sup>34</sup>.

İdarenin “risk sorumluluğu” konusundaki bir diğer önemli kararı, 28 Mart 1919 tarihli Regnault-Desrozières Kararı'dır. I. Dünya Savaşı'nın ilk yıllarında askeri yetkililerce, askeri mühimmat ve asker tedariki için kullanılan bir kalede meydana gelen patlamada, birçok kişi ölmüş, yaralanmış ve kaleye yakın yerde bulunan gayrimenkullerde hasar meydana gelmiştir. Zararın tazmini için açılan davada hükümet komiseri Corneille, askeri makamların savaş zamanında bile faaliyetlerinin, bir kamu hizmetinden beklenen titizlikle yerine getirilmesi gereğine vurgu yaparak idarenin kusurunu ileri sürse de Danıştay, askeri gereksinimler nedeniyle kurulan mühimmat depolarının doğası gereği risk taşıdıklarını ve savaştan bağımsız olarak ortaya çıkan normal sınırları

<sup>33</sup> ÇAĞLAYAN, s. 80; ATAY / ODABAŞI / GÖKCAN, s. 132; Heinz R. HINK, “Governmental Liability for Risk under French and German Law”, *Rutgers Law Review*, C. 19, Sa. 3, 1965, s. 482 (<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rutlr19&collection=journals&id=478&startid=&end=494#>, erişim: 13.09.2018).

<sup>34</sup> EROĞLU, s. 483; ATAY / ODABAŞI / GÖKCAN, s. 48.

aşan riskler nedeniyle devletin ortaya çıkan zarardan sorumlu olacağına karar vermiştir<sup>35</sup>. Bu kararı Colas Kararı takip etmiştir. Liberte savaş gemisinin iniş takımındaki bir denizcinin gemide meydana gelen patlama sonucu yaralanması nedeniyle uğradığı zararların tazmini için açılan davada Danıştay, “*risk ilkesi*” gereği idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir<sup>36</sup>.

Fransa’da 1925 yılında idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu konusunda, “ağır kusur” “basit kusur” ayrımına gidilmeye başlanmıştır. Genel kural, her türlü hizmet kusurunun, idarenin sorumluluğuna yol açmayacağıdır. Hizmetin doğası gereği makul karşılanabilecek kusurlardan idare sorumlu olmayacaktır. Bu bağlamda hizmet kusuru; tolere edilebilir olan basit kusur, tolere edilemeyecek olan kusur ve idare tarafından hiçbir şekilde işlenmemesi gereken ağır kusur olarak üçe ayrılmıştır<sup>37</sup>. Ancak kamu düzeninin sağlanması gibi ağır bir yükümlülük üstlenen kolluk güçlerinin, görevlerini gereği gibi ifa etmeleri için sürekli zarar tehdidi altında bulunmamaları gerektiği düşüncesiyle kolluk güçlerinin kullanımı sırasında ortaya çıkan zararlardan dolayı idarenin sorumluluğunun, ancak ağır kusurun varlığı halinde mümkün olabileceği kabul edilmiştir<sup>38</sup>. İdarenin sorumluluğu için ağır kusurun arandığı tek alan kolluk faaliyetleri olmayıp hastaneler, tıbbi bakım hizmetleri, cerrahi müdahaleler, akıl hastaneleri, hapishaneler, kamu sağlığı için yapılan aşılama faaliyetleri ve itfaiye hizmetleri konusunda da idarenin sorumluluğu için ağır kusur aranmaya başlanmıştır. Ancak zaman içinde idarenin faaliyetlerinin artması ve basit kusur ile kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulama alanlarının genişlemesiyle birlikte, ağır kusur- basit kusur ayrımı önemini yitirmeye başlamıştır. Böylece daha önce idarenin sorumluluğu için ağır kusur aranan itfaiye hizmetleri, tıbbi bakım hizmetleri, akıl hastaneleri ve hapishanelerin işletilmesi gibi birçok konu, bünyesinde risk/tehlike barındıran faaliyetler olarak kabul edilip, söz konusu faaliyetler nedeniyle ortaya çıkan zararlar kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmeye başlanmıştır<sup>39</sup>.

1923 yılında verilen Couitéas Kararı ile birlikte de Fransa’da idarenin hukuka uygun faaliyetleri sonucu ortaya çıkan zararların tazmini, bir başka ifadeyle “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ilkesi gereği idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir. Karara konu olayda Couitéas isimli kişi, toprak

<sup>35</sup> HINK, s. 482- 483; DUEZ, s. 74; Jean- Claude RICCI, **Mémento de la Jurisprudence Administrative**, 3. Baskı, Paris, 2000, s. 34, Nakleden: ÇAĞALAYAN, s. 81.

<sup>36</sup> HINK, s. 483.

<sup>37</sup> HARLOW, (1976), s. 519.

<sup>38</sup> HARLOW, (1976), s. 518- 519.

<sup>39</sup> HARLOW, (1976), s. 522.

satın almış fakat o topraklar üzerinde yerleşmiş kabileler, toprağı terk etmek istememişlerdir. Couitéas, adli yargıya başvurup tahliye kararı aldırmissa da bu karar Fransız yetkililerce yerine getirilmemiştir. Gerekçe olarak da davaya konu edilen topraklarda uzun süreden beri oturanların, oradan asker gücüyle zorla çıkarılmak istenmeleri halinde, direnecekleri ve çatışma çıkacağı, kamu düzeninin bozulacağı gösterilmiştir. Söz konusu kararda Fransız Danıştay'ı idarenin hukuka uygun olarak aldığı kararların uygulanması nedeniyle bazı kişilerin zarara uğraması durumunda, zararın kişiler üzerinde bırakılmayarak tüm toplum tarafından paylaşılması gerektiği gerekçesiyle idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir<sup>40</sup>. Bu düşünce Duguit, Waline, Duez, Trotobas gibi bilim adamlarının da idarenin kusursuz sorumluluğu konusunda hem fikir oldukları noktadır. Vatandaşların, kamu hizmetlerinin finansmanına ödedikleri vergilerle katıldıkları ve sunulan kamu hizmetlerinden faydalandıkları halde, hizmetler nedeniyle bazı kişilerin özel, anormal zarara uğramaları halinde, söz konusu zararların finansmandan ödenmek suretiyle maliyetlerin eşitlenmesi gereği, bilimsel eserler ve yargısal içtihatlarla benimsenen görüşün temelini oluşturmuştur<sup>41</sup>.

Bugün Fransa'da idarenin sorumluluğu konusunda hem kusur sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluk halleri kabul edilip uygulanmakta ve idarenin sorumluluğu, zarar görenler lehine gittikçe genişlemektedir.

## B. Alman Hukukunda

Almanya'da XVIII. yüzyıla kadar devletin sorumsuzluğu ilkesi hakimken bu yüzyılda "hazine" ve "muhtelif hukuki rabitalar" teorileri geliştirilerek kişiler, devlet faaliyetleri nedeniyle uğradıkları zararlar konusunda kısmen himaye altına alınmaya başlamışlardır. Bu konuda ortaya atılan hazine teorisine göre; hazine devlet tüzel kişiliğinden tamamen ayrı bir özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olup hazineye etki eden durumlarda, hazinenin sorumlu olacağı benimsenmişti. Hazine teorisi ile kısmen de olsa devletin sorumluluğunun yolu açılmış ancak özel hukuk tüzel kişisi kabul edildiğinden, hazineye karşı açılacak davaların özel hukuktaki sorumluluk nedenlerine dayanılarak açılabileceği kabul edilmişti. Ayrıca hazinenin sorumluluğu konusunda, sadece hazineye etki eden haller denildiği için kişilerin zararlarının tazmini hususu da oldukça kısıtlanmıştı<sup>42</sup>. Kısıtlamanın giderilmesi için geliştirilen "muhtelif hukuki rabitalar" teorisinde, idarenin faaliyetleri ikiye ayrılarak incelenmiştir. Bunlar; idarenin kamu gücünü kullanarak gerçekleştirdiği faaliyetler ile kamu

<sup>40</sup> HINK, s. 484- 485.

<sup>41</sup> HINK, s. 479- 480.

<sup>42</sup> Tahsin Bekir BALTA, İdare Hukukuna Giriş, Ankara, 1970, 72- 88; OZANSOY, s. 49- 50.

gücünü kullanmadan gerçekleştirdiği faaliyetlerdi. Teoriye göre; idarenin kamu gücünü kullanarak yerine getirdiği faaliyetleri nedeniyle sorumluluğu söz konusu değilken, idarenin sorumluluğu yalnızca kamu gücünü kullanmadan yerine getirdiği başka bir ifadeyle özel hukuka tabi işlemleri açısından söz konusu idi<sup>43</sup>.

XIX. yüzyılda bu teorileri takiben kabul gören bir başka teori de “vekâlet teorisi” olmuştur. Teoriye göre; hükümdarla kamu görevlileri arasındaki ilişki bir vekâlet ilişkisi olup vekil sadece hukuka uygun işlemlerinde temsil yetkisine sahiptir. Hukuka aykırı işlemler vekâletin kapsamı dışındadır. Bu nedenle kamu görevlisinin, hukuka uygun davranışları neticesinde ortaya çıkan zararlardan devlet sorumlu olup, hukuka aykırı davranışlarıyla kişilere verdiği zararlardan temsil ettiği devlet değil, bizzat kendisi sorumlu olacaktır<sup>44</sup>.

Fransız İhtilali’nden sonra Avrupa’da başlayan hukuk devletine geçiş süreci, etkisini Almanya’da da hissettirmiş ve hukuk devleti ilkesinden hareketle söz konusu teorilerden vazgeçilerek idarenin sorumluluğu ilkesi kabul edilmeye başlanmıştır. Devletin sorumluluğunun açıkça kabul edildiği ilk yasal düzenleme 1910 tarihlidir. Kanunla, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında, kamu görevlilerinin kasten ya da ihmalen üçüncü kişilere verdikleri zararlardan devletin doğrudan doğruya sorumlu olduğu kabul edilmiştir<sup>45</sup>.

1910 tarihli yasal düzenlemenin ardından 11 Ağustos 1919 tarihli Weimar Anayasası’nın 131. maddesinde de kamu görevlilerinin, kamu gücünü kullanarak yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini ihlal etmeleri durumunda, ortaya çıkan zararlardan kural olarak devletin ya da kamu görevlisinin hizmetinde olduğu kamu tüzel kişilerinin sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Düzenlemeye ek olarak devletin ve kamu tüzel kişilerinin kusurlu kamu görevlisine rücu edebilecekleri ve rücu davasının da adli yargıda çözümleneceği hükmü getirilmiştir<sup>46</sup>. Böylece idarenin sorumluluğu anayasal olarak da düzenlenmiş ve sorumluluğun kapsamı biraz daha genişletilmiştir.

Daha sonra yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olup Almanya’daki hukuk devleti anlayışını en iyi ifade eden 23 Mayıs 1949 tarihli Bonn Anayasası’nın 34. maddesinde, kamu görevlilerinin, kamu gücü kullanarak yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin ihlalinden doğan zararların

<sup>43</sup> OZANSOY, s. 53; Ali Ülkü AZRAK, “Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Faaliyetlerinden Doğan Mesuliyeti”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXVIII, Sa. 2, s. 367.

<sup>44</sup> OZANSOY, s. 45; HINK, s. 473.

<sup>45</sup> AZRAK, (1962), s. 370.

<sup>46</sup> ÇAĞLAYAN, s. 65; AZRAK, (1962), s. 370.



tazmininin idareye ait olduğu belirtilmiştir. Kasıt veya ağır ihmal hallerinde, kamu görevlisine rücu hakkı saklı tutulmuştur. Bu düzenlemeyle kamu görevlisine rücu edilebilmesi, kamu görevlisinin kasıt ve ağır ihmali durumlarına özgülenmiştir. Alman Medeni Kanunu'nun 839. maddesinde yapılan değişiklikte, devletin özel hukuk ilişkilerinden doğan durumlar, Anayasanın 34. maddesinin kapsamı dışında bırakılmıştır<sup>47</sup>.

Alman hukukunda idarenin sorumlu tutulabilmesi için, kamu personelinin kusuru aranmıştır. Ancak zamanla kamu personelinin, dolayısıyla da idarenin kusuru olmadığı halde, kişilerin uğradığı zararlar nedeniyle idarenin sorumlu olup olmayacağı konusu gündeme gelmiştir. Bu konuda ilk görüş; idarenin tamamen kusursuz ve hukuka uygun olarak gerçekleştirdiği faaliyetler nedeniyle kişilerin zarara uğraması halinde, kamu yararının kişisel yarıardan üstün tutulması ve zararların tazmin edilmemesi yönünde olmuştur. Çünkü idare, bu faaliyetleri kamu yararını gerçekleştirmek için bilerek ve isteyerek yapmaktadır. Federal Mahkeme'nin de katıldığı diğer görüşe göre<sup>48</sup> ise; idarenin faaliyetleri neticesinde zarara uğrayan, bir başka ifadeyle bazı menfaatlerinden kamu yararı lehine vazgeçmek zorunda kalan kişilerin, söz konusu zararlarının, kişiler üzerinde bırakılmayarak idare tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir. Hukuk ve adalet ilkeleri de bunu gerektirmektedir. Ancak tazminin söz konusu olması için zararın kişisel olması, özel ve olağanüstü olması ve idarenin faaliyeti ile uğranılan zarar arasında illiyet bağı bulunması aranmaktadır<sup>49</sup>.

