

ISSN: 2146-1082

e-ISSN: 2667-5714



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
İNÜHFD

Inonu University Law Review
InULR

Cilt: 13 – Sayı: 1
Ocak – Haziran 2022

Vol: 13 – No: 1
January – June 2022



2010 Yılından itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 Yılından itibaren HEINONLINE tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren EBSCOhost tarafından taranan dergiler arasındadır.

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

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

2019 yılından geçerli olmak üzere DOAJ tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

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

2010 yılından geçerli olmak üzere ERIHPLUS tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere WorldCat tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile Scilit tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

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

2010 yılından geçerli olmak üzere EuroPub tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

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

2010 yılından geçerli olmak üzere Crossref tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere Sobiad tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İNÜHFD)

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

Inonu University Law Review (InULR)

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

Basım/Yayın Yeri: İnönü Üniversitesi

İLETİŞİM ADRESİ:

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

Tel: +90 422 377 46 80

Fax : +90 422 377 46 81

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

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY

Baş Editör – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Tamer BUDAK

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Editörler-Editors

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ

Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil Editörleri-Foreign Language Editors

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Fatih ÖZTÜRK

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE AKMAN

Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Sibel AKŞAHİN POLAT

Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcıları- Co-Editors

Dr. Öğr. Üyesi Burcu ERDİNÇ

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Burak BİLGE

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Rümeyza SAVRAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Yunus YAVUZ

İnönü Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi

Mizanpaj Editörü - Layout-Editors

Arş. Grv. Selin Hışım

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Şeyma Sağdıç

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt

School of Law, University of Exeter, United Kingdom

Prof. Dr. Alan C. Neal

School of Law, University of Warwick, United Kingdom

Prof. Dr. Neil Boister

School of Law University of Canterbury, New Zealand

Prof. Dr. Thom Brooks

School of Law, Durham University, United Kingdom

Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney

Faculty of Law, University of Calgary, Canada

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta

Atlanta's John Marshall Law School, USA

Prof. Dr. Jason Chuah

School of Law, City University London, United Kingdom

Prof. Dr. Jean Allain

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

Prof. Dr. Haluk Emiroğlu

Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zheng Sophia Tang

School of Law, Newcastle University, United Kingdom.

Prof. Dr. Maurizio Borghi

School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.

Prof. Dr. Tomoya Obokata

School of Law, Keele University, United Kingdom.

Prof. Dr. Petra Butler

Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand

Doç. Dr. Hayri Keser

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

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

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ - İNÜHFD YAYIM İLKELERİ

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

PUBLICATION RULES OF INONU UNIVERSITY LAW REVIEW - InULR

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

Example: Inonu University, School of Law

11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

- SALDIRGAN TİCARİ UYGULAMALARIN TÜKETİCİ HUKUKUNDA İNCELENMESİ VE KONUNUN HAKSIZ REKABET BOYUTU**
EXAMINATION OF AGGRESSIVE COMMERCIAL PRACTICES IN CONSUMER LAW AND UNFAIR COMPETITION DIMENSION OF THE SUBJECT 1-15
Asena SİNANOĞLU
- UNPACKING TEMPORARY PROTECTION OF REFUGEES: FAILURE OF DURABLE SOLUTIONS AND UNCERTAINTIES**
MÜLTECİLERİN GEÇİCİ KORUNMASI: KALICI ÇÖZÜMLERİN BAŞARISIZLIĞI VE BELİRSİZLİKLER 16-28
İrem ŞENGÜL
- ÖDEME ACZİNİN ÇÖZÜMLENMESİ VE İŞ YAPMA KOLAYLIĞI HAKKINDA DÜNYA BANKASI'NIN 2019-2020 TÜRKİYE RAPORU'NA İLİŞKİN TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER**
EVALUATION AND OPINIONS ON THE WORLD BANK'S 2019-2020 TURKEY REPORT ON RESOLVING INSOLVENCY AND DOING BUSINESS 29-47
İbrahim ERMENEK, Mustafa Alper ENER
- TÜRK VATANDAŞLIĞININ SONRADAN KAZANILMASINDA İDARENİN TAKDİR YETKİSİ**
DISCRETION POWER OF THE ADMINISTRATION ON POST FACTO ACQUISITION OF TURKISH CITIZENSHIP 48-65
Cemre TÜYSÜZ
- PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ**
TERMINATION OF PACKAGE TOUR AGREEMENT 66-78
Turan ŞAHİN
- İRRADE BOZUKLUĞU HALLERİNDEN KORKUTMADA KORKUTULANIN CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU KAPSAMINDA SAHİP OLDUĞU TAZMİNAT HAKKI**
RIGHT OF COMPENSATION OF THE PARTY UNDER THREAT WITHIN THE SCOPE OF CULPA IN CONTRAHENDO LIABILITY IN THE THREAT (DURESS) AS A DEFECT IN CONSENT 79-93
Emre KÖROĞLU
- 2863 SAYILI KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARINI KORUMA KANUNU M.65 SUÇLARININ KANUNİLİK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMESİ**
EVALUATION OF THE CRIMES STIPULATED UNDER ARTICLE 65 OF THE LAW NUMBERED 2863 ON CONSERVATION OF CULTURAL AND NATURAL ASSETS IN RELATION TO THE PRINCIPLE OF LEGALITY 94-109
Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ
- YAPAY ZEKALI VARLIKLARA ELEKTRONİK KİŞİLİK MODELİ TANINMASINA İLİŞKİN EUROBOTICS RAPORU VE FİKRİ MÜLKİYET SORUNU BAĞLAMINDA MESELEYE YAKLAŞIM**
EUROBOTICS REPORT ON GRANTING ELECTRONICAL PERSONALITY TO THE ENTITIES WITH ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LEGAL APPROACH TO THE ISSUE OF INTELLECTUAL PROPERTY OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ENTITIES 110-128
Gizem ÖZKAN ŞAHİN, Çağatay ŞAHİN
- INFLUENCER SÖZLEŞMESİ**
INFLUENCER AGREEMENT 129-147
Dilşad KESKİN
- YARGI BAĞIMSIZLIĞI EKSENİNDE CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE YÜRÜTME VE YARGI İLİŞKİSİ**
THE RELATIONSHIP BETWEEN EXECUTIVE POWER AND JUDICIARY IN THE PRESIDENTIAL SYSTEM ON THE AXIS OF JUDICIAL INDEPENDENCE 148-165
Asuman ÇAPAR
- PROTOKOL KURALLARININ KÖKENLERİ, DEVLET GELENEĞİNDEKİ YERİ VE HUKUKİ METİNLERE YANSIMALARI**
THE ORIGINS OF THE PROTOCOL RULES, THEIR PLACE IN THE STATE TRADITION AND THEIR REFLECTIONS ON LEGISLATION 166-175
Tahir BAYSAL

| | |
|---|---------|
| 6325 SAYILI KANUN İLE ÖNGÖRÜLEN DAVA AÇMA YASAĞININ BİR İSTİSNASI OLARAK ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN İPTALİ <i>ANNULMENT OF THE MEDIATION AGREEMENT DOCUMENT AS AN EXCEPTION TO THE PROHIBITION OF FILING A LAWSUIT STIPULATED WITH THE LAW NO. 6325</i> Seda BAŞ | 176-189 |
| VELÂYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ <i>MODIFICATION TO CUSTODY</i> Mehmet AKÇAAL | 190-205 |
| BEDENSEL ZARAR HÂLLERİNDE ÖDENECEK TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE ÖZEL BİR İNDİRİM SEBEBİ: ZARAR VERENİN MALÎ DURUMUNUN KÖTÜLEŞMESİ VE HAKKANİYET İNDİRİMİ <i>REASON FOR A SPECIAL DISCOUNT IN DETERMINING THE COMPENSATION TO BE PAID IN CASE OF BODILY HARM: WORSENING FINANCIAL SITUATION OF THE PERSON RESPONSIBLE FOR THE LOSS AND EQUITY DISCOUNT</i> Mine ERCEVAHİR | 206-220 |
| TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMELERİNİN İNGİLİZ HUKUKUNDAKİ TANIMINA VE KAPSAMINA CCA 1974 ÜZERİNDEN GENEL BİR BAKIŞ <i>A GENERAL OVERVIEW OF THE DEFINITION AND SCOPE OF CONSUMER CREDIT AGREEMENTS IN ENGLISH LAW VIA CCA 1974</i> Erman EKİNGEN | 221-236 |
| İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE YÖNELİK AVRUPA BİRLİĞİ “PAY SAHİPLERİNİN HAKLARI II DİREKTİFİ” HÜKÜMLERİ VE TÜRK SERMAYE PİYASASI MEVZUATININ DİREKTİF HÜKÜMLERİNE UYUM DURUMU <i>PROVISIONS ON RELATED PARTY TRANSACTIONS IN EU “SHAREHOLDER RIGHTS DIRECTIVE II” AND THE STATUS OF COMPLIANCE OF THE TURKISH CAPITAL MARKET LEGISLATION WITH THE DIRECTIVE PROVISIONS</i> M. Aşlı KÜÇÜKGÜNGÖR | 237-254 |

**SALDIRGAN TİCARİ UYGULAMALARIN TÜKETİCİ HUKUKUNDA
İNCELENMESİ VE KONUNUN HAKSIZ REKABET BOYUTU****EXAMINATION OF AGGRESSIVE COMMERCIAL PRACTICES IN CONSUMER LAW AND
UNFAIR COMPETITION DIMENSION OF THE SUBJECT**Asena SİNANOĞLU*  [10.21492/inuhfd.981631](https://doi.org/10.21492/inuhfd.981631) **Makale Bilgi**Gönderi: 12/08/2021
Kabul : 04/01/2022**Anahtar Kelimeler***Haksız Rekabet,
Haksız Ticari
Uygulama,
Saldırgan Ticari
Uygulamalar,
Tüketici,
Tüketici Hukuku.***Article Info**Received: 12/08/2021
Accepted: 04/01/2022**Keywords***Unfair Competition,
Unfair Commercial
Practices,
Aggressive Commercial
Practices,
Consumer,
Consumer Law.***Özet**

Serbest piyasa ekonomisi düzeninde rakiplerin rekabeti hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olarak gerçekleştirmesi gerekmektedir. Nitekim haksız rekabet oluşturan fiiller yalnızca rakiplerin menfaatlerini etkilememekte, aynı zamanda tüketicilerin menfaatlerini de etkilemektedir. Haksız rekabetin engellenmesi amacıyla hukukumuzda çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 54. maddesinde, haksız rekabet hükümleri ile, “bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması”nın amaçlandığını ifade etmektedir. Bu anlamda esasında tüketiciler de Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi kapsamındadır. Ayrıca tüketicilerin haksız ticari uygulamalara karşı korunması 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.62 vd. hükümleri ile ve Avrupa Birliği Hukuku’nda 2005/29/AT sayılı Direktif ile sağlanmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Direktif, tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamaları yasaklamaktadır. Saldırgan ticari uygulamalar haksız ticari uygulamalardır. Saldırgan ticari uygulamalar, Direktif’in 8. Maddesinde, “Bir ticari uygulama, kendi gerçekliği içerisinde tüm özellik ve koşulları dikkate alındığında, taciz, fiziksel güç kullanımı dahil olmak üzere, cebir veya nüfuzun kötüye kullanılması yoluyla ortalama bir tüketicinin ürünle ilgili seçim veya davranış özgürlüğünü ciddi şekilde bozuyor ya da bozma olasılığı mevcutsa ve aksi halde almayacağı bir satın alma kararı vermesine yol açıyorsa ya da yol açması olasılığı varsa saldırgan olduğu kabul edilir.” denilerek ifade edilmiştir. O hâlde, bir uygulamanın saldırgan olması için tanımda geçen şartları taşıması gerekir. Çalışmada öncelikli olarak ilgili hükümler incelenmiş, ardından bir uygulamanın saldırgan olup olmadığının tesbiti hususunda çalışılmıştır. Uygulamanın saldırgan olması, ortalama tüketicinin seçim özgürlüğünü bozacak ağırlıkta olması ve böylece tüketicinin normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olması unsurları ele alınmıştır.

Abstract

In a free market economy, competitors must compete in accordance with the law and honesty. Hence, the acts that consist of unfair competition affect not only the interests of rivals but also the interests of consumers. Various regulations have been included in our law in order to prevent unfair competition. In the Article 54 of the Turkish Commercial Code No. 6102, it is states that “it is aimed to ensure fair and undistorted competition for the benefit of all participants through the codes on unfair competition.”. In this sense, consumers are also in the scope of the regulation of the Turkish Commercial Code. In addition, the protection of consumers against unfair commercial practices is guaranteed by means of Law No. 6502 on the Protection of Consumers, article 62 etc. and by means of the European Union Law and Directive 2005/29/EC. The Consumer Protection Law and the Directive prohibit unfair commercial practices against consumers. Aggressive commercial practices are unfair commercial practices. Aggressive commercial practices are defined in Article 8 of the Directive as, “A commercial practice shall be regarded as aggressive if, in its factual context, taking account of all its features and circumstances, by harassment, coercion, including the use of physical force, or undue influence, it significantly impairs or is likely to significantly impair the average consumer's freedom of choice or conduct with regard to the product and thereby causes him or is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.” So, for a practice to be aggressive, it must meet the conditions in the definition. In the study, first of all, the relevant provisions were examined, then it was studied to determine whether a practice is aggressive or not. The elements of the aggressiveness of the practice, the weight that will disrupt the freedom of choice of the average consumer, and thus the fact that the consumer is a party to a legal transaction that under normal conditions is not discussed.

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

* Öğr. Gör., İnönü Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu.

Atıf Şekli | **Cite As:** SİNANOĞLU Asena, “Saldırgan Ticari Uygulamaların Tüketicinin Korunması Hukukunda İncelenmesi ve Konunun Haksız Rekabet Boyutu”, İNÜHFD, 13(1), 2022, s.1-15 **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees

EXTENDED SUMMARY

In a free market economy, the competition between rivals must be realized in accordance with codes of conduct. Hence, the acts that consist of unfair competition affect not only the interests of rivals but also the interests of consumers. Various regulations are included to our law in order to prevent unfair competition. In the Article 54 of the Turkish Commercial Code No. 6102, it is stated that ensuring fair and undistorted competition was aimed for the benefit of all participants through the codes on unfair competition. In this sense, consumers are also in the scope of the regulation of the Turkish Commercial Code. However, the Turkish Commercial Code does not directly protect consumers. Regarding the protection of consumers against unfair commercial practices, Law No. 6502 on the Protection of Consumers, article 62 etc. provisions and article 61 etc. of the Law. There is the 2015 Commercial Advertisement and Unfair Commercial Practices Regulation prepared on the basis of Articles of Association. It is seen that the institution of unfair competition has the aim of providing an honest and undistorted competition environment in general. In addition, the Consumer Protection Law aims to protect consumers against unfair commercial practices. Although the interests protected in the regulations and the aims desired to be realized seem to be different, the honest and lawful realization of competition also indirectly protects the consumers. It can be said that an unfair commercial practice within the meaning of the Law on the Protection of Consumers can also create unfair competition according to the Turkish Commercial Code. As a matter of fact, the provisions on unfair competition in the Turkish Commercial Code are more comprehensive than the unfair commercial practice provisions in the sense of the Consumer Protection Law, which aims to protect consumers, as it aims to protect both the relationship between competitors and between competitors and customers. Therefore, the unfair commercial practice prohibition in Consumer Law is also considered an "unfair competition".

Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council on Unfair Commercial Practices for Consumers is one of the regulations transferred to our domestic law. The purpose of Directive is to "contribute to the smooth functioning of the internal market and to provide a high level of consumer protection by harmonizing the laws, regulations and administrative provisions of the Member States on unfair commercial practices detrimental to the economic interests of consumers." expressed as. The aforementioned Directive in terms of Turkish Law has been transferred to our domestic law with the Law No. 6502 on the Protection of Consumers and the Regulation on Commercial Advertising and Unfair Commercial Practices dated 2015, as will be examined down below. In the study, the relevant articles of the Directive were tried to be examined. Parallel to the Directive, the provisions of the Regulation have also been examined. By making a literature review on the subject, doctrinal views were tried to be transferred to the study. The Commercial Advertising and Unfair Commercial Practices Regulation is largely in line with the Directive. The Consumer Protection Law and the Directive prohibit unfair commercial practices against consumers. Offensive commercial practices are one of the unfair commercial practices. Article 31 of the Commercial Advertisement and Unfair Commercial Practices Regulation defines offensive commercial practices as "a commercial practice; In the event that the average consumer significantly impairs or is likely to impair the freedom of choice or behavior regarding a good or service through harassment, coercion or unjust influence, including physical violence, and for this reason, the consumer becomes a party to or becomes more likely to be a party to a legal transaction that he would not be a party to under normal circumstances. It is considered to be." form does.

The subject of our study, as aforementioned, is the aggressive commercial practices. Aggressive commercial practices, which are one of the unfair commercial practices against consumers, prevent consumers from making decisions with their free will while taking legal actions. These applications for consumers are prohibited. As a matter of fact, the consumer's ability to decide without being influenced, in legal proceedings will be in the interests of both the consumer and the competitors in preventing unfair competition between the competitors. In this sense, in this study, firstly, the institution of unfair competition has been tried to be discussed by examining the relevant legislation. Thus, the provisions of the Turkish Commercial Code No. 6102 and the Turkish Code of Obligations No. 6098 on unfair competition have been compared and tried to be examined. While comparing and analyzing, main source of the legal system, the laws were studied and doctrinal criticisms on the subject were also included to the analysis. References were made to the relevant theses and articles that discussed the subject in detail. The research continued with the Law No. 6502 on Consumer Protection for the protection of consumers. It was concluded that unfair commercial practices against consumers are prohibited. One of the prohibited applications is offensive commercial applications. These practices result in us entering into a legal relationship that we would not engage in under normal circumstances. Consumers whose freedom of choice or behavior is impaired by acts of harassment, coercion and undue influence are mentioned. It is therefore necessary to understand the acts of harassment, coercion and abuse of influence. Based on all the narratives, the study includes an introduction, three main sections and a conclusion. Firstly, the Unfair Competition institution was discussed in general, then the relevant provisions in the Turkish Commercial Code No. 6102 and the Turkish Code of Obligations No. 6098 were included.

In the second part of the study, the examination of unfair commercial practices in the Law on the Protection of the Consumer (and the Directive) is expressed in general and its relationship with unfair competition is given after mentioning the relevant legislation provisions. In the third chapter, after the offensive commercial practices are mentioned in general, the elements of offensive commercial practices are tried to be detect and final evaluations were included in the last part.

I. GİRİŞ

Saldırgan ticari uygulamalar, günlük hayatımızda karşılaştığımız önemli problemlerden birini teşkil eder. Örneğin sokakta yürümekte iken durdurularak birkaç saniyemizin istenmesi üzerine gerçekleşen genç çalışanın (işini kaybetme tehlikesinin tüketiciye yansıtılması yoluyla) hizmet sunan işyeri (örneğin yabancı dil kursu, güzellik merkezi) ile görüşülmesi konusunda ısrarı hemen hemen herkesin başına gelen bir durumdur. Kimi tüketiciler teklifi reddetmekte ise de, kimi tüketiciler acıma gibi duygularla düşünmedikleri bir sözleşmeye taraf olabilmektedirler. Saldırgan ticari uygulamalar neticesinde tüketiciler, yalnızca bu duygularla değil çalışmada ele alınmış olan diğer durumlar ile de hiç planladıkları bir sözleşmeye taraf olabilmekte ve üzerinde hissettiği baskı/ tesir ortadan kalktığında bu sözleşmeye neden giriştiğini sorgulayabilmektedir. Tüketicinin böyle bir durumda hangi hukuki yola başvurabileceğini bilmesi önem taşımaktadır. Bu çalışmada, saldırgan ticari uygulamalara ilişkin Türk mevzuatı ve uluslararası düzenlemeler birlikte değerlendirilmek suretiyle ele alınmıştır.

Saldırgan ticari uygulamalara ilişkin düzenlemelere Türk mevzuatında dağınık şekilde karşılaşılr. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "*Haksız Rekabet*" başlıklı *Dördüncü Kısım*'ı haksız rekabete ilişkin *Genel Olarak Amaç ve İlke*'yi düzenledikten sonra madde 55/I (a/8)'de başlıca "*haksız rekabet*" halleri arasında *saldırgan satış yöntemleri*'ne yer verildiği görülmektedir. Ayrıca 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 62. maddesinde, haksız ticari uygulamalar düzenlenirken saldırgan nitelikte olan uygulamaların da tüketicilere yönelmiş bir "*haksız ticari uygulama*" olduğu kabul edilmiştir. Maddede, "*tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamalar*" yasaklanmıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.62/4, "*haksız ticari uygulamaların tespitini ve haksız ticari uygulamaların denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile her halükârda haksız ticari uygulama olarak kabul edilmesi gereken uygulamaların belirlenmesini*" yönetmeliğe bırakmıştır. 2015 tarihli Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği, Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin 2005/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'ne uygun olarak 31. maddesinde saldırgan ticari uygulamaların tanımını yaptıktan sonra Direktif m.9'daki, ticari uygulamaların saldırgan olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken hususları ele almıştır. Ayrıca Yönetmelik Ek'inde Direktif (Ek I)'de geçen sekiz saldırgan ticari uygulamadan beşine yer verildiği görülmektedir. Ek'te sayılan uygulamalar sınırlayıcı değildir, saldırgan ticari uygulama örnekleridir. Bu uygulamaların nitelikleri gereği herhangi bir değerlendirmeye tabi olmaksızın saldırgan ticari uygulamalar oldukları kabul edilmektedir. Dolayısıyla ticari uygulamada bulunan bunun aksini ispatlayamayacaktır. Ek dışında bir ticari uygulamanın saldırgan olup olmadığı ise, genel hükümlere göre tespit edilmiştir. Bu çalışmada öncelikli olarak yukarıda sözü geçen düzenlemeler ele alındıktan sonra bir ticari uygulamanın saldırgan olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken unsurlar incelenmiştir.

II. HAKSIZ REKABET

A. Genel Olarak

Son yüzyılda bilim, sanayi ve teknoloji alanındaki gelişmelerin sonucu olarak mal ve hizmet çeşitliliğinde çok büyük bir artış olduğu görülmektedir. Bu artış, piyasada üretici ve tüketiciler bakımından birtakım hareketliliklere sebep olmuştur. Ülkemizde ekonomik yapının serbest piyasa ekonomisine dayalı olması da rekabet ortamını gerekli kılmıştır. Zira, serbest piyasa ekonomisi, özel teşebbüslerin birbirleriyle rekabet etmesi esasına dayanmaktadır¹. Ancak mal ve hizmet üretiminde nitelik, kalite ve verimlilik gibi olumlu sonuçların yanında, piyasa ortamında hem üretici hem de tüketiciler bakımından birtakım hukuki sorunlar da doğmuştur. Bu anlamda rekabetin dürüstlük kuralları çerçevesinde yürütülmesi ve hukuka uygun olması gerekmektedir². Haksız rekabet, aldatıcı veya dürüstlük kurallarına aykırı davranışlarla ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanılmasıdır. Mal ve hizmet üretenlerin hukuk düzeninin getirdiği sınırlara uygun hareket etmesi güvenli piyasa ortamının sağlanması, güvenli piyasa ortamı da tüketicilerin talebi canlı tutarak bu pazarda etkin yer almalarını sağlaması bakımından önem arz etmektedir³.

¹ ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2020, s.588; AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yay., Ankara 2015, s.372; KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, Mimosya Yay., Konya 2011, s.193.

² ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.S.Vakfı), Ankara 2013, s.309; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.368; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.307; KARAHAN, s.193.

³ CEYLAN, Ebru: "Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar ve Uygulama Örnekleri", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 8, (15), Haziran 2020, s.124; POROY/YASAMAN, s.305; KARAHAN, s.193.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁴ m.48’de, özel teşebbüs kurma özgürlüğünün sonucu olarak rekabet etme özgürlüğünü dolaylı olarak tanımıştır⁵. Ancak belirtmek gerekir ki rekabet etme özgürlüğü sınırsız değildir⁶. Nitekim hem Anayasa m.167’de⁷, Devletin, piyasada rekabet etme hakkını ortadan kaldıran tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemesi gerektiği ifade edilmiş, hem de bu doğrultuda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun⁸ kabul edilmiştir. Böylelikle rekabet etme hakkının, üretici, sağlayıcı, satıcı gibi ticari faaliyet gösteren kişilerin yalnızca bir veya birkaçına değil, hepsine eşit olarak sağlanması amaçlanmıştır.

Üretici, sağlayıcı ve satıcıların ticari uygulamalarda kendi aralarında rekabete uygun davranışları, bu fiil ve davranışlarının müşteri ve tüketicilere yönelik olarak da devam etmesi gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Nitekim mal ve hizmetin sunulduğu müşteri ve tüketicilerin kendi özgür iradeleri ile karar verme imkânları ellerinden alındığı takdirde bu durum, hem haksız rekabet teşkil eder hem de tüketici haklarının çiğnenmesi sonucunu doğurur. Bu iki sonuç aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

B. Haksız Rekabete İlişkin Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Düzenlemeleri

1. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Haksız Rekabet

Haksız rekabet, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda 57. maddede, “*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.*”, şeklinde ifade edilmiştir.

Düzenleme incelendiğinde Türk Borçlar Kanunu’nun, haksız rekabeti, haksız fiil kurumunun özel bir çeşidi gibi düzenlediği⁹ ve yalnızca rakipler açısından ele aldığı görülmektedir. Rakiplerden birinin diğerinin müşterilerini azaltması veya kaybettirmesi tehlikesi doğurduğunda bunun sonlandırılması ve şartları varsa zararın tazmin edilmesi gerektiğini ifade edilmektedir. İkinci fıkrasında ise, ticari işler bakımından Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Ticari işler bakımından Türk Ticaret Kanunu hükümlerine atıf yapılmıştır. Ancak bu fıkra, doktrinde, haksız rekabetin yalnızca rakipler arasında değil ve fakat müşterilerin, tüketicilerin ve mesleki ve ekonomik birliklerin menfaatleri bakımından da korunması gerektiği, yönlerinden eleştirilmiştir¹⁰. Şöyle ki, hem kaynak İsviçre Hukuku bu dar görüşün dışında Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun’un ticari olsun olmasın her tür haksız rekabet halinde uygulanacağını düzenlenmiş¹¹ hem de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda haksız rekabet hükümlerinin *bütün katılanların*¹² menfaatlerinin korunması amacıyla düzenlendiğine yer verilmiştir. *Katılanlar*, ifadesine yer verilmesinin sebebi, rekabet kurallarının yalnızca rakipler arasında değil, bütün katılanlar (ekonomi, tüketici, kamu) arasındaki ilişkilere de uygulanmasının istenmesidir. Böylece

⁴ RG: 09.11.1982; 17863.

⁵ NOMER ERTAN, Nedret Füsün: Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha Yay., İstanbul 2016, s.1; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.368; KARAHAN, s.193.

⁶ ÜLGEN Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N.Füsün: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.547; NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku, s.2.

⁷ “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.”; Aynı yönde Anayasa m.48, m.172.

⁸ RG: 13.12.1994; 22140.

⁹ Haksız rekabetin unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AKSOY, Mehmet Ali: “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2011, s.31 vd.)

¹⁰ NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku, s.4; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s.312 vd; ŞENER, s.589; NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku, s.30-31; KARAHAN, s.196; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.371.

¹¹ Bundesgesetz Gegen Den Unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986., https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/_1.html, (Erişim Tarihi: 21.11.2021); JUNG, Peter: “UCP-Directive and Swiss Law against Unfair Competition”, Avrupa Tüketici ve Piyasa Hukuku Dergisi (EuCML), 5(2), 2016, s. 102; PEKDİNÇER, Remzi Tamer/ YILDIZ, Ozan Ali: İsviçre Hukuku ile Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.25 vd.; “İsviçre’de 1988’de yürürlüğe giren Haksız Rekabete Karşı Kanun’da da aynı anlayış çerçevesinde düzenlemeler yapılmış ve Kanun’un amacının tüm ilgililer lehine meşru ve gerçek rekabeti güvence altına almak olduğu hükme bağlanmıştır.” (ARKAN, Sabih: “Haksız Rekabet- Gelişmeler- Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 22(4), 2004, s.5.); AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.371.

¹² TTK m.54/1, “Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.” demektedir. “Tüm katılanlar ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsü kastedilmiştir: Ekonomi, tüketici ve kamu. ‘Katılanlar’ gibi çok geniş bir sözcüğün kullanılması ile rekabet kurallarının rakipler arası ilişkilere özgülmesinin yolu kapatılmıştır.” (Madde 54/1 Gereçesi)

adi işlerde de Türk Ticaret Kanunu m.54 vd. hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün kılınmıştır¹³. O halde, Türk Borçlar Kanunu m.57/2'nin uygulanmasının artık mümkün olmadığı söylenebilir¹⁴.

2. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet

Türk Ticaret Kanunumuz haksız rekabeti m.54-63 arasında düzenlemiştir. 54. Madde, “*Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*” şeklindedir.

Haksız rekabet kurumunun amacı, “*bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması*” şeklinde ifade edilmiştir¹⁵. Bu sebepten haksız rekabetin tespitinde yalnızca dürüstlük kuralı temelinde bir tespit değil, aynı zamanda işleyen rekabet sistemi bakımından da olumsuz sonuçlar doğurup doğurmadığı bakımından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir¹⁶. Nitekim madde gerekçesinde de belirtildiği üzere *katılanlar* arasında kamu (toplum) da yer almaktadır. Bu anlamda kanaatimizce, rekabet sisteminin kamu menfaatinin bir gereği olduğunu belirtmek yanlış olmaz.

Dürüst davranma kuralının, aldatıcı davranışların da dürüst davranma kuralına aykırı olduğu düşünülecek olduğunda, rekabetin haksız olduğunun tespitinde belirleyici olduğu anlaşılmaktadır¹⁷. Ancak dürüstlük kuralının kesin bir tanımının yapılması oldukça güçtür. Üstelik haksız rekabet temelinde ele alınan dürüstlük kuralı ile Türk Medeni Kanunu¹⁸'nda düzenlenen (m.2/1) dürüstlük kuralı tam olarak birbirini karşılamayabilir. Türk Medeni Kanunu çoğu kez sözleşmesel bir ilişkiyi ifade eder oysa haksız rekabette böyle bir taraf durumu söz konusu olmayabilir. Hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında, dürüstlük kuralına aykırı hareket edenin hareketi haksız rekabeti oluşturur¹⁹. Bu anlamda hâkim, somut olayda mesleki ve ticari teamüllere göre bir karar vermelidir²⁰.

¹³ ŞENER, s.589; UZUNALLI, Sevilay: “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, İÜHFM, 71(2), 2013, s.385; TOPÇUOĞLU, Metin: “Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar”, TAAD, (24), 2016, s.21; KAYIHAN, Şaban: Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2019, s.244; YASAMAN, Hamdi: Haksız Rekabet ve Rekabet Yasası, Seçkin Hukuk, Ankara 2020, s.14; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.375.

¹⁴ AKSOY, “Haksız Rekabet” s.29; NÖMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku, s.31.

¹⁵ AKSOY, “Haksız Rekabet”, s.25; PEKDİNÇER/YILDIZ, s.27; GÜVEN, Şirin: “6102 Sayılı TTK'nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 18(2), 2012, s.176 vd.

¹⁶ “*Gerek haksız rekabete ilişkin yasal düzenlemeler gerekse Medeni Kanun'un 2. maddesinde belirtilen herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu yönündeki tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulunan temel hüküm uyarınca bir ticari işletmeye, şirkete yönelik olarak yapılan eylemlerin haksız rekabet oluşturması için bu eylemleri yapanların tacir olmaları veya haksız rekabete maruz kalan şahıs, şirket veya işletme ile aynı konularda iştigal etmeleri gerekmemektedir. Haksız eylemin özel bir türü olan haksız rekabeti oluşturan eylemin kim tarafından, hangi şekilde hangi yolla meydana getirilmiş olduğunun bu eylemin sübutu açısından bir önemi bulunmayıp, yapılan eylemin haksız olarak bir ticari işletmeye, ticari faaliyete zarar verip vermediği, güven içinde devam etmesi, işlemesi gerekli rekabet ortamını bozup bozmadığı hususu üzerinde durulmalıdır.*” (Yargıtay 11.HD., 21.02.2010, E.2008/9072, K.2010/591, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi:14.12.2021)); UZUNALLI, s.385-386; GÜVEN, Şirin: “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2011, s.42 vd.; Haksız rekabete hakim olan ilkeler için bkz. AYHAN, Rıza: “Ticari İş -Ticari İşletme -Tacir -Ticaret Sicili- Ticaret Unvanı- Haksız Rekabet”, EÜHFD, XVI(3-4), 2012, s.48.

¹⁷ “Hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında (ortamın her zaman piyasa olması şart değildir) tüm katılanlar piyasanın tüm aktörlerinin dürüst davranış kurallarına göre hareket edeceğine güvenir ve güvenmek hakkını haizdir. Dürüstlük kuralını ihlâl eden bu güvene aykırı hareket edilmiş olur. Bu da haksız rekabet oluşturur.” (Madde Gerekçesi); YASAMAN, s.79; GÜVEN, “TTK'nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler”, s.178; PEKDİNÇER/YILDIZ, s.28; KARAHAN, s.197; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.376.

¹⁸ RG: 01.01.2002; 24607.

¹⁹ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.377.

²⁰ ŞENER, s.593.

Maddede değinilmesi gereken bir diğ er husus, korunan *müş teriler* içerisinde tüketicilerin de yer almasıdır²¹. Müş teriler, tüketicici kavramından daha geniş bir anlam iç ermektedir²². Ancak Türk Ticaret Kanunu'ndaki bu düzenlemeler doğ rudan tüketiciciyi koruyan özel düzenlemeler değ ildir. Tüketiciler, özel olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile koruma altına alınmıştır.

“*Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar*” başlıklı Türk Ticaret Kanunu m.55, altı bent ve yirmi bir alt bentte haksız rekabet hallerini örnek olarak sıralamıştır. Bu haller haksız rekabet hali oluşturmakla birlikte sınırlayıcı olarak sayılmış değ ildir ve bu hallerin dışında da haksız rekabetin söz konusu olması mümkündür. Ancak 55. maddede sayılan haller bakımından doğ rudan haksız rekabet hali oluşturdukları kabul edildiğ i için ayrıca bir incelemeye gerek duyulmamaktadır. M.55’de sayılan hallerin dışında bir durumun haksız rekabet olup olmadığ ının tespitinde ise, m.54/2’deki genel hükümden faydalanmak gerekmektedir²³.

Bu çalışmanın esasını oluşturması açısından tüm alt bentleri değ il, yalnızca m.55/I (a/8)’i incelemekle yetinilecektir. Madde 55, başlıca rekabet hallerini sıralarken, f.1 (a/8)’de “*müş terinin karar verme özgürlüğ ünün özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlanmasından*” söz etmektedir. “Saldırgan satış” kavramı, esasında ilk defa 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ele alınmıştır. Nitekim daha önce ne Türk haksız rekabet hukukunda ne de yargı kararlarında saldırgan satış yöntemleri yer almış değ ildir. Saldırgan satış yöntemlerinin haksız rekabet hukukuna dahil edilmiş olmasının nedeni ise, sunulan mal ve hizmetin tercih edilmesinin dürüst rekabetin sonucu olarak kaliteli mal ve hizmet değ il, aksine sakatlanan irade sonucunda gerçekleşmiş olmasıdır²⁴.

Türk Ticaret Kanunu m.55/I(a/8)’in gerekçesinde, “saldırgan” ifadesinin, ş aşırtan, beklenmedik anda, örneğ in yoldan zorla çevrilerek yapılan satışları ifade ettiğ i, bu anlamda müş terinin güç bir durumda kalarak satın alma mecburiyetinde kaldığ ı ifade edilmiştir. Aksi durumda, örneğ in el sallayarak bir kimseyi lokantasına davet edenlerin de bu hükümün kapsamına girmesi gerekeceğ i ancak, maddenin amacının bu olmadığı, burada saldırganlığ ın bir özellik taşıması ve bu anlamda muhatabı köş eye sıkıştırması gerektiğ i, ifade edilmektedir²⁵. O halde amaç, müş terileri saldırgan özellik taşıyan satışlardan korumaktır. Nitekim, bir hukuki işlem öncesinde kurulması gereken satıcı- müş teri iletişimi bakımından, örneğ in ürününü tanıtmak isteyen bir satıcının davranışının saldırgan olduğ undan söz edilemez. Ancak bu tanıtımın yapıldığ ı saat, yer, tutum ve davranış duruma göre bu satış yöntemini saldırgan hale getirebilir.

Bir diğ er husus ise, maddenin sadece satış yöntemlerini ele almasıdır. Bu anlamda saldırgan reklamlar bu madde kapsamında değ erlendirilmemektedir. Nitekim reklam, satışa yardımcı bir araçtır ve muhatabını satın almak zorunda bırakmamaktadır. Bu anlamda saldırgan bir reklamın haksız rekabet oluşturup oluşturmadığ ının genel hükme (m.54/2) göre tespit edilmesi gerekmektedir²⁶.

²¹ OKAN, Neval: “Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicinin Korunması”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(4), 2016, s.76; AKSOY, “Haksız Rekabet”, s.17-18; YASAMAN, s.78; “Dolayısıyla örneğ in , market işleten bir gerçek kişi tacir veya limited şirketin işletme personelinin kullanımına yönelik olarak mobilya veya bilgisayar satın almasıyla da gerçek kişi tacir veya limited şirketin doğ rudan kendi işlettiğ i restoranında kullanmak üzere beyaz eş ya satın alması durumunda hem gerçek kişi tacir hem de limited şirket TKHK bakımından tüketicici olarak nitelendirilmese de haksız rekabet hükümleri bakımından “müş teri”dir.”, (NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku s.95); GÜVEN, “TTK’nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğ u Menfaatler”, s.177; ARKAN, “Haksız Rekabet-Geliş meler- Sorunlar”, s.8.

²² PEKDİNÇER, Remzi Tamer: Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2020, s.29; ÖZDAMAR, Mehmet/ERMENEK İbrahim: “Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat”, FMR, 7(3), 2007, s.64; Aynı yönde görüş için bkz. KARAMANLIOĞ LU, Argun: “Tüketicici Hukuku’nda Saldırgan Satış Yöntemleri”, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Seçkin Yay., Ankara Ekim 2016, s.71; NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku s.36.

²³ Ş ENER, s.593-594; ARKAN, Ticari İş letme Hukuku, s.317; AKSOY, “Haksız Rekabet”, s.24.

²⁴ GÜVEN, “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı” s.83; Ç INAR KARABAĞ , Nihal: “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları”, Seçkin Yay., Ankara, 2019, s.114-115; AYDOĞ DU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Tüketicici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.192.

²⁵ “Özellikle” ifadesi yerine “özellikli” veya “oldukça” ifadelerinin olması gereken hukuk bakımından daha yerinde olduğ u eleştirisi için bkz. KARAMANLIOĞ LU, s.67; Saldırganlığ ın ‘ağ ır’, farklı ifadeler ile ‘nitelikli’, ‘özellikli’ olmasını bir şart olarak arayan bkz. NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku s.242; Gereğ enin, “özellikle” ifadesi hakkında yapmış olduğ u açıklamalarıyla hükmü sınırladığ ı yönündeki eleştiri için bkz. KARAHAN, s.210.

²⁶ Bkz. Madde Gereğ esi; ARKAN, Ticari İş letme Hukuku, s.321; KARAMANLIOĞ LU, s.66; PEKDİNÇER, s.166; “Saldırgan reklamların saldırgan satış yöntemlerine dahil olması” gerektiğ i yönünde karşı görüş e ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SAVAŞ, Firdevs: “Reklam Vasıtasıyla Ortaya Ç ıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar”, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 18(2), 2017, s.240-241.

Türk Ticaret Kanunu m.56, haksız rekabet sebebiyle ileri sürülebilecek talepleri düzenlemiştir. Saldırgan satış yöntemi karşısında, “*filin haksız olup olmadığının tespiti*”, “*haksız rekabetin men’i*”, “*haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması*” ve “*kusur varsa zararın tazmini*” istenebilir.

III. HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALAR

A. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (ve 2005/29/AT Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi)’da ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nde Haksız Ticari Uygulamaların İncelenmesi

1.Genel Olarak

Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁷ düzenlemesinin yeniden kaleme alınması ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un²⁸ getirilmesindeki temel amaç, Avrupa Birliği mevzuatı ile Türk hukukunun uyumunun sağlanması olarak belirtilmiştir²⁹. Bu anlamda çalışmanın da konusunu oluşturan Tüketicilere Yönelik Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin 2005/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi³⁰ iç hukuka aktarılan düzenlemelerden bir tanesidir.

Direktif’in amacı 1. maddesinde³¹, tüketicilerin ekonomik çıkarlarına zarar veren haksız ticari uygulamalara ilişkin Üye Devletlerin mevzuatlarını uyumlaştırmak ve böylece yüksek düzeyde bir tüketici koruması sağlamaktır, şeklinde ifade edilmiştir. Direktif ile üye ülkelere, tüketicilerin korunması bakımından tek tip koruma yükümlülüğü getirilmiştir³².

Direktif’in, öncelikle genel hüküm (m.5), devamında aldatıcı ve saldırgan ticari uygulamalar olmak üzere temel kısımlara ayrıldığı görülmektedir. Direktif m.5, haksız ticari uygulamaları yasaklamaktadır. Ayrıca bir ticari uygulamanın haksız olduğunun tespitinin yapılabilmesi bakımından iki temel ilkeye de yer vermektedir³³. Bu anlamda, bir uygulamanın mesleki özenin gereklerine aykırı olması ve hitap ettiği ortalama tüketicinin ekonomik davranış biçimini bozması veya önemli ölçüde bozma olasılığı olması halinde uygulama, haksız sayılacaktır. Mesleki özenin gerekleri, Direktif’de (m.2/h), bir tacirin tüketicilere karşı makul olarak göstermesi beklenebilecek özel beceri ve özen standardı, olarak ifade edilmiştir. O halde tacirin davranışı, sıradan bir kimsenin davranışlarına göre profesyonel olmak durumunda ve iyiniyet ve dürüstlük ilkelerine de uygun olmalıdır³⁴. Hatta mesleki özen kavramı iyiniyetten daha geniş bir anlamı ifade etmekte örneğin, dürüst bir antikacının orjinal olduğu düşüncesiyle sahte ürünler satmasında, antikacı iyiniyetli olmakla beraber mesleki özen gereklerine uygun davranmamaktadır³⁵.

Saldırgan ticari uygulamalar, 8. maddede, bir ticari uygulamanın taciz, cebir veya nüfuzun kötüye kullanılması yoluyla ortalama bir tüketicinin ürünle ilgili seçim veya davranış özgürlüğünü ciddi şekilde bozması ya da bozma olasılığı bulunması halinde tüketicinin almayacağı bir satın alma kararına yol açıyorsa ya da yol açma olasılığı varsa saldırgan olacağı, şeklinde ifade edilmektedir.

Direktif, temel kısımların yanında iki de ekten oluşmaktadır. Ek 1’de her halukârda haksız olduğu kabul edilen ticari uygulamalara yer verilmiştir. Uygulamaların listede, aldatıcı ve saldırgan

²⁷ RG: 23.02.1995; 22221.

²⁸ RG: 28.11.2013; 28835.

²⁹TBMM 24. Dönem 3. Yasama yılı 490 sıra sayılı Tasarı Genel Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021); KARA, İlhan: Tüketiciler Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara 2015, s.41.

³⁰ “11.05.2005 tarihli 84/450/AET sayılı Konsey Direktifini, 97/7/AT, 98/27/AT ve 2002/65/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktiflerini ve 2006/2004 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü’nü Tadil Eden İç Pazarda İşletmeden- Tüketicilere Yönelik Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin 2005/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi; 2005/ 29 /AT sayılı Direktif’i değiştiren, 27 Kasım 2019 tarihli Avrupa Parlamentosu Ve Konsey Direktifi (AB) 2019/2161

ve değişiklikler” için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L2161>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021); AYDOĞDU/KAHVECİ, s.193.

³¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021)

³² CEYLAN, s.125; ABBOMENTE, Giuseppe B.: “The Unfair Commercial Practices Directive: An Example Of The New European Consumer Protection Approach”, Columbia Journal Of European Law Vol 12, s. 711, https://heionline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/coljeul12&id=702&men_tab=srchresults, (Erişim Tarihi: 22.11.2021)

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKSOY, Mehmet Ali: “2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri”, İÜHFM, LXXIII(1), 2015, s.288 vd.

³⁴ COLLİNS, Hugh: “The Unfair Commercial Practices Directive”, De Gruyter December 2, 2005, s.419; ABBOMENTE, s.705-706.

³⁵ ABBOMENTE, s.705.

ticari uygulamalar olarak ayrıldığı görülmektedir. Yirmi üç adet aldatıcı ticari uygulama³⁶ ve sekiz adet saldırgan ticari uygulama, Direktif gereği, Direktif’de yer alan şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmeksizin haksız oldukları kabul edilmektedir³⁷. Bu sebepten uygulamada bu listenin *kara liste* olarak anıldığı da görülmektedir³⁸.

Türk Hukuku bakımından anılan Direktif, aşağıda inceleneceği üzere, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 2015 tarihli Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği³⁹ ile iç hukuka aktarılmış bulunmaktadır⁴⁰.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un kapsamını, tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemi oluşturmakta iken, 6502 sayılı Kanun’un kapsamı, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalardır. 6502 sayılı Kanun ile tüketiciye yönelik koruma kapsamının genişletildiği görülmektedir⁴¹. Tüketiciciye yönelik uygulamaların Kanun’da bir tanımı yapılmamakla beraber⁴², gerekçede⁴³ de ifade edildiği üzere tüketicinin muhatap olduğu her türlü haksız ticari uygulamalar, ilgili Kanun kapsamında değerlendirilecektir. Aşağıda görüleceği üzere, özellikle aldatıcı ve saldırgan nitelikte olan uygulamaların haksız olduğu kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır.

2. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (m.62)

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, m. 62/1, Direktif’te yapılan tanıma uygun olarak, ticari uygulamanın mesleki özenin gereklerine uymaması ve tüketicinin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması halinde, haksız kabul edileceğini ifade etmiştir.

Tüketicinin karşısında bulunan, satıcı, sağlayıcı, kredi veren, üretici, ithalatçı gibi ticari uygulamada bulunanlar tarafından tüketicinin kararını etkileyebilecek her türlü haksız ticari uygulama yasaklanmıştır. Yasağın amacı, tüketicinin hukuki işlemler yaparken özgür iradesiyle karar vermesinin istenmesidir. Haksız ticari uygulamaların yasaklanması ile tüketicilerin kendi iradeleriyle karar vermelerine imkân tanınacak ve aksi halde vermeyeceği bir satın alma kararının önüne geçilmesi sağlanacaktır. Örneğin, tüketiciye mal veya hizmetin niteliği veya menşei hakkında veya müteşebbisin özellikleri hakkında yanlış bilgi verilmesi veya tüketicinin karar vermesi için gerekli olan bazı bilgilerin kendisinden saklanması hallerinde haksız ticari uygulamaların varlığı kabul edilecektir⁴⁴.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketicilere yönelik gerçekleştirilen haksız ticari uygulamaların yaptırımını m.77/13’de, “... haksız ticari uygulamanın üç aya kadar tedbiren durdurulması veya durdurulması yaptırımı veya beş bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır. Kurul, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. İdari para cezası, aykırılık

³⁶ 2005/ 29 /AT sayılı Direktif’i değiştiren, 27 Kasım 2019 tarihli Avrupa Parlamentosu Ve Konsey Direktifi (AB) 2019/2161 ile 11. uygulamaya 11 a ve 23. uygulamaya 23 a-b-c alt bentleri eklenmiştir.

³⁷ NOMER ERTAN, Nedret Fusun: “Haksız Ticari Uygulamalar”, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk -Acquis Communautaire’in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, Ed. Kaya A., Engin B. İ., Pashı A., Aşkoğlu Ş. İ., Oğuz E., İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020, s.999; HOWELLS, Geraint/MICKLİTZ, Hans/WILHELMSSON: European Fair Trading Law The Unfair Commercial Practices Directive, Ashgate Publishing, England 2006, s.158.

³⁸ AKSOY, “Direktif”, s.286-287; The Unfair Commercial Practices Directive Questions And Answers, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_07_572. (Erişim Tarihi: 09.08.2021); ABBOMENTE, s.704; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s.193; HOWELLS/ MICKLİTZ/ WILHELMSSON, s.158.

³⁹ RG: 10.01.2015; 29232.

⁴⁰ Nitekim Tasarı’nın Genel Gerekçesi, “AB tüketici mevzuatının sık sık revize edildiği gerçeği karşısında Tasarıya sadece en önemli ve temel hususlar alınmış, özellikle teknik bütün ayrıntıların yönetmeliklerle düzenlenmesi tercih edilmiştir. Bu şekilde yasa koyucunun ihtiyaç duyacağı esnekliğin sağlanması amaçlanmıştır.” demektedir. (TBMM 24. Dönem 3. Yasama yılı 490 sıra sayılı Tasarı Genel Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021)); Direktif’te yer alan ancak Türk Hukuku’na aktarılmayan düzenlemeler ve eleştirisi için bkz. KARAMANLIOĞLU, s.69

⁴¹ AYDOĞDU, Murat: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2013, s.18; ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yay., Ankara Kasım 2016, s.87.

⁴² Direktif m.2’de işletmeden tüketiciye yönelik uygulamalar, “bir ürünün tüketicilere tanıtımı, satışı veya tedariki ile doğrudan bağlantılı olmak üzere bir tacir tarafından gerçekleştirilen bir eylem, ihmal, davranış biçimi, beyan, reklam ve pazarlama da dahil olmak üzere ticari iletişimi ifade eder.” şeklinde belirtilmiştir. Aynı yönde bkz. TRHTUY m.4(p).

⁴³ Bkz. Madde 2 Gerekçesi, “kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden ... gerçek veya tüzel kişilerin, tüketicilerle sözleşme imzalanmadan önce, sözleşmenin kurulması esnasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamalar da Kanun kapsamında değerlendirilecektir. Bu hüküm ile özellikle bir hukuki işleme veya sözleşmeye dayanmayan, tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamaların da Kanun kapsamında olduğu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır”.

⁴⁴ Bkz. Madde Gerekçesi.

ülke genelinde gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası olarak uygulanır.” şeklinde düzenlemiştir. Sözü geçen idari yaptırımlara Reklam Kurulunca karar verilmekte ve yaptırımlar da Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca uygulanmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.62’de yer alan haksız ticari uygulamalar Türk Ticaret Kanunu m.54/2 kapsamında haksız rekabet oluşturdukları için tüketiciler, Türk Ticaret Kanunu m.56’da düzenlenen hukuki yaptırımlara başvurarak uygulamanın haksız ticari uygulama olup olmadığını tespitini, önlenmesini, ortadan kaldırılmasını isteyebilir, ayrıca bir zarar görme durumu söz konusuysa tazminat da talep edebilirler⁴⁵.

Tüketicieye mal veya hizmetin niteliği veya menşei hakkında veya müteşebbisin özellikleri hakkında yanlış bilgi verilmesi sonucunda, dolayısıyla tüketicinin aldatılması neticesinde bir sözleşme yapılmışsa, irade bozukluğu ile yapılan bu sözleşme, tüketici tarafından Türk Borçlar Kanunu m.39 gereği aldatmanın öğrenilmesinden itibaren bir yıl içerisinde iptal edilebilir. Ayrıca aldatan, tüketicinin bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmeye mecburdur.

3. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (m.28)

2015 tarihli Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (TRHTUY), 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 61 vd. maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır⁴⁶.

TRHTUY, m.28/1, ticari uygulamaların hangi hallerde haksız olacağını ve haksız ticari uygulamaların tüketici işlemi öncesinde, işlem sırasında veya işlem sonrasında yapılamayacağını da hükme bağlamıştır. Böylelikle sözleşme öncesinde tüketiciye yönelik *culpa in contrahendo* sorumluluğunun da haksız ticari uygulama kapsamında kabul edildiği ve bu sorumluluğa aykırılığın yasaklandığını söylenebilir. Aynı husus sözleşmenin ard etkisi (*culpa post pactum perfectum*)⁴⁷ bakımından da geçerlidir. Böylece tüketici işlemi sona erdikten sonra da tarafların kurmuş oldukları yakınlık sebebiyle doğabilecek zararlar bakımından sorumluluk da haksız ticari uygulama olarak değerlendirilecektir.

28. maddenin son fıkrasında, “29 uncu maddede yer alan aldatıcı eylemler, 30 uncu maddede yer alan aldatıcı ihmaller ve 31 inci maddede yer alan saldırgan ticari uygulamalar ile Ek’te yer alan aldatıcı ticari uygulamalar ve saldırgan ticari uygulamalar her hâlükârda haksız ticari uygulama olarak kabul edilir.”, denmektedir. Düzenleme, haksız ticari uygulama karinesine⁴⁸ ilişkindir. Keza aynı yönde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.62/1 düzenlemesi de bulunmaktadır. Ancak m.28/4, 29, 30 ve 31 inci maddelerin de her halükârda haksız ticari uygulama sayılacağına düşünülmesine yol açacak sakıncalı bir ifadeye yer vermiştir. 29, 30 ve 31 inci maddelerde aldatıcı eylem, ihmal ve saldırgan ticari uygulamalar düzenlenmiş olmakla birlikte anılan maddeler, bir ticari uygulamanın haksız olup olmadığını tespitine ilişkin değerlendirme hükümleridir. Nitekim m.31/2, bir ticari uygulamanın saldırgan olup olmadığını tespitinde dikkate alınacak hususlara yer vermiştir. Ancak Ek’te yer alan hususlar doğrudan haksız ticari uygulamalardır.

Haksız ticari uygulama karinesine ilişkin olarak m.29-31’deki hususların düzenlemede yer alan nitelikleri taşıması halinde haksız ticari uygulama olarak kabul edileceklerini ancak, ispat yükünün de gereği olarak, ticari uygulamada bulunan, uygulamanın haksız olmadığını ispatlayabilecektir. Nitekim, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.62/2’ye göre, “*ticari uygulamanın haksız olduğunun iddia edilmesi halinde, ticari uygulamada bulunan bu uygulamanın haksız ticari uygulama olmadığını ispatla yükümlüdür.*” Bu sebepten dolayı tüketiciler haksız ticari uygulamayı ispat etmekle yükümlü değildirler. Burada tüketici lehine ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusudur. Satıcı veya sağlayıcı iddia edilen uygulamanın haksız ticari uygulama olmadığını ispat etmek durumundadır⁴⁹. Karineye ilişkin diğer önemli husus ise,

⁴⁵ NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku, s.396; KARAHAN, s.225; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.396; POROY/YASAMAN, s.345; Ancak tüketiciler, haksız rekabetin sonucunda araçların ve malların imhasını istemezler (TTK m.56/2).

⁴⁶ TRHTUY m.3

⁴⁷ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 18.B., Vedat Kitap, İstanbul 2020, s.40; ÖREN, Arzu: “Culpa Post Pactum Perfectum (Sözleşmenin Art Etkisi)”, Fides Hukuk Dergisi, (3), 2021, s.6.

⁴⁸ TKHK m.61/2’de haksız ticari uygulamalara ilişkin ispat yükünün, ticari uygulamada bulunan üzerinde olmasının karinenin pratik faydasını kaldırdığına ilişkin bkz. TOPÇUOĞLU, s.32.; TKHK m.62/2’den çıkan sonuç, uyuşmazlık halinde ticari uygulamanın haksız kabul edileceği dolayısıyla 62/2’nin haksız ticari uygulama karinesi olduğu yönünde bkz. ÇABRİ, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.983.

⁴⁹ CEYLAN, s.142.

Ek'te sayılan durumların aksini ispatın mümkün olmadığıdır⁵⁰. Aşağıda da ifade edileceği üzere Ek'te sayılan uygulamalar örnekseyici olup sınırlayıcı olarak sayılmamıştır⁵¹.

Burada dikkat edilmesi gereken, Ek'te sayılan uygulamalar dışında da pek tabii haksız ticari uygulamaların olması mümkündür. Ancak, uygulamada bulunanın ispat hakkını elinden alan durumlar Ek'te sayılanlarla sınırlıdır. Dolayısıyla ticari uygulamada bulunan kimse, Ek'te sayılanlar dışındaki uygulamaların haksız ticari uygulama olmadıklarını ispatlayabilir⁵². Aksi takdirde ticari uygulamada bulunan satıcı veya sağlayıcının ispat hakkının elinden alınması gibi olumsuz ve sınırları belli olmayan bir sonuç ortaya çıkar.

4. Haksız Ticari Uygulamaların Haksız Rekabet ile İlişkisi

Yukarıda yapılan incelemeler neticesinde, Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet kurumunun genel olarak, dürüst, hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamını sağlama amacının olduğu görülmektedir. Bunun yanında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketicileri haksız ticari uygulamalara karşı korumayı amaçlamaktadır. Düzenlemelerde korunan menfaatler ve gerçekleştirilmek istenen amaçlar farklı gibi görünse de, rekabetin dürüst ve hukuka uygun gerçekleşmesi dolaylı olarak tüketicileri de korumaktadır⁵³.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında bir haksız ticari uygulama, aynı zamanda Türk Ticaret Kanunu'na göre haksız rekabet de oluşturabilir, denebilir. Nitekim, haksız rekabete ilişkin hükümler, hem rakipler arasında hem de rakiplerle müşteriler⁵⁴ arasındaki ilişkinin korunmasını amaçladığından tüketicileri koruma amacı taşıyan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında haksız ticari uygulama hükümlerine göre daha kapsamlıdır⁵⁵. Dolayısıyla Tüketici Hukukundaki "haksız ticari uygulama yasağı", aynı zamanda bir "haksız rekabet" sayılmaktadır⁵⁶.

IV. SALDIRGAN TİCARİ UYGULAMALAR

A. Genel Olarak

Haksız ticari uygulamaların ve nitekim saldırgan ticari uygulamaların yasaklanmasının amacı, satıcı, sağlayıcı, kredi veren, üretici gibi tüketici karşısında güçlü konumda bulunan kişilerin, zayıf ve tecrübesiz olan tüketicilere yönelik uygulamalarının, tüketicinin özgür iradesiyle karar vermesini zorlaştıracığıdır. Tüketicilerin serbest iradeleriyle düşünerek karar verebilmeleri sağlanmaya çalışılmaktadır. Bir haksız ticari uygulama olarak saldırgan ticari uygulamalar, tüketicinin iradesini taciz, cebir veya haksız tesir yoluyla bozmaktadır. Bunun sonucunda tüketici, özgür iradesiyle taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmakta, tüketici bu hukuki işlemi korku, acıma, nezaket gibi duygularla kurmaktadır⁵⁷. Örneğin, satın alınan bir mobilyanın bakımının ancak satıcının elinde bulundurduğu özel bakım malzemesi ile yapılabildiği, aksi takdirde çok kısa bir süre içerisinde mobilyanın eskিয়েceği/ bozulacağı endişesi yaratılarak bakım ürününün korku ile satın alınmasına uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır⁵⁸. Burada satıcının söz ve davranışlarındaki ısrarı tüketicinin özgür iradesini bozmakta ve tüketici normalde girişmeyeceği bir hukuki işleme taraf olmaktadır. Böylelikle de tüketicinin en temel haklarından seçme özgürlüğü elinden alınmaktadır⁵⁹.

TRHTUY m.31/2, bir ticari uygulamanın; saldırgan olup olmadığının belirlenmesinde birtakım ölçütler getirmiştir. Bunlar, ticari uygulamanın zamanı, yeri, mahiyeti ve devamlılığı, tehdit ya da hakaret içeren söz veya davranışlar içerip içermediği, ticari uygulamada bulunan tarafından getirilen ağır veya orantısız sözleşme dışı bir engelin bulunup bulunmadığı şeklindeki kriterlerdir.

TRHTUY EK, haksız ticari uygulama olarak kabul edilen örnek uygulamaları paylaşmaktadır. Bu sayılan haller, saldırgan ticari uygulamalara örnek olarak verilmiş olup

⁵⁰ TOPÇUOĞLU, s.38.

⁵¹ OKAN, s.77; KARAMANLIOĞLU, s.71; KARA, s.205.

⁵² TOPÇUOĞLU, s.38.

⁵³ "CEYLAN, s.130; KOYUNCUOĞLU, Hikmet/ÖZKUL, Zeynep: "Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Düzenlemesi ve Tüketici Hukuku", İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, 88(1), 2014, s.221)

⁵⁴ Nitekim müşteriler tüketicileri de kapsamaktadır. Bkz. TTK m.54, 55 Gereğesi; TOPÇUOĞLU, s.16.

⁵⁵ CEYLAN, s.131.

⁵⁶ KOYUNCUOĞLU/ÖZKUL, s.214; CEYLAN, s.132.

⁵⁷ OKAN, s.79; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.192.

⁵⁸ Aynı yönde bkz. ÇABRİ, s.982.

⁵⁹ OKAN, s.79; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.192.

sınırlayıcı nitelikte değildir⁶⁰. Buna göre, amaçlanan hukuki ilişki kurulana kadar tüketicinin o işyerinden ayrılamayacağını örneğin psikolojik baskı yoluyla tüketiciye hissettirmek veya tüketicinin meskenini terk etmesi ve geri gelmemesi yönündeki uyarılarına rağmen tüketicinin evine ziyaretler yapmaya devam etmek veya tüketiciye, mal veya hizmeti almaması halinde ticari uygulamada bulunanın iş yerinin ya da geçiminin tehlikeye gireceğini söylemek, aralarındaki hukuki ilişkiye dayanarak herhangi bir talepte bulunan tüketiciden, talebi ile ilgisi olmayan belgeler arz etmesini ya da ücret ödemesini talep etmek ya da sistematik olarak konuyla ilgili görüşmekten kaçınmak ve bu yollarla onu hukuki haklarını kullanmaktan caydırmaya çalışmak, mal veya hizmeti almaması halinde ticari uygulamada bulunanın iş yerinin ya da geçiminin tehlikeye gireceğini söylemek, ödül veya benzeri bir menfaat söz konusu olmamasına rağmen, tüketicinin bunları talep edebilmek için para ödemesi ya da bir masrafta bulunması gerektiği hallerde, bu ödül veya menfaati kazandığı, kazanacağı veya belirli bir eylemde bulunması halinde kazanacağı doğrultusunda yanlış izlenim oluşturmak, saldırgan ticari uygulamalardır.

Saldırgan satış yapanların genellikle kullandıkları davranış ve sözlere örnek olarak, satıcının belli bir oranın üstünde satış gerçekleştiremediği halde işinden olacağını söylemesi, tavır ve hareketleriyle istenilen hukuki işlemin gerçekleşmemesinin ayıp olacağı algısı yaratması, kampanyanın sona ereceği ve fırsatın kaçırılacağını ifade edilmesi⁶¹, ısrarlı tavrın örneğin lüks bir ortamda yapılması üzerine tüketicinin çevreye mahcup olmamak adına sözleşme ilişki kurması olarak gösterilebilir⁶². Nitekim bu hallerde tüketici, hukuki işleme acıma, korku ve endişe duygularıyla taraf olmaktadır.

B. Saldırgan Ticari Uygulamaların Unsurları

1. Uygulamanın Saldırgan Olması

Saldırgan ticari uygulamalar, TRHTUY m.31/1'de,

“Bir ticari uygulamanın; taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya haksız tesir yoluyla ortalama tüketicinin bir mal ya da hizmete ilişkin seçim veya davranış özgürlüğünü önemli ölçüde bozması veya bozma olasılığı taşıması ve tüketicinin bu sebeple normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olması veya taraf olma olasılığının artması halinde saldırgan olduğu kabul edilir.” denilerek ifade edilmiştir.

Mesleki özenin gereklerine uygun hareket edilip edilmediği ticari uygulamanın haksız olup olmadığının tespitinde önemli bir unsurdur. Nitekim Direktif m.5'de ticari uygulamanın haksız olmasının ilk şartı, uygulamanın mesleki özene aykırı olmaması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. Saldırgan ticari uygulamalar ise, mesleki özene nitelikleri gereği kendiliğinden aykırı davranışlardır. Bu anlamda eğer bir uygulama taciz, şiddet veya haksız tesir içeriyorsa mesleki özenin ihlalinin tespitine ayrıca ihtiyaç bulunmamaktadır⁶³.

Direktif, uygulamanın taciz (harassment), zorlama (coercion) veya nüfuzu kötüye kullanma (undue influence) içermesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁴. Şiddetin fiziksel olması şart olmayıp psikolojik olması da mümkündür. Nitekim yeterli satış yapılmadığı takdirde işten atılacağını söyleyerek tüketiciyi acıma duygusuyla hukuki işleme taraf olmak zorunda bırakmak buna örnektir⁶⁵. Mevzuatımızda yeni sayılabilecek bu unsurlar yeteri kadar tanımlanmış ve mahkeme kararlarına da yansımış değildir. Dolayısıyla sınırları belirli bir tanım yapılamamakla birlikte bu unsurlar aşağıda örneklerle ele alınmaya çalışılacaktır.

Taciz (harassment) unsuru, tüketicinin daha çok özel yaşamı ile ilgili olup, taciz fiili özel yaşama müdahale şeklinde gerçekleşmektedir⁶⁶. TRHTUY m.31/2'de (Direktif m.9) saldırganlığın tespitine yardımcı ölçütler arasında ticari uygulamanın zamanı, yeri, mahiyeti ve devamlılığının bu anlamda belirleyici olabileceği ifade edilmiştir. O halde tüketicinin gece geç saatlerde aranması bu anlamda tacize örnek olarak verilebilir ya da tüketicinin olumsuz cevabına rağmen aranmaya devam edilmesi yine saldırgan satış şeklinde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla ortalama tüketici esas alınarak

⁶⁰ KARAMANLIOĞLU, s.71; OKAN, s.77; ÇABRİ, s.983; KARA, s.207.

⁶¹ https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/unfair-treatment/unfair-commercial-practices/index_en.htm#shortcut-10, (Erişim Tarihi: 15.12.2021)

⁶² OKAN, s.78.

⁶³ AKSOY, “Direktif”, s.296; HOWELLS/MICKLİTZ/WILHELMSSON, s.172.

⁶⁴ HOWELLS/MICKLİTZ/WILHELMSSON, s.170.

⁶⁵ AKSOY, “Direktif”, s.311; Sipariş edilmeyen mal ve hizmetlerin saldırgan satış niteliğinde olduğu ve örneği için bkz. KARA, İlhan, Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara 2015, s.237; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021)

⁶⁶ HOWELLS/MICKLİTZ/WILHELMSSON, s.178.

her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir⁶⁷. Yer bakımından değerlendirmek gerektiğinde, örneğin ticari tesislerin dışında evinde, işyerinde veya kamuya açık alanlarda tüketiciye yaklaşılmış olması yine onun özel alanına müdahale teşkil edebilmekte ve onu psikolojik olarak savunmasız bir duruma sokabilmektedir⁶⁸. Restoranda iş arkadaşlarıyla yemek yemekte olan bir kimseye satıcının satış konusunu alması konusundaki ısrarı onu çevresine mahcup olmamak adına satış sözleşmesi yapmaya zorlamaktadır.

Zorlama/ baskı (coercion) unsuru, tüketicinin baskı ile karar almasıyla gerçekleşmektedir. Tüketicinin fiziksel veya psikolojik baskı sonucunda seçim özgürlüğü ihlal edilmektedir⁶⁹. Uygulamada daha çok psikolojik olarak gerçekleşen bu baskıya hayvanların korunması, doğanın korunması ya da örneğin ihtiyacı olan öğrenciler yararına satışın gerçekleştirildiği belirtilerek kitap/ dergi satımı ya da örneğin konser/ tiyatro bileti satımının gerçekleştirildiği görülmektedir⁷⁰. Nitekim tüketicinin bu hallerde çoğu zaman özgür iradesiyle değil, acıma ve utanma duygusuyla hukuki işleme taraf olduğu görülmektedir.

Nüfuzu kötüye kullanma/ haksız tesir (undue influence), diğer unsurların aksine, Direktif m.2/j ve aynı yönde TRHTUY m.4’de tanımlanmıştır. Fiziksel güç kullanmadan bile tüketiciyle ilgili bir güç konumundan yararlanılmasıyla tüketicinin karar verme özgürlüğünün sınırlanacağı ifade edilmektedir. Nüfuzu kötüye kullanma, ticari uygulamada bulunanın tüketiciye karşı güçlü konumunu kullanması anlamındadır⁷¹. Bu anlamda ticari uygulamada bulunanın tüketici üzerinde ekonomik veya sosyal bir nüfuzu bulunabilir⁷². Bu nüfuzun kötüye kullanılması sonucunda ise tüketici kendi özgür iradesiyle almayacağı bir karar almaktadır. Tüketicinin sürekli borçlu olduğu bir kimseye duyduğu minnet karşısında alacağı karar veyahut arkadaşlık veya akrabalık ilişkisi sonucunda taraf olmuş olduğu hukuki ilişki bu anlamda haksız tesir teşkil edecektir⁷³.

Görüldüğü üzere, bu unsurların da birbirlerinden kesin olarak ayrılmaları mümkün değildir⁷⁴. Ticari uygulama ister taciz ister zorlama isterse nüfuzun kötüye kullanılması ile gerçekleşsin, tüketicinin seçim özgürlüğünün ihlal edilmesi sonucunu doğuran bir uygulama saldırgan addedilecektir.

2. Ortalama Tüketicinin Seçim veya Davranış Özgürlüğünü Bozması

Ortalama tüketici, Direktif’de tanımlanmış değildir. TRHTUY’da ise ortalama tüketiciyi, m.4/j’de, “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.*” şeklinde tanımlamıştır.

Saldırgan ticari uygulamadan söz edebilmek için, ortalama tüketicinin bir mal ya da hizmete ilişkin seçim veya davranış özgürlüğünü önemli ölçüde bozmuş olması ya da bozması ihtimalinin doğması şartı aranmaktadır⁷⁵. Dolayısıyla bu ölçütün, etkinin derecesine göre saptanması gerekmektedir.

Ortalama tüketici, ne ortalamanın üstünde çok zeki ne de ortalamanın altında çok düşük zekâ seviyesine sahip biridir⁷⁶. Ölçüt olarak kabul edilecek tüketici tipi, ortalama bir zekâ ve makul ölçüde bilgi ve dikkate sahip olmalıdır⁷⁷. Direktif m.5/3’de ayrıca, zihinsel veya fiziksel zayıflıkları, yaşları veya saflıkları nedeniyle savunmasız tüketicilerden (vulnerable consumer) söz etmektedir. Hükme göre, bu kimselerin kendi tüketici grubunda değerlendirilmesi gerekmektedir⁷⁸.

Normal şartlarda tüketici, bir hukuki işleme girişirken öncelikle kendi menfaatini düşünerek hareket etmektedir. Tüketicinin seçim veya davranış özgürlüğü bozulduğunda ise, etkisi altında kaldığı psikolojik baskı/ şiddet ya da tacizden kurtulmak için hukuki işleme taraf olduğu

⁶⁷ SAVAŞ, Firdevs: “Haksız Rekabet Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018, s.52; KARAMANLIOĞLU, s.70.

⁶⁸ HOWELLS/MICKLITZ/WILHELMSSON, s.182.

⁶⁹ HOWELLS/MICKLITZ/WILHELMSSON, s.184.

⁷⁰ SAVAŞ, “Saldırgan Satış Yöntemleri”, s.54-55.

⁷¹The Unfair Commercial Practices Directive Questions And Answers, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_07_572, (Erişim Tarihi: 09.08.2021); HOWELLS/MICKLITZ/WILHELMSSON, s.187.

⁷² SAVAŞ, “Saldırgan Satış Yöntemleri”, s.62.

⁷³ AKSOY, “Direktif”, s.311.

⁷⁴ KARAMANLIOĞLU, s.70.

⁷⁵ AKSOY, “Direktif”, s.311.

⁷⁶ KARA, s.204.

⁷⁷ NOMER ERTAN, “Haksız Ticari Uygulamalar”, s.1001; ABBOMENTE, s.707.

⁷⁸ CEYLAN, s.125; The Unfair Commercial Practices Directive Questions And Answers, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_07_572. (Erişim Tarihi: 09.08.2021)

görülmektedir. Dolayısıyla, tüketicinin korku, şükran, acıma, gafil avlanma gibi duygularla kendini sözleşme akdetmeye zorunlu hissetmesi halinde davranış özgürlüğünün bozulduğundan bahsedebiliriz⁷⁹.

3. Tüketicinin Normal Şartlarda Taraf Olmayacağı Bir Hukuki İşleme Taraf Olması

Türk Borçlar Hukukuna hâkim olan irade serbestisi ilkesi ve bunun sözleşmeler temelinde görünümü olan sözleşme özgürlüğü, kişinin dilediği bir kimseyle sözleşme yapıp yapmamak konusunda serbest olmasını ifade eder. Bir kimse sözleşme yapmak istediği kişiyi özgür iradesiyle belirler. Sözleşme yapmak konusunda zorlanamaz veya kısıtlanamaz. Oysa, yukarıda da ifade edildiği üzere, tüketicinin seçim veya davranış özgürlüğü bozulduğunda, etkisi altında kaldığı psikolojik baskı/ şiddet ya da tacizden kurtulmak için hukuki işleme taraf olduğu görülmektedir. Dolayısıyla tüketici maruz kaldığı etki altında hukuki işleme taraf olmakta, daha doğru bir ifadeyle uğradığı baskı sonucunda normalde taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmakta ya da taraf olmayı düşünmektedir.⁸⁰ Nitekim taraf olma olasılığının artması da saldırgan uygulama olarak düzenlenmiştir. O halde, saldırgan uygulama ile taraf olunan tüketici işlemi arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir.⁸¹

V. SONUÇ

Günümüzde pazarlama yöntemlerinin artışı ile piyasada mal ve hizmet sunum ve satışında da artış meydana gelmiştir. Ancak artan mal ve hizmet satışıyla daha zayıf konumda bulunan tüketicilerin korunması gerekmiştir. Nitekim dürüstlük kurallarına aykırı pazarlama yöntemleri ile tüketicinin mal veya hizmet alırken özgürce karar verme iradesinin sakatlanması sonucu doğmaktadır. Tüketici baskı altında imza attığı, taraf olduğu sözleşme nedeniyle mağdur olmaktadır. Tüketicie yönelik bu davranışlar haksız ticari uygulama oluştururlar. Tüketicilerin haksız ticari uygulamalara karşı korunması gerekmektedir. Bu koruma, hem Türk Hukuk mevzuatı ile hem de Avrupa Birliği Hukuku ile sağlanmaya çalışılmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu saldırgan satış yöntemlerini haksız rekabet hali olarak ele almıştır. Türk Ticaret Kanunu tüketiciyi doğrudan korumamaktadır. Ancak koruması kapsamında tüketiciler de bulunmaktadır. Doğrudan tüketiciyi koruyan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği bulunmaktadır. Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin 2005/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi de tüketici korumasından bahsetmektedir.

Ticari uygulamada bulunanların piyasada mal veya hizmeti satarken mesleki özene uygun hareket etmeleri ve ortalama tüketicinin mal ve hizmete yönelik ekonomik davranış biçimini bozmamaları gerekmektedir. Saldırgan ticari uygulamalar taciz, zorlama, nüfuzu kötüye kullanma ile ortalama tüketicinin ekonomik davranış özgürlüğünü bozar. Tüketici, normal şartlar altında taraf olmayacağı bir sözleşmeye taraf olur. Oysa sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği bir kimsenin ve tüketicinin de sözleşme yapıp yapmamak, sözleşmenin tarafını seçmek konusunda özgürlüğü bulunmaktadır. Haksız ticari uygulamalar böylece hem tüketiciyi mağdur etmekte hem de güvenilir rekabet ortamını bozmaktadır. Haksız ticari uygulama neticesinde ekonomik çıkarları zarara uğrayan tüketicinin çeşitli yaptırımlara başvurması mümkündür. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki idari yaptırımlar Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hukuki yaptırımlara ek başvurulabilecek yollardır.

⁷⁹ KARAMANLIOĞLU, s.67-68.

⁸⁰ ABBOMENTE, s.706.

⁸¹ TOPÇUOĞLU, s.32.

KAYNAKÇA

- ABBOMENTE, Giuseppe B.: “The Unfair Commercial Practices Directive: An Example Of The New European Consumer Protection Approach”, *Columbia Journal Of European Law*,12, s.695-712.
- AKSOY, Mehmet Ali: “2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri”, *İÜHF, LXXIII(1)*, 2015, s.279-318. (Direktif, olarak kısaltılmıştır.)
- AKSOY, Mehmet Ali: “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti”, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2011.* (Haksız Rekabet, olarak kısaltılmıştır.)
- ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.S.Vakfı), Ankara 2013.*
- ARKAN, Sabih: “Haksız Rekabet- Gelişmeler- Sorunlar”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 22(4), 2004, s.5-20
- AYDOĞDU, Murat: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım Ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2), 2013, s.1-62.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: *Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.*
- AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin: *Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yay., Ankara 2015.*
- AYHAN, Rıza: “Ticari İş -Ticari İşletme -Tacir -Ticaret Sicili- Ticaret Unvanı- Haksız Rekabet”, *EÜHFD, XVI(3-4)*, 2012, s.31-53.
- CEYLAN, Ebru: “Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar Ve Uygulama Örnekleri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 8, (15), Haziran 2020, s.123-147.*
- COLLINS, Hugh: “The Unfair Commercial Practices Directive”, *De Gruyter December 2, 2005, s.417-441.*
- ÇABRİ, Sezer: *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.*
- ÇINAR KARABAĞ, Nihal: “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları, Seçkin Yay., Ankara 2019.
- GÜVEN, Şirin: “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2011.* (Haksız Rekabet Hukukunun Amacı, olarak kısaltılmıştır.)
- GÜVEN, Şirin: “6102 Sayılı TTK’nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18(2), 2012, s.175-188. (TTK’nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler, olarak kısaltılmıştır.)
- HOWELLS, Geraint/MICKLITZ, Hans/WILHELMSSON: *European Fair Trading Law The Unfair Commercial Practices Directive, Ashgate Publishing, England 2006.*
- JUNG, Peter: “UCP-Directive and Swiss Law against Unfair Competition”, *Avrupa Tüketici ve Piyasa Hukuku Dergisi (EuCML)*, 5(2), 2016, s.102-106.
- KARA, İlhan: *Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara 2015.*
- KARAHAN, Sami: *Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, Mimoza Yay., Konya 2011.*
- KARAMANLIOĞLU, Argun: “Tüketici Hukuku’nda Saldırgan Satış Yöntemleri”, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Seçkin Yay., Ankara 2016, s.65-72.*
- KAYIHAN, Şaban: *Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2019.*
- KOYUNCUOĞLU, Hikmet/ÖZKUL Zeynep: “Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Düzenlemesi ve Tüketici Hukuku”, *İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, 88(1), 2014.
- NOMER ERTAN, Nedret Füsün: *Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha Yay., İstanbul 2016.*
- NOMER ERTAN, Nedret Füsün: “Haksız Ticari Uygulamalar”, *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumlu Özel Hukuk -Acquis Communautaire’in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, Ed. Kaya A., Engin B. İ., Paslı A., Aşıkoğlu Ş. İ., Oğuz E., İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020, s.997-1023.*
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.*
- OKAN, Neval: “Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicinin Korunması”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(4), 2016, s.73-85.
- ÖREN, Arzu: “Culpa Post Pactum Perfectum (Sözleşmenin Art Etkisi)”, *Fides Hukuk Dergisi*, (3), 2021, s.1-16.
- ÖZDAMAR, Mehmet/ERMENEK İbrahim: “Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat”, *FMR*, 7(3), 2007, s.43-71.
- PEKDİNÇER, Remzi Tamer: *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2020.*

- PEKDİNÇER, Remzi Tamer/YILDIZ, Ozan Ali: İsviçre Hukuku ile Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- SAVAŞ, Firdevs: “Reklam Vasıtasıyla Ortaya Çıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar”, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 18(2), 2017, s.227-248.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- SAVAŞ, Firdevs: “Haksız Rekabet Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018. (Saldırgan Satış Yöntemleri, olarak kısaltılmıştır.)
- ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2020.
- TOPÇUOĞLU, Metin: “Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar”, TAAD, (24), 2016, s.15-57.
- UZUNALLI, Sevilay: “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, İÜHFM, 71(2), s. 383-420, 2013.
- ÜLGEN Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N.Fusun: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- YASAMAN, Hamdi: Haksız Rekabet ve Rekabet Yasası, Seçkin Hukuk, Ankara 2020.
- ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yay., Ankara Kasım 2016.

Elektronik Kaynaklar:

- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021)
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021)
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L2161>, (Erişim Tarihi: 09.08.2021)
- https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_07_572, (Erişim Tarihi: 09.08.2021).
- https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/_1.html, (Erişim Tarihi: 21.11.2021).
- https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/coljeul12&id=702&men_tab=srchresults, (Erişim Tarihi: 22.11.2021)
- www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 14.12.2021)
- https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/unfair-treatment/unfair-commercial-practices/index_en.htm#shortcut-10, (Erişim Tarihi: 15.12.2021)

**UNPACKING TEMPORARY PROTECTION OF REFUGEES:
FAILURE OF DURABLE SOLUTIONS AND UNCERTAINTIES****MÜLTECİLERİN GEÇİCİ KORUNMASI:
KALICI ÇÖZÜMLERİN BAŞARISIZLIĞI VE BELİRSİZLİKLER**İrem ŞENGÜL*  **Makale Bilgi**Gönderi: 07/09/2021
Kabul : 07/01/2022**Anahtar Kelimeler***Geçici Koruma,
Kalıcı Çözümler,
Mülteci Hukuku,
Belirsizlik.***Article Info**Received: 07/09/2021
Accepted: 07/01/2022**Keywords***Temporary,
Protection,
Durable Solutions,
Refugee Law,
Uncertainty.***Özet**10.21492/inuhfd.992439 

Geçici koruma 1970lerden bu yana farklı bölgelerde (Güneydoğu Asya, Avrupa, Ortadoğu) geniş ölçekli mülteci hareketlerine pratik bir müdahale olarak tartışılmış, teşvik edilmiş ve uygulanmıştır. Yine de, bu yaygın uygulama alanına rağmen geçici korumadan ne kastedildiği açık değildir ve politik ve akademik çevrelerde sıklıkla tartışılmaktadır. Geçici korumanın standartlaştırılması ve geliştirilmesi yönündeki çabalar geçici koruma alanındaki çalışmalara yön vermektedir. Bu makale, yalnızca geçici koruma nedir veya nasıl olmalıdır sorularına cevap aramak yerine, göz ardı edilen bir soruya odaklanarak literatüre katkı sağlamaktadır: Uluslararası mülteci rejiminde geçici koruma kategorisi nasıl ve neden ortaya çıkmıştır ve ne gibi sonuçları olmuştur? Geçici koruma üzerine yayınlanmış politika kılavuzları, yumuşak hukuk araçları ve literatürdeki araştırmalar incelenerek geçici korumanın tepeden inme bir şekilde devlet çıkarlarını önceleyerek ortaya çıktığı gösterilmektedir. Geçici korumanın gelişimini ve sonuçlarını açarken uluslararası mülteci rejimindeki geleneksel kalıcı çözümlerin başarısızlığı ve geçici korumanın içkin belirsizlikleri arasındaki ilişki temel alınmıştır. Sonuç olarak, bu çalışma geleneksel kalıcı çözümlerin başarısızlığı bağlamında geçici korumanın devlet çıkarları doğrultusunda bir mülteci yönetim aracı olarak belirsizlikler yarattığını ve bu belirsizlikleri devam ettirdiğini ortaya koymaktadır.

Abstract

Temporary protection has been discussed, promoted, and implemented in different regions (Southeast Asia, Europe, Middle East) since 1970s as a practical response for large-scale refugee movements. Nevertheless, despite its wide usage and implementation, what is meant by temporary protection is not clear, and frequently debated in policy and academic circles. The attempts to standardize/improve temporary protection frameworks dominate the studies on temporary protection. Rather than solely focusing on what is temporary protection or what it should be, this article makes a novel contribution to the literature by asking a neglected question: how and why has the category of temporary protection been developed in the contemporary international refugee regime and with what consequences? By focusing on the policy guidelines, soft-law instruments, and existing literature on temporary protection, it shows that temporary protection has been developed in a top-down manner focusing solely on the state interests. The failure of durable solutions framework in international refugee regime and inherent uncertainties of temporary protection are intrinsically related to each other and their relation is taken as key to unpack the development and consequences of temporary protection regimes. This article concludes that temporary protection both creates and maintains uncertainty as a refugee management strategy which speaks to state interests in the context of the failure traditional durable solutions framework.

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

* Lecturer Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt University Law Faculty, Department of International Law.

Atıf Şekli | **Cite As:** ŞENGÜL İrem, "Unpacking Temporary Protection of Refugees: Failure of Durable Solutions and Uncertainties", İnÜHFD, 13(1), 2022, s.16-28. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees

I. INTRODUCTION

Protection is arguably the main objective of international refugee policies. Although “everyone’s talking about it, everyone is “doing” it”,¹ what is meant by protection varies among different contexts and different actors. In international refugee law, the main sources of protection are the Convention Relating to the Status of Refugees of 1951 (Refugee Convention) and the Protocol Relating to the Status of Refugees of 1967 (Refugee Protocol). However, they do not provide a definition of protection in the texts. We also refer to international human rights law, humanitarian law, and other sources of international refugee law in tackling this question, yet none precisely clarify the meaning of the term. The proliferation of protection discourses in the forms of “temporary protection”, “subsidiary protection”, “complementary protection”, “humanitarian protection” and so forth further complicates the task of defining protection.²

This article focuses on a particular form of protection, namely temporary protection, which has been formulated as a suitable protection response to large-scale refugee movements. The conceptualization of temporary protection dates back to the end of the 1970s, when the first mention of the terms “temporary asylum”³ and “temporary refuge”⁴ appeared in official documents. Since then, the international community has discussed the concept several times, while the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) played a significant role in its promotion by publishing soft-law instruments such as Executive Committee Conclusions. The temporary protection framework has been formulated as a practical response, providing lesser standards of protection than the Refugee Convention/Protocol to large numbers of refugees temporarily awaiting realization of durable solutions, without recourse to individual refugee status determination (RSD).⁵

Since 1970s, temporary protection has been implemented in various refugee situations and different regions such as Southeast Asia, Europe, and the Middle East. However, despite its wide usage and implementation, what is meant by temporary protection is not clear, and frequently debated in policy and academic circles. Neither policy frameworks nor doctrinal studies could provide an internationally accepted definition of temporary protection.⁶ Hence, most literature on temporary protection focuses on the improvement and standardization of temporary protection regarding its definition, beneficiaries, and content. In this regard, the possible legal basis of temporary protection in international refugee law, its relationship with the Refugee Convention/Protocol, its standards of protection, and the standards for its termination have been heavily debated within academic and policy circles with an attempt to improve them.⁷

Rather than solely focusing on what is temporary protection or what it should be, this article makes a novel contribution to the literature by asking a more fruitful question: how and why has the category of temporary protection been developed in the contemporary international refugee regime and with what consequences? It is argued that, in order to address this question appropriately, temporary protection should be contextualized within the broader context of contemporary refugee regime and its failures. The failure of durable solutions framework in international refugee regime and the related uncertainties of temporary protection are taken as key aspects to unpack the development and consequences of temporary protection frameworks.

¹ FERRIS, Elizabeth G.: *The Politics of Protection: The Limits of Humanitarian Action*, Brookings Institution Press, Washington, D.C. 2011, p.xii.

² STEVENS, Dallal: “What Do We Mean by Protection?”, *International Journal of Minority and Group Rights*, 20(1), 2013, p.234.

³ UNHCR: “Executive Committee Conclusion No 5: Asylum”, 1977.

⁴ UNHCR: “Executive Committee Conclusion No 15: Refugees Without an Asylum Country”, 1979.

⁵ UNHCR: “Note on International Protection”, UN Doc A/AC.96/830, 1994, para.45.

⁶ UNHCR: “Roundtable on Temporary Protection: Summary Conclusions on Temporary Protection”, 2012, para.1.

⁷ For some prominent examples: COLES, G.J.L.: “Temporary Refuge and the Large Scale Influx of Refugees”, *Australian Year Book of International Law*, 8, 1978-1980; HARTMAN, Joan F./PERLUSS, Deborah: “Temporary Refuge: Emergence of a Customary Law”, *Virginia Journal of International Law*, 26(3), 1986; KJAERUM, Morten: “Opinion: Temporary Protection in Europe in the 1990s”, *International Journal of Refugee Law*, 6(3), 1994; GIBNEY, Matthew J.: “Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe”, *Georgetown Immigration Law Journal*, 14(3), 2000; HATHAWAY, James C./NEVE R. Alexander: “Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection”. *Harvard Human Rights Journal*, 10, 1997; FITZPATRICK, Joan: “Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime”, *American Journal of International Law*, 94(2), 2000; EDWARDS, Alice: “Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convention”. *Melbourne Journal of International Law*, 13(2), 2012; DURIEUX, Jean-François: “Temporary Protection: Hovering at the Edges of Refugee Law” in Ambrus, Monika/Wessel, Ramses A. (ed.), *Netherlands Yearbook of International Law 2014: Between Pragmatism and Predictability: Temporariness in International Law*, Asser Press, The Hague 2015; INELI-CIGER, Meltem: *Temporary Protection in Law and Practice*, Brill Nijhoff, Leiden 2018.

Through the examination of policy guidelines, soft-law instruments, and existing literature, this article first examines the place of large-scale refugee movements in international refugee protection regime to reveal how temporary protection has been labelled as a practical tool to respond large-scale refugee movements. Second, it reveals the intrinsic relationship between the durable solutions framework in international refugee law and the development of temporary protection regime. Following the analysis of the attempts of standardizing/improving temporary protection frameworks in academic and policy circles, last section focuses on the inherent uncertainties of temporary protection regimes that lead to temporary protection's failure as an effective protection tool.

II. TEMPORARY PROTECTION AS A RESPONSE TO LARGE-SCALE REFUGEE MOVEMENTS

Temporary protection has developed as an emergency response to large-scale refugee movements. That is why, in unpacking temporary protection, we need first to contextualize large-scale refugee movements in the international refugee regime. In other words, we need to explore why mass displacements led to development of a special form of protection response. Large-scale displacements arguably challenge the international legal regime of refugee protection in several ways. The international refugee law—which is mainly shaped by key international instruments of Refugee Convention and Refugee Protocol—works on providing protection to refugees on an individual basis. In the Refugee Convention/Protocol, the term “refugee” is defined as a person who:

*“owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country...”*⁸

The Refugee Convention/Protocol provides important safeguards for refugees, such as protection against being sent back to a place where they would face threats to life or freedom—known as the norm of *non-refoulement*⁹—and lists the rights and responsibilities of both state parties and refugees. In this system, especially the economic and social rights serve a “dual purpose”—that is, providing “a life of minimal dignity” during the exile, and facilitating the ties between refugee and the host country to ease a refugee's future naturalization.¹⁰ Hathaway describes the protection of Refugee Convention/Protocol as an “assimilative path” to naturalization, by an “expanding array of rights” as time passes.¹¹

The Refugee Convention/Protocol's applicability during large-scale refugee movements and the possibility of derogation from the Refugee Convention has been questioned heavily, yet, it is still not clear today.¹² Moreover, despite the fairly wide ratification of the Refugee Convention/Protocol, the legal principles and standards of response to large-scale refugee movements have been a concern in some regions—such as Southeast Asia and the Middle East—where most of the states are not party to the Refugee Convention/Protocol or are party to the Refugee Convention/Protocol but have weak implementation.¹³

Although “mass influx” or large-scale movements are frequently referred to in the discourse of international refugee regime, they are not terms of art. In its general meaning, a “mass influx” characterizes the “sudden and rapid crossing of international borders by large numbers of uninvited foreigners” who escape persecution, danger, or threats to their lives.¹⁴ However, the term is not defined in the Refugee Convention/Protocol, or in any other universally binding human rights instrument. Considering the UNHCR's approach and relevant literature, Ineli-Ciger brings together

⁸ Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28.07.1951, entered into force 22.04.1954) 189 UNTS 137 (Refugee Convention), Article 1(A)(2).

⁹ Refugee Convention, Article 33.

¹⁰ FITZPATRICK: “Revitalizing the 1951 Refugee Convention”, Harvard Human Rights Journal, 9,1996, p.250. The Refugee Convention's Article 34 mentions naturalization as a pathway for termination of refugee status: “The Contracting States shall as far as possible facilitate the assimilation and naturalization of refugees. They shall in particular make every effort to expedite naturalization proceedings and to reduce as far as possible the charges and costs of such proceedings.”

¹¹ HATHAWAY, James C.: The Rights of Refugees under International Law, Cambridge University Press, Cambridge 2005, p.156.

¹² INELI-CIGER, p.38.

¹³ DURIEUX, Jean-François: “Temporary Protection: Hovering at the Edges of Refugee Law”, p.225.

¹⁴ EGGLI, A Vibeke Eggli: Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 2002, p.23.

the possible indicators of “mass-influx situations” as large-scale and rapid arrival of displaced people, inadequacy of host state capacities and national asylum mechanisms in dealing with asylum-seekers, and consideration of the situation as a threat to national security of the host state.¹⁵

Since “mass movement” is not mentioned within the Refugee Convention, debates on the place of mass movement by legal scholars consider the interpretation of the Refugee Convention provisions and their drafting history. The doctrinal studies could not agree upon the applicability on the Refugee Convention. Some scholars, such as Goodwin-Gill and McAdam, in their co-authored book, argue that the refugee definition of the Refugee Convention is “essentially individualistic”, and at odds with the cases of mass movements.¹⁶ McAdam and Durieux, this time in their co-authored article, underscore that arguing that the Refugee Convention cannot be applied to large-scale refugee movements is “tantamount to saying that the individual does not exist in a group”.¹⁷ They refer to the discussions during the drafting process which were focused on “categories of refugees”, implying that refugeehood does not only cover individuals.¹⁸ As an important reminder, the UNHCR Statute, which was adopted in 1950, expressly states that UNHCR’s work “shall relate, as a rule, to groups and categories of refugees.”¹⁹ According to the UNHCR’s interpretation, the problems of application of the Refugee Convention is related to the ways States apply the Convention rather than its provisions.²⁰

As mentioned above, one of the indicators of the large-scale refugee movements is related to the difficulty of conducting RSDs during large-scale refugee movements in investigating each asylum claim on its own merits. In this regard, many refugee-hosting states in Africa and South America, and the UNHCR apply *prima facie* refugee status on a group basis without recourse to individual RSDs.²¹ While granting *prima facie* refugee status, determination process heavily relies on “objective and supplementary information”.²² Crucially, “*prima facie* refugees obtain same rights as Convention refugees, at least in theory.”²³

Furthermore, reasons for persecution can be more complex than the restricted understanding of persecution given in the Refugee Convention. The scope of the definition of refugee privileges certain grounds of persecution and omits other potential reasons for forced displacement, such as socio-economic violence, wars, or indiscriminate violence that might also lead to displacement during large-scale refugee movements. In dealing with the shortcoming of the Refugee Convention, a more inclusive definition of refugee was adopted by the Organization of the African Union (OAU) in 1969 which includes “external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order” as basis of persecution.²⁴ Similarly, the Cartagena Declaration of 1984 in South America includes “generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order.”²⁵

Tuitt underlines that the Refugee Convention’s international definition has survived such alternative claims to recognition of refugees.²⁶ As we will discuss below, rather than adopting a more inclusive definition, the challenge of an alternative construction of refugees has been handled by international refugee law through the introduction of “quasi-legal statuses”²⁷ such as temporary protection. In the dominant discourse, mass displacements have continued to be labelled as

¹⁵ INELI-CIGER, p.36.

¹⁶ GOODWIN-GILL, Guy S./MCADAM, Jane: *The Refugee in International Law*, 3rd edition, Oxford University Press, Oxford 2007, p.22.

¹⁷ DURIEUX, Jean-François/MCADAM, Jane: “Non-Refoulement through Time: The Case for a Derogation Clause to the Refugee Convention in Mass Influx Emergencies”, *International Journal of Refugee Law*, 16(1), 2004, p.9.

¹⁸ DURIEUX/MCADAM, p.10.

¹⁹ Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, (adopted 14.12.1950) UNGA Res 428(V), para. 2

²⁰ UNHCR: “Note on International Protection”, para.26-27. The same position reiterated in 2001: UNHCR: “Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework”, EC/GC/01/4, 2001, para.17.

²¹ UNHCR: “Guidelines on International Protection No11: Prima Facie Recognition of Refugees”, 2015.

²² ALBERT, Matthew: “Governance and Prima Facie Refugee Status Determination: Clarifying the Boundaries of Temporary Protection, Group Determination, and Mass Influx. *Refugee Survey Quarterly*”, 29(1), 2010, p.64.

²³ ALBERT, p.65.

²⁴ Organization of African Unity Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 1001 UNTS 45, 10.09.1969, Article 1(2).

²⁵ Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, 22.11.1984, III(3).

²⁶ TUITT, Patricia: “Racist Authorization, Interpretive Law and the Changing Character of the Refugee” in Fitzpatrick, Peter (ed.), *Nationalism, Racism and the Rule of Law*, Aldershot, Dartmouth 1995, p.51.

²⁷ TUITT: “Racist Authorization, Interpretive Law and the Changing Character of the Refugee”, p.54.

“crises”— exceptional situations that call for exceptional responses.²⁸ Temporary protection emerged as such an exceptional response and has been formulated as a “pragmatic tool”²⁹ to address gaps in the protection of refugees in situations of large-scale movements.

Crucially, the temporality of refugee identity has been rediscovered during the large-scale movements. The protection of refugees is inherently a temporary process – awaiting “finding permanent solutions to refugees’ displacement”, which is a task undertaken by the UNHCR.³⁰ The traditional model of durable solutions aims at the “reattachment [of refugees] to a state” through repatriation to the country of origin, resettlement in a third country or, local integration/naturalization in the host country.³¹ However, under temporary protection, the durable solution of integration is dismissed and the conceptualization of temporary protection has been realized depending on the temporality of refugees in the immediate host countries until the realization of permanent solutions elsewhere. Hence, the development of temporary protection needs to be contextualized within the broader discussion of the durable solutions discourse, which is explored in the next section.

III. FROM TEMPORARY REFUGEE TO TEMPORARY PROTECTION

When the contemporary international legal system of refugee protection was established following the Second World War, the Cold War politics was crucial in the international politics of refugee movements and durable solutions. Refugee relief during the Cold War years can be described as “part of an overall strategy to defeat or contain Communism”.³² To this end, USA and European states were eager to grant refugee status to those who were escaping the Soviet regime to “reaffirm the failures of Communism”.³³ The expansion of economies in the Western states were also instrumental since refugees’ labor force was welcomed following the loss of labor force in the Second World War.³⁴ Although large-scale refugee movements put the refugee-protection regime to the test during the Cold War years, the prioritization of resettlement in the West as the preferred durable solution had a profound impact on the global management of large-scale refugee movements and the introduction of the concept of “temporary refuge”.

The codification of temporary refuge in international documents was first realized in the context of the Indo-Chinese refugee movement during the late 1970s when over one million refugees from Cambodia, Laos and Vietnam sought asylum in Southeast Asian countries.³⁵ Regional countries were not party to the Refugee Convention/Protocol, and they were reluctant to admit large numbers of displaced people. In 1979, when the industrialized states of the North agreed to conduct a large-scale and rapid resettlement, the regional states agreed to provide temporary asylum for refugees.³⁶

The Cold War politics and consensus to resettle refugees outside of first asylum countries are important in understanding the initial conceptualization of “temporary refuge”. Temporary refuge was framed as an “interim solution”³⁷ linked to the durable solution of resettlement. Goodwin-Gill, who was involved in the development of temporary refuge as a staff member of the UNHCR, argues that temporary refuge aimed to establish a link between admission of refugees and burden-sharing among the states in the form of resettlement.³⁸ In 1977, the UNHCR ExCom Conclusion No 5 appealed to first countries of asylum to grant “at least temporary asylum”.³⁹ In 1979, the Executive

²⁸ DAUVERGNE, Catherine: “Refugee Law as Perpetual Crisis” in Juss, Satvinder Singh/Harvey, Colin (ed.), *Contemporary Issues in Refugee Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2013, p.19.

²⁹ UNHCR: “Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements (TPSAs)”, 2014, para.3.

³⁰ Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, para.1.

³¹ EDWARDS, p.612.

³² GOODWIN-GILL, Guy S: “The Refugee Identity and Protection’s Fading Prospect”, in Nicholson, Frances/Twomey, Patrick (ed.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, p.223.

³³ LOESCHER, Gil: *The UNHCR and World Politics: A Perilous Path*, Oxford University Press, Oxford 2001, p.7.

³⁴ CHIMNI, BS: “From Resettlement to Involuntary Repatriation: Towards a Critical History of Durable Solutions to Refugee Problems”, *Refugee Survey Quarterly*, 23(3), 2004, p.57.

³⁵ United Nations General Assembly: “Meeting on Refugees and Displaced Persons in South-East Asia”, UN Doc A/34/627, 07.11.1979, para.1.

³⁶ United Nations General Assembly: “Meeting on Refugees and Displaced Persons in South-East Asia”, para.15.

³⁷ CREPEAU, François/HOLLAND, Leanne: “Temporary Protection, Continuing Insecurity: A Regime Replacing Convention Protection of Refugees in Violations of International Law”, *Canadian Journal of Law and Society*, 12(1), 1997, p.242.

³⁸ GOODWIN-GILL, Guy S: “Non-Refoulement, Temporary Refuge, and the “New” Asylum Seekers”, p.433.

³⁹ UNHCR: “Executive Committee Conclusion No 5: Asylum”, para.(d).

Committee reiterated its call, and urged that “in cases of large-scale influx”, states should always grant “at least temporary refuge”.⁴⁰

The Group of Experts on Temporary Refuge met in 1981 and the ExCom Conclusion on “Protection of Asylum in Situations of Large-Scale Influx (No 22)” was adopted. It became a primary soft-law instrument, which constituted the key document in the development of temporary refuge, and later on temporary protection.⁴¹ Conclusion No 22 defined a broad category of people as potential beneficiaries of temporary refuge. In addition to refugees of the Refugee Convention, persons who seek refuge “owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order” were to benefit from the temporary refuge.⁴² As for the measures of protection, Conclusion No 22 underlined admission to states “at least on a temporary basis”⁴³, protection against *refoulement*⁴⁴, and treatment of beneficiaries according to “minimum basic human rights”.⁴⁵

Nevertheless, beyond admission and *non-refoulement*, the standards of protection remained ambiguous. In this regard, Hartman and Perluss pointed out in 1986 that temporary refuge acquires a customary law status, but its content beyond the ban on forcible return has “yet to be critically examined”.⁴⁶ Conclusion No 22 refrained from explicit references to the rights, and instead referred to the “minimum basic human standards” that should be observed. The minimum standards included exemption from penalty for unlawful presence in the country, fundamental civil rights, basic necessities of life—including food, shelter, basic sanitary and health facilities, not being subject to cruel, inhuman or degrading treatment, not being discriminated against, free access to courts, and respect for the family unit.⁴⁷ Significantly, they did not refer to some fundamental rights such as the right to identity documents, the right to education or the right to work.

Although the concept of temporary refuge has been developed in a particular historical context, it constituted the basis of the development of temporary protection in the 1990s, albeit in a “new and distinct phase”.⁴⁸ The 1990s witnessed a shift in preferred durable solutions from resettlement to repatriation. Beginning in the 1980s, resettlement as a response to refugee movements had already been questioned by the Global North in situations other than the Cold War context.⁴⁹ More and more refugees from the global South were migrating to the global North, and there was no more need for labor force in the global North that would facilitate acceptance of refugees.⁵⁰

In the context of the 1990s as the “decade of repatriation”,⁵¹ the concept of temporary refuge has been transformed into temporary protection. Temporary protection was heavily discussed with regard to the displacement of Bosnian refugees from ex-Yugoslavia to European states in the early 1990s. When the Bosnian refugees were seeking protection in European states, which have been party to the Refugee Convention/Protocol, European states were reluctant to admit increasing number of Bosnians. As a political compromise, in 1992, the then United Nations High Commissioner for Refugees Sadako Ogata urged States to provide temporary protection that would “encourage eventual *return as the most desirable and feasible solution* [emphasis added].”⁵² The

⁴⁰ UNHCR: “Executive Committee Conclusion No 15: Refugees Without an Asylum Country”, para.(f).

⁴¹ UNHCR: “Executive Committee Conclusion 22: Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx”, 1981.

⁴² UNHCR: “Executive Committee Conclusion 22: Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx”, Section.I para.(1).

⁴³ UNHCR: “Executive Committee Conclusion 22: Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx”, Section.II(A) para.(1).

⁴⁴ UNHCR: “Executive Committee Conclusion 22: Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx”, para.2.

⁴⁵ UNHCR: “Executive Committee Conclusion 22: Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx”, para.2.

⁴⁶ HARTMAN/PERLUSS, p.555.

⁴⁷ UNHCR: “Executive Committee Conclusion 22: Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx”, Section II(B) para.2.

⁴⁸ GIBNEY, p.693.

⁴⁹ CHIMNI, p.58.

⁵⁰ CHIMNI, p.58.

⁵¹ UNHCR: “Statement by Mrs. Sadako Ogata, United Nations High Commissioner for Refugees, at the International Management Symposium, St. Gallen, Switzerland”, 25.05.1992, <https://www.unhcr.org/uk/admin/hcspeeches/3ae68faec/statement-mrs-sadako-ogata-united-nations-high-commissioner-refugees-international.html> (Accessed: 09.08.2021).

⁵² UNHCR: “Report of the International Meeting on Humanitarian Aid to Victims of the Conflict in the Former Yugoslavia”, HCR/IMFY/1992/4, 10.08.1992, para.13.

UNHCR's proposal for temporary protection included four elements: "admission to the country... respect for the principle of *non-refoulement* and basic human rights (outlined in the Conclusion No 22), and repatriation when conditions so allow in the country of origin."⁵³ In response, several European states provided temporary protection for over 500,000 Bosnians.⁵⁴ The practice of temporary protection in Europe differed from one state to another, yet the standards were in line with the UNHCR proposal and the protection was granted on a groups basis, with the expectation of repatriation of its beneficiaries to their countries of origin in a short period of time.⁵⁵ In this respect, unlike the Indo-Chinese refugee case, temporary protection in Europe was not an intermediate step pending resettlement as a durable solution, but absolutely contingent upon the possibility of their eventual return.⁵⁶

Building upon European practice, the discussions in policy circles have attempted to standardize/improve the conceptualization of temporary protection. According to the UNHCR's 1994 International Note on Protection, the focus on return provides the rationale for efforts to minimize integration.⁵⁷ However, since there is no time limitation for the duration of temporary protection,⁵⁸ both Convention refugees and other displaced people who need protection might remain under temporary protection for a prolonged or indefinite period of time. The need for a progressive improvement of standards in the case of a prolonged stay is suggested; yet the actual levels of treatment are agreed to be in line with the reception capacity of the receiving state.⁵⁹ In 2001, when protection of refugees in "mass influx situations" was discussed as part of the Global Consultations on International Protection, temporary protection is reconsidered as "a practical device".⁶⁰ Once more, the need for the improvement of standards in the case of prolonged stay and the potential value of harmonized approach to standards of treatment are highlighted, without providing parameters.⁶¹

During the period of harmonization of the asylum system in the EU, temporary protection was formalized on a regional level with the adoption of the EU Council Directive on Temporary Protection in 2001.⁶² The concept is adopted as a "procedure of exceptional character" in the events of a "mass influx"⁶³. In the Council Directive, the standards of treatment include the right to education, the right to work⁶⁴, the right to housing, the right to social welfare, and family reunification.⁶⁵ Furthermore, the Directive standardized the duration of temporary protection as one year, which can be prolonged to up to three years.⁶⁶ Access to an asylum procedure was secured with the requirement that the processing of asylum applications shall be completed after the termination of the temporary protection.⁶⁷ However, the Council Directive introduced a complicated procedure for the activation of temporary protection, which requires a decision adopted by a qualified majority.⁶⁸ Since its entry into force, the activation of the Directive became a concern during Afghani, Iraqi, North African, and Syrian refugee movements, but, under the Directive, European states have yet to reach a consensus on implementing temporary protection.⁶⁹

⁵³ UNHCR: "Report of the International Meeting on Humanitarian Aid to Victims of the Conflict in the Former Yugoslavia", para.13.

⁵⁴ UNHCR: "The State of World Refugees", 1997, figure 5.6.

⁵⁵ KOSER, Khalid/BLACK, Richard: "Limits to Harmonization: The 'Temporary Protection' Refugees in the European Union", *International Migration*, 37(3), 1999, p.527.

⁵⁶ KJAERUM, p.449.

⁵⁷ UNHCR: "Note on International Protection", para.50.

⁵⁸ UNHCR: "Note on International Protection", para.50.

⁵⁹ UNHCR: "Note on International Protection", para. 49.

⁶⁰ UNHCR: "Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework", para.13.

⁶¹ UNHCR: "Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework", para.15.

⁶² Council of the European Union: Council Directive on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts Between Member States in Receiving such Persons and Bearing the Consequences Thereof, OJL.212/12-212/23, 2001/55/EC, 07.08.2001.

⁶³ Council of the European Union, Article 2(a).

⁶⁴ A limitation on right to work is put as: "For reasons of labour market policies, Member States may give priority to EU citizens and citizens of States bound by the Agreement on the European Economic Area and also to legally resident third- country nationals who receive unemployment benefit": Council of the European Union, Article 12.

⁶⁵ Council of the European Union, Chapter III.

⁶⁶ Council of the European Union, Article 4.

⁶⁷ Council of the European Union, Article 17.

⁶⁸ Council of the European Union, Article 5.

⁶⁹ NASCIBENE, Bruno/PASCALE, Alessia Di: "The "Arab Spring" and the Extraordinary Influx of People who Arrived in North Italy from North Africa", *European Journal of Migration and Law*, 13(4), 2011, p.346; AKRAM, Susan M. (et.al): "Protecting Syrian Refugees: Laws, Policies, and Global Responsibility Sharing", Boston University School of Law International Human Rights Clinic, 2014. <http://www.bu.edu/law/files/2015/07/FINALFullReport.pdf>,

The UNHCR continued to call for the implementation of temporary protection in the 21st century. The large-scale Syrian displacement, beginning in 2011, triggered the latest discussions on the effectiveness of the international refugee regime. The discussions on the concept of temporary protection have been revitalized as the neighboring countries of Jordan, Lebanon, and Turkey host the overwhelming majority of Syrians on a temporary basis.⁷⁰ Once more, the UNHCR published Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements (TPSAs) to support states in addressing large-scale refugee movements and humanitarian crises.⁷¹ The Guidelines attempted to improve the standards of temporary protection,⁷² however, they did not determine the duration of temporary protection and advised it to be extended as conditions persist.⁷³ Hence, it is derived from the Guidelines that temporary protection might continue indefinitely, depending on the root causes of the displacement.⁷⁴

As discussed above, the relationship between durable solutions had a profound impact on the emergence and the development of temporary protection frameworks. The shift in preferred durable solutions from resettlement to repatriation mirrored in the transformation from temporary refuge to temporary protection.⁷⁵ Since the durable solutions are aspired to be found outside of the host countries, and integration to host country is not considered, the content of temporary protection remained ambiguous. Beyond admission to state territories and protection against *refoulement*, the legal status of temporary protection beneficiaries and their rights under temporary protection have not been clarified. In this sense, temporary protection involves ‘putting brakes on the ‘integration machine’’⁷⁶ in the host country for an indefinite period of time and its success solely depends on the realization of durable solutions elsewhere. In other words, the temporary protection turns into permanent-temporary protection in the context of the failure of durable solutions.

IV. FAILURE OF DURABLE SOLUTIONS AND UNCERTAINTIES

As discussed above, there is a close relationship between the traditional durable solutions frameworks and the development of temporary protection regimes. This section further explores the inherent uncertainties of temporary protection regimes, which are intrinsically related to the failure of durable solutions in the contemporary international refugee regime. The current situation of refugees reveals the failure of the discourse on traditional durable solutions. The UNHCR Global Trends gives a snapshot of forced migration world-wide on a yearly basis. Although the statistics are not reliable for understanding forced migration qualitatively, and numbers are silent on experiences of forced migrants and their struggles or strategies, they are strong indicators of the failure of the current refugee regime in bringing a “solution” to displacement. According to the latest UNHCR Global Trends of 2020, 82.4 million people were forcibly displaced from their homes as a result of persecution, conflict, or generalized violence, including 48 million internally displaced people.⁷⁷ Among refugees, 15.7 million people—which represents 76 per cent of the total number of refugees—are in protracted refugee situations, which according to the UNHCR definition means that they have been displaced for more than five years.⁷⁸ Contrary to the discourse of durable solutions, it is a well-established fact that protracted displacement has become the norm in forced migration.⁷⁹

Temporary protection creates and maintains uncertainty as a refugee management strategy within the failure of the international refugee regime and its traditional durable solutions framework. As Horst and Grabska underline, “radical uncertainty” is inherent to people’s experiences during the initial stages of conflict-induced displacement. As they explain, the sources of radical uncertainty are the imperfect knowledge about one’s environment, and the unpredictability of the

(Accessed: 04.08.2021); ORCHARD, Cynthia/MILLER, Andrew: “Protection in Europe for Refugees from Syria”. Oxford Refugee Studies Centre, 2014.

⁷⁰ “Regional Refugee and Resilience Plan: Regional Strategic Overview 2019-2020”, 2019.

⁷¹ UNHCR: “Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements (TPSAs)”, para.4.

⁷² UNHCR: “Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements (TPSAs)”, para.16.

⁷³ UNHCR: “Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements (TPSAs)”, para.20.

⁷⁴ KAGAN, Michael: “UNHCR Issues New Guidelines on Temporary Protection”, 2014, <https://rsdwatch.com/2014/03/20/unhcr-issues-new-guidelines-on-temporary-protection-they-need-a-rewrite/>, (Accessed: 05.08.2021).

⁷⁵ ŞENGÜL, İrem: “Geçici Koruma Rejimleri ve Kalıcılığa Geçiş”, Göç Araştırmaları Vakfı Çalışma Raporu, 2021, p.7.

⁷⁶ DURIEUX: “Temporary Protection: Hovering at the Edges of Refugee Law”, p.236.

⁷⁷ UNHCR: “Global Trends”, 2020, p.2.

⁷⁸ UNHCR: “Global Trends”, 2020, p.20.

⁷⁹ ZETTER, Roger: “Unlocking the Protracted Displacement of Refugees and Internally Displaced Persons: An Overview”, *Refugee Survey Quarterly*, 30(4), 2011, p.1.

future.⁸⁰ An extreme sense of unpredictability is also related to the speed at which dramatic life-threatening events happen, and a person's lack of control over their life choices.⁸¹ However, temporary protection leads to "protracted uncertainty", as a result of a combination of the never-ending temporality of their stay in the country of refuge, uncertainties about the future, insecure legal statuses, and imperfect knowledge about one's conditions within the country of refuge.⁸²

The protracted uncertainty inherent to the temporary protection frameworks is first constructed upon a tempo-spatial uncertainty. The temporary protection is conditioned upon the realization of a durable solution elsewhere other than the place of exile—through either repatriation or resettlement after an indefinite period of time. In other words, temporary protection provides two options for its beneficiaries in rebuilding their lives: either returning to their countries of origin or resettling in third countries. In either case, their future lies somewhere else. Without "knowing what comes next"⁸³, and/or when it will happen, refugees struggle to make life choices, imagine a future, and invest in any future plans. Importantly, the durable solutions themselves might not indicate certainty or stability for refugees. That is, the shift from temporary protection to repatriation or resettlement as forms of "permanent solutions" do not necessarily bring an immediate end to the uncertainty of protracted exile.

Čapo, in her empirical study with former Croatian and Bosnian refugees who were repatriated or locally integrated, reveals that returnees could not simply rebuild their lives, since "they came back to what are radically transformed surroundings", while locally integrated refugees continued to struggle with belonging to a new environment. Both returnees and integrated refugees continued to experience the condition of being "immigrants", rather than a "naturalized returnee" or "settler".⁸⁴ Similarly, Hyndman and Giles' research on resettled refugees in Canada challenges the presumption that resettlement can be an easy solution for protection problems. They carefully underline that, although some refugees make use of resettlement as a strategy to have access to qualified protection, refugees might also face insecurity and uncertainty in their resettlement places.⁸⁵ This is not to say that refugees do not consider repatriation or resettlement as a viable strategy to re-establish their lives. However, what is important from a refugee perspective is the continuity of the potential insecurities and uncertainties in thinking about available durable solutions. In other words, in contrast to the understanding of durable solutions as an immediate end to the problems of protection, refugees engage with potential post-durable solution uncertainties in their attempts to plan a future.

The legal status of temporary protection beneficiaries during their stay in host countries is also ambiguous, leading to further uncertainty. The legal status of a person in any given country defines her rights, obligations, freedoms, and also, restrictions. As Griffith argues, who is inside and who is outside of the law is crucial to perceiving the frontiers of legality.⁸⁶ Dauvergne neatly explains how labelling people as "illegal" serves for their exclusion. According to her, when states cannot exclude foreigners by closing its borders, they separate the "nation" from the "others" through the labelling of illegality. The ones who are labelled as "illegals" are excluded and kept outside the law.⁸⁷ At the same time, how people are included in law is of equal significance. As Zetter argues how one is labelled legally defines her subjectivity.⁸⁸ Simply put, those who contravene the migration and refugee law would have an illegal status in a given country.⁸⁹ Illegality is commonly used to refer to those who cross state borders by breaching the law, who overstay their permission to legally stay, those whose asylum application is rejected, and those whom (despite their intention) have not yet applied for asylum.⁹⁰

⁸⁰ HORST, Cindy/GRABSKA, Katarzyna: "Introduction: Flight and Exile—Uncertainty in the Context of Conflict-Induced Displacement", *Social Analysis*, 59(1), 2015, p.4-5.

⁸¹ HORST/GRABSKA, p.5.

⁸² HORST/GRABSKA, p.6.

⁸³ HYNDMAN, Jennifer/GILES, Wenona: *Refugees in Extended Exile: Living on the Edge*, Routledge, London 2017, p.xiv.

⁸⁴ CAPO, Jasna: "'Durable Solutions', Transnationalism, and Homemaking Among Croatian and Bosnian Former Refugees", *Refuge*, 31(1), 2015, p.24.

⁸⁵ HYNDMAN/GILES, p.115.

⁸⁶ GRIFFITHS, Anne: "Using Ethnography as a Tool in Legal Research: An Anthropological Perspective" in Banakar, Reza/Travers, Max (ed.), *Theory and Method in Socio-Legal Research*, Hart Publishing, Oxford 2005, p.114.

⁸⁷ DAUVERGNE, Catherine: *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, p.17-18.

⁸⁸ ZETTER, Roger: "Labelling Refugees: Forming and Transforming a Bureaucratic Identity", *Journal of Refugee Studies*, 4(1), 1991, p.39.

⁸⁹ DAUVERGNE: *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, p.11.

⁹⁰ DAUVERGNE: *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, p.11.

In this sense, temporary protection status is not seen as an “illegal” status—and yet, it is undoubtedly not a secure status. The legal status of beneficiaries of temporary protection are designed on an *ad hoc* basis in different countries in the absence of an internationally accepted definition. Furthermore, host states might discretionally terminate the temporary protection. Contrary to the Refugee Convention and most domestic legislations which include detailed cessation clauses for the termination of refugee status, when and how temporary protection may cease remains uncertain in soft-law instruments on temporary protection.⁹¹ Upon the decision of the host state that voluntary return is reasonable, the beneficiaries of temporary protection can easily slip into illegality, if they overstay their legal permission to remain in the country.

Where resettlement, repatriation and local integration fail, temporary protection frameworks become pragmatic tools of states in keeping refugees under “permanent temporariness”⁹² awaiting return. Hence, protracted uncertainty is inherently related to the failure of the durable solutions framework in bringing an end to the predicament of refugees—yet, it can also be considered as a “deliberate governance strategy” to avoid the settlement of its beneficiaries in places of refuge.⁹³ Former UN High Commissioner for Refugees, Sadako Ogata, suggested the temporary protection in Europe as “a flexible system”.⁹⁴ It is now recognized that what she refers to as “flexibility” translates into insecurity and uncertainty with regard to the legality of temporary protection status. The non-activation of the Council Directive on Temporary Protection suggests that whenever temporary protection loses its “flexibility”, state actors are disinclined to implement formalized temporary protection frameworks.

The discretionary power of authorities in delimiting the rights and freedoms of those temporarily protected has been discussed in previous sections. It is revealed that during the conceptualization of temporary protection, several related assumptions are made to justify the restrictions of the rights, freedoms, and security of the temporarily protected: (i) host state capacities are overwhelmed during large-scale movements of refugees; (ii) it is an interim solution and emergency response awaiting durable solutions; (iii) the focus on repatriation leads to efforts of minimizing integration. Although the UNHCR calls for improvements on standards of temporary protection with the passage of time,⁹⁵ in practice this leads to a logical fallacy. How, when, or why host states would have capacity or wish to improve standards of protection is not clear. From a refugee perspective, uncertainty about access to certain rights, such as the right to work, or access to livelihoods—if at all—leads to great insecurity and precarity. Within the condition of protracted uncertainty, short-term uncertainty in regard to the insecurities of temporary protection status and rights of beneficiaries, and the long-term uncertainty related to the future of refugees intermingle.⁹⁶

The discourse of temporary protection has a disturbing relationship with the broader restrictive policies of refugee protection. According to the UNHCR statistics, 86 per cent of refugees are living in the global South.⁹⁷ While restrictive asylum policies and measures of control in the North already create “engineered regionalism”, and contain refugees within their own countries or regions,⁹⁸ regional temporary protection frameworks obviously run the risk of being another measure of control for Northern states. In this context, the pragmatic frameworks of temporary protection discussed above establish a top-down approach to refugee protection that focuses on state interests. They all have a fundamental aim: negotiating with states in order to convince them to implement at least temporary protection, since durable solutions are in crisis.

⁹¹ Refugee Convention, Article 1(C); OAU Convention, Article I(4).

⁹² BRUN, Cathrine/FABOS, Anita: “Making Homes in Limbo? A Conceptual Framework”, *Refuge*, 31(1), 2015, p.6.

⁹³ BRUN/FABOS, p.6; BIEHL, Kristen S.: “Governing Through Uncertainty: Experiences of Being a Refugee in Turkey as a Country for Temporary Asylum”, *Social Analysis*, 59(1), 2015, p.57.

⁹⁴ “Statement of Mrs Sadako Ogata, United Nations High Commissioner for Refugees, to the International Meeting on Humanitarian Aid for Victims of the Conflict in the former Yugoslavia”, 29.07.1992, <https://www.unhcr.org/admin/hcspeeches/3ae68fac1a/statement-mrs-sadako-ogata-united-nations-high-commissioner-refugees-international.html>, (Accessed: 02.08.2021).

⁹⁵ UNHCR: “The Note on International Protection”, para.49.

⁹⁶ HORST/GRABSKA, p.8.

⁹⁷ UNHCR: “Global Trends”, 2020, p.2.

⁹⁸ GIBNEY, Matthew J.: “Forced Migration, Engineered Regionalism, and Justice Between States” in Kneebone, Susan/Rawlings-Sanaei, Felicity (ed.), *New Regionalism and Asylum Seekers*, Berghahn Books, New York 2007, p.62-63.

V. CONCLUSION

Temporary protection has been discussed and reframed in policy and academic circles several times, as a pragmatic tool of addressing large-scale displacements. In this sense, the development of temporary protection at the international level can be directly linked to the failure of the international refugee regime in providing protection to refugees during large-scale displacements. This failure has been framed as “gaps in international protection” in the soft-law instruments and policy documents on temporary protection, particularly in the UNHCR ExCom Conclusions, Notes and Guidelines. Temporary protection, then, has been formulated to address these “gaps” by securing admission and protection against *refoulement* for a broader range of beneficiaries, including Convention refugees and non-Convention refugees, both in states party to the Refugee Convention/Protocol and in non-signatory states. However, beyond the facilitation of admission of people into state territories and protection against *refoulement*, the meaning or content of temporary protection has not been clarified.

In light of discussions on the failure of the international refugee regime during large-scale movements, the failure to define the meaning of temporary protection is not a coincidence. On the contrary, it is the “flexible” and discretionary nature of the temporary protection framework that makes it a “pragmatic” response in convincing states to admit refugees, and in managing the refugee movements through the uncertainties of temporary protection status. In this sense, the calls for standardizing temporary protection could not have an effect in further reconsiderations of temporary protection at the international level. The hallmark of temporary protection that appeals to state interests in various regions is its inherent ambiguity and uncertainty—functioning as a refugee-management and governance strategy. Hence, the failure of defining the meaning, content, and scope of temporary protection in various soft-law instruments should not be understood to be a coincidence. In this sense, the non-activation of the EU Council Directive on Temporary Protection—which is the only successful attempt so far to formalize temporary protection at a regional level—supports the argument that temporary protection loses its allure for states when it is standardized.

Temporary protection has been constructed upon the eventual return of refugees, within the broader context of the transformation of preferred durable solutions in international refugee regime since the late 1980s/early 1990s. The presumed function of temporary protection in facilitating the eventual return of refugees legitimizes refugee containment within the region of origin and reinforces their immobility. Considering that the overwhelming majority of refugees are already living in the host countries of the Global South, the close links between temporality, containment, and return justify the Global North’s restrictive admission policies in preventing the arrival of refugees at their borders. Equally important, in such a formulation, resettlement becomes “unnecessary” since refugees are kept within the host countries of the Global South for an indefinite period of time. The top-down frameworks of temporary protection are constructed as problem-solving approaches, working within the paradigm of durable solutions. Where and when the traditional durable solutions to place large numbers of displaced people into the nation-state system fails, temporary protection is considered a “practical” response to fill the gaps—that is, practical for the states.

BIBLIOGRAPHY

- ALBERT, Matthew: “Governance and Prima Facie Refugee Status Determination: Clarifying the Boundaries of Temporary Protection, Group Determination, and Mass Influx”, *Refugee Survey Quarterly*, 29(1), 2010.
- AKRAM, Susan M. (et.al): “Protecting Syrian Refugees: Laws, Policies, and Global Responsibility Sharing”, Boston University School of Law International Human Rights Clinic, 2014. <http://www.bu.edu/law/files/2015/07/FINALFullReport.pdf>, (Accessed: 04.08.2021).
- BIEHL, Kristen S.: “Governing Through Uncertainty: Experiences of Being a Refugee in Turkey as a Country for Temporary Asylum”, *Social Analysis*, 59(1), 2015.
- BRUN, Cathrine/FABOS, Anita: “Making Homes in Limbo? A Conceptual Framework”, *Refuge*, 31(1), 2015.
- CAPO, Jasna: ““Durable Solutions”, Transnationalism, and Homemaking Among Croatian and Bosnian Former Refugees”, *Refuge*, 31(1), 2015.
- Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, 22.11.1984.

- CHIMNI, BS: “From Resettlement to Involuntary Repatriation: Towards a Critical History of Durable Solutions to Refugee Problems”, *Refugee Survey Quarterly*, 23(3), 2004.
- COLES, G.J.L.: “Temporary Refuge and the Large Scale Influx of Refugees”, *Australian Year Book of International Law*, 8, 1978-1980.
- Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28.07.1951, entered into force 22.04.1954) 189 UNTS 137
- Council of the European Union: Council Directive on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts Between Member States in Receiving such Persons and Bearing the Consequences Thereof, OJL.212/12-212/23, 2001/55/EC, 07.08.2001.
- CREPEAU, François/HOLLAND, Leanne: “Temporary Protection, Continuing Insecurity: A Regime Replacing Convention Protection of Refugees in Violations of International Law”, *Canadian Journal of Law and Society*, 12(1), 1997.
- DAUVERGNE, Catherine: *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- DAUVERGNE, Catherine: *Refugee Law as Perpetual Crisis*, in Juss, Satvinder Singh/Harvey, Colin (ed.), *Contemporary Issues in Refugee Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2013.
- DURIEUX, Jean-François: “Temporary Protection: Hovering at the Edges of Refugee Law” in Ambrus, Monika/Wessel, Ramses A. (ed.), *Netherlands Yearbook of International Law 2014: Between Pragmatism and Predictability: Temporariness in International Law*, Asser Press, The Hague 2015.
- DURIEUX, Jean-François/MCADAM, Jane: “Non-Refoulement through Time: The Case for a Derogation Clause to the Refugee Convention in Mass Influx Emergencies”, *International Journal of Refugee Law*, 16(1), 2004.
- EDWARDS, Alice: “Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convention”, *Melbourne Journal of International Law*, 13(2), 2012.
- EGGLI, A Vibeke Eggli: *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 2002.
- FERRIS, Elizabeth G.: *The Politics of Protection: The Limits of Humanitarian Action*, Brookings Institution Press, Washington, D.C. 2011.
- FITZPATRICK, Joan: “Revitalizing the 1951 Refugee Convention”, *Harvard Human Rights Journal*, 9, 1996.
- FITZPATRICK, Joan: “Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime”, *American Journal of International Law*, 94(2), 2000.
- GIBNEY, Matthew J.: “Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe”, *Georgetown Immigration Law Journal*, 14(3), 2000.
- GIBNEY, Matthew J.: “Forced Migration, Engineered Regionalism, and Justice Between States” in Kneebone, Susan/Rawlings-Sanaei Felicity (ed.), *New Regionalism and Asylum Seekers*, Berghahn Books, New York 2007.
- GOODWIN-GILL, Guy S: “The Refugee Identity and Protection’s Fading Prospect” in Nicholson, Frances/Twomey, Patrick (ed.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge 1999.
- GOODWIN-GILL, Guy S./MCADAM, Jane: *The Refugee in International Law*, 3rd edition, Oxford University Press Oxford, 2007.
- GRIFFITHS, Anne: “Using Ethnography as a Tool in Legal Research: An Anthropological Perspective” in Banakar, Reza/Travers, Max (ed.), *Theory and Method in Socio-Legal Research*, Hart Publishing, Oxford 2005.
- HARTMAN, Joan F./PERLUSS, Deborah: “Temporary Refuge: Emergence of a Customary Law”, *Virginia Journal of International Law*, 26(3), 1986.
- HATHAWAY, James C./NEVE R. Alexander: “Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection”, *Harvard Human Rights Journal*, 10, 1997.
- HATHAWAY, James C.: *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.
- HORST, Cindy/GRABSKA, Katarzyna: “Introduction: Flight and Exile—Uncertainty in the Context of Conflict-Induced Displacement”, *Social Analysis*, 59(1), 2015.
- HYNDMAN, Jennifer/GILES, Wenona: *Refugees in Extended Exile: Living on the Edge*, Routledge, London 2017.
- KAGAN, Michael: “UNHCR Issues New Guidelines on Temporary Protection”, 2014, <https://rsdwatch.com/2014/03/20/unhcr-issues-new-guidelines-on-temporary-protection-they-need-a-rewrite/>, (Accessed: 05.08.2021).
- KJAERUM, Morten: “Opinion: Temporary Protection in Europe in the 1990s”, *International Journal of Refugee Law*, 6(3), 1994.
- KOSER, Khalid/BLACK, Richard: “Limits to Harmonization: The ‘Temporary Protection’ Refugees in the European Union”, *International Migration*, 37(3), 1999.

- LOESCHER, Gil: *The UNHCR and World Politics: A Perilous Path*, Oxford University Press, Oxford 2001.
- NASCIMBENE, Bruno/PASCALE, Alessia Di: “The ‘Arab Spring’ and the Extraordinary Influx of People who Arrived in North Italy from North Africa”, *European Journal of Migration and Law*, 13(4), 2011.
- ORCHARD, Cynthia/MILLER, Andrew: “Protection in Europe for Refugees from Syria”, Oxford Refugee Studies Centre, 2014.
- Organization of African Unity Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 1001 UNTS 45, 10.09.1969.
- “Regional Refugee and Resilience Plan: Regional Strategic Overview 2019-2020”, 2019.
- “Statement of Mrs Sadako Ogata, United Nations High Commissioner for Refugees, to the International Meeting on Humanitarian Aid for Victims of the Conflict in the former Yugoslavia”, 29.07.1992, <https://www.unhcr.org/admin/hcspeeches/3ae68fac1a/statement-mrs-sadako-ogata-united-nations-high-commissioner-refugees-international.html>, (Accessed: 02.08.2021).
- Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, (adopted 14.12.1950), UNGA Res 428(V).
- STEVENS, Dallal: “What Do We Mean by Protection?”, *International Journal of Minority and Group Rights*, 20(1), 2013.
- ŞENGÜL, İrem: “Geçici Koruma Rejimleri ve Kalıcılığa Geçiş”. Göç Araştırmaları Vakfı Çalışma Raporu, 2021.
- TUITT, Patricia: *False Images: The Law’s Construction of the Refugee*, Pluto Press, London 1996.
- TUITT, Patricia: “Racist Authorization, Interpretive Law and the Changing Character of the Refugee” in Fitzpatrick, Peter (ed.), *Nationalism, Racism and the Rule of Law*, Aldershot, Dartmouth 1995.
- UNHCR: “Executive Committee Conclusion No 5: Asylum”, 1977.
- UNHCR: “Executive Committee Conclusion No 15: Refugees Without an Asylum Country”, 1979.
- UNHCR: “Executive Committee Conclusion 22: Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx”, 1981.
- UNHCR: “Statement by Mrs. Sadako Ogata, United Nations High Commissioner for Refugees, at the International Management Symposium, St. Gallen, Switzerland”, 25.05.1992, <https://www.unhcr.org/uk/admin/hcspeeches/3ae68faec/statement-mrs-sadako-ogata-united-nations-high-commissioner-refugees-international.html>, (Accessed: 09.08.2021).
- UNHCR: “Report of the International Meeting on Humanitarian Aid to Victims of the Conflict in the Former Yugoslavia”, HCR/IMFY/1992/4, 10.08.1992.
- UNHCR: “The State of World Refugees”, 1993.
- UNHCR: “Note on International Protection”, UN Doc A/AC.96/830, 1994.
- UNHCR: “The State of World Refugees”, 1997.
- UNHCR: “Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework”, EC/GC/01/4, 2001.
- UNHCR: “Executive Committee Conclusion No 100: International Cooperation and Burden and Responsibility Sharing in Mass Influx Situations”, 2004.
- UNHCR: “Roundtable on Temporary Protection: Summary Conclusions on Temporary Protection”, 2012.
- UNHCR: “Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements (TPSAs)”, 2014.
- UNHCR: “Guidelines on International Protection No11: Prima Facie Recognition of Refugees”, 2015.
- United Nations General Assembly: “Meeting on Refugees and Displaced Persons in South-East Asia”. UN Doc A/34/627, 07.11.1979.
- ZETTER, Roger: “Labelling Refugees: Forming and Transforming a Bureaucratic Identity”, *Journal of Refugee Studies*, 4(1), 1991.
- ZETTER, Roger: “Unlocking the Protracted Displacement of Refugees and Internally Displaced Persons: An Overview”, *Refugee Survey Quarterly*, 30(4), 2011.

ÖDEME ACZİNİN ÇÖZÜMLENMESİ VE İŞ YAPMA KOLAYLIĞI HAKKINDA DÜNYA BANKASI'NIN 2019-2020 TÜRKİYE RAPORU'NA İLİŞKİN TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

EVALUATION AND OPINIONS ON THE WORLD BANK'S 2019-2020 TURKEY REPORT ON
RESOLVING INSOLVENCY AND DOING BUSINESS

İbrahim ERMENEK*   & Mustafa Alper ENER**  

Makale Bilgi

Gönderi: 01/12/2021
Kabul : 10/01/2022

Anahtar Kelimeler

Dünya Bankası,
İş Yapma Kolaylığı
Raporu,
Ödeme Aczinin
Çözümlemesi,
İyi Uygulamalar,
Yatırım Ortamı,
Yatırım Hukuku.

Article Info

Received: 01/12/2021
Accepted: 10/01/2022

Keywords

World Bank,
Doing Business Report,
Resolving Insolvency,
Good Practices,
Investment Climate,
Investment Law.

Özet

10.21492/inuhfd.1031008 

Yabancı yatırımlar devletlerin ekonomilerinin gelişiminde başat bir rol oynamaktadır. Sınırlı yatırımı kendi ülkelerine çekebilmek amacıyla devletler arasında yaşanan rekabet, devletleri yatırımcılar için uygun bir yatırım iklimi yaratmaya ve ülkelerindeki hukuki ve iktisadi riskleri asgari düzeye indirmeye teşvik etmektedir. Bu sebeple, yatırımcıların ve devletlerin, yatırım ortamı ve dünyadaki iyi uygulamalar hakkında bilgi sahibi olması önem taşımaktadır. Bu amaca yönelik olarak, Dünya Bankası, devletlerin sundukları yatırım ortamını hem mukayeseli hem de münferit olarak değerlendirmekte ve yıllık olarak yayınladığı İş Yapma Kolaylığı Raporlarında yatırımcıların ve devletlerin dikkatine sunmaktadır. Bu raporların başlıca amacı ülkeler ve yatırımcılar için bir bilgi kaynağı oluşturulması ve bu alanlarda devletlerin reform yapmalarının teşvik edilmesidir. Dünya Bankası'nın söz konusu raporlarda incelediği alanlardan biri, ödeme aczinin çözülmesi başlığıdır. Bu makalede, İş Yapma Kolaylığı Raporları ve ödeme aczinin çözülmesi başlığı hakkında bilgi verilmekte ve ödeme aczi işlemlerinin etkinliğini sağlayan iyi uygulamalar incelenmektedir. Nihayet Türkiye'nin ödeme aczi rejiminin ülke raporlarına göre bir incelemesi yapılmakta ve iyi uygulamalar karşısında Türk ödeme aczi sistemi değerlendirilmektedir.

Abstract

Foreign investments play a dominant role in the development of the economies of states. Competition between states aiming at attracting investments to their countries encourages them to create a more favorable investment climate and to minimize legal and economic risks an investor might encounter in their countries. Hence, it has significant importance for investors and governments to be informed about the investment climate and good practices in the world. In line with this objective, the World Bank comparatively and individually evaluates the investment climate offered by governments and brings it to the attention of investors and governments in its annual Doing Business Reports. The main purpose of these reports is to create a data source for countries and investors and to encourage governments to reform in the areas covered. One of the areas examined by the World Bank in the aforementioned reports is resolving insolvency. This article provides information on Doing Business Reports and the topic of resolving insolvency and examines good practices that ensure the effectiveness of insolvency proceedings. Finally, an analysis of Turkey's insolvency regime according to country reports is made and the Turkish insolvency system is evaluated considering good practices.



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

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

** Dr. Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ERMENEK İbrahim/ENER Mustafa Alper, "Ödeme Aczinin Çözülmesi ve İş Yapma Kolaylığı Hakkında Dünya Bankası'nın 2019-2020 Türkiye Raporu'na İlişkin Tespit ve Değerlendirmeler", İnÜHFD, 13(1), 2022, s.29-47

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

EXTENDED SUMMARY

Competition between states aiming at attracting foreign investments to their countries encourages them to create a more favorable investment climate. It has significant importance for investors and governments to be informed about the investment climate and good practices in the world. In line with this objective, the World Bank evaluates the investment climate offered by governments and brings it to the attention of investors and governments in its annual Doing Business Reports. The main purpose of these reports is to create a data source for countries and investors and to encourage governments to reform in the areas covered. One of the areas examined by the World Bank in these reports is resolving insolvency. This article aims at evaluating the insolvency system of Turkey having regard to Doing Business Reports. To this end, it provides information on Doing Business Reports, and examines good practices that ensure the effectiveness of insolvency proceedings. Finally, an analysis of Turkey's insolvency regime is made and the Turkish insolvency system is evaluated considering good practices.

This study consists of five main titles, the first of which presents the objectives of the World Bank Doing Business Reports. These reports are published annually by the World Bank with the aim of encouraging countries to make reforms, providing investors and governments with a reliable data source, and identifying good practices developed by successful countries. In the second chapter, explanations about the content and the development of the Doing Business Report are made. This report consists of ten titles by which countries are scored and ranked, including starting a business, dealing with construction permits, getting electricity, registering property, getting credit, protecting minority investors, paying taxes, trading across borders, enforcing contracts, and resolving insolvency. In the third chapter, the importance of the insolvency regime and the methodology used in the Doing Business Reports are discussed. The World Bank uses the simple average of the scores for the recovery rate and the strength of the insolvency framework index when assessing resolving insolvency. In calculating the strength of the insolvency framework index, the commencement of proceedings index, the management of debtor's assets index, the reorganization proceedings index, and the creditor participation index are used. In order to determine the scores, a hypothetical case about a business is presented to the practitioners in a country, and scoring is made in line with the answers given to the survey questions. The fourth chapter focuses on international trends and good practices in resolving insolvency. Good practices identified by the World Bank are expected to set an example for the establishment and reform of effective insolvency systems. Good practices concerns seven issues, including streamlining insolvency proceedings, establishing or clarifying rules for commencing insolvency proceedings, establishing effective reorganization proceedings, promoting creditor participation, improving provisions applicable to the treatment of contracts and voidable transactions, introducing provisions on post-commencement financing, and regulating the profession of insolvency administrators. Finally, in the fifth chapter named Country Reports and Turkey, the survey questions sent to the practitioners regarding resolving insolvency in the Doing Business Reports are explained and the evaluations presented in this report about the Turkish insolvency system are made. In the conclusion part of the article, the Turkish insolvency system is evaluated, and our recommendations are given regarding the changes that have been and can be made in the Turkish legislation to reach good practices.

Turkey has made remarkable progress in doing business according to recent reports. In the 2019 Report, it was among the 10 countries that developed most with 12 legal regulations made during the period of the study, and rose to the 33rd place with 76.8 points in the 2020 Year Report. Having regard to the 2020 Turkey Report, Turkey's most successful field (21st place) is the protecting minority investors, while the most unsuccessful one (120th place) is resolving insolvency, which Turkey was able to get only 38.5 points under. According to the report, transactions for resolving insolvency in Turkey occur in the form of liquidation of assets after reorganization has been attempted, and the outcome of these transactions is usually piecemeal sales. The resolving insolvency period has been determined as five years, and its cost has been calculated as 14.5% of the company's assets. As a result of the resolution, the recovery rate of the creditors' receivables was measured as 10.5%.

While Turkey got a full score in the commencement of proceedings index, it was able to get only 3 points out of 6 in the management of debtor's assets index. In order to get a full score in this index, the Turkish insolvency system must allow the debtor to continue to perform the contracts that are necessary to keep the company afloat, allow the debtor to refuse excessively burdensome contracts, and give priority to the payment of the financing received after the insolvency proceedings are initiated. Also, Turkey was able to get only 1.5 points out of 3 in the reorganization proceedings index. To get a full score in this index, the reorganization plan must be approved only by the creditors whose rights have been changed or affected, not by all the creditors, and the creditors entitled to approve the reorganization plan must be divided into classes, each class must vote separately, and all creditors in their respective class must be treated equally. Finally, Turkey got 3 points out of 4 in the creditor participation index. If the Turkish insolvency system requires the approval of the creditors in the sale of a significant part of the debtor's assets during the insolvency proceedings, a full score can be obtained from this index.

The development process in Turkey regarding insolvency, which particularly started with the Law No. 4949 of 17.07.2003, has continued rapidly until today, and finally, with the Amendment provided by the Law No. 7327 of 09.06.2021, the shortcomings of the required features for an effective insolvency system which the World Bank indicated in its reports have been generally eliminated.

It is clear that these legal changes are not made as a result of the actual requirements of economic life, but rather made as a result of expectations towards easing making investment, yet mostly far from bearing fruits. On the other hand, the assembly of common law origin institutions in civil law based institutions and the idea that these two different understandings can be carried out in harmony is another problematic point. Therefore, these changes do not have the ability to be implemented, and more often than not, cause hesitations and conflicts in the established practices.

In addition, one of the important points in order to be successful in resolving insolvency is the necessity of redefining the roles of the courts. To this end, the intermediary appellate instance should be skipped and a direct appeal to the Supreme Court should be made. Also, the possibility of the lower courts to make a decision of resistance against the annulment decisions of the Supreme Court should be eliminated in related cases, in order to ensure a rapid standard in judicial decisions.

Last but certainly not the least, the principle of legal certainty, the respect and embracement towards law by both the government and the society, and the legal predictability in terms of outcome and time of resolving insolvency should be the top priority in the evaluation of the success of a business-based resolving insolvency system in terms of protecting the interests of all parties.

I. GİRİŞ

Ülkelerinde yatırım yapılmasını ve sermayenin kendi topraklarında kalmasını isteyen devletler arasında yaşanan rekabet, onların yatırımcı için daha avantajlı bir durum yaratacak adımlar atmasını teşvik etmektedir. Bu bağlamda devletler, üretim ve ticaretlerini etkileyen coğrafi konumlarını, yer altı kaynaklarını ve iklimlerini değiştirememekle birlikte, özellikle yatırım ortamını iyileştirecek iktisadi ve hukuki koşullarda değişiklik yapabilmektedir. Yatırım yapılacak ülkede iktisadi ve hukuki risklerin asgari düzeye indirilmesi; çoğu kere yatırımcılar için uygun bir yatırım iklimi yaratmakta, oluşturulan bu iklim yatırım tercihlerinin belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Genel çerçevede hukuki ve iktisadi olarak belirlediğimiz riskler, özeld makroekonomi ve ticaret politikalarına, siyasi istikrara, altyapıya, hukukun uygulanmasına, idarenin işleyişine ve kurumlara ilişkin riskleri bünyesinde barındırmaktadır.¹

Yatırım ortamının değerlendirilmesinde önemli bir ölçüt olan ödeme aczinin çözümlenmesi hususu hem hukuki istikrar hem ekonomik istikrar açısından değerlendirilmektedir. Bu gereksinim, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerinin doğal bir sonucudur. Bu güvencenin bulunmadığı ekonomik pazarda, güvensizlik ve belirsizlik nedeniyle iş ve yatırım yapılması zor olacağı için, yatırımcılar ya piyasaya hiç girmeyecek veya kısa sürede piyasadan çekilecektir. Bu nedenle, hem kurallar yapılırken, iyi kural koyma ilkelerine ve öngörülebilirliğe uygun hareket edilmesi, hem kuralların uygulamasının istikrarlı, açık ve öngörülebilir olması, bu konuda çıkacak uyuşmazlıkların da belirlilik, istikrarlılık ve öngörülebilirlik ilkelerine uygun olarak yargı tarafından karara bağlanması, serbest piyasada yatırımcıların güvenini ve rasyonel karar verme imkanını muhafaza edebilecek bir ortam sağlayacaktır.²

Ödeme aczinin çözümlenmesinin hukuki istikrar boyutunu, siyasi iktidarda veya politikalarda yaşanan değişiklikler karşısında bu konudaki temel ilkelerden sapılmaması ile oluşmaktadır. Bu bağlamda düzenlemelerin sürekli değişmemesi; bu düzenlemelerin açık ve şeffaf olması, mülkiyet hakkı gibi temel haklara saygı gösterilmesi, idarenin eylem ve işlemlerinde istikrarlı olması; bu eylem ve işlemlerde hukuki süreçlere riayet edilmesi, düzenlemeler ile uygulamanın paralel olması, aynı veya benzer olaylarda karar mercilerinin birbirleri ile uyumlu kararlar vermesi oldukça önemlidir.

Ayrıca bu düzenlemelerin, hukuki istikrarın sağlanmasının yanı sıra, piyasa beklentilerine ve ihtiyaçlarına uygun, ekonomik sistemde tıkanmalara ve krizlere meydan bırakmayacak ve başarısı ispatlanmış temel ilkelere ve iyi uygulamalara göre gerektiğinde ve zamanında güncellenmesi de gerekmektedir.

Diğer taraftan hem yatırım ortamının iyileştirilmesi hem de ödeme aczinin çözümlenmesi, ilgili ülkelerin özel dinamikleri, ticari teamülleri, toplumsal alışkanlıkları gibi unsurlar dikkate alındığında ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir. Bu noktada ilgili ülke kanun koyucuları tarafından yatırım ortamının iyileştirilmesi ve ödeme aczinin çözümlenmesinin kolaylaştırılması için düzenleme yapılırken, ortaya çıkması muhtemel bu farklılıklar da dikkate alınmalı; ayrıca sözleşmelerin gereği gibi ifasını sağlayıcı tedbirlere de yer verilmeli ve devletin ilgili kurumları arasında eşgüdüm sağlanmalıdır.

Ülkemizde de son dönemlerde ödeme aczinin çözümlenmesine ilişkin kanun değişikliklerinin büyük bir kısmı ekonomik krizleri takip eden dönemlerde yatırım ortamının iyileştirilmesi amacıyla yapılmıştır.³ Bu tercih, yatırım ortamının iyileştirilmesi ile ödeme aczinin çözümlenmesi yöntemleri arasında doğrudan bir korelasyon olduğunu göstermektedir. Ödeme aczinin çözümlenmesine ilişkin düzenlemelerin içeriğinde ise daha ziyade Dünya Bankası'nın raporları ve yatırım yapacak olan ülkelerin beklentileri belirleyici bir rol oynamaktadır.

Eldeki çalışma esasen iş yapma kolaylığı ve ödeme aczinin çözümlenmesine ilişkin Dünya Bankası'nın 2019 ve 2020 yılı raporlarında Türkiye hakkındaki çıkarımları dikkate alınarak hazırlanmıştır. Çalışmada, yine bu raporlardan hareketle öncelikle Dünya Bankasının ilgili endekslerinin içeriği ortaya konularak bu raporların hazırlanmasına esas teşkil eden anket soruları hakkında bilgiler verilmiş; daha sonra ise Türkiye'den katılımcıların ilgili sorulara verdikleri

¹ YEŞİLİRMAK, Ali: Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.3.

² KÖKÜSARI, İsmail: Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara 2015, s.145.

³ Bkz. 15.07.2016 tarih ve 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG: 09.08.2016; 29796); 28.02.2018 tarih ve 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG: 15.03.2018; 30361).

cevaplar ve bu cevapların puanlama sonucuna işaret edilmiştir. Çalışma Türkiye’ye ilişkin bazı tespit ve önerilerin yer aldığı sonuç kısmı ile tamamlanmıştır.

Dünya Bankasının çalışma konumuza ilişkin raporları her ne kadar 2019 ve 2020 tarihli olsa da raporlara esas teşkil eden ankette katılımcılardan cevaplanması istenilen sorular eski döneme (iflasın ertelenmesi dönemine) ilişkindir. Bu nedenle konkordatoya ilişkin son yıllarda yapılan değişikliklerin ilgili endeksleri ne şekilde etkilediği henüz Dünya Bankası raporlarına yansımamıştır.

Nihayet elde edilen sonuçların daha iyi anlaşılabilmesi için, sorulara verilecek cevapların sadece ankette belirtilen ve o ülkede yoğun olarak uygulama alanı bulan ödeme aczi çözüm yöntemine göre belirlendiğine işaret edilmelidir.⁴ Mesela, ilgili ödeme aczi prosedürü bakımından alacakları yeniden yapılandırılan alacaklıların sınıflara ayrılarak her sınıfın ayrı ayrı oylamaya tabi tutulması ve fakat bunlara kendi içerisinde eşit muamele yapılıyor olması 1 puan; aksi hâl ise 0 puandır. Anketin yapıldığı dönemde bu özellik, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin yeniden yapılandırılması bakımından vardır, ancak iflasın ertelenmesi için söz konusu değildir. Ankette iflasın ertelenmesi yolu tercih edildiği için Türkiye bu soruya verilen cevaptan 0 puan almaktadır.

II. ÖDEME ACZİNİN ÇÖZÜMLENMESİ

Piyasalar birer canlı organizmadır. Bu organizma içerisinde gerçekleşen her faaliyetin bünyenin tamamını etkilemesi mümkündür. Bu çerçevede bir şirketin borçlarını ödemede temerrüde düşmesi veya iflas etmesi sonucunda ilişkide olduğu diğer girişimlerin mali yapılarını da etkilemesi kaçınılmazdır. Ortaya çıkan bu sonuç bir taraftan piyasaya olan güveni sarsarken diğer taraftan da ekonomik riskleri artırmakta ve ilgililerin sözleşme yapma isteklerini olumsuz yönde etkilemektedir. Ortaya çıkan bu durum piyasanın hukuki ve ekonomik yönden düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu koşullarda piyasanın düzenlenmesi adeta bir bağımsızlık sistemi gibi olmalı, organizmanın ayakta kalması için öncü ve etkili bir mücadele gücü ortaya koymalıdır. Bu sayede piyasa aktörlerinden olan alacaklılar yatırımlarını daha yüksek oranda geri alacak, daha çok sayıda işçi işini muhafaza edecek, tedarikçiler ve müşteriler de korunacaktır. Düzenlemeler yapılırken ekonomik veriler, yargı sisteminin işleyişi, piyasa gerçeklikleri, piyasanın ihtiyaçları ve yatırımcı psikolojisi gibi unsurlar göz önüne alınmalıdır.

Her piyasa birbirinden farklı özellikler arz edebilmektedir. Ancak yapılan çalışmalar neticesinde tespit edilen iyi uygulamalar (*good practices*) kanun koyuculara düzenlemeleri hazırlarken kılavuzluk etmektedir. Bu anlamda ilk olarak Dünya Bankası’nın hazırladığı raporlar kapsamında ödeme aczinin çözümlenmesine ilişkin çalışmalar hakkında ayrıntılı bilgiler verilecektir.⁵

A. Dünya Bankası İş Yapma Kolaylığı Raporu’nun Amacı

Dünya Bankası Grubu 2002’de özel girişimlerin katkısıyla yoksulluğun azaltılması stratejisini belirlemiştir. Bu kapsamda Özel Sektörün Geliştirilmesi Stratejisi (Dünya Bankası Grubu Talimatları)⁶ hazırlanmıştır. Bu strateji ile öne çıkan amaçları;

- Şeffaf bir şekilde verilen puanlar ile ülkeler arasında kıyaslama yapılarak reform yapmalarının teşvik edilmesi,
- Ülkelere, reformlarını hazırlarken dikkat etmesi gereken konularda veri sağlanması ve göstergelere göre ilgili alanda başarı gösteren ülkelerin tecrübelerinden yararlanabilmeleri için bilgilendirme yapılması,
- Uluslararası girişimlerin verdiği desteklerin daha etkin bir şekilde yönlendirilmesi amacıyla ülkelerin politikaları ve düzenlemeleri hakkında sağlıklı bir veri kaynağının oluşturulması,

⁴ Ülkemizde 2009-2016 yılları arasında, toplam 4.728 iflasın ertelenmesi talebinde bulunulmuştur (2017’de yapılan başvuru sayısı 835’tir). Bunlardan %47’sinde iflasın ertelenmesi talebi kabul edilmiş, %53’ünde ise red kararı verilmiştir (yetkisizlik, görevsizlik nedeniyle reddedilenler dahil); aynı dönemde 318 konkordato mülhleti verilmesi, 33 konkordatodunun feshi ve 61 konkordatodunun tasdiki konulu başvuru yapılmıştır. Bkz. ŞENCAN, Derya: “Ekonomik ve Hukuki Sonuçları İtibariyle İflas Erteleme ve Konkordato Müesseselerinin Karşılaştırmalı Analizi”, Gümrük Ticaret Dergisi, 16, 2019, s.31-32.

⁵ Bu bölümde ağırlıklı Dünya Bankası’nın yaptığı çalışmaya ilişkin gerekli çevirilere yer verilecektir. Bu makalede yer alan uyarılma ve çeviriler bakımından sorumluluk reddi beyanı: Bu çalışmada yer alan çeviriler Dünya Bankası tarafından teyit edilmemiş olup, hata ve eksikliklerin sorumluluğu yazarlara aittir.

⁶ World Bank Group: Private Sector Development Strategy – Directions for the World Bank Group (Private Sector Development Strategy), World Bank Publications, Washington DC 2002.

- Kalkınma ve mevzuat arasındaki ilişki üzerine yapılacak teorik çalışmalara katkı sunacak ve mevcut olan teorilerin tahliline olanak tanıyacak ampirik dayanak sağlanması, şeklinde özetlemek mümkündür.⁷

İşaret ettiğimiz veriler birlikte değerlendirildiğinde, Dünya Bankası İş Yapma Kolaylığı Raporu'nda yer verilen göstergelerin, sadece bu amaçların gerçekleştirilmesine yönelik değil, aynı zamanda, ödeme aczinin çözümüne ilişkin mevzuat değişikliklerini belgelendirme, verimliliği teşvik etme ve teşebbüs özgürlüğünü destekleme fonksiyonlarını da yerine getirdiği görülmektedir.⁸

B. Dünya Bankası İş Yapma Kolaylığı Raporu'nun İçeriği

Yabancı yatırımcıların bir ülkede yatırım yapmadan önce dikkate aldığı hususlardan birisi, o ülkedeki iş yapma kolaylığıdır. Dünya Bankası, yatırımcıları bilgilendirmek amacıyla ülkelerdeki iş yapma kolaylığı üzerine yıllık raporlar hazırlamaktadır.⁹ Bu raporların ilki iş kurma, işe alma ve işten çıkarma, sözleşmelerin icrası, kredi alma ve işletmenin tasfiye süreci konuları hakkındaydı.¹⁰ Ancak zaman içerisinde Dünya Bankası iş yapma kolaylığını sağlamak üzere, yatırım yapılacak ülkeler bakımından ele aldığı konuları genişletmiştir.

Dünya Bankası İş Yapma Kolaylığı 2020 Raporu'nda, 190 ülke değerlendirilmektedir. Bu kapsamda; iş kurma, yapı ruhsatlarının alınması, elektriğe erişim, taşınmazların kaydının yapılması, kredi alınması, azınlık paylarının korunması, vergilerin ödenmesi, sınır-aşan ticaret yapılması, sözleşmelerin icrası ve ödeme aczinin çözülmesi olmak üzere on konudaki veriler üzerinden ülkelerin puanlama ve sıralaması yapılmaktadır. Ayrıca hükümetlerle yapılan sözleşmeler ile istihdama ilişkin düzenlemeler hakkında ülkelerin puanlaması yapılmaksızın bazı veriler yayımlanmaktadır.¹¹ Ülke raporlarında ise bu on konunun yanında istihdama ilişkin düzenlemeler kapsamında sıralama yapılmadan işçi istihdam etme konusu ele alınmaktadır. 190 ülkede farklı düzenlemeler olabileceği dikkate alındığından, çalışmada yöneltilen sorular Türkiye'de kullanılan kavramlardan farklılık arz edebilmektedir.

C. Ödeme Aczinin Çözülmesi

Ödeme aczinin çözülmesi konusu Dünya Bankası İş Yapma Kolaylığı 2012 Raporu'ndan önceki raporlarda bir işletmenin sona ermesi başlığı altında ele alınmaktaydı. Başlık altında ele alınan göstergelerin içeriğini daha iyi yansıtacağı düşünülerek isim değişikliğine gidilmiştir.¹² Raporlarda göstergelerin içeriği ve kapsamı bakımından bir değişiklik yapılmamıştır.

1. Ödeme Aczinin Çözülmesi Rejiminin Önemi

Dünya Bankası'nın hazırladığı raporlara göre ödeme aczi sistemlerini oluşturmanın en önemli amaçlarından biri, kendi başına ayakta durabilecek şirketlerin piyasada faaliyetlerine devam edebilmelerini sağlamaktır. Ödeme aczi sisteminin başarısı, piyasada faaliyetini sürdürebilecek şirketlerin erken tasfiyesini önleyip önlemediğine göre belirlenmektedir. Başarılı bir sistem borç verenleri yüksek riskli kredi vermektен, yönetici ve ortakları ise basiretsizce borç almaktan ve diğer riskli finansal kararlar vermektен vazgeçirmelidir.¹³ Şirketler düzeltilebilirse bütün paydaşlar bundan fayda sağlayacaktır.¹⁴ Başarılı bir ödeme aczi sistemiyle şirketin krediye ulaşması

⁷ World Bank Group: Doing Business in 2004: Understanding Regulation (Doing Business in 2004), World Bank and Oxford University Press, Washington DC 2004, s. ix-x. World Bank Group, Private Sector Development Strategy, s.ii,iv,v.

⁸ World Bank Group: Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies (Doing Business 2020), World Bank Publications, Washington DC 2020, s.2.

⁹ Dünya Bankası 2004'ten itibaren bu raporu yayımlamaktadır. Son yayımlanan Doing Business 2020 - Comparing Business Regulation in 190 Economies raporu 1.05.2019'a kadar olan güncel verileri içermektedir.

¹⁰ World Bank Group, Doing Business in 2004, s.x.

¹¹ Sonraki raporlarda işçi istihdam etme ve kamuyla yapılan sözleşmeler konularının puanlama kapsamına alınması da planlanmaktadır. World Bank Group, Doing Business 2020, s.2-3. Bu on konuda Türkiye'nin durumu için bkz. ENER, Mustafa Alper: Uluslararası Yatırım Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.112-119.

¹² World Bank Group: Doing Business 2012: Doing Business in a More Transparent World (Doing Business 2012), World Bank and International Finance Corporation, Washington DC 2012, s.57.

¹³ DJANKOV, Simeon/HART, Oliver/McLIESH, Caralee/SHLEIFER, Andrei: "Debt Enforcement around the World", Journal of Political Economy, 116(6), 2008, s.1105-1149.

