



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Journal of the Faculty of Law of İnönü University

Cilt : 6 – Sayı : 1
Ocak – Haziran 2015

Vol. : 6 – No : 1
January – June 2015

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakülte Dergisi Yılda 2 Sayı Olarak Yayımlanan ve ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanında 2010 Yılından İtibaren Taranmakta Olan Hakemli Dergidir.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin 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, yayınlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Journal of the Faculty of Law of İnönü University

All rights reserved. No parts of the Journal of the Faculty of Law of İnönü University 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 İnönü University Faculty of Law. The views expressed in the journal are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the İnönü University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors.

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası
Kapak Tasarım Okt. Fehmi KOLÇAK

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/hukuk

www.inonu.edu.tr/hukukdergi

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

*İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi*

*Journal of the Faculty of Law of
İnönü University*

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Yayın Kurulu Başkanı – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

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	İnönü 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. Tamer Budak	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hayri Keser	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ISSN 2146/1082

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya 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. Hasan Seçkin OZANOĞLU	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KIRCA	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mertol CAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Oguz Kürşat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Tekin MEMİŞ	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vahit DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Zariye ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Mete ERDEM	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Josaph ZAND	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ 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 yirmi gün 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, yayım 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, bir diskette bir nüsha A4 boyutunda bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
Ayrıca yazılar, hukuk@inonu.edu.tr adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.
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 defa 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 yayınlara yapılan atıflarda da aynı usül 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 anlışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

PUBLICATION RULES

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 submissions must be delivered in both printed and electronic formats. The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
The articles may also be sent to the editorial board via hukuk@inonu.edu.tr.
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

Doç. Dr. Gökhan Kürşat YERLİKAYA Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin Uluslararası Görevleri ve Kurumları Kapsamında Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu Sorununun Değerlendirilmesi	1-32
Doç. Dr. İsmail DEMİR Kıyı Ötesi (Offshore) Tesislerin Sebep Olduğu Kirlenme Zararları Dolayısıyla Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Meselesi üzerine Değerlendirmeler	33-86
Yrd. Doç. Dr. Altan Fahri GÜLERCİ Banka Kredilerinde Tüketicilerden Tahsil Edilen Ücret ve Masrafların Tüketici Hukuku ve Sözleşme Özgürlüğü Bakımından Değerlendirmesi	87-128
Yrd. Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU Tek Pay Sahipli Anonim Şirkette Genel Kurul	129-166
Yrd. Doç. Dr. İlke GÖÇMEN Hizmetler Direktifinin İş Kurma ve Hizmet Sunumu Serbestisi ile İlişkisi	167-226
Dr. Mly. Yb. Metehan TOPSAKAL Askeri Sosyal Tesislerle İlgili Mevzuat Hükümlerinin Kurumlar Vergisi Karşısındaki Durumu	227-248
Arş. Grv. Bahadır DEMİR 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi	249-278
Arş. Grv. Nevfel AKKAŞOĞLU Garameye İştirakten Feragat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	279-298
Arş. Grv. Yağmur TEMİZ Türk Hukukunda Çapraz Sorgu Tartışmaları	299-332
Burak KEÇECİOĞLU Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçuna Teşebbüs	333-370

CONTENTS

Assoc. Prof. Dr. Gökhan Kürşat YERLİKAYA Evaluation of Union of Chambers and Commodity Exchanges of Turkey's Union International Duties and Institutions Under Foreign Economic Relations Board Issues	1-32
Assoc. Prof. Dr. İsmail DEMİR The Evaluations on Liability and Compensation Issue For Pollution Damage Caused by Offshore Facilities	33-86
Assist. Prof. Dr. Altan Fahri GÜLERCİ Evaluation of the Bank Charges Collected From Consumers of Credits According to The Consumer Law and Freedom of Contract	87-128
Assoc. Prof. Dr. Cafer EMİNOĞLU General Assembly at The Joint Stock Company With a Single Share	129-166
Assist. Prof. Dr. İlke GÖÇMEN The Relationship of The Services Directive With the Freedom of Establishment and Provide Services	167-226
Dr. Mly. Yb. Metehan TOPSAKAL The State of The Law For The Military Social Facilities With Regards to The Corporation Tax	227-248
Research Assistant Bahadır DEMİR Direct Representation Establishment Within Turkish Code of Obligations No:6098 ...:	249-278
Research Assistant Nevfel AKKAŞOĞLU The Quality of Agreement of Legal Waiver for Participation in Pro Rata Sharing	279-298
Research Assistant Yağmur TEMİZ Cross Enquiry in Turkish Law Discussions	299-332
Burak KEÇECİOĞLU Attempt to Larceny in The Light of Yargıtay Decisions	333-370

**TÜRKİYE ODALAR ve BORSALAR BİRLİĞİ'NİN
ULUSLARARASI GÖREVLERİ ve KURUMLARI KAPSAMINDA
DIŞ EKONOMİK İLİŞKİLER KURULU SORUNUNUN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Doç.Dr.Gökhan Kürşat Yerlikaya**

Özet

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin 5174 sayılı Kanun'a istinaden çok sayıda uluslararası görev ve kurumları bulunmaktadır. TOBB'a verilen bu görev ve kurumlar, Türk ekonomisinin küresel entegrasyona ve rekabete uyum sağlamasını mümkün kılmak amacındadır. Bu amacı sağlamada DEİK'in TOBB bünyesinde bulunmasının büyük önemi bulunmaktaydı. Ancak Eylül 2014'te yapılan bir kanuni düzenlemeyle DEİK, Ekonomi Bakanlığı'na bağlandı. Dolayısıyla bu çalışmada, TOBB'un DEİK'i kaybetmesi ve sonuçları üzerine bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin Uluslararası görev ve kurumları, Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu.

**EVALIATION OF UNION OF CHAMBERS AND COMMODITY
EXCHANGES OF TURKEY'S UNION INTERNATIONAL DUTIES
AND INSTITUTIONS UNDER FOREIGN ECONOMIC
RELATIONS BOARD ISSUES**

Abstract

Union of Chambers and Commodity Exchanges of Turkey of numerous on the basis of The Code No. 5174 on international duty and institutions are located. TOBB given this task and institutions, aims to enable the Turkish economy to adapt to global integration and

competition. This purpose was of great importance in ensuring the variable is included in the TOBB. But in September 2014 made a legal arrangement Foreign Economic Relations Board, was attached to the Ministry of Economy. Therefore, in this study, an assessment will be made on the loss of TOBB variables and results.

Keywords: Union Of Chambers And Commodity Exchanges Of Turkey's international duty and institutions, Foreign Economic Relations Board.

GİRİŞ

Bilindiği gibi Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), odaları ve borsaları bir çatı altında toplayarak ekonomiye yön veren ve kamusal tüzel kişiliğe sahip bir meslek kuruluşudur. TOBB, Türkiye’de ilk 8 Mart 1950 tarihinde çıkarılan 5590 sayılı “*Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanunu*” ile ihdas edilmiştir. Daha sonra da yine 1 Haziran 2004 tarihinde yürürlüğe giren 5174 sayılı “Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu¹” ile TOBB’un kurumsal kişiliği, görev ve yetkileri çağın gereklerine uyarlanarak muhafaza edilmiştir.

TOBB’un 5174 sayılı Kanun’dan kaynaklanan yurtiçi ve yurtdışı birçok görevleri bulunmaktadır. TOBB’un amacı, bu yurtiçi ve yurtdışı görevleriyle hamisi olduğu odaların ve borsaların çıkarlarını korumak ve geliştirmek olduğu gibi aynı zamanda Türkiye’nin de ekonomik düzenine yön verme ve katkıda bulunmada hükümetlere yardımcı olmaktır. Bu yüzden TOBB’un, 5174 sayılı Kanun’dan sadır olan görev ve yetkileriyle önemli bir hukuki ve ekonomik güce sahip olduğunun söylenmesi gerekmektedir.

*Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk ABD Öğretim Üyesi, gkyerlikaya@gmail.com.

¹ Resmi Gazete, Tarih: 1 Haziran 2004, Sayı: 25479.

Ancak bu kadar önemli hukuki ve ekonomik güce sahip olan TOBB'un Türk hukuk dünyasında yeterli araştırmalara mazhar olduğunu söylemek zor bulunmaktadır. Yayın dünyasına bakıldığı zaman da yine TOBB'un kendisi hakkında kendisinin yaptığı çalışmaları bulunmaktadır. Oysaki TOBB'un; odalar ve borsalar bakımından sahip olduğu görev ve yetkileri, odaların ve borsaların kuruluşu, bunlara ait organlarının seçimi ve çalışma usulleri, bu organların seçilmesinde takip edilen seçim hukuku, odaların, borsaların ve TOBB'un gelirleri, mali düzenleri, bunların tabi oldukları disiplin ve ceza hukuku gibi nice çalışılması gereken cepheleri bulunmaktadır. İşte bunlardan bir tanesi de TOBB'un "uluslararası görevleri ve Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu (DEİK)" bahsidir. Zira 5174 sayılı Kanun, TOBB'a, uluslararası ilişkiler bakımından çok önemli görev ve yetkiler yüklemiş bulunmaktadır. Ayrıca "**Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Genel Kurul Çalışma Esasları Yönetmeliği**"² de yine uluslararası ilişkiler alanında hem TOBB'a görevler yüklemiş hem de bu alanda kurulacak olan komisyonları da düzenlemiş bulunmaktadır. Ancak TOBB'un uluslararası ilişkileri yürütmede en önemli icrai organının "Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu (DEİK)" olduğunu söylemek gerekmektedir. Hal böyle iken TOBB bakımından hayati sayılacak bir kayıp yaşanmış ve 10 Eylül 2014 tarihinde gerçekleştirilen bir yasal düzenlemeyle DEİK, TOBB'un elinden alınmış ve Bakanlığı'na bağlanmıştır.

Bu çalışmada önce Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin kavramsal ve kurumsal yapısına ve temsiline yer verilecektir. Daha sonra TOBB'un uluslararası ilişkiler alanındaki görevleri ve bunun için ihdas edilen komisyon ve kurullar ele alınacaktır. Böylece TOBB'un uluslararası ilişkiler alanında görevleri ile kurul ve komisyonlarının bir bütün halinde verilmesine, DEİK'in kaybının hukuki mahiyetine ve TOBB'un elinde kalan görev, yetki ve organlarla DEİK eksiğinin nasıl kapatılabileceğinin izahına gayret edilecektir.

² Resmi Gazete, Tarih: 12 Eylül 2005, Sayı: 25934.

1. TÜRKİYE ODALAR ve BORSALAR BİRLİĞİ'NİN KAVRAMSAL YAPISI

Hem mevzuatta hem de doktrinde Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin kısaltılmış olarak "Birlik" ya da "TOBB" kullanılmaktadır. Nitekim 5174 sayılı Kanun da kendi içeriğinde, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin yerine "Birlik" ya da "TOBB" ibarelerini kullanmaktadır. Kavram birliği olması bakımından metnin bütününde TOBB kullanımı tercih edilecektir.

TOBB'un kavramsal tanımlamasını yapabilmek için en doğru adres yine 5174 sayılı Kanun'un kendisi olmaktadır. Nitekim 5174 sayılı Kanun'un 54. maddesi, TOBB'un kavramsal tanımlamasını yapmış bulunmaktadır. Bu madde hükmüne TOBB; göre odalar ve borsalar arasındaki birlik ve dayanışmayı temin etmek, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, oda ve borsa mensuplarının mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, bunların birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere, meslek disiplini ve ahlakını korumak, ülkenin kalkınması, ekonominin gelişmesi için gerekli çalışmaları yapmak ve 5174 sayılı Kanun'da belirtilen hizmetleri yerine getirmek amacıyla kurulan, tüzel kişiliğe sahip, kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşu olarak tanımlanmıştır. Bu tanımla 1982 Anayasası'nın 135. maddesinin ilk paragrafında verilen "*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.*" içerikli tanım arasında da bir paralellik bulunmaktadır.

Bu kavramsal özelliklerinden yola çıkarak TOBB'u Anayasa ve 5174 sayılı Kanun'un emrettiği şekilde bir çeşit kamu hizmeti üreten ve

tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşu olarak ifade etmek mümkün bulunmaktadır.

2. TOBB'UN HUKUKİ DAYANAĞI

Bilindiği gibi Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), 5174 sayılı “**Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu**” ile düzenlenmiştir. 5174 sayılı Kanun’un amacı; ticaret ve sanayi odaları, ticaret odaları, sanayi odaları, deniz ticaret odaları, ticaret borsaları ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin kuruluş ve işleyişine ilişkin esasları düzenlemeye yöneliktir. Dolayısıyla yine TOBB’un kuruluşu; TOBB’un organlarının nitelikleri-organların seçim usulleri-organlık vasfını yitirme hal ve usulleri; TOBB’un görev ve yetkileri ile çalışma usulleri; TOBB’un üyeleri ile karşılıklı hak ve yükümlülükleri ve TOBB’un gelir-harcama-bütçeye ilişkin esasları da 5174 sayılı Kanun tarafından düzenlenmiştir. Diğer taraftan 1982 Anayasası’nın³ “**Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları**” başlıklı 135. maddesi⁴ de TOBB’a anayasal bir dayanak ve himaye sağlamaktadır⁵.

³ Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18/10/1982, Resmi Gazete, Tarih: 09/11/1982, Sayı: 17863 Mükerrer.

⁴ **Madde 135-** Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir. Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz. Bu meslek kuruluşları, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar. Bu meslek kuruluşları ve üst kuruluşları organlarının seçimlerinde siyasi partiler aday gösteremezler. Bu meslek kuruluşları üzerinde Devletin idari ve mali denetimine ilişkin kurallar kanunla düzenlenir. Amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevine, kanunun belirlediği merciin veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkeme kararıyla son verilir ve yerlerine yenileri seçtirilir. Ancak, milli güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, meslek kuruluşlarını veya üst kuruluşlarını faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmidört saat içerisinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim,

5174 sayılı Kanun'un "Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği" başlığını taşıyan 54. maddesi genel olarak hem TOBB'un hizmet, görev ve yetki alanlarını belirlemekte hem de onun "tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşu" olduğunu kesinliğe kavuşturmuştur. Yine bu 54. madde hükmü Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin kısa adının "TOBB" olduğunu merkezinin başkent Ankara'da olduğunu da kayıt altına almış bulunmaktadır.

3. TOBB'UN TEMSİLİ ve YETKİLERİ

Bu başlık altında 5174 sayılı Kanun ve ilişik mevzuatı çerçevesinde TOBB'un temsili ve yetkileri ele alınacaktır.

3.1. TOBB'un Temsili

5174 sayılı Kanun'un 55. maddesinin ikinci paragrafına göre TOBB'un hukuki temsilcisi, "**Birlik Başkanı**" olarak gösterilmiştir. Ayrıca 5174 sayılı Kanun'un 65. maddesi uyarınca Birlik Başkanı aynı zamanda TOBB Yönetim Kurulu'nun da başkanı olarak tayin edilmiştir. Ancak TOBB Başkanı aynı zamanda mensubu olduğu oda veya borsanın yönetim kurulu başkan veya üyesi ile meclis başkanlığı görevlerini yürütememektedir. Diğer taraftan 5174 sayılı Kanun'un 59. maddesi uyarınca TOBB Başkanı aynı zamanda "Yüksek İstişare Kurulu"nun da başkanlığını yapmaktadır.

Birlik başkanı ile beraber Birlik Genel Sekreterinin de önemli bir temsil gücü bulunmaktadır. Bu temsil gücü bilhassa bir "yetki" şeklinde TOBB'u bağlayan hukuki işlemlerin yapılmasında kendini göstermektedir.

Şöyle ki 5174 sayılı Kanun'un 55. maddesi uyarınca "Birlik Başkanı" kendisine TOBB Genel Kurulu veya TOBB Yönetim Kurulu tarafından verilen limitler dâhilinde TOBB adına düzenlenen taahhütname, sözleşme ve vekâletname gibi TOBB'u hukuken bağlayan

kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkar."

⁵ Yerlikaya, Gökhan Kürşat, **Odalar, Borsalar ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin Hukuku**, 1.Baskı, Leges Yayıncılık, İstanbul, 1 Ocak 2015.

hukuki işlemleri imzalamaya münferiden yetkili kılınmıştır. Aynı usulde sağlanan bu yetki Birlik Başkanının yanı sıra TOBB Genel Sekreterine de verilmiştir.

Diğer taraftan yine TOBB adına düzenlenen taahhütname, sözleşme ve vekâletname gibi TOBB'ü hukuken bağlayan hukuki işlemlerde TOBB Genel Kurulu veya TOBB Yönetim Kurulu tarafından verilen limitlerin aşılması halinde ise o zaman bu işlemleri imzalamaya Birlik Başkanı ile Genel Sekreter müştereken yetkili kılınmışlardır.

Bunların dışında bir başka temsil hali de bulunmaktadır. O da yukarıda sayılan bu hukuki işlemlerin TOBB Yönetim Kurulu tarafından yetkilendirilen bir üye ve TOBB Genel Sekreterinin müşterek imzaları ile yapmaya yetkili olmaları halidir.

3.2. TOBB'un Yetkileri

Yine 5174 sayılı Kanun'un 55. maddesi TOBB'un yetkilerini de düzenlemiş bulunmaktadır. Bu madde hükmüne göre TOBB; taşınır ve taşınmaz mal almaya, satmaya, inşa, ifraz, tevhit ve rehnetmeye, kamulaştırma yapmaya, ödünç para almaya, sosyal yardımlarda bulunmaya, okul ve derslik yapmaya, burs vermeye, bağış ve yardımlarda bulunmaya, sosyal faaliyetleri destekleme ve özendirme yardımları yapmaya yetkili kılınmıştır. Ayrıca TOBB yine 5174 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde şirket ve vakıf kurmaya veya kurulu şirketlere iştirak etmeye, derneklere ve kooperatiflere üye olmaya ve benzeri hukuki işlemler yapmaya da yetkili kılınmıştır.

4. TOBB'UN ULUSLARARASI GÖREVLERİ

5174 sayılı Kanun'un 56. maddesi, TOBB'un tüm görevlerini yirmidört fıkra halinde düzenlemiş bulunmaktadır.

Bu madde hükmüne göre TOBB'un görevleri arasında uluslararası görevler de bulunmaktadır. Nitekim 5174 sayılı Kanun'un 56. maddesinin "e, f, g, h, k, t" fıkraları, TOBB'un uluslararası alandaki muhtelif görevlerini düzenlemiş bulunmaktadır.

4.1. Türk Özel Ekonomisini Dünya Ekonomisine Entegre Etmek İçin Yabancı Ülkelerdeki Odalar ve Borsalar Alanındaki Gelişmeleri Takip Etmek

Bilindiği gibi günümüzün dünyası, serbest piyasa ekonomisini benimsemiş durumdadır. Serbest piyasa ekonomisi de küresel anlamda rekabete ve entegrasyona dayanmaktadır. Dolayısıyla çağımızda milli ekonomiler içe kapalı değil dışa açık, karşılıklı bağımlılık ve işbirliğine dayalı bir ekonomi anlayışını benimsemektedirler⁶. Bu ekonomik anlayışın en önemli mekânlarını da o ülkelerin odaları ve borsaları oluşturmaktadır. Dolayısıyla TOBB'un sürekli temas halinde olduğu yabancı odalar ve borsaların oluşturdukları farklılıkları ve gelişmeleri takip etmek ve ülke ekonomisine kazandırmak önemli bir teşebbüs olmaktadır.

İşte bu yüzden 5174 sayılı Kanun'un 56. maddesinin (e) ve (k) fıkraları birer düzenleme getirerek bunları birer görev olarak TOBB'a tahmil etmiş bulunmaktadır. Nitekim bu bağlamda bu (e) fıkrası, gelişen dünya koşullarında ulusal ticaret, sanayi ve hizmet sektörlerinin gelişmesine yönelik çalışmalar yapmayı ve Avrupa Birliği ve uluslararası kuruluşlarla olan ilişkilerde bu sektörlerin haklarını gözetmeyi TOBB'un görev alanına bırakmıştır. Buna ilaveten Avrupa Birliği mevzuatı konusunda çalışmalar yapma ve oda ve borsaları bu konularda bilgilendirme de TOBB'un görev alanı içinde tutulmuştur

Ayrıca bu (e) fıkrası hükmüne göre yabancı ülkelerdeki oda, borsa ve benzeri ilgili organizasyonlar tarafından düzenlenen raporları incelemek ve ülkemizi ilgilendiren kısımları derleyip yayınlamak da TOBB'un görev alanına tevdi edilmiştir.

Yine aynı şekilde (k) fıkrası da Türk özel sektörünün ekonomik politikalarının belirlenmesi ve dünya ekonomisi ile entegrasyonunun sağlanması için gerekli dış ekonomik ilişkilerin tesisinde ilgili kamu

⁶ Kotler, Philip / *Jatusripitak*, Somkid / *Maesincee*, Suvit, Ulusların Pazarlanması (Ulusal Refahı Oluşturmada Stratejik Bir Yaklaşım), 1.Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, Kasım 2000, s.85, 179, 229.

kurum ve kuruluşlarına gerekli hallerde görüş vermeyi ve bu ilişkilerin yürütülmesinde yardımcı olmayı TOBB'a bir görev olarak yüklemiştir. Bu fıkra hükmüne göre TOBB, Türkiye'de özel sektörün ekonomi politikalarını dünya ekonomisi ile entegre olacak şekilde sevk ve idare etmesi gerekmektedir.

4.2. Uluslararası Toplantı, Kongre ve Fuarlar Düzenlemek ile Temsilcilikler ve İrtibat Büroları Kurmak

Küresel ekonomiye entegre olmak için yabancı ülkelerde bilhassa büyük ekonomilerde meydana gelen değişme ve gelişmeleri takip etmek gerektiği bilinen bir gerçektir. Bunun da bilinen en iyi yollarından birisi de ulusal ya da uluslararası düzeyde toplantı, kongre ya da fuarlar düzenlemektir. Nitekim bu gerçekten hareketle 5174 sayılı Kanun'un (g) fıkrası bir düzenleme getirerek bu gibi faaliyetleri TOBB'a görev olarak yüklemiştir.

İşte bu (g) fıkrası TOBB'a aşağıdaki şu görevleri yüklemiş bulunmaktadır:

- Ulusal ve uluslararası toplantı ve kongreler düzenlemek;
- Ulusal ve uluslararası toplantı ve kongrelere katılmak;
- Oda ve borsalara yurt içi fuarlar konusunda yapılan ve Birliğe intikal ettirilen müracaatları inceleyip karara bağlamak;
- Fuar şirketlerine yurt içi fuar düzenleme yetki belgesi vermek;
- Yabancı ülkeler ticaret ve sanayi odalarının vekillik, mümessillik ve muhabirliğini kabul ve ifa etmek;
- TOBB'un faaliyet alanı ile ilgili ulusal ve uluslararası kuruluşlara üye olmak veya bu tür kuruluşlar, iş konseyleri, ekonomik işbirliği komiteleri kurmak, uluslararası toplantılara katılmak;
- Yurt içinde ve yurt dışında ticaret merkezleri kurmak ve kurulmuş olanlara katılmak;
- Ekonomik ve sosyal sorunlarla ilgili etkinliklere katılmak; gerektiğinde bu tür faaliyetleri teşvik etmek, maddi destekte bulunmak;

- Yabancı ülke oda ve birlikleri ile işbirliği komiteleri kurmak, bunlarla kapsamlı ve etkin işbirliği yapmak.

4.3. Yabancı Ülkelerde Temsilcilikler ve İrtibat Büroları Kurmak

Ayrıca 5174 sayılı Kanun'un 56. maddesinin (h) fıkrası uyarınca da ülkemizdeki ve yabancı ülkelerdeki Türk veya Türk-yabancı ticaret, sanayi ve deniz ticaret odalarına gerektiğinde yardımlar yapmak ve yine gerektiğinde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın izni ile yurt içinde ve yurt dışında temsilcilikler ve irtibat büroları kurmak da TOBB'un görev alanı içinde bulunmaktadır.

4.4. Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesini Kurmak ve Faaliyetlerini Yürütmek

5174 sayılı Kanun'un 56. maddesinin (f) fıkrası, "Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi"ni kurmayı ve faaliyetlerini yürütmeyi de yine TOBB'un görev alanına bırakmıştır. Bilindiği gibi 1923 yılından beri faaliyette olan Milletlerarası Ticaret Odasının (International Chamber of Commerce / ICC) merkezi Paris'te bulunmaktadır⁷.

Türkiye'de Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi'nin kuruluşu şöyle gerçekleşmiştir. 1934 yılında kurulan Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi (ICC Türkiye), Bakanlar Kurulu Kararı ile 1945 yılında "Milli" adını alarak yapılanmasını tamamlamış ancak "ICC Türkiye"nin çalışmalarının genişletilmesi amacıyla, Komitenin kuruluş ve işlerinin yürütülmesi görevi, 1950 yılında 5590 sayılı Kanun ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğine verilmiştir. "ICC Türkiye" 18 Mayıs 1953 tarihinde Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde yeniden yapılanmış olup 27 üye ile işe başlayan Komitenin 1955 yılında toplam 120 üyesi olmuştur. Bugün "ICC Türkiye"nin 250'ye yakın üyesi bulunmaktadır⁸.

⁷Yılmaz, Halil, Uluslararası Tahkim Örgütlenmeleri, <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/2004-2/5.pdf>, s.93, Erişim Tarihi (ET): 12.01.2015.

⁸ <http://icc.tobb.org.tr/icct-kurulusyapi.php>; Bkz. ICC Türkiye Yönetim Kurulu, <http://icc.tobb.org.tr/icct-yonetimkurul.php>, ET: 12.01.2015.

Milletlerarası Ticaret Odası Milli Komiteleri, iş dünyası kuruluşları arasında ICC'yi benzersiz kılan küresel bir ağ oluşturup ICC üyeleri kuruluşun politikalarını şekillendirmekte ve kendi milli komiteleri aracılığıyla iş dünyasının kaygılarını hükümetlere iletmektedir. Milli komitesi henüz kurulmamış ülkelerde şirketler, bireysel olarak ICC'nin doğrudan üyesi olabilmektedirler. Günümüzde ICC'nin 95 ülkede milli komitesi ve toplam 130 ülkeden de üyesi bulunmaktadır⁹.

4.5. Ticari Anlaşmazlıklarda Görev Alacak Tahkim Kurumlarını ve Uygulanacak Tahkim Şartlarını Oluşturmak

Yine 5174 sayılı Kanun'un 56. maddesinin (t) fıkrası da; yurt içinde ve uluslararası ticari anlaşmazlıklarda görev alacak tahkim kurumlarını ve uygulanacak tahkim şartlarını oluşturmak ve tahkim konusunda odalarca yapılacak çalışmalarını desteklemek görevini TOBB'a havale etmiş bulunmaktadır.

TOBB da bu hususta yasal ve kurumsal oluşumlarını hazırlamış ve "tahkim divanı" nı kurmuş bulunmaktadır. TOBB'un Tahkim Divanı; Türk firmalarının kendi aralarındaki veya yabancı firmalar arasındaki ya da yabancı firmaların kendi arasındaki ticari ve sınai alanda çıkacak ihtilafları halletmeye yetkili bulunmaktadır¹⁰.

TOBB Tahkim Divanının çalışabilmesi için TOBB tarafından "Tahkim Tüzüğü" ihdas edilmiştir. Dolayısıyla TOBB tahkiminin çalışma usul ve esasları Tahkim Tüzüğü tarafından düzenlenmiştir. Taraflar, TOBB'un hakemliğine başvurmak üzere anlaşmışlarsa, TOBB'un Tahkim Tüzüğü hükümlerini de aynen kabul etmiş sayılmaktadırlar.

TOBB Tahkim Divanının yargı yolundan yararlanabilmek için, her tacir ve sanayicinin, yaptıkları sözleşmelere, "**Bu Sözleşmeden veya Bu Sözleşme İle İlgili Olarak Doğacak İhtilaflar, TOBB Tahkim Tüzüğü**

⁹ <http://icc.tobb.org.tr/icc-millikomite.php>, ET: 12.01.2015. ICC Milli Komiteleri için **Bkz.** <http://iccwbo.org/worldwide-membership/national-committees>.

¹⁰ <http://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Documents/Tahkim/1-TOBB%20Tahkimi.doc>, ET: 18.01.2014.

Hükümleri Uyarınca Tahkim Yoluyla Halledilir” kaydını (tahkim şartını) koymaları gerekmektedir¹¹.

5. ULUSLARARASI İLİŞKİLER ALANINDA KURULAN KOMİSYONLAR

Görüldüğü gibi yukarıda TOBB’un uluslararası alandaki görev ve yetkileri izah edilmiştir. TOBB’un uluslararası alandaki bu görev ve yetkilerinin bazı organlar eliyle icra edilmesi gerekmektedir. Nitekim TOBB da bu uluslararası ilişkiler alanındaki görevlerini bu alanda kurulan komisyonlara havale etmiş bulunmaktadır. Söz konusu bu komisyonlar, 5174 sayılı Kanun’un 62. maddesinin (e) fıkrasına istinaden çıkarılan **“Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Genel Kurul Çalışma Esasları Yönetmeliği”** tarafından düzenlenmiştir.

Bu Yönetmeliğin 16. maddesi “komisyonların kuruluşu” nu düzenlemektedir. Bu madde hükmüne göre: TOBB Genel Kurulu, çalışmalarını kolaylaştırmak veya çabuklaştırmak amacıyla belirli konularda esas ve geçici komisyonlar kurabilmekte veya kurulmuşları kaldırabilmektedir. TOBB Genel Kurulu, bir konunun incelenmesini birden çok komisyondan oluşacak karma komisyonlara da verebilmekte veya komisyonlarla TOBB Yönetim Kurulu’nun ortak çalışmasını da isteyebilmektedir. Komisyonlar, TOBB Genel Kurulu toplantısı sırasında seçilmektedirler.