Bugün Alman hukukunda idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğu kabul edilip uygulanmaktadır. Kusur sorumluluğu, görev sorumluluğuna dayandırılmakta olup, kamu hizmetini ifa edenlerin kusurlu davranışlarıyla doğan zararlardan, devletin sorumluluğu anlamına gelmektedir. Genel olarak idarenin hukuka aykırı olmayan fiillerinden dolayı kusursuz sorumluluğu kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine; hukuka aykırı fiillerinden dolayı kusursuz sorumluluğu ise tehlike sorumluluğu ilkesi ile sebepsiz zenginleşme

<sup>47</sup> Kemal Tahir GÜRİSOY, "İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hakkında İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları", **Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu** (Ankara, 12- 13 Mayıs 1979), İstanbul Hukuk Fakültesi, Yayın No: 622, 1980, s. 225- 228; AZRAK, (1962), s. 371.

<sup>48</sup> "Prusya Umumi Kanunnamesinin 75 maddesinin tanıdığı mânaya göre ferdler devletin bir hukuki muamelesi neticesinde mameleklerinden bir takım şeyleri âmme menfaati lehine fedâ etmek mecburiyetinde kaldıkları yani bunu yapmağa mecbur tutuldukları takdirde devletin bu muamelesi hukuka aykırılık arzeder." Nakleden: AZRAK, (1962), s. 375.

<sup>49</sup> AZRAK, (1962), s. 375- 377.



ilkelerine dayandırılmaktadır<sup>50</sup>.

### C. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda devletin, idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden dolayı tazmin yükümlülüğü ancak kanunun izin verdiği hallerde mümkündür. İdarenin sorumluluğuna ilişkin ilk federal kanun da 1850 tarihlidir. Bu kanuna göre; kamu görevlerinin yürütülmesi sırasında bireyler bir zarar görürse, kamu görevlisi, bireylerin uğramış olduğu zararları Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin kuralları gereği şahsen tazmin edecektir. Kamu görevlisi aleyhine tazminata hükmedilmesi durumunda, görevli bu tazminatı ödeyemez ise, devlet bu ödenmeyen kısımdan sorumlu olacaktır. Bir başka ifadeyle burada devletin sorumluluğu ikinci dereceden bir sorumluluktur. İlk derecede sorumluluk kamu görevlisine aittir ve zarar kamu görevlisince tazmin edilmek zorundadır. Kamu görevlisinin ödeyemediği miktar söz konusu olursa, o zaman devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açılması ise genellikle yetkili üst makamların iznine bağlıdır<sup>51</sup>.

Sorumluluğun gelişimi açısından 14 Mart 1958 tarihli Federal Sorumluluk Kanunu önemli bir yer işgal etmektedir. Sorumluluk Kanunu'nun getirdiği en büyük yenilik, idarenin faaliyetleri nedeniyle zarar gören kimse karşısında kamu görevlisinin şahsen sorumlu olmayacağı, sorumluluğun Federal Devlet'e ait olduğudur. Bu düzenlemeyle devletin sorumluluğu kabul edilmiştir. Ancak devletin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için; zararın resmi görevin ifası sırasında ve kamu görevlisinin eylem ya da işlemi sonucu meydana gelmesi gerekmektedir. Görevle ilgisi bulunmayan zararlardan devlet değil kamu görevlisi şahsen sorumlu olacaktır<sup>52</sup>. Buna karşılık, memurların verdiği zararlar, Federal Devlet tarafından tazmin edilmişse, devletin ödediği miktar kadar memura rücu hakkı vardır. Rücu hakkının kullanılması da memurun söz konusu olayda ağır ihmalinin ya da kastının bulunması şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla hafif kusur hallerinde rücu da söz konusu olmayacaktır. Sorumluluk kanunu'nun getirdiği ikinci önemli yenilik, devletin kusursuz sorumluluk ilkesinin de kabul edilmesidir<sup>53</sup>. Kanun'un 3. maddesi ile kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla üçüncü kişilere verdikleri zararların, olayda kamu görev-

<sup>50</sup> OZANSOY, s. 294; AZRAK, (1962), s. 377- 379; Sebepsiz zenginleşme ilkesi gereği idari makamlar herhangi bir faaliyeti nedeniyle kişiye zarar verirken kendisi de bir menfaat elde etmiş ise, malvarlığındaki çoğalma nispetinde zarara uğrayan kişiyi tazmin etmelidir. AZRAK, (1962), s. 378.

<sup>51</sup> GÜRSOY, s. 95.

<sup>52</sup> GÜRSOY, s. 100- 103.

<sup>53</sup> GÜRSOY, s. 114.

lisinin kusuru bulunmasa dahi ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir<sup>54</sup>. İdarenin sorumluluğu Anayasanın 146. maddesinde de düzenlenmiştir<sup>55</sup>.

İsviçre hukukunda kanunilik ilkesinin geçerli olması, içtihatlar yoluyla sorumluluk hukukunun genişlemesini engellemiştir<sup>56</sup>.

### III. Hukuk Sistemimizde İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı

İdarenin sorumluluğunun hukuk sistemimizdeki gelişimi konusunun, Cumhuriyet öncesi dönem ve Cumhuriyet dönemi olarak incelenmesi yerinde olacaktır. XIX. yüzyıla kadar tüm dünyada olduğu gibi Osmanlı İmparatorluğu'nda da bugünkü anlamda kamu hukuku- özel hukuk ayrımı ve devletin sorumluluğu düşüncesi yoktur. Devletin sorumsuzluğu ilkesi 1839 yılına kadar varlığını korumuştur. Tanzimat döneminde kişileri, devlet iktidarını temsil edenlerin haksızlıklarına karşı korumak için, eyalet ve sancaklarda divanlar, merkezde de Divan-ı Hümayun bulunmaktaydı. Bu teşkilatın görevi, idarecilerin haksızlığına uğrayan kişilerin, şikâyetlerini dinleyip çözüme kavuşturmaktı<sup>57</sup>. Ancak burada bir yargılamadan ziyade, idare aleyhine yapılan şikâyetlerin çözüme kavuşturulması esastı.

Tanzimat ile birlikte batıya başlayan yöneliş hukuk alanında da kendini göstermiş ve 1840 yılında taşra meclisleri kurulmuştur. Taşra meclisleri, kamu görevlilerini, görevleriyle ilgili suçlar bakımından yargılayarak cezalandırma yetkisine sahip meclislerdir. Ancak bu dönemde denetlenen, yine idarenin işlevi değil, kamu görevlisinin göreviyle ilgili suç teşkil eden eylemleri olmuştur<sup>58</sup>. Taşrada kurulan bu meclislerle birlikte merkezde de aynı görevi ifa etmek üzere Şura-yı Devlet kurulmuştur.

Tanzimat Fermanı'nın getirdiği yenilikler kapsamında taşra meclisleri ve Şura-yı Devlet'in kuruluşu, idarenin sorumluluğuna geçiş için birer adım olarak kabul edilebilirse de uygulamada devletin sorumluluğu alanında olumlu sonuçlar alındığını söylemek güçtür<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> E.Ender ATAY, "Avrupa Birliği Hukukunda İdarenin Sorumluluğunun Temel İlkeleri", **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2009, s. 565.

<sup>55</sup> Anayasa'nın "State Liability" başlığını taşıyan 146. maddesine göre: "*The Confederation shall be liable for damage or loss unlawfully caused by its organs in the exercise of official activities.*", <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>, erişim: 19.10.2018.

<sup>56</sup> GÜRSOY, s. 97- 99.

<sup>57</sup> Halil İNALCIK, **Osmanlı'da Devlet Hukuk Adalet**, İstanbul, 2000, s. 76.

<sup>58</sup> Onur KARAHANOGULLARI, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, Ankara, 2005, s. 84- 86.

<sup>59</sup> ÖZDEMİR, s. 17.

Bu durum Cumhuriyetin başlarında da devam etmiş ve 1924 Anayasası'na kadar süregelmiştir. 1924 Anayasası'nın 51. maddesi, idari davalara bakmak ve idari uyuşmazlıkları çözmekle Şura-yı Devleti (Danıştay'ı) görevli ve yetkili kılmıştır. 1925 yılında 669 sayılı Şura-yı Devlet Kanunu çıkarılmıştır. 1927 yılından itibaren de Danıştay çalışmaya başlamıştır. 1938 yılında, 669 sayılı Kanun'un yerini 3546 sayılı Kanun almıştır. Her iki kanunun da ortak özelliği, idari rejimin kabulünün yasal dayanağını oluşturmuş olmaları ve tam yargı davalarının kabul edilmesidir. Ancak idarenin sorumluluğuna ilişkin maddi bir düzenlemeye yer vermemişlerdir. İdarenin sorumluluğunun doğması ve gelişimi, mukayeseli hukuktaki ve özellikle de Fransız hukukundaki gelişmeye paralel olarak Danıştay'ın içtihatlarıyla gerçekleşmiştir<sup>60</sup>. Böylece idare hukukunun içtihadi bir hukuk dalı olması özelliği, idarenin sorumluluğu konusunda somutlaşmıştır.

Devletin sorumluluğu konusundaki asıl gelişme, 1961 Anayasası'ndan sonra ortaya çıkmıştır. 1961 Anayasası, 114. maddesinde “*İdare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*” hükmü getirilmiştir. Böylece idarenin sorumluluğu ilkesi açıkça kabul edilmiştir. Diğer yandan bu hüküm idarenin sorumluluğunun dayanağı bakımından bir koşul getirmemiş ve dolayısıyla hem kusura dayanan sorumluluk hem de kusursuz sorumluluk ilkelerinin kullanılmasına olanak sunmuştur. Bununla birlikte idarenin kusursuz sorumluluğunun içtihatlarla yansması özellikle 1964 yılında 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle artmıştır. Söz konusu Kanun'un 30/B maddesi, “*İdari eylem ve işlemlerden dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları*”nın Danıştay'da görüleceğini hükme bağlamıştır. Bu tarihten sonra kusursuz sorumluluk ilkesi içtihatlarla hızla gelişirken, hizmet kusuru ilkesi de esnek bir biçimde uygulanmaya devam etmiştir. Ülkemizdeki idarenin sorumluluğu sistemine örnek teşkil eden Fransa'da ise, anayasada bir hüküm bulunmamakta, idarenin sorumluluğu içtihatlarla belirlenmektedir<sup>61</sup>.

1982 Anayasası da 125. maddesi son fıkrasıyla “*İdare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*” diyerek idarenin sorumluluğunu genel olarak düzenlemiş ve hukuki rejim ayrımı yapmadan idarenin tüm faaliyetlerine uygulanması mümkün olan bir tazmin yükümlülüğü ilkesi getirmiştir. Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin korunması başlığını taşıyan 40. maddesi ikinci fıkrasında ise “*Kişinin, resmi görevliler tarafından*

<sup>60</sup> DURAN, s. 6.

<sup>61</sup> Semahattin DEVRİM, “İdare Hukukunda Sorumluluk İlkesinin Düşündürdükleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 73, Sa. 4, Ankara, 1982, s. 679.

*vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”* şeklinde başka bir düzenleme yer almaktadır. Benzer bir hüküm de 129. madde beşinci fıkrada yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre de: “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”*

Ülkemizde yargı içtihatları incelendiğinde, bu konuda ilk yayınlanan kararın 1934 tarihli olduğu görülmektedir. Karara konu olan olayda bir belediye memuru görevinden çıkarılmış, belediye encümeninin bu kararı idari vesayet makamı olan İçişleri Bakanlığınca kaldırılmış, bu karara karşı açılan dava da Danıştay tarafından reddedilmiştir. Memurun görevine iade ve zararlarının tazmini için açtığı davada Danıştay, genel idari sorumluluk ilkesi gereği tazminat istemini kabul etmiştir<sup>62</sup>.

İdarenin sorumluluğunda hizmet kusurunun esasen ortaya çıkışı, 1940 yılından sonra olmuştur. Danıştay ilk kararlarında “hizmet kusuru” kavramını açıkça kullanmasa da “hizmet hatası”, “idarenin kusuru” gibi deyimleri kullanmıştır<sup>63</sup>. 1947 yılından itibaren Danıştay da hizmet kusuru kavramını kullanmaya başlamıştır<sup>64</sup>.

Danıştay, idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesini 1961 Anayasası’ndan sonra geliştirerek uygulamaya devam etmiştir. Bunun sebebi Anayasanın 114. maddesinin bu duruma temel oluşturmasıdır. Ancak Danıştay’ın 1961 Anayasası’ndan önceki dönemde de kusursuz sorumluluk ilkesini uyguladığı kararlarına rastlamak mümkündür. Nitekim uçaksavar mermisinin bir fabrikanın üzerine düşerek patlaması olayında Yüksek Mahkeme, idari bir fiilin icrası sonucu meydana gelen zararın adalet ve hakkaniyet gereği tazmininin zorunlu olduğuna hükmederek kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamıştır<sup>65</sup>. 1962 tarihli bir başka kararında ise Danıştay kusursuz sorumluluk ilkesini şu gerekçeyle uygulamıştır: “*...Amme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği, idare hukukunun esaslarındandır. Bayındırlık işlerinin ifası neticesinde meydana gelen tesis ve eserle, topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil et-*

<sup>62</sup> DURAN, s. 24- 25; Recep BAŞPINAR, “Tam Yargı Davaları”, in **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, 2. Bası, Ankara, 1986, s. 495- 496.

<sup>63</sup> OZANSOY, s. 157; Danıştay 5.D., 17.02.1944, E: 1943/993, K: 1944/378, Nakleden: N. Suphi OKAY, **Danıştay Karar ve İçtihatları**, Ankara, 1946, s. 46.