¹⁴ Bu durumun sebebi doktrinde, "bir işletmenin faaliyet halindeki işletme değerinin, aynı işletmenin tasfiye değerinden farklı ve genellikle daha fazla olmasıdır. Dolayısıyla, modern iflas hukukunda, ilk nazarda, borçlunun korunması için değil; alacaklıların korunması için, güç durumdaki işletmelerin tasfiyesini mümkün olduğu kadar önlemek ve onun ekonomik değerini yaşayan bir varlık olarak muhafaza etmek, böylece alacaklıları o yaşayan değerden tatmin etmek" şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. BUDAK, Ali Cem: "Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu ile İlgili Usullerin Amacı Işığında İcra ve İflas Kanunu'ndaki 5092 Sayılı Kanun Değişikliği", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1), 2006, s.258.

kolaylaşacak, alacaklılar yatırımlarını daha yüksek oranda geri alacak, daha çok sayıda işçi işini muhafaza edecek, tedarikçiler ve müşteriler de korunacaktır.¹⁵ Alacaklılar, yatırımlarının çoğunu geri alabilmesiyle şirketlere yatırım yapmaya devam edecek ve bu durum şirketlerin krediye ulaşmasının kolaylaşmasına katkı sağlayacaktır.¹⁶ İflas rejimi, bu alacakların mutlak önceliğine saygı gösterirse, teminatlı alacaklılar borç vermeye devam edecek ve iflas sistemine güven sağlanacaktır.¹⁷

Ülkelerin iflas kanunları benzerlik gösterse de icra işlemlerinin etkinliğindeki farklılıklar dolayısıyla iflas prosedürlerinin uygulaması değişiklik arz etmektedir.¹⁸ İflas durumunda mahkemeler etkin bir şekilde kullanılmıyorsa, alacaklılar ve borçlular mahkeme dışı gayri resmi müzakere yoluna gitmeye daha fazla meyil etmekte ve borçlular riskli finansal davranışlar sergileyemeye daha eğilimli olmaktadır. Bu durum daha fazla iflase ve daha büyük mali sıkıntılara neden olabilmektedir.¹⁹

2. Ödeme Aczinin Çözümlemesi Başlığında Kullanılan Metodoloji²⁰

Ödeme aczinin çözümü başlığı altında yerli tüzel kişilerin ödeme aczine ilişkin işlemlerin süresi, masrafları ve sonucu ile mahkeme kararıyla tasfiye ve yeniden yapılandırma usullerine ilişkin yürürlükteki mevzuat araştırılmaktadır. Ödeme aczinin çözümü göstergelere ilişkin veriler anketlerden gelen sonuçlara göre oluşturulmaktadır. Anketler ilgili ülkede ödeme aczi uygulayıcılarına gönderilmektedir.²¹ Gelen cevapların kontrolü ise kanun ve yönetmeliklerin incelenmesiyle ve ödeme aczi sistemlerine ilişkin kamuya açık bilgilerin tahlil edilmesiyle yapılmaktadır. Rapordaki göstergeler hem mevzuattaki hem uygulamadaki süre, maliyet ve sonuçların ölçülerek ülkeler arasında ödeme aczinin çözümü kolaylığı sıralaması yapılmaktadır.

a. Teminatlı Alacaklının Alacağını Karşılama Oranı

Teminatlı alacaklının alacağını karşılama oranının hesabında, ilgili ülkede ödeme aczinin çözümü işlemlerinin süresi, masrafları ve sonucu dikkate alınmaktadır. Hesaplamaların ülkeler arasında mukayeseli şekilde yapılabilmesi için farazi bir örnek seçilmiştir. Örnek olarak alınan şirketin, olayın ve tarafların özellikleri şu şekilde belirlenmiştir;

Şirketin özellikleri:

- Limited şirkettir,
- İlgili ülkenin en büyük ticari şehrinde (Türkiye için İstanbul)²²,
- Şirketin tamamına o ülkenin vatandaşları sahiptir,
- Şirketin kurucusu ve müdürler kurulu başkanı, şirketin %51'ine sahiptir,
- Diğer ortaklardan hiçbiri %5'ten fazla hisseye sahip değildir,
- Şirketin başlıca varlığı şehir merkezinde otel olarak işletilen bir mülktür,
- Otelde profesyonel bir genel müdür bulunmaktadır,

¹⁵ Bu başlık, şu çalışmayı temel almaktadır: World Bank: Doing Business Measuring Business Regulations, Resolving Insolvency, Why It Matters?, <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency/why-matters>, (Erişim Tarihi: 28.11.2021). NEIRA, Julian: “Bankruptcy and Cross-Country Differences in Productivity”, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 157, 2019, s.359-381. CLAESSENS, Stijn/KLAPPER, Leora F.: “Bankruptcy Around the World: Explanations of Its Relative Use”, Policy Research Working Paper, 2865, World Bank Development Research Group, Washington DC July 2002, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/14259/multi0page.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.11.2021).

¹⁶ Benzer şekilde, üçüncü kişiler aciz halindeki işletmeye yeniden yatırım yapmaya hazır olduğunda, bunun için hukuken olabildiğince çok teşvik bulunması önemlidir. Bu amaçla, üçüncü kişiye muhtemel bir iflasta imtiyazlı bir durum sağlanması ve/veya yeni krediler için teminatlar gösterilebilmesi gerekir. Bkz. MEIER, Isaak: “Etkin Bir Yeniden Yapılandırma Usulü: Türk Hukukundaki Değişiklikler Bakımından İsviçre Hukukundaki Gelişmeler”, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VIII*, Ankara 2010. s.128.

¹⁷ ARMOUR, John/MENEZES, Antonia/UTTAMCHANDANI, Mahesh/van ZEITEN, Kristin: “How Creditor Rights Affect Debt Finance”, in Frederique Dahan, *Research Handbook on Secured Financing in Commercial Transactions*. Elgar Publishing, 2015, s.3-25. DJANKOV, Simeon: “Bankruptcy Regimes during Financial Distress”, World Bank, Washington DC May 2009, s.5.

¹⁸ Yargının hızlı ve etkin olmaması, ticari hayatın önemli ilkelerinden olan öngörülebilirlik ve ticari hızın gerekleri ile uyumlu değildir. Bkz. YEŞİLİRMAK, s.2.

¹⁹ World Bank: Doing Business Measuring Business Regulations, Resolving Insolvency, Why It Matters?, <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency/why-matters>, (Erişim Tarihi: 28.11.2021).

²⁰ Bu başlık, şu çalışmayı temel almaktadır: World Bank: Doing Business Measuring Business Regulations, Resolving Insolvency, Methodology, <https://www.doingbusiness.org/en/methodology/resolving-insolvency>, (Erişim Tarihi: 28.11.2021).

²¹ Türkiye’den anketin katılımcıları için bkz. World Bank Group: Doing Business 2019: Training for Reform (Doing Business 2019), World Bank Group Publications, Washington DC 2019, s.295-297.

²² World Bank, Doing Business 2019, s.125.

- 201 işçi istihdam etmektedir,
- Hepsine son teslimatları için borçlu olduğu 50 tedarikçisi bulunmaktadır,
- Otel olarak kullanılan gayrimenkulün üzerine yerli bir banka ile yapılan 10 yıllık kredi sözleşmesi nedeniyle ipotek tesis edilmiştir,
- Şimdiye kadar bütün ödemeleri zamanında ve sözleşme koşullarına uygun olarak ifa etmiştir,
- Piyasa değeri, o ülkede kişi başına düşen gelirin 100 katı²³ veya 200.000\$’dan hangisi daha yüksekse ona göre belirlenmektedir,
- Şirketin malları parça parça satılırsa piyasa değerinin %70’ine karşılık gelmektedir.

Örnek olayda, tarih 1 Ocak 2019’dur ve işletme likidite sorunu yaşamaktadır. Şirketin 2018’deki zararı şirketin net değerini eksiye düşürmüştür. Şirketin, bankaya olan kredi borcunun vadesi olan 2 Ocak 2019 tarihi gelmesine rağmen, ana borcu veya faizini ödemek için nakdi bulunmamaktadır. Şirket bu borcu nedeniyle temerrüde düşecektir. Şirket yönetimi 2019 ve 2020’de de zarar edileceğini düşünmektedir. Ancak, bankaya olan ana borç veya faizi ödenmeyecek olursa, 2019’da gerçekleşecek nakit akışı ile tedarikçilerin ödemeleri, maaşlar, bakım giderleri ve vergiler dahil bütün işletme giderleri ödenebilecektir.

Var olan kredi borcu, otel işletmesinin piyasa değeri ile denk düşmekte ve şirketin toplam borcunun %74’ünü oluşturmaktadır. Borcun geri kalan %26’sı ise tedarikçilere, işçilere ve vergi dairesine olan teminatsız borçlardır.

Şirketin mahkemeye gitmeden borcunu yeniden yapılandırabilmesi için müzakere etmesi gereken çok sayıda alacaklısı bulunmaktadır. Mahkeme dışı müzakerelerin haricinde, şirketin faaliyetinin devamına izin verilmesi için iyileştirme veya yeniden yapılandırma amacıyla yargıya gidilmesi, şirketin tasfiyesi için yargıya gidilmesi veya şirkete karşı icra takibinin (ipotekli malın haczi veya kayyımaya devredilmesi) başlatılması seçenekleri de mevcuttur.

Örnek olaydaki taraflardan banka, alacağını mümkün olan en yüksek oranda ve olabildiğince hızlı ve ucuz bir şekilde tahsil etmeyi istemektedir. Teminatsız alacaklılar ise yürürlükteki mevzuat kapsamında varlıkların parça parça satılmaması için her yolu denemeyi düşünmektedir. Çoğunluk hissesi sahibinin beklentisi, şirketin faaliyetine devam ederek kendi kontrolünde kalması yönündedir. Yönetim, şirketi faaliyette tutma ve işçileri işlerine devam ettirme çabası içerisinde. Taraflar ilgili ülkenin vatandaşıdır ve yabancı taraf bulunmamaktadır.

Olayda alacaklıların alacaklarını tahsil etme süreleri takvim yılıyla hesaplanmıştır. Çalışmada, şirketin temerrüde düşmesinden bankaya olan borcun tamamının veya bir kısmının ödenmesine kadar geçen süre esas alınmıştır. Tarafların süreci uzatmak için talep edebileceği süreler ile kanun yollarına başvuru nedeniyle sürecin uzaması da dikkate alınmıştır.

Ödeme aczinin çözümlenmesi sürecinde ortaya çıkan masraflar borçlunun mal varlığının değerine oranla kaydedilmiştir. Anketlere verilen cevaplar sonucunda hesaplanan masraflara yargılama giderleri, resim ve harçlar, icra masrafları, avukatlık ücreti, eksper ve mezarlıkların ücreti, yapılan diğer ilgili giderler de dahil edilmiştir.

İşlemler sonucunda alacakların tahsilinde baz alınan değer, otel işletmesinin faaliyete devam etmesi halinde otelin değerinin %100’ü oranında korunacağı, varlıkların parça parça satılması halinde ise en fazla %70’inin tahsil edilebileceği varsayılarak hesaplanmaktadır.

Tahsilat oranı, teminatlı alacaklıların yargısal yeniden yapılandırma, tasfiye veya icra işlemleri sonucunda alacağının karşılanan yüzdesi üzerinden kayda geçirilmektedir. Tahsilat oranının hesaplanması yapılırken işlemler sonucunda iki netice dikkate alınmaktadır; bunlar, şirketin faaliyete devam etmesi veya varlıkların parça parça satılması halleridir.²⁴ Buna göre borçlunun varlığının değeri belirlendikten sonra yapılan işlemlerin masrafı oransal olarak

²³ Dünya Bankası’nın verilerine göre Türkiye’de kişi başına düşen gayrisafi yurt içi hasıla 2018’de 9.370,2\$ olarak gerçekleşmiştir. Hesaplama bu veri dikkate alınarak Türkiye’deki şirketin değeri 937.020\$ olarak belirlenmiştir. World Bank: Data, GDP per capita (current USD) - Turkey, <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=TR>, (Erişim Tarihi: 25.05.2020).

²⁴ Şirketin faaliyete devam etmesi durumunda hesaplama $(100 - \text{maliyet} - 25\% \cdot \text{zaman}) / (1 + \text{borç verme faiz oranı})^{\text{zaman}}$ formülü ile yapılmaktadır. Şirketin varlıklarının parça parça satılması durumunda hesaplama $(70 - \text{maliyet} - (25\% \cdot \text{zaman})) / (1 + \text{borç verme faiz oranı})^{\text{zaman}}$ formülü ile yapılmaktadır. Otel demirbaşının değer kaybı ise $25\% \cdot \text{zaman}$ ile hesaplanmaktadır. Alacaklılara işlemlerin sonunda geri ödeme yapılması $(1 + \text{borç verme faiz oranı})^{\text{zaman}}$ ile hesaplanmaktadır. Rapor o an yapılan ödemenin bugün ne kadar ettiğini ölçmektedir. World Bank: Doing Business Measuring Business Regulations, Resolving Insolvency, Frequently Asked Questions, <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency/faq>, (Erişim Tarihi: 28.11.2021).

düşülmektedir. Son olarak, icra işlemleri nedeniyle bu süreçte kullanılmayan paranın kaybettiği değer, otel demirbaşının yıpranması nedeniyle oluşan değer kaybıyla birlikte değerlendirilmektedir. Otel demirbaşının yıllık amortisman oranı, uluslararası muhasebe uygulamalarına uygun olarak yıllık %20 olarak alınmıştır. Demirbaşların toplam değeri ise toplam varlığın %25'i değerinde hesaplanmıştır. Tahsilat oranı, kalan hasılatın o günkü değerine göre hesaplanmıştır. O günkü değer hesabı yapılırken, Uluslararası Para Fonu'nun Uluslararası Finans İstatistikleri'nde yer alan 2018 sonu borç verme faiz oranları ile merkez bankalarının ve *Economist Intelligence Unit*'in verileri dikkate alınarak hesaplama yapılmıştır.

b. Ödeme Aczi Sisteminin Etkinliği Endeksi

Ödeme aczi sisteminin etkinliği endeksi; işlemlerin başlatılması endeksi, borçlunun varlıklarının yönetimi endeksi, yeniden yapılandırma işlemleri endeksi ve alacaklının işlemlere dahil olma endeksine dayanılarak hazırlanmıştır.²⁵

(1) İşlemlerin Başlatılması Endeksi

İşlemlerin başlatılması endeksinde puanlama ilgililerin aşağıda belirtilen hak ve yetkilere sahip olup olamamalarına göre yapılmaktadır. Buna göre;

- İlk olarak, borçluların tasfiye ve yeniden yapılandırma işlemlerini bizzat kendisinin başlatıp başlatamadığına bakılmaktadır. Borçlu bu iki işlemi de başlatabiliyorsa 1 puan, işlemlerden yalnız birini başlatabiliyorsa 0.5 puan, hiçbirini başlatamıyorsa 0 puan,

- İkinci olarak, alacaklıların tasfiye ve yeniden yapılandırma işlemlerini başlatıp başlatamadığına bakılmaktadır. Alacaklı bu iki işlemi de başlatabiliyorsa 1 puan, işlemlerden yalnız birini başlatabiliyorsa 0.5 puan, hiçbirini başlatamıyorsa 0 puan,

- Üçüncü unsur, ödeme aczinin çözümlenmesi işlemlerinin başlatılması için hangi standardın kullanıldığıdır. Tasfiye testinin (borçlunun vadesi geldiğinde borçlarını ekseriyetle ödeyemeyecek durumda olması) kullanılması durumunda 1 puan, bilanço tablosu testinin (borçlunun yükümlülüklerinin varlıklarının değerini geçmesi) kullanılması durumunda 0.5 puan, iki test de kullanılabilen ancak birinin kullanılması işlemleri başlatmaya yetiyorsa 1 puan, iki testinde kullanılması gerekiyorsa 0.5 puan, başka bir test kullanılıyorsa 0 puan verilmektedir.

Bu endekte 0 ila 3 puan arasında not verilmektedir. Puanın yüksek olması ödeme aczinin çözümlenmesi işlemlerinin daha erişilebilir olduğunu göstermektedir.²⁶

(2) Borçlunun Varlıklarının Yönetimi Endeksi

Borçlunun varlıklarının yönetimi endeksinde puanlama aşağıda belirtilen altı farklı ihtimalin gerçekleşme durumuna göre yapılmaktadır. Bu ihtimaller;

- Borçlunun (veya onun adına ödeme aczi komiserinin (ya da duruma göre kayyım veya denetçinin) şirketi ayakta tutmak için zorunlu olan sözleşmeleri ifa etmeye devam edemeyeceği; bu imkân mevcutsa 1 puan, sözleşmelerin devam ettirilme imkânı yoksa veya mevzuatta bu konuda bir düzenleme bulunmuyorsa 0 puan,

- Borçlunun (veya onun adına ödeme aczi komiseri/kayyım/denetçinin) aşırı külfetli sözleşmeleri reddetme imkanına sahip olup olmadığı; şayet bu imkana sahipse 1 puan, sözleşmelerin reddi imkânı yoksa veya mevzuatta bu konuda bir düzenleme bulunmuyorsa 0 puan,

- Ödeme aczi işlemleri başlatılmadan önce gerçekleştirilmiş, bir ya da birden fazla alacaklıya öncelik veren işlemlerin, ödeme aczi işlemlerinin başlatılmasından sonra feshi imkanının bulunup bulunmadığı; şayet bu tip işlemler feshedilebiliyorsa 1 puan, bu işlemlerin feshi imkânı yoksa veya mevzuatta bu konuda bir düzenleme bulunmuyorsa 0 puan,

- Ödeme aczi işlemleri başlatılmadan önce gerçekleştirilmiş ve değerinin altında yapılmış işlemlerin, ödeme aczi işlemlerinin başlatılmasından sonra iptalinin mümkün olup olmadığı; iptalin mümkün olması halinde 1 puan, iptal imkanının olmaması veya mevzuatta bu konuda bir düzenleme bulunmaması halinde 0 puan,

- Ödeme aczi sisteminin, borçlunun ödeme aczi işlemleri başlatıldıktan sonra, bu süreçte faaliyette bulunabilmesi için gerekli olan finansmanı sağlamasına imkân tanıyan özel düzenlemeler içerip içermemesi; bu tip özel düzenlemelerin bulunması halinde 1 puan, aksi halde 0 puan,

- Varlıkların dağıtımını sırasında, ödeme aczi işlemleri başlatıldıktan sonra alınan finansmanın ödenmesinde, teminatsız alacaklılara göre bir öncelik tanınıp tanınmadığı; bu yönde bir öncelik tanınması halinde 1 puan, ödeme aczi işlemleri başlatıldıktan sonra alınan finansmanın

²⁵ World Bank: Doing Business Measuring Business Regulations, Resolving Insolvency Methodology (Resolving Insolvency Methodology), <https://www.doingbusiness.org/en/methodology/resolving-insolvency>, (Erişim Tarihi: 18.09.2021).

²⁶ World Bank, Resolving Insolvency Methodology.

ödenmesinde hem teminatlı hem teminatsız alacaklıların ikisine birden öncelik tanınıyorsa 0.5 puan, öncelik tanınmıyor veya mevzuatta bu konuda bir düzenleme yoksa 0 puan verilmektedir.

Bu endekste 0 ila 6 puan arasında not verilmektedir. Puanın yüksek olması şirket hissedarları açısından borçlunun varlıklarına daha avantajlı muamele uygulandığını göstermektedir.²⁷

(3) Yeniden Yapılandırma İşlemleri Endeksi

Yeniden yapılandırma işlemleri endeksinde puanlandırma aşağıdaki kriterlerin gerçekleştirilme durumuna göre yapılmaktadır. Buna göre;

- Yeniden yapılandırma planının, sadece hakları değiştirilen veya etkilenen alacaklılar tarafından onaylanıp onaylanmadığı; yeniden yapılandırma planına sadece hakları değiştirilen veya etkilenen alacaklılar tarafından oylanmakta ise 1 puan, menfaatlerinin etkilenip etkilenmemesine bakılmaksızın bütün alacaklılar tarafından oylanıyorsa 0.5 puan, alacaklılar tarafından oylama yapılmıyorsa veya yeniden yapılandırma mümkün değilse 0 puan,

- Yeniden yapılandırma planına oy vermeye hakkı olan alacaklıların, sınıflara ayrılıp ayrılmadığı, her sınıfın ayrı oy verip veremediği ve ilgili sınıftaki bütün alacaklıların aynı muameleye tabi tutulup tutulmadığı; oylama işleminde bu üç özelliğin bulunması halinde 1 puan, bu özelliklerin bulunmaması veya yeniden yapılandırmanın mümkün olmaması halinde 0 puan,

- Yeniden yapılandırma planında, bu plana muhalif kalan alacaklılar tasfiyenin gerçekleşmesi halinde tahsil edecekleri miktardan daha fazlasını elde edemeyecekleri; bu gruba giren alacaklılar tasfiye edilme halinin daha üstünde bir alacağa kavuşuyorlarsa 1 puan, eğer mevzuatta bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmuyorsa veya yeniden yapılandırma mümkün değilse 0 puan verilmektedir.

Bu endekste 0 ila 3 puan arasında not verilmektedir. Puanın yüksek olması uluslararası alanda kabul edilen uygulamalarla daha fazla uyum içerisinde olduğunu göstermektedir.²⁸

(4) Alacaklının İşlemlere Dahil Olma Endeksi

Alacaklının işlemlere dahil olma endeksi aşağıdaki verilen dört duruma göre değerlendirilmektedir. Buna göre:

- Alacaklıların, ödeme aczi komiserini ataması, atanmayı uygun bulması, tasdik etmesi veya reddetmesi; alacaklılar bu işlemlerden herhangi birisini yapabiliyorsa 1 puan, yapamıyorlarsa 0 puan,

- Ödeme aczi işlemleri sırasında borçlunun varlıklarının önemli bir bölümünün satılması için alacaklıların onay vermesinin gerekli olup olmadığı; alacaklıların onayı gerekiyorsa 1 puan, gerekmiyorsa 0 puan,

- Ödeme aczi işlemleri sırasında bir alacaklının, borçlunun mali durumuna ilişkin bilgiye ulaşma hakkının bulunup bulunmadığı; alacaklının bu yönde bir hakkı bulunuyorsa 1 puan, bulunmuyorsa 0 puan,

- Bir alacaklının, kendi veya diğer alacaklılar tarafından borçluya karşı ileri sürülen talepleri kabul veya reddeden mahkeme kararına veya ödeme aczi komiseri kararına itiraz edebilme hakkına sahip olup olmadığı; alacaklı itiraz edebiliyorsa 1 puan, edemiyorsa 0 puan verilmektedir.

Bu endekste ülkelere 0 ila 4 arasında puan verilmektedir. Puanın yüksek olması alacaklıların işlemlere daha fazla dahil olduğunu göstermektedir.²⁹

Ödeme aczi yapısının gücü endeksi, işlemlerin başlatılması endeksi, borçlunun varlıklarının yönetimi endeksi, yeniden yapılandırma işlemleri endeksi ve alacaklının işlemlere dahil olma endeksinin puanlarının toplamına göre belirlenmektedir. Bu endekste 0 ila 16 puan arasında puan verilmektedir. Puanın yüksek olması ödeme aczine ilişkin mevzuatın, faaliyetine devam edebilecek şirketlerin yeniden yapılandırılması ve faaliyetine devam edemeyecek şirketlerin tasfiyesi için daha elverişli bir şekilde oluşturulduğunu göstermektedir.³⁰

D. İyi Uygulamalar

İyi uygulamalar, ödeme aczi rejimlerinde ekonomik veya mali krizler nedeniyle veya yargısal reformlar kapsamında yapılan değişiklikler ile yıllar içerisinde Dünya Bankası ve Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından belirlenen alacaklı ve borçlu rejimleri ve ödeme aczi konularında yeknesaklaştırılmış uluslararası iyi uygulama

²⁷ World Bank, Resolving Insolvency Methodology.

²⁸ World Bank, Resolving Insolvency Methodology.

²⁹ World Bank, Resolving Insolvency Methodology.

³⁰ World Bank, Resolving Insolvency Methodology.

standartları gibi bazı trendlerin oluşturduğu örnekleri ifade etmektedir.³¹ Bu iyi uygulamaların hayata geçirilmesi ile ödeme aczi işlemlerinin etkinliğini ve sonuçlarını iyileştirmek amaçlanmaktadır.

İyi uygulamalardan biri ödeme aczi işlemlerinin kolaylaştırılmasıdır. Ödeme aczi işlemlerinin etkin olmaması hem borçlu hem alacaklı için olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin, işlemlere süre sınırı konulması ödeme aczi sürecinin etkinliğini artırmaktadır. İşlemlerin uzun sürmesi alacaklıların yüksek miktardaki alacaklarını tahsil edebilme ihtimalini azaltmakta ve süreci tüm tarafları için gereksiz bir belirsizliğe sürüklemektedir.³² 2016’da Hindistan’da kabul edilen İflas Kanunu ile süre sınırı öngörülmüş ve ödeme aczi işlemleri sırasında borçlunun faaliyetine devam etmesini sağlayacak hükümler getirilmiştir. Böylece ödeme aczine ilişkin davalarda prosedür, süre ve sonuç bakımından olumlu etkiler ortaya çıkmıştır. Dünya Bankası’nın Rapor için yaptığı ölçümlere göre, çoğu uygulayıcı yeniden yapılandırma yoluna gitmeyi tercih etmiştir.³³

Diğer bir husus ödeme aczi işlemlerinin başlatılmasına ilişkin kuralların oluşturulması veya sadeleştirilmesidir. Dünya Bankası’na göre alacaklının veya borçlunun yargısal tasfiyeyi veya yargısal yeniden yapılandırmayı başlatabilme imkanına, prosedüre başvurabilecek taraflara, başvurunun zamanlamasının ve başvurunun yapılması için resmi sürecin oluşturulduğu somut bir sisteme, açıkça kanunda yer verilmelidir. Ödeme aczi işlemlerinin başlatılması kriterleri ve ödeme aczine ilişkin karineler açıkça kanunda tanımlanmalıdır.³⁴

Önemli iyi uygulamalardan biri etkin yeniden yapılandırma işlemlerinin oluşturulmasıdır. En yüksek tahsil oranları, ödeme aczi işlemlerinden yeniden yapılandırmanın en yaygın olarak kullanıldığı ülkelerde görülmektedir. Yeniden yapılandırma ile borçlunun işletmesinin mali durumunun düzeltilmesi ve faaliyetine devam etmesi yoluyla, borçlunun mali zorlukların üstesinden gelmesine imkân tanıyarak faaliyetlerine yeniden başlamasına veya faaliyetlerini devam ettirmesine imkân verilmesidir.³⁵

UNCITRAL’in İflas Hukuku Yasama Rehberi³⁶ ve Dünya Bankası’nın Etkin Ödeme Aczi (İflas) ve Alacaklı/Borçlu Rejimi İlkeleri³⁷, yeniden yapılandırma işlemlerinin resmi olarak düzenlenmesini ve aşağıda belirteceğimiz unsurları içermesini önermektedir:³⁸

³¹ Bu başlık, şu çalışmayı temel almaktadır: World Bank: Doing Business Measuring Business Regulations, Resolving Insolvency, Good Practices (Good Practices), <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency/good-practices>, (Erişim Tarihi: 18.09.2021).

³² CIRMIZI, Elena/KLAPPER, Leora/UTTAMCHANDANI, Mahesh: “The Challenges of Bankruptcy Reform”, Policy Research Working Paper No: 5448, The World Bank Research Observer, 27(2), August 2012, s.185-203, https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/17113/wbro_27_2_185.pdf, (Erişim Tarihi: 28.11.2021).

³³ World Bank, Good Practices.

³⁴ World Bank, Good Practices.

³⁵ Bu durum yargı kararlarında da, “*Bu gaye, 30.01.2002 tarihli ve 4743 sayılı Malî Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un amaç maddesinde de açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu kanunun amacı, “malî kurumlar ile kredi ilişkisi içinde bulunup, finansal darboğaz yaşayan borçluların; finansal yeniden yapılandırma çerçevesinde belirlenecek süre ve koşullarla ... alınacak tedbirlerle malî kesime olan geri ödeme yükümlülüklerini yerine getirebilmelerine ve katma değer yaratmaya devam etmelerine imkân verilmesinin sağlanması” olarak belirlenmiştir. Yeniden yapılandırma sistemlerinin amacı ülkemizde yargı kararlarına da konu olmuştur. Yargı kararlarında konkordatonun bir iyileşme aracı olduğu ve bu iyileşmenin yalnız bilançoya ilişkin bir iyileşme olmayıp yapısal bir güçlendirme de içerdiği belirtilmiştir*” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. İstanbul BAM, 17.HD., E. 2019/2562, K. 2019/1854, T. 17.10.2019.; İstanbul BAM, 17.HD., E. 2019/783, K. 2019/1794, T. 10.10.2019, www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 30.09.2021). Doktrinde ise, etkin bir yeniden yapılandırma sürecinin oluşturulması için, icra takiplerini askıya alan geçici bir koruma süresi, yeniden yapılandırma planı, yeniden yapılandırma sürecinde borçlunun faaliyetinin denetimi, yeniden yapılandırma planının ve diğer işlemlerin mahkemece onaylanması gerekliliğine işaret edilmektedir. Bkz. BUDAK, s.260.

³⁶ UNCITRAL: Legislative Guide on Insolvency Law, United Nations Publication, New York 2005. UNCITRAL: Legislative Guide on Insolvency Law, Part Three: Treatment of Enterprise Groups in Insolvency, United Nations Publication, New York 2012. UNCITRAL: Legislative Guide on Insolvency Law, Part Four: Directors’ Obligations in the Period Approaching Insolvency, 2nd Edition, United Nations Publication, New York 2020.

³⁷ World Bank: Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes, 2016 Edition, World Bank Publications, Washington DC 2016 (Erişim Tarihi: 28.11.2021). World Bank: Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes, 2021 Edition, World Bank Publications, Washington DC 2021, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35506>, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/518861467086038847/pdf/106399-WP-REVISED-PUBLIC-ICR-Principle-Final-Hyperlinks-revised-Latest.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.11.2021).

³⁸ World Bank, Good Practices.

- Borçlu ve alacaklıların yeniden yapılandırma işlemlerini başlatabilme imkânı ve yeniden yapılandırmaya başvurabilecek tarafları, başvurunun zamanlamasını ve başvuru usulünü belirleyen yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmasına yönelik somut bir mekanizma,

- Yeniden yapılandırma işlemleri devam ederken borçlunun malvarlığını yönetecek bir mekanizma (bu genelde borçlunun varlıklarını ve işletmeyi yönetecek bir yöneticinin veya müdürün atanmasını ihtiva etmektedir) ve alacaklıların haklarını yeniden yapılandırma süreci dışında icra etmesini önlemek için moratoryum,

- Yeniden yapılandırma planı için, bu planın içeriğini ve alacaklılara muameleyi kapsayacak asgari standartlar,

- Yeniden yapılandırma planının uygulanması ve yeniden yapılandırma planının onaylanması için varlık karşılıkları için mekanizma oluşturulması. Bu çerçevede yeniden yapılandırma planının, sadece bu plan nedeniyle hakları etkilenen alacaklıların oy kullanabileceği şekilde tasarlanması oldukça önemlidir. Teminatlı alacaklılardan bazılarının haklarının zarar görmemesi mümkündür, böyle bir durumda onlar planın onaylanmasına katılmamalıdır.

- Alacaklıların yeniden yapılandırma planına sınıflar halinde oy vermesi ve aynı sınıftaki alacaklıların yeniden yapılandırma planınca eşit muameleye tabi olması sağlanmalıdır. Uluslararası iyi uygulamalar, alacaklıların sınıflara ayrılmasını ve planın onaylanması için her sınıfın ayrı oy vermesini önermektedir.

- Alacaklıların çoğunluğunun, plana karşı çıkan azınlığa planı dayatabileceği ihtimaline dayanarak, karşı çıkan azınlıkta bulunan alacaklıların tasfiyeye gidilseydi en az tahsil edecekleri miktar kadar alacaklarını yeniden yapılandırma planında da tahsil etmesi gerektiği ilkesi genel olarak kabul edilmelidir.

- Yeniden yapılandırma unsuru. Borçlunun işletmesi kabul edilen yeniden yapılandırma planına göre değişikliğe uğramaktadır. Burada plana göre borçları ödenene kadar borçluya, varlıkları ve işletmesinin nasıl yönetilmesi veya yapılandırılması gerektiği gibi bazı sınırlamalar getirilmektedir.³⁹

İyi uygulamalardan bir diğeri, alacaklıların sürece katılmasının teşvik edilmesidir. Araştırmalar, korunmayan veya ödeme aczi işlemlerine katılmasına izin verilmeyen alacaklıların sonraki dönemlerde borç vermek için daha az istekli olduklarını, bu durumun kredi pazarının gelişmesinin önünde bir engel teşkil ettiğini göstermektedir.⁴⁰ Varlıkların azami değerine ulaşması, alacaklıların alacaklarını tahsil edebilmesiyle yakından ilgilidir. Bu nedenle, alacaklıların ödeme aczi işlemlerinde ve kurtarma sürecindeki yetkileri, yükümlülükleri ve hakların kullanılmasındaki rolü çözümün anahtarıdır. İyi uygulamalar, yasal çerçevelerin spesifik ve doğrudan düzenlemelerle alacaklıların ödeme aczi komiserini seçme hakkı, borçlunun varlıklarının önemli bir kısmının satışına onay verme hakkı, borçlunun işi ve mali durumu hakkında komiserden her zaman bilgi talep edebilme hakkı, kendi veya diğer alacaklıların taleplerinin kabulü veya reddi kararlarına itiraz etme hakkı gibi haklarının yasa koyucu tarafından kabul edilmesi gerektiğini göstermektedir.⁴¹

Diğer bir iyi uygulama sözleşmelerin iyileştirilmesine ve iptal edilebilir işlemlere uygulanacak hükümlerin geliştirilmesidir. Bu anlamda, borçlunun varlıklarının ödeme aczi işlemleri sırasında yönetimini düzenleyen etkin ve şeffaf düzenleyici mekanizmaların yürürlüğe konması, alacaklıların daha yüksek oranda tahsiline imkân sağlamaktadır. Bu mekanizmalar, borçlunun ödemelerinde kullanacağı malvarlığı değerlerinin korunmasının sağlanmasına veya faaliyetini devam ettiren bir işletmenin bir bütün halinde satılabilmesine hizmet etmektedir.⁴² İyi uygulamalar, borçlunun ya da komiserin ödeme aczi işlemleri başladıktan sonra işletmenin faaliyetlerini yürütebilmesi için ayakta tutulması veya sona erdirilmesi zorunlu olan sözleşmelerin devamına ya da sona ermesine karar verebileceğine ilişkin açık düzenlemelerin bulunması gerektiğini göstermektedir. Borçlunun malvarlığı değerlerinin amacı dışında kullanılmaması için

³⁹ Tüm bunların yanında İsviçre hukuku bakımında, etkin bir yeniden yapılandırma sistemi için konkordato mülhetinin ilan edilmemesi gerektiği; sessiz mülhet olarak da adlandırılan bu aşamada borçluya, değer ve imaj kaybı yaşamadan, işletmesini devam ettirme ve gerektiğinde devretme imkânının verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. MEIER, s.134.

⁴⁰ CLAESSENS/KLAPPER, s.2-3.

⁴¹ World Bank, Good Practices.

⁴² ROBERT-TISSOT, Fabrice: "The Effects of a Reorganization on (Executory) Contracts: A Comparative Law and Policy Study [United States, France, Germany, Switzerland]", International Insolvency Institute, Twelfth Annual International Insolvency Conference, Supreme Court of France, Paris 21-22 June 2012, s.40-41.

ödeme aczi işlemlerinin başlatılmasından önce değerinden düşük yapılan işlemlerin iptal edilmesine izin verilmesi gereklidir.⁴³

Başka bir iyi uygulama ödeme aczi işlemleri başlatıldıktan sonra finansman sağlamaya ilişkin hükümlerin oluşturulmasıdır. Yeni finansman, özellikle ödeme aczi işlemlerinin başlatılması ile yeniden yapılandırma planının kabulü arasında geçen sürede elde edilmek istenilen sonuçların gerçekleşmesi için önemli bir rol oynamaktadır. Bir işletmenin yeniden yapılandırma sürecinde finansman sağlayabilmesi için yeniden yapılandırma sürecinin öngörülebilir olması özellikle önem taşımaktadır.⁴⁴ Düzenlemeler, işlemler başladıktan sonraki finansman ihtiyacını gözetmeli, bunun kullanılmasına izin vermeli ve bu finansmanı sağlayan alacaklılara yapılacak ödemelere öncelik verilmelidir. Ayrıca, bu alacaklılar teminatsız alacaklıların önünde konumlandırılmalıdır.⁴⁵

Son olarak ödeme aczi komiserliği mesleğinin düzenlenmesi ile ödeme aczi sisteminin seri ve etkin bir şekilde yürütülmesi, ödemelerinde zorluk çeken bir işletmenin yeniden yapılandırılması konusunda veya bir şirketin varlıklarının tasfiye değerinin maksimize edilmesi amacıyla nasıl yönetileceği hakkında teknik uzmanlığa sahip kişiler tarafından yapılması sağlanmasını gösterebiliriz. Birleşik Krallık, Çin, Japonya ve Rusya gibi pek çok ülkede profesyonel ödeme aczi komiserliği mesleğinin geliştirilmesine olanak sağlanmıştır.⁴⁶

E. Ülke Raporları ve Türkiye

Dünya Bankası İş Yapma Kolaylığı, rapor için hazırlanan verileri ülke bazlı olarak da paylaşmaktadır. Bu sayede ülkelerin hangi konularda iyileşme gerçekleştirdiği, hangi konularda ise gerileme kaydettiği görülebilmektedir. Son raporlarda iş yapma kolaylığı konusunda Türkiye ilerleme kaydetmiştir. 2019 Yılı Raporu'nda, çalışmanın yapıldığı dönemde gerçekleştirdiği 12 yasal düzenleme ile en fazla gelişme gösteren 10 ülke arasına girmiş ve 75,3 puanla 43. sıraya,⁴⁷ 2020 Yılı Raporu'nda ise 76,8 puanla 33. sıraya yükselmiştir.⁴⁸ Daha önce belirttiğimiz gibi bu raporda ülkeler 10 başlıkta sıralanmaktadır. 2020 Raporu'na göre Türkiye'nin en başarılı olduğu başlık (21. sırada bulunduğu) şirketlerde azınlık haklarının korunması iken, en başarısız olduğu başlık ise (120. sırada bulunduğu) ödeme aczinin çözümlenmesidir.⁴⁹

1. Ödeme Aczinin Çözülmesi Anket Soruları

İş Yapma Kolaylığı Raporu için verilerin toplanmasında kullanılan yöntemlerden biri alanında uzman kişilere anket yapılmasıdır. Anket soruları ilgili ülkedeki durum hakkında özellikle uygulama konusunda bilgi sağlamaktadır. Bu nedenle katılımcılara sorulan anket sorularının incelemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Anketin ilk sayfasında Rapor'a ilişkin kısa bir bilgi verildikten sonra, uzmanların soruları yanıtlarken dikkat etmesi gereken hususlardan bahsedilmektedir. Sonraki sayfada katılımcılara ilişkin bilgiler yer almaktadır. Anket beş bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, ankette kullanılan terimlerin tanımları verilmektedir. İkinci bölümde reformlar ve istatistikler hakkında sorular, üçüncü bölümde farazi olaya ilişkin bilgiler, dördüncü bölümde prosedürün seçimi, uygulanan hukuk kuralları ve genel tahminlere ilişkin sorular yer almaktadır. Beşinci bölümde ise hukuki çerçeveye ilişkin sorular bulunmaktadır.

⁴³ World Bank, Good Practices.

⁴⁴ Bu konuda Meier, İsviçre hukukunda uygulamada bir işletmenin konkordato mühleti içinde genel olarak krediye değer görülmediğinden ve finansman sağlayıcıların nadiren kredi verdiklerinden yakınmakta ve bunun sebebini, İsviçre konkordato usulünün, Amerikan hukukuna kıyasla, öngörülebilirliğinin daha az olmasına bağlamaktadır. Bkz. MEIER, s.137.

⁴⁵ World Bank, Good Practices.

⁴⁶ World Bank, Good Practices. Doktrinde, ödeme aczi komiserlerinin yetkisine dair bazı çekinceler ileri sürülmektedir. Özellikle borçlunun işletmesi üzerindeki tasarruf yetkisinin tümüyle ödeme aczi komiserine bırakılması seçeneğine olumlu yaklaşmamakta, bu tür hükümlere çok istisnai hallerde işlerlik kazandırılması önerilmektedir. Bkz. TANRIVER, Süha: "İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar ve Bazı Değerlendirmeler", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VIII, Ankara 2010, s.273.

⁴⁷ World Bank: "Doing Business Report: Turkey is a Top Improver for First Time, with Record Business Reforms", Press Release 31 October 2018, Ankara, <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2018/10/31/doing-business-report-turkey-is-a-top-improver-for-first-time-with-record-business-reforms>, (Erişim Tarihi: 25.05.2020). World Bank, Doing Business 2019, s.v.

⁴⁸ World Bank Group, Doing Business 2020 Comparing Business Regulation in 190 Economies, Economy Profile Turkey (Economy Profile Turkey 2020), Washington DC 2019, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32904/Doing-Business-2020-Comparing-Business-Regulation-in-190-Economies-Economy-Profile-of-Turkey.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 28.11.2021), s.4.

⁴⁹ World Bank Group, Economy Profile Turkey 2020, s.4.

c. Tanımlar

Bu bölümünde, teminatın paraya çevrilmesi, ödeme aczi, ödeme aczi komiseri, tasfiye, ödeme aczi işlemleri başladıktan sonra alınan kredi, yedeminlik, yeniden yapılandırma ve yeniden yapılandırma planı kavramlarının tanımlarına yer verilmektedir.⁵⁰

d. Reformlar ve İstatistikler⁵¹

Reformlar ve istatistikler kısmında sorulan sorular şu şekildedir;

- 1 Mayıs 2018'den şimdiye kadar şirketlerin ödeme aczi alanında, teminatın paraya çevrilmesi, tasfiye veya yeniden yapılandırmaya ilişkin kanunlarda veya uygulamada herhangi bir reform yapıldı mı?

- 1 Mayıs 2019'a kadar veya daha uzun dönemde şirketlerin ödeme aczi alanında yürürlüğe girmesi beklenen herhangi bir reform var mı?

- 2018'de siz veya şirketiniz ticari kuruluşların taraf olduğu kaç tane ödeme aczi davasına baktınız? (1 Ocak 2018 ve 31 Aralık 2018 arasında tamamlanmış veya 31 Aralık 2018 itibariyle devam eden teminatın paraya çevrilmesi, tasfiye veya yeniden yapılandırma işlemlerinin hepsini sayınız.)

- 2018'de ülkenizde ticari kuruluşlar aleyhine açılan kaç tane ödeme aczi davası bulunmaktadır? (Teminatın paraya çevrilmesi, tasfiye veya yeniden yapılandırma işlemleri için tahminlerinizi ayrı olarak belirtiniz. Tüzel kişiliğe sahip olmayan şahıs şirketlerinin taraf olduğu davaları dahil etmediğimizi dikkate alınız.)

- Sızce, 2018'de ödeme aczi işlemlerinin tamamlanması sonucunda ödeme aczi için başvuru alan işletmelerden faaliyetine devam etmeyi sürdüren şirketlerin oranı nedir? Tasfiye veya yeniden yapılandırma yoluyla faaliyetine devam eden şirket olarak satılan şirketleri de dahil ediniz. (Yorum bölümünde varsa detaylarını veya mevcut istatistikleri belirtiniz.)

e. Prosedürün Seçimi, Yürürlükteki Hukuk ve Genel Tahminler⁵²

Prosedürün seçimi, yürürlükte bulunan hukuk kuralları ve genel tahminler kısmında farazi olaya ilişkin varsayımlara ilişkin bilgileri nazara alarak önceki yıla ilişkin bilgilerin güncellenmesi istenilmektedir. Burada sorulan sorular şu şekildedir:

- İstanbul'daki genel uygulamaya göre, farazi olaydaki şirketin ("Mirage") durumunda mahkemede hangi prosedürün uygulanma ihtimali daha yüksektir? (Bu prosedürün uygulanma ihtimalinin sizce yüksek olmasının nedenini açıklayınız. Muhtemel prosedürü birinci kısımdaki tanımlara uygun olarak belirtiniz.)

- Mirage'nin durumunda hangi mahkeme görevlidir? (Örneğin, Mirage'nin yönetiminin yeniden yapılandırma için mahkemeye başvurmasında veya alacaklı bankanın ("BizBank") ticaret mahkemesinde adli tasfiye işlemlerini başlatmasında.)

- İlk soruda belirttiğiniz prosedüre göre, otel ödeme aczi sürecinin tamamlanmasından sonra faaliyetine devam edebilecek midir? (Sızce sonucun yüksek ihtimalle neden böyle olacağını açıklayınız. Otelin kendi faaliyetlerini sürdürerek veya faaliyetine devam ederken bir bütün olarak satılmak suretiyle ayakta kalmaya devam edebileceğini göz önünde bulundurunuz. Faaliyete devam eden ifadesi, işletmenin yakın gelecekte faaliyetini sürdürmesi için gereken kaynaklara ve finansal kapasiteye sahip olması anlamına gelmektedir.)

- İlk soruda belirttiğiniz prosedüre göre, ödeme aczi sürecinin tamamı ne kadar sürecektir? (Deneyimlerinize dayanarak en yakın tahmininizi paylaşınız. Uygulamada sürecin tamamlanması için gerekli olan ana usul işlemlerini ve her işlemin ne kadar zaman aldığını detaylı olarak belirtiniz. Süre, Mirage'nin temerrüde düşmesiyle başlamakta ve BizBank'a olan borcun tamamının veya bir kısmının ödenmiş olması ile sona ermektedir. Eğer uygulanan prosedür yeniden yapılandırma ise süreç yeniden yapılandırma planının onaylanması ile sona ermektedir. Eğer ilk prosedür başka bir prosedüre çevrilmiş ise, ikinci prosedürün süresini de hesaba katınız.)

- İlk soruda belirttiğiniz prosedüre göre, bütün sürecin maliyeti ne kadar olacaktır? (Deneyimlerinize dayanarak en yakın tahmininizi paylaşınız. Tahmininiz Mirage'nin varlıklarının değerinin oranına göre ifade edilmelidir. Mahkeme masrafları, avukatlık ücretleri, ödeme aczi

⁵⁰ Burada işaret edilen tanımlar için bkz. World Bank Group: "Doing Business 2020, Resolving Insolvency Questionnaire" (Resolving Insolvency Questionnaire), <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/pdf/db2020/DB20-Resolving-Insolvency-Questionnaire.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.11.2021), s.3.

⁵¹ World Bank Group, Resolving Insolvency Questionnaire, s.4.

⁵² World Bank Group, Resolving Insolvency Questionnaire, s.6-7.

komiserlerinin, mezatçıların ve işlemlerde yer alan diğer uzmanların ücretleri ve ilgili diğer masraf ve ücretleri unsurlarından hangilerinin mevcut olduğunu ve tahmini oranını belirtiniz. Burada belirtilen masraf kategorilerinin hepsi ülkenizde bulunmayabilir. Eğer ilk prosedür başka bir prosedüre çevrilmiş ise, ikinci prosedürün maliyetini de hesaba katınız.)

- Mirage'nin durumunda hangi kanunlar, yönetmelikler ve kurallar uygulanacaktır?

f. Hukuki Çerçeve⁵³

Hukuki çerçeve kısmında; katılımcılara, ülkelerinde ticari şirketlerin adli yeniden yapılandırma ve tasfiyesinde uygulanan ödeme aczi sistemine ilişkin sorular yer almaktadır. Cevaplar verilirken yürürlükteki hukuk dikkate alınacak ve her soruya ilişkin ilgili kanunun maddesi de belirtilecektir. Eğer mevzuatta soruya ilişkin açık bir düzenleme bulunmuyorsa bunun da ifade edilmesi istenmektedir. Cevap kısmında bir önceki sene katılımcılar tarafından verilen cevapların özeti de yer almaktadır. Sorular, işlemlerin başlatılması, borçlunun varlıklarının yönetimi, yeniden yapılandırma işlemleri, alacaklıların sürece katılımı ve önceki yıllara ait hukuki çerçeve olmak üzere beş başlıkta sorulmaktadır. İlk dört başlık işlemlerin başlatılmasına, borçlunun varlıklarının yönetimine, yeniden yapılandırma işlemlerine ve alacaklıların sürece katılımına ilişkin sorulardan oluşmaktadır. Bu başlıklarda sorulan sorular Türkiye için verilen cevaplar ve puanlarıyla birlikte aşağıda yer almaktadır. Son başlıkta ise önceki yıllara ait hukuki çerçeve kısmında ise 2004-2014 yılları arasında bu kısımdaki sorulara ilişkin mevzuatta yapılan önemli değişikliklerin belirtilmesi istenmektedir.

2. Ödeme Aczinin Çözümlemesi Başlığı

Önceki bölümlerde Dünya Bankası İş Yapma Kolaylığı Raporu'nda ödeme aczinin çözümü başlığındaki göstergelerin nasıl puanlandığı ele alınmıştı. Türkiye, Dünya Bankası İş Yapma Kolaylığı 2020 Yılı Raporu'nda bu başlıkta 38,5 puan alarak dünya genelinde 120. sırada yer almaktadır.⁵⁴

Göstergelere verilen cevaplara ilişkin ayrıntılar Rapor'da şu şekilde yer almaktadır.⁵⁵

Rapordaki verilere göre Türkiye'de ödeme aczinin çözümüne yönelik işlemler, yeniden yapılandırma denendikten sonra varlıkların tasfiyesi şeklinde olmaktadır. Bir otelin ödeme aczinin çözümüde takip edilecek en yaygın ve pratik çözüm yolu iflas prosedürünün ertelenmesidir. Türk Ticaret Kanunu m.377 ve İcra ve İflas Kanunu m.179 bu prosedürü düzenlemektedir. Borçlu bir iyileştirme planı önermelidir. Mahkeme, önerilen plana göre iyileştirmeyi denemesi için borçluya bir yıla kadar süre verebilmektedir. Bu süre toplamda dört yıla kadar uzatılabilecektir. İflasın ertelenmesi kararı alınması üzerine, alacaklıya karşı kamu alacaklarına dair işlemler dahil hiçbir yasal işlem başlatılamaz ve sonuçlandırılmamış işlemler ertelenir. Eğer mahkeme iflasın ertelenmesine karar verirse kararında bir kayyım atar. Maksimum erteleme süresi bir yıldır (dört yıla kadar uzatılabilir), bu süre içinde kayyım işletmeyi denetler. Örnek olaya benzeyen çoğu durumda, borçlu iyileştirme planındaki tahminleri gerçekleştirilememekte ve mahkeme tasfiye işlemlerini başlatmaktadır. Ancak iflasın ertelenmesi işlemleri olağanüstü hâl döneminin sonuna kadar KHK ile askıya alınmıştır.⁵⁶

Ödeme aczinin çözümüde sonuç genellikle parça parça satış olmaktadır. Borçlu iyileştirme raporunda yer alan hedeflere ulaşamazsa, mahkeme şirketin iflasına karar verir. Böyle bir durumda, borçlu şirketin faaliyetine devam etmesi mümkün olmamaktadır.⁵⁷

Ödeme aczinin çözümüde süresi beş yıl olarak hesaplanmıştır. Prosedüre ilişkin konular ve duruşmalar birkaç ay sürmektedir. Ardından mahkeme Mirage şirketine bir yıl iflasın ertelenmesi kararı verecektir. Bu süre iyileştirme planının başarılı olması durumunda toplamda beş yıla kadar uzatılabilmektedir. Mirage örneğinde erteleme süreci toplamda üç yıl sürecektir. Üçüncü yılın sonunda Mirage sürenin bir yıl daha uzatılmasını talep edebilecektir ancak mahkeme muhtemelen bu talebi reddedecektir. Çünkü Mirage'ın iyileştirme planında belirtilen mali hedeflere ulaşma ihtimali olası gözükmemektedir. Mahkeme Mirage'ın iflasına karar verecek ve iflas dairesini bilgilendirecektir. İflas memurları atanacak ve tasfiye sürecini yönetecektir. İflas memurları şirketin

⁵³ World Bank Group, Resolving Insolvency Questionnaire, s.8.

⁵⁴ World Bank Group, Economy Profile Turkey 2020, s.60.

⁵⁵ World Bank Group, Economy Profile Turkey 2020, s.63. Bu raporda verilen cevaplar 02.05.2018'den 1.05.2019'a kadar olan dönemi kapsamaktadır.

⁵⁶ Olağanüstü hâl dönemi 18.07.2018 tarihi itibarıyla sona ermiştir.

⁵⁷ Nitekim bu düşüncenin bir sonucu olarak İcra ve İflas Kanunu'nun 128 ve 241'nci maddelerine 28/2/2018 tarih ve 7101 sayılı Kanun'un 1 ve 12'nci maddeleri ile; ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün hâlinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve hakların bir bütün olarak paraya çevrileceğine ilişkin birer fikra eklenmiştir.

malvarlığını ve mali durumunu inceleyecek, alacaklıların taleplerini değerlendirecek, alacaklılar listesini oluşturacak, alacaklılar toplantısını organize edecek ve otelin varlıklarının satışını yönetecektir. İflas tasfiyesi takribi 18 ay sürecektir. Yakın zamanda ticaret mahkemelerinin yeniden örgütlenmiş olması nedeniyle görülmekte olan davaların görevli mahkemelere gönderilmesi sürecinde ciddi gecikmeler yaşanmaktadır. Ancak uzun dönemde bu reformlar sayesinde işlemlerin hızlanması beklenmektedir.⁵⁸

Ödeme aczinin çözümlenme maliyeti şirketin varlığının %14,5'ini oluşturmaktadır. Bu maliyetin büyük bölümünü devletin aldığı vergiler (harçlar) (iflas için %4,55) ve davaya ilişkin mahkeme masrafları, ilan masrafları, damga pulu gibi diğer masraflar oluşturmaktadır. Ücret tablosuna göre parasal alacaklar ve İcra ve İflas Dairelerinde yapılan ilgili işlemler için ödenecek avukatlık ücreti, toplam varlığın %5'ini oluşturmaktadır. Kayyumların, mezatçıların, muhasebecilerin ve diğer uzmanların ücretleri geri kalan maliyeti oluşturmaktadır.

Ödeme aczinin çözümlenme işlemleri sonucunda alacaklıların tahsil oranı %10,5 olarak ölçülmüştür.

0-16 puan aralığında değerlendirilen ödeme aczi sisteminin gücü endeksinde sorulan sorular, verilen cevaplar ve puanlama aşağıdaki şekildedir.⁵⁹

İşlemlerin başlatılması endeksi (3 üzerinden 3 puan):

- Ödeme aczi işlemlerini başlatırken borçlu hangi prosedürleri kullanabilmektedir? Cevap: Borçlu hem tasfiye hem yeniden yapılandırma için başvuru yapabilecektir (1 puan).

- Ödeme aczi sistemi alacaklıya, borçlunun ödeme aczi için başvuru yapma imkânı sağlamakta mıdır? Cevap: Evet, alacaklı hem tasfiye hem yeniden yapılandırma için başvurabilecektir (1 puan).

- Ödeme aczi sisteminde ödeme aczi işlemlerinin başlatılması için hangi sebepler kabul edilmektedir? (Eğer ülkenizde farklı işlemler için tasfiye testi ve bilanço tablosu testi dışında farklı testler söz konusuysa, yorumlar kısmında bu ayrımı belirtiniz) a) Borçlunun borçlarını muaccel olduğunda ödeyemeyecek durumda olması, b) Borçlunun borçlarının, varlıklarının değerini aşması (borca batık olması), c) İki seçenek de mevcuttur. Cevap: İki seçenek de mümkündür. Yalnızca birinin bulunması yeterlidir (1 puan).

Borçlunun varlıklarının yönetimi endeksi (6 üzerinden 3 puan):

- Ödeme aczi sisteminde, şirketi ayakta tutmak için zorunlu olan mal ve hizmetlerin sağlanması için yapılmış mevcut sözleşmelerin sürdürülmesini sağlamak için açık bir düzenleme bulunmakta mıdır? Cevap: Hayır (0 puan).

- Ödeme aczi sisteminde, borçluya (veya borçlu adına ödeme aczi komiserinin veya mahkemenin) tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini tamamen ifa etmemiş olduğu aşırı ifa güçlüğü yaratan sözleşmelerin reddi imkânı açıkça tanınmakta mıdır? Cevap: Hayır (0 puan).

- Ödeme aczi sistemi alacaklıya öncelik veren (imtiyazlı)⁶⁰ işlemlerin feshedilmesine imkân tanımakta mıdır? Cevap: Evet (1 puan).

- Ödeme aczi sistemi değeri altında yapılan⁶¹ işlemlerin iptaline imkân tanımakta mıdır? Cevap: Evet (1 puan).

- Ödeme aczi sistemi, ödeme aczi işlemleri başlatıldıktan sonra borçlunun şirketin faaliyetleri için gerekli olan finansmanı sağlamasına imkân tanımakta mıdır? Cevap: Evet (1 puan).

- Ödeme aczi sistemi, ödeme aczi işlemleri başlatıldıktan sonra alınan finansmanın ödenmesine öncelik tanımakta mıdır?⁶² Cevap: Ödeme aczi işlemleri sonrasında kredi verenlere öncelik tanınmamaktadır (0 puan).

Yeniden yapılandırma endeksi (3 üzerinden 1,5 puan):

- Önerilen yeniden yapılandırma planı hangi alacaklılar tarafından oylanmaktadır? Cevap: Bütün alacaklılar tarafından oylanmaktadır (0,5 puan).

⁵⁸ World Bank Group, Economy Profile Turkey 2020, s.63.

⁵⁹ World Bank Group, Economy Profile Turkey 2020, s.64.

⁶⁰ Alacaklının borçlunun varlıklarından oranından daha fazlasını almasını sağlayan ve borçlunun ödeme aczinde iken yapılan veya ödeme aczine düşmesine neden olabilecek hale gelmesine neden olan işlemler.

⁶¹ Bağış olarak yapılan veya değeri altında yapılan ve borçlunun ödeme aczinde iken yapılan veya ödeme aczine düşmesine neden olabilecek hale gelmesine neden olan işlemler.

⁶² İşlemler başladıktan sonraki dönem alınan kredilere, yeniden yapılandırma planı kapsamında öngörülen yeni krediler dahil değildir, ancak ödeme aczi işlemleri başladıktan sonra yeniden yapılandırma planının onayına kadar geçen sürede alınan krediler dahildir.

- Ödeme aczi sistemi, yeniden yapılandırma planına muhalif kalan alacaklıların en az tasfiye gerçekleşseydi tahsil edecekleri miktarı almalarını sağlamakta mıdır? Cevap: Evet (1 puan).

- Yeniden yapılandırma planına oy vermeye hakkı olan alacaklılar; sınıflara ayrılmakta veya her sınıf ayrı oy vermekte ya da ilgili sınıftaki bütün alacaklılar eşit muameleyle tabi tutulmakta mıdır? Cevap: Hayır (0 puan).

Alacaklının sürece katılma endeksi (4 üzerinden 3 puan):

- Ödeme aczi sistemi, ödeme aczi komiserinin atanmasında veya seçiminde alacaklıların onayını şart koşmakta mıdır? Cevap: Evet (1 puan).

- Ödeme aczi sistemi, alacaklıların (alacaklılar toplantısı veya alacaklılar komitesi kararı ile) borçlunun varlıklarının önemli bir bölümünün satılmasına, eğer bu satış ödeme aczi işlemleri sırasında yapılmaktaysa, onayını şart koşmakta mıdır? Cevap: Hayır (0 puan).

- Ödeme aczi sistemi, her bir alacaklının istediği zaman ödeme aczi komiserinden borçlunun işine ve mali durumuna ilişkin bilgiyi talep etme hakkını açıkça öngörmekte midir? Cevap: Evet (1 puan).

- Ödeme aczi sistemi, her bir alacaklının kendi veya diğer alacaklılar tarafından borçluya karşı ileri sürülen taleplerin kabulüne veya reddine ilişkin verilen kararlara karşı itiraz hakkını açıkça sağlamakta mıdır? Cevap: Evet (1 puan).

Türkiye Raporu'nda ödeme aczinin çözümlenmesinde puanlamanın detayları gösterilmiştir.⁶³

| Ödeme Aczinin Çözülmesi | | | | | | | | | | | | | |
|-------------------------|------------------------------------|--------------------------------|--|------------|--------------------------|--|---|---|--|--|--|---|---|
| Yıl | Sıralama - Ödeme Aczinin Çözülmesi | Puan - Ödeme Aczinin Çözülmesi | Sözleşme (parça parça satış yoluyla) veya işletme faaliyetine devam ediyorsa (1) | Süre (yıl) | Maliyet (malvarlığına %) | Tahsilat oranı (yüzdesi) (özet başına serit) | Puan - Tahsilat oranı (yüzdesi) (özet başına serit) | Ödeme Aczi Sisteminin Gücü Endeksi (0-16) | Puan - Ödeme Aczi Sisteminin Gücü Endeksi (0-16) | İşlemlerin Başlatılması Endeksi (0-3) (DB15-20 metodolojisi) | Borçlunun Varlıklarının Yeterliliği Endeksi (0-6) (DB15-20 metodolojisi) | Yeniden Yapılandırma İşlemleri Endeksi (0-3) (DB15-20 metodolojisi) | Alacaklıların İşlemlere Dahil Olma Endeksi (0-4) (DB15-20 metodolojisi) |
| 2020 | 120 | 38,5 | 0 | 5 | 14,5 | 10,5 | 11,30061 | 10,5 | 65,625 | 3 | 3 | 1,5 | 3 |
| 2019 | | 40,7 | 0 | 5 | 14,5 | 14,7 | 15,78989 | 10,5 | 65,625 | 3 | 3 | 1,5 | 3 |
| 2018 | | 33,3 | 0 | 5 | 14,5 | 15,3 | 16,51003 | 8 | 50 | 3 | 2 | 1 | 2 |
| 2017 | | 35,0 | 0 | 4,5 | 14,5 | 18,5 | 19,96158 | 8 | 50 | 3 | 2 | 1 | 2 |
| 2016 | | 35,1 | 0 | 4,5 | 14,5 | 18,7 | 20,17156 | 8 | 50 | 3 | 2 | 1 | 2 |
| 2015 | | 40,0 | 0 | 3,3 | 14,5 | 27,9 | 30,00912 | 8 | 50 | 3 | 2 | 1 | 2 |
| 2014 | | 37,0 | 0 | 3,3 | 14,5 | 22,3 | 24,0047 | 8 | 50 | 3 | 2 | 1 | 2 |
| 2013 | | 37,7 | 0 | 3,3 | 14,5 | 23,6 | 25,36413 | 8 | 50 | 3 | 2 | 1 | 2 |
| 2012 | | 37,0 | 0 | 3,3 | 14,5 | 22,3 | 24,0047 | 8 | 50 | 3 | 2 | 1 | 2 |
| 2011 | | 36,4 | 0 | 3,3 | 14,5 | 21,1 | 22,73001 | 8 | 50 | 3 | 2 | 1 | 2 |
| 2010 | | 35,9 | 0 | 3,3 | 14,5 | 20,2 | 21,70222 | 8 | 50 | 3 | 2 | 1 | 2 |
| 2009 | | 35,9 | 0 | 3,3 | 14,5 | 20,2 | 21,70222 | 8 | 50 | 3 | 2 | 1 | 2 |
| 2008 | | 35,9 | 0 | 3,3 | 14,5 | 20,2 | 21,70222 | 8 | 50 | 3 | 2 | 1 | 2 |
| 2007 | | 35,0 | 0 | 3,3 | 14,5 | 20,2 | 21,84640 | 8 | 50 | 3 | 2 | 1 | 2 |
| 2006 | | 31,1 | 0 | 3,3 | 14,5 | 11,3 | 12,15979 | 8 | 50 | 3 | 2 | 1 | 2 |
| 2005 | | 22,9 | 0 | 3,3 | 14,5 | 1,9 | 2,01123 | 7 | 43,75 | 3 | 2 | 0 | 2 |
| 2004 | | 28,0 | 0 | 3,3 | 14,5 | 11,3 | 12,15979 | 7 | 43,75 | 3 | 2 | 0 | 2 |

Tablo 1: Ödeme Aczinin Çözülmesi Türkiye Verileri. Verilere ulaşmak için: The World Bank, Doing Business, Historical Data Sets and Trends Data, (<https://www.doingbusiness.org/en/custom-query>), (ET. 25.5.2020).

Özetleyecek olursak, Türkiye 2020 Raporu'na göre teminatlı tahsili gecikmiş alacaklıların %10,5 oranında tahsil edilebildiği, bu süreçte yaklaşık 5 yıl harcandığı, aciz halindeki borçlunun mal varlığı değerinin %14,5'i oranında masraf yapıldığı tespit edilmiştir. Ödeme aczindeki şirketin faaliyetine devam ederken satılmasıyla değil, parça parça satış yoluyla tasfiye edildiği görülmektedir. Bu konuda 5. sırada olan Norveç'te tahsilat oranı %91,9, geçen süre 11 ay, yapılan masraf borçlunun mal varlığının %1'i olarak hesaplanmıştır.⁶⁴ Türkiye bu başlıkta 120. sırada yer almaktadır.⁶⁵

İş Yapma Kolaylığı 2019 Raporu'nda Türkiye'nin ödeme aczi işlemleri başladıktan sonra kredi alma imkânı getirmesi, yeniden yapılandırmada oy verme düzenlemelerini geliştirmesi ve alacaklılara işlemlere daha fazla katılım hakkı sağlaması olumlu gelişmeler olarak nitelendirilmiştir.⁶⁶ İş Yapma Kolaylığı 2018 Raporu'nda Türkiye'nin olağanüstü hal dönemi süresinde ve öncesinde iflas erteleme başvurusu prosedürlerini askıya alması nedeniyle ödeme

⁶³ World Bank Group, Economy Profile Turkey 2020, s.63-64.

⁶⁴ World Bank Group: Doing Business 2020 Comparing Business Regulation in 190 Economies, Economy Profile Norway, Washington DC 2019, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32944/Doing-Business-2020-Comparing-Business-Regulation-in-190-Economies-Economy-Profile-of-Norway.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 28.11.2021), s.54.

⁶⁵ World Bank Group, Economy Profile Turkey 2020, s.60.

⁶⁶ World Bank Group, Doing Business 2019, s.150.

aczinin çözümlenmesini zorlaştırdığı belirtilmiştir.⁶⁷ Türkiye, hukuki çerçeveyi ölçen ödeme aczinin gücü endeksinde, 16 puan üzerinden 10,5 puan almıştır. Ancak buna rağmen daha gerilerde yer almaktadır. Bunun başlıca nedenleri; uygulamada sürecin uzun sürmesi, tahsilat oranının düşük olması, masrafların yüksekliği, şirketlerin faaliyetine devam ederken değil parça parça satış yoluyla tasfiyesi ödeme aczi sisteminin zaafı olarak görülmektedir.

III. DEĞERLENDİRMELER (SONUÇ YERİNE)

Dünya Bankası tarafından ülkelerin reform yapmalarının teşvik edilmesi, yatırımcı ve devletler için sağlıklı bir veri kaynağı oluşturulması ve başarılı ülkeler tarafından geliştirilen iyi uygulamaların tespit edilmesi amaçlarıyla yayımlanan İş Yapma Kolaylığı Raporlarında iş kurma, yapı ruhsatlarının alınması, elektriğe erişim, taşınmazların kaydının yapılması, kredi alınması, azınlık paylarının korunması, vergilerin ödenmesi, sınır-aşan ticaret yapılması, sözleşmelerin icrası ve ödeme aczinin çözümlenmesi olmak üzere on başlığa değinilmekte ve bu konulardaki veriler üzerinden ülkeler arasında bir puanlama ve sıralama yapılmaktadır. Bu başlıklardan biri olan ödeme aczinin çözümlenmesi konusunda ise teminatlı alacaklıların alacağını karşılama oranı ile ödeme aczi sisteminin etkinliği endeksinin basit ortalaması alınarak puanlama yapılmakta ve bu puanlama sonucu ülkeler arasında bir sıralama oluşturulmaktadır. Teminatlı alacaklıların alacağını karşılama oranı ve ödeme aczi sisteminin etkinliğinin belirlenmesi amacıyla bir ülkedeki uygulamacılara farazi bir olay sunulmakta ve bu olay üzerine sorulan anket sorularına verilen cevaplar doğrultusunda puanlama yapılmaktadır.

Dünya Bankası tarafından belirlenen iyi uygulamalar, etkin ödeme aczi sistemlerinin oluşturulması ve reformu için bir örnek teşkil etmektedir. İyi uygulamalar, ödeme aczi işlemlerinin kolaylaştırılmasını, etkin yeniden yapılandırma işlemlerinin oluşturulmasını ve alacaklıların bu işlemlere katılmasının teşvik edilmesini içermektedir. Bu amaçla ülkelerin, ödeme aczi işlemlerine ve bu işlemlerin başlatılmasına ilişkin sade ve kolay uygulanabilir kurallar öngörmeleri, etkin bir yeniden yapılandırma rejimi kurmaları, ödeme aczi işlemlerine alacaklıların azami katılımını sağlamaları ve mevzuatlarında sözleşmelerin iyileştirilmesine, iptal edilebilir işlemlere ve ödeme aczi işlemleri başlatıldıktan sonra finansman sağlamaya ilişkin hükümler geliştirmeleri tavsiye edilmektedir. Bunların yanında doğru düzenlenmiş ödeme aczi komiserliği mesleği de ülkelerin iyi uygulamalara yaklaşmaları için önem taşımaktadır.

Son raporlarda iş yapma kolaylığı konusunda Türkiye ilerleme kaydetmiştir. 2019 Yılı Raporu'nda, çalışmanın yapıldığı dönemde gerçekleştirdiği 12 yasal düzenleme ile en fazla gelişme gösteren 10 ülke arasına girmiş ve 75,3 puanla 43. sıraya, 2020 Yılı Raporu'nda ise 76,8 puanla 33. sıraya yükselmiştir. 2020 Türkiye Raporu dikkate alındığında, Türkiye'nin en başarılı olduğu başlık (21. sırada bulunduğu) şirketlerde azınlık haklarının korunması iken, en başarısız olduğu başlık (120. sırada bulunduğu) ödeme aczinin çözümlenmesidir. Türkiye 2020 Raporu'nda ödeme aczinin çözümlenmesi başlığında 38,5 puan alabilmiştir. Rapordaki verilere göre, Türkiye'de ödeme aczinin çözümlenmesine yönelik işlemler, yeniden yapılandırma denendikten sonra varlıkların tasfiyesi şeklinde gerçekleşmekte ve bu işlemlerin sonucu genellikle parça parça satış olmaktadır. Ödeme aczinin çözümlenmesi süreci beş yıl olarak belirlenmiş ve bunun maliyeti şirketin varlığının %14,5'i olarak hesaplanmıştır. Ödeme aczinin çözümlenme işlemleri sonucunda alacaklıların alacaklarını tahsil oranı ise %10,5 olarak ölçülmüştür.

Türkiye ödeme aczi işlemlerinin başlatılması endeksinde tam puan alırken borçlunun varlıklarının yönetimi endeksinden 6 üzerinden 3 puan alabilmiştir. Bu endekste tam puan alınabilmesi için Türk ödeme aczi sisteminin borçlunun şirketi ayakta tutması için zorunlu olan sözleşmeleri ifa etmeye devam etmesine izin vermesi, borçlunun aşırı külfetli sözleşmeleri reddedebilmesine imkân tanınması ve ödeme aczi işlemleri başlatıldıktan sonra alınan finansmanın ödenmesine öncelik tanınması gerekmektedir. Türkiye yeniden yapılandırma endeksinde de 3 üzerinden 1,5 puan alabilmiştir. Bu endekste tam puan alınabilmesi için yeniden yapılandırma planının tüm alacaklılar tarafından değil, sadece hakları değiştirilen veya etkilenen alacaklılar tarafından onaylanması ve yeniden yapılandırma planına oy vermeye hakkı olan alacaklıların sınıflara ayrılması, her sınıfın ayrı oy vermesi ve ilgili sınıftaki bütün alacaklıların eşit muameleye tabi tutulması gerekmektedir. Son olarak, alacaklıların işlemlere dahil olma endeksinde ise Türkiye 4 üzerinden 3 puan almıştır. Türk ödeme aczi sisteminin ödeme aczi işlemleri sırasında borçlunun

⁶⁷ World Bank Group: Doing Business 2018: Reforming to Create Jobs, World Bank Group Publications, Washington DC 2018, s.140.

varlıklarının önemli bir bölümünün satılmasında alacaklıların onayını şart koşması halinde bu endeksten tam puan alınabilecektir.

Türkiye’de 2001 ekonomik krizinden sonra ödeme aczine ilişkin olarak özellikle 17.07.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun’la başlayan değişiklik süreci bugüne kadar hızla devam etmiş ve bu alanda birçok değişiklik yapılmıştır.⁶⁸ Nihayet, 09.06.2021 tarih ve 7327 sayılı Kanun değişikliği ile Dünya Bankası’nın raporlarında işaret ettiği etkin bir ödeme aczi sisteminde bulunması gereken özelliklere ilişkin eksiklikler büyük oranda giderilmiştir.

Dünya Bankası raporları dikkate alındığında, ödeme aczinin çözümlenmesi konusundaki değişiklik beklentilerinin alacaklıların korunması odaklı olduğu, borçlunun ekonomik varlığını devam ettirmesinin ve kamusal menfaatlerin korunmasının ikinci planda yer aldığı söylemek mümkündür. Bu tespite bağlı olarak ödeme aczinin çözümlenmesi hakkındaki yasal değişikliklerin, ekonomik hayatın gerçek ihtiyaçlarının değil, yatırım yapılmasını kolaylaştırıcı, içerik itibari ile çoğu kere şekli ve başarılı sonuç doğurmaktan arı beklentilerin sonucu olarak yapıldığı gözlemlenmektedir. Bu yüzden söz konusu değişiklikler çoğu kere uygulanma kabiliyetine sahip olmamakta (sermaye şirketleri ve kooperatiflerin borçlarının yeniden yapılandırılması, mal varlığının terki suretiyle konkordato gibi) veya yerleşmiş uygulamaların devam ettirilmesinde tereddüt yaratarak yeni ihtilaflara neden olmaktadır (Adi konkordatoya ilişkin son dönemde yapılan birçok değişiklikte olduğu gibi).

Diğer taraftan Anglo Sakson kökenli kurumların, kıta Avrupası kökenli kurumlara monte edilmesi ve iki farklı anlayışın birlikte uyum içerisinde yürütülebileceği düşüncesi de başka bir sorunlu noktadır. Bu iki farklı hukuk sisteminde yargısal yöntemlerin işleyişindeki farklılıklar da Anglo Sakson kökenli müesseselerin anlaşılmasında ve uygulanmasında ciddi sorunlara neden olabilecek niteliktedir.

Ödeme aczinin çözümünde başarıya ulaşılabilmesi için önemli noktalardan birisi de süreç dahil olan mahkemelerin rollerinin yeniden belirlenmesi gerekliliğidir. Süreç içerisinde son sözü söyleme yetkisine sahip olan mahkemelerin, salt yargısal nitelikli kararlar verebilmesi, yeniden yapılandırma aşamasında bulunan ve mahkemelerin gözetim ve denetiminde yürütülen bir yönetim şekli ile uyumlu değildir. Ayrıca yargısal kararlarda hızlı bir standardın sağlanabilmesi adına istinaf aşaması atlanarak doğrudan temyiz yoluna gidilmeli; bozma kararlarına karşı (genel hükümler çerçevesinde açılan davalar hariç olmak üzere) alt derece mahkemelerinin direnme kararı verme imkânı ortadan kaldırılmalıdır.

Nihayet ödeme aczinin çözümlenmesinin başarılı olması ilgili ülkenin hukuk politikalarından ayrı düşünülemez. Bu noktada, hukuki güvenlik ilkesi, hukukun devlet ve toplum tarafından içselleştirilmesi, ona saygı gösterilmesi ve riayet edilmesi, sonuç ve zaman bakımından hukuki öngörülebilirliğin sağlanması, bütün tarafların menfaatlerinin korunması ve işletme temelli olarak ödeme aczine ilişkin çözümlenmenin başarıya ulaşması bakımından değerlendirilmede en öncelikli kriter olmalıdır.

KAYNAKÇA

- ARMOUR, John/MENEZES, Antonia/UTTAMCHANDANI, Mahesh/van ZEITEN, Kristin: “How Creditor Rights Affect Debt Finance”, in Frederique Dahan, Research Handbook on Secured Financing in Commercial Transactions. Elgar Publishing, 2015, s.3-25.
- BUDAK, Ali Cem: “Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu ile ilgili Usullerin Amacı Işığında İcra ve İflas Kanunu’ndaki 5092 Sayılı Kanun Değişikliği”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1), 2006, s.257-275.
- CIRMIZI, Elena/KLAPPER, Leora/UTTAMCHANDANI, Mahesh: “The Challenges of Bankruptcy Reform”, Policy Research Working Paper No: 5448, The World Bank Research Observer, 27(2), August 2012, s.185-203.
- CLAESSENS, Stijn/KLAPPER, Leora F.: “Bankruptcy Around the World: Explanations of Its Relative Use”, Policy Research Working Paper No: 2865, World Bank Development Research Group, Washington DC July 2002.
- DJANKOV, Simeon: “Bankruptcy Regimes during Financial Distress”, World Bank, Washington DC May 2009.
- DJANKOV, Simeon/HART, Oliver/McLIESH, Caralee/SHLEIFER, Andrei: “Debt Enforcement around the World”, Journal of Political Economy, 116(6), 2008, s.1105–1149.
- ENER, Mustafa Alper: Uluslararası Yatırım Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- ERMENEK, İbrahim: İflâsın Erteleme, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

⁶⁸ ERMENEK, İbrahim: İflâsın Erteleme, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.1-2.

- KÖKÜSARI, İsmail: Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara 2015, s.145.
- MEIER, Isaak: “Etkin Bir Yeniden Yapılandırma Usulü: Türk Hukukundaki Değişiklikler Bakımından İsviçre Hukukundaki Gelişmeler”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VIII, Ankara 2010. s.119-159.
- NEIRA, Julian: “Bankruptcy and Cross-Country Differences in Productivity”, Journal of Economic Behavior & Organization, 157, 2019, s.359-381.
- ROBERT-TISSOT, Fabrice: “The Effects of a Reorganization on (Executory) Contracts: A Comparative Law and Policy Study [United States, France, Germany, Switzerland]”, International Insolvency Institute, Twelfth Annual International Insolvency Conference, Supreme Court of France, Paris 21-22 June 2012.
- ŞENCAN, Derya: “Ekonomik ve Hukuki Sonuçları İtibariyle İflas Erteleme ve Konkordato Müesseselerinin Karşılaştırmalı Analizi”, Gümrük Ticaret Dergisi, 16, 2019, s.27-42.
- TANRIVER, Süha: “İflas Dışı Adı Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar ve Bazı Değerlendirmeler”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VIII, Ankara 2010, s.255-280.
- UNCITRAL: Legislative Guide on Insolvency Law, Part Four: Directors’ Obligations in the Period Approaching Insolvency, 2nd Edition, United Nations Publication, New York 2020.
- UNCITRAL: Legislative Guide on Insolvency Law, Part Three: Treatment of Enterprise Groups in Insolvency, United Nations Publication, New York 2012.
- UNCITRAL: Legislative Guide on Insolvency Law, United Nations Publication, New York 2005.
- World Bank Group: Doing Business 2012: Doing Business in a More Transparent World (Doing Business 2012), World Bank and International Finance Corporation, Washington DC 2012.
- World Bank Group: Doing Business 2018: Reforming to Create Jobs, World Bank Group Publications, Washington DC 2018.
- World Bank Group: Doing Business 2019: Training for Reform (Doing Business 2019), World Bank Group Publications, Washington DC 2019.
- World Bank Group: Doing Business 2020 Comparing Business Regulation in 190 Economies, Economy Profile Turkey (Economy Profile Turkey 2020), Washington DC 2019.
- World Bank Group: Doing Business 2020 Comparing Business Regulation in 190 Economies, Economy Profile Norway, Washington DC 2019.
- World Bank Group: Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies (Doing Business 2020), World Bank Publications, Washington DC 2020.
- World Bank Group: Doing Business in 2004: Understanding Regulation, World Bank and Oxford University Press, Washington DC 2004.
- World Bank Group: Private Sector Development Strategy – Directions for the World Bank Group No: 44933, World Bank Publications, Washington DC 2002.
- World Bank: “Doing Business Report: Turkey is a Top Improver for First Time, with Record Business Reforms”, Press Release 31 October 2018, Ankara, <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2018/10/31/doing-business-report-turkey-is-a-top-improver-for-first-time-with-record-business-reforms>, (Erişim Tarihi: 25.05.2020).
- World Bank: Data, GDP per capita (current USD) - Turkey, <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=TR>, (Erişim Tarihi: 25.05.2020).
- World Bank: Doing Business Measuring Business Regulations, Resolving Insolvency, Why It Matters?, <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency/why-matters>, (Erişim Tarihi: 28.11.2021).
- World Bank: Doing Business Measuring Business Regulations, Resolving Insolvency, Frequently Asked Questions, <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency/faq>, (Erişim Tarihi: 28.11.2021).
- World Bank: Doing Business Measuring Business Regulations, Resolving Insolvency Methodology (Resolving Insolvency Methodology), <https://www.doingbusiness.org/en/methodology/resolving-insolvency>, (Erişim Tarihi: 18.09.2021).
- World Bank: Doing Business Measuring Business Regulations, Resolving Insolvency, Good Practices (Good Practices), <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency/good-practices>, (Erişim Tarihi: 18.09.2021).
- World Bank: Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes, 2016 Edition, World Bank Publications, Washington DC 2016.
- World Bank: Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes, 2021 Edition, World Bank Publications, Washington DC 2021.
- YEŞİLİRMAK, Ali: Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

**TÜRK VATANDAŞLIĞININ SONRADAN KAZANILMASINDA
İDARENİN TAKDİR YETKİSİ****DISCRETION POWER OF THE ADMINISTRATION ON POST FACTO
ACQUISITION OF TURKISH CITIZENSHIP**Cemre TÜYSÜZ*  **Makale Bilgi**

Gönderi: 18/09/2021
Kabul : 11/01/2022

Anahtar Kelimeler

*Takdir Yetkisi,
Türk Vatandaşlığının
Sonradan
Kazanılması,
Milli Güvenlik ve
Kamu Düzeni.*

Article Info

Received: 18/09/2021
Accepted: 11/01/2022

Keywords

*Discretion,
Acquisition of
Turkish Citizenship,
National Security
and Public Policy.*

Özet10.21492/inuhfd.997209 

Türk hukukunda idareye takdir yetkisi kamu yararına ulaşılması amacıyla çeşitli şekillerde kanunen verilmektedir. Takdir yetkisi kanunda açık düzenlemelerle verilebileceği gibi, belirsiz kavramların mevzuatta yer alması veya idareye değerlendirme imkânı tanınması suretiyle de verilebilmektedir. Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasının usul ve esasları 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ve Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre çeşitli şartlarda ve usullerde yabancılar Türk vatandaşlığını kazanabilmektedir. Sonradan vatandaşlık kazanmada yetkili makam genel itibariyle İçişleri Bakanlığı olmakla beraber, bazı hallerde Cumhurbaşkanı'dır. İçişleri Bakanlığı veya Cumhurbaşkanı tarafından Türk vatandaşlığı kazanma başvuruları ile ilgili yapılacak işlemler neticesinde, söz konusu başvuru kabul veya reddedilmektedir. Yabancıların Türk vatandaşlığı kazanmasında idare tarafından verilecek kararların niteliği, aynı zamanda idarenin takdir yetkisinin olup olmadığını da belirlemektedir. Bu çalışmada Türk vatandaşlığının sonradan kazanılma hallerinde belirlenen esasların içeriği, vatandaşlık kazanma başvurularında idareye takdir yetkisi tanınıp tanınmamasına göre incelenecektir. İdarenin takdir yetkisinin bulunduğu kabul edildiği hallerde ise bu takdir yetkisinin sınırları belirlenmeye çalışılacaktır.

Abstract

Discretion authority to administration has been granted in order to ensure public benefits. Discretion may be granted by explicit regulations or by ambiguous terms stated within the regulations. It is also accepted that when evaluation opportunity has been given to an administrative institution that institution has an authority on discretion. Procedure and merits of post facto Turkish citizenship acquisition has been stated in Turkish Citizenship Act numbered 5901 and regulation for the practice of this aforementioned Act. According to these regulations foreigners may acquire Turkish citizenship by various conditions and procedures. Legal authority on post facto acquisition of Turkish citizenship is generally Ministry of Internal Affairs. However in some conditions, the president of Turkish Republic is also authorized to grant Turkish citizenship. In this study scope of the conditions established in the post facto acquisition of Turkish citizenship will be examined regarding whether the discretion granted to legal authority. The framework of aforementioned discretion will also be examined within this article.

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

* Arş. Gör. Dr., Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: TÜYSÜZ Cemre, "Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi", İnÜHFD, 13(1), 2022, s.48-65 **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees

EXTENDED SUMMARY

Post facto acquisition of Turkish citizenship has been stated in the Constitution and also Turkish Citizenship Act numbered 5901. According to these regulations Turkish citizenship may be acquired by birth and also post facto. The limits of administration's discretion on these matters bear a high importance. The importance of discretion comes from the administrations actions.

It is accepted that if the administration is not bound by a rule which stipulates to act in a designated path and also administration has a choice to act in one of the numerous ways on their discretion, the discretion authority is granted to administration.

Due to the nature of administrative law, it is stated that administration's discretion may be granted in various methods. One of the methods to grant discretion to administration is stating this fact plainly in a regulation. For example, the words may, could, may appoint, evaluated and any other words in this respect can't be understood that discretion power is granted to administration.

The second method to grant discretion power to administration is using ambiguous terms in the regulations. For example public interest, public policy, national security and public morale may be accepted as such ambiguous terms. The reason of this conclusion is that the scope and the limits of these terms are not specifically mentioned in regulations. However it is accepted that the usage of these ambiguous terms does not automatically result the discretion power of administration. In order to accept the discretion power of the administration, the interpretation of these ambiguous terms matters. If the interpretation of these ambiguous terms shall be made objectively and within the perspective of the public, then it is safe to say that the discretion is not granted to administration. On contrary, if the interpretation of these ambiguous terms shall be made subjectively by the representatives of the administration, then administrative discretion is granted.

In case that evaluation authority is granted to administration, then it is accepted that discretion power is also granted to administration. For example evaluating the score of a candidate/student such as research assistant application to university or evaluating the integrity of a building are deemed as evaluation power of administration. Therefore, granting evaluation power is accepted as the third method to grant discretion.

According to Turkish Citizenship Code, Turkish citizenship maybe acquired post facto in three ways. The first way of post facto acquisition is by the decision of a competent authority. The second way of post facto Turkish citizenship acquisition is mentioned as acquisition citizenship through adoption. It is accepted that even acquisition through adoption is mentioned as a different type of post facto citizenship acquisition by Act numbered 5901, it shall not be accepted as a different method than the decision of competent authority. The third way to acquire post facto Turkish citizenship is acquisition by choice.

In this article the conditions required by these post facto citizenship acquisitions will be examined and the discretion power of administration will be evaluated in accordance with the Turkish administrative law and Turkish citizenship law.

The first way of post facto Turkish citizenship acquisition is acquisition by a competent authorities decision. There are different types of post facto acquisitions within this group. These are mainly called as; general procedure, post facto acquisition by exceptional procedure, Reacquisition of Turkish citizenship and acquisition of Turkish citizenship by marriage.

The conditions required for each ways are varied. But the most common condition required by almost all of them is not containing any threats against national security and public policy. In this condition is accepted widely as a grant of discretion authority to the administration. The grounds of this result was mentioned that these terms are ambiguous. However according to administrative law using ambiguous terms is not accepted as a sole condition to grant discretion.

In order to accept the discretion power of administration, interpretation of these ambiguous terms shall be considered. If the administration interprets these ambiguous terms within the perspective of the public, then it is accepted that administration has no discretion power on these matters. On the other hand, if the interpretation of these ambiguous terms are made by administration subjectively and without the perspective of public, only then it is accepted as discretion power of administration.

National security and public policy are ambiguous terms which are in a close relationship with public interest. Therefore the interpretation of these terms shall not be given to the sole discretion of the administration. In other words, administration shall be interpreting this terms objectively and within the scope of public view. In conclusion, it is safe to say that administration has no discretion power for this condition.

The main regulation on this matter is that even if all the conditions required by the law has been satisfied then this does not constitute an absolute right for the foreigner to acquire (Art. 10). This is one of the main regulation that plainly stipulates the discretion power of administration. This discretion power granted to administration are related to sovereign right of a state.

Post facto acquisition of Turkish citizenship by choice is also has a very high importance regarding the discretion power of administration. The words used in the article 21 of Turkish Citizenship Act is that foreigner "may acquire" Turkish citizenship. However it is also stipulated that the acquisition of Turkish citizenship by choice shall be valid after the determination of satisfying the conditions set in the Turkish Citizenship Act. Therefore discretion power is not granted to administration on this type of post facto Turkish citizenship acquisition.

All other types of post facto Turkish citizenship acquisitions have been examined in this article. In order to determine the discretion power of administration, looking at the matters just by one part of the law will not be sufficient. In our opinion, in order to reach accurate results, the perspectives of administrative law and citizenship law shall be evaluated together.

I. GİRİŞ

Türk vatandaşlığının kazanılması T. C. Anayasası'nın (AY) 66. maddesinde ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda¹ (TVK) düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre Türk vatandaşlığı doğum yoluyla veya sonradan kazanılabilmektedir. Çalışmamızda Türk vatandaşlığının sonradan kazanılması esas alınmıştır. Sonradan Türk vatandaşlığının kazanılması; yetkili makam kararı, evlat edinme yolu veya seçme hakkının kullanılması yoluyla söz konusu olmaktadır (TVK m.9). Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasına ilişkin Kanunda öngörülen hallere bakıldığında, idari bir makamın incelemesi sonucunda verilen bir kararın olduğu görülmektedir. Dolayısıyla idari makam tarafından verilecek vatandaşlık kazanılması hakkındaki kararlarda, idarenin takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesi de kanaatimizce önemlidir. Bu çalışmada idarenin vatandaşlığın sonradan kazanılmasına ilişkin kararlarındaki takdir yetkisinin sınırları incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken öncelikle idarenin takdir yetkisinin ne olduğu ve sınırları idare hukukundaki ilkeler ışığında değerlendirilmiş, daha sonra da TVK'da yer alan düzenlemelerde sonradan Türk vatandaşlığının kazanılmasında idareye takdir yetkisinin tanınıp, tanınmadığı ve bunun sınırları incelenmiştir².

II. TÜRK HUKUKUNDA İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

A. Genel Olarak

Türk vatandaşlığının sonradan kazanılması, idarenin yapacağı idari işlem neticesinde gerçekleşmektedir. İdari işlem, idarenin idare işlevine ilişkin olarak, kamu gücü kullanmak suretiyle yaptığı tek yanlı irade açıklaması olarak belirtilmektedir³.

Mevzuatta bazı hallerin varlığı durumunda idareye belirli bir yönde işlem yapma ve karar alma görevinin yüklendiği hallerde idarenin bağlı yetkisinin bulunduğu kabul edilmiştir. Burada esasen idareye tercih yapma imkânı tanınmamaktadır⁴. Belirli şartların gerçekleşmesi halinde belli bir sonucu gerçekleştirmekle yükümlü tutulduğu takdirde idarenin bağlı yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir⁵.

İdarenin sadece bağlı yetkisinin bulunduğu takdirde kamu yararının gerçekleştirilmesi sağlanamayabileceğinden, bazı gerekliliklerden dolayı idareye karar alma konusunda takdir yetkisi tanınmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Bu haller; mevzuatta her türlü ayrıntının gösterilememesi, zaman içerisinde idarenin karşılaştığı sorunların artması ve çeşitlilik arz etmesi, kamu hizmetlerinin değişen nitelikleri olarak belirtilmiştir⁶.

İdarenin hangi durumda, nasıl bir işlem yapacağının hukuk kuralları ile baştan emredici bir biçimde saptanmadığı durumlarda, idareye takdir yetkisinin tanındığı kabul edilmektedir⁷. Dolayısıyla bağlı yetkiden farklı olarak idarenin takdir yetkisi, belirli bir durumda belirli bir yönde işlem yapmanın zorunlu olmadığı hallerde söz konusudur. Burada idareye seçme imkanının tanındığı söylenebilir. Görüldüğü üzere takdir yetkisinin olduğu hallerde idarenin birden çok çözüm yoluna sahip olduğu kabul edilir⁸. Ek olarak takdir yetkisinin, idareye, işlemin sebebini, konusunu, zamanını ve yerini belirlemek; çözümlerden birini seçmek; işlem yapma veya yapmama konusunda

¹ RG: 29.5.2009; 27256.

² Konuyla ilgili belirtmek istediğimiz husus ise, idari işlemlerin yargısal denetimine ilişkindir. Çalışmamızın tamamında yer alan idarenin takdir yetkisine ilişkin meseleler ile ilgili olarak idare hukukunda bunların yargısal denetimi ayrı bir konu olarak incelenmiştir. Bu nedenle, Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasına ilişkin kararların yargısal denetimi çalışmamızın kapsamını çok genişleteceğinden, çalışmamız dışında bırakılmıştır.

³ YILDIRIM, Turan/YAŞIN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, Halit Eyüp/FİŞ ÜSTÜN, Gül/ÇAKIR, Hüseyin Melih/OKAY TEKİNSOY, Özge: İdare Hukuku, 8. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.546, GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 11. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2017, s.123, YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s.108, AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2021, s.359.

⁴ BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları No: 17, 1970, s.84, YAYLA, s.195, YAYLA, Yıldızhan: İdarenin Takdir Yetkisi (Takdir Yetkisi), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 30(1-2), 1964, s.202, KARATEPE, Şükrü, İdarenin Takdir Yetkisi, Türk İdare Dergisi, 63(392), 1991, s.73, SEÇKİN, Sinan/ÜSTÜN, Gül: İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gereke İlkesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, 21(2), 2015, s.510, KORKMAZ, Kadir: Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı ve Yargısal Denetimi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIII(1-2), 2009, s.242.

⁵ SEÇKİN/ÜSTÜN, s.510, GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt I, Güncellenmiş 3. Bası, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2019, s.1060.

⁶ KARATEPE, s.72, SEÇKİN/ÜSTÜN, s.511.

⁷ SEÇKİN/ÜSTÜN, s.511, GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, Cilt 2, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara 2013, s.506, TAN, Turgut: Sınava ve Juri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi, Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 51(1-4), 1996, s.413.

⁸ GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Yönetim Hukuku, Güncellenmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.332, GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Yönetim Yargı, Güncellenmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s.240.

hareket serbestisi tanımak olduğu ifade edilmiştir⁹. Takdir yetkisinin serbestçe karar alma ve hareket etme yetkisi olduğu da doktrinde belirtilmiştir¹⁰.

Doktrinde belirtilen bir diğer tanıma göre ise takdir yetkisi, çerçevesi mevzuatta çizilmiş fakat içi bir takım imkânsızlıklarla doldurulamamış bir idarî usulün varlığı halinde, idareye bu idari usulün doldurulması konusunda tanınan belirli bir kararı alıp almama, ihtimaller arasından seçim yapma, yani yetkinin kullanılıp kullanılmamasını belirleme yetkisidir¹¹. Dolayısıyla idare, belirli bir konuda karar alma ile almama seçeneklerinden birini tercih edebiliyorsa veya birden fazla karar arasında seçim yapma imkanı olduğu hallerde idarenin takdir yetkisinin bulunmaktadır¹².

İdareye takdir yetkisinin verildiği kabul edildikten sonra, bu yetkinin ne şekilde kullanılması gerektiği de önemlidir. Buna göre idarenin takdir yetkisini kullanırken, keyfi davranmaması gerekmektedir. İdarenin kanunî sınırlar içerisinde ve eşitlik ilkesine bağlı kalması, kamu yararını gözetmesi, gerekçe göstermesi ve kanunda özel koşullar öngörülmüş ise buna uyması gerektiği kabul edilmektedir¹³.

Son olarak, idari işlemin yetki, şekil, usul ve amaç unsurlarında idarenin takdir yetkisinin olamayacağı, kural olarak belirtilmektedir. Şöyle ki, kanunda yer alması ve kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle yetki unsuru, takdir yetkisine konu olmayacaktır. Şekil ve usul unsurlarının belirlendiği durumlarda da öngörülebilirlik ve yönetilenlerin hak ve özgürlükleri ile ilgili olduğundan takdir yetkisi söz konusu olamayacaktır¹⁴. İdari işlemlerin amacı kamu yararını gerçekleştirmek olduğundan, amaç konusunda da takdir yetkisinin kullanılması mümkün değildir¹⁵. Sonuç itibarıyla takdir yetkisinin idari işlemin konu unsuru açısından var olabilen bir yetki olduğu, bu nedenle idarenin sebep unsuru bakımından bağlı yetkisinin, konu unsuru bakımından ise takdir yetkisinin bulunabileceği ifade edilmektedir¹⁶.

B. İdareye Takdir Yetkisinin Verildiği Haller

1. Genel Olarak

Takdir yetkisinin idareye çeşitli şekillerde ve sınırlar içerisinde verilmesi söz konusudur. Mevzuatta açıkça idareye takdir yetkisinin verildiği mevzuatın düzenlenme şekliyle anlaşılabilirliği gibi, müphem ifadelerin kullanılması halinde de idareye takdir yetkisinin tanındığı sonucuna ulaşılabilir. Ek olarak, idareye değerlendirme yapma imkânı verildiği durumların da takdir yetkisi açısından incelenmesi gerekmektedir.

2. Mevzuatta (Kanunda) Açık Düzenleme Yapılması

İdarenin kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir (AY m.123). Dolayısıyla idarenin yetkisinin bir parçası olan takdir yetkisinin de kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle kanunda idareye belli şartların varlığı halinde bir yönde karar alıp almama veya çeşitli ihtimaller arasından birini tercih etme imkânının tanındığı hallerde idarenin takdir yetkisinin var olduğu kabul edilmelidir¹⁷. Kanun koyucunun idarenin görev ve yetkilerini belirlerken, idareyi, bazı yetkileri kullanıp kullanmamada, bu yetkilerin kullanılmasının gereklerini belirlemede az ya da çok serbest bırakabileceği, bu gibi durumlarda da takdir yetkisinin bulunduğu ve idarenin de kendisine tanınan bu yetkiyi, yasaların gösterdiği sınırlar içerisinde ve kamu yararına kullanmak zorunda olduğu belirtilmektedir¹⁸.

Kanunda idarenin yetkisine ilişkin düzenlemelerde emredici ifadeler yerine, yetki verdiği makama yapma veya yapmama konusunda bir seçim imkânı tanıyan düzenlemelerin, idareye takdir yetkisini tanıdığı kabul edilmektedir. Bu gibi düzenlemelerde genellikle; “verebilir”, “edilebilir”, “atayabilir”, “görevlendirebilir”, “değerlendirilir” gibi ifadelerin kullanıldığı görülmektedir¹⁹.

⁹ YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/FİŞ ÜSTÜN/ÇAKIR/OKAY TEKİNSOY, s.699, KORKMAZ, s.243.

¹⁰ YAYLA, Takdir Yetkisi, s.202.

¹¹ KAYA Cemil: İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, On İki Levha Yayınları, 2. Bası (1. Basıdan tıpkıbasım) İstanbul 2014, s.26.

¹² GÖZLER, s.1060.

¹³ GÖZLER, s.1067, GÖZÜBÜYÜK, Yönetim, s.333, GÖZÜBÜYÜK, s.240, ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.402, 403, ALPAR, Erol: Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları, Danıştay Yayınları No: 52, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, s.28, KORKMAZ, s.243.

¹⁴ GÖZLER, s.1062, KORKMAZ, s.243.

¹⁵ GÖZLER, s.1062, KORKMAZ, s.243, ATAY, s.403, 404, GÖZÜBÜYÜK, Yönetim, s.241

¹⁶ GÖZLER, s.1063.

¹⁷ GÖZLER, s.1064, KAYA, s.36, SEÇKİN/ÜSTÜN, s.512, KORKMAZ, s.243.

¹⁸ KORKMAZ, s.243, GÖZÜBÜYÜK, Yönetim, s.332, ATAY, s.399, 400, ALPAR, s.20, GÖZÜBÜYÜK, Yönetim, s.241.

¹⁹ KAYA, s.38, KARATEPE, s.74, SEÇKİN/ÜSTÜN, s.512, GÖZLER, s.1065-1067.

3. Belirsiz Kavramların Kullanılması

Açık kanuni düzenlemeler dışında takdir yetkisi kanunda belirsiz (*müphem*) ifadeler kullanılarak da verilebilmektedir. Mevzuatta içeriği açık olmayan, belirsiz (*müphem*) ifadelerin tercih edildiği hallerde, bu ifadelerin içeriğinin ne şekilde belirleneceği önem taşımaktadır. Şöyle ki, bu ifadelerin içeriği esasında idarenin takdir yetkisinin de sınırlarını oluşturmaktadır. Mevzuatta “kamu yararı”, “kamu güveni”, “kamu düzeni”, “milli güvenlik”, “genel ahlak” gibi ifadeler bir çok defa yer almaktadır.

Belirsiz kavramların idareye takdir yetkisi kazandırıp kazandırmadığı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Şöyle ki, mevzuattaki belirsiz kavramlarla toplumda geçerli olan genel anlayış veya objektif bir değer yargısı ifade edildiği durumlarda, idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir²⁰. Dolayısıyla mevzuattaki belirsiz ifade idarenin (memurun) subjektif değer yargısına ilişkin olduğu takdirde idarenin takdir yetkisi bulunduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Bunun karşısında, belirsiz ifade toplum tarafından genel kabul görmüş kurallara ilişkin olduğu durumda ise idarenin takdir yetkisinin olmadığı, bu ifadelerin bağlı yetki oluşturduğu belirtilmiştir²¹.

Yukarıda ifade ettiğimiz husustan farklı olarak, eğer belirsiz (*müphem*) kavramlar toplumun genel anlayışından ziyade idarenin anlayışını ifade ettiği durumda ise, bağlı yetki yerine, idareye takdir yetkisi tanındığı kabul edilmektedir²². Ancak burada da idarenin belirsiz kavramın içeriğinin doldurulmasında tam bir serbestisinin olmadığı, belirsiz kavramın idarece kamu yararı ve kamu hizmetlerinin gerekleri doğrultusunda yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. İdarenin böyle bir takdir yetkisini kullanarak işlem yaptığı durumlarda, idari yargı organları tarafından önce idarenin dayandığı sebebin varlığının tespit edilmesi, sonrasında da bu sebebin idarece bu yönde işlem yapılması açısından yeterli olup olmadığının incelenmesi gerektiği de belirtilmektedir^{23,24}.

4. Değerlendirme Halleri

İdareye takdir yetkisinin tanındığının kabul edildiği bir diğer hal ise, idareye değerlendirme imkânının verildiği durumlardır. Şöyle ki, kamulaştırma bedelinin tespiti, öğrenciye/adaya not verilmesi, binanın sağlamlığının tespiti vb. gibi işlemler idareye değerlendirme imkânının verildiği haller olarak kabul edilmektedir. Burada da belirsiz kavramların içeriğinin belirlenmesinde söz konusu olduğu gibi, idarenin takdir yetkisinin veya bağlı yetkisinin var olup olmadığının tespitinde değerlendirmenin objektif anlayışa veya idarenin subjektif anlayışına bırakılıp bırakılmadığına göre değişmektedir.

Objektif değerlendirmelerde, idare dışında bir uzmanın raporuna dayanılması söz konusu olduğundan, burada yapılacak değerlendirmelerde de bu tarz uzman raporları veya bilirkişi görüşleri esas alınacaktır. Dolayısıyla bu hallerde esasında idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir²⁵.

İdarenin yapacağı değerlendirmeler subjektif anlayışına bırakıldığı takdirde ise, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak bu durumda dahi takdir yetkisi belirli sınırlar

²⁰ SEÇKİN/ÜSTÜN, s.513, KAYA, s.46, ÇAĞLAYAN, Ramazan: Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, VII(3-4), 2003, s.178, GÜNDAY, s.155.

²¹ Bu konuyla ilgili örnek olarak 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 11. maddesi gösterilmiştir. Maddede polisin, “genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları” engelleyeceği düzenlenmiştir. Buradaki genel ahlak ve edep kurallarından kastedilenin, polis memurunun ahlak ve edep hakkındaki algılayışı olmadığı, toplumun genelinin bu kavramlar hakkındaki algılayışı olduğu kabul edilmektedir. Böylelikle de belirsiz kavramın objektif bir anlama sahip olduğu ifade edilmektedir. ÇAĞLAYAN, s.48, GÜNDAY, s.155. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, RG: 14.7.1934; 2751.

²² KARATEPE, s.74, SEÇKİN/ÜSTÜN, s.514.

²³ SEÇKİN/ÜSTÜN, s.514.

²⁴ Konuyla ilgili örnek olarak mevzuatlarda yer alan “lüzum üzerine” ifadesi verilmiştir. Örneğin 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun mülga 6. maddesinde “Valiler, lüzumunda, tâyinlerdeki usule göre kadro aylığı ile merkez emrine alınarak İçişleri Bakanının tensip edeceği işlerde görevlendirilebilirler” hükmünde Danıştay'ın vermiş olduğu kararlarda “lüzumun” hukuken geçerli bir sebep olması gerektiğinden hareketle idarenin takdir yetkisinin kamu hizmeti gerekleri doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını denetlemektedir. Örnek kararlar için bkz. DİDDGK., 26.9.2012, E. 2007/36, K. 2012/1271, Danıştay 5.D., 30.11.2010, E. 2010/5755. www.legalbank.com.(Erişim Tarihi: 7.9.2021).

²⁵ KAYA, s.52. Burada ise örnek olarak 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 39. maddesi verilmektedir. Şöyle ki maddede “Genel güvenlik ve asayiş bakımından tehlike arz ettiği valilikçe tespit edilen metruk yapılar ile bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen yapıların” şeklindeki düzenlemede; belediye veya valilikçe yapılacak tespitlerin için uzmanına yaptırılacağından hareketle, idarenin bu konularda takdir yetkisinin bulunmadığı ifade edilmektedir. 3194 sayılı İmar Kanunu, RG: 9.5.1985; 18749. Konuyla ilgili kararlar için bkz. Danıştay 6. D., 11.12.2009, E. 2007/9992, K. 2009/11910, Danıştay 6. D., 8.3.1993, E. 1992/2066, K. 1993/913. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 07.09.2021)

içerisinde kabul edilmektedir. Çünkü idare değerlendirme sonucunda vereceği kararı belirli sınırlar içerisinde alacaktır²⁶. Konuyla ilgili olarak sicil amirlerinin memurların sicillerini düzenlemesi ve sınav kağıtlarına ilişkin verilen notlar örnek verilmiştir²⁷.

İdarenin takdir yetkisinin belirlenmesine ilişkin kabul edilen esaslar hakkında kısaca bilgi verildikten sonra, Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasında idarenin takdir yetkisinin olup olmadığı ve bunun sınırlarının tespiti konusu ele alınacaktır.

III. Türk Vatandaşlığı Kanunu Uyarınca Sonradan Vatandaşlık Kazanma Yolları ve İdarenin Takdir Yetkisinin İncelenmesi

A. Genel Olarak

TVK'ya göre sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı, yetkili makam kararı veya evlat edinilme ya da seçme hakkının kullanılması ile söz konusu olmaktadır²⁸ (m.9).

Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasında TVK'nın düzenlediği ilk kazanma yolu Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla kazanılmasıdır (m.10-16). Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması çeşitli hallerde söz konusu olmaktadır. Bunlar: genel yolla (m.10-11), istisnai yolla (m.12), ikamet şartı aranmaksızın (m.13) ve aranarak yeniden kazanılması (m.14), son olarak da Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılmasıdır (m.16). Her bir kazanma yolu için aranan şartlar ayrı olarak düzenlendiği gibi, vatandaşlığa alınma kararını verecek yetkili makam da ayrı ayrı belirtilmiştir.

Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda sonradan Türk vatandaşlığının kazanılmasını sağlayan bir diğer hal ise evlat edinilme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasıdır (m.17). Burada önemli olan, gerek kanunun, gerekse de Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin²⁹ (TVKYön) düzenleme biçimi dikkate alındığında, evlat edinilme yoluyla vatandaşlık kazanmanın yetkili makam kararı ile kazanma dışında bir yolmuş gibi algılanmasıdır³⁰. Halbuki, aşağıda da görüleceği üzere her ne kadar ayrı bir grup olarak ifade edilmiş olsa da (TVK m.9) evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması da esasında yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması hallerinden birisidir³¹.

TVK'da Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasına ilişkin düzenlenen son hal ise seçme hakkının kullanılmasıdır (m.21 ve 22). Kanun'da yer alan şartların (m.21) varlığı halinde Türk vatandaşlığının kazanılmasında idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı da, bu yolun sonuçlarına (m.22) göre belirlenecektir.

B. Türk Vatandaşlığının Yetkili Makam Kararıyla Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi

1. Genel Olarak

a. Türk Vatandaşlığının Yetkili Makam Kararıyla Kazanılmasında Kabul Edilen Yollar

Türk vatandaşlığının yetkili makam kararı ile kazanılabilmesi için öngörülen esaslar, TVK m.10'da yer almaktadır. Maddeye göre Türk vatandaşlığının yetkili makam kararı ile kazanılmasındaki esaslar ilgili makamların görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığınca belirlenecektir (m.10/2). Çalışma konumuzla ilgili en önemli esas ise, kanunda belirlenen şartlara sahip olmanın Türk vatandaşlığı kazanılması konusunda yabancıya mutlak bir hak sağlamayacağıdır (m.10/1son cümle). Dolayısıyla aşağıda her bir vatandaşlık kazanma hâli incelenmeden evvel, bütün yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanma yolları için ortak olan, mutlak hak sağlamama esasının değerlendirilmesi kanaatimizce doğru olacaktır.

b. Kanunda Belirtilen Şartları Taşımanın Türk Vatandaşlığı Kazanılmasında Mutlak Hak Sağlamayacağına İlişkin Esasın İdarenin Takdir Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi

²⁶ KAYA, s.52, BALTA, s.88, SEÇKİN/ÜSTÜN, s.515.

²⁷ TAN, s.414, SEÇKİN/ÜSTÜN, s.515, GÖZLER, s.1065, 1066.

²⁸ Kanunun amacı Türk vatandaşlığının kazanılmasına dair iş ve işlemlerin yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek olduğundan (m.1), TVK'da belirlenen bu esaslar dışında, kural olarak, vatandaşlığın kazanılması da mümkün görünmemektedir. Bunun istisnası aşağıda görüleceği üzere, 5543 sayılı İskân Kanunu'nda göçmenlerin Türk vatandaşlığı kazanmasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, göçmen olarak kabul edilenler aynı zamanda TVK m.12 kapsamında istisnai yolla Türk vatandaşlığı kazanabilmektedir. Bu kazanma yoluyla ilgili olarak bkz. aşağıda dn. 65.

²⁹ RG: 6.4.2010; 27544.

³⁰ Yönetmeliğin 14. maddesinde Türk vatandaşlığının yetkili makam kararı ile kazanma yolları sayılırken, evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması belirtilmediğinden bu şekilde bir yorum yapılabilecektir.

³¹ ERDEM, B Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul 2020, s.177. Ancak çalışmamızda kanunun sistematığına uyarak, evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanma dışında ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Esasında yetkili makama takdir yetkisinin verildiği en temel düzenleme kanunun 10. maddesindeki bu hükümdür. Çünkü kanunda aranan şartların yabancıda bulunmasına rağmen vatandaşlık kazanılamayabileceğine ilişkin bu düzenlemede idareye takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu esas ile birlikte yabancının vatandaşlığa alınmasındaki yetkili makamın (m.12 ve 14'teki hallerde Cumhurbaşkanı, bunlar dışında ise İçişleri Bakanlığı m.19) görev anlayışına bağlanan serbest bir takdir hakkının bulunduğu kabul edilmektedir³².

Madde gerekçesinde konu “*ayrıca vatandaşlığın bir bireye verilmesi egemenlik hakkıyla doğrudan ilgili olduğundan, aranan şartların taşınmış olmanın vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak kazandırmayacağı hüküm altına alınmıştır*” şeklinde belirtilmiştir. Kanunda yer alan şartların varlığına rağmen, yabancıya vatandaşlığını kazandırıp kazandırmama konusu haklı olarak, devletin egemenlik yetkisi ile doğrudan irtibatlı tutulmuştur. Bu nedenledir ki, vatandaşlığını vermeme konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu egemenlik yetkisi doğrultusunda kabul edilmelidir³³.

Her ne kadar TVK m.11/2'deki hüküm ilga edilmiş olsa da, TVKYön m.15/2'de aynı düzenlemenin yer alması ve bu düzenlemenin de TVK'daki düzenlemelere aykırı olmaması nedeniyle, yabancının mevcut vatandaşlığından çıkmasının aranabileceğine ilişkin halen geçerli olan TVKYön m.15/2'deki hükmün de idareye takdir yetkisinin tanındığı bir diğer düzenleme olduğu ifade edilmiştir³⁴.

Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasında idareye tanınan takdir yetkisinin, keyfi hareket etme imkânı sağlamadığı, kanunun koyduğu sınırlar içerisinde, kamu yararı ve kamu görevlerinin gerekleri çerçevesinde bu yetkinin kullanılması gerektiği belirtilmiştir³⁵. Takdir yetkisinin varlık amacının da zaten, kamu yararının gerçekleştirilebilmesi olduğu kabul edilmektedir³⁶. Dolayısıyla kamu yararının gerçekleştirilmesi, Türk vatandaşlığının kazanılmasında idarenin takdir yetkisinin kabul edildiği her alanda bir amaç olarak yer almalıdır.

Ek olarak, takdir yetkisini keyfi kullanamayan idarenin alacağı kararın gerekçesini de göstermesi gerektiği belirtilmiştir. Belirtilen bu gerekçenin de idarenin kararına karşı yargı yoluna başvurmada esas olacağı, haklı olarak ileri sürülmüştür³⁷.

Bu konuda eklemek istediğimiz son husus ise, devletin egemenlik hakkına dayanan ve idareye tanınan bu takdir yetkisinin olumsuz bir etkiye sahip olduğudur. Yani idareye sadece bütün aranan şartların sağlanması durumunda yabancıya vatandaşlık kazandırılmaması açısından bir takdir yetkisi verilmiştir. Bunun karşısında, yetkili makam kanunda yer alan şartları taşımayan kişilere takdir yetkisine dayanarak Türk vatandaşlığı kazandıramayacaktır³⁸.

2. Genel Yolla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi

a. Türk Vatandaşlığının Genel Yolla Kazanılmasında Aranan Şartların Takdir Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi

Türk vatandaşlığının genel yolla kazanılması TVK 10. ve 11. maddelerde düzenlenmiştir. Türk vatandaşlığının genel yolla kazanılmasında yetkili makam İçişleri Bakanlığı'dır (TVK m.19).

Kanuna göre yabancının Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için bazı şartları taşıması gerekmektedir. Kanun'da genel yolla Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda 8 şart aranmaktadır. Yukarıda ilk bölümde idareye takdir yetkisinin belirlenmesinde esas alınan kriterler açısından değerlendirildiğinde bu şartlardan hangilerinin idareye takdir yetkisi tanıdığıının incelenmesi gerekmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere kanunî düzenlemelerde çeşitli şekillerde idareye takdir yetkisinin tanındığı kabul edilmektedir. TVK m.11'deki şartlar TVKYön'deki düzenlemeler ile birlikte incelendiğinde takdir yetkisinin olup olmadığının tartışılması gereken ilk şart, Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etme şartıdır. Şöyle ki TVKYön m.15'te bu şarttan ne anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre “Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini; Türkiye’de taşınmaz mal edinmek, iş kurmak, yatırım yapmak, ticaret ve iş merkezini Türkiye’ye

³² NOMER, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 28. Bası, İstanbul 2021, Filiz Kitabevi, s.77, ERDEM, s.120.

³³ NOMER, s.79.

³⁴ NOMER, s.89.

³⁵ ERDEM, s.122, NOMER, s.79, EKŞİ, Nuray: Danıştay Kararları Işığında Türk Vatandaşlığı Kanununa İlişkin İdari Davalar, Has Matbaası, İstanbul 2008, s.73 vd.

³⁶ GÖZLER, s.1067.

³⁷ ÖZGÜR, Çiçek: Muvazaalı Evlenmelerin Türk Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 11(42), 2020, s.322

³⁸ NOMER, s.76, 79.

nakletmek, çalışma iznine tabi olarak bir iş yerinde çalışmak ve benzeri davranışlarla teyit etmiş olmak veya Türk vatandaşı ile evlenmek, ailece müracaat etmek, daha önce Türk vatandaşlığını kazanmış olan ana, baba, kardeş ya da çocuk sahibi olmak veya eğitimini Türkiye’de tamamlamak” şeklinde ifade edilmiştir (m.15/1c). Bu şartın yabancıların Türk toplum hayatını benimsediğini ve topluma devamlı olarak katılma konusunda kararlı olduğunu, Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlanmanın geçici bir istek olmadığını tespit etmek için arandığı kabul edilmektedir³⁹. Ek olarak, TVKYön’de belirtilen davranışların bazılarının Türkiye’ye yerleşme kararlılığını teyit eder nitelikte olduğu, ancak bunların yerleşme niyetinin varlığı hakkında kesin irade belirtisi olarak kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür^{40,41}.

Sonuç itibarıyla TVK düzenlemesinin, “*yerleşmeye karar verme*” tespitinde idareye değerlendirme imkânı vermek suretiyle takdir yetkisi tanıdığı söylenebilecektir. Burada idare, TVKYön’de yer alan karineler ile birlikte yabancıların başvurusunu değerlendirerek, Türkiye’ye yerleşme niyetinin olup olmadığını tespit edecektir. Bu değerlendirme yapılırken de yerleşme niyetinin varlığı objektif anlayışa göre değil, idarenin subjektif anlayışına göre gerçekleşeceğinden idarenin takdir yetkisinin var olduğu kanaatimizce kabul edilmelidir. Ancak burada idarenin takdir yetkisinin varlığı kabul edildikten sonra, bu yetki sınırsız olmadığından, TVKYön’deki karinelerin tamamıyla göz ardı edilmesi de hatalı olacaktır.

Türk vatandaşlığının genel yolla kazanılmasında aranan şartlardan incelenmesi gereken bir diğer şart ise kanaatimizce, genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmama şartıdır (m.11/1ç). Burada belirsiz kavramların tercih edilmesi söz konusudur. Çünkü genel sağlığın ne olduğu konusunda kesin bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığına karar verilebilmesi, “genel sağlık”tan anlaşılması gereken objektif esaslara göre mi yoksa idarenin subjektif anlayışına göre mi tespit edileceğine bağlıdır. TVKYön incelendiğinde ise vatandaşlık kazanmak isteyen kişinin genel sağlık bakımından tehlike teşkil edecek bir hastalığı bulunmadığına dair, usul ve esasları Sağlık Bakanlığınca belirlenmiş olan sağlık raporunu başvurusunda sunması gereken belgeler içerisinde yer aldığı görülmektedir. Dolayısıyla burada genel sağlık bakımından tehlike arz edip etmeme konusu Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenecektir. Sağlık Bakanlığının uzmanlığı doğrultusunda düzenlenecek rapor neticesinde işlem yapılacağından, bu konuda idarenin (İçişleri Bakanlığı) takdir yetkisinin bulunduğu kanaatimizce söylenemeyecektir⁴².

Türk vatandaşlığının yetkili makam kararı ile kazanılmasında idarenin takdir yetkisinin değerlendirilmesi gereken bir diğer şart; iyi ahlak sahibi olmaktır (TVK m.11/d). Yönetmeliğin konuyla ilgili düzenlemesinde ise konu; “toplum içinde birlikte yaşamının gerektirdiği sorumluluk duygusu ile davranarak iyi ahlak sahibi olduğunu göstermek, davranışları ile çevresine güven vermek, toplumca hoş karşılanmayan ve toplum değerlerine aykırı kötü alışkanlığı bulunmamak” şeklinde açıklanmaktadır (TVKYön m.15/1d). Burada “iyi ahlak” belirsiz (müphem) bir kavramdır. Ancak sadece belirsiz kavramın varlığı, idareye takdir yetkisinin tanındığının kabulü için yeterli değildir. Bu belirsiz kavramın içeriği objektif esaslara göre belirlendiği takdirde idarenin burada takdir yetkisinin bulunmadığı, bağlı yetkisinin olduğu söylenebilecektir. Bunun karşısında, idarenin bu kavramın içeriği belirlenirken objektif esaslar yerine subjektif anlayışa göre hareket edeceğinin kabulü halinde ise, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir⁴³.

Genel yolla vatandaşlığın kazanılmasında iyi ahlak şartının çok genel ve yoruma açık olduğu ifade edilmiştir. Hırsızlık, kaçakçılık, sahtekarlık ve dolandırıcılık gibi suçların toplum tarafından hoş karşılanmadığı belirtilerek, bunları işlemiş kişilerin iyi ahlaklı olarak kabul edilemeyeceği

³⁹ ERDEM, s.131.

⁴⁰ Dolayısıyla burada örnek olarak belirtilen emarelerin yerleşme niyetinin varlığı konusunda karine olarak kabul edilmesi daha doğru olacaktır. NÖMER, s.84,85, DOĞAN, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, 16. (Tıpkı) Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.67, ERDEM, s.132.

⁴¹ Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun (RG: 22.02.1964; 11638) genel yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen 6. maddesinde de aynı düzenleme bulunmaktaydı. O dönemde ise bu şartın aranması doktrininde eleştirilmiştir. Bu eleştirinin gerekçesi Türk hukuku açısından ikametgah zaten bir kimsenin yerleşme niyeti ile oturduğu yer olarak tanımlandığından ve ikamet etme de Türk vatandaşlığı kazanılmasında 403 sayılı kanunda arandığından, ikametgah ile yerleşme niyetinin birlikte aranması gereksiz bulunmuştu. Dolayısıyla mülga kanun açısından ileri sürülen bu eleştiriler, yürürlükteki kanun açısından da güncelliğini korumaktadır. ULUOCAK, Nihal: Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 1986, s.53, GÖĞER, Erdoğan: Türk Tabiiyet Hukuku, 4. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s.76-78.

⁴² Bu şart için aranması gerekenin, kişinin hiçbir hastalığının bulunmaması değil, HIV gibi toplum bakımından tehlike arz edebilecek hastalıklar olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. ERDEM, s.132.

⁴³ İdareye belirsiz kavramlarla takdir yetkisi tanınabilmesi için bunun içeriğinin subjektif esaslarca idare tarafından belirlendiği haller olması gerektiği konusunda bkz. yukarıda s.5.

belirtilmiştir. Ek olarak, cinsel özgürlüğe ve edep törelerine karşı suç işlemiş bir kişinin de iyi ahlaklı olamayacağı ileri sürülmüştür⁴⁴. Bu tarz suçlardan mahkum olanlar, af ile suçları ortadan kaldırılmış olsa dahi, iyi ahlak sahibi olma şartını yerine getiremeyecektir⁴⁵. İleri sürülen bir diğer görüşe göre iyi ahlak sahibi olma şartı, özel kamu yararı kategorilerinden genel ahlak ve genel asayiş ile ilgilidir. Bunun bir göstergesinin de iyi ahlak sahibi olmanın İl Emniyet Müdürlüğüne araştırılması olduğu belirtilmiştir⁴⁶.

Doktrinde iyi ahlak kavramının son derece belirsiz ve Türk toplumu açısından zaman içerisinde değişebilen bir kavram olduğundan, bugün için iyi ahlak kapsamında değerlendirilen bir özelliğin ileride aynı şekilde değerlendirilemeyebileceğinden dolayı bu şartın aranması eleştirilmiştir. Ek olarak, toplum açısından bu değerlendirilme yapılırken esas alınan toplumun ne şekilde belirleneceğinin de kavramı belirsiz hale getirdiği ifade edilmiştir. Sonuç itibarıyla bu yönüyle iyi ahlak sahibi olma şartının idareye takdir yetkisi sağlayan bir şart olduğu kabul edilmiştir⁴⁷. Bunun karşısında ise, vatandaşlığa alınmadaki ahlak anlayışının genel kabul gören ve zaman içinde değişime uğramayan bir yaklaşımı kabul ettiği de ileri sürülerek, aksi yönde görüş savunulmuştur⁴⁸.

Kanaatimizce iyi ahlak sahibi olmanın belirsiz bir kavram olması, onun idareye takdir yetkisi tanıdığından baştan kabul edilmesini sağlayan bir özellik değildir. Çünkü belirsiz (*müphem*) kavramların idareye takdir yetkisi vermesi, bu belirsiz kavramın içeriğinin idarece ne şekilde tespit edileceğiyle irtibatlıdır. TVKYön'e göre, yabancıyı iyi ahlaklı olup olmadığı, il emniyet müdürlüğüne tespit edilecektir (m.18/1b). Bunun içeriğinin il emniyet müdürlüğüne ne şekilde olacağı ise, TVKYön m.15/1d'deki genel esaslarla belirlenecektir. TVKYön m.15/1'de toplumda geçerli olan genel anlayış veya objektif bir değer yargısı ifade edildiğinden, kanaatimizce burada idarenin bağlı yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir. Sonuç itibarıyla, sırf iyi ahlakın belirsiz bir kavram olması, idareye takdir yetkisinin tanıdığı sonucuna ulaşılması için yeterli değildir. Bunun yanında iyi ahlakın “toplum içinde birlikte yaşamının gerektirdiği sorumluluk duygusu ile davranarak iyi ahlak sahibi olduğunu göstermek, davranışları ile çevresine güven vermek, toplumca hoş karşılanmayan ve toplum değerlerine aykırı kötü alışkanlığı bulunmamak” şeklinde açıklanması, idarenin iyi ahlakın varlığının tespitinde takdir yetkisinin bulunmadığı sonucuna ulaşmamızı gerektirmektedir⁴⁹.

Konuyla ilgili incelenmesi gereken bir diğer şart, yeteri kadar Türkçe konuşabilme şartıdır (m.11/1e). Burada yabancıyı yeteri kadar Türkçe konuşabildiğinin belirlenmesi aynı zamanda idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığının da tespit edilmesini sağlayacaktır. TVKYön m.15/1e uyarınca vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu tarafından, yabancıyı toplumsal yaşama uyum sağlayabilecek düzeyde Türkçe konuşabilme şartını sağlayıp sağlamadığını tespit amacıyla mülakata alınacağı düzenlenmiştir. Ancak bu mülakatın sonucunda bu şartın sağlanıp sağlanmadığının ne şekilde komisyon tarafından tespit edileceği ise belirtilmemiştir. Burada en az meramını anlatabilecek kadar Türkçe konuşabilmesi ve anlayabilmesi ile toplum hayatına uyum sağlayabilmesi belirtilmiştir⁵⁰. Komisyon (idare) tarafından yabancıyı Türkçe konuşabilme düzeyi değerlendirmeye tâbi tutulacaktır. Bu tarz değerlendirmeler ise, yukarıda ifade edildiği gibi, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu hallerdendir. Bu nedenle de bu şart ile ilgili olarak idarenin takdir yetkisinin bulunduğu sonucuna ulaşılması gerekmektedir⁵¹.

Yukarıda incelenen şartlar yanında, genel yolla Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için yabancıyı millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel hali bulunmaması gerekmektedir⁵². Bu şart diğer sonradan kazanma yollarında da yer aldığından ayrı bir başlık altında incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Ancak bu şartın arandığı diğer kazanma yolları açısından da burada yapılan incelemeler ve ileri sürülen görüşler geçerli olacaktır.

⁴⁴ NOMER, s.85, DOĞAN, s.69.

⁴⁵ FİŞEK, Hicri: Vatandaşlığa Alınmanın İptali, Osman F. Berki'ye Armağan, 1977, s.380.

⁴⁶ GÜNGÖR, Gülin: Tâbiyet Hukuku Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler – Şeyler, Yetkin Yayınları, 3. Bası, Ankara 2015, s.89-90.

⁴⁷ ERDEM, s.133.

⁴⁸ DOĞAN, s.69.

⁴⁹ Bu şartın idareye takdir yetkisi tanıdığı konusunda bkz. ERDEM, s.133.

⁵⁰ DOĞAN, s.70,

⁵¹ İdarenin yapacağı bu tarz değerlendirmelerde takdir yetkisi bulunduğu dair bkz. GÖZLER, s.1065, 1066. İdareye duruma göre değerlendirme yapabileceği imkânı veren (takdir) yetkinin yerinde olduğu ifade edilmiştir. GÜNGÖR, s.90.

⁵² Türk vatandaşlığının; istisnai yolla kazanılması (m.12/1), ikamet şartı aranmaksızın yeniden kazanılması (m.13), ikamet şartına bağlı olarak yeniden kazanılması (m.14), evlenme yoluyla kazanılması (m.16/1c), evlat edinilme yoluyla kazanılması (m.17) hallerinde de bu kavramlardan biri veya ikisi birden şart olarak aranmaktadır.

b. Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni Bakımından Engel Hali Bulunmama Şartının İncelenmesi

Türk vatandaşlığının genel yolla kazanılmasında idarenin takdir yetkisi açısından doktrinde özellikle incelenen şart “*millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama*” şartıdır (m.11/1g). TVKYön’e bakıldığında bu şartın aynen belirtildiği (TVKYön m.15/1g), bu şarta ilişkin araştırmanın il emniyet müdürlüğü (TVKYön m.18/1a) ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı (TVKYön m.35/2 ve 4) tarafından yapılacağı düzenlendiği görülmektedir.

Yukarıda ilgili bölümde de ifade edildiği üzere milli güvenlik ve kamu düzeni idare hukukunda idareye takdir yetkisinin tanınabileceğinin tartışıldığı belirsiz kavramlardandır. Ancak her belirsiz kavramın varlığı, doğrudan idareye takdir yetkisi verildiği anlamına gelmemektedir. Bunun tespitinde söz konusu belirsiz kavramın içeriğinin idarece ne şekilde belirleneceği önemlidir.

Milli güvenlik ve kamu düzenine engel bir hali olmama şartı 403 sayılı mülga kanunda yer almadığından, bunlarla uygulamada idare tarafından aranan şartlar olarak karşılaşılmaktaydı⁵³. 5901 sayılı kanun ile birlikte şartın aranmasıyla birlikte idarî düzenlemelerde (Yönetmelik) yer alan uygulamanın kanunî dayanağa kavuşturulduğu ve kanunilik ilkesine aykırılık durumuna son verildiği belirtilmiştir⁵⁴.

Türk vatandaşlığının kazanılmasında milli güvenlik ve kamu düzeni ile ilgili incelemeler yapılırken genellikle bu kavramların soyutluk taşıdığı, içeriğinin tespiti zor olmasına rağmen sıklıkla kullanıldığı ileri sürülmüştür⁵⁵. Bu kavramların içeriğinin tespitinde TVKYön 75/5’ten de faydalanılmıştır. Şöyle ki ilgili maddede yer alan bir kısım hallerin milli güvenlik ile irtibatlı olduğu, aranan diğer hallerin ise kamu düzeni ile irtibatlı olduğundan bu şekilde bu kavramların içeriğinin tespitinin, belirsizliklerin giderilmesine yardımcı olacağı kabul edilmiştir⁵⁶. Dolayısıyla, bu şekilde TVKYön’de yer alan düzenlemelerin esas alınması ile birlikte, yetkili makamın takdir yetkisi sınırlanmakta ve vatandaşlığın kazanılmasında öngörülebilirlik sağlanmaktadır⁵⁷. Ancak bunun karşısında, idarenin bu şart bakımından takdir yetkisinin yerindelik değerlendirmesi olduğu da ifade edilmiştir⁵⁸.

Ek olarak, vatandaşlık hukuku gibi kanunilik ilkesinin geçerli olduğu bir alanda milli güvenlik ve kamu düzeni gibi muğlak kavramlara yer verilmesi eleştirilmiştir. Bu kavramların içeriğinin/sınırlarının belirlenerek daha net, keyfilikten uzak ve vatandaşlık hukukunun içeriğine uygun bir düzenleme yapılması önerilmiştir⁵⁹.

Kamu düzeni ve milli güvenlik idare hukukçuları tarafından da belirsiz kavramlar olarak kabul edilmekte ve idareye takdir yetkisi verilirken vermediği konusunda incelemeye tâbi tutulmaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, idareye takdir yetkisinin tanındığının kabulü için, sadece müphem ifadenin kanuni düzenlemede yer alması yetmemekte, bunun yanında bu belirsiz kavramın içeriğinin idarece ne şekilde belirleneceği önem taşımaktadır. Burada da gerek kamu düzeni gerekse de milli güvenlik her ne kadar belirsiz kavram olarak kabul edilse de, bunların içeriği idarenin sübjektif anlayışına göre tespit edilecek konulardan değildir. Çünkü burada idarenin bu kavramlar hakkındaki sübjektif anlayışı söz konusu olmayacaktır. Milli güvenlik ve kamu düzeni

⁵³ ERTEN, Rifat, Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranan Ortak Şart: Milli Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hali Bulunmamak, PPIL, 40(2), 2020, s.1356. 403 sayılı Kanun döneminde İçişleri Bakanlığınca, Vatandaşlık Kanununun Uygulamasına İlişkin “Çok Gizli” bir yönerge çıkarılmıştı. Kanunda yer alan şartlara rağmen bu gizli yönergede yer hususlar nedeniyle ilgililerin vatandaşlığa alınma talepleri reddedilmekteydi. Bu yönergeye dayanılarak verilen red kararlarının bazıları Danıştay tarafından iptal edilmekteydi. Bu uygulama; vatandaşlığa alınma talebinin reddi gerekçesinin açık olarak tespit edilmesi gerektiği, aksi takdirde yargı denetiminin dahi fayda sağlayamayacağı, bu usul ile idarenin dilediği gibi karar vermesinin “hikmeti hükümet” anlayışının kabul edilmesi olduğu nedenleriyle haklı olarak eleştirilmiştir. DOĞAN, s.71.

⁵⁴ TİRYAKİOĞLU Bilgin: “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması”, in Doğan, Vahit/Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit Köşgeroğlu, Banu (ed.), Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s.82, TANRIBİLİR, Feriha Bilge: Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri, TBB Dergisi, 2008 (75), s.41. Anayasa m.66/3’teki vatandaşlığın kazanılmasında kanunilik ilkesi göz önüne alındığında TVK’da şarta açıkça yer verilmesinin olumlu olduğu da ifade edilmiştir. ERDEM, s.138, ERKAN, Mustafa: Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda 7039 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi, PPIL, 39(2), 2019, s.424.

⁵⁵ ERTEN, s.1357. Ek olarak bu şartların objektiflikten son derece uzak olmaları nedeniyle idareye geniş bir takdir yetkisi tanıdığı da belirtilmiştir. ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu; İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 7(1), s.170.

⁵⁶ ERTEN, s.1358.

⁵⁷ ERTEN, s.1360.

⁵⁸ GÜNGÖR, s.92-93.

⁵⁹ TANRIBİLİR, s.42.

gibi kavramlar esas itibariyle kamuyu yakından ilgilendiren hususlar olduğundan, bunların içeriğinin de sübjektif olarak belirlenmesinin kabulü, kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Bu nedenledir ki, gerek burada (TVK m.11/1g) gerekse milli güvenlik ve kamu düzeni açısından tehlike arz etmemenin arandığı diğer sonradan Türk vatandaşlığı kazanma hallerinde, bu kavramların belirsiz olması nedeniyle idarenin bu kavramları belirleme konusunda takdir yetkisinin bulunduğu söylenemeyecektir. Burada toplumun genel anlayışı esas alınacağından milli güvenlik ve kamu düzeninin tehlikeye düşürecek hali bulunmama şartlarında kanaatimizce idarenin bağlı yetkisinin bulunduğu kabulü gerekmektedir⁶⁰.

Kanunun gerekçesi de idarenin bağlı yetkisi bulunduğuna ilişkin görüşümüzü destekler niteliktedir. Çünkü gerekçede bu şartların aranmasıyla birlikte

“milli güvenlik bakımından tehlike teşkil eden ve milli menfaatler ve ülke bütünlüğü aleyhine faaliyet gösterenlerle bu faaliyetleri destekleyenlerin, bu gibi kişi veya kuruluşlarla ilişki içerisinde bulunanların ve herhangi bir isyan, sabotaj, casusluk, silah ve uyuşturucu kaçakçılığı, evrakta sahtecilik gibi kamu düzenini bozan faaliyetlerde bulunanların Türk vatandaşlığını kazanmaları engellenmekte”

olduğu ifade edilmiştir. Sonuç itibariyle gerekçenin bu şartlarla ilgili amacın ne olduğuna ilişkin açıklaması değerlendirildiğinde, kanunda aranan şartların idareye takdir yetkisi vermediği (vermeyi amaçlamadığı) söylenebilecektir. Kanunda yer alan şartlarla ilgili amaçlananın ne olduğu gerekçede açıkça ifade edildiğinden, bunlarla ilgili olarak idareye takdir yetkisi tanınmanın amaçlandığını söylemek kanaatimizce pek mümkün görünmemektedir.

3. İstisnai Yolla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi

a. Genel Olarak

Türk Vatandaşlığının kazanılmasında istisnai haller başlıklı 12. maddede, bazı yabancıların milli güvenlik ve kamu düzenini tehlikeye düşürecek hali bulunmamak kaydıyla ve Cumhurbaşkanı kararıyla Türk vatandaşlığı kazanabileceği düzenlenmiştir. Burada ilk belirtilmesi gereken husus, kanunda yer alan şartların varlığı halinde dahi bu durum kişiye mutlak hak sağlamayacaktır. Çünkü, idarenin Türk vatandaşlığının kazandırılması konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Kanunun 12. maddesinde yabancıların Türk vatandaşlığını istisnai olarak “kazanabileceği” düzenlendiğinden, kanunda açık düzenleme yapmak suretiyle bu açıdan idareye takdir yetkisinin tanındığı kanaatimizce kabul edilmelidir⁶¹.

İstisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin düzenleme, idareye objektiflikten uzak ve geniş takdir yetkisi tanındığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁶².

Kanunun ilgili maddesi incelendiğinde, Türk vatandaşlığını kazanmada iki şartın arandığı görülmektedir. Bunlardan ilki, milli güvenlik ve kamu düzenini tehlikeye düşürecek hali bulunmamak şartıdır. Milli güvenlik ve kamu düzenini tehlikeye düşürecek hali bulunmama şartı bu sonradan vatandaşlık kazanma usulünde de kabul edildiğinden, bu şart ile ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalarımızı tekrar etmekle yetiniyoruz.

TVK m.12’de Türk vatandaşlığının sonradan istisnai yolla kazanılabilmesi için aranan ikinci şart ise kanunda belirtilen 4 ana gruptan birine mensup olmaktır. Bu yabancılar;

“a) Türkiye’ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler. b) 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu c) Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler. d) Göçmen olarak kabul edilen kişiler”

⁶⁰ ERTEN, s.1357, REÇBER Kamuran/ÖZGENÇ Zeynep: ‘5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunundaki Bazı Boşluklar’ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74(1), 2016, s.379, DOĞAN, s.71 vd. Şartın, son derece belirsiz ve vatandaşlığın kazanılması bakımından oldukça tehlikeli bir koşul olarak değerlendirilebileceği hakkında bkz. AYBAY, Rona/ÖZBEK Nimet/ERSEN PERÇİN, Gizem; Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2019, Siyasal Yayınevi, s.143. Bununla birlikte doktrinde, şartın Türk vatandaşlığının seçme hakkı yoluyla kazanılmasında neden aranmadığına yönelik de eleştiriler getirilmiştir: Reçber, Özgenç, s.377 vd, ERKAN, Mustafa: “Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında ‘Milli Güvenlik’ ve ‘Kamu Düzeni’ Kavramlarının İncelenmesi”, in Doğan, Vahit/Yılmaz, Alper Çağrı/Ayhan İzmirli, Lale (ed.), Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s.337.

⁶¹ Kanunda açık düzenleme ile idareye takdir yetkisi tanınması konusunda bkz. yukarıda s.33.

⁶² ŞİT KÖŞGEROĞLU, s.187.

dir. Bu gruplardan b⁶³ ve d⁶⁴ bentleri açısından idarenin takdir yetkisine ilişkin herhangi bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü her iki gruptaki kişilerin kim olduğu diğer kanunlar ile belirlenmiştir. Ancak a ve c bentlerindeki kişilerin takdiri konusunda kanunda açık düzenleme bulunduğu ise söylenemeyecektir. Bu nedenle de yabancıların bu gruba ait olduğunun tespiti açısından idarenin takdir yetkisinin içeriği incelenmelidir.

b. Olağanüstü Hizmeti Geçen ya da Geçeceği Düşünülen Kişilerin Belirlenmesinde İdarenin Takdir Yetkisi

Kanunun 12. maddesinde belirlenen alanlarda olağanüstü hizmetleri geçen veya geçeceği düşünülen kişilerin istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanacağı belirtilmiştir. Ancak yabancıların bu özelliklerinin neye göre belirleneceği konusunda bir çerçeve çizilmemiştir. Bu hükmün amacının olağanüstü hizmeti ve özellikleri dolayısıyla Türkiye'ye yararlı olmuş veya yararlı olacağı düşünülen kişileri, genel yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasında aranan şartlara bakılmadan Türk vatandaşlığını kazandırmak olduğu ifade edilmiştir⁶⁵.

Kanunda yer alan kişilerin tespitinin ne şekilde olacağına ilişkin esaslar gerek TVK'da gerekse TVKYön'de yer almamaktadır. Ancak bu kapsamda değerlendirilen yabancıların Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için ilgili bakanlıklar tarafından gerekçeli olarak teklifte bulunması gerekmektedir. Ancak bu teklife rağmen, yabancıların olağanüstü hizmetlerinin geçtiğinin veya geçeceğinin takdiri Cumhurbaşkanı'na bırakılmıştır. Burada da yabancıların Türk vatandaşlığı kazanmasında Cumhurbaşkanı'nın takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir⁶⁶.

c. Vatandaşlığa Alınması Zarurî Görülenler Açısından Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi

İstisnai yolla Türk vatandaşlığını kazanabilecek bir diğer yabancı grubu vatandaşlığa alınmaları zarurî görülenlerdir (m.12/c). Bu şart, belki de doktrinde idareye takdir yetkisinin en geniş şekilde tanıdığı düşünülerek maddede en fazla eleştirilen şarttır. Hatta doktrinde bu grupta yer alanların Türk Devleti bakımından "sır" kişilerden oldukları ifade edilmiştir⁶⁷. Ek olarak, bu düzenlemenin idareye Türk vatandaşlığını kazandırma konusunda sınırsız ve sonsuz takdir hakkı tanıdığı da belirtilmiştir⁶⁸. Kanunun bu düzenlemesi "hikmet-i hükümet" anlayışıyla bağdaştırılarak, idare tarafından amacı dışında kullanılmaya açık bir düzenleme olarak eleştirilmiştir⁶⁹. Bir diğer eleştiri de hükmün, vatandaşlık hukukunda kabul gören kanunîlik ilkesi ile bağdaşmadığı ve idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimini de güçleştireceğine ilişkindir⁷⁰. Bu eleştirilerin karşısında, sonradan vatandaşlığın kazanılmasında kanunun eksikliklerini giderme aracı olarak kullanılabileceğinden önemli işlemlere sahip olduğu da ileri sürülmüştür⁷¹.

Vatandaşlığa alınması zarurî görülen kişilerin hangi esaslar çerçevesinde ve ne şekilde belirleneceği ise mevzuatta belirtilmemiştir. Kanunda yer alan "zarurî görülen" kişilerden olma kriteri belirsiz bir kavram olarak nitelendirilecektir. Ek olarak, kanunda belirsiz bir kavramın yer

⁶³Yatırım yoluyla Türk vatandaşlığı kazanılması olarak da ifade edilen bu grupta, içeriği Cumhurbaşkanının takdirine bağlı olarak belirlenen ölçütler doğrultusunda Türkiye'de yatırım yapacak yabancılarla Türk vatandaşlığının kazandırılması söz konusudur. Burada TVK'nın yapmış olduğu atıf doğrultusunda 6548 sayılı Kanun m.31/f. 1-j uyarınca Cumhurbaşkanı, yabancıların yapacağı yatırımın içeriğini serbestçe belirleyebilecektir. Söz konusu yatırımın içeriği de TVKYön m.20'de detaylı olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında, Cumhurbaşkanı tarafından ortaya konulan ölçütler içerisinde olup olmadığının tespitinde ise idarenin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. GÖLCÜKLÜ, İlyas: 'Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri', PİL, 40(1) 2020, s.131. Yatırım yoluyla vatandaşlık kazanılması hususunda dünyadaki örnekler hakkındaki bilgi için bkz. YILMAZ, Alper Çağrı: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: Ius Pecuniae, PİL, 38(1) 2018, s.192 vd.

⁶⁴ 6548 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, RG: 11.4.2014; 28615. 5543 sayılı İskan Kanunu RG: 26.9.2006; 26301. Her ne kadar 65 numaralı dipnotta istisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasında idareye takdir yetkisi verildiği söylenilmişse de bu durum TVK kapsamındaki vatandaşlık kazandırmalar açısından geçerlidir. İskan Kanunu'ndaki düzenlemelerde ise idarenin herhangi bir takdiri bulunmamaktadır. Çünkü İskân Kanunu uyarınca da göçmen olarak kabul edilenlerin, gerekli usulî işlemler sonucunda Türk vatandaşlığı kazanması asıldır (İskân Kanunu m.8/4). İdarenin burada vatandaşlık kazanma konusunda bağlı yetkisi bulunmaktadır. ÖZTÜRK YILMAZ, Necla: '5543 Sayılı İskân Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması', TBB Dergisi, (68), 2007, s.262, GÜNGÖR, s.111. Göçmenlerin vatandaşlık kazanmasında idarenin takdir yetkisinin bulunmasının daha doğru olacağı ve bu nedenle de kanunî düzenlemelerin bu şekilde değiştirilmesi gerektiği hakkında bkz. BALKAR BOZKURT, Süheyla: 'Göçmenlerin Türk Vatandaşlığı Kazanması', 2018 13(163), s.115-116.

⁶⁵ NÖMER, s.90, ERDEM, s.140, ŞİT KÖŞGEROĞLU, s.181.

⁶⁶ NÖMER, s.90, GÜNGÖR, s.99.

⁶⁷ ERDEM, s.144.

⁶⁸ ERDEM, s.145.

⁶⁹ NÖMER, s.90.

⁷⁰ DOĞAN, s.79.

⁷¹ Bu hükmün fayda sağlayacağı alanlarla ilgili olarak bkz. GÜNGÖR, s.99-104

almasının başlı başına idareye takdir yetkisinin tanındığı anlamına gelmeyeceği, bu belirsiz kavramın idare tarafından yorumlanmasında objektif veya sübjektif esaslardan hangisinin göz önünde tutulmasıyla ancak idarenin takdir yetkisinin tespit edileceği yukarıda ifade edilmiştir. Dolayısıyla burada bakıldığında, zaruri görülen kişilerin objektif, yani kamunun genelinin anladığı şekilde belirlenmesi mümkün görünmemektedir. Bu nedenledir ki, bu esas ile birlikte yabancıların Türk vatandaşlığı kazanmasında idareye geniş bir takdir yetkisi verildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Muhakkaktır ki, yabancıların sonradan vatandaşlık kazanabilmesinde idarenin olumlu (kabul etme) ve olumsuz (reddetme) yönde takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Ek olarak, takdir yetkisi kanunda belirsiz ifadelerin kullanılması ile de sağlanabilecektir. Ancak bu belirsiz ifadelerin idareye sınırsız takdir yetkisi verdiği sonucuna ulaşılması da doğru olmayacaktır. Çünkü idareye takdir yetkisi tanınmasındaki amaç kamu yararının yerine getirilmesidir⁷². Bu nedenledir ki, idare bir yabancıya Türk vatandaşlığının verilmesini zaruri görüyorsa, bu kazandırmanın kamu yararını gerçekleştirme gerekmektedir. Aksi durumda idare takdir yetkisini kullanarak “yerinde olmayan” bir karar vermiş olacaktır⁷³.

Türk vatandaşlığını kazanan kişi artık Türkiye açısından yabancı olamayacağından dolayı, bazı hak ve imkânlar ile birlikte Türk toplumunun bir parçası olacaktır. Bu nedenledir ki, Türk toplumunun ahlak gibi konulardaki genel algılayışları o yabancının istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanmasında “zaruri görülme” kriterinin çerçevesini oluşturmalıdır. Burada toplumun değer yargıları, kamu düzeni ve benzeri konulardaki genel algılayışlarına aykırı özellikleri barındıran yabancıların da, idarenin takdir yetkisinin kullanılması suretiyle Türk vatandaşlığını kazanması mümkün olmamalıdır. Ancak, mevcut düzenlemede idarenin takdir yetkisinin bu sınırlar nedeniyle bertaraf edilmesi, kanaatimizce mümkün görünmemektedir.

4. Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi

Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılmasından sonra kanunda Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması iki grupta düzenlenmiştir. Bunlar ikamet şartı aranıp (m.14) aranmamasına (m.13) göre değişen yeniden kazanma halleridir. Bu grupların ortak özelliği her ikisi açısından yabancının Türk vatandaşlığı kazanabilmesi için milli güvenlik açısından engel bir halinin bulunmamasının aranmasıdır. Bu şart ile ilgili yukarıda yer alan açıklamalarımızı tekrar etmekteyiz. Ayrıca bu sonradan vatandaşlık kazanma yollarında kanunda “kazanabilir” şeklinde ifade yer almaktadır. Dolayısıyla burada da yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında genel esas olan; TVK’da düzenlenen kanunda yer alan şartların vatandaşlık kazanmada yabancıya mutlak bir hak sağlamayacağı, idarenin Türk vatandaşlığı kazanmasında takdir yetkisinin bulunduğuna ilişkin hükmü geçerlidir (TVK m.10/1). Bu nedenledir ki idarenin burada takdir yetkisinin bulunduğu, konuyla ilgili yukarıda verilen bilgiler doğrultusunda kabul edilmelidir⁷⁴. Türk vatandaşlığının yeniden kazanılma hallerinde burada belirtilenler dışında idarenin takdir yetkisinin varlığının tespitinde özel olarak incelenmesi gereken bir şart yer almadığından, çalışmamızda evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması incelenecektir⁷⁵.

5. Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi

a. Genel Olarak

TVK’da evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin şartlar m.16’da düzenlenmiştir⁷⁶. Kanunda mülga 403 sayılı TVK’dan farklı olarak, Türk vatandaşı ile evlenmenin yabancıya hemen vatandaşlık kazandırmayacağı, bunun için en az 3 yıldır Türk vatandaşı ile evliliğin sürüyor olması önşart olarak belirtilmiştir (m.16/1). Ek olarak aile birliği içinde yaşama ve evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama şartları da aranmaktadır. Dolayısıyla bu kavramlar esasında belirsiz olarak kabul edilebileceklerinden, bu kavramların tespiti idarenin takdir yetkisinin tespitinde de önem arz etmektedir.

⁷² GÖZLER, s.1067.

⁷³ İdarenin takdir yetkisini kullanarak, kamu yararını gerçekleştirme amacını gerçekleştirilmeyen işlemler yapmasının “yerindelik” sağlamayacağı belirtilmektedir. GÖZLER, s.1069.

⁷⁴ Bkz. yukarıda s.7, 8.

⁷⁵ TVK’da mülga 403 sayılı kanundaki bazı haller nedeniyle Türk vatandaşlığını kaybeden yabancıların, Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilecekleri kabul edilmiştir (m.43). Çalışmamızda kanunun sistematigi takip edilerek m.43 kapsamındaki Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması aşağıda E başlığı altında altınca incelenmiştir.

⁷⁶ Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel bir hali bulunmama bir şart olarak arandığından, konu burada tekrar incelenmeyecektir.

b. Aile Birliği İçinde Yaşama Şartının Değerlendirilmesi

Aile birliği içinde yaşama evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında kabul edildiğinden, bu şart hakkında il emniyet müdürlüğü tarafından soruşturma yapılacağı düzenlenmiştir (TVKYön m.28/1a). Yapılan soruşturma neticesinde, tarafların gerçekten aile birliği içinde yaşayıp yaşamadıklarının objektif bir şekilde belirlenebileceği ifade edilmiştir. Çünkü eşlerin aile birliği içinde yaşamaları ile kastedilenin, gerçek bir evlilikte olduğu gibi müşterek bir aile yaşamının var olmasıdır⁷⁷. Dolayısıyla bunun da tespitinde subjektif bir değerlendirme yer almadığından burada idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kanaatimizce söylenemeyecektir⁷⁸.

c. Evlilik Birliği ile Bağdaşmayacak Bir Faaliyette Bulunmama Şartının Değerlendirilmesi

Kanunda evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancıların evlilik birliği ile bağdaşmayacak faaliyette bulunmaması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak bu faaliyetlerin neler olduğu belirtilmemiştir. TVKYön'e bakıldığında, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında il emniyet müdürlüğü tarafından yapılacak soruşturmaya ilişkin usul ve esaslara ilişkin maddede "*Evlilik birliği ile bağdaşmayacak şekilde fuhuş yapmak ve fuhuşa aracılık etmek gibi davranışlarının olup olmadığı*"nın araştırılacağı belirtilmektedir (TVKYön m.28/1b). Bu faaliyetlerin evlilik birliği ile bağdaşmayacağı da aşikardır⁷⁹.

Son olarak, bu şartın varlığının idarece açıklanamayan ya da baştan öngörülemez millî güvenlik veya kamu düzeni anlayışlarının gerekleri doğrultusunda, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını engelleyebileceği belirtilmiştir. Örneğin aynı cinsten olan yabancı eşin vatandaşlık başvurusunun kamu düzeni engeline takılacağı ifade edilmiştir⁸⁰.

d. İdarenin Takdir Yetkisinin Türk Vatandaşlığının Evlenme Yoluyla Kazanılması Açısından Değerlendirilmesi

Gerek kanunda aranan şartların değerlendirilmesinde, gerekse de karar verilmesinde idarenin geniş takdir yetkisi bulunduğu doktrinde ifade edilmiştir⁸¹. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, idarenin şartların incelenmesi sırasında geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek kanaatimizce mümkün görünmemektedir. Çünkü bu şartların varlığının tespitinde memurun bu şartları kendi bakış açısına göre (subjektif) algılayış şekli değil, objektif olarak toplumun bu şartları algılayış esas alınmaktadır. Bu nedenle de kanaatimizce, şartların varlığının tespiti açısından idarenin takdir yetkisinin geniş olduğu söylenemeyecektir.

Şartların incelenmesi dışında, TVK'da aranan şartlar yabancıda bulunsa bile, bu durum ona vatandaşlık kazanmada mutlak bir hak sağlamayacaktır (TVK m.10/1). Kanunda yer alan şartların varlığına rağmen, yabancıya vatandaşlığı kazandırıp kazandırmama devletin egemenlik yetkisi ile doğrudan irtibatlı olduğundan, bu alanda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu yukarıda ifade edilmiştir. Bu nedenle de evlenme yoluyla vatandaşlık kazanmada genel esaslar çerçevesinde ve egemenlik yetkisi doğrultusunda idarenin takdir yetkisinin varlığının kabulü, kanaatimizce daha doğru bir yorum olacaktır⁸².

C. Evlat Edinilme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi

Türk vatandaşlığının sonradan kazanılması hallerini düzenleyen 9. maddede, evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması her ne kadar yetkili makam kararıyla kazanma halinden ayrı olarak belirtilmiş olsa da, genel itibarıyla yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığı kazanma hallerinden birisi olarak kabul edilmektedir⁸³. Bu nedenle de 10. maddede belirtilen genel esaslar

⁷⁷ ÖZGÜR, s.318, ERDEM, s.169, DOĞAN, s.95.

⁷⁸ Aynı yönde bkz. ÖZGÜR, s.318.

⁷⁹ Konuyla ilgili Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İDD kararına konu olayda, evlilik birliği öncesinde menfaat karşılığı fuhuş yapma suçundan hakkında işlem yapılan yabancıların sonrasında Türk vatandaşı ile evlenmesi ve evlenme yoluyla Türk vatandaşlığı kazanma başvurusu yapması üzerine bu başvurusu reddedilmiştir. Bunun üzerine yabancı tarafından açılan iptal davasında Ankara İdare Mahkemesi tarafından dava reddedilmiştir. Bölge İdare Mahkemesi ise, evlilik birliği öncesinde gerçekleşen fuhuş olayının evlilik birliği içerisinde de devam ettiği tespit edilmeden başvurusunun reddedilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Ankara BİM 10. İDD, 15.11.2017 tarih, 2017/1222 E., 2017/1074 K. www.lexpera.com (Erişim Tarihi: 16.11.2021). Doktrinde de evlilik birliği ile bağdaşmayacak faaliyetlerin gerçekleşme zamanının, idarenin takdir hakkının değerlendirilmesinde fark yaratacağı ifade edilmiştir. Bkz. ERDEM, s.170.

⁸⁰ GÜNGÖR, s.123.

⁸¹ ÖZGÜR, s.324.

⁸² Evlenme yoluyla vatandaşlık kazanmada, şartların varlığı halinde dahi idarenin takdir yetkisi bulunduğu konusunda bkz. DOĞAN, s.97.

⁸³ Kanunda bu yöndeki farklı düzenlemenin, mülga kanunun 3. maddesine göre bazı durumlarda kanunen evlat edinilene Türk vatandaşlığı kazanabilmesine rağmen, 5901 sayılı kanunda böyle bir durumun kabul edilmemesi gösterilmiştir. Böylelikle de eski kanun zamanında kanun yolu ile Türk vatandaşlığı kazanma hali olan evlat edinilmenin, yeni

kapsamında idarenin takdir yetkisine ilişkin ifade ettiğimiz her husus burada da geçerli olacaktır. Ek olarak TVK m.17’de evlat edinilen Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için aranan şartlar; bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilme, ergin olmama ve milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamasıdır. Bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilme ve ergin olmama şartlarının tespiti kanunen gerçekleşecektir⁸⁴. Milli güvenlik ve kamu düzeni açısından engel hali bulunmama şartı ise yukarıda incelendiğinden oradaki açıklamalarımız da evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında aynen geçerli olacaktır⁸⁵.

D. Seçme Hakkının Kullanılması Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi

Sonradan Türk vatandaşlığının kazanılabileceği bir diğer hal ise seçme hakkının kullanılması olarak düzenlenmiştir (TVK m.10). Seçme hakkının kullanılması yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının usul ve şartları TVK m.21 ile 22’de ve TVKYön m.35’te yer almaktadır. Mevzuattaki hükümlere göre kanunda aranan şartların varlığı halinde ve yabancı tarafından seçme hakkının kullanılması suretiyle Türk vatandaşlığının kazanılması söz konusudur.

Seçme hakkını kullanabilecek yabancılarda aranan şartlar ise; çıkma yoluyla Türk vatandaşlığını kaybeden anne veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybetmek ve ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme haklarını kullanmaktır (TVK m.21). Ancak burada madde metninde “*seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kazanabilirler*” hükmünde yer alan olasılık içeren ifadenin idareye takdir hakkı tanıdığı yönünde yorumlanması da mümkündür. Bu nedendir ki takdir yetkisinin tespit edilebilmesi için kanunun seçme hakkının kullanılmasıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin düzenlemelerin (m.21 ve m.22) birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Konuyla ilgili olarak kanunda yer alan “*kazanabilirler*” şeklindeki ifade ile TVK’da kendilerine tanınan bir hak neticesinde bu gruptaki yabancılardan Türk vatandaşlığı kazanma konusunda bir hakkı kullanma imkânını göstermek olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla burada idareye takdir yetkisi verme kastıyla, diğer sonradan vatandaşlık kazanma yollarından farklı olarak, “*kazanabilirler*” şeklinde düzenleme yapılmadığı ileri sürülmüştür⁸⁶.

Seçme hakkının kullanılması ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir⁸⁷. Hatta bu yol hiçbir makamın kabulüne ihtiyaç olmayan ve yetkili bir makamın kabul beyanında bulunmasına gerek olmadan vatandaşlık kazanma yolu olarak ifade edilmiştir⁸⁸. Seçme hakkının kullanılması suretiyle Türk vatandaşlığının kazanılmasında idari makamın kararına ihtiyaç duyulmaksızın, sadece talepte bulunarak Türk vatandaşlığı kazanılmaktadır⁸⁹.

Seçme hakkının kullanılmasıyla ilgili düzenlemede Türk vatandaşlığının “*kazanılabileceği*” belirtildiğinden, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu yönünde tereddüt oluşabilmektedir. Ancak kanaatimizce, TVK’nın 22. maddesi idarenin takdir yetkisinin bulunmadığını açıklayan bir düzenleme içermektedir. Şöyle ki maddede seçme hakkının kullanılması ile Türk vatandaşlığının kazanılmasının, bu hakkının kullanılabilmesi için şartların varlığının idari makamca “*tespiti*” anından itibaren gerçekleşeceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu burada idari makam tarafından şartların varlığının tespit edileceğini ve bu tespit anından itibaren de Türk vatandaşlığının kazanılacağını kabul ettiğinden, idarenin takdir yetkisinin varlığından söz etmek kanaatimizce mümkün değildir. Dolayısıyla kanunda yer alan şartların var olduğu tespit edildiği anda, seçme hakkını kullanan yabancı Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Kanaatimizce, TVK ve TVKYön’deki

düzenleme ile idarenin takdirine bırakılan yetkili makam kararı ile sonradan vatandaşlık kazanma haline dönüştüğü belirtilmiştir. ERDEM, s.183.

⁸⁴ Ergin olma esasen ehliyet ile ilgili bir durumdur. Gerek ehliyete gerekse de yabancılık unsurlu evlat edinme ilişkisine uygulanacak hukukun tespitinde 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun’daki (RG: 12.12.2007; 26728) hükümler ile konuyla ilgili Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yer alan kurallar tatbik edilecektir. Dolayısıyla bu şartların incelenmesinde idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Ehliyete uygulanacak hukuka ilişkin olarak detaylı bilgi için bkz. ŞANLI Cemal, ESEN Emre, ATAMAN FİGANMEŞE İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul 2020, s.127 vd.

⁸⁵ Evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında, vatandaşlık kazanacak tarafın evlat edinilen “*küçük*” olması nedeniyle, bu küçüğün milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından ne şekilde engel teşkil edecek bir hali olabileceği ise anlaşılmalıdır. Aynı yönde bkz. DOĞAN, s.105.

⁸⁶ ERDEM, s.211.

⁸⁷ ERDEM, s.211, NOMER, s.119, DOĞAN, s.167, GÜNGÖR, s.141.

⁸⁸ NOMER, s.119, DOĞAN, 167.

⁸⁹ TANRIBİLİR, s.53, GÖĞER, s.90.

şartları taşıyan ve seçme hakkını kullanan yabancı, takdir yetkisi kullanılarak Türk vatandaşlığı kazanmasının engellenmesi mümkün görünmemektedir.

E. Diğer Sonradan Vatandaşlık Kazanma Halleri Açısından İdarenin Takdir Yetkisi

1. KKTC Vatandaşları

Seçme hakkının kullanılması yoluyla Türk vatandaşlığı kazanılmasına benzer bir diğer Türk vatandaşlığı kazanma yolu ise TVK'nın beşinci bölümünde düzenlenen Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) vatandaşlarının Türk vatandaşlığı kazanmalarıdır (TVK m.42). Buna göre doğum yoluyla KKTC vatandaşı olanlar, Türk vatandaşlığı kazanmak istediklerini yazılı olarak beyan etmeleri üzerine Türk vatandaşlığı kazanacaktır (m.42/1). Görüleceği üzere burada da idari makamın takdir yetkisi bulunmamaktadır⁹⁰.

2. Mülga 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Bazı Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığını Kaybedenlerin Yeniden Vatandaşlık Kazanabilmesinde İdarenin Takdir Yetkisi

Mülga 403 sayılı kanundaki bazı kaybettirme halleri nedeniyle Türk vatandaşlığı kaybettirilenlerin, milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir halleri bulunmaması halinde İçişleri Bakanlığı kararıyla Türk vatandaşlığı kazanabilecekleri düzenlenmiştir (TVK m.43). Mülga kanunda; izin almaksızın kendi istekleri ile yabancı bir devlet vatandaşlığı kazanmaların (mülga TVK m.25/a), yurt dışında bulunup da muvazzaf askerlik görevini yapmak veya Türkiye'de savaş ilanı üzerine, yurt dışında bulunup da, yurt savunmasına katılmak için yetkili kılınmış makamlar tarafından usulen yapılacak çağrıya mazeretsiz olarak üç ay içinde icabet etmeyenlerin (m.25/ç), sevk sırasında veya kıtalarına katıldıktan sonra yurt dışına kaçıp da kanuni süre içinde geri dönmeyenlerin (m.25/d), Silahlı Kuvvetler mensupları ile askerlik görevini yapmakta olanlardan görev, izin hava değişimi veya tedavi için yurt dışında bulunup da süresi bittiği halde mazeretsiz olarak üç ay içinde geri dönmeyenlerin (m.25/e), Türk vatandaşlığının kaybettirileceği düzenlenmiştir.

Türk vatandaşlıkları yukarıda sayılan sebeplerden birine göre kaybettirilenlerin, yeniden Türk vatandaşlığı kazanabileceği düzenlenmiştir (TVK m.43 ve TVKYön m.35/8). Bu halde kişiye milli güvenlik bakımından engel hali bulunmaması kaydıyla ikamet şartı aranmaksızın yeniden kazandırma amaçlandığından⁹¹, bu şartın sağlandığı takdirde ilgiliye Türk vatandaşlığının kazandırılması, idarenin keyfi olarak vatandaşlığa alınma talebini reddetmemesi kanaatimizce kabul edilmelidir⁹².