Yönetmeliğin 40. maddesiyle komisyonların yetkileri de düzenlenmiştir. Buna göre komisyonlar, yalnız kendilerine havale edilen işleri incelemekte ve görüşlerini bildirmektedirler. Komisyonlar, kendilerine gelen teklifleri aynen veya değiştirerek yahut birleştirerek kabul veya reddedebilmektedirler.

“Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Genel Kurul Çalışma Esasları Yönetmeliği”nin 17. maddesi¹², uluslararası ilişkiler alanında iki

¹¹<http://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Documents/Tahkim/1-TOBB%20Tahkimi.doc>, ET: 18.01.2014.

¹² Madde 17- Genel Kurulun esas komisyonları şunlardır: a) Hesapları İnceleme Komisyonu. b) Mevzuat Komisyonu. c) Ekonomik Raporu İnceleme Komisyonu. d)

komisyon kurulmasını öngörmüştür. Bunlar da “Dış İlişkiler Komisyonu” ve “Avrupa Birliği Uyum Komisyonu”ndan ibaret bulunmaktadır.

Bunun dışında Yönetmeliğin 17. maddesinin (j) fıkrası uyarınca TOBB Genel Kurulu, diğer esas komisyonlar da belirleme yetkisine haiz bulunmaktadır. Bu Yönetmeliğin 27. maddesine göre TOBB Genel Kurulu'nca belirlenecek diğer esas komisyonlar, kuruluş amaçlarına ilişkin konuları incelemek ve sonuçlarını TOBB Genel Kurulu'na sunmakla görevli ve yetkili bulunmaktadırlar.

5.1. Dış İlişkiler Komisyonu

Yönetmeliğin 23. maddesi “Dış İlişkiler Komisyonu”nu düzenlemiş bulunmaktadır. Bu madde hükmüne göre “Dış İlişkiler Komisyonu”, Türkiye'nin dış politika öncelikleri çerçevesinde, Türkiye-ABD ilişkileri, genel olarak Ortadoğu, Kuzey Afrika ve özellikle Irak, İran Suriye ve İsrail-Filistin, Kafkaslar, Balkanlar ve Dünya Ticaret Örgütü, OECD gibi ülke, bölge ve örgütlerle ilişkiler hususunda çalışmalar yapmakla görevli bulunmaktadır. Ayrıca TOBB Başkanı'nın havale edeceği konuları incelemek, rapor hazırlamak ve TOBB Genel Kurulu'na sunmakla da görevli ve yetkili bulunmaktadır.

5.2. Avrupa Birliği Uyum Komisyonu

Yine Yönetmeliğin 22. maddesi de “Avrupa Birliği Uyum Komisyonu”nu düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre Avrupa Birliği Uyum Komisyonu, Türkiye'nin Avrupa Birliği ile üyelik müzakerelerinin iş dünyasını ilgilendiren konularını takip etmek, TOBB Başkanı'nın havale edeceği konuları incelemek, rapor hazırlamak ve TOBB Genel Kurulu'na sunmakla görevli ve yetkili bulunmaktadır.

6. DIŞ EKONOMİK İLİŞKİLER KURULU (DEİK)

Bilindiği üzere Türk özel sektörünün dış ekonomik ilişkilerini yürütme görevini üstlenen ve Kasım 2013 itibarı ile 750 üye şirketi, 42 Kurucu Kuruluşu, 115 İş Konseyi, 148 Ticaret-Sanayi Odası, Borsa-Oda

Dilekleri İnceleme Komisyonu. e) Avrupa Birliği Uyum Komisyonu. f) Dış İlişkiler Komisyonu. g) Vergi Komisyonu. h) Ekonomi Politikası Komisyonu. ı) Basın ve Yayın Komisyonu. j) Genel Kurulca belirlenecek diğer esas komisyonlar.

Temsilciliği ve 3 Yurtdışı Temsilciliği bulunan “Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu/DEİK”, dönemin Başbakanı Turgut Özal’ın talimatıyla ve özelleştirme politikası gerekçesiyle 1986 yılında TOBB’un öncülüğünde kurulmuş ve 1 Ocak 1987 tarihinde faaliyete geçmiştir¹³.

DEİK, ilk olarak 1 Haziran 2004’te yürürlüğe giren 5174 sayılı Kanun’un 58. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak daha sonra DEİK’i düzenleyen 5174 sayılı Kanun’un 58. maddesi, 10 Eylül 2014 tarihinde çıkarılan 6552 sayılı “*İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun*”un¹⁴ 144. maddesi ile önemli bir kısıtlamaya uğratarak 3, 4 ve 5. fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır¹⁵. Böylece DEİK’in kurumsal varlığı, yetkileri ve icrai gücü TOBB’un elinden alınarak Ekonomi Bakanlığı’na bırakılmıştır. Ekonomi Bakanlığı da “637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin¹⁶ 36. maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak hazırlanan ve 20 Eylül 2014 tarihinde yürürlüğe giren “*Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*¹⁷”i yayımlayarak DEİK’e bir yön vermiştir.

¹³ Pakdemirli, Ekrem, DEİK, <http://www.egedesonsoz.com/yazar/DEIK/8184/>, 16 Eylül 2014 Salı, ET: 17.10.2014.

¹⁴ Resmi Gazete, Tarih: 11 Eylül 2014, Sayı: 29116.

¹⁵ **3.Fıkra:** Birliğin gözetim ve denetimi altında özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip, kuruluş ve faaliyet amaçları aynı olan ve Birlikçe belirlenecek özel sektör kuruluşlarından Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu oluşur. Kurulun kısa adı DEİK’tir. Kurul ikili ekonomik ilişkilerini, yönetim kurulunun kararları doğrultusunda iş konseyleri aracılığı ile yürütür. **4.Fıkra:** Kurul ile iş konseylerinin görev ve yetkileri teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin esaslar Birlik tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. **5.Fıkra:** Kurulun bütçesi, kurucu kuruluşların Kurul yönetim kurulu tarafından belirlenen yıllık üyelik aidatlarından, iş konseyi üyelik aidatlarından, Birliğin ödeyeceği katkı payı ve diğer gelirlerden oluşur. Kurul bütçesini Birlik denetler.

¹⁶ Karar Tarihi: 3 Haziran 2011, Resmi Gazete, Tarih: 8 Haziran 2011, Sayı: 27958 Mükerrer.

¹⁷ Resmi Gazete, Tarih: 20 Eylül 2014, Sayı: 29125. **Eski DEİK Yönetmelikleri için Bkz.:** Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete, Tarih: 6 Aralık 2013, Sayı: 28843; Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Resmi

6.1. Dış Ekonomik İlişkiler Kurulunun Amacı

5174 sayılı Kanun'un 58. maddesi DEİK'in amacı hakkında sarıh bir açıklamada bulunmamıştır. Ancak bu 58. maddenin başlığı olan **“Türk-yabancı veya yabancı-Türk odalar ile Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu”**ndan Türk ve yabancı odalar arasında karşılıklı ilişkileri düzenleme gibi zımni bir gaye hissedilmektedir. Bunun için 5174 sayılı Kanun'un 58. maddesinin içeriğine bakıldığında ise burada DEİK'in Türkiye ile diğer ülkeler arasında ekonomik ve ticari ilişkilerin geliştirilmesine yardımcı olmaktan bahsedilmektedir. Hatta bu amacın gerçekleştirilmesi için Dışişleri Bakanlığı'nın görüşünün ve TOBB'un izninin alınması suretiyle tek taraflı veya çok taraflı Türk-yabancı veya yabancı-Türk ticaret, sanayi ve deniz ticaret odası adı ile derneklerin kurulması öngörülmektedir¹⁸.

Diğer taraftan DEİK'in amacı “Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” in 1. maddesi tarafından sarıh bir şekilde tanzim edilmiştir. Bu madde hükmüne göre bu Yönetmeliğin amacı; özel sektörün dış ticaret, uluslararası yatırım, hizmetler, müteahhitlik, lojistik başta olmak üzere tüm dış ekonomik ilişkilerini yürütmek ve iş dünyasının ihracatı artırma ve iş geliştirme çalışmalarına yardımcı olmak amacıyla kurulan Dış Ekonomik İlişkiler Kurulunun ve bu Kurula bağlı olarak faaliyet gösteren iş konseylerinin çalışma usul ve esaslarını düzenlemektir.

Gazete, Tarih: 23 Haziran 2008, Sayı: 26915; Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu Ve İş Konseyleri Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete, Tarih: 27 Kasım 2005, Sayı: 26006.

¹⁸ Diğer taraftan müşterek odaların, izlenme ve denetlenme esasları, TOBB Yönetim Kurulu'nun teklifi ve Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle tespit olunmuştur. Bu odalardan yurt dışında kurulmuş olanların faaliyetlerinin izlenmesi, yurt içindekilerin çalışmalarının denetlenmesi ve izlenmesi, TOBB tarafından yapılmaktadır. Bu şekilde kurulan dernekler, bu maddede yer alan hükümler dışında, genel hükümlere tabidir. 58. maddenin birinci fıkrası uyarınca kurulan dernekler dışındaki tüzel kişiler, ticaret, sanayi ve deniz ticaret odası adını kullanamamaktadırlar. Bu konuda **Bkz.** “Türk-Yabancı, Yabancı-Türk Ticaret, Sanayi ve Deniz Ticaret Oda Derneklerinin Kuruluş, İşleyiş ve Denetim Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”, Resmi Gazete, Tarih: 6 Nisan 2007, Sayı: 26485.

6.2. Dış Ekonomik İlişkiler Kurulunun Organları

Yine “Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”in 6. maddesi DEİK’in organlarını düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre DEİK’in organları; Genel Kurul, Yönetim Kurulu, İcra Kurulu, Denetim Kurulu, İş Konseyleri, Yüksek İstişare Kurulu ve Danışma Kurulu’ndan ibaret bulunmaktadır.

6.3. Dış Ekonomik İlişkiler Kurulunun Görevleri ile Ekonomi Bakanlığı’nın Görevleri

Sorunun irdelenmesine katkıda bulunmak için DEİK’in görevleri ile Ekonomi Bakanlığı’nın görevleri arasında nasıl bir ilişki bulunduğunu da sergilemek gerekmektedir. Bunun için de her ikisinin de kendi mevzuatlarınca tanzim edilen görevleri belirtmek gerekmektedir.

6.3.1. Dış Ekonomik İlişkiler Kurulunun Görevleri

“Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”in 5. maddesi, DEİK’in görevlerini tanzim etmiş bulunmaktadır. Bu görevler aşağıdakilerden ibarettir:

- Türkiye’nin yabancı ülkeler veya uluslararası topluluklarla olan ekonomik, ticari, sınai ve mali ilişkilerini izlemek, bu tür ilişkilerin kurulmasına ve geliştirilmesine yardımcı olmak.
- Türkiye’nin dış ekonomik ilişkilerinin geliştirilmesi, karşılaşılabilecek sorun ve engellerin çözümü için ilgili kurum ve kuruluşlara görüş ve öneriler sunmak.
- Türkiye’nin ihracatının artırılmasına ve üretim ve ihracata dönük uluslararası yatırımların özendirilmesine yönelik çalışmalar yapmak.
- Davet edilmesi halinde görev alanına giren konularda özel sektörü temsilen uluslararası veya hükümetler arası müzakerelere katılmak.
- Uluslararası ekonomik ilişkilerdeki gelişmeleri göz önünde bulundurarak çeşitli ülkeler, bölgeler, kurumlar ile ilişkilere yönelik sektörler itibarıyla veya genel ekonomik konularda

stratejiler hazırlamak ve bu stratejileri ilgili kurum ve kuruluşlara önermek.

- Türkiye ile yabancı ülkeler veya uluslararası topluluklar arasında iş olanaklarını araştırmak, mevcut olanakların harekete geçirilmesine ve iş fırsatlarının değerlendirilmesine yardımcı olmak.
- Türkiye'de yatırım ortamının iyileştirilmesi ile ilgili girişimlere katkıda bulunmak ve yatırım olanaklarının yurt dışında tanıtımına yönelik etkinlikler yapmak.
- Ortak yatırımlara girebilecek veya birlikte üçüncü ülkelerde ortak yatırım yapabilecek yerli veya yabancı girişimcilere Yönetim Kurulunca belirlenen ilkeler çerçevesinde yol göstermek.
- Yabancı ülkeler veya uluslararası topluluklardaki ekonomik ve sektörel gelişmeler, dış ticaret rejimi, yabancı sermaye ve gümrük mevzuatı konularında bilgi derlemek, girişimcilerin bu yöndeki bilgi taleplerini Yönetim Kurulunca belirlenen ilkeler çerçevesinde karşılamak.
- Türk dış ticaret rejimi, yabancı sermaye ve gümrük mevzuatındaki değişiklikleri iş konseyleri aracılığı ile yabancı ülkeler veya uluslararası topluluklardaki muhatap kuruluşlara duyurmak.
- Türkiye, yabancı ülkeler veya uluslararası toplulukların dış ekonomik ilişkileri ile ilgili bilgi ve istatistikî verileri toplamak, Yönetim Kurulunca belirlenen şartlarla ilgililerin yararlanmasına açık bilgi bankaları kurmak.
- Türkiye'nin dış ekonomik ilişkilerinde başarılı sonuçlar elde etmesini sağlamak üzere yurt içinde veya yurt dışında tanıtım faaliyetlerinde bulunmak.
- İkili ekonomik ilişkileri Yönetim Kurulu kararları doğrultusunda iş konseyleri aracılığıyla yürütmek.

- Çok taraflı kurum ve kuruluşlar ile ilişkileri yürütmek.
- İş konseyi bulunmayan ülkeler ile ilgili faaliyetleri Yönetim Kurulunun belirleyeceği ilkeler çerçevesinde yürütmek.
- İş konseylerini kurmak ve gerektiğinde sona erdirmek için Bakanlığa öneride bulunmak.

6.3.2. Ekonomi Bakanlığı'nın Görevleri

Diğer taraftan “637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 2. maddesi ile de Ekonomi Bakanlığı'nın görevleri tanzim edilmiştir. Bu madde hükmüne göre Ekonomi Bakanlığı'nın görevleri aşağıdakilerden ibarettir:

- Dış ticaret hizmetlerine ilişkin ana hedef ve politikaların belirlenmesine yardımcı olmak ve belirlenen dış ticaret politikasını geliştirmek ve yürütmek.
- Ekonomik faaliyetlerin dış ticarete dönük yapılandırılması için gerekli tedbirleri almak, uygulamak ve bu tedbirlerin ilgili kamu ve özel kurum ve kuruluşlarca uygulanmasının ve koordinasyonunun sağlanması konusunda çalışmalar yürütmek.
- Dış ticaretin ülke ekonomisi yararına yapılması amacıyla ürün ve yurtdışı müteahhitlik dâhil uluslararası hizmet ticaretine ilişkin gerekli her türlü tedbiri almak.
- Kamu kurum ve kuruluşlarına çeşitli mevzuatla verilmiş yetki ve görevlerin kullanımında dış ticarete dair politikaların uygulanmasına ilişkin esasları düzenlemek ve koordine etmek.
- Dünya ticaretinden alınan payın artırılmasını ve sürdürülebilir ihracat artışını sağlamak üzere ihracatın pazar ve ürün çeşitliliğini genişletmeye yönelik gerekli tedbirleri almak ve buna yönelik destek yöntemlerini geliştirmek ve uygulamak.

- İthalatın ülke ekonomisinin yararına gerçekleştirilmesi ve yerli sanayinin korunması ile ilgili gerekli tedbirleri almak ve ticaret politikası savunma araçlarını uygulamak.
- Diğer kurum ve kuruluşların dış ticaret politikasını etkileyen faaliyet, temas ve düzenlemelerinin, genel dış ticaret politikasına uygunluğunu sağlamak, ilgili kurum ve kuruluşlar ile işbirliği halinde söz konusu faaliyet, temas ve düzenlemelerin koordinasyonunu ve yürütülmesini temin etmek.
- Türkiye Cumhuriyetinin yabancı devletler ve uluslararası kuruluşlarla olan ikili, bölgesel ve çok taraflı ticarî ve ekonomik ilişkilerini düzenlemek, yürütmek ve bu konularda ilgili mevzuatı çerçevesinde anlaşmalar yapmak, uluslararası kuruluşların Bakanlığın yetki ve görev alanına giren konulardaki çalışmalarını takip etmek ve bu konularda görüş oluşturmak.
- Ülke kalkınmasında yabancı sermayeden beklenen katkıları sağlamak ve yönlendirmek amacıyla gerekli tedbirleri almak.
- Yatırım teşviklerinin ülke ekonomisi yararına etkin bir şekilde düzenlenmesini temin amacıyla ihtiyaç duyulan mevzuatı hazırlamak, uygulamak, uygulamayı takip etmek, değerlendirmek ve gerekli tedbirleri almak.
- Dış ticarete konu ürünlerin güvenli, mevzuata ve standartlara uygun olmasını sağlamak, bu amaçla ithalatta ve ihracatta denetim yapmak ve yaptırmak, ticarete teknik engellerin önlenmesine ilişkin çalışmalar yürütmek, ürün güvenliği, teknik düzenlemeler ve denetimlere dair mevzuat, politika ve uygulamaları koordine etmek.
- Dış ticarete dair konularda Avrupa Birliği ile ilişkileri ve uyum çalışmalarını yürütmek.

- Türkiye İhracatçılar Meclisi ve İhracatçı Birliklerine ilişkin çalışmalarını yürütmek.
- Mevzuatla Bakanlığa verilen diğer görev ve hizmetleri yapmak.

6.4. DEİK'in Ekonomi Bakanlığına Devrinin Hukuki Mahiyeti

Yukarıda görüldüğü gibi DEİK'in görevleri ile Ekonomi Bakanlığı'nın görevleri arasında bir paralellik bulunmaktadır. Bu paralellik DEİK'in Ekonomi Bakanlığı'na devredilmesine mantıklı bir gerekçe oluşturabilmektedir. Ancak doktrinde DEİK'in TOBB'dan alınıp Ekonomi Bakanlığı'na bağlanması çokça tartışılmış ve DEİK'in tabiri caizse kamulaştırıldığı ileri sürülmüştür. Bu tartışmaların ana doğrultu noktasını; TOBB'un bir sivil toplum örgütü olduğu ve buna bağlı kurum ve kuruluşlar gibi DEİK'in de TOBB'un bir parçası olduğu hususu oluşturmuştur¹⁹. **Pakdemirli**; serbest ekonominin ve özelleştirmenin egemen olduğu bir dünyada TOBB gibi bir kurumun uzun süre hükümetlerin uydusu olamayacağı ve özel sektörün her zaman devletten daha kârlı davrandığı gibi mülahazalarla DEİK'in Ekonomi Bakanlığı'na bağlanmasını doğru bulmamaktadır. Bu ekonomik ve politik mülahazaların yanı sıra konuyu pozitif hukuk açısından da ele almak lazım gelmektedir.

Bilindiği 1982 Anayasası ile belirlenen devlet düzenimiz, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti esaslarına dayanmaktadır²⁰. Nitekim Anayasa'nın 5. maddesi de devletin temel amaç ve görevlerini bu esaslara dayandırmaktadır. Diğer taraftan egemenlik Türk Milleti'nden sadır olup ancak bu egemenlik yetkili organlar eliyle kullanılmakta olup hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılmamaktadır. Yani hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi

¹⁹ Bkz. *Pakdemirli*.

²⁰ *Özbudun*, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 8.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.69 vedevamı.

kullanamamaktadır²¹. Diğer taraftan yasama yetkisi Türk Milleti adına TBMM'nin olup bu yetki devredilememektedir. Yine Anayasa'ya göre yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa'ya uygun olarak kullanılmakta ve yerine getirilmektedir²².

Diğer taraftan 1982 Anayasası'nın "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları" başlıklı 135. maddesinin ilk paragrafında verilen "*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.*" ifadesiyle TOBB'un anayasal dayanağını ve himayesini de ihdas etmiştir.

Bu anayasal kurallar çerçevesinde DEİK'in Ekonomi Bakanlığı'na tevdiini irdelemek gerekmektedir.

Bilindiği gibi DEİK'in TOBB bünyesinde ilk ihdas edildiği yıl olan 1987'de TBMM'den sadır olmuş herhangi bir düzenlemeyle ya da hükümet kararıyla kurulmamıştır. O dönemin ekonomi politikası gereği bir hükümet ya da Bakan direktifiyle TOBB'a ihsas edilmiş ve böyle kurulmuştur²³. Bilindiği kadarıyla da DEİK, TOBB bünyesinde TOBB'un kendi iç işlemiyle kurulmuş ve yıllarca faaliyetine devam etmiştir. DEİK'in TOBB bünyesinde yasal anlamda kuruluşunu 1 Haziran 2004 tarihinde yürürlüğe giren 5174 sayılı Kanun'un 58. maddesi ile mümkün olabilmıştır. Dolayısıyla 5174 sayılı Kanun'un 58. maddesi yukarıda bahsedilen anayasal kurallara uygun olarak yasama organının çıkardığı bir

²¹ Güneş, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 191-173, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s.5 vedevamı.

²² Arslan, Süleyman / Akylmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, **İdare Hukuku Mevzuatı**, 10.Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s.16, 64

²³ Pakdemirli.

yasa ile yine anayasa ile tanzim ve tavzih edilmiş bir kamu tüzel kişiliğine sahip meslek kuruluşuna bırakılmıştır. Dolayısıyla anayasal ilkeler ve demokratik meşruiyet gereği DEİK bir yasa hükmü ile TOBB'a bırakılmıştır. Hukuk devleti ve yasal idare ilkeleri bakımından tüm kamusal etkinliklerin yasal bir rejime sahip olması gerekmektedir. İşte bu yüzden DEİK gibi bir kurumun yasal bir düzenlemeye sahip olması haklar, yetkiler, sorumluluklar ve yaptırımlar bakımından önem arz etmektedir. Burada farkedileceği üzere önemli olan DEİK'in anayasal ilkelerin öngördüğü şekilde yasama sürecinden geçip o alanı düzenleyen bir kanunun bulunmasıdır. Dolayısıyla usulde paralellik ilkesi gereği DEİK'i TOBB'un uhdesine bırakan TBBM iradesi aynı şekilde DEİK'i TOBB'dan alıp başka bir kurumun uhdesine de devredebilir. Bu anlamda yasama organının iradesinin böyle tecelli etmesi önemlidir. Bu durumda anayasal düzlemde yasama organının iradesinin tecellisi bakımından pozitif hukuk DEİK'in Ekonomi Bakanlığı'na bağlanmasını tasdik eder niteliktedir. Biçimsel olarak yapılan yasama işlemi usule uygun gözükmektedir.

Diğer taraftan DEİK'in TOBB'dan alınıp Ekonomi Bakanlığı'na aktarılmasını sağlayan kanuni değişikliğin içeriği yönünden de incelemek gerekmektedir. Bunun içinde bir torba kanun olan 6552 sayılı Kanun ile kaldırılan 58. maddenin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarına bakmak gerekmektedir. Yani bu fıkraların içeriğinde ne olduğuna, TOBB'a ne gibi etki ve yetki alanlarının bırakıldığına ve bunların TOBB'dan alınmasının TOBB'un anayasal himaye altındaki görevlerini ifa etmede bir sekte meydana getirip getirmediğine bakmak gerekmektedir. Bunun için 5174 sayılı Kanun'un 58. maddesini; kaldırılan ve kaldırılmayan fıkralarıyla bir bütün olarak tahlil etmek gerekmektedir. Buna göre 5174 sayılı Kanun'un 58. maddesi kaldırılan fıkraları da dâhil olmak üzere aşağıdaki gibidir:

“Türkiye ile diğer ülkeler arasında ekonomik ve ticari ilişkilerin geliştirilmesine yardımcı olmak amacıyla Dışişleri Bakanlığının görüşü alınarak, tek taraflı veya çok taraflı Türk- yabancı veya yabancı-Türk ticaret, sanayi ve deniz ticaret odası adı ile kurulacak dernekler için

Birliğin izni aranır. Müşterek odaların, izlenme ve denetlenme esasları, Birlik Yönetim Kurulunun teklifi ve Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle tespit olunur. Bu odalardan yurt dışında kurulmuş olanların faaliyetlerinin izlenmesi, yurt içindekilerin çalışmalarının denetlenmesi ve izlenmesi, Birlik tarafından yapılır. Bu şekilde kurulan dernekler, bu maddede yer alan hükümler dışında, genel hükümlere tabidir.

Birinci fıkra uyarınca kurulan dernekler dışındaki tüzel kişiler, ticaret, sanayi ve deniz ticaret odası adını kullanamazlar.

Birliğin gözetim ve denetimi altında özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip, kuruluş ve faaliyet amaçları aynı olan ve Birlikçe belirlenecek özel sektör kuruluşlarından Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu oluşur. Kurulun kısa adı DEİK'tir. Kurul ikili ekonomik ilişkilerini, yönetim kurulunun kararları doğrultusunda iş konseyleri aracılığı ile yürütür. (Mülga)

Kurul ile iş konseylerinin görev ve yetkileri teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin esaslar Birlik tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. (Mülga)

Kurulun bütçesi, kurucu kuruluşların Kurul yönetim kurulu tarafından belirlenen yıllık üyelik aidatlarından, iş konseyi üyelik aidatlarından, Birliğin ödeyeceği katkı payı ve diğer gelirlerden oluşur. Kurul bütçesini Birlik denetler.” (Mülga)

Bakıldığında; 5174 sayılı Kanun'un 58. maddesinin üç, dört ve beşinci fıkralarının ilga edilmesiyle DEİK kati surette TOBB'dan koparılmış bulunmaktadır. Yani DEİK konusunda TOBB ve Ekonomi Bakanlığı arasında bir görev yetki paylaşımına gidilmemiş tam aksine DEİK tamamen Ekonomi Bakanlığı'na bağlanmış bulunmaktadır.

Bu durumda bu 58. maddenin yürürlükte kalan birinci ve ikinci fıkrasına baktığımızda ise TOBB'a sadece Türkiye ile diğer ülkeler arasında ekonomik ve ticari ilişkilerin geliştirilmesine yardımcı olmak amacıyla Dışişleri Bakanlığının görüşü alınarak, tek taraflı veya çok taraflı Türk- yabancı veya yabancı-Türk ticaret, sanayi ve deniz ticaret odası adı ile kurulacak dernekler için **“TOBB İzni”** bırakılmıştır. Bunun

dışında yine TOBB'a; müşterek odaların izlenme ve denetlenme esaslarını havi bir Yönetmeliğin Bakanlıkça çıkarılmasında TOBB'un da teklifinin alınması hususu bırakılmıştır. Ayrıca bu odalardan yurt dışında kurulmuş olanların faaliyetlerinin izlenmesi, yurt içindekilerin çalışmalarının denetlenmesi ve izlenmesi, de yine TOBB'a bırakılmıştır.

Meseleye karşı açıdan bakıldığında ise 5174 sayılı Kanun'un 58. maddesinin yürürlükte kalan fıkralarının DEİK üzerinde TOBB'a hiçbir yetki ve insiyatif bırakmadığı tespit edilmiştir. Diğer taraftan 5174 sayılı Kanun'un 58. maddesinin mülga fıkralarına bakıldığında ise TOBB'un DEİK üzerinde ne çok yetkisi olduğu farkedilmektedir. Konunun bu cephesi özetlenirse denilebilir ki DEİK, yasama organının iradesine bağlı olarak TOBB'dan alınmış ve Ekonomi Bakanlığı'na bağlanmıştır. Dolayısıyla şekil bakımından DEİK'in Ekonomi Bakanlığı'na bağlanmasında bir sorun gözükmemektedir.

Diğer taraftan DEİK'in Ekonomi Bakanlığı'na bağlanması hususuna bir de esas yönünden bakmak gerekmektedir. Meseleye esas yönünden bakıldığında ise DEİK'in Ekonomi Bakanlığı'na bağlanmasında sebep, amaç, görev ve yetki bakımından irdelemek gerekmektedir.

Mesele, sebep bakımından incelendiğinde; kanunkoyucu, DEİK'in TOBB'dan alınıp Ekonomi Bakanlığı'na irade buyurmuştur. Kanunkoyucu bu iradeyi neşet ettirirken kamu yararı ve kamu hizmeti amacıyla hareket etmiştir. Zira kanunkoyucu da yasama yetkisini icra ederken kamu yararı ile davranması gerekmektedir. Yine bilindiği gibi tartışmalı bir kavram olan kamu hizmetinin en tartışmasız yönü; kamu hizmetini kuranların iradesi ve buna dair oluşturulan pozitif düzenlemelerdir²⁴. Böylece kanunkoyucu, piyasa tarafından ifa edilen bir hizmeti, kamu hizmeti statüsüne taşımakla o hizmeti bir kamu hizmetine dönüştürebilmektedir. Bu durumda kamu hizmetine statüsüne giren o hizmetin esasında bir kamu hizmeti olmadığı akademik anlamda hukuki

²⁴ Tan, Turgut, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/turguttan.pdf, s.235, ET: 26.01.2015.

ve mali tartışmalara konu olabilmektedir. Bu bağlamda DEİK adlı kamu hizmetinin başlangıçta TOBB tarafından ifa edilmesi ve sonradan Ekonomi Bakanlığı'na bağlanması hususu da yukarıdaki açıklamalara paralel bir durum arz etmektedir. Zira burada kanunkoyucunun iradesi, DEİK gibi bir kamu hizmetini Ekonomi Bakanlığı'nın tabiyetine bağlamaktır. Bu sebeplerden ötürü kanunkoyucu, DEİK'i Ekonomi Bakanlığı'na bağlamada kamu yararı sebebiyle hareket etmiştir ki idare hukuku doktrininde çoğu zaman sebep unsuru, amaç unsuru ile aynı hüviyete bürünmektedir. Dolayısıyla kanunkoyucunun DEİK'i Ekonomi Bakanlığı'na bağlamadaki sebep unsuru nasıl kamu yararı ise aynı şekilde amaç unsuru da yine kamu yararı olmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bazı kararlarında; Anayasaya uygun olması koşuluyla kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir demektir²⁵.