<sup>64</sup> Danıştay DDGK, K: 1947/164, Danıştay Kararları Dergisi, Sa. 38- 39, s. 41; BAŞPINAR, s. 498.

<sup>65</sup> Danıştay 6.D.,17.01.1952, E: 1950/1631, K: 1952/84, Danıştay Kararları Dergisi, Sa. 54- 57, s. 486

*tiğine göre, bu yüzden ferdin zarara uğraması halinde, bu zarar, topluluğun nef'ine katlanılmış bir fedakârlık niteliğini taşıdığı cihetle amme mükellefiyetleri karşısında eşitliği sağlamak için devamlı ve istisnai karakterde olan ferdi zararları telafi etmek hakkaniyet ve nesafetin bir icabıdır”<sup>66</sup>.*

Danıştay kararları incelendiğinde, idarenin sorumluluğunun dayandığı ilkeler açısından, önüne gelen olayların özelliklerine göre farklı uygulamalara gittiği görülmektedir. Ancak günümüzde kesin olan şudur ki Danıştay, idarenin sorumluluğu konusunda karar verirken hizmet kusuru yanında, kusursuz sorumluluk ilkesine de dayanmaktadır<sup>67</sup>.

#### IV. İdarenin Sorumluluğunun Temeli

Günümüzde idarenin sorumluluğu ilkesi, bütün uygar ülkelerce kabul edilip uygulanmaktadır. Bu konuda herhangi bir tereddüt yoktur. Mukayeseli hukukta, özellikle Kara Avrupası Hukuk sisteminde, Fransa ve Almanya örneklerinde olduğu gibi, idarenin sorumluluğu konusunda idare hukuku kurallarının uygulandığı, sorumluluğun daha çok mahkeme içtihatları ile doğduğu ve geliştiği görülmektedir. Bu ülkelerde idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, hukuk devleti ilkesine dayandırılmaktadır. İdarenin kusursuz sorumluluğu ise kişilerin devletin finansmanına vergi ödemek suretiyle katıldıkları, kamu hizmetlerinden yararlandıkları, bu hizmetlerin görülmesinde bazı kişilerin özel ve olağanüstü zarara uğramaları durumunda, bu zararın devlet tarafından karşılanarak maliyetlerin eşitlenmesi fikri ile açıklanmaktadır.

Ülkemizde gerek 1961 Anayasası'nın 114/1. maddesi gerekse 1982 Anayasası'nın 125/1. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın 125/7. maddesinde idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu belirtilmiş, 40. maddesinde “*Kişinin, Resmî görevliler tara-*

<sup>66</sup> Danıştay DDGK, 16.02.1962, E: 1960/177, K: 1962/108, Nakleden: ESİN, s. 140.

<sup>67</sup> “*İdare, kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, “hizmet kusuru” veya “kusursuz sorumluluk” ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.*” Danıştay 10.D., 06.11.1997, E: 1996/2383, K: 1997/4163; aynı yönde karar için bkz. Danıştay 10.D., 26.05.1982, E: 1982/1267, K: 1982/1445; Danıştay 10.D., 19.04.1983, E: 1982/589, K: 1983/893; Danıştay 10.D., 03.04.1985, E: 1982/4465, K: 1985/672; Danıştay 8.D., 01.03.1993, E: 1992/988, K: 1993/1048; Danıştay 10.D., 13.11.1996, E: 1996/1091, K: 1996/7530; Danıştay 10.D., 16.12.2003, E: 2002/7475, K: 2003/5193; Danıştay 10.D., 29.04.2008, E: 2007/3301, K: 2008/2939; Danıştay 6.D., 10.09.2013, E: 2013/549, K: 2013/4734; Danıştay 15.D., 08.10.2015, E: 2015/3646, K: 2015/5732; Danıştay 15.D., 29.03.2017, E: 2016/10067, K: 2017/1422; Danıştay 15.D., 27.03.2018, E: 2015/3047, K: 2018/2893 (**Kanunum Mevzuat ve İctihat Veri Tabanı**, erişim: 10.09.2018).

*findan vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*” hükmüne yer verilmiş, bunun yanı sıra 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24., 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinde idarenin sorumluluğuna açıkça yer verilmiştir. Ancak düzenlemelerin hiçbirinde idarenin sorumluluğunun temeli konusunda bir açıklama yer almamıştır. “İdarenin sorumluluğunun temeli” ile ifade edilmek istenen, idarenin vermiş olduğu zararı neden tazmin etmesi gerektiğinin hukuki gerekçesidir<sup>68</sup>. İdarenin sorumluluğunun temeli konusunda öğretide çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşler “eşitlik”, “imkân ve fırsat eşitliği”, “kamu külfetleri karşısında eşitlik”, “sosyal devlet”, “hukuk devleti” şeklinde sıralanabilir. Öğretide bu görüşlerin kimi yazarlarca savunulduğu, kimilerince ise eleştirildiği görülmektedir:

Balta’ya göre, Alman öğretisinde kabul gördüğü gibi bu yöndeki sorumluluk hukuk devletinin zorunlu bir ögesidir<sup>69</sup>. Duran’a göre ise hukuk devleti ilkesi, idarenin sorumluluğunun temelini tam anlamıyla izah edememektedir. Çünkü devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin hukukla bağlı olması, işlem ve eylemlerinden doğan zararların tazminini zorunlu kılmaz. Bu nedenle sorumluluğun esasını çağdaş kamu hukuku ilkesi, sosyal adalet ilkesi ve fırsat eşitliği esası oluşturur<sup>70</sup>.

Gözübüyük ve Tan ise bu konuda ikili bir ayırım yapmaktadır. İdarenin kusura dayanan sorumluluğunu hukuk devleti ilkesi ile, kusursuz sorumluluğunu ise sosyal devlet ilkesi ile açıklamaktadır<sup>71</sup>.

Giritli/ Akgüner, devletin mali sorumluluğunun temelini hukuk devleti ilkesi olduğunu ileri sürerek Balta’nın görüşüne katılmaktadırlar<sup>72</sup>.

Aynı konuda Eroğlu, imkân ve fırsat eşitliğinin 1961 Anayasası’nın 12 ve 1982 Anayasası’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin bir yönünü belirlediğini ve eşitlik ilkesinin de devlete iktisadi ve sosyal amaçlara yönelik görevlerini yerine getirme yükümlülüğü yüklediğini ileri sürerek sorumluluğun temelini, modern devlete dayandırmakta, bu modelin de sosyal hukuk devleti olduğunu ifade etmektedir<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> DURAN, s. 12.

<sup>69</sup> BALTA, s. 64.

<sup>70</sup> DURAN, s. 12 vd.

<sup>71</sup> A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetim Hukuku**, Güncelleştirilmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 349- 350; GÖZÜBÜYÜK / TAN, (2014), s. 645- 646.

<sup>72</sup> İsmet GIRİTLİ / Tayfun AKGÜNER, *İdare Hukuku Dersleri (Giriş)*, İstanbul, 1985, s. 32.

<sup>73</sup> EROĞLU, s. 485- 486.

Danıştay içtihatları incelendiğinde; idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğunun, “idari rejimi” kabul eden hukuk sistemlerinde, ayrıca bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaksızın hukuk devleti ilkesinin zorunlu gereği olduğu belirtilerek, hukuk devleti ilkesine dayandırıldığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme kararlarında, hukuk devleti ilkesi gereği idarenin; faaliyetlerini hukuka uygun biçimde yerine getirmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Devamında, idarenin hukuka aykırı faaliyette bulunması ve bu faaliyetin de zarara yol açması durumunda, bunun hizmet kusuru oluşturduğuna ve ortaya çıkan zararların tazmininin de hukuk devleti ilkesi gereği olduğuna hükmetmektedir<sup>74</sup>.

Danıştay’ın idarenin kusursuz sorumluluğu konusunda ise temel olarak farklı ilkelere yer verdiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme’nin idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında ortaya çıkan zararların; hukuk devleti ilkesi gereği tazmin edilmesi gerektiğine ilişkin kararları bulunduğu gibi<sup>75</sup>, kamu külfetleri karşısında eşitlik<sup>76</sup>, eşitlik ve adalet<sup>77</sup>, hakkaniyet ve nesafet<sup>78</sup> ilkele-

<sup>74</sup> “Hukuk devleti ilkesi uyarınca faaliyetlerini hukuka uygun biçimde yürütmek zorunda olan idarenin, hukuka aykırı eylem yapması, işlem tesis etmesi, kural olarak hizmet kusurudur... Ancak hukuka aykırı işlem veya eylemiyle bir hakkın ihlaline neden olan idarenin, hizmeti kusurlu işlettiğinin kabulü, ortaya çıkan hak ihlalini gidermesi, doğan zararı tazmin etmesi hukuk devleti ilkesi gereğidir.” Danıştay 10.D., 06.10.1993, E: 1992/1449, K: 1993/3681; Danıştay 10.D., 04.10.1995, E: 1994/1514, K: 1995/4115; Danıştay 7.D., 16.10.2002, E: 2000/4056, K: 2002/3285; Danıştay 7.D., 30.06.2005, E: 2001/4650, K: 2005/1507; Danıştay VDDK, 18.10.2006, E: 2006/87, K: 2006/287; Danıştay 7.D., 27.02.2008, E: 2007/3245, K: 2008/1256 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 13.09.2018).

<sup>75</sup> “Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağan dışı zararların idarece tazmini gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. İdarenin belirtilen hukuki sorumluluğu, Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti olma niteliğinin doğal sonucudur. İdarenin hukuki sorumluluğu sadece kusur esasına, hizmet kusuru teorisine dayanmamakta, idare, kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabilmektedir.” Danıştay 10.D., 13.10.1993, E: 1992/3372, K: 1993/3777; aynı yönde karar için bkz. Danıştay 10.D., 11.10.1995, E: 1994/2455, K: 1995/4327; Danıştay 10.D., 13.11.1996, E: 1995/7115, K: 1996/7523 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 15.09.2018).

<sup>76</sup> “Bu durumda, olay ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması, idarenin kamu yararı düşüncesiyle yaptığı hizmetler dolayısıyla idareye yükletilebilecek bir kusur olması dahi bu tür eylem nedeniyle zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak tazminine karar verilmesi için yeterli olup, bu zararların karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin de bir sonucudur.” Danıştay 10.D., 05.10.1983, E: 1982/4042, K: 1983/1823; aynı yönde karar için bkz. Danıştay İDDK, 29.04.2010, E: 2009/901, K: 2010/903; Danıştay 15.D., 19.12.2017, E: 2015/6230, K: 2017/7584 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 15.09.2018).

<sup>77</sup> Danıştay 10.D., 20.05.1985, E: 1982/3854, K: 1985/1034; Danıştay 7.D., 29.11.2005, E: 2002/1901, K: 2005/2955 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 15.09.2018).

<sup>78</sup> “Kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında fertlerin uğradığı zararın, hizmet kusuru bulun-



ri gereği tazmin edilmesi gerektiğine ilişkin kararları da bulunmaktadır. Kimi kararlarında da Danıştay, idarenin hem hizmet kusuru hem de kusursuz sorumluluk gereği tazmin yükümlülüğü altında olduğunu, “sosyal devlet” ilkesini kullanarak açıklarken<sup>79</sup> bazı kararlarında da “sosyal hukuk devleti” ilkesi ile açıklamaktadır<sup>80</sup>. İdarenin kusursuz sorumluluğu konusunda Yüksek Mahkeme’nin kararları arasında birlik bulunmamaktadır. Bunun istisnasını “sosyal risk ilkesi” oluşturmaktadır. Danıştay, özellikle terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğine karar verirken, söz konusu zararların topluma pay edilmesinin hakkaniyet gereği olduğuna ve sosyal devlet ilkesine uygun düşeceğine hükmetmektedir<sup>81</sup>.

5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılması Hakkında Kanun’un genel gerekçesinde “*Devletin anayasal düzenini*

*masa bile hakkaniyet ve nesafet gereği kamuya pay edilerek objektif sorumluluk esaslarına göre tazmini gerekmektedir.*” Danıştay 10.D., 01.05.1985, E: 1982/2884, K: 1985/912; aynı yönde karar için bkz. Danıştay 10.D., 26.05.1982, E: 1982/1267, K: 1982/1445; Danıştay 10.D., 03.04.1985, E: 1982/4444, K: 1985/671; Danıştay 10.D., 30.01.1986, E: 1982/2650, K: 1986/133 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 16.09.2018).

<sup>79</sup> “*Kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağandışı zararların idarece tazmini; anayasanın 125. maddesi gereği ve Türkiye Cumhuriyetinin ‘Sosyal Hukuk Devleti’ niteliğinin doğal bir sonucudur.*” Danıştay 10.D., 24.02.1998, E: 1996/5023, K: 1998/807; “*Kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağandışı zararların idarece tazmini; Anayasanın 125. maddesi gereği ve Türkiye Cumhuriyetinin ‘Sosyal Hukuk Devleti’ niteliğinin doğal bir sonucudur. İdare, kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar; idare hukuku kuralları çerçevesinde, ‘hizmet kusuru’ veya ‘kusursuz sorumluluk’ ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.*” Danıştay 10.D., 16.12.2003, E: 2002/7475, K: 2003/5193; aynı yönde karar için bkz. Danıştay 10.D., 02.02.1994, E: 1994/4934, K: 1995/5487; Danıştay 12.D., 06.06.2006, E: 2006/507, K: 2006/2268 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 16.09.2018).