VI. SONUÇ

Türk idare hukukunda idarenin takdir yetkisi, onun birden fazla seçenekten birini tercih edebilmesi veya bir konuda karar alma veya almama konusunda tercih imkânı tanınması olarak ifade edilmektedir. Türk vatandaşlığının sonradan kazanılması da idarenin belirli çalışmalar /araştırmalar sonucunda bir kararı veya tespiti ile yabancıların vatandaşlık kazandığı usul ve esasları ifade etmektedir. Bu nedenledir ki, idarenin bu konularda bağlı yetkisinin mi takdir yetkisinin mi bulunduğu, bulunduğu hallerde de bu yetkinin ne şekilde kullanılması gerektiğinin incelenmesi önemlidir.

Takdir yetkisinin varlığı çeşitli durumlarda söz konusu olabilmektedir. Bu yetki mevzuatta açıkça yer alabileceği gibi, belirsiz kavramların kullanılması veya idare tarafından değerlendirme yapılacağı belirtilmesi suretiyle de olabilecektir. Çalışmamızda sonradan vatandaşlığın kazanılma halleri de bu kapsamda takdir yetkisi açısından değerlendirilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, mevzuatta belirsiz kavramların yer alması başlı başına idareye takdir yetkisinin verildiği sonucuna ulaşılmaması sağlamamaktadır. Bunun tespitinde bu kavramların içeriğinin objektif değerlere göre mi yoksa subjektif değerlendirmelere göre mi belirleneceği önemlidir.

Türk vatandaşlığının sonradan kazanılması yetkili makam kararıyla, evlat edinilme yoluyla veya seçme hakkının kullanılmasıyla gerçekleşmektedir. Her bir yol için ise kanunda çeşitli şartlar aranmaktadır. Bu esas ve şartların da idareye takdir yetkisi sağlayıp sağlamadığı da, ayrı ayrı incelenmelidir.

Kanunda birçok sonradan vatandaşlık kazanma yolunda ortak olarak aranan şart, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel bir hali olmama şartıdır. Her ne kadar doktrinde çoğunlukla bu şartın idareye takdir yetkisi tanıdığı ifade edilse de, takdir yetkisinin varlığına ilişkin

⁹⁰ NOMER, s.121, ERDEM, s.215.

⁹¹ Tasarı hazırlanma aşamalarındaki güdülen amaçlar ile ilgili detaylı bilgi için bkz. TANRIBİLİR, s.52-53.

⁹² Aynı yönde bkz. DOĞAN, s.84.

doğru bir yorumun yapılabilmesi için, milli güvenlik ve kamu düzeni gibi belirsiz kavramların içeriğinin idarece ne şekilde belirleneceğinin tespiti gerekmektedir.

Milli güvenlik ve kamu düzeni gibi kavramlar belirsiz olarak kabul edilse de, bunların içeriği sübjektif olarak değil, kamu yararı ve kamu düzeni doğrultusunda kamunun objektif kriterlerine göre belirlenmelidir. Bu tarz konularda ilgili idarenin (memurun) konuyla ilgili düşünce tarzına (sübjektif) göre yorum yapıp, Türk kamu düzeni ve milli güvenlik esaslarının ne olduğunu tespit etmesi, kanaatimizce mümkün değildir. Bu nedenledir ki, bu şartlar idarenin bağlı yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gereken şartlardır.

Kanaatimizce TVK’da idarenin takdir yetkisinin en fazla ve geniş şekilde tanındığı hüküm, yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında aranan şartların tamamına sahip olmanın, vatandaşlık kazanma konusunda yabancıya mutlak bir hak sağlamayacağına ilişkin hükmüdür. Bu hüküm ile idareye takdir yetkisi tanınmaktadır. Çünkü bir yabancıya yetkili makam kararıyla vatandaşlık verip vermeme, devletin egemenlik hakkı ile doğrudan irtibatlı bir konudur. Bu tarz konularda ise idarenin egemenlik hakkı doğrultusunda takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir.

Konuyla ilgili bir diğer önemli konu, kanunda yer alan şartlara sahip olmanın vatandaşlık kazanmada yabancıya mutlak hak sağlamadığına ilişkin hükmün, idareye olumsuz yönde karar verme konusunda takdir yetkisi vermesidir. Yani idare yabancıya sadece vatandaşlık vermeme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bunun karşısında kanunda yer alan şartları sağlamayan bir yabancıya takdir yetkisine dayanarak vatandaşlık kazandırılması mümkün değildir⁹³.

Seçme hakkının kullanılması yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması ve KKTC vatandaşlarının Türk vatandaşlığını özel olarak kazanması hallerinde ise, idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı, bağlı yetkisinin olduğu kabul edilmelidir. Çünkü bu şartların varlığının idare tarafından tespit edildiği anda, ilgili Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Bu doğrultuda söz konusu hallerde idarenin takdir yetkisi yoktur. Buradaki düzenlemelerde idarenin bağlı yetkisi söz konusudur.

İdarenin takdir yetkisi Türk vatandaşlık hukukunda yer alan bazı gereklerden dolayı idareye tanınmaktadır. Ancak bazı hallerde ise görünüşte idareye takdir hakkının tanındığı yorumlanabilir bile, idare hukukunun bakış açısıyla konu değerlendirildiğinde idarenin bağlı yetkisinin bulunduğu sonucuna ulaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla, konuyla ilgili idarenin takdir yetkisinin varlığı tespit edilirken, Türk vatandaşlık hukukunun gerekleri ile birlikte idare hukukundaki takdir yetkisi mülahazalarının bir arada değerlendirilmesi ile en doğru sonuca ulaşılabilecektir. Bu hukuklardan sadece birinin bakış açısı esas alındığında ise sonuca ulaşılmasında sorunlarla karşılaşılabilir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2021.
- ALPAR, Erol: Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları, Danıştay Yayınları No: 52, Danıştay Matbaası, Ankara 1990.
- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- AYBAY, Rona/ÖZBEK Nimet/ERSEN PERÇİN, Gizem: Vatandaşlık Hukuku, Siyasal Yayın, İstanbul 2019.
- BALKAR BOZKURT, Süheyla: ‘Göçmenlerin Türk Vatandaşlığı Kazanması’, 2018 13(163), s.77-118.
- BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları No: 17, 1970.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, VII(3-4), 2003, s.172-208.
- DOĞAN, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- EKŞİ, Nuray: Danıştay Kararları Işığında Türk Vatandaşlığı Kanununa İlişkin İdari Davalar, Has Matbaası, İstanbul 2008.

⁹³ İstisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasında, vatandaşlığa alınması zaruri görülme şartı, Türk vatandaşlığının kazandırılmasında idareye geniş imkân sağlayan yoldur. Burada idareye bu şekilde geniş takdir yetkisi verilmesi nedeniyle idarenin olumlu olarak takdir yetkisini kullanması ile birlikte kanunda aranan şartları taşımayan yabancıya Türk vatandaşlığının kazandırılabilmesi düşünülebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, yabancının bu yolla Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel bir hali bulunmama ve Türk vatandaşlığına alınması zaruri görülen yabancılardan olma şartlarını yerine getirmesi gerekmektedir. Bunlar dışında herhangi bir şart aranmadığından, sadece bu şartları taşıyan yabancıya Türk vatandaşlığının kazandırılmasında dahi, idarenin takdir yetkisinin olumlu yönde olduğu kabul edilemeyecektir.

- ERDEM, B. Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul 2020.
- ERKAN, Mustafa: Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda 7039 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi, PPIL, 39(2), 2019, s.415-446.
- ERKAN, Mustafa: "Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında 'Milli Güvenlik' ve 'Kamu Düzeni' Kavramlarının İncelenmesi", in Doğan, Vahit/Yılmaz, Alper Çağrı/Ayhan İzmirli, Lale (ed.), Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s.329-356.
- ERTEN, Rifat; Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak, PPIL, 40(2), 2020, s.1352-1371.
- FİŞEK, Hicri: Vatandaşlığa Alınmanın İptali, Osman F. Berki'ye Armağan, 1977, s.373-396.
- GÖĞER, Erdoğan: Türk Tabiiyet Hukuku, 4. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.
- GÖLCÜKLÜ, İlyas: 'Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri', PPIL, 40(1) 2020, s.125-141.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt I, Güncellenmiş 3. Bası, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, Cilt 2, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara 2013.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 11. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2017.
- GÜNGÖR, Gülin: Tabiiyet Hukuku Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler – Şeyler, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- KARATEPE, Şükrü: İdarenin Takdir Yetkisi, Türk İdare Dergisi, 63(392), 1991, s.63-119.
- KAYA Cemil: İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- KORKMAZ, Kadir: Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı ve Yargısal Denetimi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIII(1-2), 2009, s.241-252.
- NOMER, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 28. Bası, İstanbul 2021, Filiz Kitabevi.
- ÖZGÜR, Çiçek: Muvazaalı Evlenmelerin Türk Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 11(42), 2020, s.307-340.
- ÖZTÜRK YILMAZ, Necla: '5543 Sayılı İskân Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması', TBB Dergisi, (68), 2007 s.241-264.
- REÇBER Kamuran, ÖZGENÇ Zeynep: '5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunundaki Bazı Boşluklar' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74(1), 2016, s.373-387.
- SEÇKİN, Sinan/ÜSTÜN, Gül: İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, 21(2), 2015, s.509-534.
- ŞANLI Cemal, ESEN Emre, ATAMAN FİGANMEŞE İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul 2020.
- ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu: İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2017, s.168-198.
- TAN, Turgut: Sınav ve Juri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi, Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 51(1-4), 1996, s.409-423.
- TANRIBİLİR Feriha Bilge: Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri, TBB Dergisi, (75), 2008 s.27-62.
- TİRYAKIOĞLU Bilgin: "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması", in Doğan, Vahit/Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit Köşgeroğlu, Banu (ed.), Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s.79-96.
- ULUOCAK, Nihal: Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 1986.
- YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.
- YAYLA, Yıldızhan: İdarenin Takdir Yetkisi (Takdir Yetkisi), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 30(1-2), 1964, s.201-211.
- YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, Halit Eyüp/FİŞ ÜSTÜN, Gül/ÇAKIR, Hüseyin Melih/OKAY TEKİNSOY, Özge: İdare Hukuku, 8. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- YILMAZ, Alper Çağrı: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: Ius Pecuniae, PPIL, 38(1) 2018, s.191-216.

PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

TERMINATION OF PACKAGE TOUR AGREEMENT

Turan ŞAHİN* 10.21492/inuhfd.1035577 

Makale Bilgi

Gönderi: 12/12/2021
Kabul : 23/01/2022

Anahtar Kelimeler

*Tüketici,
Paket Tur
Sözleşmesi,
Paket Tur
Düzenleyicisi,
Ulaştırma,
Konaklama*

Article Info

Received: 12/12/2021
Accepted: 23/01/2022

Keywords

*Consumer,
Package Tour
Agreement,
Package Tour
Organizer,
Transportation,
Accommodation.*

Özet

Son yıllarda sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmeler insanların yeni yerler ve kültürleri keşfetme ve tanıma isteğini artırmıştır. Seyahat etme ve tatil yapma fikri paket tur sözleşmelerinin yaygınlaşmasına neden olmuştur. Paket tur düzenleyicileri veya aracıları tarafından ulaştırma, konaklama ve başka turizm hizmetlerinden en az ikisinin birlikte, her şeyin dâhil olduğu fiyatla satıldığı veya satımının vaat edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içerdiği sözleşmeler, paket tur sözleşmeleridir. Bu sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmediği durumlarda tüketicinin nasıl korunacağı konusu önem taşımaktadır. Bu doğrultuda çalışmada ilk olarak paket tur sözleşmesinin genel tanımına, şartlarına ve içeriğine yer verilmiştir. Sonra ise mevzuat hükümleri ve yargı kararları ışığında sözleşmenin sona ermesi halleri ve sona ermenin sonuçlarının neler olduğu incelenmiştir. Sözleşmeyi sona erdiren haller hem paket tur düzenleyicisinin dayandığı hem de tüketicinin dayandığı sebepler bakımından ayrı başlıklar altında değerlendirilmiştir. Tüketicinin boşa geçirdiği zaman dolayısıyla isteyebileceği bedel de çalışmada değerlendirilen konular arasında bulunmaktadır.

Abstract

In recent years, social, economic and technological developments have increased people's desire to discover and know new places and cultures. The idea of traveling and vacationing has led to the spread of package tour contracts. Package tour contracts are the contracts where at least two of the transportation, accommodation and other tourism services together are sold or promised to be sold at an all-inclusive price by the package tour organizers or their intermediaries, and the service covers a period of more than twenty-four hours or includes overnight accommodation. In cases where the contract is not fulfilled at all or as required, the issue of how to protect the consumer is important. In this direction, first of all, the general definition, conditions and content of the package tour contract are included in this study. Then, in the light of the provisions of the legislation and judicial decisions, the termination of the contract and the consequences of it's termination were examined. The cases that terminate the contract have been evaluated under separate headings in terms of both the reasons on which the package tour organizer is based and the reasons on which the consumer is based. The cost that the consumer may demand due to his or her wasted time is also among the subjects analyzed in the study.

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose: It has become an indispensable part of life for people to take time to relax and to use this time by seeing different places. Especially the tiring and intense pace of city life leads people to the need to have a holiday in different areas from the places they are in. On the other hand, communication tools introduce places that can be seen among people more easily, and people's curiosity about travel is aroused more easily. However, increasing efforts take too much time, leaving individuals unable to organize such organizations or creating the need to refer this work to someone else. It cannot be expected that everyone has the same competence, knowledge and experience about hotels to stay, places to visit or food to eat. By paying a single price, people want all the goods and services necessary for the holiday they want to be covered. For example, meeting all their needs, from the vehicle they will use to the hotel they will stay, from eating food to showing the places they want to see, if they can afford it, is among the basic elements for a package tour contract to be mentioned today. By making a package tour contract, people do not spend time to organize this organization themselves, and they also have the opportunity to benefit from the said goods and services more cheaply because they act together with people who are planning a trip like themselves. However, the fact that the person demanding the said actions is a consumer puts him in a weak position against those who provide such services. Especially the continuation of technological developments at a dizzying pace, the fact that many transactions are carried out online without seeing each other, and payments are made in advance pave the way for this weakness. On the other hand, the emergence of situations that could not be foreseen by the parties, such as the emergence of the pandemic environment, but which now makes the performance of the contract impossible, constitutes another basis for the problems in the contract. Therefore, the termination of the package tour contract in a way that does not meet the expectations of the consumer is important for the protection of his rights. The aim of the study is to protect the consumer if the reasons for the expiration of the package tour contract are realized.

Literature Review: Package tour contract is a contract whose legal nature is controversial. Because one of the parties pays an amount of money, the other party offers more than one performance package such as travel, accommodation, travel guide service, food and beverage supply, and the realization of some entertainment activities in return for this price. The said contract is partially included in the Law on the Protection of the Consumer No. 6502. However, the partial inclusion of a contract in the Law is not sufficient to talk about a contract named. On the other hand, the fact that the package tour contract is a highly enforced contract and that one of its parties consists of the consumer, which is the position that needs to be protected, makes the termination of the contract worth examining. Even though it is regulated in the law, some points remained unclear and there are problems that are important for the protection of the consumer in the contractual relationship. The form of notification to be made to the package tour organizer in case of incomplete performance, the items of loss that must be paid in case the contract is not performed at all or properly, or whether the time wasted is moral compensation or a different item are some of these problems that need to be examined. In the study, legislation, literature and judicial decisions were examined together in order to provide accurate solutions to the problems in question. Apart from this, the determination of the average prices for extra services on a local basis is among the subjects included in the study in terms of being an example for the application.

Methodology and Findings: In creating solutions to the problems presented in the study, the provisions of the relevant legislation were taken into account in the primary sense. At this point, it is aimed to solve the problems not only with their direct meanings, but also by taking into account the unity of meaning among themselves. Secondly, the Consumer Law literature on the subject has been taken into consideration in the examination of the problems. The authors' perspectives on the issue, the facts on which they base their opinions, and finally the solutions related to this issue are evaluated together in the study. Finally, looking at the problems in terms of judicial decisions and evaluating them is another method adopted.

Conclusions, Limitations, and Recommendation: The subject of the study is not the whole package tour contract, but the termination of this contract. The fact that the contract was terminated as it did not meet the expectations of the consumer brings up the items that the consumer can demand due to these deficiencies. For this reason, in the study, general information about the package tour contract was tried to be given as a summary, in its general framework and as it was assimilated in the Law at the beginning of the study. The main subject, the cases of termination and the consequences arising from it, are examined in detail after the general information. For this reason, other issues related to the package tour contract, except for the termination, are outside the scope of the study. The issues determined as a result of the examination were not the reasons for the termination of the contract, but to contribute to the solution of the situations that pose a problem in the determination of these reasons already regulated in the Law. As a result of the study carried out in this direction; In general, the contract is an anonymous contract, there is no form requirement for notification in violation of the contract, the price demanded for the time wasted is not moral damage, but a legal damage, since moral damage can already be claimed under ordinary conditions, so it can be demanded if normative conditions are met. It has been concluded that if it is an item and if it is stated in the contract that extra goods and services are not included in the contract, a separate price must be paid for them.

I. GİRİŞ

İnsanların dinlenmek için zaman ayırmaları ve bu zamanı farklı yerler görecer değerlendirme istekleri, artık hayatın vazgeçilmez bir parçasıdır. Özellikle şehir hayatının yorucu ve yoğun temposu insanları buldukları mekanlardan farklı alanlarda tatil yapma ihtiyacına yönlendirmektedir. Diğer yandan iletişim vasıtaları kişiler arasında görülebilecek yerleri rahatlıkla tanıtmakta, kişilerin seyahat konusundaki merakları daha kolay uyanmaktadır. Bununla beraber artan uğraşların fazla zaman alması, bireyleri bu tür organizasyonları yapmakta ya yetersiz bırakmakta ya da bu işi başkasına sevk etme ihtiyacı doğurmaktadır. Hal böyle olunca kaçınılmaz olarak söz konusu edimleri bir bütün halinde sunan sektör meydana gelmiştir. Ancak böylesine bir sektörün doğuşu, zaten yüksek bedelleri güzel bir tatil uğruna vermeye hazır olan tüketiciyi, uzman kişiler karşısında daha da zayıf konuma düşürmüştür. Dolayısıyla paket tur sözleşmesinde tüketicinin korunması gereklidir.

Paket tur sözleşmesinde sorun teşkil eden hallerin önemli kısmını, sözleşmenin eksik ifa edilmesi ya da tam ifa edilmemesi oluşturur. Nitekim sözleşmeye kısmen yer veren ilgili mevzuatta sözleşmenin sona erme halleri ve özellikleri düzenlenmiş olmasına rağmen, bazı noktalar belirsiz bırakılmıştır. Bildirimin şekli, tazminat kalemleri uygulamada doldurulması gereken başlıklardan bir kaçını oluşturmaktadır. İşte bu çalışma da bu amaca hizmet etmek üzere hazırlanmış olup, özellikle tüketici açısından sona ermesinin sonuçlarına değinilmeye çalışılmıştır.

II. TANIMI

6502 Sayılı TKHK m.51/1 paket tur sözleşmesini tanımlamaktadır. Anılan maddeye göre;

“(1) Paket tur sözleşmesi, paket tur düzenleyicileri veya aracıları tarafından aşağıdaki hizmetlerden en az ikisinin birlikte, her şeyin dâhil olduğu fiyatla satıldığı veya satımının vaad edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içerdiği sözleşmelerdir:

a) Ulaştırma

b) Konaklama

c) Ulaştırma ve konaklama hizmetlerine bağlı olmayan başka turizm hizmetleri”

olarak ifade edilmiştir. Sözleşmenin tanımı Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliğinin 4/1-f maddesinde de yinelenmiştir.

“Bir sözleşmenin paket tur sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi bakımından;

-Ulaştırma, konaklama hizmetlerinin ikisinin birlikte veya bunlardan biri ile birlikte başka turizm hizmetlerinin sunulması,

-Her şeyin dâhil olduğu fiyatla satılması veya satımın vaad edilmesi,

-Hizmetin yirmi dört saatten fazla süreyi ya da en az bir gecelik konaklamayı kapsamı gerekir.”

Paket tur sözleşmesine karakterini veren; süre, edimlerin bütünlüğü ve ücret unsurlarıdır.

III. HUKUKİ NİTELİĞİ

Paket tur sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre seyahat (paket tur) sözleşmesinde seyahat düzenleyen kişi bedel karşılığı tur düzenlemeyi (eser yada vekâlet) kalacak yer sağlama (kira) ve yemek sunma (ardı ardına teslim koşuluyla satış) edimlerini üstlenmekte olup ortada karma sözleşmelerin bir çeşidi olan kombine sözleşme vardır¹.

Bir kısım yazar, paket tur sözleşmesinin kanuni bir ismi olduğu, kanun da kısmen dahi olsa düzenlenmiş olan bir sözleşmenin isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmemesi gerektiği, kanunda tanımlanan ve isimlendirilen bu sözleşmelerin artık isimli sözleşme sayıldığını ifade etmektedir².

Diğer yazarlar ise seyahatlerin taşıdığı özellikler nedeniyle birbirinden farklı olabileceğinden, sözleşmenin özelliğine göre ayrı ayrı hangi sözleşmelerin unsurlarını içerdiğini belirlemek veya ortalama bir paket tur sözleşmesinde bulunan unsurları dikkate alarak belirleme yapmak gerektiğini, bu sebeple paket turun sui generis sözleşme olduğunu kabul etmektedirler³.

¹ ZEVLİLER Aydın/GÖKYAYLA K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2020, s.20; Benzer yönde bkz. GÜMÜŞ Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, İstanbul 2017, s.7; Benzer yönde bkz. TÜRKYILMAZ Emin: Paket Tur Sözleşmeleri, Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Özge Uzun Kazmacı, İstanbul 2017, s.21; KAYNAR BARDAKCI Aybike: Paket Tur Sözleşmeleri, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Lisans Üstü Programlar Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: M. Murat İnceoğlu, 2019, s.25.

² ASLAN, s.581; Ayrıca bkz. KARA, s.949; DEMİR Bahadır: 6502 Sayılı Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Veysel Başpınar, Ankara 2014, s.77.

³ CEYLAN, s.76-77.

Gerçekten paket tur sözleşmesine ilişkin TKHK’da düzenleme yapılmış olsa da bu sözleşmede taraflardan biri kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinde yer alan birden çok asli edimde bulunmayı taahhüt etmekte (vekâlet + kira + satış + eser) diğer taraf ise bir miktar para ödemektedir. Öyleyse karma sözleşmelerin bir çeşidi olan kombine sözleşme söz konusudur. Bu durumda çoğunluk görüşüne katılmak mümkün olmuştur. Somut olayda ortaya çıkan uyumsuzlukta, öncelikle TKHK m.51 ve yönetmelik hükümleri, sonra uygun düştüğü ölçüde TBK’da düzenlenen vekâlet, kira, satış ve eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

IV. UNSURLARI

Paket tur sözleşmesinin unsurlarını; taraflardan birinin tüketici, diğer tarafın tur düzenleyicisi olması, ulaştırma, konaklama veya bunlara bağlı bulunmayan başka turizm hizmetlerinin en az ikisinin birlikte verilmesi, her şey dâhil fiyatın kararlaştırılması, hizmetin yirmi dört saati geçmesi ya da en az bir gece konaklama olarak ifade etmek mümkündür.

A. Taraflardan Birinin Tüketici, Diğerinin Tur Düzenleyicisi Olması

“Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiye tüketici denir (TKHK m.3/1-k).” Ancak kanunun 51/9. maddesine göre; “*Ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de tüketici olarak kabul edilir.*” Anılan bu hüküm, tacirlerin veya ticaret şirketlerinin tüketici sayıldığı tek istisnai hükümdür.

Mesleki veya ticari amaç çerçevesinde seyahat edenler de paket tur düzenleyicisinin organizasyonuna bağımlı olduğundan ve edim ve sağlayıcı çokluğu karşısında onların da korunması gerektiğinden diğer seyahat edenlere sağlanan haklardan yararlandırılmaları söz konusu olmuştur⁴.

Taraflara ilişkin kullanılan terim noktasında; TKHK m.51 “*tüketici*” terimini kullanmakta iken, yönetmelikte tanımlar kısmında tüketicinin tanımı yapılmış ayrıca “*katılımcı*” teriminin de tanımı yapılmıştır. Yönetmeliğin 4/1-ç maddesine göre katılımcı; “*Herhangi bir paket turu satın alan veya almayı taahhüt eden, adına ya da lehine bir paket tur satın alınan veya satın alınması taahhüt edilen veya kendisine bir paket tur sözleşmesi devredilen tüketiciyi*” ifade etmektedir.

Kanunda ve yönetmelikte iki farklı terim kullanıldığından, iki düzenleme arasında bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Yönetmelik m.4/1-ç hükmünde katılımcı kelimesi yine “*tüketici*” üzerinden tanımlanmıştır⁵.

Paket tur sözleşmesi paket tur düzenleyicisi veya paket tur aracısı ile yapılmaktadır. Yönetmeliğin 4/1-e maddesine göre paket tur düzenleyicisi; “*Paket turları düzenleyen ve bu turları kendisi veya aracısı vasıtasıyla satışa sunan gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade ederken, yönetmeliğin 4/1-d maddesine göre paket tur aracısı ise; “*Paket tur düzenleyicileri tarafından hazırlanmış olan paket turları satışa sunan gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade eder.

Paket tur düzenleyicisinin edimleri ifa ederken faydalandığı hizmet sağlayıcılar söz konusu olabilir. Bunlar ifa yardımcısı olarak taşıma, barındırma, gezdirme, yeme-içme gibi edimleri yerine getirirler. Buradaki sorumluluk TBK m.116 kapsamında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluktur.

Paket tur sözleşmesinde, paket tur aracısının esasen borca aykırılıktan sorumluluğu yoktur. Yönetmeliğin 17. maddesine göre; “*Paket tur düzenleyicisinin Türkiye’de temsilcisinin bulunmadığı hâllerde paket tur aracısı paket tur düzenleyicisi gibi sorumlu olur.*”

B. Ulaştırma, Konaklama veya Bunlara Bağlı Olmayan Başka Turizm Hizmetlerinin En Az İkisinin Birlikte Sunulması

Ulaştırma ve konaklama hizmetlerinin ikisinin beraber ya da bunlardan biri ile birlikte başka turizm hizmetlerinin sunulması gerekir. Aksi halde paket tur sözleşmesinden bahsedilmez. Burada edimlerin bütünlüğünden hareket edilmelidir. Örneğin yapılan sözleşme kapsamında taşıma ve konaklama hizmetinin birlikte tüketiciye sunulması halinde edimlerin bütünlüğü gerçekleşmiş olur⁶.

Taşıma ve barındırma (konaklama-geceleme), taşıma ve gezdirme, barındırma ve gezdirme şeklinde olan bireysel seyahat edimlerinden en az ikisinin ifası halinde edimlerin bütünlüğünden söz edilir⁷. Yalnızca taşıma veya yalnızca konaklama hizmetinin sunulması halinde paket tur

⁴ SAYIN Feyza Eren: Paket Tur Sözleşmeleri, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu, Özel Hukuk, 2020, s.982.

⁵ SAYIN, s.982-983.

⁶ KARA, s.951; ASLAN, s.571.

⁷ ASLAN, s.571; İki farklı turizm hizmetinin birleşmiş sayılması için, bunların nitelik olarak asli edim olması ve birbiriyle kaynaştırılmış olması gerekir. YURT Bülent: Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, Ankara 2000, s.29.

sözleşmesinden bahsedilmez⁸. Bu durumda sunulan hizmetin niteliğine göre ayıplı hizmet hükümleri ve ilgili sözleşmelere ilişkin (vekâlet, eser, kira, satış) hükümler uygulanır.

Taşıma veya konaklama ile birlikte rehberlik, gezi, öğrenme yeri ziyaretleri gibi hizmetlerin sunulması halinde de paket tur sözleşmesi söz konusu olur⁹. Vize hizmetinin sunulması, yöresel yemek tadımları için gastronomi turları da başka turizm hizmeti olarak kabul edilmektedir¹⁰.

Paket tur sözleşmesindeki ulaştırma ve konaklama ile bunlara bağlı olmayan diğer turizm hizmetleri asli edimdir¹¹. Aslan¹² asli bir edimin yan edimle birlikte ifası halinde edimlerin bütünlüğü ilkesinin gerçekleşmeyeceğini, örneğin seyahat bürosundan temin edilen uçak bileti ile yapılacak seyahatte uçakta ayrıca yemek verilmesi ya da yataklı vagona yapılan seyahatte, barındırma edimi taşıma ile birlikte yerine getirilmesine rağmen edimlerin bütünlüğü ilkesinin oluşmadığını ifade etmektedir.

C. Her Şey Dâhil Fiyatın Karşılanması

Bir sözleşmenin paket tur sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi bakımından her şey dâhil fiyatın kararlaştırılmış olması gerekir. Nitekim TKHK m.51/1 “*her şeyin dâhil olduğu fiyatla satıldığı veya satımının vaat edildiği*” ifadesini içermektedir. Aynı paket tur içinde yer alan hizmetlerin ayrı ayrı faturalandırılması durumunda da paket tur söz konusu olur (TKHK m.51/2). Sözleşmede tüm hizmetlerin karşılığının her şey dâhil (götürü fiyat, toplam fiyat) olacak biçimde kararlaştırılması gerekmektedir. Paket tur düzenleyicisi veya aracısı kararlaştırılan bu ücretten başka ücret talep edemez¹³.

Paket tur sözleşmesi bakımından değerlendirilmesi gereken diğer husus seyahatte gerçekleşen ekstra turlardır. Kütahya Çizelgesinin¹⁴ 9.36 maddesine göre; “*Ekstra tur; yarım gün, tam gün veya gece turu şeklinde, rehberlik, ulaşım ve verilen hizmetler dâhil edilerek hazırlanan ve belirli sayıda katılımcının varlığı halinde düzenlenen, ayrı bir ücrete tabi olan turu*” ifade eder. Turun sözleşmede ekstra olduğunun belirtilmemesi halinde fiyata dâhil ve ücret ödemedi katılımın mümkün olduğu kabul edilir¹⁵. Ekstra tura katılmayanların rehber vasıtası ile uygun bir yere bırakılmaları ve tur bitiminde yine aynı noktadan alınmaları gerekmektedir¹⁶.

D. Hizmetin Yirmi Dört Saati Geçmesi ya da En Az Bir Gece Konaklama

TKHK m.51/1 kapsamında, verilen hizmetin yirmi dört saati geçmesi veya gecelik konaklamayı içermesi gerekir. Burada yer alan süre, edimlerin bütünlüğü unsuru ile bağlantılıdır. Günü birlik turlar veya geziler paket tur sözleşmesi değildir¹⁷.

V. ÖN BİLGİLENDİRME AMACIYLA BROŞÜR VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TKHK m.51/4’e göre; “*Paket tur sözleşmesinin kurulmasından önce tüketiciye ön bilgilendirme amaçlı broşür verilmesi zorunludur.*” Yönetmeliğin broşür verme ile ilgili 5. maddesine göre;

“1) Paket tur sözleşmesinin kurulmasından önce katılımcıya ön bilgilendirme amaçlı broşür verilmesi zorunludur.

2) Katılımcıya sunulan broşür veya ekinde; paket turun vergiler dâhil toplam fiyatı, ön ödeme tutarı ve kalan bedelin ödeneceği tarih bilgilerinin yanı sıra, paket turu oluşturan hizmetler kapsamında bulunması halinde, aşağıdaki bilgilerin de yer alması zorunludur:

a) Yolculuğun başlangıç ve bitiş tarihi ile yeri.

b) Kullanılan ulaşım araçlarının türü ile yolculuğun sınıfı, hareket ve dönüş tarihleri, saatleri ve yerleri.

⁸ KARA, s.950; BAŞPINAR Veysel/DEMİR Bahadır: Paket Tur Sözleşmelerinde Seyahat Edenin Hakları ve Borçları, Terazi Hukuk Dergisi, 9(Özel), 2014, s.146.

⁹ ASLAN İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, Bursa 2014, s.571; BAŞPINAR/DEMİR, s.146; KARA, s.952; Ulaştırma hizmeti ve buna bağlı olmayan örneğin rehberlik hizmeti ile de paket tur oluşturulabilir. GÖZÜKÜÇÜK Hilal Nur: Paket Tur Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Şafak Parlak Börü, Ankara 2021, s.13.

¹⁰ BAŞ SÜZEL Ece: Tatil Sözleşmeleri, İstanbul 2019, s.164-165; Ayrıca bkz. GÖZÜKÜÇÜK, s.18-19.

¹¹ GÖZÜKÜÇÜK, s.13-14; DEMİR, s.13.

¹² ASLAN, s.571; Benzer yönde bkz. DEMİR, s.21; BAŞPINAR/DEMİR, s.146.

¹³ KARA, s.952; Buradaki her şey dâhil fiyat kavramının, otellerin uyguladığı pazarlama politikalarıyla ilgisi olmadığı hususunda bkz. ASLAN, s.572.

¹⁴ TÜRSAB Turizm Tüketicileri Talepleri Değerlendirme Çizelgesi’dir.

¹⁵ KAYNAR BARDAKCI, s.17.

¹⁶ KAYNAR BARDAKCI, s.17.

¹⁷ KARA, s.953; BAŞPINAR/DEMİR, s.146; ÖKSÜZ, s.339; Asgari süre belirlemesi, paket turun asgari bir organizasyon ölçeğine sahip olmasını sağlamakta olup, kısa veya yarım günlük gezilerin kanunun kapsamı dışına çıkarılması sağlanmıştır. ASLAN, s.573.

- c) Konaklama tarihleri de belirtilerek konaklamanın türü, yeri, nitelikleri, sınıfı ve bu sınıflandırma Türkiye’de uygulanandan farklı ise bu farklılığa ilişkin uyarı.
- ç) Yemek planı.
- d) Yolculukta izlenecek güzergâh.
- e) Paket turun özelliklerine uygun olarak pasaport, vize, yaş ve sağlık şartlarına ilişkin bilgi.
- f) Paket turun düzenlenmesi için asgari bir katılımcı sayısı öngörülmüşse bu sayı ve bu sayıya ulaşamadığı takdirde katılımcıya paket turun iptalinin bildirileceği son tarih.
- g) 14/9/1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununa göre düzenlenmesi zorunlu sigorta ile varsa diğer sigortalara ilişkin bilgi.
- ğ) Turist rehberliği hizmetlerine ilişkin bilgi.
- (3) Katılımcıya verilen broşürde yer alan bilgiler paket tur düzenleyicisi ve aracısı için bağlayıcıdır.
- (4) Broşürde yer alan bilgiler, sözleşme kurulmadan önce broşürde açıkça belirtilmek ve katılımcıya bildirilmek şartıyla sözleşme kurulduktan sonra ise tarafların açık mutabakatı ile değiştirilebilir.”

VI. YOLCULUK ÖNCESİ BİLGİLENDİRME ZORUNLULUĞU

Yönetmeliğin “Yolculuk Öncesi Bilgilendirme” başlıklı 7. maddesine göre;

“(1) Paket tur düzenleyicisi veya aracısı, paket turu oluşturan hizmetler kapsamında bulunması halinde, turun başlamasından yurt içi turlar için en az yirmi dört saat, yurt dışı turlar için ise kırk sekiz saat önce aşağıdaki konularda katılımcıyı bilgilendirmek zorundadır:

- a) Yolculuğun başlangıç ve bitiş tarihi ile yeri.
- b) Ara konaklamaların yapılacağı tarih ve yer ile aktarma bilgileri.
- c) Katılımcıya yolculukta belirli bir yer tahsis edildiği hallerde bu yer hakkında ayrıntılı bilgi.
- ç) Paket tur düzenleyicisi veya aracısının tur yerindeki temsilcisinin veya bir temsilcisi yoksa iletişime geçilebilecek yerel irtibat noktalarının adı, adresi ve iletişim bilgileri, yerel temsilcinin ve irtibat noktasının bulunmaması durumunda katılımcının paket tur düzenleyicisi veya aracısı ile en kısa sürede iletişim kurmasını sağlayacak bilgiler.
- d) Reşit olmayan kişilerin yabancı bir ülkeye seyahat etmesini veya orada kalmasını öngören bir sözleşme yapılmışsa, küçükle veya küçüğün kaldığı yerdeki sorumlu kişi ile doğrudan iletişim kurmayı sağlayacak bilgiler.
- e) İptal masraflarını ya da kaza veya hastalık halinde ülkesine geri gönderilme de dâhil olmak üzere yardım masraflarını teminat altına alacak isteğe bağlı bir sigorta sözleşmesi yapılmışsa buna ilişkin bilgiler.
- (2) Katılımcıya verilen broşürün veya kurulan sözleşmenin, birinci fıkrada belirtilen bilgileri içermesi ve bu bilgilerin değişmemiş olması halinde, katılımcının yolculuk öncesinde tekrar bilgilendirilmesi zorunlu değildir.”

sözleşmenin yapılmasından sonra gerekli bildirim yapılması veya önemli değişikliklerin tüketiciye uygun şekilde bildirilmemesi halinde tüketici bu sebeple uğradığı zararların tazminini isteyebilir. Bu bağlamda turla ilgili yapılan masraflarla birlikte sağlayıcının kusuru ve tura katılamamasından dolayı uğradığı manevi zararın tazminini de talep edebilir.¹⁸

VII. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

Paket tur sözleşmesinin ağırlaştırılmış (mevsuf) yazılı biçimde¹⁹ yapılması gerekir. Nitekim yönetmeliğin “Sözleşme Düzenleme Yükümlülüğü” başlıklı 6. maddesine göre;

“(1) Paket tur düzenleyicisi veya aracısı katılımcılarla paket tur sözleşmesi düzenlemek zorundadır. Paket tur sözleşmelerinde, paket turu oluşturan hizmetler kapsamında bulunması halinde 5 inci maddede yer alan bilgilere ilave olarak aşağıdaki hususlara yer verilmesi zorunludur:

- a) Paket tur düzenleyicisi veya aracısı ve varsa temsilcisi ile katılımcının adı veya unvanı, açık adresi, telefonu ve diğer iletişim bilgileri.
- b) Paket turun varış yerleri ile belirli bir süre kalınacak olması durumunda tarihleriyle birlikte kalış süreleri.
- c) Paket turun Türk Lirası olarak vergiler dâhil toplam fiyatı.
- ç) 9 uncu maddede göre fiyat değişikliğinin şartları ve paket tur fiyatına dâhil olmayan vergi, resim, harç ve benzeri yasal yükümlülükler.

¹⁸ KARA, s.959.

¹⁹ EREN’e göre nitelikli yazılı şekil aslında kanuni bir yazılı şekildir. EREN Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021, s.327; Nitelikli yazılı şeklin geçerlilik unsuru olduğu yönünde bkz. KILIÇOĞLU Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.115-116.

d) Ödeme planı ve şekli.

e) Katılımcı tarafından sözleşme kurulmadan önce paket tur düzenleyicisi veya aracısına bildirilen ve taraflarca kabul edilen özel talepler.

f) Mücbir sebep halleri ve bu hallerde tarafların hak ve yükümlülükleri.

g) Sözleşmeden dönme ve fesih şartları.

(2) Yurt dışı turlarda sözleşme bedeli döviz cinsinden belirlenebilir. Ödemede hangi kurun esas alınacağı sözleşmenin kurulması esnasında taraflarca belirlenir.”

Bazı yazarlara göre sözleşmenin yazılı olarak yapılması zorunlu değildir. Sözleşmeyi önceden yazılı olarak düzenleyip katılımcıya verme yükümlülüğü, paket tur düzenleyene yüklenmiştir. Bu kapsamda kanun koyucu, şekil şartını paket tur düzenleyene sorumluluk yüklemeye geyesi ile getirmiş olup, şekil geçerlik şartı değildir²⁰.

Bizim de katıldığımız yazarlara göre ise paket tur sözleşmesindeki şekil geçerlilik şartıdır²¹. Şekil şartı tüketicinin korunması bakımından ortaya konulduğundan şekil noksanlığını tüketici ileri sürebilmelidir.

VIII. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Paket tur sözleşmesinin sona erme sebeplerini TKHK ve yönetmelik hükümlerinden hareketle; sözleşmeye aykırılık, sözleşmenin tur düzenleyici tarafından iptali, tüketicinin sözleşmeyi feshetmesi, fiyat değişikliği veya sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik sebebiyle sözleşmeden dönme olarak belirtmek mümkündür.

A. Sözleşmeye Aykırılık Sebebiyle Sözleşmeden Dönme

TKHK m.51/7'ye göre;

“Tüketicinin, sözleşmenin ifası sürecinde ortaya çıkan her türlü eksiklik nedeniyle bedelin indirilmesini talep etme hakkı vardır. Paket tur düzenleyicisinin, tur başladıktan sonra önemli bir yükümlülüğünü yerine getirmediği veya getiremeyeceği tespit edildiğinde tüketici sözleşmeden dönebilir. Bu hâllerde paket tur düzenleyicisi veya aracısının ücret talep etme hakkı sona erer. Yapılmış olan ödemelerin sözleşmeden dönüldüğü tarihten itibaren tüketiciye derhâl iade edilmesi zorunludur. Ancak paket tur düzenleyicisi o ana kadar ifa etmiş olduğu edimler için tüketiciden hizmetten faydalandığı oranda uygun bir karşılık talep edebilir.”

Yönetmeliğin “Sözleşmenin eksik ifası başlıklı” 12. maddesine göre;

“(1) Katılımcı, sözleşmenin ifası sürecinde ortaya çıkan her türlü eksikliği bağımsız hizmet sağlayıcısına ya da paket tur düzenleyicisi veya aracısına derhal bildirmek zorundadır. Bu eksiklik giderilmediği takdirde katılımcının sözleşme bedelinden indirim talep etme hakkı vardır.

(2) Paket tur düzenleyicisi veya aracısının, paket tur başladıktan sonra önemli bir yükümlülüğünü yerine getirmediği veya getiremeyeceği tespit edildiğinde, paket tur düzenleyicisi veya aracısı paket turun devam etmesi için katılımcıya ilave maliyet getirmeyen eşdeğerde alternatif düzenlemeler sunar ve katılımcıya teklif edilen hizmetlerle sunulan hizmetler arasındaki farkı tazmin eder.

(3) Katılımcı alternatif düzenlemeyi kabul etmeyerek sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönülmesi durumunda paket tur düzenleyicisi veya aracısının ücret talep etme hakkı sona erer ve yapılmış olan ödemeler sözleşmeden dönüldüğü tarihten itibaren katılımcıya en geç on dört gün içinde iade edilir. Ancak paket tur düzenleyicisi veya aracısı o ana kadar ifa etmiş olduğu edimler için katılımcıdan hizmetten faydalandığı oranda uygun bir karşılık talep edebilir.

(4) Sözleşmeden dönülmesi durumunda, paket tur düzenleyicisi veya aracısı katılımcının paket tura başladığı yere veya üzerinde anlaşılan başka bir yere ücretsiz naklini sağlamak ve zorunlu konaklama olması halinde yapılan giderleri karşılamakla yükümlüdür.”

Hizmetin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmediği durumlarda ayıplı hizmetten söz edilir.

TKHK m.13'e göre;

“(1) Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.

(2) Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır.”

²⁰ ASLAN, s.582-583; DEMİR, s.37; Benzer yönde bkz. GÖZÜKÜÇÜK, s.41.

²¹ ÇABRİ Sezer: 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, s.841.

Hizmetin ayıplı ifası söz konusu olduğunda tüketici, hizmetin yeniden veilmesi, hizmet neticesi ortaya çıkan eserin ücretsiz tamiri, ayıpla orantılı bedel indirimi ya da sözleşmeden dönme haklarından birini kullanabilir. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile beraber Türk Borçlar Kanunu hükümleri gereği tazminat da isteyebilir (TKHK m.15/1). Anılan bu hüküm TKHK m.51’de hüküm bulunmayan hallerde uygulama imkânı bulur²².

Paket tur sözleşmesinde taahhüt edilen edimlerin yerine getirilmemesi veya eksik ifası halinde sözleşmeye aykırılık söz konusu olur. Eksikliğin giderilmemesi halinde katılımcının (tüketici) bedelde indirim²³ isteme hakkı vardır. Ancak bu eksikliğin bağımsız hizmet sağlayıcısı veya paket tur düzenleyicisi ya da aracısına derhal bildirim gerekir. Buradaki bildirim şekli noktasında Kara, yazılı biçimde ya da kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla bildirim yükümlülüğünü ifade etmiştir²⁴. Ancak kanaatimizce bu bildirimle ilişkin gerek TKHK’da gerekse yönetmelikte şekil şartı getirilmemiştir.

Paket tur başladıktan sonra önemli bir yükümlülük²⁵ yerine getirilmediğinde veya yerine getirilemeyeceği tespit edildiğinde, turun devamı için kendisine sunulan alternatifleri kabul etmeyen katılımcı (tüketici) sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönüldüğü zamana kadar ifa edilmiş edimlere karşılık hizmetten faydalanılan oranda²⁶ uygun bir karşılık²⁷ paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından talep edilir. Geri kalan kısım sözleşmeden dönüldüğü tarihten itibaren en geç on dört gün içinde iade edilir. Sözleşmeden dönüldüğünde paket tur düzenleyicisi veya aracısı katılımcının tura başladığı yere ya da anlaştıkları başka bir yere ücretsiz ulaşımını (naklini) sağlamak ve varsa zorunlu konaklama giderlerini karşılamakla yükümlüdür.

Sözleşme hiç veya gereği gibi yerine getirilmediğinde uğranılan zararın tazminine ilişkin TKHK m.51/8’e göre;

“14/9/1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun zorunlu sigorta²⁸ ile ilgili hükümleri saklı olmak üzere, paket tur düzenleyicisi sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Tüketici boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir.”

Ayrıca yönetmeliğin 13. maddesine göre;

“(1) Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun zorunlu sigorta ile ilgili hükümleri saklı olmak üzere, paket tur düzenleyicisi veya aracısı sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle katılımcının uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Katılımcı, boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir.

(2) Sözleşmeye aykırılığın bağımsız hizmet sağlayıcılarının davranışlarından kaynaklanması halinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.”

Aslan’a göre buradaki zarar kavramı doğrudan ve dolaylı zararı kapsar. Ayrıca maddi zarar kadar manevi zararı da kapsar. Maddedeki “boşa harcanan tatil zamanı için uygun bir tazminat talep edilebilir” ifadesi manevi tazminat hallerinden biridir²⁹.

²² ASLAN, s.587; TÜRKYILMAZ, s.64; Ayıplı hizmete ilişkin TKHK hükümlerinin uygulanmaması gerektiği yönünde bkz. GÖZÜKÜÇÜK, s.95, s.118.

²³ Paket tur sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmediği hâllerde uygulanacak bedel indiriminin Kütahya Çizelgesine göre yapıldığı, çizelgede ulaşım, konaklama, yeme içme ve genel tur hizmetlerine ilişkin çeşitli eksiklikler sıralanarak bunların bulunması hâlinde uygulanacak indirim oranları öngörüldüğü yönünde bkz. GÖZÜKÜÇÜK, s.74; Çizelge için bkz. TÜRSAB Turizm Tüketici Taleplerini Değerlendirme Çizelgesi, <https://www.tursab.org.tr/ilkeler/tursab-turizm-tuketici-taleplerini-degerlendirme-izelgesi>

²⁴ KARA, s.969.

²⁵ Yükümlülüğün önemli olup olmadığı belirlenirken dürüstlük kuralından hareket edilmelidir.

²⁶ Hizmetten hiç fayda sağlanmamışsa indirim yapılmadan bedelin iadesi gerekir. KARA, s.969.

²⁷ Tüketicinin tatili yarım bırakıp dönmeyi göze aldığı bir durumda, tüketiciden o ana kadar ifa edilmiş olan edimler için bedel talep edilecek olması yerinde bir düzenleme olmamıştır. Buradaki bedel, sunulan hizmetlerden yararlanma oranında olsa da, tüketicinin sözleşmeden döndüğü durumlarda zaten tazminat talep etmeyi gerektiren bir durum ortaya çıkmıştır. Bu da hakkaniyetli bir durum değildir. ASLAN, s.587-588; Sözleşmenin o ana kadar ifa edilmiş kısmı için hizmetten faydalanıldığı oranda uygun bir ücret talep edilebilmesi yerinde bir düzenlemedir. BARDAKCI KAYNAR, s.78.

²⁸ Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun 12/a maddesi kapsamında, seyahat acentaları, Türkiye’de satılan paket turlarda, düzenledikleri paket tur kapsamında; müşteriye taahhüt ettikleri hizmetlerin acentanın iflası da dâhil olmak üzere herhangi bir nedenle verilmemesi veya taahhüt edilen şekilde verilmemesinden kaynaklanabilecek sorumluluklarını sigorta ettirmek zorundadır. Bu durumda sigortacının sorumluluğu en az paket tur bedeli kadar olmalıdır. Müşteri, sigorta kapsamındaki zararını doğrudan doğruya sigorta şirketinden talep edebilir.

²⁹ ASLAN, s.588; Tüketicinin boşa geçen tatil zamanı nedeniyle uğradığı zararın manevi zarar olarak değerlendirilmesi yönünde bkz. GÖZÜKÜÇÜK, s.102; Boşa geçen tatil zamanı için talep edilecek olan tazminatın manevi tazminat niteliğinde olması sebebiyle maddi tazminattan bağımsızdır. Tatil zamanının boşa geçmesi yanında başka bir manevi zarar varsa bu iki zarar kaleminin bir araya getirilerek tazminata hükmedilmesi gerekir. GÖZÜKÜÇÜK, s.103; Boşa

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 51.madde gerekçesinde;

"...Tüketicinin zararı farklı sebeplerden kaynaklanabilir. Örneğin oteldeki merdivenin yıkılması sonucu tüketici bir şahıs varlığı zararına uğramış olabilir. Bu durumda hastane ve tedavi giderleri kadar uygun bir manevi tazminatın ödenmesi de düşünülebilecektir. Taşıma sırasında gerekli önlemler alınmamış olduğu için tüketicinin çantası çalınmış veya unutulmuşsa tüketicinin uğradığı zarar bir malvarlığı zararı olarak tazmin ettirilebilecektir. Ancak bunların yanı sıra, başlı başına turun sözleşmeye aykırı ifası tüketicinin tatil zamanının boşa harcanmasına neden olmuşsa bu da bir tazminat borcu doğurur. Örneğin kalınan otelin hemen yanında bulunan bir gece kulübü nedeniyle yaşanan rahatsızlıklar; deniz kenarı denilen otelin denize iki saat araba mesafesinde olması nedeniyle denize girmek mümkün olmamış ise, tatil amacına ulaşmadığı için tüketici bir tazminat isteyebilir. Bu tazminat kalemi herhangi bir malvarlığı zararı doğmasından bağımsız olarak talep edilebilecektir."

denilmektedir. Topuz'a göre tatil zamanının boşa harcanması nedeniyle istenecek olan tazminat normatif zararın karşılanmasını anlatır³⁰. TKHK m.51'de; *"...paket tur düzenleyicisi sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan sorumludur"* ifadesini kullandıktan sonra *"tüketici boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir"* denilmesi, malvarlığı zararı doğmasına gerek olmadan (hükmi zarar³¹) tazminat istenebileceğini göstermektedir. Burada manevi tazminatın bir görünümü olmadığı düşünülmektedir. Zira manevi tazminatın zaten gerekli şartların varlığı halinde böylesine özel hüküm olmasa da genel hükümlere göre tazmini mümkündür.

Boşa geçen tatil zamanı için talep edilecek tazminatın en az paket tur bedeli tutarında olması gerektiği ifade edilmektedir³².

B. Sözleşmenin Paket Tur Düzenleyicisi veya Aracısı Tarafından İptali

"Tüketici, kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle paket tur sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisinin değişmesi veya turun başlamadan önce iptal edilmesi hâllerinde bu değişikliği veya paket tur düzenleyicisi tarafından sunulan alternatif bir turu kabul edebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir. Sözleşmeden dönülmesi hâlinde paket tur düzenleyicisi veya aracısının, dönme bildirimini kendisine ulaştığı tarihten itibaren tüketicinin ödemiş olduğu tüm bedeli herhangi bir kesinti yapmaksızın derhâl iade etmesi zorunludur." (TKHK m.51/6)

Yönetmeliğin *"Paket Turun İptali"* başlıklı 11. maddesine göre;

"Paket tur düzenleyicisi veya aracısının, katılımcıdan kaynaklanmayan bir sebepten dolayı paket turun başlamasından önce turu iptal etmesi halinde katılımcı, 10 uncu maddenin üçüncü fıkrasında kendisine tanınmış olan hakları kullanabilir."

Yönetmelikte paket turun düzenleyici veya aracı tarafından iptali halinde katılımcının (tüketici) 10. maddenin üçüncü fıkrası kapsamında kendisine tanınan hakları kullanabileceği belirtilmiştir. Anılan fıkraya bakıldığında seçimlik hakların;

"a) Paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından sunulan, eşit veya daha yüksek değerde başka bir paket tura ek bir bedel ödemeksizin katılma.

b) Fiyat farkının kendisine iade edilmesi şartıyla daha düşük değerde bir paket tura katılma.

c) Herhangi bir tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönme."

olarak belirtildiği görülmektedir. Turun düzenleyici veya aracı tarafından iptali halinde buradaki iptalden maksat, bozucu yenilik doğuran hak olan iptal hakkının kullanımı ise tüketicinin tekrar sözleşmeden dönmeye gerek olmadan doğrudan bu iptalden kaynaklı olarak bedel iadesi istemesi mümkündür. Tüketicinin turun iptali halinde tazminat isteyip isteyemeyeceği³³ meselesi bakımından yönetmeliğin 14/1 maddesi dikkate alınmalıdır. Anılan maddeye göre;

harcanan tatil zamanına ilişkin tazminatın, manevi tazminatın farklı bir görünümü olarak ele alınmasının uygun olduğu yönünde bkz. BARDAKCI KAYNAR, s.83.

³⁰ TOPUZ Murat: Türk Hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKHK Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları, Ankara 2016 , s.298; Ayrıca bkz. TÜRKYILMAZ, s.88; Malvarlığında herhangi bir azalma olması bile, sırf bazı malları kullanma veya tatil yapma imkânından haksız fiil neticesi yoksun kalmanın normatif zarar kapsamında tazminine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN Kemal M./ÖZ Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2016, s.42.

³¹ Bu terimin geçtiği yer için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.41.

³² AYDOĞDU Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s.317.

³³ Tura katılacakların sayısı yeterli olmadığından turun iptal edildiği bir durumda, iptal sebebiyle yaşanan üzüntü sebebiyle manevi tazminat isteminin (tatil beklentisi, bunun gerçekleşmemesi sebebiyle manevi zarar) oluştuğunu kabul eden Yargıtay 13. HD. 27.06.2011 T. 3068/10238 sayılı K. için bkz. KARA, s.972, dn.20.

“Paket tur düzenleyicisi veya aracısı, sözleşmeye aykırılığın aşağıdaki hallerden kaynaklanması durumunda sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararlardan sorumlu tutulamaz:

a) Katılımcının kusurunun bulunması.

b) Sözleşmenin ifası sürecine dâhil olmayan üçüncü bir kişinin beklenmeyen ve önlenemez bir davranışının bulunması.

c) Mücbir sebebin bulunması.

ç) Paket tur düzenleyicisinin, aracısının veya bağımsız hizmet sağlayıcısının gerekli tüm özeni göstermelerine rağmen öngöremedikleri ve engelleyemedikleri bir olayın meydana gelmesi.

d) Paket turun düzenlenmesi için öngörülen asgari katılımın sağlanamaması nedeniyle iptal edilmesi ve iptalin sözleşmede öngörülen sürede paket turun başlamasından en az yirmi gün önce yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile katılımcıya bildirilmiş olması.”

madde doğrultusunda, turun asgari katılım sağlanamaması yüzünden iptal edildiğine ilişkin tur başlamadan en az yirmi gün önce bildirim yapılmamışsa tüketici tazminat talep edebilir. Bu kapsamda TKHK m.51/8’ e göre;

“14/9/1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun zorunlu sigorta ile ilgili hükümleri saklı olmak üzere, paket tur düzenleyicisi sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Tüketici boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir.”

C. Tüketicinin Sözleşmeyi Feshetmesi

Yönetmeliğin 16/1. maddesine göre; “Katılımcı, fesih talebini paket tur düzenleyicisi veya aracısına yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmek kaydıyla sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir.” Yönetmelikte bu tarz fesih³⁴, turun başlamasına 30 gün süre bulunması ile 30 günden az süre bulunması ve mücbir sebep şeklinde iki ihtimalde düzenlenmiştir. Ayrıca yönetmelikte geçici madde ile Covid-19 salgını sebebiyle fesih düzenlenmiştir.

1. Turun Başlamasına 30 Gün Süre Bulunması

Yönetmelik m.16/2’ye göre; “Paket turun başlamasından en az otuz gün önce yapılan fesih bildirimlerinde, ödenmesi zorunlu vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar hariç olmak üzere, herhangi bir kesinti yapılmaksızın katılımcının ödemiş olduğu bedel kendisine iade edilir.” Bedel iadelerinin, fesih bildirimiminin paket tur düzenleyicisi veya aracısına ulaşmasından itibaren on dört gün içerisinde katılımcıya yapılması zorunludur (Yönetmelik m.16/5).

2. Turun Başlamasına 30 Günden Az Süre Bulunması

Yönetmeliğin 16/3. maddesine göre; “Paket turun başlamasına otuz günden daha az bir süre kala yapılan fesih bildirimlerinde, paket tur sözleşmesinde belirtilmek şartıyla belirli bir tutar veya oranda kesinti yapılabilir.” Tarafların sözleşmede kesintinin ne oranda yapılacağına ilişkin düzenlemeleri bakımından haksız şart hükümleri de dikkate alınmalıdır.

Bedel iadeleri, fesih bildirimiminin paket tur düzenleyicisi veya aracısına ulaşmasından itibaren on dört gün içerisinde katılımcıya yapılmak zorunluluğu vardır (Yönetmelik m.16/5).

3. Mücbir Sebebin Varlığı

“Katılımcının gerekli tüm özeni göstermesine rağmen öngöremediği ve engelleyemediği bir durum veya mücbir sebep nedeniyle paket turun başlamasına otuz günden daha az bir süre kala fesih bildiriminde bulunması halinde, ödenmesi zorunlu vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile üçüncü kişilere ödenip belgelendirilebilen ve iadesi mümkün olmayan bedeller hariç olmak üzere, herhangi bir kesinti yapılmaksızın katılımcının ödemiş olduğu bedel kendisine iade edilir”. (Yönetmelik m.16/4)

Bedel iadelerinin, fesih bildirimiminin paket tur düzenleyicisi veya aracısına ulaşmasından itibaren on dört gün içerisinde katılımcıya yapılması zorunludur (Yönetmelik m.16/5).

4. Covid-19 Salgını Sebebiyle Fesih

Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliğinde 15.05.2020 tarihinde yapılan değişiklikle Geçici 1. madde eklenmiş olup anılan maddeye göre;

“(1) Bu Yönetmeliğin 16’ncı maddesinde kapsamında yapılan bedel iadelerinin, fesih bildirimiminin paket tur düzenleyicisi veya aracısına ulaşmasından itibaren on dört gün içerisinde yapılması esastır. Ancak, COVID-19 salgını nedeniyle, 5/2/2020 tarihinden itibaren ifası öngörülen ve hava yolu ile ulaştırma içeren paket tur sözleşmelerine ilişkin bedel iadelerinde, paket tur

³⁴ Yönetmelikte fesih terimi kullanılmışsa da, tüketiciye sözleşmeyi, tek taraflı olarak, herhangi bir nedene dayanmadan, serbestçe sona erdirmeye hakkı tanıyan yasal bir geri alma hakkı olduğu yönünde bkz. SAYIN s.983, dn.13.

düzenleyicisi veya aracısı tarafından hava taşıma işletmelerine ödenip belgelendirilen uçuş bedeli, uçuş yasağı kalktıktan sonraki altmışıncı günü izleyen on dört gün içerisinde katılımcıya iade edilir.

(2) Katılımcının bilgilendirilmesi ve açık onayının alınması koşuluyla, ödenmesi zorunlu vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar hariç olmak üzere katılımcının ödemiş olduğu bedel, uçuş yasağı kalktıktan sonraki altmışıncı günü izleyen on dört gün içerisinde iade edilir.

(3) Katılımcının birinci veya ikinci fıkrayı tercih ettiğine ilişkin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmesi ve onayının alınmasında ispat yükü paket tur düzenleyicisi veya aracısına aittir.”

5. Tüketicinin Fiyat Değişikliği Sebebiyle Sözleşmeden Dönmesi

Paket tur sözleşmesinde tüketicinin sözleşmeden dönmesine ilişkin olarak fiyat değişikliği durumunun değerlendirilmesi gerekir.

Fiyat değişikliği ile ilgili olarak yönetmeliğin 9. maddesine göre³⁵:

“(1) Sözleşmede yer alan fiyat; fiyatın değiştirilebileceğinin açıkça sözleşmede belirtilmesi, fiyat değişikliğinin gerekçesinin ve nasıl hesaplanacağına sözleşmede öngörülen hareket tarihinden en az yirmi gün öncesinde katılımcıya yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirilmesi koşuluyla sözleşme bedelinin yüzde beşini geçmeyecek şekilde aşağıdaki hallerde değiştirilebilir:

- a) Sözleşme bedelinin döviz cinsinden belirlendiği yurt dışına yönelik paket turlarda fiyat değişikliğinin döviz kurunda meydana gelen olağandışı değişikliklerden kaynaklanması.
- b) Fiyat değişikliğinin yakıt giderlerindeki olağandışı değişikliklerden kaynaklanması.
- c) Fiyat değişikliğinin liman, havaalanı gibi yerlerde tahsil edilen vergi, resim, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerde meydana gelen değişikliklerden kaynaklanması.”

fiyatın değiştirilebileceğinin açıkça sözleşmede belirtilmesi, hesaplamanın nasıl yapıldığının hareket tarihinden en az yirmi gün önce bildirilmesi şartıyla sözleşme bedelinin yüzde beşini geçmeyecek şekilde fiyat değişikliği yapılabilir. Bedelin döviz cinsinden belirlendiği yurt dışına yönelik turlarda kurda meydana gelen olağan dışı artış, yakıt giderlerindeki olağan dışı değişiklik, liman, havaalanı gibi yerlerde tahsil edilen vergi, resim, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerdeki değişiklikler fiyat değişikliğine imkân vermektedir. Ancak bu halde tüketici fiyat değişikliğini öğrendiğinde tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönebilir³⁶ veya paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından sunulan, eşit veya daha yüksek değerde başka bir paket tura ek bedel ödemeksizin katılabilir ya da fiyat farkının kendisine iade edilmesi şartıyla daha düşük değerde paket tura katılabilir (Yönetmelik m.10).

6. Tüketicinin Sözleşmenin Esaslı Unsurlarında Değişiklik Sebebiyle Sözleşmeden Dönmesi

TKHK 51/6. maddesi gereği tüketici, kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle paket tur sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisinin değişmesi hâlinde bu değişikliği veya paket tur düzenleyicisi tarafından sunulan alternatif bir turu kabul edebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir. Sözleşmeden dönülmesi hâlinde paket tur düzenleyicisi veya aracısının, dönme bildirimimin kendisine ulaştığı tarihten itibaren tüketicinin ödemiş olduğu tüm bedeli herhangi bir kesinti yapmaksızın derhâl iade etmesi zorunludur.

Burada esaslı unsurlarda değişiklikten söz etmek için özellikle gezi ile amaçlanan sonucun elde edilmesinin imkânsızlaştığı halleri belirtmek mümkündür. Küçük değişiklikler (kalkış saatinin yarım saat ertelenmesi gibi) dürüstlük kuralı (MK m.2) kapsamında sözleşmeden dönmeye imkân vermez³⁷.

Yönetmeliğin “Sözleşmenin Esaslı Unsurlarında Değişiklik” başlıklı 10. maddesine göre;

“(1) Paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından paket turun başlamasından önce, katılımcıdan kaynaklanmayan nedenlerle sözleşme içeriğinde yapılan önemli değişiklikler ile 9 uncu maddede belirtilen sebeplerle yapılan fiyat değişikliği hariç diğer fiyat değişiklikleri esaslı sözleşme değişikliği olarak nitelendirilir.

(2) Paket tur düzenleyicisi veya aracısının, esaslı sözleşme değişikliklerini ve bunun fiyat üzerindeki etkilerini katılımcıya derhal bildirmesi zorunludur.

(3) Sözleşmenin esaslı unsurlarından birisinin değişmesi halinde katılımcı, bu değişikliği kabul edebileceği gibi, yapılan değişikliği kabul etmediğini paket tur düzenleyicisi veya aracısına

³⁵ Anılan madde TBK m.138 ve TBK m.480/2 hükmünün bir görünümü olarak ifade edilebilir.

³⁶ KARA, s.961; Aksi yönde bkz. BAŞ SÜZEL, s.215; GÖZÜKÜÇÜK, s.76-77.

³⁷ ASLAN, s.585; KARA, s.962; Bkz. CEYLAN, s.87.

yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmek koşuluyla aşağıdaki seçimlik haklardan birisini kullanabilir:

- a) Paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından sunulan, eşit veya daha yüksek değerde başka bir paket tura ek bir bedel ödemeksizin katılma.
- b) Fiyat farkının kendisine iade edilmesi şartıyla daha düşük değerde bir paket tura katılma.
- c) Herhangi bir tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönme.

(4) Sözleşmeden dönülmesi halinde paket tur düzenleyicisi veya aracısının, sözleşmeden dönme bildirimının kendisine ulaştığı tarihten itibaren katılımcının ödemiş olduğu tüm bedeli herhangi bir kesinti yapmaksızın en geç on dört gün içerisinde iade etmesi zorunludur.”

Sözleşmeden dönülmesi halinde bedelin iadesinin ne kadarlık sürede yapılacağına ilişkin TKHK m.51/6'da “dönme bildirimının kendisine ulaştığı tarihten itibaren tüketicinin ödemiş olduğu tüm bedeli herhangi bir kesinti yapmaksızın derhâl iade etmesi zorunluluğu” ifade edilmiştir. Ancak yönetmelik m.10/4 kapsamında sözleşmeden dönme bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç on dört gün içerisinde iade zorunluğu söz konusudur. Sözleşmeden dönülmesi halinde bedelin on dört gün içerisinde iadesi gerekir. İade bu sürede yapılmazsa borçlu temerrüdü söz konusu olup, avans faizi talep etme imkânı vardır³⁸.

IX. SONUÇ

Bir sözleşmenin paket tur sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi bakımından;

- Ulaştırma, konaklama hizmetlerinin ikisinin birlikte veya bunlardan biri ile birlikte başka turizm hizmetlerinin sunulması,
- Her şeyin dâhil olduğu fiyatla satılması veya satımın vaad edilmesi,
- Hizmetin yirmi dört saati geçen bir süreyi veya en az bir gece konaklamayı kapsamaması gerekir.

Paket tur sözleşmesinin isimli-isimsiz sözleşme olup olmadığı noktasında tartışmalar söz konusudur. Bu sözleşmenin karma (kombine) sözleşme olduğu görüşüne katılmak mümkün olmuştur.

Paket tur sözleşmesi bakımından değerlendirilmesi gereken bir husus seyahatte gerçekleşen ekstra turlardır. Kütahya Çizelgesinin 9.36 maddesine göre; “*Ekstra tur; yarım gün, tam gün veya gece turu şeklinde, rehberlik, ulaşım ve verilen hizmetler dâhil edilerek hazırlanan ve belirli sayıda katılımcının varlığı halinde düzenlenen, ayrı bir ücrete tabi olan turu*” ifade eder. Ekstraların fiyata dâhil olmadığı sözleşmede belirtilmişse bunun ayrıca ödenmesi gerekir.

Paket tur sözleşmesinin sona erme sebeplerini TKHK ve yönetmelik hükümlerinden hareketle; sözleşmeye aykırı ifa, sözleşmenin tur düzenleyici tarafından iptali, tüketicinin sözleşmeyi feshetmesi, fiyat değişikliği veya sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik sebebiyle sözleşmeden dönme olarak belirtmek mümkündür.

Paket tur esnasında önemli bir yükümlülük yerine getirilmediğinde veya bunun yerine getirilemeyeceği tespit edildiğinde, turun devamı için kendisine sunulan alternatifleri kabul etmeyen katılımcı (tüketici) sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden döndüğü zamana kadar ifa edilmiş edimler için hizmetten faydalanılan oranda uygun karşılık paket tur düzenleyicisi veya aracısı tarafından talep edilir. Geri kalan kısım sözleşmeden döndüğü tarihten itibaren en geç on dört gün içinde iade edilir. Dönme durumunda paket tur düzenleyicisi veya aracısı katılımcının paket tura başladığı yere veya üzerinde anlaştıkları başka bir yere ücretsiz taşınmasını sağlamak ve zorunlu konaklama varsa yapılan giderleri karşılamakla yükümlüdür.

Sözleşme hiç veya gereği gibi yerine getirilmediğinde uğranılan zararın tazminine ilişkin olarak TKHK m.51/8'e göre;

“14/9/1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun zorunlu sigorta ile ilgili hükümleri saklı olmak üzere, paket tur düzenleyicisi sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Tüketici boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir.”

Katıldığımız görüşe göre TKHK m.51/8'de; “...paket tur düzenleyicisi sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan sorumludur” ifadesini kullandıktan sonra “tüketici boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir” denilmesi, malvarlığı zararı doğmasına gerek olmadan (hükmi zarar) tazminat istenebileceğini göstermektedir. Burada manevi tazminatın bir görünümü olmadığı düşünülmektedir. Zira manevi tazminatın gerekli şartların varlığı halinde zaten bu hüküm olmasa da tazmini mümkündür.

³⁸ KARA, s.961.

KAYNAKÇA

- ASLAN İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2014.
- AYDOĞDU Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- BAŞ SÜZEL Ece: Tatil Sözleşmeleri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- BAŞPINAR Veysel/DEMİR Bahadır: Paket Tur Sözleşmelerinde Seyahat Edenin Hakları ve Borçları, Terazi Hukuk Dergisi, 9(Özel), 2014, s.144-155.
- CEYLAN Ebru: Paket Tur Sözleşmesiyle İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Getirilen Düzenlemeler, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 2015, s.71-100.
- ÇABRİ Sezer: 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınları, Ankara 2016.
- DEMİR Bahadır: 6502 Sayılı Kanun Kapsamında Paket Tur Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Veysel Başpınar, Ankara 2014.
- EREN Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.
- GÖZÜKÜÇÜK Hilal Nur: Paket Tur Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Şafak Parlak Börü, Ankara 2021.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 2.B, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- KARA İlhan: Tüketici Hukuku, Engin Yayıncılık, Ankara 2015.
- KAYNAR BARDAKCI Aybike: Paket Tur Sözleşmeleri, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Lisans Üstü Programlar Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Murat İnceoğlu, İstanbul 2019
- KILIÇOĞLU Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- OĞUZMAN Kemal M./ÖZ Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- ÖKSÜZ Ömer: Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 66, 2006, s.331-351.
- SAYIN Feyza Eren: Paket Tur Sözleşmeleri, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu, Özel Hukuk, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020, s.969-989.
- TOPUZ Murat: Türk Hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKHK Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları, Ankara 2016, s.292-298.
- TUTUMLU M. Akif: Tüketici Yargılaması Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- TÜRKYILMAZ Emin: Paket Tur Sözleşmeleri, Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Özge Uzun Kazmacı, İstanbul 2017.
- ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

İRÂDE BOZUKLUĞU HALLERİNDEN KORKUTMADA KORKUTULANIN CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU KAPSAMINDA SAHİP OLDUĞU TAZMİNAT HAKKI*

RIGHT OF COMPENSATION OF THE PARTY UNDER THREAT WITHIN THE SCOPE OF CULPA
IN CONTRAHENDO LIABILITY IN THE THREAT (DURESS)
AS A DEFECT IN CONSENT

Emre KÖROĞLU**  

10.21492/inuhfd.1048297 

Makale Bilgi

Gönderi: 27/12/2021
Kabul : 15/02/2022

Anahtar Kelimeler

İrade,
İrade Bozukluğu,
Korkutma,
Culpa in Contrahendo
Sorumluluğu,
Tazminat.

Article Info

Received: 27/12/2021
Accepted: 15/02/2022

Keywords

Will,
Defect in Consent,
Threat (Duress),
Culpa in Contrahendo
Liability,
Compensation.

Özet

Korkutma TBK m.37-38'de düzenlenmektedir. Yine, bütün irade sakatlığı hallerinde uygulama alanı bulan madde 39'da da korkutmayla ilgili çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. İlgili hükümlere bakıldığında, ilk olarak TBK m.37'de, taraflardan birinin, diğer tarafın veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yaptığı durumlarda, sözleşme ile bağlı olmadığı ve üçüncü kişinin korkutması sebebiyle sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen korkutulanın hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda sözleşmenin diğer tarafına tazminat ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. İkinci olarak, TBK m.38'de, korkutmanın şartlarına yer verilerek, hangi durumlarda irade bozukluğu olarak korkutmanın bulunduğu ifade edilmiştir. Son olarak TBK m.39'da ise, korkutulanın, korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmedeği veya verdiği şeyi geri istemediği durumlarda, sözleşmeyi onamış sayılacağı ve korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onamış sayılmasının onun tazminat hakkını ortadan kaldırmayacağı açıklanmıştır. Korkutulanın sahip olduğu tazminat hakkının hukuki dayanağını "haksız fiil sorumluluğu" ile "culpa in contrahendo sorumluluğu" oluştururken, sözleşmenin diğer tarafının sahip olduğu tazminat hakkının hukuki dayanağını ise "fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi" oluşturmaktadır. Görüldüğü korkutmanın iki sonucu bulunmaktadır. Bunlar sözleşmenin iptali ile tazminattır. Çalışmamızda korkutulanın culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında sahip olduğu tazminat hakkı ele alınmıştır.

Abstract

The threat (duress) is stipulated by art. 37-38 TCO. Similarly, there are various regulations regarding the threat in art. 39 TCO, which is applicable in all cases of defect in consent. Considering the relevant provisions, firstly, according to art. 37 TCO, where a party concludes a contract under threat of the other party or a third party, he/she is not bound by the contract. Where the threat comes from a third party, the party under threat who wishes not to be bound by the contract is obliged to pay compensation to the other party of the contract in the interest of equity. Secondly, in art. 38 TCO, the conditions of the threat are included, and it is stated in which situations the threat occurs as a defect in consent. Finally, in art. 39 TCO, it is stated that in cases where the party under threat, it is deemed that the contract has been ratified unless the party declares not to be bound by the contract or reclaims restitution for the performance made within one year runs from the time that the effect of threat ended. Also, according to this article, the ratification of a contract that is not binding as a result of a threat does not abolish the right to claim compensation. While the legal basis of the right of compensation of the party under threat is "tort liability" and "culpa in contrahendo liability", the legal basis of the right of compensation of the other party of the contract is the "principle of balancing of sacrifices". As can be seen, a threat has two consequences. These are the rescission of the contract and the compensation. In our study, the right of compensation of the party under threat within the scope of culpa in contrahendo liability has been examined.

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

* Bu çalışma "Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma" adlı eserimizin 252. ile 266. sayfaları arasındaki kısmı esas alınarak hazırlanmıştır. Bununla birlikte çalışmanın yayına hazırlanması aşamasında metin gözden geçirilip, konuyla ilgili ek açıklamalara yer verilmiş, yine daha önce kullanılmamış olan eserler ile içtihatlardan da yararlanılmıştır.

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

Atıf Şekli | Cite As: KÖROĞLU Emre, "İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmada Korkutulanın Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Kapsamında Sahip Olduğu Tazminat Hakkı", İnÜHFD, 13(1), 2022, s.79-93 **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose: Threat (duress) is one of the defects in the formation stage of will, and it is stipulated by Turkish Code of Obligations (TCO) in art. 37 and 38. In addition, there are various regulations regarding the threat in art. 39 TCO, which is applicable in all cases of defect in consent. The legislator stated in art. 37/p. 1 TCO (although indirectly, in art. 39/p. 1 TCO) that where a party concludes a contract under threat of the other party or a third party, he/she is not bound by the contract. Similarly, in art. 37/p. 2 TCO, the legislator states that in a case where the threat comes from a third party, the party under threat who wishes not to be bound by the contract is obliged to pay compensation to the other party of the contract in the interest of equity, and in art. 39/p. 2 TCO, the ratification of a contract which is not binding as a result of threat does not abolish the right to claim compensation. As can be seen, both the other party of the contract and the person under threat can demand compensation, if there are conditions in the concrete case. However, the legislator has not specified in the relevant articles on which legal grounds the persons in question can claim compensation. While the legal basis of the right of compensation of the party under threat is "tort liability" and "culpa in contrahendo liability", the legal basis of the right of compensation of the other party of the contract is the "principle of balancing of sacrifices". In our study, the right of compensation of the party under threat within the scope of culpa in contrahendo liability has been examined.

Literature Review: The right of compensation of the party under threat within the scope of culpa in contrahendo liability has not been adequately examined in Turkish law. There are three monographs, one of which is an unpublished doctoral thesis on the threat written in the Turkish legal literature. These works were written by Harun Demirbaş (published in 2012), Emre K rođlu (published in 2020), and Ahmet Karakocalı (published in 2016). In addition to them, there are two articles written by Mustafa Tiftik (published in 2006) and Müşerref Yakışık (published in 2012) about compensation for the defect in consent. As can be seen, there is currently no study that directly examines the right of compensation of the party under threat within the scope of culpa in contrahendo liability. However, we must say that these studies that we have mentioned, have been frequently cited in our study due to their relevance to our subject.

Methodology and Findings: This study is a research article using mixed research methods. Because, while the subject of the study is being handled, besides the Turkish legal literature, Swiss and German legal literature was also taken into consideration. In addition, relevant judicial decisions are also included in relevant places. The most fundamental conclusion reached in this study is that there are numerous gaps in the legal regulation governing compensation for threats. Because it is not regulated on what legal grounds the party under threat can claim compensation. For this reason, in our study, it has been explained how and under what circumstances the party under threat can claim compensation based on culpa in contrahendo. However, in our study, the issue of what can be claimed as compensation has not been given much.

Conclusions, Limitations, and Recommendation: In cases where the threat comes from the other party of the contract, the party under threat may demand compensation in accordance with the provisions of the Turkish Code of Obligations regarding the tortious act. Due to the fact that, since the threat has an unlawful nature, it also constitutes a tortious act. Similarly, in such cases, the party under threat may seek compensation under culpa in contrahendo. Culpa in contrahendo liability can be briefly identified as the liabilities of parties for the loss they cause mutually due to faulty actions at the pre-contractual negotiations phase, but in order to be able to claim compensation within the scope of culpa in contrahendo, there must be a secondary threat in the concrete case. Compensation cannot be claimed under the culpa in contrahendo in the case of a primary threat. Because in the case of a primary threat, the person under threat is forced to make a contract that he never wanted to make. However, for culpa in contrahendo, the person under threat must already have the intention of entering into a contract. In cases where the threat comes from a third party, the party under threat may demand compensation from the third party, as a rule, according to the provisions on tort, and exceptionally, according to the culpa in contrahendo.

I. GİRİŞ

İrade bozukluğu hallerinden korkutma TBK m.37 ile 38’de yer almaktadır¹. Yine tüm irade bozukluklarında uygulama alanı bulan TBK m.39’da da korkutmaya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Korkutma, kişinin iradesinin oluşumu aşamasındaki bozukluklardan biri olup², korkutulanın iradesi korkutanın yapmış olduğu cebir³ sebebiyle özgür bir düşünce ve karar alma sürecinin sonucunda meydana gelmemektedir⁴.

TBK m.37 ile m.38’de korkutmanın tanımı yapılmamıştır. TBK m.37’de korkutmanın sonuçları, TBK m.38’de ise, korkutmanın şartları düzenlenmiştir. Bununla birlikte söz konusu maddelerden hareket ederek korkutmanın tanımının yapılması mümkündür. Korkutma, bir kişinin (korkutanın), başka bir kişiye (korkutulana), kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesine maruz kalacağını bildirerek, onun bir sözleşme yapmasını kasten ve hukuka aykırı olarak sağlamasıdır⁵.

¹ Korkutma konusunda kapsamlı bilgi için bkz. ETTER, Josef: Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, Freiburg 1954; DEMİRBAŞ, Harun: Türk Borçlar Kanunu’nda Korkutmanın (İkrah) Şartları ve Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2012; KÖROĞLU, Emre: Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma, İstanbul 2020.

² Kişinin iradesinin oluşumu aşamasındaki diğer sakatlıklar saik yanılması ile aldatmadır.

³ TBK m.37 ile 38 anlamında korkutmada korkutulana yönelik manevi bir cebir (vis compulsiva/psychische Zwang) vardır (LARENZ, Karl/WOLF, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004, s.690, N. 27; KELLER, Max/SCHMIED-SYZ, Carole: Analyse Der Willensmängel, Basel/Frankfurt am Main 1995, s.49; ARMBRÜSTER, Christian: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Auflage, München 2018, BGB§123, N. 108; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s.452, N. 1237; OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul 2019, s.118, dpt.245; AKINCI, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 12. Baskı, Konya 2021, s.160). Zira korkutulan her ne kadar korkutmaya maruz kalmış olsa da sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanı yine kendi iradesine dayanmaktadır. Maddi cebirin (vis absoluta/physische Zwang) bulunduğu durumlarda ise, kişinin iradesinin yerine maddi cebiri kullananın iradesi geçtiği, dolayısıyla da maddi cebire maruz kalan kişinin sözleşme kurmaya yönelik olarak herhangi bir iradesi bulunmadığı için, onun tarafından yapılan sözleşme yok hükmünde olmaktadır (ETTER, s.30; EREN, s.452-453, N. 1237; OĞUZMAN/ÖZ, s.118,dpt.245; OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Das Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 1929, OR Art.29, N. 8; VON TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band mit den Registern zu beiden Banden, 3. Auflage, Zürich 1979, s.325; BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1988, s.224; KLAUSBERGER, Kurt: Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 1988, s.39; SCHMIDLIN, Bruno: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mangel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, 2. Auflage, Bern 2013, ORArt29/30, N. 4; SCHWENZER, Ingeborg: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 6. Auflage, Basel 2015, OR Art.29, N. 1; SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, Birinci Cilt, İstanbul 1958 s.275; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s.472, N. 2).

⁴ KLAUSBERGER, s.39; KELLER/SCHMIED-SYZ, s.49; EREN, s.452, N. 1236; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.471, N. 1; LORENZ, Stephan: “Grundwissen-Zivilrecht: Willensmängel”, Juristische Schulung, 2012, s.493; MARTENS, Sebastian: “Das Anfechtungsrecht bei einer Drohung durch Dritte”, Archiv für die civilistische Praxis, 207(3), 2007, s.378; TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Altıncı Bası, İstanbul 1976, s.362.

⁵ Benzer tanımlar için bkz.: OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art.29, N. 1,8; ETTER, s.35,43; LARENZ/WOLF, s.690, N. 26; VON TUHR/PETER, Band I/2, s.325; BUCHER, s.225; SCHMIDLIN, OR Art.29/30, N. 2 vd; SCHWENZER, Basler Kommentar, OR Art.29, N. 3; KLAUSBERGER, s.37; KELLER/SCHMIED-SYZ, s.49; SAYMEN/ELBİR, s.274; EREN, s.452, N. 1234; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.471, N. 1; TUNÇOMAĞ, s.362; OĞUZMAN/ÖZ, s.118, N. 364; DEMİRBAŞ, s.5; BECKER, Hermann: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Bern 1945, OR Art.29, N. 2; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Zürich 2014, s.200, N. 874; KELLER, Max/SCHÖBI, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1988, s.172; BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, 42. neu bearbeitete Auflage, München 2018, s.211, N. 21; HUGUENIN, Claire: Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014, s.167, N. 550; FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2018, s.219, N. 31; SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern 2016, s.298, N. 38.14; KARAKATSANES, Johannes: Die Widerrechtlichkeit in § 123 BGB, Berlin 1974, s.18 vd.; KÖHLER, Helmut: BGB Allgemeiner Teil, 42. Auflage, München 2018, s.89, N. 50; SCHWARZ, Andreas B.: Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, Çev. Bülent Davran, İstanbul 1948, s.323; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 2. Bası, İstanbul 1976, s.164; TEKINAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s.449; ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2019, s.406, N. 1765; TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2016, s.255, N. 832; AKYOL, Şener: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler I, İstanbul 1995, s.298;

TBK m.37 ile m.38'e göre korkutmanın söz konusu olabilmesi için bir kısım şartların bulunması gerekmektedir. Bu şartlar: korkutanın korkutma teşkil eden bir fiilinin bulunması, korkutanın korkutma kastının bulunması, korkutma teşkil eden fiilin korkutulanın kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik olarak yapılmış olması, korkutmanın pek yakın ve ağır bir tehlike arz etmesi, korkutma teşkil eden fiil ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağının bulunması ve korkutmanın hukuka aykırı olmasıdır⁶.

Kanun koyucu yukarıda ifade edilen şartların bulunması kaydıyla, TBK m.37/f.1 ile m.39/f.1'de sözleşmenin diğer tarafının veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucunda sözleşme yapmak zorunda kalan korkutulanın sözleşmeyi iptal edebileceğini⁷, TBK m.39/f.2'de korkutandan tazminat talep edebileceğini ve TBK m.37/f.2'de korkutanın bir üçüncü kişi olduğu durumlarda, sözleşmeyi iptal eden korkutulanın sözleşmenin diğer tarafına tazminat ödemekle yükümlü tutulabileceğini ifade etmektedir. Görüldüğü üzere korkutmanın “sözleşmenin iptali” ve “tazminat” olmak üzere iki sonucu bulunmaktadır.

TBK m.39/f.2'de korkutulanın, TMK m.37/f.2'de ise sözleşmenin diğer tarafının sahip olduğu tazminat hakkının hukuki dayanağının ne olduğu, diğer bir deyişle neye dayanarak, hangi hukuki kurum çerçevesinde tazminat talep edilebileceği açık bir şekilde belirtilmemektedir. Aslında mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu açısından da aynı durum söz konusudur. Nitekim OR Art. 31/Abs. 3'te korkutma sebebiyle bağlayıcı olmayan bir sözleşmenin onaylanmış olmasının tazminat hakkını ortadan kaldırmayacağına, OR Art. 29/Abs. 2'de korkutanın üçüncü kişi olup da diğer tarafın korkutmayı bilmediği veya bilebilecek durumda olmadığı durumlarda, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulanın hakkaniyete uygun bir biçimde diğer tarafın zararlarını tazmin etmekle yükümlü olduğuna yer verilmektedir.

Ayrıca konuyla ilgili olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine yönelik 2020 tasarısındaki (OR 2020 - Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil) düzenlemelere de bakılacak olursa, OR 2020 Art. 44/Abs. 1'de taraflardan birinin, yükümlülüğe aykırı bir davranışla diğer tarafın irade sakatlığına uğramasına, dolayısıyla da korkmasına sebep olursa, sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararları tazmin etmekle yükümlü olduğu, OR 2020 Art. 44/Abs. 3'te üçüncü bir kişi tarafından korkutulanın geçersizliği ileri sürdüğünde diğer tarafın zararlarını hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde tazmin etmesinin gerektiği, ancak diğer tarafın korkutmayı bildiği veya bilmesinin kendisinden beklendiği durumlarda, tazminat istenemeyeceği belirtilmektedir. Görüldüğü üzere İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine yönelik 2020 tasarısının konuyla ilgili hükmü, Türk Borçlar Kanunu ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun mevcut düzenlemeleri ile benzer bir nitelik taşımaktadır.

Gerek Türk Borçlar Kanunu'nda, gerekse İsviçre Borçlar Kanunu'nu ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine yönelik 2020 tasarısında tazminat talebinin hukuki dayanağına açık bir şekilde yer verilmemiş olsa da, doktrine göre, korkutulanın sahip olduğu tazminat

KURŞAT, Zekeriya: “İrade Sakatlıkları”, Prof.Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları I, İstanbul 2014, s.258; KURŞAT, Zekeriya: İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt - I, Genel Hükümler, İstanbul 2018, TBK m.38, N. 1; KARAKOCALI, Ahmet: Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus), Ankara 2016, s.34; Yargıtay 1. HD., 02.03.2015, E. 2014/3673, K. 2015/3079 “İkrah (korkutma), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 37, 38 ve kısmen 39. Maddelerinde belirtildiği üzere bir kimsenin başka bir surette yapmayacak olduğu bir hukuki muameleyi, bir kötülüğün başına geleceği korkusuyla yapmak zorunda bırakılmasıdır.” www.kazanci.com.tr (Erişim: 15.11.2018); Yargıtay 6. HD., 25.02.2010, E. 2009/10994, K. 2010/2082 “İkrah, öğretilde genel olarak kişinin irade serbestisini ihlal suretiyle onu gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunmak zorunda bırakan hukukun caiz görmediği davranışlar olarak tarif edilmiştir.” www.kazanci.com.tr (Erişim: 15.11.2018); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 31.03.2004, E. 2004/3-192, K. 2004/174 “İkrah hukuka aykırı şekilde yapılan tehditle, istenilen irade beyanında bulunmadığı takdirde, bir kimsede bir kötülüğe maruz kalacağı kanaati uyandırılması o kimsenin korkutulmasıdır.” www.kazanci.com.tr (Erişim: 15.11.2018); İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 12. HD., 12.09.2019, E. 2018/1973, K. 2019/1108 “Korkutma, bir kimsenin yapmak istemediği bir hukuki işlemi yapmadığı takdirde kendisinin veya yakınlarının zarara uğrayacağı tehdidiyle sözleşme yapılmasına razı olmasını sağlayan haksız eylemdir.” www.kanunum.com (Erişim: 05.01.2020).

⁶ Korkutmanın şartları ile ilgili kapsamlı bilgi için bkz. DEMİRBAŞ, s.37 vd.; KÖROĞLU, s.79 vd.

⁷ TBK m.37/f.1 ile TBK m.39/f.1'de korkutulanın korkutma sonucunda bir sözleşme yapmak zorunda kaldığı durumlarda “sözleşmeyle bağlı olmadığı” belirtilmiştir. “Sözleşmeyle bağlı olmama” ifadesinin yaptırım olarak ne anlama geldiği ve bunun sözleşme üzerindeki etkisi ile ilgili olarak doktrinde “geçersizlik teorisi”, “bölünmüş geçersizlik teorisi” ve “iptal teorisi” olmak üzere üç teori bulunmakla birlikte tarafımızca “iptal teorisi” benimsenmiştir. İptal teorisi gereğince, sözleşme her ne kadar korkutma altında yapılmış olsa da başlangıçtan itibaren geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bununla birlikte bu geçerlilik durumu süreklilik arz etmemektedir. Korkutulan korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıllık süre içerisinde iptal hakkını kullanırsa, sözleşme geçmişi etkili olarak ortadan kalkar. Çalışmamızdaki açıklamalar bu teori esas alınarak yapılmıştır. Teoriler hakkında kapsamlı bilgi için bkz. KÖROĞLU, s.172 vd.

hakkının hukuki dayanağını “*haksız fiil sorumluluğu*” ile “*culpa in contrahendo sorumluluğu*”⁸, sözleşmenin diğer tarafının sahip olduğu tazminat hakkının hukuki dayanağını ise “*fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi*”⁹ oluşturmaktadır.

Çalışmamızda korkutulanın korkutana karşı culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında sahip olduğu tazminat hakkı ele alınmıştır.

II. KORKUTULANIN CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU KAPSAMINDA SAHİP OLDUĞU TAZMİNAT HAKKI

A. Genel Olarak

Korkutulanın sahip olduğu tazminat hakkı, iptal hakkına bağlı olmayan, ondan bağımsız bir hak niteliğini taşımaktadır. Çünkü korkutulana söz konusu hüküm kapsamında tanınan tazminat hakkı doğrudan korkutma teşkil eden fiile bağlı olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰. Bu sebeple korkutulan, iptal hakkını kullandığı durumların yanında, iptal hakkını kullanmayarak sözleşmeye açık veya örtülü bir şekilde onay verdiği ya da TBK m.39/f.1’de belirtilen bir yıllık süreyi hareketsiz bir şekilde geçirerek sözleşmeyi onamış sayıldığı durumlarda¹¹ da, tazminat hakkını muhafaza edebilmektedir¹².

Korkutulanın sahip olduğu tazminat hakkının korkutmayı gerçekleştiren kişiye göre ikili bir ayırımda ele alınması gerekmektedir. Zira ilk olarak, korkutma teşkil eden fiili sözleşmenin diğer tarafı gerçekleştirebileceği gibi, sözleşmenin tarafı sıfatını üzerinde taşımayan üçüncü bir kişi de gerçekleştirebilir. İkinci olarak, korkutulanın sahip olduğu tazminat hakkının hukuki dayanağı ile sonuçları, korkutma teşkil eden fiilin kimin tarafından gerçekleştirildiğine bağlı olarak değişmektedir. Korkutulan korkutma teşkil eden fiilin sözleşmenin diğer tarafınca yapıldığı durumlarda haksız fiile ilişkin TBK m.49 vd. hükümlere göre zararlarının tazminini isteyebileceği gibi, culpa in contrahendo sorumluluğuna göre de tazminat talep edebilir. Korkutulan korkutma teşkil eden fiilin üçüncü kişi tarafından gerçekleştirildiği durumlarda ise korkutulan kural olarak sadece haksız fiil sorumluluğuna göre zararlarının tazminini isteyebilir. Üçüncü kişinin culpa in contrahendo sorumluluğuna gidemez. Ancak istisnai durumlarda korkutulanın üçüncü kişi korkutandan culpa in contrahendo sorumluluğuna göre zararlarının

⁸ Bu konuda bkz. Hemen aşağıda II. B. vd.

⁹ Doktrine göre sözleşmenin diğer tarafının sahip olduğu tazminat hakkının hukuki dayanağının fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi olmasının temel sebebi TBK m.37/f.2’de yer alan “hakkaniyetin gerektirdiği durumlar” ifadesidir. Buna göre korkutulan ister kusurlu, isterse kusursuz olsun, hakkaniyet gerektiriyorsa, sözleşmeyi iptal etmesi sebebiyle sözleşmenin diğer tarafına tazminat ödemekle yükümlüdür. Aksi takdirde, korkutma teşkil eden fiili bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan, yani korkutmaya tamamen yabancı bir konumda olup, herhangi bir ilgisi olmayan sözleşmenin diğer tarafına bu hak tanınmamış olsaydı, sözleşmenin iptali sebebiyle yaşamış olduğu mağduriyet daha da artmış olacaktı. Bu konuda bkz. KELLER/SCHÖBI, s.175; KELLER/SCHMIED-SYZ, s.54; SCHWENZER, Basler Kommentar, OR Art.29, N. 13; EREN, s.457, N. 1251; KURŞAT, İstanbul Şerhi, TBK m.37, N.6; KURŞAT, İrade Bozuklukları, s.271-272; TİFTİK, Mustafa: “Borç Sözleşmelerinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararların Tazmini”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(3-4), 2006, s.413.

¹⁰ KURŞAT, İrade Sakatlıkları, s.269; KURŞAT, İstanbul Şerhi, TBK m.39, N. 35. BERGER, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, 3. überarbeitete Auflage, Bern 2018, s.344, N.1063; DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009, s.217-218.

¹¹ Doktrinde TBK m.39/f.2 hükmünün korkutulanın sözleşmeye onay verdiği veya onay vermiş sayıldığı her durumda uygulama alanı bulmamasının ve amaca uygun bir sınırlamanın yapılmasının gerektiği belirtilmektedir. Bu kapsamda korkutulan sözleşmeyi iptal etmesi durumunda kendisi aleyhine doğabilecek daha sakıncalı sonuçları engellemek amacıyla sözleşmeye onay vermiş olmalı, yani sözleşmenin iptalinin onun açısından beklenilemez bir hal teşkil etmelidir (VON TUHR/PETER, Band I/2, s.340-341; BUCHER, s.223; SCHWENZER, Basler Kommentar, OR Art.31, N. 22; SAYMEN/ELBİR, s.282; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.470-471, N. 38, s.478, N. 16; TİFTİK, s.410-411; GOTTINI, Melanie/VON DER CRONE, Hans Caspar: “Aufklärungspflicht im Rahmen von Art. 28 OR”, SZW, (4), 2017, s.518; MARTEN, Alfret: Borçlar Kanunu Şerhi, Umumi Nazariyeleri, Çev. Ahmet Cevdet, Ankara 1936, s.42; SAYMEN, Ferit H./KÖPRÜLÜ, Bülent: Medeni Hukuk Dersleri, Cilt II, Borçlar Hukuku, İstanbul 1965, s.108; GÜNDÜZ, Şefika Deren: Olumlu Zarar, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2019, s.46).

¹² BECKER, OR Art.31, N. 14; BUCHER, s.222; SCHMIDLIN, OR Art.31, N. 133,146vd.; FURRER/MÜLLER-CHEN, s.230, N. 72; BERGER, s.344, N. 1063; GOTTINI/VON DER CRONE, s.517; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.456-457; AKYOL, Borçlar Hukuku, s.327; TİFTİK, s.398,411; KURŞAT, İrade Bozuklukları, s.272; KURŞAT, İstanbul Şerhi, TBK m.39, N. 39; CANSSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 2. Baskı, Ankara 2017, s.177, N. 454; İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s.329; YILDIRIM, Mustafa Fadıl: Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Nobel Yayıncılık, Ankara 2002, s.269; KURŞAT, Zekeriya: Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003, s.123; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017, s.287; HELVACI, İlhan: Turkish Contract Law, Springer Verlag, Cham 2017, s.75; ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Borçların Genel Kuralları, Ankara 1983, s.44.

tazminini de talep etmesi mümkündür.

Korkutulanın tazminini isteyebileceği zararlar, iptal hakkını kullanmasına rağmen malvarlığında ortaya çıkan zararlardır¹³. Bununla birlikte korkutulan sözleşmeye onay verdiği veya onay vermiş sayıldığı durumlarda da, kendisi açısından daha iyi şartlarla bir sözleşme yapabileme imkânından yoksun kaldığı için, yaşamış olduğu menfaat kayıplarının tazminini de isteyebilir¹⁴.

Aşağıda öncelikle culpa in contrahendo sorumluluğu hakkında temel bilgilere yer verilmiş olup, sonrasında ise korkutulanın culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında sözleşmenin diğer tarafı korkutan ile üçüncü kişi korkutana karşı sahip olduğu tazminat hakları incelenmiştir.

B. Ana Hatlarıyla Culpa In Contrahendo Sorumluluğu

Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme yapmak üzere görüştükleri sırada, taraflardan birinin veya yardımcılarının, diğer tarafa veya onun koruma alanındaki kişilere, aralarındaki güven ilişkisini kusurlu olarak ihlal ederek vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumlu olmalarıdır¹⁵. Zira taraflar bir sözleşme yapmak amacıyla bir araya geldiklerinde, sözleşmenin içeriği, şartları ve tarafların hak ve yükümlülükleri konularında müzakerelerde bulunurlar. İşte bu müzakereler sırasında taraflar arasında güven ilişkisi kurulmuş olur¹⁶. Bu çerçevede tarafların sözleşme yapmak üzere görüştükleri sırada, sözleşmenin içeriğinin, şartlarının ve hak ve yükümlülüklerinin kapsamına nelerin girdiği hususunda birbirlerini aydınlatması, birbirlerinin kişilik hakları ile malvarlığına yönelik herhangi bir zarar verici fiilden kaçınmaları, bu konuda gerekli özeni göstermeleri ve koruma yükümlülüklerine uygun davranmaları gerekmektedir¹⁷. Taraflardan biri, sözleşme görüşmeleri sırasında bu yükümlülüklerden birine kusurlu bir şekilde aykırı olarak hareket ederse, artık aralarındaki güvene zarar verdiği için ortaya çıkan zararları culpa in contrahendo sorumluluğuna göre tazmin etmelidir¹⁸.

Culpa in contrahendo sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu ile diğer kanunlarda açık bir şekilde düzenlenmemiştir¹⁹. Bu bakımdan culpa in contrahendo sorumluluğu kaynağını dürüstlük kuralına ilişkin TMK m.2'den almaktadır²⁰.

Doktrinde culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte,

¹³ VON TUHR/PETER, Band I/2, s.339.

¹⁴ VON TUHR/PETER, Band I/2, s.340-341; OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art.31, N. 33; BECKER, OR Art.31, N. 16; BUCHER, s.223.

¹⁵ LARENZ/WOLF, s.593, N.3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, s.219, N. 963; EREN, s.1264, N. 3529; DEMİRCİOĞLU, s.43; VON TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Erste Lieferung, 3. Auflage, Zürich 1974, s.193; GONZENBACH, Rainer: Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987, s.3,7,13; GEZDER, Ümit: Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009, s.13; YALMAN, Süleyman: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s.38.

¹⁶ GONZENBACH, s.71; EREN, s.1265, N.3529; BAYGIN, Cem: "Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1-2), 2000, s.345. Aynı yönde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 01.12.2010, E.2010/13-593, K.2010/623 "... sözleşme bir süreç olup, bir anda kurulup meydana gelen bir hukuki işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce de taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yapar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Bu görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi, diğer bir deyişle birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni gösterme ve koruma yükümlülükleri doğar." www.kazanci.com.tr (Erişim: 20.12.2021).

¹⁷ CANSER, Erol/ÖZEL, Çağlar: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 2. Baskı, Ankara 2017, s.315, N. 920; YALMAN, s.37. Yargıtay 13. HD, 29.09.2010, E.2010/2762 K.2010/12361 "... sözleşme yapmak amacı ile sosyal temasa giren kişiler bu andan itibaren aralarında kurulan ilişkinin her safhasında birbirlerine zarar vermemek için her türlü özeni göstermek, gerekli çabayı sarf etmek zorundadırlar." www.kazanci.com.tr (Erişim: 20.12.2021).

¹⁸ GONZENBACH, s.7; EREN, s.1265, N. 3529.

¹⁹ Alman Medeni Kanunu'nda ise culpa in contrahendo sorumluluğu BGB § 241 ile § 311'te açık bir şekilde düzenlenmektedir.

²⁰ KELLER/SCHÖBI, s.39; GONZENBACH, s.71; EREN, s.1265, N. 3529; YALMAN, s.37; NOMER, Halûk N.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul 2021, s.459, N. 203; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara 2021, s.641, 642; AKÇAAL Mehmet: Sözleşme Sonrası Sorumluluk, 1. Baskı, Konya 2018, s.73. Yargıtay 19. HD, 01.12.2005, E. 2005/2865 K. 2005/11959 "... talebin dayanağı "akit görüşmelerinden doğan sorumluluk" (Culpa In Contrahendo) kuralıdır. Akit bir süreçtir. Taraflar akit kurulmadan önce akdin içeriği, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yapar. Bu görüşmelerin başlaması ile taraflar arasında hukuki ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir ve (MK.2/1) de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre taraflar görüşmeler esnasında akdin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekir. Taraflar bu yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlaması ile aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar." www.kazanci.com.tr (Erişim: 20.12.2021).

kanaatimizce culpa in contrahendo sorumluluğu sözleşme sorumluluğu veya sözleşme benzeri bir sorumluluktur²¹. Zira bir sözleşme yapmak amacıyla görüşmelerin, buna bağlı olarak da müzakerelerin başlamasıyla birlikte taraflar arasında bir güven ilişkisi meydana gelmektedir. Buna bağlı olarak da, görüşmelere başlanan sözleşmenin kurulup kurulmaması fark etmesizin, tarafların birbirlerine karşı özen gösterme yükümlülükleri, birbirlerini aydınlatma ve koruma yükümlülükleri ile doğabilecek zararları önleme yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Bu yükümlülüklerden birinin ihlali ise, aynen taraflar arasında kurulup, hüküm ve sonuçlarını doğuran bir sözleşmeden doğan sorumlulukta olduğu gibi sözleşme sorumluluğuna yol açmaktadır.

C. Sözleşmenin Diğer Tarafının Korkutmasında Korkutulanın Culpa In Contrahendo Kapsamında Sahip Olduğu Tazminat Hakkı

Korkutmayı sözleşmenin diğer tarafı yapabilir. Ancak sözleşmenin diğer tarafının korkutmayı bizzat kendisinin gerçekleştirmesi şart değildir. Sözleşmenin diğer tarafı bu hususta temsilcilerden veya yardımcı kişilerden yararlanabilir. Bu kişilerin faaliyetleri ile işlemleri de sözleşmenin diğer tarafının faaliyeti ile işlemleri olarak kabul edilir²².

Korkutma sözleşmenin diğer tarafınca veya onun temsilcileri ya da yardımcıları tarafından yapıldığı durumlarda, korkutulan haksız fiile ilişkin TBK m.49 vd. hükümleri gereğince zararının tazminini isteyebilir²³. Zira korkutulanın korkutma teşkil eden fiili korkutulanın irade özgürlüğünü ihlal etmekte, bu da korkutmanın hukuka aykırı bir nitelik taşımasına sebep olmaktadır.

Korkutulan, sözleşmenin diğer tarafının culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde de sorumluluğuna gidebilmekte ve zararlarının tazminini sağlayabilmektedir²⁴. Çünkü burada

²¹ Aynı yönde, BECKER, OR Art.26, N. 11, Art.39, N. 5; VON TUHR/PETER, Band I/1, s.192vd.; GONZENBACH, s.82; EREN, s.1268, N. 3535; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.979; YALMAN, s.83.

Bu görüşün dışında doktrin tarafından iki görüş daha ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden birincisine göre, culpa in contrahendo sorumluluğu hukuki niteliği itibarıyla haksız fiil sorumluluğu teşkil etmektedir. Çünkü sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar her ne kadar müzakerelerde bulunsalar da, bu aşamada aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi meydana gelmemektedir (Bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art.26, N. 11; KELLER/SCHÖBI, s.42 vd.; KILIÇOĞLU, s.124).

Doktrindeki görüşlerden diğerine göre ise, culpa in contrahendo sorumluluğu ne bir haksız fiil sorumluluğu, ne de bir sözleşme sorumluluğu değildir. Culpa in contrahendo sorumluluğu hukuki niteliği itibarıyla kendine özgü bir sorumluluktur (BUCHER, s.286; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, s.222, N. 978vd.; GEZDER, s.97-98). Ancak bu görüşü benimseyenler sorumluluğun hukuki dayanağının ne olduğu hususunda ayrılmaktadırlar. Doktrinde Bucher²¹ ile Gauch/Schluemp/Schmid²¹, culpa in contrahendo sorumluluğunun kendine özgü bir sorumluluk niteliğini taşıdığı belirtmekle birlikte sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin kuralların uygulanacağını belirtmektedirler (BUCHER, s.286 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, s.223, N. 981). Doktrinde Jäggi ise, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği belirlerken her somut olayın durum ve şartlarının dikkate alınması gerektiğini, buradan hareketle culpa in contrahendo sorumluluğunda haksız fiile veya sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulama alacağını ifade etmektedir (SCHÖNENBERGER, Wilhelm/JÄGGI, Peter: Obligationenrecht, Teilband VIa, Dritte Auflage, Zürich 1973, OR Art.1, N. 591vd.; JÄGGI, Peter: “Zum Begriff Der Vertraglichen Schadenersatzforderung”, Festgabe für Wilhelm Schöenberger, Freiburg 1968, s.193vd.).

²² Kimlerin üçüncü kişi korkutan olduğu hakkında kapsamlı bilgi için bkz. KÖROĞLU, s.157vd.

²³ KELLER/SCHMIED-SYZ, s.53; KELLER/SCHÖBI, s.165; SCHMIDLIN, OR Art.31, N. 138; FURRER/MÜLLER-CHEN, s.229-230, N. 71; BERGER, s.344, N. 1062; GOTTINI/VON DER CRONE, s.517; EREN, s.456, N.1250; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, s.478, N. 16; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.456; AKYOL, s.326; ANTALYA, s.413, N. 1809; KILIÇOĞLU, s.288; YILDIRIM, Hile, s.266; KURŞAT, Hile, s.123vd., özellikle s.128; KURŞAT, İrade Sakatlıkları, s.273; KURŞAT, İstanbul Şerhi, TBK m.39, N. 42,44; TİFTİK, s.412; GÜMÜŞ, s.361; GEZDER, s.149, dpt.42; DEMİRCİOĞLU, s.220-221; TERCİER/PİCHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.256, N. 835; KARAKOCALI, s.129-130; KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2017, s.326, N. 14.173; BLUMER, Maja: Kurz Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1-1186 OR, Basel 2014, OR Art.31, N. 10; DASSER, Felix: Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, OR Art.31, N. 23; BİRSEN, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri, 4. Bası, İstanbul 1967, s.87; SARIGÖLLÜ, Ersin: “İrade Sakatlıklarının Sonuçları”, Adalet Dergisi, (1), 1987 s.36; AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara 2016, s.229; ERDOĞAN, İhsan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2017, s.95; ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s.173; GÜL, İbrahim: İrade Bozukluğunun Sonucu Olarak İptal Edilebilirlik, Ankara 2020, s.247; FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2021, s.238, N. 623; ÜNLÜTEPE, Mustafa: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2021, s.116; YAKIŞIK, Müşerref: “İrade Sakatlığına Bağlı Olarak Tazminat Talebi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (10), 2012, s.293.

²⁴ VON TUHR/PETER, Band I/2, s.339; KELLER/SCHÖBI, s.41; BUCHER, s.280; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, s.201, N. 886; SCHWENZER, Basler Kommentar, OR Art.31, N. 23; SCHMIDLIN, OR Art.31, N. 142 vd.; KOLLER, s.326, N. 14.173; BLUMER, OR Art.31, N. 10; DASSER, OR Art.31, N. 23; FURRER/MÜLLER-CHEN, s.229-230, N. 71; BERGER, s.344, N. 1062; GOTTINI/VON DER CRONE, s.517; TUNÇOMAĞ, s.377; OĞUZMAN/ÖZ, s.121, N. 374, s.506, N. 1553; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, s.478, N. 16; SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm,

sözleşmenin diğer tarafı korkutan, korkutulan ile sözleşmenin yapılması hususunda müzakerelerde bulunurken korkutma teşkil eden fiilde bulunduğu için kusurlu bir şekilde hareket etmekte, buna bağlı olarak da korkutulana zarar vermekten kaçınma yükümlülüğüne aykırı bir davranış sergilemiş olmaktadır. Başka bir deyişle korkutmanın sonucunda bir sözleşme yapmak amacıyla bir araya gelen kişilerin arasında bulunması gereken güven ilişkisi ihlal edilmiş olmaktadır²⁵.

Sözleşmenin diğer tarafı korkutanın culpa in contrahendo'ya göre tazminat sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, korkutma sözleşme görüşmeleri ile müzakerelerinin yapılmasının sebebini oluşturmamalıdır (aslı korkutma)²⁶. Zira korkutma teşkil eden fiilin sözleşme görüşmeleri ile müzakerelerinin yapılmasının sebebi olduğu durumlarda, korkutulan aslında sözleşmenin diğer tarafı korkutan ile hiçbir şekilde sözleşme yapmak istememektedir. Yani korkutulan korkutma olmasa, sözleşmenin diğer tarafı korkutan ile sözleşme görüşmeleri ile müzakerelerinde bulunmaz ve onunla bir araya gelmez²⁷. Bunun sonucunda ise, culpa in contrahendo sorumluluğunun ortaya çıkmasına sebep olan haklı güvenin ihlal edilmesinden bahsedilemez. Gerçekten de, tarafların sözleşme görüşme ile müzakerelerinde bulunma amacının bulunmadığı durumlarda, korkutulanın istenilen sözleşmeyi yapması, aksi takdirde kendisinin veya yakınlarından birinin bir zarar tehlikesi ile karşı karşıya kalacağına belirtilmesi, korkutulanda her türlü sakatlıktan uzak bir sözleşme yapılıp, hüküm ve sonuçlarını doğuracağına dair haklı bir güvenin oluşmasına sebep olmamaktadır²⁸. Böyle durumlarda sözleşmenin diğer tarafı korkutanın sadece haksız fiil esasına dayanan tazmin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.

Korkutulan ile sözleşmenin diğer tarafı korkutan zaten sözleşme yapmak için görüşme ve müzakerelerde bulunacaklardı (fer'î korkutma) ise, işte artık bu tür durumlarda sözleşmenin diğer tarafı korkutanın culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında da korkutulananın zararlarını tazmin yükümlülüğü ortaya çıkabilmektedir²⁹. Nitekim taraflar korkutma olmadan önce de sözleşme yapmak için biraraya gelmeyi planladıkları için zaten aralarında haklı bir güven ilişkisi bulunmaktadır³⁰. Bununla birlikte sözleşmenin diğer tarafı korkutan görüşmeler ve müzakereler sırasında korkutmada bulunarak bu haklı güvene zarar vermektedir³¹.

Korkutulananın haksız fiilin yanında şartları da oluşmuşsa -ki bunun için yukarıda da belirttiğimiz üzere fer'î korkutma söz konusu olmalıdır- culpa in contrahendo'ya göre tazminat talep edebilmesinin sonucunda şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Korkutulan isterse haksız fiile göre, isterse culpa in contrahendo çerçevesinde sözleşmenin diğer tarafından zararlarının tazminini isteyebilmektedir³². Dolayısıyla burada sözleşmenin diğer tarafının sorumluluğunun dayanağını oluşturan sebepler arasında bir yarışma bulunmaktadır. Korkutulan bunlardan birini

Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Baskı, İstanbul 2016, s.255-256, N. 2; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.256, N. 835; CANSER/ÖZEL, s.177, N. 455; AKYOL, Borçlar Hukuku, s.327; ANTALYA, s.413, N. 1809; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.121,287; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, s.238, N. 623; GÜMÜŞ, s.361; YALMAN, s.43; SARIGÖLLÜ, s.36; KURŞAT, Hile, s.123 vd., özellikle s.128; KURŞAT, İrade Sakatlıkları, s.273; KURŞAT, İstanbul Şerhi, TBK m.39, N. 42,44; NOMER, s.109, N. 68.2, s.461, N. 203.6; TİFTİK, s.412; HELVACI, s.74; KARAKOCALI, s.129-130; DEMİRCİOĞLU, s.215; ÜNLÜTEPE, s.116; GÜL, s.247; RUMPF, Christian: "Borçlar Hukuku Sorunlarından: Culpa In Contrahendo Müesseseye Mukayeseli Genel Bir Bakış", İsviçre Borçlar Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, İstanbul 2007, s.169; KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008, s.106; BAYGIN, s.358-359. Doktrinde Ergüne, TBK m.39/f.2'nin korkutmaya bağlı olarak ortaya çıkan culpa in contrahendo sorumluluğunu dolaylı bir şekilde işaret ettiğini, bu sebeple culpa in contrahendo sorumluluğunun TBK m.39/f.2'de düzenlendiğini söylemenin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. ERGÜNE, Mehmet Serkan: "Culpa In Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini", Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s.919,dpt.21.

²⁵ KURŞAT, İstanbul Şerhi, TBK m.39, N. 44; DEMİRCİOĞLU, s.221; KALKAN OĞUZTÜRK, s.106.

²⁶ DEMİRCİOĞLU, s.221.

²⁷ DEMİRCİOĞLU, s.221.

²⁸ DEMİRCİOĞLU, s.221.

²⁹ SCHMIDLIN, OR Art.31, N. 143; DEMİRCİOĞLU, s.221.

³⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13.02.2013, E.2012/13-1220, K.2013/239 "... sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana gelir ve bu ilişki koruma yükümlerini de içerir. Bundan dolayı sözleşme görüşmelerinde taraflardan herbiri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun himayesinde bulunan kişilerin şahıs ve mal varlıklarına zarar vermeyi engellemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek ve koruma yükümlerine uymak zorundadırlar. Çünkü koruma yükümleri, ifa menfaati dışında kalan diğer şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar vermemeyi ihtiva eder. Sözleşme öncesi koruma yükümlerinin ihlali, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet verir." www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.06.2020).

³¹ SCHMIDLIN, OR Art.31, N. 143; DEMİRCİOĞLU, s.221.

³² KURŞAT, Hile, s.128; KARAKOCALI, s.130; DEMİRCİOĞLU, s.281. Bu konuda ayrıca bkz. HATEMİ, Hüseyin: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İkinci Cilt, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş İkinci Baskı, İstanbul 1998, s.127, N. 1 vd.

tercih ederken, kendi menfaatlerine en uygun olanı seçerek sözleşmenin diğer tarafından zararlarının tazmini sağlayabilir³³. Çünkü korkutulanın haksız fiile veya culpa in contrahendoya göre zararlarının tazminini istemesi durumunda uygulanacak hükümler açısından bazı önemli farklılıklar söz konusu olmaktadır.

İlk olarak, korkutulan haksız fiil sorumluluğu kapsamında zararlarının tazminini isterse, TBK m.50/f.1 gereğince kendisi korkutulanın kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda kalacak iken, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında zararlarının tazminini isterse, TBK m.112 gereğince korkutulan kusursuz olduğunu ispat etmek zorunda kalacaktır.

İkinci olarak, haksız fiil kapsamında zararların tazmininin istenmesi zamanaşımına ilişkin TBK m.72 hükmünün uygulanma alanı bulmasına yol açacak, bunun sonucunda da tazminat istemi, korkutulanın zararını ve korkutulanı öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde korkutmanın yapıldığı tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. Culpa in contrahendo sorumluluğunda ise, zamanaşımı hususunda TBK m.146 hükmü uygulama alanı bulacak ve korkutulanın tazminat talebi on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

Son olarak, korkutma teşkil eden fiilin yardımcı kişiler tarafından gerçekleştirildiği durumlarda, eğer korkutulan, haksız fiile ilişkin hükümlere başvurursa, yardımcı kişilerle ilgili olarak TBK m.66 hükmü dikkate alınacaktır. Buna karşılık culpa in contrahendoya göre hareket edecek olursa, TBK m.116 hükmü uygulanacaktır.

Korkutulanın culpa in contrahendo çerçevesinde zararlarının tazminini istediği durumlarda, ilgili zararlar malvarlığında ortaya çıkan menfi zararlardan oluşmaktadır³⁴. Menfi zarar, korkutulanın malvarlığının sözleşmenin iptal edilmesinden sonra gösterdiği durum ile böyle bir sözleşme yapılmamış olsaydı göstereceği durum arasındaki farktan meydana gelmektedir³⁵.

Korkutulanın sözleşmenin diğer tarafından talep edebileceği menfi zararların kapsamına, sözleşmenin yapılması için harcanan paralar, edimin ifası ile diğer tarafın ediminin kabulü için yapmış olduğu masraflar, üçüncü kişilere ödenen tazminatlar ile cezai şartlar, üçüncü kişiler ile daha iyi şartlar altında başka bir sözleşme yapma imkânını kaybetmiş ise, söz konusu sözleşmeye ilişkin kazanç kayıpları ve sair zararlar girmektedir³⁶.

Korkutulanın menfi zararlarının tazmin edilmesiyle birlikte, korkutulan sözleşmeyi hiç yapmamış olsaydı, malvarlığı hangi durumda olacak idiye, o duruma gelmiş olmaktadır. Keza korkutulanın sözleşmeye onay verdiği veya vermiş sayıldığı durumlarda da korkutmaya bağlı olarak ortaya çıkan ve onaya rağmen ortadan kalkmamış olan zararların da menfi zarar kapsamında tazmin edilmesi mümkündür³⁷. Ancak belirtmemiz gerekir ki, korkutulanın sözleşmeyi onayladığı veya onaylamış sayıldığı durumlarda, sözleşme geçerliliğini devam ettireceği için, korkutulanın menfi zararlarının tazminini culpa in contrahendoya göre mi, yoksa sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere göre mi isteyeceği sorusu gündeme gelebilir. Ancak

³³ Kocayusufpaşaoğlu'na göre, korkutulanın zararlarının tazminini haksız fiil esasına göre istemesine rağmen, HMK m.33 gereğince dava dilekçesinde yer alan olaylara uygulanacak hukuk kurallarını re'sen araştırılması gerekeceği için, eğer korkutulan için daha elverişli bir sonuç elde edilecekse, hâkim korkutulanın talebiyle bağlı olmayıp, culpa in contrahendo ilkesi çerçevesinde tazminata hükmedebileceklerdir. Bu konuda bkz.: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.469-470, N. 35, s.478, N. 16. Buna karşılık Kurşat ve Gümüş, korkutulan zararlarının tazminini hangi hukuki sebebe (haksız fiil veya culpa in contrahendo) dayanarak istemişse, hâkimin ancak o hukuki sebebe göre karar verebileceğini; korkutulan hukuki sebeplerden herhangi birini tercih etmemişse, hâkimin TBK m.60 kapsamında kendi uygun bulacağı hukuki sebebi esas alarak karar verebileceğini belirtmektedir. Bkz. KURŞAT, İrade Sakatlıkları, s.273,dpt.111; KURŞAT, İstanbul Şerhi, TBK m.39, N. 45; GÜMÜŞ, s.361.

³⁴ VON TUHR/PETER, Band I/2, s.340; OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art.31, N. 34; BECKER, OR Art.31, N. 16; KELLER/SCHÖBI, s.165; BUCHER, s.223; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, s.198-199, N. 870, s.201, N. 886; SCHWENZER, Basler Kommentar, OR Art.31, N. 23; TUNÇOMAĞ, s.377-378; RUMPF, s.176; GOTTİNİ/VON DER CRONE, s.516; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.469, N. 35, s.478, N. 16; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.456-457; İNAN/YÜCEL, s.329,332; NOMER, s.109, N.68.2; KURŞAT, Hile, s.131; KURŞAT, İrade Sakatlıkları, s.273-274; KURŞAT, İstanbul Şerhi, TBK m.39, N. 46; TİFTİK, s.411; ERGÜNE, Olumlu Zararın Tazmini, s.919,dpt.21; ERGÜN, s.143; ÜNLÜTEPE, s.116; BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s.301; GÜNERGÖK Özcan/KAYIHAN Şaban: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, İstanbul 2020, s.144; ERGÜN, Ömer: "Menfi Zarar", Prof.Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı, (80. Yıl Sempozyumu Tebliğleri), İstanbul 2018, s.143.

³⁵ VON TUHR/PETER, Band I/1, s.79; ERGÜN, s.132,134,146 vd. Ayrıca bkz. YILDIRIM, Mustafa Fadıl/BAŞPINAR, Veysel: "Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayırımı", Prof.Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.1096-1097.

³⁶ Bu konuda kapsamlı bilgi için bkz.: ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.288 vd.; Ayrıca bkz. ERGÜN, s.145 vd.

³⁷ OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art.31, N. 33; BUCHER, s.223; KURŞAT, İstanbul Şerhi, TBK m.39, N. 47; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.315; Aldatma açısından aynı yönde, TİFTİK, s.411; KURŞAT, Hile, s.134-135.

korkutma teşkil eden fiil, henüz taraflar arasında sözleşmenin söz konusu olmadığı bir aşamada yapıldığı, buna bağlı olarak da sözleşmeye aykırılık bulunmadığı için, sözleşmenin geçerliliğini devam ettirmesine rağmen tazminat talebinin hukuki sebebinin culpa in contrahendo oluşturur. Kaldı ki, culpa in contrahendo sorumluluğunda da sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümler uygulanacağı için aslında değişen bir şey de olmaz³⁸.

Korkutulanın sözleşmeye onay verdiği veya vermiş sayıldığı durumlarda sözleşmenin iptalinden farklı bir tazminat hesabının yapılması gerekmektedir. Şöyle ki, sözleşmenin iptali durumunda korkutulanın iptal ile giderilememiş olan zararlarının tazmini söz konusudur³⁹. Hâlbuki onaya rağmen talep edilen tazminatta ise, korkutulanın sözleşmeyi elverişsiz şartlar altında yapmış olması sonucunda ortaya çıkmış olan zararları tazmin edilmektedir. Bu çerçevede korkutulan, korkutma sonucunda daha iyi şartlar altında yapma imkânını kaybetmiş olduğu sözleşme ile elverişsiz şartlar altında yapmış olduğu sözleşme arasındaki farktan kaynaklanan zararını tazminat olarak talep edebilir⁴⁰.

Korkutulan culpa in contrahendo çerçevesinde kural olarak korkutmaya bağlı olarak ortaya çıkan müspet zararlarının tazminini ise isteyemez. Bununla birlikte bazı durumlarda, korkutulanın korkutma dolayısıyla uğramış olduğu zararlar sözleşmenin diğer tarafından talep edebileceği menfi zararlarını aşmış olabilir. Bu tür durumlarda istisnaen TBK m.35/f.2 kıyasen uygulama alanı bulabilir⁴¹. Zira TBK m.35/f.2 düzenlemesine sadece yanılmayla ilgili olarak kanunda yer verilmiş olması, kanun koyucunun korkutma yönünden sorunu olumsuz bir şekilde çözmek istediği anlamına gelmemektedir⁴². Yanılanı kendisinden kaynaklanan yanılığınca dolayı sorumluluk altına sokan bir hukuk sisteminde, aynı kuralın sözleşmenin diğer tarafı sıfatını taşıyan korkutana karşı da evleviyetle uygulanmasından daha doğal bir şey olamaz⁴³. Buna göre, hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak şartıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir (TBK m.35/f.2)⁴⁴. Burada TBK m.35/f.2 hükmünde “*ifadan beklenen yararı aşmamak*” ifadesi ile kastedilen aslında müspet zarardır⁴⁵.

Korkutulanın TBK m.35/f.2 kapsamında tazmin edilecek zararının üst sınırını, ifadan beklenen yarar oluşturmaktadır. Hâkim daha fazla tazminata hükmetmeyi gerek gördüğü durumlarda, menfi zarardan daha fazla tazminata karar verebilir, ancak tazminat miktarını belirlerken müspet zararı aşamaz⁴⁶. Dolayısıyla hâkimin, korkutulanın müspet zararlarının tamamının tazminini sağlaması zorunlu değildir. Hâkimin hakkaniyetin gerektirdiği oranda müspet zarar kapsamına giren maddi kayıpların tazminini sağlaması yeterlidir. Hâkim TBK m.51-52’de kendisine tanınmış olan takdir yetkisi gereğince, korkutulanın müspet zararının altında

³⁸ KURŞAT, İrade Sakatlıkları, s.273, dpt.108.

³⁹ KURŞAT, İrade Sakatlıkları, s.274; KURŞAT, İstanbul Şerhi, TBK m.39, N. 47; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.315. Aldatma açısından aynı yönde, TİFTİK, s.411; KURŞAT, Hile, s.135.

⁴⁰ OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art.31, N. 33; BUCHER, s.223; OĞUZMAN/ÖZ, s.131, N. 407 ve dpt.308; KURŞAT, İrade Sakatlıkları, s.274; KURŞAT, İstanbul Şerhi, TBK m.39, N. 47; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.315-316; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ÖZDEMİR, Refet: Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Ankara 1987, s.81. Aldatma açısından aynı yönde, TİFTİK, s.411; KURŞAT, Hile, s.135.

⁴¹ BECKER, OR Art.31, N. 17; BUCHER, Obligationenrecht, s.223,dpt.106; SCHWENZER, Basler Kommentar, OR Art.31, N. 23; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, s.198-199, N. 870; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.470, N. 36, s.478, N. 16; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.174; ERGÜNE, Olumlu Zararın Tazmini, s.919 ve dpt.21; GÜL, s.255; GÜNDÜZ, s.210.

⁴² ERGÜNE, Olumlu Zararın Tazmini, s.919.

⁴³ BECKER, OR Art.31, N. 17; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.470, N. 36, s.478, N. 16; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.174; ERGÜNE, Olumlu Zararın Tazmini, s.919.

⁴⁴ Ergüne TBK m.35/f.2 hükmünün müspet zararın, menfi zarardan daha fazla olduğu durumlarda anlam taşıdığını belirtmektedir. Bu sebeple menfi zarar müspet zarardan fazla olursa, TBK m.35/f.2’nin şartları gerçekleşmiş olsa dahi hâkim, müspet zarara değil, menfi zarara hükmetmelidir. Çünkü aksine bir uygulama, TBK m.35/f.2’nin konuluş amacına ve hakkaniyete aykırılık teşkil eder. Bkz. ERGÜNE, Olumlu Zararın Tazmini, s.918.

⁴⁵ VON TUHR/PETER, Band I/2, s.316-317; BECKER, OR Art.26, N. 5; KELLER/SCHÖBI, s.170-171; BUCHER, s.218; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, s.193, N. 850; SCHWENZER, Basler Kommentar, OR Art.26, N. 7; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s.69; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.440; OĞUZMAN/ÖZ, s.112, N. 344; NOMER, s.105, N. 62; YALMAN, s.42; KURŞAT, İrade Sakatlıkları, s.271; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.156; GEZDER, s.200; DEMİRCİOĞLU, s.265; ÖZ, Turgut: “Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, s.23; YILDIRIM, Mustafa Fadil: “Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlığı Halleri”, Prof.Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s.941; BUZ, Vedat: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Değerlendirilmesi”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, I. Cild, Ankara 2017, s.206.

⁴⁶ TURAN BAŞARA, Gamze/BAŞARA, İzzet: “Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları”, Prof.Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt I, Ankara 2010, s.343. TBK m.35/f.2 hükmü ile ilgili eleştiri için bkz. YILDIRIM, İrade Sakatlığı, s.941 vd.

kalan bir tazminata karar verebilir⁴⁷. Ancak korkutmada sözleşmenin yapılmasına korkutan sebep olduğu için, hâkimin bu konudaki takdir yetkisine çok istisnai durumlarda başvurması isabetli olacaktır⁴⁸. Örneğin, korkutulanın ekonomik durumu korkutana göre çok iyiye ve de buna ek olarak zararın artmasında korkutulanın da bir katkısı bulunuyorsa, hâkim tarafından daha az tazminata hükmedilebilir.

D. Üçüncü Kişinin Korkutmasında Korkutulanın Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Kapsamında Sahip Olduğu Tazminat Hakkı

Korkutma teşkil eden fiil üçüncü bir kişi tarafından da gerçekleştirilebilir^{49,50}. Korkutmada, korkutma sonucu yapılan sözleşmenin diğer tarafı konumunda olmayan veya sözleşmenin kurulması sırasında temsilci ya da yardımcı kişi sıfatı ile katılmamış olan diğer bütün kişiler üçüncü kişi niteliğini taşımaktadırlar⁵¹.

Korkutma üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilir ve sözleşmenin diğer tarafının da korkutmaya herhangi bir ilgisi bulunmaz ise, üçüncü kişi korkutulanın tazminat sorumluluğunun dayanağını sadece haksız fiile ilişkin hükümler oluşturur; burada culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilemez⁵². Zira bu ihtimalde üçüncü kişi korkutulanın korkutma sebebiyle yapmak zorunda kaldığı sözleşme ilişkisinin tamamen dışında yer almakta olup, korkutulanla arasında sözleşmeye dayalı herhangi bir hukuki ilişki bulunmamakta, sözleşme görüşmeleri ile müzakerelerine katılmaktadır. Culpa in contrahendo sorumluluğu ise, bir sözleşme yapmak üzere bir araya gelen kişilerin arasında ortaya çıkan sözleşme öncesi güven ilişkisine verilen zararlar da uygulama alanı bulmaktadır.

İstisnai olarak üçüncü kişi ile korkutulan arasında yakın işleme dayalı bir ilişki durumu ortaya çıkmış ve korkutulan bunun etkisinde kalmış olabilir⁵³. Diğer bir deyişle, üçüncü kişi her ne kadar korkutulanın yapmak zorunda kaldığı sözleşmenin tarafı olmasa da, korkutulan ile aralarında başka bir sözleşmeye ilişkin görüşmeler ve buna dayalı müzakereler yapılmış olabilir⁵⁴. Dikkat edilmesi gereken husus, üçüncü kişi burada korkutulanın kendisiyle sözleşme yaptığı kişinin temsilcisi veya yardımcısı konumunda değildir. Üçüncü kişi iyiniyetli sözleşmenin diğer tarafından tamamen bağımsız bir şekilde hareket etmektedir⁵⁵. Üçüncü kişinin korkutulanın sözleşme yaptığı tarafla bir bağımlılığının bulunduğu durumlarda, diğer tarafın korkutması ortaya çıkmaktadır.

Üçüncü kişinin sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen sözleşmeye ilişkin görüşmeler ile müzakerelerde yer alması durumunda, korkutulan ile üçüncü kişi arasında yakın işleme dayalı ilişki meydana gelmektedir. Bunun sonucunda da üçüncü kişi ile korkutulan arasında TMK m.2

⁴⁷ VON TUHR/PETER, Band I/2, s.317; OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art.26, N. 15; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.440; OĞUZMAN/ÖZ, s.112, N. 344; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.166; ERGÜNE, Olumlu Zararın Tazmini, s.918.

⁴⁸ Doktrinde Gül ise, müspet zararın tazminine indirim yapılmaksızın karar verilmesinin yerinde olacağını belirtmektedir. Bkz. GÜL, s.255.

⁴⁹ Kimlerin üçüncü kişi korkutan olduğu hakkında kapsamlı bilgi için bkz. KÖROĞLU, s.162vd.

⁵⁰ SCHWARZ, s.325; SAYMEN/ELBİR, s.273,277; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.451; EREN, s.456, N. 1249; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.477, N. 13; CANSSEL/ÖZEL, s.177, N. 454; İNAN/YÜCEL, s.332; ANTALYA, s.406, N. 1769; AKYOL, s.287,325; AYAN, s.227; REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul 2013, s.129; DOĞAN Murat/ŞAHAN, Gökhan/ATAMULU, İsmail: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2021, s.149.

⁵¹ BECKER, OR Art.28, N. 14, Art.29, N. 8; VON TUHR/PETER, Band I/2, s.323; ETTER, s.44-45; SAYMEN/ELBİR, s.273; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s.72, N. 6; FEYZİOĞLU, s.160; YILDIRIM, Hile, s.143; KURŞAT, Hile, s.44; KURŞAT, İstanbul Şerhi, TBK m.36, N. 4,dpt.60; DEMİRBAŞ, s.41; KARAKOCALI, s.59; BGE 40 II 541; BGE 42 II 541; BGE 63 II 78.

⁵² KELLER/SCHMIED-SYZ, s.53; SCHWENZER, Basler Kommentar, OR Art.29, N. 13; TUNÇOMAĞ, s.377; EREN, s.456-457, N. 1250; OĞUZMAN/ÖZ, s.121, N. 374; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.478, N. 16; AKYOL, s.327; NOMER, s.109, N. 68.2; TERCİER/PİCHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.256, N. 835; CANSSEL/ÖZEL, s.177, N. 455; ANTALYA, s.413, N. 1809; AYAN, s.227-228, 229; SARIGÖLLÜ, s.36; KURŞAT, Hile, s.129; KURŞAT, İrade Sakatlıkları, s.274; KURŞAT, İstanbul Şerhi, TBK m.39, N. 48; TİFTİK, s.412; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.175; ERGÜNE, Olumlu Zararın Tazmini, s.919,dpt.21; HELVACI, s.74; GEZDER, s.149,dpt.42; KARAKOCALI, s.130; GÜNDÜZ, s.78; GÜL, s.247; YAKIŞIK, s.293; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s.149; FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER, s.238, N. 623; GÜMÜŞ, s.361; ÜNLÜTEPE, s.117. REİSOĞLU, aldatma ile ilgili olarak sözleşmenin üçüncü kişinin aldatması sonucunda kurulduğu durumlarda, aldatılan kişinin uğramış olduğu zararları haksız fiile veya culpa in contrahendo sorumluluğuna göre aldatan üçüncü kişiden talep edebileceğini belirtmektedir. Bkz. REİSOĞLU, s.126-127.

⁵³ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.175.

⁵⁴ KURŞAT, Hile, s.129; DEMİRBAŞ, s.132.

⁵⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.176.

temelinde güvene dayalı edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi⁵⁶ ortaya çıkmaktadır⁵⁷. Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi uyarınca, birbirlerinin güvenliğini dikkate almalarına sebep olacak bir şekilde yakın ilişki içerisinde olan kişilerin, diğer tarafın kişi varlığı ile malvarlığı değerlerine zarar vermemek için her türlü özeni göstermesi gerekmektedir⁵⁸. Başka bir deyişle edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi, taraflar açısından belirli bir edim yükümlülüğü içermemekte, sadece davranış yükümlülüğünden meydana gelmektedir. Söz konusu açıklamalar doğrultusunda, korkutulan yakın işleme dayalı ilişki içerisinde bulunduğu üçüncü kişinin korkutmasına bağlı olarak sözleşmeyi yapmak zorunda kalmışsa, onun korkutması sözleşmeye aykırılığa yol açar. Bu kapsamda korkutulan da artık culpa in contrahendo'ya göre üçüncü kişiden tazminat talep edebilme imkânına sahip olur⁵⁹. Mesela, evini satmak isteyen A, emlakçı B ile bu konuda görüşüp, müzakerede bulunurken, B'nin korkutma teşkil eden fiiline maruz kalmış ve evini C'ye çok düşük bir bedelle satmak zorunda kalmıştır. Bu tür durumlarda, A, B'yi culpa in contrahendo çerçevesinde sorumlu tutabilir⁶⁰.

Bu başlık ile ilgili son olarak belirtmemiz gerekir ki, üçüncü kişinin korkutma teşkil eden bir fiilde bulunduğunu sözleşmeye ilişkin müzakerelerin yapıldığı sırada diğer taraf biliyor veya bilmesi gerekiyor olabilir. Böyle durumlarda diğer taraf üçüncü kişinin korkutmasını bilmesine ve bilmesi gerekmesine rağmen korkutulan ile sözleşmeyi yaparsa, iyiniyetli olmadığı için culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde sorumluluğu ortaya çıkabilir ve korkutulana tazminat ödemekle yükümlü tutulabilir. Zira sözleşme müzakereleri sırasında üçüncü kişinin korkutmasını bilen veya bilmesi gereken diğer tarafın bu tutumu, her ne kadar TBK m.49 vd.na göre haksız fiil teşkil etmese de, sözleşme müzakereleri sırasında görüştüğü kişiyi her türlü zarardan uzak tutma şeklindeki davranış yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir⁶¹. Nitekim tarafların bir sözleşme yapmak üzere görüşmelere başlayıp müzakerelerde buldukları sırada TMK m.2'ye göre aralarında bir güven ilişkisi kurulmaktadır. İşte bu ihtimalde, korkutulan üçüncü kişi korkutandan haksız fiile ilişkin TBK m.49 vd. hükümler çerçevesinde, üçüncü kişinin korkutmasını bilen veya bilmesi gereken sözleşmenin diğer tarafından ise culpa in contrahendo sorumluluğuna göre zararlarının tazmin edilmesini isteyebilir.

III. SONUÇ

TBK m.39/f.2'de korkutulana, korkutma sebebiyle sözleşmeyi iptal hakkının yanı sıra uğramış olduğu zararların tazmini imkânı da verilmiştir. Tazminat hakkı, hukuki niteliği itibariyle iptal hakkına bağlı olmayan, ondan bağımsız bir haktır.

Korkutma teşkil eden fiilin sözleşmenin diğer tarafınca veya onun temsilcileri ya da yardımcıları tarafından yapıldığı durumlarda, korkutulan zararlarının tazmin edilmesini haksız fiile ilişkin TBK m.49 vd. gereğince isteyebileceği gibi, culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde de talep edebilir.

Korkutulanın culpa in contrahendo sorumluluğuna göre zararlarının tazmini isteyebilmesi için fer'î bir korkutmanın bulunması gereklidir. Aslı korkutmanın bulunduğu durumlarda korkutulan gerçekte sözleşme yapma, dolayısıyla da sözleşme görüşmelerinde bulunma iradesine sahip olmadığı için korkutmanın culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olmaz.

Korkutma teşkil eden fiil üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilir ve sözleşmenin diğer tarafının da bununla herhangi bir ilgisi bulunmaz ise üçüncü kişi korkutmanın tazminat sorumluluğunun dayanağını sadece haksız fiile ilişkin hükümler oluşturmaktadır. Korkutulan üçüncü kişi korkutandan culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazminat isteyemez.

İstisnai olarak üçüncü kişi ile korkutulan arasında yakın işleme dayalı bir ilişki durumu ortaya çıkıp, korkutulanın bunun etkisinde kaldığı durumlarda culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında tazminat istenmesi mümkündür. Zira bu gibi durumlarda üçüncü kişi korkutandan ile korkutulan arasında TMK m.2 temelinde güvene dayalı edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi ortaya çıkar ve korkutulan üçüncü kişinin korkutmasına bağlı olarak sözleşme yapmaya mecbur kalırsa, onun culpa in contrahendo'ya göre tazminat talep edebilme imkânı söz konusu

⁵⁶ Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi hakkında kapsamlı bilgi için bkz. LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schultrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, s.104vd.

⁵⁷ LARENZ, s.106; AKÇAAL, s.62-63.

⁵⁸ LARENZ, s.106; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.110-111.

⁵⁹ SEROZAN, s.259, N. 3; KURŞAT, Hile, s.129-130; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.176; KALKAN OĞUZTÜRK, s.254; KARAKOCALI, s.132.

⁶⁰ Aldatmayla ilgili olarak başka bir örnek için bkz. KURŞAT, Hile, s.130,dpt.646.

⁶¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.174. Aksi görüş için bkz., KELLER/SCHÖBI, s.175.

olur. Üçüncü kişinin korkutma teşkil eden fiilini sözleşmeye ilişkin müzakerelerin yapıldığı sırada diğer tarafın bildiği veya bilmesinin gerektiği durumlarda, korkutulan ona karşı culpa in contrahendo sorumluluğuna gidebilir. Çünkü üçüncü kişinin korkutmasını bilen veya bilmesi gereken diğer taraf sözleşme müzakereleri sırasında korkutulanla aralarında TMK m.2 gereğince kurulmuş olan güven ilişkisini ihlal etmektedir.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet: Sözleşme Sonrası Sorumluluk, 1. Baskı, Konya 2018.
- AKINCI, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 12. Baskı, Konya 2021.
- AKYOL, Şener: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler I, İstanbul 1995.
- ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2019.
- ARMBRÜSTER, Christian: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Auflage, München 2018.
- AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara 2016.
- BAYGIN, Cem: “Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1-2), 2000, s.345-377.
- BECKER, Hermann: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Bern 1945.
- BERGER, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, 3. überarbeitete Auflage, Bern 2018.
- BİRSEN, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri, 4. Bası, İstanbul 1967.
- BLUMER, Maja: Kurz Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1-1186 OR, Basel 2014.
- BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB, 42. neu bearbeitete Auflage, München 2018.
- BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1988.
- BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- BUZ, Vedat: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Değerlendirilmesi”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, I. Cild, Ankara 2017, s.203-209.
- CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 2. Baskı, Ankara 2017.
- DASSER, Felix: Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016.
- DEMİRBAŞ, Harun: Türk Borçlar Kanunu’nda Korkutmanın (İkrah) Şartları ve Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2012.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.
- DOĞAN, Murat/ŞAHAN, Gökhan/ATAMULU, İsmail: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2021.
- ERDOĞAN, İhsan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2017.
- ERGÜN, Ömer: “Menfi Zarar”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı, (80. Yıl Sempozyumu Tebliğleri), İstanbul 2018, s.127-151.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Culpa In Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s.909-926.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Borçların Genel Kuralları, Ankara 1983.
- ETTER, Josef: Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, Freiburg 1954.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 2. Bası, İstanbul 1976.
- FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2018.
- FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2021.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Zürich 2014.
- GEZDER, Ümit: Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009.
- GONZENBACH, Rainer: Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987.
- GOTTINI, Melanie/VON DER CRONE, Hans Caspar: “Aufklärungspflicht im Rahmen von Art. 28 OR”, SZW, (4), 2017, s.509-520.
- GÜL, İbrahim: İrade Bozukluğunun Sonucu Olarak İptal Edilebilirlik, Ankara 2020.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara 2021.
- GÜNDÜZ, Şefika Deren: Olumlu Zarar, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2019.
- GÜNERGÖK, Özcan/KAYIHAN, Şaban: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, İstanbul 2020.

- HATEMİ, Hüseyin: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İkinci Cilt, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Gözden Geçirilip Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 1998.
- HELVACI, İlhan: Turkish Contract Law, Cham 2017.
- HUGUENIN, Claire: Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014.
- İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.
- JÄGGI, Peter: “Zum Begriff Der Vertraglichen Schadenersatzforderung”, Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968.
- KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- KARAKATSANES, Johannes: Die Widerrechtlichkeit in § 123 BGB, Berlin 1974.
- KARAKOCALI, Ahmet: Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus), Ankara 2016.
- KELLER, Max/SCHMIED-SYZ, Carole: Analyse Der Willensmängel, Basel/Frankfurt am Main 1995.
- KELLER, Max/SCHÖBI, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1988.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017.
- KLAUSBERGER, Kurt: Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 1988.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul 2010.
- KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2017.
- KÖHLER, Helmut: BGB Allgemeiner Teil, 42. Auflage, München 2018.
- KÖROĞLU, Emre: Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma, İstanbul 2020.
- KURŞAT, Zekeriya: Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003.
- KURŞAT, Zekeriya: “İrade Sakatlıkları”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları I, İstanbul 2014, s.241-274.
- KURŞAT, Zekeriya: İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt - I, Genel Hükümler, İstanbul 2018.
- LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schultrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.
- LARENZ, Karl/WOLF, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004
- LORENZ, Stephan: “Grundwissen-Zivilrecht: Willensmängel”, Juristische Schulung, 2012, s.490-493.
- MARTEN, Alfred: Borçlar Kanunu Şerhi, Umumi Nazariyeleri, Çev. Ahmet Cevdet, Ankara 1936.
- MARTENS, Sebastian: “Das Anfechtungsrecht bei einer Drohung durch Dritte”, Archiv für die civilistische Praxis, 207(3), 2007, s.371-398.
- NOMER, Halûk N.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul 2021.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul 2019.
- OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Das Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 1929.
- ÖZ, Turgut: “Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, s.17-25.
- REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul 2013.
- RUMPF, Christian: “Borçlar Hukuku Sorunlarından: Culpa In Contrahendo Müesseseye Mukayeseli Genel Bir Bakış”, İsviçre Borçlar Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, İstanbul 2007, s.161-185.
- SARIGÖLLÜ, Ersin: “İrade Sakatlıklarının Sonuçları”, Adalet Dergisi, (1), 1987, s.23-38.
- SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, Birinci Cilt, İstanbul 1958.
- SAYMEN, Ferit H./KÖPRÜLÜ, Bülent: Medeni Hukuk Dersleri, Cilt II, Borçlar Hukuku, İstanbul 1965.
- SCHMIDLIN, Bruno: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mangel des Vertragabschlusses, Art. 23-31 OR, 2. Auflage, Bern 2013.
- SCHÖNENBERGER, Wilhelm/JÄGGI, Peter: Obligationenrecht, Teilband VIa, Dritte Auflage, Zürich 1973.
- SCHWARZ, Andreas B.: Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, Çev. Bülent Davran, İstanbul 1948.
- SCHWENZER, Ingeborg: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 6. Auflage, Basel 2015.
- SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern 2016.
- SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- TİFTİK, Mustafa: “Borç Sözleşmelerinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararların Tazmini”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(3-4), 2006, s.397-417.
- VON TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Erste Lieferung, 3. Auflage, Zürich 1974.
- VON TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band mit den Registern zu beiden Banden, 3. Auflage, Zürich 1979.

- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Altıncı Bası, İstanbul 1976.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ÖZDEMİR, Refet: Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Ankara 1987.
- TURAN BAŞARA, Gamze/BAŞARA, İzzet: “Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlıkları”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt I, Ankara 2010, s.335-351.
- ÜNLÜTEPE, Mustafa: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2021.
- YAKIŞIK, Müşerref: “İrade Sakatlığına Bağlı Olarak Tazminat Talebi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (10), 2012, s.277-298.
- YALMAN, Süleyman: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.
- YILDIRIM, Mustafa Fadil: Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Nobel Yayıncılık, Ankara 2002.
- YILDIRIM, Mustafa Fadil: “Borçlar Kanunu Tasarısında İrade Sakatlığı Halleri”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009.
- YILDIRIM, Mustafa Fadil/BAŞPINAR, Veysel: “Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s.1093-1128.

**2863 SAYILI KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARINI KORUMA KANUNU M.65
SUÇLARININ KANUNİLİK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMESİ**EVALUATION OF THE CRIMES STIPULATED UNDER ARTICLE 65 OF THE LAW NUMBERED
2863 ON CONSERVATION OF CULTURAL AND NATURAL ASSETS IN RELATION TO THE
PRINCIPLE OF LEGALITYGülsün AYHAN AYGÖRMEZ*  [10.21492/inuhfd.1016044](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1016044) **Makale Bilgi**Gönderi: 28/10/2021
Kabul : 09/02/2022**Anahtar Kelimeler***Doğal Sit,
Sürdürülebilir Koruma
ve Kontrollü Kullanım
Alanı,
Kanunilik İlkesi.***Article Info**Received: 28/10/2021
Accepted: 09/02/2022**Keywords***Natural Site,
Sustainable
Conservation and
Controlled Areas of
Usage,
The Principle of Legality.***Özet**

Özel Kanunlar içerisinde 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.65 içerisinde yer alan suçlar kanunilik ilkesi bakımından özellikle mercek altına alınması gereken suçlardandır. Zira ilgili normlarda geçen maddi unsurların tanımlarına 2863 sayılı Kanun içerisinde yer verilmediği gibi, maddi unsurlara esas teşkil edecek hususlar sıklıkla idarî düzenlemeler yoluyla öngörülmuş, değiştirilmiş ve genişletilmiştir. Söz konusu genişlemeye ise bizzat Kanun'un kendisi dahi uyum sağlayamamıştır. Yapılan değişikliklerin başında, sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarına ilişkin hükümler gelmektedir. Sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanı kavramına 2863 sayılı Kanun kapsamında değinilmemiş, bunların Kanun'da tanımlanmış doğal sit kavramının bir türü olduğu Yönetmelik ile öngörülmuş; buna ek olarak bu alanlarda yapılmasına izin verilen faaliyetlerle, izne tabi olmayan faaliyetlerin nelerden ibaret olduğu Bakanlık ilke kararlarına bırakılmıştır. Suçların maddi ve manevi unsurunun oluşumuna esas teşkil edecek tüm bu kurucu hususların idarî düzenlemelere bırakılması, ceza hukukunda kıyas yasağı başta olmak üzere, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini bünyesinde barındıran kanunilik ilkesi bakımından ciddi soru işaretleri yaratmaktadır.

Abstract

The crimes included in Art. 65 of the Law on Conservation of Cultural and Natural Assets No. 2863, which is one of the Special Laws, are among the crimes that should be particularly examined in terms of the principle of legality. Because the definitions of the material elements of crimes are not included in the Law No. 2863, the matters that will form the basis of the material elements are often stipulated, changed and expanded through administrative regulations. Even the Law itself could not adapt to this enlargement. Provisions on sustainable conservation and controlled areas of usage are at the forefront of the changes made. The concept of sustainable protection and controlled areas of usage was not mentioned within the scope of Law No. 2863; it was stipulated in the Regulation that these are a type of natural site concept defined in the Law. In addition, the activities that are allowed to be carried out in these areas and the activities that are not subject to permission are left to the Ministry's policy decisions. Subjecting all these founding issues, which will constitute the basis for the formation of the material and moral elements of the crimes, to administrative regulations raises serious questions in terms of the principle of legality, which includes the principle of no crime and punishment without law, especially the prohibition of analogy in criminal law.

EXTENDED SUMMARY

In article 65 of the Law on the Conservation of Cultural and Natural Property (LCCNP), 4 crimes are foreseen. Two of them are included in the first paragraph: “Despite being notified or announced in accordance with this Law, those who intentionally caused the registered site areas and, immovable cultural and natural assets that are required to be protected and, protected areas to be demolished, deteriorated, ruined, destroyed or damaged in any way whatsoever, shall be sentenced to imprisonment from two years to five years and a judicial fine up to five thousand days.” According to the second paragraph, “Those who give demolition or construction permits in violation of this Law shall be sentenced to imprisonment from two to five years and a judicial fine up to five thousand days.” In the third paragraph, a aggravated form of the crime is included through the provision stipulating that if the acts specified in the first and second paragraphs are committed with the aim of smuggling the cultural and natural assets that are required to be protected, abroad the penalties to be imposed are increased by one fold. According to the fourth paragraph, Those who make or have done the renovations and repairs, which are not subject to the license within the scope of Article 21 of the Construction Law No. 3194 in the immovable cultural and natural assets and their conservation areas and protected areas, without obtaining permission, or in violation of the permission, from the authorized administrations in places where protection, implementation and inspection offices have been established within them with regard to the cultural assets; from the regional board directorate of protection in places where protection, implementation and inspection offices have not been established; and from the provincial directorate of environment and urbanism with regard to the natural assets and natural site areas, shall be sentenced to imprisonment from six months to three years or a judicial fine.

The realization of the aforementioned crimes depends on the fact that the place subject to the acts of the crime is within the scope of the Law on the Conservation of Cultural and Natural Property. For this, the aforementioned place must be notified or announced as a site area, immovable cultural and natural assets to be protected or a protected area. Definitions of these places that may be registered, made in LCCNP Art. 1 I a, but the definition of sustainable conservation and controlled usage area is not included here. Afterwards, with Article Art. 6/2 of the Regulation on the Procedures and Principles Regarding the Determination, Registration and Approval of the Protected Areas (Regulation) “natural site areas are divided into three categories as “sensitive areas to be strictly protected, qualified natural protection areas and sustainable protection and controlled usage areas”. Thus, the concept of natural sites has been expanded by including the concept of sustainable conservation and controlled usage area. In the Regulation, a generally accepted definition of this area was not made; instead, the distinctive features of these areas were listed (article 9 of the Regulation). In the following process, these distinctive features have undergone changes and transformations through both the Regulation and the Ministry's policy decisions.

The fact that definitions and content in question include all the material elements of the crime – especially the element of damage, construction and physical intervention or maintenance and repair, etc. shall be taken into account during interpretation and that it will play a fundamental role is an issue that should not be overlooked. In addition to all these, it is also clear that the LCCNP itself could not keep up with the enlargement made by the Regulation. For example, the provision of Article 9 on “unauthorized intervention and prohibition of use” that will be based on the systematic interpretation of the crimes within the scope of Art. 65 of the LCCNP is far from covering the areas of sustainable conservation and controlled use. Besides, it is not clearly stipulated in the LCCNP that which activity is subject to permission and which is not in terms of the crime of construction and physical intervention without obtaining permission. On the contrary, this issue is left to the regulations or policy decisions. The aforementioned administrative regulatory processes have changed frequently over time and have moved away from being predictable and traceable for the average human population that makes up the society. Permission is a founding element that constitutes the basis of the criminal charge and sanction both under paragraph 1 and paragraph 4 of Art. 65 of the LCCNP, and therefore, leaving the basis of this element to administrative regulatory proceedings instead of the LCCNP should be examined in terms of the principle of legality.

All these mentioned issues require the evaluation of the relevant norm in terms of the prohibition of analogy and the principle of legality (Constitution Art. 38; TPC Art. 2). In short, the principle of legality, which means being legal, is defined in Art. 38 I, III of the 1982 Constitution and Art. 2 of the TPC is one of the main principles that guarantee fundamental rights in criminal law. Pursuant to Article 38 of the Constitution, “No one can be punished for an act that was not considered a crime by the law in force at the time it was committed”. Pursuant to Art. 2 of the TPC, “No one can be penalized and a security measure cannot be applied for an act that is not expressly considered a crime by law. No penalty or security measure other than the penalties and security measures written in the law can be imposed. No crime or punishment can be imposed with the regulatory processes of the administration. Analogy cannot be made in the implementation of the provisions of the laws that include crime and punishment. The provisions containing crime and punishment cannot be interpreted broadly in a way that leads to analogy. In addition according to, paragraph 10 of Art. 61 of the TPC “Penalties cannot be increased, decreased, or changed unless expressly written in the Law.”. In addition to all these, it is absolutely imperative that the scope of the material element of the crime is in a predictable clarity for the average human population in a society and that everyone can follow it. In this context, in this paper, firstly, explanations about the principle of legality will be given. After that, the current situation regarding the crimes in question will be determined based on the sustainable protection and controlled usage area. After that, the compatibility of these regulations with the principle of legality and its sub-elements (principle of certainty, prohibition of analogy, prohibition of retroactivity) will be tried to be revealed.

I. GİRİŞ

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KültürTK) m.65 içerisinde 4 adet suç öngörülmektedir. Bunlardan ikisi birinci fıkrada yer almaktadır:

“Tescil edilen sit alanları ve korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile korunma alanlarının bu Kanuna göre tescil veya ilan edilmiş olmasına rağmen yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarar görmesine kasten sebebiyet verenler ile izin alınmaksızın inşâ ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.”

İkinci fıkraya göre “Bu Kanuna aykırı olarak yıkmaya veya imar izni verenler, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.” Üçüncü fıkrada ise “birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen fiiller, korunması gerekli kültür ve tabiat varlığını yurt dışına kaçırmak amacıyla işlenmiş ise verilecek cezalar bir kat artırılır” hükmü ile bir nitelikli hâle yer verilmiştir. Dördüncü fıkraya göre ise:

“Taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile bunların koruma alanları ve sit alanlarında, 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 21. maddesi kapsamına giren ruhsata tabi olmayan tadilat ve tamiratları, kültür varlıkları yönünden bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş yerlerde yetkili idarelerden, koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmamış yerlerde koruma bölge kurulu müdürlüklerinden; tabiat varlıkları ve doğal sit alanları yönünden ise çevre ve şehircilik il müdürlüklerinden izin almaksızın ya da izne aykırı olarak yapanlar veya yaptırımlar, altı aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

Anılan suçların gerçekleşebilmesi, suç fiillerine konu yerin Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında olmasına bağlıdır. Bunun için söz konusu yerin, sit alanı, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ya da korunma alanı olarak tescilin, tescil veya ilan edilmiş olması gerekmektedir. Tescili söz konusu olabilecek bu yerlerin tanımları KültürTK m.1/I a’da yapılmış, ancak burada sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanı tanımına yer verilmemiştir. Sonradan Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik m.6/2 (Yönetmelik) ile “doğal sit alanları; kesin korunacak hassas alanlar, nitelikli doğal koruma alanları ve sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanları olarak üç kategoriye” ayrılmış; böylelikle doğal sit kavramı içerisinde sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanı kavramı dâhil edilerek genişletilmiştir. Yönetmelik içerisinde ise bu alanın genel geçer bir tanımı yapılmamış, bunun yerine bu alanların ayırt edici özellikleri sıralanmıştır (Yönetmelik m.9). İlerleyen süreçte gerek Yönetmelik gerekse Bakanlık ilke kararları yoluyla söz konusu ayırt edici özellikler değişim ve dönüşüm geçirmiştir.

Söz konusu tanımlamaların ve içeriğin, suçun tüm maddî unsurlarını – özellikle zarar unsuru, inşâ ve fizikî müdahale ya da bakım onarım vs. - yorumlarken göz önünde bulundurulacağı, esaslı bir rol oynayacağı gözden kaçırılmaması gereken bir husustur. Tüm bunların yanında Yönetmelik eliyle yapılan genişletmeye KültürTK’nun kendisinin ayak uyduramadığı da sabittir. Örneğin KültürTK m.65 kapsamındaki suçların sistematik yorumunda esas alınacak, “İzinsiz müdahale ve kullanma yasağı” ile ilgili m.9 hükmü sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarını kapsar olmaktan uzaktır. Bunların yanında izin almaksızın inşâ ve fizikî müdahale suçu bakımından hangi faaliyetin izne tabi olduğu hangisinin olmadığı KültürTK içerisinde açıkça öngörülmemiş, bu husus tam tersine Yönetmelik ya da ilke kararlarına bırakılmıştır. Anılan idarî düzenleyici işlemler ise zaman içerisinde sıklıkla değişikliğe uğramış, toplumu oluşturan ortalama insan kesimi açısından öngörülebilir ve takip edilebilir olmaktan uzaklaşmıştır. İzin, gerek KültürTK m.65/1. fıkra gerekse 4. fıkra kapsamında suç isnadı ve yaptırımının esasını oluşturan kurucu bir unsurdur ve bu nedenle bu unsurun esasının KültürTK yerine idarî düzenleyici işlemlere bırakılması kanunilik ilkesi açısından irdelenmelidir.

Aktarılan tüm bu hususlar ilgili normun kıyas yasağı ve kanunilik ilkesi (Anayasa m.38; TCK m.2) bakımından değerlendirilmesini gerektirmektedir. Kısaca yasal olma anlamına gelen kanunilik ilkesi, 1982 Anayasası m.38/I, III ve TCK m.2’de öngörülmüş, ceza hukukunda temel hakları güvence altına alan ilkelerden biridir. Anayasa’nın 38. maddesi gereği “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz”. TCK m.2 gereği

“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”.

Ayrıca TCK m.62 gereği “(10) Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir”. Tüm bunların yanında suça konu bir maddî unsurun,

kapsamının toplumu oluşturan ortalama insan kesimi açısından öngörülebilir açıklıkta ve herkesçe takip edilebilir nitelikte olması mutlak surette zorunludur. Bu bağlamda mevcut eserde öncelikle kanunilik ilkesi ile açıklamalara yer verilecektir. Bunun ardından sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanı merkezli olarak söz konusu suçlarla ilgili mevcut durum tespitinde bulunulacaktır. Bunun ardından söz konusu düzenlemelerin kanunilik ilkesi ve bu ilkenin alt unsurları ile (belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, geriye yürüme yasağı) bağdaşırılığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

II. KANUNİLİK İLKESİ (NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SİNE LEGE)

Çağdaş ceza hukuku, anayasa hukukunun doğrudan etkisi altında, anayasa hukukunun ilkelerini de istisnasız bir şekilde gözetmek zorunda olan bir hukuk dalıdır. Bu, hukuk devleti olmanın da bir gereğidir. Hukuk devleti, hukukun üstün olduğu, kuvvetler ayrılığı ilkesine ve insan haklarına saygılı bir devlet olup, evrensel bir ilke olan hukuk devleti ilkesi üzerine oturur. Hukuk devleti ilkesi, özgürlüklerin güvence altına alındığı, hukukî güvenin ve korumanın sağlandığı bir devlet yapısını hedefler. Anayasa Mahkemesine göre

“Ceza Hukukunun toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla yakından ilgili olması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihi bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukunda ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılaşmaları gerektiği, ... ceza siyaseti araçlarının hangi suçlara nasıl uygulanacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.”¹²

Gerçekten de ceza hukuku norma aykırılığa para cezasından, özgürlüğü bağlayıcı cezalara kadar varan geniş bir yelpazede ağır yaptırımlar uygulayarak, insan hak ve özgürlüklerine ağır bir saldırıda bulunmaktadır. İşte hukuk devleti ilkesi, hukukî koruma ve güvence işlevini ceza hukukunda kanunilik ilkesi aracılığıyla sağlayacaktır. Bu nedenle kanunilik (yasallık) ilkesinin, hukuk devleti ilkesinin ceza hukukundaki izdüşümü olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Yasal olma anlamına gelen kanunilik ilkesi, 1982 Anayasası m.38/I, III ve TCK m.2'de öngörülmüştür.³ “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” hükmü öngören Anayasa'nın 38. maddesi yanında TCK m.2/I “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez.”; TCK m.2/II “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.”; TCK m.2/III “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”; TCK m.62 “(10) Kanunda açıkça yazılmış, olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.” emri getirmektedir.