DEİK'in Ekonomi Bakanlığı'na bağlanması meselesini, görev ve yetki bakımından da irdelemek gerekmektedir. Yukarıda kamu hizmeti noktasında yapılan tartışmaların bir benzeri “görev ve yetki” için de geçerlidir. Zira kanunkoyucu bir kamu hizmetini ifa etmede kimin görevli ve yetkili olabileceğini düzenleme yetkisini haizdir. Zira kanunkoyucu sıfatıyla ve Türk Milleti adına hareketle TBMM, anayasallık blokuna ve temel hak ve özgürlüklere aykırı olmamak koşuluyla istediği yasal düzenlemeyi yapabilmektedir. Bu bağlamda anayasal bir kurum olan, kamu tüzel kişiliğine sahip bulunan meslek kuruluşlarının ifa ettiği bir hizmetin ondan alınarak erkler fonksiyonundan yürütme fonksiyonunun bir üyesi olan Ekonomi Bakanlığı'na bağlanması işlemi “görev ve yetki” bakımından da hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır. Diğer taraftan dış ekonomik ilişkiler gibi bir kamu hizmetinin TOBB'dansa Ekonomi Bakanlığı'na bağlanması kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olan yürütme organının içinde olması daha güçlü bir hukuki tabana ve demokratik meşruiyete sahip olacaktır. Nitekim “Dış Ekonomik İlişkiler

²⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı, Tarih: 28.11.1985, Esas: 1985/2, Karar: 1985/22; Resmi Gazete, Tarih: 21.01.1986, Sayı: 18995, s.42.

Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”in DEİK’in görevlerini tanzim eden 5. maddesine göre de; Türkiye’nin yabancı ülkeler veya uluslararası topluluklarla olan ekonomik, ticari, sınai ve mali ilişkilerini izlemek, bu tür ilişkilerin kurulmasına ve geliştirilmesine yardımcı olmak bulunmaktadır ki Ekonomi Bakanlığı’nın görev dağarcığı ile bütünleşik bulunmaktadır.

Böylece DEİK’in Ekonomi Bakanlığı’na bağlanmasını, hukuken ihticaca salih bir işlem olduğu ileri sürülebilir. Ancak burada son olarak durulması gereken nokta, DEİK’in TOBB’un elinden alınmasının TOBB’un kurumsal yapısına ve etkinliğine nasıl yansıtacağıdır. Bu problemin muhtemel neticelerinin tasvirleri çizilebilir. Mesela DEİK’in elinden alınmasıyla TOBB gibi Türkiye’nin en güçlü sivil toplum, ticari ve iktisadi kuruluşunun dış bağlantılarının bir gerileme dönemine girip girmeyeceği duraksama konusu olmaktadır. Diğer taraftan iç piyasalarla dış piyasaların entegrasyonu ve uyumunu Ekonomi Bakanlığı uhdesindeki DEİK ne kadar iyi icra edebilecektir? Acaba TOBB’daki DEİK kadar icra edebilecek midir? Şüphesiz bu soruların cevabını görebilmek için uygulama ve zaman gerekmektedir. Ama şurası şüphesiz çok önemlidir ki; TOBB’dayken yaklaşık 25 yıllık bir tecrübeye sahip olan DEİK’in Ekonomi Bakanlığı’na da bu tecrübeyi taşıyabilmesidir. Önemli olan DEİK’in ifa ettiği kamu hizmetinin nerede etkin ve rantabl ifa edildiğidir.

6.5. DEİK’in Ekonomi Bakanlığı’na Bağlanmasıyla TOBB İçin Meydana Gelen Gelir Kaybı

Burada değinilmesi gereken bir diğer önemli konu da DEİK’in Ekonomi Bakanlığı’na bağlanmasıyla TOBB için de ciddi bir gelir kaybının meydana gelmesidir. Yani yukarıda bahsedilen DEİK’in kaybedilmesiyle meydana gelen idari nüfuz ve ekonomik etkinlik kaybının yanı sıra bir de TOBB bakımından gelir kaybı yaşanmıştır. Bu gelir kaybı da aynı zamanda TOBB’un bütçesini ve etkinliğini azaltan bir durum arz etmektedir.

Nitekim TOBB'un uhdesindeyken TOBB tarafından çıkarılan **mülga** "Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik²⁶"ın 23. maddesinin 1. fıkrasına göre DEİK'in gelirleri; kurucu kuruluş üyelik aidatları, iş konseyi üyelik aidatları, TOBB katkı payı, hizmet ve proje karşılığı alınan bedeller, faiz gelirleri ve bağış ve diğer gelirlerden ibaret bulunmaktaydı. Dikkat edilirse kurucu kuruluş üyelik aidatları ve TOBB katkı payı gibi gelirler doğrudan TOBB'un kesesinden çıkmaktadır. Bu mülga Yönetmeliğin 5. maddesine göre "kurucu kuruluşlar" arasında, odalar ve borsalar da bulunmaktaydı. Ancak DEİK, TOBB'un bünyesinde bulunan bir organ olduğu için bu bir gelir kaybı ya da mali kayıp olarak görülmemekteydi.

Şimdi ise DEİK'in Ekonomi Bakanlığı'na bağlanmasından sonra çıkarılan "Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" ile DEİK'in gelir kalemlerine bakmak yerinde olacaktır. Ancak bu gelir kalemlerinin temininde "kurucu kuruluş" kavramının önemli bir ağırlığı bulunmaktadır. Bu yüzden gelirler kısmına geçmeden önce "kurucu kuruluş" kavramına açıklık getirmekte fayda bulunmaktadır. Yönetmeliğin m.3/1-e) bendine göre "kurucu kuruluş", DEİK'i oluşturmak üzere Ekonomi Bakanlığı tarafından belirlenen birlik, meclis, oda, borsa, dernek, vakıf gibi özel sektörü temsil eden kuruluşlar ile üst kuruluşları ifade etmektedir.

Yönetmeliğin 24. maddesinin 1. fıkrası DEİK'in gelirlerini düzenlemiştir. Bu madde hükmüne göre DEİK'in gelirleri;

- Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar,
- Kurucu kuruluşlar arasında yer alan ve bu Yönetmeliğin 9. maddesinin birinci fıkrasında sayılan beş kurucu kuruluşun bir önceki yıl gelirlerinden yüzde bir oranında ayrılıp izleyen yılın Şubat ve Ağustos aylarında ödeyecekleri katkı payları, *(Kurucu Kuruluşlar arasında yer alan Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), Türkiye İhracatçılar Meclisi (TİM),*

²⁶ Resmi Gazete, Tarih: 6 Aralık 2013, Sayı: 28843.

Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), Müstakil Sanayici ve İşadamları Derneği (MÜSİAD) ve Türkiye Müteahhitler Birliği (TMB) temsilcilerinden beş asil üye.),

- Ek-1’de yer alan kurucu kuruluşlardan Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ile Ticaret ve Sanayi Odalarının bir önceki yıl gelirlerinden binde beş oranında ayrılıp izleyen yılın Şubat ve Ağustos aylarında ödeyecekleri katkı payları, *(Yönetmeliğin Ek-1 listesinde yer alan “kurucu kuruluşlar” arasında; TOBB ve Ege Bölgesi Sanayi Odası ile İstanbul, Ankara, İzmir, Bursa, Adana, Antakya, Denizli, Kayseri, Kocaeli, Konya, Manisa, Mersin, Sakarya ve Trabzon sanayi ve ticaret odaları bulunmaktadır.),*
- Bu maddenin (b) ve (c) bentlerinde sayılan kurucu kuruluşlar dışında olup Ek-1’de yer alan kurucu kuruluşların ve iş konseylerinin yıllık üyelik aidatları, hizmet ve proje karşılığı alınan bedeller, faiz gelirleri ve bağış, sponsorluk ve diğer gelirlerden ibarettir.

Yönetmeliğin bu hükümlerinden de görüleceği üzere Ekonomi Bakanlığı’na devredilen DEİK’in gelir kaynakları arasında kurucu kuruluş olması sıfatıyla da TOBB ve yukarıda sayılan önemli sanayi ve ticaret odaları bulunmaktadır. Bu TOBB ve yukarıda sayılan önemli sanayi ve ticaret odaları üzerine tahmil edilmiş bir çeşit mali mükellefiyettir.

Bu tablo sonucunda şu gerçek açığa çıkmaktadır ki DEİK’in Ekonomi Bakanlığı’na devrinde TOBB iki kere gelir kaybı halinde bulunmaktadır. İlki DEİK’in kendi bünyesinden çıkmasıyla uğradığı kayıp; ikincisi ise Ekonomi Bakanlığı’na geçen DEİK’e yapılan mali yardım. İlkinde TOBB, kendi bünyesindeki DEİK’e yardım etmesi her ne kadar bir gelir kaybı gibi gözükse de DEİK’in TOBB’a ekonomik girdileri bunu telafi edebiliyordu. Ama ikinci halde yani DEİK’in Ekonomi Bakanlığı’na geçmesi halinde ise TOBB’un reel anlamda uğradığı bir gelir kaybı tartışmasızdır. Ancak burada DEİK’in gelir kaynaklarından

birisinin de “Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar” olduğunu unutmamak gerekmektedir.

6.6. DEİK Mamelekinin Ekonomi Bakanlığı'na Devri ile TOBB İçin Meydana Gelen Kayıp

DEİK'in Ekonomi Bakanlığı'na devri ile TOBB için meydana gelen kayıplardan birisini de “DEİK'in Mameleki” olarak gösterilebilir. Zira bilindiği gibi TOBB'un bünyesinde yaklaşık çeyrek asırdır varlığını sürdüren DEİK hatırı sayılır derecede bilgi ve tecrübenin yanı sıra mamelek de edinmiştir. İşte bu DEİK'e ait mamelekin de Ekonomi Bakanlığı'na devri “Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” inin “Geçici Hükümler” başlıklı 28. maddesinin 4. fıkrası ile mümkün olabilmektedir.

Bu fıkra hükmüne göre; 10 Eylül 2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 144. maddesi uyarınca 5174 sayılı Kanun'un 58. maddesinin üç, dört ve beşinci fıkraları yürürlükten kaldırıldığından, 10 Eylül 2014 tarihi itibarı ile DEİK'in taşınır ve taşınmaz mal varlıkları, demirbaşları dâhil tüm aktif ve pasifleri ile faaliyetlerine ilişkin basılı ve/veya elektronik ortamdaki tüm üye şirket veri tabanı, muhasebe kayıtları, arşiv, belge, elektronik ve basılı ortamdaki her türlü materyalleri, bilgi, yazışma ve kayıtları ile kurumsal web sayfası, kurum tarafından yönetilen diğer web portalları, sosyal medya platformları giriş şifreleri, elektronik dizini ve diğer tüm bilgi ve belgeleri bu Yönetmelik yayımını takip eden yedi gün içerisinde yeni kurulan Dış Ekonomik İlişkiler Kuruluna devredilmiştir.

Bu hüküm ile sağlanan mamelek devrinin TOBB için ciddi bir maddi kayıp olduğu ortadadır. DEİK'in TOBB'un elinden alınmasının zarar hanesine bu mamelek devrini de yazmak gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda da bahsedildiği üzere 5174 sayılı Kanun ve ilişik mevzuatı TOBB'a uluslararası ilişkiler alanında önemli görev ve yetkiler tevdi etmiş bulunmaktadır. TOBB'un tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olduğu hususu, hem Anayasa hem de 5174 sayılı Kanun tarafından kayıt altına alınmıştır. Böyle bir yapıya sahip olan TOBB'un uluslararası ilişkiler alanında bazı görev ve yetkilere de haiz bulunması doğaldır. TOBB'un bu uluslararası ilişkiler alanındaki görev ve yetkileri ise; Türk özel ekonomisini dünya ekonomisine entegre etmek için yabancı ülkelerdeki odalar ve borsalar alanındaki gelişmeleri takip etmek; uluslararası toplantı, kongre ve fuarlar düzenlemek ile temsilcilikler ve irtibat büroları kurmak; yabancı ülkelerde temsilcilikler ve irtibat büroları kurmak ile Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesini kurmak ve faaliyetlerini yürütmek; ticari anlaşmazlıklarda görev alacak tahkim kurumlarını ve uygulanacak tahkim şartlarını oluşturmaktan ibaret bulunmaktadır. Bu yetki görevlere bakıldığında, TOBB'un başka bir kuruma hacet olmadan da bu görevlerini yerine getirmesi ve yetkisini icra etmesi mümkün bulunmaktadır.

Diğer taraftan TOBB, yukarıda sayılan bu görev ve yetkileri, **“Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Genel Kurul Çalışma Esasları Yönetmeliği”** tarafından düzenlen bazı komisyonlar eliyle de yerine getirmesi mümkün bulunmaktadır. Buna göre bu komisyonlar “Dış İlişkiler Komisyonu” ve “Avrupa Birliği Uyum Komisyonu”ndan ibarettir. Daha önce bahsedildiği gibi “Dış İlişkiler Komisyonu”, Türkiye'nin dış politika öncelikleri çerçevesinde, Türkiye-ABD ilişkileri, genel olarak Ortadoğu, Kuzey Afrika ve özellikle Irak, İran Suriye ve İsrail-Filistin, Kafkaslar, Balkanlar ve Dünya Ticaret Örgütü, OECD gibi ülke, bölge ve örgütlerle ilişkiler hususunda çalışmalar yapmakla görevli bulunmaktadır. Ayrıca “Dış İlişkiler Komisyonu”, TOBB Başkanı'nın havale edeceği konuları incelemek, rapor hazırlamak ve TOBB Genel Kurulu'na sunmakla da görevli ve yetkili bulunmaktadır. Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ise, Türkiye'nin Avrupa Birliği ile üyelik müzakerelerinin iş dünyasını ilgilendiren konularını takip etmek, TOBB

Başkanı'nın havale edeceği konuları incelemek, rapor hazırlamak ve TOBB Genel Kurulu'na sunmakla görevli ve yetkili bulunmaktadır. Ancak TOBB genel kurulu ihtiyaç halinde başka komisyonlar da kurabilmektedir. Buradan da görüleceği üzere TOBB, **“Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Genel Kurul Çalışma Esasları Yönetmeliği”** gereğince bu bahsedilen komisyonlar marifetiyle dış ilişkilerini yürütebilmektedir.

TOBB'un uhdesinde bulunan uluslararası ilişkiler alanındaki görev ve yetkiler ile bu komisyonlar vasıtasıyla uluslararası ilişkilerini yürütebilmesi mümkün görölmektedir. Bunun dışında DEİK'in de elinde bulunması, hiç şüphesiz TOBB'un uluslararası ilişkiler alanında daha etkin olmasını sağlaması mümkün bulunmaktaydı. Ama yukarıda da bahsedildiği gibi DEİK'in Ekonomi Bakanlığı'na bağlanması kanunkoyucunun iradesine bağlı bir yasal işlem olmasından dolayı önümüzdeki yıllar içerisinde DEİK'in Ekonomi Bakanlığı'ndaki performansını veri almak gerekmektedir. Burada önemli olan DEİK'in TOBB'da mı yoksa Ekonomi Bakanlığı'nda mı daha etkin olduğudur. Yoksa hem TOBB'un DEİK'siz elinde bulunan uluslararası ilişkiler görev yetkilerine hem de DEİK'in görev ve yetkilerine aralarında çok ta bir ayrılık bulunmamaktadır. Yani TOBB elindeki görev ve yetki ve diğer enstrümanlarla uluslararası ilişkiler alanında etkin olması rahatça mümkün olabilmektedir. Tabii burada DEİK gibi büyük ve tecrübeli bir kurumsal varlığın TOBB'dan transfer edilmesi ilk etapta TOBB için önemli bir kayıp gibi gözükmemektedir. Ancak demin de ifade edildiği gibi TOBB elindeki görev ve yetki ve diğer enstrümanlarla uluslararası ilişkiler alanında DEİK'in ayrılmasıyla meydana gelen eksikliği kapatabilecek niteliktedir.

Ancak TOBB'un DEİK'i kaybetmesiyle maruz kaldığı gelir kaybını ya da mali kaybını telafi etmesi zor bulunmaktadır. Yukarıda da bahsedildiği gibi TOBB, DEİK sayesinde ciddi bir gelir ve mamelek varlığına sahip bulunmaktaydı. Bu da doğası gereği TOBB'un uluslararası arenada mali anlamda ciddi bir etkinlik sağlamaktaydı. Şimdi ise DEİK

sayesinde elde ettiği gelirden olduğu gibi diğer yandan TOBB ve bazı odalar ve borsalar DEİK'e gelir aktarmak zorunda kalmıştır. Ancak DEİK'e Ekonomi Bakanlığı da gelir aktarmakla yükümlü tutulmuştur. Bu hususta Ekonomi Bakanlığı'nın DEİK konusunda nasıl ciddi bir görevle yüklendiğine karine oluşturmaktadır. Sonuçta Ekonomi Bakanlığı'da devletin bir bakanlığı olarak bu görevi en az TOBB kadar etkin ifa etmesi gerekmektedir.

KIYI ÖTESİ (OFFSHORE) TESİSLERİN SEBEP OLDUĞU KİRLENME ZARARLARI DOLAYISIYLA HUKUKİ SORUMLULUK VE TAZMİNAT MESELESİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Doç. Dr. İsmail DEMİR*

ÖZET

Bu makalenin gayesi, kıyı ötesi tesislerce yürütülen petrol ve diğer deniz yatağı mineral kaynaklarının araştırılması ve işlenmesi faaliyetlerinden kaynaklanan sınır aşan kirlenme zararları dolayısıyla hukuki sorumluluk ve tazminat meselelerini incelemek ve çözüm önerilerini tespit etmektir. Çalışmada mesele, milletlerarası deniz hukuku çerçevesinde ele alınmıştır. Öncelikle sınır aşan kirlenme zararları sorunu ortaya konulmuştur. Bilahare, milletlerarası hukukta meseleye dair düzenlemeler ile IMO tarafından yürütülen çalışmalara temas edilmiştir. Meselenin iyi anlaşılması bakımından IMO Hukuk Komitesi müzakerelerine yer verilmiştir.

Çalışmamızda meseleye dair milletlerarası hukukta ciddi boşlukların olduğu tespit edilmiştir. Sorunun çözümü hususunda en doğru yolun müstakil bir milletlerarası sözleşmenin geliştirilmesi olduğu, karşılıklı veya bölgesel bir sözleşme modeli ihdas edilmesinin yeterli olamayacağı sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: kıyı ötesi tesisler, petrol, deniz yatağı mineral kaynakları, kirlenme zararı.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.
isocukdemir@hotmail.com

THE EVALUATIONS ON LIABILITY AND COMPENSATION ISSUE FOR POLLUTION DAMAGE CAUSED BY OFFSHORE FACILITIES

ABSTRACT

This article's purpose is to scrutinise the liability and compensation issues connected with transboundary pollution damage from exploration and exploitation activities of oil and other seabed mineral resources carried out by offshore facilities, and present solution suggestions. In this study, it is dealt with the matter as part of international maritime law. Firstly, the issue of transboundary pollution damage is put forth. Afterwards, it is addressed the regulations on the matter in international law and the workings carried out by IMO. The discussions of Legal Committee are referred for the understanding of the subject well.

In the study, it is identified there are significant gaps the matter in international law. For overcoming the issue, it is concluded that the best method is to build up any substantive international convention, that the creation of any model bilateral or regional agreement couldn't be sufficient.

Keywords: Offshore facilities, oil, seabed mineral resources, pollution damage.

GİRİŞ

Genel olarak “deniz suyuna muhtelif girdilerin karışması sonucunda doğal dengenin bozulması” olarak tanımlanan deniz kirliliği¹, XX.

¹ *Sav, Ö.: Akdeniz Deniz Çevresinin Korunması ve Bölgesel Bir Düzenleme Örneği, Ankara 2001, s. 8; Tütüncü, A.: Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi, Yenilenmiş B. 3., İstanbul 2004, s. 8. 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (DHS: Deniz Hukuku Sözleşmesi) 1(4) maddesinde deniz çevresinin kirlenmesi; "canlı kaynaklara ve deniz yaşamına zarar verme, insan sağlığı için tehlike oluşturma, balıkçılık ve denizlerin diğer yasal amaçlarla kullanımı da dâhil olmak üzere, denizcilik faaliyetlerini engelleme, deniz suyunun niteliğini değiştirme ve güzellikleri bozma gibi zararlı etkileri olan veya olabilecek maddelerin veya enerjinin, insan tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı*

yüzyılın başlarından itibaren bütün dünyayı tehdit eden bir güncel sorundur. Özellikle 1950'den sonra milletlerarası seviyede deniz kirliliğinin önlenmesi ve kirlenme sonucu ortaya çıkan zararlar dolayısıyla hukuki sorumluluk ve tazminat esaslarının belirlenmesine yönelik çabalar hız kazanmıştır.

Deniz kirliliğinin en önemli kaynağı, gemilerin işletilmesinin sebep olduğu veya karıştığı deniz kazalarıdır. Büyük deniz kazalarının çoğunda, özellikle gemilerde yük ve yakıt olarak taşınan petrol ve diğer tehlikeli ve zararlı maddeler denize bırakılmakta, böylece çevreye geri dönüşü çok zor veya imkânsız zararlar meydana gelmektedir. Yine, birçok deniz kirliliği olaylarına birden fazla devletin, farklı tabiiyetteki kişilerin ve farklı devletlerin bayrağını çeken gemilerin karıştığı görülmektedir. Kirlenme olayı, birden fazla devletin kıyılarına, kara sularına, münhasır ekonomik bölgesine ve ilgili menfaatlerine zarar vermekte veya zarar tehdidinde maruz bırakılmaktadır.

Deniz kirliliğinin belirtilen nitelikleri, milletlerarası deniz topluluğunu deniz kirliliği dolayısıyla hukuki sorumluluk ve zararların tazmin edilmesi konusunda yeknesak kurallar ihdas etmek suretiyle bir milletlerarası rejim oluşturmaya sevk etmiştir. Bu amaçla, 1967'de meydana gelen TORREY CANYON² deniz kazasının olumsuz sonuçlarının da etkisiyle Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) öncülüğünde kabul edilen bir dizi milletlerarası sözleşme ile "Milletlerarası Petrol Kirliliği Tazmin Rejiminin" (Tazmin Rejimi) temelleri atılmıştır. Tazmin rejimi; "1969 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme" ve

olarak, haliçler de dâhil olmak üzere, deniz çevresine dâhil edilmesi" olarak tanımlanmıştır. 1982 DHS'nin Türkçe tercümesi için bkz. *Özman, A.*: Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul 1984.

² Bu olayla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Özçayır, Z. O.*: Liability for Oil Pollution and Collisions, London – Hong Kong 1998, s. 211; *Abdullayev, C.*: Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği, Ankara 2005, s. 195-196; *Hooke, N.*: Maritime Casualties (1963-1996), 2.ed., London 1997, s. 635.

“1971 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme”ye dayanmaktadır. Bu sözleşmeler, 1992’de kapsamlı biçimde revizyona tabi tutulmuş, “1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme” (1992 HSS: 1992 Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi)³ ve “1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme” (1992 FS: 1992 Fon Sözleşmesi)⁴ kabul edilmiştir. 1992 HSS ve 1992 FS, bütün Dünya’da geniş kabul gördüğünden önceki sözleşmelerin önemi kalmamıştır.

“2001 tarihli Gemi Yakıtlarından Kaynaklanan Petrol Kirliliği Zararının Hukuki Sorumluluğu Hakkında Uluslararası Sözleşme” (2001 BS: 2001 Bunker Sözleşmesi)⁵ ile “1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşmenin 2003 Protokolü”nün (2003 TFS: 2003 Tamamlayıcı Fon

³ Türkiye, 17/8/2002 tarihi itibarıyla 1992 HSS’ne taraf olmuştur. Türkiye’nin 1992 HSS’ye katılmasına dair 15/6/2001 tarihli ve 2001/2668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Sözleşme’nin İngilizce ve Türkçe metinleri, 24/7/2001 tarihli ve 24472 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Türkiye’nin katılım belgesi 15/8/2001 tarihinde IMO Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmiştir. Bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>>.

⁴ Türkiye, 17/8/2002 tarihi itibarıyla 1992 FS’ne taraf olmuştur. Türkiye’nin 1992 FS’ne katılmasına dair 15/6/2001 tarihli ve 2001/2669 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Sözleşme’nin İngilizce ve Türkçe metinleri, 18/7/2001 tarihli ve 24466 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Türkiye’nin katılım belgesi 15/8/2001 tarihinde IMO Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmiştir. Bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>>.

⁵ Türkiye’nin 2001 BS’ne katılmasına dair 8/7/2013 tarihli ve 2013/5110 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla birlikte 2001 BS’nin İngilizce ve Türkçe metinleri 27/7/2013 – 28720 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Türkiye’nin katılım belgesi, IMO Genel Sekreterliği’ne 12/9/2013 tarihinde sunulmakla 2001 BS, Türkiye hakkında 12/12/2013 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. 2001 BS hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *İlgin, C.:* Bunker Konvansiyonu ve Konvansiyon’un Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2003; *Ling, Z.:* Compulsory Insurance and Compensation for Bunker Oil Pollution Damage, Springer 2007; *Chau, W.:* Liability and Compensation for Bunker Pollution, The Journal of Maritime Law. & Commerce, October 2002, Vol. 33/5, s. 553 vd.

Sözleşmesi)⁶ kabulü ile birlikte Tazmin Rejimi güçlendirilmiştir. Petrol dışındaki diğer tehlikeli ve zararlı maddelerin yol açtığı kirlenme zararları dolayısıyla hukuki sorumluluğu düzenlemek amacıyla “1996 tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme” (1996 HNS: 1996 *Hazardous and Noxious Substances*)⁷ kabul edilmişse de henüz yürürlüğe girmediğinden Tazmin Rejimi, sadece petrolün sebep olduğu kirlenme zararlarıyla sınırlı kalmıştır.

Tazmin Rejimi, sadece gemilerin yük veya yakıt olarak taşımış oldukları petrolün sebep olduğu kirlenme zararları dolayısıyla hukuki sorumluluk ve tazminat esaslarını düzenlemektedir. Yaklaşık kırk beş yıldan beri uygulanmakta olan Tazmin Rejiminin genel olarak başarılı olduğu söylenebilir. Ancak denizlerin kirlenmesine sadece yük veya yakıt

⁶ 2003 TFS, 3/3/2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olup hâlen otuz bir devlet taraf olmuştur. Bkz.

<<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>>.

Türkiye, 5/6/2013 tarihi itibarıyla 2003 TFS'ne taraf olmuştur. Türkiye'nin 2003 TFS'ne katılmasına dair 10/9/2012 tarihli ve 2012/3717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 2003 TFS'nin İngilizce ve Türkçe metinleri, 10/10/2012 tarihli ve 28437 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye'nin katılım belgesi ise 5/3/2013 tarihinde IMO Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiştir. 2003 TFS hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Demir, İ.*: 1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşmede 2003 Tarihli Protokol İle Kabul Edilen Değişiklikler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak – Haziran 2012, C. 3, S. 1, s. 213-256.

⁷ On dört devletin taraf olduğu 1996 HNS, yürürlüğe girmemiştir. 1996 HNS'nin yürürlüğe girmesini kolaylaştırmak amacıyla “1996 Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşmenin 2010 Protokolü” (2010 HNS Protokolü) kabul edilmiştir. Ancak 30/4/2010 tarihinde kabul edilen 2010 HNS Protokolü de yürürlüğe girememiştir. Hiç bir devlet, 2010 HNS Protokolü'ne taraf olmamıştır. Türkiye, ne 1996 HNS'e, ne de 2010 HNS Protokolü'ne taraftır. Bkz. <[http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status %20-%202014.pdf](http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202014.pdf)>. 2010 HNS Protokolü'nü hazırlayan sebepler ve Protokol'ün getirmiş olduğu esaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Demir, İ.*: 1996 Tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme'de 2010 Tarihli Protokol ile Kabul Edilen Değişiklikler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Eylül 2011, C. XXVII, S. 3, s. 199-245.

olarak petrol ya da tehlikeli maddeler taşıyan gemilerin faaliyetleri sebep olmazlar. Denizlerde faaliyet göstermesine rağmen klasik gemi tanımına girmeyen ve kıyı ötesi tesisler olarak adlandırılan bazı tesis ve yapılar da deniz kirliliğine yol açmaktadır.

Başta petrol olmak üzere enerji kaynaklarının hızla tükenmeye başlaması, devletleri yeni enerji kaynakları araştırmaya sevk etmektedir. Buzulların erimesi, kutup bölgelerinde yeni deniz trafik hatlarının doğmasına yol açmıştır. Kutup bölgelerinde zengin petrol ve doğalgaz yataklarının varlığı, bu enerji kaynaklarının araştırılması ve çıkartılmasına yönelik kıyı ötesi petrol platformları ve sondaj birimlerinin (bundan böyle “kıyı ötesi tesisler” olarak anılacaktır)⁸ faaliyetlerini hızlandırmıştır. Dünya’nın birçok yerinde çok sayıda kıyı ötesi tesisleri bulunmaktadır ve sayıları hızla artmaktadır. Dünya üzerinde hâlen 6.000’den fazla kıyı ötesi tesislerinin mevcut olduğu tahmin edilmektedir. Özellikle Meksika Körfezi, Kuzey Denizi ve Uzak Doğu denizleri gibi petrol zengini sahalarda denize sabitlenmiş şekilde çalıştırılan veya deniz dibinde yatan yüzlerce kıyı ötesi tesisi mevcuttur⁹.