<sup>80</sup> “*Kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağandışı zararların idarece tazmini; Anayasanın 125. maddesi gereği ve Türkiye Cumhuriyetinin ‘Sosyal Hukuk Devleti’ niteliğinin doğal bir sonucudur.*” Danıştay 10.D., 06.11.1997, E: 1996/2383, K: 1997/4163; Danıştay 10.D., 25.12.1997, E: 1996/9012, K: 1997/6164; Danıştay 10.D., 22.11.2001, E: 1999/5543, K: 2001/4030; Danıştay 10.D., 25.02.2003, E: 2001/257, K: 2003/702; Danıştay 10.D., 16.12.2003, E: 2002/7475, K: 2003/5193; Danıştay 12.D., 06.06.2006, E: 2006/5071, K: 2006/2268 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 16.09.2018).

<sup>81</sup> “*Esasen terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idare tarafından tazmini suretiyle topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olup, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir.*” Danıştay 10.D., 13.11.1996, E: 1995/7115, K: 1996/7523; aynı yönde karar için bkz. Danıştay 10.D., 21.04.2008, E: 2006/5024, K: 2008/2685; Danıştay 15.D., 28.09.2017, E: 2014/5402, K: 2017/4944; Danıştay 15.D., 19.12.2017, E: 2014/8984, K: 2017/7629; Danıştay 15.D., 13.02.2018, E: 2014/8997, K: 2018/1434 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 16.09.2018).



*yıkmayı amaçlayan terör eylemlerine hedef olan kişiler kendi kusur ve filleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olarak zarar görmektedirler. ... Ortaya çıkan bu zararın paylaşılması, toplumun diğer kesimleri ile zarara uğramış kişiler arasında fedakârlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir.”* denilmek suretiyle sosyal risk ilkesinin temelinin sosyal hukuk devleti olduğu ifade edilmiştir.

Hukuk devleti en genel tanımıyla, devletin bütün eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına bağlı olmasını ve eylem ve işlemlerin yargı denetimine tabi olmasını ifade etmektedir<sup>82</sup>. Bugün hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında yürütmenin işlemlerinin yargısal denetime tabi olması ve idarenin kanuniliği sayılmaktadır. Hukuk devleti ilkesi gereği, idare hukuka uygun davranmalıdır. Hukuka uygun davranmayan idare, bunun sonucu ortaya çıkan zararları da tazminle mükelleftir. İdarenin sorumluluğunun tarihi gelişim süreci incelendiğinde, sorumluluğun kabulündeki ilk aşamanın hizmet kusuru olduğu görülmektedir ki hizmet kusurunda idarenin hukuka aykırı faaliyetleri söz konusudur. Bu nedenle, idarenin hukuka aykırı davranışlarından doğan sorumluluğunun bir başka ifadeyle idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğunun dayanağının hukuk devleti olduğu açıktır.

Bazı durumlarda idarenin faaliyetleri hukuka uygun olmasına rağmen yine de kişilerin bu faaliyetler nedeniyle zarara uğramaları söz konusu olmaktadır. İdarenin kusursuz sorumluluğu olarak ifade edilen bu sorumluluk türünde, idarenin faaliyetleri hukuka uygun kabul edildikleri için sorumluluğun temelini tek başına hukuk devleti ilkesinin oluşturması mümkün görünmemektedir.

Sosyal devlet ilkesinin kabulüyle birlikte devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahalesi artmış ve buna bağlı olarak kamu hizmetleri de nitelik ve nicelik olarak artış göstermiştir. Bu artışla birlikte kişilerin, idarenin kusuru olmaksızın gerçekleştirdiği faaliyetleri nedeniyle uğradıkları zararlar da çoğalmıştır. Bu tür zararlar da kusursuz sorumluluk ilkesi gereği, zarar gören üzerinde bırakılmayarak topluma pay edilmektedir. Nitekim Fransa ve Almanya örneklerinde olduğu gibi kusursuz sorumluluk ilkesinin kabulünde da-

<sup>82</sup> Bülent TANÖR / Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2016, s. 108- 110; Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 126; “*Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.*” Anayasa Mahkemesi, 06.06.2013, E: 2011/145, K: 2013/70, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, erişim: 17.09.2018.

yanılan gerekçe de toplumun faydalanacağı bir hizmetin görülmesi sırasında belirli kişilerin özel ve olağanüstü zarara uğraması halinde, bu zararın kişiler üzerinde bırakılmayarak topluma dağıtılmasıdır. Bugün yüksek mahkemele-  
rimizin kusursuz sorumluluk ile ilgili verdikleri kararlarda da dayandıkları gerekçe aynıdır. İdarenin işlem ve eylemlerinde kusuru olmamasına rağmen, kişinin söz konusu eylem veya işlem sebebiyle zarara uğraması halinde, uğra-  
nılan zararın, zarara uğrayan kişi üzerine bırakılmayarak idare vasıtasıyla ka-  
muya, bir başka ifadeyle topluma pay edilmesi fikri hukuk devleti ilkesinden  
ziyade, sosyal devlet ilkesi ile ilgili görünmektedir. Zira bilindiği üzere sosyal  
adalet ve fırsat eşitliğinin sağlanması, sosyal devletin en önemli unsurları ara-  
sındadır<sup>83</sup>. İdarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinden toplum faydalanmaktadır.  
Toplumun genelinin faydalanacağı böyle bir hizmet nedeniyle bir ya da birkaç  
kişinin zarara uğraması durumunda, söz konusu zararın, zarara uğrayan kişi  
ya da kişiler üzerinde bırakılmayarak o hizmetten yararlananlara pay edilmesi  
sosyal adaletin gereklerindedir.

Hukuk devleti ile sosyal devlet arasındaki en belirgin fark, eşitlik kav-  
ramına verdikleri anlamda yatmaktadır. Hukuk devletindeki eşitlik biçimsel  
bir eşitlik olup kanun önünde eşitliği ifade ederken, sosyal devletteki eşitlik,  
sosyal durum ve koşullardaki eşitlik olup bu bağlamda ortaya çıkan toplumsal  
eşitsizliklerin, devletin müdahalesi ile azaltılmaya çalışılması anlamına gel-  
mektedir. Hukuk devleti, kişinin özgürlük ve güvenliğini esas alarak kişiyi  
ve toplumu devlete karşı korumakta iken; sosyal devlet, korunmaya muhtaç  
olan kişilerin devlet tarafından korunmasını esas almaktadır<sup>84</sup>. O halde sosyal  
devlet de kısaca; sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak ve herkese insan  
onuruna yaraşır asgari bir hayat seviyesi sağlamakla yükümlü devlet olarak  
tanımlanabilir<sup>85</sup>. Bu düşünceden yola çıkılarak; hizmet kusurunda, idarenin

<sup>83</sup> ÖZBUDUN, s. 143; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 106; “*Sosyal devlet, fertlerin sosyal du-  
rumlarıyla ilgilenen, onlara asgari bir hayat düzeyi sağlamayı, sosyal adalet ve sosyal güven-  
liği gerçekleştirmeyi ödev sayan devlettir. Sosyal devlet, devletin, sosyal barışı ve sosyal ada-  
leti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif olarak müdahalesini gerekli gören  
bir anlayıştır.*” Anayasa Mahkemesi, 16.02.2012, E: 2011/28, K: 2012/22, 21.07.2012 tarih  
ve 28360 sayılı Resmî Gazete, [http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120721-25.  
htm](http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120721-25.htm), erişim: 20.10.2018.

<sup>84</sup> TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 105; Ernst Rudolf HUBER / Tuğrul ANSAY, “Modern En-  
düstri Toplumunda Hukuk Devleti Ve Sosyal Devlet” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakül-  
tesi Dergisi**, C. 27, Sa.3, 1970, s. 37.

<sup>85</sup> ÖZBUDUN, s. 143; “*Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ise ‘insan onu-  
ru’nun korunmasını amaçlar ve bunun için sosyal adaleti tesis etmeye çalışır. Vatandaşlarına  
asgari bir yaşam standardı sağlamayı kendisine görev bilen sosyal devlet, kişi ve toplum  
yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, sosyal ve  
ekonomik açıdan dezavantajlı olanları gözeterek sosyal adaleti sağlayan devlettir.*” Anayasa

hukuka aykırı faaliyetleri sonucu zarara uğrayan kişilerin idareye karşı korunması düşüncesiyle zararlarının tazmin edildiği görülmektedir. Çünkü zarara neden olan faaliyet idarenin kusurlu faaliyetinden kaynaklanmaktadır. Oysa kusursuz sorumlulukta; idarenin faaliyetleri sonucu, idareye atfedilebilir hiçbir kusur bulunmasa dahi bazı kişiler zarara uğrayabilmekte, bu durum sosyal devletteki eşitlik olan sosyal durum ve koşullardaki eşitliği bozmaktadır. Bozulan toplumsal eşitsizliğin, idarece tazmin edilmesi ise sosyal devletin gereği olmakta, kişi devlete karşı değil, içinde bulunduğu durum nedeniyle devlet tarafından korunmakta ve korunma fikri nedeniyle zararları tazmin edilmektedir. Bir başka ifadeyle, kusursuz sorumluluğun kabulüyle tazminat hukuku, sorumlu kılmaktan ziyade zararı karşılamak amacı taşımaya başlamıştır<sup>86</sup>.

İdarenin kusursuz sorumluluğunun kabulü, her ne kadar sosyal devlet ilkesinin bir unsuru gibi görünse de hukuk devleti ilkesinin kabul edilmediği bir sosyal devlet, idarenin kusursuz sorumluluğuna cevaz vermez. Çünkü hukuk devletinin olmadığı bir sosyal devlet, totaliter bir refah ve yardım devletine dönüşür<sup>87</sup>. Bu durum da idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesi çerçevesinde, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında kişilere verilen özel ve olağanüstü zararların, kamu yararı karşısında feda edilebilir olduğu sonucuna götürebilir. Bu sebeple hukuk devleti, sosyal devletin tamamlayıcısıdır. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde "*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*" ifadesi yer almaktadır. Bu ifade, temel unsurun hukuk devleti olduğunu, demokratik, laik ve sosyal niteliklerin ise hukuk devleti üzerine inşa edildiğini göstermektedir. Yine Anayasa'nın devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddesinde "*...kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*" denilmek suretiyle sosyal devletin hukuk devletini tamamladığı ifade edilmektedir<sup>88</sup>. Anayasa, bireyin devlete karşı korunmasını amaç edinen hu-

---

Mahkemesi, 24.05.2012, E: 2011/132, K: 2012/82; aynı yönde karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 11.06.2003, E: 2001/375, K: 2003/61; Anayasa Mahkemesi, 03.04.2001, E: 1999/50, K: 2001/67 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 17.09.2018).

<sup>86</sup> Haluk TANDOĞAN, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, 1981, s. 12- 13.

<sup>87</sup> HUBER / ANSAY, s. 51.

<sup>88</sup> HUBER / ANSAY, s. 51; "*Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetimiz yalnız bir hukuk devleti olarak değil sosyal bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir.*" Danıştay İDDK, 03.07.2000, E: 2000/401, K: 2000/938, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat veri Tabanı**, erişim:

kuk devleti ile sosyal eşitliğin korunması için bireyin devlet tarafından korunmasını amaç edinen sosyal devletin birleştirilmesi gerektiğini, bu iki ilkenin birbirini tamamladığını ifade etmektedir<sup>89</sup>. Buradan yola çıkarak sosyal hukuk devletini; temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde sağlayan ve güvence altına alan, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyan, emek ve sermaye arasında denge kuran, işsizliği önleyici ve milli gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan devlet olarak tanımlamak mümkündür<sup>90</sup>.

Yukarıda yer verilen düşünceler, idarenin kusursuz sorumluluğun temelini, sosyal hukuk devleti ilkesinin oluşturduğu sonucuna götürmektedir.

## SONUÇ

İdarenin sorumluluğu alanında yaşanan gelişmeler üç döneme ayrılmaktadır. İlk dönem, idarenin sorumluluğunun kabul edilmediği dönemdir. Bunu idarenin sorumluluğunun sınırlı olarak kabul edildiği ikinci dönem takip

---

17.09.2018.

<sup>89</sup> “Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir.” Anayasa Mahkemesi Kararı, 26.10.1988, E: 1988/19, K: 1988/33, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 17.09.2018.

<sup>90</sup> “Sosyal hukuk devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletili bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı, kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlettir.” Anayasa Mahkemesi Kararı, 18.02.1985, E: 1984/9, K: 1985/4; “Sosyal hukuk devleti; ‘insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirerek ve ekonomik önlemler alarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetken devlettir.’” Danıştay 2.D., 14.11.2007, E: 2005/621, K: 2007/4361; “Sosyal hukuk devleti, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan ve toplumsal dengeleri gözetken devlettir.” Anayasa Mahkemesi Kararı, 17.05.2012, E: 2011/136, K: 2012/72 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**, erişim: 17.09.2018).

eder. Son dönem ise artık idarenin sorumluluğunun tam anlamıyla kabul edilip uygulandığı dönemdir. Bu gelişim süreci incelendiğinde, idarenin sorumluluğunun kabul edildiği zamanlardan günümüze kadarki süreçte, sorumluluğun zarar görenler lehine gittikçe gelişen bir tablo izlediği görülmektedir.

Kara Avrupası ülkelerinde, başta Fransa olmak üzere, idarenin sorumluluğu, özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralların uyuşmazlığa uygulanmasıyla başlamış olmasına rağmen, zamanla bu kuralların yetersiz kalması sonucu, idari faaliyetler nedeniyle uğranılan zararların tazmininde, idare hukuku kuralları uygulanmaya ve zararların tazmininde idari yargı yerleri görevli kılınmaya başlamıştır. İdarenin sorumluluğunun ortaya çıkışı, kanuni düzenlemelerden ziyade, yüksek mahkemelerin içtihatlarıyla gerçekleşmiştir. Bu durum da idarenin sorumluluğunun daha hızlı ve geniş çerçevede gelişmesini sağlamıştır.