Anayasa Mahkemesine⁴ göre suçun ve cezanın kanuniliğini norma bağlayan Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin kuralın suç ve cezalar yönünden özel düzenlemesi niteliğindedir.

“Anayasa'nın anılan maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda suç ihdas eden düzenlemelerin belirliliklerinin tespitinde anılan ilkelerin göz önünde tutulması zorunludur.”⁵

Anayasa Mahkemesi *suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerektiğine, kişilerin yasak fiilleri*

¹ AYM, E 2015/52, K 2016/1, T 13.1.2016, § 16.

² AYM, E 2014/3, K 2014/95, T 22.5.2014.

³ Kanunilik ilkesinin tarihsel ve Türk Hukukundaki gelişimi hakkında bkz. BAYTAZ, Abdullah Batuhan: Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, Onikilevha yayıncılık, İstanbul, 2018, s.19 vd.; ayrıca AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi, TBBD, (104), 2013, s.226 vd.; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2. baskı, Beta yayınevi, İstanbul, 2021, s.6 vd.; Yargıtay kararları ile birlikte GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Cilt, m.1-44, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.7 vd.

⁴ AYM, E 2019/9, K 2019/27, T 11/4/2019, § 15; AYM, E 2020/82, K 2021/20, T 18/3/2021, § 13.

⁵ AYM, E 2020/82, K 2021/20, T 18/3/2021, § 13.

önceden bilmeleri düşüncesine dayanan ve belirlilik ilkesini kapsayan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlandığına özellikle vurgu yapmaktadır.⁶

Yüksek Mahkemeye⁷ göre kişilerin suç sayılan eylemleri önceden bilmeleri gerektiği düşüncesine dayanan kanunilik ilkesi, hukuk devletinin esas aldığı değerlerden olup aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri en geniş biçimiyle gerçekleştirip güvence altına almakta, bu nedenle de uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunmaktadır:

“Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun 'açıkça' suç sayması şartına bağlanması nedeniyle, suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp, bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek şekilde düzenlenmelidir. Bu nedenle belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi eylemin hangi hukuksal yaptırıma bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.”⁸

Kanunilik ilkesinin iki önemli fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlardan ilki bireyi hâkimin ve iradenin keyfi kararlarına karşı korumaktır. Diğeri ise hangi hareketlerin yasak olup olmadığını önceden belirterek bireye davranışlarını yönlendirme imkânı vermektir.⁹

Kanunilik ilkesi aynı zamanda kıyas yoluyla yeni bir suç ihdasına ve ceza normlarının genişletilmesine engel oluşturur.¹⁰ Gerçekten de kanunilik ilkesi, “*Kanunsuz suç ve ceza olmaz*” emriyle iç içe geçmiş ve onunla bütünleşmiştir.¹¹ Kanunsuz suç ve ceza olmaz emri çok genel bir tabirle yasa varsa, suç da vardır, ceza da; yasa yoksa ne suç vardır ne de ceza anlamına gelmektedir. Bu bağlamda kanunilik ilkesi öncelikle, suç ve ceza normunun yalnızca bir kanun eliyle düzenlenebileceğini (TCK m.2/II), normlar hiyerarşisinde yasa dışında bir hukukî düzenleme ile cezaî norm (suç ya da ceza babında) yaratılamayacağını ifade eder.¹² Bunun yanında içerisinde ayrıca birçok alt emir ve yasak barındırmaktadır. Bunlar gelenek hukuku yasağı, geriye yürütme yasağı, kıyas yasağı ve belirlilik emri ile idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağıdır.¹³

Örf ve adet, yani gelenek hukukunun ceza hukukunda suç ve ceza yaratması ya da mevcut cezayı artırması (*nullum crimen sine lege scripta*) (TCK m.2/I) yasaktır. Buna göre birey sadece fiil işlediği zaman Kanunlarda açıkça suç olarak sayılmış bir fiilden ötürü cezalandırılabilir. İşlendiği sırada herhangi bir ceza kanununda bir suç olarak öngörülmemiş bir fiilin, gelenek hukukunda olduğu için cezaî yaptırıma tabii tutulması mümkün değildir.¹⁴

Ceza hukukunda suçlu zararına kıyas (*nullum crimen sine lege stricta*) (TCK m.2/III) yasaktır. Kanunun açıkça koyduğu bir cezaya bağlı kalmak zorunluluktur ve kanunda belirlenen cezadan daha ağır bir cezaya hükmetmek, yasayla belirlenmiş ceza sınırının sonradan taktiren

⁶ AYM, E 2018/151, K 2019/36, T 15/5/2019, § 17; AYM, E 2015/32, K 2015/102, T 12.11.2015, § 7; AYM, E 2015/52, K 2016/1, T 13.1.2016, § 15; AYM, E 2014/3, K 2014/95, T 22.5.2014; AYM, E 2012/77, K 2013/66, T 22.5.2013.

⁷ AYM, E 2015/32, K 2015/102, T 12.11.2015, § 7.

⁸ AYM, E 2012/77, K 2013/66, T 22.5.2013.

⁹ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/YENERER ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2020, s.46 ; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s., 41; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.8; BAYTAZ, s.74.

¹⁰ AYM, E 2015/32, K 2015/102, T 12.11.2015, § 7.

¹¹ Kavramın tarihî geçmişi ve güncel uygulaması konusunda ayrıntılı verilerle BOSTANCI, Gülşah: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, s.15; ayrıca dogmatik esasları bakımından bkz. KANGAL, Zeynel: “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, Ceza Hukuku Dergisi, (17) 2011, s.64 vd.; ayrıca bkz. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, s.46 vd.; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.148 vd.; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.53; ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.119 vd.; DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.63; ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 7. Baskı, Beta Yayınları, Ankara, 2021, s.57 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, s.40 vd.

¹² İdarî düzenleyici işlemlerle suç ve ceza konulamayacağına dair ayrıntılı açıklamalarla KANGAL, s.95 vd.; ayrıca KOCA/ÜZÜLMEZ, s.66 vd.; ayrıca tarihsel süreçte birlikte CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.57 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.157 vd.

¹³ Krş. KORKMAZ, Mehmet: Kanunilik İlkesinin Bir Sonucu Olarak Ceza Kanunlarının Belirlilik İlkesi, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2020, Ankara, s.1448, 1449; BAYTAZ, s.71 vd.; GÖKCAN/ARTUÇ, s.10 vd.; HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.11 vd.

¹⁴ Krş. BOSTANCI, s.15; KANGAL, s.78 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.60 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.53 vd.

arttırmak yasaktır.¹⁵ Burada yasal yorumla yasak kıyas arasında ince bir çizgi vardır,¹⁶ ki çizgi hükmü geniş yorumlamakla aşılacaktır (TCK m.2 III son cümle). Geniş yorumlamak, sırf başka bir hüküm/olaya yakın olduğu düşünülerek hükmü amacı dışında, benzeriyle örtüşecek şekilde yorumlamaktır.¹⁷

Kanunilik ilkesi ayrıca ceza kanunlarının ve cezaların geçmişteki fiillere etki etmesini (*nullum crimen sine lege praevia*) (TCK m.2/I) yasaklar. Geçmişe yürüme yasağı TCK'da m.7 içerisinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkar. (2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. (3) Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhâl uygulanır. (4) Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir”.

Fiil işlediği anda kanunlarda suç sayılmış bir fiil ise, bundan ötürü yaptırım mümkün iken, fiil işlendikten sonra söz konusu fiilin bir suç olarak düzenlenmesi durumunda, geçmişe gidilerek kişinin söz konusu fiilden dolayı yaptırım görmesi mümkün değildir. Geçmişte suç olmayan ama o anda suç sayılan fiillerden dolayı kimse cezalandırılmaz. Bir fiilin cezası sonradan arttırılmış dahi olsa, belirleyici olan fiil işlendiği anda mevcut olan cezadır. Bu nedenle sonraki suç gibi sonraki ceza da geçmişe yürümez.

Kanunilik ilkesi gereği ayrıca idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza normu yaratılması yasaktır.¹⁸ Kanunilik ilkesi, suç ve ceza normunun sadece bir kanun olabileceğini emretmektedir. Ceza hukukunun temel haklara en ağır saldırılarda bulunan hukuk dalı olduğu göz önünde bulundurulursa, bu durumun aynı zamanda temel hakların yalnızca yasalar eliyle sınırlandırılabilmesi emri öngören Anayasa m.13 gereği olduğu da netlik kazanmaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin de bir gereği olarak suç ve ceza tertibi sadece yasa koyucuya tanınmış bir yetkidir.¹⁹ Bu yetkinin yürütmeye devredilmesi bu nedenle kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı olacaktır. Tüm bunların yanında idari düzenleyici işlemlerin karmaşıklığı, takibinin zorluğu, kamuya ilan edilip edilmemesi gibi daha birçok husus belirlilik ilkesinin de ihlaline zemin hazırlayıcı mahiyettedir. Aşağıda aktarılacağı üzere 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65. ve 9. maddesi tam da bu sebeplerden dolayı ciddi sorunlar yaratmaktadır.

Bunlara ek olarak kanunilik ilkesi hukukî güvenceyi belirlilik emriyle sağlamaya çalışır (*nullum crimen sine lege certa*).²⁰ Belirlilik ilkesi, suçu ve cezayı düzenleyen kuralların açık, anlaşılır, belirli olmasını zorunlu kılmaktadır.²¹ Hangi eylemin suç teşkil ettiği tespit edilirken kıyasa varacak derecede geniş yorumlamaya uygun, muğlak, farklı anlamlara gelebilen, ortalama kavrayış yeteneğine sahip kişilerce anlaşılması mümkün olmayacak ifadelere yer verilmemesi gerekmektedir.²² Bu yanı sıra belirlilik ilkesinin keyfiligi de önleyici bir işleve sahiptir.²³

Kanunilik ilkesi gereğince suç teşkil eden hareketin ve karşılığı olan yaptırımın kanunda belirtilmelidir; ancak belirlilik ilkesi gereğince kanundaki bu belirleme açık, net ve ortalama bir insan tarafından anlaşılabilir olmalıdır. Bu yönüyle belirlilik ilkesi, kanunilik ilkesinin fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için oldukça önemli bir ilkedir.²⁴

¹⁵ Krş. BOSTANCI, s.15; KANGAL, s.85, 86; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.61 vd.

¹⁶ Kıyas ile yorum arasındaki farklar hususunda bkz. MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.11 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.194, 195 vd.

¹⁷ Yorum hakkında ayrıntılı bkz. BAYTAZ, s.166 vd., kıyas yasağı hakkında s.319 vd.; yorum metodları hakkında ayrıca SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s.94.

¹⁸ Ayrıntılar için bkz. BAYTAZ, s.97; ayrıca bkz. YARSUVAT, Duygun: Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası, Journal of Istanbul University Law Faculty 29(3), 2011, s.540 vd.; KHK'lar eliyle de suç ve ceza ihdas edilemeyeceği yönünde ayrıntılı bkz. GÖKCEN/ARTUÇ, s.20 vd.; ayrıca AYGÜN EŞİTLİ, s.235.

¹⁹ Yasama yetkisinin devredilemezliğine işaret ederek CAN, Osman: Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış, AÜEHFD, IX(1-2), 2005, s.105 vd.

²⁰ Belirlilik ilkesinin tarihsel gelişimi anayasal sorunlar hakkında bkz. CAN, s.89 vd.

²¹ Krş. BOSTANCI, s.15; ayrıntılı açıklamalarla bkz. KANGAL, s.71 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.57 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.56 vd.; ayrıntılı açıklamalarla KORKMAZ, s.1449 vd.

²² KORKMAZ, s.1449.

²³ Ayrıntılı bkz. KORKMAZ, s.1450 vd.; krş ayrıca CAN, s.90.

²⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.153; ÖZGENÇ, s.130.

Belirlilik ilkesine göre bireye, bireysel özgürlüklerinin sınırlarını önceden kestirerek, davranışlarının anlamı ve bunların hukuk âlemindeki sonuçlarını öngörebilme olanağı verilmelidir.²⁵ Bu bağlamda ilke norma uyan ya da uymayan davranışların nelerden ibaret olduğunun öngörülebilir şekilde ifade edilmesi gerektiğini buyurarak, bir nevi birey özgürlüklerinin sınırlarını da çizmiş olmaktadır. Bu bağlamda öncelikle suçun maddî unsurlarının nelerden ibaret olduğunun, herkesçe anlaşılır şekilde değerlendirilebilmesi gerekmektedir. Algılanıp, hukukî değerlendirme sürecinden geçilemeyen, dolayısı ile de muhakeme edilemeyen unsurlar, öngörülebilir addedilemeyecektir. Bu yönüyle belirlilik ilkesi, kanun koyucuya büyük bir görev yüklemektedir.²⁶ Burada söz konusu olan kanun koyucunun her unsuru kavramsal olarak açıklaması ve her terime açık tanımlamalar getirmesi değildir.²⁷ Burada önemli olan kelimelerin genel anlamı ile bilinen yorum kurallarına uyularak elde edilebilecek genel sonuçlardır.²⁸ En nihayetinde kavramsal açıklık ve netlik dışında kanun koyucunun metinden farklı anlamlar çıkmasını önlemek adına noktalama işaretlerine dahi büyük titizlikle dikkat etmesi gerekmektedir.²⁹

Anayasa Mahkemesine³⁰ göre de,

“Anayasa’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri ‘belirlilik’dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanımaması gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadaki belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörülebilir ve davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”

Yargıtay³¹ da aynı şekilde, bireyin devlete güven duyması ve bu bağlamda da hukukî güvenliğin sağlanmasının normların öngörülebilir olmasına bağlı olduğuna vurgu yapmaktadır.

Belirlilik ilkesi bakımından tartışmalı hususların başında atıf suçları denilen, çerçeve (beyaz) hükümler gelmektedir. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65. maddesinin, örtülü 9. madde atfı ve aynı zamanda “izin” koşulu nedeniyle idari işlemlere bağlılık yaratılması, bu hususu ayrıca ele almayı gerektirmektedir.

III. ATIF SUÇLARI VE KANUNİLİK İLKESİ

Türk ceza hukuku doktrininde³² beyaz hüküm ya da açık ceza normu denilen, “atıf suçları”³³, tipiklik içerisinde sadece cezalandırmaya ilişkin hükümlere yer verilip, yasağın içeriksel olarak doldurulması başka normlara bırakılır. Dolayısıyla bu suçlar başka normlara göndermede bulunan suçlardır.³⁴ Atıf tekniği ile ceza hukuku normu, başka bir cezaî norma veya sıklıkla ceza hukuku alanı dışında bir norma, ceza hukukunu da, ilgili hukuk alanına bağlamakta, bağımlı kılmaktadır. Açık, örtülü, içerisinde ve dışı olmak üzere çeşitli türleri bulunan atıf³⁵ yoluyla suç yaratma tekniği çeşitli gerekçelerle isabetli ve pratik görülmektedir.³⁶ Teknik, ceza hukukunun değişikliklere daha

²⁵ Ayrıntılı BOSTANCI, s.15; ayrıca KANGAL, s.71 vd.; BAYTAZ, s.72 vd.; KORKMAZ, s.1449 vd.

²⁶ ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.165; ÖZTÜRK/ERDEM, s.45

²⁷ Krş. BAYTAZ, s.76.

²⁸ Krş. örneklerle BAYTAZ, s.76 vd.

²⁹ GÖKCAN/ARTUÇ, s.13.

³⁰ AYM, E 2014/122, K 2015/123, T 30.12.2015; AYM, E 2011/18, K 2012/53, T 11.4.2012; Alman Anayasa Mahkemesinin belirlilik ilkesi kriterleri bakımından bkz. CAN, s.101 vd.

³¹ CGK, E 2019/8-249, K 2019/499, T 25.06.2019.

³² Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.58; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.57; ayrıntılı açıklamalar için bkz. KORKMAZ, s.1459 vd.; ayrıca bkz. MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.17; çerçeve yasalarla bağımız suç oluşturma hakkında CAN, s.113 vd.

³³ Atıf türleri kullanılarak oluşturulan atıf suçları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan: Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler, Cilt 1, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.35 vd.;

³⁴ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. AYGÖRMEZ, s.35, 37 vd.

³⁵ Bkz. AYGÖRMEZ, s.37 vd.

³⁶ Ayrıntılı veri ve Alman kaynaklarıyla bkz. AYGÖRMEZ, s.40; Alman Federal Anayasa Mahkemesi de (BVerfG, NJW 1987, 3175 vd.) anayasaya aykırılık tespit edemediği tekniği 3 gerekçe ile zarurî görmektedir. Bunların başında, hukuk düzeni ya da hukuk alanları arasında bütünlük ilkesi gelmektedir. Ceza hukuku, idare hukukuna göre uygun olan ya da izin verilmiş olan bir fiili cezalandıramaz. İkinci temel etken, pratikliklerdir. Bu teknik sayesinde, o zamana kadar geliştirilmiş olan idare hukuku kavramları, kullanılmaya devam edecektir. Üçüncü gerekçe ise, çevre ceza hukukunun dinamikliği ve esnekliğidir. Çevre ceza hukuku böylece, gelişmelere daha iyi uyum sağlayacaktır. Karar için bkz. AYGÖRMEZ, s.40 vd.

kolay uyum sağlamasını ve kanun ekonomisi sağlayarak, diğer hukuk alanlarına giren yasal düzenlemelerin ceza hukukunca yeniden tekrarlanmasını engellemekte, bu da hukuk bilimleri arasında bütünlüğün sağlanmasına dolaylı olarak hizmet etmektedir. Ayrıca tekniğin şu an için bir alternatifi de bulunmamaktadır.

Söz konusu yöntemle ceza hukuku sıklıkla idare hukukuna [ya da hükümlerine] bağımlı hâle gelmekte, bu bağımlılık idare hukuku kavramına veya idarî işlemlere bağımlılık vs. şeklinde olabilmektedir.³⁷ İdareye kavramsal bağımlılık, ceza hukukuna yabancı idare hukuku normlarının, ceza hukukunca üstlenilmesi ile meydana gelen bağımlılık türüdür.³⁸ Bu normlar ceza hukukunun kendi normları olmadıklarından, yorumlanmaları da idare hukuku göz önünde bulundurularak gerçekleştirilmektedir. Mesela KültürTK m.65 kapsamındaki inşai ve fizikî müdahale kavramı böyledir. İdarî işlemlere bağımlılık, çevre ceza hukukunun idarî bir makamın verdiği bir idarî işlem ya da karara bağlı olmasını ifade etmektedir.³⁹ Bu bağımlılık türü işlemsel bir bağımlılık olup, KültürTK m.65 kapsamında ilgili “*izin*” kavramı kullanılmak suretiyle meydana getirilmektedir.

Ceza hukukunun idare hukukuna bir hukuk dalı olarak ya da kavramsal olarak bağımlılığını Alman Anayasa Mahkemesi⁴⁰ bazı şartlar altında belirlilik ilkesine uygun bulunmaktadır. Atıfta bulunan hükümler aracılığı ile yeteri kadar belirlilik sağlanabilmesi için aranması gereken unsurların başında ceza hukuku kanun koyucusunun daha da özenli davranarak, neyin cezalandırılabilir neyin cezalandırılmaz olduğunu, cezanın türü ve miktarını yeteri kadar açık bir şekilde ilgili ceza normunda belirtmesi zorunluluğu gelmektedir.⁴¹ Yükümlülük doğuran idare hukuk mevzuatı hükümlerinin ise, mutlaka yeteri kadar belirli olması gerektiğine özellikle vurgu yapılmakta; ilgili düzenlemelerden hukukî kınamaya neden olacak somut hareketin çıkarılabiliyor olması icâp etmektedir.⁴²

Ceza hukukunun sadece idare hukuku mevzuatına değil, ayrıca idarî işlemlere bağımlı hâle getirilmesi de anayasaya aykırı kabul edilmemektedir.⁴³ Burada idarenin kararları veya işlemleri ceza hukuku açısından da belirleyici olduğundan, belirlilik ilkesi gereklerine daha da fazla uyulması gerekmektedir.⁴⁴ Belirlilik ilkesi ile beraber önemli diğer bir ilke Alman Anayasası'nın m.104/I cümle I'de öngördüğü yasallık ilkesidir. Yasallık ilkesi gereği kanun koyucu, cezalandırmaya ilişkin koşulları idarî makamlara bırakmadan, bizzat kendisi ve mutlaka bir kanun içerisinde düzenlemek zorundadır.⁴⁵ Bu bağlamda bir ceza normunun yasa değil de, yönetmelik eliyle somutlaştırılması Alman Anayasa Mahkemesi⁴⁶ tarafından sadece belirli koşullar altında mümkün kabul edilmektedir. Buna göre yönetmelik eliyle somutlaştırma sadece, yönetmeliğin işlevinin, yalnızca kavramın açıklanmasına indirgendiği hâller için meşrû kabul edilebilecektir. Dolayısıyla ceza kanunundaki atıf hükmü cezalandırılacak hareketi genel hatlarıyla betimlemek zorundadır, bu görevi kesinlikle bir yönetmeliğe bırakamaz. Bunun yanında ayrıca ilgili yükümlülük öylece ceza hukukuna alınmamalı, ilgili ceza normunun koruma amacı mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁷ Normun koruma amacı dışındaki hususlar, ceza hukukunun ilgili maddesi bakımından bağlayıcı olamaz.

Aktarılan Alman Anayasa Mahkemesinin belirlilik ilkesi açısından saydığı koşullar şu şekilde özetlenebilir: Atıf yoluyla tipik hareketin belirlilik sağlanacak derecede genel hatlarıyla mevcut ceza yasası içerisinde öngörülmesi zorunludur. Bu husus normlar hiyerarşisinde kanunun altında bir düzenlemeye bırakılmaz. İdare hukuku normları ve özellikle cezalandırmaya esas alınacak yükümlülükler ceza normu kapsamında değerlendirilirken, ilgili ceza normunun koruma amacı göz ardı edilmeyecektir. İlgili normun koruma amacı dışındaki bir yükümlülük istediği kadar idare hukukuna aykırılık teşkil etsin, ceza kanunu kapsamında bir suç olarak değerlendirilemeyecektir. Bu ayrıca ceza hukukunun son çare olması ve müstakilliyinin bir sonucudur.

Ceza hukukunun idareye bağımlılığı, ceza hâkiminin idarî kararlara bağlı görünüyorsa ya da tersine idarî makamın vereceği kararın dolaylı olarak cezaî bir hüküm oluşturacak olması,

³⁷ Tüm diğer bağımlılık türleri bakımından bkz. AYGÖRMEZ, s.38 vd.

³⁸ Ayrıntılı AYGÖRMEZ, s.38.

³⁹ Ayrıntılar için AYGÖRMEZ, s.38.

⁴⁰ BVerfG, NJW 1987, s.3175 (3175 vd.).

⁴¹ BVerfG, NJW 1987, s.3175 (3175).

⁴² Alman kaynaklara atıfta bulunarak AYGÖRMEZ, s.40 vd.

⁴³ BVerfG, NJW 1987, s.3175 (3175 vd.).

⁴⁴ Ayrıntılar için bkz. AYGÖRMEZ, s.40 vd.

⁴⁵ Alman kaynaklarla beraber ayrıntılı AYGÖRMEZ, s.40 vd.

⁴⁶ BVerfG, NJW 1987, s.3175 (3175 vd.).

⁴⁷ Krş. AYGÖRMEZ, s.40 vd.

idarenin yargıya ya da yargının idareye karışması anlamında kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından da tartışma yaratmaktadır. Bu husus Alman Federal Anayasa Mahkemesi⁴⁸ tarafından ACK m.327 II bent 1 kapsamında ele alınmış ve ilgili maddeler anayasaya uygun kabul edilmiştir. Mahkemeye⁴⁹ göre, her ne kadar ceza mahkemesi idarî kararlara bağlı olsa da, ceza mahkemelerinin idare mahkemesi kararlarına genel olarak bağımlılıkları söz konusu değildir. Her bir hukuk alanının kendine özgü hükümleri ve hedeflerinin olması sebebiyle, ceza mahkemelerinin yorum zorluklarını kendi hukuk alanındaki olanaklarla aşmaları gerekmektedir. Yüksek Mahkeme, *ceza mahkemesi idare mahkemesi kararlarından bağımsızdır* demekte, dolayısıyla idarî kararlara bağımlılığı, ceza hukukunun kendi norm ve ilkelerine uygunlukla sınırlamaktadır. Karar merci bir ceza yargı makamı ise ortada bağımsız bir yargılama bulunduğundan, idarenin yargıya karışması söz konusu olamaz.

Türk ceza hukuku bakımından konu Anayasa Mahkemesi⁵⁰ tarafından mülga TCK zamanında özellikle m.526 ile bağlantılı olarak kanunilik, belirlilik ve kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından tartışılmıştır.⁵¹ Mülga TCK m.526 I içerisinde, yetkili makamlar tarafından verilen bir emri dinlemeyen ya da bu yolda alınmış bir tedbire uymayanların eylem başka normlara göre suç oluşturmadığı takdirde bu hükme göre cezalandırılacakları öngörülmekte idi. Mülga TCK m.526 I'in kanunilik ilkesine ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılığı iddialarını incelemeye alan Anayasa Mahkemesi⁵² normun hukuk dilme ve kanunlara girmiş ve üstelik bir kısmı Anayasa'da yer almış, anlamının yorumu muhtaç olmadığı ve kişilere göre değişmediğini, bunun yanında suç unsurlarının ve suçun ne gibi eylemleri kapsadığının açıkça belirtildiğine ve cezası da önceden saptandığını, kanunda esaslı hükümleri saptandıktan sonra acil olaylarda kimi makamlara tedbir almak yetkisinin bırakmasının anayasal bir ihlâl olmadığına karar vermiştir.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesine göre, özellikle suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından müeyyidenin, dolayısıyla cezanın yasada açıkça yer alması; suç unsurlarının yasa

⁴⁸ BVerfG, NJW 1987, s.3175 (3176).

⁴⁹ BVerfG, NJW 1987, s.3175 (3176).

⁵⁰ AYM, E 1973/12, K 1973/24, T 07.06.1973: "Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, 'amme emniyeti' (kamu güvenliği) 'amme intizami' (kamu düzeni) ve 'mülhaza' gibi deyimler ve sözcükler itiraz yoluna başvuran mahkemenin kararında ileri sürüldüğü gibi kesinlik taşımayan, yoruma muhtaç, kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren sözcüklerden ibaret olmayıp, tersine anlamları uygulamalarla belirlenmiş, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavramlardır. Örneğin Anayasa'nın değişik 11., 16., değişik 19., 28., değişik 29., ve değişik 46. maddelerinde, 'milli güvenlik', 'kamu düzeni', ve değişik 15. maddesinde 'kanunla yetkili kılınan merci' deyimlerinin kullanıldığı görülmüştür. Hukuk dilme ve kanunlara girmiş ve üstelik bir kısmı Anayasa'da yer almış bu terimlerin anlamının yorumu muhtaç olduğundan ve kişilere göre değişebileceğinden söz edilerek ve bu gibi nedenlere dayanılarak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceği şüphesiz bulunmaktadır. İptali istenen Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesinin birinci fıkrasında suç unsurları da açık olarak belirtilmiştir. Kanunun bu hükmüne göre bir fiilin suç teşkil edebilmesi için yetkili makamlarca verilmiş bir emir veya alınmış bir tedbir olması, bu emir veya tedbirin ya adli muamelelere, ya kamu güvenliğine, ya kamu düzenine yahut da genel sağlığa ilişkin bulunması ve ayrıca bu emir veya tedbirin kanunlara ve tüzüklere de aykırı bulunmaması gerekmektedir. Ancak bu öğeler var olduğu takdirde yetkili makamın emir veya tedbirine aykırı davranış bu hükme göre suç teşkil edecektir. Bu yoldaki emir veya tedbirin önceden neşir ve ilan edilerek halka duyurulmuş olmasının gerektiği de izahtan varestedir. Kanunda 'yetkili makam'dan da söz edildiğine göre kanun veya tüzükle bu türlü meselelerde emir vermek veya tedbir almak yetkisi tanınmamış kişilerin emir ve tedbirlerinin burada söz konusu olamayacağından şüphe edilemez. Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesinin birinci fıkrası kuralı ile, adli işlemleri iyi ve salim bir biçimde yürütmek, kamu düzenini, kamu güvenliğini, genel sağlığı korumak, bu alanlarda gerektiğinde daha çabuk ve yerinde tedbirler alınmasını sağlamak ereği güdülmüştür. Görülüyor ki Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesinin söz konusu fıkrasında suçun ne olduğu ve cezası açıkça belirtilmiştir. Bu maddeye aykırı hareketten açılan bir kamu davasında yetkili ve görevli mahkemenin; emri veren veya tedbiri alan makamın kanun ve tüzük hükümlerine göre böyle bir emir vermeye veya tedbir almaya yetkili olup olmadığını araştıracağı gibi kanunda yazılı öteki koşul ve öğelerin de bulunup bulunmadığını saptayacağı ve sonucuna göre gerekli kararı vereceği tabii olduğundan Nazilli Sulh Ceza Mahkemesinin itiraz kararında ileri sürülen ve yukarıda [...] gösterilen nedenlerden hiçbirini haklı ve yerinde bulmağa olanak yoktur. İtiraz konusu 526. maddenin birinci fıkrası kuralının, Anayasa'nın 5. maddesinde ver alan 'Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olan yasama yetkisinin devredilemeyeceği' ve yine Anayasa'nın 33. maddesiyle Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde açıklanan 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkelerine aykırı düştüğünün öne sürülmesi de mümkün görülmemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 10/12/1962 günlü 1962/198-11 sayılı kararında (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi: Sayı 1. sayfa 29 - 36 ve 24/1/1963 günlü, 11316 sayılı Resmi Gazete) da belirtildiği gibi yasama organının, kanun yaparken bütün olasılıkları göz önünde bulundurarak ayrıntı kuralları da saptamak yetkisi varsa da sık sık değişen durumlar ve ihtiyaçlar karşısında bu organın, yapısı bakımından ağır işleme ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasını güçlüğü dolayısıyla kanunda esaslı hükümleri saptandıktan sonra acil olaylarda Hükümete veya kimi makamlara tedbir almak yetkisi bırakması da yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Bu durum karşısında yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı gibi bir anlam çıkarmak doğru olamaz. Bundan başka, yukarıda da değinildiği gibi 526. maddenin birinci fıkrasında suçun ne gibi eylemleri kapsadığı açıkça belirtildiğine ve cezası da önceden saptandığına göre itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 33. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesindeki 'kanunsuz suç ve ceza olmaz.' ilkesine de uymayan bir yönü yoktur."

⁵¹ Öğreti görüşlerine de yer vererek AYGÖRMEZ, s.43 vd.

⁵² AYM, E 1973/12, K 1973/24, T 07.06.1973.

içerisinde açıkça belirtilmiş olması, dolayısıyla neyin suç olduğu-olmadığının yasada açıkça belirtilmesi zorunludur. Kesinlik taşıyan, kişisel bakış açısına göre değişmeyen, anlamları uygulamalarla belirmiş, hukuk ve Anayasa terminolojisi hâline gelmiş dolayısıyla hukuk dilinde oturmuş terimler belirli [belirlilik ilkesine uygun] kabul edilebilecektir. İdarî emir veya tedbirin önceden yayınlanıp ve ilân edilerek halka duyurulmaları belirlilik ilkesinin bir gereğidir [bu da Bakanlık iç düzen Yönergelerinin vatandaş bakımından bağlayıcı olmasını önleyecektir]. Emir vermek veya tedbir almak yetkisinin tanındığı kişilerin, emir ve tedbirlerine uyulması beklenecek, aksi söz konusu olamayacaktır. Tüm bu konularda davaya bakacak mahkemenin emri veren veya tedbiri alan makamın kanun (ve tüzük) hükümlerine göre böyle bir emir vermeye veya tedbir almaya yetkili olup olmadığını araştırma ve kanunda yazılı öteki koşul ve öğelerin de bulunup bulunmadığını saptama ve sonucuna göre gerekli kararı verme konusunda bağımsızlığı söz konusudur (bu son ilkeyle Türk Anayasa Mahkemesi hukuk alanlarının, daha doğrusu ceza hukukunun özerkliğini kabul etmiş olmaktadır).

Yüksek Mahkemenin oldukça kapsamlı bu içtihadından açıkça döndüğü başka bir karara rastlanmamıştır. Ancak bu çalışmanın konusu bakımından özellikle dikkat çekilmesi gereken bir kararı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi⁵³ 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının Kanun'un 9. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi ile idarî organlara suç teşkil eden fiilleri belirleme yetkisi tanındığı ve hukukî belirlilik ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek kurulların Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğunun ileri sürüldüğü bir istemde önemli bir karara imza atarak ilgili normu iptal etmiştir. Kararın merkezindeki sorun, koruma bölge kurulları kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanmaması ve herkesin bilgisine sunulmaması nedeniyle ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik açısındandır. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme,

“Hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması karşısında itiraz konusu kurullarda belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanuniliği ilkesine uymadığı açıktır.” sonucuna şu gerekçelerle ulaşmış bulunmaktadır: “2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) fıkrasında korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar verenlerin, (b) fıkrasında ise sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşai ve fizikî müdahale yapanların cezalandırılması öngörülmüştür. Buna göre korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verenler ile sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşai ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımlar cezai yaptırıma tabi tutulmuştur... Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, 'Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz' denilerek 'suçların kanuniliği', üçüncü fıkrasında da 'ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' denilerek, 'cezaların kanuniliği' ilkesi öngörülmüştür. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan 'suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığı ve bu fiillere verilecek cezaların hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza hukukuna hâkim olan anayasal ilkelerden olup temel hak ve özgürlüklerin önemli güvencelerinden birini oluşturmaktadır. Kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamalarına imkân tanınması düşüncesine dayanan bu ilkeyle ceza sorumluluğu bireylerin bilinçli tercihlerine bağlanmakta ve birey özgürlüğünün güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Zira bireylerin hangi fiilin suç oluşturacağını öngörememesi ya da bu konuda çeşitli sürprizlerle karşılaşması, bireyin özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayacaktır. İtiraz konusu Kanun'un 65. maddesinin (a) ve (b)

⁵³ AYM, E 2011/18, K 2012/53, T 11.4.2012.

bentlerinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar verenler ile sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımların cezalandırılması öngörülmektedir. Kanun'un tespit ve tescil başlıklı 7. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespitinin Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde yapılacağı ve bu tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil edileceği öngörülmüştür. *Ancak bu tespit ve tescilin maliklere tebliği öngörülmemiştir. Maddenin ilk hâlinde maliklere tebliğ de öngörülmüşken 17. 6. 1987 tarih ve 3386 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte tebliğ zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Öte yandan, koruma bölge kurullarınca tespit edilen koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapan ya da yaptırımların cezalandırılması öngörülmektedir. Burada suç teşkil eden fiilin konusunu koruma bölge kurullarınca belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahaleler oluşturmaktadır. Ancak koruma alanlarında uyulacak şartların neler olduğunu belirleme yetkisi koruma bölge kurullarına tanınmıştır. Herhangi bir sit alanında bulunan korunması gerekli taşınmaza yapılan hangi müdahalelerin suç oluşturacağını belirlemek idarî bir organ olan koruma bölge kurullarına verilmiştir.* Kanun'un 57. maddesinin, birinci fıkrasının (g) bendinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar alma yetkisi bölge kurullarına verilmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesinde de bu kararların Kanun ve ilke kararlarındaki dayanakları ile bilimsel gerekçelerinin belirtilerek yazılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Kanun'un 61. maddesinde Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişilerin uymak zorunda olduğu hükmü yer almaktadır. *Ancak Kanun, Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararlarının Resmî Gazetede yayımlanmasını zorunlu tutmakla birlikte koruma bölge kurulları kararları için böyle bir yayım zorunluluğu öngörmemiştir. Alınan kararların ilgili herkesin bilgisine sunulmaması nedeniyle ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar çıkması kaçınılmazdır. Hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması karşısında itiraz konusu kurallarda belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanunîliği ilkesine uymadığı açıktır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”*

Karar iptale konu edilen husus bakımından isabetlidir. Ancak özellikle bu çalışmanın da konusunu teşkil eden hususların ne iptal talebine ne de iptalin esasına konu olmaması önemli bir eksikliktir. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65. maddesinin, normun koruma amacı da göz önünde bulundurularak Kanun'un 9. maddesi ile birlikte mutlaka kanunîlik ve belirlik açısından anayasaya uygunluk bakımından değerlendirilmesi gerekirdi.

IV. SÜRDÜRÜLEBİLİR KORUMA VE KONTROLLÜ KULLANIM ALANI İLE İLGİLİ TARTIŞMALI HUSUSLAR

A. Sürdürülebilir Koruma ve Kontrollü Kullanım Alanı Tanımlarının İdarî Düzenlemelere Brakılması

Anıldığı üzere tescili söz konusu olabilecek bu yerlerin tanımları KültürTK m.1 I a'da yapılmış, ancak burada sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanı⁵⁴ tanımına yer verilmemiştir. KültürTK m.1 kapsamındaki tanımlara göre:⁵⁵

“(1) “Kültür varlıkları”; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır.

(2) “Tabiat varlıkları”; jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerlerdir.

(3) “Sit”; tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlardır.

⁵⁴ Bu alanlar hakkında bkz. SANCAKTAR, Oğuz/YAĞCI, Pınar/TAŞYILDIZ, Şükür/ÇIRAK: Ezgi, Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.296.

⁵⁵ Bu kavramlar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. SANCAKTAR/YAĞCI/TAŞYILDIZ/ÇIRAK, s.41 vd.; YAĞCI, Ali/TAŞ, Rabia/KILIÇ, Tuğçe: Açıklamalı İçtihatlı, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.5 vd.

(4) “Koruma” ve “Korunma”; taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarında muhafaza, bakım, onarım, restorasyon, fonksiyon değiştirme işlemleri; taşınır kültür varlıklarında ise muhafaza, bakım, onarım ve restorasyon işleridir.

(5) “Korunma alanı”; taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının muhafazaları veya tarihi çevre içinde korunmalarında etkinlik taşıyan korunması zorunlu olan alandır.

(13) “Doğal (tabii) sit”; jeolojik devirlere ait olup, ender bulunmaları nedeniyle olağanüstü özelliklere sahip yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan korunması gerekli alanlardır”.

Bunun yanında Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik m.6/2 eliyle, “doğal sit alanları; kesin korunacak hassas alanlar, nitelikli doğal koruma alanları ve sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanları olarak üç kategoriye” ayrılmıştır. Bunun yanında bu alanların tanımlarına Yönetmelik’te de yer verilmemiş ancak, m.9 içerisinde ayırt edici özellikleri sıralanmıştır:

“Kesin korunacak hassas alanlar veya nitelikli doğal koruma alanlarını etkileyen, bu koruma bölgeleri ile bütünlük gösteren, korumaya katkı sağlayacak, doğal ve kültürel bakımdan uyumlu düşük yoğunlukta faaliyetler, turizm ve yerleşimlere izin veren alanlardır. (2) Bu alanlar aşağıdaki özelliklerden bir veya birkaçını bünyesinde bulundurur. a) Peyzajı ile uyumlu insan yerleşimlerini içinde bulundurur. b) Doğal kaynak yönetim sistemleri ve ilgili kültürel değerleri, ekosistemleri ve habitatları içerir veya korunmasına katkı sağlar. c) İnsanlar ve doğa arasında dengeli ilişkilerin geliştirilmesine ve muhafaza edilmesine katkıda bulunur. ç) Uygulanabilir durumlarda yerel halkın sosyal ve ekonomik kazançlarına katkı sağlar. d) Ulusal, bölgesel ve yerel seviyelerde doğal kaynakların sürdürülebilir kullanımına ve kalkınmaya destek olur. e) Ekolojik, ekonomik ve sosyal boyutları dikkate alarak doğal kaynakların sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanımına elverişli alanlardır.”

Bu durum karşısında KültürTK’da yer alan doğal sit, *jeolojik devirlere ait olup, ender bulunmaları nedeniyle olağanüstü özelliklere sahip yer üstünde, yeraltında veya su altında bulunan korunması gerekli alanları* tanımlamasının yukarıda aktarılan özellikleri içerisinde barındıracak sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarını hangi unsurlar yoluyla kapsadığı toplumu oluşturacak ortalama insanlar için oldukça muğlaktır. Yukarıdaki kriterler (*peyzajı ile uyumlu insan yerleşimlerini içinde bulunduran, doğal kaynak yönetim sistemleri ve ilgili kültürel değerleri, ekosistemleri ve habitatları içerir veya korunmasına katkı sağlayan vs.*) neredeyse her doğal alana uygulanabilir niteliktedir. Sıradan bir arazinin sonradan anılan kriterleri içerisinde barındıran yerlerden olduğunu dolayısıyla sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanı olduğunu ya da olabileceğini öngörebilmek kolay değildir. Bu durumda arazisinin sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanı olarak ilan edildiğini Resmi Gazeteleri ya da ilgili internet sayfaları takip etmeyen biri, hareketleri ile kolaylıkla suç teşkil eden bir alana girebilecektir.

Açıklanan bu nedenlerle idarî düzenleyici işlemler kapsamında sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarına ilişkin ayırt edici özelliklerle netleştirilmeye çalışılan maddî unsur, şu hâliyle belirli olmaktan, dolayısıyla da öngörülebilir olmaktan uzaktır. Bu alanların tanımlarının mutlaka KültürTK içerisine alınması, Yönetmelik ayırt edici unsurlarının ise daha açık ve belirli olacak şekilde düzenlenmesi gerekir.

Sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarından ne anlaşıldığının açık ve öngörülebilir, kıyas yasağı ve belirlilik ilkesi ihlaline sebep olmayacak şekilde tespiti, suçun tüm maddî unsurlarının da aynı şekilde hukuka uygun olarak yorumlanmasını sağlayacaktır. Gerçekten de özellikle zarar unsuru, inşâî ve fizikî müdahale ya da bakım onarım vs. unsurları yorumlarken normun koruma amacı dolayısıyla da korunmak istenen sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanından ne anlaşılması gerektiği net bir şekilde ortada olmalıdır.

2863 sayılı Kanun m.65/1 kapsamındaki suçlar, sit alanlarının her ne suretle olursa olsun zarar görmesine kasten sebebiyet vermeyi ve izin alınmaksızın inşâî ve fizikî müdahale yapma veya yaptırmayı cezalandırmaktadır. Burada geçen zarar ile izin alınmaksızın inşâî ve fizikî müdahale yapma veya yaptırmaya maddî unsurları, bu fıkranın koruma amacına uygun olarak ve diğer doğal sit alanları değil, sadece sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanı özellikleri göz önünde bulundurularak tespit edilecektir. Sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanları yapıları gereği, diğer sit alanı derecelendirmelerinde koruma ve kullanım bakımından en esnek yapıda olan alanlardır. Bu nedenle ki bu alanlara ilişkin zarar/fizikî/inşâî muamele değerlendirmelerinde bulunurken, bölgenin hangi doğal sit türlerinden olduğu mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Herhangi bir fiil arkeolojik sit alanına zarar verebilecekken sürdürülebilir koruma alanı bakımından arzu edilir dahi olabilecektir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, zararın doğal sit alanının fizikî dokusunu bozucu ve özgün yapısını kaybetmesine sebep olacak bir nitelikte olması gerektiği sabittir. Yargıtay kararlarında bu hususa özellikle dikkat çekmektedir:

“...suça konu yerin 1. derece arkeolojik sit alanında bulunduğu, su borusunun malzemeden yapıldığı, pınara bağlantısının fizikî olmadığı ve toprak zemin üzerinde en fazla 20-25cm derinliğine döşendiği, ayrıca yol kenarına çekilen tel örgünün demir dikmelerinin de büyük ölçüde karayolu zeminine oturtulduğu, gerek plastik boru döşemesinin gerekse tel örgü çekimi dolayısıyla sit alanının zemininde ve fizikî dokusunda herhangi bir tahribatın oluşmadığı, herhangi bir kültür varlığı eserinin zarar görmediği..., sanık eyleminin zarara neden olmayan müdahale niteliğinde olduğu anlaşılmalıdır... buna göre gerekli suç tespitinin yapılması...”⁵⁶

Tüm bu açıklamalarla ortaya çıkmaktadır ki suçun tüm maddî unsurlarının yorumlanması sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarına ilişkin idarî düzenlemelerin esas alınması ile mümkün olmaktadır. Söz konusu idarî düzenlemelerin açıklığı, unsurların yorumunu ve kişiler tarafından da öngörülebilirliği etkileyen belirleyici hususlardır. Belirlilik ilkesi ve kıyas yasağı ihlallerinin önüne ancak kavramlara ve suç fiilinin nelerden ibaret olacağına yeteri derecede açıklık getirildiğinde geçilebilir. Bu bağlamda doğal sit türlerinin tanımlarının normun koruma amacını net bir şekilde ortaya koyacak şekilde mutlaka KültürTK içerisine alınması gerekir.

Tüm bunların yanında KültürTK sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarına ilişkin idarî düzenlemeler eliyle getirilen yeniliklere uyum sağlayamadığı da sabittir. Gerçekten de 2863 sayılı Kanun m.9 gereği esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma yakma, kazı veya benzeri işler inşai ve fizikî müdahale sayılır.⁵⁷ Bu bağlamda basit onarım (sıva tamiri, çatı aktarımı)⁵⁸ m.65 birinci fıkra kapsamında kabul edilmemektedir. Kişinin sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarına hiçbir yapı yapmadan, sadece ekim dikim ile uğraşmasının anılan esaslı fizikî müdahaleler kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Zira maddede anılan faaliyetler doğayı tahrip edici ve yıkıcı mahiyettedir. Oysaki iyi tarım uygulamaları ile bitki ekmek doğaya faydalı olacaktır. Bunun “doğanın onarılması” olarak mı anlaşılması, kavramlara yüklenen anlamın kıyas yasağına varacak şekilde geniş yorumlanması anlamına gelecektir. Aynı şekilde KültürTK m.65/4’e göre... tadilat ve tamiratları... izin almaksızın ya da izne aykırı olarak yapma/yaptırma suçu bakımından kişinin yapı yapmaksızın ilgili alanda gerçekleştirdiği, ortamın ekosistemine katkı sunduğu ve doğal sit alanının kendine özgü yapısını bozmayıp bilakis yeniden kazanmasını sağladığı bitki bakımı vs. gibi faaliyetlerin “tadilat ve tamirat olarak” kabul edilmesi, geniş yorumlamada bulunarak kıyas yasağına uymama anlamına gelecektir. *Geniş yorumlamak, sırf başka bir hüküm/olaya yakın olduğu düşünülerek hükmü amacı dışında, benzeriyle örtüşecek şekilde yorumlamaktır.*

B. Sürdürülebilir Koruma ve Kontrollü Kullanım Alanında İzne Tabi Faaliyetler

İzin almaksızın inşai ve fizikî müdahale suçu bakımından hangi faaliyetin izne tabi olduğu hangisinin olmadığı KültürTK içerisinde açıkça öngörülmemiş, bu husus tam tersine Yönetmelik ya da ilke kararlarına bırakılmıştır. Sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarında izne tabilik hakkında esas alınacak idarî düzenlemelerin başında 2012 tarihli “Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik” ile ilke kararları gelmektedir. Yönetmelik m.9 şöyledir: “Sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarının ayırt edici özellikleri”:

“Kesin korunacak hassas alanlar veya nitelikli doğal koruma alanlarını etkileyen, bu koruma bölgeleri ile bütünlük gösteren, korumaya katkı sağlayacak, doğal ve kültürel bakımdan uyumlu düşük yoğunlukta faaliyetler, turizm ve yerleşimlere izin veren alanlardır. (2) Bu alanlar aşağıdaki özelliklerden bir veya birkaçını bünyesinde bulundurur. a) Peyzajı ile uyumlu insan yerleşimlerini içinde bulundurur. b) Doğal kaynak yönetim sistemleri ve ilgili kültürel değerleri, ekosistemleri ve habitatları içerir veya korunmasına katkı sağlar. c) İnsanlar ve doğa arasında dengeli ilişkilerin geliştirilmesine ve muhafaza edilmesine katkıda bulunur. ç) Uygulanabilir durumlarda yerel halkın sosyal ve ekonomik kazançlarına katkı sağlar. d) Ulusal, bölgesel ve yerel seviyelerde doğal kaynakların sürdürülebilir kullanımına ve kalkınmaya destek olur. e) Ekolojik, ekonomik ve sosyal boyutları dikkate alarak doğal kaynakların sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanımına elverişli alanlardır.”

⁵⁶ 12. CD, 16.09.2020- 4378/4721; benzer şekilde 12. CD 23.06.2020-4159/3845; 12. CD. 23.06.2020, 13460/38931.

⁵⁷ Ayrıntılı bkz. SANCAKTAR/YAĞCI/TAŞYILDIZ/ÇIRAK, s.919 vd.; YAĞCI/TAŞ/KILIÇ, s.302 vd.; GÜNAY, Erhan: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasasındaki Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.19 vd., 31 vd.

⁵⁸ YAĞCI/TAŞ/KILIÇ, s.55.

hükümden çıkarılacağı üzere Yönetmelik'te izne dair bir hüküm bulunmamaktadır. 25 Ocak 2017 tarihinde 29959 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 99 sayılı "Doğal Sit Alanları Koruma ve Kullanma Koşulları İlke Kararında ise şu hususlar yer almaktadır:

"C- Sürdürülebilir Koruma ve Kontrollü Kullanım Alanları" bakımından "Kesin korunacak hassas alanlar veya nitelikli doğal koruma alanlarını etkileyen, bu koruma bölgeleri ile bütünlük gösteren, korumaya katkı sağlayacak, doğal ve kültürel bakımdan uyumlu düşük yoğunlukta faaliyetler, turizm ve yerleşimlere izin veren alanlardır. 1. Toprak, cüruf, çöp, hafriyat, sanayi artığı gibi maddelerin dökülmeyeceğine, 2. Ancak bu alanlarda Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonu izniyle; a. Kesin Korunacak Hassas Alanlar ile Nitelikli Doğal Koruma Alanlarındaki faaliyetlerin yapılabileceğine, b. Örtü altı tarım, kültür balıkçılığı ve entegre tarım ve hayvancılık faaliyetlerinin yapılabileceğine, c. Katı atık düzenli depolama tesisi, atık su arıtma tesisi, yat çekek yeri, akaryakıt istasyonu gibi uygulamaların yapılabileceğine, ç. Üst ölçekli planlara uygun olmak şartıyla sanayi tesislerinin yapılabileceğine, d. Doğal peyzaj ve silüet dikkate alınarak kum, çakıl, taş, maden ve benzeri malzeme alınabileceğine, bu amaçla ocak açılabilmesine"

Bu ilke kararı 2019 yılında yürürlükten kaldırılarak, 7 Aralık 2019 tarihli 30971 sayılı Resmi Gazete'de 109 sayılı "Doğal Sit Alanları Koruma ve Kullanma Koşulları İlke Kararı" yürürlüğe girmiştir. Buna göre:

"C- Sürdürülebilir Koruma ve Kontrollü Kullanım Alanı: Barındırdığı silüet, jeolojik ve ekolojik değerlerin korunması ve geliştirilmesi amacıyla alanın potansiyeli ve kullanım özellikleri göz önünde bulundurularak, doğal ve kültürel bakımdan uyumlu düşük yoğunlukta faaliyetler, turizm ve yerleşimlere izin veren alanlardır. Bu alanlar; ulusal, bölgesel ve yerel seviyelerde doğal kaynakların sürdürülebilir kullanımına ve kalkınmaya destek olan, insanlar ve doğa arasında dengeli ilişkilerin geliştirilmesine ve muhafaza edilmesine katkıda bulunan, ekonomik ve sosyal boyutları dikkate alarak doğal kaynakların sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanımına elverişli yerlerdir. Bu alanlar; Kesin korunacak hassas alanlar veya nitelikli doğal koruma alanlarını etkileyen, bu koruma bölgeleri ile bütünlük gösteren tampon bölgeler olup düşük yoğunluklu yerleşim yerleri olarak planlanabilir. Sit kararı öncesi alınan ruhsatlı yapılar mevcudiyetini korur. Kentsel yerleşik alanlarda ve kentsel dönüşüm alanlarında yoğunluk, yapılacak koruma amaçlı imar planlarında belirlenebilir. Bu alanlarda sanayi tesislerine izin verilmez, ancak mevcut ruhsatlı sanayi tesisleri, gerekli çevresel tedbiri almak koşulu ile kullanılabilir."

Bu alanlarda; koşulları, kapsamı, süresi Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonları tarafından belirlenmek şartı ile aşağıdaki faaliyetlere izin verilebilir. "... ç. Koruma amaçlı imar planı veya geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına uygun olmak ve diğer kurum görüşlerindeki sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla tarım ve hayvancılık faaliyetlerine izin verilebilir."

Yine 31070 sayılı 16 Mart 2020 tarihli Resmi Gazete'de yayımlandığı üzere, Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik'te, sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarının ayırt edici özellikleri hükümlerinin yer aldığı madde 9 kapsamında bazı değişikliklere gidilmiş ve söz konusu olay bakımından önem arz eden 3. fıkra norma eklenmiştir: Buna göre:

"Sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanları; barındırdığı silüet, jeolojik ve ekolojik değerlerin korunması ve geliştirilmesi amacıyla alanın potansiyeli ve kullanım özellikleri göz önünde bulundurularak, kesin korunacak hassas alan ve nitelikli doğal koruma alanlarında izin verilen faaliyetlere ek olarak doğal ve kültürel bakımdan uyumlu düşük yoğunlukta faaliyetler, entegre tesis, turizm ve yerleşimlere izin veren alanlardır... (3) Sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanlarında bulunan madenlerin milli menfaatlere uygun olarak aranması, hangi şartlarda ve ölçülerde işletileceği, kapatılması ve alanın rehabilitasyonu ilke kararları doğrultusunda alınacak olan Bölge Komisyonlarının kararları doğrultusunda yapılır."

Tüm bu idarî işlemler göz önünde bulundurulduğunda, sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanında hangi faaliyetler için izin alınması gerektiği, nelerin izne tabii olmadığı hem belirsizleşmiş hem zaman içinde ciddi değişikliklere uğramıştır. Örneğin **99 sayılı İlke Kararı** örtülü ve entegre tarım için izin şartı getirirken, bunun dışındaki tarımsal faaliyetler için izin aramamıştır. Ancak bunun ardından çıkarılan 109 numaralı ilke kararı her türlü tarımcılığı izne bağlamıştır. En nihayetinde 2020 yılındaki Yönetmelik madencilik işleri ile alakalı karardan bahsetmiş, bunun dışındaki faaliyetlere ilişkin ciddi bir soru işareti doğmasına sebep olmuştur.

Tüm bu hususlar hem kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi hem de belirlilik ve suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesi açısından ciddi anlamda sorunlar doğurmaktadır. İzin, gerek KültürTK m.65 1. fıkra gerekse 4. fıkra kapsamında suç isnadı ve yaptırımının esasını oluşturan kurucu bir

unsurdur, hangi faaliyetlerin izne tabii olduğu hususu, suçun kurucu unsuru olduğundan sadece kanun eliyle düzenlenebilecek iken, bunun Yönetmelik, hatta sürekli değişen ilke kararlarına bırakılması, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal etmektedir. Bunun yanında yapılan tanımlama eksiklikleri ve sürekli değişiklikler öngörülebilirliğe helal getirdiğinden belirlilik ilkesini ihlal etmektedir. Yine yapılan sürekli değişim fiilin suç olup olmamasına da esaslı etkide bulunduğundan suç ve cezada geriye yürüme ve fail lehine hüküm uygulama gibi birçok sorunu beraberinde getirmekte ve anılan ilkeleri de ihlal etmektedir.

Yukarıda ayrıntılarıyla aktarıldığı üzere Anayasa Mahkemesi, suç unsurlarının yasa içerisinde açıkça belirtilmiş olmasını kanunilik ilkesi bakımından zorunlu görmektedir. Kesinlik taşıyan, kişisel bakış açısına göre değişmeyen, anlamları uygulamalarla belirmiş, hukuk ve Anayasa terminolojisi hâline gelmiş dolayısıyla hukuk dilinde oturmuş terimler belirlidir. Suç unsurlarının oluşumunda esas teşkil edecek kurucu unsurların zamanla sürekli değişen, karmaşık, çelişkili idarî düzenlemelere bırakılması yasallık ilkesinin çiğnenmesi anlamına gelmektedir.

V. SONUÇ

Aktarılan tüm sorunlu ve belirsiz unsurlar, uygulayıcı ve teorisyenleri dahi ikilemlere düşürebilecekken, toplumu oluşturan ortalama insan kesiminin bunlara uyum sağlamasını neredeyse imkânsızlaştırmaktadır. Hukukî güvenliğin egemen olduğu hukuk devletinde, hangi hareketin suç teşkil edeceği yasalarda açıkça ve toplumun ortalama kesimi anlayacak şekilde düzenlenmelidir. Vatandaşın hareketlerinin sonuçlarını öngörebilmesi, böylelikle de haklı yerine haksız olanı seçmesinin önüne geçilmesi sağlanmalıdır. Bunun için de kişileri hareketinin suç teşkil edip etmediğini öngöremeyecek şekilde hızlı değişen, karmaşık yapılı Yönetmelik ve ilke kararlarından kaçınılarak, yasallık ilkesi gereklerine uygun yasa normları yaratılmalıdır. Kişilerin düzenleyici idarî işlemleri anlamama, yorumlayamama ve tam olarak bilmemesi karmaşıklaşan toplumsal bir yapıda ve sağlıklı bilgi kaynaklarına erişmenin tüm internet imkânlarına rağmen zayıfladığı bir ortamda kaçınılmaz olmaktadır. Kanun koyucunun özellikle herkes tarafından bilinmeyecek, genel geçer olamayacak özel kanunlardaki suçlar bakımından daha özenli olması, bu kanunlardaki suçları kanun içerisinde daha öngörülebilir bir açıklıkla norma bağlaması gerekir. Normların belirsizliği, kişilere yüklenecek bir kusur olmamalıdır.

Ceza hukuku karineler hukuku değildir. Ceza hukukunda suç isnadı, kişilerin doğal sit kararına ilişkin tapuya tescil ile internet sayfası gibi alanlarda yapılan duyuruları bilmesi ve fark etmesi üzerine oturamaz. Kişilerin aynı zamanda doğal sit alanında kalanında arsasında hangi fiillerinin suç teşkil edebileceğini açıkça öngörebilmeleri de gerekir. Bu öngörü ise ancak kanun esaslı ve açık yasal düzenlemeler sonrası kişilerden beklenebilir. Bilmemek kastın kurucu unsuru olduğundan, kişilerin kastı ortadan kalkacak şekilde hatalara düşmesinin önüne ancak kanun koyucu tarafından kanunilik ilkesine uyulması ile geçilebilir.

KAYNAKÇA

- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan: Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler, Cilt 1, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi, TBBD, (104), 2013, s.225-246.
- BAYTAZ, Abdullah Batuhan: Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- BOSTANCI Gülşah: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- CAN, Osman: Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış, AÜEHFD, IX(1-2), 2005, s.89-125.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/YENERER ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2020.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Cilt, m.1-44, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- GÜNAY, Erhan: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasasındaki Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2021.
- HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- KANGAL, Zeynel: “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, Ceza Hukuku Dergisi, (17), 2011, s.61-106.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- KORKMAZ, Mehmet: Kanunilik İlkesinin Bir Sonucu Olarak Ceza Kanunlarının Belirlilik İlkesi, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2. baskı, Beta yayınevi, İstanbul, 2021.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- SANCAKTAR, Oğuz/YAĞCI, Pınar/TAŞYILDIZ, Şükür/ÇIRAK, Ezgi: Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- YAĞCI, Ali/TAŞ, Rabia/KILIÇ, Tuğçe: Açıklamalı İçtihatlı, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- YARSUVAT, Duygun: Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası, Journal of Istanbul University Law Faculty 29(3), 2011, s.540-559.
- ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 7. Baskı, Beta Yayınları, Ankara, 2021.

YAPAY ZEKALI VARLIKLARA ELEKTRONİK KİŞİLİK MODELİ TANINMASINA İLİŞKİN EUROBOTICS RAPORU VE FİKRİ MÜLKİYET SORUNU BAĞLAMINDA MESELEYE YAKLAŞIM

EUROBOTICS REPORT ON GRANTING ELECTRONICAL PERSONALITY TO THE
ENTITIES WITH ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LEGAL APPROACH TO THE ISSUE OF
INTELLECTUAL PROPERTY OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ENTITIES

Gizem ÖZKAN ŞAHİN*   & Çağatay ŞAHİN**  

Makale Bilgi

Gönderi: 10/08/2021
Kabul : 14/02/2022

Anahtar Kelimeler

Yapay Zekâ,
Robot
Derin Öğrenme,
Kişilik,
Elektronik Kişilik.

Article Info

Received: 10/08/2021
Accepted: 14/02/2022

Keywords

Artificial Intelligence,
Robot
Deep Learning,
Personality,
Electronic
Personhood.

Özet

[10.21482/inuhfd.981080](https://doi.org/10.21482/inuhfd.981080) 

Teknolojinin gelişmesiyle yapay zekâlı varlıkların artan otonomi düzeyleri, onlarla ilgili yeni bir hukuki statü belirlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu zamana dek “eşya yaklaşımı”yla yapay zekâlı varlıklara tanınan bu statü, bu varlıkların toplumsal alanda artan ağırlıklarıyla hukukun da bu varlıkların gelecekte gireceği başta ekonomik olmak üzere birtakım ilişkilerdeki temsillerinin çözüme kavuşturulması amacıyla onlara bir kişilik tanınması gerekliliğini beraberinde getirmiştir. Bu gereklilik karşısında yeni statü ihtiyacına bir yanıt olarak ortaya konan kişilik modelleri arasında yapay insan modeli, yapay vekil modeli, kölelik modeli ve elektronik kişilik modeli sayılabilir. Bu doğrultuda bir çözüm önerisi olarak Avrupa Parlamentosu’nun *euRobotics* raporunda tavsiye ettiği elektronik kişilik modelinin mevcut modeller arasında en kapsamlı kişilik modeli olduğu düşünülmektedir. Bu kapsamda çalışma, kişilik ve sorumluluk hukuku bakımından yapay zekâ teknolojisine önemli bir yenilik getireceği düşünülen elektronik kişilik modelinin aynı zamanda yapay zekâlı varlıkların ürettiği eser ve buluşların fikri mülkiyet bakımından kime ait kabul edileceği konusuna da somut bir çözüm olabileceği fikrinden hareket etmektedir.

Abstract

The increasing autonomy level of entities with artificial intelligence with the technological development has necessitated the determination of a new legal status regarding those entities. Up until today, the status granted to entities with artificial intelligence through “the object approach” has brought the necessity of granting a personality to these entities, in order to resolve the representation of artificial intelligence and robotics law in certain relations, especially economic, in which they enter into. Among the personality models put forward as a solution to this necessity, artificial human model, artificial agent model, slavery model and electronical personality model can be mentioned. As a solution proposal in this direction, the electronic personality model, which is also recommended by the European Parliament in the *euRobotics* report, is considered to be the most comprehensive personality model among all the existing models. This study is based on the idea that the electronic personality model, which will bring an important innovation to artificial intelligence technology in terms of personality and liability law, will also provide a concrete solution to the issue of who will be accepted as the owner of the works and inventions produced by the entities with artificial intelligence in terms of intellectual property.

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

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

**Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ŞAHİN ÖZKAN Gizem/ŞAHİN Çağatay, “Yapay Zekâlı Varlıklara Elektronik Kişilik Modeli Tanınmasına İlişkin Eurobotics Raporu ve Fikri Mülkiyet Sorunu Bağlamında Meseleye Yaklaşım”, İnÜHFD, 13(1), 2022, s.110-128. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

With the 21st century, the technological progress in the field of artificial intelligence has carried the relationship of robots with humans to a different dimension. Machines and robots equipped with artificial intelligence technology, which are used in many fields from smart cars to security systems, from translation programs to health services, are gradually expanding their area of application around the world every year. Accordingly, the increase in the voluntary actions of artificial intelligence assets and robots has started a new era in which these machines, which have been accepted as goods until now, will act as beings with rights and responsibilities. Since the seventy-year period in which artificial intelligence studies began, artificial intelligence robots have reached an industrial stage and are used for different purposes in many sectors such as commerce, health and service in various parts of the world. The relationship of artificial intelligence assets operating in these areas of use with biological humans has gradually diversified and has reached a complex point in ethical, economic and social aspects. As a solution to this, it has been suggested that giving electronic person status to these machines instead of “the object approach” that dominates the human-robot relationship until now, can solve many problems in this relationship. In addition, it is known that the issue also encounters opposition due to social, psychological and ethical reasons because of the complex relations it will create between robots and real people. In this context, in addition to the option to continue with the object approach, giving personality to these assets is also kept on the agenda. However, the way and the method of granting this personality and the qualifications this personality type will possess are currently uncertain. In the case that personality is granted to these beings, it will be possible for autonomous robots to acquire electronical personality due to their voluntary actions, along with the real personality that biological humans have.

In this scope, the aim of the study is to examine the legal status debates developed in artificial intelligence law and personality models based on these discussions. The main problem that the study seeks to answer is to investigate why the electronic personality model is an advantageous model for artificial intelligence assets and what will be its reflections in terms of intellectual property law. In this context, first of all, the legal regulations developed within the framework of artificial intelligence law in the world will be mentioned. Within this framework, it will be emphasized that technical developments and legal regulations in the field of artificial intelligence and robotics necessitate the development of a new status for these machines in the near future. The next aim of the study is to explain the personality models developed for the beings with artificial intelligence. In terms of the conceptual framework, the philosophical and legal justification of the personality in the legal sense will also be made through the economic and legal theories developed on this subject. Undoubtedly, this situation will bring about the reorganization of the established personality distinction as real personality and legal entity in a way to include this new personality model. It must be stated at this point that, since none of the personality models for artificial intelligence entities have yet been accepted by any legal regulation, artificial intelligence entities whose legal status has not been determined are still considered movable property in the current situation. For this reason, all evaluations to be made in the light of current regulations, all the proposed personality models for beings with artificial intelligence and attribution of responsibility to them may be hypothetical as of now. On the other hand, although it does not seem likely in the short term, it is clear in the medium or long term that it will be inevitable to grant a kind of personality status to artificial intelligence entities and to attribute some rights and obligations to them.

In the light of these explanations, it is likely in the near future that the electronic personality model recommended by the European Parliament in the euRobotics report will be given to highly developed autonomous artificial intelligence entities in the EU member countries. Contrary to the studies in the literature focusing on liability law in this field, this article will benefit from reports on electronic personality and works that address how personality notion can be extended legally and philosophically. It is aimed to search for an answer to the main problem of the study through the theoretical research to be made based on these works. Besides, the study will focus on the presumptive innovations that artificial intelligence entities which will be granted electronic personality status will possibly bring about in the field of intellectual property. The main point that the study tries to contribute to the literature is the discussions, which originally started in the European Union law, of whether it is possible to provide protection to artificial intelligence entities in terms of the intellectual property rights in Turkish law on the basis of the electronical personality modal suggestion.

I. GİRİŞ

20. yüzyılla birlikte teknolojik alanda yaşanan olağanüstü gelişmeler, robotların iş bölümünde giderek daha çok yer aldığı ve toplumsal alandaki görünürlüklerinin arttığı yeni bir dönemi başlatmış bulunmaktadır. Bu bakımdan gelişmiş yapay zekâlı varlıklara uygun yeni bir hukuki statünün ne olabileceği sorusu, ulusal ve uluslararası düzeyde ekonomik ve hukuki gereksinimleri karşılayacak şekilde yapay zekâlı varlıklarda kişilik meselesini gündeme getirmiş bulunmaktadır.

Bu doğrultuda çalışma, yapay zekâlı varlıkların eşya olduklarına ilişkin yerleşmiş düşüncenin sona ermesiyle oluşması muhtemel belirsizliğin bu varlıklara eylemlerinden kaynaklı hak ve borç yükleyecek bir kişilik statüsü getirilmesiyle çözüme kavuşturulacağı fikrinden hareket etmektedir. Bu beklentinin gerçekleşmesi, bu varlıklara gerçek kişilik gibi bir statünün tanınması yoluyla mülkiyet, sözleşme, hukuki ve cezai sorumluluk gibi konularda ulusal ve uluslararası hukukla uyumlu bir modelleme ihtiyacını beraberinde getirecektir. Bu doğrultuda bugüne dek geliştirilmiş kişilik modellerinin bir incelemesi yapılacak ve bu alanda önem taşıyan uluslararası çalışmalarda öne çıkan elektronik kişilik modelinin yapay zekâlı varlıkların statüsü, özel hukukta sorumluluğu ve ürettiği fikri ürünler bakımından yeterli bir model olup olmadığı incelenecektir.

Bu kapsamda çalışma yapay zekâ çalışmalarındaki kavramsal çerçeveye ilk başlıkta değinecektir. İkinci olarak yapay zekâ ve robotik hukukundaki düzenlemelerin hangi ulusal ve uluslararası çalışmalar çerçevesinde oluşturulduğu ele alınacak, daha sonra yapay zekâlı varlıklarda kişilik meselesine geçiş yapılacaktır. Mevcut kişilik modellerinin açıklanmasının ardından *euRobotics* raporunda öne çıkan elektronik kişilik kavramına odaklanacak çalışma, yapay zekânın fikri mülkiyet sahipliğine ilişkin farklı yönde verilen mahkeme kararlarına da yer verecektir. Bu bağlamda çalışmanın odak noktası, elektronik kişiliğin yapay zekâlı varlıklarda olası ihtiyaçlara en kapsamlı yanıtı verebilecek kişilik modeli olduğu argümanından hareketle sorumluluk ve fikri mülkiyete dair problemlerdeki temel yaklaşımları incelemek ve meseleye çözüm aramak olacaktır.

II. YAPAY ZEKÂ VE ROBOTİK HAKKINDA KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1950'li yıllarda enformatik alanının bir alt dalı olarak başlayan yapay zekâ çalışmaları¹ o dönemde bu çalışmalar için yüksek kapasiteli bilgisayar işlemcilerine ihtiyaç duyulmasından ötürü belirlenen hedeflere ulaşamamıştır. 1980 sonrası geliştirilen güçlü bilgisayarlar sayesinde bu alanda büyük ölçekli araştırmalar yapabilmek mümkün hale gelmiş ve 2001 sonrası büyük veri setlerine ulaşılmasıyla yapay zekânın toplumsal alanda giderek daha çok sektörde işlevsel hale geldiği bir dönem başlamıştır². Bugün gelinen noktada yapay zekâyâ dair araştırmaların halen gelişme aşamasında olduğunu ifade eden bilim insanı Marvin Minsky, bir gün makineler dünyayı ele geçirdiklerinde insanlığın kontrolü geri alamayabileceği³ distopik bir geleceğin mümkün olduğuna işaret etmiştir⁴.

Kavram olarak yapay zekâ, bilgisayar aracılığıyla veri işlemenin ötesinde eylem çeşitliliğine işaret eden bir tanıımı gerektirmektedir. Bu tanımdaki zorluk, yapay zekâ teknolojisinin bilgisayarların çeşitli programlar aracılığıyla yaptığı klasik algoritmik işlemlerin ötesinde uygulamalar olan akıl yürütme, anlam çıkartma, genelleme ve geçmiş deneyimlerden öğrenme gibi süreçleri yerine getirme kapasitesinden kaynaklanmaktadır⁵. İnsan zekâsına ait basit fonksiyonların bazılarını insan beyninden çok daha hızlı ve verimli biçimde gerçekleştirebilen bilgisayarlar matematik hesaplamalar yapabilir, bir dosyadaki veri miktarını tespit edebilir veya farklı bilgi saklama ve erişim fonksiyonlarını kolaylıkla yürütebilir; bir diğer ifadeyle insan beynine ait pek

¹ Yapay zekâ kavramının ilk kez ne zaman ortaya atıldığı konusunda 1956 yılında Dartmouth College'da düzenlenen konferansa işaret edilmektedir. Konferansa katılmış olan M. Minsky, A. Newell ve H. Simon, yapay zekâ fikrinin kurucu isimleri arasında sayılmaktadır. Yapay zekânın gelişiminde bu konferansı 1963 tarihli E. Feigenbaum ve J. Feldman tarafından derlenen ve Alan Turing'in katkı verdiği "Computer and Thought" eseri takip edecektir. VAGİFOĞLU NABİYEYEV, Vasif: Yapay Zeka: İnsan-Bilgisayar Etkileşimi, 5.B., Seçkin Yayın, Ankara 2016, s.60.

² 1980 sonrası yapay zekâ çalışmalarının endüstrileşmeye başladığı dönem olarak görülmektedir. Yapay zekânın gelişiminde ayrıntılı tarihçe için bkz. RUSSELL, Stuart/NORVIG Peter: Artificial Intelligence A Modern Approach, Third Edition, Pearson, 2010, s.17-28.

³ YAFFE, Deborah: "Lives: Marvin Minsky *54: A lifelong tinkerer who helped launch a revolution", <https://paw.princeton.edu/article/lives-marvin-minsky-54>, (Erişim: 19.11.2020).

⁴ Isaac Asimov "Ben, Robot" isimli eserinde insan-robot ilişkilerinde "Üç Robot Yasası" ismini verdiği temel kuralları belirlemiştir. Buna göre bir robot insana zarar veremez veya insanın zarar gördüğü durumda hareketsiz kalarak insanın zarar görmesine neden olamaz. İkinci olarak robotlar birinci yasayla çalışmadığı müddetçe insanların verdikleri emirlere uymak zorunluluğu altındadır. Son olarak birinci ve ikinci yasayla çalışmadığı müddetçe robotlar kendi varlıklarını korumak zorundadır. Bkz. ASIMOV, Isaac: Ben, Robot. 14. Baskı, İthaki Yayınları, İstanbul 2021.

⁵ NABİYEYEV, s.25.

çok işlemleri basitleştirip hızlandırabilir. Buna karşılık yapay zekâ teknolojilerine dayalı uygulamalar, klasik anlamdaki algoritmik işlemlerin ötesinde, “if-then logic” çerçevesinde algoritmalara dayalı soyut düşünceyi bilgisayar ortamında oluşturmaya ve insan yeteneklerinin taklit edilmesi yoluyla, bugüne kadar manuel yapılagelen birçok kompleks işlemin otomatik şekilde yapılmasına olanak sağlamaktadır. Buna ek olarak 1980 sonrası bilgisayar tabanlı bilgi sistemleriyle zenginleştirilebilen yapay zekâ teknolojileri yeni yaklaşımların sonucunda soyut sembolik işlemlerin tekrarlanması ötesinde, çevreyle etkileşiminden edindiği deneyimleri kullanarak kendine özgü çıkarımlar elde edebilmektedir. Bu çıkarımlar yapay zekânın, klasik bilgisayar işlemlerinden farklı olarak “programlanan” değil; “aktive edilen” nöral ağlardan müteşekkil yapay bir beyin haline gelmesine yol açmıştır⁶.

Temelde üç farklı kategoride ele alınan yapay zekâ türlerinin ilki *dar (zayıf) yapay zekâ* genellikle temel bir fonksiyonu yerine getirmek üzere programlanmış; tek bir konuda insan zekâsına eşdeğer olmakla beraber insana özgü kabiliyetlerden uzak olduğundan, aşağıda ele alacağımız kişilik tartışmalarına konu olmaya elverişli olmayan yapay zekâdır⁷. Bu türden genellikle satranç oynayabilme, çeşitli dillerde çeviriler yapabilme, bir aracı kontrol edebilme gibi tek bir işleve sahip yapay zekâ anlaşılmalıdır. Günlük hayatta hemen her alanda karşımıza çıkan dar yapay zekâyı, otomobillerde ABS (*antilock braking system*) sistemleri, *Google Translate* ve benzeri çeviri yazılımları, robot süpürgeler, e-ticarette müşteri hizmetleri alanında müşterilere otomatik yanıtlar vermekte kullanılan yazılımlar, fal ve burç yorumu uygulamaları, akıllı telefonlarda mevcut *Siri*, *Alexa*, *Cortana* ve *Bixby* gibi sanal asistanlar, navigasyon uygulamaları ve her türden chatbot örnek gösterilebilir. Bunların bazılarında kullanılan ses tanıma sistemleri, makine öğrenme yoluyla kullanıcının dilinde ve ses tonunda meydana gelen değişimleri algılamayı öğrenerek insana özgü duygusal tepkileri taklit edebilir duruma gelmiştir⁸.

İkinci kategori, insan zekâsına ve yeteneklerine en yakın yapay zekâ türü olarak değerlendirilen *genel yapay zekâ*dır. Genel yapay zekâ, kompleks fikirleri kavrama, soyut düşünme ve akıl yürütme yetisine sahip, problem çözebilen, farklı durumlar karşısında yeni stratejiler geliştirebilen⁹ ve bu yönleriyle hukuki anlamda kişilik tartışmalarına konu olmaya elverişli yapay zekâ türüdür¹⁰.

Yapay zekâ türlerinin sonucusu olan *süper yapay zekâ* ise henüz var olmamakla birlikte, halihazırda var olan yapay zekânın derin öğrenme (*deep learning*) metoduyla geliştirileceği düşünülen ve insanlık için tehdit oluşturabileceği öngörülen¹¹ düzeyidir¹². Nick Bostrom, süper yapay zekâyı “*her alanda bilimsel yaratıcılık, genel bilgelik ve sosyal yetenekler dahil olmak üzere en iyi insan beyninden çok daha akıllı olan bir zekâ*” ifadeleriyle tanımlamaktadır¹³. Genellikle bilimkurgu eserlere konu olan süper yapay zekâ henüz mevcut olmadığından, bu türe ilişkin bir hukuki düzenleme yapılmamıştır.

Yapay zekâ konusunda çoğunlukla zihinde beliren imge, insan görünümüne sahip ve bağımsız hareket edebilen robotlar olmaktadır; ancak robot¹⁴, bir bilgisayar programı veya elektronik devre aracılığıyla verilecek komutları fiziksel güç gerektiren bir dizi hareketle yerine getirebilen, işlevine göre tasarlanmış makine olarak anlaşılmalıdır. Robotun yapması gereken hareketler dizisi zamanlama, sıklık ve başka robotlarla koordinasyon gibi bilgisayar programı aracılığıyla kendisine iletilen komutların yerine getirilmesinden ibarettir¹⁵. Bununla birlikte bu

⁶ EBERS, Martin: “Yapay Zekâ İçin Sözleşmeden Kaynaklanmayan Sorumluluk– Temel Sorunlar”, (Çev. BAŞER DOĞAN, Zehra), *Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü Dergisi*, 9(16), 2019, s.76.

⁷ ÜNSAL, Burçak: “Yapay Zekâ, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 93(4), 2019, s.66-69.

⁸ ÜNSAL, s.69.

⁹ URBAN, Tim: “Süperzekâyâ Giden Yol Çok Yakıнымızda!”, (Çev. ÖZEL, Mert), 2016, <https://evrimagaci.org/superzekaya-giden-yol-cok-yakinimizda-444>, (Erişim: 24.11.2020).

¹⁰ KARA KILIÇARSLAN, Seda: “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, (2), 2019, s.367.

¹¹ URBAN, Tim: “Varoluşsal Risk ve Yapay Zekâ: Gelecek Neden En Kötü Kâbusumuz Olabilir?”, (Çev. Özel, Mert), 2017, <https://evrimagaci.org/varolussal-risk-ve-yapay-zekâ-gelecek-neden-en-kotu-kabusumuz-olabilir-452>, (Erişim: 24.11.2020).

¹² KARA KILIÇARSLAN, s.367.

¹³ URBAN, a.g.e.

¹⁴ “Robot” sözcüğü ilk olarak Çek yazar Karel Čapek tarafından, kardeşi Josef Čapek’in de katkısıyla, 1921 tarihli “Rosumovi Umělí Roboti” isimli tiyatro oyununda yapay bir hizmetkarı ifade etmek üzere kullanılmış bir sözcüktür ve Çek dilinde “hizmetkar, köle” anlamlarına gelen “rab” sözcüğünden türetilerek ilk kez kullanıldığı “roboti” halini almıştır. Sözcüğün kökenine ilişkin açıklamalar için bkz. “Karel Capek and the Robot (Complete History)”, <https://history-computer.com/Dreamers/Capek.html>, (Erişim: 24.11.2020).

¹⁵ ÜNSAL, s.66-67.

durum robotların yapay zekâya sahip olamayacakları anlamına gelmemektedir. Günümüzde birçok robot, henüz süper yapay zekâ teknolojisine sahip olmasa da fiziksel varlığının yanında dar veya genel yapay zekâ teknolojisini ihtiva etmektedir¹⁶.

Burada değinilmesi gereken son ayırım ise makine öğrenme ve derin öğrenme kavramlarıdır. Yapay zekâda öğrenme, esasen veri işleme yoluyla kendisine sağlanan örneklerle otomatik olarak geliştirilen algoritmaların daha büyük veri setlerini kullanabilmesiyle gerçekleştirilmektedir. Bu yöntem makine öğrenme (*machine learning*) denilmektedir¹⁷. Yapay zekânın insan zekâsı düzeyine erişmesinde yeterli olmayan makine öğrenmeye karşılık beyindeki nöral bağlantıların yapay biçimde oluşturulmasıyla verileri çok katmanlı işleyebilen, veri setini kullanarak çıktılar tahmin edecek şekilde geliştirilen, makine öğrenmenin bir türü olan derin öğrenme (*deep learning, deep structured learning*) ortaya çıkmıştır¹⁸. Derin öğrenme, makine öğrenmedeki gibi, deneyim odaklı algoritma geliştirme biçiminde gerçekleşmekle birlikte, yapay nöral bağlantıların eğitilmesi, makine öğrenmeye nazaran daha büyük veri setleri ve dolayısıyla çok daha fazla veri işleme kapasitesi ve büyük depolama alanı gerektirdiğinden yakın zamanda uygulanabilir hale gelmiştir¹⁹. Derin öğrenme sayesinde yapay zekâ, sürücüsüz araçlar, akıcı biçimde sohbet edebilen sanal asistanlar, birçok dilde tercüme yapabilen çeviri programları, düşük kaliteli görüntüleri yüksek çözünürlüklü görüntüler haline getirebilen uygulamalar, akıllı mobil cihazlardaki yüz tanıma fonksiyonları gibi gündelik hayatın birçok alanında kendisine yer edinmiştir.

III. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE YAPAY ZEKÂ VE ROBOTİK ALANINA İLİŞKİN HUKUKİ ÇALIŞMALAR

Yapay zekânın gelişimi farklı alanlardan uzmanların çeşitli biçimlerde yorumladıkları bir konudur. Bilgisayar mühendisleri, psikologlar, ekonomistler veya felsefeciler yapay zekâ konusuna nasıl kendi perspektiflerinden yaklaşıyorlarsa, hukukçular da başta kişilik meselesi olmak üzere bu varlıkların otonomi düzeyi karşısında birtakım teoriler geliştirmek zorunda kalmışlardır. Bu kapsamda dünyadaki yasal düzenlemelerin gelişim çizgisine bakıldığında yapay zekâ ve robotik hukukuna ilişkin çalışmaların çoğu bu varlıklara dair muhtemel problemleri temel ilkeler belirleyerek çözüme gayreti içerisindedir. Gelişmiş birçok ülke gibi Avrupa Birliği (AB) bünyesinde de yapay zekâ ve robotik teknolojilere ilişkin birtakım ilkelerin oluşturulduğu gözlemlenmektedir²⁰.

Yapay zekâ ve robotik alanında AB ve üye ülkelerde birçok çalışma yürütülmektedir. Örneğin 2006'da düzenlenen EURON (Avrupa Robotik Araştırma Ağı) Robotik Atölyesi, gelecek yirmi yılda robotik teknolojilerin geliştirilmesi yolunda etik değerlendirmeler oluşturulması amacıyla ve insanların robotlara yönelik etik anlayışının ele alındığı bir çalışma olarak tasarlanmıştır.

Avrupa Komisyonu tarafından düzenlenen Avrupa Robotik Haftası (*European Robotics Week*) da bu kapsamdaki etkinliklerdendir. Robotik sistemlerin çevre, sağlık, eğitim, spor ve ulaşım alanlarındaki etkilerinin ele alındığı Avrupa Robotik Haftası etkinliklerinde yapay zekâ ve robotik teknolojilerine yönelik konferanslar, yarışmalar, atölye çalışmaları gibi birçok etkinlik gerçekleştirilmektedir²¹. Ayrıca AB tarafından yapay zekâ ve robotik teknolojiler çalışmalarını teşvik edecek önemli projeler yapılmaktadır. Örneğin Avrupa Komisyonu tarafından ortaya konulan *RoboLaw Project*²², 2014'te tamamlanmış ve sonucunda robotik alanında hukuki ve etik düzenlemeler getirme amacı taşıyan bir rehber (*Guidelines on Regulating Robotics*) yayımlanmıştır²³. Proje sonucunda oluşturulan rehber ile robotik, nanoteknoloji, nöral beyin ağları / bilgisayar arayüzleri gibi birçok konunun hukuki ve etik yansımalarını ele almak ve mevcut hukuki

¹⁶ Buna karşılık fiziksel varlığa sahip olmayan yazılım tabanlı teknolojiler “bot” olarak adlandırılmaktadır. ERSOY, Çağlar: Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk, 1. Bası, On İki Levha Yayınları: İstanbul 2017, s.5.

¹⁷ “What is Machine Learning? A Definition.”, <https://www.expert.ai/blog/machine-learning-definition/>, (Erişim: 26.11.2020).

¹⁸ ÇAKIR, Özge: “Derin Öğrenme Nedir?”, 2019, <https://www.yapayzekâtr.com/2019/12/16/derin-ogrenme-nedir/>, (Erişim: 26.11.2020).

¹⁹ “Derin Öğrenme Ekosistemi”, <https://turkiye.ai/derin-ogrenme-ekosistemi/>, (Erişim: 26.11.2020).

²⁰ ERSOY, s.36-37.

²¹ Etkinlik, atölye çalışması ve konferans takvimi için bkz. https://www.eu-robotics.net/robotics_week/events/index.html, (Erişim: 03.12.2020).

²² Bkz. “RoboLaw: Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe: Robotics facing Law and Ethics”, <http://www.robolaw.eu/projectdetails.htm>, (Erişim: 05.12.2020).

²³ “The laws and ethics of robotics”, <https://cordis.europa.eu/article/id/92136-the-laws-and-ethics-of-robotics>, (Erişim: 05.12.2020).

düzenlemelerin yeterli olup olmadığını araştırmak hedeflenmiş; ihtiyaç bulunan noktalardaki değişiklikler insan yaşamına etkileri üzerinden ortaya konulmaya çalışılmıştır²⁴.

2013 yılında Avrupa Komisyonu öncülüğünde yüz seksen şirket ve araştırma kuruluşundan meydana gelen *euRobotics* Avrupa Teknoloji Platformu'nun katkısıyla oluşturulan, robotik alanında faaliyet gösteren endüstriyel ve akademik kuruluşların robotik araştırma faaliyetleri için ortak bir yol haritası geliştirilmesi vizyonuyla ortaya çıkarılan *SPARC (The Partnership for Robotics in Europe)* isimli dünyanın en büyük sivil robotik programı da büyük çaplı çalışmalara örnek gösterilebilir²⁵. Ayrıca AB'nin gelecekteki konumunu sağlamlaştırmak amacıyla başlatılan *Europe 2020* programının inovasyon ayağını oluşturan²⁶ AB'nin en büyük ar-ge programı *Horizon 2020* bu alandaki çalışmalara önemli bir örnektir²⁷. *Horizon 2020* kapsamında devreye sokulan Sorumlu Araştırma ve İnovasyon (*Responsible Research and Innovation*) yaklaşımı, teknolojik gelişimin olası sonuçlarının değerlendirilmesini ve temel AB değerlerinin zarar görmesinin engellenmesini amaçlamaktadır²⁸.

Bu ve benzeri çalışmalardan birtakım sonuç metinleri ortaya çıkmıştır²⁹:

- EURON Roboetik Yol Haritası (Temmuz 2006)³⁰
- euRobotics - Robotik Alanında Hukuki Meselelere Yönelik Bir Yeşil Kitap İçin Öneriler (2013)³¹
- RoboLaw- Robotik Alanında Yapılacak Yasal Düzenlemelerde Temel Alınacak İlkeler (2014)³²
- Robotik Üzerine Medeni Haklar (EPLO 2015/2103)³³
- Robotik Üzerine Hukuki ve Ahlaki Düşünceler (STOA Briefing, Haziran 2016)³⁴
- Robot Hukuku Üzerine Bir Avrupa Perspektifi (Temmuz 2016)³⁵
- Avrupa Parlamentosu Robotikte Haklar Kararı (Civil Rights on Robotics, 16 Şubat 2017)³⁶

Bu metinleri izleyen süreçte konunun detaylı olarak incelenerek düzenlenmesi amacıyla AB bünyesinde bağımsız bir kurumun meydana getirilmesi kararlaştırılmış; “*zeki robot*”un tanımının yapılması ve robotların kullanım amaçlarına göre sınıflandırılması; zeki robotlar için *sui generis* bir kişi statüsünün oluşturulması, fikri haklar ve veri güvenliği konularının ele alınması, sorumluluk ve etik alanlarında düzenlemeler yapılması gibi hususlarda Robotik Mühendisleri İçin Davranış Kodu ve Araştırma Etiği Komisyonları Kodu olmak üzere davranış kodları ortaya konulmuştur³⁷.

AB üyesi ülkeler ayrıca, 10 Nisan 2018’de Avrupa Birliği Yapay Zekâ İşbirliği Bildirgesi’ne³⁸ imza atarak AB’nin yapay zekâdaki rekabet gücünü arttırmak, kapsamlı ve entegre bir Avrupa yaklaşımıyla çalışmaların sürdürülmesini sağlamak, yapay zekâ gelişiminin ekonomiye ve topluma sağladığı yarar konusunda farkındalık yaratmak, yapay zekâ kullanımında sorumluluğun belirlenebilir olması bakımından yasal çerçeve konusunda görüş alışverişinde

²⁴ ÜNSAL, Burçak: “Yapay Zekâ, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler”, İstanbul Barosu Dergisi, 93(4), 2019, s.69-70.

²⁵ “How SPARC is used”, <https://www.eu-robotics.net/sparc/projects/implementation.html?changelang=2>, (Erişim: 05.12.2020).

²⁶ ERSOY, s.45.

²⁷ “Horizon 2020”, <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en>, (Erişim: 05.12.2020).

²⁸ BERTOLINI, Andrea/PALMERINI, Erica: “Regulating Robotics: A Challenge for Europe”, *Upcoming Issues of EU Law: Compilation of In-Depth Analyses*, 2014, s.176 vd., <http://web.jus.unipi.it/summer-lisbon/wp-content/uploads/sites/3/2014/06/Paper-Bertolini-Palmerini.pdf>, (Erişim: 06.12.2020).

²⁹ ÜNSAL, s.70.

³⁰ “EURON Roboethics Roadmap”, <http://www.roboethics.org/atelier2006/docs/ROBOETHICS%20ROADMAP%20Rel2.1.1.pdf>, (Erişim: 06.12.2020).

³¹ LEROUX, Christophe/LABRUTO, Roberto (ed.): euRobotics, “The European Robotics Coordination Action, Suggestion for a green paper on legal issues in robotics”, https://www.unipv-lawtech.eu/files/euRobotics-legal-issues-in-robotics-DRAFT_6j6ryjyp.pdf, (Erişim: 05.12.2020). Ayrıca bkz. ERSOY, s.46.

³² “RoboLaw Project Results”, <http://www.robolaw.eu/deliverables.htm>, (Erişim: 06.12.2020).

³³ “Motion for a European Parliament Resolution with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics”, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html, (Erişim: 05.12.2020).

³⁴ “EP Panel for Future of Science and Technology Briefs”, <https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/publications/search>, (Erişim: 05.12.2020). Ayrıca bkz. ÖZTÜRK Dilek, Gizem: “Yapay Zekânın Etik Gerçekliği”, *AUSBD*, 2(4), 2019, s.47-59.

³⁵ ÜNSAL, s.70.

³⁶ ÜNSAL, s.70.

³⁷ ÜNSAL, s.70.

³⁸ “RoboLaw Project Results”, https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50951, (Erişim: 06.12.2020).

bulunmak, sürdürülebilirlik açısından yapay zekânın gelişimi sürecinde karar mekanizmalarının merkezinde insanın kalmasını sağlamak hususlarında mutabakata varmışlardır³⁹.

Belirtmelidir ki, yapay zekânın toplumsal yaşamda giderek daha görünür olması, zaman zaman ulusal sınırları da aşabilecek hareket kabiliyetine sahip olabilmesi sebebiyle hukuki konularının uluslararası düzeyde ayrıntılı şekilde düzenlenmesini gerektirecektir. Örneğin ülkeler arası uçabilen insansız hava araçları, bir ülkeden diğerine gidebilen sürücüsüz otomobiller standartlar, etik kurallar ve kanunları da içerisine alan uluslararası düzenlemeleri de ihtiyaç haline getirmektedir⁴⁰.

IV. YAPAY ZEKÂ VE ROBOTLARIN HUKUKUN ÖZNESİ VE NESNESİ OLMAK BAKIMINDAN İNCELENMESİ

A. Yapay Zekâ Varlıklarda Kişilik Sorunu ve Fikri Hukukun Konusu Olarak Yapay Zekâ

Modern hukukun temel kavramlarından kişi, hak ve borçlara sahip hak süjesini ifade eden kavram olup Roma hukukundan gelen kökeniyle “kişi olma iktidarının âdeta hukuk düzeni tarafından belli kategori varlıklara giydirilmiş bir maske, persona” olarak anlaşılmaktadır⁴¹. Roma hukukunun yalnızca özgür insanlara (*liber*) tanıdığı ve köleleri (*servus*) dışarıda bıraktığı şahıs olabilme, yani hak ehliyetine sahip olabilme imkanı, modern hukukta her insana hasredilmiştir⁴². Hukuk düzeni tarafından gerçek kişi ve tüzel kişiler olarak iki kategoride incelenen kişi türleri, bu iki tür dışında kalan varlıkları kişi kavramının dışında bırakmıştır.

Burada neden zekâ sahibi varlıklar arasında kişiliğe sahip olabilme özelliğinin yalnızca insana ait olduğu sorusuna yer verilmelidir. Hukuk düzeninde gerçek kişilik sağ insanlarla sınırlandırılmıştır. Kişilik ile hak ehliyeti doğrudan bağlantılı olmakla birlikte, hak ehliyetine sahip olabilmenin şartları arasında zekâyâ sahip olma koşulu bulunmamaktadır. Zekâ sahibi olduğu kabul edilen bir varlığa biyolojik şart aranmadan kişilik atfetmek, istisnai örnekleri dışında yapay zekâ varlıkları ilk kez bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda insan doğasından hareketle kişiliği gerektirendiren teorilerin genellikle psiko-fizyolojik bir kimliğe ve rasyonel şekilde hareket edebilen özerk bir yapıya vurgu yaptıkları, buna karşılık özne olabilmenin diğer varlıklarla iletişim kurabilen bir öteki varlık olarak anlaşılması gerekliliğini dikkate almadıkları görülmektedir. Dolayısıyla makul bir kişilik teorisinin bu bileşeni de barındıracak şekilde genişletilmesi gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır⁴³.

Buna karşın bu alandaki temel görüşlerden “eşya yaklaşımı”na göre yapay zekâ varlıkları, hak süjesi olarak değil; hukukun kişilik tanıdığı süjelerin üzerinde hak sahibi olabilecekleri birer obje olarak değerlendirilmektedirler⁴⁴. Bu, yapay zekâ ve robotların, üzerinde aynı ve fikri hakların cereyan edebileceği varlıklar olarak kabul edilmesini ifade eder. Yapay zekâ ve robotik teknolojisinin, sürekli bir tasarım ve geliştirme faaliyetini gerektirdiği göz önüne alındığında, bu alanda fikri hak korumasının sağlanması gerektiği açıktır.

Robotik cihazı veya yapay zekâ varlığı oluşturan tüm kodlar, sahibinin hususiyetini içeren veri tabanları ve cihazın tasarımı telif hakkı kapsamında korunmaya uygundur⁴⁵. Benzer şekilde robotik cihazın içinde barındırdığı veri tabanlarının, sahibinin hususiyetini taşıyan bir eser niteliği taşımaya dahi, altyapısının oluşturulması, içeriklerinin elde edilmesi ve sunumunda somut bir yatırım yapılmış olması durumunda, ortaya konulan bu emek, sermaye, zaman yatırımı sebebiyle, alın teri doktrini çerçevesinde hukuken korunması gerekliliği kabul edilmektedir⁴⁶.

³⁹ “Avrupa Birliği kesenin ağzını açtı, yapay zekâyâ 20 milyar euro ayırdı”,

<https://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/avrupa-birligi-kesenin-agzini-acti-yapay-zekaya-20-milyar-euro-ayirdi-41451224>. (Erişim: 06.12.2020).

⁴⁰ BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru: “Robot Hukuku”, TAAD, 7(29), 2017, s.106-107. (Erişim: 05.01.2022).

⁴¹ AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt, Yenilenmiş 12. Basım, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2015, s.229-230.

⁴² KOSCHAKER, Paul: Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, Yeni Matbaa, İstanbul, 1963, s.65-69.

⁴³ SILVA, Denis Franco: “From Human to Person: Detaching Personhood from Human Nature”, Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn, (KURKI, Visa A. J./PIETRZYKOWSKI, Tomasz (ed.)), Springer, 2017, s.117.

⁴⁴ AKKURT, Sinan Sami: “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7(13), 2019, s.44.

⁴⁵ ERSOY, s.53-54.

⁴⁶ ATEŞ, Mustafa: “Veri Tabanlarının Hukuki Koruması”, AÜHFD, 55(1), 2006, s.50.

Yapay zekâ ve robotik alanındaki birçok buluş, yeni olması, tekniğin bilinen durumu dikkate alınarak buluşsal bir basamak ihtiva ettiğinin tespiti ve sanayide uygulanabilir olması koşullarıyla, diğer tüm icatlar gibi patentlenebilir nitelik taşır. Buna karşın ahlaka aykırı buluşların, matematiksel yöntemlerin, bilimsel teorilerin, hayvan ve bitki türlerinin biyolojik olarak çoğaltılmasına yönelik buluşların, bilgisayar programları ve yazılımların patentlenememesine ilişkin yasak yapay zekâ ve robotik alanında da geçerlidir⁴⁷.

Bir işletmeye ait mal ve hizmetleri ayırt etmeye yarayan sözcük, işaret ve logolar ile bunların kombinasyonları marka olarak tescil edilebilmektedir. Marka korunması açısından yapay zekâ ve robotik alanında ortaya çıkan birtakım ürünlerin ayırt edilmesi için kullanılacak isim, işaret ve logolar bu kapsama dahildir.

Yeni nitelikte, bağımsız karaktere sahip ve teknik bir işlemin sonucu olarak nitelendirilemeyecek robotik modeller ve robotun görünen parçaları endüstriyel tasarımların sahip olduğu korumadan yararlanabilecektir. Benzer biçimde, tasarlayıcısının fikri emeği sonucunda ortaya çıkmış ve yeni nitelikte olması koşuluyla, robotik cihazlarda kullanılan yarı iletken ürünler de entegre devre topografyası olarak tescil edilebilir ve kopyalanma, yeniden üretim ve ticari amaçla kullanıma karşı koruma altına alınabilir⁴⁸.

B. Hukukun Öznesi Olma Yolunda Yapay Zekâlı Varlıklar

1. Yapay Zekânın Hukuki Statüsü

Kişi kavramı, hak sahibi olma konusundaki iktidara yaptığı vurguyla münhasıran hukuki bir kavramdır. Kişiliğin bir hukuki kavram olması, kişilik modeli önerilerinin hukuki sınırlar içerisinde incelenmesini gerektirmektedir⁴⁹. Yaşam, vücut bütünlüğü gibi kişilik hakkının içeriğinin yeniden değerlendirilmesine sebep olabilecek bu durum, kişiler hukukuna hâkim olan özgürlük, eşitlik, kişiliğin korunması gibi temel ilkelerin de bu açıdan yeniden ele alınmasını gerektirebilecek bir genişlemeyi beraberinde getirecektir.

Bu doğrultuda yapay zekâ teknolojisiyle donatılmış varlıkların yükselen otonomi düzeyleri, onlar için hukuk düzeni tarafından benimsenmesi muhtemel kişilik modellerinin ileri sürülmesine yol açmıştır. Bu kişilik modellerinden hangisinin kabul edileceği, yapay zekânın hak ve borç sahibi varlık olarak kabul edilip edilmeyeceği; sözleşme tarafı olup olamayacakları, hukuki ve cezai sorumluluklarının söz konusu olup olamayacağı, fikri hukuk bağlamında hak sahibi olarak kabul edilip edilemeyecekleri gibi soruların yanıtını şekillendirecektir. Bu hususta öne sürülen kişilik modelleriyle yapay zekânın hukuki statüsü ve işlem kabiliyetleri burada incelenmeye çalışılacaktır⁵⁰.

Buradaki kişilik modellerinden hiçbiri henüz bir yasal düzenlemeyle kabul edilmediğinden, statüsü belirlenmemiş olan yapay zekâlı varlıklar hâlen taşınır eşya statüsünde kabul edilmektedirler. Bu sebeple yapılacak değerlendirmeler farazi nitelikte olacaktır. Yapay zekâlı varlığın, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde eşya statüsü taşımasının sonucu olarak sözleşmelerde taraf olmaları, hak ve borç sahibi olabilmeleri mümkün değildir. Çeşitli gereksinimler doğrultusunda hareket edecek bu varlıklar, mevcut hukuki durumda ancak sözleşme konusu veya kendisine sorumluluk atfedilemeyecek bir nesne olarak görülmektedirler⁵¹.

2. Yapay Zekâ Hukukunda Temel Kişilik Modelleri

a. Yapay İnsan Modeli

Yapay zekâ ile kişilik ilişkisinde önerilen ilk kişilik modeli yapay insan modelidir. Bilindiği üzere İsviçre ve Türk hukukuna göre gerçek kişilerde çocuğun tam ve sağ olarak doğumu, temelde fizyolojik ve doğal bir olay olmakla beraber, hukuk açısından yeni bir hak süjesinin oluşumunu beraberinde getirmektedir⁵². Kişiliğin tam ve sağ doğumla kazanılacağı kuralının, yapay zekâlı bir

⁴⁷ ERSOY, s.58.

⁴⁸ Perakende ve toptan satışı yapılan robotik cihazlardaki mikroçipler de bu kapsamda korunabilmektedir. Bkz. ERSOY, s.64.

⁴⁹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.230-231.

⁵⁰ Daha kapsamlı bir sınıflandırma yapay zekânın hukuki statüye ihtiyacı üzerinden yapılan ayrımdır. Yapay zekânın hukuki statüye ihtiyacı olmadığını savunan görüşler eşya görüşü, kölelik görüşü, sınırlı ehliyet/kısıtlılık görüşü, tam ehliyetsizlik görüşü ve ceninin hukuki statüsüyle benzerlik kuran görüşler olarak sıralanabilir. Yapay zekâlı varlıkların hukuki bir statüye ihtiyacı olduğunu savunan görüşler arasında ise tüzel kişilik, yapay vekil, elektronik kişilik ve yapay insan görüşleri sayılabilir. Bkz. BACAŞIZ, Pınar/SÜMER, Seda Yağmur: Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.138-154.

⁵¹ ERSOY, s.75.

⁵² AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.242-244.

varlığa benzer şekilde uygulanabileceğinden hareket eden ve bu bakımdan insan ve bu varlıklar arasında belirli bir ortaklık arayan düşünce, yapay insan modelinin çıkış noktasını oluşturmaktadır.

Buradan hareketle yapay zekânın yapay bir insan olarak kategorize edildiği bu modelde insana özgü nitelikler olarak kabul edilen bilinç sahibi olma, beş duyardan en az ikisinin varlığı, sosyal ilişkiler kurabilme yetisi, gerçek dünyanın ve yasal düzenlemelerin farkında olma, ahlaki değerlerinin bulunması gibi birtakım kriterler aranmaktadır⁵³. Bununla birlikte bu kriterler yoluyla yapay zekâlı varlıkları hukuken birer insan olarak kabul etmek birtakım belirsizliklere ve ahlaki sorunlara yol açmaya müsaittir. Bu kabul, bir kişi olarak yapay zekâlı varlıkların yaşamlarının nerede başlayıp nerede biteceği, fonksiyonlarının kimler tarafından ve nasıl sona erdirilebileceği, insana özgü doğal özellikler sebebiyle yalnızca gerçek kişilerin sahip olabilecekleri hak ve sorumlulukların yapay zekâlı varlıklar için de söz konusu olup olamayacağı gibi birçok soruyu beraberinde getirmektedir. Bu ve benzeri sorular hukuk teorisi çerçevesinde yanıtı kavuşturulmadığı sürece önerilen yapay insan modelinin teoride kalacak olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

b. Yapay Vekil Modeli

Vekâlet sözleşmesi, vekil ile vekâlet veren arasında bir işin görülmesine veya bir işlemin yapılmasına dayanan, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel ilkelerin geçerli olduğu ve maddi yahut hukuki fiilleri içeren bir sözleşmedir⁵⁴. Bu sözleşme ilişkisinden hareketle, yapay insan ve elektronik kişilik modellerinden farklı olarak yapay zekâlı varlıklara insanın bir vekili gibi hareket edebilme olanağı tanıyan yapay vekil modeli geliştirilmiştir. Bu kişilik modelinde genel vekalet hükümleri insan ile otonom yapay zekâlı varlıklar arasındaki ilişkiler için uygulanırken, yapay zekâlı vekil, insan tarafından kendisine verilen yetkinin dışına çıkarak hareket ettiğinde yetkisiz temsile ilişkin hükümler çerçevesinde yapay zekâlı vekilin kendisi sorumlu tutulabilmektedir. Buna karşılık yapay vekil modeli, yapay zekâlı varlığın bir gerçek kişi statüsüne sahip olmaması ve bu nedenle beyanlarının hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmaması sebebiyle mevcut vekalet hükümlerinin uygulanması hususunda itirazla karşılaşmıştır⁵⁵. Bu bakımdan, yapay vekil modelinin kabulü için, mevcut hukuk sisteminde kişilik statüsüne ilişkin bir düzenleme yapılması gerekecektir. Buna ek olarak her yapay zekâlı varlığın, insanın vekili olarak hareket etmek suretiyle eylemlerinin bilincinde olmasının beklenemeyeceği; bu düzeyde ayırt etme gücüne sahip olmayabileceği itirazı da bu modele karşı ileri sürülen itirazlardandır⁵⁶. Bununla birlikte yapay zekâlı sistemlerin teknolojik gelişmelerle artan bilinç düzeyi göz önünde bulundurulduğunda bu eleştirinin yakın gelecekte ortadan kalkma ihtimali oldukça yüksektir.

c. Kölelik Modeli

Yapay zekâlı varlıklar için ortaya atılan üçüncü model Roma hukukunda mevcut olan kölelik kurumundan hareketle geliştirilmiş olan kölelik modelidir. Özgürlük durumunu (*status libertatis*) çağdaş hukuktan farklı değerlendiren Roma hukukunda eşya sayılan köle statüsündeki insanların ancak ve ancak özgür yurttaşlar olan *ingenuus* adına ve onun yetkisi kapsamında hareket ederek üçüncü kişilerle işlem yapabildikleri; ancak kendi ad ve hesaplarına hak ve yükümlülük sahibi olamadıkları kölelik sistemi, malikin köle üzerindeki egemenliğinden (*dominica potestas*) kaynaklanmaktadır⁵⁷. Bu egemenliğin getirisi hak veya dava ehliyetine sahip olmayan, ancak hukuki işlem ehliyetini haiz kölenin tüm işlemleri, hukuken sahibi adına yaptığı kabul edilmiş olmasıdır. “*Quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur*” ilkesinin yani kölenin iktisap ettiği her şeyin (hakkın) efendi adına kazanılmış olduğu kuralına dayanan kabul de kölenin yaptığı hukuki işlemlerin efendisinin mali durumunu iyileştirebileceği ancak kötüleştiremeyeceği hususudur⁵⁸.

Bu anlamda hukuki işlem ehliyetine sahip kişinin birtakım hukuki işlemleri efendisi adına yapabileceğinden hareketle kölelik modelinin yapay zekâ için de uygun olduğu ve böylelikle bu varlıkların eşya statüsü bir ölçüde değiştirilirken, bir yandan da hareket alanlarının sınırlandırılabilirliği ileri sürülmüştür⁵⁹. Bu görüşe göre, insan üretimi birer eşya olan bu varlıklar,

⁵³ “euRobotics”, s.62, https://www.unipv-lawtech.eu/files/euRobotics-legal-issues-in-roboticsDRAFT_6j6ryjyp.pdf. (Erişim: 12.12.2020).

⁵⁴ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.708-713.

⁵⁵ ERSOY, s.93.

⁵⁶ ERSOY, s.93-94.

⁵⁷ KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku, Yeni Medenî Kanun’a Uyarlanmış 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.135-136.

⁵⁸ KARADENİZ ÇELEBİCAN, s.135-136.

⁵⁹ ERSOY, s.94. Kölelik modelinin çözüm olarak önerildiği bir çalışma için bkz. TAŞDEMİR, Özgür/ÖZBAY, Ümit

kendilerine kişilik tanınmasıyla, kendiliğinden gerçek kişilere ait birer köle konumuna geleceklerdir⁶⁰. Bununla birlikte günümüzde tamamen ortadan kaldırılmış olan kölelik statüsünün insan üretimi de olsa irade sahibi varlıklar için kabulünün, yakın gelecekte ortaya çıkması olası yapay zekâlı insansı varlıklar bakımından birçok ahlaki ve hukuki problemi beraberinde getirmesi muhtemeldir.

Bir diğer nokta, yapay zekâlı varlıkların kölelik modelinden hareketle cezaî ve haksız fiil sorumluluklarının çözüme kavuşturulabileceği savıdır. İradî yahut irade dışı üçüncü kişiye zarar veren yapay zekâlı varlıktan tazminat istemek veya onu cezalandırmak mümkün olmayacağından kusursuz sorumluluk hallerinden faydalanılarak sahibinin sorumluluğuna gidilebileceği bu model bakımından ileri sürülen görüşlerdendir⁶¹.

d. Elektronik Kişilik Modeli

Yapay zekâlı varlıklar için önerilen diğer kapsamlı kişilik modeli elektronik kişilik modelidir. Yapay zekâlı varlıkların eşyadan farklı bir statüye sahip olması gerektiği düşüncesine dayanan elektronik kişilik modeli, tüzel kişilerin sahip oldukları hukuki statü dikkate alınarak yapay zekâlı varlıklar için benzer bir statü tanınabileceği fikrini temel almaktadır. *EuRobotics Robotik Alanında Hukuki Meselelere Yönelik Bir Yeşil Kitap İçin Öneriler (Suggestions for a green paper on legal issues in robotics)* çalışmasında belirtildiği üzere bu model, yapay zekâlı varlıkların insan yahut hayvan olarak kabul edilemeyeceği, ancak bu varlıklara resmi bir sicile kaydedilmeleri şartıyla kişiliğin tanınabileceği fikrinden hareket etmektedir⁶². Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu tarafından 2017 yılında yayımlanan Robotik Tavsiye Raporu'nda da otonom özelliğe sahip yapay zekâ sistemlerine elektronik kişilik tanınabileceği belirtilmiştir. Bu sayede öğrenebilen ve kendiliğinden karar alabilen yapay zekâlı varlıkların çeşitli hukuki sonuçlara sebep olabilme kabiliyetleri bulunması dolayısıyla hak sahibi olabilme, borç altına girebilme veya kendi fiillerinden sorumlu tutulabilmeleri açısından tüzel kişilere benzer bir statü tanınması olanaklı hale gelebilecektir.

Bununla birlikte elektronik kişilik modelinde, yapay zekâlı varlıkların, özellikle kendi fiilleri ile sebebiyet verdikleri zararları karşılayabilmeleri için malvarlığına sahip olmalarını gerekeceğinden bu varlıklara kim tarafından malvarlığı özgüleneceği bir soru işareti olarak kalmaktadır. Ayrıca yapay insan modelinde de söz konusu olan, bir yapay zekânın kişiliğinin ne zaman başlayıp ne zaman sona ereceği, bu prosedürlerin kimler tarafından uygulanabileceği, bu varlıkların hangi hak ve yükümlülüklerinin olacağı sorunları mevcudiyetini korumaktadır.

EuRobotics'in yanında “*Robotics Coordination Action for Europe*” raporunda da robot kişiliğinin belirlenebilmesinin sorumluluk, sermaye ve mahremiyet gibi temel öğeleri içermesi gerekliliğine değinilmiş ve robot üzerinden oluşturulacak tekil bir kişilik tanımının içerisinde bir ön veya son ismin, kimlik numarası, adres gibi bilgileri gösteren bir belgenin, riskleri karşılamak üzere bir sermaye veya sigortanın da bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir. Robotların otonomi düzeyleri arttıkça yasal sorumluluklarının da artacağı raporda vurgulanan bir diğer husustur⁶³.

Bununla birlikte Avrupa Parlamentosu'nun elektronik kişiliğe dair tavsiye kararının, büyük bir muhalefetle karşılaşmış olduğu belirtilmelidir. Aralarında yapay zekâ araştırmacıları, endüstri alanının önde gelenleri, hukukçular ve siyasilere olduğu yüz elliden fazla kişi, AB üyesi ülkelerde robotlar için bir kişilik statüsü getirilmesinin oluşturacağı olumsuz sonuçlar hakkında bir açık mektup yayımlamışlardır. Elektronik kişilik konusunu tartışmanın şu an için anlamsız olduğunun ifade edildiği bu metinde etik ve legal perspektiften böyle bir statünün ne gerçek kişilik ne de tüzel kişilik modelinden türetilmeyeceğinin altı çizilmiştir⁶⁴. Bu konudaki eleştirilerden biri de Prof. N. Nejevans ile N. Sharkey tarafından ileri sürülen ve robotlara elektronik kişilik verilmesinin imalatçıların yahut şirketlerin sorumluluğunu ortadan kaldırarak sorumluluğu robotların kendilerine yüklenme amacı taşıdığı düşüncesidir. Bu yönüyle argüman, robotların kişilik sahibi olduğu bir

Vefa/KİREÇTEPE, Burhanettin Onur: “Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme”, AÜHFD, 69(2), 2020, s.793-833.

⁶⁰ ERSOY, s.94-95.

⁶¹ TAŞDEMİR/ÖZBAY/KİREÇTEPE, s.812.

⁶² LEROUX/LABRUTO, euRobotics, “The European Robotics Coordination Action, Suggestion for a green paper on legal issues in robotics”, https://www.unipv-lawtech.eu/files/euRobotics-legal-issues-in-robotics-DRAFT_6j6ryjyp.pdf, (Erişim: 12.12.2020).

⁶³ “Robotics Coordination Action For Europe”, https://www.eu-robotics.net/cms/upload/downloads/Rockeu1/2016-08-16_RockEU_deliverable_D3.4.1-part2.pdf, (Erişim: 04.08.2021).

⁶⁴ “Open Letter to the European Commission Artificial Intelligence and Robotics”, <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2018/04/RoboticsOpenLetter.pdf>, (Erişim: 02.08.2021).

senaryoda sorumluluk bakımından imalatçı şirketlerle robotların aynı seviyeye gelmesinin kabul edilebilir olmadığı üzerinde durmaktadır⁶⁵. Bu konuda Siemens ve Kuka gibi robot üreticileri adına açıklama yapan Alman Makine Endüstrisi Birliği (*Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau*) yöneticisi Patrick Schwarzkopf da böyle bir yasal statü getirilmesinin AB'nin bürokratik işleyişine yük getireceğini ve robotik alanındaki teknolojik gelişime engel oluşturabileceğini ifade etmiştir⁶⁶.

C. Yapay Zekâlı Varlıkların Hukuki Statüsüne Bir Çözüm Olarak Elektronik Kişilik Modelinin İncelenmesi

1. Elektronik Kişilik Modelinde Kişilik ve Sorumluluk

Yapay zekâlı varlıklara kişilik atfedilebilmesi hususunda öne çıkan kişilik modelleri, kişiler hukukunun gelişimi bakımından “post-insanlık” denen döneme geçişte kritik bir değişimin habercisidir. Teknolojik ilerlemeyle birlikte bu varlıkların otonomi düzeylerinin artması, hukuki statü tartışmasını beraberinde getirmiştir. Yapay zekâda kişiliğin gerekçelendirilmesinin genellikle birbirleriyle örtüşen üç ana kaynaktan beslendiğine dikkat çeken Kurki'ye göre bunlardan ilki nihai değer (*ultimate-value context*), ikincisi sorumluluk (*responsibility context*) ve üçüncüsü de ticari bağlam (*commercial context*) üzerinden geliştirilen teorilerdir. Pasif bir kişiliğin yeterli olduğu nihai değer teorisinin aksine sorumluluk ve ticari bağlam teorileri, eylemde bulunabilme kapasitesine sahip aktif kişiliği gerektirmektedir. Bu sebeple hukuki ehliyet veya yasal sorumluluk konuları hukuki işlemler için gerekli olduğundan, kişiliğin, sorumluluk veya ticari bağlam içerisinde düşünülmesini gerektirmektedir. Sözleşme yapabilme ve kendi malvarlığını yönetebilme yönlerinden aktif kişilik gerektiren sorumluluk bağlamı ise yapay zekânın kendi eylemlerinden haksız fiil veya ceza hukuku bakımından sorumlu olmasına dair kabulün ancak kişiliğin tanınmasıyla mümkün olduğu savından hareket etmektedir⁶⁷.

Bu doğrultuda yapay zekâ hukukunda otonomi düzeyleri karşısında bir hukuki statü oluşturulması ve bir kişilik modeli yoluyla robotların hukuki işlem yeterliliğini haiz olmaları ihtiyacı giderek artmaktadır. Bu ihtiyacın bir sonucu olarak yukarıda değinilen kişilik modellerinden elektronik kişiliğin yapay zekâ hukukunda kabul görmesi, yukarıdaki uluslararası metinlerde de vurgulandığı üzere, oldukça kuvvetli bir ihtimaldir. Buradan hareketle Avrupa Parlamentosu'nun 2017 yılında yayınladığı *euRobotics* raporunda da öne çıkan elektronik kişilik modelinin mevcut modeller arasında, hukuki boşluğu en kapsamlı şekilde dolduracak model olduğu söylenebilir. Gerek tek yönde geliştirilmiş bir model olmaması, gerekse olası hukuki problemler karşısında güncellenmeye uygun nitelik taşıması elektronik kişilik modelini öne çıkaran özelliklerdir.

Yapay zekâlı varlıklara elektronik kişiliğin tanınmasının kişilik hukuku bakımından bir diğer sonucu bugüne dek geçerli olan “eşya yaklaşımı”nın geçerliliğini yitirecek olmasıdır. Hak ve borçlara sahip olabilen, kendi adına sözleşmelerde taraf olabilen, bir devletin vatandaşı olarak tanınmasından itibaren bulunduğu ülke sınırları bakımından vergi mükellefiyeti söz konusu olabilecek bir varlığın eşya statüsünde kalmaması oldukça doğaldır⁶⁸. Örneğin AB hukukunda yurttaşlığın bir sonucu olarak birlik üyesi devletlerin topraklarında serbestçe dolaşım ve ikamet hakkı, seçme - seçilme hakkı ve diplomatik korumadan yararlanma hakkı⁶⁹ gibi hakların yapay zekâlı varlıklara da tanınması olanaklıdır.

TBK m.112 vd. hükümlerinde öngörülen sözleşme sorumluluğu bakımından yapay zekâlı varlığın durumu incelendiğinde, eşya yaklaşımı gereği bu varlığın adına hareket ettiği kişinin sorumlu olduğu açıktır. Bununla birlikte, yapay zekâyâ elektronik kişilik modeli kapsamında kişilik tanınmasıyla, yapay kölelik ve yapay vekillik modellerinden farklı olarak, mülkiyeti elinde bulunduran veya bu varlığın adına hareket ettiği kişi değil, bizzat yapay zekâlı varlığın sözleşmenin tarafını teşkil etmesi mümkün olabilecektir⁷⁰.

⁶⁵ “Avrupa Birliği robotların elektronik kişiliğini tartışıyor”, <https://www.dunyahalleri.com/avrupa-birligi-robotlarin-elektronik-kisiligini-tartisiyor/>, (Erişim: 02.08.2021).

⁶⁶ Bununla birlikte Schwarzkopf endüstriyel robotlarla birlikte artan otomasyonun AB ülkelerindeki işsizlik sayılarıyla ilişkili olmadığını, robot arzı artarken işçi sayısının da artmış olduğunu vurgulamaktadır. “Robotlara elektronik vatandaşlık”, <https://www.dunyahalleri.com/robotlara-elektronik-vatandaslik/>, (Erişim: 02.08.2021).

⁶⁷ KURKI, Visa A. J.: *A Theory of Legal Personhood*, Oxford University Press, Oxford 2019, s.175-178.

⁶⁸ BAK, Başak: “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, TAAD, (35), 2018, s.227.

⁶⁹ TEZCAN, Ercüment: *Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey*, 1.Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2002, s.31-32.

⁷⁰ Benzer şekilde yapay insan modelinde de yapay zekâ kişiliğe sahip kabul edildiğinden, sözleşmesel sorumluluk altına girebilecektir.

Yapay zekâlı varlıkların sözleşme dışı sorumluluğu hususu da bu başlık altında ele alınmalıdır. Burada değinilmesi gereken esas nokta, yapay zekâyı aktive eden veya o varlığı mülkiyetinde bulunduran kişinin bu eylemlerdeki sorumluluğundan ziyade, yapay zekânın kendi davranışı ile sebep olduğu zarardan sorumluluğudur. Yapay zekâlı varlığın eşya statüsü taşıdığı mevcut durumda, gerçekleşen eylemlerden üçüncü kişiler için bir zarar doğması durumunda, şartları varsa kusursuz sorumluluğa ilişkin TBK m.65 vd. hükümlerinin⁷¹ uygulama alanı bulabileceği kabul edilmektedir⁷². Yapay zekâ teknolojisine sahip varlıkların eylemleri ile sebep oldukları zarardan sorumlu tutulabilmeleri ise, sözleşme sorumluluğunu açıklarken de ifade edildiği gibi bu varlıklara kişi statüsü tanınması ile mümkün olacaktır. Yapay zekâ ve robotik teknolojide erişilen mevcut düzeye bakıldığında, gelecekte yapay zekâ ve robotik alanında meydana gelmesi oldukça muhtemel olan gelişmelerle, önemli zararlara sebebiyet verebilecek yapay zekâ teknolojisine sahip otonom varlıklara sözleşme dışı sorumluluğun atfedilebilmesini sağlamak hususunda elektronik kişilik modeli elverişli olacaktır⁷³.

Tavsiye niteliği taşımakla birlikte Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu, elektronik kişilik modeliyle birlikte, sicile kayıt ve özel tazminat fonu ile zorunlu sigorta sisteminin oluşturma gibi uygulamalar yoluyla yeni bir kusursuz sorumluluk anlayışı geliştirilerek sözleşme ve sorumluluk hukukuna ilişkin olası problemlerin çözülebileceğini ifade ederek özel bir kurtuluş kanıtı içermeyen bu yeni kusursuz sorumluluk halinin temelde sistemdeki eksiklerin önüne geçmek üzere oluşturulabileceğini belirtmektedir⁷⁴.

2. Fikri Haklar Bakımından Yapay Zekâlı Varlıklarda Elektronik Kişilik

a. Yapay Zekâ Eserlerinde Fikri Mülkiyet ve Kişilik

Çalışmamız kapsamında fikri hukuk bakımından incelenmesi gereken husus, yapay zekânın insan yeteneklerine sahipmişçesine meydana getirebildiği yaratımların, hukuken eser niteliğinde kabul edilip edilemeyeceği ve bunların eser olarak kabulü halinde eser sahibine tanınan haklara kimin sahip olacağı hususudur. Gelişen otonomi düzeyiyle oluşturdukları eserler bakımından yapay zekâlı varlıkların yaratıcı faaliyetlerde bulunan birer özne olarak incelenmesi gereklilik arz etmektedir. Burada fikri mülkiyetin kime ait olacağı meselesi de kişiliğin, estetik değere sahip eserler oluşturabilen bu varlıklara tanınıp tanınamayacağı meselesine sıkı sıkıya bağlıdır. Örneğin, müzisyen ve yazılım mühendisi David Cope tarafından geliştirilen *EMI (Experiments in Music Intelligence)*, belirli bir besteci veya türe ait müzikal eserleri sınıflandırarak bu eserlerin analizinden edindiği model ve parçalardan hareketle yeni besteler ortaya koyabilmektedir⁷⁵. Benzer şekilde Konstanz Üniversitesi'nde geliştirilen *E-David (Electronic Drawing Apparatus for Vivid Interactive Display)* isimli robot, bilgisayar programı aracılığıyla tuval üzerine yaptığı resimlerle

⁷¹ Mevcut hukukta yapay zekâlı varlıkları elinde bulunduran kişinin TBK m.66 uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulabilmesi kabul görmemektedir. Zira bir gerçek kişi çalıştıranla arasında istihdam ilişkisinin bulunmasının arandığı bu hüküm, yapay zekâlı varlığı elinde bulunduran kişinin kusursuz sorumluluğu için gerekli şartları taşımamaktadır.

Yapay zekâlı varlıkların temelde hayvanlar gibi komut üzerine hareket ettiği; bununla birlikte sahip oldukları otonomi düzeyine göre kendi hareketleri olabileceği düşüncesi ile bu varlıkların üçüncü kişilere verecekleri zarardan sorumluluk için, TBK m.67 ve 68 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanabileceği belirtilmektedir. Bkz. YAVUZ, Cevdet: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre 'Kusursuz Sorumluluk Halleri' ve İlkeleri", MÜHFAD, 14(4), 2008, s.40-41.

⁷² AB hukukunda üretim hatası nedeniyle meydana gelen zararlarda 85/374 numaralı AB Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin uygulama alanı bulacağı ve üreticinin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Bkz. ERSOY, s.75. Ayrıca yapay zekâlı varlığın öğrenme yeteneğinin derecelendirilmesiyle üreticinin sorumluluğunun bu derecelendirmeye göre belirlenmesi ve bir adım ileri gidilerek bu varlıklar için "değerler kodu" oluşturularak yazılımın üretim aşamasında yapay zekâ yazılımına entegre edilmesinden üreticinin sorumlu tutulması da önerilmektedir. Bkz. ERSOY, s.76. Bahsi geçen *euRobotics* çalışmasına göre yapay zekâlı varlığın üretiminde meydana gelen hatadan kaynaklı üçüncü kişinin uğradığı zarardan bu varlığı üreten üreticinin kusursuz sorumlu sayılması önerilmektedir. Bkz. euRobotics, s.54.

⁷³ Bununla birlikte yapay zekâ sistemlerinin kanunu ihlal eden eylemlerinde sorumluluğun kime ait olacağı tartışmalı bir husustur. Örneğin yapay zekâ ile kontrol edilen araçların yayalara çarptığı bir olayda otonom araç algoritmasını geliştirenler, araç üreticileri, sigorta şirketleri ve araç sahibi arasında bir uyuşmazlık yaşanması oldukça muhtemeldir. Bu soruna bir çözüm olarak algoritmaları tasarlayanların yapay zekâlı varlığın olayda aldığı karardaki payından ötürü sorumlu tutulabildiği ve algoritmaların oluşturulması sürecinde sorumluluk ve şeffaflığın artırılmasına yönelik "algoritmik sorumluluk" kavramı ortaya atılmıştır. KOÇ, Onur/KASAP, Mustafa: *Daha İyi Bir Dünya İçin Yapay Zekâ*. 5. Baskı, Doğan Kitap, İstanbul 2019, s.112.

⁷⁴ BAK, Başak: "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9(35), 2018, s.226-227.

⁷⁵ MOURA, Francisco Tigré: "A Lifetime Contribution to Artificial Intelligence and Music", 2018, <https://liveinnovation.org/david-cope-a-lifetime-contribution-to-artificial-intelligence-and-music/>, (Erişim: 09.11.2020).

yapay zekânın fikri eser ortaya koyabilmesinin ilk örneklerindendir⁷⁶. Buna benzer bir örnek de Cambridge Üniversitesi tarafından geliştirilen yapay zekânın, farklı eserlerden elde ettiği veriyle 2016'da Londra'da sahnelenen “*Beyond the Fence*” müzikalinin senaryo ve müziklerini oluşturmasıdır⁷⁷. İlgi çekici bir diğer örnek ise 2016'da Aiva Technologies tarafından yaratılan yapay zekâ sanatçı *AIVA (Artificial Intelligence Virtual Artist)*'dir. *AIVA*'nın kuruluşundaki asıl amaç müzisyenler, oyun yazılımcıları ve bestecilerin ihtiyaçlarına yönelik besteler oluşturmaktır⁷⁸. Kendisine yüklenen armoni bilgisiyle *AIVA*, ünlü bestecilerin eserlerinden hareketle besteler yapabilmekte ve meydana getirdiği eserden tatmin olmaması halinde denemelerini tekrarlayabilmektedir⁷⁹. Örneklerden anlaşılacağı üzere, günümüzde yapay zekâ, insan müdahalesi gerekmeksizin, özgün fikri ürünler ortaya koyabilme kapasitesine erişmiş bulunmaktadır.

Temelde fikri ürünlerin eser statüsünde kabul edilerek hukuken korunmaya elverişli olup olmadıklarının incelenmesinde dikkate alınacak kriterler Türk hukukunda 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kapsamında sayılmış olup bunların yapay zekâ yazılımları ve robotlar tarafından oluşturulan eserler bakımından da benzer şekilde yorumlanması mümkündür. Bunlar, kanunda sayılan eser türleri arasında yer alma, algılanabilir biçimde dış dünyada somutlaşmış (tespit edilmiş) olma, yaratıcı bir faaliyetin ürünü olma ve sahibinin hususiyetini taşıma olarak sıralanır.

Günümüzde yapay zekâ yazılımları ve robotlarca ortaya konulan fikri ürünlerin FSEK çerçevesinde eser niteliği taşıyıp taşımadığı incelenirken, bu ürünlerin kanunda sayılan eser türleri arasında yer alma ve algılanabilir biçimde dış dünyada somutlaşmış olma kriterleri bakımından bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Zira yapay zekâ tarafından yaratılan ürünlerin kanunda sayılan edebiyat, müzik, sinema veya güzel sanat eserleri türlerinden birine ait olması ve bu ürünlerin dış dünyada somutlaşmış olması mümkündür. Benzer şekilde, günümüzde yapay zekânın ulaştığı otonomi düzeyi dikkate alındığında, yapay zekâ yaratımı ürünlerin tamamen özgün nitelikte olabildikleri gözlemlenebilmektedir.

Bununla birlikte gerek FSEK çerçevesinde gerekse AB mevzuatında, bir yaratımın eser niteliği taşıyabilmesi ile fikir ve sanat eserlerine tanınan korumadan faydalanabilmesi için aranan temel kriterlerden olan sahibinin hususiyetini taşıma kriterinin yapay zekâ tarafından oluşturulan yaratımlarda mevcut olduğunun kabulü, tartışmalı olmakla birlikte, yürürlükteki düzenlemeler çerçevesinde şimdilik mümkün görünmemektedir⁸⁰. Buna gerekçe olarak işlevi itibarıyla eserdeki hususiyetin eser sahibinin kişiliğine ve yaratıcılığına bağlanarak eserin, eser sahibinin kişisel çabası neticesinde üretilmesi gösterilmektedir. Öğretideki hâkim görüş ve aynı zamanda fikri haklar konusunda evrensel bir ilke olan “yaratma ilkesi”⁸¹ çerçevesinde hususiyeti ortaya koyan yaratıcılık ancak gerçek bir kişiden gelebilir⁸². Bundan dolayı yürürlükteki düzenlemeler kapsamında, yapay zekâ tarafından meydana getirilen bir yaratım faaliyeti şimdilik fikri hukuk kapsamında korunamayacaktır⁸³.

Yapay zekâ ve robotlarda günümüzde ulaşılmış otonomi düzeyi dikkate alındığında, bu varlıkların yaratım faaliyetleri sonucu ortaya koydukları eserlere fikri mülkiyet koruması sağlanması gerektiği sıklıkla dile getirilmektedir. Günümüzde yapay zekâ yaratımlarının da hususiyet taşıyabileceği fikrinin kabul görmeye başladığına dair gösterilebilecek en iyi örnek, yukarıda bahsedilen yapay zekâ *AIVA*'nın bestelerinin kâr amacı gütmeyen bir müzik kuruluşu

⁷⁶ “e-David. A Painting Process”, http://graphics.uni-konstanz.de/eDavid/?page_id=2, (Erişim: 09.11.2020).

⁷⁷ “World's first computer-generated musical to debut in London”, <https://www.theguardian.com/stage/2015/dec/01/beyond-the-fence-computer-generated-musical-greenham-common>, (Erişim: 09.11.2020).

⁷⁸ “AIVA”, <https://www.aiva.ai/>, (Erişim: 11.11.2020).

⁷⁹ *AIVA*'ya benzer olarak bir Japon şiir türü olan haiku yazabilen ANNIE veya resim çizebilen yapay zekâ BASANTA, insan zekâsını model alarak sanatsal ürünler üretebilen bilgisayarlar diğer örneklerdir. Bkz. KAYNAK BALTA, Büşra: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zeka Ürünleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.123.

⁸⁰ Bu yönde bkz. ERSOY, s.66-67.

⁸¹ AYİTER, Nuşin: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1981, s.90; KLETT Alexander R./SONNTAG, Matthias/WILSKE, Stephan: Intellectual Property Law in Germany – Protection, Enforcement and Dispute Resolution, Beck'sche CH Verlagsbuchhandlung Oscar Beck, München 2008, s.60-61; SALOKANNEL, Marjut: Ownership of Rights in Audiovisual Productions; A Comparative Study, Springer, Helsinki 1997, s. 46.

⁸² BELGESAY, Mustafa Reşit: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, Birinci Baskı, Temel Yayınları, İstanbul 2001, s.40-41; EREL, Şafak N.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.87 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Sınâî Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.162-164; Okutan Nilsson, Gül: “Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu”, Uğur Alacakaptan'a Armağan, 2, İstanbul 2008, s.469 vd.; TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.143.

⁸³ Bu yönde bkz. ERSOY, s.67.

olan *La Sacem (Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique)*⁸⁴ tarafından AIVA adına kaydedilip bu eserlerden elde edilen kazanımların kendisine aktarılmasıyla yapay zekâlı bir varlığa telif korumasının tanınmış olmasıdır⁸⁵.

Yapay zekâ yaratımlarına çeşitli yönlerden koruma sağlanması fikri gündeme gelmeye başlamış olsa dahi, bu durumda kimin eser sahibi olarak kabul edileceği de halen tartışmalıdır⁸⁶. Zira, hukukumuzda “eser sahibi” kavramını tanımlayan FSEK m.1/B’nin (b) bendinde, “*Eser sahibi: Eseri meydana getiren kişiyi... ifade eder.*” Denilerek evrensel bir ilke niteliğindeki “yaratma ilkesi”nin benimsendiği ve bu sebeple eser sahipliği statüsünün yalnızca gerçek kişilere ait olabileceği ifade edilmiştir⁸⁷. Dolayısıyla, yukarıda ele alındığı üzere, yapay zekâ ve robotların hukuken kişilik sahibi olup olmadığı sorusuna net bir yanıt vermek mümkün olmadığından bu varlıkların eser sahipliği statüsü de tartışmalı kalmaya devam etmektedir.

b. Yapay Zekâlı Varlığın Eser Sahipliğine İlişkin Görüşler

Yapay zekâlı varlıkların yaratımları söz konusu olduğunda eser sahipliği statüsünün kime verileceği hususunda sıklıkla ileri sürülen bir görüş bu statünün, yapay zekâlı varlığı çeşitli yaratımlar ortaya koyması için programlayan kişiye verilmesi gerektiği görüşüdür. Ancak bu, otonom olarak belirli eserler meydana getirebilen bir varlığın ürettiği her şeyin sahibi olarak onu programlayan kişiyi kabul etmeyi haklı göstermemektedir. Bu tür bir yapay zekânın piyasaya sürülmesi durumunda meydana getirdiği tüm yaratımların sahibinin programcı olacağı bir yazılımı hiçbir kullanıcının satın almak istemeyeceği açıktır⁸⁸. Benzer şekilde eşya hukuku ilkelerinden hareketle yapay zekâlı varlığın sahibi olan kişinin onun ürünlerine de sahip olması, yani kullanıcı sıfatı taşıyan kişilere eser sahipliği statüsünün tanınması görüşü de yalnızca onu satın alan kişiye onun tüm yaratımlarının sahibi olma imkânı tanınması sebebiyle kabul görmemektedir⁸⁹.

Bu husustaki bir diğer görüş ise, eserin meydana getirilmesi için lojistik veya maddi katkıda bulunan yatırımcının, eserin meydana getirilmesini mümkün kıldığı düşüncesiyle eser sahibi olarak kabul edilebileceği görüşüdür. Bu yönde bir düzenleme, İngiltere’de 1988 tarihli Telif Hakkı, Tasarımlar ve Patentler Kanunu (*Copyright, Designs and Patents Act*)’nda mevcuttur⁹⁰. Buna göre doğrudan bilgisayar tarafından üretilmiş eserlerde, eserin meydana getirilmesinde gerekli ayarlamaları üstlenen kişiye eser sahipliği statüsü tanınmıştır⁹¹.

Bununla beraber gözlem ve deneyim yoluyla teknikler geliştirebilen, otonom bir yapay zekâ söz konusu olduğunda, fikri hukukun halihazırdaki düzenlemelerinin çoğunlukla yetersiz kaldığı görülmektedir. Hukuk sistemleri tarafından robotlara tanınacak statünün içeriği, bu varlıkların meydana getirdikleri yaratımların hukuki niteliğini belirlemede etkili olacağı gibi, bu yaratımların kime ait olacağı hususunun da açıklık kazanmasını sağlayacaktır.

Bu sebeplerle, gelişen teknoloji karşısında, yapay zekâyâ dayanan yaratımlarının eser niteliği taşıyabileceğinin kabulüne ve bu yaratımların hukuki korumadan yararlanmasına olanak tanıyacak düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu açıktır. Bu ihtiyaca bir yanıt olarak elektronik kişilik modeli, yapay zekâlı varlıkların eser sahibi sayılıp sayılamayacağı yönündeki soru işaretlerini gidermeye diğer kişilik modellerine kıyasla daha elverişlidir. Zira elektronik kişiliğe sahip olduğu kabul edilen yapay zekâlı varlık, fikri mülkiyet hukuku bağlamında eser sahipliğine ve bu statüden kaynaklı maddi ve manevi hakların kullanımına imkân tanımaktadır. Bu model sayesinde ayrıca yapay zekâlı varlıklara ait eser niteliği taşıyan yaratımları FSEK m.80 hükmü kapsamında, “...özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları ile radyo-televizyon kuruluşlarının...” da bağlantılı hak sahipleri olarak hukuki korumadan faydalanmaları mümkün olabilecektir. Dolayısıyla elektronik kişilik modeli, yapay zekâlı varlıklara eser sahipliği statüsünün tanınabilmesi ve bunlara ait yaratımların eser niteliği taşıdığı kabulü bakımından makul bir yol

⁸⁴ La Sacem ile ilgili detaylı bilgi için bkz. <https://www.sacem.fr/>, (Erişim: 12.11.2020).

⁸⁵ “Besteci: Yapay Zeka AIVA”, <https://www.ntboxmag.com/2017/03/09/besteci-yapay-zeka-aiva/>, (Erişim: 12.11.2020).

⁸⁶ ERSOY, s.67.

⁸⁷ Buna karşılık, eser üzerindeki mali hakların bir tüzel kişiye devredilmesi ve bu yolla tüzel kişilerin eser üzerinde hak sahibi olabilmeleri mümkündür. Aynı şekilde tüzel kişiler, kendilerine bağlı olarak çalışan kişilerce meydana getirilen yahut sipariş üzerine veya organları tarafından yaratılan eserlerde eser sahibi olmayıp yalnızca eser sahipliğinden kaynaklanan hakların kullanım yetkisine sahiptirler. Bkz. KILIÇOĞLU, s.162.

⁸⁸ ERSOY, s.67.

⁸⁹ ERSOY, s.68.

⁹⁰ “Copyright, Designs and Patents Act 1988”, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/pdfs/ukpga_19880048_en.pdf, (Erişim: 16.07.2021).

⁹¹ ERSOY, s.69.

olarak düşünülebilir. Yapay zekâlı varlıkların FSEK kapsamında yasal korumaya alınması için ayrı bir hüküm getirilmesi bu alandaki çalışmaları teşvik edecek önemli bir adım olacaktır⁹².

c. Yapay Zekâ Buluşlarında Yaratım Sorunu, Elektronik Kişilik ve DABUS Örneği

Yapay zekâlı varlıklar tarafından oluşturulan buluşların kime ait olacağı da kişilik statüsünün çözüme bağlanması sonucunda yanıt bulacaktır. Konuya insan müdahalesi olmaksızın yapay zekâlı bir robot tarafından makine veya derin öğrenme yöntemiyle üretilmiş buluşlar açısından bakıldığında da bir üst başlıktaki sonuçlara benzer bir sonuca varılacağı belirtilmelidir. Patent başvurusunda buluş sahibinin belirtilmesi ve bu kişiye ait birtakım bilgilerin başvuru belgesine yazılması gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda⁹³, bu varlıkların mevcut düzenlemeler çerçevesinde buluş sahibi olarak kabulü mümkün görünmemektedir.

Hem Avrupa Patent Sözleşmesi (*The European Patent Convention*)⁹⁴ m.56 kapsamında hem de 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m.82 vd. hükümlerinde bir buluşun patentlenebilmesi için gerekli yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilir olma kriterleri arasında özellikle buluş basamağı kriteri yapay zekâ buluşları bakımından soru işareti doğurmaktadır. Buluş basamağı (*inventive step*) kriteri, söz konusu buluş ile tekniğin bilinen durumunun bir basamak üzerine çıktığını ve o buluşun, tekniğin bilinen son durumuna göre, ilgili alandaki bir uzman için öngörülebilir olmayan nitelikte (*non-obviousness*) olduğunu ifade eder⁹⁵.

Yapay zekâlı robotların sahip olabilecekleri zekâ düzeyiyle kıyaslandığında, buluş basamağı ve aşikâr olmama kriterlerinin insan buluşları dikkate alınarak getirildiği göze çarpmaktadır. Şu halde, buluşun ancak bir gerçek kişi yaratımı olabileceğine⁹⁶ ilişkin kabule uygun şekilde belirlenmiş olan patent verilebilirlik koşullarının, robot buluşları bakımından yeniden düzenlenmesi gündeme getirilebileceği⁹⁷ gibi, yapay zekâ eserlerine uygulanması elverişli olan elektronik kişilik modeli yapay zekâ buluşlarının patentlenebilmesi yönünden de uygun bir model olarak kabul edilebilir. Yapay zekâlı varlıklarla insanın birlikte meydana getirdiği buluşlar yönünden de elektronik kişilik statüsü, bu varlıklara buluş sahibi olarak patent kaydında yer verilebilmesine olanak sağlayacaktır⁹⁸.

Yapay zekâlı varlıklara kişiliğin tanınmadığı mevcut durumda ise yapay zekânın eser sahipliğiyle ilgili yukarıda yer verdiğimiz değerlendirmelerden görülebileceği gibi yapay zekâ buluşlarının patentlenebilmesine ilişkin değerlendirmeler de günümüz koşullarında güncelliğini yitirmiş hukuki düzenlemelerin ötesine geçememektedir⁹⁹. Dolayısıyla patent konusundaki düzenlemelerin yapay zekâ buluşlarında yeniden değerlendirilmesi gerekliliğinin doğduğu söylenebilir. Şüphesiz patent mevzuatında yapılması gereken değişiklikler bakımından da hangi kişilik modelinin kabul edileceği önem taşımaktadır ve elektronik kişilik modelinin benimsenmesi halinde yapay zekâlı varlıkların buluşçu olarak patent kayıtlarında yer alması ile patent hakkına saldırı halinde doğacak zararların karşılanacağı bir sigorta fonu oluşturulması gibi hususlar gündeme gelecektir¹⁰⁰.

Bu konuda oldukça yeni bir karar yapay zekâlı varlıkların buluş sahibi olması hususunda önem taşımaktadır. Avustralya Federal Mahkemesi, yapay zekâlı varlığın buluş sahibi sayılmasına dair 30.07.2021 tarihli *Thaler Commissioner of Patents* (2021) kararında, 1990 tarihli *Patents Act*'e yapmış olduğu atıfla, yapay zekânın buluş sahibi olarak tanınabileceğine hükmetmiştir. Olayda Stephen L. Thaler tarafından geliştirilmiş bir yapay zekâ olan DABUS (*Device for the autonomous bootstrapping of unified sentience*) tarafından geliştirilen bir içecek saklama kabı ve sinyal veren uyarı ışığı için makine adına patent başvurusu gerçekleştirilmiştir. Patent başvurusu yapan kişi ile buluşçu olmak arasındaki ayrımı vurgulayan mahkeme, kararında buluşçunun yapay zekâlı varlık veya makine olabileceğini kabul etmekle beraber, patent başvurusu yapan yahut patentten yararlanan kişinin insan olmak zorunda olduğuna dikkati çekmiştir. Mahkemenin bu kararıyla bir

⁹² ZORLUEL, Mustafa: “Yapay Zekâ ve Telif Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (142), 2019, s.350-352.

⁹³ Detaylı bilgi için bkz. TEKİNALP, s.575 vd.

⁹⁴ “The European Patent Convention”, <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/epc.html>, (Erişim: 11.11.2020).

⁹⁵ Bkz. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m.83/2 ve m.83/4. Ayrıca bkz. TEKİNALP, s.538.

⁹⁶ Bu yönde bkz. TEKİNALP, s.557.

⁹⁷ ERSOY, s.66.

⁹⁸ BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru: “Yapay Zekanın Buluşlarının Patentlenmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (11), 2018, s.615, (Erişim: 04.01.2022).

⁹⁹ Bu yönde bkz. HATTENBACH, Ben/GLUCOFT, Joshua: “Patents In An Era of Infinite Monkeys and Artificial Intelligence”, 19 Stan. Tech. L. Rev., 32, 2015, s.50-51, <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/10/patents-in-an-era-of-infinite-monkeys-and-artificial-intelligence.pdf>, (Erişim: 23.11.2020).

¹⁰⁰ BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru: *Buluşçu Yapay Zeka ve Patent Hukuku*, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020, s.60.

insanın Avustralya’da buluş sahibi olabileceğine ilişkin mahkeme kararı bozulmuştur (*neither be an applicant for a patent nor a grantee of a patent*)¹⁰¹. Bununla birlikte Thaler başka ülkeler nezdinde de girişimde bulunmak istemiş; ancak Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, geçtiğimiz aylarda verdiği kararında yapay zekâlı varlıkların patent sahibi olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme kararında henüz bir hakkı ve buna bağlı olarak bu hakkı devretme imkânı bulunmayan bir yapay zekâlı varlığın yaptığı buluşların da Thaler’a ait olduğuna karar vererek gerçek kişinin buluş sahipliği lehine önemli bir karara imza atmıştır¹⁰².

V. SONUÇ

Yapay zekâlı varlıkların iradi kabiliyetleri ve otonomi düzeylerindeki hızlı artış, bu varlıkların gerçek kişilerle kurdukları ilişkinin niteliğini giderek değiştirmektedir. Bu değişimin hukuki alana en önemli yansımaları yapay zekâlı varlıklarla insanlar arasındaki ilişki karşısında geliştirilen kişilik modelleri görünmektedir. Bu doğrultuda çalışma, diğer kişilik modellerine oranla elektronik kişilik modelinin, yapay zekâlı varlıkların ekonomik hareket kabiliyetleri bakımından avantajlı bir model olarak öne çıktığı fikri üzerine kuruludur. Yapay zekâlı varlıkların gerçek veya tüzel kişilikten gelen farklı özelliklerin sentezi olarak elektronik kişilikle donatılacak olması bu alanda sermaye, mahremiyet gibi konularda gelişime imkân tanırken, hukuki yönden yapay zekâlı otonom varlıkların sözleşme ilişkisi içerisinde veya dışında üçüncü kişilere verecekleri zararlardan sorumlu tutulabilmelerinin de rasyonel bir yolu olarak görülebilir.

Yapay zekâlı varlıklara tanınacak hukuki statünün çalışma bakımından önem taşıyan bir yansımaları da yapay zekâlı varlıkların ürettikleri eser veya buluşların akıbetinin fikri mülkiyet bakımından belirlenmesidir. Kanaatimizce elektronik kişilik modeli, gerek bu varlıkların yaratımlarının fikri hukuk korumasına kavuşturulabilmesi gerekse bu varlıkların fikri yaratım sahipliğinin getirdiği korumadan yararlanabilecek olmaları yönlerinden fikri hukuka dair ortaya çıkabilecek belirsizlikleri hukuki koruma noktasında çözmeye uygun bir model olarak öne çıkmaktadır. Bunun için eser ve buluş sahipliğinin ancak gerçek kişilere ait olabileceği yönündeki yerleşmiş düzenlemelerin yeniden değerlendirilmesi gerekecektir.

Yapay zekâlı varlıklar için önerilen elektronik kişiliğin sözleşmesel ve sözleşme dışı sorumluluk ve fikri hukuk bakımından ortaya çıkaracağı durum çalışmamız boyunca incelenmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, bu varlıkların birer elektronik kişi sayılması ve hukuk süjesi haline gelmesi, bizzat sözleşme ilişkisine girebilmesine, başkalarını temsilen işlem yapabilmelerine, davada taraf olabilmelerine, tüketici sıfatına sahip olmalarına, gerçek kişilerin sahip oldukları evlilik, vesayet gibi birtakım hukuki müesseselerle karşı karşıya gelebilmelerine, vatandaşlık statüsüne sahip olmalarına ve buna bağlı olarak vergi mükellefi kabul edilmelerine, kendi eylemleriyle yol açtıkları zararlardan sorumlu tutulmalarına, konusu suç teşkil eden davranışlarda bulunabilmelerine ve cezalandırılmalarına yol açacak çok boyutlu bir konudur. Bu kapsamda, yapay zekâlı varlıklar için insana özdeş bir değerler sistemi yerine, bu varlıkların kendilerine özgü karakteristik niteliklerini dikkate alan, oluşabilecek kontrolsüzlüğün önüne geçilebilmesi için faaliyet alanlarıyla sınırlı bir kişilik modeline ihtiyaç duyulacağı açıktır.

Bir olasılık da çalışmada bahsedilen farklı kişilik modellerinin dünyanın değişik bölgelerinde kabul görmesi ve yasal düzenlemelerin farklı modeller doğrultusunda yapılması olasılığıdır. Özellikle AB üyesi ülkeler için öne çıkmış görünen elektronik kişilik modelinin tüm dünyada benimsenmesi olasılığı her zaman bulunmaktadır. Diğer deyişle farklı ülkelerde yapay zekâlı, yapay insan veya kölelik gibi farklı kişilik modellerinin benimsenmesi ihtimal dahilindedir. Bu konuda çıkabilecek hukuki ve ekonomik uyumsuzlukları engelleyebilmek için ortak uluslararası düzenlemelerin getirilmesi yerinde olacaktır; ancak bu husustaki görüş farklılıklarının da gösterdiği gibi bu alanda yeknesak düzenlemelerin gerçekleştirilmesi oldukça zordur. Örneğin yapay zekâlı bir varlığın yaptığı buluşların da bu varlığa ait olması gerektiği argümanı farklı ülke mahkeme kararlarında farklı değerlendirilmiştir; yapay zekâlı bir varlık ile bu varlığa sahip kişi arasında buluş ve patent sahipliği açısından mahkeme kararlarıyla ayrıma gidildiği görülmüştür. Bu yönüyle

¹⁰¹ Thaler v Commissioner of Patents, [2021], FCA 879, 30 July 2021,

<https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0879>, (Erişim: 24.12.2021).

¹⁰² “Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi’nden Dabus Kararı: Yapay Zekâ Buluş Sahibi Olarak Kabul Edilemez!”, <https://iprgezini.org/2021/11/17/birlesik-krallik-yukse-mahkemesinden-dabus-karari-yapay-zeka-bulus-sahibi-olarak-kabul-edilemez/>, (Erişim: 25.12.2021). Karar için bkz. Thaler v Comptroller General of Patents, Trade Marks and Designs, [2021], EWCA Civ 1374, 21 September 2021, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/1374.html>, (Erişim: 25.12.2021).

mevcut kararların bir kısmının eşya yaklaşımı veya kölelik modellerinden hareket ettiğini söylemek mümkündür.

Bahsedilen kişilik modelleri arasından seçilecek model, fikri hukukta atılacak adımların ne yönde olacağını belirleyecek unsurdur. Bu çerçevede, uygulanabilir olduğunu ifade ettiğimiz, Avrupa Parlamentosu tarafından da yapay zekâya ilişkin uluslararası normların oluşturulmasında yol gösterici genel prensipleri sistematik biçimde ortaya koyması yönünden öne çıkarılan elektronik kişiliğin Türk hukukunda benimsenip benimsenmeyeceği, yapay zekânın hangi alanlarda faaliyet göstermesinin etik bakımdan kabul göreceği, yapay zekâ faaliyetlerinin ne şekilde sınırlandırılıp denetleneceği gibi birçok husus halihazırda belirsizlik arz etmekte ve şüphesiz kapsamlı bir kodifikasyon gereksinimini doğurmaktadır. Bu anlamda, yapay zekâya ilişkin olarak tüm bu yönlerden uluslararası düzenlemelerle ve teknolojik ilerleme potansiyeliyle uyumlu yasal düzenlemelerin geliştirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt, Yenilenmiş 12. Basım, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2015.
- AKKURT, Sinan Sami: “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7(13), 2019, s.39-59.
- ASIMOV, Isaac: Ben, Robot. 14. Baskı, İthaki Yayınları, İstanbul, 2021.
- ATEŞ, Mustafa: “Veri Tabanlarının Hukuki Koruması”, AÜHFD, 55(1), 2006, s.47-84.
- AYİTER, Nuşin: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1981.
- BACAKSIZ, Pınar/SÜMER, Seda Yağmur: Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- BAK, Başak: “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, TAAD, (35), 2018, s.211-232.
- BELGESAY, Mustafa Reşit: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, Birinci Baskı, Temel Yayınları, İstanbul 2001.
- BERTOLINI, Andrea/PALMERINI, Erica: “Regulating Robotics: A Challenge for Europe”, Upcoming Issues of EU Law: Compilation of In-Depth Analyses, 2014, <http://web.jus.unipi.it/summer-lisbon/wp-content/uploads/sites/3/2014/06/Paper-Bertolini-Palmerini.pdf>. (Erişim: 06.12.2020).
- BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru: “Robot Hukuku”, TAAD, 7(29), 2017, s.85-112, (Erişim: 05.01.2022).
- BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru: “Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (11), 2018.
- BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru: Buluşçu Yapay Zeka ve Patent Hukuku, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020.
- ÇAKIR, Özge: “Derin Öğrenme Nedir?”, 2019, <https://www.yapayzekatr.com/2019/12/16/derin-ogrenme-nedir/> (Erişim: 26.11.2020).
- EBERS, Martin: “Yapay Zekâ İçin Sözleşmeden Kaynaklanmayan Sorumluluk– Temel Sorunlar”, (Çev. Başer Doğan, Zehra), Rechtsbrücke / Hukuk Köprüsü Dergisi, 9(16), 2019, s.75-109.
- EREL, Şafak N.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ERSOY, Çağlar: Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- HATTENBACH, Ben/GLUCOFT, Joshua: “Patents In An Era of Infinite Monkeys and Artificial Intelligence”, 19 Stan. Tech. L. Rev., 32, 2015, s.32-51, <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/10/PATENTS-IN-AN-ERA-OF-INFINITE-MONKEYS-AND-ARTIFICIAL-INTELLIGENCE.pdf> (Erişim: 23.11.2020).
- KARA KILIÇARSLAN, Seda: “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, (2), 2019, s.363-389.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku, Yeni Medenî Kanun’a Uyarlanmış 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- KAYNAK BALTA, Büşra: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zeka Ürünleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Sınâî Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- KLETT, Alexander R./SONNTAG, Matthias/WILSKÉ, Stephan: Intellectual Property Law in Germany – Protection, Enforcement and Dispute Resolution, Beck’sche CH Verlagsbuchhandlung Oscar Beck, München, 2008.
- KOÇ, Onur/KASAP Mustafa: Daha İyi Bir Dünya İçin Yapay Zekâ, 5. Baskı, Doğan Kitap, İstanbul, 2019.

- KOSCHAKER, Paul: *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları*, Yeni Matbaa, İstanbul, 1963.
- KURKI, Visa A. J.: *A Theory of Legal Personhood*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- LEROUX, Christophe/LABRUTO, Roberto (ed.): *euRobotics, “The European Robotics Coordination Action, Suggestion for a green paper on legal issues in robotics”*, https://www.unipv-lawtech.eu/files/euRobotics-legal-issues-in-robotics-DRAFT_6j6ryjyp.pdf (Erişim: 05.12.2020).
- MOURA, Francisco Tigre: “A Lifetime Contribution to Artificial Intelligence and Music”, 2018, <https://liveinnovation.org/david-cope-a-lifetime-contribution-to-artificial-intelligence-and-music/> (Erişim: 09.11.2020).
- OKUTAN NILSSON, Gül: “Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, 2, İstanbul, 2008, s.469-500.
- ÖZTÜRK DİLEK, Gizem: “Yapay Zekânın Etik Gerçekliği”, *AUSBD*, 2(4), 2019, s.47-59.
- SALOKANNEL, Marjut: *Ownership of Rights in Audiovisual Productions; A Comparative Study*, Springer, Helsinki, 1997.
- RUSSELL, Stuart/NORVIG Peter: *Artificial Intelligence A Modern Approach*, Third Edition, Pearson, 2010.
- SILVA, Denis Franco: “From Human to Person: Detaching Personhood from Human Nature”, *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, (KURKI, Visa A. J./PIETRZYKOWSKI, Tomasz (ed.)), Springer, 2017.
- TAŞDEMİR, Özgür/ÖZBAY, Ümit Vefa/KİREÇTEPE, Burhanettin Onur: “Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme”, *AÜHFD*, 69(2), 2020, s.793-833.
- TEKİNALP, Ünal: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- TEZCAN, Ercüment: *Avrupa Birliği Hukuku’nda Birey*, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002.
- URBAN, Tim: “Süperzekâya Giden Yol Çok Yakıнымızda!”, (Çev. ÖZEL, Mert), 2016, <https://evrimagaci.org/superzekaya-giden-yol-cok-yakinimizda-444>, (Erişim: 24.11.2020).
- URBAN, Tim: “Varoluşsal Risk ve Yapay Zekâ: Gelecek Neden En Kötü Kâbusumuz Olabilir?”, (Çev. ÖZEL, Mert), 2017, <https://evrimagaci.org/varolussal-risk-ve-yapay-zekâ-gelecek-neden-en-kotu-kabusumuz-olabilir-452> (Erişim: 24.11.2020).
- ÜNSAL, Burçak: “Yapay Zekâ, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 93(4), 2019, s.64-73.
- VAGİFOĞLU NABIYEV, Vasif: *Yapay Zekâ: İnsan-Bilgisayar Etkileşimi*, 5.B, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- YAFFE, Deborah: “Lives: Marvin Minsky *54: A lifelong tinkerer who helped launch a revolution”, 2017, <https://paw.princeton.edu/article/lives-marvin-minsky-54> (Erişim: 19.11.2020).
- YAVUZ, Cevdet: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre ‘Kusursuz Sorumluluk Halleri’ ve İlkeleri”, *MÜHFAD*, 14(4), 2008, s. 29-61.
- ZORLUEL, Mustafa: “Yapay Zekâ ve Telif Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 142, 2019, s. 305-356. “AIVA”, <https://www.aiva.ai/>, (Erişim: 11.11.2020).
- “The laws and ethics of robotics”, <https://cordis.europa.eu/article/id/92136-the-laws-and-ethics-of-robotics> (Erişim: 05.12.2020).
- “Robotlara elektronik vatandaşlık”, <https://www.dunyahalleri.com/robotlara-elektronik-vatandaslik/> (Erişim: 02.08.2021).
- “Avrupa Birliği robotların elektronik kişiliğini tartışıyor”, <https://www.dunyahalleri.com/avrupa-birligi-robotların-elektronik-kisiligini-tartisiyor/> (Erişim: 02.08.2021).
- “Horizon 2020”, <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en>, (Erişim: 05.12.2020).
- “RoboLaw Project Results”, https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50951 (Erişim: 06.12.2020).
- “The European Patent Convention”, <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/epc.html>, (Erişim: 11.11.2020).
- “What is Machine Learning? A Definition.”, <https://www.expert.ai/blog/machine-learning-definition/> (Erişim: 26.11.2020).
- “Motion for a European Parliament Resolution with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics”, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html (Erişim: 05.12.2020).
- “EP Panel for Future of Science and Technology Briefs”, <https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/publications/search> (Erişim: 05.12.2020).
- “How SPARC is used”, <https://www.eu-robotics.net/sparc/projects/implementation.html?changelang=2> (Erişim: 05.12.2020).
- https://www.eu-robotics.net/robotics_week/events/index.html, (Erişim: 03.12.2020).
- “Robotics Coordination Action For Europe”, https://www.eu-robotics.net/cms/upload/downloads/Rockeu1/2016-08-16_RockEU_deliverable_D3.4.1-part2.pdf (Erişim: 04.08.2021).

- “euRobotics”, https://www.unipv-lawtech.eu/files/euRobotics-legal-issues-in-roboticsDRAFT_6j6ryjyp.pdf (Erişim: 12.12.2020).
- “e-David. A Painting Process”, http://graphics.uni-konstanz.de/eDavid/?page_id=2 (Erişim: 09.11.2020).
- “Avrupa Birliği kesenin ağzını açtı, yapay zekâya 20 milyar euro ayırdı”, <https://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/avrupa-birligi-kesenin-agzini-acti-yapay-zekâya-20-milyar-euro-ayirdi-41451224> (Erişim: 06.12.2020).
- “Copyright, Designs and Patents Act 1988”, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/pdfs/ukpga_19880048_en.pdf (Erişim: 16.07.2021).
- “Besteci: Yapay Zekâ AIVA”, <https://www.ntboxmag.com/2017/03/09/besteci-yapay-zekâ-aiva/> (Erişim: 12.11.2020).
- “Open Letter to the European Commission Artificial Intelligence and Robotics”, <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2018/04/RoboticsOpenLetter.pdf> (Erişim: 02.08.2021).
- “EURON Roboethics Roadmap”, <http://www.roboethics.org/atelier2006/docs/ROBOETHICS%20ROADMAP%20Rel2.1.1.pdf> (Erişim: 06.12.2020).
- RoboLaw: Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe: Robotics facing Law and Ethics, <http://www.robolaw.eu/projectdetails.htm> (Erişim: 05.12.2020).
- “RoboLaw Project Results”, <http://www.robolaw.eu/deliverables.htm> (Erişim: 06.12.2020).
- “World's first computer-generated musical to debut in London”, <https://www.theguardian.com/stage/2015/dec/01/beyond-the-fence-computer-generated-musical-greenham-common> (Erişim: 09.11.2020).
- “Derin Öğrenme Ekosistemi”, <https://turkiye.ai/derin-ogrenme-ekosistemi/> (Erişim: 26.11.2020).
- “Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi’nden Dabus Kararı: Yapay Zekâ Buluş Sahibi Olarak Kabul Edilemez!”, <https://iprgezgini.org/2021/11/17/birlesik-krallik-yukse-mahkemesinden-dabus-karari-yapay-zeka-bulus-sahibi-olarak-kabul-edilemez/> (Erişim: 25.12.2021).
- Thaler v Commissioner of Patents, [2021], FCA 879, 30 July 2021, <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0879>
- Thaler v Comptroller General of Patents, Trade Marks and Designs, [2021], EWCA Civ 1374, 21 September 2021, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/1374.html> (Erişim: 25.12.2021).