Son yıllarda klasik gemi tanımına uygun düşmeyen, özellikle genel kabul görmüş milletlerarası sözleşmelerdeki tanıma dâhil olmayan, denizde petrol ve diğer deniz yatağı mineral kaynaklarının araştırılması ve işlenmesi faaliyetlerini gerçekleştiren kıyı ötesi tesislerin, karıştıkları olaylarda büyük çevre felaketlerine sebep olduklarına şahit olunmaktadır. Devletler, ülkelerinin bir parçası olması sebebiyle üzerlerinde egemenlik

⁸ Kıyı ötesi tesis kavramı, bir hayli geniştir; sadece petrol platformları ve sondaj birimlerini değil, doğalgaz gibi diğer deniz yatağı mineral kaynaklarının araştırılması ve işletilmesinde kullanılan tesislerin yanı sıra suni adaları, boru hatlarını ve diğer yapıları da kapsar. Çalışmamızda “kıyı ötesi tesisi”, petrol ve diğer deniz yatağı mineral kaynaklarının araştırılması ve işletilmesinde kullanılan platformlar ve sondaj birimleri anlamında kullanılmıştır. Kıyı ötesi tesis ve suni adaların tanımları ve sınıflandırmaları hakkında bkz. *Esmaili, H.: The Legal Regime of Offshore Oil Rigs in International Law, Aldershot – Burlington USA –Singapore – Sydney 2001, s. 12 – 16; Radovich, V.: International Legal Regime of Offshore Structures – Environmental Concerns, <http://www.comitemaritime.org/uploads/Young%20CMI/Paper_2_Violeta_Radovich.pdf>*.

⁹ *Schoenbaum, T. J.: Admiralty and Maritime Law, 4th ed., St. Paul MINN 2004, s. 906.*

haklarına sahip oldukları kendi kara sularında çalışan kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu kirlenme zararları için iç hukuklarında diledikleri düzenlemeleri yapmakta serbesttirler¹⁰. Her ne kadar 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde (DHS: Deniz Hukuku Sözleşmesi) açıkça bahsedilmemişse de kara sularındaki egemenlik haklarına dayanarak bir kıyı devletinin, kara suları içinde bir kıyı ötesi tesisi kurma ve inşa etme hakkına sahip olduğu tartışmasızdır¹¹.

Birçok kıyı devleti, kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu kirlenmenin muhtelif yönlerine etkili biçimde temas eden millî mevzuat ve standartları geliştirmiştir¹². Ancak millî mevzuat hükümleri, kirlenme olayının birden fazla devleti etkilediği çoğu hâllerde uygulanamayacağından yetersiz kalmaktadır. Ayrıca, kıyı ötesi tesislerce kara sularının ötesindeki deniz alanlarında veya kara sularında yürütülen faaliyetlerin birden fazla devletin denizlerinde kirlenme zararına yol açtığı veya diğer menfaatlerine zarar verdiği olaylarla ilgili olarak hukuki sorumluluk ve tazminat meselelerini düzenleyen müstakil bir milletlerarası rejim bulunmamaktadır.

Diğer yandan, Tazmin Rejimi de kıyı ötesi tesislerin yol açtığı kirlenme olaylarını kapsamadığından yetersiz kalmaktadır. Kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu kirlenme zararları için hukuki sorumluluğu düzenleyen bir milletlerarası sözleşmenin mevcut olmaması, milletlerarası hukukta boşluk olduğuna işaret etmektedir. Çalışmamız, kıyı ötesi

¹⁰ Kara sularının hukuki rejimi hakkında bkz. Özman, A.: Deniz Hukuku, C. I, Giriş – Kaynaklar – Kişiler – Nesnelere – Ulusal Deniz Alanları, Ankara 2006, s. 288 vd; Kuran, S.: Uluslararası Deniz Hukuku, İstanbul 2009, s. 56 vd; Toluner, S.: Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi, B. 4, İstanbul 1996, s. 109 vd; Pazarıcı, H.: Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, B. 7, Ankara 2003, s. 319. Ayrıca bkz. DHS m. 2.

¹¹ Esmaili, s. 71.

¹² Bazı devletlerin mevzuatında yeterli düzenlemelerin bulunmadığı görülmektedir. Bunun sebepleri; her devletin farklı sorunlar dizisiyle karşı karşıya kalması ve gelişmiş bir çevre rejiminin başarılı biçimde uygulanmasının yaygın biçimde o devletin ekonomik gelişmesine, politik faktörlere ve millî ekonomi içinde kıyı ötesi tesislerin faaliyetlerinin nispi önemine bağlı olmasıdır. Bkz. Kashubsky, M.: Marine Pollution from the Offshore Oil and Gas Industry: Review of Major Conventions and Russian Law, Maritime Studies, November-December 2006, Vol. 2006/151, Part I, s. 8.

tesislerce yürütülen araştırma ve işleme faaliyetlerinin birden fazla devletin denizlerine ve diğer menfaatlerine zarar verdiği olaylar sebebiyle doğan hukuki sorumlulukla sınırlandırılmıştır.

I. KIYI ÖTESİ TESİSLERİN FAALİYETLERİNDEN KAYNAKLANAN KİRLENME ZARARI

Petrol ve diğer deniz yatağı mineral kaynaklarının araştırılması ve işlenmesi faaliyetlerinde kullanılan kıyı ötesi tesisleri, çoğunlukla klasik gemi tanımına uygun düşmemektedir. Bunların bir kısmı hareketli, bir kısmı ise sabit tesislerdir. Hareketli olsalar dahi araştırma ve işletme faaliyetleri sırasında genellikle denize, deniz yatağına sabitlenirler¹³.

Kıyı ötesi tesisler, doğası gereği gemilerle çarpışabilirler, denize atık bırakılması faaliyetlerine konu olabilirler; en önemlisi kara kaynaklı faaliyetlere kıyasla deniz çevresinin ciddi ölçüde kirlenmesine yol açabilirler. Özellikle petrol platformlarının patlaması sonucu büyük çevre felaketlerinin yaşanması her zaman mümkündür.¹⁴ Bu sebeple kıyı ötesi tesislerin sahip olması gereken teknik koşulların ve donanımlarının denetlenmesinin yanı sıra faaliyetlerinin de takibi amacıyla kayıt altına alınmaları gerekir. Bu ise iç hukuk düzenlemeleri veya bölgesel sözleşmelerle gerçekleştirilir¹⁵.

Son yıllarda kıyı ötesi tesislerin petrol ve diğer deniz yatağı mineral kaynaklarının araştırılması ve işletilmeleri sırasında meydana gelen deniz kazaları sonucu yaşanan büyük çevre felaketleri, milletlerarası deniz

¹³ Kıyı ötesi tesislerin faaliyetleri, kıyıda araştırma ve işleme faaliyetlerine nazaran oldukça karmaşık ve ileri teknoloji gerektiren, tehlikeli ve pahalı işlerdendir. Kıyı ötesi tesisler, ağır iklim koşullarına dayanıklı biçimde inşa edilirler. Bazıları 20 ilâ 200 kadar işçiye barınma imkânı sağlar. Ayrıca tesislerde meteorolojik ölçümler yapılır; dalgıçlar, helikopterler, kontrol ve haberleşme donanımı, vinçler, yangın söndürme ve önleme teçhizatı, insan artıklarının depolanması ve idaresi ile yardımcı gemiler bulundurulur. Bkz. *Radovich*, s. 2.

¹⁴ *Kindt*, J. W.: *The Law of Sea: Offshore Installations and Marine Pollution*, *Pepperdine Law Review* 1985, Vol. 12/2, s. 381.

¹⁵ *Honein*, S. E.: *The International Law relating Law to Offshore Installations and Artificial Islands*, *Southampton* 1991, s. 101-102.

topluluğunun dikkatini çekmeye başlamıştır¹⁶. Kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu olaylar, geri dönüşü çok güç deniz kirliliğine yol açmış, temizleme ve eski hâle getirme masrafları ile maruz kalınan zararlar, büyük boyutlara ulaşmıştır. Batan veya sürüklenen kıyı ötesi tesisler, deniz çevresiyle birlikte emniyetli seyrüsefere de ciddi risk oluşturmaktadırlar¹⁷. Aşağıda kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu Dünya kamuoyunun dikkatini çeken önemli bazı kirlenme olaylarına bir miktar değinilmesinde fayda görülmüştür:

- (a) SANTA BARBARA 1970: Olay, kıyı ötesi tesislerin yol açtığı çevre zararına ilk defa kamuoyunun dikkatinin çekilmesi bakımından önem taşımaktadır. Amerika Birleşik Devletlerinin (ABD) Kaliforniya kara sularının ötesinde deniz yatağında petrol araştırma faaliyetlerinin yürütüldüğü sırada meydana gelen bu olayda, denize dökülen 4.500 ton (33.000 varil) petrol, Kaliforniya kıyılarına ulaşmış, yaklaşık 90 km uzunluğundaki kıyı şeridinde önemli kirlenme zararlarına sebep olmuştur. Deniz yatağında petrol araştırma faaliyetlerini yürüten “*Union Oil Company*” isimli konsorsiyum ve onların sigortacıları, yaklaşık 60 Milyon Dolar tazminat ödemişlerdir. Buna rağmen tazmin

¹⁶ Kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu kirlenme zararları hakkında kesin istatistikî veriler bulunmamakla beraber 1955 ilâ 1981 yılları arasında yaklaşık otuz beş adet petrol platformunda meydana gelen patlamaların çevre zararına yol açtığı bilinmektedir. Bkz. *Brubaker, D.: Marine Pollution and International Law, London – Florida 1993, s. 38 – 40.*

¹⁷ *White, M.: Offshore Craft and Structures: A Proposed International Convention, Australian Mining & Petroleum Law Journal 1999, Vol. 18, s. 26; Dubais, B. A.: The 1976 London Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage from Offshore Operations, The Journal of Maritime Law & Commerce (1977 – 1978), Vol. 9/1, s. 61; McDade, P. V.: The Removal of Offshore Installations and Conflicting Treaty Obligations as a Result of the Emergence of the New Law of the Sea: A Case Study, San Diego Law Review 1987, Vol. 24/3, s. 645; Brown, E. D.: Decommissioning of Offshore Structures: Legal Obligations under International and Municipal Law, Oil and Petrochemical Pollution 1982, Vol. 1/1, s. 23-36.*

edilemeyen çevre zararının 10 ilâ 50 Milyon Dolar arasında olduğu tahmin edilmektedir¹⁸.

- (b) EKOFISK 1977: Kuzey Denizi'nin Norveç kısmında, EKOFISK alanında çalışmakta olan BRAVO 14 isimli petrol platformu aniden patlamıştır. Olayda 21.300 ton petrol denize dökülmüş, oluşan petrol tabakası yaklaşık 1.000 km² büyüklüğündeki bir alana yayılmıştır¹⁹.
- (c) IXTOC I 1979: 1979'da Meksika Körfezi'nde IXTOC I isimli petrol araştırma kuyusunda yürütülen çalışmalar sırasında büyük bir patlama meydana gelmiştir. Patlamayla birlikte denize dökülen petrolün sebep olduğu çevre kirliliği, büyük zararlara yol açmıştır. Olay, o zamana kadar tek kaynaktan doğan en büyük petrol dökülmesi olarak tarihe geçmiştir. Yaklaşık 500.000 ton (3 Milyon varil) petrol, denize dökülmüştür. Texas'ta zarar görenler için ABD Kongresi tarafından 80 Milyon Dolar tutarında bir fon tesis edilmiştir²⁰.
- (d) MONTARA 2009: 21.8.2009 tarihinde Avustralya'nın münhasır ekonomik bölgesi içinde bulunan MONTARA isimli kıyı ötesi petrol platformunun üzerinde bulunduğu petrol kuyusu, sondaj faaliyeti esnasında aniden patlamıştır. Petrol platformunun ve donanımın sahibi, Avustralya'da ulusal petrol araştırma ve işleme faaliyetlerini yürüten bir şirkettir. 30.8.2009 tarihine kadar petrol tabakası, adeta bir "deniz yaşamı otobanı" olarak nitelendirilen deniz alanında, yaklaşık 1.750 okyanus mil karesinden fazla bir sahaya yayılarak deniz çevresine çok büyük zararlar vermiştir. Avustralya Deniz Emniyeti İdaresi, kendi sularında petrol dökülmesine müdahale faaliyetlerini koordine etmiş,

¹⁸ Johnston, D. M.: The Environmental Law of the Sea, Switzerland 1981, s. 247.

¹⁹ Johnston, s. 247.

²⁰ Johnston, s. 247-248.

yürütülen faaliyetler hakkında Endonezya'ya gerekli bilgileri vermiştir. Ancak, sadece birkaç gün içinde hareket hâlindeki petrol tabakası, 5.800 mil karelik bir alana yayılmış ve Endonezya sularına ulaşmıştır. MONTARA'dan sızan petrol, Timor Denizi'nde Endonezya sularında ciddi deniz kirliliğine yol açmıştır. Kıyıda yaşayanlar, büyük zararlara maruz kalmışlardır. Kirlenmeden etkilenen sahaya en yakın Endonezya köyü olan Kupang'da balıkçıların toplam balık yakalama oranı, dramatik biçimde azalmıştır. Henüz kesin zararın boyutları, tespit edilememiştir²¹.

- (e) DEEPWATER HORIZON 2010: Kıyı ötesi tesislerin faaliyetlerinden kaynaklanan en büyük deniz kirliliği, DEEPWATER HORIZON olayı sonrası gerçekleşmiştir. MONTARA'dan sekiz ay sonra meydana gelen olay, hem ABD'nin, hem de tarihin en büyük çevre felaketi olarak tarihe geçmiştir²². Meksika Körfezi'nde petrol arama faaliyetinde bulunan İngiliz Petrol Şirketi BP'ye (*British Petroleum*) ait DEEPWATER HORIZON isimli petrol platformu, 20.4.2010 tarihinde patlayarak batmış, uzun süre kapatılmayan deniz dibindeki petrol kuyusundan çok büyük miktarda petrol, denize dökülmüştür. Yaklaşık 5 milyon varil petrol denize dökülmüş, petrol sızıntısı üç aylık bir çalışmayla önlenebilmiştir. ABD, tarihinin en büyük petrol kirliliği zararına maruz kalmıştır. Olayda on bir işçi ölmüş, on yedi işçi yaralanmıştır. BP, başlangıçta zarar görenlere 7,8 Milyar Dolar ödemeyi kabul etmiştir. Geçen süreçte BP'nin ödemek zorunda olduğu tazminat tutarı 40 Milyar Dolara

²¹ LEG 97/14/1, September 10, 2010.

²² Allen, J.: A Global Oil Stain – Cleaning Up International Conventions for Liability and Compensation for Oil Exploration/Production, Australian and New Zealand Maritime Law Journal 2011, Vol. 25, s. 90.

dayanmıştır²³. ABD Federal Mahkemesi, BP'nin ağır kusurlu olduğuna hükmetmiştir. New Orleans Mahkemesi, BP'nin çalıştığı anlaşmalı şirketlerin de kusurlu olduğuna hükmetmiştir. Karar sonrasında BP'nin yaklaşık 18 Milyar Dolar daha tazminat ödemek zorunda kalacağı beklenmektedir²⁴.

II. MİLLETLERARASI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

Meselenin anlaşılmasına yapacağı katkının önemi dolayısıyla, milletlerarası hukukta başta milletlerarası sözleşmeler olmak üzere, kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu kirlenme zararları için hukuki sorumluluk ve tazminat meselesine temas eden düzenlemelerin tespitinde fayda görülmüştür. Aşağıda gösterildiği üzere, bu düzenlemelerin büyük bir kısmı, meseleye dolayısıyla temas etmektedir. Meseleyi müstakil biçimde ve doğrudan düzenleyen bir milletlerarası sözleşme mevcut ise de henüz yürürlüğe girmemiştir.

A) 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (DHS)

DHS'ne göre kıyı devletleri, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgelerinde kıyı ötesi tesisleri inşa etmeye, bunları inşası, işletilmeleri ve kullanımını düzenlemeye ve izin vermeye genel olarak yetkilidir²⁵. Ancak, DHS çok kapsamlı ve detaylı hükümler ihtiva etmemektedir; devletlerin haklarını kullanırlarken uymak zorunda oldukları şartlar, sistematik ve eksiksiz olarak belirlenmiş değildir²⁶. DHS, kıyı ötesi tesislere dair bazı kurallar getirmekle beraber bunlar üzerinde devletlerin yetkileriyle inşa ve işletilmeleri gibi meseleler, millî mevzuatla düzenlenmektedir²⁷.

²³ Allen, s. 102 – 103.

²⁴ Ramseur, J. L.: Liability and Compensation Issues Raised by the 2010 Gulf Oil Spill, Congressional Research Service, (11 March 2011), <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R41679.pdf>>; <http://www.bp.com/tr_tr/turkey/toplum-ve-cevre-/cevresel-faaliyetlerimiz/cevre-duyarli_/meksika-koerfezi--deepwater-horizon--.html>; <http://tr.euronews.com/2014/09/05/bp-meksika-korfezi-ndeki-petrol-sizintisinde-ihmalkar-bulundu>>; < <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/1698988/Deepwater-Horizon-oil-spill-of-2010>>.

²⁵ Esmaeili, s. 107.

²⁶ Honein, s. 103.

²⁷ Esmaeili, s. 107.

DHS, genel olarak devletlerin deniz yatağında yürüttükleri faaliyetler sebebiyle meydana gelen deniz kirliliğini kontrol etmelerini, kirlenmenin yol açtığı zararların tazminine imkân veren başvuru yollarını kabul etmelerini öngörmekte; devletlere bu yükümlülükleriyle ilgili olarak milletlerarası hukukun geliştirilmesi ve uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik görevler vermektedir. Ancak DHS, doğrudan herhangi bir sorumluluk ve tazminat rejimi kurmamıştır.

DHS m. 192 – 208, devletleri deniz yatağı faaliyetleri ve yetkileri altındaki tesislerin faaliyetleri dolayısıyla deniz çevresinin kirlenmesinin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesine dair muhtelif yükümlülüklerle tabi kılmaktadır. DHS m. 214'e göre devletlerin, m. 208 uyarınca kabul edilen kanun ve kuralları uygulanmaları gereklidir. Devletler, yetkileri dâhilinde deniz yatağında yürüttükleri faaliyetlerden doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kaynaklanan, münhasır ekonomik bölgeleri ve kıta sahanlıklarında bulunan suni adalardan, tesislerden ve yapıların faaliyetleri sonucu meydana gelen deniz kirliliğini önlemek, azaltmak ve kontrol altına almak için yetkili milletlerarası kuruluşlar veya bir diplomatik konferans aracılığı ile belirlenen uygulanabilir milletlerarası kural ve ilkeleri yürürlüğe koymak üzere gerekli kanunları ve kuralları kabul edecekler, diğer uygun tedbirleri alacaklardır.

DHS m. 235(1), deniz çevresinin korunması ve muhafazasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyen devletlerin milletlerarası hukuka göre sorumlu olacağını belirtmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre devletler, iç hukuklarında yetkilerine tabi kişilerin deniz çevresini kirlenmelerinden kaynaklanan zararların hızlı ve uygun şekilde tazmin edilmesi veya diğer şekillerle giderilmesine imkân verecek başvuru yollarının mevcut olmasına özen göstermek zorundadırlar. 3. fıkra ise kirlenme zararlarının hızlı ve uygun şekilde tazminini sağlamak amacıyla devletlerin, zararların değerlendirilmesine ve tazminine, uyuşmazlıkların çözümüne, gerektiğinde zorunlu sigorta veya tazminat fonlarının ihdasına ilişkin kriter ve usullerin tespitine dair milletlerarası sorumluluk

hukukunun uygulanması ve geliştirilmesi amacıyla işbirliği yapmalarını hüküm altına almaktadır.

B) 1958 Kıta Sahanelğine Dair Cenevre Sözleşmesi

Bu Sözleşme'nin 5(7) maddesi, bir kıyı devletinin, kıyı ötesi tesislerin etrafındaki emniyetli bölgelerde bulunan zararlı faktörlerden denizin canlı kaynaklarının korunması için bütün uygun tedbirleri almasını istemektedir.

C) 1977 Tarihli Deniz Yatağı Mineral Kaynaklarının Araştırılması ve İşletilmesinden Kaynaklanan Petrol Kirliliği Zararları İçin Hukuki Sorumluluğa Dair Sözleşme

1.5.1977 tarihinde İngiltere önderliğinde düzenlenen bir konferansta kabul edilen “Deniz Yatağı Mineral Kaynaklarının Araştırılması ve İşletilmesinden Kaynaklanan Petrol Kirliliği Zararları İçin Hukuki Sorumluluğa Dair Sözleşme” (1977 Sözleşmesi)²⁸, kıyı ötesi tesislerinin faaliyetleri sonucu meydana gelen petrol kirliliği zararları için müstakil bir hukuki sorumluluk ve tazmin rejimi kurmaktadır. 1977 Sözleşmesi, hangi nitelikte olursa olsun deniz yatağına sürekli olarak bağlı olup olmadığını dikkate almaksızın sadece araç niteliğindeki herhangi bir deniz yapısına ihtiyati haciz, çatma, ipotek, petrol kirliliği ve kurtarma gibi farklı deniz meselelerine mevcut deniz sözleşmeleri düzenlemelerini uygulamayı amaçlamaktadır²⁹. Almanya, İrlanda, Hollanda, Norveç, İsveç ve İngiltere'nin imzacı olduğu 1977 Sözleşmesi, hiçbir devletin onaylamaması sebebiyle yürürlüğe girmemiştir³⁰.

Tazmin Rejimi'ne paralele hükümler içeren 1977 Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmemesinin en önemli sebebi, Tazmin Rejimi'ne göre

²⁸ *The Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, resulting from Exploration for and Exploitation of Seabed Mineral Resources, 1977.*

²⁹ *Esmaili, s. 37.*

³⁰ 1977 Sözleşmesi'nin İngilizce metni ve statüsü hakkında bkz. <<http://cil.nus.edu.sg/1977/1977-convention-on-civil-liability-for-oil-pollution-damage-resulting-from-exploration-for-and-exploitation-of-seabed-mineral-resources>>.

sorumluluk sınırlarının bir hayli yüksek olmasıdır³¹. Ayrıca sınırlı ve sınırsız sorumluluk için alternatiflerin belirlenmesi ile “1974 Tarihli Kıyı Ötesi Sorumluluk Sözleşmesi”nin (OPOL) mevcudiyeti, diğer sebepler olarak gösterilebilir³². Dolayısıyla imzacı devletlerin hiçbirisi kıyı ötesi tesisler için böyle bir ağır yükün altına girmek istememiştir.

Yürürlüğe girmemiş olmakla beraber hemen hemen Tazmin Rejimi’ne paralel hükümler içeren 1977 Sözleşmesi kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu kirlenme zararları dolayısıyla hukuki sorumluluk ve tazminat meselesine doğrudan temas eden en önemli milletlerarası belgedir. 1977 Sözleşmesi, kıyı ötesi tesislerin faaliyetlerinden kaynaklanan kirlenme zararlarında kusursuz sorumluluk esasını benimsemiştir. 40 Milyon Özel Çekme Hakkı’na (SDR: *Special Drawing Right*) kadar sorumluluğun sınırlandırılması mümkündür. Ancak Taraf Devletler, daha yüksek miktarda sorumluluk sınırları belirleyebilecekleri gibi, sınırsız sorumluluk ilkesini de kabul edebilirler. Kıyı ötesi tesisinin işleteni gibi sadece belirli kişilere karşı sorumluluk (*channelling provision*) yöneltilebilir. Sorumluların 35 Milyon SDR’ye kadar sigorta yaptırması veya diğer bir mali güvence belgesi sağlaması zorunludur. Zarar görenlerin sigortacıya karşı doğrudan dava açma hakları (*direct action*) tanınmıştır. 1977 Sözleşmesi, sorumluluk sınırlarının aşıldığı durumlarda ilave güvence sağlayan tüzel kişiliğe sahip bir fon kurmamıştır³³.

D) 1973 Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme

³¹ Johnston, s. 255.

³² Shaw, R.: Trans-boundary Oil Pollution Damage Arising from Exploration and Exploitation of Offshore Oil. Do We Need An International Compensation Convention?, October – December 2011, CMI News Letter No. 3, s. 20; <<http://www.comitemaritime.org/Uploads/Newsletters/CMI%20News%202011-3.pdf>>.

³³ Bu sözleşme hakkında bkz. Bates, J. – Birnie, P. - Burgess, R.: Transmittal and Instruction Sheet for Oil and Gas Law, The North Sea Exploration (by Kenneth R. Simmonds General Editor), Vol. 1, New York 1982, s. 1.0051.

Kısa adıyla MARPOL 73/78³⁴ olarak bilinen Sözleşme, bir sorumluluk ve tazminat rejimi kurmaksızın gemi kaynaklı kirlenmenin türlerini ve kirlenmenin önlenmesine ilişkin düzenlemeleri ihtiva etmektedir.

E) 1990 Tarihli Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İşbirliği İle İlgili Uluslararası Sözleşme

“Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İşbirliği İle İlgili Uluslararası Sözleşme” (OPRC)³⁵, hukuki sorumluluk ve tazminat rejimi kurmaksızın Taraf Devletlerin kıyı ötesi petrol tesisleri ve donanımlarından kaynaklanan petrol kirliliği olaylarına müdahale etmelerini istemektedir.

F) 1974 Tarihli Çevrenin Korunmasına Dair Danimarka, Finlandiya, Norveç ve İsveç Arasında İmzalanan Sözleşme

Bölgesel nitelikteki bu Sözleşme³⁶, sadece belirtilen devletlerle sınırlı olarak kıyı ötesi platformlardan dökülen petrolün sebep olduğu kirlenme zararları için tazminat ödenmesini öngörmektedir.

³⁴ *The International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973.* 2/11/1973’de kabul edilen MARPOL, yeterli sayıda devlet tarafından onaylanmadığından yürürlüğe girememiştir. MARPOL’ün yürürlüğe girişini kolaylaştırmak amacıyla 1978’de bir Protokol ile bazı hükümleri değiştirilmiştir. Bilahare 2/10/1983 tarihinde değiştirilmiş hâliyle yürürlüğe giren Sözleşme, yaygın şekilde MARPOL 73/78 olarak anılmaktadır. Türkiye, 24/6/1990 tarihli ve 20558 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 3/5/1990 tarihli ve 90/442 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla MARPOL 73/78’in I, II ve V numaralı eklerine 10/1/1991 tarihi itibarıyla taraf olmuştur. Daha sonra gerçekleştirilen mevzuat değişiklikleriyle de MARPOL 73/78’in III, IV ve VI numaralı eklerine taraf olunmuştur. Bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202015.pdf>>.

³⁵ *The International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation, 1990.* Türkiye, 13/5/1995 tarihinde yürürlüğe giren OPRC’ye 1/10/2004 tarihi itibarıyla taraf olmuştur. OPRC’nin Türkçe ve İngilizce metinleri, 25/8/2003 tarihli ve 2003/6084 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla birlikte 18/9/2003 tarihli ve 25233 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Ayrıca bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202015.pdf>>.

³⁶ *The Convention on the Protection of the Environment between Denmark, Finland, Norway and Sweden, 1974 (The Nordic Convention).*

G) 1976 Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması Hakkında Sözleşme

Avrupa Birliği ve yirmi bir devlet tarafından kabul edilen “Akdeniz’in Kirlenmeye Karşı Korunması Hakkında Sözleşme” (Barselona Sözleşmesi)³⁷, Taraf Devletlerin, deniz yatağı kaynaklarının araştırılması ve işlenmesi faaliyetleri sebebiyle Akdeniz’in kirlenmeye karşı korunmasını amaçlamaktadır. 1994’de kabul edilen bir Protokol ile kıyı ötesi petrol araştırma ve işleme tesislerinin faaliyetleri açıkça kapsama alınmıştır.

H) 1978 Deniz Çevresinin Kirlilikten Korunmasına Dair İşbirliği Hakkında Kuveyt Bölgesel Sözleşmesi

Sözleşme³⁸, Taraf Devletleri kendi bölgelerindeki kıyı ötesi tesislerin faaliyetlerinden kaynaklanan deniz kirliliğine karşı mücadele etmekle yükümlü kılmakta, fakat hukuki sorumluluk ve tazminat hükümleri içermemektedir. Sözleşme, özellikle ilgili bölgedeki düzenleyici faaliyetlerden yetki meselelerine temas etmektedir³⁹.

İ) 1992 Baltık Deniz Sahası Deniz Çevresinin Korunmasına Dair Sözleşme

Sözleşme⁴⁰, Taraf Devletleri kendi bölgelerindeki kıyı ötesi tesislerin faaliyetlerinden kaynaklanan deniz kirliliğine karşı mücadele

³⁷ *The Convention for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution, 1976.* Barselona Sözleşmesi ve Protokollerinin metinleri, statüsü, Taraf Devletler ve sair bilgiler için bkz. <<http://www.unepmap.org/index.php?module=content2&catid=001001004>>. Türkiye, Güney Kıbrıs, Mısır, Cezayir ve Suriye Barselona Sözleşmesi’ne taraftır. Türkiye, 14/10/1994’de kabul edilip 24/3/2011 tarihinde yürürlüğe giren ve “Offshore Protokolü” olarak adlandırılan 1994 Protokolü’ne taraf olmamıştır. Bu Protokol’e Güney Kıbrıs, Avrupa Birliği ve Suriye taraf olmuş, ancak Türkiye, Mısır ve İsrail taraf olmamışlardır.