Bugün artık bütün uygar ülkelerde idarenin sorumluluğu tereddütsüz kabul edilmekte ve uygulanmaktadır. Ancak idarenin sorumluluğu ilkesinin temeli konusuna, kanuni düzenlemelerde yer verilmemektedir. Bu konuda farklı kuramsal yaklaşımlar vardır. İdarenin sorumluluğuna ilişkin kuramsal yaklaşımlar incelendiğinde ise, sorumluluğun temeli konusunda ileri sürülen görüşlerde, birlik olmadığı görülmektedir. Görüşler genel anlamda iki noktada toplanmaktadır. İlki idarenin sorumluluğunun hukuk devleti ilkesine dayandırıldığıdır. Nitekim Alman öğretisinde kabul gören görüş de budur. Bir başka görüş ise, sorumluluğun temelini, sosyal devlete dayandırmakta ve sosyal adalet ve fırsat eşitliğinden kaynakladığını ileri sürmektedir.

İdarenin sorumluluğu ilkesinin bir bütün olarak tek bir ilkeyle temellendirilmeye çalışılması yerine, hizmet kusurundan doğan sorumluluğun ayrı, kusursuz sorumluluktan kaynaklanan sorumluluğun ayrı temellere dayandırılması daha uygun görülmektedir. İdarenin sorumluluğunun ortaya çıkış süreci incelendiğinde de görülmektedir ki her iki sorumluluğun kabul nedenleri farklıdır. Hizmet kusurunun kabulünde, devletin hukuka aykırı eylem ve işlemleriyle bireylere vermiş olduğu zararların tazmini söz konusu iken, kusursuz sorumluluğun kabulünde, idarenin kusuru bulunmasa dahi ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulması hakkaniyet gereği benimsenmiştir. Gerekçe olarak da toplumun yararlanacağı bir hizmet nedeniyle bireylerin zarara uğraması durumunda, zararın birey üzerinde bırakılmayarak o hizmetten faydalanacak topluma yayılması gösterilmiştir. Her iki sorumluluğun kabulündeki bu farklılıklardan yola çıkıldığında, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğunun temelini, hukuk devleti ilkesi olduğu açıktır. Nitekim hukuk devleti ilkesinin unsurlarından biri de idarenin sorumluluğudur ve bu unsur

gereği idare, işlem ve eylemlerinde hukuka uygun davranmakla yükümlü olup bu yükümlülüğü yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkacak zararlardan sorumlu olmalıdır. İdarenin kusursuz sorumluluğunun kabulünde ise idarenin kamu yararı gerekçesiyle ve kusuru olmaksızın gerçekleştirdiği kamu hizmetleri nedeniyle kişisel, özel ve olağandışı zarara uğrayan kişilerin zararlarının, bu kişiler üzerinde bırakılmayarak topluma mal edilmesi bir başka ifadeyle kamu yararı nedeniyle fedakârlık gösteren kişilerin bu fedakarlığının topluma yayılmasının hakkaniyet gereği olduğu fikri yatmaktadır. Söz konusu fikir de sosyal adalet anlayışı gereği sosyal devletin bir unsurudur. Ancak sosyal devlet, hukuk devleti ilkesinin hâkim olmasıyla bir anlam ifade etmektedir. Bu sebeple de idarenin kusursuz sorumluluğunun temelini, sosyal hukuk devleti ilkesi ile açıklamak daha uygun olacaktır.

### KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: **Kamu Görevlilerinin Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1991.
- ATAY, E. Ethem: “İdarenin Sorumluluğu”, in **Prof.Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, 2006, s. 1061- 1098.
- ATAY, E. Ender: “Avrupa Birliği Hukukunda İdarenin Sorumluluğunun Temel İlkeleri”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2009, s. 553- 569.
- ATAY, E. Ethem / ODABAŞI, Hasan / GÖKCAN, Hasan Tahsin: **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- ATAY, E. Ethem: “Fransa’da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı”, **Kamu Hukuku Arşivi**, Yıl: 1, Ekim 1998, s. 101- 146.
- ATAY, E. Ethem: **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- AZRAK, Ali Ülkü: “Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Faaliyetlerinden Doğan Mesuliyeti”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXVIII, Sa. 2, 1962, s. 367- 381.
- AZRAK, Ali Ülkü: “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Geliş-**

**meler III Sempozyumu (Ankara, 12- 13 Mayıs 1979)**, İstanbul Hukuk Fakültesi, Yayın No: 622, 1980, s. 135- 145.

BALTA, Tahsin Bekir: **İdare Hukukuna Giriş**, Ankara, 1970.

BAŞGİL, Ali Fuat: “Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi”, **Adalet Dergisi**, Ankara, 1940, s. 582- 613.

BAŞPINAR, Recep: “Tam Yargı Davaları”, in **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, 2. Bası, Ankara, 1986, s. 481- 511.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Asil Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Ankara, 2007.

ÇELİKKOL, Hüseyin: **İdarenin Objektif Sorumluluğu**, Ankara, 1980.

DE LEMOTHE, A.L. Dutheillet: “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, Çev.: S. Derbil, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Sa. 1- 4, 1960, s. 121- 130.

DELCROS, Xavier – DELCROS, Bertrand: Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi, **Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, Çev.: Turgut Candan, Danıştay Yayınları, No: 39, Ankara, 1984.

DEMİRKOL, Selami / BEREKET BAŞ, Zuhâl: **Teori ve Pratikte İdari Yarıgıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü**, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2007.

DEVRİM, Semahattin: “İdare Hukukunda Sorumluluk İlkesinin Düşündükleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 73, Sa. 4, Ankara, 1982, s. 679 vd.

DUEZ, Paul: **Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes’uliyeti**, Çev. İbrahim SENİL, Ankara, 1950.

DURAN, Lütfi: **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Ankara, 1974.

EROĞLU, Hamza: **İdare Hukuku: Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi**, 5. Baskı, Ankara, 1985.

ESİN, Yüksel: **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, 2. Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1973.

GİRİTLİ, İsmet / AKGÜNER, Tayfun: **İdare Hukuku Dersleri (Giriş)**, İstanbul, 1985.

GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, Cilt: 2, İkinci Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.



- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: *İdare Hukuku*, C: 1 Genel Esaslar, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: *İdare Hukuku*, C:2, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: **Yönetim Hukuku**, Güncelleştirilmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hakkında İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, **Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu** (12- 13 Mayıs 1979), İstanbul Hukuk Fakültesi, Yayın No: 622, Ankara, 1980.
- HARLOW, Carol Rhian: **Administrative Liability: A Comparative Study Of French and English Law**, Doktora Tezi, London School of Economics and Political Science, 1979 ([http://etheses.lse.ac.uk/70/1/Harlow\\_Administrative\\_liability.pdf](http://etheses.lse.ac.uk/70/1/Harlow_Administrative_liability.pdf), erişim: 09.09.2018).
- HARLOW, Carol: “Fault Liability in French and English Public Law”, **Modern Law Review**, C. 39, Sa. 5, 1976, s. 516- 541 (<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/modlr39&collection=journals&id=540&startid=&endid=565>, erişim: 12.09.2018).
- HAUGHEY, E J.: “The Liability of Administrative Authorities” (<http://www.nzlii.org/nz/journals/NZLRFOP/1975/9.pdf>, erişim: 01.10.2018).
- HINK Heinz R.: “Governmental Liability for Risk under French and German Law”, **Rutgers Law Review**, C. 19, Sa. 3, 1965, s. 472- 488 (<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rutlr19&collection=journals&id=478&startid=&endid=494#>, erişim: 13.09.2018).
- HUBER, Ernst Rudolf / ANSAY Tuğrul: “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti Ve Sosyal Devlet”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27, Sa. 3, 1970, s. 27- 51.
- İMRE, Zahit: “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 13, Sa. 4, s. 1475- 1536.
- İNALCIK, Halil: **Osmanlı’da Devlet Hukuk Adalet**, İstanbul, 2000.
- KARAHANOĞULLARI, Onur: **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, Ankara, 2005.



- OKAY, N. Suphi: **Danıştay Karar ve İçtihatları**, Ankara, 1946.
- OZANSOY, Cüneyt: **Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989.
- ÖZDEMİR, Necdet: **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, 1963.
- SARICA, Ragıp: “Fransa’da Ajan Ve Memurların Şahsi Kusurlarından Devletin, İdarenin Mali Mes’uliyeti Mes’elesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 15, Sa. 2- 3, 1949, s. 546- 568.
- SARICA, Ragıp: “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 15, Sa. 4, 1949, s. 858- 895.
- TANDOĞAN, Haluk: **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, 1981.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: **Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2016.
- TROTABAS, Louis: “Liability in Damages under French Administrative Law”, **Journal of Comparative Legislation and International Law**, C. 12, 1930, s. 44- 57 ([https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/jclilcs12&id=74&men\\_tab=srchresults](https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/jclilcs12&id=74&men_tab=srchresults), erişim: 10.09.2018).
- YAMAN, Murat: “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, **Askeri Yüksek idare Mahkemesi Dergisi**, Sa. 18, Ankara, 2003, s. 71- 101.
- YILMAZ, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, Seçkin Kitabevi, 1986.
- Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı.**
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.**



# 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNE GÖRE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ\*

Cemre AKYILMAZ\*\*

## ÖZ

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile yürütme organının yapısında önemli değişikliklere gidilmiş ve bu çerçevede Cumhurbaşkanı'nın yetkileri yeniden düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı'na tanınan yetkilerden biri de yeni anlamıyla "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" çıkarma yetkisidir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi önceki dönemde Anayasa'da hüküm altına alınan düzenleyici işlemlerle benzerlik gösterse de yapılış usulü, nitelikleri, konusu, denetim usulü ve normlar hiyerarşisindeki yeri bakımından farklılık göstermektedir. Cumhurbaşkanı'na aslı düzenleme yapma yetkisi tanıyan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aynı zamanda yasama yetkisi bağlamında da incelenmesi zaruridir. Bu çalışmada Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olarak iki başlık altında ele alınacak bu kararnamelere ilişkin düzenlemelerin yaratabileceği sorulara cevap aranacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** 2017 Anayasa Değişiklikleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütme organın düzenleyici işlemleri, düzenleme yetkisinin aslılığı, yasama yetkisi.

## THE PRESIDENTIAL DECREES ACCORDING TO THE CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN 2017

### ABSTRACT

The constitutional amendments in 2017 have led to significant changes on the structure of the executive branch and accordingly, the powers of the President have been rearranged. One of the powers that was granted to the President by the amendments is the power of issuing a Presidential decree which is different from previous regulatory decrees in many aspects. Although there are some similarities between the Presidential decrees and the other decrees, the Presidential decrees differs from the others in terms of procedure, fundamental principles, subject, judicial review procedure, and the position in the hierarchy of laws. Moreover, since the President has the primary regulative power, the Presidential decrees must be discussed in the context of the legislative power. In this article, the Presidential decrees are examined under two headings as the ordinary Presidential decrees and the state of emergency Presidential decrees. Furthermore, the questions that may be arisen from the amendments are tried to be solved.

**Keywords:** 2017 Constitutional amendments, the Presidential decree, the regulatory decrees of the executive branch, the primary regulative power, the legislative power.

\* Bu makale, "Yasama Yetkisi" isimli yüksek lisans tez çalışmamdan yararlanılarak hazırlanmıştır.

\*\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi hcakyilmaz@anadolu.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 14.12.2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih : 31.12.2018

## 1. GİRİŞ

2017 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile yürütme organının yapısı tamamen değişmiş ve buna bağlı olarak yürütme organının işlemlerinde değişikliklere gidilmiştir. Bu değişiklikler çerçevesinde Anayasa'nın 8'inci maddesi yürütme yetkisi ve görevinin “*Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasa-ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*”eceğini hüküm altına alırken 104'üncü maddesi yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına ait olduğunu ifade etmiştir. Bu değişikliklerden anlaşıldığı üzere yürütme organı yalnızca Cumhurbaşkanından oluşmaktadır; Başbakanlık makamı ile Bakanlar Kurulu lağvedilmiştir. Diğer bir ifadeyle, yürütme organı tek başlıdır.

Yürütme organının yapısına dair öngörülen değişiklikler yürütme organının düzenleyici işlemlerinde de değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede bahsedilmesi gereken ilk değişiklik, önceden Türk hukukunda önemli bir yer tutan kanun hükmünde kararnamelere ilişkindir. Bakanlar Kurulu'na ait kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi ilgili değişiklik ile tarihe karışmıştır. Benzer şekilde Anayasa'nın 2017 yılındaki değişiklikten önceki 115'inci maddesinde yer alan “tüzük” adlı düzenleyici işlemin varlığına da son verilmiştir. Anayasa'da artık yürütme organının düzenleyici işlemleri olarak yalnızca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yönetmeliğe yer verilmektedir. Bu iki düzenleyici işlem 2017 değişiklikleri öncesinde de hukukumuzda var olsa da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi isimli düzenleyici işlem anayasa değişikliğinden önceki dönemden farklı bir anlam ve içeriğe sahiptir.

2017 yılındaki değişikliklerle birlikte Anayasa'da tüzük ve kanun hükmünde kararname ifadelerinin yerini Cumhurbaşkanlığı kararnamesi alsa da<sup>1</sup> Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bu iki işlemten pek çok açıdan oldukça farklıdır.