INFLUENCER SÖZLEŞMESİ

INFLUENCER AGREEMENT

Ayşe Dilşad KESKİN*  

Makale Bilgi

Gönderi: 15/11/2021
Kabul : 17/02/2022

Anahtar Kelimeler

*Influencer,
Sosyal Medya,
İsimsiz Sözleşme,
Influencer
Sözleşmesi,
Reklam Etiketli.*

Article Info

Received: 15/11/2021
Accepted: 17/02/2022

Keywords

*Influencer,
Social Media,
Innominat Contracts,
Influencer
Agreement,
Advertising Tag.*

Özet

[10.21492/inuhfd.1023884](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1023884) 

Sanal ortamda belirli bir grubu etkileme gücüne sahip kimselerin hedef kitleyi ilgili ürünü satın almaya yönlendirmek amacıyla oluşturulan içerikleri sosyal medya hesaplarında paylaşmaları suretiyle yürütülen pazarlama ve reklam faaliyeti influencer marketing olarak isimlendirilmektedir. Bu faaliyetin merkezinde influencer yer alır. Influencer'ın faaliyeti ise esasen müşteri ile aralarında kurulan bir sözleşmeye dayanmaktadır. Bu sözleşme; influencer'ın, belirli mal veya hizmetlerin tanıtımı ve takipçilerinin bunları satın almaya yönlendirilmesi amacıyla oluşturulan veya bizzat oluşturduğu içerikleri sosyal medya hesaplarında paylaşmayı, müşterinin de buna karşılık influencer'a bir miktar ücret ödemeyi veya başka bir menfaat sağlamayı taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanabilir. Influencer sözleşmesinin temel unsurları; tanıtım ve reklam faaliyeti, sosyal medya kullanımı, influencer'ın müşterinin organizasyonundan bağımsız olması ve influencer'a bir bedel ödenmesi veya başka bir menfaat sağlanması şeklinde sayılabilir. Sözleşme, sponsorluk ve reklam sözleşmelerinden farklıdır. Taraf iradelerine göre vekalet veya eser sözleşmesi niteliği taşıyacak biçimde kurulması mümkün ise de kural olarak bir isimsiz sözleşmedir. Sözleşmeden doğan başlıca yükümlülükler ise, influencer bakımından, sosyal medyada belirli bir ürün veya hizmete yönelik olarak tanıtım amaçlı içerik paylaşımında bulunmak, paylaşımlarında reklam etiketi kullanmak, rekabet yasağına uygun hareket etmek ve faaliyetlerini sadakat ve özenle yürütmek, müşteri bakımından da influencer'ın faaliyetlerinin karşılığını ödemektir.

Abstract

The marketing and advertising activity carried out by sharing the content created in order to guide the target group to purchase a particular product, on some people who have the power to influence a certain group in the virtual environments on their social media accounts is called influencer marketing. At the center of this activity is the influencer. The influencer's activity is essentially based on an agreement with the customer. This contract can be defined as the contract in which the influencer commits to share the contents personally created or created by someone else, on his social media accounts in order to promote a particular goods or services and guide his followers to purchase them, and the customer commits to pay the influencer so fee or provide other benefits in return. The basic elements of the influencer contract are; promotion and advertising activity, use of social media, the influencer's independence from the customer's organization, and the payment of a price or other benefit to the influencer. The contract is different from sponsorship and advertising contracts; it is possible that the parties structure the influencer contract as an agency contract or contract of work but as a rule it is an innominate contract. The essential contractual obligations are to share promotional content on social media, to use advertising labels in posts, to act in accordance with the prohibition of competition and to carry out their activities with loyalty and diligence, for the influencer, and to pay for the influencer's activities, for the customer.

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

* Doç. Dr. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** KESKİN Ayşe Dilşad, "Influencer Sözleşmesi", İnÜHFD, 13(1), 2022, s.129-147. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The marketing and advertising activity performed by sharing the content created in order to guide the target group to purchase a specific product, on some people who have the power to influence a particular group in the virtual environments on their social media accounts is called influencer marketing. At the center of this activity is the influencer. An influencer is someone who has a large number of followers on social media and has the power to influence them.

The influencer's activity is essentially based on an agreement with the customer. With this agreement the influencer engages to share the contents created by personally or someone else, on his social media accounts in order to promote goods or services and guide his followers to purchase them. In return, the customer provides payment or commission, free goods or services, or any other benefit to the influencer.

The basic elements of the influencer agreement are; promotion and advertising activity, use of social media, the influencer's independence from the customer's organization, and providing a payment or other benefit to the influencer. The customer aims with the influencer contract to inform the target audience about the product or service offered to the market and thus to increase the sales. The influencer has to perform promotional and advertising activities on social media. In the contract, which social media accounts will be used are regulated in detail. The content to be shared on social media can be prepared by the influencer or a third party. The features of the content and which content will be published, whether changes can be made later on the content, and whether the content can be used by the customer are also determined in the contract. Influencer agreement is a burdensome contract. As a rule, sum certain in money is paid to influencer, however, it is also possible to provide the influencer with other benefits such as free use of customer goods or services or access to them at a discount.

In order for the influencer's posts on social media accounts to reach its goal, the trust relationship between the followers and the influencer must not be damaged. For this reason, there should be no dependency relationship between the influencer and the customer. Influencer's credibility comes from its independence.

The influencer contract is established between the influencer and the customer. It is a consensual, burdensome and bilateral contract. The essential contractual obligations are; to share promotional content on social media, to use advertising labels in posts, to act in accordance with the prohibition of competition and to perform their activities with loyalty and diligence, for the influencer, and to pay for the influencer's activities, for the customer.

Influencer contract is similar to sponsorship and advertising contracts. Promoting activities for a specific product or brand are performed also in the sponsorship agreement, but unlike the influencer agreement, in sponsorship, the incentive and communication elements are essential; the sponsored must, on the one hand, promote the sponsor and, on the other hand, perform the activity for which it receives incentives. On the other hand, the influencer's promoting activity for a specific good or service in accordance with the influencer agreement, is essentially an advertisement. But the influencer agreement is different from the advertising contract due to the necessity of using the social media accounts of the influencer in the advertising activity and because the content mainly appeals to the followers of these accounts. Additionally, in the influencer agreement, it is a necessity that the person who will prepare and share the advertising product has the capacity to influence a certain group of people. Also the place where the ad will be published and often the structure of the activity is limited. Although it is possible that the parties structure the influencer contract as an agency contract or contract of work, as a rule it is an innominate contract. If the return performance of the customer is agreed as the payment of an amount of money, the content shared on the influencer's social media account or the sharing itself can be considered as a work and the agreement may be a work contract. But if an influencer engages to advertise a specific good or service, but it is not determined how and on what exact social media account, then the agreement between the influencer and the customer might be an agency agreement.

The Influencer contract automatically terminates upon the expiration of the agreed period or when one of the parties dies or loses its capacity to act. Because of the intensity of the trust relationship between them, it must be also accepted that it is possible to terminate the contract unilaterally by the influencer or the customer at any time.

I. GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler, her alanda olduğu gibi tüketim, pazarlama ve reklamcılık alanlarında da önemli sonuçlar doğurmuştur. Özellikle sosyal medya kullanımının olağanüstü boyutta yaygınlaşması, bir yandan yeni tüketim alışkanlıklarının oluşmasına yol açarken, bir yandan da pazarlama ve reklam stratejilerini tamamıyla değiştirmiştir. İhtiyaçların belirlenmesi aşamasında dahi dijital rehberliğe muhtaç görünen yeni tüketici profili, ürünlerin geleneksel yöntemlerle pazarlanmasını güçleştiren bir yapı arz etmektedir. Sosyal temasın azalması, insanların ürünle ilgili kanaatlerini birbirlerine aktarmaları suretiyle gerçekleşen tanıtım faaliyetini asgariye indirerek bu etkileşim biçiminin sanal ortama kaymasına sebep olmuştur. Gerçek tecrübelerle desteklenmeyen tanıtımlar ise, ürüne ve hatta zaman zaman üreticiye yönelik güvensizlik yaratarak, pazarlama çabasını büsbütün karmaşık bir boyuta taşımıştır. Gelinek noktada, reklam içeriklerinin kendisine ulaşmasına bile izin vermeyerek geleneksel reklam anlayışını şiddetle reddeden tüketici profili karşısında, çıkış noktasının yine sanal alemde bulunduğu söylenebilir. Oluşturulan dijital pazarlama sistemi ile hem maliyetleri en aza indirmek hem de tesadüfi muhtemel alıcı kitlesi yerine önceden doğrulanmış bir hedef kitleye hitap edebilmek mümkün hale gelmiştir. Bu amaçla kullanılan temel platform ise “sosyal medya” olarak isimlendirilen ve kullanıcıların içerik üretmelerini ve başka kullanıcılar tarafından üretilmiş içeriklere erişebilmelerini sağlayan mecralardır.

Sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen pazarlama ve reklam faaliyetlerinin önemli bir bölümü “influencer marketing” (hatırlı pazarlama) olarak anılan yöntem kullanılarak sürdürülmektedir. Influencer marketing, sanal ortamda belirli bir grubu etkileme gücüne sahip kimselerin, hedef kitleyi ilgili ürünü satın almaya yönlendirmek amacıyla oluşturulan içerikleri sosyal medya hesaplarında yayınlamaları suretiyle yürütülen pazarlama ve reklam faaliyetlerini ifade eder. Bu faaliyetlerin merkezinde “influencer” (hatırlı kişi) bulunmaktadır. Influencer, sosyal medya hesaplarında belirli bir ürüne ilişkin tanıtım videoları veya fotoğraflar paylaşarak ya da basitçe bizzat kendisini bu ürünleri kullanırken gösteren içerikler oluşturarak takipçilerini ilgili ürünü satın almaya yönlendirir. Buna karşılık üretici veya satıcı da influencer’a kararlaştırılan ücreti öder ve çoğunlukla bunun yanı sıra veya buna ek olarak, tanıtılması istenen ürüne herhangi bir bedel ödemek zorunda olmaksızın erişim imkânı da sağlar¹.

Influencer marketing’in esası, ürünün tanıtımı ve satışların artırılması için influencer ile ona ait sosyal medya hesaplarının takipçileri arasındaki ilişkiden yararlanılmasından ibarettir. Influencer’ın bu amaçla oluşturduğu içerikler ise reklam niteliği taşır². Reklamlar hakkındaki yasal düzenlemelere, özellikle Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’ne tabidir. Nitekim, doktrinde müşteri ile influencer arasında, anılan yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle şekillenen ilişki, pazarlama ve reklam faaliyeti niteliğiyle hem bu alanda hem de hukuk literatüründe çeşitli açılardan ele alınarak incelenmiştir³. Bununla birlikte influencer’in faaliyeti, esasen müşteri ile aralarında kurulan sözleşmeye dayanmaktadır.

II. TERİM PROBLEMİ

Sosyal medyada hesabı veya hesapları bulunan ve takipçilerinin özellikle tüketime yönelik davranışlarını etkileme gücüne sahip olan kimselerin isimlendirilmesi için farklı öneriler sunulmuştur. Önerilen isimlerden bazıları kullanılmışsa da ilgili pazarlama yönteminin gelişimine paralel olarak, zamanla anlam değişikliğine uğramış, bazıları da halihazırda taşıdıkları anlamın tamamen farklı bir alanı işaret etmesi sebebiyle yaygınlaşmamıştır. Örneğin, literatürde

¹ BAYUK, M. Nedim/ASLAN, Mustafa: “Influencer Marketing (Hatırlı Pazarlama)”, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, 6(75), 2018, s.178; CASALE, Elizabeth A.: “Influencing the FTC to Update Disclosure Rules for the Social Media Era”, Mitchell Hamline Law Journal of Public Policy and Practice, 40, 2019, s.2.

² 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.61(1) hükmünde ticari reklam, “*ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda yer alan “*mecra*” kavramının muhtevası ise Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nde açıklanmıştır. Buna göre mecra, “*reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri ve ortamı; televizyon, her türlü yazılı basın, internet, telefon, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı materyal gibi iletişim araçlarını*” ifade etmektedir.

³ Hukuk literatüründeki incelemeler esas olarak aldatıcı reklam ve haksız rekabet üzerinde yoğunlaşmaktadır. Örnek eserler için bkz. ABBASOĞLU, Hayriye Dilara: Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet, Ankara 2021; YÖRÜK, Pelin Atilla: Reklamların Haksız Rekabet Boyutu Karşısında Tüketicilerin Korunması, Ankara 2020; İNAL, Emrehan/BAYSAL, Başak: Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 2008.

“influencer” karşılığı olarak kullanılan terimlerden biri olan “fenomen”⁴, zamanla sosyal medyada yüksek sayıda takipçisi bulunan herkes için kullanılmaya başlanmış, böylece influencer’dan, hesap sahibi ile takipçiler arasında karşılıklı etkileşim bulunmasının zorunlu görülmeşi ile ayrılmıştır⁵. Influencer kelimesinin Türkçe karşılığı olarak kullanılan “kanaat önderi”⁶ ifadesi ise toplum hayatında öne çıkan iş insanları, aileler veya dini figürler için kullanıldığından sosyal medya özelinde yerleşmemiştir. Özellikle reklam ve pazarlama literatüründe “influencer marketing” terimi “nüfuzlu/hatırlı pazarlama” ve “influencer” da “nüfuzlu/hatırlı kişi” şeklinde kullanılmaktadır⁷. Kanaatimizce bu tercih de, netice itibarıyla temelde hesap sahibinin takipçileri üzerindeki nüfuzundan yararlandığına işaret ettiği için isabetli bulunabilirse de, bu şekilde faaliyet gösteren kimselere, “kanaat önderi” ifadesindeki gibi, gereğinden fazla anlam yüklediğinden isabetli değildir. Nihayet kelimenin doğrudan Türkçe’ye tercüme edilmesiyle elde edilen “etkileyici” terimi de influencer ile müşteri arasında yapılan anlaşma için önerilen “etkileyici sözleşmesi” ismiyle birlikte, uygulamada yer bulamamıştır⁸. Buna karşılık “influencer” teriminin uygulamada ve literatürde kısmen benimsendiği gözlemlendiğinden, bu çalışmada terim için Türkçe karşılık arayışına girilmemiş, influencer ve influencer sözleşmesi ifadeleri aynen kullanılmıştır⁹.

III. SÖZLEŞMENİN AMACI, TANIMI VE UNSURLARI

A. Sözleşmenin Amacı

Tanıtım ve pazarlamada kullanılabilir çok sayıda farklı uygulama arasından influencer marketing’in (hatırlı pazarlama) seçilmesi, sağladığı bir dizi avantajdan kaynaklanmaktadır. Bunlar arasında yöntemin daha düşük bütçe ile kalabalık topluluklara erişilmesini mümkün kılması, içerik oluşturma yükünün influencer’a aktarılması, dağıtım maliyetinin bütünüyle ortadan kaldırılması ve influencer ile takipçileri arasındaki güven ilişkisine dayandığından diğer yöntemlere nazaran açıkça daha etkili olması sayılabilir¹⁰. Bu avantajları elde ederek piyasadaki rakiplerinin önüne geçmek isteyen marka veya firmanın, öncelikle, sosyal medyada yapacağı tek bir paylaşımın çok sayıda insanın satın alma kararını etkileme gücüne sahip bulunan influencer’a ulaşması gerekir. Marka veya firma ile influencer arasında akdedilecek sözleşmenin temel amacı, ilgili mal veya hizmete ilişkin olarak sosyal medya üzerinden gerçekleştirilecek reklam ve pazarlama faaliyetinin influencer tarafından yürütülmesini ve bu sırada influencer’ın takipçileri üzerindeki etkisinin kullanılmasını sağlamaktır¹¹.

Belirtmek gerekir ki, bahis konusu sözleşme, ürünün satışına ilişkin olarak çoğu zaman influencer tarafından içeriğe eklenen bir bağlantı aracılığıyla gerçekleştirilebilen sözleşmeden farklıdır. Böyle bir bağlantı, takipçinin tanıtılan mal veya hizmete sahip olmak için gereken

⁴ Sosyal medya fenomeni, “sosyal medyada paylaştığı içeriklerle takipçilerinde hayranlık duygusu uyandıran, takipçileri tarafından tavsiyelerine ve bilgilerine önem verilen, belirli düzeyde bir takipçi kitlesi bulunan kişi” şeklinde tanımlanmaktadır (CANÖZ, Kadir/GÜLMEZ, Özge/EROĞLU, Gizem: “Pazarlamanın Yükselen Yıldızı Influencer Marketing: Influencer Takipçilerinin Satın Alma Davranışını Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma”, SÜ Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, 23(1), 2020, s.74).

⁵ Influencer’ların özelliğinin, takipçileri ile iletişim kurabilmesi olduğu yönünde bkz. BAYUK/ASLAN, s.176.

⁶ ALİKILIÇ, İnanç/ÖZKAN, Buse: “Bir Sosyal Medya Pazarlama Trendi, Hatırlı Pazarlama ve Etkileyiciler: Instagram Fenomenleri Üzerine Bir Araştırma”, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, 1(2), 2018, s.48.

⁷ CANÖZ/GÜLMEZ/EROĞLU, s.75.

⁸ Bununla birlikte Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanan 5 Mayıs 2021 tarihli “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz” metninde, “sosyal medya etkileyicisi” terimi kullanılmıştır (<https://tuketici.ticaret.gov.tr/duyurular/sosyal-medya-etkileyicileri-tarafından-yapılan-ticari-reklam-ve-haksız-ticari-uyg>, Erişim: 10/11/2021).

⁹ “Marka elçisi”, “fikir öncüsü”, “teknolojik kanaat önderi” ifadeleri için bkz. ALİKILIÇ/ÖZKAN, s.45.

¹⁰ GROEN, Monique: “Swipe Up to Subscribe: The Law and Social Media Influencers”, Texas Review of Entertainment & Sports Law (21), 2020, s.116; BAYUK/ASLAN, s.178; SARGSYAN, Mane: Endorsements and Behavioral Advertising in Social Media under EU, Swiss, and US Law, Schulthess Juristische Medien AG 2017, s.12; HAURI, Dominique: “Wie findet ein Unternehmen den passenden Influencer? Eine Untersuchung zur Entwicklung einer Strategie für die Eingehung einer Kooperation mit Influencern in der Reisebranche”, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften School of Management and Law, Bachelorarbeit, Zürich 2020, https://digitalcollection.zhaw.ch/bitstream/11475/21595/3/Bachelorarbeit_Brand%20Fit_Dominique%20Hauri.pdf, (Erişim: 14/10/2021), s.22; FUNKE, Sven-Oliver: Influencer-Marketing: Strategie, Briefing, Monitoring, Rheinwerk Verlag GmbH, 2018, s.27-33; CARPENTER, Craig/BONIN, Mark: “To Win Friends and Influence People: Regulation and Enforcement of Influencer Marketing after Ten Years of the Endorsement Guides”, Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, 23(2), 2021, s.259.

¹¹ HAURI, s.20.

sözleşmeyi derhal yapabilmesini mümkün kılar, bununla birlikte influencer, bu sözleşmenin tarafı değildir¹².

B. Sözleşmenin Tanımı

Müşteri ile aralarında akdedilen sözleşme uyarınca influencer, sosyal medyada belirli bir mal veya hizmetin tanıtımını yaparak takipçilerini bu ürünü satın almaya yönlendirmeyi taahhüt eder. Buna karşılık müşteri de influencer'a kararlaştırılan ücreti ödemek veya başka bir menfaat sağlamak yükümlülüğü altına girer. Ürüne ilişkin tanıtımın hangi sosyal medya hesabında ve ne şekilde gerçekleşeceğinin de sözleşmede belirtilmesi gerekir. Buna göre influencer sözleşmesinin, bu temel unsurları kapsayacak şekilde; "influencer'ın, belirli mal veya hizmetlerin tanıtımı ve takipçilerinin bunları satın almaya yönlendirilmesi amacıyla oluşturulan veya bizzat oluşturduğu içerikleri sosyal medya hesaplarında paylaşmayı, müşterinin de buna karşılık influencer'a bir miktar ücret ödemeyi veya başka bir menfaat sağlamayı taahhüt ettiği sözleşme" olarak tanımlanması mümkündür¹³.

C. Sözleşmenin Unsurları

Influencer sözleşmesinin üç temel unsuru vardır. Bunlar; tanıtım ve reklam faaliyeti, sosyal medya kullanımı ve influencer'a bir bedel ödenmesi veya başka bir menfaat sağlanması şeklinde sayılabilir. Bunlara bir de influencer'ın faaliyetlerini müşteriden ve onun oluşturduğu organizasyondan bağımsız bir şekilde sürdürmesi gerekliliği, influencer sözleşmesi bakımından ayırt edici bir özellik olarak, eklenmelidir.

1. Tanıtım ve Reklam Faaliyeti

Influencer sözleşmesinin birinci unsuru tanıtım ve reklam faaliyetidir. Müşteri böyle bir sözleşmeyi akdetmekle piyasaya sunduğu mal veya hizmet hakkında hedef kitlenin bilgilendirilmesini ve böylece satışların artırılmasını amaçlar¹⁴.

Influencer'ın dahil olduğu reklam faaliyetleri, "ağızdan ağıza pazarlama" olarak isimlendirilen pazarlama yönteminin bir parçasını oluşturur. Bu yöntem, kullandığı mal veya hizmete ilişkin memnuniyetini başkalarına aktaran kişilerle tüketici arasında, pazarlamacılar tarafından doğrudan teşvik edilmeden, etkilenmeden veya ölçülmeden gerçekleşen ve motivasyonunu başkalarını kötü hizmet konusunda uyarma veya iyi ürünü tavsiye etme isteğinden alan bir iletişime dayanmaktadır¹⁵. Ağızdan ağıza pazarlamada kendiliğinden gerçekleşen bu iletişim, influencer marketing'te herhangi bir üçüncü kişi ve yakın çevresi yerine influencer ve takipçileri arasında kurulmakta, influencer'ın takipçilerine aktardığı tecrübeler ise tesadüfen karşılaştığı ürünler yerine mal veya hizmeti piyasaya sunan tarafın kendisine ulaştırdığı ürünlere ilişkin olmaktadır¹⁶. Bu tabloda influencer sözleşmesi, influencer ile takipçileri arasındaki ilişkiyi belirli bir mal veya hizmet lehine şekillendirerek influencer için sosyal medyadaki etkisini

¹² Takipçi (follower), İngilizce "to follow" kelimesinden türetilmiş olup bir sosyal medya platformunda başka bir profili ve içeriğini takip eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir (HAURI, s.28). Benzer tanım için bkz. KARATEPE KAYA, Meltem: "Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklamlara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70(3), 2021, s.669.

¹³ Literatürde influencer sözleşmesi "influencer'ın sözleşme süresince ürününü/ ürünlerini/ hizmetlerini deneyimleyip, deneyimlerini sosyal medya hesaplarında şirket ile karşılıklı olarak anlaşılacak şekilde (video, fotoğraf, hikaye) ve sayıda (ayda üç post vs.) paylaşmayı üstlendiği, şirketin ise influencer'ın bu işi görmesi karşılığında influencer'a aralarında kararlaştırdıkları tutarda ve şekilde bir bedel ödemeyi veya başka bir menfaat sağlamayı üstlendiği sözleşme" şeklinde tanımlanmıştır (BAYTAN AVKOVAN, Serenat: "Influencer Sözleşmeleri", Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, 8-9 Kasım 2018, İstanbul 2019, s.84). Bu tanım birkaç açıdan eleştirilebilir. Öncelikle her ne kadar sözleşmede aksi kararlaştırılabilir ise de (COOPER, Keith: "Influencers: Not So Fluent in Disclosure Compliance", Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review, 41(1), 2021, s.108) influencer'ın tanıtımayı taahhüt ettiği ürünü veya hizmeti bizzat kullanması (deneyimlemesi) zorunlu değildir, müşteri için önemli olan, ilgili sosyal medya hesabının takipçilerinin, hesap sahibinin söz konusu ürün veya hizmet hakkında olumlu kanaat taşıdığı hususunda ikna edilebilmeleridir. "Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz" bakımından da influencer'ın tüketiciler nezdinde ilgili ürünü deneyimlediği algısı yaratacak şekilde paylaşımında bulunmaması yeterlidir (m.6-a). İkinci olarak influencer'ın muhatabı bir "şirket" olmayabilir, uygulamada ürünün veya markanın sahibinin tüzel kişi ve/veya ticaret şirketi niteliği taşıması, bunun sözleşmenin tanımında yer alacak zorunlu bir unsur olarak değerlendirilmesini gerektirmez. Nihayet kanaatimizce sözleşme konusu ürün veya hizmete ilişkin olarak paylaşılacak içeriklerin bizzat influencer'ın kendisi veya bir başkası tarafından üretilebileceğinin de tanımında yer alması gerekir, zira bu sözleşme bakımından önem taşıyan husus influencer'ın içerik hazırlama becerisi değil takipçileri ile arasındaki ilişkiyi kullanarak onları satın almaya yönlendirebilmesi, başka bir deyişle takipçileri üzerindeki etki gücüdür (Bu hususta bkz. FUNKE, s.27).

¹⁴ SENN, Mischa: "Influencer-Marketing und die Rechtswirklichkeit: Eine neue Werbform «entdeckt» das Lauterkeitsrecht - oder umgekehrt", Jusletter 16. Dezember 2019, s.3.

¹⁵ ALİKILIÇ/ÖZKAN, s.47; SENN, s.3.

¹⁶ ALİKILIÇ/ÖZKAN, s.47.

müşterinin ürünlerini pazarlamak ve markasının tanınırlığını artırmak amacıyla kullanma taahhüdünün kaynağını oluşturur¹⁷.

2. Sosyal Medya Kullanımı

Influencer tarafından yürütülecek tanıtım ve reklam faaliyetinin zemini sosyal medyadır. Esasen influencer'ın etki gücü de hemen her zaman sosyal medya ile sınırlıdır¹⁸. Müşteri ve influencer arasında yapılacak sözleşmede hangi sosyal medya hesaplarının ne şekilde kullanılacağı ayrıntılı olarak düzenlenir. Paylaşılacak içeriklerin bizzat influencer veya bir üçüncü kişi tarafından hazırlanması mümkündür. İçeriğin özellikleri ve hangi içeriğin ne kadarının yayınlanacağı, müşterinin veya influencer'ın bu içeriklerde sonradan değişiklik yapıp yapamayacakları, bu içeriklerin müşterinin sosyal medya hesaplarında da kullanılabilir olup olmadığı, taraflarca kararlaştırılması gereken başlıca hususlardır¹⁹.

3. Influencer'a Ücret Ödenmesi veya Başka Bir Menfaat Sağlanması

Influencer sözleşmesi ivazlı sözleşmedir; influencer, faaliyetlerinin karşılığı olarak müşteriden ücret veya başka bir menfaat elde eder²⁰. Kural, ücret olarak influencer'a bir miktar para ödenmesidir. Ancak bunun yerine müşteriye ait mal veya hizmetlerden ücretsiz yararlanma veya bunlara indirimli olarak ulaşma gibi başka menfaatlerin sağlanması da mümkündür. Sözleşmenin amacı belirli bir mal veya hizmetin tanıtımının yapılması olduğundan, influencer, sosyal medyada yayınlacağı içerikleri hazırlarken zaten bu mal veya hizmetlere ihtiyaç duymaktadır. Çoğu zaman müşteri, işin tabiatı gereği, henüz ilgili içerikler hazırlanıp yayınlanmadan önce bu mal veya hizmetleri influencer'a ulaştırır. Sözleşmede bunların hediye niteliğinde olduğu veya değerlerinin belirlenen ücretten düşüleceği kararlaştırılabilirse de yaygın uygulama, influencer'a faaliyetlerinin karşılığı olarak bu mal veya hizmetin sunulmasıdır²¹.

4. Influencer ile Müşteri Arasında Bağımlılık İlişkisinin Bulunmaması

Influencer sözleşmesi, influencer'a ait sosyal medya hesabında yayınlanan içeriklerle belirli bir mal veya hizmetin tanıtımının yapılması ve böylelikle takipçilerin satın alma davranışlarının yönlendirilmesini amaçlar. Influencer ile takipçiler arasındaki güven ilişkisi, sözleşmenin amacını gerçekleştirebilmesinin zorunlu şartıdır. Takipçiler, influencer'ın bizzat kullanarak beğendiği ürünleri kendilerine önerdiğine ve ürünlerle ilgili değerlendirme sürecinde tamamıyla objektif hareket ettiğine inanırlar. Influencer ile tanıtımını yaptığı mal veya hizmetin üreticisi ya da sahibi arasında bir bağımlılık ilişkisinin varlığı, özellikle influencer'ın müşterinin talimatıyla hareket ettiğinin bilinmesi, bu inancın zayıflamasına ve dolayısıyla influencer'ın takipçileri üzerindeki etkisinin de azalmasına yol açacaktır. Bu sebeple influencer'ın en önemli niteliğinin bağımsızlığı olduğu ve güvenilirliğinin de bu bağımsızlıktan kaynaklandığı söylenebilir²².

IV. SÖZLEŞMENİN KURULUŞU

Influencer sözleşmesi, influencer ile müşteri arasında şekle bağlı olmaksızın kurulan, rızai, ivazlı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir.

¹⁷ HANHART, Sandra/SCHMID, Alain: “Das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot bei Beiträgen in sozialen Medien”, sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, 2019, s.354.

¹⁸ PIKE, George H.: “New Legal Risk for Influencers”, Information Today, 38(8), 2021, s.24; HAURI, s.11; ALİKILIÇ/ÖZKAN, s.49.

¹⁹ HAURI, s.39; GILES, Craig/TWIGG, Georgie: “How Should Franchisors Work with Micro-Influencers - A Review of English Law”, International Journal of Franchising Law, 17(2), 2019, s.11. İçeriklerin hangilerinin influencer sözleşmesi gereğince paylaşıldığının ayırt edilmesinin reklam hukukundan doğan yükümlülükler bakımından da önemli olduğu yönünde bkz. HANHART/SCHMID, s.355.

²⁰ SOLMECKE, Christian: “Influencer-Marketing & Recht”, Influencer-Marketing: Strategie, Briefing, Monitoring, Rheinwerk Verlag GmbH, 2018, s.262; GILES/TWIGG, s.11; CASALE, s.3. Association of National Advertisers'ın 2018 yılı anketine göre, markaların %62'si influencer'lar ile para karşılığı anlaşırken, %35'i influencer hizmetleri karşılığında ücretsiz ürün sağlamakta ve %30, her bir gönderi için ücret vermektedir (GEDİK, Yasemin: “Sosyal Medyada Yükselen Bir Trend: Influencer Pazarlama Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme”, Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi, 7(2), 2020, s.370). Influencer'ların tanıtımını yaptıkları ürünlere çoğu zaman ücret ödemedikleri yönünde bkz. KARATEPE KAYA, s.673.

²¹ GOANTA, Catalina/RANCHORDÁS, Sofia: The Regulation of Social Media Influencers, Elgar Law, Technology and Society Series, 2020, s.10; JUSTUS, Michael R.: “The Laws of Influence”, Communications Lawyer, 32(3), 2016, s.25; HANHART/SCHMID, s.361.

²² KELLER, Claudia: Werberecht, Social Media und Recht für Unternehmen (Hrsg. Keller, Claudia/Staffelbach, Oliver), Schulthess 2015, s.150; SENN, s.8.

A. Sözleşmenin Tarafları

Influencer sözleşmesi, influencer ile ürün sahibi veya ürünü pazarlamak isteyen kimse arasında kurulmaktadır. Kural olarak bu kişiler, sözleşmeye doğrudan doğruya ve bizzat taraftırlar. Bununla birlikte sözleşmenin kuruluşunda aracı kullanılması da mümkündür²³.

1. Influencer

a. Genel Olarak

Influencer kavramı, basitçe sosyal medyada çok sayıda takipçisi bulunan ve onları etkileme gücüne sahip olan kimseleri ifade eder²⁴. Bu kişilerin, toplumun bütününde tanınırlık anlamında “ünlü” (celebrity) olmaları zorunlu değildir. Aksine tanınırlıkları çoğu zaman yalnızca sosyal medyadaki faaliyetlerinden kaynaklanır. Takipçileriyle aralarındaki ilişki de ünlüler ve hayranları arasındaki ilişkiden farklıdır²⁵. Geleneksel ünlülere kıyasla daha gerçek ve ulaşılabilir algılanmaları, takipçilerinin kendilerini onlarla özdeşleştirmelerini sağlar ki bu da beraberinde taklit etme arzusunun ve tüketim alışkanlıklarının dönüşmesini getirir²⁶. Bu ilişkinin bir başka özelliği influencer’ın takipçileri ile etkileşim içinde olmasıdır. Böylece takipçilerin ilgili sosyal medya hesabı üzerinden yapılan değerlendirmelere güveni ve influencer’a bağlılığı artar, dolayısıyla influencer tarafından tanıtılan, tüketilen veya değerlendirilen ürüne ilişkin satın alma kararının verilmesi kolaylaşır²⁷.

b. Influencer’ların Sınıflandırılması

Influencer’lar, öncelikle faaliyet gösterdikleri sosyal medya platformu esas alınarak sınıflandırılmaktadır. Blogspot veya Wordpress kanalıyla yayın yapanlar “blogger”, Youtube veya Twitch gibi sosyal medya kanallarında oyun kategorisinde içerik üretenler “gamer”, oluşturduğu video ve fotoğrafları Youtube veya Instagram üzerinden takipçileri ile paylaşanlar ise “youtuber” ya da “instagrammer” olarak isimlendirilirler²⁸.

Sınıflandırmada kullanılacak başka bir ölçüt, influencer’ın içerik ürettiği hedef kitle ve konulardır²⁹. Örneğin, Instagram hesabında annelik, bebek bakımı ve çocuk eğitimi üzerine paylaşım yapanlar “instamom” sınıfına dahildir. Çok sayıda konu ile ilgili içerik üreten influencer’lar “yaşam tarzı” (life style) kategorisinde değerlendirilirken, belirli bir alanda uzman olan ve sadece o alanda içerik üretenler, örneğin “yeme-içme” veya “otomotiv” kategorisinde yer alabilir³⁰.

Influencer’ların, sahip oldukları etki alanı esas alınarak sınıflandırılmaları da mümkündür. Sosyal medyada 5000-25.000 takipçi mikro, 25.000-100.000 takipçi küçük, 100.000-250.000 takipçi orta, 250.000-1 milyon takipçi geniş, 1 milyon-7 milyon takipçi mega, 7 milyon ve üzeri takipçi ise ünlü influencer anlamına gelir³¹. Sosyal medyada oluşturdukları içeriklerin niteliğine göre influencer’ların kaşifler, bilgilendiriciler ve eğlendiriciler olarak sınıflandırıldıkları da görülmektedir³².

Nihayet influencer’lar hukuki statüleri esas alınarak da sınıflandırılabilir. Burada şirket sahibi olanlar, serbest çalışanlar ve bizatihi kendileri halen tüketici sıfatı taşıyanlar şeklinde bir ayırım söz

²³ CANÖZ/GÜLMEZ/EROĞLU, s.5; SENN, s.7.

²⁴ PIKE, s.24; SENN, s.3; KELLER, s.150; ROBERTS, Alexandra J.: “False Influencing”, Georgetown Law Journal, 109(1), 2020, s.89; KARATEPE KAYA, s.672; CARPENTER/BONIN, s.257.

²⁵ STEWART, Grace: “Trouble in Paradise: Regulation of Instagram Influencers in the United States and the United Kingdom”, Wisconsin International Law Journal, 38(1), 2020, s.139; ROBERTS, s.89; GOANTA/RANCHORDÁS, s.7; GROEN, s.115; CASALE, s.6; PEIFER, Karl Nikolaus: “Influencer Marketing – Rechtlicher Rahmen und Regulierungsbedürfnis”, GRUR 2018, s.1218.

²⁶ GROEN, s.116.

²⁷ HAURI, s.23; GOANTA/RANCHORDÁS, s.5; FUNKE, s.23; PEIFER, s.1220.

²⁸ ALTAR YAVUZ, Oya/YILMAZ, Merve: “Dijital Reklamcılığın Kurgu Yüzleri: Sanal Influencer’lar”, Dijital Reklamcılık Bize Ne Anlatır, İstanbul 2019, s.183; HAURI, s.25; ÖZDEMİR, Semih Sırrı/DOĞANAY, Zahid: “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7(13), 2019, s.319, dpn. 118.

²⁹ 2017 tarihli Forbes araştırmasına göre influencer’ların en çok faaliyet gösterdikleri alanlar evcil hayvanlar, ebeveynlik, moda, eğlence, seyahat, oyun, fitness, güzellik, ev, yemek, teknoloji ve iş ve çocuklardır (GOANTA/RANCHORDÁS, s.6). Ayrıca bkz. HAURI, s.31.

³⁰ ALTAR YAVUZ/YILMAZ, s.183.

³¹ Başka bir sınıflandırma ise influencer’ları nano (0-10.000 takipçi), mikro (10.000-100.000 takipçi), makro (100.000-1 milyon takipçi), mega (1 milyon ve üzeri takipçi) ve ünlü influencer’lar şeklinde isimlendirmektedir. Buna göre ünlü (celebrity) influencer’lar ile mega influencer’lar arasındaki fark takipçi sayısından değil, bu ikincisinin sosyal medyaya dahil olmadan önce ünlü olmayışından kaynaklanmaktadır (GEDİK, s.367; GOANTA/RANCHORDÁS, s.8; COOPER, s.85).

³² GEDİK, s.368.

konusudur. Gerçekten influencer’lardan bazıları kendi markalarını oluşturarak sonunda bunu pazarlamak üzere bir de şirket kurmakta, bazıları ise çeşitli platformlar üzerinden finansal kaynakları toplamak için bağımsız çalışmayı tercih etmektedir. Halen tüketici durumunda olan influencer’ların da bir şekilde pazara dahil olmaları mümkün ise de bunların sağlayabilecekleri finansal menfaatlerin diğerlerine nazaran çok daha sınırlı olduğu söylenebilir³³.

c. Tam Fiil Ehliyetine Sahip Olmayan Influencer’lar

Influencer, hem hukuki açıdan hem de pazarlama ve reklamcılık literatürü açısından, “herhangi biri” olabilir³⁴. Influencer sıfatını kimlerin taşıyabileceği hususunda hukuki düzenleme ve dolayısıyla özel bir sınırlama bulunmamaktadır. Bununla birlikte influencer marketing’in mahiyeti gereği hem hedef kitle hem de potansiyel influencer niteliği ile çocukların ve gençlerin durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Gerçekten de, henüz tam fiil ehliyetine sahip olmayanların ebeveynleri aracılığıyla veya bizzat açtıkları sosyal medya hesaplarını kullanarak ciddi bir takipçi sayısına ulaştıklarına ve “childfluencer” veya “teenfluencer” sıfatıyla içerik oluşturduklarına veya bazı durumlarda ebeveynleri tarafından oluşturulan içeriklerin baş aktörü olduklarına sıklıkla rastlanmaktadır³⁵. Bu örneklerde çocuğun ayırt etme gücünün bulunmaması, hemen her zaman, kişilik hakkı ihlalinin tartışılmasını gerektirir. Zira, ayırt etme gücünden yoksun küçük tam ehliyetsiz olduğundan ebeveyni tarafından oluşturulan sosyal medya içeriklerinde görüntüsünün kullanılmasına rıza gösteremez. Ebeveyn aracılığıyla kurulan sözleşmelerin tarafları, şartları, küçüğün ifa aşamasındaki rolü ve sözleşmelerden elde edilen gelir üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin kime ait olacağı gibi hususların esas olarak velayet hukuku ve çocuk malları başlığı altında çözülmesi gerekir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ise, yasal temsilcilerinin rızasıyla, belirli bir ürünün tanıtımını amaçlayan sözleşmeye bizzat taraf olabilirler. Karşı tarafın sınırlı ehliyetsiz influencer’a tanıtımı istenen ürünlere ücretsiz erişim imkanı sağlaması, doktrinde TBK m.7 (OR art. 6) çerçevesinde değerlendirilmiştir. Buna göre geçerli bir sözleşme ile yükümlülük altına girmiş olmadıkça sınırlı ehliyetsiz influencer, kural olarak, herhangi bir bedel istenmeksizin kendisine gönderilen ürünleri bağış niteliğiyle kabul edebilir ve aksi yöndeki beklentiye rağmen, ücretsiz gönderilen ürünü sosyal medyada tanıtmak zorunda değildir³⁶.

2. Müşteri

Belirli bir ürünün (mal veya hizmetin) sosyal medyada tanıtılması amacıyla influencer ile yapılan sözleşmenin karşı tarafı, ürünün pazarlanmasını isteyen kişidir. Aracı kullanılmamışsa bu kişi çoğu zaman üretici veya marka sahibidir. Bununla birlikte burada belirleyici unsurun, ürünü tanıtmaya arzusu olduğu belirtilmelidir. Başka bir deyişle her ne kadar uygulamada işin niteliği gereği durum aksi ise de influencer ile böyle bir sözleşmeyi yapabilmek için, söz konusu mal veya hizmetin üreticisi ya da markanın sahibi olmak zorunlu değildir. Bu duruma da bağlı olarak, İngilizce literatürde ve bazı sözleşme örneklerinde “reklam veren” (advertiser), “marka sahibi” (brand owner) veya “firma” (company) terimlerinin kullanılmakta olmasına rağmen, kanaatimizce bu kişi “müşteri” şeklinde anılmalıdır.

3. Aracı Kullanımı

Influencer sözleşmesi doğrudan doğruya müşteri ve influencer arasında yapılabileceği gibi sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin veya her ikisinin bir aracından faydalanması da mümkündür³⁷. Bu aracı hemen her zaman bir reklam ajansıdır³⁸. Aracının müşteriye sunduğu hizmet, esas olarak hangi influencer ile hangi sosyal medya platformunda içerik yayınlanacağı hususlarını kapsar. Influencer’ın takipçi sayısını ve yapısını, etkileşim oranını, hangi platformda, ne sıklıkta paylaşımında bulunduğunu inceleyerek müşteri için uygun adayları belirlemenin yanı sıra

³³ GOANTA/RANCHORDÁS, s.9; SENN, s.7.

³⁴ GEDİK, s.367.

³⁵ Ebeveynlerin ekonomik getiri umuduyla sosyal medyada yoğun olarak çocuklarını konu edinen içerikler paylaşmaları İngilizce literatürde “parenting” kelimesinden türetilen “sharenting” kelimesiyle ifade edilmektedir (GOANTA/WILDHABER, s.354).

³⁶ Kişisel bakım üzerine videolar hazırlayan influencer’ın ücretsiz olarak kendisine gönderilen makyaj malzemelerini kabul edebileceği tartışmasız iken seyahat blogu yazarı sınırlı ehliyetsize hediye edilen tek kişilik Maldivler seyahati için aynı sonuca varmak güçtür (GOANTA/WILDHABER, s.355).

³⁷ GROEN, s.117; CANÖZ/GÜLMEZ/EROĞLU, s.77; ROBERTS, s.94.

³⁸ Reklam ajansı, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m.4/1’de “reklamı, reklam verenin talebi doğrultusunda hazırlayan veya reklam veren için yayınlanmasına aracılık eden gerçek ya da tüzel kişi” şeklinde tanımlamıştır.

influencer tarafından yürütülecek kampanyanın detaylarını planlamak da aracının faaliyet alanına dahil edilebilir³⁹.

Influencer'ın bir reklam ajansına bağlı olarak faaliyet gösterdiği durumlarda influencer sözleşmesinin bu ajansın aracılığı ile kurulması gerekir. Buna karşılık, bağımsız çalışan influencer'lar söz konusu olduğunda, müşteri influencer ile doğrudan temas kurar ve sözleşme bir aracı olmaksızın akdedilir⁴⁰.

B. Sözleşmenin Şekli

Influencer sözleşmesi kanunla düzenlenmiş olmadığından, kuruluşu özel bir şekle bağlı değildir. Şüphesiz tarafların sözleşmenin belirli bir şekilde yapılacağını kararlaştırmaları mümkündür. Böyle bir durumda öngörülen şeklin, sözleşmelerin şekline ilişkin TBK m.12/II hükmü uyarınca geçerlilik şekli olduğu kabul edilir ve bu şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.

Uygulamada influencer sözleşmeleri ispat kolaylığı sağlamak amacıyla yazılı şekilde yapılmaktadır⁴¹.

V. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Influencer ve müşteri arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti için sözleşme öncelikle benzerlik gösterdiği sponsorluk ve reklam sözleşmelerinden ayırt edilmeli, ardından eser ve vekalet sözleşmeleri bakımından değerlendirilmelidir.

A. Sponsorluk ve Reklam Sözleşmelerinden Ayrılması

1. Influencer Sözleşmesi ve Sponsorluk Sözleşmesi

Sponsorluk sözleşmesi ile influencer sözleşmesi, taraflardan birinin, diğer tarafın daha geniş kitlelere ulaşmasını sağlamak üzere kararlaştırılan edimleri yerine getirmeyi borçlanmakta oluşu bakımından birbirlerine yaklaşırlar. Gerçekten, her iki sözleşmede de belirli bir ürünün veya markanın tanıtımına yönelik faaliyetler ön plana çıkmaktadır⁴². Bununla birlikte sponsorluk sözleşmelerinde teşvik ve iletişim unsurlarının belirleyici olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Sponsorun asli edim yükümlülükleri arasında sayılan para ve/veya malzeme yardımının yanı sıra desteklenenin koruma ve gözetme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Buna karşılık desteklenen de bir taraftan sponsorun tanıtımını yapma borcu altına girerken bir taraftan da teşvik aldığı faaliyeti yerine getirmek zorundadır⁴³. Sponsorun koruma ve gözetme yükümlülüğü ile destek alanın teşvik aldığı faaliyeti yerine getirme yükümlülüğü, influencer sözleşmesine bütünüyle yabancı iki unsur özelliği gösterir. Sponsorluk sözleşmesinin dört ayrı türünü oluşturan spor sponsorluğu, kültür ve sanat sponsorluğu, sosyal sponsorluk ve bilimsel sponsorlukta bu husus açıkça görülmektedir. Ürün sponsorluğu ve kurumsal sponsorlukta ise, sözleşmenin yapısı nispeten farklı olmakla birlikte, ilkinde ticari alanda faaliyet gösteren üreticinin sponsor sıfatıyla kendi ürününü ortaya koyması, ikincisinde ise başka herhangi bir faaliyete destek vermeyi üstlenmesi, sözleşmeyi influencer ile müşteri arasında kurulan sözleşmeden kesin olarak ayırmaktadır. Influencer sözleşmesi bakımından müşterinin influencer tarafından yürütülen kültürel, sanatsal veya bilimsel faaliyetlere destek olmak yükümlülüğü yoktur. Müşterinin, tanıtılmasını istediği ürünleri influencer'a bizzat temin edeceğinin kararlaştırıldığı hallerde bile bu yükümlülük, sponsorun malzeme sağlama yükümlülüğüyle örtüşmemektedir. Zira influencer'a teslim edilen ürünler ya sadece tanıtımının yapılması amacıyla

³⁹ GROEN, s.117.

⁴⁰ GOANTA/WILDHABER, s.349.

⁴¹ JUSTUS, s.26; HEINZELMANN, Reqla: "Influencer-Vertrag: Rechtliche Tipps für eine erfolgreiche Zusammenarbeit", 17/03/2020, <https://www.weka.ch/themen/recht/auftrag-und-werkvertrag/auftragsaehnliche-verhaeltnisse/article/influencer-vertrag-rechtliche-tipps-fuer-eine-erfolgreiche-zusammenarbeit/>, (Erişim: 6/10/2021), s.3; SOLMECKE, s.262; KAHL, Jonas: "Braucht es im Influencer Marketing überhaupt Verträge?", 24/04/2017, <https://www.projecter.de/blog/social-media/braucht-es-im-influencer-marketing-ueberhaupt-vertraege/>, (Erişim: 06/10/2021), s.5. Sözleşmenin muhtemel uyumsuzluk konuları dikkate alınarak son derece detaylı ve geniş kapsamlı düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. SOLMECKE, s.261; HENNER-HENTSCH, Christian/ROPEL, Wojtek: "Influencer Marketing in der Gamesbranche - Leitfaden für die Praxis", 2019 game in Kooperation mit Beiten Burkhardt, s.12.

⁴² Bu benzerlik, literatürde influencer ile müşteri arasında kurulan sözleşmenin, kanaatimizce isabetsiz şekilde, "sponsorluk sözleşmesi" olarak isimlendirilmesine yol açacak yoğunluktadır. Bu kullanım biçimi için bkz. KOÇ, H. Alper: "Influencer ve Sponsorluk İlişkisinin Detayları", <https://pazarlamaturkiye.com/influencer-ve-sponsorluk-ileliskisinin-detaylari/>, (Erişim: 08/06/2021).

⁴³ İMAMOĞLU, S. Hülya: "Spor Sponsorluğuna İlişkin Hukuki Düzenleme Üzerine Bir Değerlendirme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 58(1), s.67; TOPALOĞLU, Mustafa: "Sponsorluk Sözleşmeleri", Perakende Çağı, 3(17), 2011, s.73.

veya influencer'ın faaliyetlerinin karşılığı olarak verilmektedir⁴⁴. Nihayet kanaatimizce bu iki sözleşme arasındaki esaslı farklılığı markanın veya ürünün tanıtımını isteyen tarafın bunun için izlediği yol oluşturmaktadır. Sponsorluk sözleşmesinde sponsor, isminin kamuoyunda kıymet verilen faaliyetlerin destekçisi olarak anılmasını sağlamaya çalışmakta ve bu yönde aktif bir çaba harcamaktadır⁴⁵. Influencer sözleşmesinde ise müşteri, influencer'ın mevcut tanınırlığından faydalanmaktadır, müşteride influencer'ın tanınırlığına katkıda bulunmak veya kendi marka veya ürününün tanıtımına yönelik olsa bile, faaliyetlerine destek olmak kaygısı yoktur. Şüphesiz son ve önemli bir farklılık olarak sosyal medya kullanımının influencer sözleşmesi söz konusu olduğunda büyük önem taşıdığını da unutmamak gerekir. Influencer ile müşteri arasında kurulan sözleşmenin çıkış noktasını oluşturan sosyal medya tanınırlığı ve takipçi sayısı gibi kavramlar, sponsorluk sözleşmesi bakımından belirleyici nitelik taşımaz⁴⁶.

2. Influencer Sözleşmesi ve Reklam Sözleşmesi

Reklam kavramı, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.61/1 hükmünde,

“ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular.”

şeklinde tanımlanmıştır⁴⁷. Reklam sözleşmesi ise -en geniş anlamıyla- reklamlarla ilgili tüm sözleşmeleri kapsar şekilde kullanılabilirse de esas itibarıyla reklam materyalinin oluşturulmasına yönelik olarak ve hazırlanan reklam ürünü kullanılarak ilgili ürünün tanıtımının gerçekleştirilmesi amacıyla kurulan iki ayrı sözleşmeyi ifade etmektedir⁴⁸. Belirtmek gerekir ki uygulamada reklamı hazırlayanın aynı zamanda reklamın kullanılmasını ve yayınlanmasını da taahhüt ettiği sözleşmelere de rastlanmakta ve bunlar da “reklam sözleşmesi” olarak isimlendirilmektedir⁴⁹.

Influencer ve müşteri arasında kurulan sözleşme, özellikle amacı ve influencer'ın yükümlülükleri bakımından, reklam sözleşmesi ile önemli ölçüde benzerlik gösterir. Müşterinin amacı, influencer aracılığıyla belirli bir mal veya hizmetin tanıtımını yapmaktır. Influencer da bu tanıtımın gerçekleştirilmesini sağlayacak içeriği oluşturmayı veya üçüncü kişi tarafından oluşturulan içeriği yayınlamayı taahhüt eder. Böylece influencer'ın sosyal medya hesabında yayınlanan içeriğin reklam ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin de reklam sözleşmesi niteliği taşıdığını söylemek mümkün görünmektedir⁵⁰. Bununla birlikte kanaatimizce influencer sözleşmesi ile reklam sözleşmesi arasında, ikisinin birbiriyle özdeş oldukları sonucuna varılmasını engelleyecek farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle influencer sözleşmesinin amacı, reklam sözleşmesinden farklı olarak, yalnızca ürünün tanıtımı değildir. Burada ürün ve influencer arasında bir bağ kurulması istenir. Öyle ki influencer ürünün özelliklerine ilişkin hiçbir açıklama yapmaksızın, yalnızca ürünü kullandığını ve sonuçtan memnun kaldığını belirten bir video yayınlarsa veya kendisini ürünü kullanırken gösteren bir fotoğraf paylaşarak yetinse dahi, sözleşmenin amacı gerçekleşmiş sayılabilir. Bu şekilde ürünün tanıtımı, sahip olduğu niteliklerin ortaya konulması yerine influencer tarafından tercih edildiği hususu vurgulanmak suretiyle yapılmış olmaktadır. Bu tanıtımdan beklenen de aslında takipçilerin söz konusu ürün hakkında, influencer

⁴⁴ Birinci ihtimalde, influencer'ın kendisine teslim edilmiş bulunan bu ürünlerin iadesiyle yükümlü olup olmadığını sözleşmede kararlaştırılması gerektiği yönünde bkz. SOLMECKE, s.262.

⁴⁵ TOPALOĞLU, s.74. Sponsor parasal katkı veya diğer maddi edim veya hizmet edimleri biçimindeki destek edimlerini, desteklenene, faaliyetini gerçekleştirmek üzere temin etmektedir. Desteklenen tarafın karşı edimi ise desteklenen faaliyetleri bağlamında sponsorun tanıtımına yönelik bir yükümlülükler grubundan ibarettir (İMAMOĞLU, s.68).

⁴⁶ SENN, s.19. Uygulamada influencer'ın yayınladığı içeriği “*sponsorlu gönderi*” olarak etiketlediğine sıklıkla rastlanmakta ise de bu ifade, sözleşmenin hukuki niteliğini yansıtmamaktadır. Esasen içeriğin bu şekilde etiketlenmesi, influencer'ın sözleşmeden doğan “*reklam etiketi kullanma*” yükümlülüğünün yerine getirilmesi için de yeterli görülmemiştir (KAHL, s.4; GILES/TWIGG, s.11).

⁴⁷ Benzer tanımlar mevzuatta çeşitli hükümlerde yer almaktadır. Bu hükümler arasında Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m.4, Reklam Kurulu Yönetmeliği m.3, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m.3, Yayın Hizmetleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.4, TRT Reklam Yönetmeliği m.3 sayılabilir (TEKELİOĞLU, Numan: “Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği”, SDÜHFD, 8(1), 2018, s.4).

⁴⁸ TEKELİOĞLU, s.20.

⁴⁹ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: “Reklam Yapımına ve Yayımına İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri”, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2009, s.107; TEKELİOĞLU, s.23.

⁵⁰ Nitekim influencer'ın sosyal medya hesabında ürün veya hizmet tanıtımına yönelik olarak para veya başka bir menfaat karşılığı yaptığı paylaşımların reklam olarak etiketlenmesi zorunludur (HANHART/SCHMID, s.361; PEIFER, s.1219).

tarafından tercih edilmiş olduğu için, satın alma kararı vermeleridir⁵¹. İkinci olarak influencer sözleşmesinin ayırt edici özelliği, reklam faaliyetinde influencer'a ait sosyal medya hesaplarının kullanılması ve hazırlanan içeriğin esas olarak bu hesapların takipçilerine hitap etmesidir. Bu şekilde hem reklam ürününü hazırlayıp yayınlamak olan kişinin belirli bir kitleyi etkileyecek kapasiteye sahip olması bir gereklilik olarak ortaya çıkmakta hem de reklam faaliyetinin yayınlanacağı mecra ve çoğu zaman faaliyetin biçimi de sınırlandırılmış olmaktadır⁵². Influencer kimliğinin ve sosyal medya hesapları ile takipçilerin varlığının zorunlu unsurunu oluşturduğu influencer sözleşmelerinin aksine, reklam sözleşmesinde öngörülebilecek bu türden sınırlamalar, sözleşmenin asli unsuru değildir⁵³. İki sözleşme arasındaki başka bir önemli farklılık, tarafların karşılıklı yükümlülüklerine ilişkindir. Reklam sözleşmesinde reklam veren, muhatabının faaliyetleri karşılığında ona, sözleşmede kararlaştırılan ücreti ödemekle yükümlüdür. Oysa influencer sözleşmesinde müşterinin edimi her zaman para olmadığı gibi, influencer'a bir ücret ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerde de bu ücretin belirlenme biçimi farklı esaslara tabidir⁵⁴.

B. Eser, Vekalet ve Hizmet Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirilmesi

Influencer'ın sözleşme gereğince üstlendiği yükümlülükler dikkate alındığında eser, vekalet ve hizmet sözleşmeleri ile influencer sözleşmesi arasında benzerlikler bulunduğu görülmektedir.

1. Eser Sözleşmesi Bakımından

Influencer sözleşmesi, influencer'ın belirli bir mal veya hizmetin tanıtımına yönelik sosyal medya içeriği üreterek bunu yayınlama yükümlülüğü sebebiyle eser sözleşmesine yaklaşmaktadır. Eser sözleşmesinin iki tipik unsuru eser meydana getirme ve ücrettir (TBK m.470). Influencer'ın içerik üretme yükümlülüğünün, hükümde yer alan "eser meydana getirme" borcunu karşılayıp karşılamadığı ise "eser" kavramının nasıl tanımlanacağına bağlıdır⁵⁵.

Eser, esas itibarıyla maddi varlığa sahip taşınır veya taşınmaz eşyadır. Bununla birlikte maddi varlığı olmayan, özü itibarıyla manevi sayılabilecek bazı sonuç edimlerinin de eser olarak kabulü mümkündür⁵⁶.

Müşteri ile aralarındaki hukuki ilişki gereği influencer'ın yayınlamakla yükümlü olduğu sosyal medya içerikleri, fotoğraf ve/veya video çekilmesi suretiyle meydana getirildiğinden, kaydedilebilir, fiziksel ortamda saklanabilir ve çoğaltılabilir, başka bir deyişle somutlaştırılabilir veya cisimleştirilebilir. Dolayısıyla bunların TBK m.470 hükmü anlamında eser olarak kabulüne bir engel bulunmamaktadır. Böylece eser sözleşmesi için varlığı aranan sonuç ediminin burada sanatsal bir faaliyetin gerçekleştirilmesi şeklinde ortaya çıktığı söylenebilir ve influencer sözleşmesi eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilir⁵⁷. Bununla birlikte bu tespitin, müşterinin karşı edim olarak bir miktar para ödemeyi taahhüt ettiği influencer sözleşmeleri bakımından geçerli olabileceği, aksi durumda taraflar arasındaki sözleşmenin, TBK m.470'te belirtilen asli unsurların yokluğu sebebiyle tipikliğini kaybedeceği unutulmamalıdır⁵⁸. Bunun yanı sıra influencer sözleşmesinin ayırt edici özelliğini oluşturan, hazırlanan içeriğin sosyal medya hesabında yayınlanması zorunluluğu, eser sözleşmesinde taraf iradeleriyle öngörülebilir olsa da, böyle belirleyici bir nitelik taşımamaktadır⁵⁹.

⁵¹ Influencer'ın tercihlerini ve deneyimlerini paylaştığı iddiasıyla takipçi topladığı yönünde bkz. ROBERTS, s.92.

⁵² Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde yapılan mecra tanımının kapsamında internet de yer almaktadır. Bu husus influencer'ın sosyal medya hesabı üzerinden paylaştığı içeriklerin reklam niteliği taşıdığına desteklerse de influencer ile müşteri arasındaki hukuki ilişkinin reklam sözleşmesinden ibaret olduğunu göstermez.

⁵³ Tanıtım faaliyeti hedeflenmiş olsa bile faaliyetin sınırlarının belirlenmemiş olmasının, sözleşmenin reklam sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel teşkil edeceği hususunda bkz. OKTAY-ÖZDEMİR, s.109.

⁵⁴ HAURI, s.43.

⁵⁵ Influencer tarafından hazırlanan sosyal medya içeriğinin reklam niteliğine bağlı olarak FSEK anlamında "eser" olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hakkında bkz. TEKELİOĞLU, s.18-19.

⁵⁶ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2019, s.599; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2016, s.491; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2019, s.443. Yargıtay da maddi olmayan edimlerin de eser niteliği taşıyabileceği yönünde çok sayıda karar vermiştir. Bunların bazıları için bkz. TEKELİOĞLU, s.22, dpn 73-77.

⁵⁷ ZEIDLINGER, Philipp: "Vertrag mit Influencer? Was unbedingt hinein muss?", Werbemonitor Wirtschaft & Recht, Ausgabe 06/2020, s.12; GOANTA/WILDHABER, s.352. Reklam sözleşmesinin eser sözleşmesi ile nitelendirilmesi için bkz. TEKELİOĞLU, s.28; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2019, s.361.

⁵⁸ Aynı yönde bkz. BAYTAN AVKOVAN, s.111. Eser sözleşmesinde karşı edim her zaman bir miktar paradır, eser meydana getirme borcunun bedel ödemenin başka bir edim karşılığında taahhüt edilmesi halinde eser sözleşmesinden söz edilemez (ARAL/AYRANCI, s.359; KILIÇOĞLU, s.448; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.498).

⁵⁹ Influencer sözleşmesinin konusu, ilgili mal veya hizmete ilişkin satışların artırılması değil, tanıtımın yapılmasıdır. Influencer'ın faaliyetinin başarısını satışların artmasını sağlayabilir; ancak detayları sözleşmede belirtilen içerikleri sosyal medya hesabında yayınlamakla influencer'ın sözleşmeden doğan yükümlülüğü yerine getirilmiş olur.

2. Vekalet Sözleşmesi Bakımından

Influencer sözleşmesi TBK m.502 hükmü anlamında vekalet sözleşmesi niteliği de taşıyabilir. Kanundaki tanıma göre vekalet sözleşmesi, “vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği bir sözleşmedir”. Vekalet sözleşmesinin konusu edim sonucu değil edim fiilidir. Vekil işi belirli bir sonuca ulaşmak için görür, ancak sonucu borçlanmaz. İş sözleşmeye uygun olarak görüldüğü ve beklenen amacın gerçekleştirilmesi için gerekli özen ve çaba gösterildiği takdirde, sonuç gerçekleşmese bile, sözleşmeden doğan iş görme borcu yerine getirilmiş olur⁶⁰.

Influencer’ın belirli bir mal veya hizmetin tanıtımını yapmayı taahhüt ettiği, ancak bunun nasıl ve tam olarak hangi sosyal medya hesapları üzerinden gerçekleştirileceğinin belirtilmediği durumlarda, müşteri ile arasındaki hukuki ilişki, vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir⁶¹. Böyle bir ilişkide influencer, müşteri lehine bir işgörmeye edimi üstlenmekte, ancak sonuca ilişkin taahhütte bulunmamaktadır⁶². “İçerik yaratıcısı” olarak anılan influencer’ın faaliyetinin sanatsal ve yaratıcı boyutu da bu kanaati kuvvetlendirir. Nihayet güven unsurunun bu ilişkideki rolü, sözleşmenin her zaman sona erdirilebilir olmasını haklı kılacak kadar yoğun ve influencer’ın kişiliği de son derece önemlidir⁶³. Bununla birlikte, uygulamada influencer sözleşmelerinin salt tanıtım yükümlülüğü üzerine kurulmasına çok rastlanmadığının belirtilmesi gerekir. Aksine, oluşturulacak sosyal medya içeriğinin formatı, taşınması istenen özellikler, hangi hesaplarda ne kadar sıklıkla yayınlanacağı, takipçilere doğrudan satın alma imkanının sağlanıp sağlanmayacağı gibi detaylar, müzakere aşamasında ele alınmakta ve sözleşmede yer almaktadır⁶⁴. Vekalet sözleşmesi bağlamında müvekkil tarafından vekile talimat verilmesi şeklinde değerlendirilmesi mümkün olabilecek bu düzenlemeler, influencer’ın müşteri karşısındaki bağımsızlığını ortadan kaldırmadığından, influencer sözleşmesini vekaletle yaklaştıran bir unsur olarak değerlendirilebilir⁶⁵. Ancak bunların taraf iradeleri gereğince, influencer için sonuç taahhüdü özelliği göstermesi de mümkündür. Bu ihtimalde artık, influencer’ın sözleşmeden doğan yükümlülüğü, belli bir yönde en iyi sonucu elde etmek üzere özen ve sadakatle çalışmaktan ibaret değildir, bu durum da sözleşmenin vekalet sözleşmesi kabul edilerek doğrudan vekalet hükümlerine tabi kılınmasının önüne geçer⁶⁶.

3. Hizmet Sözleşmesi Bakımından

Genel hizmet sözleşmesi TBK m.393 hükmünde, “işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona, zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır. Bir hizmetin kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirilmesinin üstlenilmesi de genel hizmet sözleşmesinin kapsamına dahildir (TBK m.393/II).

Kural olarak influencer ve müşteri arasındaki ilişki hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Çünkü hizmet sözleşmesi işverene bağımlılık gerektirir. Buna karşılık influencer sözleşmesi, influencer’ın takipçileri nazarındaki güvenilirliği üzerine inşa edilmiştir. Müşterinin oluşturduğu organizasyon içinde, ona bağımlı olarak faaliyet gösteren bir influencer, takipçileri üzerinde istenen etkiyi yaratamayacağından, işverene bağımlılık unsuru içeren influencer sözleşmesinin amacına ulaşması da imkânsızdır⁶⁷. Bununla birlikte doktrinde, İsviçre Federal Mahkemesinin, iş hukukuna ilişkin bir kısım düzenlemelerin bir tür ara kategori oluşturan

Müşterinin satışlarının artmaması, influencer bakımından borç ihlali anlamına gelmez. Öte yandan influencer’ın tanıtım amaçlı bir içerik hazırlayarak bunu sosyal medya hesabında yayınlamayı taahhüt etmesi durumunda da sonuç taahhüt edildiğinden bahsetmeye bir engel bulunmamaktadır (bkz. ve karşı. BAYTAN AVKOVAN, s.111). Influencer’a sadece bir reklam kampanyası için başvurulduğu ve faaliyetlerini kendi ekipmanı ile yürüttüğü durumlarda, müşteri ile aralarındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. ZEIDLINGER, s.12.

⁶⁰ Sonuç, eser sözleşmesinin konusudur; vekalet sözleşmesinin dışındadır (EREN, s.729; KILIÇOĞLU, s.450; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.509).

⁶¹ GOANTA/WILDHABER, s.352; ZEIDLINGER, s.13; HEINZELMANN, s.3.

⁶² Sonucun taahhüt edilmiyor olmasının “sadece sosyal medyada paylaşım yapılmasını sonuç olarak kabul etmemiş olan influencer sözleşmelerini vekalet sözleşmelerine yaklaştıran bir unsur olduğu” tespiti için bkz. BAYTAN AVKOVAN, s.135.

⁶³ Takipçi sayısı, piyasadaki tanınırlığı, güvenilirliği, insanların onun sözünü dinleyeceği inancının güçlü olması gibi özellikler, influencer’ın seçiminde belirleyici nitelik taşımaktadır (ASLAN, Alev/ÜNLÜ, Derya Gül: “Instagram Fenomenleri ve Reklam İlişkisi: Instagram Fenomenlerinin Gözünden Bir Değerlendirme”, Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, 3(2), 2016, s.62).

⁶⁴ HAURI, s.44.

⁶⁵ BAYTAN AVKOVAN, s.134.

⁶⁶ ZEIDLINGER, s.13.

⁶⁷ Aynı yönde bkz. GOANTA/WILDHABER, s.352; BAYTAN AVKOVAN, s.98.

freelancer çalışanlar için de uygulanabileceği yönündeki tutumundan hareketle, influencer ile müşteri arasındaki hukuki ilişkinin de kendine özgü bir iş sözleşmesi olarak kabul edilebileceği ileri sürülmüştür⁶⁸. Buna göre bu nitelendirme, influencer'ın münhasıran veya ağırlıklı olarak tek bir müşteri için çalıştığı ve ekonomik açıdan ona bağlı olduğu hallerde yapılabilir ve böylece işçinin korunmasına yönelik hükümlerin influencer için de uygulanması sağlanabilir⁶⁹.

C. İsimli Sözleşme Olarak Nitelendirilmesi

Influencer ile müşteri arasında kurulan sözleşmeler zaman zaman özellikle eser ve vekalet sözleşmesi niteliği taşıyacak biçimde düzenlenmekte iseler de influencer sözleşmesi, esas itibarıyla kanunda düzenlenmemiş, sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanılarak karşılıklı ihtiyaçlarına cevap vermek üzere taraflarca şekillendirilmiş isimli bir sözleşmedir⁷⁰. Bu sözleşme ile sosyal medya üzerinden tanıtım ve reklam faaliyetinin yürütülmesi amaçlanmakta ve müşteri kendisinden bağımsız çalışan influencer'a bu faaliyetleri karşılığında bir bedel ödemeyi veya başka bir menfaat sağlamayı üstlenmektedir. Böylece influencer sözleşmesinin tipik unsurları tanıtım ve reklam faaliyeti, sosyal medya kullanımı, bağımsızlık ve ivaz şeklinde belirlenebilir. Bu sözleşme aynı zamanda rızadır, işgörmeye amacı güder ve tam iki tarafa borç yükler⁷¹.

VI. TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Influencer ile müşteri arasında kurulan anlaşma, ihtiyaca göre değişik şekillerde yapılandırılabilir ve aralarındaki ilişkinin türüne göre taraflar için farklı yükümlülükler tesis edilebilir. Bununla birlikte bu anlaşmaların hepsinde ortak olan yükümlülük, influencer bakımından, sosyal medyada tanıtım amaçlı içerik paylaşımında bulunmak, müşteri bakımından da bu faaliyetin karşılığını ödemektir⁷².

A. Influencer'ın Yükümlülükleri

1. Tanıtım Amaçlı İçerik Paylaşımı

Müşteri ile aralarındaki sözleşme gereği influencer'ın temel yükümlülüğü, belirli bir mal veya hizmetin tanıtımı için bizzat hazırladığı veya üçüncü kişi tarafından hazırlanan içerikleri, kararlaştırılan şartlara uygun olarak sosyal medya hesabında yayınlamaktır⁷³.

Influencer'ın birden fazla platformda hesabı bulunabileceği gibi tek bir platformda birden fazla hesabı da olabilir; her hâlikârda tanıtım ve reklam faaliyetleri sözleşmede belirtilen hesap üzerinden yürütülür. Sözleşme ile bu hesabın tanıtım ve reklam faaliyeti dışında kullanımı yasaklanabilir veya sınırlandırılabilir. Böyle bir durumda influencer, sözleşme süresince ilgili sosyal medya hesabında müşterinin mal veya hizmetinin tanıtımına ilişkin olanlar dışında içerik paylaşımında bulunamaz. Influencer'ın sosyal medya hesaplarında yayımlanmak üzere hazırlanacak içeriklerin türü, hangi platformlarda yer alacağı, paylaşımın ne zaman gerçekleşeceği, yayımlandıktan sonra ne kadar süre ulaşılabilir olacağı gibi hususlar sözleşmede detaylı olarak düzenlenir⁷⁴.

İçeriğin türü; video, fotoğraf, hikaye, canlı akış veya bunların birleşimi her türlü yazılı, sesli ya da görsel medya unsurunu ifade etmektedir. İçeriğin yayımlanmadan önce müşteri onayına sunulup sunulmayacağı ve müşterinin içeriğe müdahale etme hakkına sahip olup olmayacağı da taraflarca kararlaştırılır. Influencer, kanunen eklemekle yükümlü olduklarının dışında, müşterinin talep ettiği ve sözleşmede yer verilmiş olan hashtag'leri de kullanmak zorundadır⁷⁵.

Kural olarak bizzat hazırladığı sosyal medya içeriği üzerindeki tüm haklar, influencer'a aittir. Ancak müşteri bu haklara sahip olmayı ve örneğin başarılı bulunduğu içeriği kendi platformunda

⁶⁸ Influencer'ın paylaşımına eklediği URL üzerinden yapılan her bir satış için belirli bir miktar ödeme aldığı "*satış ortaklığı*" modelinde influencer ve müşteri arasındaki sözleşmenin, duruma göre hizmet sözleşmesi veya bir isimli sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. GOANTA/RANCHORDÁS, s.10.

⁶⁹ GOANTA/WILDHABER, s.353.

⁷⁰ GOANTA/RANCHORDÁS, s.10. Influencer sözleşmesinin hukuki niteliğinin, her somut sözleşmede ayrıca değerlendirilmesi ve isimli sözleşme olarak nitelendirildiği takdirde de isimli sözleşme türlerinden hangisine dahil edileceğinin tarafların karşılıklı yükümlülükleri dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. ZEIDLINGER, s.13; GOANTA/WILDHABER, s.352; BAYTAN AVKOVAN, s.148.

⁷¹ BAYTAN AVKOVAN, s.147.

⁷² GOANTA/RANCHORDÁS, s.10.

⁷³ HAURI, s.20; SOLMECKE, s.262.

⁷⁴ SOLMECKE, s.262; HENNER-HENTSCH/ROPEL, s.13.

⁷⁵ HENNER-HENTSCH/ROPEL, s.16; GROEN, s.129.

yeniden paylaşmayı isteyebilir. Bunun için, sözleşmede influencer tarafından oluşturulan tüm içeriklerin telif haklarının müşteriye ait olacağı açıkça düzenlenmiş olmalıdır⁷⁶.

İçeriklerin sözleşmede belirlenen zamanda yayınlanması gerekir. Paylaşımların müşterinin tanıtımını yapmak istediği mal veya hizmete ilişkin reklam kampanyasının başlatılmasının ardından ve kullanılacak sosyal medya platformuna istatistiklere göre en yoğun erişimin gerçekleştiği zaman diliminde gerçekleştirilmesi de zorunludur. Sözleşmelerde, müşterinin içeriklerin yayınlanma zamanına ilişkin kesin yetkisi, özellikle vurgulanarak açıkça düzenlenmektedir. Bu hükümler dolayısıyla influencer, paylaşımlarını müşterinin talimatlarına uygun biçimde gerçekleştirmediği, sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi yerine getirmiş sayılmaz⁷⁷.

2. Reklam Etiketini Kullanma

Reklam hukukunun temel esaslarından birini, her ne şekilde ve hangi mecrada yayınlanırsa yayınlanırsa, bir reklamın reklam olduğunun açıkça anlaşılması gereği oluşturmaktadır. Bu esasın ihlali halinde ise “örtülü reklam”dan söz edilir⁷⁸. TKHK m.61(4) hükmü uyarınca “her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır”.

Influencer’ın müşteri ile aralarındaki sözleşme gereğince sosyal medya hesabında belirli bir mal veya hizmetin tanıtımına yönelik içerik paylaşması, takipçilerinin kendisine olan güveninden yararlanmak suretiyle söz konusu mal veya hizmete talebi artırmayı amaçlar. Sosyal medyada takip ettikleri kişinin kullandığı veya tavsiye ettiği ürünün denemeye değer olduğu inancıyla hareket eden tüketiciler, karşılaştıkları içeriğin reklam niteliği taşıyıp taşımadığı üzerinde durmazlar. Bununla birlikte paylaşımı izleyen satın alma davranışlarının, influencer’ın yönlendirmesinin sonucu olduğu açıktır. Tüketicileri influencer’ın etki alanının yaratacağı sakıncalardan korumak için, öncelikle dahil oldukları sosyal medya platformunda yayınlanan içeriklerin hangilerinin reklam amacı taşıdığını bilmeleri ve bağımsız deneyimine dayanarak tavsiyede bulunduğu inandıkları influencer’ın aslında bir firmanın veya markanın tanıtımını yaparak satışlarını artırmak amacıyla, ücret karşılığı faaliyet gösterdiğinin farkında olmaları sağlanmalıdır⁷⁹. Bu sebeple bu tür içeriklerin reklam niteliğinin, paylaşım sırasında açıkça belirtilmesi zorunlu kılınmıştır⁸⁰. Bu zorunluluğun yerine getirilmemesi, başka bir ifadeyle örtülü reklam yasağının ihlali durumunda sorumluluğun kime ait olacağı konusunda, önceliğin kullanıcılarda olduğunu belirtmek gerekir. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m.4/1 uyarınca sosyal medya kullanıcıları, “içerik sağlayıcı” sıfatıyla, kendi hesaplarında yayınladıkları her türlü içerikten sorumludur⁸¹. Nitekim influencer sözleşmelerinde de bu esas benimsenmekte ve açıkça belirtilmekte⁸²; influencer’ın üzerinde anlaşmaya varılan sosyal medya platformlarında yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri “reklam” terimiyle veya benzer şekilde etiketlemekle yükümlü olduğu, etiketin açıkça okunabilir ve tanınabilir nitelikte olması gerektiği, eksik veya yanlış etiketleme durumunda sorumluluğun influencer’a ait olacağı düzenlenmektedir⁸³. Bununla birlikte Ticaret Bakanlığı tarafından yayınlanan “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz”, reklam etiketi konusunda hem influencer hem de müşteri (reklam veren) için bazı yükümlülükler öngörmektedir. Kılavuz’a göre, sosyal medya etkileyicisi, “henüz deneyiminin bulunmadığı bir mal veya hizmete ilişkin, tüketiciler nezdinde o mal veya

⁷⁶ HEINZELMANN, s.3; GROEN, s.130; ZEIDLINGER, s.13; HENNER-HENTSCH/ROPEL, s.13.

⁷⁷ GROEN, s.131; HAURI, s.44; HENNER-HENTSCH/ROPEL, s.13; SOLMECKE, s.262; ZEIDLINGER, s.13.

⁷⁸ ÖZDEMİR/DOĞANAY, s.314.

⁷⁹ GÜRKAYNAK, Gönenç/KAMA, Olgu/ERGÜN, Burcu: “Navigating the Uncharted Risks of Covert Advertising in Influencer Marketing”, Business Law Review, 39(1), 2018, s.17; KAHL, s.3; STEWART, s.142; PEIFER, s.1219; KARATEPE KAYA, s.693.

⁸⁰ Amerika Birleşik Devletleri’nde Federal Ticaret Komisyonu (FTC), Birleşik Krallık’ta ise Rekabet ve Piyasa Denetim Kurumu, yüksek takipçili kimseleri, sosyal medyada bir ürün veya markanın reklamının yapılması halinde bunun reklam olduğunun beyan edilmesi gerektiği konusunda uyarmıştır (ÖZDEMİR/DOĞANAY, s.321; BENTZ, Tamany Vinson/VELTRI, Carolina: “The Indirect Regulation of Influencer Advertising”, Food and Drug Law Journal, 75(2), 2020, s.188; CASALE, s.13; COOPER, s.101; STEWART, s.148).

⁸¹ ÖZDEMİR/DOĞANAY, s.324.

⁸² HENNER-HENTSCH/ROPEL, s.14. Buna karşılık influencer’ın sosyal medyada, bizzat satın aldığı bir ürünü gönüllü olarak tanıtması halinde reklamdan değil ifade özgürlüğünden bahsedilebileceği ve böyle paylaşımlar için reklam etiketi zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir (SOLMECKE, s.264).

⁸³ SOLMECKE, s.264; JUSTUS, s.25; HEINZELMANN, s.1; HAURI, s.37. Firmaların sosyal medya influencer’ları ile sözleşme yaparken influencer’a, firma ile arasındaki ilişkiyi açıklama yükümlülüğü getirmesi ve influencer’ı bu hususta izleyerek aksi durumda uyarması gerekliliği için bkz. GÜRKAYNAK/KAMA/ERGÜN, s.19. Bu hususta influencer’ın faaliyet gösterdiği sosyal medya platformuna sorumluluk yüklenemeyeceğine ilişkin bkz. CASALE, s.18.

hizmeti onaylayacak veya deneyimlediği algısı yaratacak şekilde ticari reklam amacıyla paylaşımda bulunamaz”, “kendisine reklam veren tarafından hediye edilmiş bir mal veya hizmeti kendisinin satın aldığı izlenimi oluşturamaz”, “bir mal veya hizmetin ticari reklamına ilişkin herhangi bir reklam verenden maddi kazanç ve/veya ücretsiz ya da indirimli mal veya hizmet gibi faydalar sağladığı süre boyunca kendisinin sadece bir tüketici olduğu izlenimi oluşturamaz” (m.6). Buna karşılık reklam veren de “sosyal medya etkileyicilerini bu Kılavuz hükümleri hakkında bilgilendirmek”, “sosyal medya etkileyicilerinin 6502 sayılı Kanun, Yönetmelik ve bu Kılavuz dahil olmak üzere ilgili kanun ve yönetmeliklere uymasını istemek, “sosyal medya etkileyicilerinin yükümlülüklerini yerine getirmesi için çaba göstermek ve ihlallere karşı önlem almak” (m.11/1) zorundadır. Kılavuz, reklam verenin, “sosyal medya etkileyicilerinin kendi sorumluluğu olduğu gerekçesine dayanarak” anılan yükümlülüklerden kaçınmasının da önünü kesmiş bulunmaktadır (m.11/2)⁸⁴.

3. Rekabet Yasağı

Influencer, sözleşmeye dayalı olarak yapacağı her paylaşımda, müşterinin ismini veya markasını zikretmek zorundadır. Bu yükümlülüğe bağlı olarak değinilmesi gereken bir konu, aynı sosyal medya hesabında birden çok müşteri için faaliyet gösterilmesinin mümkün olup olmayacağıdır. Sosyal medya influencer’ları çoğu zaman tek bir firmanın ürünlerini tanıtmazlar, aksine aynı zaman aralığında birden çok müşteri ile sözleşmeleri ve ilişkileri vardır. Bu durum, müşteri için potansiyel bir risk oluşturmaktadır, zira aynı influencer’ın rakip ürünlerin tanıtımını yapması, takipçilerin nazarında bu ürünlerden birinin diğerine tercih edilebilir hale gelmesine katkıda bulunmayacaktır⁸⁵. Bu sebeple her ne kadar kural influencer’ın birden fazla müşteri için faaliyet gösterebilmesi ise de ve influencer’ın bir başkasıyla sözleşme ilişkisi içine girmesinin akdi olarak sınırlanması anlamlı değilse de, müşteriler sıklıkla influencer’ın, aralarındaki anlaşma devam ettiği sürece, rakip firma ürünlerinin tanıtımına yönelik içerik paylaşmamasını talep etmektedir⁸⁶. Bu “münhasırlık anlaşmaları”, belirli bir süre ile sınırlandırılabilir gibi yalnızca belirli sosyal medya platformlarını kapsayacak içerikle de yapılabilir⁸⁷.

Sosyal medyada influencer olarak faaliyet gösteren bir kimsenin, sonradan kendi markasını oluşturarak kendi ürünlerinin tanıtımını yapmaya başlaması, son zamanlarda sık rastlanan bir durumdur⁸⁸. Influencer’ın halihazırda sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu bir müşteri için tanıtım faaliyetlerini sürdürdüğü halde, aynı sosyal medya hesabı üzerinden kendi markası için de içerik paylaşımında bulunması, müşteri bakımından problem yaratabilir. Özellikle tarafların aynı veya benzer ürünleri pazarlamaya çalıştıkları ihtimalde, influencer ve müşteri arasındaki sözleşme ilişkisi, bir tür rekabet ilişkisinin gölgesinde kalabilir. Bu sebeple influencer sözleşmelerinde, rekabet yasağının açıkça düzenlenmesi suretiyle böyle durumların önüne geçilmeye çalışılmaktadır⁸⁹.

4. Sadakat ve Özen

Influencer’ın sadakat ve özenle hareket etme zorunluluğu, müşteri ile aralarındaki ilişkinin işgörme sözleşmesi niteliğinden kaynaklanır. İşin yürütülmesinin üçüncü kişiye devri konusunda kendisine özel yetki verilmiş olmadıkça, influencer işi şahsen görmek zorundadır. Müşteri ile aralarındaki ilişki, muhatabının ticari sırlarını öğrenmesini gerektirdiği takdirde, bunların sözleşmenin sona ermesinden sonra da muhafaza edilmesi de influencer’ın yükümlülükleri arasında yer alır. Uygulamada, ticari sırların açıklanması durumunda geçerli olmak üzere sözleşme cezalarının belirlenmesine sıklıkla rastlanmaktadır⁹⁰.

Sadakat ve özen yükümlülüğü, özellikle influencer’ın ilgili sosyal medya hesaplarında paylaştığı diğer içerikler söz konusu olduğunda önem kazanır. Influencer sözleşmesinden doğan borçların ifası ile doğrudan ilgisi bulunmayan bu içerikler, örneğin ırkçı söylemler ihtiva edebilir veya influencer’ın, müşterinin hitap ettiği kitlenin hayat tarzı ve değerleri ile bağdaşmayan yanlarını ön plana çıkarır nitelikte olabilir, böylece müşterinin hedef kitlesi karşısında kendisi için çizmek istediği portreye uygun düşmeyebilir. Influencer’ın müşteriyle yaptığı sözleşmenin bir parçası

⁸⁴ Kılavuz’da yer alan düzenlemelerin özellikle sosyal medya aracılığıyla yapılan reklamlarda sorumluluğun sadece influencer’a yüklenmemesi açısından olumlu değerlendirilmesi için bkz. KARATEPE KAYA, s.703.

⁸⁵ Özellikle influencer’ın bir marka elçisi gibi hareket ettiği sözleşme yapısında (endorsement deals), rakip markanın desteklenmemesi gerekliliği sözleşmede açıkça düzenlenir (GOANTA/RANCHORDÁS, s.11).

⁸⁶ HAURI, s.40; SOLMECKE, s.264; GROEN, s.130.

⁸⁷ SOLMECKE, s.264.

⁸⁸ GOANTA/RANCHORDÁS, s.11.

⁸⁹ GROEN, s.130.

⁹⁰ HEINZELMANN, s.3.

olmayan diğer her şey, tanıtılan mal veya hizmete yönelik genel algıyı etkileme potansiyeline sahiptir. Bu sebeple influencer sözleşmelerinde bu tür paylaşımların müşteriye sözleşmeyi fesih hakkı vereceği düzenlenmektedir⁹¹.

Influencer'ın aralarında bir anlaşmazlığın söz konusu olması halinde ya da daha önemsiz bir sebeple, sosyal medyada sahip olduğu gücü kullanarak, müşterinin sunduğu mal veya hizmet ya da marka hakkında olumsuz içerik paylaşımında bulunması ve müşteriye zarara uğratması da mümkündür. Kanaatimizce, influencer'ın böyle bir davranıştan kaçınma zorunluluğu da sadakat ve özen yükümlülüğünün bir parçasıdır.

Influencer tarafından yayınlanan içeriklerin orijinalliği meselesi de sadakat ve özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir. Teorik olarak influencer'ın orijinal içerik üretmesi beklenir. Müşteri, influencer'ın orijinal içerik üreteceğine güvenmekle fikri mülkiyet sorumluluğunu ve içeriğin kendisine ilişkin diğer riskleri üstlenmiş olmaktadır. Uygulamada sözleşmeler influencer'ın, oluşturduğu içeriğin orijinal olduğuna, küçük düşürücü, saygısız, müstehcen, taciz edici, ayrımcı veya yasa dışı unsur taşımadığına ve üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmediğine ilişkin taahhüdünü içermekte ve bu taahhüdün ihlali durumu için influencer aleyhine tazminat yükümlülüğü getirmektedir⁹².

B. Müşterinin Yükümlülüğü

Müşterinin influencer sözleşmesinden doğan temel yükümlülüğü, influencer'a belirli bir ücret ödemek veya faaliyetlerinin karşılığı olarak başka bir menfaat sağlamaktır⁹³. Ücretin tespitinde takipçilerin sayısı, niteliği, katılım, iş yükü ve ürünün veya hizmetin değeri dikkate alınır. İçerik paylaşımının satışların artmasına etkisini tespit amacıyla bazı ölçümlerin yaptırılması ve ücretin sonuçlara göre belirlenmesi de söz konusu olabilmektedir⁹⁴.

Ücret kural olarak bir kereye mahsus olmak üzere ödenecek bir miktar paradır. Bununla birlikte paylaşım başına ücret alınması veya tıklama sayısına göre belirlenen bir tür kar paylaşımı üzerinde anlaşılması da düşünülebilir⁹⁵. Bazı sözleşmelerde bu ikisinin birleştirildiğine ve içeriğin yayınlanması için ödenecek sabit ücrete ek olarak belirli sayıda tıklama için ayrıca bir miktar ödeme yapılacağına düzenlendiğine de rastlanmaktadır⁹⁶.

Sözleşmede influencer'a faaliyetlerinin karşılığı olarak bir miktar para ödenmesi değil de başka bir menfaat sağlanması da kararlaştırılabilir. Sağlanacak menfaat etkinlik davetleri, indirimler veya ürün kuponları gibi avantajlar ya da bizzat müşteriye ürünlerinin ücretsiz sunulması olabilir⁹⁷. Böyle bir durumda hangi ürünlerin influencer'ın tasarrufuna sunulacağı ve bunlardan hangileri için iade yükümlülüğünün bulunacağı da açıkça düzenlenmelidir⁹⁸.

VII. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Influencer sözleşmesinin süresi genellikle taraflarca belirlenir ve kararlaştırılan sürenin dolmasıyla sözleşme sona erer. Aralarındaki güven ilişkisinin yoğunluğuna bağlı olarak, sözleşmenin influencer veya müşteri tarafından herhangi bir zamanda tek taraflı olarak sona erdirilmesinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren tarafın, diğerinin bundan doğan zararını ödemekle yükümlü olacağına ilişkin TBK m.512 hükmü, influencer sözleşmesine de kıyasen uygulanır. Uygun olmayan zamanın tespiti, her somut olayda müşteri ve influencer arasındaki ilişkinin kendine özgü şartları dikkate alınarak yapılmalıdır. Buna karşılık sözleşmede, belirli durumlarda feshin “uygun olmayan zamanda fesih” sayılacağına kararlaştırılması, böylece feshin ihbara tabi kılınması, TBK m.512 ve devamı hükümlerin emredici niteliği ile bağdaşmayacağından kabul edilemez⁹⁹.

⁹¹ GROEN, s.131; HENNER-HENTSCH/ROPEL, s.16.

⁹² HAURI, s.45; GROEN, s.131; BENTZ/VELTRI, s.185.

⁹³ SOLMECKE, s.262.

⁹⁴ ASLAN/ÜNLÜ, s.62; HAURI, s.43; PEIFER, s.1219; SOLMECKE, s.262.

⁹⁵ Örneğin herhangi bir instagram gönderisine indirim kodu eklendiğinde, influencer genellikle o kodla satın alınan her ürün için bir komisyon alır (GOANTA/RANCHORDÁS, s.10; ROBERTS, s.89, dpn. 46; KARATEPE KAYA, s.677).

⁹⁶ HAURI, s.43. Ödemenin toplu olarak mı, belirli bir süre için mi, belirli sayıda paylaşım karşılığında mı yoksa her bir paylaşım için mi yapılacağı da sözleşmede kararlaştırılmalıdır (HENNER-HENTSCH/ROPEL, s.13).

⁹⁷ Bunun tipik örneği turizm sektöründe faaliyet gösteren müşterinin, influencer'a ücretsiz konaklama imkânı sağlamasıdır (GOANTA/RANCHORDÁS, s.10; HAURI, s.44; HANHART/SCHMID, s.361).

⁹⁸ HENNER-HENTSCH/ROPEL, s.13.

⁹⁹ HEINZELMANN, s.4. Uygun olmayan zamanda fesih halinde, feshedenin zarardan sorumlu olacağına dair bkz. ZEIDLINGER, s.13.

Şahsen ifa zorunluluğunun devamı olarak, aksi kararlaştırılmadıkça, influencer'ın ölümü veya ehliyetini kaybetmesi halinde, influencer sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Aynı durum müşterinin ölümü, ehliyet kaybı veya iflası için de geçerli olmalıdır (TBK m.513).

VIII. SONUÇ

Influencer sözleşmesi, taraflardan influencer'ın, belirli mal veya hizmetlerin tanıtımı ve takipçilerinin bunları satın almaya yönlendirilmesi amacıyla oluşturulan veya bizzat oluşturduğu içerikleri sosyal medya hesaplarında paylaşmayı, müşterinin de buna karşılık influencer'a bir miktar ücret ödemeyi veya başka bir menfaat sağlamayı taahhüt ettiği sözleşmedir. Sözleşmenin amacı, müşterinin tanıtmak istediği mal veya hizmete ilişkin olarak sosyal medya üzerinden gerçekleştirilecek reklam ve pazarlama faaliyetinin influencer tarafından yürütülmesini ve bu sırada influencer'ın takipçileri üzerindeki etkisinin kullanılmasını sağlamaktır.

Influencer sözleşmesinin üç temel unsuru; tanıtım ve reklam faaliyeti, sosyal medya kullanımı ve influencer'a bir bedel ödenmesi veya başka bir menfaat sağlanması şeklinde sayılabilir. Influencer'ın faaliyetlerini müşteriden ve onun oluşturduğu organizasyondan bağımsız bir şekilde sürdürmesi gerekliliği de influencer sözleşmesi bakımından ayırt edici bir özellik niteliği taşır.

Influencer ile müşteri arasında kurulan sözleşme, sponsorluk ve reklam sözleşmeleriyle önemli ölçüde benzerlik arz etmekle birlikte, bilhassa influencer sözleşmesinde sosyal medya kullanımının zorunluluğu, sosyal medya tanınırlığı, dolayısıyla takipçi sayısının belirleyici rolü, ürün tanıtımının ürünle influencer arasında bir bağ oluşturulmak suretiyle yapılması, reklam özelliği gösteren içeriğin yayınlanacağı mecranın ve hitap ettiği kitlenin sınırlandırılmış olması gibi farklılıklar, bu sözleşmeleri birbirlerinden ayırmaktadır. Hukuki niteliği itibarıyla sözleşme, taraf iradeleri ve somut şartlar dikkate alınarak vekalet veya eser sözleşmesi şeklinde sınıflandırılabilir. Influencer'ın sözleşme gereğince üstlendiği yükümlülük her halde işgörme edimidir; müşteri ile aralarındaki ilişkide sosyal medyada yayınlanmak üzere içerik hazırlanması ve bunun karşılığında bir miktar para ödenmesi kararlaştırılmışsa eser sözleşmesinden bahsedilebilir. Belirli bir mal veya hizmetin tanıtımının taahhüt edildiği, ancak bunun nasıl ve tam olarak hangi sosyal medya hesapları üzerinden gerçekleştirileceğinin belirtilmediği durumlarda ise sonuca ilişkin taahhütte bulunulmadığından, bir vekalet ilişkisi söz konusu olacaktır. Bununla birlikte influencer sözleşmesi, esas itibarıyla sosyal medya üzerinden tanıtım ve reklam faaliyetinin yürütülmesini amaçlayan isimsiz bir sözleşmedir.

Influencer sözleşmesi gereğince tarafların yükümlülükleri influencer bakımından, sosyal medyada belirli bir ürün veya hizmete yönelik olarak tanıtım amaçlı içerik paylaşımında bulunmak, müşteri bakımından da bu faaliyetin karşılığını ödemektir. Influencer tarafından yürütülen faaliyet hukuki olarak reklam niteliği taşıdığından, bu hususta mevzuatın gerektirdiği uyarıların yapılması ve rekabet yasağı ile sadakat ve özen yükümlülüğü, influencer'ın diğer yükümlülükleridir.

Influencer sözleşmesi, kararlaştırılan sürenin dolmasıyla veya taraflardan birinin ölümü ya da fiil ehliyetini kaybetmesi ile kendiliğinden sona erer. Aralarındaki güven ilişkisinin yoğunluğuna bağlı olarak, sözleşmenin influencer veya müşteri tarafından herhangi bir zamanda tek taraflı olarak sona erdirilmesinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

- ALİKILIÇ, İnanç/ÖZKAN, Buse: “Bir Sosyal Medya Pazarlama Trendi, Hatırlı Pazarlama ve Etkileyiciler: Instagram Fenomenleri Üzerine Bir Araştırma”, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, 1(2), 2018, s.43-57.
- ALTAR YAVUZ, Oya/YILMAZ, Merve: “Dijital Reklamcılığın Kurgu Yüzleri: Sanal Influencer’lar”, Dijital Reklamcılık Bize Ne Anlatır, İstanbul 2019, s.179-212.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2019.
- ASLAN, Alev/ÜNLÜ, Derya Gül: “Instagram Fenomenleri ve Reklam İlişkisi: Instagram Fenomenlerinin Gözünden Bir Değerlendirme”, Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, 3(2), 2016, s.41-65.
- BAYTAN AVKOVAN, Serenat: “Influencer Sözleşmeleri”, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, 8-9 Kasım 2018, İstanbul 2019, s.78-149.
- BAYUK, M. Nedim/ASLAN, Mustafa: “Influencer Marketing (Hatırlı Pazarlama)”, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, 6(75), 2018, s.173-185.
- BENTZ, Tamany Vinson/VELTRI, Carolina: “The Indirect Regulation of Influencer Advertising”, Food and Drug Law Journal, 75(2), 2020, p.185-194.
- CANÖZ, Kadir/GÜLMEZ, Özge/EROĞLU, Gizem: “Pazarlamanın Yükselen Yıldızı Influencer Marketing: Influencer Takipçilerinin Satın Alma Davranışını Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma”, SÜ Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, 23(1), 2020, s.73-91.
- CARPENTER, Craig/BONIN, Mark: “To Win Friends and Influence People: Regulation and Enforcement of Influencer Marketing after Ten Years of the Endorsement Guides”, Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, 23(2), 2021, p.253-278.
- CASALE, Elizabeth A.: “Influencing the FTC to Update Disclosure Rules for the Social Media Era”, Mitchell Hamline Law Journal of Public Policy and Practice, 40, 2019, p.1-22.
- COOPER, Keith: “Influencers: Not So Fluent in Disclosure Compliance”, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review, 41(1), 2021, p.77-110.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2019.
- FUNKE, Sven-Oliver: Influencer-Marketing: Strategie, Briefing, Monitoring, Rheinwerk Verlag GmbH, 2018.
- GEDİK, Yasemin: “Sosyal Medyada Yükselen Bir Trend: Influencer Pazarlama Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme”, Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi, 7(2), 2020, s.362-385.
- GILES, Craig/TWIGG, Georgie: “How Should Franchisors Work with Micro-Influencers - A Review of English Law”, International Journal of Franchising Law, 17(2), 2019, p.9-13.
- GOANTA, Catalina/RANCHORDÁS, Sofia: The Regulation of Social Media Influencers, Elgar Law, Technology and Society Series, 2020.
- GROEN, Monique: “Swipe Up to Subscribe: The Law and Social Media Influencers”, Texas Review of Entertainment & Sports Law (21), 2020, p.113-136.
- GÜRKAYNAK, Gönenç/KAMA, Olgu/ERGÜN, Burcu: “Navigating the Uncharted Risks of Covert Advertising in Influencer Marketing”, Business Law Review, 39(1), 2018, p.17-19.
- HANHART, Sandra/SCHMID, Alain: “Das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot bei Beiträgen in sozialen Medien”, sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, 2019, s.353-362.
- HAURI, Dominique: “Wie findet ein Unternehmen den passenden Influencer? Eine Untersuchung zur Entwicklung einer Strategie für die Eingehung einer Kooperation mit Influencern in der Reisebranche”, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften School of Management and Law, Bachelorarbeit, Zürich 2020, https://digitalcollection.zhaw.ch/bitstream/11475/21595/3/Bachelorarbeit_Brand%20Fit_Dominique%20Hauri.pdf (Erişim: 14/10/2021).
- HEINZELMANN, Regula: “Influencer-Vertrag: Rechtliche Tipps für eine erfolgreiche Zusammenarbeit”, 17/03/2020, <https://www.weka.ch/themen/recht/auftrag-und-werkvertrag/auftragsaehnliche-verhaeltnisse/article/influencer-vertrag-rechtliche-tipps-fuer-eine-erfolgreiche-zusammenarbeit/> (Erişim: 6/10/2021).
- HENNER-HENTSCH, Christian/ROPEL, Wojtek: “Influencer Marketing in der Gamesbranche - Leitfaden für die Praxis”, 2019 game in Kooperation mit Beiten Burkhardt, s.1-18.
- İMAMOĞLU, S. Hülya: “Spor Sponsorluğuna İlişkin Hukuki Düzenleme Üzerine Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 58(1), s.63-93.
- JUSTUS, Michael R.: “The Laws of Influence”, Communications Lawyer, 32(3), 2016, p.25-27.
- KAHL, Jonas: “Braucht es im Influencer Marketing überhaupt Verträge?”, 24/04/2017, <https://www.projecter.de/blog/social-media/braucht-es-im-influencer-marketing-ueberhaupt-vertraege/> (Erişim: 06/10/2021).

- KARATEPE KAYA, Meltem: “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklamlara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70(3), 2021, s.667-719.
- KELLER, Claudia: *Werberecht, Social Media und Recht für Unternehmen* (Hrsg. Keller, Claudia/Staffelbach, Oliver), Schulthess 2015, p.129-157.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2019.
- KOÇ, H. Alper: “Influencer ve Sponsorluk İlişkisinin Detayları”, <https://pazarlamaturkiye.com/influencer-ve-sponsorluk-iliskisinin-detaylari/> (Erişim: 08/06/2021).
- OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: “Reklam Yapımına ve Yayınına İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri”, *Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu*, İstanbul 2009, s.105-125.
- ÖZDEMİR, Semih Sırrı/DOĞANAY, Zahid: “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7(13), 2019, s.295-337.
- PEIFER, Karl Nikolaus: “Influencer Marketing – Rechtlicher Rahmen und Regulierungsbedürfnis”, *GRUR* 2018, s.1218-1225.
- PIKE, George H.: “New Legal Risk for Influencers”, *Information Today*, 38(8), 2021, p. 24-26.
- ROBERTS, Alexandra J.: “False Influencing”, *Georgetown Law Journal*, 109(1), 2020, p.81-140.
- SARGSYAN, Mane: *Endorsements and Behavioral Advertising in Social Media under EU, Swiss, and US Law*, Schulthess Juristische Medien AG 2017.
- SENN, Mischa: “Influencer-Marketing und die Rechtswirklichkeit Eine neue Werbeform «entdeckt» das Lauterkeitsrecht - oder umgekehrt”, *Jusletter* 16. Dezember 2019, s.1-22.
- STEWART, Grace: “Trouble in Paradise: Regulation of Instagram Influencers in the United States and the United Kingdom”, *Wisconsin International Law Journal*, 38(1), 2020, p.138-170.
- SOLMECKE, Christian: “Influencer-Marketing & Recht”, *Influencer-Marketing: Strategie, Briefing, Monitoring*, Rheinwerk Verlag GmbH, 2018, s.259-295.
- TEKELİOĞLU, Numan: “Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği”, *SDÜHFD*, 8(1), 2018, s.1-34.
- TOPALOĞLU, Mustafa: “Sponsorluk Sözleşmeleri”, *Perakende Çağı*, 3(17), 2011, s.72-74.
- ZEIDLINGER, Philipp: “Vertrag mit Influencer? Was unbedingt hinein muss?”, *Werbemonitor Wirtschaft & Recht*, Ausgabe 06/2020, s.12-14.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2019.

YARGI BAĞIMSIZLIĞI EKSENİNDE CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE YÜRÜTME VE YARGI İLİŞKİSİ

THE RELATIONSHIP BETWEEN EXECUTIVE POWER AND JUDICIARY IN THE PRESIDENTIAL SYSTEM ON THE AXIS OF JUDICIAL INDEPENDENCE

Asuman ÇAPAR*  [10.21492/inuhfd.1009178](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1009178) 

Makale Bilgi

Gönderi: 13/10/2021
Kabul : 06/04/2022

Anahtar Kelimeler

Cumhurbaşkanlığı
Hükümet Sistemi,
Yürütme Organı,
Yargı Organı,
Yargı Bağımsızlığı.

Article Info

Received: 13/10/2021
Accepted: 06/04/2022

Keywords

Presidential System,
Executive Branch,
Judiciary,
Judicial
Independence.

Özet

Türkiye’de yeni anayasa yapımı konusunda çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Yeni anayasa yapımı sürecinde, cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde tartışmalı olan hususların gündeme getirilmesinde toplumun ve devletin yararı vardır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yargı yürütme ilişkileri çerçevesinde yürütmenin yargı organları üzerinde birtakım yetkileri vardır. Bu kapsamda yürütme ve yargı organının ilişkileri konusunda güncelliğini her daim koruyan, eleştirilen noktaların yeniden gözden geçirilmesi, alternatif çözüm yollarının gündeme getirilmesi gerekir. Partili cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmesi ile cumhurbaşkanının özellikle Anayasa Mahkemesi ile Hakimler ve Savcılar Kurulu üyelerini atamaya ilişkin mevcut yetkileri, hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden olan yargı bağımsızlığı ilkesine zaman içerisinde gölge düşürebilecek uygulamalar olarak karşımıza çıkabilir. Bu kapsamda cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin yargı bağımsızlığı ilkesini kuvvetlendiren düzenlemeler getirmediği görülmektedir. Yeni anayasa yapımı sürecinde, yürütme yargı ilişkileri çerçevesinde yargı bağımsızlığını destekleyen düzenlemeler yapılmalıdır. Cumhurbaşkanının yargı organları üzerindeki atama yetkilerinin azaltılması ya da yapılan bazı atamalar konusunda yasama organının onayının alınması, cumhurbaşkanının bu konudaki yetkilerinin kamuoyu tarafından benimsenmesini artırıp, yargı bağımsızlığını güçlendirecektir.

Abstract

Practices into the creation of a new Turkish constitution has begun. It is beneficial for society and the state to raise the controversial issues in the presidential system during the process of writing a new constitution. Within the framework of judicial-executive relations, the executive branch has certain powers over the judiciary in the presidential system. In this context, it is necessary to review the points that are always contemporary and criticized about the executive and judicial branches of government and to propose alternative solutions. With the shift to the presidential system, the president's existing authority to appoint members of the Constitutional Court and the Council of Judges and Prosecutors may be seen as practices that undermine judiciary independence, which is one of the fundamental requirements of the rule of law. In this context, it is clear that the presidential system lacks laws that support judicial independence. Regulations should be made in the process of writing a new constitution to support judiciary independence within the context of executive-judicial relations. Reducing the President's appointment powers over judicial branches or requiring legislative approval for some appointments may enhance public acceptance of the President's authority on this subject and promote judiciary independence.

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

*Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ÇAPAR Asuman, “Yargı Bağımsızlığı Ekseninde Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yürütme ve Yargı İlişkisi”, İnÜHFD, 13(1), 2022, s.148-165. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Aim of the Study: Turkey's Constitution underwent significant modifications in 2017. The rejection of the parliamentary system in favor of a presidential system is one of the most dramatic changes. In this context, it is critical to determine the legal relations between the executive branch and the judiciary in the new government system. The aim of this study is to examine the relationship between the executive branch and the judiciary in the presidential system, which is being implemented as the new political system in Turkey, within the framework of judicial independence principal.

Literature Analysis: Although it has been made easier to start a prosecution against the president, the doctrine contends that this procedure is still difficult to carry out. It is claimed that if the president is a party member or a chairperson, his own party's deputies will refrain from voting against him for fear of not being re-listed. On the other hand, it is suggested that because the members of the Constitutional Court, which will judge the president, are largely appointed by the president, the members' ability to make an objective decision will be jeopardized. Issues such as the minister of justice being the head of the Council of Judges and Prosecutors, the vice president of justice sitting on this Council, the fact that judges are administratively subordinate to the ministry of justice, and the fact that judges lack an effective right-seeking mechanism are all criticized in the presidential system.

Methods and Results: This study was written in the form of a research article and relied on relevant legislation, literature, and judicial decisions. Within the framework of judicial-executive relations, the executive branch has certain powers over the judiciary in the presidential system. The power to appoint members to the high courts and the Council of Judges and Prosecutors is among these powers. In the new government structure, the President's authority to appoint members to the Council of State and the Supreme Court remains unchanged. In the former political system, the President appointed fourteen members of the Constitutional Court; in the current political system, he appoints twelve members. He used to appoint four of the twenty-two original members of the Board of Judges and Prosecutors, and currently he appoints four of the thirteen original members following the Constitutional amendment in 2017. Even if the number of members selected by the President to the Constitutional Court has reduced, the court's powers have not diminished proportionally since the number of members has fallen as well. Although the numbers have remained the same, the number of members of the Council of Judges and Prosecutors has been decreased from twenty-two to thirteen, increasing the president's power to appoint on this subject correspondingly.

Prior to the Constitutional amendment in 2017, the president's criminal liability for prosecution was limited to treason, but the presidential system now allows the president to be prosecuted in the Supreme Court for any crime. The president now has legal accountability for his acts as a result of the 2017 Constitutional amendment.

Conclusion and Recommendations: It is clear that the presidential system does not provide rules that would improve judiciary independence within the scope of current regulations. There is practically little affirmative regulation regarding judiciary independence brought about by the presidential system. However, increasing the president's criminal liability to include crimes other than treason is a positive regulation in terms of the rule of law. It is also a positive regulation that the President is legally responsible for his acts.

In the new government structure, the President's power to appoint members of the Council of Judges and Prosecutors has been enhanced proportionately. In the presidential system that the president is a party-member, this circumstance may eventually jeopardize judiciary independence.

It is beneficial to make some arrangements to strengthen judiciary independence in the presidential system as part of the new constitution studies. The president's powers over judicial organs should be reconsidered in this context. There are a number of options to consider. First of all, delegating the power to appoint members to the Constitutional Court and the Council of Judges and Prosecutors to the higher courts and legislature could be a viable solution. Subjecting the members of the Constitutional Court and the Council of Judges and Prosecutors appointed by the President to the approval of the legislature may be embraced as an alternative option. Another option is to reduce the number of members appointed to the judiciary by the president. At the same time, the constitutionality of the deputy minister of justice's position in the Council of Judges and Prosecutors should be resolved.

I. GİRİŞ

Devlet organları olan yasama, yargı ve yürütme organlarının birbiri ile ilişkisine göre şekillenip uygulanmakta olan çeşitli hükümet sistemleri bulunmaktadır. Bu hükümet sistemleri içerisinde yer alan ve kuvvetler ayrılığı sistemlerinden olan başkanlık sistemi cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle yakından ilişkilidir. 1982 Anayasası'nda¹ (Anayasa) yapılan 2017 Anayasa değişikliği² sonrasında, 09.07.2018 tarihinden itibaren Türkiye'de uygulanmakta olan yeni hükümet sistemi, başkanlık sistemine yaklaşmıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ağırlıklı olarak başkanlık sisteminin özelliklerini taşımakla birlikte, cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin başkanlık sisteminden ayrıştığı noktalar da vardır.

Yürütme organı ile yargı organı arasındaki ilişkiler yargı bağımsızlığı konusunda eskiden beri sorgulanmakta olup, özellikle yürütme organının bazı yargı organları üzerinde sahip olduğu atamalar konusunda tartışmalar yapılagelmektedir. Cumhuriyetin kuruluşundan bugüne demokratikleşme ve hukuk devletini gerçekleştirme adına Türkiye'de gerek yasal gerekse anayasal pek çok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeler ideal hukuka ulaşmayı hedeflese de sürekli değişen ve gelişen toplumsal ihtiyaçlar karşısında yazılı hukuk normları kısa zamanda yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle her ne kadar Anayasa'da 2017 yılında önemli değişiklikler yapılsa da yeni anayasa çalışmaları Türkiye'nin gündemine girmiştir. Bu kapsamda hukuk sistemimize girmiş olan cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin yargı bağımsızlığı konusundaki etkilerinin incelenmesi, yürütme ile yargı organının ilişkilerine etkisinin ortaya konması önem taşımaktadır.

Çalışmada öncelikle yargı bağımsızlığına ve cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine ilişkin genel bilgiler verildikten sonra cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yürütme ve yargı organının birbirleriyle irtibatlı olduğu hususlara değinilecek ve bunun yargı bağımsızlığına olası etkileri değerlendirilecektir. Çalışma yapılırken literatür taraması yapılmış, ilgili mevzuattan ve yargı içtihatlarından yararlanılmıştır.

II. GENEL OLARAK YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ

A. Yargı Bağımsızlığı Kavramı

Yargı organı kuvvetler ayrılığının uygulandığı hükümet sistemlerinde tamamen ayrı olarak kabul edilen, kendine has bir organdır. Yürütme ve yasama organlarının birbirleriyle olan ilişkisine göre kurulan hükümet sistemlerinde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin hakim olabilmesi için yargı organının tarafsız ve bağımsız olarak hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi gerekir.³ Bu çerçevede yargı bağımsızlığı ilkesi evrensel nitelikteki hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Siyasal yaşamın gereği olarak yasama ve yürütme nasıl birbirinden tamamen bağımsız çalışmıyorsa, demokratik devlet ve hukuk devleti ilkesi gereğince, yargı organı ikisinden de bağımsız olmalıdır.⁴

Yargı bağımsızlığı, yargı organlarının hiçbir makama ve organa bağlı olmaksızın talimat ve emir almadan görevlerini hür bir şekilde yerine getirmesini ifade eder. Yargı görevine ilişkin konularda mahkemelere telkinde ve tavsiyede bulunulamaz, genelge gönderilemez. Yargı organlarına herhangi bir baskının yapılmasının yanı sıra, yapılabilme ihtimali de yargı bağımsızlığını zedeler. Yargı organlarının yürütme organına karşı bağımsızlığıyla birlikte, yasama organına ve toplumda etkili olan baskı gruplarına karşı da bağımsızlığının sağlanması gerekir.⁵ Yargı bağımsızlığında amaç adalet dağıtanların her türlü baskı, etki, tavsiye ve telkinden uzak olarak adaleti yerine getirecekleri inancını yerleştirmektir. Bu ilke mahkemelerin bağımsızlığını kapsadığı gibi aynı zamanda mahkemelerde görev yapan hakimlere bir takım kişisel güvencelerin sağlanmasını gerektiren hakim bağımsızlığını da kapsar.⁶

Mahkemelerin bağımsızlığı, yargı organının yürütme ve yasama organlarına karşı bağımsız bir şekilde yetkilerini kullanmasını, görevlerini yerine getirmesini ifade etmektedir.⁷ Hakimlerin

¹ 2907 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG: 9/11/1982; 17863 (Mük.); <https://www.mevzuat.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 01.08.2021); Bu çalışmada Resmî Gazete'ye yapılan atıflar ayrıca kaynak belirtilmeyen durumlarda bu adresten, belirtilen tarihte alınmıştır.

² 6771 Sayılı Kanun, RG: 11.02.2017; 29976.

³ KOYUNCU, Cemal: Türkiye Örneğinde Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama ve Yürütme İlişkileri, Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Aydın 2021, s.150.

⁴ TINÇ, Mehmet Rifât: Fransız Anayasa Hukuku Tarihçe & Kurumlar, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020, s.238.

⁵ Anayasa Mahkemesi, E.1992/37, K.1993/18, 27/04/1993 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 05.10.2021)

⁶ ATAY, Ender Ethem: "Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVII(1-2), 2013, s.1133.

⁷ ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.388.

bağımsızlığı yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik önemli bir kurumdur ve hakimlik teminatı olarak da ifade edilir. Hakimlik teminatı hakimlerin görevlerini tarafsızca, güven içerisinde yapabilmeleri amacıyla hakimlere tanınan birtakım güvenceleri içerir. Hakimlik teminatı ile esasında hakimlerin kişisel yararları değil kamu yararının gerçekleşmesi ve hakimlerin tarafsız ve özgür bir şekilde karar vererek, toplumun adalete olan güveninin sağlanması hedeflenmektedir.⁸

Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı Anayasa’da ayrı başlıklar altında düzenlemiş olsa da hakimlerin bağımsızlığıyla mahkemelerin bağımsızlığı birbirini tamamlayan, biri olmayınca öbürü de olmayan, birbirinden ayrılması olanaksız, birbirini anlatan hukuksal kurumlardır. Bu iki ilke birbirini var edip birbirine değer katan, birbirine anlam veren anayasal ilkedir.⁹

Mahkemelerin bağımsızlığı Anayasa’da madde 138’de şu şekilde ifade edilmiştir;

“Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmede olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

Yargı bağımsızlığını gerçekleştirmek üzere getirilen hakimlik teminatı ise Anayasa’nın 139. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınmaz.”. Hakim teminatı hakimlere tanınmış bir ayrıcalık olmayıp, hakim teminatının tanınmasındaki amaç adalete doğrudan ya da dolaylı olarak yönelebilecek her türlü baskı, etki ve yönlendirmeden uzak olarak adaletin gerçekleşeceği yönündeki güvenin ve inancın sağlanmasıdır.¹⁰

Anayasal düzenlemeler çerçevesinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda¹¹ yargıya müdahale niteliğindeki fiiller suç olarak düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu’nun “Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs” başlıklı 277. maddesinde yargı görevini yapan kişiyi hukuka aykırı olarak etkilemeye çalışmak hapis cezası ile cezalandırılmıştır.

Yargı bağımsızlığı Anayasa’da düzenlenmiş olmakla birlikte aynı zamanda evrensel nitelikteki bazı bildiri ve sözleşmelerde de yer almıştır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/1. maddesinde¹² ve Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi’nin 10. maddesinde¹³ bağımsız ve yansız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı temel insan hakkı olarak ifade edilerek yargı bağımsızlığı güvence altına alınmıştır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 40/32 sayılı ve 29 Kasım 1985 tarihli, 40/146 sayılı ve 13 Aralık 1985 tarihli kararlarıyla “Yargı Bağımsızlığına Dair Temel Prensipler” kabul edilmiştir. Buna göre “Yargı bağımsızlığı Devlet tarafından güvence altına alınır ve Anayasada veya iç hukukta yargı bağımsızlığına yer verilir. Yargı bağımsızlığına saygı göstermek ve gözetmek bütün hükümet kuruluşlarının ve diğer kurumların görevidir.”¹⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 13.10.1994’te alınan “Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararı”nda, “Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu mercein bağımsızlığını güvence altına

⁸ METİN, Yüksel: “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, 27, 2010, s.225.

⁹ Anayasa Mahkemesi, E.1988/32, K.1989/10, 28/02/1989, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 07.09.2021).

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, E.2021/8, K.2021/40, 03/06/2021, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 05.10.2021).

¹¹ RG: 12/10/2004; 25611.

¹² “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.”; https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, (Erişim Tarihi: 10.10.2021).

¹³ “Herkesin, hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde ve kendisine herhangi bir suç isnadında bağımsız ve yansız bir mahkeme tarafından tam bir eşitlikle, hakça ve kamuya açık olarak yargılanmaya hakkı vardır.”; <https://www.ihd.org.tr/insan-haklari-evrensel-beyannamesi/>, (Erişim Tarihi: 10.10.2021).

¹⁴ <http://www.insanhaklari.gen.tr/Belge.aspx?id=24&d=t>, (Erişim Tarihi: 24.09.2021).

almak için, merciin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vazetmelidir” şeklinde tavsiye kararı belirtilmiştir.¹⁵

Yüksek mahkeme kararlarında da yer yer yargı bağımsızlığı konusuna değinilmiştir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında yargı bağımsızlığı konusunda yürütme organının da fonksiyonu olduğuna şu cümlelerle değinmiştir;

“Yargı erkinin varlığı yeterli olmayıp bağımsızlığı vazgeçilmez geçerlik koşuludur. Yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsızlığı korunan yargı, genelde yönetime karşı yönetilenlerin güvencesidir. Adaleti sağlamakla görevli bilinen yargı gücü, güven ve inan sağlayarak kamusal düzeni koruyan hukuksal bir kaynaktır. Hukuk devletinin en belirgin özelliği, güçler ayrılığına anlam kazandıran yargı bağımsızlığıdır. Hukuk devleti kendisini bağımsız yargısıyla korur. Günümüzde insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca güvencesi bağımsız yargıdır. Bağımsız olmayan yargı, gerçek bir yargı olarak karşılanamaz. Bağımsızlık, yargının karakteridir. Bu temel nitelikten yoksun olan yargı güdümlüdür ve öbür güçlerin, yasama ve yürütmenin etkisinde, egemenliğindedir. Devlet olmanın koşulu kabul edilen yargı bağımsızlığı, uygarlık savaşının en önemli alanını oluşturmuştur. Demokrasinin ögesi durumuna yükselen yargı bağımsızlığı, yasama ve yürütme organının etki alanı dışına çıkarılarak sağlanmıştır. Yürütmenin gözetim ve denetimi altında gerçek bir yargı bağımsızlığından söz edilemez. Bağımsızlık, günlük devlet işlerinde, yürütme karşısındaki durumla anlam kazanır ve adalet ideali ancak bağımsız yargıyla gerçekleşir.”¹⁶

Siyasi karar organlarının yargı kararlarına müdahale etmesi çoğunlukla hukuk devletinin hayata geçirilemediği, az gelişmiş demokrasilerde görülmektedir.¹⁷ Yürütmenin yargıya müdahale etmesi durumunda münferit olay bakımından yargı bağımsızlığının zedelendiği konusunda kuşku bulunmamaktadır.¹⁸ Bu durumun mazur görülebileceği hiçbir şekilde ifade edilemez. Fakat bu örnekler, tek başına ülkedeki tüm yargı organlarının bağımsız olmadığını, bazı kişi ya da kurumların vesayeti altına olduğunu göstermez. Bunu söyleyebilmek için bu gibi örneklerin istisna olma niteliğini aşacak şekilde çoğalmış olması gerekir.

B. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi

Başkanlık sistemi ve parlamenter hükümet sistemi dünya üzerinde yaygın olarak uygulanmakta olan iki hükümet sistemidir.¹⁹ Başkanlık sistemi genel olarak, devlet güçlerinin tek bir organda birleşmesinin önlenmesi amacıyla yasama ve yürütmenin hem işlevsel olarak hem de organik olarak birbirinden sert bir şekilde ayrıldığı hükümet sistemi olarak tanımlanabilir.²⁰ Parlamenter hükümet sistemi ise kuvvetlerin yumuşak ayrılığına dayanmaktadır. Diğer bir deyişle yasama ile yürütme organları hukuken birbirinden bağımsızdır fakat aralarında etkileşim ve iletişim vardır. Bundan dolayı kuvvetlerin birbirinden katı biçimde ayrılması söz konusu değildir.²¹

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesinde Türkiye’de uzun yıllar uygulanmış olan parlamenter hükümet sisteminde²² yürütme iki başlıdır ve yürütmenin bir kanadı olan cumhurbaşkanının sorumsuzluğu esası benimsenmiştir. Parlamenter sistemde yürütme organının iki tür yetkisi vardır. Birincisi cumhurbaşkanı tarafından kullanılan devlet başkanlığı yetkileri, diğeri ise bakanlar kurulu tarafından kullanılan hükümet yetkileridir. Devlet başkanlığı yetkilerinin bir kısmı cumhurbaşkanınca karşı imza kuralı ile yürütülürken, bir kısmı tek başına kullanır.²³ Parlamenter hükümet sisteminde yürütmenin sorumlu kanadı olan hükümet, yasama organının

¹⁵ <https://www.anayasa.gov.tr/media/3665/cmrec199412trjudgesindependencencefficiencyresponsibilities.pdf>, (Erişim Tarihi: 06.09.2021); Yargı bağımsızlığı konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 1994 tarihli “Yargıçların Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolüne İlişkin R (94) 12 Nolu Tavsiye Kararı”, Uluslararası Yargıçlar Birliği tarafından 1999 yılında kabul edilen “Hakimin Evrensel Beyanname”, Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen 1998 tarihli “Yargıçların Statüsüne Dair Avrupa Şartı” gibi uluslararası belgeler de örnek gösterilebilir.: METİN, s.228.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, E.1988/32, K.1989/10, 28/02/1989, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 07.09.2021).

¹⁷ ÇAVDAR ÇAPAR, Asuman: Hukuk Devletinde Yargı Bağımsızlığı, Cumhuriyet Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sivas 2005, s.52.

¹⁸ Türkiye’de yargı bağımsızlığı konusundaki tartışmalı örnekler için bakınız; GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Pratik Çalışmaları, 7. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2016, s.325 vd.

¹⁹ Geleneksel devlet anlayışına göre kuvvetlerin dağılışına ve düzenlenişine göre şekillenmiş olan hükümet sistemleri, başkanlık sistemi, parlamenter hükümet sistemi, yarı başkanlık sistemi ve meclis hükümeti sistemidir.: ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2017, s.444; ÖZBUDUN, s.357-358.

²⁰ ERDOĞAN, s.445

²¹ ÖZBUDUN, s.357; ERDOĞAN, s.453.

²² Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmeye başlandığı 10.08.2014 tarihinden 2017 Anayasa değişikliğinin uygulamaya girmesine kadar olan dönemde Türkiye’nin hükümet sisteminin yarı başkanlığa benzetilebileceği görüşü için bakınız ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s.174 vd.

²³ EREN, Abdurrahman: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.855.

güvensizlik oyuyla düşürülebilir. Diğer yandan yürütme organı da yasama organının seçimlerinin yenilenmesini sağlayıp, yasama organını feshedebilir. Bir diğer değer deyişle parlamenter sistemde organlar karşılıklı olarak birbirlerinin görevlerine son verebilirler.²⁴

Yürütme organı gerek ulusal gerekse uluslararası hemen her alanda büyük işlevlere sahip olduğu için yürütme organının güçlü olması beklenir. Günümüz dünyasında ‘güçlü yürütme, güçlü devlet’ algısı demokratik devletlerde giderek daha çok yerleşmektedir. Zira küresel dünya şartları, devletleri bu yönde adımlar atmaya yönlendirmektedir. Yürütme fonksiyonu toplumun tamamını kapsayan hizmetlerin yürütülmesine ilişkin olup, bu hizmetlerin gereği gibi yürütülebilmesi için yürütme organına gerekli gücün tanınması gerekir. Bu bağlamda cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin siyasi istikrar arayışının yürütmeyi güçlendirme eğilimlerinin sonucunda ortaya çıktığı söylenebilir.²⁵ Aynı zamanda tarihsel süreç içerisinde çeşitli sebeplerle tartışlagelen bir sistem arayışının ürünü olduğu da söylenebilir. Yeni hükümet sistemi, eskisinden tamamen farklı bir hükümet sistemi getirmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi yürütme, yasama ve yargının birbirinden tamamen ayrıldığı, yürütme ve yasama organının halk tarafından seçildiği, her iki organın halka karşı sorumlu olduğu ve her ikisinin de seçimlerin yenilenmesine karar verebildiği bir hükümet sistemidir.²⁶

2017 Anayasa değişikliğiyle Anayasa’nın 8. maddesinde yürütme yetkisinin kullanımı konusunda ‘bakanlar kurulu’ ifadesi kaldırılarak yürütme yetkisinin cumhurbaşkanı tarafından kullanılacağı belirtilmiştir. Buna göre cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde devletin yürütme organını cumhurbaşkanı oluşturmaktadır. Bakanlar kurulu ve başbakanlık kaldırılmıştır. Anayasa madde 101/4’de yer alan “Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.” hükmü ilga edilerek, partili cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi yarı başkanlık²⁷ sisteminden ve klasik parlamenter sistemden çok farklı olmakla birlikte başkanlık sistemi ile de birebir örtüşmemektedir. Fakat bu sistemler arasında başkanlık sisteminin özellikleri daha baskındır. Bundan dolayı Türkiye’de uygulanmaya başlanan yeni hükümet sistemi bazı yazarlarca ‘Türk Tipi Başkanlık Sistemi’ olarak da adlandırılmıştır.²⁸ Günümüz itibarıyla Türkiye’nin yeni hükümet sistemi çoğunlukla ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi’ olarak adlandırılmaktadır.²⁹

Günümüz bilgi çağında devletler karar alma mekanizmalarını hızlı ve etkin karar alacak şekilde dinamik hale getirmelidir. Aksi halde hedeflenen ilerleme sağlanamayabilir. Parlamenter hükümet sistemlerinde yürütme organının zayıflığı ve hükümetlerin istikrarsızlığı nedeniyle çoğu defa siyasi krizler yaşanmaktadır.³⁰ Yarı başkanlık sisteminin uygulandığı Fransa’da, cumhurbaşkanlığı devletin en güçlü kurumu niteliğindedir. Fransa’da cumhurbaşkanı diğer devlet kurumlarının sahip olmadıkları yetkilere sahip olup cumhurbaşkanlığı esas karar mercii konumundadır. Cumhurbaşkanının tek başına kullanabildiği yetkiler olduğu gibi hükümetle birlikte kullandığı yetkiler de vardır.³¹

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi temel olarak başkanlık sisteminin unsurlarını taşımakla birlikte Amerikan başkanlık sisteminden ayrıştığı bazı önemli noktalar vardır. Amerikan modelinde yargı, yürütme ve yasama arasında kesin bir ayrım vardır, organların birbirlerinin görevlerine seçim yenileyerek son verme yetkisi yoktur. Başkan kendi kabinesini belirler ve bürokratları atar, fakat bu atamalar Senatonun onayına tabidir. Federal Mahkeme ve yüksek mahkeme hakimlerini başkan aday gösterir, bu adaylar Senatonun onayına sunulur.³² Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi,

²⁴ GÖZLER, Kemal: “Elveda Kuvvetler Ayrılığı Elveda Anayasa”, Ankara Barosu Dergisi, (4), 2016, s.26; ÖZBUDUN, s.357.

²⁵ DEMİRCİ, Savaş: Yasama-Yürütme ve Yargı Ekseninden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2018, s.106.

²⁶ YAMAN, Abdülsemet/ÜNAL, Havva: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Yürütme Erki Bağlamında Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 26(2), 2021, s.240-244.

²⁷ Yarı başkanlık sistemi, temel olarak parlamenter hükümet sisteminin özelliklerini taşımakla birlikte, devlet başkanının halk tarafından seçildiği hükümet sistemidir. Ayrıntılı bilgi için bakınız ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s.165 vd.; ÖZBUDUN, s.358 vd.

²⁸ Örneğin, USLU, Ferhat: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Anayasa Hukukunun 99 Konusu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.44; ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s.177.

²⁹ ÖZDEMİR, Abdülkadir: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Türkiye Cumhuriyeti İdari Teşkilatına Getirdiği Yenilikler”, Journal of Academic Value Studies, 7(3), 2021, s.285.

³⁰ DEMİRCİ, s.91-92.

³¹ TINÇ, s.208-209.

³² BEKTAŞ, Eda: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama-Yürütme İlişkisi ve Bu Sistemin Türkiye Demokrasisine Etkileri”, Yasama Dergisi, (39), 2019, s.206-207.

milletvekili seçimleri ile cumhurbaşkanı seçimlerinin aynı anda yapılması, her iki organın seçimlerinin birlikte yenilenebilmesi ve seçimlerin yenilenmesi kararı almak suretiyle organların birbirlerinin görevlerine son verebilmeleri gibi hususlar bakımından Amerikan modelinden farklılık gösterir.³³

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, seçilebilme şartı olarak kullanılan geçerli oyların salt çoğunluğunun sağlanması şartı, seçimlerin ikinci tura kalması durumunda en fazla oy alan adayın cumhurbaşkanı seçilmesi, onun toplumsal meşruiyetini artırmaktadır. Bu bağlamda halkın etkin karar alma mekanizmalarına katılması noktasında, bu uygulamanın parlamenter sisteme göre daha demokratik olduğu ortadadır. Zira parlamenter sistemde etkin siyasal makam konumunda olan cumhurbaşkanı parlamento tarafından belirlenmektedir. Bu ise halkın cumhurbaşkanını seçme konusundaki iradesini doğrudan aktarması yerine temsilciler vasıtasıyla kullanmasına neden olmaktadır. Diğer yandan yürütme gücünün ve yetkisinin tek elde toplanmasının, karar alma mekanizmasının daha hızlı işlemesi, kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi, siyasi istikrarın sağlanması gibi hususlar bakımından olumlu etkileri vardır.

III. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE YÜRÜTME VE YARGI İLİŞKİSİ

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yürütme organını temsil eden cumhurbaşkanına yargı organı üzerinde önemli yetkiler tanınmıştır. Cumhurbaşkanı yüksek mahkemeler ile Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK)³⁴ üzerinde birtakım atama yetkilerine sahiptir. Diğer yandan yetkili kişilerin müracaatı ya da ilgili prosedürün işletilmesi üzerine yargı organlarının yürütme organı üzerinde yargısal denetim yetkisi vardır.

A. Yürütme Organının Yargı Organları ve Hakimler ve Savcılar Kuruluyla İlgili Yetkileri

Yürütme organı olan cumhurbaşkanının yargı organları üzerindeki yetkisi, yüksek mahkemelere bazı atama yetkileri şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Cumhurbaşkanının yüksek mahkemelere üye ataması uygulaması 2017 Anayasa değişiklikleri öncesinde de vardı. 2017 Anayasa değişiklikleri ile bu yetkilerde bazı değişiklikler yapılmıştır. Yüksek mahkeme olmamakla birlikte yargı organları üzerinde önemli yetkileri olan HSK'nın teşekkülünde de cumhurbaşkanının atama yetkisi olduğu için bu başlık altında HSK'ya da değinilecektir.

1. Cumhurbaşkanının Yüksek Mahkemelere Üye Atama Yetkisi

Cumhurbaşkanı yüksek mahkemelere üye atama konusundaki yetkilerini ya doğrudan doğruya seçme ve atama şeklinde yerine getirmektedir ya da başka organlarca önerilen adaylar arasından seçim yaparak bu yetkisini kullanmaktadır.³⁵ Cumhurbaşkanının yüksek mahkemelere üye ataması uygulaması bazı ülkelerde de var olan bir uygulamadır. Örneğin Fransa'da cumhurbaşkanının yargı alanında tek başına kullanabileceği sayılı bir kısım yetkileri vardır. Fransa'da Anayasa Mahkemesinin dokuz üyesinden üçünün ataması cumhurbaşkanı tarafından yapılır. Fransa Anayasa Mahkemesinin başkanı, cumhurbaşkanının atadığı üç üyeden birisidir. Cumhurbaşkanı oran olarak Fransa Anayasa Mahkemesi üyelerinin üçte birini atamaktadır.³⁶

Yüksek mahkemelerden birisi olan Yargıtay konusundaki cumhurbaşkanının yetkileri Anayasa'nın 154/4'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Burada "...Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcivekili, Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından gizli oyla belirleyeceği beşer aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından dört yıl için seçilirler..." düzenlemesine yer verilmiştir. Siyasi partilere kapatma davası açma gibi önemli konularda görev ve yetkileri olan Yargıtay cumhuriyet başsavcısıyla, başsavcı vekilini atama yetkisi cumhurbaşkanının yargı organı alanındaki önemli yetkilerinden birisini oluşturmaktadır.

Cumhurbaşkanının Danıştaya üye seçme konusundaki yetkileri ise Anayasa'nın 155/3'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idari yargı hakim ve savcılar ile bu meslekten sayılanlar arasından Hakimler ve Savcılar (...) Kurulu; dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir."

³³ ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s.178-179.

³⁴ 2017 Anayasa değişikliği ile "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu" isminden "Yüksek" ifadesi çıkarılmıştır.

³⁵ ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.163.

³⁶ KARAMAN, Ebru: "Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Mahkemelerinin Yapısı: Makedonya, Türkiye, Almanya, Avusturya, Fransa, İtalya ve İspanya", International Conference On Eurasian Economies 2014, Skopje - Macedonia 1-3 July 2014, s.990; TINÇ, s.226.

Cumhurbaşkanının Yargıtay Cumhuriyet başsavcısını ve vekilini seçme yetkisi ile Danıştaya üye seçme yetkisi eski hükümet sisteminde de var olan uygulamalardır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi cumhurbaşkanının Yargıtay ve Danıştay konusundaki anayasal yetkilerinde değişiklik getirmemiştir. Bununla birlikte başbakanlık makamının kaldırılması ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu³⁷ madde 2/2’de değişiklik yapılarak “Danıştay’ın yürütmeyle ilgili işleri Cumhurbaşkanlığı aracılığı ile yürütülür.” şeklinde belirtilmiş, cumhurbaşkanına bu Kanun’da çeşitli görev ve yetkiler verilmiştir. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun³⁸ 55. maddesinde ise döner sermaye konusunda bakanlar kuruluna verilen yetkiler cumhurbaşkanına tanınmıştır.

Cumhurbaşkanının üye atama yetkisine sahip olduğu bir diğer yüksek mahkeme ise Anayasa Mahkemesidir. 2017 Anayasa değişikliğiyle Anayasa Mahkemesinin üye sayısı on yediden on beşe düşürülmüştür. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde Anayasa Mahkemesi üyelerinin üç tanesi TBMM tarafından, on dört tanesi ise cumhurbaşkanı tarafından seçiliyordu. 2017 Anayasa değişikliği sonrasında Anayasa’nın 146. maddesi³⁹ uyarınca cumhurbaşkanı on beş adet Anayasa Mahkemesi üyesinden on iki tanesini seçer, kalan üç tanesini ise TBMM seçer. 2017 Anayasa değişikliği ile kaldırılan Askeri Yargıtayın ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin üyeleri de Anayasa’da belirtilen usullerle belirlenen kişiler arasından cumhurbaşkanı tarafından seçiliyordu. Anayasa değişikliği ile bu mahkemelerin kaldırılmasıyla cumhurbaşkanının bu yetkileri de kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesine Askeri Yargıtaydan ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden seçilen üyelikler de kaldırılmıştır. Cumhurbaşkanının belirlediği üye sayısı fiilen azalmış olsa da oransal olarak düşünüldüğünde cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesinin üyelerinin belirlenmesinde etkinliğinin azaltıldığı söylenemez.

Yüksek mahkemelere cumhurbaşkanı tarafından üye atanması uygulamasının birtakım demokratik ülkelerde⁴⁰ de olduğu düşünüldüğünde bu durumu tek başına, yargı bağımsızlığını zedeleyecek bir düzenleme olarak değerlendirmek mümkün değildir. Fakat atanan üyelerin cumhurbaşkanından talimat alması, cumhurbaşkanının açık ya da zımnî bazı işlem ya da eylemleriyle yargı organlarına müdahale etmesi, onları tesiri altına almak istemesi durumunda yargı bağımsızlığının zedeleneceği muhakkaktır.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin çoğunluğunun tek başına cumhurbaşkanı tarafından atanması, günümüzde partili cumhurbaşkanlığı sistemine geçiş ile yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkelerini ilk bakışta kuşkuya düşürebilir. Fakat Anayasa Mahkemesi üyelerinin on iki yıl görev yapmaları, ikinci kez seçilememeleri, cumhurbaşkanının beş yıllığına seçilmesi ve en fazla iki kez seçilebilmesi gibi hususlar birlikte düşünüldüğünde bu hususun yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına tesirinin zorlaştığı görülmektedir. Buradaki görev sürelerinin, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamada bir denge unsuru olduğu söylenebilir.⁴¹ Bu noktada Anayasa Mahkemesi üyelerinin çoğunluğunun cumhurbaşkanı tarafından atanmasının yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına doğrudan tesir eden bir faktör olmadığı iddia edilebilir. Bununla birlikte partili cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesine üye ataması konusunda yetkilerinin azaltılması ya da Amerikan başkanlık sisteminde olduğu gibi atama sürecinde meclisin onayının devreye girmesi,

³⁷ RG. 20.01.1982; 17580.

³⁸ RG: 08.02.1983; 17953.

³⁹ Madde 146 – “Anayasa Mahkemesi onbeş üyeden kurulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarından serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay (...) genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl rapörtörlük yapmış Anayasa Mahkemesi rapörtörleri arasından seçer....”.

⁴⁰ Örneğin Fransız Anayasa Konseyi, İtalya Anayasa Mahkemesi, Avusturya Anayasa Mahkemesi gibi. KARAMAN, s.989 vd.

⁴¹ Zira Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararların, günümüz cumhurbaşkanının mensup olduğu partinin görüşü ile zaman zaman uyuşmadığı görülmektedir. Örneğin bakınız; Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru Kararı, Yaman Akdeniz ve diğerleri, Başvuru No: 20014/3986, 02.04.2014; Erdem Gül ve Can Dündar, Başvuru No: 2015/18567, 25/2/2016; Kadri Enis Berberoğlu, Başvuru No: 2020/32949, 21/1/2021; <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 23.09.2021).

yapılan atamaların halk tarafından benimsenmesini artıracak ve yargı bağımsızlığı konusunda ortaya çıkabilecek kuşku ortadan kaldıracaktır.⁴²

2. Cumhurbaşkanının Hakimler ve Savcılar Kuruluyla İlgili Yetkileri

Cumhurbaşkanının yargı bağımsızlığı konusunda önemli bir yeri olan HSK üyelerinin bir kısmını atama yetkisi vardır.⁴³ Anayasa'nın 2017 Anayasa değişikliği öncesinde yürürlükte olan 159/2. maddesine göre HSK üç daire halinde çalışmakta ve yirmi iki asıl üye, on iki yedek üyeden oluşmakta idi.⁴⁴ Cumhurbaşkanı HSK'nın yirmi iki asıl üyesi içerisinde dört asıl üyesini seçmekte idi.⁴⁵

2017 Anayasa değişikliğiyle HSK üzerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. HSK'nın üye sayısı on üçe düşürülmüş, yedek üyelikler kaldırılmış ve iki daire halinde çalışacağı belirtilmiştir (Anayasa madde 159/2). Anayasa'nın 159/3'üncü maddesi "...Kurulun, üç üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcılar arasında, bir üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcılar arasında Cumhurbaşkanınca..." seçilir şeklinde cumhurbaşkanının HSK'ya üye seçimini düzenlemiştir. Bu hükme göre cumhurbaşkanı HSK'nın dört üyesini seçmektedir. Bununla birlikte adalet bakanının cumhurbaşkanı tarafından atandığı düşünüldüğünde cumhurbaşkanının, Anayasa'nın 159. maddesi uyarınca HSK'nın tabii üyesi olan adalet bakanıyla birlikte toplam beş üyeyi belirlediği söylenebilir. HSK üyesi olan adalet bakanı yardımcısını ise adalet bakanı belirlemektedir. HSK'ya TBMM'nin seçeceği yedi üye içerisinde cumhurbaşkanının mensubu olduğu partinin seçeceği üyelerin de bulunacağı düşünüldüğünde fiili olarak cumhurbaşkanının siyasi görüşüne uygun bir HSK çoğunluğunun ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu ise Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek mahkemelere üye seçme yetkisi olan ve hakimlerle savcılar üzerinde önemli yetkilere sahip olan HSK'nın tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşüren bir durumdur.

Yapılan bu değişiklik ile cumhurbaşkanının HSK üzerindeki etkinliği oldukça arttırılmıştır. Cumhurbaşkanı yirmi iki asıl üye içerisinde dört üyeyi seçmekte iken, yeni düzenleme uyarınca on üç asıl üye içerisinde dört üyeyi seçmektedir. Cumhurbaşkanının etkinliğinin oransal olarak arttığı açık bir şekilde görülmektedir.

⁴² Anayasa Mahkemesinin ilk kez kurulduğu 1961 Anayasası'nın 145. maddesinin ilk düzenlemesine göre "Anayasa Mahkemesi, onbeş asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Asıl üyelere dörtü Yargıtay, üçü Danıştay genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleriyle Başsavcı ve Başkanın sözcüsü arasında üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Bir üye, Sayıştay genel kurulunca kendi başkan ve üyeleri arasında aynı usulle seçilir. Millet Meclisi üç, Cumhuriyet Senatosu iki üye seçer. Cumhurbaşkanınca da iki üye seçilir. Cumhurbaşkanı bu üyelere birini, Askeri Yargıtay genel kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğuyla ve gizli oyla göstereceği üç aday arasında seçer. Anayasa Mahkemesi, kendi üyeleri arasında, gizli oyla ve üçte iki çoğunlukla, dört yıl için, bir Başkan ve bir Başkanvekili seçer; yeniden seçilmek caizdir."

⁴³Anayasa Mahkemesi HSK'nın bağımsızlığını doğrudan yargının bağımsızlığı ile ilişkilendirmektedir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda bunu şu cümlelerle ifade etmiştir; "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup, görev yapması; yasama, yürütme organlarından bağımsız olarak yetkilerini kullanması ve görevlerini yerine getirmesi kuralı Kurulda görev alan hâkimlerin her türlü etki, baskı, kuşku ve yönlendirilmeden uzak olarak, yalnızca Anayasa'ya, yasaya ve vicdanî kanaatlerine göre karar verebilmeleri demektir. ...Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun bağımsızlığı ise, Kurulu oluşturan üyelerin bağımsızlığı ölçüsünde gerçekleşir. ...Çünkü, Kurul üyelerinin bağımsız görev yapabildiği ölçüde hâkimlerin ve savcılarının bağımsızlığının güvenceye alınacağı kuşkusuzdur..."; Anayasa Mahkemesi, E.1992/37, K.1993/18; <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 20.08.2021).

⁴⁴ 5982 sayılı Kanunla yapılan 2010 Anayasa değişikliğinden önce yürürlükte olan Anayasa'nın madde 159/II hükmüne göre; "Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasında, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasında bir başkanvekili seçer." Bu düzenlemede Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun toplam yedi üyeden oluştuğu, bu üyelere ikisinin Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı müsteşarından oluştuğu, kalan üyelerin ise yüksek yargı organları içerisinde seçilip gönderilen kişiler arasında cumhurbaşkanı tarafından seçileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca Kurul üyelerinin büyük bir çoğunluğu cumhurbaşkanı tarafından atanmış olsa da dönemin uygulamasında partisiz cumhurbaşkanlığı sisteminin uygulandığı hatırlanmalıdır.

⁴⁵ Anayasa madde 159/ mülga 3. fıkrası; "...Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk, dallarında görev yapan öğretim üyeleri, ile avukatlar arasında Cumhurbaşkanınca, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasında Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasında Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasında, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcılar arasında adli yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcılar arasında idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir...".

Anayasa'nın 159. maddesinde adalet bakanı müsteşarının HSK'nın tabii üyesi olduğu belirtilmiş olmakla birlikte müsteşarlıkların kaldırılması ile 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'nda⁴⁶ değişiklik yapılarak adalet bakanı yardımcısının HSK'nın üyesi olduğu düzenlenmiştir. Anayasa koyucu HSK'nın yapısını ayrıntılı olarak düzenleyerek konu hakkında yapılacak kanuni düzenlemelerin çerçevesini açık bir şekilde çizmiştir. Adalet bakanı yardımcısının HSK'ya dahil edilmesinin anayasal dayanağı bulunmamaktadır.⁴⁷ Bu hususun çözüme kavuşturulması gerekir. Cumhurbaşkanı'nın HSK üzerindeki yetkileri bunlar olmakla birlikte cumhurbaşkanının emrinde çalışan adalet bakanının HSK'nın başkanı olması, adalet bakanı yardımcısının HSK'da yer alması, hakimlerin idari görevleri bakımından adalet bakanlığına bağlı olmaları, hakimlerin etkin bir hak arama mekanizmalarının olmaması gibi hususlar doktrinde eleştirilmektedir.⁴⁸ HSK'nın meslekten çıkarma haricindeki kararlarının yargı denetiminden muaf olması⁴⁹ hukuk devletini zedeleyici bir uygulama olarak hukuk sistemimizde varlığını devam ettirmektedir.

Yargı bağımsızlığının sağlanmasında HSK can alıcı bir yere sahiptir. Yargı bağımsızlığı konusunda yapılan eleştirilerin önemli bir bölümünü HSK'ya ilişkin eleştiriler teşkil etmektedir. HSK hakimleri ve savcılarının mesleki yaşamları bakımından kilit konumundadır ve yargıyla ilgili sorunların çözümüne buradan başlanmalıdır.⁵⁰ Bu nedenle HSK üyelerinin seçimi, HSK'nın meslekten çıkarma kararları haricindeki kararlarının yargı denetimine kapalı olması gibi konularda yeni anayasa yapımı sürecinde halkın beklentilerini karşılayan düzenlemelerin yapılması gerekir. Bu aynı zamanda demokratik hukuk devletinin gereğidir.

Cumhurbaşkanının HSK'ya üye atama yetkisi, HSK'nın ilk kez kurulduğu 1961 Anayasası⁵¹ döneminde mevcut olmayan bir uygulamadır.⁵² Cumhurbaşkanına HSK'ya üye atama yetkisi 1982 Anayasası ile verilmiştir. 2017 Anayasa değişikliğinden bu yana uygulanmakta olan partili cumhurbaşkanlığı sisteminde cumhurbaşkanının HSK'ya üye ataması, adalet bakanının HSK başkanı olması yargı bağımsızlığı konusundaki eleştirileri artırmıştır. Bu nedenle 1961 Anayasası'nın ilk düzenlemesinde olduğu gibi adalet bakanının HSK toplantılarına katılma yetkisinin olması fakat oylamalara katılamaması bir çözüm olarak benimsenebilir ya da üyelerin seçimi konusunda 1961 Anayasası'nda olduğu gibi HSK üyelerinin TBMM ve yüksek mahkemeler tarafından belirlenmesi modeli benimsenebilir. Bir diğer çözüm yolu ise cumhurbaşkanının belirlediği HSK üyelerinin sayısının azaltılması ya da TBMM'nin onayına sunulmasıdır. Yeni anayasa yapımı sürecinde bu hususun yeniden düzenlenmesi, diğer yandan adalet bakanının HSK'nın başkanı olması uygulamasına son verilmesi kamu vicdanına uygun olacaktır.

B. Yargı Organlarının Yürütme Organı ile İlgili Yetkileri

Yargı organının yürütme organı ile ilgili yetkileri konusunda cumhurbaşkanının yargılanması ve işlemlerinin hukuka uygunluğu denetimi konuları karşımıza çıkar. Cumhurbaşkanının yargılanması ya da işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi konusunda yargı organlarının resen harekete geçme yetkisi yoktur. Yargısal denetim mekanizması, yetkili kişi ya da organların

⁴⁶ RG: 18.12.2010; 27789.

⁴⁷ “Müsteşar meslekten yetişen güvenceli bir memur olmasına karşın, bakan yardımcısı hükümet görevde kaldığı müddetçe görev yapabilmektedir. Atanma usulleri aynı olsa da istisnai memur olarak düzenlenmesi ve atanma kriterlerinin daha kolay olması nedeniyle bakan yardımcılarının statüsü müsteşarın statüsünden farklıdır. Kariyer ve liyakat ilkesi bakan yardımcısı için uygulanmazken müsteşar için kariyer ve liyakat ilkeleri tam olarak uygulanmaktadır.”; BÖLÜKBAŞI, Mustafa Oğuzhan: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı ile Önceki Sistemdeki Bakan Yardımcısı ve Müsteşarın Kıyaslanması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 12(1), s.293.

⁴⁸ Konu hakkında detaylı açıklamalar için bakınız METİN, s.249; TANÖR, Bülent: Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD Yayını, İstanbul 1997, s.170.

⁴⁹ Bu konuda 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'nun 33. maddesinde “Yeniden inceleme, itiraz ve yargı yolu” başlığı altında kurul kararlarının yeniden inceleneceği belirtilmiş olsa da bu inceleme yargı yolu değildir ve kişilerin yargı yoluna başvurmalarının engellenmesine gerekçe olamaz.

⁵⁰ TANÖR, s.169; METİN, s.252.

⁵¹ RG: 31.05.1961; 10816.

⁵² 1961 Anayasası madde 143.- (Maddenin ilk şekli) “Yüksek Hâkimler Kurulu, onsekiz asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Bu üyelerden altısı Yargıtay genel kurulunca, altısı birinci sınıfa ayrılmış hâkimlerce ve kendi aralarından gizli oyla seçilir. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu, yüksek mahkemelerde hâkimlik etmiş veya bunlara üye olma şartlarını kazanmış kimseler arasından gizli oyla ve üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile üçer üye seçerler. Bu usülle Yargıtay genel kurulunca iki, birinci sınıfa ayrılmış hâkimler ile Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu tarafından birer yedek üye seçilir.... Adâlet Bakanı, Yüksek Hâkimler Kurulu toplantılarına katılabilir; oylamaya katılamaz.”; RG: 31.05.1961; 10816.

mevzuatta öngörülen prosedürü işletmesiyle ya da doğrudan yargı organına başvurmasıyla işlemeye başlar.

1. Cumhurbaşkanının Yargılanması

Cumhurbaşkanı konumu itibariyle kamu görevi ifa etmektedir. Doktrinde yapılan ayrıma göre dar anlamda kamu görevlisi, kamu hukuku rejimine tabi olan ve ücretli olarak mesleki bir sıfatla kamu tüzel kişilerinde iş yapan personeli ifade etmektedir. Geniş anlamda kamu görevlisi ise kamu hukuku rejimine tabi olan ve kamu tüzel kişilerinde görev yapan herkesi kapsamaktadır. Bu kapsamda cumhurbaşkanı geniş anlamda kamu görevlisi kavramına girmektedir.⁵³

Merkezi idarenin başkent teşkilatında ilk sırada bulunan cumhurbaşkanının toplumsal ihtiyaçları karşılamak maksadıyla yürütmüş olduğu idari görevlerinin yanı sıra devlet yönetimine yön vermek ve devletin yüksek siyasetini sağlamak gibi siyasi görevleri de bulunmaktadır.⁵⁴ Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile cumhurbaşkanının idari nitelikteki yetkileri ve görevleri artırılmıştır. Cumhurbaşkanının yetkilerini ve görevlerini rahat bir şekilde kullanabilmesi için karşı imza kuralı kaldırılarak, cumhurbaşkanının bütün işlemleri tek başına yapmasının önü açılmıştır.⁵⁵ Karşı imza kuralı uyarınca cumhurbaşkanı, tek başına yaptığı işlemler haricinde diğer işlemleri başbakan ya da ilgili bakan ile imzalıyordu. Bu işlemlerden dolayı cumhurbaşkanının bir sorumluluğu olmayıp, işlemi imzalayan karşı taraf sorumlu idi. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde ise cumhurbaşkanı tüm işlemlerini tek başına yapmaktadır. Bu durumda işlemlerden doğan sorumluluk da kendisine aittir. Cumhurbaşkanının gerek göreviyle ilgili hususlardan dolayı gerekse diğer hukuki ilişkilerinden dolayı cezai ve hukuki sorumluluğu ortaya çıkabilir.⁵⁶

a. Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu

2017 Anayasa değişikliğiyle yeni hükümet sisteminde cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunda yeniden düzenleme yapılmıştır. Önceki hükümet sisteminde parlamenter hükümet sistemine göre düzenlenen cumhurbaşkanının sorumluluğu, Anayasa değişikliğinden sonra başkanlık sistemindeki yapıya göre yeniden düzenlenmiştir.⁵⁷

2017 Anayasa değişikliği öncesinde Anayasa'nın 105. maddesinde cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı sorumlu tutulabileceği düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi ile üye tamsayısının en az dörtte üçünün kararıyla Yüce Divana gönderilebiliyordu.

2017 Anayasa değişikliği sonrasında Anayasa'nın 105. maddesi;

“Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir. ... Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir.”

şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre görev suçu kişisel suç ayrımı yapılmaksızın cumhurbaşkanı hakkında soruşturma açılabilir. Böylelikle 2017 Anayasa değişikliği öncesinde cumhurbaşkanının soruşturulabilmesi için aranan kişisel suç, görev suçu ayrımı bu düzenleme ile kaldırılmıştır.⁵⁸ Bununla birlikte ‘görev suçu’ kavramı Anayasa'nın 148. maddesinden çıkarılmamıştır. Anayasa Mahkemesinin yetkilerini ve görevlerini düzenleyen Anayasa'nın 148. maddesinde Anayasa Mahkemesinin cumhurbaşkanı, görevi ile ilgili işlediği iddia edilen suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılayacağı belirtilmiştir. Bu durumda Anayasa'nın 105. maddesindeki düzenleme ile 148. maddesi arasında normlar çatışması ortaya çıkmıştır. “Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından uygulamada bunlardan

⁵³ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C II, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2019, s.644.

⁵⁴ ATAY, Ender Ethem: “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 140. Yıl, 12 Mayıs 2008, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2009, s.139; KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri, Cilt I, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.133.

⁵⁵ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. I, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2019, s.334.

⁵⁶ Ayrıca cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğu bulunmakla birlikte, bu husus yargı-yürütme ilişkileri kapsamında kalmadığı için bu çalışmada incelenmeyecektir.

⁵⁷ DOĞAN, Bayram/DOĞAN, İdris: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2020, s.474.

⁵⁸ ULUSOY, Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.177; EREN, s.866; Anayasa madde105/ mülga 3. fıkrası; “Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır.”.

birine öncelik tanımak mümkün değildir.”⁵⁹ Bu durumda ortaya çıkan ihtilafın, kuralların çatışması konusunda benimsenmiş olan genel ilkelerine göre çözümlenmesi gerekir. Aynı değerdeki çatışan iki kural arasındaki normlar ihtilafında önceki kural-sonraki kural prensibi uyarınca sonraki kuralın önceki kuralı zımni olarak ilga ettiği kabul edilir. Bu durumda sonraki kural niteliğindeki Anayasa'nın 105. maddesindeki düzenlemenin, 108. maddesindeki düzenlemeyi zımnen ilga ettiği çıkarımı yapılabilir. Ortaya çıkabilecek ihtilafların engellenmesi için buradaki en uygun çözüm anayasaya koyucunun bu çatışmayı ortadan kaldıracak şekilde düzenleme yapmasıdır.

Yapılan düzenlemelere bakıldığında cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna gidilmesinin, parlamenter sisteme göre daha kolaylaştırıldığı söylenebilir. Yeni hükümet sistemine göre cumhurbaşkanı işlediği tüm suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanabilir. Yeni hükümet sisteminde cumhurbaşkanının Yüce Divana sevk edilmesi için üye tam sayısının üçte ikisi oranında bir sayının yeterli olması açısından da cumhurbaşkanının sorumlu tutulması eski düzenlemeye göre daha kolaylaştırılmıştır.⁶⁰

Önceki düzenlemelere göre cumhurbaşkanının yargılanması kolaylaşmış olsa da bu sayılara ulaşmanın güç olacağı, cumhurbaşkanının işlemiş olduğu ağır suçlar bakımından bile TBMM' de bu oranların gerçekleşmesi gerektiğinden, bu oranların sağlanamaması durumunda cumhurbaşkanının yargılanmasının mümkün olmayacağı gerekçesi ile bu düzenleme doktrinde eleştirilmiştir. Doktrinde cumhurbaşkanının parti üyesi veya genel başkanı olması halinde, kendi partisinin milletvekillerinin listeye yeniden girememeye kaygısı ile cumhurbaşkanı aleyhine oy vermekten kaçınmasının gündeme gelebileceği, diğer yandan cumhurbaşkanını yargılayacak organ olan Anayasa Mahkemesi üyeleri büyük oranda cumhurbaşkanı tarafından atandığı için üyelerin objektif karar verme ihtimallerinin tehlikeye düşeceği iddia edilmektedir.⁶¹

Cumhurbaşkanının yargılanabilmesi için aranmakta olan TBMM yeter sayıların ağır olduğu yönündeki görüşlere katılıyoruz. 2017 öncesindeki düzenlemeye göre cumhurbaşkanı hakkında soruşturma açılabilmesi için gerekli yeter sayı bakımından soruşturma açma usulü kolaylaştırılmış olsa da yeni düzenlemenin de işletilmesi güç bir usul olduğu görülmektedir. Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili olan ve olmayan suçlar bakımından bir ayırım yapılması gerektiğini, görev suçu dışında kalan suçlar bakımından cumhurbaşkanının yargılanabilmesinin kolaylaştırılmasının daha hakkaniyetli olacağını değerlendirmekteyiz. Günümüzde olduğu gibi cumhurbaşkanının partinin genel başkanı ya da parti üyesi olması, kendi partisinden olan milletvekilleri üzerinde tesir edebilme ihtimalini gündeme getirmektedir. Bu nedenle özellikle TBMM çoğunluğunun cumhurbaşkanı ile aynı partiye mensup olması durumunda, cumhurbaşkanının yargılanması konusunda verilecek kararlara şüphe ile yaklaşılabilir. Diğer yandan cumhurbaşkanı ile TBMM çoğunluğunun farklı partilere mensup olması durumunda bu yönde bir şüphe ortaya çıkmayacaktır. Yeni anayasa çalışmaları kapsamında bu konu yeniden düzenlenebilir.

b. Cumhurbaşkanının Hukuki Sorumluluğu

Cumhurbaşkanının hukuki sorumluluğu konusunda göreviyle ilgili işlemler ve diğer işlemler bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Cumhurbaşkanın göreviyle ilgili işlemler bakımından 2017 Anayasa değişiklikleri öncesinde sorumluluğunun olmadığı söylenebilir. Değişiklikten önce yürürlükte olan Anayasa'nın 105. maddesinin 1. fıkrasında, cumhurbaşkanının başbakan ve ilgili bakan ile yapmış olduğu işlemlerden dolayı ilgili bakanın ya da başbakanın sorumlu olacağı ifade edilmişti. Anayasa'nın 125. maddesinin 2. fıkrasında ise cumhurbaşkanının tek başına yapmış olduğu işlemlerin yargı denetimi dışında kalacağı belirtilmişti. 2017 Anayasa değişikliği sonrasında bu düzenlemelerin kaldırılması ile cumhurbaşkanının göreviyle ilgili işlemler nedeniyle hukuki sorumluluğunun doğduğu görülmektedir.⁶²

Anayasa madde 125/7'ye göre idare kendi işlemlerinden ve eylemlerinden kaynaklanan zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Anayasa'nın 129/4. maddesinde ise “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.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu kapsamda cumhurbaşkanının görevi ile

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, E.2017/167, K.2017/172, paragraf 16; <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 06.07.2021).

⁶⁰ ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s.184.

⁶¹ Bakınız: ATAY, İdare Hukuku, s.166.

⁶² KALABALIK, s.149.

ilgili konulardan ya da görevini ifa sebebiyle vermiş olduğu zararlardan dolayı uğranılan zararın tazmini için doğrudan cumhurbaşkanına başvurulamaz. Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili ya da görevi esnasında yapmış olduğu fiil ya da işlemlerden dolayı davalı idare olan cumhurbaşkanlığına karşı tam yargı davası açılabilir. Diğer yandan rücu şartları oluştuysa ödenen tazminattan dolayı cumhurbaşkanına rücu edilebilir.

Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili olmayan ya da göreviyle bağı kesilen işlemlerden dolayı hukuki sorumluluğuna ilişkin Anayasa’da bir düzenleme yapılmamıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince cumhurbaşkanının kişilere vermiş olduğu zararlardan ötürü genel hükümlere göre hukuki sorumluluğu doğabilir.⁶³ Göreviyle irtibatı olmayan konularda vermiş olduğu zararlar bakımından cumhurbaşkanının sorumluluğu normal vatandaşlar gibidir. Bu durumda, cumhurbaşkanı kişilere vermiş olduğu zararlar konusunda genel mahkemelerde davalı olabilir.