³⁸ *The Kuwait Regional Convention for Co-operation on the Protection of the Marine Environment from Pollution, 1978.* Ayrıntılı bilgi için bkz. <<http://www.unep.org/regionalseas/programmes/nonunep/ropme/instruments/default.asp>>.

³⁹ Bates, J. H. – Benson, C.: *Marine Environment Law*, London – Newyork – Hamburg – Hong Kong 1993, s. 7-7.

⁴⁰ *The Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area, 1992.* Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.bfn.de/0310_helsinki+M52087573ab0.html>.

etmekle yükümlü kılmakta, fakat hukuki sorumluluk ve tazminat hükümleri içermemektedir.

J) 1992 Kuzeydoğu Atlantik Deniz Çevresinin Korunması Hakkında Sözleşme

Avrupa Topluluğu ve on beş Avrupa Birliği üyesi devlet kabul edilen Sözleşme (OSPAR) ⁴¹, kıyı ötesi tesislerden kaynaklanan kirlenmenin önlenmesi ve bertarafına yönelik kurallar içermektedir.

K) 1974 Kıyı Ötesi Kirlenme Sorumluluk Sözleşmesi (OPOL)

OPOL ⁴², İngiltere, Danimarka, Almanya, Fransa, İrlanda, Hollanda ve Grönland gibi belirli devletlerden birine ait olan ve bu devletlerin sularında faaliyet gösteren sabit veya hareketli kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu petrol kirliliği zararlarının tazmini amacıyla büyük petrol şirketlerinin 4.9.1974 tarihinde kendi aralarında yaptıkları özel nitelikte bir sözleşmedir. 1.5.1975 tarihinde yürürlüğe giren OPOL, Kuzey Denizi ve civarında faaliyet gösteren, bu sözleşmenin kapsamındaki petrol şirketlerine ait kıyı ötesi tesislerden kaynaklanan petrol kirliliği zararları için hukuki sorumluluk esaslarını düzenlemektedir. Baltık Denizi ve Akdeniz'de bulunan kıyı ötesi tesisler, sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte OPOL'un uygulanabilmesi için kirlenme zararının gerçekleştiği yerin bu devletlerden birinin suları dâhilinde olması gerekmez.

OPOL'u imzalayarak taraf olan petrol şirketleri, sebep oldukları kirlenme zararlarından kusursuz olarak sorumlu olmayı kabul etmektedirler. Her bir olay için mesafelere bağlı olarak artan sorumluluk sınırları mevcuttur. Ancak OPOL, azami 250 Milyon ABD Dolarına kadar tazminat güvencesi sağlamaktadır. Bu meblağa bir olayda alınan iyileştirici tedbirlerin masrafları dâhildir. OPOL'e taraf şirketler, zarar görenlere karşı borçlarını yerine getirmeyen taraf şirketlerden birisinin karşılaması gereken tazminat ödemesine katkı sağlamayı kabul

⁴¹ *The Convention for the Protection of Marine Environment of the North East Atlantic, 1992.* Ayrıntılı bilgi için bkz. *Esmaili*, s. 159 – 160; <http://www.ospar.org/content/content.asp?menu=00340108070000_000000_000000>.

⁴² *The Offshore Pollution Liability Agreement, 1974.*

etmektedirler. Bunların yapacakları katkılar, taraf şirketlerce işletilmekte olan kıyı ötesi tesislerinin sayısına orantılı olarak belirlenir. Uyuşmazlıklar, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC: *International Chamber of Commerce*) tahkim kurallarına göre çözülmektedir⁴³.

L) Diğer Yazılı Düzenlemeler

Kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu zararlar için hukuki sorumluluğa temas eden diğer yazılı düzenlemeler aşağıda gösterilmiştir:

- (a) 2010 Birleşmiş Milletler Çevre Programı Rehber Kuralları⁴⁴.
- (b) 1992 Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı ve Genel Kurul Kararları⁴⁵.
- (c) 1992 Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı Tarafından Kabul Edilen Rio Çevre ve Kalkınmaya Dair Bildirim⁴⁶.
- (d) 2004 Avrupa Birliği Çevre Sorumluluk Yönergesi⁴⁷.

⁴³ OPOL hakkında daha fazla bilgi için bkz. <<http://www.opol.org.uk/about-2.htm>>.

⁴⁴ *United Nations Environment Programme* (UNEP). Bu kurallar, çevreye tehlike oluşturan faaliyetlerden kaynaklanan zararlar dolayısıyla sorumluluk ve tazminata dair iç mevzuatın geliştirilmesini amaçlamakla birlikte özel olarak kıyı ötesi platformlara temas etmemektedir.

⁴⁵ Bu metinler, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kaleme alınan prensipler ve makaleleri dikkate alarak, tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan sınır aşan zararlar dolayısıyla sorumluluk ve tazminata dair millî ve milletlerarası hukukun geliştirilmesine temas etmektedir.

⁴⁶ Bu bildirim, devletlerden ilke olarak kirletenin kirletmenin zararlarına katlanması gerektiği anlayışına dayanarak çevre zararının olumsuz etkileri dolayısıyla hukuki sorumluluk ve tazminata ilişkin milletlerarası hukuku geliştirmelerini, çevre zararının mağdurlarına yeterli seviyede tazminat ödenmesini sağlayacak tedbirleri almalarını istemektedir.

⁴⁷ *The European Union Environmental Liability Directive* (2004/35/EC). Yönerge, kusur dikkate alınmaksızın işletenlerin, zarara sebep olan tehlikeli faaliyetleri yürütmelerine olanak sağlamakta, fakat çok sınırlı bir kapsamda petrol donanımlarının karıştığı kazalara uygulanmaktadır. DEEPWATER HORIZON olayına tepki olarak Avrupa Komisyonu, kıyı ötesi petrol faaliyetlerinde acil güvenlik değerlendirmesi başlatmış, Avrupa Parlamentosu ise Komisyonun kıyı ötesi faaliyetlerde yüksek emniyete sahip standartları geliştirmesini öngören bir karar kabul etmiştir.

- (e) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 4.12.2006 tarihli A/RES/61/36 ve 6.12.2007 tarihli A/RES/62/68 tarihli kararları.
- (f) IMO'nun Kıyı Ötesi Tesislerin Sebep Olduğu Kirlenmeye Dair Tavsiye ve Kararları⁴⁸.
- (g) Rusya'nın G20 Zirvesine Sunduğu Küresel Deniz Çevresinin Korunması Girişimi Bildirisi⁴⁹.

M) Milletlerarası Örf ve Adet Hukuku Kuralları

Komşu devletlerin haklarını ihlal eden eylemler dolayısıyla devletleri sorumlu tutan milletlerarası örf ve adet hukuku kuralları (*sic utero tuo, ut alienum non laedas*), kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu deniz kirliliği zararları için de uygulanabilir niteliktedir. Bu kuralların uygulandığı *Trail Smelter*⁵⁰, Korfu Boğazı (*The Corfu Channel Case*)⁵¹, *Chorzow Factory*⁵² ve *Nuclear Test Cases*⁵³ gibi olaylar örnek olarak gösterilebilir.

III. IMO'NUN ÇALIŞMALARI

A) Meselenin IMO'nun Gündemine Alınması

⁴⁸ Örneğin; IMO Genel Kurulu, 2/12/2009 tarihinde “Hareketli Kıyı Ötesi Sondaj Birimlerinin İnşa ve Donanımına Dair Kod”u (2009 MODU: *The Code for the Construction and Equipment of Mobile Offshore Drilling Units*, 2009) kabul etmiştir. Bkz. A 26/Res.1023, January 18, 2010. Yine IMO Genel Kurulu'nca 19/10/1989 tarihinde “Münhasır Ekonomik Bölgede ve Kıta Sahanelerindeki Kıyı Ötesi Tesisler ve Yapıların Kaldırılması İçin Rehber Kurallar ve Standartlar” (*The Guidelines and Standards for the Removal of Offshore Installations and Structures on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone*) kabul edilmiştir. Bkz. A 16/Res. 676, October 19, 1989.

⁴⁹ Meksika Körfezi'nde yaşanan trajedi sonrasında Temmuz 2010'da yapılan G20 zirvesinde Rusya, G20 devletleri arasında kıyı ötesi araştırma ve deniz ulaştırması faaliyetlerinden kaynaklanan petrol kirliliği zararlarını önlemek ve azaltmak amacıyla işbirliği yapılmasını öngören bir küresel girişim başlatmıştır.

⁵⁰ *United Nations: Reports of International Arbitral Awards* (2006), *Trail Smelter Case* (United States/Canada, 16 April 1938 – 11 March 1941), Vol. III, s. 1905 – 1982; <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf>.

⁵¹ *International Court of Justice 1949 Report: The Corfu Channel Case*, Vol. I, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1499.pdf>>.

⁵² <<http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>>.

⁵³ <<http://www.icj-cij.org/docket/?sum=317&code=nzf&p1=3&p2=3&case=59&k=6b&p3=5>>.

Kıyı ötesi tesislerin, özellikle petrol platformlarının faaliyetlerinden kaynaklanan kirlenme zararları dolayısıyla hukuki sorumluluk meselesi, IMO Hukuk Komitesi'nin (Komite) gündemine, Komitenin 97. Dönem Toplantısına Endonezya tarafından sunulan bir raporla⁵⁴ girmiştir. Endonezya delegesi, raporda kıyı ötesi petrol araştırma ve işleme faaliyetlerinin sebep olduğu sınır aşan petrol kirliliği zararları durumunda hukuki sorumluluk ve tazminat meselesini müstakil biçimde düzenleyen bir milletlerarası rejimin kurulması amacıyla konunun Komite'nin çalışma programına alınmasını önermiştir⁵⁵.

Endonezya'nın öncülük ederek meseleyi Komite'ye taşıması, MONTARA olayına dayanmaktadır. Endonezya, raporunda özetle aşağıdaki gerekçelere dayanmıştır:

- (a) MONTARA olayı, Avustralya'nın münhasır ekonomik bölgesinde meydana gelmesine rağmen deniz kirliliği, Timor Denizi'nde Endonezya sularına kadar ulaşmış, denize dökülen petrol tabakası yaklaşık 5.800 mil kare büyüklüğündeki bir alana yayılmıştır.
- (b) Yaşanan çevre felaketinin doğurduğu zararlar, henüz tam olarak tespit edilememiştir.
- (c) Kıyı ötesi sondaj faaliyetlerinin sebep olduğu kirlenme zararlarının tazmini için bu tür faaliyetleri yürüten petrol şirketlerinin yeterli miktarda sigorta yaptırmaması büyük önem taşımaktadır. Sigorta zorunluluğu, millî kanunlar ve bölgesel sözleşmelerle düzenlenmektedir.
- (d) Sigorta yaptırılabilmesi için sigortacının sorumluluğunu sınırlandırma hakkına sahip olması gerekir. Bir milletlerarası

⁵⁴ LEG 97/14/1, September 10, 2010.

⁵⁵ Müstakil bir milletlerarası sözleşmenin geliştirilmesinin gerekli olduğu üzerine bir değerlendirme hakkında bkz. *Rares, S.*: The Need for an International Convention to deal with Off-Shore Hydrocarbon Leaks, A Paper Presented at the 2011, Biennial Mini Conference of the Maritime Law Association of Australia and New Zealand (Lilianfels, Katoomba on 11 March 2011), <<http://www.fedcourt.gov.au/publications/admiralty-papers/20110311>>; *Allen*, s. 107.

standardın mevcut olmaması sebebiyle sorumluluğun sınırlandırılması, devletten devlete bir hayli farklılaşmaktadır.

- (e) BP dâhil büyük petrol şirketleri, DEEPWATER HORIZON gibi olaylarda bütün zararları karşılayabilecek mali güvenceye sahip olabilirler. Ancak bu tür olaylara karışan daha küçük şirketler için aynı şey söylenemez.
- (f) 1992 HSS ve 1992 FS, gemide yük olarak veya gemi bunkerlerinde yakıt olarak taşınan dirençli petrolün dökülmesinden kaynaklanan kirlenme zararları için bir milletlerarası tazminat rejimi kurmuştur. Kıyı ötesi tesislerin faaliyetlerinden kaynaklanan zararlar, bu rejimin kapsamında değildir.
- (g) Meselenin hukuki cephesine temas eden bir milletlerarası sözleşme bulunmadığından hukuk boşluğu vardır. Hukuk boşluğu, kabul edilecek bir milletlerarası sözleşmenin kuracağı müstakil tazmin rejimiyle doldurulabilir. Bu rejim, IMO düzenlemelerine paralel şekilde hem yeknesaklık sağlayacak, hem de mağdurların zamanında ve yeterli tutarda tazminat elde etmelerini mümkün kılacaktır. Müstakil milletlerarası sözleşme, Tazmin Rejimi'ne benzer şekilde aşağıdaki unsurları ihtiva etmelidir.
- Kıyı ötesi tesisinin maliki veya işletenin kusursuz sorumluluğu ilkesi.
 - Belirli sorumluluk sınırlarına kadar sigorta yaptırılması veya diğer bir mali güvence sağlanması ve sigorta sertifikası düzenlenmesi zorunluluğu.
 - Sigortacıya karşı doğrudan dava hakkının tanınması (*Direct Action*).
 - Sorumluluğun kanalize edilmesi ilkesi (*Channellig Provision*).

- İlgili menfaatler, yani malikler ve işletenler arasında “kirleten öder prensibi” de dikkate alınarak yükümlülüklerin uygun biçimde paylaşılması.
 - Hukuki sorumluluğu tamamlayan tüzel kişiliğe sahip bir fon kurulması.
- (h) Müstakil milletlerarası rejim kurulması fikri, gemilerden kaynaklanan kirliliğin önlenmesi, kirliliğe hazırlıklı olma ve müdahaleye ilişkin IMO belgelerine paraleldir. MARPOL 73/78 ve OPRC’de bu sözleşmelerin kıyı ötesi petrol platformlarına uygulanacağına dair bazı hükümler mevcuttur.

Komite’de büyük destek alan Endonezya önerisi doğrultusunda meselenin gündeme alınmasına karar verilmiştir. Bu amaçla, IMO Stratejik Yönergesi’nin 7.2 maddesine “kıyı ötesi petrol araştırma ve işleme faaliyetleri” ibarelerinin ilave edilmesinin uygun olacağı kabul edilmiştir⁵⁶. Ancak, IMO kuralları gereği bu değişikliğin yürürlüğe girmesi, Konsey’in uygun bulmasını müteakip Genel Kurulun onayına bağlı bulunmaktadır.

B) Komite Müzakereleri

Komitenin ilk müzakerelerinde müstakil bir milletlerarası sözleşmenin geliştirilmesi fikri ağırlık kazanmış ise de ilerleyen süreçte bu fikirden dönüldüğü, müstakil milletlerarası sözleşme yerine karşılıklı veya bölgesel bir sözleşme modeli oluşturulması düşüncesinin ağır bastığı görülmektedir. Konunun anlaşılmasına yapacağı katkı sebebiyle aşağıda her iki görüşün gerekçeleri kısaca özetlenmiş, ayrıca müzakerelerdeki rolleri sebebiyle Milletlerarası Denizcilik Komitesi (CMI: *Comite Maritime International*), Brezilya ve Güney Kıbrıs delegasyonlarının da görüşlerine yer verilmiştir.

1. Müstakil Bir Milletlerarası Sözleşme İhdas Edilmesi Önerisi

⁵⁶ LEG 97/15, December 1, 2010.

- (a) Kıyı ötesi tesislerin karıştığı olaylarda denize dökülen petrol, sadece olayın meydana geldiği devletin denizlerine değil, aynı zamanda diğer devletlerin denizlerine ve ilgili menfaatlerine de zarar vermektedir. Bu şekilde sınır aşan kirlenme zararlarının tazminine dair milletlerarası hukukta boşluk vardır.
- (b) DEEPWATER HORIZON ve MONTARA olayları ışığında, meselenin IMO'da tartışılması bakımından zaman ve konjonktür, uygundur.
- (c) Bu tür olaylar, Dünya'nın herhangi bir yerinde ve her zaman meydana gelebilir. Petrol kirliliği sınır tanımadığından her bir devlet, tek başına sorunu çözme imkânına sahip değildir.
- (d) Sabit petrol depolama üniteleri dâhil çoğu kıyı ötesi tesisler, 1992 HSS ve 1992 FS'nin kapsamı dışında kalmaktadır. Mağdurların yeterli miktarda tazminat elde etmelerini mümkün kılacak bir mekanizmaya sahip olunmalıdır.
- (e) IMO, mesele üzerinde çalışma yapmaya en yetkili kuruluştur. IMO haricinde mesele üzerinde çalışabilecek daha ehil bir milletlerarası forum bulunmamaktadır. Nitekim, IMO, 1988'de "Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme" (SUA Sözleşmesi)⁵⁷ ile "Kıta Sahanelerinde Yer Alan Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesi Hakkında Protokol"⁵⁸ü (SUA Protokolü) kabul etmiştir⁵⁸. 2005 yılında ise SUA Sözleşmesi'nde değişiklik

⁵⁷ *The Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, 1988*. Türkiye, SUA Sözleşmesi'ne 4/6/1998 tarihinden itibaren taraf olmuştur. Türkiye'nin SUA Sözleşmesi'ne katılmasına dair 6/1/1998 tarihli ve 98/10501 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla birlikte Sözleşme'nin İngilizce ve Türkçe metinleri, 26/1/1998 tarihli ve 23242 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵⁸ *The Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, 1988*. Türkiye, SUA Protokolü'ne 4/6/1998 tarihinden itibaren taraf olmuştur. Türkiye'nin SUA Protokolü'ne katılmasına dair 6/1/1998 tarihli

yapılmasına dair bir Protokol⁵⁹ ile SUA Protokolü'nde değişiklik yapılmasına dair bir Protokol⁶⁰ (2005 SUA Protokolleri) kabul edilmiştir.

2. Örnek Karşılıklı veya Bölgesel Sözleşme İhdas Edilmesi Önerisi

- (a) Kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu petrol kirliliği olayları, gemilerden dökülen petrolün sebep olduğu kirlenme olaylarından farklı özellikler taşımaktadır. Kıyı ötesi tesislerin faaliyetleri, çoğunlukla devletlerin kıta sahanlığında yürütüldüğünden mesele, genellikle milli kanunlar veya karşılıklı sözleşmelerle düzenlenmektedir. Dolayısıyla, küresel seviyede bir rejime gerek yoktur.
- (b) IMO'nun mesele üzerinde düzenleme yapma yetkisi, şüphelidir. Eleme yöntemi uygulanmak suretiyle IMO'nun yetkili organ olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülse dahi önemli rolleri bulunan Birleşmiş Milletler Çevre Programı (UNEP: *United Nations Environment Programme*), Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi (ISA: *International Seabed Authority*), Birleşmiş Milletler Okyanus İşleri Deniz Hukuku Dairesi (UN/DOALOS: *United Nations Office of Legal Affairs/Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea*) ve Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC: *International*

ve 98/10501 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla birlikte Protokol'ün İngilizce ve Türkçe metinleri, 26/1/1998 tarihli ve 23242 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵⁹ *The Protocol of 2005 to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation*, Türkiye, 17/10/2010 tarihi itibarıyla Protokol'e taraf olmuştur. Türkiye'nin Protokol'e taraf olmasına dair 11/12/2009 tarihli ve 2009/15674 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla birlikte Protokol'ün İngilizce ve Türkçe metinleri, 31/12/2009 tarihli ve 27449 Mük. 7 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Taraf devletler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>>.

⁶⁰ *The Protocol of 2005 to the Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf*. Türkiye, henüz Protokol'e taraf olmamıştır.

Law Commission) gibi diğer milletlerarası organlarla istişare yapılması gerekir.

- (c) 1992 HSS ve 1992 FS ile benimsenen modele dayalı müstakil milletlerarası sözleşme önerisi, teorik olarak çekici gözükmese de rağmen birçok pratik meselenin uzun ve yoğun biçimde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Hukuki boşlukların mevcut olup olmadığı, varsa çözüm önerilerinin tespiti için bir hayli çalışma yapılması zorunludur.
- (d) DHS, kıyı ötesi tesislerin faaliyetleri dolayısıyla devletlerin, sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme yapma haklarını tanımaktadır.
- (e) Mesele, sadece devletlerin millî yetkilerinin (*jurisdiction*) ötesine uzanan petrol kirlenmesi olayları çerçevesinde ele alınmalıdır.
- (f) Milletlerarası sözleşme önerisi üzerinde çalışma yapıp yapılmayacağına karar verilebilmesi için mevcut millî ve milletlerarası enstrümanların tamamı değerlendirilmelidir.

Komite'de kıyı ötesi petrol ve gaz araştırma sektörünün gözlemci delegeleri, yani Uluslararası Petrol ve Gaz Üreticileri Birliği ile Uluslararası Sondaj İşletmecileri Birliği de bu öneri yanında yer almışlardır. Bu delegeler, Tazmin Rejimi'ne benzer şekilde ihdas edilmesi düşünülen bir rejimin sağlam ve uygun bir model oluşturmayacağını, en iyi yöntemin karşılıklı veya bölgesel sözleşmeler olduğunu ileri sürmüşlerdir⁶¹.

3. CMI'nın Görüşleri

CMI, kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu kirlenme zararları üzerinde otuz yılı aşkın bir zamandan beri çalışmalarını yürütmektedir. Mesele,

⁶¹ LEG 98/13/1, February 18, 2011.

hâlen CMI'nın gündeminde yerini korumaktadır⁶². CMI, Komite'de aşağıdaki görüşleri ileri sürmüştür:

- (a) Uzun yıllardan beri kıyı ötesi hareketli araçlara dair bir taslak sözleşme metni üzerinde çalışmakta olan CMI, Komite'nin 19.10.1998 ilâ 23.10.1998 tarihleri arasında gerçekleştirilen 78. Dönem toplantısına klasik gemi tanımına girmeyen araçlar (*craft*) ile bu araçlara yürürlükteki bazı milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasının güç olduğunu gösteren kapsamlı bir rapor sunmuştur⁶³.
- (b) Meseleye ilişkin yeni bir milletlerarası sözleşmeye duyulan ihtiyaç ve beklentilere işaret etmekte olan raporda, taslak sözleşmenin sadece kıyı ötesi hareketli birimleri değil, aynı zamanda uygun olaylarda sabit platformları da kapsamına aldığı belirtilmektedir. Milletlerarası seviyede yeknesak düzenlemelerin yapılması gereklidir.
- (c) Kıyı ötesi tesisler meselesi, 1977'den beri Komite'nin çalışma programında yer almaktadır. Ancak, Komitenin 78. Dönem toplantısına sunulan rapor, zaman darlığı sebebiyle görüşülememiştir.
- (d) 1977 Sözleşmesi, "1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında Milletlerarası Sözleşme"ye⁶⁴ nazaran daha yüksek tutarlarda sorumluluk sınırları getirmiş olduğundan yürürlüğe girmemiştir. Bununla beraber OPOL iyi işlemektedir.

⁶² CMI'nın çalışmaları ve hazırlanmış olduğu sözleşme taslakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Allen*, s. 91; CMI Newsletters 2004, No: 1, January / April 2004, <<http://www.comitemaritime.org/Uploads/Newsletters/2004/Binder1.pdf>>.

⁶³ LEG 78/10. August 13, 1998.

⁶⁴ Türkiye, 28/2/1980 tarihli ve 8/495 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile bu Sözleşmeye taraf olmuştur. Bakanlar Kurulu Kararı, 4/6/1980 tarihli ve 17007 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olmasına karşılık katılım belgesi, 6/3/1998 tarihinde IMO Genel Sekreterliği'ne tevdi edildiğinden Sözleşme, Türkiye hakkında 1/7/1998 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

- (e) IMO, mesele üzerinde çalışma yapmaya yetkilidir. IMO, geçmişte SUA Sözleşmesi, SUA Protokolü, 2005 SUA Protokolleri, OPRC, MARPOL 73/78 ve 2009 Tarihli “Hareketli Kıyı Ötesi Sondaj Birimlerinin İnşa ve Donanımına Dair Kod”u (2009 MODU)⁶⁵ kabul etmiştir.
- (f) Yüzen üretim, depolama ve boşaltma araçlarının sayısı önemli ölçüde artmaktadır. Bu araçların gemi sayılıp sayılmayacağı hakkında hukuk sistemleri arasında büyük farklılıklar vardır. Bu sebeple hukuki durumu belirleyen bir milletlerarası sözleşme geliştirilmelidir.
- (g) Milletlerarası Petrol Kirliliği Tazmin Fonları (IOPCF: *International Oil Pollution Compensation Funds*), yüzen dökme alım tesisleri ve diğer benzeri araçlardan sızan petrolün sebep olduğu kirlenme olaylarında, mağdurlar için mevcut tazminat rejiminin uygulanmasında sorunlar yaşamaktadır. IOPCF bünyesinde oluşturulan bir çalışma grubu, bu tür tesislere uygulanacak bazı kurallar kabul etmiştir⁶⁶. Ancak, bu kuralların denizlerinde bir petrol kirliliği olayının vuku bulduğu bütün devletlerin mahkemeleri tarafından uygulanmasını sağlayacak hiçbir hukuki araç bulunmamaktadır.
- (h) Müstakil bir milletlerarası sözleşmenin geliştirilmesi hakkında devletler seviyesinde yeterli destek olmamakla birlikte, en azından meselenin Komite’nin uzun dönem çalışma programında kalması tercih edilmelidir.

4. Brezilya’nın Görüşleri

Bir milletlerarası sözleşmenin geliştirilmesi fikrine karşı en güçlü direnç, Brezilya delegasyonundan gelmiştir. Bunun en muhtemel sebebi, Brezilya’nın bütün Dünya’da faaliyette bulunan çok sayıda petrol sondaj

⁶⁵ *The Code for the Construction and Equipment of Mobile Offshore Drilling Units*, 2009. Bkz. A 26/Res.1023, January 18, 2010.

⁶⁶ Bkz. Slops olayı için IOPCF: Annual Report 2003, s. 97 – 100.

birimine sahip olmasıdır. Karşılıklı veya bölgesel sözleşmelere öncelik verilmesini öneren Brezilya'nın görüşleri aşağıda sunulmuştur:

- (a) Kıyı ötesi petrol araştırma ve işleme faaliyetleri, genellikle devletlerin kıta sahanlığında yürütüldüğünden millî hukuklar seviyesinde düzenlenmektedir. Millî yetkilerin (*jurisdiction*) ötesine ulaşan petrol kirliliği ise coğrafi koşullar sebebiyle birbirinden çok farklı özellikler arz etmektedir.
- (b) Konsey'deki toplantıda on sekiz delege, milletlerarası sözleşme önerisinin hukuki yönleriyle birlikte kapsamlı biçimde yeniden incelenmesi gerektiğinden bahisle Stratejik Yönerge'nin değiştirilmesini uygun görmemişlerdir.
- (c) IMO, mesele üzerinde düzenlemeler yapmaya yetkili olmadığından Stratejik Yönerge'de değişiklik yapılamaz. Ayrıca, IMO Kurucu Sözleşmesi ve IMO'nun kabul ettiği sözleşmeler, DHS hükümleriyle uyumlu olmak zorundadır. DHS, kıyı ötesi petrol araştırma ve üretim faaliyetlerine dair IMO'nun rolüne herhangi bir gönderimde bulunmamaktadır. DHS'ne göre kıyı ötesi petrol platformlarıyla ilgili IMO'nun yetkisi, denizde seyrüseferin etkileriyle sınırlıdır. DHS m. 60, açıkça deniz tesisleri ve yapılarının gemilerden esaslı surette farklı cisimler olduklarını ve farklı kurallar dizisine tabi olduklarını belirtmektedir. Bu anlayış, kıta sahanlığındaki faaliyetlere dair DHS m. 80'de de teyit edilmektedir.
- (d) DHS m. 194; gemiler, deniz tesisleri ve kıyı ötesi faaliyetlerden kaynaklanan kirlenme türleriyle mücadelede devletlerin sorumluluklarını düzenlemektedir. Deniz yatağındaki doğal kaynakların araştırılmasından kaynaklanan kirlenme m. 208'de, gemilerden kaynaklanan kirlenme m. 211'de, deniz yatağı faaliyetlerinden (kıyı ötesi tesislerin faaliyetleri) kaynaklanan kirlenme m. 214'de, yani farklı yerlerde, farklı kurallarla düzenlenmiştir.