Bu çalışmada 2017 değişiklikleri ile adeta yeni bir anlam kazanan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yapılış usulü, içeriği, konusu, normlar hiyerarşisindeki yeri, denetim usulü ve kanun hükmünde kararnamelerden farklılıkları olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olarak iki ana başlık altında incelenecektir.

## 2. OLAĞAN DÖNEM CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

### 2.1. Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Yapılış Usulü

Anayasa'nın 104'üncü maddesine göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi Cumhurbaşkanı'na aittir. Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine dair her konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisini haizdir. Bununla birlikte anayasada, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yalnızca Cum-

<sup>1</sup> Örnek olarak bkz. Anayasa m. 124, m. 137, m. 148, m. 150, m. 151, m. 152, m. 153.

hürbaşkanı'nın bu başlık altında yaptığı düzenleyici işlemlerin anlaşılması gerektiğine dair bir hükme yer verilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile birel işlem yapılıp yapılamayacağına dair anayasada açık bir hüküm yoktur. Dolayısıyla, örneğin Cumhurbaşkanı, genel, soyut, objektif, kişilik dışı ve sürekli kurallar koymanın haricinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bir atama işlemi gerçekleştirebilecek ya da kamulaştırma kararı alabilecek midir? Geçen dönem incelendiğinde uygulamada Cumhurbaşkanı'nın, birel işlemleri "*Cumhurbaşkanı kararı*" ile yapmayı tercih ettiği görülmektedir. Bu sebeple bu tercih dikkate alındığında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici işlem olduğu söylenebilir. Yine de bu belirlemenin anayasal bir dayanağı yoktur<sup>2</sup>. Nitekim Gözler ile Tanör ve Yüzbaşıoğlu "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi*" başlığı altında birel işlem de yapılabileceği görüşündedirler<sup>3</sup>. Bu çalışma kapsamında kastedilen ise düzenleyici işlemdir<sup>4</sup>.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanı tarafından yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılan tek taraflı bir idarî işlemdir. Bu idari işlemi yapma yetkisi yalnızca Cumhurbaşkanı'na aittir. Cumhurbaşkanı, herhangi bir organ ya da makamın teklifine veya onayına ihtiyaç duymaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisini haizdir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girer<sup>5</sup>.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde Cumhurbaşkanı haricinde bir organ ya da makamın izninin, teklifinin ya da onayının aranmaması bu kararnamelerin aslî nitelikte olduğunun bir göstergesidir. Esasen yasama yetkisinin niteliklerinden kabul edilen aslîlik, ilk-elden düzenleme yapabilme anlamı-

<sup>2</sup> Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 875-878.

<sup>3</sup> Bülent TANÖR / Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 437.

<sup>4</sup> Düzenleyici işlem ile kastedilen yürütme organının genel, objektif, soyut, sürekli ve kişilik dışı işlemler yapma yetkisidir. Turgut TAN, *İdare Hukuku*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 62. Bu tip işlemler Duguit gibi maddî anlayışı savunan yazarlarca maddî anlamda yasama işlemi olarak kabul edilse de Türk Hukukunda Malberg'in savunduğu şekli anlayış, baskın anlayıştır. Yani bir işlemin niteliği belirlenirken o işlemin içeriği dikkate alınmaz, o işlemi yapan makam ve işlemin yapılış usulü dikkate alınır. Dolayısıyla her ne kadar yasama yetkisi TBMM'ye ait olsa ve bu yetki devredilemese de yürütme organının da düzenleyici işlem yapabileceğinin kabulü gerekir. Bununla birlikte yürütme organının sahip olduğu genel kural koyma yetkisinin TBMM'nin sahip olduğu yetkiyle birebir aynı olduğu da söylemek mümkün değildir, konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Leon DUGUIT, *Kamu Hukuku Dersleri* (Çev. S. Derbil), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954, s. 81, Erdoğan TEZİÇ, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 34 vd. Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 194-197, Bahtiyar AKYILMAZ / Murat SEZGİNER / Cemil KAYA, *Türk İdare Hukuku*, Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 329-330.

<sup>5</sup> GÖZLER, s. 890.

na gelmektedir. Diğer bir ifadeyle, Cumhurbaşkanı'nın TBMM ya da başka bir makam tarafından yetkilendirilmeksizin ve kanuna dayanma zorunluluğu olmaksızın doğrudan doğruya, Anayasa tarafından kendisine bahşedilen bir yetkiye dayanarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisine sahip olması bu yetkinin aslı olduğu manasına gelmektedir<sup>6</sup>.

## 2.2. Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konusu

Anayasa'nın 104'üncü maddesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konusu yürütme yetkisine ilişkin konulardır. Diğer bir ifadeyle Anayasa, Cumhurbaşkanı'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yetkisini konu bakımından sınırlamıştır. Zira 104'üncü maddenin mefhum-u muhalifinden hareketle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ancak yürütme yetkisi ile ilgili konularda yürürlüğe konulabileceği sonucu çıkarılır. Bununla birlikte Anayasa, yürütme yetkisine ilişkin konuların ne olduğunu hüküm altına almamaktadır. Hatta yürütme yetkisi ile kastedilenin ne olduğuna dair anayasada bir açıklık da bulunmamaktadır. Diğer taraftan "yürütme"den maddî anlamda yürütme mi yoksa şekli anlamda yürütme mi anlaşılacaktır? Dolayısıyla, her ne kadar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri konu bakımından sınırlandırılmış olsa da sınırı çizen "yürütme yetkisine dair konular" kavramının açıklığa kavuşturulması şarttır. Bu da ancak her düzenleme için yukarıda bahsedilen soruların cevaplanması ve muğlak kavramların yorumlanması ile mümkün olacaktır<sup>7</sup>.

Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konusuna ilişkin genel hükmü yürütme yetkisine ilişkin hususlar olsa da bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi gerektiği özel olarak belirtilirken bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi açıkça yasaklanmıştır. Anayasa'nın muhtelif maddelerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular "*Üst kademe kamu yöneticilerinin atanması, görevlerine son verilmesi ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esaslar*"<sup>8</sup>, "*Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri*"<sup>9</sup> ve "*Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri*"<sup>10</sup>dir. Bunlar haricinde "*bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması*"<sup>11</sup> hususlarının da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği Anayasa tarafından hüküm altına alınmıştır.

Anayasa bazı alanları ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesine kapatmıştır. Bu yasaklardan ilki temel hak ve hürriyetlere ilişkindir. Anayasa'nın

<sup>6</sup> Anayasa Mahkemesi'nin "yasama yetkisinin aslîliği" bağlamında yaptığı "aslîlik" tanımı için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2015/42 K. 2017/8, R.G. 02.03.2017 / 29995.

<sup>7</sup> GÖZLER, s. 879-880.

<sup>8</sup> Anayasa m. 104/9.

<sup>9</sup> Anayasa m. 108/4.

<sup>10</sup> Anayasa m. 118/6.

<sup>11</sup> Anayasa m. 106/11.

104'üncü maddesine göre “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez*”. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden hareketle Anayasa'nın yalnızca ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesine izin verdiği sonucuna ulaşılır, meğerki bu düzenleme bir sınırlama içersin<sup>12</sup>. Zira Anayasa'nın 13'üncü maddesi temel hak ve hürriyetlerin yalnızca kanunla sınırlanacağını hüküm altına almıştır. Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar dışındaki temel hak ve hürriyetleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek alanların dışında tutmasının esas nedeni bu hakların Georg Jellinek'in temel hak ve özgürlükler ile ilgili yaptığı sınıflandırmada “negatif statü hakları” ve “aktif statü hakları” kapsamına girmesidir. Bu haklar, devletten negatif bir tutumun beklendiği haklar ile siyasi haklar ve ödevlerdir. Negatif statü hakları ve aktif statü haklarıyla ilgili yapılacak bir düzenleme, büyük olasılıkla hakkı sınırlama anlamı taşıyacağı ve temel hak ve hürriyetler de ancak belli şartların varlığında yalnızca kanunla sınırlanabileceği için negatif ve aktif statü hakları Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konusu dışında tutulmuştur. Bu nedenle, yalnızca pozitif statü hakları olarak nitelendirilen sosyal ve ekonomik hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği kabul edilmiştir. Nitekim Anayasa'nın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan haklar vatandaşların devletten bir hizmet ya da yardım beklediği haklardır<sup>13</sup>. Buna mukabil, negatif ve aktif statü hakları için söz konusu olan “sınırlama yasağı” elbette pozitif statü hakları için de geçerlidir. Zira Anayasa'nın 13'üncü maddesi, hak kategorisi fark etmeksizin tüm temel hak ve hürriyetlerin sadece kanunla sınırlandırılabilceğini açıkça ifade etmiştir. Dolayısıyla temel hak ve hürriyetlerden yalnızca pozitif statü hakkı olduğu kabul edilen sosyal ve ekonomik hakların sınırlama anlamına gelmeyecek şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilmesi mümkündür<sup>14</sup>.

Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek konuların dışında tuttuğu bir başka alan “*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular*”dır. Bununla birlikte bu alan da sınırları net şekilde belli olmayan bir alandır; çünkü yukarıda da belirtildiği gibi anayasada yasama ve yürütme organlarının düzenleme alanlarına dair bir sınıflandırma yapılmamıştır. Bu sebeple “*münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular*” ile kastedilenin ne olduğu açık değildir<sup>15</sup>. Ayrıca anayasa, hiçbir ko-

<sup>12</sup> Fazıl SAĞLAM, “Kanun Hükmünde Kararname Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, Anayasa Yargısı, C. 1, 1984, s. 268-269, Erdoğan TEZİÇ, Anayasa Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 36, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996, s. 99-100.

<sup>13</sup> Münci KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2013, s. 6.

<sup>14</sup> TEZİÇ, (2017), s. 36, SAĞLAM, s. 268-269, YÜZBAŞIOĞLU, s. 99-102.

<sup>15</sup> GÖZLER, s. 882, TAN, s. 72, TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 437.

nuda yasama organının “*münhasıran*” yetkili olduğuna dair bir ifadeye yer vermez. Bu husus, 2017 değişiklikleri öncesinde kanun hükmünde kararname için de tartışılmıştır ve kastedilenin “*ancak kanun*” ile düzenlenebileceği söylenen konular olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da yalnızca kanun ile düzenlenebileceği belirtilen alanlarda kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı kabul edilmiştir. Bundan hareketle, “*ancak kanunla düzenlenir*” gibi kesin ifadeler içeren konuların yalnızca kanun ile düzenlenebileceği, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği kabul edilmelidir. Bunun haricinde, “*ancak kanunla düzenlenir*” gibi net ifadelerin bulunmadığı; fakat yine de özel olarak “*kanun ile düzenleneceği*” belirtilen hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenip düzenlenemeyeceği de tartışılmıştır. Tanör ve Yüzbaşıoğlu’na göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği ifade edilen hiçbir konu hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılamaz<sup>16</sup>. Tan ve Ardiçoğlu da haklı olarak kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda 2017 değişiklikleri öncesinde kanun hükmünde kararname çıkarabildiğini; ama bu durumun Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için uygulanamayacağını ifade eder. Zira Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanun hükmünde kararname gibi kanun gücünde değildir, bu sebeple de kanun ile düzenleneceği belirtilen konularda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz<sup>17</sup>.

Bunlar haricinde, Anayasa’nın 104’üncü maddesinde kanunda açıkça düzenlenen konularda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm de kanımızca tartışmaya açık bir hükümdür; çünkü “açıkça” düzenlenen konu ile anlatılmak istenenin ne olduğunun “açık” olduğunu söylemek güçtür. Gözler’in de ifade ettiği üzere “açıkça düzenleme”ye anlam katacak olan Anayasa Mahkemesi’dir. Mahkeme, önüne gelen somut olaya göre kanunda açık bir düzenleme olup olmadığına karar verecektir. Gözler ayrıca yürürlükteki kanun hükmünde kararnamelerde de açıkça düzenlenen konuların bu yasak kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtir<sup>18</sup>.

### 2.3. Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisi Bağlamında İncelenmesi

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasama yetkisi açısından getirdiği en önemli yenilik, bu kararnamelerin “aslî” nitelikte olmasıdır. Zira 2017 yılındaki Anayasa değişikliklerine dek yürütme organının işlemlerinin yasama organının işlemleri karşısında ikincil nitelikte olduğu; çünkü yürütme yetkisi-

<sup>16</sup> TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 438.

<sup>17</sup> TAN, s. 73, Artuk ARDIÇOĞLU, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Ankara Barosu Dergisi, C. 3, 2017, s. 39. Ardiçoğlu, yürütmeye ilişkin konular söz konusu olsa dahi eğer bir konunun kanun ile düzenleneceği öngörülüşse o konu hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılamaz, ARDIÇOĞLU, s. 43-44.

<sup>18</sup> GÖZLER, s. 886-887.



nin genel ve aslî olmadığı kabul edilmiştir<sup>19</sup>. 2017 değişiklikleri ile bambaşka bir anlam kazanan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi yürütme yetkisine ilişkin konularla sınırlandırıldığından halen genellik özelliğine sahip olmasa da bu yetki artık aslî niteliktedir. Yani Cumhurbaşkanı, TBMM tarafından yetkilendirilmeksizin, doğrudan doğruya anayasa tarafından kendisine verilen yetkiye dayanarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir<sup>20</sup>. Cumhurbaşkanı kararnamelerinin kanuna dayanma zorunluluğu yoktur. Ayrıca bu işlem, TBMM'nin onayına da sunulmaz. Bu sebeple bu işlemin türevsel olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>21</sup>. Yürütme organı, kanuna dayanma zorunluluğu olmaksızın, kaynağını anayasadan alan doğrudan düzenleme yetkisine sahiptir<sup>22</sup>. Dolayısıyla 2017 değişiklikleri öncesinde yasama organının işlemleri ile yürütme organının işlemleri arasındaki en önemli fark olan “aslîlik”, ilgili değişikliklerle ortadan kalkmıştır. Buna mukabil, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasama organının işlemleri ile eş değer niteliğe sahip olduğunu söylemek de elbette mümkün değildir. Cumhurbaşkanı'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de dâhil olmak üzere tüm işlemleri hâlâ yürürlükteki kanunlara uygun olmak zorundadır.

Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen hususların da ayrıca yasama yetkisi bağlamında tartışılması şarttır. Nitekim bu hususların yürütme organının mahfuz düzenleme alanı olarak kabul edilip edilemeyeceğinin ve ilgili konularda kanun çıkarılıp çıkarılmayacağına tespiti gerekmektedir. Kanaatimizce, yürütme organına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile aslî düzenleme yetkisinin verilmiş olması, anayasanın yürütme organına mahfuz yetki alanı tanıdığı anlamına gelmez. Zira Özbudun'un ve Tan'ın da belirttiği gibi yasama yetkisinin genelliği ilkesi<sup>23</sup> Türk hukukunda halen

<sup>19</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 329.

<sup>20</sup> Yıldırım, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin yürütme organına genel ve aslî düzenleme yetkisi verildiği anlamına gelmediğini savunur. Yıldırım'a göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanuna dayanmak zorundadır. Şayet anayasa koyucu yürütme organına aslî düzenleme yetkisi vermek istiyorsa bunu açıkça belirtmelidir. Turan YILDIRIM, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 2, 2017, s. 25-26.

<sup>21</sup> Ömer KESKİNSOY, Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku, Monopol Yayınları, Ankara, 2018, s. 490, ARDIÇOĞLU, s. 25 ve 37, GÖZLER, s. 877-878, ÖZBUDUN, s. 251, TAN, s. 71.

<sup>22</sup> Ömer ANAYURT, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 587.

<sup>23</sup> Yasama yetkisinin genelliğinden anlaşılması gereken, TBMM'nin kanun yaparken konu bakımından sınırlandırılmamış olmasıdır. TBMM, Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla istediği her konuda düzenleme yapabilir. Ayrıca TBMM, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin bir sonucu olarak kapsam itibarıyla da sınırlandırılmamıştır. TBMM, bir konuyu istediği kadar ayrıntılı düzenleme yetkisini haizdir, TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 293, ÖZBUDUN, s. 211.

geçerliliğini korumaktadır<sup>24</sup>. Anayasa, Fransız Anayasası'nda olduğu gibi yasama organı ile yürütme organının düzenleme alanlarını tasnif etmemiştir. TBMM, istediği her konu hakkında ilk elden düzenleme yapabilir. Kaldı ki Anayasa'nın 104'nci maddesi kanunla açıkça düzenlenmiş bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağını, TBMM'nin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenlediği bir konuda daha sonra kanun çıkarması halinde kanunun uygulanacağını, kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri arasında bir fark olduğu takdirde kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini hüküm altına almıştır. Yani, normlar hiyerarşisi açısından da kanunun üstünlüğü devam etmektedir. Bunun haricinde, yürütme görev ve yetkisinin kanunlara uygun olma zorunluluğuna ilişkin Anayasa'nın 8'inci maddesi de anayasada varlığını korumaktadır.

Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen hususların “*ancak*” ya da “*münhasıran*” Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceğine dair bir ifadeye de rastlanmaz. Yasama yetkisinin genelliği ilkesinden ve Anayasa'nın 104'nci maddesinden hareketle, Ardiçoğlu'nun da belirttiği gibi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği ifade edilen konularda TBMM'nin kanunla düzenleme yapmasının önünde bir engel yoktur<sup>25</sup>. Kanun ile bir düzenleme yapıldığı takdirde Anayasa'nın 104'üncü maddesi uyarınca kanun hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Keza 104'üncü madde, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenlenen bir hususta TBMM'nin bir kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceğini de hüküm altına almıştır. Yani Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir hususta kanun çıkarılmasının önünde anayasal bir engel de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yürütme organının mahfuz düzenleme alanının olduğu söylenemez<sup>26</sup>. Gözler ise anayasa değişiklikleri ile birlikte yürütme organına mahfuz düzenleme alanı tanındığı görüşündedir. Gözler, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleneceği belirtilen alanları mahfuz düzenleme alanları olarak kabul eder. O'na göre şayet anayasa koyucu bu alanların kanun ile de düzenlenebileceğini kabul etmek isteseydi “*düzenlenir*” ifadesi yerine “*düzenlenebilir*” ya da “*kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararıyla düzenlenir*” ifadelerini kullanırdı<sup>27</sup>. Yine de Gözler, karşıt görüştekilerin muhtemel argümanlarından yola çıkarak ilgili hükümlerin problemlili ve çelişkili olduğu kanısındadır<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> ÖZBUDUN, s. 251, TAN, s. 73.

<sup>25</sup> ARDIÇOĞLU, s. 38, 44.

<sup>26</sup> TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 438.

<sup>27</sup> Anayasa'nın kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin 123'üncü maddesi kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabileceğini ifade eder.

<sup>28</sup> GÖZLER, s. 888.

## 2.4. Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimi

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, şekli anlamda bir yürütme işlemi olmakla birlikte bu kararnamelerin denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilir. Anayasa'nın 148'inci maddesi Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini şekil ve esas bakımından denetleyeceğine yer vermiştir. Bu çerçevede Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri birel işlem niteliğinde olsa dahi Anayasa mahkemesince denetlenecektir<sup>29</sup>. Böyle bir tercihin hukuk devleti ilkesine ne kadar uygun olduğu Gözler'in de ifade ettiği gibi tartışmalıdır; çünkü Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesini isteme hakkı olanlar sınırlıdır<sup>30</sup>. Zira Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas açısından iptalini TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki milletvekili isteyebilir<sup>31</sup>. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi idari yargı yerleri gibi birel işlem niteliğinde bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesini yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları bakımından hukuka uygun olup olmadıkları yönüyle değil; sadece Anayasa'ya uygunluk çerçevesinde denetleyebilecektir.

## 2.5. Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Anayasa'nın 104'üncü maddesinde yer alan münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ve kanunlarda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmamasına ilişkin hüküm, kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında fark bulunduğu takdirde kanun hükmünün uygulanmasına ilişkin hüküm ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda daha sonra bir kanun çıkarıldığında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceğine ilişkin düzenleme Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer aldığına göstergesidir<sup>32</sup>. Ayrıca yürütme yetkisinin kanunlara uygun olarak kullanılması gerektiğini ifade eden Anayasa'nın 8'inci maddesi de Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer aldığına bir başka kanıttır. Dolayısıyla, her ne kadar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, bir

<sup>29</sup> Bu noktada birel işlem niteliğinde bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesine karşı Danıştay'da iptal davası açılması halinde Danıştay'ın RTÜK'e üye seçilmesi ile ilgili yasama işlemi ile ilgili karardaki (Danıştay 5. Dairesi, E. 2005/5627, K. 2007/72, Karar Tarihi: 24.01.2007, Danıştay Dergisi, S. 115, 2007, s. 195-197) yoruma benzer bir yorumla söz konusu kararnameyi de denetlemesinin ihtimal dahilinde olduğu söylenmelidir.

<sup>30</sup> GÖZLER, s. 895.

<sup>31</sup> Anayasa, m.150.

<sup>32</sup> KESKINSOY, s. 490, ÖZBUDUN, s. 250, TAN, s. 73, YILDIRIM, s. 23. Tan, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin "zayıflatılmış yasa gücüne sahip olduğunu" ifade eder, TAN, s. 74. Yıldırım da tüzüğün yerini Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aldığı söyler, YILDIRIM, s. 23.

kanuna dayanmak zorunda olmasa da yürürlükteki kanunlara uygun olmak zorundadır. Kaldı ki şayet anayasa koyucu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine kanunla eş değer bir güç bahşetmek isteseydi tıpkı kanun hükmünde kararnamelerde olduğu gibi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine de yürürlükteki bir kanun hükmünü değiştirme ya da yürürlükten kaldırma imkânını tanırdı. Keza Yıldırım da Cumhurbaşkanı'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilmemesinin yasama ve yürütme arasındaki ayrımı güçlendirmek olduğunu belirterek Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanun altında yer aldığını ifade etmektedir<sup>33</sup>. Bu sebeplerden ötürü, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer almaktadır.

2017 değişiklikleri ile artık kanun hükmünde kararname çıkarılamayacak olsa da yürürlükteki kanun hükmünde kararnameler normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üzerinde yer almaktadır. Zira adından da anlaşılacağı üzere kanun hükmünde kararnameler, kanun gücündedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürürlükteki kanun hükmünde kararnamelere uygun hükümler ihtiva etmesi şarttır.

2017 değişiklikleri ile tüzük isimli düzenleyici işlemin hukuki varlığına da son verilmiştir; ancak tıpkı kanun hükmünde kararnameler gibi yürürlükteki tüzükler de uygulanma imkânı bulmaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yürürlükteki tüzüklerin farklı hükümler ihtiva etme olasılığı bulunmaktadır. Bununla birlikte Anayasa, bu tür bir çatışma durumunda hangi düzenleyici işlem hükmünün uygulanacağına dair bir belirlemede bulunmamıştır. Gözler, normlar hiyerarşisinde yürürlükteki tüzükler ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aynı seviyede olduğunu savunmakta ve bundan hareketle bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmü ile bir tüzük hükmü çatıştığı takdirde “*sonraki kanun önceki kanunu ilga eder*” ilkesinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Gözler'e göre 2017 yılındaki değişikliklerle Bakanlar Kurulu'nun yetkilerinin Cumhurbaşkanı'na verilmesi “*organlar hiyerarşisi*” açısından Bakanlar Kurulu ile Cumhurbaşkanı'ni eş seviyeye getirmiştir. Dolayısıyla, eş seviyede bulunan iki makamın işlemleri arasında da hiyerarşi söz konusu olmayacaktır<sup>34</sup>. Kanaatimizce yürütmenin artık tek başlı oluşu, Bakanlar Kurulu'nun yetkilerinin Cumhurbaşkanı'na ihdas edilmesi tüzük ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hiyerarşik açıdan eş seviyeye taşımak için yeterli değildir. Zira bu iki işlem arasında gerek yapılaş usulü gerek içerik gerekse de denetim usulü açısından önemli farklar bulunmaktadır. Bir kere tüzük çıkarma yetkisi Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden farklı olarak aslî değil, türevsel bir yetkidir. Buna ek olarak, tüzükler, Danıştay'ın incelemesinden geçmektedir ve tüzüklerin denetimi de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden farklı olarak Anayasa Mahkemesince değil, Danış-

<sup>33</sup> YILDIRIM, s. 23.

<sup>34</sup> GÖZLER, s. 899.

tay tarafından gerçekleştirilmektedir. Ayrıca tüzükler, kanunun uygulanması göstermek ve emrettiği işleri belirtmek üzere çıkarılabilmektedir. Dolayısıyla, bu denli farklı olan iki işlemi hiyerarşik açıdan eş tutmak bize göre mümkün görünmemektedir. Kanaatimizce yürütmeye dair kanun bulunmayan bir konuda Cumhurbaşkanı'nın doğrudan düzenleme yapma yetkisi çerçevesinde çıkardığı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanuna dayalı olarak çıkarılmış bir düzenleyici işlem olan tüzükten hiyerarşik açıdan üstündür.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunun ve kanun hükmünde kararnamelerin altında yer alsada diğer düzenleyici işlemlerin üstündedir. Nitekim Anayasa'nın yönetmeliğe ilişkin 124'üncü maddesi, yönetmeliğin bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uygulanması amacıyla çıkarılabileceğini ve çıkarılacak yönetmeliklerin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine aykırı olamayacağını hüküm altına alır. Diğer düzenleyici işlemler açısından da benzer bir ilişki söz konusudur.

## **2.6. Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Karşılaştırılması**

2017 yılında gerçekleşen Anayasa değişiklikleri ile hukukumuzda sıkça başvurulmuş kanun hükmünde kararname uygulamasına son verilmiştir. Yürütme organının, yani Cumhurbaşkanı'nın, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Bu işlemin yerini Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin aldığı söylemek de kanaatimizce doğru değildir; çünkü bu iki işlem arasında pek çok noktada önemli farklar bulunmaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, önceden Türk hukukunda var olan diğer düzenleyici işlemlerden farklı bir düzenleyici işlemdir.

Olağan dönem cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi arasındaki ilk fark yetki hususunda kendisini gösterir. Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerini çıkarma yetkisi Bakanlar Kurulu'ndayken Cumhurbaşkanlığı kararnamesini çıkarmaya yetkili makam, Cumhurbaşkanlığıdır. Önceki dönemde Bakanlar Kurulu'nun bu yetkisini kullanması TBMM tarafından çıkarılan bir yetki kanunu ile mümkün iken Cumhurbaşkanı, TBMM tarafından yetkilendirilmeden, doğrudan doğruya Anayasa tarafından kendisine verilen yetkiye dayanarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmaya yetkili kılınmıştır.

Kanun hükmünde kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında konu açısından da farklılıklar bulunur. Kanun hükmünde kararnamelerin konusunu belirleyen makam TBMM'dir. Yetki kanununda çıkarılması öngörülen kanun hükmünde kararnamenin konusu da yer alır. Bununla birlikte yürütme yetkisine ilişkin konular içinde kalmak ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesine kapatılan alanlarla ilgili olmamak kaydıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusunu belirleyecek olan makam Cumhurbaşkanlığıdır. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenleme açısından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun hükmünde kararnameler için aynı ilke benimsense de kanun

hükümünde kararnameler için “kanunda açıkça düzenlenen hususlar”a ilişkin bir yasak öngörülmemiştir.