2. Cumhurbaşkanlığı İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetimi

Günümüzde toplumsal ihtiyaçların artması üzerine idari fonksiyon kapsamında yapılan faaliyetler oldukça yoğunlaşmıştır. Bu kapsamda yürütme organı kişilerin hukuki ilişkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyen birtakım işlemler yapmaktadır. İdari faaliyetlerin hukuka uygunluğunun sağlanması temel haklar ve özgürlükler açısından hayati öneme sahiptir. Zira yürütme organı ve idare organları devletin asıl uygulayıcı organları olduğu için temel haklara ve özgürlüklere yönelik en tehlikeli tehditler, genellikle bu organlardan gelmektedir. Bu nedenle idari faaliyetlerin hukuka uygunluğunun bağımsız mahkemeler tarafından denetlenmesi kesin bir gerekliliktir.⁶⁴

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, yürütme organı konumunda olan cumhurbaşkanının işlemleri hukuka uygunluk denetimine tabidir. 2017 Anayasa değişikliği ile hukuk devletinin temel gereği olan idarenin her türlü işleminin yargı denetimine tabi olacağı ilkesine uygun olarak, Anayasa’da yer alan cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetiminden muaf olduğuna ilişkin hüküm Anayasa’dan çıkarılmıştır.

a. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri cumhurbaşkanının doğrudan doğruya Anayasa’dan aldığı yetkiyle çıkarmış olduğu düzenleyici işlemlerdir.⁶⁵ Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanun hükümlerinin çatışması durumunda kanun hükümleri uygulanır ve kanunda açıkça düzenlenmiş olan konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. TBMM’nin aynı konuda kanun çıkarması halinde cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz kalır. “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.” (Anayasa madde 104/17).

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin en göze çarpan özelliği cumhurbaşkanına ilk elden, belirli konularda düzenleme yapma yetkisinin verilmiş olmasıdır. Yürütme organının diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak cumhurbaşkanı, Anayasa’da belirlenen yetki sınırları kapsamında, yasama organının onayı olmadan veya herhangi bir kanuna dayanmadan cumhurbaşkanlığı kararnameleri vasıtasıyla düzenleme yapabilir.⁶⁶

2017 Anayasa değişikliği öncesinde de hukuk sistemimizde cumhurbaşkanlığı kararnameleri bulunmakta olup ilk halinde sadece cumhurbaşkanlığı genel sekreterliğinin teşkilatına, kuruluşuna, personel atama işlemlerine ve çalışma esaslarına ilişkin konularda çıkarılabiliyordu.⁶⁷ 2017 Anayasa değişikliği öncesinde, Anayasa’nın mülga 91. maddesi uyarınca bakanlar kurulunun kararname çıkarma yetkisi vardı. Bakanlar kurulunun çıkarmış olduğu kararnamelerin cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile benzeştiği hususlar olduğu gibi ayrıştığı hususlar da vardır. Bu farklar genel olarak ifade edilecek olursa, bakanlar kurulunun olağan dönemde kanun hükmünde kararname çıkarabilmesi için meclisten yetki alması gerekmektedir, oysa cumhurbaşkanının kararname çıkarabilmesi için meclisten yetki almasına gerek yoktur. Kanun hükmünde

⁶³ ULUSOY, s.179; KALABALIK, s.149.

⁶⁴ ERDOĞAN, s.139.

⁶⁵ ATAR, Yavuz: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi” (Anayasallık Denetimi), Anayasa Yargısı Dergisi, 36(1), 2019, s.242.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, E.2018/133, K.2021/70; Anayasa Mahkemesi, E.2018/126, K.2020/32; Anayasa Mahkemesi, E.2018/125, K.2020/4; Anayasa Mahkemesi E.2018/91, K.2020/10; <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.12.2021).

⁶⁷ Anayasa mülga madde 107; “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.”

kararnameler kollektif işlem niteliğindedir ve bunlarla kanunlar değiştirilebilir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar değiştirilemez ve bunlar sadece cumhurbaşkanının iradesi ile çıkarılabilen basit işlem niteliğindedir. Kanun hükmünde kararnamelerin Resmi Gazete’de yayımlandıkları gün TBMM’nin onayına sunulmaları gerekirken olağan dönem cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin TBMM’nin onayına sunulmaları gerekmez. Kanunlar ile kanun hükmünde kararnameler arasındaki norm çatışması ‘genel normlar çatışması çözüm kurallarına’ göre çözümlenirken, cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kanunlar arasında norm çatışması ortaya çıkarsa kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.⁶⁸

Olağan dönemde ve olağanüstü dönemde çıkarıldığı için cumhurbaşkanlığı kararnameleri iki çeşittir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri cumhurbaşkanının doğrudan doğruya Anayasa’dan yetki alarak çıkarmış olduğu düzenleyici işlemler olduğu için yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna dayanması zorunlu değildir.⁶⁹

Anayasa’da cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütme alanına ilişkin konularda çıkarılabileceği ifade edilerek, yürütme organına geniş bir alanda düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte cumhurbaşkanının çıkarabileceği kararnameler konu bakımından birtakım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecek alan belirtilerek, cumhurbaşkanlığı kararnamesinin sınırları çizilmiştir.

Olağan dönem cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa’ya uygunluk denetimi yapılır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunlara uygunluğunun denetimi söz konusu değildir. Olağan dönem cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa’ya uygunluk denetimi, kanunlarda olduğu gibi esas ve şekil denetimi şeklinde yapılmaktadır. Esas denetiminde normun içeriği yani konusu, sebebi ve amacı gibi unsurlar bakımından Anayasa hükümleriyle çatışıp çatışmadığı incelenir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri konu bakımından sınırlandırılmış olup Anayasa’da müsaade edilen konularda bu kararnameler ile düzenleme yapılabilir. Bu düzenlemelerin Anayasa’ya uygun olması gerekir.⁷⁰

Şekil bakımından denetim ise normların Anayasa’da belirtilen şekil, usul ve yetki kurallarına uygunluğunun denetimidir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil açısından denetiminde Anayasa’nın belirlemiş olduğu bir kriter bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil bakımından denetimi, yetkili organ olan cumhurbaşkanı tarafından çıkarılıp çıkarılmadığıyla sınırlı olacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin cumhurbaşkanlığı haricinde başka bir organ tarafından çıkarılması halinde yetki sakatlığı ortaya çıkar.⁷¹

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasaya aykırılığı gerekçesiyle iptal davası açabilecek kişiler arasında cumhurbaşkanı da bulunmaktadır. Hayatın olağan akışı gereğince cumhurbaşkanının kendi çıkarmış olduğu kararnameye karşı anayasaya aykırılık iddiasında bulunmayacağı düşünüldüğünde, cumhurbaşkanlığı kararnamelerini anayasaya uygunluk denetimine götürebilecek kişiler kanunlara, TBMM içtüzüğüne ve anayasa değişikliklerine göre daha dardır.

Cumhurbaşkanına olağanüstü hallerde de kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Burada ‘olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda’ ifadesi ile konu bakımından cumhurbaşkanının yetkileri sınırlandırılmıştır. Olağanüstü dönem cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ayrıca Anayasa’nın 104/17’nin ikinci cümlesinde belirtilen “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler” hakkında da düzenleme yapılabilir (Anayasa madde 119/6). Olağanüstü dönemlerde ve savaşta yürürlüğe giren cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin esas ve şekil bakımından Anayasa’ya uygunluk denetimi yapılamamaktadır (Anayasa madde 148/1). Olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi TBMM tarafından yapılır. Bu kararnameler için sadece siyasal denetim söz konusudur, bunların yargısal denetimi tıpkı olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerin de olduğu gibi mümkün değildir. Bunların kanunlaşması durumunda anayasaya uygunluklarının denetimi söz konusu olabilir.⁷²

⁶⁸ ÖZYAR, Mustafa: “Mevzuatımızda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Ombudsman Akademik Dergisi, 7(13), 2020, s.163-164.

⁶⁹ ATAR, Anayasallık Denetimi, s.242.

⁷⁰ ATAR, Anayasallık Denetimi, s.251-252.

⁷¹ ATAR, Anayasallık Denetimi, s.251-252.

⁷² AKYILMAZ, Cemre: “2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 23(1), 2019, s.204.

Normlar hiyerarşisinde cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin nerede bulunduğu konusu tartışmalı olup bu konuda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerin ilki, cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda değişiklik yapılamayacağına, kanun ile cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çatışması durumunda kanuna üstünlük tanınacağına ilişkin düzenlemeler gerekçe gösterilerek cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunların altında, yönetmeliklerin üzerinde yer aldığı kabul etmektedir. İkinci görüş ise cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetiminin kanunlar gibi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması, bu denetimin kanuna uygunluk denetimini kapsamadığı yönündeki düzenlemeleri göz önünde tutarak, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunlar ile aynı düzeyde olduğunu savunmaktadır. Üçüncü görüş olan karma görüş ise Anayasa’da açıkça cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen konularda çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnamelerini kanun ile aynı düzeyde, cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma konusunda genel hüküm olan Anayasa madde 104/17’ye dayanarak çıkarılan kararnameleri ise kanun altı düzeyde kabul etmektedir.⁷³

Bu görüşler arasında katıldığımız görüş ikinci görüştür. Kanımızca normlar hiyerarşisi konusunda cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunların aynı düzeyde olduğu söylenebilir. Zira anayasa koyucu cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna uygunluğunu şart koşmamıştır. Kanun ile cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çatışması durumunda anayasa koyucunun kanuna üstünlük tanınması, cumhurbaşkanlığı kararnamesini kanunun altında bir norm haline getirmez. Bilakis normlar çatışması aynı düzeydeki iki norm arasında söz konusu olacağı için bu düzenlemeden her iki normun aynı düzeyde kabul edilebileceğini değerlendirmekteyiz.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin fiiliyata dökülmesi ile bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile çeşitli davalar açılmaya başlanmıştır. Anayasa mahkemesi konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarında, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde konu bakımından yetkiye ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi yürütme yetkisine ilişkin konularda, bunun yanı sıra Anayasa’da belirtilmiş olan bazı konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi düzenlenebileceğini, münhasıran kanunla düzenlenen konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağını, bu kavramdan kastedilenin kanun koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konular olduğunu belirtmiştir.⁷⁴

⁷³ ŞAHİN, Erdal: Yasallık İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2021, s.61 vd.; Bu konudaki görüşler için bakınız ATAR, Anayasallık Denetimi, s.242-245; GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt I, s.346.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesinin bu konuda vermiş olduğu ilk kararları; Anayasa Mahkemesi, E.2018/125, K.2020/4; Anayasa Mahkemesi, E.2019/31, K.2020/5; Anayasa Mahkemesi, E.2019/78, K.2020/6 olan kararlarıdır. Anayasa Mahkemesi, E.2018/133, K.2021/70; “...5. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeyle yürütme yetkisine ilişkin olmak kaydıyla CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanı’na genel bir yetki verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, yeni hükümet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanının genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda Cumhurbaşkanı’na CBK çıkarılmasına imkân tanımak amacıyla ilk elden düzenleme yapma yetkisinin tanıdığı ifade edilmiştir.

6. Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasa’nın diğer bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların CBK ile düzenleneceği ayrıca ifade edilmiştir. Bu kapsamda Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK’larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa’nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.

7. Anayasa’nın 148. maddesinde CBK’ların şekil ve esas bakımından Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesi öngörülmüş, yargısal denetim görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

8. Anayasa’da Cumhurbaşkanı’na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa’da CBK’yla düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.

9. Anılan fıkranın birinci cümlesinde Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği ifade edilmiştir. Buna göre yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

10. Fıkranın ikinci cümlesinde “Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin” CBK’yla düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca belirtilen alanlarda CBK ile düzenleme yapılamaz.

11. Fıkranın üçüncü cümlesinde de Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa’da

Anayasa Mahkemesi, Anayasa madde 104/17'nin ilk dört cümlesine göre cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından yetki sınırlarına ve özellikle üçüncü ve dördüncü cümlelerine, yani "Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" ve "kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" hükümlerine, 'münhasır kanun alanı' kavramının neyi ifade ettiğine açıklık getirmiştir. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülmüş olan konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu maddede geçen 'açıkça düzenleme' kavramının neyi ifade ettiğine de açıklık getirmiş ve açık düzenlemenin olup olmadığının nasıl tespit edileceğini belirtmiştir.⁷⁵ Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi 'kanunda açıkça düzenleme' durumunun olup olmadığını tespit etmek için öncelikle, karşılaştırılabilecek bir kanunun olup olmadığını tespit edilmesi gerektiğini, böyle bir kanun var ise ilgili cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bu kanun tarafından açık bir şekilde düzenlenen bir konuyu düzenleyip düzenlemediğinin incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁶

b. Cumhurbaşkanının Diğer İşlemlerinin Yargısal Denetimi

Cumhurbaşkanının, cumhurbaşkanlığı kararnameleri haricinde yönetmelik, karar, genelge ve yönerge gibi yapmış olduğu bazı hukuki işlemler vardır.⁷⁷ Cumhurbaşkanının cumhurbaşkanlığı kararnameleri haricindeki diğer hukuki işlemlerinin hukuka uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaz. Bunların denetimi 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun⁷⁸ 24/1'inci maddesi uyarınca Danıştay tarafından yapılır. Buna göre cumhurbaşkanı kararlarına ve cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnameleri haricindeki düzenleyici işlemlere karşı açılacak tam yargı ve iptal davalarını, Danıştay ilk derece mahkemesi olarak karara bağlar.⁷⁹

IV. SONUÇ

2017 Anayasa değişikliği ile getirilen cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, yürütme ile yargı organı arasındaki hukuki ilişkilerde tartışmalı birtakım hususlar bulunmaktadır. Yeni hükümet sisteminde yürütme organının güçlendirilmesi ile yargı konusundaki yetkileri de artırılmıştır. Yapılan değişiklikler çerçevesinde cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin, yürütme ve yargı organı ilişkileri kapsamında Türkiye'de yargı bağımsızlığı konusunda mevcut durumu ileri taşıyacak düzenlemeler getirmediği söylenebilir. Bu çerçevede cumhurbaşkanının yargı organları

kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.

12. Fıkranın dördüncü cümlesinde ise kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. Anılan hükme göre Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılması için CBK'yla düzenlenecek konunun kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olması gerekir.

13. CBK'ların yukarıda belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılması gerekmektedir. Aksi takdirde içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa bile bu düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez. Dolayısıyla CBK'ların yargısal denetiminde öncelikle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunun ele alınması gerekir. Anılan fıkra yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda ise bu defa CBK'ların içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmalıdır..."; Benzer açıklamalar için bakınız Anayasa Mahkemesi, E.2019/77, K.2021/2; Anayasa Mahkemesi, E.2020/58, K.2021/19; Anayasa Mahkemesi, E.2018/134, K.2021/13; <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.12.2021).

⁷⁵ SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar- İlk İzlenimler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (151), 2020, s.24-25.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, E.2019/31, K.2020/5, Karar Tarihi: 23/1/2020; "...Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz" denilmiştir. Buna göre öncelikle CBK'ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığını tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça bırakılmadığı konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığını tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır..."; <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.12.2021).

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, E.2019/105, K.2020/30, § 36; Anayasa Mahkemesi, E.2018/124, K.2020/56, § 25; "...CBK'ya tanınan bu asli yetkinin, başka bir idari işleme bırakılması mümkün değildir. Bununla birlikte yürütme organının CBK çıkarmaya yetkili olduğu konuya ilişkin her türlü ayrıntıyı CBK ile düzenlemesi ve bu düzenlemelerin gereğini bizzat yerine getirmesi gerekli olmayıp CBK ile konuya ilişkin temel kuralları belirledikten ve genel çerçeveyi çizdikten sonra bu çerçevenin içinde kalan hususları, düzenleyici nitelikteki diğer işlemlerle belirlemesi ve bu düzenlemeler kapsamında yerine getirilmesi gerekli tasarrufları da ilgili idareye bırakması mümkündür..."; <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 14.12.2021).

⁷⁸ RG: 20.01.1982; 17580.

⁷⁹ Örneğin Danıştay, 8. Daire, E.2021/2411, K.2021/2134; Danıştay, 10. Dairesi, E.2021/1747, Karar Tarihi: 28.06.2021; <https://legalbank.net/belge>, (Erişim Tarihi: 15.12.2021).

konusundaki yetkilerinin yeniden gözden geçirilmesi gerekir.

Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan "Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler yargı denetimi dışındadır" ifadesinin kaldırılmasında olduğu gibi, cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin hukuk devleti konusunda getirmiş olduğu bazı olumlu düzenlemeler bulunsa da yargı bağımsızlığı konusunda olumlu düzenleme olarak getirmiş olduğu bir düzenleme neredeyse yok gibidir. Yeni hükümet sisteminde cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun vatana ihanetle sınırlandırılmayıp genişletilmesi olumlu bir düzenlemedir. Cumhurbaşkanının yapmış olduğu işlemlerden dolayı hukuki sorumluluğunun var olması da olumlu bir düzenleme olarak ifade edilebilir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesi üzerindeki atama yetkilerinde sayısal olarak azalma olsa da oransal olarak azalma olmamıştır. Cumhurbaşkanının HSK'nın bir kısım üyelerini belirleme yetkisi ise önceki düzenlemeye göre oransal olarak artırılmıştır. Anayasa Mahkemesi ve hakimlerin atanmaları, terfileri gibi konularda önemli görevleri olan HSK üyelerinin fiilen ağırlıklı olarak partili cumhurbaşkanı tarafından belirlenmesi zaman içerisinde yargı bağımsızlığına yönelik bir tehdit olarak ortaya çıkabilir. Bu riskin ortadan kaldırılması için Anayasa Mahkemesine ve HSK'ya üye seçim yetkisinin yüksek mahkemelere ve TBMM'ye bırakıldığı bir model benimsenebilir. Diğer bir çözüm yolu olarak cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesine ve HSK'ya üye atamalarının TBMM'nin onayına sunulması gösterilebilir. Bu çözümlerden birisinin tercihi, ortaya çıkabilecek kuşuları hafifletecek ve atamaların toplum tarafından benimsenmesini artırıp kamu vicdanını tatmin edecektir. Bununla birlikte mevcut düzenlemelerde cumhurbaşkanının hiçbir işleminin TBMM onayına tabi olmadığı düşünüldüğünde bu görüşün kolay benimsenecek bir görüş olamayacağı da açıktır.

Yeni anayasa çalışmaları kapsamında yargı bağımsızlığı üzerinde kuşku yaratacak düzenlemelerin kaldırılması ve bunun akabinde gerekli kanuni düzenlemelerin yapılması, yeni hükümet sisteminde kaçınılmaz bir zorunluluk gibi görünmektedir. Yeni anayasa yapım sürecinde cumhurbaşkanının yargı organları konusundaki atama yetkilerinin, hukuk devleti ilkesinin gereği olan yargı bağımsızlığını güçlendirecek şekilde yeniden düzenlenmesi gündeme getirilmelidir. Temel hakların ve hürriyetlerin güvencesi niteliğinde olan yargı bağımsızlığı üzerindeki gölgeleri kaldıracak düzenlemelerin yapılması demokratik hukuk devletinin temel gereğidir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Cemre: "2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 23(1), 2019, s.191-207.
- ATAR, Yavuz: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", Anayasa Yargısı Dergisi, 36(1), 2019, s.241-259.
- ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- ATAY, Ender Ethem: "Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Işığında Danıştay", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVII(1-2), 2013, s.1129-1154.
- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- ATAY, Ender Ethem: "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 140. Yıl, 12 Mayıs 2008, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2009, s.123-148.
- BEKTAŞ, Eda: "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama-Yürütme İlişkisi ve Bu Sistemin Türkiye Demokrasisine Etkileri", Yasama Dergisi, (39), 2019, s.199-218.
- BÖLÜKBAŞI, Mustafa Oğuzhan: "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı ile Önceki Sistemdeki Bakan Yardımcısı ve Müsteşarın Kıyaslanması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 12(1), s.287-303.
- ÇAVDAR ÇAPAR, Asuman: Hukuk Devletinde Yargı Bağımsızlığı, Cumhuriyet Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sivas 2005.
- DEMİRCİ, Savaş: Yasama-Yürütme ve Yargı Ekseninden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2018.
- DOĞAN, Bayram/DOĞAN, İdris: "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2020, s.468-483.
- ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2017.
- EREN, Abdurrahman: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- GÖZLER, Kemal: "Elveda Kuvvetler Ayrılığı Elveda Anayasa", Ankara Barosu Dergisi, (4), 2016, s.25-36.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C I, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2019.

- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C II, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2019.
- GÖZLER, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Pratik Çalışmaları, 7. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2016.
- KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri, Cilt I, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- KARAMAN, Ebru: “Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Mahkemelerinin Yapısı: Makedonya, Türkiye, Almanya, Avusturya, Fransa, İtalya ve İspanya”, International Conference On Eurasian Economies 2014, Skopje - Macedonia 1-3 July 2014, s.985-992.
- KOYUNCU, Cemal: Türkiye Örneğinde Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama ve Yürütme İlişkileri, Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Aydın 2021.
- METİN, Yüksel: “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, 27, 2010, s.217-272.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- ÖZDEMİR, Abdülkadir: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Türkiye Cumhuriyeti İdari Teşkilatına Getirdiği Yenilikler”, Journal of Academic Value Studies, 7(3), (2021), s.284-297.
- ÖZYAR, Mustafa: “Mevzuatımızda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Ombudsman Akademik Dergisi, 7(13), 2020, s.157-191.
- SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar - İlk İzlenimler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (151), 2020, s.1-27.
- ŞAHİN, Erdal: Yasallık İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2021.
- TANÖR, Bülent: Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD Yayını, İstanbul 1997.
- TINÇ, Mehmet Rıfat: Fransız Anayasa Hukuku Tarihçe & Kurumlar, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020.
- ULUSOY, Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- USLU, Ferhat: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Anayasa Hukukunun 99 Konusu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- YAMAN, Abdulsemet/ÜNAL, Havva: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Yürütme Erki Bağlamında Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 26(2), 2021, s.225-246.

PROTOKOL KURALLARININ KÖKENLERİ, DEVLET GELENEĞİNDEKİ YERİ VE HUKUKİ METİNLERE YANSIMALARI**THE ORIGINS OF THE PROTOCOL RULES, THEIR PLACE IN THE STATE TRADITION AND THEIR REFLECTIONS ON LEGISLATION**Tahir BAYSAL*  **Makale Bilgi**Gönderi: 23/12/2021
Kabul : 23/04/2022**Anahtar Kelimeler***Protokol Kuralları,
Yönetim,
Kamu Yönetimi,
Devlet Geleneği,
Saygınlık.***Article Info**Received: 23/12/2021
Accepted: 23/04/2022**Keywords***Protocol Rules,
Administration,
Public
Administration,
State Tradition,
Prestige.***Özet**10.21492/inuhfd.1040839 

Devlet yönetiminin yasal hükümlere göre örgütlenmesi ve işleyişinin yasal kurallara dayalı olması, hukuk devleti olmanın en önemli kriteridir. Protokol kurallarının ilk olarak sarayda ve kilisede doğduğu düşünülmektedir. Saray içi ilişkileri ve davranış kurallarını belirleyen kurallar ile uluslararası ilişkilerde uyulması öngörülen kurallar, yönetim geleneğinin bir parçası olmuş ve protokol kurallarına dönüşmüştür. Protokol kuralları zaman içerisinde kamusal alanın geneline yayılmış, tüm kurum ve kuruluşlar ile bu kurum ve kuruluşlarda görev alan yönetici konumunda olsun ya da olmasın tüm memurlar için uyulması gereken temel kurallar haline almıştır. Protokol kuralları devletler, uluslararası kuruluşlar ve bürokratik kuruluşların saygınlığı açısından son derece önem arz etmektedir. Protokol kurallarına uygun olmayan davranışlar ya da işlemler hem kurumların hem de yöneticilerin saygınlığına gölge düşürme potansiyeli taşır. Bu derece önem arz eden protokol kurallarından bazıları zaman içerisinde hukuki metinler içerisinde de yer alarak yasal nitelik kazanmıştır. Mevzuatta yer alan protokol kuralları üç başlık altında toplanabilir: Etkinliklerde (tören, davet, resmi toplantı vb.) uyulması gereken usul ve esaslara ilişkin kurallar; gerçekleştirilen hizmetin saygınlığına uygun kıyafet seçimine ilişkin kurallar; resmi yazışma kuralları. Ulusal ve/veya kurumsal temsil ilkelerinin, saygınlık uyandırıcı dış görünüm standartlarının ve resmi yazışma kurallarının yasal metinlerle düzenlenmiş olması, devlet geleneğinin de yönetim sürecinin asli unsurlarından biri olduğunu kanıtlamaktadır. Bu bakımdan geleneksel yönetim kuralları da kamu hukukunun temel kaynaklarından biri kabul edilebilir.

Abstract

The organization of administration according to legal provisions and its functioning based on legal rules are the most important criteria of being a law state. It is thought that the protocol rules were first born in the palace and in the church. The rules that determine the internal relations and the rules of behavior and the rules that are required to be followed in international relations have become a part of the administrative tradition and have turned into protocol rules. The protocol rules have spread throughout the public realm over time, and have become the basic rules to be followed for all institutions and organizations and all civil servants, whether they are administrators or not. Protocol rules are extremely important for the prestige of states, international organizations and bureaucratic institutions. Behaviors or transactions that do not comply with the protocol rules have the potential to bring into disrepute on the dignity of both institutions and administrators. Some of the protocol rules, which are of such importance, have gained legal character by taking place in legal texts over time. The protocol rules in the legislation can be classified under three headings: Rules regarding the procedures and principles to be followed in events (ceremonies, invitations, official meetings, etc.); rules for the selection of clothing appropriate to the dignity of the service performed; official correspondence rules. The fact that national and/or institutional representation principles, respectable appearance standards and official correspondence rules are regulated with legal texts proves that the governmental tradition is one of the essential elements of the administration process. In this respect, traditional administrative rules can be considered as one of the main sources of public law.

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

* Dr. Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı.

Atf Şekli | **Cite As:** BAYSAL Tahir, "Protokol Kurallarının Kökenleri, Devlet Geleneğindeki Yeri ve Hukuki Metinlere Yansımaları", İnÜHFD, 13(1), 2022, s.166-175. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The organization of administration according to legal provisions and its functioning based on legal rules are the most important criteria of being a constitutional state. In addition, states have also included principles and rules based on some national and international traditions in administration process. These rules, which are defined as protocol rules, are also called official etiquette rules.

It is thought that the protocol rules were first born in the palace and the church. There were certain rules of conduct that everyone in the palace had to follow according to their status. Likewise, the ceremonial rules of behavior that have been applied since the earliest times in the church are established. In addition, there are some traditional rules to be considered in international relations. These traditional rules are also important for the international representation of states. The rules that determine the internal relations and the rules of behavior and the rules that are required to be followed in international relations have become a part of the administrative tradition and have turned into protocol rules.

In addition, protocol rules have an important place in the Turkish administrative tradition. It is possible to see the essence of the protocol rules in the rules of correspondence between states. It is noteworthy that even in the times of the Göktürks and Uyghurs, the appointment of clerks for diplomatic correspondence and the determination of correspondence rules. These principles and rules were developed by the Ghaznavids and Karakhanids and became a tradition handed over to the Seljuks and the Ottomans by the Seljuks and Ilkhanids. The Ottoman Empire also maintained a state tradition in which the protocol rules were strictly enforced. However, the institutionalization of these rules became possible with Kanunname-i Âli Osman (Great Ottoman Empire Code of Laws) belonging to the period of Mehmet the Conqueror. During the reign of Suleiman the Magnificent, the protocol rules were regulated legally and a separate unit was established to implement the protocol rules. The unit created was named 'Teşrifat-ı Divan-ı Hümayun' (Etiquette of Imperial Council) and it was ensured that the rules of ceremonial were taught as a course in Enderun. This unit attained the status of a ministry during the Tanzimat Period.

Today, these duties are carried out by the General Directorate of Protocol attached to the Presidency. Protocol rules are of great importance for many institutions in Turkey. In particular, institutions such as the Presidency, the Grand National Assembly of Turkey, Turkish Armed Forces, the Ministry of Foreign Affairs, the Ministries of Internal Affairs and Turkish National Police are institutions that have to implement the protocol rules at a high level.

The protocol rules have spread throughout the public realm over time, and have become the basic rules to be followed for all institutions, organizations and all civil servants, whether they are administrators or not. In particular, the rules regarding the external appearance of public officials, the rules to be followed in official ceremonies, the rules applied regarding the written and oral communication processes are based on the protocol rules. Protocol rules are extremely important for the prestige of states, international organizations and bureaucratic institutions. Behaviors or transactions that do not comply with the protocol rules have the potential to bring into disrepute on the dignity of both institutions and administrators. For this reason, protocol rules have become a lifestyle for senior executives working in some institutions and organizations. There are even institutions or units in administrative system established to regulate the application principles of protocol rules.

Some of the protocol rules, which are of such importance, have gained legal character by taking place in legal texts over time. Not only in the legal systems of countries, but also in the international legal system, some established rules are based on protocol rules. In this study, an evaluation is not made in terms of international law rules. Arrangements based on protocol rules reflected in legal texts in the Turkish Legal System are examined.

The protocol rules in the legislation can be classified under three headings: Rules regarding the procedures and principles to be followed in events (ceremonies, invitations, official meetings, etc.); rules for the selection of clothing appropriate to the dignity of the service performed; official correspondence rules. This is because formal ceremonies, the semblance of public officials, and behavioral rules of communication are important considerations for institutional prestige.

The fact that national and/or institutional representation principles, respectable appearance standards and official correspondence rules are regulated with legal texts proves, that the governmental tradition is one of the essential elements of the administration process. In this respect, traditional administrative rules can be considered as one of the main sources of public law.

I. GİRİŞ

Yönetim, maddi ve beşeri kaynakların optimal düzeyde birleştirilmesi, kurumsal hedefleri gerçekleştirmek için etkin ve verimli yollar belirleme ve uygulama sürecidir. Diğer bir ifadeyle yönetim; emek, sermaye, donanım vb. kaynakların, kurumsal amaçları gerçekleştirmek üzere bir araya getirilip belirlenen plan ve ilkeler dâhilinde kullanılması¹ anlamına gelen bir kavramdır.

Kamu yönetimi, kamusal amaçları gerçekleştirmek üzere, kamu görevlileri ile araç-gereçlerin örgütlenmesi ve idaresi olarak tanımlanabilir. Bu boyutuyla, hem devletin örgütsel iş ve işlemleri, hem de bu iş ve işlemleri yürüten mekanizmayı içeren² bir kavramdır. Bir başka ifadeyle kamu yönetimi, kamusal ihtiyaçların karşılanması amacıyla oluşturulan en büyük sosyal örgüttür³.

Yönetici, bir kurum ya da kuruluşun başında olan, kurumsal amaç ve hedefleri gerçekleştirmek üzere personeli emir ve kumanda eden, kurum ya da kuruluşu sevk ve idare eden, üst düzey görevli⁴ olarak tanımlanabilir. Kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde görev yapan her düzeydeki idareci ise kamu yöneticisi olarak adlandırılır.

Protokol kelimesi, Fransızcadan (protocole) dilimize geçmiştir. Fransa’da bu kelime, resmi temaslarda ve merasimlerde önde bulunma hakkı ve/veya riayet edilmesi gereken davranış kuralları bütünü anlamında kullanılmıştır. Osmanlılarda bu kavramı büyük ölçüde karşılayan terim ‘teşrifat’⁵tır. Bu kurallar manzumesinin toplumsal yaşamdaki karşılığı ise ‘adab-ı muşeret’⁶ tir.

Protokol kelimesi, resmi evrakların asılları ve uluslararası konferans ve sözleşme tutanakları⁶ anlamının yanında resmi iş ve işlemlere ilişkin gelenekleri de içeren bir anlama sahiptir. Protokol kuralları, kamusal alanda tertip edilen her türlü merasim ve benzeri faaliyetlerde, resmi temaslarda ve görüşmelerde, hem devletlerarası hem de kurumlar arası ilişkilerde, yazışmalarda, davetlerde, toplantı ve ziyaretlerde uygulanan kurallar manzumesi olarak tanımlanabilir⁷.

Toplumsal davranış kuralları ile protokol kurallarının iç içe geçtiği ve birliktelik arz ettiği söylenebilir⁸. Bu anlamda protokole, ‘Resmi Görgü Kuralları’ da denebilir⁹. Elbette kamusal alan ile toplumsal alan arasındaki farklar ölçüsünde bu kurallar arasında da farklılıklar mevcuttur. Ancak köken olarak aradaki benzerlik yadsınamaz.

Toplumsal ilişkilerde yerleşik nezaket kuralları ile davranış biçimleri adab-ı muşeret ya da görgü kuralları olarak anılır. Buradaki temel farklılık, genel görgü kurallarının toplumların geçmişten gelen örf, adet, gelenek, kültür, inanç yapılarına dayanması; protokol kurallarının ise devlet geleneği ya da teamüller ile mevzuat hükümlerince belirlenmesi¹⁰ ve muhatabının resmi görevliler olmasıdır.

Toplumsal normlara uygun hareket etmek, görgü kurallarına uygun davranmak, bireylerin toplumsal rollerine göre uyması gereken genel geçer kuralların bir sonucuysen, protokol kurallarına uygun hareket etmek ise bireyin kişiliğiyle birlikte rütbesine ve makamına saygı duyulmasının bir sonucu¹¹ olarak görülmektedir. Prestij ya da itibar olarak da adlandırılan bu saygınlık, hem kişisel hem de kurumsal anlamda önem arz eder.

Saygınlık, son dönemlerde öne çıkan kavramlardan biridir. Günümüzde hem özel sektör hem kamu kurum ve kuruluşları için bir gereklilik haline gelen saygınlık, örgütsel yapılar için kıymetli

¹ ERYILMAZ, Bilal: Kamu Yönetimi, Umuttepe Yayınevi, İstanbul, 2021; GÖZLER, Kemal: Kısa İdare Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2021; GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2015.

² FİŞEK, Kurthan: Yönetim, Paragraf Yayınları, Ankara, 2005, s.12.

³ EMRE, Cahit: “Bürokrasi Siyaset Perspektifinde Yaygınlaşan Yolsuzluklar”, Kamu Görevlileri ve Siyasal Haklar Sempozyumu, 1996, s.72.

⁴ TÖRTÖP, Nuri: Personel Yönetimi, DİE Yayınları, Ankara, 1992, s.265.

⁵ DOĞAN, E./AYTÜRK N: “Temel Protokol Bilgisi”, Güvenlik Sektöründe Operasyonel Yöneticilik, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2013, s.227.

⁶ MISIRLI, İrfan: Sosyal Davranışlar ve Protokol Bilgisi, Detay Yayıncılık, Ankara, 2006, s.13.

⁷ AYTÜRK, Nihat: Protokol Yönetimi Kamusal Yaşamda Protokol Kuralları (Protokol Yönetimi), TODAİE Yayınları, Ankara, 2014, s.18.

⁸ ÜNLÜTÜRK, Alptekin: Sosyal Davranış Kuralları ve Protokol, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2012, s.11; FENMEN, Şefik: Protokol ve Sosyal Davranış Kuralları, Ajans Türk Matbaacılık, Ankara, 1990, s.13.

⁹ KORKMAZ ÖZCAN, Zişan: “Sekreterlik Mesleğinde Etik ve Protokol Kurallarının Önemi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2013/1, Büro Yönetimi Özel Sayısı, s.254.

¹⁰ OKUR, Suna: Suna Okur ile Zarafet, Görgü ve Protokol, Öteki Adam Yayınları, İstanbul, 2015, s.51.

¹¹ DEMİRKAYA, Harun: Sosyal Davranış ve Protokol, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2017, s.29.

bir ‘maddi olmayan duran varlık’ konumundadır¹². Örgütsel yapıların saygınlığı, sosyo-ekonomik faaliyetleri üzerinde doğrudan etki yapan bir faktördür¹³.

Kamu yöneticilerinin iş ilişkilerinde uyması gereken davranış kuralları, hem yasal hem toplumsal normlara uygun olmalıdır. Bununla birlikte, bazı tavır ve davranışlar, yöneticilerin kişisel özelliklerinden ve değer yargılarından bağımsız olarak, devlet geleneğinden kaynaklı kurallara göre şekillenmektedir. Bunlar, kurumsal görgü kuralları ya da davranışsal protokol kuralları olarak ifade edilebilir¹⁴.

Kurum ve kuruluşların, şirketlerin temsili noktasında misyon yüklenen yöneticilerin de hem kurumsal hem kişisel saygınlığa uygun tavır ve davranışlar sergilemesi gerekmektedir. Protokol kuralları, belli ölçüde bu tavır ve davranışların yerleşmesi ve kurumsallaşması açısından da önem taşımaktadır.

Devlet kurumlarının hizmet alanlarının çeşitliliğine bağlı olarak protokol kuralları, genel devlet protokolü kuralları, diplomatik protokol kuralları, mülki idare amirliğine ilişkin protokol kuralları, askeri protokol kuralları, akademik yaşamda protokol kuralları gibi alt başlıklarda ele alınabilmektedir¹⁵. Bu çalışmada bu ayrıma girmeksizin, yönetim geleneğimizde yer etmiş genel nitelikli protokol kuralları açısından değerlendirme yapılmaktadır. Betimsel ve tarihsel araştırma yöntemiyle, yazılı ve elektronik kaynaklar taranarak, protokol kurallarının tarihsel süreci ve mevzuata yansımaları irdelenmektedir.

II. PROTOKOL KURALLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Protokol kurallarının tarihsel olarak sarayda ve kilisede doğduğu öne sürülmektedir¹⁶. Özellikle imparatorluk dönemlerinde saray içi ilişkiler, iletişim ve davranış kalıpları, önceden belirlenmiş ve süregelen kurallar çerçevesinde yürütülmüştür. Başka ülkelerden gelen elçilerin ağırlanması, ülkeler arası yazışma ve haberleşme kalıpları da protokol kurallarının içinde kabul edilmektedir. Kilisenin egemen olduğu ortaçağ toplumlarında, kilisenin sahip olduğu ayrıcalıklı konum gereği, en az krallıklar kadar kilise içi işleyiş ve dış ilişkiler de belli protokol kurallarına tabi olmuştur.

Ülkeler arası ilişkilere ilişkin kuralların ise daha eski bir tarihe dayandığı, Yunanlılar döneminde diplomatik kuralların yerleşmeye başladığı ifade edilmektedir. Özellikle elçilerin dokunulmaz statüde değerlendirilmesi gibi temel kuralların önce Yunan medeniyetinde ortaya çıktığı sonra da Romalılar tarafından devam ettirildiği düşünülmektedir¹⁷.

19. yüzyıla kadar elçiler, gittikleri ülkelerin saraylarında, diğerlerinin önünde yer alıp hükümdarla yakınlık kurmak için birbirleriyle yarış halinde olmuştur. İlginç bir örnek olay, 1661 yılında Londra’da yaşanmıştır. Elçileri taşıyan arabaların birbirini geçmesi üzerine Fransa ile İspanya arasında diplomatik kriz meydana gelmiştir. İspanya Krallığı’nın özür dilemesi ve tazminat ödemeye razı olması sayesinde muhtemel bir savaşın önüne geçilebilmiştir¹⁸. Ülkelerin saygınlığı, elçilerine gösterilen muameleyle doğru orantılı kabul edilmiştir. Bu muamelelerde yaşanan herhangi bir hata ya da eksiklik, tarih boyu ciddi sorunlar yaratmıştır. Uygulanan protokol kuralları, devletlerin ve toplumların saygınlığını koruma amacına hizmet etmiştir¹⁹.

Yaşanan bu sorunların giderilebilmesi amacıyla 1815 yılında Viyana’da düzenlenen Kongre ile elçiliklerin uyması gereken kurallar ve öncelikler belirlenerek anlaşma metni hazırlanmış ve imzaya sunulmuştur. Bu sayede uluslararası ilişkilerde uyulması gereken (diplomatik) protokol kuralları uluslararası düzeyde belirlenmiştir²⁰.

III. TÜRK DEVLET GELENEĞİNDE PROTOKOL KURALLARI

Bizim devlet geleneğimizde de protokol kurallarının önemli bir yer tuttuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Protokol kurallarının ilk nüvelerini devletlerarası yazışma kurallarında görmek mümkündür. Göktürkler ve Uygurlar zamanında dahi diplomatik yazışmalar için kâtip

¹² DAVIES, David: Risk Management-Protecting Reputation Risk Management-The Holistic Approach. Computer Law& Security Report, 2002, s.414.

¹³ KARATEPE, Selma: “İtibar Yönetimi: Halkla İlişkilerde Güven Yaratma”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 2008, s.78.

¹⁴ ASLAN, M. Nizar: Protokol ve Sosyal Davranış Kurallarına Giriş, Der Yayınları, İstanbul; BAĞIŞLAR, Yüksel: Protokol Görgü ve Nezaket Kuralları, Yükseliş Yayınları, Ankara.

¹⁵ YILMAZ, Yaşar: Kamusal ve Toplumsal Yaşamda Görgü ve Protokol Kuralları, Detay Yayın, Ankara, 2018, s.24.

¹⁶ AYTÜRK, Nihat: Protokol Bilgisi (Protokol), Nobel Yayınevi, Ankara, 2011, s.75

¹⁷ ALTINÖZ, Mehmet/TUTAR, Hasan: İş Ortamında Protokol, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.20.

¹⁸ AYTÜRK, Protokol, s.6-7.

¹⁹ FENMEN, s.9.

²⁰ AYTÜRK, Protokol, s.7.

görevlendirmeleri yapılması ve yazışma kurallarının belirlenmiş olması dikkate değerdir. Bu ilke ve kurallar, Gazneliler ve Karahanlılar tarafından geliştirilerek Selçuklu 'ya, Selçuklular ve İlhaneliler tarafından da Osmanlılara devreden bir gelenek halini almıştır²¹. Osmanlı Döneminden önce kurulan Türk Devletlerinde, özellikle de Selçuklular 'da, görüşülen devletle yürütülen ilişkinin düzeyi ve içeriğine bağlı olarak, devlet adamlarından müteşekkil kurullar oluşturulup karşılama törenleri düzenlemek, temel protokol uygulamaları arasında yer almıştır. Bununla birlikte elçinin huzura kabulü, teşrifat kurallarının uygulanması, ülkeler arası ilişkiye göre elçiye el öptürülmesi, hediyeleşme, yazılı ve sözlü mesaj iletme gibi iş ve işlemler, belli kurallar çerçevesinde yerine getirilmiştir²².

Osmanlı Devleti de protokol kurallarının sıkı sıkıya uygulandığı bir devlet geleneğini devam ettirmiştir. Ancak bu kuralların kurumsallaşması, Fatih Sultan Mehmet dönemine ait Kanunname-i Âli Osman ile mümkün olmuştur. Kanunnamede teşkilat ve teşrifat esasları ayrı bir bölüm olarak ele alınmıştır²³.

Yine aynı dönemde diğer ülkeler, Osmanlı devlet yönetimi ve protokol kurallarını öğrenebilmek amacıyla diplomatik temsilcilikler kurmuştur²⁴. Fatih'i bu noktada öne çıkaran husus, Osmanlı'nın devlet yapılanmasını ve padişahlık makamını inşa etmesi, kurumsallaştırmasıdır²⁵. Bu kurumsallaşma, o dönem devletlerinin ilgisini ve takdirini kazanmış, örneklik teşkil etmiştir.

Kanuni Sultan Süleyman döneminde teşrifat kuralları yasal olarak düzenlenmiş ve protokol kurallarını uygulamak üzere ayrı bir birim kurulmuştur. Resmi işlerde ve işlemlerde uygulanacak kurallar en ince ayrıntısına kadar belirlenmiş ve köklü bir devlet geleneğinin gereği yerine getirilmiştir²⁶. Oluşturulan birime 'Teşrifat-ı Divan-ı Hümayun' adı verilmiş ve Enderun'da teşrifat kurallarının ders olarak okutulması sağlanmıştır. Bu birim, Tanzimat Dönemi'nde nazırlık (bakanlık) statüsüne kavuşmuştur²⁷.

O dönemin protokol yönetimini düzenlemek üzere çıkarılan 'Kanun-u Teşrifat', devletin temel kanunlarından olan Tebaa, Tımar ve Zeamet Kanunu gibi kanunlarla eş tutulmuştur. Kanunda, kıyafet seçiminden, törenlerde nerede, ne zaman, nasıl durulacağına kadar geniş bir çerçevede düzenleme yapılmıştır²⁸. Hatta kanunun içeriğinde, harem içerisindeki hiyerarşik yapıya uygun davranış kurallarına dahi yer verilmiştir²⁹.

Osmanlı Devleti'nin diğer ülkelere elçi ataması da ilk kez III. Selim zamanında mümkün olmuştur. Bu kapsamda ilk olarak 1793 de Londra'da büyükelçilik kurulmuş, ardından 1794'de Paris ve Berlin'e büyükelçi ataması yapılmıştır. 1797'de de Viyana'da büyükelçilik açılmıştır³⁰.

Cumhuriyet döneminde protokol kurallarına ilişkin olarak, 17/01/1926 tarih ve 3020 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla³¹ yabancı elçilik temsilcilerinin kabulü ve ağırlanması ile ilgili ilke ve kurallar belirlenmiştir³². Bunun ardından Devlet Protokolüne ilişkin görev tanımları, sorumluluklar ve temel kurallar, Mustafa Kemal Atatürk'ün de Cumhurbaşkanı vasfıyla imzaladığı 09/01/1927 tarih, 4611 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile belirlenmiş ve bu hususlarda sorumluluk Dışişleri Bakanlığı Protokol Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir³³. Günümüzde Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak Protokol Genel Müdürlüğü tarafından bu görevler yerine getirilmektedir³⁴.

²¹ BAŞER, Banu: Diploması Dili Olarak Türkçe: Kıırım Diplomatik Yarlıkları", TÜRK Uluslararası Dil, Edebiyat ve Halkbilimi Araştırmaları Dergisi, 6(13), 2018, s.386-387.

²² AKTAŞ, Yasemin: "Türkiye Selçuklu Devleti'nde Protokol Uygulamaları", Tarih Okulu Dergisi, 10(31), 2017, s.43.

²³ ALİKILIC, Dündar: Osmanlıda Devlet Protokolü ve Törenler, İmparatorluk Seremonisi, Tarih Düşünce Kitapları, İstanbul, 2004, s.26.

²⁴ AYTÜRK, Protokol, s.6.

²⁵ ORTAYLI, İlber: Batılılaşma Yolunda, Merkez Kitapçılık Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.169-170.

²⁶ ACAR, Funda: "Osmanlıda Padişah Kızlarının ve Oğullarının Eşitlendiği Alan: Teşrifat", Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2015, s.188.

²⁷ AYTÜRK, Protokol, s.6.

²⁸ LYBYER, Albert Howe: Kanuni Sultan Süleyman Devrinde Osmanlı İmparatorluğu'nun Yönetimi, Sarmal Yayınevi, İstanbul, 2000, s.126.

²⁹ ŞAHİN, Ayhan: Kamu İdarelerinde Protokol Kuralları Bir Yöntem Denemesi, Yenyüzyıl Yayınları, 2014, s.17-18.

³⁰ AYTÜRK, Protokol, s.6.

³¹ Büyük ve Orta Elçilerin Reiscumhur Hazretleri Tarafından Sureti Kabulleri ve Sair Teşrifat Usulleri Hakkındaki Talimatname

³² AYTÜRK, Protokol Yönetimi, s.31; ÜNLÜTÜRK, s.53; YILMAZ, s.12.

³³ Yayımlandığı tarihteki adıyla Teşkilat Müdüriyeti Umumiyesi'nin (Genel Müdürlüğü'nün) Vazaifi (Görevleri) Hakkında Talimatname ile Hariciye Vekâletine (Dışişleri Bakanlığına) mertup (bağlı) olmak üzere Teşrifat Müdüriyeti Umumiyesi (Teşrifat Genel Müdürlüğü) kurulmuştur.

³⁴ 10/07/2018 tarih 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 143. maddesi.

Türkiye’de pek çok kurum için protokol kuralları büyük önem taşımaktadır. Özellikle Cumhurbaşkanlığı, TBMM, TSK, Dışişleri, İçişleri Bakanlıkları ve EGM gibi kurumlar, protokol kurallarını üst düzeyde uygulamak durumunda olan kurumlardır. Bu kurumlarda protokol kuralları, bu kurumların yönetici pozisyonunda görev yapanlar için yaşam tarzı³⁵ haline gelmiştir. Öyle ki makam ve çalışma odalarının teşrifat düzeninden Atatürk portresinin nereye ve nasıl asılacağına, resmi araçlardaki oturma düzeninden selamlaşma kurallarına kadar çalışma yaşamının hemen her alanında protokol kurallarına uygun davranmak bir zorunluluktur.

Öte yandan, askeri kuruluşlar ile emniyet teşkilatı için protokol kuralları, resmi hizmetin bir parçası haline gelmiştir. İlgili mevzuat içerisinde protokol kaynaklı kuralları ayırt etmek, bu çalışmanın sınırlılıklarının dışındadır.

IV. PROTOKOL KURALLARININ HUKUKİ METİNLERDEKİ YANSIMALARI

Önceleri saray ve/veya kilise içi ilişkileri ve devletlerarası temasları kapsayan protokol kuralları zaman içerisinde kamusal alanın geneline yayılmış, tüm kurum ve kuruluşlar ile bu kurum ve kuruluşlarda görev alan yönetici konumunda olsun ya da olmasın tüm memurlar için uyulması gereken temel kurallar haline almıştır. Bu kuralların bir kısmı geleneksel davranış kalıpları olarak zaman içinde aktarılarak gelişmiş, bir kısmı da mevzuat hükümleri içerisinde yedirilerek resmi nitelik kazanmıştır.

Kanun, tüzük, yönetmelik gibi yasal metinlere yansıyan protokol kuralları üç temel çerçevede sınıflandırılabilir: Tören, davet, resmi toplantı vs. etkinliklerde uyulacak usul ve esaslara ilişkin kurallar; yürütülen hizmetin saygınlığına uygun kılık kıyafet tercihinine ilişkin kurallar; resmi yazışma kuralları.

A. Hukuki Metinlerine Geçmiş Resmi Bayram ve Törenlere İlişkin Protokol Kuralları

Resmi bayram ve törenlere ilişkin protokol kurallarının yer aldığı yasal metinlerden biri 22/09/1983 tarih, 2893 sayılı Türk Bayrağı Kanunu’nun 3. maddesine³⁶ dayanılarak çıkarılan 17/03/1985 tarih, 18697 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türk Bayrağı Tüzüğüdür (25/01/1985 tarih, 85/9034 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla). Tüzük, bayrağın çekileceği ve indirileceği zamanı, bayrak çekme ve indirme esnasında yapılacak merasimlere ilişkin konuları, kimlerin tabutuna Türk Bayrağı örtüleceğini, milli geleneklere göre bayrağın diğer kullanım yer ve şekillerini, Türk Bayrağı Kanununun uygulama esaslarını düzenlemektedir (Madde1). Ulusal geleneklere yapılan vurgu, protokol kurallarının yasal metinlere girişi açısından önem arz etmektedir.

Aynı paralelde, 05/05/2012 tarih, 28283 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanan Ulusal ve Resmi Bayramlar ile Mahalli Kurtuluş Günleri, Atatürk Günleri ve Tarihi Günlerde Yapılacak Tören ve Kutlamalar Yönetmeliği de törensel protokol kurallarının hukuki statü kazanmasına bir başka örnek olarak gösterilebilir. Yönetmelik, hangi törene kimlerin katılacağını, katılım durumuna göre önde gelim ilkelerini, karşılama ve selamlaşmaları, çelenklerin koyuluş sırasını (madde 2), komite oluşumlarını (madde 3) ayrı ayrı düzenlemektedir.

Bu törenlerde anıtlara konulmak üzere çelenk hazırlanması, taşınması ve sunumu için dahi müstakil yönetmelik çıkarılmıştır. 21/09/1973 tarih, 14662 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Resmi Bayramlar ve Anma Günlerinde Anıtlara Konulacak Çelenklerin Hazırlanma, Taşınma ve Sunulması Hakkında Yönetmelik, bu hususları düzenlemektedir.

Resmi tören ve etkinliklere ilişkin çıkarılan diğer yönetmelikler şu şekilde sıralanabilir:

- 02/12/2006 tarih, 26364 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Devlet Cenaze Törenleri Yönetmeliği;
- 24/08/2003 tarih, 25209 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 18 Mart Şehitler Günü ve 19 Eylül Gaziler Gününde Yapılacak Törenler Hakkında Yönetmelik;
- 30.11.1982 tarih, 17884 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Asli Devlet Memurluğuna Atananların Yemin Merasimi Yönetmeliği;
- 12/02/1986 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 19017 sayılı Diplomatik Temsilciliklerde Diplomatik Statüyü, Konsolosluklarda Konsolosluk Memuru Statüsünü Haiz Personel ile İlgili Protokol Esasları Hakkında Yönetmelik;

³⁵ DOĞAN/AYTÜRK, s.228.

³⁶ Yasa, kamu kurum ve kuruluşları ve dış temsilcilikleriyle gerçek ve tüzel kişilerin gemilerine bayrak çekilmesini ve her bayrak çekilişinde tören yapılmasını vaz etmektedir. Bayrak çekimi ve tören düzenlenmesinden yetkili amirleri sorumlu tutan yasa, bayrak çekilmesi ve bayrak töreninin yapılmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirlenmesini öngörmektedir (2893 sayılı Türk Bayrağı Kanunu Madde 3).

- 29/09/1956 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 9420 sayılı Askeri Merasim ve Protokol Talimatnamesi (Bakanlar Kurulu Yönetmeliği).

Görüldüğü gibi en eski protokol kuralları arasında yer alan, devlet törenlerinde uyulması gereken usul ve esaslara ilişkin düzenlemelerin pek çoğu yasal metinlere de yansımış görünmektedir. Bununla birlikte yasal metinlerde yer almayıp, yönetsel gelenek halinde uyulan, Kamu kurum ve kuruluşlarınca düzenlenen ya da bu kurum ve kuruluşların remi düzeyde temsil edildiği toplantı, konferans, panel, sempozyum vb. etkinliklerde uyulması gereken bazı kurallar da söz konusudur.

Topluluğa hitap edilmesinden oturma düzenine kadar geniş bir çerçeve içerisinde yer alan bu kurallar, protokol kurallarının önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bu etkinliklere katılım sağlayanlar, unvanlarına ve temsil ettikleri kurum ya da kuruluşun protokoldeki yerine uygun biçimde hazırlanan düzene göre otururlar. Konuşma yapılacaksa konuşmacılar, davet sahibi kurum ya da kuruluş yetkililerince tanıtılır ve konuşma sırası her zaman için en kıdemsizden kıdemliye doğru gider³⁷. Bir başka ifadeyle konuşmacılar, temsil ettikleri kurumun protokol sırasındaki yerine ve kendi unvanına göre alttan üste giden bir sıralamaya göre söz alır.

B. Kılık Kıyafete İlişkin Protokol Kurallarının Hukuki Dayanakları

Kamu Yönetiminde bir devlet geleneği olarak gelişip yasal metinlere de yansıyan bir başka husus ise kamu görevlilerinin kılık kıyafetine ilişkin düzenlemelerdir. Kamu görevlilerine yönelik bu husustaki yasal düzenleme 14/07/1965 tarih, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Ek-19. maddesine dayanmaktadır. Bu maddeyle yasa, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve yönetmeliklerce düzenlenen kılık kıyafet kurallarına uyulması, bir zorunluluk olarak belirlenmiştir.

Aslında kamu görevlilerinin kılık kıyafetinin belli kurallara bağlanmasının temeli geleneksel kurallardan kaynaklanmamaktadır. Bu tür düzenlemelerin genel amacı, kamu hizmetlerinin görünümünü sağlayıp kamusal fayda temin etmektir. Kılık kıyafete ilişkin kurallar, kamu hizmetinin sunumunda eşitlik ve siyasal tarafsızlık ilkelerinin bir gereği olarak düşünülmektedir³⁸. Ancak, kamu görevlilerinin belli bir standart dâhilinde hareket etmesi ve görünümünün de buna uygun olması düşüncesi, kaynağını yönetim geleneğimizden alan bir felsefeyi yansıtmaktadır. Bu bakımdan da köken itibarıyla devlet geleneklerine dayanmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununa dayanılarak hazırlanan, 16/07/1982 tarih ve 8/5105 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla çıkarılan, 25/10/1982 tarih, 17849 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik, bu husustaki ana çerçeveyi belirlemektedir. Yönetmelik, kamu görevlilerinin kıyafetlerinden saç kesimlerine hatta ayakkabı seçimine kadar geniş bir perspektifte düzenleme yoluna gitmiştir. Hatta resmi kutlama törenlerine katılacak kamu görevlilerinin koyu renk takım elbise giymesi gerektiğine yönelik düzenleme bile yapılmıştır³⁹.

Bununla birlikte, kamu kurum ve kuruluşları kendi görev alanlarının özelliklerine göre farklı uygulamalar geliştirebilmektedir. Örneğin 17/12/2011 tarih ve 28145 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sayıştay Resmi Kıyafet Yönetmeliği, törenler ve duruşmalarda giyilecek kıyafetler ile davetlilerin ağırlanması sırasında giyilecek resmi kıyafetlere ilişkin esasları belirlemek amacıyla çıkarılmıştır (Sayıştay Resmi Kıyafet Yönetmeliği, Madde 1). Öyle ki yönetmelikte, törenlerde giyilecek kıyafetlerin renginden desenine kadar geniş bir çerçevede düzenleme yapılmış ve desen çizimleri yönetmelik ekinde gösterilmiştir (Sayıştay Resmi Kıyafet Yönetmeliği, Madde 3).

Aynı şekilde, 22/08/2001 tarih, 24501 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yargıtay Kıyafet Yönetmeliği ile 31/01/2002 tarih, 24657 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Danıştay Kıyafet Yönetmeliği de benzer düzenlemeler öngörmektedir.

Sadece yargı kuruluşları değil, askeri kurum ve kuruluşlar başta olmak üzere çok sayıda kurum ve kuruluş, mensuplarının kamu hizmetini yerine getirirken uymak zorunda olduğu kılık kıyafete ilişkin kurallar hakkında yönetmelik çıkarmıştır⁴⁰.

³⁷ TOPRAK, Tahir Kasım: Protokol Bilgileri ve Sekreterlik, Özel Kalem Müdürleri Yardımlaşma ve Dayanışma Derneği Yayını, <http://www.ozelkalem.org/FileUpload/ds632515/File/protokol-kurallari.pdf> (Erişim Tarihi: 10/11/2021).

³⁸ KIZILYEL, Serkan: Kamu Görevlilerinin Kıyafet Özgürlüğü Üzerine Düşünceler”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, s.294.

³⁹ 25/10/1982 tarih, 17849 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik, madde 12.

⁴⁰ Bunlara örnek olarak, Ticaret Bakanlığı Taşra Teşkilatı Personeli kılık ve Kıyafet Yönetmeliği (14/05/2020 tarih, 31127 sayılı Resmi Gazete); Jandarma Genel Komutanlığı Kıyafet Yönetmeliği (31/03/2020 tarih, 31085 sayılı Resmi Gazete); Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Kıyafet Yönetmeliği (15/08/2007 tarih, 26614 sayılı Remi Gazete);

C. Resmi Yazışmalara İlişkin Protokol Kurallarının Hukuki Dayanakları

Resmi yazışmalar, devletlerin, uluslararası örgütlerin, kamu kurum ve kuruluşlarının birbirleriyle ya da diğer kişi ve/veya kuruluşlarla yürüttükleri yazılı iletişim yöntemidir. Resmi yazışmaların belirlenen ilke ve kurallara uygun olarak yapılması, kurumların saygınlığı açısından büyük önem taşır. Öyle ki devletler için yazışma gelenekleri, ülkelerin medeniyet seviyesini, yönetsel örgütlenme konusundaki gelişim düzeyini, diplomatik sorunları çözme yeteneklerini gösteren bir unsurdur⁴¹.

Bu nedenle, resmi yazışmalarda kullanılan dil ve üslup başta olmak üzere, hitap şekillerinden kullanılan ifadelere kadar geniş bir çerçevede, önceden belirlenmiş standart uygulama ilkeleri bulunmaktadır. Bu ilke ve kurallar da büyük ölçüde protokol kurallarına ve önde gelim ilkelerine dayanmaktadır. Uluslararası ve kurumlar arası yazışmalarda, imzalanan sözleşmelerde tarafların seviye olarak eşit olması, denklik ve karşılıklılık önem arz eder. Özellikle hitap ve saygı sunumunda hata yapılması, arz edilecek yere rica edilmesi gibi hususların dikkate alınmaması, hiyerarşik yapılanma içinde ve eş düzey ve üst kuruluşlar arasında çatışmaya dahi neden olabilmektedir⁴².

Bu nedenle olacak ki protokol kurallarının her yönüyle resmi kural haline getirildiği tek alan belki de resmi yazışma kurallarıdır. Bu husustaki ilk düzenleme 1994 yılında yayımlanan 1994/9 sayılı Başbakanlık Genelgesiyle yapılmıştır. 2004 ve 2015 yıllarında yayımlanan yönetmeliklerle daha ayrıntılı düzenlemeler yapılmış, 10/06/2020 tarih, 31151 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 09/06/2020 tarih ve 2646 sayılı Cumhurbaşkanı Kararıyla çıkarılan Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile de resmi yazışmaların elektronik ortamda yürütülmesine ilişkin hükümler belirlenmiştir. Yönetmeliğin amacı, elektronik ortamda ya da fiziksel olarak hazırlanan resmi yazışma kurallarını belirlemek, bilgi ve belge alışverişinde hızlı ve güvenilir bir yapı kurmak ve uygulama birliğini temin etmek olarak ifade edilmiştir (Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Madde 1).

Bununla birlikte, bu yönetmelikte yer alan hususların ayrıntılı değerlendirmelerinin yapılması ve uygulama esaslarının daha detaylı bir biçimde açıklanması amacıyla Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Destek ve Mali Hizmetler Genel Müdürlüğü Bilgi ve Belge Yönetimi Daire Başkanlığı tarafından bir kılavuz hazırlanmıştır⁴³. Kılavuzda sık yapılan hatalar ve olması gerekenler de örneklerle açıklanmıştır. Kılavuz, yazışmalarda kullanılacak hitap şekillerinden yazışmaların sonunda yer alan arz/rica kullanımlarına, unvan kullanımlarından imza sıralamasına kadar geniş bir çerçevede, protokol kurallarına dayalı usul ve esaslar hakkında ayrıntılı değerlendirmelere yer vermektedir.

V. SONUÇ

Kamu yönetiminin anayasal ve yasal kurallara göre örgütlenmesi, yönetim sürecine ilişkin alınan kararların yasal dayanaklarının olması ve her türlü yönetsel iş ve işlemin yargı denetimine açık olması, hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Ancak devlet yönetiminde, yazılı hukuk kuralları ile birlikte bazı yönetsel gelenekler de etkin konumdadır. Devlet geleneğinden gelen kurallar büyük ölçüde protokol kurallarına yansımıştır. Bu yönüyle protokol kuralları, devlet geleneğine dayalı kurallar bütünüdür.

Devletlerarası ilişkilerin düzenlenmesi, devletlerin, uluslararası örgütlerin, kurum ve kuruluşların itibarının korunması ve yüceltilmesi amaçlarına matuf, yönetim geleneğinin bir parçası olan protokol kuralları, belli ölçülerde yasal metinlere de yansımıştır. Diplomatik iş ve işlemlerin yürütülmesi başta olmak üzere, resmi nitelikli törenlerin düzenlenmesi, önde gelim ilkelerinin belirlenmesi, kurumsal temsilin en etkin biçimde sağlanması, resmi yazışma usul ve esaslarına uygun hareket edilmesi gibi önemli hususlarda yapılan yasal düzenlemeler, protokol kurallarından bazılarının hukuki statü kazandırmıştır. Bu bakımdan geleneksel yönetim kuralları da kamu hukukunun kaynaklarından biri kabul edilebilir.

Hâkim ve Savcıların Resmi Kıyafet Yönetmeliği (29/03/1998 tarih, 23301 sayılı Resmi Gazete); Türk Silahlı Kuvvetleri Kıyafet Yönetmeliği (02/06/1989 tarih, 20183 sayılı Resmi Gazete); Türkiye Emekli Subaylar, Emekli Astsubaylar, Harp Malulü Gaziler, Şehit Dul ve Yetimleri İle Muharip Gaziler Derneklerinin Yurtdışında Temsili ile Tanıtma Faaliyetleri ve Ulusal Bayram ve Kurtuluş Günleri Törenlerinde Giyecekleri Kıyafet Hakkında Yönetmelik (23/11/1984 tarih, 18584 sayılı Resmi Gazete) gösterilebilir.

⁴¹ BAŞER, s.383.

⁴² TOPRAK, s.14.

⁴³ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Resmi Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik Kılavuzu, 2020, <https://www.tccb.gov.tr/assets/dosya/resmiyazisma/dosyalar/kilavuz.pdf>

Protokol kuralları, sadece yöneticiler tarafından değil, tüm kamu görevlilerince bilinmesi gereken kurallardır. Sadece kamu hizmetine girişten sonraki süreçte edinilecek bilgi birikimi olarak değerlendirilmemeli, hizmete giriş öncesinde edinilmesi gereken temel bilgiler arasında kabul edilmelidir. Bunun için de standartları belirlenmiş, kapsamlı eğitim içerikleri oluşturularak mesleki eğitim sürecinin bir parçası haline getirilmesi gerekmektedir. Bu noktada da protokol kurallarına ilişkin eğitimlerin içeriğini hazırlayacak ve bu eğitimleri verecek eğiticilere ihtiyaç duyulmaktadır. Ülkemizde ne bu yönde oluşturulmuş bir eğitim içeriği ne de bu eğitimleri verecek yeterli sayıda eğitici mevcuttur⁴⁴. Bu eksikliğin giderilmesi, protokol kurallarının kamusal yaşamdaki yeri ve önemine uygun olarak, tüm kamu görevlilerinin bu konuda desteklenmesi gerekmektedir.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atf Şekli: Bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için yazar herhangi bir finansal destek almamıştır. | The authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

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

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

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

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

⁴⁴ ŞAHİN, Latif/DEMİRGAÇ, Hülya: Türkiye'de Protokol Eğitiminin Yetersizliği”, Akademik İncelemeler Dergisi, 2018, s.58.

KAYNAKÇA

- ACAR, Funda: “Osmanlıda Padişah Kızlarının ve Oğullarının Eşitlendiği Alan: Teşrifat”, Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2015, s.183-202.
- AKTAŞ, Yasemin: “Türkiye Selçuklu Devleti’nde Protokol Uygulamaları”, Tarih Okulu Dergisi, 10(31), 2017, s.19-48.
- ALİKILIÇ, Dündar: Osmanlıda Devlet Protokolü ve Törenler, İmparatorluk Seremonisi, Tarih Düşünce Kitapları, İstanbul, 2004.
- ALTINÖZ, Mehmet/TUTAR, Hasan: İş Ortamında Protokol, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- ASLAN, M. Nizar: Protokol ve Sosyal Davranış Kurallarına Giriş, Der Yayınları, İstanbul, 2011.
- AYTÜRK, Nihat: Protokol Bilgisi, Nobel Yayınevi, Ankara, 2011.
- AYTÜRK, Nihat: Protokol Yönetimi Kamusal Yaşamda Protokol Kurulları, TODAİE Yayınları, Ankara, 2014.
- BAĞIŞLAR Yüksel: Protokol Görgü ve Nezaket Kuralları, Yükseliş Yayınları, Ankara, 2020.
- BAŞER, Banu: “Diplomasi Dili Olarak Türkçe: Kırım Diplomatik Yarlıkları”, TÜRK Uluslararası Dil, Edebiyat ve Halkbilimi Araştırmaları Dergisi, 6(13), 2018, s.382-400.
- DAVIES, David: Risk Management-Protecting Reputation Risk Management-The Holistic Approach, Computer Law&Security Report, 2002, s.414-420.
- DEMİRKAYA, Harun: Sosyal Davranış ve Protokol, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2017.
- DOĞAN E/AYTÜRK Nihat: “Temel Protokol Bilgisi”, Güvenlik Sektöründe Operasyonel Yöneticilik. Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2013.
- EMRE, Cahit: “Bürokrasi Siyaset Perspektifinde Yaygınlaşan Yolsuzluklar”, Kamu Görevlileri ve Siyasal Haklar Sempozyumu, TMMOB Yayınları, Ankara, 1996.
- ERYILMAZ, Bilal: Kamu Yönetimi, Umuttepe Yayınevi, İstanbul, 2021.
- FENMEN, Şefik: Protokol ve Sosyal Davranış Kuralları, Ajans Türk Matbaacılık, Ankara, 1990.
- FİŞEK, Kurthan: Yönetim, Paragraf Yayınları, Ankara, 2005.
- GÖZLER, Kemal: Kısa İdare Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2021.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2015.
- KARATEPE, Selma: “İtibar Yönetimi: Halkla İlişkilerde Güven Yaratma”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 2008, s.77-97.
- KIZILYEL, Serkan: “Kamu Görevlilerinin Kıyafet Özgürlüğü Üzerine Düşünceler”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(3), 2016, s.283-303.
- LYBYER, Albert Howe: Kanuni Sultan Süleyman Devrinde Osmanlı İmparatorluğu'nun Yönetimi, Sarmal Yayınevi, İstanbul, 2000.
- MISIRLI, İrfan: Sosyal Davranışlar ve Protokol Bilgisi, Detay Yayıncılık, Ankara, 2006.
- OKUR, Suna: Suna Okur ile Zarafet, Görgü ve Protokol, Öteki Adam Yayınları, İstanbul, 2015.
- ORTAYLI, İlber: Batılılaşma Yolunda. Merkez Kitapçılık Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- ÖZCAN, KORKMAZ Zişan: “Sekreterlik Mesleğinde Etik ve Protokol Kurallarının Önemi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2013/1, Büro Yönetimi Özel Sayısı, s.247-258.
- PINAR Latif/DEMİRDAĞ Hülya: “Türkiye’de Protokol Eğitiminin Yetersizliği”, Akademik İncelemeler Dergisi, 2018, 13(2), s.43-62.
- ŞAHİN Ayhan: Kamu İdarelerinde Protokol Kuralları Bir Yöntem Denemesi, YeniYüzyıl Yayınları, İstanbul, 2014.
- T.C. Cumhurbaşkanlığı: Resmi Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik Kılavuzu, <https://www.tccb.gov.tr/assets/dosya/resmiyazisma/dosyalar/kilavuz.pdf> (Erişim Tarihi: 12/10/2021).
- TOPRAK, Tahir Kasım: Protokol Bilgileri ve Sekreterlik, Özel Kalem Müdürleri Yardımlaşma ve Dayanışma Derneği Yayını, <http://www.ozelkalem.org/FileUpload/ds632515/File/protokol-kurallari.pdf> (Erişim Tarihi: 10/11/2021).
- TORTOP, Nuri: Personel Yönetimi, DİE Yayınları, Ankara, 1992.
- YILMAZ, Yaşar: Kamusal ve Toplumsal Yaşamda Görgü ve Protokol Kuralları, Detay Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ÜNLÜTÜRK, Alptekin: Sosyal Davranış Kuralları ve Protokol, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2012.

6325 SAYILI KANUN İLE ÖNGÖRÜLEN DAVA AÇMA YASAĞININ BİR İSTİSNASI OLARAK ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN İPTALİ**ANNULMENT OF THE MEDIATION AGREEMENT DOCUMENT AS AN EXCEPTION TO THE PROHIBITION OF FILING A LAWSUIT STIPULATED WITH THE LAW NO. 6325**Seda BAŞ*  10.21492/inuhfd.1073358 **Makale Bilgi**Gönderi: 14/02/2022
Kabul : 05/05/2022**Anahtar Kelimeler***Arabuluculuk
Anlaşma Belgesi,
Dava Açma Yasağı,
İrade Bozuklukları,
Sözleşmenin İptali,
İptal Edilebilirlik.***Özet**

6325 sayılı HUAK'ın 18. maddesine 7036 sayılı Kanun m.24 ile eklenen 5. fıkraya göre, "Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz". Bu düzenleme, "dava açma yasağı" olarak nitelendirilmektedir. HUAK m.18/I'e göre, arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla neticelenmesi halinde taraflar ve arabulucu arasında bir anlaşma belgesi düzenlenebilir. Arabuluculuk anlaşması belgesi, arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla sonuçlanması halinde uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu tarafından imzalanan ve varılan anlaşmanın yazılı hale getirildiği bir sözleşmedir. Arabuluculuk anlaşma belgesi, maddi hukuku ilgilendiren bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğine sahiptir. Bu sebeple arabuluculuk anlaşma belgesi, tüm sözleşmeler için aranan geçerlilik şartlarına tabidir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin tarafları, arabuluculuk faaliyetine konu olan uyuşmazlığın taraflarıdır. Uyuşmazlığın taraflarının iradesinde bir bozukluk ya da aşırı yararlanma halinin bulunması iptal edilebilirlik yaptırımını gündeme getirir. TBK'da düzenlendiği şekliyle, yanılan, aldatılan ve korkutulan kimse sözleşmeyle bağlı değildir. Ayrıca aşırı yararlanma durumunda, zarar gören de sözleşmeyle bağlılıktan kurtulabilir. Geçersizlik türleri arasında "sözleşmeyle bağlı olmama" şeklinde bir yaptırım bulunmamaktadır. Kanunun ifadesi ve hâkim olan güven teorisi birlikte değerlendirildiğinde, bu ifade, iptal edilebilirlik olarak yorumlanmaktadır. HUAK m.18/5 hükmünden anlaşılması gereken, anlaşma belgesi geçersiz olmadığı ya da iptal edilmediği sürece, anlaşmaya varılan hususlarda dava açılmayacağıdır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda üzerinde anlaşmaya varılan hususlarda dava açılabilmesi için, öncelikle arabuluculuk anlaşma belgesinin iptal edilmesi gerekir.

Article InfoReceived: 14/02/2022
Accepted: 05/05/2022**Keywords***Mediation Agreement
Document,
Prohibition of
Litigation,
Defects of Will,
Annulment of
Contract,
Annulability.***Abstract**

According to the 5th paragraph of the article 18 of MLCD No. 6325, which is added by Law No. 7036, "If an agreement is reached at the end of the mediation activity, no lawsuit can be filed by the parties on the agreed matters". This regulation is described as the "prohibition of litigation". However, it is stated in the doctrine that this prohibition should not be understood as an absolute prohibition. According to 18/I of MLCD, if an agreement is reached at the end of the mediation activity, an agreement document can be drawn up between the parties and the mediator. The mediation agreement document is a contract signed by the parties to the dispute and the mediator and in which the reached agreement is put in writing if the mediation activity results in an agreement. The mediation agreement document has the characteristics of a law of obligations contract regarding substantive law. For this reason, the mediation agreement document is subject to the validity conditions sought for all contracts. The mediation agreement document is subject to the sanction of final invalidity in cases where there are situations specified in 27/I of TCO, and collusion or non-compliance. If there is a defect in the will of the parties to the dispute or the state of excessive use, it brings up the sanction of annulability. As regulated in the TCO, anyone who is mistaken, deceived and intimidated is not bound by contract. There is no sanction such as "not being bound by contract" among the types of invalidity. It becomes concrete as "annulability". What should be understood from the 18/5 provision of MLCD is that, unless the agreement document is invalid or annulled, no lawsuit can be filed on the agreed issues. At the end of the mediation activity, in order for a lawsuit to be filed on the issues agreed upon, the mediation agreement document must first be annulled.

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

* Araş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atf Şekli | **Cite As:** BAŞ Seda, "6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali", InÜHFD, 13(1), 2022, s.176-189. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

According to the 5th paragraph of the article 18 of MLCD No. 6325, which is added by Law No. 7036, “If an agreement is reached at the end of the mediation activity, no lawsuit can be filed by the parties on the agreed matters”. This regulation is described as the “prohibition of litigation”. However, it is stated in the doctrine that this prohibition should not be understood as an absolute prohibition.

According to 18/1 of MLCD, if an agreement is reached at the end of the mediation activity, an agreement document can be drawn up between the parties and the mediator. The mediation agreement document is a contract signed by the parties to the dispute and the mediator and in which the reached agreement is put in writing if the mediation activity results in an agreement. Mediation agreement document should not be confused with mediation contract and mediator contract. The mediation agreement document has the characteristics of a law of obligations contract regarding substantive law. For this reason, the mediation agreement document is subject to the validity conditions sought for all contracts.

In the mediation agreement document, which is essentially a law of obligations contract, two types of invalidity may come to the fore: absolute nullity and annulability. The mediation agreement document is subject to the sanction of final invalidity in cases where there are situations specified in 27/1 of TCO, and collusion or non-compliance. If there is a defect in the will of the parties to the dispute or the state of excessive use, it brings up the sanction of annulability. As regulated in the TCO, anyone who is mistaken, deceived and intimidated is not bound by contract. It is also stated that in cases where excessive use is in question, the injured person will not be bound by the contract. There is no sanction such as "not being bound by contract" among the types of invalidity. In Swiss doctrine, it is stated that a contract formed under the influence of a disability or excessive use is subject to the sanction of “unilateral non-binding” (einseitige Unverbindlichkeit). Unilateral non-binding means that the contract does not bear any consequences for the party whose will is injured or in case of excessive use. However, this term is rejected in the doctrine on the grounds that the idea of not being unilaterally binding is contrary to the concept of contract and is not suitable for describing the legal situation. When the concept of unilateral non-binding is interpreted under the dominance of the theory of trust in the current law, it becomes concrete as “annulability”. When the wording of the law and the prevailing theory of trust are evaluated together, unilateral non-binding should be interpreted as “annulability”.

Annulability is not defined in the TCO. Savigny, the creator of the concept, defines annulability as the opposite of absolute nullity and says that “an annulable legal action is a legal action that is invalid without being invalid”. In general terms, annulability is the ability of the party to be protected to invalidate the legal transaction with a unilateral declaration of intent, in the event that a legal transaction does not contain those that are specific to the validity conditions and aim to protect individual interests.

While the mediation agreement document is being drawn up, the will of one of the parties to the dispute may be injured for any reason or excessive use may occur. In such cases, the annulment of the mediation agreement document may be claimed within the framework of the provisions of the TCO. The important issue for our study is the annulment of the mediation agreement document.

What should be understood from the 18/5 provision of MLCD is that, unless the agreement document is invalid or annulled, no lawsuit can be filed on the agreed issues. At the end of the mediation activity, in order for a lawsuit to be filed on the issues agreed upon, the mediation agreement document must first be annulled. When the mediation agreement document is invalidated by annulment, a lawsuit can be filed on the same subject regarding the agreed matters. Regarding the annulment of the mediation agreement document, it is not important whether an annotation of enforceability is obtained or not. The fact that the agreement document gains the qualification of a judgment document by taking an annotation of enforceability does not change the fact that it essentially has the quality of a law of obligations contract. In addition, since the mediation agreement document, which has the character of a verdict, does not have the force of a final judgment in material terms, it may be invalidated within the framework of general provisions.

I. GİRİŞ

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 18. maddesine 7036 sayılı Kanun m.24 ile eklenen 5. fıkraya göre, “Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz”. Bu düzenleme, 7036 sayılı Kanun'un gerekçesinde “dava açma yasağı” olarak nitelendirilmektedir. Ancak öğretilerde bu yasağın mutlak bir yasak olmadığı ifade edilmektedir.

HUAK m.18/1'e göre, arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla neticelenmesi halinde taraflar ve arabulucu arasında bir anlaşma belgesi düzenlenebilir. Arabuluculuk anlaşması belgesi, arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla neticelenmesi halinde uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu tarafından imzalanan ve üzerinde anlaşılan hususların yazılı hale getirildiği bir sözleşmedir. Arabuluculuk anlaşma belgesi, maddi hukuka ait bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğine sahiptir. Bu sebeple arabuluculuk anlaşma belgesi, tüm sözleşmeler için aranan geçerlilik şartlarına tabidir.

Esasen bir borçlar hukuku sözleşmesi olan arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliği de genel esaslara tabidir. Bu kapsamda arabuluculuk anlaşma belgesinin kesin hükümsüzlüğü ve iptal edilebilirliği şeklinde iki tür geçersizlik gündeme gelebilir. Uyuşmazlığın taraflarının iradesinde bir bozukluk ya da aşırı yararlanma halinin bulunması ise iptal edilebilirlik yaptırımını gündeme getirir. TBK'da düzenlendiği şekliyle, yanılan, aldatılan ve korkutulan kimse sözleşmeyle bağlı değildir. Diğer yandan aşırı yararlanmada, zarar gören de sözleşmeyle bağlılıktan kurtulabilir. Geçersizlik türleri arasında “sözleşmeyle bağlı olmama” şeklinde bir yaptırım bulunmamaktadır. Bu sebeple “sözleşmeyle bağlı olmama” tabiriyle hangi geçersizlik türünün ifade edildiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Sözleşmeyle bağlı olmama kavramı, pozitif hukukta güven teorisinin hakimiyeti altında yorumlandığında, “iptal edilebilirlik” şeklinde somutlaşmaktadır. İptal edilebilirliğin tanımına TBK'da yer verilmemiştir. Bu kavramın tanımlanması, öğretide ve içtihatlarla bırakılmıştır.

Arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenirken uyuşmazlığın taraflarından birinin iradesi herhangi bir nedenle sakatlanabilir ya da aşırı yararlanma söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda TBK hükümleri çerçevesinde arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali ileri sürülebilir. Çalışmamız açısından önem arz eden mesele, arabuluculuk anlaşma belgesinin iptalidir.

HUAK m.18/5 hükmüyle kastedilen, anlaşma belgesi geçersiz olmadığı ya da iptal edilmediği sürece, anlaşmaya varılan hususlarda dava açılmayacağıdır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda üzerinde anlaşmaya varılan hususlarda dava açılabilmesi için, öncelikle arabuluculuk anlaşma belgesinin iptal edilmesi gerekir. Arabuluculuk anlaşma belgesi iptal edilerek geçersiz kılındığında, anlaşılan hususlarla ilgili olarak aynı konuda dava açılabilir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali bakımından, icra edilebilirlik şerhi alınıp alınmamasının da önemi yoktur. Anlaşma belgesi hakkında icra edilebilirlik şerhi alınarak ilam niteliğinde belge vasfının kazandırılması, esasen bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğine sahip olduğu gerçeğini değiştirmez. Ayrıca ilam niteliğinde belge sıfatına sahip arabuluculuk anlaşma belgesi, maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olmadığı için genel hükümler çerçevesinde geçersizlik iddiasıyla her zaman karşılaşılabilecektir.

Bu çalışmanın amacı, HUAK m.18/5 hükmü karşısında arabuluculuk anlaşma belgesinin iptalinin nasıl değerlendirileceğidir. Çalışmada öncelikle arabuluculuk anlaşma belgesi kavramı açıklanarak arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda iptal edilebilirlik yaptırımının kavramsal açıklamalarına yer verildikten sonra TBK'da nasıl düzenlendiği açıklanacaktır. Daha sonra HUAK m.18/5 ile getirilen dava açma yasağı hakkında bilgi verilecektir. Son olarak, HUAK m.18/5 hükmü karşısında anlaşma belgesinin iptali meselesi üzerinde durulacaktır.

II. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda uyuşmazlık hakkında anlaşmaya varan tarafların mutlaka yazılı bir sözleşme kurmaları gerekmez. Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda uyuşmazlığı sözlü bir anlaşmayla sona erdirmeleri de mümkündür. Ancak özellikle ileride karşılaşılabilecek ihtilaflar ve ispat sorunları açısından anlaşmanın yazılı hale getirilmesi önem arz etmektedir¹.

¹ EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.108; KEKEÇ, Elif Kismet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.197 vd.; DÜR, Orhan: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.372; BÜYÜKAY, Ferhat: Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.98; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1) 2019, s.344.

6325 sayılı HUAK m.18/T’de, arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varan taraflar ve arabulucu arasında bir anlaşma belgesi düzenlenebileceği ifade edilmektedir. Ancak Kanun’da arabuluculuk anlaşma belgesinin tanımına yer verilmemiştir. Arabuluculuk anlaşması belgesi, genel olarak, arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla neticelenmesi halinde uyuşmazlığın tarafları ve arabulucu tarafından imzalanan ve varılan anlaşmanın yazılı hale getirildiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir². Öğretide arabuluculuk anlaşma belgesini ifade etmek üzere “*arabuluculuk sulh sözleşmesi*”³, “*çözüm anlaşması*”⁴ gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Arabuluculuk anlaşma belgesini arabuluculuk sözleşmesinden ve arabulucu sözleşmesinden ayırmak gerekir. Arabuluculuk sözleşmesi, tarafların aralarında mevcut veya ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları arabuluculuk yöntemini kullanarak çözmeyi hedefledikleri sözleşmedir⁵. Arabulucu sözleşmesi ise, aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmek hususunda karara varan tarafların arabulucuyla akdettikleri ve arabulucunun söz konusu uyuşmazlığın tarafları arasında arabuluculuğu üstlendiği; bunun karşılığında tarafların arabulucuya ücret ödemeyi borçlandığı sözleşmedir⁶. Anlaşma belgesi, arabuluculuk faaliyetine katılmış olan uyuşmazlığın tarafları arasında düzenlenir; arabulucu, burada taraf sıfatına sahip değildir⁷.

Arabuluculuk anlaşma belgesi, hukuki niteliği itibariyle maddi hukuku ilgilendiren bir borçlar hukuku sözleşmesidir⁸. Bu belge usul hukuku alanında da birtakım sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmasına⁹ rağmen burada ulaşılmak istenen temel amaç, maddi hukuka ilişkindir¹⁰. Bu sebeple arabuluculuk anlaşma belgesinin tüm sözleşmeler için aranan geçerlilik şartlarına uygun olması gerekir¹¹. Arabuluculuk anlaşma belgesinin geçerli olması için, öncelikle uyuşmazlık konusu tarafların ehil olması gerekir. TBK m.27 uyarınca, sözleşmenin konusu Kanun’un emredici hükümlerine, genel ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamalıdır. Konusu imkânsız olan sözleşmeler de TBK m.27’ye göre kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur. Tarafların irade beyanlarının sıhhatini etkileyecek bir irade bozukluğu mevcut ya da muvazaa, aşırı yararlanma gibi durumlar söz konusu olmamalıdır.

² YAZICI TIKTIK, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.60; BÜYÜKAY, s.98; BADUR, Emel: “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 9(18), 2021, s.53; YILDIRIM, Ferhat: Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.138-139; GÖKSU, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim, 3. Baskı, Seçkin Yayın, Ankara, 2021, s.64.

³ KILIÇOĞLU, Ahmet: Arabuluculuk Sözleşmeleri, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s.96.

⁴ DÜR, s.372; ÖZMUMCU, Seda: “Dava Şartı Arabuluculuğun Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Olası Sorunlar”. Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’nu Anma Toplantıları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.150.

⁵ Arabuluculuk sözleşmesi hakkında, BERTOLINO, Camilla: Der Mediationsvertrag, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 2020, s.20 vd.; TRAMS, Kai: Die Mediationsvereinbarung - eine vertragsrechtliche Analyse, Tectum Verlag, Marburg, 2008, s.23 vd.; ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.1520 vd.; ERTÜRK, Mustafa: Arabuluculuk Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.95; BADUR, Emel: “Arabulucu Sözleşmesi”. Terazi Hukuk Dergisi 15(162), 2020, s.263; BADUR, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi, s.54; KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s.55; TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.89 vd.; İLHAN, Onur: Arabuluculuk Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.153.

⁶ Arabulucu sözleşmesi hakkında, bkz. BADUR, Arabulucu Sözleşmesi, s.249; BADUR, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi, s.54; KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s.74; TANRIVER, Arabuluculuk, s.94 vd.

⁷ BADUR, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi, s.55, 58.

⁸ RENDL, Raffaella: Mediation als Streitschlichtungsinstrument, Linz, 2013, s.97; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.51; KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s.98; YAZICIOĞLU TIKTIK, s.60; DOST, Süleyman: “Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”. TBB, 2014(115), s.453; BÜYÜKAY, s.108; BADUR, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi, s.67; ÖZMUMCU, s.150; SUBAŞI, İbrahim/GÜLER, Şeref: “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Kapsamında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”. Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(16), 2020, s.1247. Arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı açıklamalar için, bkz. KIYAK, Emre: “Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”. TAAD, 6(21), 2015, s.530 vd.; AKKAN, Mine: “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”. DEÜHFD, 20(2), 2018, s.16; ERDOĞAN, Ersin/CÖMERT, Büşra: “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”. Terazi Hukuk Dergisi, 13(138), 2018, s.30 vd.; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.344 vd.; BADUR, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi, s.68-69. Maddi hukuku ilgilendiren bir sözleşme olmasından dolayı arabuluculuk anlaşma belgesinin arabuluculuk sözleşmesi olarak da anıldığı yönünde, bkz. RENDL, s.97. Ancak arabuluculuk sözleşmesinin genellikle “*mediationsvereinbarung*”, arabuluculuk anlaşma belgesinin ise “*abschlussvereinbarung*” terimleriyle ifade edildiği görülmektedir. Bu hususta bkz. RENDL, s.71, 97; BERTOLINO, s.20, 29.

⁹ ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu: Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmanın Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.13.

¹⁰ AKKAN, s.16; BADUR, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi, s.66-67.

¹¹ KIYAK, s.529; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.344; SUBAŞI/GÜLER, s.1248. Sözleşmenin geçerlilik şartları hakkında, OĞUZMAN, M.Kemal: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s.83 vd.; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.365 vd.; SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.344 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s.135 vd.

III. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN İPTALİ

Hukuki niteliği itibariyle bir borçlar hukuku sözleşmesi olan arabuluculuk anlaşma belgesinde iki tür geçersizlik söz konusu olabilir: kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik¹². TBK m.27/I’de belirtilen hallerin varlığı, muvazaa ya da şekle aykırılığın söz konusu olduğu durumlarda arabuluculuk anlaşma belgesi kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Uyuşmazlığın taraflarının iradesinde bir bozukluk ya da aşırı yararlanma halinin bulunması ise iptal edilebilirlik yaptırımını gündeme getirir. Çalışmamız açısından önem arz eden mesele, arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali olduğundan bu başlık altında öncelikle iptal edilebilirlik yaptırımıyla ilgili açıklamalara yer verilecektir. Daha sonra arabuluculuk anlaşma belgesinin iptal edilebileceği durumlar özel olarak incelenecektir.

A. İptal Edilebilirlik Yaptırımı

1. Genel Olarak

TBK m.30’da sözleşme kurulurken esaslı bir hataya düşen, m.36’da aldatılan ve m.37’de korkutulan kimsenin sözleşmeyle bağlı olmayacağı düzenlenmektedir. Diğer yandan TBK m.28’de aşırı yararlanma söz konusu olduğunda zarar görenin sözleşmeyle bağlı olmayabileceği ifade edilmektedir. Anılan hükümlerin OR’deki karşılığına bakıldığında, Art. 23, Art. 28, Art. 29 ve Art. 21’de iradesi sakatlanan tarafların ve aşırı yararlanma nedeniyle zarar görenin sözleşmeyle bağlı olmadığı düzenlendiği görülmektedir. Geçersizlik türleri arasında “sözleşmeyle bağlı olmama” şeklinde bir yaptırım bulunmamaktadır. Bu sebepledir ki söz konusu hükümlerdeki “sözleşmeyle bağlı olmama” tabirinin geçersizlik kavramı içerisindeki anlamının ve yerinin tespit edilmesi gerekir.

İsviçre öğretisinde, irade sakatlığı ya da aşırı yararlanma etkisi altında kurulan bir sözleşmenin, “tek taraflı bağlamazlık” (*einseitige Unverbindlichkeit*) yaptırımına tabi olduğu ifade edilmektedir¹³. Tek taraflı bağlamazlık, iradesi sakatlanan ya da aşırı yararlanma durumunda zarar gören taraf için sözleşmenin hiçbir sonuç doğurmaması anlamına gelir¹⁴. Yaptırımın “tek taraflı bağlamazlık” olarak adlandırılması, geçersizliği talep ve dava etmeye sadece sakatlığa maruz kalan tarafın yetkili olmasından kaynaklanmaktadır¹⁵. Diğer bir deyişle, sözleşmenin karşı tarafı sözleşmeyle bağlı iken iradesi sakatlanan, ileri süreceği bir irade beyanıyla sözleşme ilişkisinden kurtulma imkanına sahiptir. Bu sebepledir ki buradaki “tek taraflı”lığın sözleşmeyi iptal etmeye yetkili olan taraf bakımından söz konusu olduğunu söylememiz gerekir. Geçersizliğin ileri sürülüp sürülmeyeceği ya da sözleşmenin onanıp onanmayacağı belli olmadıkça, sözleşmenin hukuki durumu “askıda hükümsüzlük”tür¹⁶.

Tek taraflı bağlayıcı olmama düşüncesinin sözleşme kavramına aykırı olması ve hukuki durumu nitelemek için uygun olmadığı gerekçesiyle “tek taraflı bağlamazlık” kavramı öğretilen reddedilmektedir¹⁷. Buna göre, irade sakatlığı veya aşırı yararlanma etkisi altında kurulan sözleşmenin bir taraf için bağlayıcı olmaması hakkındaki düzenlemeler çelişkilidir¹⁸. Nitekim sözleşme tek taraflı olamaz; ya iki taraflı bağlayıcıdır ve sözleşmesel sonuçlar meydana getirir ya da her iki taraf için de bağlayıcı değildir ve geçersizdir. Bu anlayış güven teorisine dayanmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, “tek taraflı bağlamazlık” kavramının “sözleşme” kavramının niteliğine aykırı olduğu sonucuna varılır. Güven teorisi açısından “sözleşme” kavramına “tek taraflı bağlamazlık”tan daha büyük anlamlar yüklenmektedir¹⁹. Güven teorisi kabul edildiğinde, “tek taraflı bağlamazlık” kavramının “iptal edilebilirlik” ifadesine yaklaştığı sonucuna varılmaktadır. Bu

¹² KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.130 vd.

¹³ KUONI, Andreas: Die einseitige Unverbindlichkeit des unter Irrtum, Betrug und Furchterregung abgeschlossenen Vertrages nach Schweizerischem Obligationenrecht, 1897, s.13; WAIBLINGER, Max: Begriff und Ausübung der Anfechtungsrechte im schweizerischen Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Anfechtung des ehelichen Kindesverhältnisses, Abhandlung zum schweizerischen Recht, 30. Heft, Verlag von Stämpfli & Cie, Bern, 1928, s.39-40; HURLIMANN, Roland: Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Universitätsverlag, Freiburg, 1984, s.96, Rn.317; SUTER, Esther: Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug, Schulthess Verlag, Zürich, 1991, s.62; KUT, Ahmet: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s.175.

¹⁴ KUONI, s.28.

¹⁵ KUT, Handkommentar, s.175.

¹⁶ KUT, Handkommentar, s.175.

¹⁷ AERNI, Kurt: Die Rechtsfolgen bei Vorhandensein von Willensmängeln, Gedruckt bei Stämpfli & Cie., Bern, 1944, s.28; BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht AT, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988, s.211. Bir görüşe göre “tek taraflı bağlamazlık” teriminin seçimi uygun olmamasına rağmen tarihsel nedenlerle açıklanabilir. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için, bkz. HUGUENIN, Claire: Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, Verl. Stämpfli & CIE AG, Bern, 1984, s.23.

¹⁸ AERNI, s.28.

¹⁹ AERNI, s.30.

görüş daha da ileri giderek, irade sakatlığının hukuki sonucunun tek taraflı bağlamazlık ya da iptal edilebilirlik olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi ve güven teorisine dayanarak iptal edilebilirliğin mutlak surette kabul edilmesi gerekliliğin aynı şey olduğunu ileri sürmektedir²⁰.

Güven teorisinin kabulüyle birlikte, meselenin pratik anlamda iptal edilebilirlik lehine çözülmesi sağlanmıştır. Tek taraflı bağlamazlık kavramı yürürlükteki hukukta güven teorisinin hakimiyetinde yorumlandığında, “iptal edilebilirlik” şeklinde somutlaşmaktadır. Kanunun ifadesi ve hâkim olan güven teorisini birlikte değerlendirildiğinde, tek taraflı bağlamazlık “iptal edilebilirlik” olarak yorumlanmalıdır²¹.

TBK’da iptal edilebilirlik yaptırımının tanımına yer verilmediği gibi, kesin hükümsüzlüğü düzenleyen m.27 hükmü gibi, hangi hallerde iptal edilebilirlik yaptırımının söz konusu olacağı da açıkça düzenlenmemiştir. Bu sebeple kavramsal olarak iptal edilebilirlik yaptırımı üzerinde durmak gerekir.

2. İptal Edilebilirlik Kavramı

Bir hukuki işlemin iptal edilebilirliğini ifade etmek üzere “*anfechtbarkeit*” terimi, Friedrich Carl von Savigny tarafından ortaya atılmıştır²². Savigny, “*hukuki olguların geçersizliği*” kategorisinde “*iptal edilebilirlik*” olarak adlandırdığı bir geçersizlik türüne de yer vermiştir²³. Savigny’ye göre hukuki işlemlerin sakatlığı konusunda kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik yaptırımları gündeme gelebileceğinden, “iptal edilebilirlik” kavramını tanımlamak kolaydır²⁴. Savigny iptal edilebilirliği, kesin hükümsüzlüğün karşısı olarak niteler ve “*iptal edilebilir bir hukuki işlem, batıl olmaksızın geçersiz olan hukuki işlemdir*” der²⁵.

Öğretide iptal edilebilirlik, “*bir hukuki işlemin sahip olduğu etkiyi meydana getirmesi, ancak yine de bu etkiden mahrum bırakılabileceği*” şeklinde tanımlanmaktadır²⁶. İptal edilebilirliğin hukuki ilişki üzerindeki etkisi dikkate alınarak, “*mevcut bir iptal hakkının kullanılmasyla ortadan kaldırılabilen bir hukuki ilişkinin niteliği*”²⁷ ya da benzer şekilde “*bir hukuki işlemin, dış etkiyle (hak sahibinin beyanı) geçersiz hale getirilebilen özelliği*” olduğu da ifade edilmektedir²⁸. Lieven ise iptal edilebilirliği, “*iptal hakkına sahip kişiye bir yenilik doğuran hakkın verilmesi*” olarak açıklar²⁹.

Genel anlamda iptal edilebilirlik, bir hukuki işlemin, geçerlilik şartlarına ilişkin olarak özel, bireysel çıkarları korumaya yönelik olanları içermemesi durumunda, korunmak istenen tarafın tek taraflı bir irade beyanıyla hukuki işlemi geçersiz hale getirebilmesidir³⁰.

B. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptal Edilebileceği Durumlar

HUAK m.18/I’de, “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir...*” hükmü yer almaktadır. Görülmektedir ki, uyuşmazlığın tarafları arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşmanın kapsamını sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbestçe belirleyebileceklerdir. Arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenirken uyuşmazlığın taraflarından birinin iradesi herhangi bir nedenle sakatlanabilir ya da aşırı yararlanma söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda TBK hükümleri çerçevesinde arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali ileri sürülebilir.

Önemle belirtmek gerekir ki, anlaşma belgesinin iptal sonucunda geçersiz kılınabilmesi, geçerli ve hukuken mevcut bir iptal sebebinin varlığına bağlıdır. İptal ileri sürüldüğü anda geçerli

²⁰ AERNI, s.33. Schläpfer ise, iptal edilebilirlikle tek taraflı bağlamazlığın uyuşmadığı konusunda net olunması gerektiğini düşünmektedir. Bu hususta, bkz. SCHLÄPFER, Hans, Ungültigkeit obligatorischer Verträge handlungsfähiger Personen, Verl. von Stämpfli & Cie, Bern, 1918, s.9.

²¹ AERNI, s.37.

²² SAVIGNY, Friedrich Carl von: System des Heutigen Römischen Rechts IV, 1841, § 202, s.536- 537; MARKWALD, Richard: Begriff der Unwirksamkeit im Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin, 1903, s.18; HARDER, Manfred: “Die Historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen”. AcP, 173(3), 1973, s.211; SCHLOTTMANN, Rudolf: Die Anfechtbarkeit nach Römischen Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Guben: A. Koenig, 1901, s.10.

²³ SAVIGNY, s.536-537.

²⁴ MARKWALD, s.18.

²⁵ SAVIGNY, s.537.

²⁶ WENDT, Otto Heinrich: Lehrbuch der Pandekten, 1888, s.164.

²⁷ WAIBLINGER, s.22.

²⁸ VON DAMM, Richard: Anfechtbarkeit letztwilliger Verfügungen wegen Irrtums, Hildesheim, 1907, s.4.

²⁹ LIEVEN, Quirin: Das nichtige und das anfechtbare Rechtsgeschäft nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig, 1909, s.30.

³⁰ SEROZAN, s.354, 355; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.133; GÜL, İbrahim: İrade Bozukluğunun Sonucu Olarak İptal Edilebilirlik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.37 vd.

bir iptal sebebi mevcut değilse, iptal hüküm ve sonuç doğurmaz³¹. TBK'ya göre, anlaşma belgesinin iptaline imkân veren sebepler; yanılma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanmadır.

1. İrade Bozukluğu Hallerinde Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali

İrade bozukluğu halleri, TBK m.30 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. TBK'da irade bozukluğu olarak üç durum hüküm altına alınmıştır. Bunlar; yanılma, aldatma ve korkutmadır. Kanun'da irade bozukluğunun tanımına yer verilmemiştir. Kanun koyucu yanılma, aldatma ve korkutmanın tanımına da Kanun'da yer vermemiş; anılan durumların sözleşmeye etkisini açıklamakla yetinerek bu hususu öğretiyeye bırakmıştır.

İrade bozukluğu, iradenin oluşumu veya beyanı aşamasında ortaya çıkan sakatlıktır³². Tanımdan da anlaşılacağı üzere, irade bozukluğu ya beyanın iradeye uygun olmamasından ya da iradenin oluşumundaki bir sakatlıktan kaynaklanır³³.

TBK m.30-35 arasında düzenlenen yanılma; sözleşme kurulurken bir kimsenin sözleşmeyi yapmasında etkili olabilecek olay ya da durumlar hakkında eksik ya da yanlış fikir sahibi olması veya tam ve doğru bir fikre sahip olmasına rağmen beyanını istemeden iradesine aykırı bir şekilde açıklaması olarak tanımlanabilir³⁴. TBK m.30'a göre, sözleşmenin kurulması aşamasında sadece "esaslı yanılmaya düşen" taraf sözleşmenin iptalini isteyebilir. Esaslı yanılma halleri, TBK m.31'de hüküm altına alınmıştır. Saikte yanılmanın esaslı yanılma sayılabilmesi, TBK m.32'de belirtilen şartların bir arada bulunmasına bağlıdır. Buna göre, "yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması" gerekir. Diğer yandan söz konusu durumun "karşı tarafça da bilinebilir olması" şarttır.

Aldatma, TBK m.36'da hüküm altına alınmıştır. Aldatma, bir kimseyi sözleşme yapmaya yöneltmek amacıyla bilerek gerçeğe aykırı bir kanaat uyandırma veya mevcut olan bu kanaati sürdürmedir³⁵. Karşı tarafın aldatması ve üçüncü kişinin aldatması farklı hukuki sonuçlar meydana getirir. Üçüncü kişinin aldatması, kural olarak, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez ve aldatılanın sözleşmeyle bağlı olması sonucunu doğurur. Ancak üçüncü kişinin aldatmasında sözleşmenin kurulduğu sırada karşı taraf aldatmayı biliyor veya bilebilecek durumda ise, aldatılan yine sözleşmeyle bağlı olmaz (TBK m.36/II). Bir başka ifadeyle bu durumda da aldatılan, sözleşmeyi iptal edebilir.

TBK m.37'de sonuçları, m.38'de şartları düzenlenen korkutma; bir kimsenin diğer tarafı sözleşme yapmaya zorlamak maksadıyla kendisinin ya da yakınlarından birinin bir zarar tehlikesine maruz kalacağını bildirecek şekilde korku yaratması veya mevcut bir korkudan yararlanma şeklinde tanımlanabilir³⁶. Söz konusu zarar kişilik haklarına veya malvarlığına yönelik olarak ortaya çıkabilir. TBK m.37'ye göre korkutma, karşı tarafın korkutması ve üçüncü kişinin korkutması şeklinde gerçekleşebilir. Her iki durum da iradesi sakatlanan kimse açısından iptal sebebidir³⁷.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin imzalanması sırasında uyuşmazlığın taraflarından birinin irade bozukluğu etkisi altında sözleşme akdetme olasılığı her zaman mevcuttur. Böyle bir ihtimalde yanılan, aldatılan ya da korkutulan uyuşmazlık tarafı, TBK m.30 vd. hükümleri kapsamında arabuluculuk anlaşma belgesinin iptal edilmesini sağlayabilir.

Korkutma nedeniyle iradesi sakatlanan uyuşmazlık tarafının iptal isteminde bulunabilmesi açısından Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 07.12.2021 tarih ve E. 2021/5860, K. 2021/16271 numaralı içtihadı önem arz etmektedir. Söz konusu uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi iptal istemini reddetmiş, Bölge Adliye Mahkemesi ise arabuluculuk tutanağının iptaline karar vermiştir. Yargıtay'ın bozma kararı verdiği içtihat şöyledir:

³¹ LENT, Friedrich: "Die Notwendigkeit einer Begründung bei Ausübung von Gestaltungsrechten". AcP, 152(5), 1952/1953, s.415; ÖZMEN, Ethem Saba/ÜREM, Müge, "Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi". İstanbul Barosu Dergisi, 90(3), 2016, s.199.

³² EREN, s.434.

³³ OĞUZMAN/ÖZ, s.94; KÖROĞLU, Emre: Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.27.

³⁴ KOÇAYUSUFAŞAĞLU, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968, s.30, 31; EDİS, Seyfullah: Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s.5; EREN, s.437; ÖZSUNAR, Erdal: Roma ve Türk Hukukunda Hata, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.81; KANIŞLI, Erhan: İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.56, 57; ÖZER, Mustafa Tolga: Medeni Hukukta Hata Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.34-37.

³⁵ EREN, s.458; YILDIRIM, Mustafa Fadıl: Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Nobel Yayın, Ankara, 2002, s.8; KURŞAT, Zekeriya: Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2003, s.8.

³⁶ EREN, s.464; KÖROĞLU, s.47.

³⁷ EREN, s.464.

“Davacı pasaportuna el konulduğunu, pasaportunu geri alabilmesi için arabuluculuk görüşmesine katılmaya ve görüşmeyi sonlandırmaya zorlandığını, arabuluculuk tutanaklarını davalı yanın baskısı ile imzaladığını, tutanakları imzaladıktan sonra pasaportunun teslim edildiğini belirterek arabuluculuk tutanağının iptalini talep etmiştir. Davalı taraf ise davacının arabuluculuk sürecine katılımının serbest iradesine uygun şekilde gerçekleştiğini, aynı dönemde arabuluculuk sürecinde anlaşılmayan işçilerinde bulunduğunu savunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesince arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih, tutanak ve ibra beyanının içeriği, arabuluculuk tutanağının tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir zamanda uyumsuzluk konusu olmadan ve işçinin başvurusu bulunmadan ibra niteliğinde düzenlendiği, tutanak tarih ve içeriği itibarıyla arabuluculuğa ve niteliği itibarıyla cebri icraya elverişli olmadığı gerekçesi ile arabuluculuk tutanağının iptaline karar verilmiştir.

Davacı pasaportuna el konulması nedeniyle arabuluculuk tutanağını imzaladığı ve arabuluculuk görüşmesinin kanunun emredici kurallarına, kamu düzenine, ahlaka ve müvekkilin kişilik haklarına aykırı olduğunu iddiasında bulunduğu, buna göre davacının Türk Borçlar Kanunu 37. maddesi kapsamında korkutma sonucu arabuluculuk tutanağını imzaladığı anlaşılmaktadır. Aynı Kanunun 39. maddesinde korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez ise sözleşmeyi onamış sayılacağı düzenlendiği anlaşılmaktadır. Davacının kendi beyanına göre de pasaportunun arabuluculuk tutanağını imzalaması sonrası kendisine verildiği ve dosya kapsamında bulunan Türkiye’ye giriş çıkış kayıtlarına göre davacının 02.11.2018 tarihinde Türkiye’ye giriş yaptığı sabittir. Arabuluculuk tutanağının iptaline ilişkin iş bu dava 02.03.2020 tarihinde açılmış olup Kanunda öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca arabuluculuk tutanağının iptali talebinin reddine karar verilmesi gerekli iken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Yargıtay bir başka içtihadında, işçilik alacakları istemiyle dava açan ve iradesinin fesada uğradığını iddia eden davacının sunduğu deliller değerlendirilmeden verilen yerel mahkeme kararını bozmuştur³⁸.

Yukarıda yer verilen kararlardan açıkça anlaşılmaktadır ki, irade bozukluğu halleri Yargıtay tarafından arabuluculuk anlaşma belgesinin iptalini gerektiren bir durum olarak kabul edilmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 07.12.2021 tarih ve E. 2021/5860, K. 2021/16271 numaralı içtihadında korkutma nedeniyle arabuluculuk tutanağının imzalandığı vurgulanmaktadır. Ancak iptal istemi, talebin ileri sürülmesi gereken bir yıllık hak düşürücü sürenin geçmesi nedeniyle reddedilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 03.11.2020 tarih ve E. 2020/5958, K. 2020/14477 numaralı içtihadında ise irade bozukluğu iddiası değerlendirilmeden verilen yerel mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ifade edilmektedir.

2. Aşırı Yararlanma Halinde Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali

Aşırı yararlanma; sözleşme kurulurken taraflardan birinin zor durumda olması, düşüncesizliği veya deneyimsizliğinden yararlanılarak ve söz konusu bu durumlardan yararlanmak kastı ile edimler arasında açık bir oransızlığın meydana getirilmesi olarak tanımlanabilir³⁹. TBK m.28 gereğince,

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

Anılan düzenlemede aşırı yararlanmanın objektif ve subjektif unsurlarına da yer verilmiştir. Aşırı yararlanmanın objektif unsuru, edimler arasında açık bir oransızlığın varlığıdır⁴⁰. Subjektif unsurlar ise, bir tarafın zor durumda olması, düşüncesizliği veya deneyimsizliği ve karşı tarafın bu durumlardan yararlanma kastı olmak üzere iki adettir⁴¹.

TBK m.28/I’de zarar görene seçimlik hak tanınarak sözleşmenin iptalini veya sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebileceği öngörülmektedir. Edimler

³⁸ Yarg. 9. HD, T. 03.11.2020, E. 2020/5958, K. 2020/14477.

³⁹ EREN, s.480; KALKAN, Burcu: Türk Hukukunda Gabin, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s.51; ASLAN, Çiğdem Mine: Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.26; ÇAKIRCA, Seda İrem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.16; OKUMUŞ, Selmani: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.60.

⁴⁰ Bilgi için. EREN, s.482; KALKAN, s.74 vd.; ASLAN, s.67 vd.; ÇAKIRCA, s.130 vd.; OKUMUŞ, s.90 vd.

⁴¹ Bilgi için. EREN, s.483 vd.; KALKAN, s.122 vd.; ASLAN, s.83 vd.; ÇAKIRCA, s.149 vd.; OKUMUŞ, s.118 vd.

arasındaki oransızlığın giderilmesini talep, öğretide savunulan ve kısmi iptal olarak adlandırılan yaptırımın Türk Borçlar Kanunu'nda vücut bulmuş halidir⁴².

Aşırı yararlanma, arabuluculuk anlaşma belgesinin imzalanması sırasında ortaya çıkması muhtemel durumlardan biridir. Örneğin, işçilik alacaklarıyla ilgili bir uyuşmazlıkta, işçinin hasta yakınlarından birinin acil tedavi ihtiyacını bilen işveren, bu durumdan faydalanmak isteyebilir. İşçi açısından sürecin bir an önce anlaşmayla sonuçlanarak işçilik alacaklarına kavuşmanın amaçlanması, zor durumda olma niteliğindedir. Bu ihtimalde uyuşmazlığın anlaşmayla sonuçlanması, işçinin daha sonra anlaşma belgesinin iptalini istemesine engel değildir. Zor durumda kalmanın ortadan kalkmasından itibaren aşırı yararlanmaya dayanarak anlaşma belgesinin iptali talep edilebilir.

C. İptalin İleri Sürülmesi

İradesi sakatlanan ya da aşırı yararlanma nedeniyle zarar gören taraf, iptal hakkını kullanarak sözleşmeyle bağlı kalmak istemediğini beyan etmelidir. O halde bir irade açıklaması aracılığıyla sözleşmenin iptalinin açık bir şekilde belirtilmesi gerekir⁴³. Bu irade açıklamasına “iptal beyanı” denir⁴⁴.

İptal beyanı, açık ve kesin olmalıdır⁴⁵. Beyanda bulunurken mutlaka “iptal” kelimesinin kullanılması gerekmez⁴⁶. İptal, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıdır⁴⁷.

İptalin hüküm ve sonuç doğurması için, geçerli bir iptal sebebine dayanması gerektiğine yukarıda değinilmişti. Bu kapsamda iptal beyanında bulunurken sebebin gösterilmesi gerekip gerekmediği sorusu akla gelebilir. Esasen iptal beyanında sözleşmenin hangi gerekçeyle iptal edildiğinin belirtilmesi gerekmez⁴⁸. İptal beyanında iptal sebebinin gösterilmemesi, beyanın geçerliliğini etkilemez⁴⁹. Sebebin gösterilmemesine rağmen iptal, hüküm ve sonuç doğurur⁵⁰. Bunun için iptal hakkı sahibinin sözleşmeyle bağlı olmadığını içeren herhangi bir ifadeyi açıkça ya da zımni olarak karşı tarafa iletmesi yeterlidir.

İptalin sonuç doğurması, Kanun'da belirtilen süreler içerisinde iptal beyanının ileri sürülmesine bağlıdır. TBK m.39 gereğince, iradesi yanılma, aldatma veya korkutma etkisi altında ortaya çıkan taraf, yanılma ve aldatmanın öğrenilmesinden ya da korkutmanın etkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri talep etmezse, sözleşme onanmış kabul edilir. Bir başka ifadeyle, iradesi yanılma, aldatma veya korkutma nedeniyle sakatlanmış kişi bir yıl içinde iptal hakkını kullanmazsa, sözleşme geçmişe etkili olarak geçerli hale gelir. Öğretide bu durum “geniş anlamda iptal edilebilirlik” ya da “düzelebilir geçersizlik” şeklinde ifade edilmektedir⁵¹.

TBK m.28 düzenlemesinden anlaşılacağı üzere, aşırı yararlanma durumunda, sözleşme kurulduğu andan itibaren geçerlidir. Zarar gören kişi sözleşmeyle bağlı kalmak istemezse iptal hakkını kullanabilir. TBK m.28/II'ye göre, zarar görenin iptal hakkını kullanması, bir ve beş yıllık hak düşürücü sürelerle bağlanmıştır. Bir yıl, düşüncesizlik veya deneyimsizliği öğrenme ve zor durumda kalmanın ortadan kalktığı tarihten itibaren hesaplanır. Beş yıllık sürenin hesaplanma anı ise, sözleşmenin kurulmasıyla başlar. İptal hakkının kullanılmasıyla geçersizlik geçmişe etkili olarak ortaya çıkar. Öğretide aşırı yararlanmadaki bu durum “dar anlamda iptal edilebilirlik” ya da “bozulabilir geçerlilik” kavramlarıyla ifade edilmektedir⁵².

⁴² BUZ, Vedat: “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”. BATİDER, XIX(4), 1998, s.53 vd.

⁴³ AERNI, s.44. Ancak iptal beyanı, hukuki işlemin geçerliliğinin “geriye dönük olarak ortadan kaldırılmasına” odaklanmak zorunda değildir. Bu hususta, bkz. BUSCHE, Jan: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I Allgemeiner Teil, 9. Auflage, C.H. Beck, München, 2021, BGB § 143, Rn.3.

⁴⁴ BUSCHE, Münchener Kommentar, BGB § 143, Rn.2; ARNOLD, Arnd: Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage, Otto Schmidt, 2017, s.411, Rn.1; ROTH, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsrecht und Nebengesetzen, Buch I, Allgemeiner Teil, Sellier de Gruyter, Berlin, 2015, s.118, Rn.2; KURŞAT, s.64, dn. 308; GÜL, s.148.

⁴⁵ İptal beyanının açıklığı hakkında, PROBST, Martin: “Zur ‘Eindeutigkeit’ von Anfechtungserklärungen - Kriterien für die Auslegung rechtsgestaltender Willenserklärungen”. JZ, Nr. 19, 1989, s.878; KELLERMANN, Markus: “Problemfelder des Anfechtungsrechts”. JA, Heft 5, 2004, s.406.

⁴⁶ BUSCHE, Münchener Kommentar, BGB § 143, Rn.2; ARNOLD, s.411, Rn.1; ROTH, Staudingers Kommentar, s.118.

⁴⁷ WAIBLINGER, s.44, 49; EREN, s.400; KANIŞLI, s.539; KÖROĞLU, s.182; GÜL, s.125.

⁴⁸ AERNI, s.44; LENT, s.401; YILDIRIM, s.228; KURŞAT, s.83; ÖZMEN/ÜREM, s.209.

⁴⁹ ÖZMEN/ÜREM, s.209.

⁵⁰ LENT, s.405; KURŞAT, s.83; ÖZMEN/ÜREM, s.209.

⁵¹ SEROZAN, s.355; AKKURT, Sinan Sami: “Hukuki İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış”. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4(1), 2014, s.125; GÜL, s.41.

⁵² SEROZAN, s.355; AKKURT, s.124, 125; GÜL, s.41.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali, irade sakatlığı hallerinde TBK m.39'a göre bir yıl içerisinde ileri sürülmelidir. Aşırı yararlanmanın söz konusu olduğu hallerde ise, arabuluculuk anlaşma belgesinin iptalinin ileri sürülmesi bir ve beş yıllık sürelerle tabi tutulmuştur. TBK'da belirtilen bu süreler, hukuki niteliği itibarıyla hak düşürücü süredir. Nitekim Yargıtay, bir içtihadında, iptal isteminin bir yıllık süre içerisinde ileri sürülmediği gerekçesiyle bozma kararı vermiştir⁵³.

IV. HUAK m.18/5'te ÖNGÖRÜLEN DAVA AÇMA YASAĞI

6325 sayılı HUAK'ın 18. maddesine 7036 sayılı Kanun m.24 ile eklenen 5. fıkraya göre, “Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz”. Anılan düzenleme, 7036 sayılı Kanun'un gerekçesinde “dava açma yasağı” olarak nitelendirilmektedir⁵⁴. Aynı hüküm, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na dayanılarak çıkarılan Yönetmelik m.21/7'de de bulunmaktadır.

HUAK m.18/5 lafzen yorumlandığında, bu hükmün emredici bir hüküm olduğu sonucuna varılır. Nitekim madde metninde “dava açılmaz” ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme, gerekçede belirtilen “dava açma yasağı” nitelemesiyle birlikte değerlendirildiğinde, burada hak arama özgürlüğünü engelleyen bir yasağın söz konusu olduğu şeklinde yorumlanabilir⁵⁵. Ancak öğretide dava açma yasağının gerekçeleri de dikkate alınarak⁵⁶ bu yasağı mutlak bir yasak olarak anlamamak gerektiği ifade edilmektedir⁵⁷. Diğer yandan HUAK m.18/5 düzenlemesinin ifade, içerik ve sonuçları bakımından oldukça sorunlu bir hüküm olduğu vurgulanarak, “dava açılmaz” ibaresinin usul hukuku açısından anlamlı olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁸. Öğretide bu hükmün suni olarak getirilmiş bu kural olduğu belirtilerek usul hukukuna tamamen aykırı olduğu da ifade edilmektedir⁵⁹. Dava açma yasağının usul hukukunu ilgilendiren bir düzenleme olması sebebiyle, esasen, davanın esastan çözülmesine engel bir yasak olarak kabulü gerekir⁶⁰. Bu sebeple, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşılan hususlarda dava açılması durumunda, açılan dava usulden reddedilmelidir⁶¹. Önemle belirtmek gerekir ki, HUAK m.18/5 düzenlemesinden önce de arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla sona ermesi halinde, anlaşılan hususlarda dava açılmayacağı; hukuki yarar yokluğu nedeniyle usulden reddi gerektiren bir durum olarak kabul edilmekteydi⁶². Diğer yandan HUAK m.18/5 ile ulaşılmak istenen asıl amaç; yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına engel olmak suretiyle mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve arabuluculuğun işlevsel hale getirilmesidir⁶³.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge niteliğine sahip olup olmamasının dava açma yasağı üzerine etkisi de incelenmelidir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliğine sahip olması iki şekilde mümkün olabilir. Bu iki imkân HUAK m.18/2 ve m.18/4'te belirtilmektedir⁶⁴. HUAK m.18/2'ye göre, “Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. ... Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır”. Düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır ki, arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge vasfını kazanması ilk olarak tarafların isteğine bağlıdır⁶⁵. HUAK m.18/4 gereğince, “Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte

⁵³ Yarg. 9. HD., T. 07.12.2021, E. 2021/5860, K. 2021/16271: “... Arabuluculuk tutanağının iptaline ilişkin iş bu dava 02.03.2020 tarihinde açılmış olup Kanunda öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca arabuluculuk tutanağının iptali talebinin reddine karar verilmesi gerekli iken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

⁵⁴ 7036 sayılı Kanun 24. maddesinin gerekçesinin dava açma yasağının kapsamının belirlenmesi hususunda açıklama getirdiği yönünde, bkz. AKKAN, s.4. Ayrıntılı bilgi için, bkz. ÖZBEK, Alternatif Uyuşmazlık, s.1731-1743.

⁵⁵ TANRIVER, Arabuluculuk, s.137-138. Aksi yönde, BAHADIR, N. Tuğçe: Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.182.

⁵⁶ Dava açma yasağının gerekçeleri hakkında, bkz. AKKAN, s.4 vd.

⁵⁷ AKKAN, s.3; BAHADIR, s.182. İş Mahkemeleri Kanunu henüz yasalaşmadan söz konusu hükümde irade bozuklukları bakımından bir ibare eklenmesi gerektiği görüşü yönünde, bkz. ERDEMİR, Aymelek: “Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk ve İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı”. Terazi Hukuk Dergisi, 12(132), 2017, s.80.

⁵⁸ ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat: “7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”. “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine” Toplantısı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.105, 106.

⁵⁹ ALBAYRAK, Hakan: “Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”. Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 17, (2018), s.21.

⁶⁰ AKKAN, s.8, 9.

⁶¹ AKKAN, s.10. Aksi yönde, İLHAN, s.257.

⁶² ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: “6325 Sayılı HUAK'a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi”. Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.711-712.

⁶³ AKKAN, s.5; ALBAYRAK, s.21; BAHADIR, s.173.

⁶⁴ Arabuluculuk anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge vasfını kazanabilmesi için üçüncü yol, taraflarca mahkeme içi sulhe dönüştürülmesidir. Bu hususta, bkz. BÜYÜKAY, s.109; KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s.101.

⁶⁵ KEKEÇ, s.206.

imzalandıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır”. Arabuluculuk anlaşma belgesinin bu şekilde ilam niteliğinde belge vasfını kazanması da mümkündür. İlam niteliğinde belge sıfatına sahip olan arabuluculuk anlaşma belgesi, yalnızca icra edilebilirlik hususunda önem arz etmektedir⁶⁶. İlam niteliğinde belge, ilamdan farklı olarak, maddi anlamda kesin hüküm kuvvetini haiz değildir⁶⁷. Bu sebeple arabuluculuk anlaşma belgesine rağmen davanın açılması durumunda kesin hükmün önleyici ya da engelleyici etkisi söz konusu olmaz⁶⁸.

V. HUAK m.18/5 HÜKMÜ KARŞISINDA ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN İPTALİ

HUAK m.18/5'te “*üzerinde anlaşılan hususlar hakkında*” dava açılmayacağı ifade edilmektedir. Bu hükümden anlaşılması gereken, anlaşma belgesi geçersiz olmadığı ya da iptal edilmediği sürece, anlaşmaya varılan hususlarda dava açılmayacağıdır⁶⁹. Arabuluculuk faaliyeti sonunda üzerinde anlaşmaya varılan hususlarda dava açılabilmesi için, öncelikle arabuluculuk anlaşma belgesinin iptal edilmesi gerekir⁷⁰. Arabuluculuk anlaşma belgesi iptal edilmek suretiyle geçersizlik sağlandığında, anlaşılan hususlarla ilgili olarak aynı konuda dava açılabilir. Nitekim esasen maddi hukuku ilgilendiren bir borçlar hukuku sözleşmesi olan arabuluculuk anlaşma belgesi, maddi karakterli hükümlerle korunabilir⁷¹. Bu koruma, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmenin geçerliliğiyle ilgili hükümleriyle sağlanmaktadır. Öğretide dava açmak isteyen kişinin, aynı davada, öncelikle anlaşma belgesinin iptalini ve bunu takiben anlaşılan hususlarda karar verilmesini isteyebileceği ifade edilmektedir⁷². Arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali, iptal davası açılmak suretiyle yapılabilir; ancak bu zorunlu değildir⁷³. İradesi sakatlanmış ya da aşırı yararlanmaya maruz kalan taraf, sözleşmeyle bağlı olmak istemediğini herhangi bir söz, davranış ile ifade ettiğinde iptal beyanını ileri sürmüştür. Bu beyan karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığında kendiliğinden amaçlanan hukuki sonucu meydana getirir⁷⁴. Beyan ileri sürülmesine rağmen dava açılmışsa, bu davada hâkimin vereceği karar, tespit hükmü niteliğindedir⁷⁵. Dolayısıyla irade sakatlığı ya da aşırı yararlanma halinde sözleşmenin iptaline yönelik açılan dava, tespit davası olarak değerlendirilir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin iptali hususunda, icra edilebilirlik şerhi alınıp alınmaması önem arz etmez⁷⁶. Anlaşma belgesi hakkında icra edilebilirlik şerhi alınması ve bu suretle ilam niteliğinde belge vasfının kazandırılması, anlaşma belgesinin esasen bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğine sahip olduğu gerçeğini değiştirmez⁷⁷. Ayrıca ilam niteliğinde belge sıfatına sahip arabuluculuk anlaşma belgesi, maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olmadığı için genel hükümler çerçevesinde geçersizlik ileri sürülebilecektir. Bu husus Anayasa Mahkemesi'nin⁷⁸ Arabuluculuk Kanunu'nun Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasının reddi gerekçeleri arasında da açıkça ifade edilmektedir⁷⁹. Arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenirken bir irade bozukluğu ya da aşırı yararlanmanın varlığı durumunda, tarafların yeni bir dava açması

⁶⁶ ÖZBEK, Alternatif Uyuşmazlık, s.1715; KEKEÇ, s.200; KAYA, Sedat: “7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”. EBYÜHFD, XXII(1-2), 2018, s.244; MUTLAY, Faruk Barış: “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”. İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.159; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s.18.

⁶⁷ ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.429; DÜR, s.377; MUTLAY, s.159; KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s.101; ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2017, s.75; TANRIVER, Süha: “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (147), 2020, s.133.

⁶⁸ ÇELİKOĞLU, s.711. Kesin hükmün etkileri hakkında, bkz. KURU, Baki/AYDIN, Burak: Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.553 vd.; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.455 vd.; TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.952,953; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.726 vd.

⁶⁹ KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s.103, 104; SUBAŞI/GÜLER, s.1248; TANRIVER, Dava Şartı, s.135; BAHADIR, s.183.

⁷⁰ KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s.104.

⁷¹ ALBAYRAK, s.21.

⁷² KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s.104.

⁷³ AERNİ, s.44.

⁷⁴ EREN, s.476; KANIŞLI, s.536; KÖROĞLU, s.182; GÜL, s.127.

⁷⁵ EREN, s.477.

⁷⁶ KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s.103; ERDOĞAN/CÖMERT, s.42; TANRIVER, Arabuluculuk, s.139.

⁷⁷ BÜYÜKAY, s.281-282; DÜR, s.373; KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s.102.

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89, RG 25.01.2014, Sayı: 28893.

⁷⁹ “Yine, icra edilebilirlik şerhi verilmesi sürecinde hata, hile ve ikrah gibi irade fesadı halleri taraflarca ileri sürülebilecektir. Aynı şekilde, icra edilebilirlik şerhi verilen anlaşmanın ilam niteliğini taşıması, bir başka ifadeyle maddi anlamda kesin hüküm niteliğine sahip olmaması gibi hususların da genel hükümler çerçevesinde ileri sürülmesi her zaman mümkündür.”

mümkündür⁸⁰. Bu sebeple HUAK m.18/5 hükmünün sınırlı bir düzenleme getirdiği söylenebilir⁸¹. Geçerlilik şartlarından birinin mevcut olmaması nedeniyle sözleşmenin iptali, bahsedilen sınırlardan biridir.

VI. SONUÇ

Çalışmada, bir “dava açma yasağı” olarak nitelendirilen HUAK m.18/5 hükmü karşısında arabuluculuk anlaşma belgesinin iptal edilip edilemeyeceği hususu irdelenmiştir. Anılan hükümde, arabuluculuğun anlaşmayla sonuçlanması halinde, anlaşılan hususlarda dava açılmayacağı düzenlenmektedir. Bu kapsamda ilk olarak arabuluculuk anlaşma belgesi kavramı açıklanarak belgenin hukuki niteliğinin tespiti gereklidir. Arabuluculuk anlaşma belgesi, esasen bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğine sahiptir. Bu sebeptir ki, arabuluculuk anlaşma belgesi tüm sözleşmeler için aranan geçerlilik şartlarına tabidir ve içeriği taraflarca serbestçe belirlenebilir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğinin taraflarca serbestçe belirlenebileceği, HUAK m.18/1’de de ifade edilmektedir. Arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenirken tarafların iradelerinin sıhhatli bir şekilde oluşması ve dış dünyaya yansıtılması gerekir. Tarafların iradelerini bozan bir sebebin ya da aşırı yararlanma durumunun söz konusu olması halinde, arabuluculuk anlaşma belgesi genel hükümler çerçevesinde iptal edilebilirlik yaptırımına konu olur. İradesi herhangi bir nedenle sakatlanan ya da aşırı yararlanma nedeniyle zarar gören taraf, sürelere uymak kaydıyla, arabuluculuk anlaşma belgesinin iptalini talep edebilir. İptal, iptal hakkına sahip olan tarafça tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı aracılığıyla ileri sürülür. İptal, muhatabın hakimiyet alanına ulaştığı anda hüküm ve sonuç doğurur. Arabuluculuk anlaşma belgesinin iptaliyle belge geçersiz kılınır. Bu suretle artık arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşılan hususlarla ilgili olarak aynı konuda dava açmak mümkün hale gelir.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atf Şekli: Yazar Seda BAŞ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | The Seda BAŞ who is author have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

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

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

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

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

⁸⁰ DÜR, s.380.

⁸¹ KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s.102.

KAYNAKÇA

- AERNI, Kurt: Die Rechtsfolgen bei Vorhandensein von Willensmängeln, Gedruckt bei Stämpfli & Cie., Bern, 1944.
- AKKAN, Mine: “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”. DEÜHFD, 20(2), 2018, s.1-31.
- AKKURT, Sinan Sami: “Hukuki İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış”. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4(1), 2014, s.99-131.
- ALBAYRAK, Hakan: “Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”. Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 17, 2018, s.12-24.
- ARNOLD, Arnd: Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage, Otto Schmidt, 2017.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ASLAN, Çiğdem Mine: Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- BADUR, Emel: “Arabulucu Sözleşmesi”. Terazi Hukuk Dergisi 15(162), 2020, s.248-265 (Arabulucu Sözleşmesi).
- BADUR, Emel: “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 9(18), 2021, s.49-87 (Arabuluculuk Anlaşma Belgesi).
- BAHADIR, N. Tuğçe: Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- BERTOLINO, Camilla: Der Mediationsvertrag, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 2020.
- BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht AT, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988.
- BUSCHE, Jan: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I Allgemeiner Teil, 9. Auflage, C.H. Beck, München, 2021.
- BUZ, Vedat: “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”. BATİDER, XIX(4), 1998, s.53-82.
- BÜYÜKAY, Ferhat: Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÇAKIRCA, Seda İrem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: “6325 Sayılı HUAK’a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi”. Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.669-723.
- DOST, Süleyman: “Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”. TBB, (115), 2014, s.449-476.
- DÜR, Orhan: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- EDİS, Seyfullah: Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ERDEMİR, Aymelek: “Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk ve İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı”. Terazi Hukuk Dergisi, 12(132), 2017, s.70-81.
- ERDOĞAN, Ersin/CÖMERT, Büşra: “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”. Terazi Hukuk Dergisi, 13(138), 2018, s.27-47.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ERTÜRK, Mustafa: Arabuluculuk Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- GÖKSU, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- GÜL, İbrahim: İrade Bozukluğunun Sonucu Olarak İptal Edilebilirlik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- HARDER, Manfred: “Die Historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen”. AcP, 173(3), 1973, s.209-226.
- HUGUENIN, Claire: Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, Verl. Stämpfli & CIE AG, Bern, 1984.
- HURLIMANN, Roland: Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Universitätsverlag, Freiburg, 1984.
- İLHAN, Onur: Arabuluculuk Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- KALKAN, Burcu: Türk Hukukunda Gabin, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- KANIŞLI, Erhan: İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- KAYA, Sedat: “7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”. EBYÜHFD, XXII(1-2), 2018, s.209-261.
- KEKEÇ, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- KELLERMANN, Markus: “Problemfelder des Anfechtungsrechts”. JA, Heft 5, 2004, s.405 ff.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Arabuluculuk Sözleşmeleri, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021 (Arabuluculuk).
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021 (Borçlar Hukuku).
- KIYAK, Emre: “Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”. TAAD, 6(21), 2015, s.523-548.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968.
- KÖROĞLU, Emre: Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KUONI, Andreas: Die einseitige Unverbindlichkeit des unter Irrtum, Betrug und Furchterregung abgeschlossenen Vertrages nach Schweizerischem Obligationenrecht, 1897.
- KURŞAT, Zekeriya: Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2003.
- KURU, Baki/AYDIN, Burak: Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

- KUT, Ahmet: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- LENT, Friedrich: “Die Notwendigkeit einer Begründung bei Ausübung von Gestaltungsrechten”. AcP, 152(5), 1952/1953, s.401 ff.
- LIEVEN, Quirin: Das nichtige und das anfechtbare Rechtsgeschäft nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig, 1909.
- MARKWALD, Richard: Begriff der Unwirksamkeit im Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin, 1903.
- MUTLAY, Faruk Barış: “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”. İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- OĞUZMAN, M.Kemal: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- OKUMUŞ, Selmani: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2017, s.69-85 (Arabuluculuk).
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Alternatif Uyuşmazlık).
- ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat: “7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”. “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine” Toplantısı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.41 vd.
- ÖZER, Mustafa Tolga: Medeni Hukukta Hata Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ÖZMEN, Ethem Saba/ÜREM, Müge, “Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi”. İstanbul Barosu Dergisi, 90(3), 2016, s.193-218.
- ÖZMUMCU, Seda: “Dava Şartı Arabuluculuğunun Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Olası Sorunlar”. Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’nu Anma Toplantıları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÖZSUNAR, Erdal: Roma ve Türk Hukukunda Hata, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- PROBST, Martin: “Zur ‘Eindeutigkeit’ von Anfechtungserklärungen - Kriterien für die Auslegung rechtsgestaltender Willenserklärungen”. JZ, Nr. 19, 1989, s.878-883.
- RENDL, Raffaella: Mediation als Streitschlichtungsinstrument, Linz, 2013.
- ROTH, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsrecht und Nebengesetzen, Buch I, Allgemeiner Teil, Sellier de Gruyter, Berlin, 2015.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von: System des Heutigen Römischen Rechts IV, 1841.
- SCHLÄPFER, Hans, Ungültigkeit obligatorischer Verträge handlungsfähiger Personen, Verl. von Stämpfli & Cie, Bern, 1918.
- SCHLOTTMANN, Rudolf: Die Anfechtbarkeit nach Römischen Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Guben: A. Koenig, 1901.
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- SUBAŞI, İbrahim/GÜLER, Şeref: “7026 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Kapsamında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”. Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(16), 2020, s.1217-1256.
- SUTER, Esther: Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug, Schulthess Verlag, Zürich, 1991.
- ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu: Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmanın Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- TANRIVER, Süha: “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (147), 2020, s.111-142 (Dava Şartı).
- TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021(Usul).
- TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Arabuluculuk).
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s.333-379.
- TRAMS, Kai: Die Mediationsvereinbarung - eine vertragsrechtliche Analyse, Tectum Verlag, Marburg, 2008.
- VON DAMM, Richard: Anfechtbarkeit letztwilliger Verfügungen wegen Irrtums, Hildesheim, 1907.
- WAIBLINGER, Max: Begriff und Ausübung der Anfechtungsrechte im schweizerischen Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Anfechtung des ehelichen Kindesverhältnisses, Abhandlung zum schweizerischen Recht, 30. Heft, Verlag von Stämpfli & Cie, Bern, 1928.
- WENDT, Otto Heinrich: Lehrbuch der Pandekten, 1888.
- YAZICI TIKTIK, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- YILDIRIM, Ferhat: Arabuluculuk ve Ombudsmanlık, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl: Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Nobel Yayın, Ankara, 2002.

VELÂYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ

MODIFICATION TO CUSTODY

Mehmet AKÇAAL* 10.21492/inuhfd.1056438 

Makale Bilgi

Gönderi: 11/01/2022
Kabul : 16/05/2022

Anahtar Kelimeler

*Velâyet,
Çocuğun Üstün
Menfaati,
Velâyetin
Kaldırılması,
Boşanma,
Velâyetin Tevdii.*

Article Info

Received: 11/01/2022
Accepted: 16/05/2022

Keywords

*Custody,
The Best Interest of
the Child,
Withdrawal of
Custody,
Divorce,
Deposit the Custody.*

Özet

Velâyet, bir kanunî temsilcilik türüdür. Velâyet hakkının kime ait olacağı hususu farklı ihtimallere göre değişiklik gösterebilir. Ama, velâyet hakkı kural olarak birbiriyle evli ana ve babaya aittir. Buna ilişkin özellikle boşanma halinde ortaya çıkan en önemli meselelerden biri, velâyetin kime ait olacağının belirlenmesidir. Bu belirlendikten sonra ise yeni olgular meydana gelebilir. Meselâ, ana veya baba başkasıyla evlenebilir, başka bir yere gidebilir, ölebilir veya kişisel ilişki düzenlemesini yerine getiremeyebilir. İşte, böyle bir durumda hâkim boşanma hükmü kapsamında çocukla ilgili olarak velâyet, kişisel ilişki ve iştirak nafakası bakımından değişen şartlara uydurma yetkisine sahiptir. Böylece, velâyetin kendisine bırakıldığı kimsenin değiştirilmesi mümkündür. Bu, ana ve babadan birinin istemi üzerine gerçekleşebileceği gibi, hâkim de kendiliğinden velâyetin değiştirilmesine karar verebilir. Velâyetin değiştirilmesi için ortaya çıkan yeni bir olgunun bunu zorunlu kılması şarttır. Ama, daha önemlisi çocuğun üstün menfaatinin bunu gerekli kılmasıdır. Çünkü, böyle bir istem bakımından esas belirleyici olan ölçüt çocuğun üstün menfaatidir. Bu yaklaşım, çocuğun menfaatinin önceliği ilkesiyle de uyumludur.

Abstract

Custody is a type of legal representation. The issue of who will have the right of custody may vary according to different possibilities. However, the right of custody, as a rule, belongs to both parents who are married to each other. One of the most important issues that arise, especially in case of divorce, is determination of who will have custody. Once this is determined, new substantial change in circumstances may occur. For example, mother or father may marry someone else, move to another place, die, or fail to fulfill personal relationship arrangement. In such a case, judge has authority to adapt to changing conditions in terms of child custody, personal relationship and child support within the scope of divorce provision. Thus, it is possible to change the person who has custody. Judge may decide on it at request or ex officio. In order to change custody, a new phenomenon that has arisen must necessitate it. More importantly, best interests of child must necessitate it. This is because main criterion for such a request is the best interests of the child. This approach is also compatible with the principle of priority of the best interests of the child.

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

* Doç. Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: AKÇAAL Mehmet, "Velâyetin Değiştirilmesi", InÜHFD, 13(1), 2022, s.190-205. **İntihal** | **Plagiarism**: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Custody is all of rights and obligations granted to both parents. Custody not only gives rights to parents, but also imposes obligations. If both sides are married, they use custody together as long as their marriage continues. As a rule, married parents have joint custody of their children. If parents are not married, custody belongs to mother. In divorce, custody generally belongs to a party. However, it is always possible to change custody after judicial decision.

Changing custody is essentially regulated in Art. 183 Turkish Civil Code. Accordingly, judge takes necessary measures, ex officio or upon request of one of parents, in case of new facts such as marriage of mother or father to someone else, going to another place or death. These measures include changing custody.

There are some vital issues regarding the change of custody: first of all, a new phenomenon must occur in order to change custody. Then, change of custody should become permanent and mandatory. Finally, a judge's decision is needed to change custody. Most important thing is that the best interests of child necessitate this. This is because main criterion for a change is the best interests of the child. This principle is guaranteed in both national and international law. As such, the best interests of the child should always be considered when interpreting a provision regarding child. In the best interests of the child, the aim of ensuring his physical, mental, spiritual, moral and social development should be considered. Likewise, the right of custody granted to parents should be interpreted as appropriate to the child's interest.

Regarding the change of custody, it is considered that right of custody belongs to one of parents. However, joint custody is also possible in accordance with practice. Moreover, in case of joint custody, custody can be changed. For example, if father who has right of joint custody marries someone else, it may be decided that custody belongs only to the mother.

Changing custody is different from withdrawal of custody. Withdrawal of custody is the most severe measure to protect a child. In case custody is revoked, custody essentially ends for both parents.

The first case that leads to the change of custody is the marriage of mother or father to someone else. However, remarriage alone is not enough; It should require changing custody. If a parent who has right of custody moves to another place, it also requires changing custody. But a temporary situation is not enough for changing custody. In the event that parent who has right to custody dies, judge must decide to change custody ex officio or upon request. Failure to comply with requirements of the personal relationship regulation is another reason for modification. This reason is clearly regulated in the Turkish Civil Code with an amendment. Thus, solution in line with opinion of the Supreme Court found a legal basis. Circumstances that require changing custody are not limited to the statements mentioned above. For example, it is also possible to change custody when the parent who has custody is imprisoned. However, if there is no new fact that compels modification of custody, request for the change of custody should be rejected.

In a change of custody case that needs to be resolved by a court, plaintiff is usually the parent who does not have custody. The defendant is parent who has the right of custody.

The case for the modification of custody is subject to simple jurisdiction procedure. Request to change custody is a non-contentious judicial proceeding. The court of jurisdiction for modification of custody is family court. Competent court is the court of the defendant's place of residence. But there is an imprecise jurisdiction about changing custody. The decision made as a result of change of custody case does not constitute a final judgment in material terms. Therefore, it is possible to make a request again on the same subject.

In the event that request to change custody is accepted, rights and powers of the party with the right of custody expire. In case of a modification, a personal relationship should be established for child and defendant. Finally, defendant has to participate in child's care and education expenses in proportion to his/her financial status.

In this study, concepts of custody and modification of custody have been explained at first. Then, the difference between concepts of modification of custody and withdrawal of custody has been revealed. The cases that require and do not require modification of custody have been examined. The case, procedure and provision of modification of custody have been explained, as well.

I. GİRİŞ

Velâyet, küçükler ile istisnaen ergin çocukların bakımı ve korunması amacıyla ana ve babaya tanınan hakların tamamını ifade eder. Söz konusu müessese, çocuğun bakımı, menfaatinin korunması, temsili, eğitimi ile malvarlığının yönetimi bakımından hukukî bir temel oluşturur. Görüldüğü üzere, velâyet, ana ve babaya sadece çocuğun kendisi ve malvarlığı üzerinde haklar tanımakla kalmaz, aynı zamanda beraberinde bazı yükümlülükleri de getirir¹.

Velâyet hakkı, kural olarak ana ve babaya aittir (TMK m.335/I). Diğer taraftan, evlât edinme halinde ana ve babaya ait haklar ve yükümlülükler evlât edinene geçer (TMK m.314/I). Başka bir deyişle, evlât edinen evlâtlık üzerinde velâyet hakkına sahip olur².

Velâyet hakkının kime ait olduğu hususunda ana ve babanın birbiriyle evli olup olmamasına göre bir ayırmadan hareket edilebilir. Bu itibarla, ana ve baba birbiriyle evli ise, velâyet hakkı çocuğun doğumuyla birlikte kanun gereğince her ikisine aittir. Ana ve baba, evlilik devam ettiği sürece kural itibarıyla velâyeti birlikte kullanırlar (TMK m.336/I)³.

Ana ve babadan birinin ölümü halinde ise velâyet sağ kalana ait olur (TMK m.336/III). Aynı sonuç, ana ve babadan birinin gaipliğine karar verilmesi ile velâyet hakkını kullanamayacak hale gelmesi bakımından da geçerlidir. Boşanmada da velâyet çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olur (TMK m.336/III). Böylece, diğer eş, velâyet hakkını kaybeder⁴. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, burada TMK m.348 anlamında velâyetin kaldırılması söz konusu değildir⁵. Diğer taraftan, Yargıtay'a göre, boşanma davasında ortak velâyete karar verilmesi de artık mümkündür⁶.

Ortak hayata son verildiği veya ayrılık hali gerçekleştiği takdirde, hâkim velâyeti eşlerden birine verebilir (TMK m.336/II)⁷.

¹ KUKO ZGB-CANTIENI/VETTERLI, Art.296, N.1; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 296, N. 2; CHK-BREITSCHMIDT, Art. 296 ZGB N 1; OFK-MARANTA, Art. 296 ZGB N. 1; BK-AFFOLTER/VOGEL, Art. 295, N. 5; BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.30; AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, 8. Baskı, Pegem Yayıncılık, Ankara 2021, s.222; BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velayet Müessesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği (Müessese), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 19(Özel Sayı), 2017, s.42; USTA, Sevgi: Çocuk Hakları ve Velayet, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s.20-21; CEYLAN, Ebru: Türk ve İsviçre Hukukunda Velayet Hakkı ve Hukuki Sonuçları, Leges Yayınları, İstanbul 2019, s.170-171; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1966, s.407; CEYLAN, Ebru: Türk Medeni Kanunu'nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(Özel Sayı), 2017, s.352; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1963, s.387; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s.386; KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1986, s.248; ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 5. Baskı, Turhan Yayınları, Ankara 2004, s.625; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, 15. Baskı, (Filiz Yayınları), İstanbul 2020, N.1686; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku (Aile), C. 2, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.406-407; HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 2. Baskı, Vedat Yayınları, İstanbul 2013, s.155; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Medeni Hukuk (Medeni), 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.301; ZEVLİLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/ACABEY, M.Beşir/GÜRPINAR, Damla: Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 10. Baskı, Turhan Yayınları, Ankara 2018, s.350; HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya: Medeni Hukuk, Legal Yayınları, İstanbul 2011, s.196; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku (Aile), 4. Baskı, Turhan Yayınları, Ankara 2019, s.496; ÖZDEMİR, Hayrunnisa/RUHİ, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2012, s.755; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Hukuk Temel Bilgiler (Medeni), 7. Baskı, Turhan Yayınları, Ankara 2018, s.351; ZEYTİN, Zafer/ERGÜN, Ömer: Türk Medeni Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s.223-224; YILDIRIM, Abdülkerim: Aile Hukuku, Ankara 2014, s.151; AKKURT, Sinan Sami/ERDOĞAN, Kemal/TOKAT, Hüseyin: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.476; ÖCAL APAYDIN, Bahar: "İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(145-146), 2016, s.633; Yargıtay HGK, 30.5.2018, E.2017/2-2486 K.2018/1148 (KBİBB); Yargıtay HGK, 21.2.2019, E.2018/1072 K.2019/185 (KBİBB).

² AKINTÜRK/ATEŞ, Aile, s.407; ÖZTAN, s.639; ZEVLİLİLER/ERTAŞ /HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.351; AKINTÜRK/ATEŞ, Medeni, s.301; KILIÇOĞLU, Aile, s.497 vd.; KILIÇOĞLU, Medeni, s.351.

³ GÖNENSAY, A. Samim: Medeni Hukuk, C. 2, Aile Hukuku, İstanbul 1940, s.45; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N.1688; AKINTÜRK/ATEŞ, Aile, s.407; KILIÇOĞLU, Aile, s.497; ZEVLİLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.350; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.158; HELVACI/ERLÜLE, s.196; ÖZDEMİR/RUHİ, s.755.

⁴ Bunun için boşanma davasında kararın kesinleşmiş olması gerekir. Çünkü, söz konusu dava sırasında çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemler resen alınır da (TMK m.169); velâyet her iki eş yönünden devam eder; meğerki velâyetin kaldırılmasına karar verilmiş olmasın (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N.713). Yargıtay'ın farklı yöndeki uygulaması için bkz. Yargıtay 2.HD, 17.10.2016, E.2016/17842 K.2016/13832(KBİBB).

⁵ ÖZTAN, s.468.

⁶ Yargıtay 2.HD., T.4.12.2017, E.2016/18674 K.2017/13800 (lexpera).

⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N.1688; AKINTÜRK/ATEŞ, Aile, s.408; KILIÇOĞLU, Aile, s.497; ÖZDEMİR/RUHİ, s.756; ZEYTİN/ERGÜN, s.224.

Ana ve babanın birbiri ile evli olmaması halinde ise, çocuğun velâyeti doğum anından itibaren anaya aittir (TMK m.337/I). Ama, ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa, hâkim ya vasi atar ya da velâyeti babaya verir. Burada çocuğun menfaati göz önünde bulundurulur (TMK m.337/II)⁸.

Görüldüğü üzere, velâyetin ana ve babaya birlikte ait olması esastır. Ancak, bazı hallerde velâyet hâkim tarafından ana veya babadan birine verilebilir. Söz konusu karardan sonra şartlar mevcutsa velâyetin değiştirilmesi gündeme gelebilir. İşte, inceleme konusu da budur. Böylece, Yargıtay uygulaması da göz önünde bulundurularak velâyetin değiştirilmesi müessesesi incelenmiştir.

II. GENEL OLARAK

Velâyetin değiştirilmesi esasen TMK m.183 hükmünde düzenlenmektedir. İlk olarak, “Durumun Değişmesi” başlıklı TMK m.183’e göre, “*ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hâkim, resen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır*”. Görüldüğü üzere, kanun koyucu burada doğrudan velâyetin değiştirilmesinden değil; gerekli önlemlerin alınmasından söz etmektedir. Bununla beraber, buraya velâyetin değiştirilmesi de dâhildir⁹.

Şu halde, velâyetin değiştirilmesi için öncelikle yeni bir olgunun gerçekleşmesine ihtiyaç vardır¹⁰. Üstelik, değişiklik isteminde bulunan tarafın boşanma davasında çocuğun velâyetini istememiş olması, yeni bir olgunun varlığı halinde sonradan istemesine engel değildir¹¹. Yeni bir olgunun gerçekleştiğini ispat yükü ise, onu iddia eden kimseye düşer¹².

Kanunda yeni olgulara misal olarak ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi ve ölmesi sayılmaktadır. Ancak, tek başına böyle bir olgunun gerçekleşmesi yeterli değildir. Ayrıca, söz konusu olgu sebebiyle velâyetin değiştirilmesi zorunlu hale gelmelidir. Yine, söz konusu durumun sürekli nitelikte olması da gereklidir¹³.

Bunun için, ana veya babadan biri istemde bulunabileceği gibi, hâkim de kendiliğinden velâyetin değiştirilmesine karar verebilir. Sonuçta, velâyetin değiştirilmesi için hâkim kararına ihtiyaç vardır¹⁴.

Görüldüğü üzere, velâyetin değiştirilmesi için ortaya çıkan yeni bir olgunun bunu zorunlu kılması şarttır. Ama, daha önemlisi çocuğun üstün menfaatinin bunu gerekli kılmasıdır. Çünkü, böyle bir davada esas belirleyici olan çocuğun üstün menfaatidir¹⁵. Zira, çocuk hukukuna hâkim

⁸ Yargıtay 2.HD, T.17.11.2014, E.2014/15227, K.2014/23031(KBİBB); ÖZTAN, s.626-627; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N.1689; AKINTÜRK/ATEŞ, Aile, s.407; ZEVLİLER/ERTAŞ /HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.351; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.160; KILIÇOĞLU, Aile, s.498; HELVACI/ERLÜLE, s.196; ZEYTİN/ERGÜN, s.224; ÖZDEMİR/RUHİ, s.756.

⁹ Yargıtay HGK, T.30.5.2018, E.2017/2-2486, K.2018/1148 “Velayetin değiştirilmesi davası, velayet hakkının anne veya babaya verilmesinden sonra velayet kendisine verilen tarafın durumunun değişmesi ve sonradan ortaya çıkan çeşitli nedenlerden ötürü velayeti alan anne ya da babanın velayet hakkını gereği gibi kullanamaması ile çocuğun menfaatinin gerektirdiği durumlarda açılan bir davadır...”(KBİBB).

¹⁰ Yargıtay 2.HD, T.13.1.2014, E.2013/14206, K.2014/185 “Davacı boşanma davasında, dayanılmayan bir sebebe dayanarak velayetin değiştirilmesini talep ettiğine göre; dayanılan maddi hadise göz önüne alınarak velayetle ilgili önceki kararın kesinleşmesinin beklenmesi ve bu davada isnat edilen iddialara yönelik taraf delillerinin toplanıp değerlendirilerek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir...”(KBİBB).

¹¹ Yargıtay HGK, T.7.6.2000, E.2000/2-927, K.2000/974(KBİBB).

¹² Yargıtay HGK, 17.9.2008, E.2008/2-557 K.2008/546(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 7.12.2016, E.2016/16806 K.2016/15676(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 13.3.2003, E.2003/2015 K.2003/3474 “Velayetin değiştirilmesine ilişkin dava ise aradan iki gün geçtikten sonra 14.2.2002’de açılmıştır. Geçen bu iki günlük süre içerisinde anneden kaynaklanan velayetin değiştirilmesini gerektiren maddi bir hadisenin varlığı ispat edilmemiştir...”(KBİBB); Yargıtay HGK, 26.4.1995, E.1995/2-172 K.1995/432 “somut olayda velayetin anneye tevdiinden sonra bu tür bir yeni olayın varlığı ileri sürülmediği gibi, kanıtlanabilmiş de değildir...”(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 15.12.2016, E.2016/21193 K.2016/16020(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 9.6.2003, E.2003/4471 K.2003/8384(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 19.3.2003, E.2003/2651 K.2003/3784(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 13.3.2008, E.2007/19799 K.2008/3355(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 17.4.2003, E.2003/4287 K.2003/5573(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 24.2.2015, E.2014/14269 K.2015/2588(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 21.4.2003, E.2003/3820 K.2003/5810(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 22.6.2004, E.2004/7321 K.2004/8256(KBİBB).

¹³ Yargıtay HGK, 22.1.2014, E.2013/2-2085 K.2014/30(KBİBB).

¹⁴ AKYÜZ, Çocuk, s.291.

¹⁵ CEYLAN, Velayet, s.281; Yargıtay 2.HD, 12.1.2017, E.2016/23759 K.2017/319(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 8.6.2020, E.2020/1471 K.2020/2663 “Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verilebilecekti ise çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde karar vermesi gerekir. Yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır...”(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 1.12.2015, E.2015/10653 K.2015/22807(KBİBB).

ilkelerden en önemlisi çocuk menfaatinin önceliği ilkesidir. Söz konusu ilke, hem ulusal hem de uluslararası güvenceye sahiptir. Gerçekten de, TMK m.339/I, m.346/I ile Çocuk Koruma Kanunu m.4/I, b hükmü ulusal mevzuat kapsamındaki kanunî dayanaklara misaldir. Aynı ilke, Türkiye'nin de tarafı olduğu uluslararası bazı sözleşmelerle de güvence altına alınmıştır. Nitekim, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.3/I hükmüne göre, “kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir”. Yine, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m.1 hükmünde de aynı ilke öngörülmektedir¹⁶.

Bu itibarla, çocuğa ilişkin bir hüküm yorumlanırken çocuğun menfaati daima göz önünde bulundurulmalıdır. Çocuğun üstün menfaati bakımından onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlakî ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Keza, ana ve babaya tanınan velâyet hakkı da çocuğun menfaati çerçevesinde yorumlanmalıdır¹⁷. Nitekim, Yargıtay'a göre, velâyet düzenlenirken çıkar çatışması olursa, çocuğun menfaati, ana ve babanın menfaatine nazaran üstün tutulmalıdır¹⁸.

Velâyetin değiştirilmesine ilişkin olarak daha ziyade velâyet hakkının ana veya babadan birine ait olduğu durumdan hareket edilmektedir. Ancak, yukarıda belirtildiği üzere uygulama¹⁹ gereğince ortak velâyet de mümkündür. Üstelik, ortak velâyet halinde de velâyet değiştirilebilir. Meselâ, boşanma sonucunda ortak velâyet hakkına sahip olan babanın başkasıyla evlenmesi zorunlu kıldığı takdirde, velâyetin sadece anaya ait olduğuna hükmedilebilir.

III. VELÂYETİN KALDIRILMASINDAN FARKI

Velâyetin değiştirilmesinde velâyet hakkına sahip olan taraf değişmekte; ama, velâyet hakkı yine ana veya babada kalmaktadır²⁰. Oysa, velâyetin kaldırılması çocuğun korunmasına yönelik en ağır önlem türüdür. Gerçekten de, çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesi başka şekilde önlenemediği takdirde, velâyetin kaldırılmasına karar verilir. Bunun için istem şart değildir²¹.

Velâyetin kaldırılması (nez'i) TMK m.348 hükmünde ayrıca düzenlenmektedir. Buna göre, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden (TMK m.346-347) sonuç alınmaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim kanunda sayılan hallerden biri varsa, velâyetin kaldırılmasına karar verir. Bunlardan ilki, ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velâyet görevini gereği gibi yerine getirememesidir. İkinci hal ise, ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamasıdır. Aslında burada sadece iki hal değil, birbirinden farklı ihtimaller sayılmaktadır. Görüldüğü üzere, velâyetin kaldırılmasına yol açan haller velâyetin değiştirilmesinden farklıdır ve daha ağır niteliktedir. Aynı olgu, velâyetin kaldırılmasına yol açmazken, velâyetin değiştirilmesini gerektirebilir²². Meselâ, velâyete sahip ana veya babanın

¹⁶ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.155-156; ERLÜLE, Fulya: “Yargıtay Kararları Çerçevesine Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, s.267-268.

¹⁷ ÖZTAN, s.517; Yargıtay 2.HD, 8.12.2014, E.2014/17708 K.2014/24993 “Uzman raporunda müşterek çocuğun baba ile yaşamak istediği, baba ile rahat ve huzurlu iletişim kurduğu, bulunduğu ev ortamından olumsuz etkilendiği, davalı anneye duygu ve düşüncelerini ifade etmekten çekindiği, görüşme sırasında sık sık babası yanında kalmak istediğini dile getirdiği belirtilerek velayetinin davacı babaya verilmesinin daha yararlı olacağı açıklanmıştır. Uzman raporu, müşterek çocuğun üstün yararı ve kendi isteği velayetinin değiştirilerek babasına verilmesini zorunlu kılmakta iken davanın reddi bozmayı gerektirir...”(KBİBB).

¹⁸ Yargıtay 2.HD, T.17.10.2016, E.2016/6974 K.2016/13807(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 28.03.2013, E.2012/17656 K.2013/8623 (GENÇCAN, Ömer Uğur: Velâyet Hukuku (Velâyet), 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.806).

¹⁹ Yargıtay 2.HD, 20.2.2017, E.2016/15771 K.2017/1737(KBİBB).

²⁰ Yargıtay 2.HD, 25.12.1984, E.1984/9271 K.1984/10711 “Dava velayetin değiştirilmesine ilişkin (MK.m.149) olup, toplanan delillere göre velayetin değiştirilmesi sebepleri gerçekleşmiştir. Her ne kadar istek aşılarak mahkemece (velâyetin nez'ine) şeklinde hüküm verilmiş ise de bu yanlışlığın giderilmesi yeniden duruşma yapılmasını gerektirmez...”(KBİBB); Yargıtay HGK,7.6.2000, E.2000/2-927 K.2000/974(KBİBB).

²¹ AKYÜZ, Emine: Velayet Hakkının Kaldırılması, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, 25(1), 1993, s. 11 vd.; USTA, s. 169-170; BAKTİR ÇETİNER, Velayet, s.92; ÖZTAN, s.678; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N.1747; AKINTÜRK/ATEŞ, Aile, s.438; AKINTÜRK/ATEŞ, Medeni, s.303-304; KILIÇOĞLU, Aile, s.515; ÖZER TAŞKIN, Özden, “Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), 2020, s.253. Velâyetin kaldırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZLÜ, Hakkı: Velayetin Kaldırılması, Adil Yayınları, Ankara 2002, s.1 vd.; ÇELİK, Cemil: “Velayetin Kaldırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 54(1), 2004, s.267 vd.; ARAT, Ayşe: “Medeni Kanun’da Velayetin Kaldırılması Tedbiri ve Bu Tedbirin Uygulanması”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2012, s.275 vd.

²² Yargıtay HGK,30.5.2018, E.2017/2-2486 K.2018/1148 “Velayetin değiştirilmesi için bir olayın olması ve bu durumun velayet görevini aksatması gerekir. Bu durum velayetin değiştirilmesini velayetin kaldırılmasından ayırır. Çünkü velayetin kaldırılmasında velayet görevinin ağır bir şekilde kötüye kullanılması veya aşırı bir şekilde ihmal edilmesi

yeniden evlenmesi kural olarak velâyetin kaldırılmasını gerektirmez²³. Buna rağmen, velâyetin değiştirilmesi yerine, velâyetin kaldırılmasına karar verilmesi ise isabetsiz olur²⁴.

Sonuçta, velâyet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır. Bunun için, durumun sulh hukuk mahkemesine bildirilmesi gerekir²⁵. Ayrıca, kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar²⁶.

Diğer taraftan, velâyetin değiştirilmesinin veya kaldırılmasının şartları gerçekleşmediği takdirde ise, ana ve babanın velâyet hakkına müdahale edilemez²⁷. Nitekim, Yargıtay da aynı görüştedir²⁸.

IV. VELÂYETİN DEĞİŞTİRİLMESİNİ GEREKTİREN OLGULAR

Velâyetin değiştirilmesine yol açan olgulardan bazıları TMK m.183 ve m.324 hükmünde sayılmaktadır. Aşağıda öncelikle bu olgular açıklanmış, sonra da benzer hallerin neler olabileceği incelenmiştir.

A. Ana veya Babanın Başkasıyla Evlenmesi

Velâyetin değiştirilmesine yol açan ilk olgu, ana veya babanın başkasıyla evlenmesidir. Nitekim, TMK m.349'a göre, velâyete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi kural olarak velâyetin kaldırılmasını gerektirmez. Bununla birlikte, çocuğun menfaati gerektirdiğinde velâyet sahibi değiştirilebilir veya durum ve koşullara göre velâyet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir²⁹.

Ama, hemen belirtilmelidir ki, tek başına yeniden evlenme olgusu velâyet değişikliği için yeterli değildir³⁰. Nitekim, Yargıtay'a göre, "*velâyet kendisine verilmiş olan babanın yeniden evlenmiş olması tek başına velâyetin değiştirilmesini gerektirmez*"³¹.