- (e) IMO Kurucu Sözleşmesi m. 1'e göre IMO'nun yetkisi, denizde seyrişer emniyetinin sağlanması ve deniz çevresinin gemiler tarafından kirletilmesiyle sınırlıdır; kıyı ötesi petrol platformlarının faaliyetlerine teşmil edilemez.
- (f) IMO koordinasyonunda kabul edilen milletlerarası sözleşmeler, açıkça deniz yatağındaki araştırma faaliyetlerinin sebep olduğu kirlenmeyi hariç bırakmaktadır.
- (g) "1969 tarihli Petrol Kirliliği Kazalarında Açık Denizlerde Müdahaleye Dair Milletlerarası Sözleşme" (1969 Müdahale Sözleşmesi)⁶⁷ m. 2(2)'de gemi; "Deniz yatağı, okyanus tabanı ve bunun altındaki kaynakların araştırılması ve işlenmesi faaliyetlerinde kullanılan herhangi bir tesisat veya araç haricindeki yüzen herhangi bir araç" olarak tanımlamaktadır.
- (h) MARPOL 73/78, kıyı ötesi deniz yatağı mineral kaynaklarının araştırılması, kullanılması ve bu kaynakların işlenmesi faaliyetlerinin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkan zararlı maddelerin denize bırakılmasını kapsamı dışında tutmaktadır.
- (i) "1972 tarihli Atıkların ve Diğer Maddelerin Bırakılmasının Sebep Olduğu Deniz Kirliliğinin Önlenmesine Dair Milletlerarası Sözleşme" (1972 Atık Sözleşmesi), doğrudan doğruya deniz yatağının araştırılması faaliyetlerinden kaynaklanan atıkların elden çıkartılması ve imha yetkisini kapsam dışında bırakmaktadır.
- (j) OPRC m. 3(1)a'ya göre her bir Taraf Devlet, bayrağını çeken gemilerde, IMO tarafından kabul edilen hükümlere uygun şekilde bir petrol kirliliği acil eylem planının mevcut olmasını sağlamak zorundadır. Benzer yükümlülük, petrol platformları için de kabul edilmiştir. Kısacası, IMO'nun

⁶⁷ *The International Convention relating to Intervention on the high seas in cases of Oil Pollution Casualties, 1969.* Türkiye, Sözleşme'ye taraf olmamıştır.

gemilere uygulanacak asgari emniyet standartlarını belirleme konusundaki düzenleyici yetkisi, kıyı ötesi tesislere uygulanmamaktadır.

- (k) Tazmin Rejimi esas alınarak geliştirilmesi düşünülen milletlerarası sözleşme önerisi, gemiler ile kıyı ötesi tesislerin faaliyetleri arasındaki esaslı farklılıkları ihmal etmektedir. Tankerlerin aksine, kıyı ötesi petrol araştırma ve üretim faaliyetleri, kıyı ötesi platformların üzerinde kurulduğu kuyularda, sabit biçimde yürütülmektedir. Oysa petrol taşınması, zamanla değişik coğrafi bölgeler boyunca sürekli hareketi, değişik rotaları, ülkeleri ve coğrafi ortamları ilgilendirmektedir.
- (l) Kıyı ötesi tesislerin faaliyetleri, çoğunlukla bir devletin münhasır ekonomik bölgesinde başlar ve sona erer. İstisnai durumlarda ortaya çıkan büyük petrol sızıntısı, diğer ülkelere zarar verebilirse de bu etkiler, belirli bir bölgeyle sınırlıdır. Gemilerle petrol taşınmasında ise her zaman her hangi bir ülke olumsuz etkilenme potansiyeline sahiptir.
- (m) Endonezya önerisi, kıyı ötesi petrol araştırma ve işleme faaliyetlerine ilişkin ortak emniyet standartlarının tanımlaması konusunda milletlerarası teknik yapı eksikliğini dikkate almamaktadır. Petrol taşımalarının aksine, teknik standartlar devletler tarafından tayin edilmektedir.
- (n) Sigorta piyasasının mevcudiyeti, ancak teknik standartların tanımlanması, belgelendirme ve kontrol mekanizmalarının belirlenmesinden sonra mümkün olabilir.
- (o) 1977 Sözleşmesi, kıyı ötesi tesislerin faaliyetlerinden kaynaklanan zararlar için hukuki sorumluluğu özel olarak düzenleyen tek milletlerarası sözleşme ise de yürürlüğe girmemiştir.
- (p) IOPCF'na benzer bir fonun kurulması, olası çevre felaketlerinin önlenmesine yönelik alınacak tedbirler

konusunda fona güvenen kıyı ötesi tesislerin işletenlerinde isteksizlik yaratabilir.

- (q) Petrol arama faaliyetlerinin yürütüldüğü bölgeler, çok farklı risk faktörlerine tabi olduğundan ihdas edilecek yeknesak kurallar, yüksek çevre riski bulunan sahalardaki araştırmaları olumsuz biçimde teşvik edebilir.

5. Güney Kıbrıs'ın Görüşleri

Brezilya ve bir kısım delegasyonların IMO'nun yetkisinin bulunmadığı ve bir milletlerarası sözleşmeye gerek olmadığı yönündeki görüşlere karşı en güçlü ve isabetli cevaplar, Güney Kıbrıs'tan gelmiştir. Güney Kıbrıs, Komite'nin 99. Dönem toplantısında aşağıda özet olarak yer verilen görüşlerini içeren bir bildiri sunmuştur⁶⁸.

- (a) Komite'nin 97. ve 98. Dönem toplantılarında çoğu delegelerin ilke olarak müstakil bir milletlerarası sözleşme hazırlanması önerisini desteklemelerine rağmen bu devletlerden on sekizinin Konsey'de olumsuz bir yaklaşım sergilemelerinin sebebi anlaşılamamaktadır. Bu yaklaşım tarzı, Komite tarafından işlerin yürütülmesinde ciddi olumsuz sonuçlar doğurabilir.
- (b) 1949'da IMO sözleşmesini kaleme alanların gelecek yetmiş yılda uğraşacakları muhtemel meseleleri görmeleri beklenemez. IMO, kurulduğu amaç çerçevesinde ihtiyaçlara cevap veren, canlı ve sürekli gelişen bir organizmadır.
- (c) DHS, IMO'ya hiçbir gönderimde bulunmadığı hâlde evrensel bir suç kabul edilen korsanlığa karşı IMO, meseleyi seyrüsefer emniyetine bağlayarak çalışmalar yapmıştır. ACHILLE LAURO olayını⁶⁹ müteakip IMO, gemiler ve kıta

⁶⁸ LEG 99/14, April 24, 2013, Annex 6.

⁶⁹ Bu olayda 7/10/1985 tarihinde Filistin Kurtuluş Cephesi üyesi dört kişi, İsrail'in 1/10/1985 tarihinde Tunus'taki Filistin Kurtuluş Örgütü genel merkezini bombalamasına misilleme olarak, Mısır'ın Aleksandria kentinden Port Said kentine seyir hâlinde olan ACHILLE LAURO isimli gemiyi ele geçirmişler, geminin Suriye'nin Tartus limanına yanaşmasını ve o tarihte İsrail hapishanelerindeki elli Filistinlinin serbest bırakılmasını

sahanlığında çalışan sabit platformlarla ilgili olarak denizde yasa dışı eylemler sorunu üzerinde düzenlemeler yapmıştır. Asayiş (*security*) kelimesi, IMO Sözleşmesi'nde yer almamasına rağmen IMO, Dünya ticaretinin emniyetle yürütülmesi ve ortak kamu yararı gereklerine uygun olarak “Uluslararası Emniyetli Yönetim Kodu”nu (ISM Kod: *International Safety Management*)⁷⁰ takiben “1974 tarihli Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi” (SOLAS: *International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974*) Bölüm XI – 2 ve “Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik Kodu”nu (ISPS Kod: *International Ship and Port Facility Security Code*)⁷¹ kabul etmiştir. Bu belgelerle hem denizlerle, hem de kıyılarla ilgili meseleler düzenlemiştir.

- (d) IMO Sözleşmesi'nin lafzı katı biçimde yorumlanmamalıdır. Denizde kurtarılan kişilerin karaya çıkartılması bir sınır kontrolü meselesi olmasına rağmen IMO, mesele üzerinde çalışmalar yapmıştır. IMO Sözleşmesi, gemilerin ihtiyati

talep etmişlerdir. Ancak, istekleri yerine getirilmeyince felçli bir yahudi yolcuyu öldürerek denize atmışlardır. Gemi, Port Said'e geri dönmüş ve iki gün süren pazarlıklardan sonra korsanlar, gemiyi terk etmeye razı olmuşlardır. Daha sonra korsanların bir Mısır uçağı ile Tunus'a gitmelerine izin verilmiştir. Bkz. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Achille_Lauro>.

⁷⁰ ISM Kod, IMO'nun A.741 (18) sayılı kararıyla Kasım 1993 tarihinde kabul edilmiş ve Mayıs 1994 tarihinde SOLAS 9. Bölüm'e eklenmiş on üç maddelik bir kurallar topluluğudur. ISM Kod, gemilerin güvenli olarak yönetimini ve işletilmesini sağlamayı, deniz kirliliğini önlemeyi amaçlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Anderson, P.: ISM Code: A Practical Guide to the Legal and Insurance Implications, London 2005; Rodriguez, A. J. – Hubbard, M. C.: International Safety Management (ISM) Code: A New Level of Uniformity Tulane Law Review (1998 – 1999), Vol. 73/5-6, s. 1585; Ogg, T.: IMO's International Safety Management Code (The ISM Code), International Journal of Shipping 1996, s. 143.*

⁷¹ 12/12/2002 tarihinde yapılan bir diplomatik konferans sonucunda, deniz yoluyla gerçekleştirilebilecek terör eylemlerinin önlenmesine yönelik tedbirler, SOLAS Bölüm 11'de kabul edilen değişiklik (11-1) ve ilavelerle (11-2) ISPS Kod olarak belirlenmiştir. 1/7/2004 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren ISPS Kod ile denizcilik sektörüne güvenlik (*security*) kavramı girmiş, IMO tarafından gemilerle birlikte liman tesisleri dâhil olmak üzere deniz güvenliğine yönelik yeni düzenlemelerin getirilmesine başlanmıştır.

haczi, gemi alacakları, ipotekler veya kurtarma gibi konulara teşmil edilmemiştir. Ayrıca, IMO, 2005 SUA Protokollerine nükleer silahların yayılmasının önlenmesine ilişkin hükümleri dâhil etmiştir.

- (e) Meseleye dair milletlerarası hukukta boşluk vardır. Bu boşluk, Birleşmiş Milletler Teşkilatının bir uzmanlık kuruluşu olarak IMO tarafından doldurulabilir. IMO, mesele üzerinde çalışma yapmaya yetkili en uygun ve doğal bir forumdur. Devletler, milletlerarası örgütler, Birleşmiş Milletler'in ilgili organ ve birimleri, nihayetinde doğal olarak konuya müdahil olmaktadır. Ayrıca Komite, hukuki sorumluluk ve tazminat konularında üst seviyede bilgi birikim ve uzmanlığa sahiptir.
- (f) Eylül 2011'de Bali'de gerçekleştirilen konferansta; devletlerin kıyı ötesi tesislerle ilgili denetim ve düzenleyici işlemler yapma yetkisinin mevcut olduğu kabul edilmiş, petrol dökülmelerine karşı müdahale tedbirlerinin alınması ile mağdurlara hakkaniyete uygun ve hızlı tazminat ödenmesinin önemi tespit edilmiştir.
- (g) Stratejik Yönerge, ne Komite'nin mesele üzerinde daha kapsamlı ve ileri çalışma yapmasını engellemeli, ne de çalışmaların sonuçlarını şimdiden yazılı biçimde belirlemelidir. Ayrıca Stratejik Yönerge'de değişiklik önerisi, sadece Komite'nin kararıyla gerçekleşemez; Deniz Güvenliği Komitesi ve Deniz Çevresini Koruma Komitesi'nin de onayı gerekir.
- (h) Mesele, henüz müstakil bir milletlerarası rejimin oluşturulmasına elverişli değildir. En doğru yaklaşım, karşılıklı veya bölgesel düzenlemelerin geliştirilmesidir. Ancak, kıyı ötesi petrol araştırma ve işleme sanayisi bir küresel endüstri olduğundan milletlerarası seviyede de çözümlere ulaşılmalıdır. IMO vasıtasıyla geliştirilecek

karşılıklı veya bölgesel model sözleşmeler, bu amaca katkı sağlayabilir.

C) Komitenin Hareket Tarzı

Komite, 97. Dönem müzakereleri sonucunda, meseleyi gündemine almış, bu amaçla Stratejik Yönerge m. 7.2’de değişiklik yapılmasının uygun olacağına karar vermiş ise de bu karar, Konsey tarafından kabul edilmemiştir. Konsey’in 106. Dönem toplantısında mesele üzerinde Komite’nin yeniden değerlendirme yapılmasının gerekli olduğuna karar verilmiştir.

Bilahare, Komite’nin 99. Dönem toplantısında; önceki karardan dönülerek mesele üzerinde çalışma yapılabilmesi için usule uyulmasının gerekli olduğuna, bu aşamada Stratejik Yönerge m. 7.2’de değişiklik yapılmasına gerek olmadığına, dolayısıyla müstakil bir milletlerarası sözleşme üzerinde çalışılması hususunda zorlayıcı bir sebep olmadığına karar verilmiştir. Ancak Komite, karşılıklı veya bölgesel düzenlemelerin geliştirilmesi üzerinde çalışacak, bu amaçla ilgili devletlere kolaylık sağlayacak rehber kurallar ihdas edecektir⁷².

Çalışmalarda ilerleme sağlanabilmesi için Komite, Endonezya tarafından başkanlık edilen ve oturumlar arasında çalışan bir Gayri Resmî Çalışma Grubu kurmuştur. Çalışma Grubunun raporları doğrultusunda müzakereler devam etmektedir.

Bu arada Endonezya tarafından Bali’de Eylül 2011 ve Kasım 2012 aylarında iki milletlerarası konferans gerçekleştirilmiştir⁷³. Bu konferanslarda alınan kararlar, müstakil bir milletlerarası sözleşme geliştirilmesi fikrinin daha ağır bastığını göstermektedir. Son konferansta karşılıklı veya bölgesel sözleşme modellerinin hazırlanmasında dikkate alınacak prensiplere dair ayrıntılı kararlara yer verildiği dikkati çekmektedir. Bu kararlar; çalışmalarda kirlilik zararının önlenmesine ve tazminat ödemelerinin kolaylaştırılmasına odaklanmayı teşvik etmektedir.

⁷² LEG 99/14, April 24, 2012.

⁷³ LEG 98/13/2, March 2, 2012; LEG 100/13, February 22, 2013.

Komite çalışmalarının yeterince verimli yürütüldüğünü ve önemli ilerlemeler sağlandığını söylemek güçtür. Komite'nin 101. Dönem toplantısında mevcut karşılıklı veya bölgesel çok taraflı sözleşme örneklerinin hiçbirinin Komite Sekreteryası'na sunulmadığı belirtilmiştir⁷⁴.

IV. DEĞERLENDİRMELERİMİZ

Kıyı ötesi tesislerin faaliyetlerinden kaynaklanan deniz kirliliği olayları, gemilere kıyasla oldukça düşük oranlarda yer almaktadır. Bununla birlikte MONTARA ve DEEPWATER HORIZON gibi kıyı ötesi tesislerinin karıştığı son deniz kazaları, sadece tek bir olayda dahi çok büyük çevre felaketlerinin yaşanabileceğini açıkça göstermiştir. Dünya'nın herhangi bir yerinde ve herhangi bir zamanda kıyı ötesi tesislerin faaliyetleri sonucu geri dönüşü mümkün olmayan veya çok zor çevre felaketleri meydana gelebilir. Dünya üzerinde çok sayıda petrol ve doğalgaz gibi deniz yatağı mineral kaynaklarının araştırılması ve işlenmesi faaliyetlerini yürüten kıyı ötesi tesislerin mevcut olması ve her geçen gün bunların sayılarının artması, bu riskleri gittikçe artırmaktadır.

Özellikle petrol araştırma ve işleme faaliyetlerini yürüten kıyı ötesi tesislerin sebep oldukları kirlenme zararları dolayısıyla hukuki sorumluluk ve tazminat meselelerini müstakil biçimde düzenleyen bir milletlerarası sözleşmenin mevcut olmaması, milletlerarası hukukta boşluk olduğu anlamına gelmektedir. Milletlerarası düzeyde, birden fazla devletin denizlerinde kirlenme zararına yol açan veya başkaca menfaatlerine zarar veren, sınır aşan niteliğe sahip bir olaya uygulanacak yeknesak kurallar veya özel bir rejim bulunmamaktadır⁷⁵. Bir devletin münhasır ekonomik

⁷⁴ LEG 101/12, May 13, 2014.

⁷⁵ Bir milletlerarası sözleşmenin geliştirilmesi yönünde yeterli desteğin olmamasının ana sebepleri şunlardır:

- (a) Diğer kirlenme kaynaklarına nazaran kıyı ötesi petrol araştırma ve işleme faaliyetleri, daha az oranda deniz çevresinin kirlenmesine sebep olmaktadır.
- (b) Özellikle ABD petrol sanayi, küresel seviyede bir sözleşmenin kabulüne karşı güçlü bir muhalefet göstermektedir.
- (c) Meseleyi düzenleyen çok sayıda bölgesel ve karşılıklı sözleşmeler vardır.
- (d) Devletler, yeterli seviyede destek vermemektedir. Bkz. *Kashubsky*, s. 8. Bu

bölgesinde, hatta kara sularında yürütülen petrol araştırma ve işleme faaliyetlerinin doğurduğu kirlenme zararlarının bir başka devletin menfaatlerine zarar verdiği hâller açıkta kalmaktadır. Mevcut bölgesel sözleşmeler de çoğunlukla yetersizdir.

Kıyı ötesi tesisler, birçok önemli milletlerarası sözleşmenin kapsamı dışında kalmaktadır. Bunlar, hem çoğunlukla klasik gemi tanımına uygun düşmediklerinden, hem de açıkça kapsam dışı bırakıldıklarından çoğu olaylarda “1989 tarihli Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi” (1989 KS)⁷⁶, 1992 HSS, 1992 FS, 2001 BS, 2003 TFS ve “2007 tarihli Enkaz Kaldırmaya Dair Milletlerarası Nairobi Sözleşmesi” (Nairobi Sözleşmesi)⁷⁷ hükümleri uygulanamaz. Kıyı ötesi tesisler hakkında Tazmin Rejimi’nin uygulanmaması bir ölçüde makul görülebilir. Ancak bu tesislere 1989 KS ile Nairobi Sözleşmesi’nin uygulanmamasının hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır⁷⁸. Bu tablo, kurtarma ve enkaz kaldırmayla birlikte kirlenme zararları açısından kıyı ötesi tesislere dair milletlerarası hukuktaki boşluğun boyutlarını ve ciddiyetini açıkça ortaya koymaktadır.

Kıyı ötesi tesislerin karıştığı çoğu kirlenme olayları, genellikle millî nitelikte olmakla beraber sınır aşar şekilde başka devletlerin deniz çevresine ve ilgili menfaatlerine verilen zararların da zamanında ve yeterli

sebeplere son yıllardaki teknolojik ilerlemeler sayesinde kıyı ötesi tesislerin faaliyetleri esnasında meydana gelebilecek patlama ihtimallerinin teknik olarak bilinmesi ve kontrol edilebilir olması da ilave edilebilir. Bkz. *Dubais*, s. 61.

⁷⁶ *The International Convention on Salvage, 1989*. Türkiye’nin 1989 KS’ne katılmasına dair 5/5/2014 tarihli ve 2014/6336 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla birlikte Sözleşme’nin Türkçe ve İngilizce metinleri, 24/5/2014 – 29009 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. 1989 KS, Türkiye hakkında 27/6/2015 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecektir. Bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>>.

⁷⁷ *The Nairobi International Convention on the Removal of Wrecks, 2007*. Nairobi Sözleşmesi, 14/4/2015 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Nairobi Sözleşmesi’ne taraf olmamıştır.

⁷⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Demir, İ.*: Nairobi Sözleşmesi Çerçevesinde Enkaz Kaldırma, Ankara 2013, s. 100 – 107; *Demir, İ.*: 1989 Londra Konvansiyonu Çerçevesinde Kurtarma, Ankara 2010, s. 92 – 95.

ölçüde tazmin edilmesi gerekir. Milletlerarası düzenlemenin eksikliği, mağdurların zamanında ve yeterli ölçüde tazminat elde etmelerine engel olabilir. Ayrıca bu tür zararlar, talihsiz biçimde “*forum shopping*” olarak isimlendirilen bir uygulamaya yol açmaktadır. Kirlenme zararlarının mağdurları, davalarını en kolay biçimde kendi lehlerinde hüküm elde edebilecekleri ve bunları cebri icra konusu yapabilecekleri devletlerin mahkemelerinde açmaya yoğunlaşırlar. Zira, kanunlar ihtilafı kurallarının sonucu olarak davacı, muhtelif devletlerin mahkemelerince verilen hükümlerin yerine getirilmesinde bir hayli zor hukuki ve pratik sorunlarla karşı karşıya kalabilir⁷⁹.

Mevcut hukuk boşluğunun bir an evvel doldurulması gereği üzerinde tereddüt edilmemelidir. Giderek artan ve milletlerarası deniz topluluğunun dikkatini çeken meselenin çözüme kavuşturulması, müstakil bir milletlerarası sözleşme oluşturulmasına bağlıdır. Bu amaçla kapsamlı çalışmalar yapılması artık bir zorunluluk hâlini almıştır. Son olaylar, bu çalışmaların yürütülmesi için gerekli koşulların ve zamanın oldukça müsait olduğuna işaret etmektedir. Tankerlerden dökülen petrol kirliliğinin sebep olduğu zararlar için tazmin rejimi ihdas etme konusunda uzun bir süre hareketsiz kalan milletlerarası topluluk, bu sefer kıyı ötesi tesisler için gecikmeksizin devletler ve petrol endüstrisiyle birlikte çalışarak ihtiyaçlara uygun yeni bir sorumluluk rejimi kurmalı, daha büyük çevre felaketlerinin meydana gelmesini beklememelidir⁸⁰.

1977 Sözleşmesi ve OPOL, müstakil milletlerarası rejimin oluşturulmasına büyük katkı sağlayacak iki değerli milletlerarası belgedir. Tazmin Rejimi’ne paralel hazırlanan 1977 Sözleşmesi’nin hangi sebeplerle yürürlüğe girmediği tespit edilmeli, bu tespitler ışığında iyi işleyen ve başarılı sayılabilecek bir sistem kuran OPOL hükümlerinden azami ölçüde yararlanılmalıdır. Ayrıca bütün milletlerarası sözleşmeler için geçerli olduğu üzere kapsayıcı ve sağlıklı bir milletlerarası rejim

⁷⁹ *Fleischer, C. A.: Liability for Oil Pollution Damage resulting from Offshore Operations, Stockholm Institute for Scandianvian Law (1957 – 2009), s. 108.*

⁸⁰ *Allen, s. 107.*

oluşturulmasında IMO üyesi devletlerin, sektörlerin, milletlerarası örgüt ve birliklerin, sair menfaat sahiplerinin yakından işbirliği yapmaları büyük önem taşımaktadır.

Komite'de başta Brezilya olmak üzere bazı devletler ve örgütler tarafından müstakil bir milletlerarası sözleşmenin geliştirilmesine gerek olmadığı yönünde ileri sürülen görüşler, dayanaksızdır. Kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu kirlenme zararları dolayısıyla hukuki sorumluluk ve tazminat sorunlarının çözümünde en sağlam ve tercih edilebilir metot, aynı zamanda milletlerarası seviyede yeknesaklık sağlayacak olan müstakil bir milletlerarası sözleşmenin ihdas edilmesidir. Bir milletlerarası sözleşmeye gerek bulunmadığı savı, kıyı ötesi tesislerin karıştığı son deniz kazaları karşısında hem gerçekçi değildir, hem de 1992 tarihli Çevre ve Kalkınmaya Dair Rio Bildirisi'nde somutlaştırıldığı üzere çevre hukukunun münhasır gelişimi düşüncesiyle bağdaşmamaktadır. 1972 tarihli İnsan Çevresine Dair Stockholm Bildirisi, sorumluluk bakımından sadece millî yetki kapsamı içinde ve dışında kalan sahalar için ayırım yapmış olduğu hâlde Rio Bildirisi, küresel bir çevre sorumluluk anlayışını kurmaktadır.

Kıyı ötesi tesisler için yeni rejim, Tazmin Rejimi'ni kuran milletlerarası sözleşmelerin hükümleri esas alınmak suretiyle ihdas edilmelidir. Geliştirilecek müstakil milletlerarası sözleşmede malik veya işletenin kusursuz sorumluluğu, müşterek ve müteselsil sorumluluk, devlet gemileri istisnası, sorumluluğun sınırlandırılması, sorumluluktan muafiyet hâlleri, sorumluluğun kanalize edilmesi, zorunlu sigorta, doğrudan dava hakkı ve müstakil fon kurulmasına dair düzenlemeler, 1992 HSS, 1992 FS, 2001 BS hükümlerine paralel şekilde asgari koşul olarak yer almalıdır. Bu çerçevede özellikle sorumluluk meselesi, deniz kirliliğinin sınır aşan etkisine öncelik verilmek suretiyle ele alınmalı, kirlenme zararı kapsayıcı bir anlayışla yeniden tanımlanmalıdır. Sabit ve hareketli kıyı ötesi tesisler kapsama alınmakla birlikte aralarındaki nitelik farklılıkları gözden kaçırılmamalıdır. Deniz yatağı mineral kaynaklarının

araştırılması ve işlenmesi gibi amaçlarla kullanılmayan suni adalar ve yardımcı birimler, kapsam dışı bırakılmalıdır.

Müstakil bir milletlerarası rejime ulaşılması, şüphesiz uzun sürecek yoğun bir çalışmayı gerektirmektedir. Bir hayli kapsamlı ve çok sayıda belirsiz meselenin açıklığa kavuşturulması, bu bağlamda yeni tanımlamaların yapılması zorunlu gözükmektedir. Kıyı ötesi tesislerin, kirlenme zararının ve geminin tanımı, petrol dışında doğalgaz veya diğer mineral kaynaklarının araştırılması ve işlenmesi faaliyetlerinin kapsama alınıp alınmayacağı, coğrafi kapsam, sorumluluğun niteliği ve sınırlandırılması ile zorunlu sigorta gibi çok sayıda karmaşık ve tartışma yaratacak konular mevcuttur. Kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu kirlenme olaylarının gemilerin sebep olduğu kirlenme olaylarına nazaran daha kompleks ve yeni düzenlemelerin geliştirilmesinin daha zor bir iş olduğu söylenebilir. Bu sebeplerle devletler, temkinli bir yaklaşım sergilemektedirler.

Ancak bütün bu zorluklar, milletlerarası deniz topluluğunun müstakil bir milletlerarası sözleşmenin geliştirilmesi yönündeki çabaları önünde engel teşkil etmemelidir. IMO, bir milletlerarası sözleşme oluşturulmasını nihai amaç olarak belirlemeli, buna yoğunlaşmalıdır. Nairobi Sözleşmesi'nin IMO'da otuz yılı aşkın bir süre tartışıldığı ihmal edilmemelidir. Komite'nin bir milletlerarası sözleşme yerine model olabilecek karşılıklı veya bölgesel bir sözleşmenin geliştirilmesi üzerinde çalışmaya karar vermesi, doğru olmamıştır. Gelenen süreç dikkate alındığında bir model sözleşmenin oluşturulmasında dahi herhangi bir ilerlemenin kaydedilmediği görülmektedir.

Karşılıklı veya bölgesel sözleşmelerin genel olarak kapsamı, özellikle coğrafi uygulama alanı doğal olarak sınırlı olduğundan hem çoğu meselelere temas edilmesi mümkün olmaz, hem de düzenlemenin mevcut olmadığı deniz alanları sürekli kirlenme tehdidinde maruz kalır. Ayrıca bu sözleşmeler, milletlerarası sözleşmelerin aksine yeknesaklaştırma amacına hizmet etmedikleri gibi, ilgili oldukları deniz alanlarındaki olaylar bakımından da her zaman yeterli güvence oluşturamayabilirler. Örneğin;

karşılıklı veya bölgesel nitelikteki bir sözleşmenin ilgili olduğu deniz alanında faaliyette bulunan bir kıyı ötesi tesisi, bu deniz alanının yanı sıra taraf olmayan devletlerin denizlerinde de kirlenme zararına yol açabilir veya başkaca menfaatlerine zarar verebilir. Zarar gören diğer devletler ve onların tabiiyeti altındaki kişiler, söz konusu sözleşmeye dayanarak zararlarının tazmin edilmesini talep edemeyebilirler ya da en azından büyük güçlüklerle karşı karşıya kalırlar. Sorumluluk sınırlarının yeterli olup olmaması ile sigorta zorunluluğunun bulunup bulunmaması ise diğer meselelerdir.

Kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu kirlenme zararları meselesi, artık küresel bir niteliğe dönüşmüştür. Dünya üzerinde faaliyette bulunan binlerce kıyı ötesi tesisi, herhangi bir yerde ve herhangi bir zamanda önemli çevre felaketlerine yol açabilecek tehlikeleri barındırmaktadır. Kirlenme zararının meydana geldiği deniz alanına ilişkin yürürlükteki karşılıklı veya bölgesel bir sözleşmenin yeterli olamayacağı artık yadsınamaz.

IMO'nun mesele üzerinde çalışma yapmaya yetkili olduğu hususunda hiçbir kuşku duyulmamalıdır. IMO, Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın uzmanlaşmış bir organı olarak nitelikleri, tecrübesi ve ehliyeti sebebiyle mesele üzerinde düzenleme yapabilecek en yetkin ve güvenilir tek forumdur. Komite'de talihsiz biçimde IMO'nun yetkili olmadığına dair ileri sürülen iddialara iştirak edilmesi mümkün değildir.

IMO'nun yetki ve görev alanı, kendi kuruluş sözleşmesinde belirtilmiştir. IMO Sözleşmesi, deniz emniyeti ve deniz kirliliğinin önlenmesi ile kontrolü konusunda IMO'ya açıkça yetki vermektedir. Bu kuralları sadece gemilerin seyrüseferiyle sınırlandırmaya çalışmak, aşırıya kaçan bir lafzi yorum anlamına gelmekte, IMO'nun kuruluş amacına ve zamanın gereklerine uygun düşmemektedir. IMO'nun yetki ve görevleri, dinamik bir anlayışla zamanın koşullarına göre yorumlanmalıdır. IMO, kıyı ötesi tesislerin emniyetine yönelik düzenlemeler yapmaya yetkiliyse, sorumluluk ve tazminata dair düzenlemeleri de yapmaya yetkili olmalıdır.