Usul açısından da iki işlem arasında farklılık bulunur. Kanun hükümünde kararnameler de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girer; ancak kanun hükümünde kararnameler için Resmi Gazete’de yayımlandığı gün TBMM onayına sunulma şartı getirilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için ise hiçbir makamın onayı aranmamaktadır.

Son olarak denetim yeri açısından her iki işlem de benzerlik arz eder. Anayasa Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin tıpkı kanun hükümünde kararnameler gibi Anayasa Mahkemesi tarafından denetleneceğini hüküm altına almıştır.

Normlar hiyerarşisindeki yerleri açısından ise yukarıda da belirtildiği üzere Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanun hükümünde kararnamelerin altında yer alır. Zira kanun hükümünde kararnamelere kanun gücü tanınmıştır. Oysa Anayasa, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunlara aykırı olamayacağını açıkça ifade etmiştir.

### **3. OLAĞANÜSTÜ HAL CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ**

2017 yılındaki Anayasa değişiklikleri ile olağanüstü dönemlere ilişkin hükümlerde de değişikliğe gidilmiştir. Sıkıyönetim hali anayasadan çıkarılarak olağanüstü dönem olarak –savaş ve seferberlik hariç– yalnızca olağanüstü hale yer verilmiştir. Bu çerçevede, Anayasa’nın 119’uncu maddesi uyarınca “*Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir. Olağanüstü hal ilanı kararı, verildiği gün Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur*”<sup>35</sup>. Olağanüstü halin ilanından sonra Cumhurbaşkanı’nın olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi vardır.

#### **3.1. Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Niteliği ve Yapılış Usulü**

Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini yapma yetkisi olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri gibi Cumhurbaşkanı’na aittir ve bu kararnameler, aslî niteliktedir. Cumhurbaşkanı, düzenleme yetkisini doğ-

<sup>35</sup> Anayasa m. 119.



rudan Anayasa'dan alır. Bununla birlikte olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Tan'ın da belirttiği gibi olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden farklı olarak kanun kuvvetindedir<sup>36</sup>; ancak bir farkla, olağanüstü hal süresince.

Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri ile benzerlik gösteren bu kararnameleri çıkarma yetkisi, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde olduğu gibi Cumhurbaşkanı'nda olsa da olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden farklı olarak olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin TBMM'nin onayına sunulması gerekir. Savaş ve mücbir sebeplerle TBMM'nin toplanamaması hâli hariç çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri TBMM'de üç ay içinde görüşülmek zorundadır. Aksi takdirde, Anayasa'nın 119'uncu maddesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar (bu duruma "zımnî ilga" ismini verilebilir). Anayasa'ya göre TBMM, önüne gelen kararnameyi ya onar ya da reddeder. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki bir diğer fark Gözler'e göre bu noktada ortaya çıkar. TBMM, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini onaylama ve reddetme haricinde değiştirerek onaylama seçeneğine de sahipken<sup>37</sup> olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için değiştirerek onaylama seçeneğine anayasada yer verilmemiştir<sup>38</sup>. Dolayısıyla, Gözler'e göre TBMM, olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesini ya onaylar ya da reddeder. Şayet kararname onaylanırsa kanun hükmünde kararnameler rejiminde olduğu gibi bu işlem bir kanunla yapılır ve kararname bir kanuna dönüşür.

### 3.2. Olağanüstü Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Unsurları

Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden farklı olarak sebep, konu, süre ve yer bakımından sınırlandırılmıştır. Her şeyden önce olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılabilmesi için usulüne uygun bir olağanüstü hal ilan kararı olmalıdır. Yani, Anayasa'nın 119'uncu maddesinde sayılan sebeplerden biri ya da birkaçının varlığı söz konusu olmalı ve Cumhurbaşkanı tarafından usulüne uygun olarak alınan bir olağanüstü hal kararı bulunmalıdır. Bunun haricinde Anayasa'nın 119'uncu maddesi uyarınca olağanüstü halde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılması şarttır. Ayrıca her ne kadar olağanüstü halde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile tüm temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenleme yapılabilecek olsa da Anayasa'nın 15'inci maddesindeki sınırlamalar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de geçerlidir. Yani milletlerarası hukuktan doğan yükümlü-

<sup>36</sup> TAN, s. 60.

<sup>37</sup> 2017 tarihli Anayasa değişikliği öncesi Anayasa m. 91/9: "Değiştirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmi Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girer".

<sup>38</sup> GÖZLER, s. 906.

lükler ihlal edilmemeli, düzenleme ölçülülük ilkesine uygun olmalı ve 2'nci fıkrada yer alan temel hak ve hürriyetlere dokunulmamalıdır.

Sebeb ve konu haricinde olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri süre ve yer bakımından da sınırlandırılmıştır. Çıkarılacak kararnameler, olağanüstü hal süresince ve olağanüstü hal ilan edilen yer ile sınırlı olarak uygulanır. Olağanüstü hal kalktıktan sonra bu kararnameler uygulama alanı bulamazlar. Bunun bir sonucu olarak, tıpkı olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri gibi olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile de olağanüstü hal döneminin dışında kanunlarda değişiklik yapılamaz.

### 3.3. Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimi

Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimini yapacak olan makam TBMM'dir. Bu kararnameler için yalnızca siyasal denetim söz konusudur; yargısal denetim tıpkı olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri gibi mümkün değildir. Nitekim Anayasa'nın 148'inci maddesine göre "*olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz*". Anayasa Mahkemesi 2016 yılına dek olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerini belli hususlar yönünden incelese de 2016 yılında bu içtihadından dönmüştür. Anayasa Mahkemesi, 2016 yılına dek olağanüstü halin gerekli kıldığı konular haricinde çıkarılan, olağanüstü hal ilan edilen bölge haricinde bir yeri ve olağanüstü hal süresinin ötesinde bir süreyi etkileyen kanun hükmünde kararnamelerin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olarak nitelendirilemeyeceğinden hareketle kendisini bu kararnameleri inceleme hususunda yetkili görmüştür<sup>39</sup>; ancak 2016 yılından sonra verdiği kararlarda tamamen lafzi bir yorumu benimseyerek Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun çıkardığı ve "*olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi*" olarak nitelendirdiği kararnameleri denetim yetkisi alanında görmemiştir<sup>40</sup>. Dolayısıyla, her ne kadar bu zamana dek örneğine rastlanmasa da Mahkeme'nin olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de benzer bir yaklaşım sergileyeceği söylenebilir. Hemen belirtmek gerekir ki Anayasa'daki ilgili hükmün ve Anayasa Mahkemesi'nin (kanun hükmünde kararnamelerle ilgili) tavrının hukukun genel ilkeleri ve bu ilkelerden biri olan hukukun üstünlüğü ile ne kadar bağdaştığı tartışmalıdır. Nitekim AİHM de bazı unsurlar açısından olağanüstü hale ilişkin düzenlemeleri inceleme konusunda kendisini yetkili görmüştür<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> İlgili kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi E. 1990/25 K. 1991/1, R.G. 05.03.1992 / 21162, Anayasa Mahkemesi, E. 1991/6 K. 1991/20, R.G. 08.03.1992 / 21165, Anayasa Mahkemesi, E. 2003/28, K. 2003/42, R.G. 16.03.2004 / 25404.

<sup>40</sup> İlgili kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2016/166 K. 2016/159, R.G. 04.11.2016 / 29878, Anayasa Mahkemesi, E. 2016/167 K. 2016/160, R.G. 04.11.2016 / 29878, Anayasa Mahkemesi, E. 2016/171 K. 2016/164, R.G. 08.11.2016 / 29882, Anayasa Mahkemesi, E. 2016/172 K. 2016/165, R.G. 08.11.2016 / 29882.

<sup>41</sup> Örnek kararlar için bkz. European Court of Human Rights, "*Case of Aksoy v. Turkey*", App-



Yine de Türk Hukuku açısından bu kararnameler yalnızca TBMM tarafından denetlenabilir, Anayasa Mahkemesi'nin son içtihatları uyarınca yargısal denetim ise mümkün görünmemektedir. Buna mukabil, bu kararnameler TBMM tarafından onaylanıp birer kanun haline geldikten sonra elbette Anayasa Mahkemesi'ne taşınabilecektir.

#### 4. SONUÇ

2017 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri, hükümet sistemi açısından önemli değişikliklere yol açmış, yürütme organının yapısını değiştirmiş ve bu bağlamda yürütme yetkisine dair pek çok hususta farklılıklara sebep olmuştur. Cumhurbaşkanlığı sistemi ile birlikte yürütme organı yalnızca Cumhurbaşkanlığı'ndan ibaret olan tek başlı bir organ haline dönüşmüştür. Bu çerçevede, yürütmenin TBMM'ye karşı sorumlu Bakanlar Kurulu'nun yetkilerinin büyük kısmı Cumhurbaşkanı'na aktarılırken birtakım yetkiler, tamamen ortadan kaldırılmıştır. Cumhurbaşkanlığı için getirilen önemli yetkilerden biri de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yayımlama yetkisidir. Bu işlem, önceki dönemde sınırlı konularda çıkarılabilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden de oldukça farklıdır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi yalnızca Cumhurbaşkanlığı makamına aittir. Bir başka organ ya da makamın bu yetkinin kullanımına herhangi bir müdahalesi olamaz. Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarırken başka bir makamın teklif, izin, denetim ya da onayına tâbi değildir. Kural olarak yürütme yetkisine ilişkin her konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir. Bununla birlikte, Anayasa bazı hususlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağını sarıh bir şekilde hüküm altına almıştır. Cumhurbaşkanı, olağan dönemlerde ekonomik ve sosyal haklar haricinde bir temel hak ve hürriyete dair Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkaramaz. Ekonomik ve sosyal haklara ilişkin çıkarılacak kararnamenin de herhangi bir sınırlama getirmemesi şarttır. Bunun haricinde münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konularda ve yürürlükteki kanunlarda açıkça düzenlenmiş konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması da mümkün değildir. Bununla birlikte, bu iki yasak ile kastedilenin ne olduğu tam olarak belli değildir. Zira anayasa, hiçbir konu hakkında "münhasıran kanunla düzenlenir" ifadesine yer vermez. Benzer şekilde bir konunun bir kanunda açıkça düzenlenmesi ile ifade edilmek istenenin ne olduğu da "açık" değildir. Belirsizlikler yalnızca Cumhurbaşkanı'na kapatılan alanlarla sınırlı değildir. Yürütme yetkisine ilişkin konuların da ne olduğunun tespiti gerekir. Bu tespiti yaparken de birçok soru gündeme gelecektir. Bu sorulara yanıt verecek makam Anayasa Mahkemesi'dir; ancak geçen zamanda Yüksek Mahkeme, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin henüz herhangi bir karar vermemiştir.

---

lication No: 21987/93, European Court of Human Rights, "*Case Of Sakık and Others v. Turkey*", Application No: 87/1996/706/898-903, European Court of Human Rights, "*Case of Abdulsamet Yaman v. Turkey*", Application No: 32446/96.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yasama yetkisi bağlamında da pek çok soru işaretini beraberinde getirmiştir. Bu kararnamelerin konu bakımından sınırlandırılmış olması yasama yetkisi gibi genel nitelikte olmadığını gösterir. Buna mukabil, aslîlik açısından Anayasa önceki dönemlerden farklı bir tercihte bulunmuştur. Anayasa, Cumhurbaşkanı'na doğrudan anayasadan kaynaklanan bir düzenleme yetkisi bahşetmiştir. Aksi görüşler olmakla birlikte bu yetki kanundan kaynaklanmayan, doğrudan bir düzenleme yetkisidir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın artık aslî bir düzenleme yetkisinin olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte bu yetki TBMM'nin sahip olduğu yasama yetkisinin genelliği ve aslîliği özelliklerini ortadan kaldırmamıştır. Bu ilkelerin varlığı halen devam etmektedir. TBMM hâlâ istediği her konuyu doğrudan düzenleme yetkisine sahiptir. Bu sebeple Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konuların yasama yetkisinin genelliğine bir istisna teşkil ettiği söylenemez. Kaldı ki Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesine yer verdiği 104'üncü maddesi de "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir*" hükmüne yer vermiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanı'na tanınan aslî düzenleme yetkisi her ne kadar kanuna dayanmak zorunda olmasa da kanuna uygun olmak zorundadır. Anayasa bu kuralı "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır*" diyerek açıkça hüküm altına almıştır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin düzenlemeler tartışmaya açık, yorumlanmaya muhtaç düzenlemelerdir. Bu maddelere anlam kazandıracak olan bu kararnamelerin soyut norm ya da somut norm denetimiyle önüne taşınacağı Anayasa Mahkemesi'dir.

### KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ARDIÇOĞLU, Artuk: "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Ankara Barosu Dergisi, C. 3, 2017, s. 19-51.
- DUGUIT, Leon: Kamu Hukuku Dersleri (Çev. S. Derbil), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.
- KAPANİ, Münici: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- KESKİNSOY, Ömer: Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku, Monopol Yayınları, Ankara, 2018.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

- SAĞLAM, Fazıl: “Kanun Hükmünde Kararname Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, Anayasa Yargısı, C. 1, 1984, s. 261-271.
- TAN, Turgut: İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- TEZİÇ, Erdoğan: Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972.
- TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- YILDIRIM, Turan: “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 2, 2017, s. 13-28.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996.