Oysa, ana veya babanın başkasıyla evlenmesinin zorunlu kıldığı hallerde durum farklıdır. Burada kanun koyucu hangi hallerin velâyetin değiştirilmesini zorunlu kılacağını tek tek saymamıştır. Hangi hallerin zorunluluk oluşturacağı konusunda takdir yetkisi hâkime aittir. Bununla beraber, başkasıyla (yeniden) evlenen eş velâyetten doğan yükümlülüklerini ihmal ederse, velâyetin değiştirilmesine karar verilmelidir. Meselâ, başka bir kadınla evlenen ana veya baba, çocuğunun bakımını kendi ana ve babasına bırakırsa ya da ona karşı ilgisiz davranırsa durum böyledir³². Ama, çocuğun geçici bir süre için başka bir kimsenin yanına bırakılmış olması tek başına

olması aranır..."(KBİBB); Yargıtay HGK, 7.10.1992, E.1992/2-422 K.1992/561 "Her ne kadar davada M.K.nin velayetin nez'ine ilişkin 274. maddesinin usulü ve şartları gerçekleşmemiş ise de; dava dilekçesi kapsamında aynı zamanda velayetin değiştirilmesinin de istenmiş, bulunmasına ve özellikle bozmaya uygun olarak dinlenen müşterek çocuğun samimi ifadesinden ruhsal ve bedensel gelişmenin ana yanında kalması ile mümkün olacağı anlaşılmasına göre, velayetin değiştirilerek anneye tevdiî gerekir..."(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 25.5.2010, E.2009/21570 K.2010/10153 "Anne ve babanın, deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi; ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamaları halinde hâkim velayet hakkını kaldırabilir. (TMK m.348) Toplanan deliller yukarıda açıklanan şekilde bir durumun varlığına yeterli olmayıp, velayetin değiştirilmesine yol açar (TMK m.183, 349, 351/1). Velayetin değiştirilmesi ile yetinilmesi gerekirken yazılı şekilde velayetin kaldırılmasına karar verilmesi doğru görülmemiştir..."(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 24.3.2003, E.2003/3100 K.2003/4059(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 4.5.2017, E.2017/1818 K.2017/5451(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 10.12.2007, E.2007/16695 K.2007/17160(KBİBB); Yargıtay HGK, 1.7.1992, E.1992/2-332 K.1992/427(KBİBB).

²³ Yargıtay 2.HD, 5.11.1984, E.1984/8890 K.1984/8970 "Annenin başkası ile evlenmiş olması ve çocuklara ait maaşları alması, velayet hakkının nez edilmesine sebep olamaz. Çünkü ana, baba velayetleri devam ettikçe çocuğun mallarını idare ederler. Hesap ve teminat vermek zorunda da değildirler (MK.m.278). Ana veya babanın evlenmesi de ancak velayetin değiştirilmesine yol açabilir (MK.m.149)..."(KBİBB).

²⁴ Yargıtay 2.HD, 13.4.2016, E.2016/6578 K.2016/7511(KBİBB).

²⁵ Yargıtay 2.HD, 6.6.2012, E.2011/20559 K.2012/15187(KBİBB).

²⁶ ÖZTAN, s.678-679; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N.1748; AKINTÜRK/ATEŞ, Aile, s.441; KILIÇOĞLU, Aile, s.517; ÖZER TAŞKIN, s.258.

²⁷ ÖZER TAŞKIN, s.250; Yargıtay HGK, 30.5.2018, E.2017/2-2486 K.2018/1148(KBİBB)

²⁸ Yargıtay HGK, 16.3.2012, E.2011/2-884 K.2012/197(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 19.2.2014, E.2013/17517 K.2014/3186(KBİBB).

²⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, Aile, s.440; ÖZER TAŞKIN, s.251.

³⁰ ER KIDAK, Tansu: Türk Medeni Kanununa Göre Velayetin Belirlenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2021, s.115.

³¹ Yargıtay HGK, 1.6.1994, E.1994/2-289 K.1994/371(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 16.01.2008, E.2007/17245 K.2008/176 (lexpera). Keza, aynı yönde içtihat için bkz. Yargıtay 2.HD, 29.06.2006, E.4033 K.10362 (GENÇCAN, Ömer Uğur: 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku (Boşanma), Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.1264, dpn. 1351); Yargıtay 2.HD, 13.1.2014, E.2013/13402 K.2014/1(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 23.11.2015, E.2015/20121 K.2015/22009(KBİBB).

³² Yargıtay 2.HD, 5.2.2003, E.2003/309 K.2003/1676(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 18.03.2002, E.3281 K.3849 "Baba başka bir kadınla evlenmiş ve 1996 yılından beri Kaş'ta yaşamaktadır. Çocuğu anne ve babasına terk etmiş, yanına almamıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 149. maddesi koşulları olduğundan küçüğün velâyet hakkının değiştirilerek

velâyetten doğan yükümlülüklerin yerine getirilmediğini göstermez. Bunun için, uygulamadaki ifadeyle çocuğun eylemli olarak başkasının yanına terk edilmesi aranır³³.

Görüldüğü üzere, yeni aile düzeninde çocuğun beden, ruh ve ahlâk gelişimi bakımından şartların uygun olup olmadığı bir bütün olarak ele alınmalıdır. Şartların buna uygun olmadığına kanaat getirilirse, velâyetin değiştirilmesine karar verilmelidir³⁴.

Diğer taraftan, velâyetin değiştirilmesini isteyen tarafın başka biri ile evlenme hazırlığı içinde olması ya da evlenmiş bulunması da mümkündür. Salt bu durum, velâyetin değiştirilmesi isteminin kabul edilmesine engel değildir. Hatta onun boşanma davasında velâyetin diğer tarafa verilmesine razı olması da buna engel oluşturmaz³⁵.

B. Ana veya Babanın Başka Bir Yere Gitmesi

Velâyet hakkına sahip olan ana veya babanın başka bir yere gitmesi de velâyetin değiştirilmesini gerektirir. Ama, bunun için de başka bir yere gidip çocuğun bırakılması sürekli nitelikte olmalıdır. Nitekim, Yargıtay'a göre, uzun süreden beri yurt dışında bulunan babanın çocuğunu yanına almaması velâyetin değiştirilmesini gerektirir³⁶.

Keza, velâyet hakkına sahip olan ana veya baba, çocuğu diğer tarafın yanına bırakıp başka bir yere gitse de velâyetin değiştirilmesi istemi kabul edilmelidir³⁷. Başka bir deyişle, böyle bir durumda velâyetin değiştirilmesini isteyen tarafın bu duruma rızasının bulunması önemli değildir³⁸. Aynı şekilde, çocuğun büyükanne gibi bir üçüncü kişinin yanına sürekli surette bırakılması da velâyetin değiştirilmesini gerekli kılar³⁹. Geçici bir bırakma ise velâyetin değiştirilmesi için yeterli değildir⁴⁰.

Hatta, başka yere giden ana veya baba çocuğu beraberinde götürmüş olsa bile velâyetin değiştirilmesi gerekebilir. Meselâ, çocuğun sürekli ihtiyaç duyduğu tedavisini sürdürmesinin

anneye verilmesi gerekir..." (GENÇCAN, Boşanma, s.1264-1265, dpn. 1352); Yargıtay 2.HD, 10.09.2008, E.8800 K.11497 (GENÇCAN, Boşanma, s.1265, dpn. 1353); Yargıtay 2.HD, 25.9.2013, E.2013/2773 K.2013/21832(KBİBB).

³³ Yargıtay 2.HD, 17.10.2006, E.2006/6122 K.2006/14141 "Toplanan delillerden velayet hakkına sahip davalının (anne), 22.8.2005 tarihinde evlendiği 7.10.2005 tarihinde boşandığı, evlenmeden önce 2005 yılı Ağustos ayında çocuğunun ruhsal durumunun bundan etkilenmemesi için çocuğunu geçici bir süre davacının anne ve babasının evine bıraktığı, Eylül ayının ilk haftasında da çocuğunu geri aldığı anlaşılmaktadır. Bu durum eylemli olarak çocuğu terk anlamına gelmez ve velayet görevinin ifa edilmediğini tek başına göstermez. Bunun dışında velayetin anneden alınmasını gerektiren bir durumun varlığı kanıtlanamamıştır. İsteğin reddi gerekir..." (lexpera).

³⁴ GENÇCAN, Boşanma, s.1265.

³⁵ Yargıtay 2.HD, 1.12.1980, E.1980/7422 K.1980/8596(KBİBB).

³⁶ Yargıtay 2.HD, 1.12.1980, E.1980/7422 K.1980/8596(KBİBB); Yargıtay 2 .HD., 18.03.1998, E.2887 K.3407 (GENÇCAN, Boşanma, s.1266, dpn. 1358).

³⁷ Yargıtay HGK, 23.5.1980, E.1980/2-731 K.1980/2015 "Toplanan delillerden, müşterek çocuğun, boşanma kararı ile ananın velayetine bırakıldığı, fakat eylemli olarak baba tarafından kullanıldığı gerçekleşmiştir. Dosyada, ananın velayet görevini kötüye kullandığını veya aşırı biçimde ihmal ettiğini gösterir delil bulunmadığından, velayetin nez'i söz konusu olamaz ise de; kadının, çocuğu eylemli olarak babasında bırakması ve küçüğün bu çevreye alışmış bulunması karşısında MK.149. maddesi gereğince velayetin anadan alınıp, babaya verilmesi küçüğün bedeni ve fikri gelişmesini olumlu yönde etkiler..."(KBİBB); Yargıtay 2.HD., 8.5.2003, E.2003/5306 K.2003/6780(KBİBB); Yargıtay 2.HD., 06.06.2002, E.6617 K.7549 "Tarafların 24.6.1996 tarihinde kesinleşen karar ile boşandıkları küçük Burak'ın velayetinin davalı babaya verilmesine rağmen davalının küçüğü devamlı olarak davacı anne yanında bıraktığı yanına hiç almadığı, velayeti kullanmadığı anlaşılmakta olup, bu durumda Medenî Kanununun 149. maddesinin şartları oluşmuştur..." (GENÇCAN, Boşanma, s.1267, dpn. 1364); Yargıtay 2.HD., 25.05.2004, E.3568 K.6730 (GENÇCAN, Boşanma, s.1267, dpn. 1362); Yargıtay 2.HD, 04.06.2002, E.6680 K.7494 (GENÇCAN, Boşanma, s.1267, dpn. 1365); Yargıtay 2.HD, 21.6.2004, E.2004/7326 K.2004/8201(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 1.3.2011, E.2010/13606 K.2011/3495(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 28.6.2004, E.2004/7643 K.2004/8532(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 8.11.2007, E.2007/14840 K.2007/15361(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 9.1.2017, E.2016/25092 K.2017/97(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 18.11.2013, E.2013/7715 K.2013/26702(KBİBB).

³⁸ Yargıtay 2.HD, 10.03.2004, E.1970 K.2973 "Davalı annenin bu tavri, boşanmayı müteakip okul çağına kadar çocuğun Türkiye'de babaanne ve dedesinin yanında kalması konusunda davacı ile ortaklaşa aldıkları karara dayanıyor olsa bile, bu durum, anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun manen terk edildiği gerçeğini bertaraf etmez. Anne velayet görevini uzunca bir süre ifa etmemiştir. Davanın kabulü gerekir..." (GENÇCAN, Boşanma, s.1267, dpn. 1361).

³⁹ Yargıtay 2.HD, 27.2.2019, E.2019/906 K.2019/1745(KBİBB); Yargıtay HGK., 9.1.1980, E.1979/2-220 K.1980/1 "Davalı, Diyarbakır PTT idaresinde çalışmaktadır. Çocuk ise Ankara'da anneannesinin yanında iken babası tarafından teslim alınmıştır. Halen yanındadır. Ananın 15 günde bir Ankara'ya gelip çocuğunu görüş gözeticeği yolundaki savunmasının gerçekleşmesi mümkün olmadığı gibi yeterli de değildir.... Velayetin nez'i sebepleri (MK.m.274) mevcut olmamakla beraber velayetin değiştirilmesini (MK.m.149) gerektiren durum vardır. Öyleyse o yolda karar verilmesi gerekir..."(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 30.11.2015, E.2015/23703 K.2015/22542(KBİBB).

⁴⁰ Yargıtay HGK., 1.6.1994, E.1994/2-289 K.1994/371 "Çocukların daimi olarak anneannede kaldığı sabit olmadığından, bakım için kısa süreli bırakılması da velayetin değiştirilmesi için yeterli sebep değildir..."(KBİBB); ÖZER TAŞKIN, s.251.

imkânsız olacağı bir yere gitmek zorunda kalması halinde hâkim velâyetin değiştirilmesine karar verebilir⁴¹.

Ancak, velâyet hakkına sahip olan ana veya babanın zorunlu ve geçici sebeplerle başka yerde bulunması velâyet değişikliğine yol açmaz. Meselâ, onun tedavi için bir süre hastanede kalması veya (teftiş, meslek içi seminer gibi) meslek gereği başka şehre gitmesi halinde mahkmeden velâyetin değiştirilmesi istenemez⁴². Keza, velâyet hakkına sahip olmamasına rağmen çocuğu izinsiz olarak yurtdışına götürün tarafın istemi de haklı değildir⁴³.

C. Ana veya Babanın Ölmesi

Velâyet hakkına sahip olan ana veya babanın ölmesi halinde velâyet kendiliğinden diğer eşe geçmez. Böyle bir durumda, hâkimin resen veya istem üzerinde velâyetin değiştirilmesi yönünde karar vermesi gerekir⁴⁴.

Yargıtay'a göre, velâyet hakkına sahip olan ana veya babanın ölmesi durumunda açılacak olan velâyet davasında küçük bir temsil kayyımı ile temsil edilmelidir. Böylece, husumet temsil kayyımına yöneltilmelidir⁴⁵.

Ancak, velâyet hakkına sahip olan ana veya babanın ölmesi halinde hâkim mutlaka velâyetin diğer eşe geçtiğine karar vermek zorunda değildir. Meselâ, velâyet hakkına sahip olan ananın, baba tarafından öldürülmesi halinde hâkim çocuğa bir vasi atayabilir⁴⁶.

D. Kişisel İlişki Düzenlemesinin Gereklerini Yerine Getirmeme

Boşanma veya ayrılık halinde velâyet ana veya babadan birine verildiği takdirde, mahkeme resen diğerinin çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler (TMK m.182/I). Yargıtay'a göre, çocuğun velâyet hakkına sahip olmayan ana veya babayla kişisel ilişki kurmasının sürekli engellenmesi velâyetin değiştirilmesine yol açabilir⁴⁷.

Burada 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁴⁸ ile Türk Medenî Kanun'da öngörülen yeni hükümlerden de söz edilmelidir. Bu kapsamda ilk değişiklik gereğince, TMK m.183 hükmüne ilk fıkradan sonra gelmek üzere yeni bir hüküm eklenmiştir (7343 sayılı Kanun m.37). Buna göre, mahkeme, boşanma veya ayrılık kararında kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velâyetin değiştirilebileceğini taraflara ihtar eder. Böylece, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi velâyetin değiştirilmesine yol açan bir hal olarak açıkça öngörülmektedir. Nitekim, aynı Kanun m.38 hükmü sayesinde TMK m.324 hükmüne de bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, velâyet kendisine bırakılan ana veya baba, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmese çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velâyet

⁴¹ GENÇCAN, Boşanma, s.1266.

⁴² GENÇCAN, Boşanma, s.1266.

⁴³ Yargıtay 2.HD, 2.6.2016, E.2016/9882 K.2016/10851(KBİBB).

⁴⁴ Yargıtay 2.HD, 11.10.2004, E.10220 K.11546 "Boşanma kararı ile birlikte küçükler 1990 doğumlu Mert Burak ve 1991 doğumlu Ayşe Ceren'in velâyet hakları babalarına bırakılmıştır. Baba 16.5.2003 tarihinde ölmüştür. Babanın ölümü üzerine velâyet kendiliğinden anneye geçmez, velâyet askıdadır. TMK m.183'e göre, ana veya babanın ölümü halinde hâkimin resen veya babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Annenin velâyet görevini yerine getiremeyeceğini gösteren herhangi bir delil de yoktur. O halde, mahkemece yapılacak iş, küçüklerin velâyetini anneye bırakmaktan ibarettir..." (GENÇCAN, Boşanma, s.1268, dpn. 1372); Yargıtay 2.HD, 09.02.2009, E.15120 K.1769 "Anne velâyet konusunda dava açtığına ve aslolanın velâyet olmasına göre (TMK m.335/I), annenin açmış olduğu velâyetin tevdi davasında annenin velâyet görevini yerine getirip getiremeyeceği tartışılacaktır. Anılan dosyanın bekletici mesele yapıpıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir..." (GENÇCAN, Boşanma, s.1269, dpn. 1373); ÖZER TAŞKIN, s.251-252.

⁴⁵ Yargıtay 2.HD, 04.10.2006, E.5591 K.13082 "Davacı baba hasımsız olarak açtığı bu davada velâyetin kendisine verilmesini istemiştir. Mahkemece yapılacak iş küçüğe kayyım tayin ettirilmesi, davaya dâhili, delillerin sorulup toplanması, delillerin bu çerçevede değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesinden ibarettir..." (GENÇCAN, Boşanma, s.1270, dpn. 1375).

⁴⁶ GENÇCAN, Boşanma, s.1269.

⁴⁷ Yargıtay HGK, 30.5.2018, E.2017/2-2486 K.2018/1148 "çocukla kişisel ilişki kurulmasının engellenmesi, çocuğun fiilen velayet hakkı olmayan annede ya da babada bırakılması veyahut çocuğun üçüncü kişinin yanında bırakılması, çocuğun menfaatinin gerektirdiği nedenler (örneğin sağlık, eğitim, ahlâk, güvenlik), velayeti kendisinde bulunan annenin ya da babanın yeniden evlenmesi, velayet hakkı kendisine verilen tarafın bir başka yere gitmesi, ölüm veya velayet görevinin kullanılmasının engellenmesi velayetin değiştirilmesi sebepleri olarak sayılabilir..."(KBİBB); Yargıtay HGK, 7.6.2000, E.2000/2-927 K.2000/974 "Toplanan delillere göre davalının kastının çocuğu davacıya hiç göstermemek olduğu anlaşılmaktadır. Küçük yaşı itibarıyla ana bakım ve şefkatine muhtaçtır. Bu itibarla açılan davanın kabulü gerekir..."(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 4.4.2002, E.2002/3930 K.2002/4731(KBİBB); Yargıtay HGK, 1.4.2015, E.2013/2-1926 K.2015/1139(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 16.2.2010, E.2009/19748 K.2010/2648(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 21.6.2016, E.2016/10241 K.2016/12086(KBİBB); ÖZER TAŞKIN, s.252.

⁴⁸ RG: 30.11.2021; 31675.

değiştirilebilir. Böylece, velâyetin değiştirilmesini gerektiren bir hal Türk Medenî Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu sayede, yükümlünün, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerine uyması temin edilerek bu konuda uygulamada yaşanan sorunların önüne geçilmesi hedeflenmektedir.

Burada velâyetin değiştirilmesi bakımından kabul edilen esas ölçüt, bunun çocuğun menfaatine aykırı olmamasıdır. Bu ölçüt çocuğun menfaatinin önceliği ilkesiyle uyumludur. Sonuçta, uygulamada velâyetin değiştirilmesini gerektiren bir olgu olarak kabul edilen kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmeme torba bir kanunla da olsa kanunî dayanağa kavuşmuştur.

E. Diğer Olgular

Velâyetin değiştirilmesine yol açan olgular sadece TMK m.183 ve m.324'te açıkça sayılanlardan ibaret değildir. Nitekim, kanun koyucu da TMK m.183 hükmünde “gibi” ifadesiyle bu hususa işaret etmektedir. Dolayısıyla, söz konusu hüküm kapsamında başka hangi hallerin velâyetin değiştirilmesine sebep olabileceğinin de belirlenmesi gerekir.

Diğer olgulara misal olarak velâyet kendisinde olan ana veya babanın hapsedilmesi, bitkisel hayata girmesi ile alkol tedavisi için rehabilitasyon merkezine yatırılması gösterilebilir⁴⁹. Dolayısıyla, böyle bir durumda da velâyetin değiştirilmesi mümkündür. Keza, velâyet hakkına sahip olan tarafın gece dahi çalışmak suretiyle çocuğun bakımını ihmal etmesi halinde velâyetin değiştirilmesi mümkündür⁵⁰.

Eklenmelidir ki, anlaşmalı boşanmaya karar verilmiş olması, şartların varlığı halinde velâyetin değiştirilmesine engel oluşturmaz. Anlaşmalı boşanma kararının kesinleşmesinden sonra şartların varlığı halinde velâyetin değiştirilmesine karar verilebilir⁵¹. Yeter ki, burada sayılan tarzda bir olgu sonradan gerçekleşmiş olsun.

V. VELÂYETİN DEĞİŞTİRİLMESİNİ GEREKTİRMEYEN OLGULAR

Velâyetin değiştirilmesini gerektiren hallerin neler olduğu yukarıda açıklanmıştır. Bunlar, sınırlı sayı esasına tâbi değildir. Ancak, velâyetin değiştirilmesini zorunlu kılan yeni bir olgu yoksa, velâyetin değiştirilmesine yönelik istemin reddi gerekir⁵². Nitekim, Yargıtay'a göre, velâyet hakkına sahip olan tarafın görevini gereği gibi yerine getirmediği, çocuğa yeterli ilgi göstermediği ve ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığı ispatlanamazsa, söz konusu istemin reddi gerekir⁵³.

Bu itibarla, davacı ana veya babanın maddî (ekonomik) durumunun güçlü olması tek başına velâyetin değiştirilmesini gerektirmez. Keza, salt davalının zayıf ekonomik durumu da değişiklik isteminin kabulü için yeterli değildir. Yargıtay da aynı görüştedir⁵⁴.

Aynı şekilde, velâyet hakkına sahip olmayan ana veya babanın yaşam ortamına çocuğun uyum sağlamış olması da tek başına velâyetin değiştirilmesini gerektirmez. Dolayısıyla, böyle bir durumda da velâyetin değiştirilmesi davası reddedilmelidir⁵⁵.

Yine, Yüksek Mahkeme'ye göre, çocuğun yaşadığı konutta zaman zaman alkollü içki tüketilmesi tek başına velâyetin değiştirilmesine yol açmaz. Ancak, çocuk bakımından ciddi bir

⁴⁹ BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.373; ÖZER TAŞKIN, s.250; GENÇCAN, Boşanma, s.1270.

⁵⁰ Yargıtay 2.HD, 3.2.2003, E.2003/114 K.2003/1441(KBİBB).

⁵¹ Yargıtay HGK, 25.3.2021, E.2017/2-2410 K.2021/346(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 19.12.2016, E.2016/20713 K.2016/16180(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 15.04.2010, E.18881 K.7521 (GENÇCAN, Velâyet, s.832); Yargıtay 2.HD, 05.07.2010, E.11406 K.13449 (GENÇCAN, Velâyet, s.832); Yargıtay 2.HD, 06.10.2009, E.11227 K.16725 (GENÇCAN, Velâyet, s.832); Yargıtay 2.HD, 14.02.2008, E.20086 K.1541 (GENÇCAN, Boşanma, s.1271).

⁵² Yargıtay 2.HD, 8.6.2016, E.2016/10716 K.2016/11271 “Çocuğun annesi ile, yaptığı evlilik sebebiyle görüşmek istemediğini bildirmesi, annenin onunla görüşme istemine karşılık vermemesi ya da çocuğun sınav başarı puanına uygun yatılı bir okula yerleştirilmesi velayetin kaldırılmasını ya da velayetin değiştirilmesini gerektirmez...”(KBİBB).

⁵³ Yargıtay 2.HD, 20.09.2010, E.4087 K.14915 (GENÇCAN, Velâyet, s.823).

⁵⁴ Yargıtay 2.HD, 14.07.2009, E.8906 K.14025 “Toplanan delillerden davalı annenin velayet görevini ihmal ettiği ve çocuklarla ilgilenmediği kanıtlanamamıştır. Davacı babanın maddi durumunun iyiliği velayetin değiştirilmesini gerektirmeyeceği gibi velayeti değiştirilmesi istenilen 1995'er doğumlu Ayşenur ve Büşranur'un anneleri ile mutlu oldukları ve onunla kalmak istedikleri anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle davacının davasının reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir...” (GENÇCAN, Velâyet, s.823); Yargıtay 2.HD, 31.5.2006, E.2006/1921 K.2006/8566(KBİBB).

⁵⁵ Yargıtay 2.HD, 05.05.2015, E.2014/26253 K.2015/9193 “(Davalının), çocuğun sağlık sorunlarına kayıtsız kaldığına ilişkin bir delil mevcut değildir. Çocuğu ile yeterince ilgilendiği mahkemece esasen kabul edilmiştir. Çocuğun baba yanındaki yaşam ortamına uyum sağlamış olması, tek başına velâyetin değiştirilmesini gerektirmez. Dosyadaki deliller, velayetin değiştirilmesini haklı gösterecek yeterlilikte bulunmamaktadır...” (GENÇCAN, Velâyet, s.824).

zarar tehlikesinin varlığı halinde farklı değerlendirme yapılması mümkündür⁵⁶. Ayrıca, Yargıtay’a göre, velâyet hakkına sahip olan tarafın evlilik dışı ilişki kurmuş olması tek başına velâyetin değiştirilmesi için yeterli değildir⁵⁷.

VI. DAVA

A. Tarafları

Velâyetin değiştirilmesi davasında davacı daha ziyade velâyet hakkına sahip olmayan ana veya babadır. İlgisi olmayan bir kişi tarafından istemde bulunduğu takdirde ise bu reddedilir. Çünkü, böyle bir davacının aktif husumet ehliyeti yoktur⁵⁸. Çocuk ile velâyet hakkına sahip olmak isteyen ana veya baba arasında çıkar çatışmasının söz konusu olması mümkündür. Bu takdirde, yerleşik uygulama gereğince çocuğu davada temsil etmek üzere kayyım atanması için yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması gerekir (TMK m.426, b. 2)⁵⁹.

Diğer taraftan, velâyetin değiştirilmesi için istem şart değildir. Mahkeme resen de velâyetin değiştirilmesine hükmedebilir⁶⁰. Velâyetin değiştirilmesi davasında pasif husumet ehliyeti ise velâyet hakkına sahip olan ana veya babaya aittir. Dolayısıyla, husumet ona yöneltilmelidir. Aksi takdirde, mahkeme, davanın husumet yokluğundan reddine karar verir. Söz konusu karar, davalının taraf sıfatının bulunmadığını tespit eder ve davanın esasına ilişkindir⁶¹. Velâyet hakkına sahip olan ana veya babaya dava yöneltilmeksizin dosya hakkında karar verilmiş olması ise bozma sebebidir⁶².

B. Usulü

Her çeşit velâyet davaları basit yargılama usulüne tâbidir (HMK m.316/I, b. ç). Dolayısıyla, velâyetin değiştirilmesi davasında da basit yargılama usulü uygulanır⁶³. Şu halde, basit yargılama usulüne ilişkin hükümler (HMK m.316 vd.) burada da esas itibarıyla geçerlidir. Basit yargılama usulünde mahkemenin mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar vereceğine ilişkin hüküm (HMK m.320/I) ise burada uygulanmaz⁶⁴. Çünkü, velâyete ilişkin davalar kamu düzeniyle doğrudan ilgili olup, resen araştırma ilkesi geçerlidir ve davanın kabulü tek başına sonuç doğurmaz⁶⁵. Yargılama sırasında ortaya çıkan gelişmelerin de göz önünde

⁵⁶ Yargıtay 2.HD, 04.06.2013, E.2012/22667 K.2013/15401 “Anne, küçükle birlikte kendi ailesinin yanında kalmakta olup, aynı evde bulunan dayının zaman zaman alkollü içki alması, küçük bakımından hemen meydana gelebilecek bir tehlike arz etmedikçe velayetin değiştirilmesi için yeterli sebep değildir...” (GENÇCAN, Velâyet, s.823-824).

⁵⁷ Yargıtay 2.HD, 4.3.1985, E.1985/1788 K.1985/2044(KBİBB).

⁵⁸ KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.224; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usul Hukuku Temel Bilgiler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.136.

⁵⁹ Yargıtay HGK, 30.5.2018, E.2017/2-2486 K.2018/1148(KBİBB); Yargıtay HGK, 23.5.2018, E.2017/2-2949 K.2018/1133(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 01.12.2014, E.2014/16728 K.2014/24215 “Velayeti istenilen küçük M.E.ile velayeti talep eden davacı-davalı anne arasında çıkar çatışmasının bulunduğu nazara alınarak, küçüğü davada temsil etmek üzere kayyım atanması (TMK m.426/2) için yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması, atanacak kayyımın duruşmaya çağırılması ve göstermesi halinde delillerin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir...” (GENÇCAN, Velâyet, s.829-830); Yargıtay 2.HD, 18.3.2015, E.2014/25587 K.2015/4867(KBİBB); Yargıtay HGK, 16.5.2007, E.2007/2-251 K.2007/277(KBİBB); AKYÜZ, Çocuk, s.292.

⁶⁰ Yargıtay HGK, 23.5.1980, E.1980/2-731 K.1980/2015(KBİBB).

⁶¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.224; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.136.

⁶² Yargıtay 2.HD, 10.01.2017, E.2016/25485 K.2017/181 “Taraf teşkili kamu düzenine ilişkindir. Dava, ortak çocuklar hakkında velayetin düzenlenmesi istemine yöneliktir. Ortak çocukların annesi sağdır. Ortak çocukların anneleri davaya dahil edilmeden yargılama yürütülmüştür. Oysa, dava annenin hukuki durumunu etkileyeceğinden, annenin yargılamaya dahil edilmesi, gösterdiği takdirde delillerin toplanması gerekmektedir. Eksik hasımla yargılamaya devam edilip yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış ve bozmayı gerektirmiştir...” (GENÇCAN, Velâyet, s.830).

⁶³ Yargıtay 2.HD, 2.6.2016, E.2016/10028 K.2016/10848 (KBİBB); Yargıtay 2.HD, 03.07.2014, E.2014/8741 K.2014/15348 (GENÇCAN, Velâyet, s.834); Yargıtay 2.HD, 05.03.2014, E.2013/21717 K.2014/4755 (GENÇCAN, Velâyet, s.834).

⁶⁴ Yargıtay 2.HD, 4.5.2015, E.2015/7692 K.2015/9058(KBİBB).

⁶⁵ Yargıtay 2.HD, 17.10.2016, E.2016/6974 K.2016/13807 “Bu sebeple yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile gözönünde tutulması gerekir...”(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 20.2.2007, E.2007/2045 K.2007/2362(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 22.04.2015, E.2015/3628 K.2015/8329 (GENÇCAN, Velâyet, s.836); Yargıtay 2.HD, 10.03.2014, E.2013/23315 K.2014/5175 (GENÇCAN, Velâyet, s.837); Yargıtay 2.HD, 12.1.2017, E.2016/25262 K.2017/297(KBİBB).

bulundurulması gerekir⁶⁶. İşte, velâyetin değiştirilmesi davasının bu niteliği itibarıyla duruşmalı inceleme ile delil toplanarak ayrıntılı araştırma yapılması gerekir⁶⁷.

Bu kapsamda, mahkeme gerekli gördüğü hallerde uzman görüşünden de yararlanmalıdır⁶⁸. Böyle bir durumda, uzman soyut ve tahminlere dayalı değerlendirmelerde bulunamaz⁶⁹. Uzman, hem taraflarla hem de çocuklarla görüşerek raporunu düzenlemiş olmalıdır⁷⁰. Yine, tarafların yaşam alanları konusunda da inceleme yapılması gerekir⁷¹.

Ayrıca, velâyetin değiştirilmesi davasında ayırt etme gücüne ve dolayısıyla görüşlerini açıklama olgunluğuna sahip çocuğun görüşü ve tercihi de göz önünde bulundurulmalıdır⁷². Dolayısıyla, böyle bir davada onun dinlenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷³. Ancak, ayırt etme gücüne sahip çocuğun beyan ettiği görüş, onun üstün menfaati ile çatıştığı takdirde, artık söz konusu menfaate göre bir değerlendirmede bulunulması gerekir. Yani, başlı başına küçüğün sözlerine değer verilerek velâyet düzenlemesi yapılamaz⁷⁴.

Yargıtay'a göre, velâyetin değiştirilmesi istemi bir çekişmesiz yargı işidir⁷⁵. Zira, HMK m.382/II, b. 13'e göre, velâyetin kaldırılması, velâyetin eşlerden birinden alınarak diğerine

⁶⁶ Yargıtay 2.HD, 14.12.2016, E.2016/22973 K.2016/15979(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 1.10.2014, E. 2014/12403 K.2014/19006 "Mahkemece, davacı-davalı babanın velayetin değiştirilmesi davasının reddine karar verilmiş ise de, hüküm tarihinden sonra davalı-davacı anne "müşterek çocukların velayetlerinin davacı-davalı babaya verilmesini" istediğini beyan etmiştir. Bu durum karşısında velayet ile ilgili kararların kamu düzenini de ilgilendirdiği nazara alınarak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre velayetin değiştirilmesi davası konusunda yeniden bir hüküm kurulmalıdır..."(KBİBB).

⁶⁷ Yargıtay HGK, 14.6.2017, E.2017/2-1887 K.2017/1196 "Bu durumda somut olayda, mahkemece tahkikat duruşması olarak görülen birinci celseye kadar tanık isimlerinin bildirilmemesi ve duruşmada da hazır edilmemesi gerekçesiyle davalının tanık dinletme talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmüştür..."(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 20.01.2014, E.2013/14501 K.2014/912 (GENÇCAN, Velâyet, s.835); Yargıtay 2.HD, 11.1.2017, E.2016/25446 K.2017/212(KBİBB).

⁶⁸ Yargıtay HGK, 4.4.2018, E.2017/2-1575 K.2018/672 "Mahkemece yapılacak iş... aile mahkemesi bünyesinde bulunan "psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan" oluşan üç kişilik bilirkişi heyetinden rapor alındıktan sonra diğer tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle velayet hususunda bir karar vermekten ibarettir..."(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 19.06.2014, E.2014/12306 K.2014/13987 (GENÇCAN, Velâyet, s.839).

⁶⁹ Yargıtay 2.HD, 16.06.2014, E.2014/6992 K.2014/13439 (GENÇCAN, Velâyet, s.840).

⁷⁰ Yargıtay 2.HD, 12.1.2017, E.2016/23759 K.2017/319 "Somut olayda, mahkemece baba ve ortak çocuk yönünden rapor tanzim ettirilmiştir. Ancak, 04.03.2016 tarihli psikolojik danışman ve rehber öğretmen bilirkişi tarafından velayete dair düzenlenen sosyal inceleme raporu hüküm tesisi için yeterli değildir. O halde yukarıda belirtilen kıstaslar dikkate alınarak oluşturulacak üçlü heyetten her iki ebeveyn ve çocuk için buldukları yerde inceleme yapıp rapor alınarak, diğer delillerle birlikte değerlendirildikten sonra, gerçekleştirilecek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir..."(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 09.01.2017, E.2016/25093 K.2017/95(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 25.03.2010, E.16126 K.5764 (GENÇCAN, Velâyet, s.841); Yargıtay 2.HD, 3.5.2017, E.2017/773 K.2017/5299(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 19.12.2016, E.2016/20778 K.2016/16162(KBİBB).

⁷¹ Yargıtay 2.HD, 4.10.2018, E.2018/5626 K.2018/10626 "psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan heyete inceleme de yaptırılarak (4787 Sayılı Kanun m.5), tarafların fiilen buldukları yerin barınma ve yaşama koşullarını da değerlendirir içerikte sosyal inceleme raporu alınması... gerekmiştir..."(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 4.3.2014, E.2014/3404 K.2014/4635(KBİBB).

⁷² POLAT, Oğuz/GÜLDOĞAN, Evin: "Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 28(118), 2015, s.252; Yargıtay 2.HD, 29.4.2019, E.2019/2834 K.2019/5028(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 1.7.2008, E.2008/6259 K.2008/9740(KBİBB); Yargıtay HGK, 7.10.1992, E.1992/2-422 K.1992/561(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 10.5.2011, E.2010/7140 K.2011/8136(KBİBB); Yargıtay HGK, 27.6.2018, E.2017/2-3117 K.2018/1278 "Somut olayda da, velayetinin değiştirilmesi talep edilen müşterek çocuk Efe, dava tarihinde 8, karar tarihinde 10, bozma kararının verildiği tarihte ise 12 yaşında olup, müşterek çocuk davanın tüm aşamalarında idrak çağındadır..."(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 16.1.2017, E.2016/24604 K.2017/485(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 21.2.2017, E.2016/22453 K.2017/1771(KBİBB).

⁷³ Yargıtay 2.HD, 18.9.2013, E.2013/16819 K.2013/21199(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 27.9.2016, E.2016/3304 K.2016/13193(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 8.4.2004, E.2004/3651 K.2004/4560(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 8.4.2003, E.2003/2139 K.2003/5117(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 28.1.2004, E.2003/14425 K.2004/1026(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 10.1.2017, E.2016/22353 K.2017/134(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 4.12.2014, E.2014/25804 K.2014/24658(KBİBB).

⁷⁴ Yargıtay HGK, 23.5.2018, E.2017/2-1567 K.2018/1132(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 25.2.2004, E.2003/16415 K.2004/2225(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 05.05.2015, E.2014/26404 K.2015/9455 (GENÇCAN, Velâyet, s.845); Yargıtay 2.HD, 16.6.2016, E.2016/12054 K.2016/1176 "Dava, boşanma kararı sonrası velayetin değiştirilmesi istemine ilişkindir. Velayet düzenlemesi yapılırken üstün yararın gözetilmesi esastır. Müşterek çocuk uzman raporundaki beyanında annesiyle yaşamak istediğini söylemiş, uzman tarafından istem ve çocuğun üstün yararı gözetilerek velayetin değiştirilmesi gerekmediği belirtilmiştir. Ancak davacı babanın boşanmadan sonraki beş yılda müşterek çocukla 25 defa icra kanalıyla şahsi ilişkiyi sağlayabildiği, annenin baba ve çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi engelleyerek velayet görevini kötüye kullandığı anlaşılmaktadır. Bu suretle çocuğun tercihinin üstün yararına uygun olmadığı, baba yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişmesine engel olmayacağından davanın kabulüne karar verilmelidir..."(KBİBB).

⁷⁵ Yargıtay 2.HD, 03.07.2014, E.2014/8741 K.2014/15348 (GENÇCAN, Velâyet, s.834).

verilmesi ve kaldırılan velâyetin geri verilmesi birer çekişmesiz yargı işi olarak sayılmaktadır. Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme'nin bu değerlendirmesi isabetlidir.

Ancak, çekişmesiz yargıda dava değil istem (talep) söz konusudur. Aynı şekilde, çekişmesiz yargıda davacı değil, istemde (talepte) bulunan vardır. Keza, burada bir karşı taraftan (hasımdan) da söz edilmemesi gerekir⁷⁶. Ancak, Yargıtay'ın yerleşik uygulaması gereğince, velâyetin değiştirilmesi bir dava olarak nitelendirilmiştir. Görüldüğü üzere, bu yaklaşım çelişkilidir.

Velâyetin değiştirilmesi istemi tek başına ileri sürülebilir. Aynı şekilde, söz konusu istemin terditli olarak ileri sürülmesi de mümkündür (HMK m.111). Meselâ, davacı baba çocuğun velâyetinin değiştirilerek kendisine verilmesini, bu istemi kabul edilmediği takdirde ise kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesini ileri sürebilir. Bu durumda, ferî istemin incelenilmesi için mahkeme tarafından aslı istemin esastan reddine karar verilmesi gerekir (HMK m.111/II)⁷⁷.

Eklenmelidir ki, mahkeme, kural olarak asıl uyuşmazlığı çözecek nitelikte ihtiyatî tedbir kararı veremez⁷⁸. Buradan hareketle, uygulamada velâyetin değiştirilmesi davasında velâyetin tedbiren istemde bulunan tarafa bırakılmasının isabetli olmayacağı kabul edilmektedir⁷⁹.

C. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Velâyetin değiştirilmesi davasında görevli mahkeme bakımından 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun⁸⁰ göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim, söz konusu Kanun'un 3. maddesinin ilk fıkrasına göre, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işlerde aile mahkemeleri görevlidir. Şu halde, velâyetin değiştirilmesi davasında görevli mahkeme aile mahkemesidir⁸¹. Diğer taraftan, aynı Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, aile mahkemesi kurulamayan yerlerde 4787 sayılı Kanun kapsamına giren dava ve işlere Hâkimler ve Savcılar Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesince bakılır⁸².

Velâyetin değiştirilmesi davasında yetkili mahkeme, davalının dava açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK m.6/1). Ancak, burada kesin olmayan yetki söz konusudur. Nitekim, velâyetin değiştirilmesi istemi çekişmesiz yargı işi niteliğindedir. Çekişmesiz yargı işlerinde istemde (talepte) bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir. Bu itibarla, davacının kendi oturduğu yer mahkemesinden de velâyetin değiştirilmesi istenebilir⁸³.

⁷⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.738; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.132.

⁷⁷ Yargıtay 2.HD, 21.4.2015, E.2015/6053 K.2015/8051(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 26.4.2016, E.2016/7574 K.2016/8448(KBİBB).

⁷⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.561.

⁷⁹ Yargıtay 2.HD, 17.10.2016, E.2016/6974 K.2016/13807 “çocukların eldeki davada mahkemece verilen 11.03.2015 tarihli tedbiren velayetlerin davacı babaya verilmesine dair ara kararının infazına kadar anne ile birlikte yaşadıkları anlaşılmaktadır... Öte yandan, davanın esasını çözer şekilde ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceği gibi...”(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 26.3.2018, E.2018/1726 K.2018/3889(KBİBB).

⁸⁰ RG: 18.01.2003; 24997.

⁸¹ Yargıtay 2.HD, 28.1.2004, E.2003/14425 K.2004/1026(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 25.2.2004, E.2003/16415 K.2004/2225(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 28.6.2016, E.2016/12465 K.2016/12663 “Davacı, küçüğün annesi olup, vesayet kararının kaldırılmasını ve velayetin kendisine verilmesini istemiştir. Küçük vesayet altında bulunduğu göre vesayete dair bu karar usulüne uygun biçimde kaldırılmadan, velayetin tevdiine dair bu dava incelenemez. O halde, davanın öncelikle vesayet kaldırılması talebini içermesi sebebiyle, bu bölüme yönelik istemlerin vesayet makamı tarafından incelenmesi gerekli olduğundan davanın vesayet kaldırılmasına dair bölümünün tefrik edilerek Sulh Hukuk Mahkemesine görevsizlik kararı verilmesi, vesayet makamı tarafından verilecek karara göre de velayet davasıyla ilgili olarak işin esası hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar vermek gerekir...”(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 13.3.2017, E.2017/144 K.2017/2656 “Davacı baba velayetin değiştirilmesi yanında, velayeti annede olan çocuğun yaşadığı olumsuz durumlar sebebiyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Davacının bu talebi Borçlar Hukukundan kaynaklanmaktadır. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine dair 4787 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde yer alan aile hukukundan kaynaklanan dava ve işlerden değildir. Genel mahkemeler görevlidir...”(KBİBB).

⁸² Yargıtay 2.HD, 2.4.2007, E.2006/13771 K.2007/5285 “Bu açıklama karşısında; davaya Aile Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken, bu husus düşünülmeden Asliye Hukuk Mahkemesi olarak yargılamaya devam edilip, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...”(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 08.09.2014, E.2014/9857 K.2014/16635 (GENÇCAN, Velâyet, s.825); Yargıtay 2.HD, 12.1.2015, E.2014/18442 K.2015/1(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 23.12.2010, E.2010/8597 K.2010/21782(KBİBB).

⁸³ Yargıtay 2.HD, 8.12.2016, E.2016/18477 K.2016/15695(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 17.02.2014, E.2013/17521 K.2014/2984 (GENÇCAN, Velâyet, s.826); Yargıtay 2.HD, 15.09.2014, E.2014/11181 K.2014/17178 (GENÇCAN, Velâyet, s.827); Yargıtay 2.HD, 23.5.1997, E.1997/4348 K.1997/5802(KBİBB).

Görüldüğü üzere, velâyetin değiştirilmesi davasında kesin olmayan yetki söz konusudur. Dolayısıyla, yetki itirazı ilk itiraz niteliğindedir (HMK m.116)⁸⁴.

D. Hükmü

Velâyetin değiştirilmesi davası sonucunda esasen istem ya kabul ya reddedilir⁸⁵. Bununla birlikte, dava açıldıktan sonra ortaya çıkan bir olgu sebebiyle davanın konusuz kalması da mümkündür. Bu takdirde ise, konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği uygulamada benimsenmektedir⁸⁶.

Velâyetin değiştirilmesi istemi farklı sebeplerle konusuz kalabilir. Uygulamadan misal vermek gerekirse, çocuğun dava açıldıktan sonra ergin olmasında durum böyledir⁸⁷. Yine, dava açıldıktan sonra çocuğun ölmesi halinde de konusuz kalmadan söz edilir⁸⁸. Diğer bir misal de, çocuğun evlâtlık verildiğinin ortaya çıkmasıdır⁸⁹.

Eklenmelidir ki, velâyetin değiştirilmesine ilişkin kararın infaz edilebilmesi için kesinleşmiş olması gerekir. Aksi takdirde, infaz mümkün değildir⁹⁰.

Velâyetin değiştirilmesi istemi çekişmesiz yargı işi niteliğinde olduğu için bunun sonucunda verilen karar aleyhine ancak bölge adliye mahkemesine başvurulabilir. Temyiz yoluna başvurulması ise mümkün değildir (HMK m.362/I, b. ç)⁹¹.

Velâyetin değiştirilmesi davası sonucunda verilen karar maddî anlamda kesin hüküm oluşturmaz (HMK m.388). Çünkü, burada aslında bir çekişmesiz yargı işi söz konusudur. Dolayısıyla, aynı konuda yeniden istemde bulunmak mümkündür⁹².

VII. Velâyetin Değiştirilmesinin Hüküm ve Sonuçları

Velâyetin değiştirilmesi isteminin kabulü halinde velâyet hakkına sahip olan tarafın hak ve yetkileri sona erer. Böylece, çocuğun kişiliğinin ve mallarının korunması ile onun temsili konusundaki hak ve yükümlülükler velâyet hakkı kendisine verilen ana ya da babaya geçer.

Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir (TMK m.323)⁹³. Dolayısıyla, velâyetin değiştirilmesi halinde çocukla davalı arasında kişisel ilişkisi kurulmalıdır. Üstelik, TMK m.182/I hükmü gereğince bunun için istemde bulunulması da şart değildir; hâkim bu hususu resen düzenler⁹⁴. Yargıtay'a göre, aynı esas burada da geçerlidir. Başka bir deyişle, velâyetin değiştirilmesi davasında çocukla davalı arasında kişisel ilişki kurulmasına yönelik bir karar verilmemiş olması bozma sebebidir⁹⁵.

Nihayet, davalı kimse çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Yargıtay'a göre, çocuğun velâyetinin davalıda olduğu dönemi de kapsayacak şekilde

⁸⁴ Yargıtay 2.HD, 9.3.1995, E.1995/1844 K.1995/2572(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 5.4.2002, E.2002/3916 K.2002/4847 “Davalı birden ziyade mahkemeyi yetkili olarak gösterdiğinden yetki ilk itirazının reddi gerekir...”(KBİBB).

⁸⁵ Bu noktada, kısa karar ve gerekçeli karar arasında çelişki yaratılmaması gerektiği hatırlatılmalıdır. Nitekim bkz. Yargıtay HGK, 6.6.2018, E.2017/2-2450 K.2018/1178(KBİBB). Yabancı mahkeme kararının değiştirilmesi hakkında ise bkz. Yargıtay 2.HD, 15.2.2002, E.2001/17145 K.2002/2106(KBİBB).

⁸⁶ Yargıtay HGK, 13.12.2017, E.2017/2-2418 K.2017/1720 (GENÇCAN, Velâyet, s.852); Yargıtay 2.HD, 11.06.2014, E.2014/5419 K.2014/12902 (GENÇCAN, Velâyet, s.850).

⁸⁷ Yargıtay HGK, 17.10.2012, E.2012/2-401 K.2012/723(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 5.6.2017, E.2016/14409 K.2017/6863(KBİBB); Yargıtay HGK, 13.12.2017, E.2017/2-2418 K.2017/1720 (GENÇCAN, Velâyet, s.851).

⁸⁸ Yargıtay 2.HD, 19.03.2007, E.18310 K.4213 (GENÇCAN, Velâyet, s.851).

⁸⁹ Yargıtay 2.HD, 25.11.2013, E.2013/23769 K.2013/27319 (GENÇCAN, Velâyet, s.852).

⁹⁰ Yargıtay 2.HD, 13.2.2012, E.2010/17921 K.2012/2392(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 01.04.2014, E.2013/25921 K.2014/7521 (GENÇCAN, Velâyet, s.838).

⁹¹ Yargıtay 2.HD, 11.9.2017, E.2017/4044 K.2017/9227 “Bölge Adliye Mahkemesince çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar kesin nitelikte olup, bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz (HMK m.362/I-ç). Bu sebeple davacı-davalının velâyetin değiştirilmesi davasına yönelik temyiz itirazlarının reddine karar verilmesi gerekmiştir...”(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 9.4.2018, E.2018/1739 K.2018/4720(KBİBB).

⁹² Yargıtay 2.HD, 25.2.2004, E.2003/16415 K.2004/2225(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 14.6.2012, E.2012/10345 K.2012/16372(KBİBB). Nitekim, böyle bir durumda değişiklik davasının söz konusu olacağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.313.

⁹³ Yargıtay HGK, 6.6.2018, E.2017/2-2069 K.2018/1179(KBİBB).

⁹⁴ Yargıtay HGK, 30.5.2018, E.2017/2-2486 K.2018/1148 “Velâyetin değiştirilmesi ile birlikte velâyeti kendisinde bulunmayan anne veya babanın çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı bulunmakta olup, mahkemece de bu ilişkinin kurulması gerekir...”(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 7.4.2011, E.2010/16540 K.2011/6142(KBİBB).

⁹⁵ Yargıtay 2.HD, 12.1.2017, E.2016/21628 K.2017/272(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 7.6.2004, E.2004/6496 K.2004/7374 “Velâyet değiştirilerek anneye verilmesine karşın baba ile kişisel ilişki düzenlenmemesi de usul ve yasaya aykırıdır...”(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 24.01.2013, E.2012/8095 K.2013/1670 (GENÇCAN, Velâyet, s.856). Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, 16.5.2018, E.2017/2-2419 K.2018/1099(KBİBB).

dava tarihinden itibaren iştirak nafakasına hükmedilemez. Bunun yerine, velâyetin değiştirilmesine ilişkin hükmün kesinleşme tarihinden itibaren karar verilmesi gerekir⁹⁶.

VIII. SONUÇ

Velâyet ana ve babaya sadece haklar tanımaz, yükümlülükler de yükler. Ana ve baba evli ise evlilik devam ettiği sürece velâyeti birlikte kullanırlar. Ana ve baba evli değilse, velâyet anaya aittir. Boşanmada ise velâyet çocuğun verildiği tarafa aittir. Ancak, karardan sonra velâyetin değiştirilmesi mümkündür.

Velâyetin değiştirilmesi esasen TMK m.183 hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre, ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hâkim, resen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır. Bu önlemlere velâyetin değiştirilmesi de dahildir.

Velâyetin değiştirilmesi için yeni bir olgunun varlığı aranır. Ancak, sadece böyle bir olgunun gerçekleşmesi yetmez. Ayrıca, bu olgu sebebiyle velâyetin değiştirilmesi zorunlu hale gelmelidir. Üstelik, bu durum sürekli nitelikte de olmalıdır. Nihayet, velâyetin değiştirilmesi için hâkim kararına da ihtiyaç vardır. En önemlisi ise çocuğun üstün menfaatinin bunu gerekli kılmasıdır. Çünkü velâyetin değiştirilmesi bakımından esas ölçüt çocuğun üstün menfaatidir.

Velâyetin değiştirilmesi, velâyetin kaldırılmasından farklıdır. Velâyetin kaldırılması, çocuğun korunmasına yönelik en ağır önlemdir. Velâyetin kaldırılması halinde velâyet esasen hem ana ve hem baba için sona erer.

Velâyetin değiştirilmesine yol açan ilk olgu ana veya babanın başkasıyla evlenmesidir. Ancak, tek başına yeniden evlenme yeterli değildir; bu durum velâyetin değiştirilmesini zorunlu kılmalıdır. Velâyet hakkına sahip olan ana veya babanın başka bir yere gitmesi de velâyetin değiştirilmesini gerektirir. Ama, geçici bir durum bunun için yeterli değildir. Velâyet hakkına sahip olan ana veya babanın ölmesi halinde hakim resen veya istem üzerine velâyetin değiştirilmesine karar vermelidir.

Kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi diğer bir değişiklik sebebidir. Bu durum yapılan bir değişiklikle açıkça kanunda düzenlenmektedir. Böylece, Yargıtay'ın görüşüne uygun çözüm kanuni dayanak bulmuştur.

Velâyetin değiştirilmesini gerektiren haller sadece bunlarla sınırlı değildir. Meselâ, velâyet kendisinde olan ana veya babanın hapsedilmesi halinde de bu mümkündür. Ancak, velâyetin değiştirilmesini zorunlu kılan yeni bir olgu yoksa, velâyetin değiştirilmesine yönelik istem reddedilmelidir.

Velâyetin değiştirilmesi davasında davacı genellikle velâyet hakkına sahip olmayan ana veya babadır. Davalı ise velâyet hakkına sahip olan ana veya babadır.

Velâyetin değiştirilmesi davası basit yargılama usulüne tâbidir. Ayrıca, söz konusu istem çekişmesiz yargı işidir.

Velâyetin değiştirilmesi davasında görevli mahkeme aile mahkemesidir. Yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Ama, burada kesin olmayan yetki söz konusudur.

Velâyetin değiştirilmesi davası sonucunda verilen karar maddi anlamda kesin hüküm oluşturmaz. Dolayısıyla, aynı konuda yeniden istemde bulunmak mümkündür.

Velâyetin değiştirilmesi isteminin kabulü halinde velâyet hakkına sahip olan tarafın hak ve yetkileri sona erer; velâyet diğer tarafa ait olur. Velâyetin değiştirilmesi halinde çocukla davalı arasında kişisel ilişki kurulmalıdır. Nihayet, davalı çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

⁹⁶ Yargıtay HGK, 30.5.2018, E.2017/2-2486 K.2018/1148 “Yine velayeti kendisine verilmeyen tarafın çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorunda olduğu da unutulmamalıdır. Burada bahsi geçen katılma durumu iştirak nafakası olarak karşımıza çıkar. Bu nafaka velayetin değiştirilmesine yönelik yerel mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren hükmedilmesi gereken bir nafakadır...”(KBİBB); Yargıtay HGK, 9.5.2018, E.2017/2-1899 K.2018/1052(KBİBB); Yargıtay 2.HD, 08.02.2014, E.2014/17176 K.2014/24939 (GENÇCAN, Velâyet, s.857); Yargıtay 2.HD, 1.6.2017, E.2017/2041 K.2017/6714(KBİBB); Yargıtay HGK, 31.1.2019, E.2017/2-2444 K.2019/51 “Tüm bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde velayet düzenlemeleri ve bunun tabii sonucu olan iştirak nafakası istemlerinde amaç küçüğün menfaatinin korunması olduğundan "açıkça nafaka istemiyorum" şeklinde bir beyanın varlığı dışında hakimin kendiliğinden iştirak nafakasına hükmetmesi gerekir...”(KBİBB).

Yazar Beyanı | Author's Declaration

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

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

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

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

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

KAYNAKÇA

- AFFOLTER, Kurt/VOGEL, Urs: Berner Kommentar, Die elterliche Sorge /der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB (BK-AFFOLTER /VOGEL), Bern 2016.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku (Aile), C.2, 2.B., Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Medenî Hukuk (Medenî), 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- AKKURT, Sinan Sami/ERDOĞAN, Kemal/TOKAT, Hüseyin: Medenî Hukuk Temel Bilgiler, Seçkin Yyn, Ankara 2021.
- AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması (Çocuk), 8. Baskı, Pegem Yayıncılık, Ankara 2021.
- AKYÜZ, Emine: Velayet Hakkının Kaldırılması (Velayet), Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, 25(1), 1993, s.11-26.
- ARAT, Ayşe: “Medeni Kanun’da Velayetin Kaldırılması Tedbiri ve Bu Tedbirin Uygulanması”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2012, s.275-296.
- BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velayet Hukuku (Velayet), Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velayet Müessesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği (Müessese), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 19(Özel Sayı), 2017, s.25-46.
- BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- BREITSCHMID, Peter: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK-BREITSCHMIDT), 3. Auf., Zürich / Basel / Genf 2016.
- CANTIENI, Linus/VETTERLİ, Rolf: Kurzkomentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (KUKO ZGB-CANTIENI/VETTERLI), 2. Auf., Basel 2017.
- CEYLAN, Ebru: Türk ve İsviçre Hukukunda Velayet Hakkı ve Hukuki Sonuçları (Velayet), Leges Yyn, İstanbul 2019.
- CEYLAN, Ebru: Türk Medeni Kanunu’nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (Çocuk), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 19(Özel Sayı), 2017, s.349-375.
- ÇELİK, Cemil: “Velayetin Kaldırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 54(1), 2004, s.54-108.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, 15. Baskı, (Filiz Yayınları), İstanbul 2020.
- ER KIDAK, Tansu: Türk Medeni Kanununa Göre Velayetin Belirlenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2021.
- ERLÜLE, Fulya: “Yargıtay Kararları Çerçevesine Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, s.259-284.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Velâyet Hukuku (Velâyet), 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku (Boşanma), Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- GÖNENSAY, A. Samim: Medenî Hukuk, C. 2, Aile Hukuku, İstanbul 1940.
- POLAT, Oğuz/GÜLDÖĞAN, Evin: “Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 28(118), 2015, s. 243-254.
- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 2. Baskı, Vedat Yayınları, İstanbul 2013.
- HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya: Medeni Hukuk, Legal Yayınları, İstanbul 2011.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku (Aile), 4. Baskı, Turhan Yayınları, Ankara 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Hukuk Temel Bilgiler (Medenî), 7. Baskı, Turhan Yayınları, Ankara 2018.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1986.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- MARANTA, Luca: Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (OFK-MARANTA), 3. Auf., Zürich 2016.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar: “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(145-146), 2016, s.631-658.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa/RUHİ, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2012.
- ÖZER TAŞKIN, Özden, “Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), 2020, s.239-262.

- ÖZLÜ, Hakkı: Velayetin Kaldırılması, Adil Yayınları, Ankara 2002.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 5. Baskı, Turhan Yayınları, Ankara 2004.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Temel Bilgiler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- SCHWENZER, Ingeborg/COTTIER, Michelle: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB (BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER), 6. Auf., Basel 2018.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1966.
- USTA, Sevgi: Çocuk Hakları ve Velayet, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1963.
- YILDIRIM, Abdülkerim: Aile Hukuku, Ankara 2014.
- ZEVKLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/ACABEY, M.Beşir/GÜRPINAR, Damla: Medenî Hukuk (Temel Bilgiler), 10. Baskı, Turhan Yayınları, Ankara 2018.
- ZEYTİN, Zafer/ERGÜN, Ömer: Türk Medeni Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

**BEDENSEL ZARAR HÂLLERİNDE ÖDENECEK TAZMİNATIN
BELİRLENMESİNDE ÖZEL BİR İNDİRİM SEBEBİ: ZARAR VERENİN MALİ
DURUMUNUN KÖTÜLEŞMESİ VE HAKKANİYET İNDİRİMİ****REASON FOR A SPECIAL DISCOUNT IN DETERMINING THE COMPENSATION TO BE PAID
IN CASE OF BODILY HARM: WORSENING FINANCIAL SITUATION OF THE PERSON
RESPONSIBLE FOR THE LOSS AND EQUITY DISCOUNT**Mine ERCEVAHİR*  **Makale Bilgi**Gönderi: 18/12/2021
Kabul : 31/05/2022**Anahtar Kelimeler***Bedensel Zarar,
Tazminat,
İndirim,
Hakkaniyet,
Yoksulluk.***Özet**[10.21492/inuhfd.1038311](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1038311) 

Hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil sonucu başkasının vücut bütünlüğünü ihlal suretiyle zarara sebep olan kimsenin bu zararı gidermekle yükümlü olması, yalnızca haksız fiil sorumluluğunun değil hakkaniyetin de bir gereğidir. Bu çerçevede; vücut bütünlüğünün ihlaline bağlı olarak gerçekleşen zararların tazminini ele alan çok sayıda düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemelerden biri de Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesindeki tazminatın miktarını esas alarak herhangi bir hakkaniyet indirimi yapılamayacağı yönündedir. Söz konusu düzenleme çerçevesinde; tazminat miktarının ve kapsamının belirlenmesine ilişkin 50 ve 51. maddeler, tazminat miktarının hangi hâllerde azaltılabileceği, hâkime tanınan takdir yetkisinin kapsamı ve indirimin yapılıp yapılmayacağına ilişkin 52. madde hükümleri, bedensel olarak zarar gören kişiye ödenecek tazminatta yapılacak indirimin hakkaniyete uygun olup olmadığı uzunca süre tartışılmıştır. Kanaatimizce; söz konusu indirim, hakkaniyet amaçlı olmayıp miktar esaslı keyfi indirimleri önlemek içindir ve sadece, zarar verenin tazminat ödemesi sonucunda ekonomik durumun kötüleştiği durumlarda uygulama alanı bulmaktadır. Bu sebeple söz konusu madde, sınırlı hâllerde uygulanmalı ve dar yorumlanmalıdır.

Article InfoReceived: 18/12/2021
Accepted: 31/05/2022**Keywords***Bodily Harm,
Compensation,
Discount,
Equity,
Poverty.***Abstract**

The liability of a person who causes damage by violating the bodily integrity of another person as a result of an unlawful and faulty act is not only a requirement of tortious act liability but also of equity. In this context, there are many regulations that deal with the compensation of loss caused by the violation of bodily integrity. One of these regulations is the regulation that no equity reduction can be made based on the amount of compensation in Article 55 of the Turkish Code of Obligations. Within the framework of the said regulation in question, Articles 50 and 51 on the determination of the amount of compensation and the scope of the compensation, in which cases the amount of compensation can be reduced, the scope of the discretion granted to the judge and the provisions of the article 52 on whether the reduction will be made, whether the reduction to be applied to the compensation to be paid to the physically injured person is equitable or not has been discussed for a long time. In our opinion, the said discount does not have a equitable purposes, but to prevent arbitrary discounts on the basis of quantity and it applies only in cases where the economic situation deteriorates as a result of the amount of the compensation paid. For this reason, the said article should be applied in specific situations and should be interpreted narrowly.

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

* Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ERCEVAHİR Mine, "Bedensel Zarar Halinde Ödenecek Tazminatın Belirlenmesinde Özel Bir İndirim Sebebi: Zarar Veren Mali Durumunun Kötüleşmesi ve Hakkaniyet İndirimi", InÜHFD, 13(1), 2022, s.206-220.**İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The regulations pertaining to tortious act liability in the Turkish Code of Obligations (TCC) stipulates that the person causing the damage will pay compensation to the injured person in an amount to be determined by taking into account the circumstances of the case and good faith. In cases where the damage caused to the physical and mental integrity of the injured person, the amount of compensation, the scope and limits of the equitable discount to be determined are of vital importance.

This study discusses the application and expediency of the compensation reduction arrangements in the Turkish Code of Obligations. The limit of this discussion is the regulation in the 2nd paragraph of the article 52 of the TCC to reduce the amount of compensation that the person liable for compensation is obliged to pay if he/she falls into poverty. It is also clearly stated in the law that this reduction can only be applied on the condition that the fault of the indemnity obligee is light and that fairness requires it.

While examining the article in question, first of all, the conditions required for the application of this article should be noted. The necessary conditions for the article in question to be applicable can be easily understood from the letter of the law. However, it should not be forgotten that the first condition for the correct application of the article is how the concepts such as slight fault, poverty, and fairness will be defined and how their boundaries will be determined. In this context, the terms in question should be evaluated in accordance with the specifics of the case. While determining the criteria of fairness, only the discretion of the judge should not be taken into account. In this regard, a comprehensive situation assessment should be made by taking into account the economic powers of the parties and the characteristics of the concrete case. In addition, the concept of poverty should be interpreted as "being unable to make a living". Again, in the evaluation to be made within the framework of this article, it should be taken into account that the law clearly needs the fault to be slight. While defining the slight fault, the views in the doctrine should be taken into account and the definition of "moderate fault", which is not included in Turkish Law, should be examined.

In addition this discussion; it is a matter of separate evaluation whether the provision in the 3rd sentence of article 55 of the TCC that no amount-based reduction from compensation can be made on grounds of equity in cases of bodily harm will invalidate the provision in the second paragraph of article 52. Doctrinal interpretations also differ on this issue.

One opinion argues that the regulation in article 55 of the TCC will not invalidate the regulation in paragraph 2 of article 52, the provision in question prevents quantity-based discounts and the provision of paragraph 2 of article 52 is not a quantity-based discount. According to another view, article 55 of the TCC; it is a provision made by considering the provision of determination of compensation in article 51, not paragraph 2 of article 52. Therefore, it should not be concluded that the provision of paragraph 2 of article 52 cannot be applied. According to a third view; the provision in article 55 is in the position of "lex specialis" according to paragraph 2 of article 52 and the provision of paragraph 2 of article 52 cannot be applied to bodily harm.

In our opinion, the purpose of the article 55 is to prevent grievances by preventing arbitrary reductions to be applied based on the multiplicity of the amount of compensation awarded. For this reason, the provision of article 55 does not abolish the application of the second paragraph of article 52 of the TCC. However, the article 55 that the amount of compensation cannot be reduced should be interpreted narrowly as the reduction cannot be applied only because of the multiplicity of amount-based compensation. Otherwise, the article 55 will eliminate the discretion of the judge in article 51. This leads us to the conclusion that the compensation will not be calculated by the judge, but by the experts who determined the damage. This conclusion cannot be accepted, because the experts are never the decision maker, they only assist the judicial authorities in the determination of the damage.

The existence of the conditions referred to in the second paragraph of article 52 of the Turkish Code of Obligations does not necessitate a deduction from compensation. Because, as it can be understood from the text of the article, the judge may reduce the compensation in such cases, this is not an obligation.

However, it should be discussed whether it is correct to call this provision as equity reduction in practice, and this nomenclature should be ended by accepting that it is not an article regarding the reduction of compensation by considering only the measure of equity.

Considering the thoughts detailed in the study; law practitioners should not forget that the articles in question cannot be evaluated independently of each other, however, the paragraph 2 of article 52 should be applied in specific cases and with a narrow interpretation. In addition, a solution should be found for the problem of experts taking the place of judges and making decisions, which is generally encountered in Turkish Law. At this point, there is no harm in stating clearly that the judges should consider the expert reports as discretionary evidence, not conclusive evidence, and that they should prevent these unlawful interventions of the experts by protecting their field of duty. In this context, our study can be considered as a research article that includes all the discussions in practice and theory on the subject and sheds light on the problems in practice with exemplary Supreme Court decisions.

I. GİRİŞ

Haksız fiil sorumluluğu, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla diğer bir kimseye vermiş olduğu zararın giderilmesini sağlayan sorumluluk türü olarak karşımıza çıkmaktadır¹. Ortaya koyulan bu hukuka aykırı veya hatalı davranış sonucu, bir başkasına verilen zarar; kişiye veya mala olabileceği gibi kişilik hakkına ilişkin de olabilmektedir².

Vücut bütünlüğünün ihlali sonucunda mal varlığında irade dışında meydana gelen azalmalar bedensel zarar olarak adlandırılmaktadır. Ölüm ve vücut bütünlüğünün ihlali, kişiye verilen zararlar kapsamında değerlendirilmekte ve maddî zararın yanı sıra manevî zarara da kaynaklık edebilmektedir³.

Haksız fiilden zarar gören taraf, bu zararın tazminini haksız fiilden sorumlu kimselerden talep edebilmektedir zira Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 49. maddesi gereği, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu davranışı sonucu meydana getirdiği bu zararları giderme yükümlülüğü bulunmaktadır⁴. Zarar verenin ödemekle yükümlü olduğu tazminatın miktarı belirlenirken somut olaya ilişkin olarak kusur oranının yanı sıra tazminatta indirim gerektirebilecek hususların da dikkate alınması gerekmektedir⁵.

Bu çalışmada TBK'da yer alan tazminatta indirim düzenlemelerinin uygulaması ve yerindeliği tartışması yapılmaktadır ve yapılan bu tartışmanın sınırı, TBK'nın 52. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ve tazminat sorumlusunun hafif kusurlu olduğu hallerde tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecekse ve hakkaniyette de gerektirecekse ödenecek tazminat miktarında indirime gidileceği maddesidir.

Çalışmadaki amacımız ise, söz konusu hükmün uygulanmasında karışıklığa yol açan ve bedensel zarar ve ölüm hâllerinde miktar esas alınarak tazminattan indirim yapılamayacağına ilişkin ayrı bir düzenleme içeren TBK m.55/I, c.3 hükmünü de inceleyerek uygulamadaki bu karışıklığı ortadan kaldırmaktır. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle tazminat konusu genel hatlarıyla açıklanmış, ardından tazminatın belirlenmesi hususu ele alınmış ve son olarak da tazminatın belirlenmesinde özel indirim sebeplerinden hakkaniyet indiriminin ne olduğu, ölçüsü ifade edilmiş ve TBK m.52/II'de yer alan ve hakkaniyet indirimi şeklinde adlandırılan ancak temelde tazminatın miktarı esas alınarak yapılan indirimin şartlarına, uygulamasına ve bu konudaki görüşlere yer verilerek çalışmanın amacına ulaşılmaya çalışılmıştır.

II. BEDENSEL ZARARIN HESAPLANMASI VE GİDERİMİ: TAZMİNAT

TBK'nın haksız fiilden doğan sorumluluğu düzenleyen 49. maddesinde kanun koyucu, tazminatın şartlarını hüküm altına almıştır. Bu kapsamda bir kimse, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiile başkasına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Bir kimsenin mal veya şahıs varlığında iradesi dışında ortaya çıkan eksilmeyi aynen veya nakden gidermek, sorumluluk hukukunun temel amacıdır. Zarar görenin mal veya şahıs varlığından eksilenin yerine bunların bir ikamesinin konması da zarar verenin tazminat yükümlülüğü olarak adlandırılmaktadır⁶. Zira sorumluluk hukukunun cezalandırıcı fonksiyona sahip olmamasının yanı sıra haksız fiil sorumluluğu da temelde, zararın giderilmesini ve önlenmesini amaçlamaktadır⁷.

A. Maddî ve Manevî Tazminat

Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille vücut bütünlüğünün ihlali sonucunda farklı zarar kalemleri ortaya çıkabilmektedir. Vücut bütünlüğünün ihlali sonucu ortaya çıkan maddî zararlar, TBK

¹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.540; OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s.12.

² TOKER, Aylin: Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2017, s.30; ŞAHİN, Ayşenur: "Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini" (Makale), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2011, s.125; AYDIN ÖZDEMİR, Elif: Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Zarar ve Tazmini, I.B., Adalet Yayın, Ankara 2013, s.71; EREN, s.552.

³ EREN, s.552; ÜNLÜTEPE, Mustafa: "TBK'nın 55/I. Maddesi Çerçevesinde Ölüm Hâlinde Uğranılan Zararların ve Bedensel Zararların Belirlenmesi", Terazi Hukuk Dergisi, 13(141), 2018, s.70; Manevî zararın oluşma şekli olarak objektif ve sübjektif teori için Bkz. EREN, s.556, 557.

⁴ ÇELİK, Ahmet Çelik: "Can Zararlarının Tazminata Dönüştürülmesinde Sorunlar ve Yöntem Arayışları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.772; EREN, s.749; OĞUZMAN/ÖZ, s.68.

⁵ EREN, s.778; ŞAHİN, Mehmet Yaşar: Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Zarar ve Maddî Tazminat Hesabı, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.81; OĞUZMAN/ÖZ, s.122.

⁶ EREN, s.749; ŞAHİN, s.81.

⁷ EREN, s.788; AKSAKALLI TEMEL, Rüken: Haksız Fiillerde Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul 2019, s.6; ÜNLÜTEPE, s.74.

m.54'te sınırlı sayıda olmamak üzere düzenlenmiştir⁸. Bu çerçevede söz konusu maddî zarar kalemleri; tedavi giderleri, kazanç kayıpları, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak hükme bağlanmıştır.

Beden bütünlüğünün ihlali dıştan gelen fizikî bir etki veya güçten kaynaklanabileceği gibi, kusurlu ve hukuka aykırı fiilin yarattığı psişik bir etki veya güçten de kaynaklanabilmektedir⁹. Meydana gelen olayın sonucunda duyulan psikolojik acı, ruhsal sarsıntı ve devam eden yaşamı etkileyecek derinlikte üzüntü de aslında bir nevi ruh bütünlüğünün ihlali olarak kabul edilmektedir¹⁰. Bedensel zarar sonucunda meydana gelen manevî kayıp, somut olayın niteliklerine göre büyük ölçülerde olabilmektedir.

TBK'nın manevî tazminatı düzenleyen 56. maddesinde de isabetli şekilde hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil neticesinde meydana gelen bedensel zarar hâllerinde kişilerin ruhsal zararlarının giderilmesi maksadıyla bir miktar tazminata hükmedilebileceği hükme bağlanmıştır.

TBK m.55'te yer alan bedensel zararların TBK hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağı hükmü gereği, manevî tazminatın belirlenmesinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK m.51, 52 hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmiştir zira kanun koyucunun söz konusu hükümlerde hukuki sorumluluğu maddî ve manevî tazminatı içine alacak şekilde bir bütün olarak ele aldığı açıktır¹¹.

B. Tazminatın Belirlenmesi

Haksız fiil sorumluluğunun doğması hâlinde zarar veren, hukuka aykırı ve kusurlu eylemden zarar görenin mal ve şahıs varlığında meydana gelen eksilmeyi gidermekle yükümlüdür. Tazminat miktarının belirlenmesi ve tazmin yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için öncelikle zararın tespit edilmesi gerekmektedir; zira sorumluluk hukukunda zarar gören tazminat vasıtasıyla zenginleşmeyeceğinden, zararın boyutu, hükmedilecek tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır ve zararı aşan miktarda tazminata hükmedilemeyecektir¹².

Maddî tazminat zarar görenin mal varlığındaki eksilmeyi bütünüyle karşılamalı, bir diğer ifadeyle zararın tamamını gidermelidir; buna tam tazmin ilkesi (*totalreparation*)¹³ adı verilmektedir. Bu ilkenin bütünüyle uygulanması ise haksızlığa sebep olacak düzeyde ağır sonuçlara neden olabileceğinden hakkaniyetin sağlanabilmesi açısından tazminat belirlemesinin kusurun derecesine göre yapılması daha uygun olacaktır¹⁴.

Her ne kadar zararı ve zarar verenin kusurunu ispat yükünün zarar görende olduğu TBK m.50'de açık ise de zarar miktarının zarar gören tarafından tam olarak belirlenmesi, özellikle kazanç kaybı gibi farazi hesaplamaların yapıldığı zarar kalemleri açısından, mümkün olamayabilir. Bu sebeple TBK m.50/II'de zararın ölçüsünün tam olarak ispat edilememesi durumunda hâkime olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde bulundurarak hakkaniyete uygun şekilde zararın miktarını belirleme yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda hâkim Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) 4. maddesi uyarınca kendisine verilen takdir yetkisini; zarar görenin sunduğu deliller, dosyanın içeriği ve somut olayın özelliklerini dikkate almak suretiyle hakkaniyete uygun şekilde kullanarak bir zarar tespitinde bulunacaktır¹⁵.

Hâkime tanınan takdir yetkisi hem olaya hem zararın miktarına ilişkindir. Fakat bu durum hâkimin elinde olaya dair herhangi bir bilgi, belge, delil olmaksızın kullanabileceği bir yetki

⁸ İNCEOĞLU, Mehmet Murat/PAKSOY, Meliha Sermin: "Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK m.55)", Journal of Yaşar University, 8(Özel Sayı), 2013, s.1383; ÜNLÜTEPE, s.70.

⁹ ŞAHİN, Makale, s.127.

¹⁰ KAYIHAN Şaban/ÜNLÜTEPE Mustafa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.272; Yargıtay 21. HD., E. 2003/2421, K. 2003/2555, T. 25.03.2003.

¹¹ ERLÜLE, Fulya: Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.355, 356.

¹² EREN, s.749; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.265; TİFTİK, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminat, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1988, s.68, <https://tez.yok.gov.tr> (Erişim Tarihi 10.12.2021); OĞUZMAN/ÖZ, s.85; ŞAHİN, Makale, s.125.

¹³ Tam tazmin ilkesinin Alman hukukunda karşılığı olarak "Ya hep ya hiç ilkesi (Alles oder Nichts Prinzip)" kullanılmaktadır. Bkz. EREN, s.787.

¹⁴ AYDIN ÖZDEMİR, s.100; EREN, s.787; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.269.

¹⁵ ÇELEBİ, Funda: "Haksız Fiil Sorumluluğu (Unsurlar, Tazminat, Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller, Zamanaşımı, Yargılama)", Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan Haksız Fiilerden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s.22; EREN, s.750.

değildir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için en azından hâkimde olayın meydana geliş şekline ve zararın varlığına ilişkin bir kanaat oluşturacak ölçüde ihtimalin ispatı gerekmektedir¹⁶.

Bedensel zarar hesaplamalarının teknik anlamda uzmanlık gerektirmesi sebebiyle konu ile ilgili olarak genellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.266 uyarınca bilirkişi incelemesine başvurulmaktadır. Bilirkişi delilinin takdiri delil niteliğinde olması dolayısıyla, HMK m.266 gereğince alınan bilirkişi raporları, hâkimin vereceği karar açısından bağlayıcı nitelikte değildir; zira bilirkişilerce yapılan değerlendirilmelerin olduğu gibi hükme esas alınması, hâkimin delilleri değerlendirme ve buna göre karar verme yetkisini yok sayar niteliktedir¹⁷. Delillerin değerlendirilmesi yetkisi, HMK m.198 gereği münhasıran hâkime tanınmış bir yetkidir ve devredilemez niteliktedir. Hâkim, söz konusu davada zarar görenin bilirkişi raporunda belirtilen zararlarının tazmin edilmesine karar verirken tazminat miktarında somut olayın nitelikleri çerçevesinde hakkaniyet indirimi yapabilmektedir¹⁸.

C. Tazminattan İndirim Sebepleri

Hâkim, TBK m.51/I uyarınca tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne almak suretiyle belirleyecektir. Hâkim, takdir yetkisini somut olayın özelliklerini dikkate alarak kullanmak suretiyle TBK m.51 ve m.52 hükümlerince tazminattan indirim yapabilir veya tazminatı kaldırabilir¹⁹.

İndirim sebepleri, hesap edilen tazminattan indirim yapılmasını haklı gösteren hâller şeklinde ifade edilmektedir²⁰. TBK m.51/I'de yer alan, “*durumun gereğine göre tazminatın belirlenmesi hususu*”, aslında bir indirim esası değildir²¹; ancak zararın miktarının tazminatın üst sınırını oluşturduğu ve olayın özellikleri ne olursa olsun tazminat miktarında artırım yapılmasının mümkün olamayacağı düşünüldüğünde bir indirim sebebi olarak değerlendirilebilmektedir²². Bunun yanı sıra TBK m.51/I'de “*hâkimin tazminatın miktarını belirlerken özellikle failin kusurunun ağırlığına bakacağı*” ifadesi, zarar verenin hafif kusurlu olduğu hâllerde hâkimin tazminatta indirimine gitmesi gerektiği anlamına gelmemektedir²³. Zira hâkim, TBK m.51/I'e göre takdir hakkını kullanırken sadece kusurun ağırlığını değil durumun gereği olan diğer hâl ve şartları da göz önünde bulunduracaktır²⁴.

Hukuka aykırı ve kusurlu bir eylem neticesinde zarar görenin, bu zarara rızasının olması veya zararın doğmasında ya da artmasında bir etkisinin olması yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması hâllerinde, hâkim söz konusu etkenleri göz önüne alarak, hükmedeceği tazminatı TBK m.52/I gereği indirebilmekte veya tamamen kaldırabilmektedir²⁵. TBK m.52/I uyarınca zarar görenin kusuru hâlinde tam tazmin ilkesinden ayrılması gerekeceği kabul edilmelidir; zira TMK m.2 gereği hiç kimse kendi kusurundan yararlanamayacaktır²⁶. Tam tazminata hükmedilmesinin zarar vereni yoksulluğa düşürecek olması, umulmayan olay, zarar görenin gelirin yüksek olması, hatır işleri ve benzeri hususlar, tazminattan indirim sebepleri olarak kabul edilmektedir²⁷.

Tazminatın belirlenmesinde TBK 51. ve 52. maddelerin birlikte uygulanması ve her iki maddede öngörülen indirim sebeplerinin uygulanmasının somut olayda mümkün olup olmadığının tespitinin ardından, tazminattan indirimin bir bütün hâlinde hükme bağlanması en uygun usuldür²⁸; zira TBK m.52'de yer alan indirim sebepleri, TBK m.51'de yer alan “*durumun gereği ve özellikle kusurun ağırlığı*” ibaresi dikkate alındığında bir özel hüküm niteliğindedir²⁹.

¹⁶ EREN, s.750.

¹⁷ BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medenî Usul Hukuku, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.287; KURU, Bakı: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.316; PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet: Medenî Usul Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s.397. Ayrıca TBK m.55'in Adalet Komisyonu Değişiklik Gereçesi'nde de açıkça bilirkişi raporlarının hâkimi bağlamayacağı açıkça vurgulanmıştır.

¹⁸ KILIÇOĞLU Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.438.

¹⁹ EREN, s.788; TOKER, s.76.

²⁰ TİFTİK, s.85; ÜNLÜTEPE, s.85.

²¹ Sadece TBK m.52 hükmünde yer alan olguların değil, TBK m.51 hükmünde kusurun ağırlığı ile durumun gereği ifadeleri kapsamına giren diğer hallerin de birer indirim sebebi olduğu yönündeki aksi görüş için Bkz. ERLÜLE, s.357.

²² OĞUZMAN/ÖZ, s.119.

²³ AYDIN ÖZDEMİR, s.109; EREN, s.789.

²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.120; TOKER, s.77.

²⁵ EREN, s.778.

²⁶ ÜNLÜTEPE, s.75.

²⁷ EREN, s.778; KILIÇOĞLU, s.433; OĞUZMAN/ÖZ, s.128;

²⁸ TİFTİK, s.69.

²⁹ AKSAKALLI TEMEL, s.88; EREN, s.778; KILIÇOĞLU, s.439; OĞUZMAN/ÖZ, s.121; ŞAHİN, s.81.

III. TAZMİNATIN ÖDENMESİNİN ZARAR VERENİN MALİ DURUMUNU KÖTÜLEŞTİRMESİ SEBEBİYLE HAKKANİYET İNDİRİMİ

TBK'nın 52. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca, belirli şartların varlığı durumunda hâkimin tazminat yükümlüsünün ödeyeceği tazminat miktarında hakkaniyetin gereği olarak indirim uygulanabilmesi mümkündür³⁰.

Her ne kadar tazminatın belirlenmesinde genel olarak TBK m.51/I hükmünün esas alınması sebebiyle uygulama alanı pek bulunmasa da söz konusu hüküm, tazminattan indirim hâlleri açısından özel bir hükümdür³¹. Zira TBK m.52/II uyarınca indirim yapılacak hâlin şartları ve sınırı belirlenmiştir. Bununla birlikte TBK m.52/I'de belirtilen hâllerde kanun koyucu hâkime, tazminatı indirme yetkisinin yanı sıra tazminatı tümden kaldırma yetkisi de vermiş, TBK m.52/II'de zarara hafif kusuruyla sebep olan zarar verenin tazminatın tamamını ödemekle yoksulluğa düşmesi durumunda sadece tazminat miktarını indirebilmesi için bir takdir hakkı tanımıştır³². Dolayısıyla TBK m.52/II'nin indirim sebepleri arasında özel olarak düzenlendiği tartışmasızdır.

A. Hakkaniyet İndiriminin Şartları

Bir başkasına kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille zarar veren tazminat yükümlüsünün ödeyeceği miktara uygulanacak özel bir indirim sebebi olarak hakkaniyet indirimi, koyucu tarafından belirli şartlara tabi kılınmıştır. Söz konusu düzenleme uyarınca hâkim tazminatın hakkaniyet gerekçesiyle indirilmesine, ancak tazminat yükümlüsünün zararın meydana gelmesinde hafif kusurlu olması, belirlenen tazminat ödemekle yoksulluğa düşecek olması ve indirimin yapılmasının hakkaniyetin bir gereği olması hâllerinde karar verebilecektir³³.

1. Tazminat Yükümlüsünün Hafif Kusurlu Olması

TBK m.52/II hükmü uyarınca hakkaniyet indiriminin yapılabilmesi için öncelikle tazminat yükümlüsünün zarara hafif kusuruyla sebep olması gerekmektedir. Bu unsur açısından TBK m.52/II hükmü, mBK'den ayrılmaktadır. Zira mBK'de zararın kasten, ağır ihmalle veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu durumlarda m.44/II'nin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Mülga kanun düzenlemesi ile yeni kanun düzenlemesi arasındaki bu farkın önemi, tazminat yükümlüsünün orta ihmalle (orta kusur) zarara sebep olması hâlinde, bu indirim hükmünden yararlanıp yararlanamayacağından kaynaklanmaktadır. Zira öğretilerde hafif kusur-ağır kusur ayrımının yanı sıra orta kusur kategorisinin de dikkate alınması gerektiği, hâl ve şartların uygun olması hâlinde orta kusurun varlığının da tazminattan indirim sebebi olabileceği, yalnız ağır kusurun indirimi engellediğini³⁴ belirten görüşün³⁵ yanı sıra tazminat yükümlüsünün bu hükümden yararlanabilmesinin kusurunun hafif olmasına bağlı olduğunu savunan bir görüş³⁶ de mevcuttur.

Orta kusur veya orta ihmâl, ağır ile hafif ihmâl arasındaki durumu ifade etmektedir³⁷. Kanaatimizce ilgili düzenlemede kanun koyucunun amacı ve lafzı açıktır: Mülga kanun düzenlemesinde zarara kast veya ağır ihmâlî veya tedbirsizliği ile sebep olmayan tazminat yükümlüsünün müzayaka hâlini düzenleyen kanun koyucu, hâlihazırda yürürlükte olan kanunda zarara sadece hafif ihmâlî (hafif kusuru) ile sebep olan tazminat yükümlüsünün yoksulluğu hâlini düzenlemiştir. Eğer kanun koyucunun amacı orta kusuruyla zarara sebebiyet veren tazminat yükümlüsünü de bu indirimden yararlandırmak olsaydı, mBK'de yer alan düzenlemede değişiklik

³⁰ Hakkaniyet indirimini düzenleyen mBK m.44/II hükmü, tarafların malî ve sosyal durumları ile hâlin gereğini göz önünde tutmayı emreden bir hükümdür. Bkz. Yargıtay 14. HD., E. 2009/13756, K. 2010/4513, T. 06.04.2010. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun (mBK) m.44/2'de düzenleme alanı bulan söz konusu hüküm, Mevaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) aynı madde ve fıkrasında yer almaktadır ve bu hükümden de benzer açıklamalarla, yine aynı şartların varlığı hâlinde hâkimin tazminatta indirimde gidebileceği ifade edilmiştir. Bkz. "Herabsetzungsgründe" Art. 44/II: "Würde ein Ersatzpflichtiger, der den Schaden weder absichtlich noch grobfährlässig verursacht hat, durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt, ...". Bkz. <http://www.ilhanhelvacidersleri.com> (Erişim Tarihi 20.12.2021).

³¹ KILIÇOĞLU, s.436; TİFTİK, s.170.

³² EREN, s.795; KILIÇOĞLU, s.436; OĞUZMAN/ÖZ, s.127; TİFTİK, s.86.

³³ EREN, s.795; İYİMAYA, Ahmet: "Tazminatın Çokluğu Sorunu (Yahut Normatif Tazminattan Keyfi Tazminata Doğru)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2(2), 1990, s.184; ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Cilt V/1,2), 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.588; NOMER, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2020, s.269; KILIÇOĞLU, s.436; mBK m.44/II gereği hakkaniyet indiriminin uygulanabilmesi için zarar verenin hafif kusuru ve müzayaka durumunun varlığının birlikte arandığına ilişkin Bkz. Yargıtay 21. HD., E. 2004/8874, K. 2004/8924, T. 25.10.2004.

³⁴ Yargıtay 21. HD., E. 1998/4593, K. 1998/5444, T. 15.09.1998.

³⁵ AKSAKALLI TEMEL, s.34; AYDIN ÖZDEMİR, s.109; GÖNÜL KOŞAR, Günhan: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2020, s.181. KILIÇOĞLU, s.436.

³⁶ ANTALYA, s.271; EREN, s.795; OĞUZMAN/ÖZ, s.127.

³⁷ EREN, s.605.

yapmayacaktı. Bu sebeple mülga kanun düzenlemesi uyarınca çoğun içinde az da vardır düşüncesi ile orta kusurlu tazminat yükümlüsünün hakkaniyet indiriminden yararlandırılabilmesi kabul edilse de TBK’de kanun koyucunun hakkaniyet indirimini, açıkça, zarara hafif ihmaliyle sebep olan tazminat yükümlüsü için öngördüğü tartışmaya yer olmayacak şekilde açıktır³⁸. Kaldı ki TBK m.52/II’nin Adalet Komisyonu açıklaması da bu kanaatimizi destekler niteliktedir³⁹.

Hâkim, TBK’nin 51. maddesinin 1. fıkrası gereğince, tazminat yükümlüsünün ödeyeceği tazminat miktarını belirlerken zarar verenin kusuru ile bütün hâl ve şartları göz önünde bulundurarak takdir yetkisini kullanacaktır. Zarar verenin kusurunun derecesi ile tazminatın kapsamı arasında belirli bir orantı ve dengenin bulunması gerektiği kabul edilmelidir, böylece zarar verenin hafif kusuruyla sebep olduğu zararı gidermek için ödeyeceği tazminat tutarının ağır kusuruyla sebep olduğu zararı gidermek için ödeyeceği tazminat tutarından daha az olması hakkaniyetin de bir gereğidir⁴⁰.

Hâkim, TBK m.51/I’de belirtilen “*durumun gereği*” ifadesi uyarınca somut olayın özelliklerini dikkate alarak indirim sebebi olarak kabul edilebilecek bir hâlin var olup olmadığını ve varsa zarar verenin ödemekle yükümlü olduğu tazminattan ne oranda indirim yapılacağını, TMK m.4 kapsamında kendisine tanınan takdir yetkisini kullanmak suretiyle ve hakkaniyete uygun şekilde belirleyecektir⁴¹.

Bir kimsenin kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille bir başkasına zarar verdiği durumlarda, kural olarak, verilen zararın tamamının giderilmesi gerektiği kabul edildiğinden tazminatta indirim yapılabilmesi ancak indirim sebebinin oluşturan belirli şartların varlığı hâlinde mümkün olacaktır⁴². Kanun koyucu, TBK m.51/II’de hâkime tazminatın miktarını durumun gereği ve özellikle kusurun ağırlığına göre belirlemeyi emretmişken TBK m.52’de tazminattan indirim yapılmasını gerektiren durumlara işaret etmiştir⁴³. Her iki madde hakime tazminatın şeklini ve kapsamını belirleme yetkisi vermektedir⁴⁴.

Hâkim, zarar verenin hafif kusurlu olması hâlinde TBK m.51/II gereği, tazminatta indirime gitmeye veya tazminatı kaldırmaya mecbur değildir; zira hükmedilecek tazminatı belirleme yetkisi, hâkime kanun koyucu tarafından tanınmış bir yetkidir ve hâkim de durumun gereklerini ve zarar verenin kusurunu dikkate alarak somut olayda tazminata hükmedecek veya hükmetmeyecektir⁴⁵. TBK m.52/II’de ise failin (zarar verenin) hafif kusuruyla zarara sebebiyet vermesi halinde yoksulluk ve hakkaniyet ek koşullarını da aramak suretiyle hâkime indirime gidebilme yetkisi tanınmıştır⁴⁶.

Hâkim, zarar verenin hafif kusurlu olduğu hâllerde tazminat miktarında indirime gitmek zorunda olmasa da TBK m.51/II’de yer alan bu hüküm uyarınca; zarar verenin kusurunun hafif olması durumunda tazminatta indirime gitme imkânına sahiptir⁴⁷. Bu çerçevede hafif kusur gerekçe gösterilmek suretiyle tazminattan indirim yapılan hâllerde (TBK m.51/I), hafif kusuruyla zarara sebep olan tazminat yükümlüsünün belirlenen tazminatı ödemekle yoksulluğa düşeceği ve hakkaniyetin bu indirimi şart kıldığı somut olayda (TBK m.52/II) ikinci bir indirim yapıp yapılamayacağı sorusu akla gelmektedir.

Öğretide bir görüşe göre; TBK m.51/II’de kullanılan “*durumun gereği*” ifadesi çok geniş bir kavramdır ve aynı maddede yer alan kusurun derecesi ile m.52’de hüküm altına alınan indirim sebeplerini kapsayıcı niteliktedir. Ancak zarar verenin kusur derecesi, TBK m.52’de ayrıca düzenlenmiş olduğu için TBK m.51/I anlamında bir durum olarak incelenmeyecektir. TBK m.52/I ve II’de sayılan hâller, farklı hukukî sonuç doğurabilecek nitelikte hüküm altına alınmışlardır. Özellikle TBK m.52/II çok istisnâi durumlarda dikkate alınabilecek bir hüküm olduğu kabul

³⁸ TİFTİK, s.82.

³⁹ Adalet Komisyonu Açıklaması: “...hafif kusurlu borçlusunu ekonomik darlığa düşürebileceği durumlarda, hakkaniyet...gerektiriyorsa hâkim, tazminattan...indirebilecektir. ...”.

⁴⁰ EREN, s.604; OĞUZMAN/ÖZ, s.120; TİFTİK, s.74.

⁴¹ İNCEOĞLU/PAKSOY, s.1394; İYİMAYA, s.187; ÜNLÜTEPE, s.87.

⁴² ÜNLÜTEPE, s.86.

⁴³ Yargıtay 10. HD. , E. 2012/21455, K. 2012/21185, T. 12.11.2012.

⁴⁴ YHGK, E. 2010/4-130, K. 20110/161, T. 17.03.2010; YHGK, E. 2004/4-207, K. 2004/226, T. 14.04.2004.

⁴⁵ GÖNÜL KOŞAR, s.206.

⁴⁶ Kanun metninden de anlaşılacağı üzere; TBK m.52/II hükmü, hâkime sadece bahsi geçen koşulların varlığında belirlenen tazminatta indirim yapma yetkisi vermektedir. Söz konusu hüküm gereği kanun koyucu, hâkime tazminatı tamamen kaldırma yetkisi vermemiştir. Dolayısıyla 52/II’deki şartların varlığı hâlinde hâkimin tazminatı tamamen kaldırabileceği düşüncesine katılmamız mümkün değildir. Aksi görüş için Bkz. GÖNÜL KOŞAR, s.206.

⁴⁷ GÖNÜL KOŞAR, s.204.

edilmelidir. Dolayısıyla TBK m.52/II'deki şartların bulunduğu hâllerde, hâkim eğer indirim uygulayacaksa, sadece bu madde hükmüne göre uygulayacaktır⁴⁸.

Bir diğer görüşe göre hâkim, TBK m.52/II'deki özel hüküm sebebiyle hafif kusurda sadece zarar verenin yoksulluğa düşmesi gerekçesiyle ve hakkaniyetin de bunu gerektirmesi şartıyla tazminatta indirim gidiyorsa TBK m.51/I uyarınca sadece zarar verenin hafif kusuruna dayanarak indirim yapamayacaktır. Ancak indirim için hafif kusurdan başka sebepler varsa (fevkalâde hâl, hatır taşıması vs.)⁴⁹ zarar verenin yoksulluğa düşmesi ve hakkaniyetin de indirimi gerekli kılması aranmadan bu sebeplere ek olarak hafif kusur da göz önüne alınarak TBK m.51/I uyarınca indirim yapılabilecektir. Bu görüşe göre, eğer 51/I gereğince yapılan indirimden rağmen zarar veren hükmedilecek tazminatı ödemekle yoksulluğa düşecekse, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda TBK m.52/II uyarınca daha fazla bir indirim yapılabilecektir⁵⁰.

Kanaatimizce hâkimin tazminatı belirlerken zarar verenin hafif kusurunu göz önüne alarak TBK m.51/I hükmü uyarınca tazminatta indirim gitmesi ile TBK m.52/II'deki özel düzenleme uyarınca yine zarara hafif kusuruyla sebep olan zarar verenin ödeyeceği tazminatta sadece zarar verenin yoksulluğa düşecek olması gerekçesiyle ve hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde indirim gitmesi iki ayrı durumu ifade etmektedir⁵¹. Bu sorunun çözümünde esas olan husus TBK m.52/II'nin kanuna konma nedenidir. Mülga kanun döneminde de TBK döneminde de söz konusu hükmün amacı, hâkimin bir felaketi telafi ederken sadece hakkaniyeti gerekçe göstererek keyfi indirimlerde bulunmak suretiyle başka bir felaketin meydana gelmesine engel olmaktır⁵². Kanun koyucu, tazminattan ekonomik nedene dayalı indirimi zarar verenin hafif kusuru ve yoksulluğa düşmesi sebeplerinin birlikte olduğu durumlarda sınırlamak amacıyla bu hükmü getirmiştir.

TBK m.52/II'de düzenlenen şartların varlığı hâlinde sadece hafif kusuru dikkate almak suretiyle TBK m.51/I uyarınca bir indirim kabul edilmemelidir zira zarar verenin hafif kusuru ile tazminatı ödemekle yoksulluğa düşmesi ve hakkaniyetin tazminatta indirimi gerektirmesi, TBK m.51/I'e göre özel ve olağan dışı durumlar için kabul edilen bir düzenlemedir⁵³. Sadece tazminatın çokluğu sebebiyle TBK m.52/II'deki koşullar aranmaksızın TBK m.51/I uyarınca hakkaniyet indirimi yapmaya çalışmak ise yetki saptırmasından başka bir şey değildir⁵⁴. Kaldı ki TBK m.52/II'deki koşulların varlığı hâlinde de TBK m.51/I'e dayanılarak bir hakkaniyet indirimi yapılması, özel hüküm yerine genel hükmün uygulanması, normların yürürlük rejimine de aykırılık teşkil edecektir⁵⁵.

2. Zarar Veren Tazminat Ödediğinde Yoksulluğa Düşecek Olması

TBK m.52/II'de özel olarak düzenlenen indirim sebebinin gerçekleşmesi için zarar verenin hafif kusurunun ve somut olayda hakkaniyetin indirimi gerektirmesinin yanı sıra belirlenen tazminat miktarının ödenmesi hâlinde zarar verenin yoksulluğa düşecek olması da aranmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, yoksulluk kavramıdır.

Mülga Borçlar Kanunu'nun 44. maddesinin 2. fıkrasında geçen “...borçluyu müzayakaya mâruz bıraktığı takdirde...” şeklindeki ifade, kanun değişikliği tasarısında “tazminat yükümlüsü... yoksulluğa düşecek olur... ise...” şeklinde değiştirilmiştir ve bu şekilde TBK hükmü olarak da kabul edilmiştir.

Yoksulluk, basitçe, insanın temel gereksinimlerini karşılayacak minimum yaşam standartlarına dahi sahip olamaması şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁶. Müzayaka ise kelime anlamı itibarıyla darda kalma anlamına gelmekte olup mBK kapsamında ekonomik açıdan sıkıntılı duruma

⁴⁸ TİFTİK, s.142; ÜNLÜTEPE, s.88.

⁴⁹ ÜNLÜTEPE, s.87.

⁵⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s.121, 127.

⁵¹ OĞUZMAN/ÖZ, s.127.

⁵² İNCEOĞLU/PAKSOY, s.1394; İYİMAYA, s.190

⁵³ Ekonomik nedenlerle tazminat indiriminin olağanüstü sebep olarak görülmesine ilişkin bkz. İYİMAYA, s.205.

⁵⁴ İYİMAYA, s.188.

⁵⁵ Bununla birlikte eğer tazminat miktarı belirlenirken zarar verenin hafif kusurunun yanı sıra durumun gereği mevcut bir hâl dikkate alınarak bir indirim yapılmasına rağmen, zarar veren bu belirlenen tazminat miktarını ödemekle yoksulluğa düşecek olursa, hakkaniyet gerektiği takdirde, ikinci bir indirimin uygulanmasında hiçbir engel bulunmamaktadır. Zira bu iki indirimin dayanağı farklı hukukî durumlar olacaktır: TBK m.51/I, en başta tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığının dikkate alınmasına ilişkin iken TBK m.52/II, şartlarından biri zarar verenin hafif kusurlu olması olan ve zarar verenin yoksullaşması durumunda hakkaniyeti esas alan özel bir indirim sebebidir. Bkz. İYİMAYA, s.187.

⁵⁶ TOPGÜL Seda, “Türkiye’de Yoksulluk ve Kadının Yoksullaşması”, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 14(1), 2013, s.277.

düşme şeklinde ifade edilmektedir⁵⁷. Tanımlara bakıldığında; kanunda yapılan bu kavram değişikliğinin aslında madde hükmü ile amaçlanan durum arasında hiçbir fark yaratmadığı kabul edilse de⁵⁸ TBK m.52/II hükmünde zarar verenin “yoksulluğa” düşmesinin bir ödeme güçsüzlüğü, mBK m.44/II hükmünde borçlunun “müzayakaya” düşmesinin ise mehz İsviçre Borçlar Kanunu düzenlemesinde olduğu gibi (Notlage) bir ödeme güçlüğü hâli olduğu gözden kaçmamalıdır. Ödeme güçsüzlüğü hâli, diğerine göre daha spesifik ve olağan dışı bir hâl olarak kabul edileceğinden bu iki kavram arasındaki fark, TBK m.52/II’nin uygulama alanını daha da sınırlayacak ve hükmü olağan dışı durumlara hasredecektir⁵⁹.

Öğretide yoksulluğun ne şekilde yorumlanacağı hâkimin takdirine bırakılmış olsa da hâkimin, bu değerlendirmeyi yaparken TMK m.175 ve TMK m.364 hükmünden yararlanacağı kabul edilmelidir. Bu noktada hâkim somut olayda, ekonomik durumu belirlemeye yönelik delillerin toplanması yoluna başvuracaktır⁶⁰. Zira Yargıtay’ın bir kararında da yoksulluk hâlinin günün ekonomik koşulları göz önüne alınarak ve tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile yaşam tarzlarının birlikte değerlendirilmesi suretiyle takdir olunacağı ifade edilmektedir⁶¹.

Madde hükmünde geçen yoksulluk hâlinin geçici olması, tazminat yükümlüsünün ödeyeceği tazminat miktarına indirim uygulanması için yeterli değildir. Ayrıca zarar verenin tazminatı ödemekle yaşamını idame ettirecek güçte olup fazladan bir tasarrufta bulunamayacak duruma gelmesi ya da refah seviyesinin azalması, yoksulluğa düşme olarak nitelendirilemeyecektir. Zira önceden de belirtildiği üzere yoksulluğa düşme, bir ödeme güçsüzlüğü hâlidir⁶².

Zarar verenin iflas veya konkordato hâlinde bulunması da indirimi gerektirmemektedir; zira diğer alacaklılar lehine tazminat hakkından indirim yapılmasına katlanılması, zarar görenden istenemez⁶³.

TBK m.52/II uyarınca indirim yapılmadan önce mutlaka zarar verenin sigortacıya veya bir başka üçüncü kişiye rücu etme imkanının bulunup bulunmadığı, sorumluluk sigortasına sahipse sigortadan alacağı para da dikkate alınarak bir yoksulluk değerlendirmesi yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁴. Bununla birlikte özellikle iş kazalarından doğan sorumluluk hâllerinde işverenin hâlihazırda sigorta yaptırmak zorunda olduğu, bu sigortanın işverence yapılıp yapılmasının işverene karşı açılacak maddî ve manevî tazminat davasına bir etkisi olmayacağı, işverenin kanundan doğan yükümlülüğü gereği yoksulluk iddiasında bulunamayacağı kabul edilmelidir.

TBK m.52/II uyarınca indirim uygulanması; zarar göreni zor duruma düşürecekse bu husus hakkaniyete uygun olmayacağından, TBK m.52/II’de geçen şartlar da yerine gelmemiş olacak ve tazminatta indirim gidilemeyecektir⁶⁵. Buna ek olarak TBK m.52/II hükmü ancak zarar verenin tazminatı ödemekle yoksulluğa düşeceği hâlde bir indirim sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır, eğer zarar veren zaten yoksul durumda ise ve ödemede acze düşmüşse, yapılacak indirim sadece zarar görenin hacze veya iflas masasına iştirakteki payını azaltacaktır⁶⁶.

Ödemekle yükümlü olunan tazminat; devletin, kamu tüzel kişilerinin, büyük işletme ve şirketlerin yoksulluğa düşeceklerinden bahisle indirilemez⁶⁷. Ayrıca tazminat ödemekte müteselsil borçluluk söz konusu ise ekonomik anlamda yoksulluğa düşecek olma hâli, kanun maddesinin gerekçesinde de yer verildiği üzere, kişisel defi kabul edilecek ve bu durum diğer tazminat yükümlülerinin ödeyecekleri miktara etki etmeyecektir⁶⁸.

Öğretide tazminat yükümlüsünün ekonomik durum gelecekte düzelse de tazminata ilişkin mahkeme hükmünün aynen kalacağı ve hükümde düzeltme yoluna da gidilemeyeceği ileri sürülmüştür⁶⁹. Ancak bu durumda, zarar verenin malî durumunun iyileşmesinin yeni bir hukukî durum meydana getireceği, TBK m 52/II uyarınca belirlenen tazminat miktarı çerçevesinde verilen

⁵⁷ YILMAZ Ejder, Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.544; KILIÇOĞLU, s.436.

⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s.127.

⁵⁹ Ekonomik anlamda yoksulluk kavramının müzayakadan daha geniş bir uygulama alanını ifade ettiğine ilişkin görüşe katılmıyoruz. Bu görüş için Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.127.

⁶⁰ AKSAKALLI TEMEL, s.74; İYİMAYA, s.185; TİFTİK, s.83.

⁶¹ YHGK, E. 2007/275, K. 2007/275, T. 16.05.2005.

⁶² EREN, s.795; ERLÜLE, s.399; İYİMAYA, s.185; TİFTİK, s.83.

⁶³ EREN, s.795; İYİMAYA, s.185; TOKER, s.85.

⁶⁴ EREN, s.795; ERLÜLE, s.399; İYİMAYA, s.186; TOKER, s.85.

⁶⁵ AYDIN ÖZDEMİR, s.118; TOKER, s.85.

⁶⁶ AYDIN ÖZDEMİR, s.118; TOKER, s.86.

⁶⁷ EREN, s.795; İYİMAYA, s.185; TİFTİK, s.85.

⁶⁸ Adalet Komisyonu Açıklaması’nda da Tasarı’nın 163. maddesinde, ekonomik sıkıntıya (yoksullaşmaya) dayalı indirim hakkının müteselsil borçlular bakımından, kişisel defi oluşturabileceği belirtilmiştir.

⁶⁹ TİFTİK, s.87.

kararın kesin hüküm teşkil etmeyeceği ve yapılan indirimin ortadan kaldırılıp tam tazmin ilkesini gözetilerek hakkaniyetin de gereği olarak ödenecek tazminat miktarının yeniden hükme bağlanması gerektiği kabul edilmelidir⁷⁰. Zira zarar verenin ekonomik durumunun iyileşmesi sonucu açılacak yeni davada, ortaya çıkan yeni hukukî durum gereği, ilk davada hükmedilen tazminat miktarının değiştirilmesi (artırılması) talep edileceğinden, davanın tarafları aynı olsa da dava konusu (zarar verenin mali durumundaki iyileşme) ve talep sonucu (tazminatın artırılması) aynı olmadığı için ilk dava sonrası verilen karar maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir⁷¹. HMK m.303 uyarınca bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddî anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi; ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun ve her iki davanın dava sebeplerinin ve taraflarının aynı olmasına bağlıdır.

3. Somut Olayda Hakkaniyetin İndirimi Gerekirmesi

Zarar verenin verdiği zararı bütünüyle gidermesi, tam tazmin ilkesinin bir gereği olmakla birlikte, eğer somut olayda zarar verenden bu yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmesi beklenemeyecek olursa bu durumda hakkaniyetin devreye girmesi söz konusu olacaktır. Zira tazminatın asıl amacının, zarar verenin cezalandırılması değil verilen zararın giderilmesi olduğu tartışmasızdır. Zarar verenin, üzerine düşen tazmin yükümlülüğünü tam olarak yerine getiremeyecek durumda olmasına rağmen, eksiksiz yerine getirmeye zorlanması, tazminatın mantığına aykırı olarak cezalandırma amacı taşıyacaktır.

Hâkimin TBK m.52/II'de hüküm altına alınan özel indirim sebebini uygulayabilmesi için zarar verenin hafif kusurlu olması ve tazminatı ödemekle yoksulluğa düşecek olması yeterli değildir. Bu koşullara ek olarak hâkim, somut olayın gereklerini de dikkate alarak bu indirimin yapılmasının gerekli olup olmadığını hakkaniyet ölçüsünde değerlendirmelidir. Ancak hakkaniyetin bu indirimin yapılmasını zorunlu kıldığı bir durum söz konusu olduğu takdirde ve diğer iki koşulun varlığı hâlinde, hâkim tazminatta indirimde gidebilecektir.

Hakkaniyetin ölçüsü, hâkimin takdir hakkı sınırları içerisinde ve somut olayın değerlendirilmesi, bu hakkın kullanımı kapsamında yapılacaktır⁷².

B. Hakkaniyet Ölçüsü

Hâkimin tazminatı durumun gereğini göz önüne alarak belirleyeceğine ilişkin TBK m.51/I ile hakkaniyetin gerekirmesi durumunda hâkimin tazminattan indirim yapabileceğine ilişkin TBK m.52/II hükmü göz önünde bulundurularak verilecek kararlarda, TMK m.4'ün uygulama alanı bulacağı tartışmasızdır. Zira kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceği, TMK'nin 4. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Hakkaniyet, hukukun katılığı karşısında somut olayların özelliklerine uyan çözüm biçimlerinin en yüksek ahlakî temelini oluşturan adalet ilkesi şeklinde tanımlanmaktadır⁷³. Bu durumda TMK m.4 uyarınca hâkim; somut olayın getirdiklerini dikkate almak suretiyle zarar gören ile zarar verenin menfaatleri arasında doğru ve adil bir denge kuracak ve ona göre tazminatta indirimde hükmedecek ve hükmetmeyecektir⁷⁴.

Bununla birlikte hakkaniyete dayanarak da olsa bedensel zararlarda tazminatın belirlenmesi hususunun; somut olayın özellikleri saklı kalmak koşuluyla, özel ve teknik bilgiyi gerektirip hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel, bilinmesi ve çözülmesi hâkimin kendisinden beklenen konulardan olmadığı ve dolayısıyla hâkimin takdir hakkının her zaman bir üst merciin denetimine tabi olması gerektiği de unutulmamalıdır. Örneğin bedensel zarar gören ve bakıma muhtaç duruma gelen kimsenin bakımının ailesince üstlendiği durumlarda, TMK'den kaynaklı bakım yükümlülüğü gerekçe gösterilerek "aile içi bakım" adı altında yapılan ve oranı %50'yi bulan indirimler, bakımı üstlenen kişiye de bir ceza niteliğindedir. Şöyle ki özellikle bakımı üstlenen kişinin diğer eş olduğu hâllerde, o eşin de hayatının büyük bir zorluğa girdiği, ortak yaşamda onun da belirli şeylerden feragat etmek zorunda kaldığı, örneğin onun da cinsel yaşamının sona erdiği kabul edilmeli ve

⁷⁰ AYDIN ÖZDEMİR, s.118; İYİMAYA, s.186.

⁷¹ BUDAK/KARAASLAN, s.308; KURU, s.537, 538; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.437.

⁷² İYİMAYA, s.185.

⁷³ YILMAZ, s.283.

⁷⁴ İYİMAYA, s.190.

hükmedilecek tazminatın miktarı bu hususlar dikkate alınarak belirlenmelidir. Son yıllarda uygulamada da Yargıtay bu yönde kararlar vermektedir⁷⁵.

C. Tazminata İlişkin İndirim Sebeplerinin İleri Sürülmesi

Tazminattan indirim sebeplerinin varlığı itiraz niteliğindedir, bu sebeple hakim bunları resen dikkate alır, talep olmasa da şartları gerçekleşmişse indirim karar verir. Bunun yanı sıra hâkim yapacağı bu araştırmayı, önüne konan dava malzemelerinden hareketle yapacağından dava dosyasından çıkartılmayan bir vakıadan hareketle tazminattan indirim yapamayacaktır, kaldı ki bu durum keyfi indirimin de önünü açmak anlamına gelecek ve tazminatın amacına aykırılık teşkil edecektir⁷⁶.

D. Hakkaniyet İndiriminin Değerlendirilmesi

TBK m.52/II’de belirli koşulların varlığı hâlinde tazminattan indirim yapılacağına ilişkin hüküm, uygulamada hakkaniyet indirimi olarak kabul edilmektedir⁷⁷. Tazminat miktarının TBK m.52/II uyarınca indiriminde; salt hakkaniyet kriteri çerçevesinde bir değerlendirme yapılmamakta, zarar verenin hafif kusurlu ve tazminatın tamamını ödemekle yoksulluğa düşecek olması hâlleri hakkaniyetin indirimi gerektirmesi hâliyle birlikte aranmaktadır. Bununla birlikte uygulamada TBK m.51/I ve 52/I hükümleri ile Karayolları Trafik Kanunu m.87/1 uyarınca hatır taşıması çerçevesinde yapılan indirimlerin vb. de “*hakkaniyet indirimi*” olarak adlandırılması⁷⁸, bu madde hükümlerinde somut olay adaletinin ne şekilde sağlandığı ve bu hükümlerin uygulaması için gereken koşulların neler olduğuna ilişkin bir ayırım yapılması gerektiğinde teknik anlamda karışıklığa sebep olmaktadır⁷⁹. Bu sebeple TBK m.52/II uyarınca yapılan indirimin, hatta kanun koyucunun tazminatın belirlenmesi hususunda hâkime takdir hakkı tanıdığı her hükmün “*hakkaniyet indirimi*” şeklinde değerlendirilmesi, kanaatimizce yanlış bir yaklaşımdır.

Bedensel zarar durumunda tazminatın belirlenmesi, TBK’nin 55. maddesinde hüküm altına alınmıştır⁸⁰. Söz konusu hüküm, mBK’de yer almayan ve iki fıkradan oluşan yeni bir düzenlemedir. Buna göre; bedensel zarara ilişkin hesaplanacak tazminat TBK hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre belirlenecektir. Bu kapsamda belirlenecek olan tazminat da tazminatın miktarı esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmayacak veya azaltılmayacaktır (TBK m.55/I, c.3).

Maddenin çalışmamız açısından önem arz eden kısmı da birinci fıkrasının üçüncü cümlesidir. Zira 55. madde hükmünde açıkça indirimin hakkaniyet düşüncesi ile ve tazminatın miktarı esas alınarak, diğer bir ifadeyle tazminatın “miktarının” düşünülenden az veya çok olduğu ileri sürülerek artırılmayacağı veya azaltılmayacağından bahsedilmektedir⁸¹. Bu noktada ise TBK m.55 hükmünün TBK m.52/II’nin uygulanmasına engel teşkil edip etmeyeceği sorusu ile karşılaşmak mümkündür. Bu soruya en doğru şekilde yanıt bulabilmek için öncelikle 6098 sayılı Kanun’a TBK m.55 hükmünün 1. fıkrasına söz konusu ifadenin eklenmesinin temel nedeni, sonrasında da TBK m.52/II kapsamında yapılacak indirimde esas alınan tazminatın miktarı mı yoksa zarar verenin yoksullaşması ve hafif kusuru mu olduğu ve değerlendirilmelidir. Zira bu değerlendirmeler yapılmadan bedensel zarar durumunda tazminattan m.52/II uyarınca bir indirimin yapıp yapılamayacağı sorusuna yanıt bulmaya çalışmak isabetsiz olacaktır.

Yargıtay’ın geçmişte verdiği kararlardan⁸² da anlaşılacağı üzere söz konusu hüküm, tazminat sorumlusunun ekonomik durumu, tarafların hâl ve şartları gibi gerekçelerle yapılan keyfi indirimler sonucunda, tazminat sorumlusunun ağır kusurlu olduğu hâllerde dahi zararın tam giderilemediği

⁷⁵ Yargıtay 17. HD., E. 2016/4273, K. 2019/7158, T. 10.06.2019; Yargıtay 17. HD., E. 2016/118222, K. 2019/9513, T. 16.10.2019.

⁷⁶ GÜLEÇ UÇAKHAN, Sema: Maddî Tazminatın Esasları ve Hesaplanması, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.541; TİFTİK, s.179.

⁷⁷ ÇELİK, s.777; İYİMAYA, s.192.

⁷⁸ Yargıtay 21. HD., E. 2016/5097, K. 2016/15513, T. 26.12.2016; Yargıtay 21. HD., E. 2016/5853, K. 2016/15019, T. 13.12.2016. KESER, Yıldırım: “Hatır Taşımacılığında Doğan Zararlardan Hakkaniyet İndirimi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 21(Özel), 2019, s.2406.

⁷⁹ İNCEOĞLU/PAKSOY, s.1391.

⁸⁰ Söz konusu hüküm, Adalet Komisyonunda sonradan yapılan bir değişiklikle getirilmiş bir hükmüdür. Bu hükmün konuş amacı ve sınırları değerlendirilirken, Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesi’nin de dikkate alınması gereklidir. Bu sebeple Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesi için Bkz. <http://www.ilhanhelvacidersleri.com>, <https://www.muglabarosu.org.tr> (Erişim Tarihi 20.12.2021).

⁸¹ AKKURT, Nedim: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Uygulayıcı Gözüyle Haksız Fiiller ve Tazminat”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (12-13 Mayıs 2011), Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, 2012, s.44, <http://www.ankarabarosu.org.tr> (Erişim Tarihi 20.12.2021); ÇELİK, s.778.

⁸² Yargıtay 9. HD., E. 1990/6141, K. 1990/7889, T. 26.06.1990; Yargıtay 21. HD., E. 2002/7387, K. 2002/7995, T. 03.10.2002.

durumları bertaraf etmek amacıyla getirilmiştir⁸³. Görüldüğü üzere hükmün getirilme amacı bakımından; zarar kavramının herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı, bu sebeple bedensel zararın giderilmesi için hükmedilen tazminattan indirim yapılamayacağı gibi bir çıkarımda bulunulamayacağı, hükmün tamamen tazminattan miktar esaslı keyfî indirimlere engel olunmak için getirildiği ifade edilmelidir.

Öğretide ise TBK m.55/I, c.3 hükmü çerçevesinde bedensel zarar hâllerinde, belirlenecek tazminat miktarından hakkaniyet gerekçe gösterilerek indirime gidilemeyeceği savunulduğu gibi, TBK m.55'in sadece tazminatın miktarı esas almak suretiyle yapılan indirimlerde engelleyici bir hüküm olduğu ve somut olayın gereklerine göre değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır.

TBK m.55'in m.52/II hükmünün uygulanmasına engel olmayacağını savunan görüşe göre, TBK m.55 sadece tazminatın miktarı esas almak suretiyle yapılan indirimlerde engelleyici bir hükümdür. TBK m.52/II ise tazminatın miktarını değil, zarar verenin ekonomik darlığını esas alarak yapılan bir indirim düzenlemesidir. Bu düzenlemede, hafif kusuru ile zarara sebep olan kimsenin, tazminatın ödenmesi hâlinde yoksulluğa düşecek olması ve bu sebeple hakkaniyetin tazminatı indirmeyi gerektirmesi hâllerinin birlikte varlığı aranmaktadır. TBK m.55 hükmünün amacı da tazminat miktarına göre hakkaniyet indirimi yapılmak suretiyle tam tazmin ilkesinin gerçekleşmediği durumların bertarafı şeklinde belirlenmeli ve aranan şartların varlığı hâlinde TBK m.55/I, c.3'ün TBK m.52/II'nin uygulanmasına engel olamayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Zira TBK m.52/II'de düzenlenen hakkaniyet indiriminin nedeni hesaplanan tazminat miktarının yüksekliği değil, zarar verenin ekonomik durumuna ilişkin bir özel hâldir⁸⁴.

Bu görüşe göre m.55 hükmünün, hâkimin takdir yetkisini kullanırken, TBK m.51/I'de yer alan “*durumun gereği*” uyarınca sadece tazminat miktarının yüksekliği gerekçesiyle indirim yapılmasının yasakladığı ve m.51/I'in uygulama alanını sınırladığı kabul edilmektedir⁸⁵.

TBK m.55'in m.52/II hükmünün uygulanmasına engel olacağını savunan görüşe göre ise: m.55/1, c.3'ün uygulanması, tazminatta tarafların hâl ve mevkiine göre indirim yapılmasına dair TBK m.52/2'deki özel durumların varlığı hâlinde bedensel zararlar yönünden yapılacak indirime engel teşkil etmektedir⁸⁶. Zira m.55/I, c.3 gereği, belirlenen tazminatta hakkaniyet düşüncesiyle indirime gidilemez. Ayrıca her ne kadar TBK m.55'in gerekçesinde “*yoksullaşmaya dayalı TBK m.52/II'de düzenlenen indirim kuralının ölüm ve bedensel zararlarda da uygulanacağı*”na dair bir ifade geçse de bu, TBK m.55/I, c.3 ile çelişmektedir ve gerekçe, madde hükmünün önüne geçemez. Bu çerçevede bedensel zararlarda hakkaniyete dayalı bir indirim yapılamayacağına ilişkin TBK m.55 düzenlenmesi, m.52/II'nin uygulanmasının önüne geçecektir⁸⁷.

TBK m.55'in TBK m.52/II'nin uygulanmasının önüne geçeceği görüşünün kabulü hâlinde, m.55 hükmünün TBK m.51/I ve m.52/I hükümlerinde yer alan indirim sebeplerini de kapsayıp kapsamadığı sorusu gündeme gelmektedir. Bir görüşe göre TBK m.51 ve 52 hükümlerinin, durumun gereği ve hâl ve mevkiin icabı yönünden düzenlemeler içerdiği düşünüldüğünde TBK m.55 uyarınca bedensel zararlarda uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmelidir⁸⁸. Diğer bir görüşe göre ise hâkimin miktarı ve hakkaniyeti esas alarak indirim yapma imkânı, hafif kusurlu failin tüm zararı tazmin etmesi hâlinde yoksulluğa düşecek olması hâli ile sınırlandırıldığından, bu indirim yasağı dar yorumlanmalı ve yasağın TBK m.51/I ve 52/I hükümlerinde uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmelidir⁸⁹.

Kanaatimizce, öncelikle TBK m.55/I, c.3 hükmü, hâkime tanınan takdir yetkisini tamamen kaldırarak, bedensel zarar ile ölüm neticesinde hükmedilecek tazminatlara hâkimin değil bilirkişilerin karar vereceği şeklinde sakıncalı bir sonucu doğurmaktadır. Oysa hâkimin bilirkişisinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte ve serbestçe değerlendirmesi gerektiği, HMK'nin 282. maddesinde açıkça hüküm altına alınmıştır. Aksine bir görüş, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ile 9. ve 138. maddesinde yer alan, yargı yetkisinin kullanılmasının bağımsız

⁸³ ÇELİK, s.778; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s.270.

⁸⁴ AKKURT, s.44; ÇELİK, s.778; İNCEOĞLU/PAKSOY, s.1394; ÜNLÜTEPE, s.90.

⁸⁵ ÇELİK, s.778; İNCEOĞLU/PAKSOY, s.1394; ÜNLÜTEPE, s.90.

⁸⁶ ANTALYA, s.201; GÜLEÇ UÇAKHAN, s.541; OĞUZMAN/ÖZ, s.129; TOKER, s.91; mBK m.43 ve 44 gereğince yapılan indirimin m.55 uygulaması gereği bedensel zararlarda kabul edilemeyeceğine ilişkin Bkz. Yargıtay 21. HD., E. 2013/17047, K. 2014/782, T. 20.01.2014.

⁸⁷ ANTALYA, s.201.

⁸⁸ GÜLEÇ UÇAKHAN, s.542.

⁸⁹ ANTALYA, s.202; OĞUZMAN/ÖZ, s.130; TOKER, s.92.

mahkemelere ait olduğuna ilişkin yargı bağımsızlığı ilkesi ile bağdaştırılamayacak olup bunların kabulü mümkün değildir⁹⁰.

Bu açıklamaya ek olarak ifade edilmelidir ki TBK m.55/I, c.3 hükmünün zarar kavramı ve tazminatın amacı açısından herhangi bir temeli bulunmamakta, hüküm hâkime tanınan delilleri serbestçe takdir hakkını ve yetkisini ve hukuka aykırı olarak sınırlanmakta, yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra söz konusu düzenlemede belirlenen tazminattan sadece bedensel zarar ve ölüm hâlinde indirim yasağının kabul edilip diğer zararların bunun dışında bırakılması, kanunun sistematigi çerçevesinde, kanun koyucunun korunmaya değer gördüğü durumları yine koyduğu normlar ile değersizleştirmesinden başka bir anlam taşımaz.

TBK m.55/I, c.3'ün düzenleme alanına bakıldığında ise hesaplanan tazminatın miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmayacağı ve azaltılmayacağı hükme bağlanmıştır. Oysa hakkaniyet bunu gerektirse dahi zararın, hükmedilecek tazminatın üst sınırını oluşturduğu ve bu çerçevede hâkimin zararı aşan bir tazminata hükmetmesinin mümkün olmadığı ortadadır. Bu sebeple söz konusu hükümde yer alan, tazminatın miktar esas alınarak artırılmayacağı ifadesinin de doğru olmadığı görülmektedir⁹¹.

Bununla birlikte TBK m.52/II hükmünün amacı ve bu kapsamda uygulama alanı değerlendirildiğinde, TBK m.55 ile çelişki içinde olduğunu kabul etmek mümkün değildir⁹². Zira TBK m.55/I, c.3'te sadece belirlenen tazminat miktarının esas alınması suretiyle yapılan bir indirimden bahsedilmektedir. Hâkimin TBK m.52/II uyarınca takdir yetkisini kullanabilmesi için ise zarar verenin belirlenen tazminatın tamamen ödenmesiyle yoksulluğa düşmesinin yanı sıra kusurunun hafif olması da aranmaktadır. Dolayısıyla TBK m.52/II kapsamında dikkat edilmesi gereken husus, tazminatın miktar açısından yüksekliği değil, tazminat miktarının tamamen ödenmesi hâlinde zarar verenin yoksulluğa düşüp düşmeyeceğidir. Bir diğer ifadeyle TBK m.52/II'de indirime esas alınan durum tazminatın yüksekliği değil, "tazminat miktarının zarar verene göre yüksekliği" meselesidir. TBK m.55 gereği hakkaniyet düşüncesiyle artırılmayacak veya azaltılmayacak olanın ise "hesaplanan tazminatın miktarı" olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu kapsamda tazminat miktarının zarar verenin ekonomik hâli gereği yüksek kabul edildiği durumlarda ancak TBK m.52/II'de yer alan birtakım şartların varlığı durumunda tazminatta bir indirim yapılabileceğinin kabulü gerekir⁹³. Dolayısıyla TBK m.52/II hükmü kapsamında yapılan indirimin, salt tazminatın miktarı esas alınarak, belirlenen tazminatın miktarının yüksek olduğu gerekçesiyle yapılan bir indirim olmadığı⁹⁴, dolayısıyla TBK m.55 hükmünün TBK m.52/II'nin uygulamasını kaldırmayacağı kabul etmek isabetli olacaktır.

Salt tazminat miktarının yüksekliği gerekçesiyle; eğer m.52/II'deki koşulların tamamı oluşmamışsa "durumun gereği"⁹⁵ değerlendirmesine dahil edilmek suretiyle m.51 kapsamında belirlenen tazminatta indirime gidilmesinin mümkün olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Kanaatimizce TBK m.55/I, c.3 hükmünde yer alan miktar esaslı hakkaniyet indirimi, ancak m.51/I kapsamında değerlendirilebilecek bir durumdur ve hâkim, durumun gereği uyarınca salt miktarı dikkate almak suretiyle tazminatta indirim yapılıp yapılamayacağına bu hüküm uyarınca karar verebilecektir. Dolayısıyla TBK m.55/I, c.3'ün m.51/I uyarınca keyfi yapılabilecek indirimleri önleme amacı taşıdığını ifade etmek yanlış olmayacaktır⁹⁶.

IV. SONUÇ

Haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde hâkimin tazminatın miktarını ne şekilde belirleyeceği TBK'nin 50 vd. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda hâkim durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını dikkate almak suretiyle bir tazminat miktarı belirleyecektir. Belirlenen bu tazminatta indirim yapılıp yapılamayacağına, yapılabildiği durumlarda bu indirimin

⁹⁰ TBK m.55/I, c.3'ün Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığına ilişkin Bkz. AYM, E. 2019/34, K. 2019/97, T. 25.12.2019.

⁹¹ KILIÇOĞLU, s.429; OĞUZMAN/ÖZ, s.130.

⁹² TBK m.52/II hükmü ile hâkime açıkça tazminatta indirim yapma hususunda yetki tanınmışken TBK m.55 hükmü ile hâkime bu hususta bir yasak getirilmesinin çelişkili olduğuna ilişkin Bkz. KILIÇOĞU, s.440.

⁹³ Aynı yönde Bkz. İYİMA YA, s.206: "...Ekonomik zaruret ve hafif kusur koşulları birlikte gerçekleşmedikçe, hâkimin olağanüstü <<ekonomik yüklenme ve çokluk>> indirimine gitmesi, yasaya aykırıdır (mBK m.44/II)."

⁹⁴ Çokluk sorununun mBK m.44/II'de düzenlenmediğine ilişkin Bkz. İYİMA YA, s.192.

⁹⁵ "durumun gereği" ifadesi ile "durumun özellikleri" ifadesi arasındaki ayrıma ilişkin olarak Bkz. AKKURT s.59.

⁹⁶ Bedensel zarara sebep olan hâllerde TBK m.51 uyarınca hatır taşınması indiriminin yapılmasının sadece tazminatın miktarı esas alınarak yapılarak yapılan bir indirim olarak kabul edilemeyeceği görüşündeyiz. Aksi yönde görüş için Bkz. TOKER, s.92.

uygulamasının, yapılmasının yasaklandığı durumlarda da bunun gerekçesinin kanun koyucu tarafından tereddüde mahal vermeyecek ölçüde açık ifade edilmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu, tazminatın belirlenmesi sürecinde bazı durumlarda hâkime gerek zararın gerekse tazminatın hesaplanması açısından takdir yetkisi tanımıştır. TBK m.52/II, zarar verenin hafif kusurlu ve tazminatı ödemesi durumunda yoksulluğa düşecek olması hâlinin hakkaniyetin gerektirdiği durumda hesaplanan tazminattan indirim yapılabileceğine ilişkin bir düzenleme iken TBK m.55/I, c.3 ise ne yazık ki söz konusu yetkinin kullanımının hukuka aykırı şekilde yasaklandığı bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yasağın kapsamı her ne kadar madde gerekçesinde ifade edilse de kanunun lafzı bakımından “miktar esaslı hakkaniyet indirimi”nin hangi durumlarda uygulama alanı bulduğu tartışmalıdır.

Söz konusu TBK m.55/I, c.3 hükmü, kanun yapma tekniği açısından da sıkıntılı bir hükümdür. Zira kanun metninde üç madde önde yer alan m.52/II hükmü ile arasında bir anlam kargaşası bulunmaktadır. Ve bu durum, tazminatta hakkaniyet gerekçesiyle miktar esas alınarak yapılacak indirimlerde bu hükmün ölüm ve bedensel zarar hâllerinde de uygulanacağı yorumunun gerekçe metnine eklenmesini zorunlu kılmıştır. Ancak bu sefer de ifadelerdeki muğlaklık sebebiyle gerekçe ile kanun metninin çeliştiği izlenimi doğmuştur. Burada asıl üzerinde durulması gereken husus; tazminatın miktarının, bir diğer ifadeyle çokluğu veya azlığının dikkate alınarak hakkaniyet gerekçesiyle değiştirilip değiştirilemeyeceğidir. Madde lafzından da anlaşılacağı üzere TBK m.52/II’de düzenlenen indirim sebebi, tazminatın çokluğu hâline ilişkin olmayıp zarar verenin ekonomik darlığı hâline ilişkindir. Kanun koyucuların ortaya koyduğu eserlerden de bu sonuca varılmaktadır. Dolayısıyla TBK m.55’in TBK m.52/II’nin uygulamasını engelleyeceği yönündeki görüşler kanaatimizce isabetsizdir.

Tarafımızca TBK m.52/II hükmünün, bedensel zarar hâlleri de dahil, uygulanmasında bir engel bulunmadığı savunulsa da söz konusu hükmün uygulamada pek karşılık bulan bir hüküm olmadığı ve hükme ilişkin yargı kararlarına yansıyan herhangi bir olayın da bulunmadığının ifade edilmesi gerekmektedir.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

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

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

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

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

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

KAYNAKÇA

- AKKURT, Nedim: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Uygulayıcı Gözüyle Haksız Fiiller ve Tazminat”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2011, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, 2012, s.41-126, <http://www.ankarabarusu.org.tr> (Erişim Tarihi: 20.12.2021).
- AKSAKALLI TEMEL, Rüken: Haksız Fiillerde Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Cilt V/1,2), 2.Bası, Seçkin Yayın, Ankara, 2019.
- AYDIN ÖZDEMİR, Elif: Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Zarar ve Tazmini, 1.Bası, Adalet Yayınları, 2013.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medenî Usul Hukuku, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÇELEBİ, Funda: “Haksız Fiil Sorumluluğu (Unsurlar, Tazminat, Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller, Zamanaşımı, Yargılama)”, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan Haksız Fiilerden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s.13-27.
- ÇELİK, Ahmet Çelik: “Can Zararlarının Tazminata Dönüştürülmesinde Sorunlar ve Yöntem Arayışları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.765-802.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- GÖNÜL KOŞAR, Günhan: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2020.
- GÜLEÇ UÇAKHAN, Sema: Maddî Tazminatın Esasları ve Hesaplanması, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- İNCEOĞLU, Mehmet Murat/PAKSOY, Meliha Sermin: “Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK m.55)”, Journal of Yaşar University, 8(Özel), 2013, s.1383-1412.
- İYİMAYA, Ahmet: “Tazminatın Çokluğu Sorunu (Yahut Normatif Tazminattan Keyfi Tazminata Doğru)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2(2), 1990, s.180-211.
- KAYIHAN Şaban/ÜNLÜTEPE Mustafa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- NOMER, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 15.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- ŞAHİN, Ayşenur: “Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini” (Makale), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2011, s.123-165.
- ŞAHİN, Mehmet Yaşar: Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- TİFTİK, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminat, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1988, <https://tez.yok.gov.tr> (Erişim Tarihi: 10.12.2021).
- TOKER, Aylin: Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017.
- TOPGÜL Seda, “Türkiye’de Yoksulluk ve Kadının Yoksullaşması”, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 14(1), 2013, s.277-296.
- ÜNLÜTEPE, Mustafa: “TBK’nın 55/1. Maddesi Çerçevesinde Ölüm Hâlinde Uğranılan Zararların ve Bedensel Zararların Belirlenmesi”, Terazi Hukuk Dergisi,13(141), 2018, s.68-93.
- YILMAZ Ejder, Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMELERİNİN İNGİLİZ HUKUKUNDAKİ TANIMINA VE KAPSAMINA CCA 1974 ÜZERİNDEN GENEL BİR BAKIŞ

A GENERAL OVERVIEW OF THE DEFINITION AND SCOPE OF CONSUMER CREDIT AGREEMENTS IN ENGLISH LAW VIA CCA 1974

Erman EKİNGEN* 

Makale Bilgi

Gönderi: 13/03/2022
Kabul : 10/06/2022

Anahtar Kelimeler

Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Tüketici Kredisi, Tüketicinin Korunması, İngiliz Hukuku, CCA 1974.

Article Info

Received: 13/03/2022
Accepted: 10/06/2022

Keywords

Consumer Credit Agreements, Consumer Credit, Consumer Protection, English Law, CCA 1974.

Özet

İkinci Dünya Savaşı sonrasında dünya üzerinde tüketim oranında büyük bir artış meydana gelmiştir. İnsanların sürekli bir şeyler tüketmeye odaklanması, bazı durumlarda yeterli finansal güce sahip olamamaları ile sekteye uğramaya başlamıştır. Bu noktada insanlar ihtiyaçlarını gidermek için farklı finansal destekler aramışlardır. Buna bağlı olarak nakit para ve diğer finansal ödünç yollarını içerecek şekilde krediler için sözleşmeler yapılmaya başlanmıştır. Bilgi ve deneyimleri kredi veren ile karşılaştırılmayacak düzeyde olan, kendi kişisel ihtiyaçları için sözleşme ilişkisi içerisine girmeye çalışan kredi alan konumundaki tüketiciler, tüketici kredisi sözleşmelerinde kredi veren karşısındaki konumlarının güçlendirilmesi adına hukuk eliyle korunmaya ihtiyaç duymaktadırlar. Tüketici kredisi sözleşmeleri kapsamında tüketicilere kanun ile koruma sağlayan ilk hukuk sistemlerinden biri İngiliz Hukuku olmuştur. İngiliz Hukunda yer alan düzenlemelerin bu alanda ortaya konan ilk örneklerden olması nedeniyle, bu çalışma tüketici kredisi sözleşmelerinin İngiliz Hukukundaki genel tanımını ve kapsamını açıklamayı ve buna bağlı olarak Türk Hukuku uygulaması ile genel bir değerlendirme yaparak iki hukuk sisteminde tüketici kredisi sözleşmeleri kapsamında tüketicinin korunması amacını tartışmayı amaçlamaktadır.

Abstract

After World War II, a massive increase in global consumption has taken place in the world. People's constant focus on consuming something has begun to be interrupted in some cases by their inability to have sufficient financial strength. At this point, people have sought different financial supports to meet their needs. Thus, contracts have been started to be made for credits, which include cash and other financial lending methods. Consumers who seek to engage in a contractual relationship for their personal needs and who are borrowers of the agreement need to be protected by law in order to strengthen their position against creditors, who have more knowledge and experience than consumers within consumer credit agreements. English Law was one of the first legal systems that secured this state of protection by law. Since it is one of the first regulations in this field, this study aims to explain the general definition and scope of consumer credit agreements in English Law, and accordingly, to discuss the aim of consumer protection in consumer credit agreements by making a general assessment based on the approach of Turkish Law in this field.

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

Öğretim Görevlisi Dr., Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: EKİNGEN Erman, "Tüketici Kredisi Sözleşmelerinin İngiliz Hukukundaki Tanımına ve Kapsamına CCA 1974 Üzerinden Genel Bir Bakış", İnÜHFD, 13(1), 2022, s.221-236.

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

EXTENDED SUMMARY

One of the most important actors of today, both in terms of countries' own economies and the world economy, is individuals who shop for their own personal wishes and needs. These people, who engage in financial transactions for their personal interests, are considered as consumers within the scope of general law principles, and in most cases, they enter into these transactions only based on their own research and experience. When the consumers sign financial contracts or they are a side of any type of economic relationship, the other side of these relationships is sellers or service providers who are much more knowledgeable and experienced in commercial matters than they are. It is evident that consumers need to be protected against the abuse of power and information imbalances that may occur during their relationships with these more experienced trade actors. For this reason, various protection mechanisms are put forward in many different legal systems to protect these consumers against any potential harm they will face within the transactions that they are a party to or that will directly affect them.

In addition to the general protection mechanisms that will cover many transactions for consumers, there are also areas in which sector-specific regulation is necessary. One of the most important of these is consumer credit agreements. It is a fact accepted by the many different law systems that the consumers are the more vulnerable side of these contracts due to the natural result arising from the relationship between the parties of the consumer credit agreements, and they need to be protected by the law within this contractual relationship.

English Law is one of the first legal systems that realizes this need for protection for consumers, works on this issue and puts forward a legal regulation regarding consumer credit agreements. With the Consumer Credit Act 1974 (CCA 1974), it has set a great example for other legal systems in order to create consumer credit agreements in a way that protects the consumer by introducing a very broad regulation regarding this area. In addition, the changes and additions made to the CCA 1974 text in the last few years are also very important in terms of understanding what new needs have arisen as a result of the developments in consumer credit agreements. For this reason, examining this existing regulation is an essential resource in terms of both understanding how consumer credit agreements are handled in other countries and discussing how protective the position and scope of consumer credit agreements are in Turkish Law. That's why this study attempts to determine the general approach of English Law to these contracts by explaining what the scope of consumer credit agreements is and how they are defined in English Law.

CCA 1974 includes quite comprehensive rules that will find solutions to many problems that may arise within consumer loan agreements. It includes regulations in many areas such as licensing of credit ad hire businesses, credit advertising, form, content and control of consumer credit agreements, problems that may arise during the implementation of consumer credit agreements, and application to a judicial remedy where necessary.

For Turkish Law, Consumer Protection Law No. 6502 (TKHK) acts as the primary source regarding consumer protection issues in consumer credit agreements. Although TKHK is not a law directly related to consumer credit agreements, it contains many important regulations regarding the basic application of consumer credit agreements within the scope of Turkish Law.

The concept of consumer credit refers to the money given in cash and other potential ways of financial borrowings that may arise within the scope of consumer credit agreements in both English and Turkish Law. However, this inference has not been put forward as a clear definition in Turkish Law. This situation causes a different concept of credit, which is reached in every related legal case in which the concept of credit is used in Turkish Law. In order to eliminate this existing confusion, it may be preferred to determine a basic credit concept or to define the credit concept specific to each legal case in the relevant regulation.

Both countries' practices include regulations that emphasize the importance of consumer credit agreements and comply with EU directives. However, while these practices were introduced in English Law in 1974, the Consumer Protection Law entered into force in 2014 within the scope of Turkish Law. English Law has brought such a concept into a discussion at a very early date compared to the other countries in the world and has enacted a regulation with a very protective and inclusive content. However, this situation has created some problems for English Law over time. After the CCA was published in 1974, both human life and all kinds of relationships in the societies were changed because of technology and the internet, and this situation resulted in a challenge for CCA 1974. For this reason, CCA 1974 has to be in a constant state of change in order to both catch up with the requirements of the era and include regulations in accordance with EU directives. TKHK, on the other hand, can keep up with the current situation at this point. The problematic issue for TKHK is that it contains a more general regulation for consumer loan agreements than the CCA 1974. It is clear that TKHK provides an excellent service to the protection of the consumer in this concept, but it is an undeniable fact that it includes areas that need improvement and needs to be considered more broadly.

I. GİRİŞ

Sanayi devrimi sonrasında artmaya başlayan üretim ve buna bağlı tüketim, İkinci Dünya Savaşı sonrasında en üst noktaya ulaşmıştır. Üretilen mallar ve sunulan hizmetler herkese açıkken, bunları satın alacak ya da bunlardan yararlanacak olan kişilerin alım gücü eşit değildir. Herkes ihtiyaç duyduğu ya da sadece istediği bir mal ya da hizmete hemen ulaşamayabilmektedir ve bu durum toplumları yeni bir sorunun varlığı ile tanıştırmıştır¹.

Kişiler bazen sadece hayat standartlarını yükseltmek, bazen gerçekten hayati önem taşıyan ihtiyaçlarını karşılamak gibi birbirinden farklı nedenlerle kendi maddi sınırlarından ötesine geçmeye ihtiyaç duymuşlardır ve buna bağlı olarak yeni finansman arayışlarına girmişlerdir². Ortaya çıkan bu arayış içerisinde maddi gücü diğerlerinden daha iyi olan insanların finansman desteği duyan insanlarla sözleşmesel ilişki içerisine girmeleri başta durumu çözüyormuş gibi görünse de bu ilişki, kişilerarası bir sözleşmeden daha ciddi bir platforma ihtiyaç duymuştur. Bu nedenle sanayi devrimi sonrasında en yeni ve önemli aktörlerinden olan bankalar devreye girmeye başlamıştır. Bankalar hem büyüme eğiliminde olan ancak yeterli finansmanı sağlayamayan girişimlere hem de kendi kişisel ihtiyaçları için finansman arayışında olan tüketicilere finansman desteği sağlamaya başlamış ve böylece çalışmanın temel konusunu oluşturan tüketici kredisi sözleşmeleri hayatımıza girmiş ve önemli bir konuma yerleşmeye başlamıştır. Tüketici kredisi sözleşmeleri sadece bankalar eliyle ortaya konması zorunlu olan bir uygulama olmayıp benzer şekilde belirli taraflarca finansman sağlayacak herhangi bir ilişki bu kapsamda kabul edilebilmektedir, ancak bu kavram büyük ölçüde bankalar ile bağdaştırılmaktadır³.

Bu çalışmada, temel olarak tüketici kredisi sözleşmelerini hukuki bir mesele haline getirip üzerine düzenleme yapan ilk hukuk sistemlerinden biri olan İngiliz Hukukunun bu kavrama nasıl yaklaştığının ve bu alanda nasıl bir düzenleme ortaya koyduğunun ayrıntılı olarak açıklanması amaçlanmaktadır. Bu amaç ile öncelikle İngiliz Hukukunda tüketici kredi sözleşmelerinin genel tarihi gelişimi anlatılacak ve sonrasında tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin temel düzenleme metni olan Consumer Credit Act 1974 (CCA 1974)'in yaklaşımı ortaya konacaktır. Bu açıklamalar ve tartışmalar sonrasında tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin olarak Türk Hukuku uygulamasının genel hatları belirtilip tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin iki hukuk sistemi arasında temel bir karşılaştırma ile çalışma sonuca kavuşturulacaktır.

II. TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMELERİNİN GENEL TANIMI

Tüketici kredisi sözleşmeleri hem geniş uygulanma alanı hem de ekonomiye olan etkisi nedeniyle her ülke hukukunda önemli bir yere sahiptir. Var olan bu etkisi nedeniyle birçok ülke hukuku içerisinde doğrudan tüketici kredisi sözleşmeleriyle ilgili olarak hukuki düzenlemeler mevcuttur ve birçoğunda tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin olarak genel bir tanımlama yapılmaktadır⁴.

Temel amacı tüketicilere yönelik kredileri kapsayan anlaşmalara ilişkin üye devletlerin kanunlarının, yönetmeliklerinin ve idari hükümlerinin belirli yönlerini uyumlu hale getirmek olan 2008/48 numaralı Avrupa Birliği (AB) direktifi⁵ m.3(c) bendinde kredi anlaşması ve (f) bendinde kredi aracısı kavramları tanımlanmıştır. Bu tanımlamalara göre:

“Kredi anlaşması, devam eden hizmetlerin hükümleri ve aynı türde malların temini için yapılan anlaşmalar hariç olmak üzere, kredi verenin tüketiciye ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzer finansman destekleri ile kredi verdiği ya da vermeyi taahhüt ettiği ve tüketicinin ilgili hizmet veya mal için karşılığı süresince taksitlerle ödeme yaptığı anlaşma anlamına gelmektedir.”⁶

¹ KARA, İlhan: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, 2015, s.1166.

² KARAKOCALI, Ahmet/KURŞUN, Ali Suphi: Tüketici Hukuku, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul 2015, s.96.

³ HELLWEGE, Phillip: “Consumer Protection in Britain in Need of Reform”, Cambridge Law Journal, 63(3), 2004, s.712-713.

⁴ Fransız Hukuku içerisinde tüketici kredisi sözleşmesi, tüketici kavramında olduğu gibi Tüketici Kanununda (Code de la Consommation) düzenlenmiştir. Bu kanunun L311-1 numaralı tanımlar maddesinin altıncı fıkrasına göre de temel olarak herhangi bir finansman desteğinin kredi verence tüketiciye sağlanmasının ve kredi karşılığının tüketici tarafından taksitlerle sonradan kredi verene ödenmesi gerekliliğinin üzerinde durulmuştur. Bu madde kapsamında kredi verenin gerçek ya da tüzel kişiliğine ilişkin olarak bir açıklamada bulunulmamıştır.

Alman Hukukunda tüketici kredisi sözleşmeleri, Alman Medeni Kanunu içerisinde birinci kitap ikinci bölümde 491. ve 505. Maddeler arasında düzenlenmektedir. Bu kanun kapsamında net olarak bir tanımlama yapılmamıştır ancak 491. Maddede tüketici kredisi sözleşmelerinin borç veren bir girişimci ve tüketici arasında nadir olmayan sözleşmelerden olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bu maddenin ikinci fıkrasında hangi tür sözleşmelerin tüketici kredisi sözleşmesi olmayacağı maddeler halinde açıklanmıştır. Bunun dışında tüketici kredisi sözleşmeleriyle ilgili olarak tüm ayrıntılar ilgili madde aralığında düzenlenmiştir.

⁵ EU Directive, Directive on Credit Agreements for Consumers and Repealing Council Directive 87/102/EEC, 22.05.2008, L 133/66.

⁶ “Credit agreement means an agreement whereby a creditor grants or promises to grant to a consumer credit in the form of a deferred payment, loan or other similar financial accommodation, except for agreements for the provision on a continuing basis of goods or for the supply of goods of the same kind, where the consumer pays for such services or goods for the duration of their provision by means of instalments.”

“Kredi aracı, alacaklı olarak hareket etmeyen ve ticari, iş veya mesleki anlamda nakdi bir şekilde ya da kabul edilmiş başka bir finansal karşılık ile ifade edilebilecek bir ücret karşılığında;

- (i) Tüketicilere kredi sözleşmeleri sunan ya da teklif eden,
- (ii) (i) 'de atıfta bulunulan kredi sözleşmeleri ile ilgili olarak hazırlık çalışmalarını üstlenme yoluyla tüketicilere yardımcı olan; veya
- (iii) Alacaklı adına tüketicilerle kredi anlaşmaları imzalayan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.”⁷

Bu iki tanım birlikte düşünüldüğünde tüketici kredisi sözleşmeleriyle ilgili olarak ortak bir sonuca varılabilmekte ve bu tür sözleşmelere ilişkin olarak tartışılmalı olan kısımlar açıklanmaktadır. Bu tanımlar uyarınca AB Hukuku kapsamında tüketici kredisi sözleşmesini sağlayan bir banka ya da başka bir tüzel kişi olma zorunluluğu olmadığı anlaşılmaktadır ve sadece nakit paranın değil, her türlü finansman desteğinin tüketici kredisi sözleşmeleri kapsamı için yeterli olduğu görülmektedir.⁸

İngiliz Hukuku içerisinde tüketici kredisi sözleşmeleri Tüketici Kredisi Kanunu (Consumer Credit Act 1974) m.8’de ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve tanımlanmıştır. Burada yapılan tanıma göre tüketici kredisi sözleşmesi “*bireysel olarak sözleşmesel ilişkiye giren bir kişi (“Borçlu”) ve diğer bir kişi (“Alacaklı”) arasında, alacaklının borçluya herhangi bir miktarda kredi sağlamasıyla ortaya çıkan anlaşmadır*”⁹ şeklinde düzenlenmiştir.

Türk Hukuku içerisinde ise tüketici kredisi sözleşmeleri 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu (TKHK) m.22/1’de tanımlanmıştır. Bu tanıma göre:

“Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder.”

Belirtilen düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, genel olarak birçok ülke hukukunda temel bir tüketici kredisi sözleşmesi tanımı verilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu tanım içerisinde ortak olan noktalar ise tüketici kredisi sözleşmelerinin, sözleşmenin her iki tarafına da menfaat sağlayacak olması, tüketici için sözleşme kapsamında verilen kredi karşılığının belirli bir süre sonrasında ödeneceğine ilişkin bir ifadenin bulunması ve sadece nakit olarak değil herhangi bir finansman desteği aracılığıyla tüketici lehine oluşturulan menfaatin tüketici kredisi sözleşmeleri kapsamına alınabileceğidir.

İlgili tanımlamalarda ortaya çıkan farklılık ise genel olarak kredi veren üzerinde yapılan özel ifadelere ilişkindir. Bazı hukuk sistemlerinde kredi verenin gerçek ya da tüzel kişi olması hususunda özel bir ifade bulunurken, bazılarında bu husus tanımlama içerisinde kendisine yer bulmamıştır.

III. TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN OLARAK HUKUKİ DÜZENLEMELERE VE BU ALANDA TÜKETİCİNİN KORUNMASINA DUYULAN İHTİYAÇ

Tüketicilerin hayat standartlarını yükseltmek adına, büyük çoğunlukla elde edecekleri potansiyel maddi geliri düşünmeden hareket etmelerinin müsait olduğu tüketici kredisi sözleşmeleri son yıllarda hem ekonomik hem sosyal hem de hukuki birçok sorunun varlık sebebi olmuştur¹⁰. Tüketici kredisi sözleşmelerinin ortaya çıktığı zamandan bu yana tüketiciler, sözleşme akdedildiği an bir ödeme yapmadıkları ve kendilerine yararı olan bu sözleşme ilişkisine girmekten çekinmemiş, ancak sonrasında sıra sözleşmenin gereklerini yerine getirmeye gelince zorluklarla karşılaşmaya başlamışlardır¹¹. Kısacası sözleşme yapıldığı anda satın alma gücünü elinde bulundurmayan tüketici

⁷ “Credit intermediary means a natural or legal person who is not acting as a creditor and who, in the course of his trade, business or profession, for a fee, which may take a pecuniary form or any other agreed form of financial consideration:

(i) presents or offers credit agreements to consumers;
(ii) assists consumers by undertaking preparatory work in respect of credit agreements other than as referred to in (i); or
(iii) concludes credit agreements with consumers on behalf of the creditor.”

⁸ DUKIC MIJATOVIC, Marijana/GONGETA, Sanja: “Consumer Credit in European Union”, European Scientific Journal, 2014, s.412.

⁹ “is an agreement between an individual (“the debtor”) and any other person (“the creditor”) by which the creditor provides the debtor with credit of any amount.”

¹⁰ GOODE, Royston Miles: Consumer Credit, A. W. Sijthoff International Publishing, Londra 1978, s.3.

¹¹ Tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin olarak tüketiciler tarafından karşılaşılan sorunlar ve özellikle ödeme sıkıntıları denilince akla ilk olarak günümüzde neredeyse herkesin en az bir banka aracılığıyla kullanmakta olduğu kredi kartları gelmektedir. Bu nedenle kredi kartları ve tüketici kredisi sözleşmeleri kapsamındaki durumları hakkında açıklama yapmak gerekmektedir. Kişilerin mal veya hizmet için harcama yaparken, ürün ya da hizmeti sunana peşin para ödüyorlarmış gibi işlem yapmalarına imkân tanıyan kredi kartları, farklı ülke hukukları içerisinde genel olarak belirli özellikler sağhyorlarsa tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilmekte ve ilgili kanunun sağladığı avantajlar kapsamına girmektedir. Kredi kartları, Türk Hukuku kapsamında TKHK md. 22’nin ikinci fıkrasında kendisine düzenleme bulunmaktadır. Bu fıkraya göre “*Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir. Ancak bu durumda uygulanacak faiz oranı kredi kartı sözleşmesi uyarınca belirlenen orandan fazla olamaz.*” İngiliz Hukukunda da kredi kartlarına ilişkin olarak tüketici kredisi kanununda özel bir düzenleme bulunmaktadır. Doğrudan kredi kartlarının tüketici kredisi sözleşmesi

bu sözleşme ile istediği değeri o anda elde etmekte ancak taksitlerle geri ödemeyi planladığı sözleşme karşılığının sonuçlarını net olarak görememektedir. Çünkü sözleşme için taraf iradelerinin ortaya konduğu anda tüketicinin bilinçli düşünmesini ortadan kaldıracak birçok farklı etken bulunmaktadır¹².

Kredi veren konumunda olan bankalar ve diğer finans kişi ve kurumları sözleşmenin yapıldığı anda tüketicinin rasyonel karar vermesini etkileyebilecek güce sahiptir. Öncelikle ellerinde bulundurdukları maddi güç ve bunu paylaşmaya olan meyilleri nedeniyle kredi veren konumunda olanlar, ihtiyaç sahibi tüketicilerin algısını çekmeye müsait konumdadırlar¹³. Bunun yanında kullanabilecekleri birçok farklı reklam, pazarlama ve ikna yöntemi ile sözleşmenin ortaya çıkaracağı durumun tüketici lehine olduğuna tüketicileri ikna etmeleri oldukça kolaydır. Tüm bunlarla birlikte, maddi gücü ortaya koyan olarak kredi verenin sözleşmenin maddeleri ve son metni üzerinde tüketiciye karşı bir üstünlüğü olacağı da açıktır. Temel olarak daha önceden hazırlanmış genel işlem şartı niteliğindeki sözleşmeleri imzalamak durumunda kalan tüketici, sorumluluk altına girmiş olduğu tüketici kredisi sözleşmesinde kredi verenin inisiyatifine göre hareket etmek durumunda kalabilmektedir. Tüketici hukuku kapsamında tüketicinin temelde iki açıdan korunmaya ihtiyacı olabilmektedir¹⁴. Bunun ilki tüketicinin kendi maddi gücüyle aldığı mal veya hizmete karşı korunmasını sağlamak üzerinedir. Bu noktada üretici ya da malı veya hizmeti sunan kişi tarafından tüketicinin hak ettiği mal veya hizmet kalitesine ve sözleşme aşamasında oluşturulan beklentiye kavuşturulmuş olması halinin hukuk eliyle sağlanması amaçlanmaktadır. Diğer nokta ise tüketicinin girdiği sözleşmesel ilişkilerde, sözleşmenin koşulları ve taraf eşitliği açısından korunmasıdır.

Tüketici kredisi sözleşmeleri kapsamında tüketicinin, girdiği sözleşmesel ilişki ve bu sözleşme ile ortaya çıkan koşul ve sonuçlar bakımından korunması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Hukuk eliyle tüketicinin bireysel ihtiyaçlarına ilişkin olarak ortaya çıkan zaaflarından yararlanılmasının¹⁵ ve durumun aciliyetine göre tüketicinin içinde bulunacağı koşullar nedeniyle tüketicinin zayıf durumundan yararlanılıp kredi veren lehine olağandışı bir kazancın ortaya çıkmasının önüne geçilmesi gerekmektedir.

Tüketicinin, tüketici kredisi sözleşmeleri içindeki konumunun korunmasına ilişkin olarak hem sözleşme öncesi hem de sözleşme sürecini kapsayacak şekilde birçok hukuk sistemi belirli kurallar ve kredi veren için belirli sorumluluklar belirlemiştir. İngiliz Hukuku da bu durumun ciddiyetini fark etmiş ve buna ilişkin önlemler almış olan ilk hukuk sistemlerinden biridir ve bu nedenle tüketici kredisi sözleşmeleri kapsamında İngiliz Hukuku önemli bir yere sahiptir.

IV. İNGİLİZ HUKUKUNDA TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMELERİ

Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında Birleşik Krallık sınırları içerisinde tüm dünyada olduğu gibi tüketici kredileri için büyük bir talep artışı ortaya çıkmıştır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere zaman içerisinde bu yoğun talebin tüketici konumunda yer alan bireyleri mağdur etmeyecek şekilde karşılanabilmesi için hukuki olarak çeşitli adımların atılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Birleşik Krallık içerisinde bu hukuki ihtiyaç, ortaya konan çeşitli uygulamaların sonunda 1974 yılında, CCA 1974'ün yürürlüğe girmesi ile net sonuca kavuşmuştur. Tüketici kredisi sözleşmelerinin İngiliz hukukunda günümüzde nasıl bir koruma alanı sağladığını görebilmek ve gelişen uygulamayı ve verilen önemi daha iyi anlayabilmek amacıyla bu kısımda öncelikle tüketici kredisi sözleşmelerinin nasıl bir tarihi süreçten geçtiği incelenecek, sonrasında CCA 1974'ün genel kapsamı, var olan uygulamalar için önemi ve yapılan 2006 değişiklikleri üzerinde durulacaktır.

A. Tüketici Kredisi Sözleşmelerine İlişkin Uygulamanın İngiliz Hukukundaki Tarihi Gelişimi

Toplumlarda ortaya çıktığı andan itibaren hep aynı adla anılmış olmasa da paranın insan hayatına karıştığı andan itibaren kredi kavramı farklı şekillerde tanımlanmıştır¹⁶. Belirli bir miktar borç

olarak kabul edileceği ilişkin açık bir düzenleme olmasa da ilgili kanun m.75'de kredi kartlarının da kapsama alınabileceği bir ilişki ifadesinde işlemin en az 100 en fazla 30000 İngiliz Sterlini olması kaydıyla kanun kapsamındaki korumalardan yararlanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kredi kartları da tüketici kredisi sözleşmeleri kapsamına alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK, Şebnem: "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(3), 2003, s.103-119; CEYLAN, Ebru: "Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 117, 2015, s.233-284; BISPING, Christopher: "The Case Against S.75 of the Consumer Credit Act 1974 in Credit Card Transactions", The Journal of Business Law, 2011, s.457-471.

¹² ATAMER, Yeşim M.: Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.11.

¹³ GOODE, İngiltere Tüketici Kredisi, s.29.

¹⁴ ZEVLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s.35-39.

¹⁵ ATAMER, s.14.

¹⁶ FINLAY, Steven: The Management of Consumer Credit Theory and Practice, 2.B, Palgrave Macmillan, 2010, s.2.

para verilmesi ve belirli bir süre sonrasında bunun belirli bir artı değer ile geri alınması olarak ifade edilebilecek bu uygulama birçok toplum ve din tarafından yasaklanmaya çalışılmıştır¹⁷. İngiliz Hukuku da bu soruna hukuk aracılığıyla çözüm arayan ilk hukuk sistemlerinden biri olmuştur.

1215 yılında ilan edilen Magna Carta¹⁸, günümüzde tüketici kredisi olarak adlandırılan uygulamanın ilk defa bir yasal metinde ifade edilmiş ve yasaklanmış haline ilişkin bir madde¹⁹ içermektedir. Bu madde, İngiliz Hukuku içerisinde tüketici kredi sözleşmelerine ilişkin ilk yaklaşımın göstergesi konumundadır ve sonrasında 1854 yılına kadar bu yasaklamaya ilişkin çeşitli hükümler ile değişiklikler getirilmiştir ve uygulamaya farklı bakış açıları kazandırılmıştır.

Magna Carta'nın ilanı ve 1854 yılları arasında aşırı faiz oranları üzerinde yasaklamaya ilişkin çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Magna Carta'da tamamen yasaklanan faiz, 1545 yılında Sekizinci Henry tarafından en fazla %10 olacak şekilde belirlenmiştir. Ancak bu karardan yedi yıl sonrasında, faiz uygulaması tekrar tamamen yasak hale getirilmiştir. Bundan sonra Birinci Elizabeth ile tekrar yasal hale getirilen faiz bir daha yasaklanmamış ancak oranlar yıllar içerisinde %5 ile %8 arasında değişiklik göstermiştir²⁰.

Kanun tarafından belirlenen en yüksek faiz oranı kısıtlamasının toplum içerisinde pazarlık imkanını kısıtladığı ve bu sınırlamadan dolayı ticari hayatın etkilendiği görüşleri nedeniyle 1854 yılında en yüksek faiz oranı için belirlenen sınır tamamen ortadan kaldırılarak, borç para alacak olan kişiler için oldukça korumasız bir uygulamanın ortaya çıkmasına izin verilmiştir²¹. Faiz oranı sınırlamasının ortadan kaldırılmasıyla toplum içerisinde daha serbest bir ticari hayatın oluşması ve bunun ekonomik açıdan katkı sağlaması beklenirken, beklenenin aksine kaldırılan limitler toplum içerisinde daha büyük kaosa sebebiyet vermiştir. Özellikle borç alanlar için içinde buldukları zor durumdan faydalanılan bir hal ortaya çıkmıştır. Bu soruna çözüm için ise faiz oranlarına ilişkin genel bir düzenleme ortaya koymaktan ziyade, faize ilişkin tartışmaların ilgili olabileceği uygulamalara dair düzenlemelerin içerisinde faiz sınırlamaları getiren hükümlerin eklenmesi yoluna gidilmiştir²². Ancak bu uygulama her farklı ilişkide farklı bir oranın ortaya çıkmasına sebep olduğu için, toplum içerisinde eşit olmayan uygulamaların şikâyet sebebi olmasına yol açmıştır²³.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında artan şehirleşme ve sosyal hayatın kazandığı önem neticesinde, maddi gücün yetmediği isteklerin karşılanması amacıyla paranın ödünç alınması, belirli mal ve hizmetlerin bir süre için kiralanması, elde edilen mal ve hizmetin bir satış sözleşmesinin temel yükümlülüğü olan bedelin taksitler halinde bir anda değil de zaman içerisinde mal veya hizmeti sağlayana ödenmesi gibi alternatif çözümler ortaya atılmıştır. Bunun için bankalarla ya da banka gibi hareket eden insanlarla bu amaca uygun sözleşme ilişkileri içerisine girilmeye başlanmıştır.