IMO Sözleşmesi'nin 15(j) maddesi, deniz emniyeti ve deniz kirliliğinin önlenmesi ve kontrolüne dair düzenleme ve rehber kurallara ilişkindir. IMO, bu maddeye dayanarak ISM Kodu, 1989 tarihli “Münhasır Ekonomik Bölge ve Kıta Sahaneliğindeki Kıyı Ötesi Tesisler ve Yapıların Kaldırılması için Rehber Kurallar ve Standartlar”ı ve 2009 MODU kabul etmiştir. Benzer şekilde IMO, doğrudan doğruya denizde asayişle bağlantılı olan SUA Sözleşmesi, SUA Protokolü ve 2005 SUA Protokolleri ve ISPS Kodu'nu kabul etmiştir. Belirtilen belgelerin geliştirilmesi ve kabulü safhalarının hiçbirinde IMO'nun yetkisi tartışma konusu yapılmamıştır. Zira günümüzde denizde seyrüsefer emniyeti (*safety*), denizde asayiş (*security*) kavramından tamamen bağımsız biçimde düşünülemez ve yorumlanamaz. Bu kavramları birbirlerinden kesin çizgilerle ayırmak mümkün görünmemektedir.

DHS'de IMO'nun yetkilerine herhangi bir gönderimde bulunulmaması sebebiyle IMO'nun faaliyetlerinin sınırlandırılmış olduğu yönündeki yorumlar da sağlıklı değildir. Milletlerarası örgütlerin ve kuruluşların görev ve yetkileri denizciliğe dair çerçeve nitelikte bir sözleşme olan DHS'nde değil, fakat kendi kuruluşlarına esas sözleşmelerde gösterilir. Ayrıca DHS'nde IMO'nun yetkilerini kısıtlayan hiçbir hükme yer verilmiş değildir. Bu bağlamda OPRC ve MARPOL 73/78 hükümlerinin de IMO'nun yetkilerini kısıtlamadığını, bilakis güçlendirdiğini belirtmekte fayda vardır.

OPRC'nin amacının iyi anlaşılabilmesi için kapsamlı biçimde okunması ve yorumlanması gerekir. OPRC m. 6, Taraf Devletlerden petrol kirlenmesi olaylarına zamanında, hızlı ve etkili biçimde müdahale etmeleri için millî sistemlerini kurmalarını, millî acil eylem planlarını oluşturmalarını ve koordinasyon sağlanması için bu bilgileri IMO'ya sunmalarını istemektedir. OPRC, kıyı ötesi tesisleri kapsam dışı bırakmamış, bu tesisleri de kapsayacak şekilde Taraf Devletlerin belirtilen millî sistem ve acil eylem planlarını oluşturmalarını hedeflemiştir. Keza, MARPOL 73/78'de deniz kirliliğinin önlenmesi amacıyla açıkça kıyı ötesi

petrol platformlarına uygulanacak bazı hükümlere yer verilmiş olduğu görülmektedir.

Komite'nin başlangıçta müstakil bir milletlerarası sözleşmenin geliştirilmesi fikrini benimsemesine karşılık Konsey'in konunun yeniden değerlendirilmesi yönündeki kararı sonrasında görüşünü değiştirerek devletler için örnek teşkil edecek karşılıklı veya bölgesel bir sözleşme modeli oluşturulmasına yönelik çalışmalara ağırlık vermeyi tercih etmesi, tam bir hayal kırıklığı yaratmıştır. Sadece usule ait bazı sebeplerle ve IMO Sözleşmesi lafzının katı biçimde yorumlanmasıyla Stratejik Yönerge'nin revize edilmesinden vazgeçilmesi, milletlerarası deniz topluluğu için iyi bir emsal oluşturmamıştır. 11.9.2001 olayından hemen sonra ISPS Kod'un kabulü ve 2005 SUA Protokollerinin revize edilmesi amacıyla meselenin gündeme alınmasında ve müzakerelerin hiçbir safhasında ne usul meseleleri, ne de IMO'nun yetkisinin kapsamı hususunda hiçbir tartışma ve tereddüt yaşanmıştır.

Komite müzakerelerinde en makul yaklaşım tarzı, Güney Kıbrıs delegasyonu tarafından gösterilmiştir. Bu delege, müstakil bir milletlerarası rejim oluşturulması çalışmalarını müzakerelerin hemen başında engellemek kaydıyla, devletler için örnek olabilecek karşılıklı veya bölgesel bir sözleşme modelinin geliştirilmesinin faydalı olacağını, Komite'nin mesele üzerinde daha fazla çalışma yapması gerektiğini savunmuştur. Ayrıca bu amaçla Stratejik Yönerge'nin değiştirilmesi için sadece Komite'nin değil, fakat Deniz Güvenliği Komitesi ve Deniz Çevresinin Korunması Komitesi'nin de onaylarının alınmasının uygun bir yöntem olabileceğini ileri sürmüştür.

Müstakil bir milletlerarası sözleşme ihdası, nihai ve tercih edilebilir bir hedef olmakla beraber Tazmin Rejimi esasları, ister müstakil sözleşmenin geliştirilmesi olsun, isterse model olabilecek bir karşılıklı ve bölgesel sözleşmenin geliştirilmesi olsun, çalışmaların temel referans noktası olmalıdır. Ayrıca, meseleyi spesifik olarak düzenleyen başarılı bir milletlerarası rejimin geliştirilmesinde kıyı ötesi tesislere dair millî kanunlar ile yürürlükteki karşılıklı veya bölgesel sözleşmeler ya da diğer

enstrümanlardan faydalanılmalıdır. Yeterli olmasa da örnek olabilecek bir karşılıklı veya bölgesel sözleşme modeli oluşturulması, müstakil bir rejime ulaşılmasında önemli bir basamak sayılabilir. Müstakil rejime ulaşılması uzun zaman alacağından geçici bir tedbir olarak OPOL modeli üzerine kurulu hazırlanacak bölgesel sözleşme modellerinin kıyı ötesi tesislerin yoğun olarak faaliyette buldukları deniz alanları için yürürlüğe konulmalarına gayret edilmelidir⁸¹. Bu çerçevede Komite, tamamen esnek hukuk yaklaşımıyla, bağlayıcı olmayan metinler de kabul edebilir.

Örnek olabilecek karşılıklı veya bölgesel bir sözleşmenin oluşturulmasında denizde asayişin (*security*) sağlanması, kıyı ötesi tesislerin teknik yönden genel olarak kabul edilen kalite teminat standartlarına uygun olması, malik veya işletenlerin sözleşme kapsamında yükümlülüklerini yerine getirebilecek ölçüde mali kaynaklara sahip olmaları, Taraf Devletlerin yargı yetkisi ile kirlenme olayının ilgili makamlara bildirilmesine dair hükümlere yer verilmelidir. Ayrıca sözleşmelerin milletlerarası seviyede genel kabul gören yürürlükteki özel hukuk prensipleriyle uyumlu olmasına da özen gösterilmelidir.

SONUÇ

Kıyı ötesi tesislerin başta petrol olmak üzere deniz yatağı mineral kaynaklarının araştırılması ve işletilmesi faaliyetlerini yürüttükleri sırada sebep oldukları deniz kirliliği zararları için Tazmin Rejimi paralelinde müstakil bir rejim oluşturulması zorunlu hâle gelmiştir. Mesele, artık küresel bir nitelik kazanmıştır. Milletlerarası deniz topluluğu adına IMO'nun böyle bir rejimin kurulmasına öncülük ederek çalışmalarını yoğunlaştırması gerekirken devletler için örnek olabilecek karşılıklı veya bölgesel bir sözleşme modeli üzerinde çalışmayı tercih etmesiyle büyük bir fırsat kaçırılmıştır.

⁸¹ White, s. 27.

Milletlerarası sözleşmeler, genellikle deniz çevresine zarar veren önemli bir olayın arkasından geliştirilir. Tespit edilen hukuk boşlukları, mevcut belgeler de dikkate alınarak uygun hükümler sevk edilmek suretiyle tamamlanır. Böylece aynı zamanda milletlerarası seviyede yeknesaklık sağlanır. MONTARA ve DEEPWATER HORIZON gibi iki büyük çevre felaketinden sonra müstakil bir rejime ulaşılması hususunda milletlerarası topluluğun yeterli hassasiyeti göstermemesi, makul gerekçelerle açıklanamaz. Müstakil rejim önündeki en büyük engel, bütün Dünya'da petrol araştırma ve işleme faaliyetlerini yürüten dev şirketlerin devletler üzerindeki baskıları ve lobi faaliyetleridir.

Milletlerarası hukukta mevcut boşluklar, sadece kıyı ötesi tesislerin sebep oldukları kirlenme zararlarıyla sınırlı değildir. Kıyı ötesi tesislerin kurtarma ve enkaz kaldırma gibi deniz hukukunun iki önemli ve güncel meselesini düzenleyen milletlerarası sözleşmelerin de kapsamı dışında kalması, büyük endişe kaynağıdır. Kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu deniz kirliliği olaylarının artması ve seyrüsefer engellerinin ciddi riskler doğurmaya başlamasıyla birlikte yakın gelecekte özellikle 1989 KS ve Nairobi Sözleşmesi dâhil ilgili milletlerarası belgelerin gözden geçirilmesine ihtiyaç duyulacağı beklenmektedir.

KISALTMALAR

ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
B.	:Baskı
Barselona Sözleşmesi	:Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması Hakkında Sözleşme, 1976
Bkz.	:Bakınız
BP	:British Petroleum
C.	:Cilt
CMI	:Committe Maritime International

DHS	:1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi
ed.	:Edition
ICC	:International Chamber of Commerce
ILC	:International Law Commission
IMO	:International Maritime Organization
IOPCF	:International Oil Pollution Compensation Funds
ISA	:International Seabed Authority
ISM Kod	:Uluslararası Emniyetli Yönetim Kodu
ISPS Kod	:Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik Kodu
LEG	:Legal
m.	:Madde
MARPOL 73/78	:Denizlerin Gemiler Tarafından Kirlenmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme, 1973
Mük.	:Mükerrer
Nairobi Sözleşmesi	:Enkaz Kaldırmaya Dair Milletlerarası Nairobi Sözleşmesi, 2007
OPOL	:Kıyı Ötesi Kirlenme Sorumluluk Sözleşmesi, 1974
OPRC	:Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İşbirliği İle İlgili Uluslararası Sözleşme, 1990
OSPAR	:Kuzeydoğu Atlantik Deniz Çevresinin Korunması Hakkında Sözleşme, 1992
Res.	:Resolution
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
SDR	:Special Drawing Right
SOLAS	:Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi, 1974

SUA Protokolü	:Kıta Sahanelğinde Yer Alan Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesi Hakkında Protokol, 1988
SUA Sözleşmesi	:Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme, 1988
UN/DOALOS	:United Nations Office of Legal Affairs/Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea
UNEP	:United Nations Environment Programme
vd.	:ve devamı
Vol.	:Volume
Y.	:Yıl
1969 Müdahale Sözleşmesi	:Petrol Kirliliği Kazalarında Açık Denizlerde Müdahaleye Dair Milletlerarası Sözleşme, 1969
1972 Atık Sözleşmesi	:Atıkların ve Diğer Maddelerin Bırakılmasının Sebep Olduğu Deniz Kirliliğinin Önlenmesine Dair Milletlerarası Sözleşme, 1972
1977 Sözleşmesi	:Deniz Yatağı Mineral Kaynaklarının Araştırılması ve İşletilmesinden Kaynaklanan Petrol Kirliliği Zararları İçin Hukuki Sorumluluğa Dair Sözleşme, 1977
1989 KS	:Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi, 1989
1992 FS	:Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme, 1992

1992 HSS	:Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme, 1992
1996 HNS	:Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme, 1996
2001 BS	:Gemi Yakıtlarından Kaynaklanan Petrol Kirliliği Zararının Hukuki Sorumluluğu Hakkında Uluslararası Sözleşme, 2001
2003 TFS	:1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşmenin 2003 Protokolü
2009 MODU	:Hareketli Kıyı Ötesi Sondaj Birimlerinin İnşa ve Donanımına Dair Kod, 2009
2010 HNS Protokolü	:1996 Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşmenin 2010 Protokolü

KAYNAKÇA

I. KİTAP VE MAKALELER

- Abdullayev, C.: Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği, Ankara 2005.
- Allen, J.: A Global Oil Stain – Cleaning Up International Conventions for Liability and Compensation for Oil Exploration/Production, Australian and New Zealand Maritime Law Journal 2011, Vol. 25, s. 90 vd.
- Anderson, P.: ISM Code: A Practical Guide to the Legal and Insurance Implications, London 2005.
- Bates, J. H. – Benson, C.: Marine Environment Law, London – Newyork – Hamburg – Hong Kong 1993.
- Bates, J. – Birnie, P. - Burgess, R.: Transmittal and Instruction Sheet for Oil and Gas Law, The North Sea Exploration (by Kenneth R. Simmonds General Editor), Vol. 1, New York 1982.
- Brown, E. D.: Decommissioning of Offshore Structures: Legal Obligations under International and Municipal Law, Oil and Petrochemical Pollution 1982, Vol. 1/1, s. 23 vd.
- Brubaker, D.: Marine Pollution and International Law, London – Florida 1993.
- Chau, W.: Liability and Compensation for Bunker Pollution, The Journal of Maritime Law & Commerce, October 2002, Vol. 33/5, s. 553 vd.
- Demir, İ.: Londra Konvansiyonu Çerçevesinde Kurtarma, Ankara 2010.
- Demir, İ.: Nairobi Sözleşmesi Çerçevesinde Enkaz Kaldırma, Ankara 2013.
- Demir, İ.: 1996 Tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan

- Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme'de 2010 Tarihli Protokol ile Kabul Edilen Değişiklikler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Eylül 2011, C. XXVII, S. 3, s. 199 vd.
- Demir, İ.: 1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşmede 2003 Tarihli Protokol İle Kabul Edilen Değişiklikler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak – Haziran 2012, C. 3, S. 1, s. 213 vd.
- Dubais, B. A.: The 1976 London Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage from Offshore Operations, The Journal of Maritime Law & Commerce (1977 – 1978), Vol. 9/1, s. 61 vd.
- Esmaili, H.: The Legal Regime of Offshore Oil Rigs in International Law, Aldershot – Burlington USA –Singapore – Sydney 2001.
- Fleischer, C. A.: Liability for Oil Pollution Damage resulting from Offshore Operations, Stockholm Institute for Scandianvian Law (1957 – 2009), s. 108 vd.
- Honein, S. E.: The International Law relating Law to Offshore Installations and Artificial Islands, Southampton 1991.
- Hooke, N.: Maritime Casualties (1963-1996), 2.ed., London 1997.
- İlgin, C.: Bunker Konvansiyonu ve Konvansiyon'un Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2003.
- Johnston, D. M.: The Environmental Law of the Sea, Switzerland 1981.
- Kashubsky, M.: Marine Pollution from the Offshore Oil and Gas Industry: Review of Major Conventions and

- Kindt, J. W.: Russian Law, Maritime Studies, November-December 2006, Vol. 2006/151, Part I, s. 1 vd.
- Kindt, J. W.: The Law of Sea: Offshore Installations and Marine Pollution, Pepperdine Law Review 1985, Vol. 12/2, s. 381 vd.
- Kuran, S.: Uluslararası Deniz Hukuku, İstanbul 2009.
- Ling, Z.: Compulsory Insurance and Compensation for Bunker Oil Pollution Damage, Springer 2007.
- McDade, P. V.: The Removal of Offshore Installations and Conflicting Treaty Obligations as a Result of the Emergence of the New Law of the Sea: A Case Study, San Diego Law Review 1987, Vol. 24/3, s. 645 vd.
- Ogg, T.: IMO's International Safety Management Code (The ISM Code), International Journal of Shipping 1996, s. 143 vd.
- Özçayır, Z. O.: Liability for Oil Pollution and Collisions, London – Hong Kong 1998.
- Özman, A.: Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul 1984.
- Özman, A.: Deniz Hukuku, C. I, Giriş – Kaynaklar – Kişiler – Nesnelere – Ulusal Deniz Alanları, Ankara 2006.
- Pazarcı, H.: Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, B. 7, Ankara 2003.
- Radovich, V.: International Legal Regime of Offshore Structures – Environmental Concerns, <http://www.comitemaritime.org/Uploads/Young%20CMI/Paper_2_Violeta_Radovich.pdf>.

- Ramseur, J. L.: Liability and Compensation Issues Raised by the 2010 Gulf Oil Spill, Congressional Research Service, (11 March 2011), <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R41679.pdf>>.
- Rares, S.: The Need for an International Convention to deal with Off-Shore Hydrocarbon Leaks, A Paper Presented at the 2011, Biennial Mini Conference of the Maritime Law Association of Australia and New Zealand (Lilianfels, Katoomba on 11 March 2011), <<http://www.fedcourt.gov.au/publications/admiralty-papers/20110311>>.
- Rodriguez, A. J. – Hubbard, M. C.: International Safety Management (ISM) Code: A New Level of Uniformity Tulane Law Review (1998 – 1999), Vol. 73/5-6, s. 1585 vd.
- Sav, Ö.: Akdeniz Deniz Çevresinin Korunması ve Bölgesel Bir Düzenleme Örneği, Ankara 2001.
- Schoenbaum, T. J.: Admiralty and Maritime Law, 4th ed., St. Paul MINN 2004.
- Shaw, R.: Trans-boundary Oil Pollution Damage Arising from Exploration and Exploitation of Offshore Oil. Do We Need An International Compensation Convention? October – December 2011, CMI News Letter No. 3, s. 18 vd.
- Toluner, S.: Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi, B. 4, İstanbul 1996.
- Tütüncü, A.: Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi, Yenilenmiş B. 3, İstanbul 2004.

White, M.: Offshore Craft and Structures: A Proposed International Convention, Australian Mining & Petroleum Law Journal 1999, Vol. 18, s. 21 vd.

II. RAPORLAR

A 16/Res. 676, October 19, 1989.

A 26/Res.1023, January 18, 2010.

CMI Newsletters 2004, No: 1, January / April 2004, <<http://www.comitemaritime.org/Uploads/Newsletters/2004/Binder1.pdf>>.

Interntaional Court of Justice 1949 Report: The Corfu Channel Case, Vol. I, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1499.pdf>>.

IOPCF: Annual Report 2003.

LEG 78/10, August 13, 1998.

LEG 97/14/1, September 10, 2010.

LEG 97/15, December 1, 2010.

LEG. 98/13/1, February 18, 2011.

LEG 98/13/2, March 2, 2012.

LEG 99/14, April 24, 2013.

LEG 100/13, February 22, 2013.

LEG 101/12, May 13, 2014.

United Nations: Reports of International Arbitral Awards (2006), Trail Smelter Case (United States/Canada, 16 April 1938 – 11 March 1941), Vol. III, s. 1905 – 1982.

III. İNTERNET KAYNAKLARI

<<http://cil.nus.edu.sg/1977/1977-convention-on-civil-liability-for-oil-pollution-damage-resulting-from-exploration-for-and-exploitation-of-seabed-mineral-resources>>.

< <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/1698988/Deepwater-Horizon-oil-spill-of-2010>>.

<http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf>.

<<http://tr.euronews.com/2014/09/05/bp-Meksika-korfezi-ndeki-petrol-sizintisinde-ihmalkar-bulundu>>.

<http://tr.wikipedia.org/wiki/Achille_Lauro>.
<http://www.bfn.de/0310_helsinki+M52087573ab0.html>.
<http://www.bp.com/tr_tr/turkey/toplum-ve-cevre-/cevresel-faaliyetlerimiz/cevre-duyarl_1_/meksika-koerfezi--deepwater-horizon-.html>.
<<http://www.comitemaritime.org/Uploads/Newsletters/CMI%20News%202011-3.pdf>>.
<<http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>>.
<<http://www.icj-cij.org/docket/?sum=317&code=nzf&p1=3&p2=3&case=59&k=6b&p3=5>>.
<<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>>.
<<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202014.pdf>>.
<<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202015.pdf>>.
<<http://www.opol.org.uk/about-2.htm>>.
<http://www.ospar.org/content/content.asp?menu=00340108070000_000000_000000>.
<<http://www.unepmap.org/index.php?module=content2&catid=001001004>>.
<<http://www.unep.org/regionalseas/programmes/nonunep/ropme/instruments/default.asp>>.

BANKA KREDİLERİNDE TÜKETİCİLERDEN TAHSİL EDİLEN ÜCRET VE MASRAFLARIN TÜKETİCİ HUKUKU VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Altan Fahri Gülerci*

Özet

Bankaların kredi sözleşmesi akdettikleri tüketicilerden dosya masrafı ya da ücreti adı altında tahsil ettikleri bedellerin iade edilmesi sorunu son zamanlarda mahkemeleri en çok meşgul eden konulardan biri haline gelmiştir. Sorunun bir tarafında iktisadi açıdan güçlü olan bankacılık sektörü yer almakta iken, diğer tarafında geniş kitleleri kapsamına alan tüketiciler yer almaktadır. Bu çalışmada tüketicilerden tahsil edilen bu ücret ve masrafların hangi şartlarda iade edileceği konusunda yargı uygulamasında benimsenen ilkeler incelenecek; daha sonra Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve konu ile ilgili olarak çıkartılan yönetmelik hükümlerinin tüketici lehine olup olmadıkları tartışmaya açılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Banka Masrafları, Kredi Sözleşmesi, Genel İşlem Şartları

EVALUATION OF THE BANK CHARGES COLLECTED FROM CONSUMERS OF CREDITS ACCORDING TO THE CONSUMER LAW AND FREEDOM OF CONTRACT

Abstract

The problem of reclaiming bank charges that are collected by Banks from consumers with whom drawn up a credit contract, become one of the most engaging topic of the courts. While the banks which are

* Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

powerful in economic angle is one part of the problem, the other part is the consumers whom involves the masses. In this article we will examine juristic principles to retail bank charges that are collected from consumer, after that provisions of the related regulation, which is made about Consumer Protection Act and subject, will open to discussion whether it militate in favor of consumer or not.

Keywords: Bank Charges, Credit Contract, Standart Contract Terms

I. BANKA SÖZLEŞMELERİNDE TÜKETİCİNİN GÜÇLENEN KONUMU

Klasik sözleşme ilişkileri pazarlık üzerine kuruludur¹. İlk bakışta hukukçunun kulağını tırmalayan pazarlık ilkesi (bargain element) ister eski Roma'da ya da eski İstanbul'da bir pazar yerinde, ister Floransa'da bir panayırda olsun değişmez bir gerçekliktir aslında. Üstelik teraziye edimleri koyduğumuzda terazinin her zaman dengede kalması da lüzumlu değildir. Bir başka deyişle bir tarafın aldığı ile diğer tarafın verdiği her zaman aynı nispette olmayabilir. Zira ilişkinin temelinde pazarlık yatmaktadır². Akdi ilişkilerin temelinde yatan bu pazarlık olgusu, moderniteye kadar böyle süregelmiştir. Modernite sonrasında sanayileşme ile birlikte insanın kentlere akması, büyük işletmelerin doğuşu klasik akdi ilişkiler nehrinin büyük oranda kurumasına zemin hazırlamış ve pazarlık bugün artık ancak kurban bayramları öncesinde kurulan pazarlarda görebildiğimiz bir nostalji haline gelmiştir. Kent modern, artık günlük alışverişini dahi dev alışveriş merkezlerinde etiket fiyatları üzerinden

¹ Bu anlamda bir sözleşmenin, tarafların hak ve borçları hususunda uzlaşmalarının aynası bir başka ifadeyle irade uygunluğunun eseri olabilmesi için öncelikle pazarlık unsurunun gerçekleşmesi gerekmektedir; bkz. Dauer, E.A., Contracts of Adhesion in Light of the Bargain Hypothesis: An Introduction, Akron Law Review, 1972/1, s. 3.

² Pazarlık gücünün eşit bir şekilde sözleşme taraflarına dağıtıldığı her durumda ortada bireysel bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla bu tip durumlarda (birazdan ele alacağımız) genel işlem şartları bulunsa dahi, taraf iradelerinin denetimi sözleşme özgürlüğünün TBK'da ifade edilen genel sınırlamalarına tabi olacaktır; bkz. Atamer, Y., Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013 (Sempozyum Tarihi: 30.05.2011), s. 104.

gerçekleştirmekte, kendisine sunulana ya kabul ya reddetme (take it or leave it) ikilemi arasında gidip gelmektedir. Kısacası kentli modern sıkışmış durumdadır. Kentli modernin yürümek zorunda olduğu bu “mecburiyet caddesi” aynı zamanda özgürlüğe dayanan akdi ilişkilerin de tıkandığının resmini vermektedir bize³. Kuşkusuz bu durum, hukuk ilmi açısından da derin tartışmalara ve krize neden olmuştur⁴.

Tabii, modern insanın bunalımı bununla da bitmiyor. Dahası var! Seri üretim, üretilen bu çok sayıda mal ve akabinde ortaya çıkan hizmetin tüketilmesini zaruri kıldığı için, kentli insanın kendisini aynı zamanda bir “pazar” haline getirmiştir. Az sonra belirteceğimiz gibi, kentli insan banka işletmesi için de “portföy” niteliğine bürünmüştür. Modern insanın bugün artık lüks dahi sayılmayan pek çok ihtiyacının da, ihtiyaç haline gelmesinin nedenidir seri üretim. Üretim tüketime, tüketim tüketiciye, tüketici tüketim toplumuna, tüketim toplumu da tüketim çılgınlığına doğru süratli bir evrim geçirmiştir⁵. Bu evrimin en önemli sonucu ise çok sayıda

³ Ortaya çıkan yeni düzenin sözleşme özgürlüğü pelerininin altından çıkartılmış gizli bir silah vazifesi gördüğüne dair bkz. Markesinis, B.S./Unberath, H./Johnston, A., *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, Oxford 2006, s. 167. Atamer, von Gierke'nin “sözleşme özgürlüğü kuvvetli olanın elinde korkunç bir silah, zayıf olanın elinde ise kör bir bıçak gibidir” şeklindeki ifadelerinin ne kadar doğru olduğunu altını çizmektedir; Atamer, Y., *Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını*, Tüketici Hukuku Semineri, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s. 22.

⁴ Bu gelişmelerin esasen irade özerkliğinde krize (paroxysm of party autonomy) neden olduğu yönünde bkz. Bolgar, V., *The Contract of Adhesion A Comparison of Theory and Practice*, *The American Journal of Comparative Law*, 1972, Vol:20, s. 56. Bu noktada sorunun temelinde sözleşme özgürlüğü ilkesinin yattığını da belirtmek gereği duymaktayız. Zira saf liberal sözleşme özgürlüğü anlayışı, sözleşme adaletinden de fedakârlıkta bulunmayı gerektirmektedir. Öyle ki, Fransız Code Civil'in sözleşmelerin, onları yapanların kanunu olduğuna dair 1134.maddesi bunun en katıksız yansımasıdır pozitif hukuka; bu hususta ayrıntılı ve tatminkâr açıklamalar için bkz. Atamer (*Tüketici Hukukunun Gelişimi*), s. 21 vd.

⁵ Tandoğan oldukça eski tarihli bir çalışmasında tüketim toplumunun gelişmesini tüketicinin satın alma gücünün gelişmesi ile birlikte kredi olanaklarının artması ve kolaylaşması, taksitli satışların çoğalması ve süpermarket ekonomisine geçilmesine bağlamış; piyasaya arz edilmiş mal ve hizmetlerin çokluğu karşısında tüketicinin bilgi edinme yollarının yokluğunun tüketicinin korunmasını bir zorunluluk haline getirdiğine dikkat çekmiştir; bkz. Tandoğan, H., *Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması*, Ankara 1977, s. 10.

alıcı ve çok sayıda satıcının bulunduğu klasik ilişkilerin yerini, az sayıda satıcı ve çok sayıda alıcının bulunduğu yeni bir düzenin kurulması olagelmiştir. İşte böyle bir kısır döngüde sayıca belirsiz bir tüketici kitlesi ile hukuki ilişkiler tesis eden işletmeler, her bir tüketici ile müzakere esasına dayalı sözleşme ilişkisi kurmak yerine, önceden hazırladıkları şartları tüketiciye sunarak tüketim döngüsünün kesintiye uğramadan akmasını sağlamıştır. İlk bakışta işlemlerin süratle gerçekleşmesine imkân sağlayan bu yöntem, sonraları tüketicilerin gerçeklerle yüz yüze gelmeye başlaması ile sorgulanmaya başlamış; okunmadan ve düşünmeden imzalanan bu sözleşme şartlarının sorunlarla beraber okunmaya ve düşünülmeğe başlanmasına vesile olmuştur⁶. Kısacası önce genel işlem şartları, akabinde bu şartlara karşı korunma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu eksende yürütülen tartışmalar neticesinde ortaya çıkan yeni teoriler, pazarlık esasına dayalı klasik sözleşme anlayışına, Adam Smith'çi sınırsız sözleşme özgürlüğü tarafından gerçekleştirilen kapitalist istilaya karşı bir manifestodur aslında. Sonuç olarak 21.yüzyılda son şeklini alan modern sözleşme hukukunun bütün bu dönüşümün bir sonucu olduğu anlaşılmaktadır⁷.