Tüketici konumunda olup bankalarla girdikleri sözleşmesel ilişki karşılığında yüklü miktarda ödeme yapan kişilerin korunması amacıyla Eylül 1968'te İngiliz İşçi Hükümeti bir komite oluşturmuş ve ilgili koruma durumuna ilişkin var olan hukuki düzenlemelerin incelenip belirli önerilerde bulunulmasını kararlaştırmıştır²⁴. 1971 yılında Crowther Raporu olarak adlandırılan, ekonomist Lord Geoffrey Crowther önderliğinde hazırlanan rapor²⁵ bu alana ilişkin var olan ihtiyacı ortaya koymuştur. Bu raporda tüketicilerin herhangi bir ilişki ile temelde belirli bir paranın ya da malın alınıp sonrasında belirli ödeme taksitleri içerisinde borçlanılmasını içeren tüm ilişkilerin bu kapsama alınması gerekliliği belirtilmiş ve kredi ilişkilerinde tüketicilerin korunması için tek bir hukuki metnin oluşturulması gerektiği önerisi yapılmıştır²⁶. Bu raporda yer alan önerinin sonucu olarak 1972 yılında hükümetin ticaret ve sanayi ile ilgilenen kolu, tüketici kredisi hukuku üzerine reform adıyla resmi bir rapor²⁷

¹⁷ DIAMOND, Aubrey L.: Commercial and Consumer Credit: An Introduction, Butterworth & Co, Londra, 1982, p.3.

¹⁸ Magna Carta, Büyük Ferman olarak Türkçe 'ye çevrilmiş günümüz anayasal metinlerin ilk örneği konumunda olan İngiltere'de imzalanmış hukuki niteliğe sahip bir belgedir. Bu belge ile ilk defa yönetimi elinden bulunduran kralın yetkilerinde belirli kısıtlamalara gidilmiş ve halka temel hak ve özgürlüklerin bir kısmı tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TURNER, Ralph V.: Magna Carta: Through The Ages, Pearson/Longman, 2003.

¹⁹ Bu maddede tüketici kredisinin günümüze gelinceye dek ortaya çıkmış hallerinden biri olan aşırı yüksek faiz uygulamasına ilişkin bir yasaklama ortaya konmuştur. Magna Carta m.16'da hiç kimsenin var olan toprak ya da şövalyelik borcundan dolayı daha yüksek miktarda bir hizmet vermesinin beklenemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İLAL, Ersan: "Magna Carta", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 34, 1968.

²⁰ DIAMOND, s.3-4.

²¹ DIAMOND, s.5.

²² DIAMONG, s.5.

²³ DIAMONG, s.5.

²⁴ KINDGREN, K. E.: "The Consumer Credit Act 1974: Its Scope", The Modern Law Review, 40(2), 1977, s.159.

²⁵ GREAT BRITAIN DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY: Consumer Credit: Report of the Committee, London: H.M.S.O., 4596, 1971.

²⁶ KINDGREN, s.159; DIAMOND, s.14.

²⁷ GREAT BRITAIN DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, White Paper, Reform of the Law on Consumer Credit, London: H.M.S.O., 5427, 1972.

yayımlanmış ve CCA 1974'ün ilk taslağı ortaya konmuştur²⁸.

B. Consumer Credit Act 1974 (CCA 1974)

CCA 1974, Birleşik Krallık içerisinde tüketici kredisi sözleşmesine ilişkin tarafların sözleşme öncesi görüşmeleri, sözleşme ilişkisine girme ve yürütme şekli, sözleşmelerin şekli ve içeriği, iptali, borç verenin bilgilendirme yükümlülüğü ve sözleşmenin feshi ve fesih uygulamasının prosedürleri gibi birçok alanı ayrıntılı şekilde düzenleyen ve Birleşik Krallık Parlamentosu tarafından onanmış bir kanun metnidir. 31 Temmuz 1974 tarihli orijinal metinde, parlamento tarafından CCA 1974'ün, Adil Ticareten Sorumlu Genel Müdürlük (Director General of Fair Trading)²⁹ tarafından yayımlanan ve kredi verme amacıyla olan tüccarlara ruhsat verilmesi ve kontrollerinin yapılması, kiralama ya da taksitle satın almaya ilişkin mal temini, faizciler, tefeciler ve taksitle satış tacirlerinin durumlarını ve işlemlerini düzenleyen mevcut yönetmeliklerin yerine ortaya konan yeni sisteme karşı tüketicilerin korunması amacıyla yayımlandığı belirtilmiştir. CCA 1974, on iki temel bölüm³⁰, yüz doksan üç madde ve beş tablodan oluşmaktadır ve genel olarak düşünüldüğünde; tüketici kredisi (Consumer Credit) ve tüketici lehine kiralama (Consumer Hire) sözleşmelerinin neredeyse her yönüyle düşünüldüğü bir kanun olma amacı taşımaktadır. CCA 1974, 2002 yılında Teşebbüs Kanunu (Enterprise Act)³¹ kapsamında kısmen ve 2006 yılında genel bazı değişiklikler geçirmesine rağmen hâlâ 1974 tarihli temel metin ile yürürlükte olan bir kanundur.

1. CCA 1974'ün Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması Açısından Önemi

Tüketicinin korunması kavramı son yıllarda tüm hukuk sistemlerinin en çok tartışılan ve üzerinde düzenleme yapılan alanlarından biri konumundadır. Bununla birlikte 2000li yıllardan başlangıcından itibaren özellikle AB temelli hukuk sistemlerinin, AB hukuku altında uyumlaştırılması ve ortak bir tüketici hukuku sistemi ortaya konması çalışmaları yapılmakta ve bunun ne denli yararlı olacağı üzerinde tartışmalar sürdürülmektedir³².

Türkiye'deki ve AB'deki duruma bakmak gerekirse, tüketicinin korunması ilişkin Türkiye'deki ilk uygulama 23.2.1995 tarihinde yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun³³ ile ortaya konmuştur. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri özelinde ise ilk hukuki düzenleme 22.05.2015 tarihli 29363 Sayılı Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği ile yapılmıştır. AB hukuku açısından ise tüketici kredilerine ilişkin olarak tüketicinin korunması meselesi başlı başına tartışılan bir konu olmuş ve buna ilişkin ilk yönerge³⁴ 1987 tarihinde kabul edilmiştir³⁵.

²⁸ Crowther Raporunda verilen tavsiyeye uygun olarak kredi ve benzeri konumda görülen tüm uygulamalar bir araya getirilmeye çalışılmıştır. Bu nedenle İngiliz Hukuku kapsamında kredi ilişkisi ile ilgili olan bütün hukuki metinler bir araya getirilmiş ve böylece hepsi için belirli ortak çözümlerin bulunabileceği düşüncesi hayata geçirilmiştir. Bunun için Faizciler Kanunu (Moneylenders Acts 1900 and 1927), Tefeciler Kanunu (Pawnbrokers Acts 1872 and 1960), Taksitle Satış Kanunu (the Hire-Purchase Act 1965) ve Taksitle Satışın Pazarlanması Kanunu (Advertisement of Hire-Purchase Act 1967) hükümleri ilgili oldukları ölçüde aynı bölümler altında düzenlenerek CCA 1974 içerisinde yer almışlardır. CCA 1974'ün yürürlüğe girmesinden sonra ise adı geçen tüm bu kanunlar mülga olmuşlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. FINANCE HOUSES ASSOCIATION, A Conference Report on the Practical Implications of the Crowther Report, 1971.

²⁹ 1974 tarihli kanun metninde bu şekilde ifade edilmiş olsa da bu kurum birçok kaynakta ve özellikle 2006 değişikliğini içeren metinde "Office of Fair Trading (OFT)" olarak da anılmaktadır.

³⁰ CCA 1974'ün On İki Temel Bölümü:

- 1) Adil Ticareten Sorumlu Genel Müdürlük,
- 2) Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Tüketici Lehine Kiralama Sözleşmeleri ve Bağlantılı İşlemler,
- 3) Kredi ve Kiralama İşletmelerinin Ruhsatlanması,
- 4) İşletmelerin Aranması,
- 5) Kredi ve Kiralama Sözleşmelerine Giriş,
- 6) Kredi ve Kiralama Sözleşmelerinin Geçerliliğine İlişkin Ortaya Çıkan Hususlar,
- 7) İhmal ve İptal,
- 8) Teminat,
- 9) Yargı Kontrolü,
- 10) Bağlı Kredi Kurumları,
- 11) Kanunun Uygulanması ve
- 12) Tamamlayıcı Hükümler.

³¹ PARLIAMENT OF THE UNITED KINGDOM, Enterprise Act 2002, Chapter (c.) 40.

³² REICH, Norberth: "From Minimal to Full to 'Half' Harmonisation", European Consumer Protection, (Ed. James Devenney, Mel Kenny), Cambridge University Press, Cambridge 2012, s.3.

³³ 1995 tarihli ilgili kanun 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile mülga olmuştur.

³⁴ EU DIRECTIVE, Council Directive for the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Consumer Credit, 22.12.1986, L 42/48.

³⁵ Zaman içerisinde gelişen teknoloji ve ortaya çıkan yeni ihtiyaçların da karşılanması amacıyla var olan yönerge üzerinde belirli değişikliklere gidilmiştir ve 2008 tarihinde yayınlanan yeni yönerge ile 1986 tarihli yönerge mülga olmuştur. Şu anda AB hukuku içerisinde tüketicilerin kredi sözleşmeleri kapsamında korunmasına ilişkin belirli hükümler içeren yönerge için

Türkiye’de tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin hukuki düzenleme ihtiyacının 2015 yılında karşılandığı ve hatta çok daha genel bir uygulama sağlayacak olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 1995 yılında yayımlandığı, AB hukuku bünyesinde tüketicinin korunmasına ilişkin kuralların uyumlaştırılması tartışmasının 2000’li yıllarda yapıldığı ve AB içerisinde tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin ilk hukuki metnin 1980’li yılların sonunda yayımlandığı bir konu üzerinde CCA 1974, benzerlerinden yaklaşık olarak on yıl önce bir tartışmadan çok daha fazlasını ortaya koyarak tüketiciler için büyük bir koruma mekanizması sağlamıştır.

Sonuç olarak, ilgili alanda ortaya konan ilk ve oldukça kapsamlı bir düzenleme olması CCA 1974’ün ne denli önemli olduğunu ve sonrasında ortaya konacak olan benzer hukuki metinler üzerinde örnek olmuş olduğunu göstermektedir. Tüketici kredisi sözleşmeleri içerisinde tüketicilerin korunması gerekliliğini fark edip bu alana ilişkin ilk düzenlemeleri yapmanın yanında tüketicilere tanıdığı sözleşmeden önce tam olarak bilgilendirilmiş olma, sözleşmenin imzalanması sonrasındaki süreçte sözleşmeden cayma gibi imkanlar ve kredi alana ve kredi verenlere ilişkin ortaya koyduğu çok geniş kontrol mekanizmaları ile CCA 1974, bu alanda önemli bir konumda yer almaktadır ve bu alanın gelişmesinde büyük bir katkıda bulunmuştur³⁶.

2. CCA 1974’ün Kapsamı ve Beş Temel İşlevi

On iki temel bölüm, yüz doksan üç madde ve beş tablodan oluşan CCA 1974, benzerleriyle karşılaştırıldığında oldukça geniş bir uygulama alanı için düzenlemeler içermektedir. Bu nedenle Kanun’un kapsamının ayrıntılı olarak ortaya konması bu çalışma için temel ihtiyaçlardan biridir.

CCA 1974’de sadece tüketici kredisi sözleşmelerini değil tüm tüketici kredisi türlerini kapsayacak boyutta beş temel işlev üzerinde düzenlemeler yapılmıştır. CCA 1974’ün metninden çıkarılan ve tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin ortaya konan her çalışmada vurgusu yapılan CCA 1974’ün beş temel işlevi; kredi verenlerin ve diğerlerinin haklarını kontrol etmek için bir lisanslama şeması yaratmak, kredi reklamcılığını kontrol etmek, sözleşme formlarını ve içeriğini kontrol etmek, sözleşmelerin ve teminatların uygulanmasını denetlemek ve mahkemelere yetki vermek olarak kabul edilmektedir³⁷.

Bir işletme olarak tüketici kredisi verebilmek ya da işletme olarak taksitle satış yapabilmek ya da bunlar gibi kredi ile ilgili olabilecek belirtilmiş işleri³⁸ yapabilmek için işletme adına bunu kullanacak kişi tarafından³⁹ bir lisans alınmış olması gerekmektedir. Bu gereklilik CCA 1974’ün 21. maddesinde açıklanmıştır. Lisanslamaya ilişkin düzenlemelerin ayrıntılı olarak düzenlendiği CCA 1974’ün üçüncü bölümünde bu lisansı verme yetkisi Adil Ticaretten Sorumlu Genel Müdürlüğü’ne verilmiştir. Bu müdürlük, ilgili kişinin lisansı almaya yeterli olup olmadığına karar verme, lisansı ilgili kişi adına verip onaylama ve gerekli olduğu hallerde lisansı askıya alma veya tamamen iptal etme yetkisine sahiptir.

CCA 1974’te düzenlenen ikinci temel işlev, işletmelerin krediler için ortaya koydukları reklamları kontrol etmektir. Bu işlev CCA 1974’ün dördüncü bölümünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir ve temel amaç olarak ortaya konan reklamların, reklam verenin sunduğu kredi veya kiralık tesislerin niteliğinin ve gerçek maliyetinin makul ve kapsamlı bir göstergesi olmasını sağlamak ve tüketicilere doğru bilgilerin iletilmiş olduğundan emin olmak olarak belirtilmiştir. Temel olarak, 1957 yılında yürürlüğe girmiş olan Taksitle Satışın Pazarlanması Kanunu⁴⁰ ile benzer hükümler bu kanun kapsamında düzenlenmiş olsa da CCA 1974, tüketici kredisinin pazarlanması konusunda çok daha katı kurallara sahip bir kanun olarak yorumlanmıştır⁴¹.

Bir diğer temel işlev ise ortaya konan tüketici kredisi sözleşmelerinin kontrol edilmesi üzerinde belirlenmiştir. Tüketici kredisi sözleşmeleri taraflar arasında büyük bir yükümlülük ortaya çıkaracağı için diğer kişisel sözleşmelerden daha farklı şekli yükümlülükler içermektedir. Bu nedenle sözleşmenin meydana getirilmesi ve sözleşmede belirlenen içerik açısından belirtilen yükümlülük ve

bkz. EU DIRECTIVE, Council Directive on Credit Agreements for Consumers and Repealing Council Directive 87/102/EEC, 23.04.2008, L 133/66.

³⁶ KINDGREN, s.160.

³⁷ DIAMOND, s.29.

³⁸ Hangi işlerin tüketici kredisi kapsamında bulunup benzer iş olarak kabul edildiği ve bu bağlamda lisansa ihtiyaç duyduğu, CCA 1974’ün 23. Maddesinde açıklanmaktadır.

³⁹ Lisans, CCA 1974’ün 22. Maddesine göre 2 farklı türde düzenlenebilmektedir. Bu türlerden daha genel olarak kabul edilen ve “standart licence” olarak anılan hali bireysel olarak kişi bazında verilen olandır. Oluşturulan lisansların büyük çoğunluğu bu türdedir. Diğer ve daha az görülen tür ise bir gruba verilen lisans türü ve “group licence” olarak adlandırılmıştır. İki tür de aynı yetkilere ve geçerlilik süresine sahiptir.

⁴⁰ Bu kanun yürürlükten kalkmıştır ve hükümleri Taksitle Satış Kanunu 1964 (Hire-Purchase Act 1964) içerisinde kendisine yer bulmuştur.

⁴¹ MCMANUS, John J.: “The Consumer Credit Act 1974”, British Journal of Law and Society, 2(1), 1975, s.72.

sorumlulukların kontrol edilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Sözleşmeye girmeden önceki aşamada müşteriye belirli bilgiler verilmiş olup olmadığı ve tüketici kredisi sözleşmelerinin biçim ve içeriğinin belirtilen kurallara göre düzenlenip düzenlenmediği, sözleşme imzalandıktan sonra çeşitli kopyaların müşteriye teslim edilip edilmediği, mesafeli olarak yapılan sözleşmelerde belirlenen bekleme süresi (cooling-off period) içerisinde tüketicinin iptal talebi varsa bunun yerine getirilip getirilmediği ve kanun kapsamında belirlenen temel hakların tüketiciye tanınıp tanınmadığı gibi hallerin kontrol edilmesi tüketicinin korunması amacı taşıyan bir kanuni düzenlemede mutlaka yer almalıdır görüşüyle hareket edilmiştir⁴². Bu nedenle kanun kapsamında bu şekilde temel bir işlev belirlenmiştir.

CCA 1974 kapsamında ortaya konan bir diğer temel işlev ise sözleşmesel ilişkinin uygulanmasını kontrol etmek üzerinedir. Sözleşmenin icra edilmesi aşamasında ortaya konan kuralların takibi ve özellikle tüketicinin ihlallerinden kaynaklanan belirli sorunların varlığında, tüketiciyi korumak amacıyla tüketiciye kanun tarafından tanınan hakların sözleşme ilişkisi içerisinde kendisine yer bulup bulmadığı ya da mahkemeye başvurulması gerekli hususların varlığında konunun mahkeme huzuruna taşınıp taşınmadığının incelenmesi için bu şekilde bir fonksiyon belirlenmiştir.

Kanun kapsamında belirlenen son işlev tüketici kredilerine ilişkin sorunların çözümü noktasında yargıya başvurulması ve bunlar için mahkemelere yetki tanınmasıdır. CCA 1974 kapsamında tüketici kredisi sözleşmeleriyle alakalı olarak ya da imzalanmış sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukların yerine getirilmesinin sağlanması için sözleşme taraflarına ekstra zaman tanıyabilecek ya da bazı hallerde sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıracak güç mahkemelere verilmektedir.

3. CCA 1974'te Düzenlenen Üç Temel Kredi İlişkisi Hali

Dünya üzerinde her gün bir yenisi eklenen sosyal ilişkiler ve bunların birbirinden farklı şekillerde tanımlanmaları ihtiyacını doğuran özellikleri, özellikle hukuki perspektiften bakıldığında oldukça karmaşık durumların ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Çünkü temel değerini iyi niyet kavramından alan her hukuki düzenleme, bu yeni sosyal ilişkileri kendilerine özgü durum ve özellikleri dikkate alarak değerlendirme manevi borcu altındadır. Tüketicinin mutlak korunması gereken alanlardan biri olan tüketici kredisi sözleşmelerinde her gün gelişen ve buna bağlı olarak ortaya çıkan farklı durumlar, iyi niyet ve tüketicilere karşı eşit ve adil davranma borcu altında olan kredi verenleri; işlemlerin ve ilişkilerin nasıl yorumlanabileceğini veya nelerin ortaya çıkabileceğini tahmin etmeleri açısından giderek zor bir duruma sokmaktadır⁴³.

CCA 1974, tüketici kredisi alanında var olan ilişkileri üç temel kategori altında değerlendirmiş ve var olan bir kredi ilişkisini bu üç kategoriden birine yerleştirerek, aynı kategori altındaki ilişkiler için kendi içerisinde aynı uygulamaları ortaya koyabilmeyi amaçlamıştır. Bu nedenle CCA 1974'ün ikinci bölümünde üç temel kredi ilişkisi Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Tüketici Lehine Kiralama Sözleşmeleri ve Bağlantılı İşlemler olarak belirlenmiştir. Her ne kadar bu çalışma tüketici kredisi sözleşmeleri üzerine ayrıntılı bir inceleme yapmayı amaçlıyor olsa da temel farkları ortaya koymak ve neden üçlü temel bir ayırım yapıldığını anlayabilmek adına diğer iki tür, temel özellikleriyle açıklanmaya çalışılacaktır.

a. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri

Tüketici kredisi sözleşmeleri CCA 1974'ün 8. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

“(1) Kişisel kredi anlaşması, bireysel olarak sözleşmesel ilişkiye giren bir kişi (“Borçlu”) ve diğer bir kişi (“Alacaklı”) arasında, alacaklının borçluya herhangi bir miktarda kredi sağlamasıyla ortaya çıkan bir anlaşmadır.

(2) Tüketici kredisi sözleşmesi, alacaklı tarafından borçluya £5.000'u⁴⁴ aşmayan bir kredi sağlanması ile ortaya çıkan bir kişisel kredi anlaşmasıdır.

(3) Tüketici kredisi anlaşması, bu kanunun 16. Maddesinde düzenlenen muaf tutulan sözleşmelerden⁴⁵ biri olmadığı takdirde kanunun anlamına uygun olarak düzenlenmiş anlaşmalardan biri olarak kabul edilmektedir.”⁴⁶

⁴² DIAMOND, s.30.

⁴³ ROSENTHAL, Dennis: Consumer Credit Law and Practice – A Guide, Bloomsbury Professionals Ltd, Sussex, 2013, s.5.

⁴⁴ Tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin finansal limit zaman içerisinde farklılık göstermiştir. CCA 1974'ün ilk metninde £5000 olarak belirlenen limit 1985 yılında £15000 ve 1998 yılında £25000 olarak güncellenmiştir ve bir sonraki başlıkta tartışılacak olan 2006 yılında CCA 1974 üzerinde yapılan değişiklikler ile bu limit tamamen ortadan kaldırılmıştır.

⁴⁵ Muaf tutulan sözleşmeler CCA 1974'ün 16. Maddesinde düzenlenmektedir ve 2006 yılında CCA 1974 üzerinde yapılan değişiklikler ile bu muafiyet hallerine yenileri eklenmiştir. CCA 1974 kapsamındaki tüm muaf tutulan sözleşmelere ilişkin ayrıntılı inceleme çalışmanın ikinci bölümünde yapılacaktır.

⁴⁶ (1) A personal credit agreement is an agreement between an individual ("the debtor") and any other person ("the creditor") by which the creditor provides the debtor with credit of any amount.

(2) A consumer credit agreement is a personal credit agreement by which the creditor provides the debtor with credit not exceeding £5,000.

CCA 1974 kapsamında verilen tanım üzerinden tüketici kredisi sözleşmeleri için var olan sözleşme tarafları ve sözleşme konusu üzerindeki ülke hukukları arasında yapılan genel tartışma açısından İngiliz Hukukunun genel kabullerini açıklamak gerekirse, bu noktada İngiliz Hukuku içerisinde kredi veren taraf için gerçek ya da tüzel kişi ayırımı yapılmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Kredi konusu, sadece para ile sınırlı tutulmamıştır ve CCA 1974 içerisinde açıklandığı üzere nakit olarak verilen paraları ve finansal ödünç uygulamalarının diğer hallerini içermektedir. Verilen tanımlamadan anlaşılacağı üzere, CCA 1974’ün kredi alan taraf için kapsamı bireyler ile sınırlıdır. CCA 1974, tüccarlar ve limitet şirketler gibi tüzel kişiler arasında yapılan kredi veya kiralama sözleşmeleri için geçerli değildir.

Madde tanımlamasında dikkat çeken bir diğer husus, üçüncü fıkra hükmünde kanunun anlamına uygun olarak düzenlenmiş anlaşmaların tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edileceğinin belirtilmesidir. Bu tür anlaşmalar içerisinde dahil edilebilecek birçok anlaşma türü bulunmaktadır. Örnek vermek gerekirse; taksitle satış anlaşması, şarta bağlı satış anlaşması, perakende satış kredisi anlaşması, kişisel banka hesaplarında limit aşımı, yenilenebilen krediler, arazi ipoteği, kredi kartları, rehin anlaşmaları, veresiye hesapları, özel mağazalarda oluşturulan bütçe hesapları bu kanun hükmünde tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşme türleridir⁴⁷.

Yukarıda sayılan sözleşme ilişkilerinin nasıl ortaya çıktığı düşünüldüğünde anlaşılacağı üzere; ilgili maddenin birinci fıkra hükmünde yer alan “*Borçluya herhangi bir miktarda kredi sağlaması*” ifadesi ortaya konan sözleşmenin tüketici kredisi sözleşmesi olabilmesi için anlaşma anında kredi veya diğer mali gereklerin verilmiş olması anlamına gelmez. Bir kredi limitini kabul etmek ile bu sözleşmesel ilişki kurulabileceği gibi, gelecekte finansal bir hak sağlamak için verilen bir taahhüt de aynı tanım dahilindedir⁴⁸.

Bu alanda en büyük tartışma Taksitle Satış Anlaşmalarının bu kapsama alınmış olmasından kaynaklanmaktadır. Türkçe çevirisi ile fark edilmese de İngiliz Hukuku içerisinde isminden kaynaklı olarak bu anlaşma türünün tüketici lehine kiralama sözleşmesi olduğu yanlışlığına düşülmektedir. Çünkü tüketici lehine kiralama sözleşmesi “*Consumer Hire Agreement*” olarak adlandırılırken taksitle satış anlaşması “*Hire-Purchase Agreement*” olarak adlandırılmaktadır⁴⁹. Ancak taksitle satış sözleşmesi CCA 1974’ün 9. maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça tüketici kredisi olarak sayılmıştır⁵⁰.

b. Tüketici Lehine Kiralama Sözleşmeleri

Tüketici lehine kiralama sözleşmeleri CCA 1974’ün 15. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “(1) Bir tüketici lehine kiralama sözleşmesi, bir kişi ile bir diğer bireysel kişi (“kiracı”) tarafından yapılan, ariyet için veya (İskoçya’da) kiracıya malların kiralınması için yapılan bir sözleşmedir ve bu sözleşme;

- (a) bir taksitle satın alma anlaşması değildir ve
- (b) üç aydan daha uzun bir süre için belirlenebilir olmalıdır ve
- (c) kiracının £5.000’u aşan ödemeler yapmasını şart koşmaz.

(2) Tüketici kiralama sözleşmesi, muaf tutulan sözleşmelerden biri olmadığı takdirde bu kanunun anlamına uygun olarak düzenlenmiş anlaşmalardan biri olarak kabul edilmektedir.”⁵¹

Bu sözleşme ilişkisi ihtiyaç duyulan bir malın, ekonomik açıdan satın alınmasının mümkün olmadığı bir durumda elde edilebilmesi sonucunu ortaya çıkarıyormuş gibi görünse de temel noktada tüketici kredisi sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Çünkü burada sözleşmenin kiralayanı tarafında

(3) A consumer credit agreement is a regulated agreement within the meaning of this Act if it is not an agreement (an “exempt agreement”) specified in or under section 16.

⁴⁷ KINDGREN, s.163-165; FENTEM, Ross/WALKER, Lucy: *Crunching Credit Agreements: Forms, Formalities and Reformation in Consumer Credit Practice*, Guildhall Chambers, 2008,, <http://www.guildhallchambers.co.uk/files/theConsumerCreditActThePitfallsPracticalitiesLWRF.pdf>, (Erişim: 12.03.2022), s.3; EDMONDS, Timothy: “Consumer Credit Regulation”, Briefing Paper of House of Commons Library, 06842, 2014, s.5. Tüm bu anlaşma türleri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. FINLAY, Steven: *Consumer Credit Fundamentals*, İkinci Bası, Palgrave Macmillan, Londra 2009, s.11-24.

⁴⁸ GOODE, Royston Miles: “The Consumer Credit Act 1974”, *The Cambridge Law Journal*, 34(1), 1975, s.84.

⁴⁹ FINLAY, *Consumer Credit Fundamentals*, s.17-18.

⁵⁰ Taksitle satış sözleşmesi, CCA 1974 kapsamındaki tanımlamasıyla bir borçlunun satın almak istediği bir mal veya hizmetin bedelinin bir kısmını ilk taksiti ödeyerek mal üzerinde varlık elde ettiği ya da hizmeti gördüğü ve mal veya hizmetin bedelinin diğer kısmını, alacaklı ile yapılan bir sözleşmeye uygun olarak belirli bir süre veya dönem boyunca belirlenen faiz oranını içerecek şekilde, eşit taksitler halinde ödenmesi durumunu düzenleyen sözleşmedir.

⁵¹ (1) A consumer hire agreement is an agreement made by a person with an individual (the “hirer”) for the bailment or (in Scotland) the hiring of goods to the hirer, being an agreement which-

- (a) is not a hire-purchase agreement, and
- (b) is capable of subsisting for more than three months, and
- (c) does not require the hirer to make payments exceeding £5,000.

(2) A consumer hire agreement is a regulated agreement if it is not an exempt agreement.

bulunan kişiye elde edilmiş olan malın belirtilen süre içerisindeki kullanımı karşılığı bir ödeme yapılmaktadır. Bu ödeme kiracıya herhangi bir mülkiyet kazandırmaz ya da söz konusu mal üzerinde bir aynı hak talebi ortaya çıkarmaz⁵². Tüketici lehine kiralama sözleşmesinde temel amaç ortaya çıkmış olan ihtiyacını var olan ekonomik durumu ile karşılayamayan bireylere, belirli süre için bedelini ödeme yoluyla ilgili malı kiralayıp ihtiyacın ortadan kalkmasını sağlamaktır. Taraflar arasındaki ilgili sözleşme kiralayana, kullanım sonrasında ya da ödenen kira bedelleri karşılığında malı satın alabilme imkânı içeriyor ya da ihtimali tanıyorsa bile bu sözleşme, tüketici lehine kiralama sözleşmesi olmayacak ve CCA 1974'ün ilgili hükümlerine tabi olmayacaktır. Bu nedenle 15. maddede özel olarak £5.000 vurgusu yapılmıştır. Eğer bu sözleşme tüketici kredisi sözleşmesi kategorisine girecekse £5.000 sınırlaması dikkate alınacak; ancak eğer tüketici lehine kiralama sözleşmesi kategorisine girecekse bu sözleşme için böyle bir sınırdan⁵³ bahsedilmeyecektir.

Tüketici kredisi sözleşmesi için CCA 1974 ile getirilen meblağ sınırlaması ile tüketiciye sağlanmaya çalışılan koruma, tüketici lehine kiralama sözleşmesinde kendine süre açısından yapılan bir düzenleme ile yer bulmuştur. CCA 1974'ün 15. maddesine göre taraflar arasında düzenlenen tüketici lehine kiralama sözleşmesinin tüketici istediği müddetçe üç aydan kısa bir süre ile sınırlı tutulmaması gerekliliği belirtilmiştir. Burada taraflar arasında belirlenen ödeme periyodundan ayrı olarak kiralama ilişkisinin net olarak üç aydan daha kısa süre için yapılamayacağı sonucu çıkmaktadır. Taraflar istediği müddetçe sözleşmesel ilişki üç aydan kısa da sürebilir; bunun için bir yasaklama hali söz konusu değildir. Ancak sözleşme içerisinde bu sürenin tarafların isteği doğrultusunda uzatılabileceği hükmü yer almalıdır. Bu şekilde ilgili maddenin birinci fıkraya hükmüne aykırı bir sonuç ortaya çıkmamış olacaktır⁵⁴.

c. Bağlantılı İşlemler

Bağlantılı İşlemler, CCA 1974'ün 19. maddesinde tanımlanmıştır ve CCA 1974'ün düzenlemeye tabi tuttuğu sözleşmelerin ötesine geçmekte ve üçüncü taraflarla yapılan sözleşmelerdeki hak ve yükümlülükleri etkilemektedir⁵⁵. Bu nedenle doğrudan bir sözleşme ilişkisi ortaya koymasa da var olan başka işlemleri kanun kapsamındaki tanımlanmış sözleşmelere ilişkin hükümlere dahil ettiği için bu başlık altında incelenme ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. Bu maddeye göre:

“(1) Borçlu ya da kiracı tarafından veya onlarla ilgili bir kişi tarafından herhangi bir diğer kişi ("diğer taraf") ile yapılan, şu anda geçerli olan ya da ileriye yönelik olarak tasarlanmış, taraf güvenliğinin sağlanması konusu dışında, kanunun anlamına uygun olarak düzenlenmiş anlaşmalardan ("Ana Sözleşme") biriyle ilgili işlemler;

(a) İşlem ana sözleşmenin vadesi ile uyumlu hale geliyorsa, veya

(b) Ana sözleşme bir borçlu-alacaklı-tedarikçi sözleşmesi ise ve işlem ana sözleşme tarafından finanse edilmiş ya da edilecekse, veya

(c) Diğer taraf 2. Fıkra da belirtilen kişilerden biriye ve bu belirtilen kişi işlemi borçluya, kiracıya veya onlarla ilgili kişiye önermesiyle işlem başlıyorsa ve bu kişiler;

i) Alacaklı veya mal sahibinin ana sözleşmeye girmesine neden oluyorsa, veya

ii) Ana sözleşme ile ilgili başka bir amaç için hareket ediyorsa, veya

iii) Asıl sözleşmenin finanse edilmiş ya da edilecek olan bir işlem ile alakalı olan sınırlı kullanımlı kredi anlaşması olduğu bir durum söz konusu ise bu durumda ilgili işlem bağlantılı işlemidir.

(2) Birinci fıkranın (c) bendinde atıfta bulunulan kişiler şöyledir:

(a) alacaklı veya mal sahibi veya iştirakçisi;

(b) İşlemin görüşülmesinde, temel anlaşma için öncül görüşmelerde müzakereci olan bir kredi komisyoncusu tarafından temsil edilen kişi;

(c) işlem başlatıldığında, ana sözleşmenin yapıldığını ya da yapılabileceğini düşünen bir kişi.

(3) Anlaşmanın yapılmasından önce girilen bağlantılı bir işlem, sözleşme yapıldığı zamana kadar herhangi bir etki ortaya çıkarmamaktadır.”⁵⁶

⁵² DIAMOND, s.33.

⁵³ İlgili meblağ sınırlaması hükmü CCA 1974 üzerinde yapılan 2006 değişiklikleri sonrasında, tüketici kredisi sözleşmeleri için var olan sınırlamanın ortadan kaldırılmasıyla birlikte önemini yitirmiştir.

⁵⁴ GOODE, The Consumer Credit Act 1974, s.87.

⁵⁵ HELLWEGE, s.735.

⁵⁶ (1) A transaction entered into by the debtor or hirer, or a relative of his, with any other person ("the other party"), except one for the provision of security, is a linked transaction in relation to an actual or prospective regulated agreement (the "principal agreement") of which it does not form part if—

(a) the transaction is entered into in compliance with a term of the principal agreement; or

(b) the principal agreement is a debtor-creditor-supplier agreement and the transaction is financed, or to be financed, by the principal agreement; or

(c) the other party is a person mentioned in subsection (2), and a person so mentioned initiated the transaction by suggesting it to the debtor or hirer, or his relative, who enters into it—

(i) to induce the creditor or owner to enter into the principal agreement, or

Oldukça geniş bir alanı kapsayacak şekilde tanımlanmış olan bağlantılı işlemler, kredi sözleşmeleri üzerinde zaten geniş bir etki alanı ortaya koyan CCA 1974’ün etki alanını daha da geniş boyuta getirmektedir. Çünkü CCA 1974’ün korumaya çalıştığı konunun anlamına uygun olarak düzenlenmiş anlaşmalar ile ilgili olabilecek, bu anlaşmalar öncesinde ya da sonrasında yapılmış olan alakadar başka işlemler de bu sayede kanunun kapsamı içerisine dahil edilmiştir. İlgili kredi sözleşmesi CCA 1974 kapsamında tüketici kredisi sözleşmesi ya da tüketici lehine kiralama sözleşmesi olarak tanımlanabiliyorsa, bağlantılı işlemler de o sözleşme çerçevesinde değerlendirilecek ve ilgili hükümlere tabi olacaktır⁵⁷.

4. 2006 Yılında CCA 1974 Üzerinde Yapılan Değişiklikler

CCA 1974, zaman içerisinde özellikle ortaya çıkan yeni finansal hizmetler ve gelişen teknoloji sonucu belirli noktalarda revizyona ihtiyaç duymaya başlamıştır. Örnek vermek gerekirse, CCA 1974 metninde online olarak yapılacak herhangi bir işleme ilişkin hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte şu an herkes tarafından birden fazla banka üzerinden verilen kredi kartları yaygın olarak kullanılırken, 1974 yılı baz alındığında kredi kartları çok az kullanımında olan bir araçtı⁵⁸ ve CCA 1974 kredi kartlarına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Ortaya çıkan bu düzenleme ihtiyacını gidermek adına, CCA 1974 metni üzerinde belirli temel değişiklikler yapılması ve uygulamanın zamanın özelliklerine uygun ve tüketici kredisi sözleşmeleri alanında var olan her tür uygulamaya hizmet edecek hale getirilmesi fikri ortaya çıkmıştır.

2001 yılında Ticaret ve Endüstri Genel Sekreterliği CCA 1974’ün gözden geçirildiği ve buna bağlı olarak bir rapor hazırlığı içerisinde olduğunu bildirmiş ve 2003 yılında “Adil, Açık ve Rekabetçi - 21. Yüzyıl Tüketici Kredisi Piyasası” adıyla resmi rapor⁵⁹ yayımlanmıştır. Bu raporda açıkça ifade edildiği üzere, kanun üzerinde değişiklik yapılması mutlak ihtiyaç olmuştur ve iki aşamalı bir değişim öngörülmüştür. Birinci aşama olarak 2004 ve 2005 yıllarında ikincil mevzuat konumunda olan yönetmelikler ile belirli alanlarda değişiklik yapılmıştır⁶⁰ ve 2006 yılında ise değişimin ikinci ve temel aşaması olarak tüketici kredisine ilişkin birincil mevzuat konumunda kabul edilen CCA 1974 metni için değişiklikler içeren Tüketici Kredisi Kanunu 2006 (Consumer Credit Act 2006)⁶¹ 30 Mart 2006 tarihinde onaylanarak yürürlüğe girmiştir. İlgili tüm değişikliklerin yürürlük kazanması için Nisan 2007’den başlayarak Ekim 2008 sonuna kadar bir süre belirlenmiş ve sırayla tüm değişiklikler geçerlilik kazanmıştır.

CCA 2006 yetmiş bir madde ve dört tablodan oluşmaktadır ve bu kanunun her maddesinde CCA 1974 metni üzerinde hangi maddede değişiklik yapıldığı net olarak belirtilerek yeni düzenleme hali ortaya konmuştur.

CCA 2006; CCA 1974’e kredi veren tüketicilere daha kapsamlı koruma sağlamak ve daha adil ve rekabetçi bir kredi piyasası oluşturmak için önemli reformlar getirmiştir. Tüm yetmiş bir maddeyi açıklamak mümkün olmasa da ortaya çıkan değişikliklerin temel noktaları aşağıdaki gibi sıralanabilir:

• CCA 1974 metninde £5.000 olarak belirlenen ve zaman içerisinde £15.000 ve son olarak £25.000 olarak belirlenen tüketici kredisi sözleşmeleri için belirlenmiş olan finansal limit, CCA 2006’nın 2. maddesi ile ortadan kaldırılmıştır. Bundan sonra finansal değeri ne olursa olsa borçlu

(ii) for another purpose related to the principal agreement, or

(iii) where the principal agreement is a restricted-use credit agreement, for a purpose related to a transaction financed, or to be financed, by the principal agreement.

(2) The persons referred to in subsection (1)(c) are—

(a) the creditor or owner, or his associate;

(b) a person who, in the negotiation of the transaction, is represented by a credit-broker who is also a negotiator in antecedent negotiations for the principal agreement;

(c) a person who, at the time the transaction is initiated, knows that the principal agreement has been made or contemplates that it might be made.

(3) A linked transaction entered into before the making of the principal agreement has no effect until such time (if any) as that agreement is made.

⁵⁷ KINDGREN, s.172.

⁵⁸ FENTEM/WALKER, s.1.

⁵⁹ SECRETARY OF STATE FOR TRADE AND INDUSTRY OF THE UNITED KINGDOM, Fair, Clear and Competitive The Consumer Credit Market in the 21st Century, 2003.

⁶⁰ Bu iki yıl içerisinde temel olarak tüketici kredisi ile alakalı görülen belirli alanlarda bazı yönetmelikler yürürlüğe girmiştir. Tüketici Kredisi (Muhtelif Değişiklik) Yönetmeliği 2004 (The Consumer Credit (Miscellaneous Amendments) Regulations 2004), Tüketici Kredisi (Elektronik İletişim) Kararı 2004 (Consumer Credit (Electronic Communications) Order 2004), Tüketici Kredisi (Reklam) Yönetmeliği 2004 (Consumer Credit (Advertisements) Regulations 2004, Tüketici Kredisi (Anlaşmalar) (Değişiklikler) Yönetmeliği 2004 (Consumer Credit (Agreements) (Amendment) Regulations 2004) bu alana ilişkin değişiklikler içeren yönetmeliklerden birkaçıdır.

⁶¹ PARLIAMENT OF UNITED KINGDOM, Consumer Credit Act 2006, Chapter 14.

tarafın tüketici olduğu kredi sözleşmeleri CCA 1974 kapsamına girecek ve tüketici kredisi sözleşmesi olarak anılıp buna ilişkin hükümlere tabii olacaktır.

• CCA 1974 ile bireyler (individuals) üzerinde bir koruma mekanizması ortaya koymayı amaçlanmıştır ve hem tüketici kredisi sözleşmesi hem de tüketici lehine kiralama sözleşmesi tanımlanırken tüketici olan borçlu ve kiracı taraf için birey vurgusu yapılmıştır. CCA 1974’ün 189. maddesinde bireyin tanımı yapılırken bu kavramın “Basit ortaklıkları ya da tam olarak kurumsal olmayan, tüzel kişilik kazanmamış diğer organlar”⁶²ı da kapsadığı belirtilmiştir. CCA 2006 ise 1. maddesinde bu kavrama yeni ve daha geniş bir tanımlama sunmaktadır. Kendi hesabına çalışan tüccar, iki veya üç kişiden oluşan kurumsal olmayan ortaklıklar ve tüzel kişiliği olmayan tüm adi ortaklıklar bu kapsama alınmıştır⁶³.

• Kredi ve kiralama işletmelerinin ruhsatlanması konusunda da temel bazı değişiklikler yapılmıştır. Ruhsatlama ile ilgilenen Adil Ticaret Ofisinin⁶⁴ yetkileri de CCA 2006 ile genişletilmiştir. Bu yetkiler arasına özel soruşturma, izleme yetkileri ve ilgili kuruluşlara ceza verebilme yetkileri eklenmiştir⁶⁵.

• Borçluların haksız ilişkileri ortaya çıkarıp bunlara karşı daha kolay şekilde meydan okuyabilmeleri amacıyla, bu durumu kanıtlamaya yarayacak şekilde düzenlenmiş olan yeni bir ölçüm şekli ortaya konmuştur.

• CCA 2006, kanunun kapsamını belirlemek için kullanılan muaf tutulan sözleşmelere iki yeni muafiyet hali daha eklemiştir.

Birleşik Krallık ekonomik büyümesinin seviyesini yukarı çekebilmek için önemli bir adım olarak kabul edilen bu değişiklikler hem daha rekabetçi hem de daha adil bir finans piyasası oluşturmak için yukarıda açıklanan temel değişiklikler ile tüketici kredisi piyasasında önemli bir işlev kazanmıştır⁶⁶.

Sonuç olarak, tüketici kredisi piyasası uzun yıllardır tüm dünyada olduğu gibi Birleşik Krallık’ta da oldukça büyük tartışmaların merkezinde bulunmaktadır ve bu alana uygun çözümler bulunabilmesi için birçok farklı uygulama ortaya konmuştur. Şu anda yürürlükte olan temel metin düşünüldüğünde bu alana ilişkin olarak oldukça geniş bir uygulama imkânı, üç temel ilişki olan tüketici kredisi sözleşmeleri, tüketici lehine kiralama sözleşmeleri ve bağlantılı işlemler üzerinden yürütülmeye çalışılmaktadır.

V. TÜRK HUKUKUNDA TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMELERİNİN KAPSAMI

Tüketici kredisi sözleşmelerine Türk Hukuku uygulaması üzerinden bakılacak olursa, Türkiye Cumhuriyeti’nin kurulması, var olan ekonomik sıkıntılar, Türkiye’nin 1940-55 yılları arası siyasi olarak uluslararası boyutta karşılaştığı zorluklar derken Türk Hukuku için tüketici odaklı kavramların önem kazanmasının zaman aldığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Ancak zaman içerisinde artan tüketim ve dolayısıyla ortaya çıkan ihtiyaçların finansman desteğine ihtiyaç duyulması ile birlikte Türk Hukuku içerisinde de tüketici kredisi sözleşmeleri kendisine yer bulmuş ve gerekli düzenlemelerin yer aldığı 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) 1995 yılında yayımlanmıştır. Böylece tüketici kredisi sözleşmesi kavramı net olarak Türk hukuku içerisinde yer almaya başlamıştır. Günümüzde ise 2013 yılında yayımlanıp 28.05.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK içerisinde tüketici kredisi sözleşmesine ilişkin genel düzenlemeler ortaya konmuştur ve 29363 sayılı Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği ile de gerekli ayrıntılar açıklığa kavuşturulmuştur.

6502 sayılı TKHK Türk hukuku adına tüketicilerin korunması anlamında yürürlükte olan en geniş düzenleme olma özelliği taşımaktadır. Birinci maddesi kapsamında temel amaç olarak hem tüketicilerin hem de kamu yararının korunmasının gözetileceğini özellikle belirten⁶⁷ bu Kanun, uluslararası boyuttaki uygulamaları takip ediyor oluşu ile de ayrı bir öneme sahiptir.

6502 sayılı TKHK içerisinde mülga kanuna kıyasla çok daha geniş bir kredi tanımlamasıyla karşılaşılmaktadır. Mülga kanun içerisinde sadece nakit olarak verilen paralar tüketici kredisi sözleşmesinin konusunu oluşturabilirken, TKHK m.22 kapsamında, nakit para dışında farklı finansman

⁶² Individual “includes a partnership or other unincorporated body of persons not consisting entirely of bodies corporate”.

⁶³ SLAUGHTER AND MAY, Consumer Credit Act 2006: Amendments to the Consumer Credit Act 1974, 2008,, <https://docplayer.net/21517977-Consumer-credit-act-2006-amendments-to-the-consumer-credit-act-1974-slaughter-and-may-october-2008.html>, (Erişim: 12.03.2022), s.4.

⁶⁴ CCA 1974 kapsamında Adil Ticaretten Sorumlu Genel Müdürlüğü olarak anılan kurum CCA 2006 itibarıyla Adil Ticaret Ofisi olarak anılmaya başlamıştır.

⁶⁵ SLAUGHTER AND MAY, s.5-9.

⁶⁶ SECRETARY OF STATE FOR TRADE AND INDUSTRY OF THE UNITED KINGDOM, s.4.

⁶⁷ AYDOĞDU, Murat: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayrıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2013, s.2.

şekillerinin de tüketici kredisi kapsamına alındığı anlaşılmaktadır.

Genişleyen tüketici kredisi sözleşmesi kapsamıyla birlikte tüketicinin bu alanda korunmasına ilişkin olarak yeni bazı önlemlerin alınması 6502 sayılı TKHK ile sağlanmıştır. Mülga kanun kapsamında sözleşmenin tüketici aleyhine değiştirilememesi hali var olsa da yeni kanun içerisinde bu duruma ayrı bir hükümde düzenleme getirilmiş ve faiz özel durumuna ilişkin olarak ayrı bir fıkra hükmüne yer verilmiştir⁶⁸. Bu durumla birlikte mülga kanun kapsamında bulunmayan sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü, cayma hakkı, bağlı krediler hususları üzerinde de açıklamalara yer verilmiştir. Her ne kadar mülga kanunda sözleşme içeriği ve şekil şartları, erken ödeme ve temerrüt gibi hallere ilişkin açıklamalarda bulunulmuş olsa da tüm bu durumlar yeni kanun içerisinde ayrıntılandırılmış ve tüm uygulamaların tek bir madde altında değil, ayrı başlıklar altında düzenlenmesi ve ilgili yerlerde yönetmelik ile ayrıntılı açıklamalarda bulunulması ile tüketici kredisi sözleşmeleri uygulaması sınırları daha belirgin bir hale getirilmiştir.

6502 Sayılı TKHK kapsamında sadece tüketici kredisi sözleşmelerini değil tüm tüketici işlerini kapsayacak boyutta beş temel işlev üzerinde düzenlemeler yapılmıştır. Bu temel işlevler TKHK'nin kapsam ve amacını ortaya koyan maddeleri doğrultusunda anlaşılmaktadır ve hepsi temel olarak tüketicinin korunması hususuna yönelik olarak varlık göstermektedir. Bu beş temel işlev tüketicinin sağlık, güvenlik ve ekonomik çıkarlarını korumak, tüketicinin oluşan zararlarının tazminini sağlamak, tüketiciyi aydınlatmak ve bilinçlendirmek, tüketicilerin kendilerini koruyucu önlemleri almalarını sağlamak ve tüketicinin korunmasına ilişkin politikaların ve örgütlenmelerin ortaya çıkmasına vesile olmaktadır.

Türk Hukuku için tüketicinin korunmasına ilişkin uygulamaların temel olarak tek bir kanun altında birleştirilmesi yolu tercih edilmiş ve gerekli olduğu noktalarda daha ayrıntılı uygulamalara ilişkin olarak yönetmeliklerin oluşturulması yoluyla ilgili uygulamanın açıklığa kavuşturulması sağlanmıştır. Bu tercihe göre 6502 sayılı TKHK ile tüm tüketici işlemlerini ve sözleşmelerini kapsayacak genel düzenlemeler ortaya konmuş ve kanun içerisinde tüketicilerin özellikle konularının belirginleştirilmesi gereken ve korunmalarına ilişkin özel uygulamaların ortaya konması gereken sözleşmelere ilişkin olarak belirli bölümler düzenlenmiştir. Kanunun dördüncü kısmında sayılan bu sözleşmeler sırasıyla taksitle satış, tüketici kredileri, konut finansmanı, ön ödemeli konut satışı ve diğer tüketici sözleşmeleri olarak beş farklı bölüm içerisinde incelenmektedir.

Türk Hukuku kapsamında tüketici kredisi sözleşmeleri TKHK m.22-31 hükümleri arasında düzenlenmektedir. Tüketici kredisi sözleşmeleri için TKHK içerisinde tüketicileri koruyucu nitelikte birçok düzenleme yer almaktadır. Tüketicinin sözleşme öncesinde bilgilendirilmesi, cayma hakkı, sözleşmede tüketici aleyhine olacak şekilde değişiklikler yapılamaması, erken ödeme ve buna bağlı indirim talep edebilme imkânı ve temerrüt bu düzenlemelerin en temel örnekleridir.

Tüketici kredisi sözleşmeleri için ülke hukukları içerisinde yukarıda da açıklandığı üzere tarafların kimler olduğu ve sözleşmenin konusu üzerinde tartışmalar yapılmaktadır. Bu tartışılan temel konulara Türk Hukuku açısından bakılacak olursa bu noktada kredi verenin ve tüketicinin gerçek veya tüzel kişi olması üzerindeki tartışmada Türk Hukuku için böyle bir ayırımın söz konusu olmadığını söylemek gerekecektir. Ancak kredi veren konumunda yer alabilmek için TKHK m.3'e uygun olarak kredi verenin kendi mevzuatı gereği kredi vermeye yetkilendirilmiş bir banka veya başka bir finansman kuruluşu ya da tüketiciye kredi vermeyi iş edinmiş kişi olması gerekmektedir⁶⁹.

Kredi sözleşmesinin konusuna ilişkin tartışma üzerinde ise Türk hukukunun konumu tüketici kredisi sözleşmelerinin sadece nakit para üzerinde yürütülemeyeceğine ilişkin olarak belirlenmiştir. Ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verence tüketiciye verilen ya da verme taahhüdünde bulunulan bütün içerikler tüketici kredisi sözleşmelerinin konusunu oluşturabilmektedir⁷⁰.

Sonuç olarak; tüketicilerin, tüketici kredisi sözleşmelerinin taraflar arasındaki ilişkisinden ortaya çıkan doğal sonuç gereği sözleşmenin zayıf tarafı olduğu ve hukuk eliyle bu sözleşme ilişkisi içerisinde korunmaya ihtiyaç duyduğu, birçok ülke hukuku tarafından kabul edilen bir gerçektir ve üzerine birçok çalışma yapılmaktadır. Bu sonuca ulaşmada hem süregelen; tüketicinin, tüketici kredisi sözleşmeleri kapsamında sözleşme serbestisi ilkesinden olumsuz yönde etkilendiği düşüncesi hem de zaman içerisinde ortaya çıkan ve tüketici üzerindeki olumsuz etkileri gözlemlenmeye başlanan

⁶⁸ YENER, Mehmet Deniz: "6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler", Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, 7(13), 2015, s.410.

⁶⁹ ASLAN, İ. Yılmaz: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Dördüncü Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2014, s.373-375; İNAL, H. Tamer: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s.708; KARA, s.1166; ATAMER, s.25.

⁷⁰ ASLAN, s.376; KARA, s.1170.

üreticiler arasındaki rekabetin varlığı ve pazarda ortaya çıkan hakim durumun kötüye kullanılması hali, teknolojik gelişmeler ve tüketiciler için ortaya çıkan bilgi eksiklikleri, internetin gücü ve pazarlama yöntemlerindeki çeşitliliğin artması durumları etkili olmaktadır.

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Birçok ülke hukuku tüketici kredisi sözleşmeleri kapsamında tüketiciler için koruma mekanizmaları ortaya koymayı bir gereklilik olarak kabul etmekte ve bu alanda hukuki düzenlemeler ortaya koymaktadırlar. Tüketici kredisi sözleşmeleri özelinde düzenlemeler ortaya koyan bu ülkeler arasında Birleşik Krallık ve Türkiye de bulunmaktadır. Bu kapsamda İngiliz Hukukunda CCA 1974 ve Türk Hukukunda 6502 sayılı TKHK birincil kaynak görevi görmektedir.

CCA 1974, oldukça geniş ve tüketici kredisi sözleşmeleri içerisinde ortaya çıkabilecek birçok probleme çözüm bulacak boyutta bir uygulama hali ortaya koymaktadır. Tüketici kredisi verecek kurumların lisanslanması, kredi reklamcılığı, tüketici kredisi sözleşmesinin şekli içeriği ve kontrolü, tüketici kredisi sözleşmelerinin uygulanması esnasında ortaya çıkacak problemler ve gerekli yerlerde yargı yoluna başvuru gibi birçok alana ilişkin düzenleme içermektedir.

Türk Hukuku içerisinde TKHK ise doğrudan tüketici kredisi sözleşmelerine yönelik düzenlenmiş olan bir kanun olmamakla birlikte içerisinde Türk Hukuku kapsamında tüketici kredisi sözleşmelerinin temel uygulamasına ilişkin birçok önemli düzenleme içermektedir.

Sonuç olarak; İki ülke hukuku üzerinden inceleme yapıldığında iki ülke uygulamasının da tüketici kredisi sözleşmelerine yönelik önemi vurgulayacak içerikte ve temel olarak AB direktiflerine uygun düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Ancak İngiliz Hukuku içerisinde bu uygulamalar 1974 yılında ortaya konmuş iken Türk Hukuku kapsamında TKHK metni 2014 yılında yürürlüğe girmiştir. Böyle bir konsepti hem Türkiye hem de diğer dünya ülke hukuklarına göre oldukça erken bir tarihte tartışan ve oldukça koruyucu ve kapsayıcı içerikte bir kanun haline getiren İngiliz Hukuku için ortaya çıkan en ciddi problem özellikle CCA'nın yayınlandığı 1974 yılı sonrası teknoloji ve internet ile hem insan hayatının hem de her tür ilişkinin değişip boyut atlaması olmuştur. Bu nedenle CCA 1974 hem çağın gereklerini yakalamak hem de AB direktiflerine uygun düzenlemeler içermek için sürekli bir değişim içerisinde olmak durumundadır. Ortaya çıkan değişimler ve eklenen hükümler ile içerdiği uygulamaların yer yer yararsız kalması riskiyle de karşı karşıyadır. TKHK ise bu noktada güncelleme ayak uydurabiliyor olsa da İngiliz Hukuku düzenlemesiyle kıyaslanacak olursa çerçeve bir metin görünümünde kalmaktadır. Tüketicinin bu alanda korunmasına büyük bir hizmet veriyor olduğu açıktır ancak gelişmeye ihtiyaç duyan ve daha geniş düşünülmesi gereken alanlar içerdiği de yadsınamaz bir gerçektir. CCA 1974 içerdiği oldukça ayrıntılı düzenlemelerle TKHK uygulamasının düşünmesi gereken fakat es geçtiği birçok noktayı açıklığa kavuşturmuş durumdadır.

İki ülke hukuku kapsamında da kredi kavramı tüketici kredisi sözleşmeleri kapsamında nakit olarak verilen paraları ve ortaya çıkabilecek diğer finansal ödünç uygulamalarını ifade etmektedir. Ancak elde edilen bu çıkarım Türk Hukuku içerisinde net bir tanım halinde ortaya konmuş değildir. Var olan bu karışıklığı gidermek adına temel bir kredi kavramı belirlenmesi ya da her uygulama için ortaya konan kendi özelindeki kredi kavramının ilgili uygulama metni içerisinde tanımlanması yolu tercih edilebilir.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

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

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

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

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

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

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Şebnem: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(3), 2003, s.103-119.
- ASLAN, İ. Yılmaz: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Dördüncü Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2014.
- ATAMER, Yeşim M.: Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- AYDOĞDU, Murat: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2013, s.1-62.
- BISPING, Christopher: “The Case Against S.75 of the Consumer Credit Act 1974 in Credit Card Transactions”, The Journal of Business Law, 2011, s.457-474.
- CEYLAN, Ebru: “Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yenilikler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 117, 2015, s.233-284.
- DIAMOND, Aubrey L.: Commercial and Consumer Credit: An Introduction, Butterworth & Co, Londra, 1982.
- DUKIC MIJATOVIC, Marijana/GONGETA, Sanja: “Consumer Credit in European Union”, European Scientific Journal, 2014, s.410-420.
- EDMONDS, Timothy: “Consumer Credit Regulation”, Briefing Paper of House of Commons Library, 06842, 2014.
- EU DIRECTIVE, Council Directive for the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Consumer Credit, 22.12.1986, L 42/48.
- EU DIRECTIVE, Council Directive on Credit Agreements for Consumers and Repealing Council Directive 87/102/EEC, 23.04.2008, L 133/66.
- FENTEM, Ross/WALKER, Lucy: Crunching Credit Agreements: Forms, Formalities and Reformation in Consumer Credit Practice, Guildhall Chambers, 2008,, <http://www.guildhallchambers.co.uk/files/theConsumerCreditActThePitfallsPracticalitiesLWRF.pdf>, (Erişim: 12.03.2022).
- FINANCE HOUSES ASSOCIATION, A Conference Report on the Practical Implications of the Crowther Report, 1971.
- FINLAY, Steven: Consumer Credit Fundamentals, İkinci Bası, Palgrave Macmillan, Londra, 2009. (Consumer Credit Fundamentals).
- FINLAY, Steven: The Management of Consumer Credit Theory and Practice, İkinci Bası, Palgrave Macmillan, Londra, 2010.
- GOODE, Royston Miles: Consumer Credit, A. W. Sijthoff International Publishing, Londra, 1978.
- GREAT BRITAIN DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY: Consumer Credit: Report of the Committee, London: H.M.S.O., 4596, 1971.
- GREAT BRITAIN DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, White Paper, Reform of the Law on Consumer Credit, London: H.M.S.O., 5427, 1972.
- HELLWEGE, Phillip: “Consumer Protection in Britain in Need of Reform”, Cambridge L.J., 63(3), 2004, s.712-742.
- İLAL, Ersan: “Magna Carta”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 34, 1968, s.210-242.
- İNAL, H. Tamer: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- KARA, İlhan: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, İstanbul, 2015.
- KARAKOCALI, Ahmet/KURŞUN, Ali Suphi: Tüketici Hukuku, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2015.
- KINDGREN, K. E.: “The Consumer Credit Act 1974: Its Scope”, The Modern Law Review, 40(2), 1977.
- MCMANUS, John J.: “The Consumer Credit Act 1974”, British Journal of Law and Society, 2(1), 1975.
- PARLIAMENT OF THE UNITED KINGDOM, Enterprise Act 2002, Chapter (c.) 40.
- PARLIAMENT OF UNITED KINGDOM, Consumer Credit Act 2006, Chapter 14.
- REICH, Norberth: “From Minimal to Full to ‘Half’ Harmonisation”, European Consumer Protection, (Ed. James Devenney, Mel Kenny), Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- ROSENTHAL, Dennis: Consumer Credit Law and Practice – A Guide, Bloomsbury Professionals Ltd, Sussex, 2013.
- SECRETARY OF STATE FOR TRADE AND INDUSTRY OF THE UNITED KINGDOM, Fair, Clear and Competitive The Consumer Credit Market in the 21st Century, 2003.
- SLAUGHTER AND MAY, Consumer Credit Act 2006: Amendments to the Consumer Credit Act 1974, 2008, <<https://docplayer.net/21517977-Consumer-credit-act-2006-amendments-to-the-consumer-credit-act-1974-slaughter-and-may-october-2008.html>>, (Erişim: 12.03.2022).
- TURNER, Ralph V.: Magna Carta: Through The Ages, Pearson/Longman, 2003.
- YENER, Mehmet Deniz: “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, 7(13), 2015, s.409-436.
- ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayın, Ankara, 2004.

İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE YÖNELİK AVRUPA BİRLİĞİ “PAY SAHİPLERİNİN HAKLARI II DİREKTİFİ” HÜKÜMLERİ VE TÜRK SERMAYE PİYASASI MEVZUATININ DİREKTİF HÜKÜMLERİNE UYUM DURUMU

PROVISIONS ON RELATED PARTY TRANSACTIONS IN EU “SHAREHOLDER RIGHTS DIRECTIVE II” AND THE STATUS OF COMPLIANCE OF THE TURKISH CAPITAL MARKET LEGISLATION WITH THE DIRECTIVE PROVISIONS

M. Aslı KÜÇÜKGÜNGÖR*  

Makale Bilgi

Gönderi: 25/04/2022
Kabul : 27/06/2022

Anahtar Kelimeler

AB Şirketler Hukuku,
Halka Açık Şirketler,
İlişkili Taraf İşlemleri,
(EU) 2017/828 Direktifi
(Pay Sahipleri Hakları
Direktifi II).

Article Info

Received: 25/04/2022
Accepted: 27/06/2022

Keywords

EU Company Law,
Public Companies,
Related Party
Transactions,
Directive
(EU)2017/828
(Shareholder Rights
Directive II).

Özet

Halka açık anonim şirketlerin ilişkili taraflarla gerçekleştirdiği işlemler, ilişkili tarafın şirkete ait bir değeri kendi malvarlığına aktarması sonucunu doğurabileceğinden, şirket ve pay sahiplerinin menfaatlerini zarara uğratabilmektedir. Bu nedenle yapısı gereği menfaat çatışması içeren ilişkili taraf işlemlerinin hukuki zeminde düzenlenmesi gerekliliği oluşmuştur. Şirket kontrolünü elinde tutmaya bağlı fırsatçılığı önlemek üzere, ilişkili taraf işlemlerinin yoğunluğuna bağlı olarak farklı birçok hukuki teknik geliştirilmiştir. Bu kapsamda 2017 yılında AB tarafından 2007/36/EC Direktifi'nde [Pay Sahipleri Hakları Direktifi'nde (Shareholder Rights Directive/SRD)], değişiklik yapan (EU)2017/828 Direktifi [(Pay Sahipleri Hakları Direktifi II (Shareholder Rights Directive II/ SRD II)] yürürlüğe girmiştir. Anılan düzenlemede yer alan hususlardan biri olan m.9(c)'de ilişkili taraf işlemleriyle ilgili olarak kamuyu aydınlatmaya ve söz konusu işlemlerin onaylanmasına ilişkin olarak özel bir usul takip edilmesine dayanan bir sistem kabul edilmiştir. Türk hukukunda ilişkili taraf işlemlerinin yol açacağı menfaat çatışmalarına bağlı olarak halka açık ortaklığın malvarlığının azalmasına yol açabilecek işlemlerin önlenmesi amacıyla, anılan işlemler Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) ve ikincil düzenlemeler aracılığıyla özel bir düzenlemeye konu olmuş, bu tür işlemlerin gerçekleştirilmesi bazı özel kurallara bağlanmıştır. Bahsi geçen düzenleme, Türkiye'nin AB adaylık süreci kapsamında, müzakereye açık olan Şirketler Hukuku faslının konularından birini oluşturmaktadır. Bu çalışmada, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin olarak AB'nin Pay Sahipleri Hakları Direktifi II ve Türk sermaye piyasası mevzuatında yer alan düzenlemeler karşılaştırmalı olarak incelenmiş, SPKn ile öngörülen sistemin Direktif hükümleriyle ne ölçüde uyumlu olduğu ve anılan sistemde Direktif'in ihtiyari bıraktığı konularda hangi yaklaşımların benimsendiği değerlendirilmiştir.

Abstract

In public companies the transactions conducted with the related parties can result in the transfer of corporate assets to the related parties. Therefore, it became a necessity for the regulators to introduce balancing rules regarding related party transactions (RPT) which by nature contain conflict of interest. In order to prevent the opportunism arising from holding control in the company, various legal techniques are developed due to the intensity of the transactions. In this regard in 2017 the Directive (EU)2017/828 (Shareholder Rights II Directive/ SRD II) has been adopted by the EU which amends the Directive 2007/36/EC (Shareholder Rights Directive/SRD). Among the amendments of the SRD II, Article 9(c) implements a new regime based on public disclosure and approval mechanism for the RPT in public companies. In Turkish Law in order to prevent transactions causing the decrease of assets of a public company due to the conflict of interest caused by the RPT, these transactions are specifically regulated by the Capital Market Law (CML) and its secondary legislation, a specific set of rules and procedures are foreseen in the aforementioned rules. Within the scope of the EU candidacy period of Turkey, these rules are among the subjects under Company Law chapter which is open to negotiations. In this work the provisions on RPT in Shareholder Rights Directive II and Turkish capital market legislation are examined in a comparative manner, the alignment level of CML rules and the approach adopted in Turkish system for the issues that are set as optional in the Directive are evaluated.

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

* Dr., Sermaye Piyasası Kurulu Başuzmanı.

Atf Şekli | Cite As: KÜÇÜKGÜNGÖR M. Aslı, “İlişkili Taraf İşlemlerine Yönelik Avrupa Birliği “Pay Sahiplerinin Hakları II Direktifi” Hükümleri ve Türk Sermaye Piyasası Mevzuatının Direktif Hükümlerine Uyum Durumu”, İnÜHFD, 13(1), 2022, s.237-254.

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

EXTENDED SUMMARY

In public companies the transactions conducted with the related parties can result in the transfer of corporate assets to the related parties. Therefore, it became a necessity for the regulators to introduce balancing rules regarding related party transactions (RPT) which by nature contain conflict of interest. In order to prevent the opportunism arising from holding control in the company, various legal techniques are developed due to the intensity of the transactions. In 2017 the Directive (EU)2017/828 (Shareholder Rights II Directive/ SRD II) has been adopted by the EU which amends the Directive 2007/36/EC (Shareholder Rights Directive/SRD)). Among the amendments of the SRD II, Article 9(c) implements a new regime based on public disclosure and approval mechanism for the RPT in public companies.

In Turkish Law in order to prevent transactions causing the decrease of assets of a public company due to the conflict of interest caused by the RPT, these transactions are specifically regulated by the Capital Market Law (CML) and its secondary legislation, a specific set of rules and procedures are foreseen in the aforementioned rules. Within the scope of the EU candidacy period of Turkey, these rules are among the subjects under Company Law chapter which is open to negotiations. In this work the provisions on RPT in SRD II and Turkish capital market legislation are examined in a comparative manner, the alignment level of CML rules and the approach adopted in Turkish system for the issues that are set as optional in the Directive are evaluated.

Implementing legal requirements related to RPT is seen as a necessity due to the unfair consequences of RPT for the shareholders that do not hold the control of the company. Also the law systems where RPT are common are not attractive for investors or less preferred by them. Therefore, in addition to company law related concerns, regulating this area is also important to fulfill the needs of the capital markets. In order to prevent the opportunism arising from holding control in the company various legal tools have been developed for designing the decision making power among investors and controllers. Widely chosen approach is to allow such transactions on certain conditions and with limitations rather than totally preventing them.

The main argument on the method of limiting RPT is to decide who will evaluate the unfairness of the RPT and whether the timing of this evaluation should be before or after the transaction. The most demanding way to regulate this issue is the mandatory requirement of approval of the shareholders that do not hold the control of the company (the majority of the minority) in the general meeting.

Requiring the approval of the independent board members is introduced as another method which is less costly, faster and potentially involves competency compared to convening a general meeting. However, in this method, although the controllers seem to be ineffective on the decision makers, in practice they may have factual control over them. In that case, the risk of ineffectiveness arises on the side of the directors.

Another method consists of public disclosure of the RPT after they are conducted through the financial reports of the company that are prepared on a mandatory basis via national or international accounting standards. Finally, the evaluation of the RPT by the courts of regulatory authorities is suggested in order to distinguish the unfair RPT that causes harm for the company and non-controlling shareholders.

SRD II has been implemented in 2017 after a long period of debates and discussions due to the objections of the member states on many issues. It should be mentioned that the implemented directive contains softened provisions compared to the prepared draft proposal. The draft set specific thresholds for material transactions and required a mandatory system of disclosure, preparation of fairness report by independent third party and approval by the general meeting upon the exceeding of a certain threshold mentioned in the proposal. The enacted directive, however, gives optional choices to the member states within the RPT procedure for the authorised organ of the company to decide on the transaction (It can be general meeting or the board of directors) and the procedure of the decision making mechanism as well as giving member states the discretion on setting of materiality the criteria within guided provisions. Fairness report is also not set as mandatory (depending on member state, an independent report may have to be published assessing whether the transaction is fair and reasonable from the company's perspective and for the other shareholders). Consequently, SRD II, as a minimum harmonisation directive, gives member states a wide range of choices on implementation into national laws.

RPT rules have been introduced via CML and its secondary legislation in 2014. It should be mentioned that the implemented Turkish rules in principle reflect the draft proposal that was recent at the time of the enactment of CML. Accordingly, with respect to the optional issues that are left to the discretion of the member states, such as approval by the general meeting, CML provisions are demanding. In this regard:

-In general terms, the Turkish capital market rules related to RPT have been implemented in line with the Directive. Parallel to the Directive, definition of the RPT is based on Turkish International Accounting Standards which are fully in line with the International Accounting Standards since 2006. Also, in line with the directive detailed public disclosure rules are set at every stage of the RPT.

-According to the Directive, the disclosure rules and specific procedure set in Art. 9 (2-3-4) of the SRD II are applied to the RPT of the company. Under Turkish regulation these rules are applied to RPT of both the company and its subsidiaries. According to the RPT procedure that is set in the Turkish capital market regulations public disclosure along with the fairness report is required for individual RPT exceeding the %5 of the assets, revenues or the company value which is disclosed in the latest yearly financial statements. When the RPT expected to exceed the threshold of 10% compared to the same criteria, a board decision is required. If the majority of the independent directors do not approve the decision, RPT must be approved by the general meeting.

- For the common and ongoing RPT (which are described as fulfilled or to be fulfilled at least two times in one year accounting period) a different procedure is applied compared to the individual RPT. When the amount of the common and ongoing RPT is expected to exceed the %10 of the regulated threshold, a public disclosure is made along with the preparation of a fairness report. If the majority of the independent directors do not approve the transaction, rather than approval by the general meeting, making a public disclosure which contains the disapproval reasons is found sufficient in the regulation.

-Under the CML, Capital Markets Board is openly authorised to identify the transactions that are within the scope of the RPT regime. Depending on this authorisation, application of the same set of rules for the common and ongoing RPT as well as individual RPT would be in line with the aim of the Directive.

I. GİRİŞ

Halka açık anonim şirketlerde, ilişkili taraflarla gerçekleştirilen işlemler, şirkete ait değerlerin ilişkili taraflara aktarılması suretiyle, şirketin ve işleme taraf olmayan diğer pay sahiplerinin menfaatlerinin zarar görmesi tehlikesi taşımaktadır. Buna bağlı olarak, son yıllarda ilişkili taraf işlemleri, dünya çapında yatırımcıların ve kanun koyucuların dikkatini çeken önemli bir konu olmuştur¹. Bu kapsamda 2017 yılında Avrupa Komisyonu tarafından, borsaya kote şirketlerde pay sahiplerinin belirli haklarının kullanımına ilişkin 2007/36/EC sayılı Direktif (Pay Sahipleri Hakları Direktifi (Shareholder Rights Directive), kısaca SRD)'te², pay sahiplerinin uzun vadeli katılımının desteklenmesi hakkındaki 2017/828 sayılı Direktif (Pay Sahipleri Hakları Direktifi II (Shareholder Rights Directive II), kısaca SRD II/Direktif)³ aracılığıyla önemli bazı değişikliklere gidilmiştir. Anılan değişiklikler kapsamında borsa şirketlerinde ilişkili taraf işlemlerinin önceden gözetime tabi tutulmasına yönelik yeni bir rejim öngörülmüştür. Bahsi geçen rejim uyarınca, borsaya kote şirketlerin önemli nitelik arz eden ilişkili taraf işlemleri öncesinde bu işlemlerin adil biçimde gerçekleştirildiğine ilişkin olarak şirkete bilgi verilmesi, genel kurul veya yönetim kurulu ya da her ikisi tarafından söz konusu işlemlerin gerçekleşmesi öncesinde bir değerlendirmeye tabi tutularak onaylanmasını içeren bir prosedür uygulanması gerekmektedir.

Türk hukukunda ilişkili taraf işlemleri Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) ve ikincil düzenlemeler aracılığıyla özel bir düzenlemeye konu olmuştur. Bahsi geçen düzenlemelerde ilişkili taraf işlemlerinin yol açacağı menfaat çatışmalarına bağlı olarak, halka açık ortaklığın malvarlığının azaltılmasına yol açabilecek işlemlerin önlenmesi amacıyla, bu tür işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için bazı özel kurallar öngörülmüştür. Bu çalışmanın konusunu, ilişkili taraf işlemlerine yönelik SRD II hükümleri ve Türk sermaye piyasası mevzuatının anılan düzenlemeye uyum durumunun incelemesi oluşturmaktadır. Bu çerçevede öncelikle ilişkili taraf işlemlerinin düzenlenme ihtiyacının nasıl ortaya çıktığı ele alınarak, bu işlemlere karşı geliştirilen yöntemler açıklanacaktır. Ardından AB'nin ilişkili taraf işlemlerine yönelik rejimi kapsamında SRD II'nin ilişkili taraf işlemlerinde karar alma prosedürü ve kamuyu aydınlatmada benimsenen yaklaşımı ortaya konulacaktır. Son olarak, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin SPKn sistemi, SRD II çerçevesinde düzenleme konusu olan hususlar ile karşılaştırılabilir olarak incelenecek, Türk sermaye piyasası mevzuatının Direktif hükümleriyle ne ölçüde uyumlu olduğu ve Direktif'te ihtiyari bırakılan konularda hangi yaklaşımların benimsendiği değerlendirilecektir.

II. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN DÜZENLENME İHTİYACI

A. Yönetim Yetkisinin Devri ve Menfaat Çatışması

Pay sahipliği ve şirket kontrolünün ayrıştırılması, diğer bir deyişle pay sahiplerinin şirkette sahip oldukları karar alma yetkilerinin kendi aralarında bazı pay sahiplerine ya da bir veya birden çok yöneticiye devredilmesi, özellikle Anglo-Amerikan hukukunda çok ortaklı borsa şirketlerinin doğal niteliklerinden birini oluşturmaktadır. Şirketi yönetme yetkisi, pay sahiplerince, şirketi kimin yöneteceğine ilişkin alınan bir karar aracılığıyla açık biçimde verilebilir. Bunun yanında yatırımcıları, çoğunluk payına başka yatırımcıların sahip olduğu şirketten kendilerine şirket kontrolü sağlamayan pay edinebilir⁴. Yönetim yetkisinin devri, şirkette etkin karar alınması ve uzmanlaşmanın avantajlarından faydalanma amacı taşımaktadır. Yatırımcılar, yeterli fona sahip olmakla birlikte, şirketi yönetecek yetenek, bilgi ve girişimcilik vizyonuna sahip olmayabilir. Yöneticiler ve girişimciler, diğer bir deyişle şirketi kontrol⁵ edenler ise, yetenek ve vizyon sahibi olmakla birlikte yeterli mali kaynak eksikliği içinde bulunabilir. Bu durumda şirketi yönetenlerin şirket menfaati veya kendi menfaati lehine hareket edip etmediği veya şirkete ait yönetsel ve stratejik kararların şirketin uzun vadeli değerinin maksimize edilmesine yönelik verilip verilmediği hususlarında yatırımcıların yeterli bilgi ve

¹ OECD, Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights, OECD Publishing, 2012, s.9, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264168008> (Erişim: 16.02.2022).

² Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies [OJ L 184, 14.7.2007].

³ Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement (Text with EEA relevance) [OJ L 132, 20.5.2017].

⁴ ENRIQUES, Luca/TRÖGER, Tobias Hans, The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions: An Introduction, European Corporate Governance Institute (ECGI)-Law Working Paper No. 411/2018, 2018, s.2, <https://ssrn.com/abstract=3214101> (Erişim: 15.02.2022).

⁵ Farklı sistemlerde “kontrol” veya “hâkimiyet” kavramlarının esas alındığı görülmektedir. Hâkimiyet ve kontrol kavramlarının karşılaştırılması için bkz. OKUTAN NILSSON, Gül: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009, s.81-84.

tecrübeye sahip olmaması, şirket yönetiminin profesyonel yöneticilere verilmesi neticesinde ortaya çıkan en önemli sorunu oluşturmaktadır⁶.

Diğer taraftan, genellikle aileler tarafından kontrol edilen blok pay sahipliği yapısının baskın olduğu kıta Avrupası'nda, çoğunluktaki blok pay sahibinin şirket üzerinde hâkimiyet kurmasını önlemek ihtiyacı ortaya çıkmaktadır⁷. Bu ülkelerde ilişkili taraf işlemleri bakımından doğrudan ya da dolaylı olarak menfaat sahiplerini koruyan rejimler öngörülmüş olup, düzenlemeler temelde yatırımcının korunması kapsamında ele alınmıştır⁸.

B. Kontrole Bağlı Özel Menfaatler ve İlişkili Taraf İşlemleri

Şirketle veya onun iştirak veya bağlı ortaklıklarıyla adil olmayan sözleşme ilişkilerine girilmesi suretiyle, şirkete ait değerlerin kaçırılması ve bu şirketten haksız özel maddi menfaatler kazanılması söz konusu olduğunda, şirketi kontrol edenler ya doğrudan kendileri yapılan işlemin tarafı olmakta veya grup şirketleri, yakınları vb. aracılığıyla dolaylı olarak şirketle işlem yapmaktadır. Bu nedenle anılan işlemler ilişkili taraf⁹ işlemi olarak nitelendirilmektedir. İlişkili taraf işlemleri menfaat çatışması içermektedir¹⁰.

Şirkette kontrolü elde tutanların kendi menfaatleri ile şirketin veya pay sahiplerinin menfaatlerinin çatışması durumunda, şirketi kontrol edenlerin kendi lehine fırsatçı davranışlarını kısıtlamak üzere şirketler hukuku kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır¹¹. Çoğunlukla, yönetsel fırsatçılık, şirkete veya pay sahiplerine ait olan değerlerin şirket kontrolünü elinde bulunduranlara aktarılması şeklinde ortaya çıkmakta ve bu durum “Tünel Açma” (*Tunneling*) olarak nitelenmektedir¹². Tünel açma sonucunda şirketten çekilen değerler ise kontrole bağlı özel maddi menfaatler olarak bilinmektedir¹³. Şirket kontrolüne sahip olanlar anılan menfaatleri bir defada veya sonunda yüksek meblağlara ulaşan bir seri işlemle gerçekleştirebilmektedir¹⁴.

Şirket kontrolünü elde tutmaya bağlı olarak elde edilen özel menfaatler, esasen kontrol sahiplerinin diğer yatırımcılarla orantılı olarak paylaşmadığı tüm menfaatleri içermektedir. Bunlar, büyük bir şirketin başında olmaya bağlı prestij ve politik güç veya sonraki nesillere değerli bir miras bırakılacak olması gibi, parasal nitelikte olmayan faydalar olabilmektedir¹⁵. Şirketin kontrolünün devlet elinde olması durumunda bahsi geçen özel menfaatler, kamu görevlilerine veya seçilmiş

⁶ ENRIQUES/TRÖGER, s.2. Bu durum, yatırımcılar üzerindeki “Vekâlet Maliyeti” (*Agency Costs*) olarak nitelendirilmektedir: CHEFFINS, Brian R.: “History and the Global Governance Revolution: The UK Perspective”, S.J. Berwin Professor of Corporate Law, Faculty of Law University of Cambridge, March 2001, s.14, <http://ssrn.com/abstract=262805> (Erişim: 17.02.2022); CHEFFINS, Brian R.: “Putting Britain on the Roe Map: The Emergence of the Berle-Means Corporation in the United Kingdom”, Revised draft of a paper presented at the 1999 Tilburg Conference on Convergence and Diversity in Corporate Governance Regimes and Capital Markets, February 2000, s.6, <http://ssrn.com/abstract=218655> (Erişim: 17.02.2022); DAVIES, Paul: Introduction to Company Law, Oxford University Press, Second Edition, 2010, s.110.

⁷ LAGA, Hilde/ PARREIN, Floris: “Corporate Governance in a European Perspective”, The European Company Law Action Plan Revisited (eds: Geens, K./Hopt, K.J.), Leuven University Press, Leuven, Belgium 2010, s.101; MANAVGAT, Çağlar: “Örtülü Kazanç Aktarımının Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 31(1), 2015, s.95.

⁸ MANAVGAT, Örtülü Kazanç Aktarımı, s.95: CANKAT, Rifat: Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s.160-161.

⁹ ENRIQUES, “İlişkili taraf” teriminin, şirketle kol mesafesi (*arms lenght*) olarak tabir edilen bir pazarlık sonucunda adilane bir anlaşma yapmak yerine, şirkete karar alma yetkisine sahip kişiler üzerindeki etkilerine bağlı olarak, şirketle kendilerine daha iyi olanaklar sağlayan sözleşmeler aktedebilen kişileri nitelemek üzere kullanılan bir terim olduğunu açıklamaktadır: ENRIQUES, Luca: “Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (With a Critique of the European Commission Proposal)”, October 3, 2014, European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper No: 267/2014, s.2, <https://ssrn.com/abstract=2505188> (Erişim: 15.02.2022).

¹⁰ ENRIQUES/TRÖGER, s.4.

¹¹ ENRIQUES/TRÖGER, s.3.

¹² “Tünel Açma” terimi JOHNSON vd. tarafından şirket kaynaklarının şirketi kontrol eden pay sahibine (çoğunlukla şirketin üst düzey yöneticisi) aktarılması olarak tanımlanmıştır: JOHNSON, Simon/LAPORTA, Rafael/LOPEZ-DE-SÍLANES, Florencio/SHLEIFER Andrei: “Tunneling”, American Economic Review, 90(2), May 2000, s. 22. Anılan terim daha sonra ATANASOV vd. yazarlarca nakit akımları, varlıklar ve pay unsurlarına yönelik olarak tasnif edilmiştir. Bkz. ATANASOV, Vladimir/BLACK, Bernard/CICCOTELLO, Conrad.: “Law and Tunneling”, Journal of Corporation Law, 37, 2011, s.5-9; KARACAN, Ali İhsan: “İlişkili Taraf İşlemleri Üzerine–Giriş ve Bir Tarama”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 3(10), 2014, s.67-69.

¹³ ENRIQUES/TRÖGER, s.4.

¹⁴KANG, Sang Yop: “Optimally Restrained Tunneling: The Puzzle of Controlling Shareholders” ‘Generous’ Exploitation in Bad-Law Jurisdictions”, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper No: 410/2018, s.2-3.

¹⁵ BARCLAY, Michael J./HOLDERNESS, Clifford G.: “Private Benefits of Control in Public Corporations”, Journal of Financial Economics, 25(2), 1989, s.374.

politikacılara politik menfaatler olarak yansıyabilmektedir¹⁶. Sonuç olarak, menfaat çatışmaları daha geniş bir işlem ve durum yelpazesini kapsamaktadır. Bazı ilişkili taraf işlemleri ayrıca “tünel açma” sonucunu da doğurabilmektedir. Ancak “tünel açma”, daha geniş bir kapsama sahip olup, ilişkili taraf işlemi dışında menfaat çatışması sonucunda da oluşabilmektedir¹⁷.

C. İlişkili Taraf İşlemlerine Karşı Geliştirilen Yöntemler

1. Genel Olarak

İlişkili taraf işlemleriyle ilgili olarak, pek çok hususta fayda maliyet analizi sonucunda kanun koyucular tarafından denge sağlayıcı kuralların öngörülmesi gerekliliği elzem olmuştur. Sorunun merkezinde, şirketi kontrol eden kişi veya kişilerin, esasen şirketin pay sahipleri tarafından paylaşılması gereken şirkete ait değerlerin şirketten kaçırılması riski yatmaktadır. Bu değerlerin şirket dışına çıkarılması amacıyla çeşitli yöntemlere başvurulmaktadır. Bu konudaki en yaygın yöntem, şirket kontrolünü elinde tutan kişi veya kişilerin şirketle bir hukuki işlem gerçekleştirmesidir. Şirketin sürekli faaliyetleri çerçevesinde bu yöntemin uygulanma riski sıkça ortaya çıkmakta ve şirketle yapılan söz konusu işlemlerin adilliklerinin değerlendirilmesi üçüncü kişiler bakımından çok güç olmaktadır¹⁸.

İlişkili taraf işlemlerinin şirket kontrolünü elinde tutmayan pay sahipleri bakımından adaletsiz sonuçlar doğurabilmesi nedeniyle, bu alanda hukuki bir düzenleme gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bunun yanı sıra ilişkili taraf işlemlerinin çok karşılaşıldığı hukuk sistemleri, pay yatırımı yapacak küçük yatırımcılar bakımından cazip olmamakta veya bu işlemlere daha az rastlanılan hukuki rejimlere göre daha az tercih edilir olmaktadır. Bu nedenle, şirketler hukukuna özgü gerekçelerin dışında sermaye piyasası ihtiyaçlarına yönelik olarak da bu hususun düzenleme konusu olması büyük önem taşımaktadır¹⁹.

Kontrolle bağlı fırsatçılığı önlemek üzere yatırımcılar ve şirketi kontrol edenler arasında şirketi yönetim gücünün nasıl dağılacığı şirketten şirkete, farklı endüstrilere ve içinde bulunan hukuk sistemine göre değişmektedir. İlişkili taraf işlemlerinin yoğunluğuna bağlı olarak farklı birçok hukuki teknik geliştirilmiştir. Yaygın olarak kullanılan yöntem bu tür işlemlerin tümüyle yasaklanması yerine, belirli koşullarda ve sınırlamalar dâhilinde bu işlemlere müdahale edilmesidir²⁰.

2. İlişkili Taraf İşlemlerinin Genel Kurul Kararına Tabi Tutulması

İlişkili taraf işlemlerinin nasıl kısıtlanacağı hususundaki temel tartışma, adil olmayan ilişkili taraf işlemlerinin tespitinin kim tarafından yapılacağı, yapılacak değerlendirmenin işlemin gerçekleşmesi öncesinde mi sonrasında mı yapılacağı konularında olmaktadır. En zorlayıcı hukuki düzenleme biçimi, bahsi geçen işlemin, gerçekleşmesi öncesinde şirket yönetimini elde tutmayan pay sahipleri tarafından (azınlık pay sahiplerinin çoğunluğu) onaylanmasının zorunlu tutulmasıdır. Kontrolü elinde tutmayan pay sahiplerinin alınan karara konu olan hususlarda genel olarak kendilerine özel bir menfaat sağlayacak durumda olmadığı kabul edilmektedir²¹. Ancak genel kurulda şirket kontrolüne sahip olmayan pay sahiplerinin oyuyla karar verilmesi, süreci, anılan pay sahiplerinin bilgi ve tecrübe birikimine bağımlı kılmaktadır. Anılan pay sahipleri ise söz konusu niteliklere sahip olamayabilir²². Dolayısıyla pek çok ülke hukukunda borsaya kote şirketlerdeki ilişkili taraf işlemleri bakımından kurumsal yatırımcılarla ilişkilendirilen kurallar ihdas edilmiştir. Bunun nedeni kurumsal yatırımcıların şirketteki yatırımlarını korumak amacı taşımasının yanı sıra, alınacak kararlarla ilgili yeterli bilgi ve tecrübeye de sahip olmalarıdır²³.

¹⁶ Politik menfaat sağlama hakkında Bkz. MILHAUPT, Curtis J./PARGENDLER, Mariana: “RPTs in SOEs: Tunneling, Propping, and Policy Channeling”, European Corporate Governance Institute (ECGI) Law Working Paper No: 386/2018, s.5-7, <https://ssrn.com/abstract=3119164> (Erişim: 18.02.2022).

¹⁷ ENRIQUES/TRÖGER, s.5.

¹⁸ DAVIES, Paul L./EMMENEGGER, Susan/FERRARINI, Guido/HOFT, Klaus J./OPALSKI, Adam/PIETRANCOSTA, Alain/CASTELLS, Andrés Recalde/ROTH, Markus/SCHOUTEN, Michael C./SKOG, Rolf R./WINNER, Martin/WYMEERSCH, Eddy O.: “Implementation of the SRD II Provisions on Related Party Transactions”, September 22, 2020, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No: 543/2020, s.7, <https://ssrn.com/abstract=3697257> (Erişim: 17.02.2022).

¹⁹ DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI vd. s.7.

²⁰ DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI vd. s.7-8; ENRIQUES/TRÖGER, s.6.

²¹ Bahsi geçen görüşün savunucusu GOSHEN, nadiren şirket kontrolüne sahip olmayan pay sahiplerinin şirketten değer kaçırma amaçlı işlemleri kendi özel menfaatleri için onaylayabildiğini açıklamaktadır. GOSHEN, Zohar: “The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality”, California Law Review, 91(393), 2003, s.402.

²² ROCK, Edward B.: “MOM Approval in a World of Active Shareholders”, NYU Law and Economics Research Paper No.18-02, European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper No: 389/2018, s.8, <https://ssrn.com/abstract=3122681> (Erişim: 02.03.2022).

²³ GOSHEN s.423-424; DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI, s.8; ROCK s.8-9.

3. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Onayı

Genel kurulun toplanması şirkete zamansal ve parasal anlamda yük getiren bir yöntem olduğundan, yönetim kurulu içindeki bağımsız üyelerin onayına başvurulması bir diğer yöntem olarak ortaya konulmuştur. Bağımsız üyelere başvurulması, genel kurula gidilmesine oranla daha az maliyetli, hızlı ve potansiyel olarak uzmanlık içeren bir yöntemdir. Ancak şirket hâkimiyetine sahip olanlar, söz konusu yöneticilerin seçiminde belirleyicidir. Dolayısıyla bu kişiler şirkette karar alıcılar üzerinde formal olarak etkisiz görünmekle birlikte, pratikte bağımsız üyeler üzerinde etkili olabildikleri için bu yöntemin yeterli etkinliğe sahip olamaması riski ortaya çıkmaktadır²⁴.

4. Kamuyu Aydınlatma

İlişkili taraf işlemlerine yönelik olarak ulusal veya uluslararası muhasebe standartları aracılığıyla uygulanan bir diğer yöntem, ilişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesi sonrasında şirketin yıllık ve ara mali raporları aracılığıyla kamuya açıklanmasıdır. Bahsi geçen yöntemin etkinliğinin güçlü olmadığı savunulmaktadır. Bunun nedeni, kamuyu aydınlatmanın işlem sonrasında yapılması nedeniyle işleme etkisinin bulunmamasıdır. Diğer taraftan, kamuya açıklanan bilgilerin, gelecekteki ilişkili taraf işlemlerine pay sahipleri ve piyasa tarafından verilecek tepkilere zemin oluşturacağı kabul edilmektedir²⁵.

Diğer taraftan ilişkili taraf işlemi öncesinde veya işlemle eş anlı olarak yapılacak kamuyu aydınlatmanın sermaye piyasalarında daha etkili bir hukuki teknik olduğu öne sürülmektedir. Buna göre, kamuya açıklanacak hususun, şirketin birçok hususta açıklamalarını içeren finansal raporları içinde yer almak yerine, başlı başına bir açıklama ile yapılması şirketin piyasadaki fiyatına doğrudan etki edecektir. Dolayısıyla, işleme ilişkin eşzamanlı yapılan kamuyu aydınlatma yükümlülüğü, işlemin gerçekleşmesini doğrudan engellemekle birlikte kamuyu aydınlatmaya bağlı potansiyel yatırımcı kayıpları ve şirkete ilişkin repütasyonel kaygıların, işlemin gerçekleşmesini engelleyici bir etkiye sahip olacağı öne sürülmektedir²⁶.

5. İlişkili Taraf İşleminin Mahkeme Tarafından Değerlendirilmesi

İlişkili taraf işlemlerine yönelik olarak uygulanan bir diğer teknik, ilgili işlemin şirket varlıklarının kaçırılmasına yol açan haksız işlemlerden ayrılması için, kabul edilmiş standartlara uygunluğunun mahkeme veya düzenleyici otoriteler tarafından değerlendirilmesini içermektedir. Bu hususta Delaware hukukunda, şüpheli ilişkili taraf işlemlerine yönelik olarak mahkemelerce uygulanan “Bütünsel Adillik Gözetimi” (*Entire Fairness Review*) temel örnek olarak gösterilmektedir. Delaware hukukunda benimsenen yaklaşım uyarınca, mahkeme gözetimi, işlemin gerçekleştirilmesi sonrasında, bağımsız yönetim kurulu üyeleri ve genel kurul onayı prosedürünü destekleyici mahiyette olmak üzere uygulama alanı bulmaktadır. Bahsi geçen iki prosedürel aşamanın başarılı şekilde uygulanması söz konusu olduğunda mahkeme gözetimine başvurma oranı düşmektedir. Dolayısıyla bu durum, şirket hâkimiyetini elinde tutanlar bakımından mahkeme incelemesine başvurulması öncesindeki aşamaların dikkatli biçimde uygulanmasını teşvik etmektedir²⁷.

İlişkili taraf işleminin gerçekleşmesi sonrasında yapılan gözetime Alman hukukunda da önem atfedilmektedir. Bu kapsamda özellikle grup şirketlerine ilişkin kurallar ile yönetim kurulu üyeleri ve şirkette kontrolü elinde tutan ortaklar bakımından getirilen sadakat yükümlülüğü ve bunun ihaline ilişkin olarak öngörülen özel hukuk ve ceza hukuku kuralları, anılan işlemleri önleyici mahiyette kabul edilmektedir²⁸. Ancak, Alman mahkemelerinin değerlendirme konusunda gerekli uzmanlık bakımından Delaware mahkemeleri kadar tecrübeli olmaması nedeniyle Alman hukukunda bu tür işlemlere ilişkin olarak öngörülmüş olan sorumluluk hukuku korumasının ön plana çıktığı ifade edilmektedir²⁹.

III. AVRUPA BİRLİĞİNİN İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNE YÖNELİK REJİMİ

A. SRD II'nin AB Müktesebatı İçindeki Yeri ve Kabul Süreci

Kurumsal yatırımcıların paya dayalı yatırımda bulunmalarını engelleyici nitelik taşıdığı ve AB çapında önemli bir sorun olduğundan hareketle, Avrupa Komisyonu tarafından adil olmayan ilişkili taraf işlemlerinin düzenlenmesi gerekliliği kabul edilmiş, başta genel kurul onayına başvurulması olmak üzere, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin onayı ve işlemle eşzamanlı kamuyu aydınlatma

²⁴ DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI, s.8-9; ENRIQUES, s.20-21.

²⁵ DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI, s.9; HELLERINGER, Genevieve: “Related Party Transactions in France-A Critical Assessment”, December 1, 2018, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper, No: 474/2019, s.10, <https://ssrn.com/abstract=3316570> (Erişim: 03.03.2022).

²⁶ DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI, s.9.

²⁷ DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI vd. s.9; ENRIQUES/TRÖGER, s.17.

²⁸ DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI vd. s.9.

²⁹ GOSHEN, s.434-435.

içeren bir yükümlülükler setinin tercih edilmesi önerilmiştir. Bahsi geçen yükümlülükler Finansal Hizmetler Otoritesi (*Financial Conduct Authority*) tarafından Londra Borsası Kotasyon Kuralları'nın bir parçası olarak öngörülen yaklaşımdan etkilenecek hazırlanmıştır³⁰.

Üye ülkeler içinde, ilişkili taraf işlemlerinin gerçekleşmesi öncesinde bazı yükümlülüklerin öngörülmesine özellikle Almanya tarafından muhalefet edilmiştir. Bu durum Alman hukukuna özgü iki unsurdan kaynaklanmaktadır. Öncelikle, Alman hukukunda bu hususta sıkı sorumluluk kuralları ihdas edilmiştir. Ayrıca, Alman şirketler hukukunda çalışanların yönetime katılması esasına dayalı kodeterminasyon yükümlülükleri içeren gözetim kurulu yapısı zorunlu olup, yönetim kurulunun gözetimi bu kurula bırakmıştır. İlişkili taraf işlemlerinde ayrıca yükümlülüklerin öngörülmesinin anılan kurulun gözetim fonksiyonlarını etkisiz kılabilceği savunulmuştur³¹.

AB'nin ilişkili taraf işlemlerine ilişkin rejimi esasen Avrupa'da borsaya kote şirketler bakımından kurumsal yönetimin güçlendirilmesi planının bir unsurunu oluşturmaktadır. AB müktesebatı içinde, kurumsal yönetim konusunda üye ülkeler arasındaki farklılıkların giderilmesi çalışmaları kapsamında, Avrupa Komisyonu tarafından, borsaya kote şirketlerde yönetim kuruluna yapılan ödemelere ilişkin uygun bir rejimin tespit edilmesine ilişkin olarak³² 2004'te ve borsaya kote şirketlerde icracı olmayan yönetim kurulu ve gözetim kurulu üyelerinin rolü ile gözetim kurulu komitelerine³³ ilişkin olarak 2005'te alınan iki tavsiye kararı ile ilk adımlar atılmıştır. Sonrasında, Avrupa Komisyonu tarafından pay sahiplerinin uzun vadeli taahhütlerinin teşviki konusundaki Pay Sahipleri Hakları Direktifi kabul edilmiştir. Direktifte borsaya kote şirketlerde pay sahiplerinin genel kurul ve bununla bağlantılı konularda aktif olması amacına yönelik olarak genel kurul davetinin yapılma şekli, içeriği ve zamanlaması, genel kurula vekâleten ve elektronik olarak katılım, mektupla oy kullanılması ve oyların sayılması konularında detaylı düzenlemeler yapılmıştır³⁴.

Avrupa'da borsaya kote şirketlere ilişkin olarak kurumsal yönetime ilişkin yeknesak kurallar oluşturulması tartışmaları, ortaya çıkan finansal krizlerin de etkisiyle artarak devam etmiştir. Bu kapsamda getirilen öneriler, öncelikle finansal sektördeki şirketlere ilişkin olmuştur. Kurumsal yönetim konularında komisyona öneriler geliştirmek üzere oluşturulmuş olan Avrupa Kurumsal Yönetim Forumu tarafından Mart 2011'de yayımlanan bildiriye, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin Avrupa çapında prensipler geliştirilmesi tavsiyesinde bulunulmuştur³⁵. Bahsi geçen öneriye Komisyon tarafından yayınlanan 2011 tarihli Kurumsal Yönetime İlişkin Yeşil Rapor'da³⁶ ve 2012 Hareket Planında³⁷ da yer verilmiştir.

Son olarak, 2017'de Avrupa Komisyonu tarafından SRD II ile, pay sahiplerinin uzun vadeli taahhütlerinin teşviki konusunda SRD'de bazı değişiklikler yapılmış olup, ilişkili taraf işlemleri söz konusu değişikliklerin bir parçasını oluşturmaktadır. SRD II'ye ilişkin ilk komisyon önerisi esasen 2014'te sunulmuştur. Anılan öneride ilişkili taraf işlemlerine yönelik hükümler Avrupa Kurumsal Yönetim Forumu'nun bildirisine göre hazırlanmıştır. Hazırlanan taslak, başta Almanya olmak üzere, üye ülkelerden gelen itirazlar sonucunda pek çok değişikliğe uğramış olup, sonuçta yürürlüğe giren düzenleme, etkinliğinin fazlasıyla azaltılmış olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁸.

1. İlişkili Taraf İşlemlerinde Kamuyu Aydınlatma ve Karar Alma Prosedürüne İlişkin Esnek Kurallar

İlişkili taraf işlemlerine yönelik düzenlemelerin temel amacı, şirketin ve şirket kontrolünü elinde tutmayan pay sahiplerinin, ekonomik menfaatlerini zedeleyen işlemlere karşı korunmasıdır. Şirketin

³⁰ İngiltere kotasyon kurallarının AB ilişkili taraf işlemleri düzenlemelerinin öncüsü olduğu hakkında Bkz. ENRIQUES, s.2.

³¹ DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI vd. s. 9-10: TRÖGER, Tobias Hans: "Germany's Reluctance to Regulate Related Party Transactions", February 2018, European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper No: 388/2018, s.22-23, <https://ssrn.com/abstract=3127533> (Erişim: 02.03.2022). Alman hukukundaki sorumluluk kuralları hakkında bkz. TRÖGER, s.12-20.

³² Commission Recommendation of 14 December 2004 fostering an appropriate regime for the remuneration of directors of listed companies (2004/913/EC) [O.J. EU. 2005 L 385/55, 29.12.2004].

³³ Commission Recommendation of 15 February 2005 on the role of non-executive supervisory directors of listed companies and on the committees of the (supervisory) board [O.J. L 52, 25.2.2005].

³⁴ SRD, m.1 vd.

³⁵ Statement of the European Corporate Governance Forum on Related Party Transactions for Listed Entities, ECGF Statement, 10 March 2011, https://www.capl.eu/file_download.php?l=de§=ov&mod=Kapitalmar&type=grundlagen&c=8&q=_&d=ecgf_related_party_transactions_en.pdf (Erişim: 04.03.2022).

³⁶ Green Paper, The EU Corporate Governance Framework, COM(2011) 164 Final, 5.4.2011, s.17 (Erişim: 31.03.2022).

³⁷ Action Plan: European company law and corporate governance—a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2012) 740 final, Strasbourg, 12.12.2012, s.9-17.

³⁸ DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI vd. s.11.

ilişkili taraflarla gerçekleştirdiği işlemler, ilişkili tarafın şirkete ait bir değeri kendisine geçirmesi sonucunu doğurabileceğinden şirket ve pay sahiplerini zarara uğratabilmektedir. Bu durum şirket ve pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması amacıyla gerekli önlemlerin alınmasını zorunlu kılmıştır³⁹. Bahsi geçen argümana dayanılarak SRD II ile getirilen 9c maddesi ile üye ülkeler tarafından şirketler ve ilişkili tarafları arasında gerçekleşen işlemlerin düzenlenmesine ilişkin bazı kurallar getirilmiştir.

Esasen bahsi geçen temel argümanlar SRD II'ye ilişkin komisyon tarafından hazırlanan ilk tasarının temel dayanağını oluşturmaktaydı. Tasarıda, mevcut düzenlemeden farklı olarak önemlilik ölçütleri aşamalı eşikler halinde belirlenmiş ve her eşik bakımından farklı sonuçlar öngörülmüştü. Buna göre, üye ülkeler, şirket varlıklarının %1'ini aşan tutarda ilişkili taraf işlemini, işlemin gerçekleştiği zaman, işlemin piyasa koşullarında ve pay sahipleri için adil olup olmadığına ilişkin bağımsız üçüncü kişiden alınan bir değerlendirme raporu eşliğinde kamuya açıklanmasını öngörmek zorundaydı. İkinci olarak üye ülkelerce, ilişkili taraflarla gerçekleştirilen ve şirket varlıklarının %5'ini aşan veya şirketin kâr veya cirosu üzerinde önemli etkiye sahip işlemlerin genel kurul aracılığıyla pay sahiplerinin onayına sunulması, menfaat sahibi olan pay sahiplerinin genel kurulda oy kullanamamasını öngören düzenlemeler yapılması zorunlu tutulmuştu⁴⁰.

Yürürlüğe giren Direktif'te de borsa işlem gören şirketlerin ilişkili taraflarla gerçekleştirilen önemli nitelikteki işlemlerin kamuya açıklanması zorunlu tutulmuştur. Ancak açıklanacak ilişkili taraf işlemlerinde önemlilik ölçütünün üye ülkelerce belirlenmesi öngörülmüştür. Bunun yanı sıra, işlemin şirket ve ilişkili taraf olmayan pay sahipleri bakımından adil ve makul olup olmadığına ilişkin bağımsız değerlendirme raporu hazırlanıp hazırlanmayacağı üye ülkelerce kararlaştırılacaktır. Üye ülke tarafından öngörüldüğü takdirde, anılan raporun, bağımsız üçüncü kişilerce, şirketin yönetim veya gözetim kurulunca, denetim komitesince veya çoğunluğu bağımsız üyelere oluşan herhangi bir komite tarafından hazırlanması konusunda tercih yine üye ülkelere bırakılmıştır. Son olarak yine üye ülkelerce karar organı belirlenmek üzere, işlemin genel kurul veya yönetim ya da gözetim kurulunca onaylanmasına yönelik düzenleme yapılabileceği öngörülmüştür.

IV. TÜRK SERMAYE PİYASASI MEVZUATININ PAY SAHİPLERİ DİREKTİFİ II HÜKÜMLERİNE UYUM DURUMU

A. İlişkili Taraf İşlemlerine İlişkin SPKn Sistemi

Halka açık şirketlerde, ilişkili taraf işlemlerine bağlı olarak ortaya çıkan menfaat çatışmaları ve bu işlemler sebebiyle halka açık ortaklığın malvarlığının azaltılmasına neden olabilecek işlemlerin önüne geçilebilmesi, Türk hukukunda da önem atfedilen bir husustur. SRD II düzenlemesine konu olan halka açık şirketler bakımından ilişkili taraf işlemlerine ilişkin olarak SPKn ile Direktif'e paralel bir prosedür öngörülmüş, buna ilişkin detaylı düzenlemeler ise II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği⁴¹ aracılığıyla yapılmıştır⁴².

SPKn uyarınca öncelikle anılan işlemlere başlanması öncesinde, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı alınması gerekmektedir. Söz konusu yönetim kurulu kararının uygulanabilmesi için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayı aranmaktadır. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun söz konusu işlemi onaylamaması hâlinde ise, bu durumun işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde kamuyu aydınlatma düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulması ve işlemin genel kurul onayına sunulması zorunlu tutulmuştur. Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği'nin üçüncü bölümünde ilişkili taraf işlemleri, ilişkili taraflarla gerçekleştirilecek işlemler ve yaygın ve süreklilik arz eden işlemler olmak üzere iki başlık altında düzenlenmiştir. SPKn m.17(3)'te yer verilen prosedür, Tebliğ aracılığıyla, ilişkili taraflarla gerçekleştirilen münferit işlemler açısından öngörülmüştür. Yaygın ve süreklilik arz eden işlemler bakımından ise, yönetim kurulu kararı alınması ve kamuyu aydınlatmaya dayalı bazı yükümlülükler düzenlenmiştir.

Bahsi geçen düzenleme, Türkiye'nin AB adaylık süreci kapsamında, müzakereye açılmış olan Şirketler Hukuku faslının konularından birini oluşturmaktadır⁴³. SPKn ve II-17.1 Tebliği hükümleri

³⁹ SRD II, Dibace, No: 42.

⁴⁰ Bkz. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement and Directive 2013/34/EU as regards certain elements of the corporate governance statement, COM(2014)213 final, 2014/0121 (COD), Brussels, 09.04.2014, m.9c [Amlış: COM(2014)213 final].

⁴¹ II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği (RG: 03.01.2014; 28871) [Amlış: II-17.1 Tebliği/Tebliğ].

⁴² SPKn düzenlemesi 2012'de Tebliğ ise 2014 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, ilişkili taraf işlemleri bakımından SRD II öncesinde AB tarafından çıkarılan taslak düzenleme esas alınmıştır.

⁴³ Faslin kapanış kriterlerinden biri, SPKn'nun ile ilgili AB müktesebatı ile uyumlu olarak değiştirilmesidir. Bkz. https://www.ab.gov.tr/6-sirketler-hukuku_71.html (Erişim: 06.04.2022).

çerçevesinde ilişkili taraf işlemleri düzenlemeleri SRD II'nin unsurları bakımından aşağıda incelenmektedir.

B. SRD II Çerçevesinde Türk Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri

1. İlişkili Taraf İşlemleri Rejiminin Uygulama Alanı

SRD, düzenlenmiş bir piyasada borsaya kote olan şirketlere yönelik olarak çıkarılmıştır. Dolayısıyla ilişkili taraf işlemlerine ilişkin SRD II rejimi de anılan şirketler bakımından zorunludur. Bununla birlikte, borsada işlem görmeyen şirketler bakımından da ilişkili taraf işlemlerine ilişkin olarak Direktif rejimine paralel düzenleme yapılması üye ülkelerin ihtiyarına bırakılmıştır.

Türk sermaye piyasası mevzuatında ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme halka açık şirketleri kapsamaktadır. Halka açık şirket, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim şirketleri ifade etmektedir. SPKn uyarınca payları borsada işlem gören şirketler ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim şirketlerin payları halka arz olunmuş sayılır. Bu çerçevede halka açık sayılan şirketler de halka açık şirket hükümlerine tabi olurlar⁴⁴.

2. Düzenleme Kapsamına Giren İşlemler

SRD II'ye ilişkin başlangıçtaki AB Komisyonu önerisinde, şirket varlıkları içinde belirli oranı aşan ilişkili taraf işlemleri düzenlemeye konu edilmekteydi. Yürürlüğe giren halinde ise “Önemli İşlemler”in ilişkili taraf işlemleri rejimine tabi olacağı kabul edilmiş, ancak “işlem” (*transaction*) terimi tanımlanmamıştır⁴⁵. İşlem terimi, taslak düzenlemede amaçlandığı gibi varlıkların edinimi veya transferini akla getirmekle birlikte, bunların yanında şirket ve ilişkili taraflar arasında hizmet sözleşmeleri, ilişkili tarafların yükümlülüklerine garanti verilmesi gibi pek çok işlem gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla SRD II'de öngörülen özel karar alma mekanizmasının bir değer atfedilen tüm işlemler için geçerli olduğu anlaşılmaktadır⁴⁶.

Direktif uyarınca ilişkili taraf işlemleriyle ilgili olarak öngörülen bir diğer unsur, “önemlilik” kavramıdır. Belirtmek gerekir ki, AB Komisyonu'nun tasarısında özel prosedürün hangi işlemlere uygulanacağı yönünde net kriterler öngörülürken, mevcut Direktif'te “işlem” terimi sınırlandırılmadığı gibi, hangi işlemlerin önemli kabul edildiği de belirlenmemiş, önemlilik kriterlerine karar verilmesi üye ülkelere bırakılmıştır⁴⁷. Buna göre, işlemin, şirketin finansal durumuna, gelirlerine, varlıklarına, sermaye veya cirosuna etkisine dayalı olarak veya işlemin yapısı ve ilişkili tarafın durumu dikkate alınarak üye ülkeler tarafından bir veya daha fazla nicel oran belirlenmesi öngörülmüştür. Bu oranlar belirlenirken, üye ülkeler tarafından, işlemler hakkındaki bilginin pay sahiplerinin ekonomik kararları üzerindeki etkisinin ve ayrıca işlemin, azınlık pay sahipleri de dâhil olmak üzere ilişkili taraf olmayan pay sahipleri ve şirket üzerindeki tesirlerinin dikkate alınması gerekli kılınmıştır⁴⁸. Dolayısıyla bahsi geçen hüküm üye ülkelere önemlilik ölçütünün belirlenmesinde belirgin bir inisiyatif vermektedir.

II-17.1 Tebliği'nde ilişkili taraf işlemleri, şirketler ve bağlı ortaklıkları ile ilişkili taraflar arasındaki varlık ve hizmet alımı benzeri işlemler, yükümlülük transferi işlemleri ile varlık ve hizmet satımı benzeri işlemlere hasredilmiştir. Tebliğ uyarınca, ilişkili taraflarla gerçekleştirilecek işlemler bakımından işlemin varlık toplamı, hasılat tutarı veya şirket değerine⁴⁹ olan oranının %5 ve %10'luk sınırı aşmasına bağlı olarak şirket tarafından belirli bir prosedür izlenmesi öngörülmüştür. Şöyle ki ilişkili taraflarla gerçekleştirilen varlık ve hizmet alımı benzeri işlemler ile yükümlülük transferi işlemlerinde, işlem tutarının, kamuya açıklanan son finansal tablolara göre varlık toplamına veya kamuya açıklanan son yıllık finansal tablolara göre oluşan hasılat tutarına ya da şirket değerine olan oranı esas alınmaktadır (m.9(2)(a)). Varlık ve hizmet satışı benzeri işlemlerde ise, işlem tutarının (varlığın net defter değerinin yüksek olması durumunda net defter değerinin), kamuya açıklanan son

⁴⁴ SPKn. m.3(1)(e), 16, 17(3); II-17.1 Tebliği m.3(1)(f).

⁴⁵ Aşağıda III.B.3'te incelendiği üzere, Direktif'te “İlişkili Taraf”, Uluslararası Muhasebe Standartları'na (UMS) referans verilme suretiyle tanımlanmıştır. UMS'de “İşlem” tanımı da yer almaktadır. Ancak SRD II'de bu düzenlemeye atıf yapılmaktan imtina edilmiştir: DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI vd. s.13.

⁴⁶ DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI vd. s.13; ENRIQUES/TRÖGER, s.20-21.

⁴⁷ Bu husus, düzenlemenin etkinliğinin azaltıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir: DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI vd. s.13.

⁴⁸ SRD II, m.9c(1).

⁴⁹ Şirket değerinin belirlenmesine yönelik olarak çoğu üye ülkede de şirketin finansal tabloları ile kıyaslanarak ölçütler geliştirilmiştir. DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI vd. s.19-20

finansal tablolara göre varlık toplamına veya kamuya açıklanan son yıllık finansal tablolara göre oluşan hasılat tutarına⁵⁰ ya da şirket değerine olan oranı ölçüt alınmıştır.

3. İlişkili Taraf Kavramı

SRD II’de üye ülkelere hangi işlemlerin “Önemli İşlem” kapsamında olduğunu belirleme hakkı tanınmış olmakla birlikte, “İlişkili Taraf” kavramı bakımından böyle bir serbesti kabul edilmemiştir. İlişkili taraf, Uluslararası Muhasebe Standartları’nın (UMS) Uygulanmasına Yönelik (EC) No 1606/2002 sayılı AB Tüzüğü’ne atıfla tanımlanmıştır. Anılan tüzükte UMS’ye referans verilmektedir⁵¹. 24 nolu UMS’de ilişkili taraf geniş bir yelpazede tanımlanmıştır. Bu kapsamda, şirketle aynı gruba dâhil tüzel kişiler; şirketle ilişkili şirket veya şirketin ortak girişimi; şirketin bağlı olduğu bir teşebbüs; yalnız veya üçüncü kişilerle birlikte şirketin oy haklarının en az %20’sine sahip gerçek kişiler; şirket yönetim kurulu üyesi, genel müdürü, ilişkili taraf kabul edilmektedir⁵².

Direktif’te ilişkili taraf tanımının UMS’de benimsenen tanım olduğu belirtilmekte birlikte, anılan Direktif minimum uyumlaştırma niteliği taşıdığından, üye ülkelerin daha geniş bir tanım benimseme hakkı bulunmaktadır. Buna bağlı olarak UMS’ndeki önemlilik ölçütlerinde oy hakkına bağlı etki %20 olarak belirlenirken, bazı üye ülkelerde daha düşük oranlar ölçüt olarak belirlenmiştir⁵³.

2005 yılından itibaren AB’de halka açık şirketler, bankalar ve sigorta şirketlerinin mali tablolarını UMS’ye göre düzenlemeleri zorunluluğu getirilmiştir. UMS, Türk hukukunda da benimsenmiş olup, 2006 yılından itibaren anılan şirketler bakımından UMS ile tam uyumlu Türkiye Muhasebe Standartları (TMS) uygulamaktadır⁵⁴.

İlişkili tarafın tanımı bakımından II-17.1 Tebliği’nde Direktif’e paralel bir yaklaşım benimsenmiştir. Tebliğde ilişkili taraf için m.3(g)’de yapılan atıfla, TMS’de yer alan tanım esas alınmıştır⁵⁵. İlişkili taraf, TMS 24’te tanımlanmıştır. Buradaki tanımda, bir kişi ve onun yakın aile üyeleri, raporlama yapan işletme üzerinde kontrol veya müşterek kontrol gücüne sahip olması, önemli etkiye sahip olması, raporlayan işletmenin veya raporlayan işletmenin bir ana ortaklığının kilit yönetici personelinin bir üyesi olması durumunda, ilişkili taraf olarak nitelendirilmiştir⁵⁶. Bahsi geçen tanımda ayrıca, işletmeler açısından, ilişkili sayılma kabul edilecek durumlar düzenlemiştir⁵⁷. TMS 24’te kontrol kavramı bakımından Türkiye Finansal Raporlama Standardı (TFRS) 10’da yer alan tanım benimsenmiştir. Ayrıca müşterek kontrol tanımı bakımından TFRS 11’e, önemli etki tanımı için ise TMS 28’e atıf yapılmıştır.

Buna göre, yatırımcı bir işletme, yatırım yaptığı işletmeyle olan ilişkisinden dolayı değişken getirilere maruz kaldığı veya bu getirilerde hak sahibi olduğu, aynı zamanda bu getirileri yatırım yaptığı işletme üzerindeki gücüyle etkileme imkânına sahip olduğu durumda yatırım yaptığı işletmeyi kontrol etmektedir⁵⁸. Yatırımcı bir işletme, diğer bir işletmeyle (yatırım yapılan işletmeyle) olan ilişkisinin yapısını dikkate almaksızın, yatırım yaptığı işletmeyi kontrol edip etmediğini

⁵⁰ Varlığın devri, kiraya verilmesi veya üzerinde aynı hak tesis edilmesi durumunda, son yıllık finansal tablolara göre söz konusu varlıktan elde edilen karın ortaklığın sürdürülen faaliyetler vergi öncesi karı esas alınmaktadır: II-17.1 Tebliği, m. 9(2)(b).

⁵¹ SRD, m.2(h); Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002 on the application of international accounting standards, O.J. L. 243, 11.9.2002, m.2.

⁵² Commission Regulation (EU) No 632/2010 of 19 July 2010 amending Regulation (EC) No 1126/2008 adopting certain international accounting standards in accordance with Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council as regards International Accounting Standard (IAS) 24 and International Financial Reporting Standard (IFRS) 8 Text with EEA relevance, O.J.L. 186, 20.7.2010, Annex: International Accounting Standard 24 Related Party Disclosures, 24.9.

⁵³ Örneğin, İngiliz hukukunda kotasyon kuralları uyarınca premium listede bulunan şirketler bakımından yine %10’luk oran benimsenmiştir: DAVIES, Paul L.: “Related Party Transactions: UK Model”, European Corporate Governance Institute(ECGI)-Law Working Paper, No: 387/2018, 2018, s.33-34, <https://ssrn.com/abstract=3126996> (Erişim: 10.03.2022); Financial Conduct Authority Handbook, Listing Rules 11.1.4, 4A, <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/LR/11/1.html> (Erişim: 10.03.2022).

⁵⁴ ÇANKAYA, Fikret/HATİPOĞLU, Oğuzhan: “Türkiye’de Uluslararası Muhasebe Standartları’nın Uygulanabilirliğini Faktörlerin Meslek Mensuplarınca Değerlendirilmesine Yönelik Bir Araştırma”, Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi, (7), 2011, s.62.

⁵⁵ TTK’da düzenlenen ve geniş koruma hükümleri içeren bir kurumun, Tebliğ’de TMS’ye yapılan atıfla yürürlükten kaldırılmasının normlar hiyerarşisine aykırı olduğu, söz konusu hususun SPKn md.27/3 düzenlenmesinde olduğu gibi açıkça düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır: AKSOY, Mehmet Ali: Sermaye Piyasası Kanunu’nun İlişkili Taraf İşlemi Düzenlemelerinin 6102 Sayılı TTK’nın Ortaklıklar Topluluğu Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 3(2), 2017, s.35, 38. Muhasebe standartlarının, finansal raporlamaya uygun olsalar da, işlemi fiziksel olarak sınırlandırmaya elverişli ölçütler barındırmadığı, bunun temel nedeninin TMS/TFRS’lerin kazıistik çıkarsamalardan üretilmiş olduğu yönünde bkz. CANKAT, s.76.

⁵⁶ TMS 24 (İlişkili Taraf Açıklamaları) , m.9(a).

⁵⁷ TMS 24, m.9(b).

⁵⁸ TFRS 10 (Konsolide Finansal Tablolar) , m.6.

değerlendirmek suretiyle ana ortaklık olup olmadığını belirleyecektir⁵⁹. TFRS 10'da ayrıca, yatırımcı işletmenin, yatırım yaptığı işletmeyi ancak ve belirli göstergelerin tümü birden mevcut olduğunda kontrol ettiği kabul edilmiştir⁶⁰. Müşterek kontrol ise, bir anlaşma üzerindeki kontrolün sözleşmeye dayalı olarak paylaşılmasıdır. İlgili faaliyetlere ilişkin kararların kontrolü paylaşan tarafların oy birliği ile alınmasının gerekmesi durumunda, müşterek kontrolün varlığı kabul edilmektedir⁶¹.

Yine Direktif'le uyumlu olarak önemli etkinin tespitinde ölçüt olarak oy hakkına bağlı etki, UMS'deki gibi %20 olarak kabul edilmiştir. Şöyle ki TMS 28 uyarınca "önemli etki", yatırım yapılan işletmenin finansal ve faaliyetle ilgili politikaların belirlenmesi kararlarına katılma gücü olup, bu politikaları tek başına ya da bir başka taraf ile müşterek kontrol etme gücünü ifade etmektedir⁶².

4. İlişkili Taraf İşlemlerine İlişkin Prosedür

a. SRD II'de Kamuyu Aydınlatma Esaslı Seçimlik Prosedür

SRD II'de halka açık şirketlerin ilişkili taraf işlemlerinde öncelikle kamuyu aydınlatma unsurunu zorunlu kılan bir yaklaşım benimsenmiştir. Direktif uyarınca üye ülkeler, şirketlerin ilişkili taraflarla gerçekleştirilen önemli işlemlerini en geç işlem tamamlanıncaya kadar açıklamalarını zorunlu kılmak zorundadır. Yapılacak açıklamanın, ilişkili taraf işleminin niteliğini, ilişkili tarafın adı, işlemin tarihiyle değerini ve şirket ile ilişkili taraf olmayan pay sahipleri bakımından işlemin adil ve makul olup olmadığının değerlendirilebilmesi için gerekli diğer bilgileri içermesi gerekmektedir⁶³.

İlişkili taraf işlemine ilişkin olarak belirlenen prosedürün ikinci unsuru, yapılan işleme ilişkin olarak bağımsız bir üçüncü kişiden rapor alınmasıdır. Belirtmek gerekir ki, Direktif'e ilişkin taslakta, öngörülen işlemin adil ve makul olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin olarak bağımsız üçüncü kişiden değerlendirme raporu alınması zorunlu tutulmaktaydı⁶⁴. Ancak nihai olarak kabul edilen metinde bu hususta bir zorunluluk yer almamıştır. Direktif'te, üye ülkelerce tercih edilmesi halinde, işlemin adil ve makul olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin olarak bağımsız bir üçüncü kişiden, şirketin gözetim veya denetim kurulu ya da çoğunluğu bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşan bir komite tarafından hazırlanacak bir rapor alınması ve bunun kamuya açıklanması zorunluluğu öngörülebileceği düzenlenmiştir⁶⁵. Sistemi güvenceye almak bakımından anılan raporun zorunlu olarak hazırlanması önem taşımaktadır. Dolayısıyla düzenlemede işlemin adilliğine ilişkin rapor hazırlanması yükümlülüğünün ülkelerin tercihinine bağlı kılınmış olması eleştirilmektedir⁶⁶.

Belirlenen prosedürün son unsuru işlemin onaylanma sürecine ilişkindir. Direktif'e ilişkin 2014 yılında hazırlanan taslakta belirli ilişkili taraf işlemlerinin genel kurul onayına tabi tutulması zorunlu kılınmıştı. Bu durumun, özellikle Almanya tarafından tepkiyle karşılandığı, bunun sonucunda Direktif'te ilişkili taraf işlemlerinin şirketçe onaylanmasında üye ülkelere seçimlik bir hak tanındığı ifade edilmektedir. Ülkelerce tercih edilebilecek birinci yöntem, işlemin genel kurul kararına tabi olmasıdır. İkinci yöntem ise, işleme ilişkin kararın şirket yönetim veya gözetim kurulu tarafından verilmesidir. Her iki yöntem uygulanırken de esas alınması zorunlu temel ölçüt, karar alma sürecinin ilişkili tarafın kendi durumunu menfaat sağlama aracı olarak kullanamamasını ve şirket ve ilişkili taraf olmayan pay sahiplerine uygun korumanın temin edilmesini sağlayıcı olmasıdır. Direktif uyarınca her iki yöntemin birlikte uygulanmasına da olanak sağlanmıştır⁶⁷.

Direktif uyarınca, prensip olarak, işleme taraf olan yönetim kurulu üyesi veya pay sahipleri alınan karara veya oylamaya katılamamaktadır. Ancak, üye ülke hukukunda oylama sürecinde veya öncesinde, şirket ve azınlık pay sahipleri dâhil olmak üzere ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin haklarının korunması için uygun önlemlerin alınması konusunda yeterli düzenleme bulunması halinde, ilişkili taraf olan bu kişiler oylamaya katılabilmektedir. Bunun uygulanabilmesi için, Direktif'te, üye ülke hukukunda alınmış olan önlemlerin, ilişkili taraf olmayan pay sahiplerinin çoğunluğunun veya bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun muhalefetine, ilişkili taraf olan kişilerin kararının onaylanmasını engelleyici nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir⁶⁸. Ancak çoğunluğun oyu ile, azınlık pay sahiplerinin veya yönetim kurulu üyelerinin haklarının nasıl korunabileceği konusu önemli

⁵⁹ TFRS 10, m.5.

⁶⁰ TFRS 10, m.7.

⁶¹ TFRS 11 (Müşterek Anlaşmalar), m.7.

⁶² TMS 28 (İştiraklerdeki ve İş Ortaklıklarındaki Yatırımlar), m.3.

⁶³ SRD II, m.9c(2).

⁶⁴ COM(2014)213 final, Taslak m.9c(1).

⁶⁵ SRD II, m.9c(3).

⁶⁶ DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI vd. s.16-17.

⁶⁷ SRD II, m.9c(4) paragraf 1.

⁶⁸ SRD II, m.9c(4) paragraf 2.

belirsizlikler içermektedir. Direktif'in önsözünde örnek olarak bu tür kararların onaylanmasında nitelikli çoğunluk aranması gösterilmiştir⁶⁹. Nitelikli çoğunluk aranması şartının ilişkili tarafın oy kullanmaktan men edilmesiyle aynı işlevi ifa edip etmeyeceği hususu, öngörülecek çoğunluk oranı ve ilişkili tarafın pay oranına göre değişkenlik gösterebilecek bir unsurdur. Bu nedenle taslakta bulunmayan ve yoğun tartışmalar sonucu benimsenen bu hükmün belirsizliği de eleştiri konusu olmuştur⁷⁰. Son olarak, ilişkili taraf işleminin kamuyu aydınlatma yapılması ve tercih edilirse adillik raporu hazırlanması hakkında üye ülkelere, şirket boyutuna göre farklı önemlilik ölçütleri belirleme olanağı verilmiştir⁷¹.

b. Türk Hukukunda Benimsenen Yaklaşım

Direktif'te hangi ilişkili taraf işlemlerinin önemli nitelikte kabul edildiğine ilişkin ölçütlerin belirlenmesi üye ülkelere bırakılmıştır. Söz konusu değerlendirme yapılırken, işleme ilişkin bilginin açıklanmasının pay sahiplerinin kararları üzerindeki etkisi ve işlemin şirket ve ilişkili taraf olmayan pay sahipleri için neden olduğu risklerin dikkate alınması beklenmektedir. Bahsi geçen ölçütler şirketin finansal durumu, gelirleri, aktifleri, cirosu vb. olabilecektir. Sayısal bir ölçüt esas alındığında, Direktif konusu bakımından dört temel konuda tercih yapma gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Öncelikle işlemin değerinin tespit edilmesi, şirket değerinin tespiti, önemli kabul edilecek oranın tespiti ve aynı oranın hem kamuyu aydınlatma hem de işlemin şirketçe onaylanması gerekliliği bakımından uygulanıp uygulanmayacağı konularının tespiti gerekmektedir.

Direktif'te yer alan hükümlere benzer biçimde SPKn m.17(3)'te yer verilen prosedür, II-17.1 Tebliği aracılığıyla, ilişkili taraflarla gerçekleştirilen münferit işlemler açısından düzenlenmiştir. Tebliğde işlem ve şirket değerinin finansal tabloları esas alınmak suretiyle belirlenmesi esas alınmış, anılan ölçütlere göre %5 ve %10 olmak üzere iki oran tespit edilmiş, şirket varlıklarına oranla belirli öneme sahip ilişkili taraf işlemlerinde, kamuyu aydınlatma, bağımsız bir uzman görüşüne başvurulması, daha büyük önemdeki işlemler için ise genel kurulun onayına başvurulması şeklinde işleyen bir sistem öngörülmüştür.

II-17.1 Tebliği uyarınca şirket ve bağlı ortaklıklarının ilişkili tarafla yapacağı varlık ve hizmet alım ve satımına ilişkin işlem tutarının, son finansal tablolara göre varlık toplamına, hasılat tutarına veya şirket değerine oranının %5'ten fazla olarak gerçekleşeceğinin öngörülmesi durumunda, işlem öncesinde SPK tarafından belirlenmiş bir kuruluşa değerlendirme yaptırılması zorunlu tutulmuştur. Bahsi geçen oranın %10'u aşacağına öngörülmesi halinde, izlenmesi gerekli prosedür uyarınca, değerlendirme yükümlülüğüne ek olarak, bahsi geçen işlemin görüşüleceği yönetim kurulu toplantısında alınan kararın bağımsız üyelerin çoğunluğu tarafından onaylanması, bağımsız üyelerin çoğunluğunun işlemi onaylamaması halinde ise durumun Kamuyu Aydınlatma Platformu (KAP) aracılığıyla kamuya açıklanarak işlemin genel kurulun onayına sunulması gerekmektedir⁷².

Çoğunlukla Kıta Avrupası ülkelerinde görüldüğü üzere, Türkiye'de halka açık anonim şirketlerde, belirli bir kişi veya grubun (çoğunlukla ailelerin) şirket hâkimiyetini elinde tuttuğu blok pay sahipliği yapısının yaygın olduğu bilinmektedir⁷³. Bu yapıda şirkete ait bir değer, özellikle azınlık pay sahipleri aleyhine elde edilmesi veya elden çıkarılması fırsatını yaratabilecek mahiyette olan ilişkili taraf işlemlerinde, şirket tarafından planlanan işlemlerin öncesinde tüm pay sahiplerinin yeterli bilgiye sahip olma şansı bulunmadığı gibi istismar edici işlemlere karşı gelme konusunda da olanakları kısıtlıdır. Türk hukukunda blok pay sahipliğinin yapısına uygun olarak, ilişkili taraf işlemlerinde özel bir prodesürün uygulanması öngörülmüştür.

İlk olarak, getirilen düzenleme aracılığıyla ilişkili taraf işlemlerinde belirli bir eşğin aşılması durumunda Direktif tarafından üye ülkelerin tercihine bırakılmış olan değerlendirme raporu hazırlanması yükümlülüğüne yer verilmiştir. Böylece ilişkili tarafla gerçekleştirilecek işlem öncesinde işleme ilişkin SPK'ca belirlenen bir kuruluş tarafından yapılan işlemin teknik ve hukuki detaylarını içeren bir rapor hazırlanması suretiyle pay sahiplerinin bilgi ve tecrübesini aşabilecek konularda bilgi sahibi olmaları sağlanmaktadır.

İlişkili taraf işlemlerinde belirlenen ikinci üst eşğin aşılması durumunda ise, konunun genel kurulda görüşülmesi, pay sahiplerinin kendilerini olumsuz etkileyebilecek hususlarda karar alma imkânına sahip olması bakımından, pay sahiplerini koruyucu bir önlemdir. Ancak genel kurulun

⁶⁹ SRD II, Dibace 43.

⁷⁰ DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI vd. s.16.

⁷¹ SRD II, m.9c(1) paragraf 4.

⁷² SPKn m.17(3); II-17.1 Tebliği, m.9.

⁷³ OECD, Supervision and Enforcement in Corporate Governance, OECD Publishing, 2013, s.79-80, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264203334-en> (Erişim: 31.03.2022).

toplantısı, zaman ve parasal bakımdan maliyetler içeren bir süreçtir. Bu nedenle bağımsız üyelerin belirleyici olduğu bir yönetim kurulu kararı alınması, sürece dâhil edilmiştir. Böylece, genel kurula başvurulması öncesinde bağımsız yönetim kurulu üyelerine, yapılan işlemin azınlıktaki pay sahiplerinin menfaatleri başta olmak üzere işlem dışı kişilerin menfaatleri bakımından değerlendirilmesi konusunda önemli bir görev atfedilmiştir⁷⁴. Öncelikle konunun yönetim kurulunda değerlendirilmesi, alınan kararın bağımsız üyelerin çoğunluğu tarafından onaylanmaması durumunda genel kurulca bu konuda nihai karar alınması gerekmektedir. Anılan genel kurul toplantısında, pay sahiplerine tarafsız olarak karar alınması imkânı tanınmasını teminen, işlemin taraflarının ve bunlarla ilişkili kişilerin oy kullanması yasaklanmıştır. Ayrıca, burada belirtilen durumlar için yapılacak genel kurul toplantılarında toplantı nisabı aranmaz. Oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu ile karar alınır. Bu fıkrada belirtilen esaslara uygun olarak alınmayan yönetim kurulu kararları ile genel kurul kararları geçerli sayılmaz⁷⁵. Direktif'te eleştiri konusu olan, belirli koşulların sağlanması halinde ilişkili taraf olan kişilerin oylamaya katılabilmesini sağlayan istisna Türk uygulamasında benimsenmemiştir.

Belirtmek gerekir ki, Direktif'e paralel olarak Tebliğ'de ilişkili taraf işlemlerinin her aşamasında yoğun ve detaylı kamuyu aydınlatma yükümlülükleri öngörülmüştür⁷⁶. İlişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilmesine karar verilmesi durumunda; işlemin taraflarının birbirleriyle olan doğrudan veya dolaylı ilişkilerinin, işlemlerin niteliğinin, değerlemede kullanılan varsayımlar ve değerlendirme sonuçlarını içeren değerlendirme raporunun özetinin ve eğer işlemler değerlendirme raporunda ulaşılan sonuçlara uygun bir şekilde gerçekleştirilmemişse bu durumun gerekçesinin SPK'nın kamuyu aydınlatma düzenlemeleri çerçevesinde KAP'ta duyurulması zorunlu tutulmuştur (m.9(6)).

5. İşlemlerin Birlikte Değerlendirilmesine İlişkin Kurallar

SRD II hükümlerinin etkinliğinin sağlanması için, üye ülkelerin Direktif'te yer alan yükümlülüklerin uygulanması bakımından belirli dönem süresince şirketin aynı ilişkili tarafla gerçekleştirdiği, ancak işlemin gerçekleşme anında önemlilik sınırını aşmayan işlemlerin birlikte değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Dolayısıyla, Direktif'te öngörülen yükümlülükleri tetikleyen eşiklerin dolanılmasını önlemek amacıyla, üye ülkelerin, şirketin herhangi bir 12 aylık dönemde veya finansal tablo döneminde aynı ilişkili tarafla gerçekleştirilen ve 9(2),(3) ve (4) uyarınca kamuyu aydınlatma ve karar alma prosedürü yükümlülüğüne tabi olmayan bütün işlemlerinin toplu şekilde ele alınmasını sağlamaya yönelik düzenleme yapmaları gerektiği hükme bağlanmıştır⁷⁷.

Anılan husus II-17.1 Tebliği'nde "Yaygın ve Süreklilik Arz Eden İşlemler" başlığı altında düzenleme konusu olmuştur. Tebliğde yaygın ve süreklilik arz eden işlemler, şirketlerin olağan faaliyetleri kapsamında ticari nitelikte olsun veya olmasın bir yıllık hesap dönemi içinde en az iki defa yapılan veya yapılacak aynı nitelikteki işlemler olarak tanımlanmıştır (m.3(1)(m)). Şirket ve bağlı ortaklıklarının ilişkili tarafları ile yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin kapsamının ve bu işlemlere ilişkin şartların yönetim kurulu tarafından karara bağlanması öngörülmüştür. Söz konusu işlemlerin kapsamında ve şartlarında önemli bir değişiklik olması durumunda, konu hakkında yeniden yönetim kurulu kararı alınması gerekmektedir (m.10(1)).

II-17.1 Tebliği'nde yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerde öngörülen prosedür münferit ilişkili taraf işlemlerinden iki hususta farklılık göstermektedir. Öncelikle yaygın ve süreklilik arz eden işlemler bakımından, münferit işlemler için SPK tarafından belirlenen bir kuruluşa değerlendirme yaptırılması yerine, yönetim kurulu tarafından içeriği SPK'ca belirlenmiş bir rapor hazırlanması öngörülmüştür. Yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin bir hesap dönemi içerisindeki tutarının, alış işlemlerinde

⁷⁴ Bu tercihin Türk sermaye piyasasının özelliklerine uygun olduğu ifade edilmektedir. bkz. MANAVGAT, Çağlar: "Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevleri ve Sahip Olmaları Gereken Nitelikler", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 30(1), 2014, s.69; CANKAT, s.176.

⁷⁵ SPKn md 17(3); II-17.1 Tebliği, m.9(3).

⁷⁶ Pek çok yönü ile halka açık şirketler için büyük önem taşıyan kamuyu aydınlatma, SPK'nın temel amaçları arasında yer almaktadır. Sermaye piyasasının şeffaf, etkin ve adil şekilde işleyişini teminen pay sahipleri ve tüm menfaat sahipleri bakımından şirketle ilgili bilgilere zamanında, tam ve doğru olarak erişimine yönelik olarak kamunun aydınlatılmasına ilişkin esaslar SPKn ve ikincil mevzuatta düzenlenmiştir: SPKn. md 2, 14, 15; II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği. SPK kamuyu aydınlatma düzenlemeleri için genel olarak bkz. YANLI, V.: "Kamuyu Aydınlatma Açısından Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerinin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İkinci Cilt, İstanbul 2007, s.1581 vd; PASLI, Ali: Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance), 2004 OECD ve 2005 SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri Çerçevesinde Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2005, s.251-255. Kamuyu aydınlatma belgesi hakkında detaylı olarak bkz. AYDOĞAN Gökhan: Anonim Şirketlerde Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2021, s.133-275. KAP hakkında bkz. AKYÜREK, Koray: Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Halka Açık Anonim Şirketlerin Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kamuyu Aydınlatma Platformu (KAP), On İki Levha, İstanbul 2020, s.105 vd.

⁷⁷ SRD II, m.9c(8).

kamuya açıklanan son yıllık finansal tablolara göre oluşan satışların maliyetine olan oranının, satış işlemlerinde kamuya açıklanan son yıllık finansal tablolara göre oluşan hasılat tutarına olan oranının %10'dan fazla bir orana ulaşacağına öngörülmesi durumunda, yönetim kurulu kararına ilaveten, şirket yönetim kurulu tarafından işlemlerin şartlarına ve piyasa koşulları ile karşılaştırılmasına ilişkin olarak bir rapor hazırlanacak⁷⁸ ve bu raporun tamamı veya sonucu KAP'ta açıklanacaktır. Burada bahsi geçen oranların hesaplanmasında, aynı nitelikteki işlemlerin toplu değerlendirilmesi esastır. Aynı şirket ile yapılan ve farklı nitelikteki işlemlerin her birinin ayrı birer işlem olarak değerlendirilmesi gerekmektedir (m.10(2)).

İkinci olarak, anılan hususta alınan yönetim kurulu kararını bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onaylamaması halinde, bağımsız üyelerin muhalefet gerekçesinin kamuyu aydınlatma kuralları çerçevesinde KAP'ta açıklanması yeterli bulunmuş (m.10), genel kurulun toplanması öngörülmemiştir. İlişkili taraflar arasındaki süreklilik arz eden işlemlerin esaslarının düzenli olarak genel kurula sunulması, şirket bakımından maliyetli olması ve karar alma sürecinin aksaması gibi nedenlerle etkin sonuçlar alınmasını engelleyebilecektir. Bu bakımdan Tebliğ sistematüğünde kamuyu aydınlatma esaslı olan ve bağımsız üyelere inisiyatif tanıyan bir yöntem tercih edilmiştir.

SRD II önemli nitelikteki ilişkili taraf işlemleri bakımından kamuyu aydınlatma yanında, değerlendirme raporu alınması ve işlemin hangi yetkili organ kararına bağlanacağı konusunda kendi içinde seçenekler sunan ve nihai olarak benimsenmesi üye ülkelerin ihtiyarına bırakılmış yöntemlerden oluşan bir yapıdadır. Ancak önemlilik ölçütünü belirleyen oranların aşılması durumunda, süreklilik arz eden işlemlerin münferit işlemlerle aynı sonucu doğuracağı tabiidir. Dolayısıyla yöntem seçiminde serbesti sağlanmış olmakla birlikte, benimsenen yaklaşım, seçilen yöntemin münferit işlemler yanında, yükümlülüğü tetikleyen oranlara ulaşan her işlem için uygulanmasıdır.

SPKn m.17(3) uyarınca, SPK'nın, halka açık şirketlerin ilişkili tarafları ile gerçekleştirilecek "SPK tarafından belirlenecek nitelikteki işlemleri" düzenleme yetkisi bulunmaktadır. Anılan yetkiye dayanılarak, SPK tarafından, süreklilik arz eden ilişkili taraf işlemlerinin, ilişkili taraflarla gerçekleştirilen münferit işlemlerle aynı koşullarda düzenlenmesi bakımından bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla II- 17.1 Tebliği'nde, Direktif'e paralel olarak, yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin ilişkili taraflarla gerçekleştirilen münferit işlemlerle aynı prosedüre tabi olması Direktif'in amacına uygun olacaktır.

6. Bağlı Ortaklıklar Bakımından İlişkili Taraf İşlemleri

SRD II uyarınca hem münferit⁷⁹ hem de süreklilik arz eden işlemler⁸⁰ bakımından ilişkili taraf işlemlerinde, ilişkili taraflarla şirketin gerçekleştirdiği işlemler esas alınmaktadır. Şirketlerin bağlı ortaklıkları ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştirilen önemlilik ölçütünü sağlayan işlemler ise ayrıca düzenlenerek bunlar bakımından kamuyu aydınlatma yükümlülüğü öngörülmektedir⁸¹. II-17.1 Tebliği'nde ise, hem münferit hem de süreklilik arz eden işlemler bakımından ilişkili taraf işlemlerine taraf olabilecek kişilerin kapsamı, hem şirket hem de şirketin bağlı ortaklıklarını içerecek biçimde düzenlenmiştir. Direktif'te daha geniş yükümlülüklerin belirlenmesi konusunda bir kısıtlama getirilmediğinden bu durum Direktif bakımından bir tezatlık oluşturmamaktadır.

Diğer taraftan, ilişkili taraf işlemlerine taraf olabilecek kişilerin kapsamı, SPKn tarafından, halka açık şirketlerin ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri işlemlerle sınırlandırılmıştır⁸². II-17.1 Tebliği'nde ilişkili taraf işleminin tarafları SPKn düzenlemesine oranla da genişletilmiş, şirket dışında, şirketin bağlı ortaklıklarının da, ilişkili taraflarla yapacağı işlemler düzenlenmiştir. Bağlı ortaklıkların düzenleme kapsamına alınması, halka açık şirketin malvarlığı açısından, şirketin dahil olduğu geniş grup dikkate alınarak pekiştirilmiş bir koruma sağladığından, bahsi geçen düzenleme, esasen amaca uygundur. Bununla birlikte ikincil mevzuat aracılığıyla kanun çerçevesinden daha kapsayıcı biçimde düzenleme yapılması eleştiri konusu olmuştur⁸³.

⁷⁸ Tebliğde hazırlanacak raporun zorunlu unsurları kapsamlı olarak düzenlenmiştir: II- 17.1 Tebliği, m.10(3).

⁷⁹ SRD II, m.9c(2),(3),(4).

⁸⁰ SRD II, m.9c(8).

⁸¹ Üye ülkelere bu işlemler bakımından işlemlerin şirket ve ilişkili taraf olmayan pay sahipleri açısından adil ve makul şartlarda yapıldığına ilişkin rapor alınması da öngörülebilir: SRD II, m.9c(7).

⁸² İlişkili tarafla bir işlem söz konusu olmasa bile, ilişkili taraf lehine sonuç doğuracak işlemlerin de bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır: MANAVGAT, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s.285; MANAVGAT, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, s.69. Aksi yöndeki görüş için bkz. SÖNMEZ, Yusuf Ziyaeddin: "TK ve SPK Çerçevesinde İlişkili Taraf İşlemleri, HAAO'da Malvarlığının Korunması Sorunu", Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), On İki Levha, İstanbul 2019, s.272-273; CANKAT, s.322.

⁸³ Bkz. MANAVGAT, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, s.64; CANKAT s.321.

7. Muaf ve İstisna Tutulan İşlemler

SRD II’de şirketin olağan işleri kapsamında ve piyasa koşullarında gerçekleştirilen işlemler ilişkili taraf işlemlerine ilişkin rejimin uygulanmasından muaf tutulmuştur. Uygulamada, verilen muafiyetin şirketin sürekliliğini sağlamak bakımından faydalı olduğu söylenebilirse de, şirket ve ilişkili taraflar arasında süreklilik arz eden bu tip işlemler bulunması durumunda, tanınan muafiyetin kötüye kullanılması riski bulunmaktadır. Bu nedenle, muafiyet kapsamındaki bu işlemlerde şirketin idare veya gözetim organı tarafından muafiyete konu olan şartların yerine gelip gelmediğinin periyodik olarak değerlendirilmesi amacıyla bir iç prosedür oluşturulması zorunlu tutulmuştur. Yapılan değerlendirmelerde ilişkili taraflar yer alamayacaktır⁸⁴.

Bunun yanı sıra Direktif’te üye ülkelere bazı kategorideki işlemlerin ilişkili taraf işlemleri rejiminden istisna tutulabilmesi imkânı tanınmıştır. Öncelikle şirketin bağlı ortaklığın tamamına sahip olması veya şirketle ilişkili taraf olanların hiçbirinin anılan bağlı ortaklıkta bir menfaati bulunmaması şartıyla şirket ve bağlı ortaklıkları arasında gerçekleştirilen işlemler istisna kapsamına alınabilmektedir. Aynı istisna ulusal hukukta şirket, bağlı ortaklık ve azımlık pay sahipleri bakımından bu işlemlerde özel koruma öngörülmüşse de uygulanabilmektedir. Bunun yanında, ulusal hukukta açıkça genel kurul onayı aranan işlemler bakımından bir istisna öngörülebilmektedir. Bu istisnanın uygulanabilmesi, iç hukukta genel kurula ilişkin olarak, tüm pay sahipleri bakımından adil işlem prensibinin uygulanması, şirket ve ilişkili taraf olmayan tüm pay sahiplerinin menfaatlerinin özel olarak korunması yönünde kuralların bulunması şartına bağlanmıştır. Bunların yanı sıra Direktif’in 9(a) maddesine⁸⁵ uygun biçimde yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin olarak gerçekleştirilen işlemler de istisna kapsamına alınabilmektedir. Son olarak kredi kuruluşlarının istikrar sağlamaya yönelik olarak aldıkları önlemler kapsamında yaptıkları işlemler ile pay sahiplerinin tümüne eşit işlem koşullarının sağlandığı ve şirketin menfaatlerinin korunduğu anlaşmalar ilişkili taraf işlemleri düzenlemelerinden istisna tutulabilmektedir⁸⁶.

Tebliğ uyarınca yatırım ortaklıklarının ilişkili taraflarından aldıkları portföy yönetimi, yatırım danışmanlığı ve sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık hizmetleri için ilişkili taraflarla ilgili münferit işlemleri düzenleyen m.9 hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir (m.9(7)). Ayrıca bankaların ve finansal kuruluşların olağan faaliyetlerinden kaynaklanan ilişkili taraf işlemleri için de bu madde kapsamında yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesi zorunlu kılınmamıştır (m.9(8)). Burada bahsi geçen muafiyetin olağan işlere bağlı olarak tanındığı anlaşılmalı birlikte, şirketin idare veya gözetim organına muafiyete konu olan şartlar bakımından bir değerlendirme görevi ve yetkisi verilmemiş, düzenleme gereği her koşulda bu şirketlerin işlemleri muaf tutulmuştur.

Ayrıca, %5 oranını aşan münferit ilişkili taraf işlemleri için, m.9 hükmünde öngörülen esaslar çerçevesinde hesaplanan oranların negatif çıkması veya anlamlı olmayacak şekilde yüksek çıkması gibi sebeplerle uygulanabilirliğinin bulunmaması durumunda, söz konusu oran değerlendirme sırasında dikkate alınmayacaktır. Ancak bu durumun yeterli açıklamayı içerecek şekilde KAP’ta açıklanması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, anılan işlemlerin Tebliğ’de yer alan yaygın ve süreklilik arz eden işlemlere ilişkin hükümler kapsamına girmesi durumunda buna ilişkin yükümlülükler yerine getirilmek zorundadır (m.9(2)).

Son olarak, Tebliğ uyarınca yaygın ve süreklilik arz eden işlemlere ilişkin olarak öngörülen yükümlülükler, şirketlerin temettü dağıtımını, yeni pay alma hakkı kullanımı ve yöneticilerin mali haklarına ilişkin ödemeler, yatırım ortaklıklarının bağlı ortaklıklarından aldığı belirli hizmetler ile bankaların ve finansal kuruluşların olağan faaliyetlerinden kaynaklanan ilişkili taraf işlemleri bakımından uygulanmaz (m.10(4))⁸⁷.

V. SONUÇ

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin olarak düzenlemeler içeren SRD II, üye ülkelerin bir çok konudaki itirazları sonucunda oldukça uzun bir süreç sonunda 2017’de yürürlüğe girmiştir. Ancak nihai düzenleme AB Komisyonunun ilk tasarısına kıyasen oldukça yumuşatılmış hükümler içermektedir. Hazırlanan tasarıda kamuyu aydınlatma, gerçekleşen işlemin adillğine ilişkin bağımsız bir değerlendirme raporu ve genel kurul onayı öngörülmekte iken, yürürlüğe giren düzenlemede, ilişkili

⁸⁴ SRD II, m.9c(5).

⁸⁵ Anılan maddede üye ülkelerce şirketlerin yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin bir ücretlendirme politikası oluşturulması ve bu politikanın genel kurulda onaylanması öngörülmektedir.

⁸⁶ SRD II, m.9c(6).

⁸⁷ II-17.1 Tebliği md.12’de özel düzenlemeye tabi tutulan teminat işlemleri ilişkili taraf işlemi niteliğinde olsa bile teminat verme esaslarını düzenleyen özel hüküm olan md 12’nin uygulanacağı yönünde bkz. SÖNMEZ, s.276.

taraf işlemlerinde üye ülkelere karar alma sürecinde yetkili şirket organına, onay mekanizmasının ve kamuyu aydınlatmayı gerektiren kriterlerin tespitinde seçimlik haklar tanınmış ve işlemlere ilişkin adillik raporunun zorunlu tutulmasından vazgeçilmiştir. Sonuç olarak SRD II bir minimum harmonizasyon direktifi olarak çıkarılmış ve üye ülkeler Direktif'in iç hukuka aktarılmasında geniş bir seçenek yelpazesine sahip olmuştur.

İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme, 2012'de SPKn'da ve buna dayanılarak yürürlüğe konulan II-17.1 Tebliği aracılığıyla 2014 tarihinde yapılmıştır. Anılan hükümlerde ilişkili taraf işlemleri bakımından SRD II öncesinde çıkarılan taslak düzenlemenin temelde esas alındığı, bunun sonucunda mevcut Direktif çerçevesinde üye ülkelerin ihtiyarına bırakılmış bazı hususlarda daha kısıtlayıcı kuralların benimsendiği görülmektedir. Bu çerçevede;

- Türk sermaye piyasası mevzuatında yer alan ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelerin genel itibarıyla AB düzenlemesine uyumlu olduğu değerlendirilmektedir. Direktif'e paralel olarak, ilişkili taraf tanımı UMS ile tam uyumlu olan TMS'ye atıfla düzenlenmiş, ilişkili taraf işlemlerinin her aşamasında yoğun ve detaylı kamuyu aydınlatma yükümlülükleri öngörülmüştür.

- Direktif uyarınca önemli nitelikteki ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedür şirket bakımından uygulanmakta, şirketin bağlı ortaklıkları ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştirilen önemlilik ölçütünü sağlayan işlemler bakımından kamuyu aydınlatma yükümlülüğü öngörülmektedir. II-17.1 Tebliği'nde ise daha geniş olarak, ilişkili taraf işlemlerine uygulanacak prosedür hem şirket hem de bağlı ortaklıklarının ilişkili tarafla gerçekleştirilen işlemlerini kapsamaktadır.

- Direktif uyarınca kendi içinde seçenekler sunan ve nihai olarak benimsenmesi üye ülkelerin ihtiyarına bırakılmış kurallardan oluşan prosedür, SPKn m.17(3) ve II-17.1 Tebliği'nde düzenlenmiştir. Buna göre, SPK düzenlemesinde önemli kabul edilen büyüklükteki işlemler (%5 ila %10) belirlenmiş, bunların karara bağlanması özel kurallara tabi kılınmıştır. Bu kapsamda %5 oranını aşacak işlemler için kamuyu aydınlatma ve tarafsız bir üçüncü kişiden değerlendirme raporu alınması, işlem büyüklüğü %10'u aşacağı zaman bu yükümlülükler ek olarak, yönetim kurulunda bağımsız üyelerin olumsuz oy vermesi durumunda işlemin genel kurulda onaylanması zorunluluğu düzenlenmiştir.

- Yaygın ve süreklilik arz eden işlemler bakımından ise yine hem şirket hem de bağlı ortaklıklar için uygulanmak üzere, işlemin esaslarının yönetim kurulu kararına bağlanması, anılan işlemlerin düzenleme ile öngörülen %10 oranına ulaşacağına öngörülmesi durumunda, yönetim kurulu tarafından işlemlerin şartlarına ve piyasa koşulları ile karşılaştırılmasına ilişkin olarak bir rapor hazırlanması, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun söz konusu işlemleri onaylamaması halinde, muhalefet gerekçesinin kamuya açıklanması esas benimsenmiştir.

- SPKn m.17(3) uyarınca SPK'nın halka açık şirketlerin ilişkili tarafları ile gerçekleştirilecek işlemlerin niteliklerini belirleme konusunda yetkisi bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeye dayanılarak, SPK tarafından, Direktif'e paralel olarak, ilişkili taraflarla gerçekleştirilen yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin münferit işlemlerle aynı prosedüre tabi olması, Direktif'in amacına olacaktır.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

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

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

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

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

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

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- AKSOY, Mehmet Ali: Sermaye Piyasası Kanunu'nun İlişkili Taraf İşlemi Düzenlemelerinin 6102 Sayılı TTK'nın Ortaklıklar Topluluğu Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 3(2), 2017, s.23-40.
- AKYÜREK, Koray: Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Halka Açık Anonim Şirketlerin Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kamuyu Aydınlatma Platformu (KAP), On İki Levha, İstanbul 2020.
- ATANASOV, Vladimir/BLACK, Bernard/CICCOTELLO, Conrad.: "Law and Tunneling", Journal of Corporation Law, 37, 2011, s.2-49.
- AYDOĞAN, Gökhan: Anonim Şirketlerde Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2021.
- BARCLAY, Michael J./HOLDERNESS, Clifford G.: "Private Benefits of Control in Public Corporations", Journal of Financial Economics, 25(2), 1989, s.371-395.
- CANKAT, Rifat: Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- ÇANKAYA, Fikret/HATİPOĞLU, Oğuzhan: "Türkiye'de Uluslararası Muhasebe Standartları'nın Uygulanabilirliğini Faktörlerin Meslek Mensuplarınca Değerlendirilmesine Yönelik Bir Araştırma", Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi, (7), 2011, s.61-89.
- CHEFFINS, Brian R.: "History and the Global Governance Revolution: The UK Perspective", S.J. Berwin Professor of Corporate Law, Faculty of Law University of Cambridge, March 2001, s.1-51 <http://ssrn.com/abstract=262805> (Erişim: 17.02.2022).
- CHEFFINS, Brian R.: "Putting Britain on the Roe Map: The Emergence of the Berle-Means Corporation in the United Kingdom", Revised draft of a paper presented at the 1999 Tilburg Conference on Convergence and Diversity in Corporate Governance Regimes and Capital Markets, February 2000, s.1-52, <http://ssrn.com/abstract=218655> (Erişim: 17.02.2022).
- DAVIES, Paul L.: "Related Party Transactions: UK Model", European Corporate Governance Institute (ECGI)-Law Working Paper, No: 387/2018, 2018, s.1-52, <https://ssrn.com/abstract=3126996> (Erişim: 10.03.2022).
- DAVIES, Paul: Introduction to Company Law, Oxford University Press, Second Edition, 2010.
- DAVIES, Paul L./EMMENEGGER, Susan/FERRARINI, Guido/HOPT, Klaus J./OPALSKI, Adam/PIETRANCOSTA, Alain/CASTELLS, Andrés Recalde/ROTH, Markus/SCHOUTEN, Michael C./SKOG, Rolf R./WINNER, Martin/WYMEERSCH, Eddy O.: "Implementation of the SRD II Provisions on Related Party Transactions", September 22, 2020, European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No: 543/2020, s.1-48, <https://ssrn.com/abstract=3697257> (Erişim: 17.02.2022) [Anılış: DAVIES/EMMENEGGER/FERRARINI vd.]
- ENRIQUES, Luca: "Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (With a Critique of the European Commission Proposal)", October 3, 2014, European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper No: 267/2014, s.1-37, <https://ssrn.com/abstract=2505188> (Erişim: 15.02.2022).
- ENRIQUES, Luca/TRÖGER, Tobias Hans: "The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions: An Introduction", European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper No: 411/2018, 2018, s.1-24, <https://ssrn.com/abstract=3214101> (Erişim: 15.02.2022).
- GOSHEN, Zohar: "The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality", California Law Review, 91(393), 2003, s.393-438.
- HELLERINGER, Genevieve: "Related Party Transactions in France-A Critical Assessment", December 1, 2018, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No: 474/2019, s.1-24, <https://ssrn.com/abstract=3316570> (Erişim: 03.03.2022).
- KARACAN, Ali İhsan: "İlişkili Taraf İşlemleri Üzerine-Giriş ve Bir Tarama", Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 3(10), 2014, s.45-106.
- LAGA, Hilde/ PARREIN, Floris:: "Corporate Governance in a European Perspective", The European Company Law Action Plan Revisited (eds: Geens, K./Hopt, K.J.), Leuven University Press, Leuven, Belgium, 2010, s.79-124.
- JOHNSON, Simon/LAPORTA, Rafael/LOPEZ-DE-SÍLANES, Florencio/SHLEIFER Andrei:"Tunneling", American Economic Review, 90(2), May 2000, s.22-27.
- KANG, Sang Yop: "Optimally Restrained Tunneling: The Puzzle of Controlling Shareholders" 'Generous' Exploitation in Bad-Law Jurisdictions", ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper No: 410/2018, s.1-34.
- MANAVGAT, Çağlar: Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016.
- MANAVGAT, Çağlar: "Örtülü Kazanç Aktarımının Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 31(1), 2015, s.87-105 [Örtülü Kazanç Artırımı].

- MANAVGAT, Çağlar: “Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevleri ve Sahip Olmaları Gereken Nitelikler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 30(1), 2014, s.35-75. [Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri].
- MILHAUPT, Curtis J./PARGENDLER, Mariana: “RPTs in SOEs: Tunneling, Propping, and Policy Channeling”, *European Corporate Governance Institute (ECGI) Law Working Paper No: 386/2018*, s.1-13, <https://ssrn.com/abstract=3119164> (Erişim: 18.02.2022).
- OKUTAN NILSSON, Gül: *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, İstanbul, 2009.
- PASLI, Ali: *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance), 2004 OECD ve 2005 SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri Çerçevesinde Gözden Geçirilmiş 2. Bası*, İstanbul 2005.
- ROCK, Edward B.: “MOM Approval in a World of Active Shareholders”, *NYU Law and Economics Research Paper No: 18-02*, *European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper No: 389/2018*, s.1-23, <https://ssrn.com/abstract=3122681> (Erişim: 02.03.2022).
- SÖNMEZ, Yusuf Ziyaeddin: “TK ve SPK Çerçevesinde İlişkili Taraf İşlemleri, HAAO’da Malvarlığının Korunması Sorunu”, *Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)*, On İki Levha, İstanbul 2019, s.265-277.
- TRÖGER, Tobias Hans: “Germany's Reluctance to Regulate Related Party Transactions”, February 2018, *European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper No: 388/2018*, s.1-30, <https://ssrn.com/abstract=3127533> (Erişim: 02.03.2022).
- YANLI, Veliye: *Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler Ve Kamunun Aydınlatılması*, 1. Bası, İstanbul 2005.
- YANLI, Veliye: “Kamuyu Aydınlatma Açısından Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İkinci Cilt, İstanbul 2007, s.1581-1595.

Raporlar ve Basın Açıklamaları

- Green Paper, *The EU Corporate Governance Framework*, COM(2011) 164 Final, 5.4.2011 (Erişim: 31.03.2022).
- OECD, *Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights*, OECD Publishing, 2012, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264168008> (Erişim: 16.02.2022).
- OECD, *Supervision and Enforcement in Corporate Governance*, OECD Publishing, 2013, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264203334-en> (Erişim: 31.03.2022).
- Statement of the European Corporate Governance Forum on Related Party Transactions for Listed Entities, ECGF Statement, 10 March 2011, https://www.caplax.eu/file_download.php?l=de§=ov&mod=Kapitalmar&type=grunlagen&c=8&q=_&d=ecgf_related_party_transactions_en.pdf (Erişim: 04.03.2022).