⁶ Bu sözleşme şartları hemen daima sözleşme adaletini temelinden sarsacak şekilde alanında uzman hukukçular tarafından bütün ihtimaller hesaba katılarak ve işletme sahibinin menfaatine olacak şekilde hükümler içermekte ve sadece yedek hukuk kurallarında değil, tüketicinin zayıflığından yararlanılarak emredici hukuk kurallarına aykırı hükümler dahi içerebilmektedir; bkz. Tandoğan (Tüketici), s. 25; Tekinalp, Ü., Ünal Tekinalp'ın Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s. 372 vd. Böylelikle “yeni bir feodal düzenin” ortaya çıktığı yönünde bkz. Küçükalyağın, A., Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFĐ, 2004/4, s. 110. Bahtiyar, genel işlem şartları ile birlikte sözleşme özgürlüğünün “müteşebbisin buyurma özgürlüğü” haline gelerek zayıf tarafın “sözleşme bağımlılığına” neden olduğunu ve irade özgürlüğünün de artık sadece müteşebbislere ait bir imtiyaz hüviyetine büründüğünü belirtmektedir; bkz. Bahtiyar, M., Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, Makaleler 1, İstanbul 2008, s. 106.

⁷ Atamer, bütün bu gelişmelerin Adam Smith'çi Laissez-Faire anlayışını derinden etkilediğinin altını çizmektedir. Öyle ki, bu zamana kadar kişinin devlete karşı korunmasına indirgenmiş olan özgürlükçü yaklaşım; kişinin bizzat diğer kişilere karşı da korunması gerektiğini görmüştür. Bu anlamda pazarın daha iyi işlemlerini sağlamak amacıyla rekabetçi kurallar (piyasa işleyişini destekleyici kurallar) ve gerektiğinde artık kaybolan pazarlık ilkesini yeniden tesis edilmesini amaçlayan müdahaleci kurallar ihdas edilmiştir. Böylelikle sözleşmelerde bozulan adalet dengesinin yeniden sağlanması

Meseleye bankacılık açısından yaklaştığımızda, banka sözleşmelerinin aslında tüm bu sürecin aynası olduğu ortaya çıkıyor. Bir tarafında bankaların bulunduğu genel işlem şartı ihtiva eden sözleşmelerden kaynaklanan hayli çetrefil meselelerin mahkemelerin en popüler gündem maddesi olması da bunun delili. Bu makalede ele alınan problem de banka ile tüketiciler arasında yıllardır devam eden bir mücadelenin nasıl çözülmesi gerektiğine dair panoramayı ortaya koymayı amaçlamakta. Sorun şu: Bankalar, kredi sözleşmesi akdettikleri tüketicilerden ücret, komisyon, masraf adı altında taleplerde bulunabilir mi? Bulunabilirse hangi kalemi, hangi şartlarda talep edebilir? Öncelikle belirtelim ki, bu inceleme meseleye salt tüketicinin korunması açısından yaklaşmaktadır. Ancak sözleşme adaletinin sağlanması noktasında olması gereken konusundaki kanaatlerimizi belirtmekten çekinmediğimizi de belirtmek gerekir. Bu nedenle ilk olarak kişiler aleyhine bozulan sözleşme adaletinin, son zamanlarda bankacılık sözleşmeleri bakımından yavaş yavaş değişmeye başladığı gerçeğini aşağıda ortaya koyacak; daha sonra meseleye uygulamanın getirdiği çözümlerin, pozitif hukukumuzda ne ölçüde yansıdığını inceleyeceğiz. Ama öncelikle meseleye, her bir tarafın bakış açısıyla değinmek gerekiyor:

A. Terazinin Banka Kefesi

Ülkemizde bankacılık anlayışı doksanlı yılların başına kadar oldukça farklıydı. Herşeyden önce bu döneme kadar bankalardan kredi kullanabilmek ancak nüfuzlu kişilerin gerçekleştirebileceği bir husus olarak algılanmaktaydı. Bu dönemlerde bankalarla kredi ilişkisi içerisine girmek aynı zamanda “itibar sahibi” olmanın da bir göstergesiydi. Bankalar gücün ve güvenin simgesi olduğuna göre bankalarla kredi ilişkisine girebilmek itibar sahibi olduğunun birer göstergesi olsa

amaçlanmıştır. Kısacası 20.yüzyıl sözleşme hukukunun dönüşerek kendisini 21.yüzyıla hazırladığı bir dönemi ifade etmektedir; Bu hususta bkz. Atamer, Y., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s. 21-26.

gerekti. Zira bankalar kredi kullandıracakları kişiler hakkında oldukça detaylı araştırmalar yapardı.

Doksanlı yıllardan itibaren ülkemizde bankacılık değişmeye başladı. Bankalar sahip oldukları kaynakları, bir ya da birkaç “itibarlı” kişi yerine, geniş bir tabana yayma yolunu izlemeye başladılar⁸. Gerçekten de 100 TL’yi bir kişiye ödünç olarak vermenin riski ile 100 kişiye ödünç vermenin riski aynı değildir. Riskin dağıtılması olarak adlandırılan bu ilkenin, doksanlı yıllardan itibaren bankaların en temel stratejisi haline gelmesi ile birlikte bankalar Kaf Dağı’nın ötesinde, herkesin ulaşamayacağı kurumlar olmaktan çıkmışlardır. Öyle ki, bankaların müşteri seçme lüksü yerini rekabetin de artması ile birlikte, müşterilerin banka seçme serbestisine bırakmıştır. Günümüzde artık bankalar kredi talep edenleri bizzat kendileri bulmakta, müstakbel müşterilerin ayağına kadar giderek, çeşitli pazarlama stratejileri ile krediyi kendilerinden kullanmasını sağlamaya çalışmaktadır. Örneğin, esnafarla ilgili bir banka reklamında, esnafın bankaya gitmesine gerek kalmadan kredi kullanılabileceği teması üzerinden kredi pazarlaması yapılabilmektedir. Bu bağlamda bankaların reklamlara hatırı sayılır bir bütçe ayırdıklarını söylemek mümkündür.

Bugün artık bir tüketici ya da tacir, kredi kullanmaya karar verdiğinde internet üzerinden bütün bankaların kredi faizlerini, kredilerden alınan dosya masraflarını araştırabilmekte ve hatta bazı internet siteleri vasıtasıyla karşılaştırmalı olarak bunları inceleyebilmektedir⁹. Görüldüğü gibi kredi kullanıcılarının “pazar” ya da “portföy” haline gelmeleri ile birlikte artan rekabet, onların irade özgürlüğüne de geniş bir esneklik kazandırmıştır. Zira kredi kullanıcıları ellerindeki pek çok alternatif içerisinde kendilerine en uygun çözümü bulma konusunda tamamen özgürdür. Hatta ülkemizde liberal ekonomik

⁸ Riskin dağıtılması ilkesi olarak adlandırılan bu ilke bankacılık uygulamasında riskin tabana yayılması şeklinde ifade edilmektedir; Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülerci, A.F., Sorumluluk Hukuku Bakımından Bankacılıkta Risk Kavramı, İstanbul 2015, s. 104 vd.

⁹ Bu kapsamda www.enuygun.com ve www.hangisi.net adlı internet sitelerini incelemek yeterlidir.

sistemin en iyi işlediği piyasa koşulunun banka kredileri pazarında gerçekleştiğini söylersek, iddialı bir söz söylemiş olmayız.

Bankacılıkta kredi tabanının genişletilmeye başladığı doksanlı yıllarda yine de kredi kullanmak o kadar kolay değildi. Zira düşük miktarda bir tüketici kredisi kullanmak isteyen bir tüketiciden bile kredinin teminatı olarak en az iki kefalet ya da bir ipotek talep edilebilmekteydi. Krediyi kefil olacak kişilerin de “devlet memuru” gibi “muteber” kişilerden olması oldukça önem taşımaktaydı.

Günümüzde bu anlayıştan da eser kalmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Zira artık vatandaşlık numarasını cep telefonu ile bankaya kısa mesaj olarak göndermek ve sadece nüfus cüzdanı ile banka şubesine gitmek kredi kullanmak için yeterli hale gelmiştir. Bankalar artık çok zorunlu olmadıkça kredi kullanıcılarından şahsi teminat dahi talep etmemektedir. Şu durumda günümüzde bankalar, sadece müstakbel müşteriye ait risk raporunda yer alan bilgilere dayanarak, kredi kullandırma konusunda karar verebilir duruma gelmişlerdir. Bir başka ifadeyle bankaların ellerinde çoğu zaman sadece “müstakbel müşterinin muteber müşteri” olup olmadığına dair risk raporu bulunmaktadır. Bankalar salt bu risk raporuna dayanarak müstakbel müşterisine güvenmekte ve onunla kredi ilişkisine girmektedir. Günlük hayatta sıradan iki kişi arasında dahi, bu şekilde bir ödünç ilişkisine girilmesi çok istisnai olarak ancak yakın arkadaşlar ya da akrabalar arasında söz konusu olabilir. Şu durumda bankaların alacaklarının tahsili konusunda aslında ellerinin sanıldığı kadar güçlü olmadığı, pekâlâ ileri sürülebilir.

Asıl sorun internet üzerinden tüm bankaların kredi faiz oranlarını ve masraflarını karşılaştırmalı olarak inceleyen bir kişinin, kimlik numarasını kısa mesajla bankaya göndermesini müteakip, cep telefonundan aldığı onay mesajı ile bankaya giderek bankadan kredi kullanması ile başlamaktadır. Zira banka şubesinde kendisine (hiç okumadığı) pek çok sözleşme metni imzalatılmakta ve ayrıca “dosya masrafı” adı altında kullandığı krediden bazı kesintiler yapılmaktadır. Doktrinde genel işlem şartları olarak adlandırılan bu tek tip banka kredi sözleşmelerinde, kredi

kullanıcıları aleyhine pek çok hüküm yer alır. Bu hükümler arasında dosya masraflarına ilişkin sözleşme hükümleri de yer almaktadır. Kredi kullanıcısının sonradan, bu dosya masraflarına ilişkin sözleşme hükümlerinin haksız olduğunu ileri sürmesi ve kendisinden haksız olarak alındığını ileri sürdüğü dosya masrafı olarak yapılan bu kesintilerin iadesi için dava açması, tartışılması ve hukuk dogmatiği açısından üzerinde önemle durulması gereken bir konudur. Zira banka kredi sözleşmelerinin, genel işlem şartları kapsamında değerlendirilmesi ve bu sözleşmelerde yer alan şartların temelinde yatan (yukarıda belirttiğimiz) sosyolojik gerçekler göz önünde tutulmadan değerlendirme yapılması, önyargılı sonuçlara ulaşmamıza neden olabilecektir.

Bu nedenle banka tarafından hazırlanan her sözleşme şartının, sırf genel işlem şartı olduğu ve “bankalardan her şey beklenir” şeklindeki önyargı nedeniyle müeyyidelere tabi tutulması doğru değildir. Zira yukarıda belirtildiği gibi sıradan bir kişinin çok yakın arkadaşından hatta akrabasından bile, günümüzde bankalardan temin ettiği şekilde kredi temin etmesi mümkün değildir. Bu anlamda bankalar çoğu zaman sadece risk raporuna dayanarak (kâr elde etme kaygısı ile de olsa) müstakbel müşterilerine güvenmekte ve onlara yüksek miktarlarda kredi kullanılabilmektedir. Şu durumda kredinin geri dönmemesi riski karşısında, bankanın elinde teminat olarak bir tek kredi sözleşmesi bulunduğu gerçeğini de göz ardı etmemek gerekmektedir.

B. Terazinin Tüketici Kefesi

Bu çalışmanın konusu bankaların ve bankacılık faaliyetlerinin fayda ve zararları olmamakla birlikte bankaların finansal piyasalardaki konumu analiz edildiğinde son tahlilde kredi sisteminin etkinliğinin sağlanması durumunda makro düzeyde, faydalarının ağır bastığı söylenebilir. Ancak bankaların iktisadi açıdan güçlü olması bankalarla hukuki ilişkiler içerisine girenleri daha en başta bu güç nedeniyle tedirgin etmektedir. Zira güç demek, kendi şartlarını da büyük oranda kabul ettirmek demektir. Bankaların güçlü olmasının yanı sıra hukuki ilişkilerde ekseri olarak “alacaklı” tarafta yer alması da, şartlarını karşı tarafa empoze etmesini

kolaylaştırmaktadır. Hatta bu güç kanun koyucuyu dahi etkilemiş, İcra ve İflas Kanunu başka hiçbir alacaklıya bahşetmediği bir şekilde, salt alacaklı bankaları koruyan ve alacaklarına süratle kavuşmasını sağlayan hükümler sevk etmiştir (örn. İİK md. 68/b ve md. 150/1). İşte bütün bu hususlar özünde faydaları ağır basan bu ekonomik aktörlere bakış açısının tam tersi istikamete yönelmesine vesile olmuştur. Ezcümle, doktrinde bankaların söz konusu konumu hakkında şu ifadelerin kullanıldığını görmekteyiz¹⁰: “Bankalar hangi taraftan girerse girsin tehlikelidir. Onun için mümkün olduğu kadar alıcıyı, tüketiciyi korumamız lazım. Bu bir varsayımdan öte bir şeydir, bu bir gerçektir. Banka kimseye hayır yapmaz. Zaten yapamaz da. Bu eleştiri değil. Doğası gereği yapamaz. Banka bana bırakın bağışlamayı; teminatsız kredi verebilir mi? Verdiği zaman bankacılığa uygun hareket etmiş olur mu? Olmaz.” Burcuoğlu'nun bu ifadeleri çeşitli açılardan değerlendirilebilir. İlk olarak bir alacaklı olarak banka ile alacaklı olan sıradan bir kişiyi karşılaştırdığımızda esasen bütün alacaklıların alacaklarını sağlama alma düşüncesi ile hareket ettiğini söylemek mümkündür. Bu noktada bankaları, sıradan alacaklılardan ayırt eden husus ise, şartlarını karşı tarafa kabul (daha doğru bir ifadeyle empoze) ettirebilmeleri konusunda çok daha güçlü olmalarıdır.

Elbette genel işlem şartlarına karşı öngörülen denetimin mantığında, sözleşmenin taraflarından sadece biri tarafından hazırlanan metinlerin diğer tarafa empoze ettirilmesi karşısında, zayıf tarafın korunması zarureti yatmaktadır. Bu anlamda klasik sözleşme ilişkisinin temelinde yatan dengenin, genel işlem şartı içeren sözleşmelerde bariz bir şekilde bozulduğu yadsınamaz bir gerçektir¹¹. Bu noktada tüketicilerle kredi ilişkisi içerisine giren bankaların, kredi nedeniyle zaten faiz talep

¹⁰ Burcuoğlu, H., Değerlendirme Konuşması, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2012, s. 521.

¹¹ Tekinalp, “bunlar güven ilkesiyle bağdaşmayan, adil olmayan bir düzeni içeren, geniş kapsamlı, okunması zor, dili çetrefil hukuki metinlerdir” ifadeleriyle dengenin bariz bir şekilde bozulduğunun altını çizmektedir; Bkz. Tekinalp, s. 371.

etme hakkı bulunuyor iken, sözleşmelere kredi masraflarına ve ücretlere ilişkin hükümler koymak suretiyle faiz alacağına ilave alacak kalemleri ihdas etmesi büyük oranda Burcuoğlu'nun görüşlerine hak vermemiz sonucunu doğurmaktadır. Zira bu noktada artık sözleşme bankaların elinde kalan yegâne teminat vazifesini yitirmekte, kredi kullanma şartlarını bu masrafları ödemenin olmazsa olmaz şartı haline getiren haksız bir sözleşme şartı niteliğine bürünmektedir. Bir başka deyişle artık denge bozulmuş durumdadır. Ayrıca günümüzde tüketicinin kendi imkânları ile bilgi sahibi olma imkânlarının bu kadar gelişmiş olması, olsa olsa bozulan sözleşme adaletinin yeniden dengeye gelmesi ve piyasada rekabetin derinlik kazanması sonucunu doğurabilir. Yine bankaların kendi aralarındaki rekabetin bir yansıması olarak tüketiciye teminatsız kredi olanakları sunmaları da tüketicinin elinin güçlendiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Kredi kullanmanın bu kadar kolay hale getirilmesi sadece bankaların risk denizinde derin sulara doğru yüzmekte olduklarının bir göstergesi olabilir.

Genel olarak bankacılık işlemlerinde tüketicinin korunması, tüketicinin muhataba erişim zorluğu bakımından da bir zorunluluk haline gelmiştir. Adi bir borç ilişkisinde taraflardan biri sözleşmenin ifası ile ilgili bir sorun yaşadığında sözleşmenin karşı tarafına ulaşması ve müzakere yoluyla çözüme ulaşılması mümkündür. Oysa tüketicinin muhatabı bankadır. Tüketicinin yaşadığı sorunları banka şubelerinde çözmesi çok zordur. Bankalar çoğu defa tüketicileri telefon bankacılığına yönlendirmekte, bu da tüketicinin sözleşmenin karşı tarafına ulaşmasını adeta imkânsız hale getirmektedir¹². Kısacası bir tarafında bankaların olduğu tüketici sözleşmelerinde tüketicinin muhatabı belirsizleşmektedir. Bu durumsa tüketicinin (belirsiz) muhatapla olan uyumsuzluğunu müzakere yoluyla çözmesinin şansa bağlı hale gelmesi sonucunu doğurmaktadır. Madalyonun öteki yüzünde ise, bankaların sözleşme ilişkisi kurdukları tüketicilere ulaşması tam tersi şekilde oldukça kolaydır.

¹² Telefon bankacılığında müşteri hizmetleri yetkilisine ulaşmak o kadar zordur ki, hangi bankanın müşteri hizmetleri yetkilisine hangi tuşlara basarak ulaşabileceği konusunda internet siteleri bile kurulmuştur. Örnek olarak bkz. <http://www.beklemedenkonus.com/>.

II. KONU İLE İLGİLİ DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM

Bankaların kredi işlemleri nedeniyle tüketicilerden ücret ve masraf talep edip edemeyecekleri ile ilgili Yargıtay uygulamasına değinmeden önce doktrinde bu konudaki görüşlerden kısaca bahsetmekte de yarar görmekteyiz.

Konut Finansmanı Sözleşmeleri adlı doktora çalışmasında Çabri aynen şu ifadeleri kullanmaktadır¹³: “Konut finansmanı sözleşmesi, kredi verenden çok tüketicinin lehine bir sözleşme niteliği taşıdığı için bu sözleşmenin yapılması ve devamı boyunca ortaya çıkan masraflara da tüketicinin katlanması gerekmektedir.” Yazar bu masrafların kapsamına ekspertiz ücreti, dosya masrafı, ipotek masrafları ve komisyonların girdiğini belirtmiş ve “Kredi sözleşmesi için yapılan masraflara kredi alan tüketici katlanacaktır. Ancak konut finansman kuruluşunun bu masrafları talep edebilmesi, sözleşmenin yapılması için gerekli olan masrafları ve masrafların alınma gerekçesini açık bir şekilde tüketiciye göstermesine bağlıdır” ifadeleri ile düşüncesini savunmuştur. Yazarın “kredi tahsis ücreti, kullandırım komisyonu” adı altında tüketiciden talep edilen ücretler konusundaki görüşleri de benzer niteliktedir. Yazar bu konuda da bankaların söz konusu ücretleri talep hakkı olduğunu savunmuş ancak bu ücretin bankadan bankaya değiştiğini ve içeriğinin ne olduğunu da belirsiz olduğunu belirterek yapılacak bir düzenleme ile tekdüze hale getirilmesinin tüketicinin lehine olacağını altını çizmiştir.

Reisoğlu da tüketici kredilerinde ücret ve masrafların talep edilebileceği ancak bunun için önkoşul olarak bu ücret ve masrafların ödeme planında ayrıntılı olarak belirtilmiş olması gerektiği düşüncesindedir¹⁴. Yazara göre ücret ve masrafların fahiş olarak

¹³ Çabri, S., Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010, s. 258.

¹⁴ Reisoğlu, S., Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar: 4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak, Bankacılar Dergisi, 69, 2009, s. 62.

nitelendirilebildikleri hallerde haksız şart olarak kabul edilerek tenkise tabi tutulmaları da mümkündür¹⁵.

Akipek bankaların tacir ve bir tarafında tüketici bulunsa dahi tüketici kredisi sözleşmelerinin ticari iş niteliğinde olması nedeniyle bankaların en temel amacının kâr elde etmek ve bunun da kural olarak faiz talep edilmesi ile gerçekleşmesinin gayet doğal olduğunu belirtmiştir¹⁶. Yazara göre bankaların faizin yanı sıra kredi masraflarını da tüketiciden talep etme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca 4077 sayılı eski TKHK, masrafları da içerecek şekilde toplam borç tutarından bahsetmektedir. Zira yazara göre bu sözleşmenin niteliği gereği, masrafları talep etme hakkını içermesi kadar doğal bir şey olamaz. Ayrıca zaten kredi sözleşmesi ağırlıklı olarak bankaların değil, tüketicilerin yani kredi kullanıcılarının lehine olan bir sözleşmedir¹⁷. Bununla birlikte yazar tüketici kredisinde tüketiciden talep edilecek masrafların önceden belirli olması, sözleşmede gösterilmeyen bir masrafın daha sonra kendisinden talep edilememesi ve masraflara ilişkin sınırlar tespit edilmesi gereğinden de bahsetmektedir¹⁸.

Eren ise genel olarak kredi açma sözleşmesi ile ilgili olarak, “kredi alan, aldığı kredi karşılığında bankaya belirli bir faiz ve komisyon ödeme borcunu üstlenir” diyerek görüşünü belirtmiştir¹⁹.

Aslan, bankaların kredi sözleşmeleri nedeniyle tüketiciden talep ettikleri komisyonun bankanın kredi kullandırma hizmetinin ve üstlendiği rizikonun karşılığı olduğunu savunmaktadır²⁰. Yazarın kredi masrafları konusundaki görüşü ise dikkat çekicidir. Yazar kredi masraflarının taraflar arasında eşit olarak paylaşılması gerektiğini, zira doktrinde savunulduğunun aksine kredi sözleşmesinden sadece tüketicinin değil

¹⁵ Reisoğlu, s. 62.

¹⁶ Akipek, Ş., Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, s. 312 vd.

¹⁷ Akipek, s. 313.

¹⁸ Akipek, s. 313 vd.

¹⁹ Eren, F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 505.

²⁰ Aslan, İ.Y., Tüketici Hukuku, Bursa 2014, s. 387.

bankanın da kazanç sağlaması hasebiyle menfaatinin bulunduğunu savunmaktadır²¹.

Görüldüğü gibi doktrinde ağırlıklı görüş tüketici kredilerinde bankaların, tüketicilerden faiz dışında ücret ve masraf gibi ek ödemeler talep edilebileceği yönündedir.

Acaba karşılaştırmalı hukuktaki durum nedir? Öncelikle belirtelim ki, bankaların tüketicilerden talep ettikleri ücret ve masraflar konusu özellikle İngiltere’de önemli bir gündem maddesidir. Bunun nedenini şu anda kapatılmış ve görevleri çeşitli başka kurumlar arasında paylaştırılmış bulunan The Office of Fair Trading tarafından alınan karar teşkil etmektedir. OFT’nin, 1999 tarihli Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Yönetmeliği’nin 6.maddesi kapsamında cari hesap şeklinde çalışan kredili mevduat hesaplarından tüketicilerden tahsil edilen limit aşım ücretlerinin haksız şart olup olmadığını inceleyeceğini açıklaması üzerine, yedi İngiliz bankası OFT’nin bu kararı aleyhine dava açmıştır. Açılan dava 2009 yılında Supreme Court’un verdiği OFT’nin bu konuda değerlendirme yapma yetkisinin hukuken bulunmadığı şeklindeki hükmü²² ile birlikte İngiltere’de tüketiciler açısından bir hayal kırıklığı ve bankalar açısından da zafer olarak algılanmıştır. Bu kararın hukuken ifade ettiği anlam ise kuşkusuz bankacılık masraf ve ücretlerinin 1999 tarihli Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Yönetmeliği’nin kapsamı dışında bırakılması şeklinde ifade edilebilir²³. Şu an için İngiltere’de Financial Ombudsman Service adlı kuruma başvuran tüketici, ekonomik anlamda darboğazda bulunduğunu ispat etmek ve yapılan bankacılık işlemi ile alınan ücret arasında bariz bir fark bulunmak şartı ile ücret ve masrafların iade edilmesini sağlayabilmektedir²⁴.

²¹ Aslan, s. 387.

²² Bank Charges Case, Office of Fair Trading v Abbey National plc and Others [2009] UKSC 6.

²³ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Whittaker, S., Unfair Contract Terms, Unfair Prices and Bank Charges, The Modern Law Review, 2011, (74/1), s. 107 vd.

²⁴ Bu hususta bkz. <http://www.financial-ombudsman.org.uk/faq/bank-charges.html> (Erişim Tarihi: 23.06.2015).

ABD Hukukundaki durum ise daha farklıdır. Herşeyden önce ABD’de konu 1968 tarihli Truth in Lending Act tarafından ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Esasen TILA’nın asıl amacı tüketici kredilerinde şeffaf bir ortam tesis edilmesi ve tüketicinin bilgi edinme imkanlarının güçlendirilmesi suretiyle krediler arasında seçim yapabilmesinin sağlanmasıdır²⁵ (§ 226.1/ b). Kanun kredili mevduat hesapları gibi belirsiz süreli krediler (open-end credit) ve taksitli tüketici kredileri (closed-end credit) bakımından ayrı ayrı ve oldukça ayrıntılı hükümler sevk etmektedir. TILA’nın özellikle de § 226.4 maddesi konumuz açısından önem taşımaktadır. Gerçekten de bu maddede toplam kredi maliyetinin, tüketici kredisinin ABD Doları olarak değeri olduğu belirtildikten sonra toplam kredi maliyetinin içerisine giren ve girmeyen unsurlar, sayma yöntemiyle belirlenmiştir. Buna göre faiz başta olmak üzere hizmet ve işlem masrafları; istihbarat, değerlendirme ve kredi raporu masrafları; tüketicinin temerrüdüne karşı alınan teminatlarla ilgili masraflar ve sigorta masrafları toplam kredi maliyetlerinin içerisinde kabul edilmektedir.

Bu kısa karşılaştırmalı hukuk incelememizden özellikle de ABD hukukunda meselenin kanuni bir temele oturtulduğunu ve hemen tüm masraf ve ücret kalemlerinin kredi toplam maliyeti içerisinde değerlendirildiğini görmekteyiz.

III. UYGULAMADAKİ DURUM

Uygulamada bankalar tüketicilerle yaptıkları genel işlem şartı niteliğindeki kredi sözleşmelerine masraf ve ücret kalemlerine ilişkin çeşitli hükümler koymakta, bu masrafları ya daha kredinin ilk kullandırım esnasında ya da daha sonra çeşitli şartlar gerçekleşince müşterilerden tahsil etmektedir. Kredi sözleşmesi kapsamında tüketiciden çeşitli adlarla tahsil edilen masrafların iade edilip edilmeyeceği hususunun ise son birkaç yıl içerisinde bankalarla tüketiciler arasındaki uyuşmazlık konuları arasında en popüler gündem maddesini oluşturduğunu görüyoruz.

²⁵ Bkz. <http://consumer.findlaw.com/credit-banking-finance/truth-in-lending-disclosure-statements.html> (Erişim Tarihi: 23.06.2015).

Açılan davalarda bankaların en önemli savunması bankaların tacir olması nedeniyle kâr amacı gütmelerinin doğal olduğu yönündedir. Bankaların bu hususla ilgili bir diğer savunmaları da gerek sözleşme öncesi bilgi formunda ve gerekse sözleşme ve ödeme planında bu hususların açıkça belirtildiği, tüketicinin bilgilendirildiği; keza dosya masrafı ve hizmet bedellerinin bünyesinde sermaye maliyeti, munzam maliyet, ürün maliyeti ve operasyonel maliyet barındıran banka için zorunlu bir gider olduğu şeklindedir. Son olarak bankalar kredi sözleşmesini akdetmeden evvel gerek internet yoluyla ve gerekse imzalanan sözleşme metni sayesinde alınan ücret ve masraflar konusunda bilgi sahibi olan ve bunu bilerek krediyi kullanan tüketicinin sonradan haksız tahsil edildiğini ileri sürerek iadesini talep etmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu hususunu da belirtmektedir.

Hemen belirtelim ki, her ne kadar bankalar tacir yaptıkları işlemler ticari iş niteliğinde olsa da, kanun koyucu bankaların tüketicilerle yaptığı işlemler bakımından tüketici lehine pek çok emredici düzenleme getirmiş ve “bankaların tacir olması, yapılan işin ticari iş olmasına rağmen” bankaların tüketiciler ile yapacakları sözleşmelerin bu emredici hükümlerle birlikte değerlendirilmesini istemiştir.

Yargıtay’ın bankaların kredi sözleşmeleri nedeniyle tüketiciden talep edebilecekleri masrafların neler olduğuna ve bunları hangi şartlarda talep edebileceğine dair istikrar kazanmış bir uygulaması bulunmaktadır. Yerleşik Yargıtay kararlarına göre bankaların tüketicilerden talep edebilecekleri giderleri, zorunlu giderler ve zorunlu olmayan giderler olmak üzere ikiye ayırmak ve değerlendirmelerimizi buna göre yapmak gerekmektedir.

A. Zorunlu Giderler Bakımından

KKDF, BSMV, DASK gibi ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bir kanuni yükümlülüğü yerine getirmek amacıyla tüketiciden tahsil edilen bu giderler zorunlu giderlerdir. Yine tapu masrafları gibi kredinin teminata bağlanması için yapılması gerekli diğer masraflar da birer zorunlu giderdir. Yargıtay’ın yerleşik uygulaması kredinin kullandırıldığı esnada

bankalarca gerçekleştirilen zorunlu giderlerin tüketicilerden talep edilebileceği şeklindedir.

B. Zorunlu Olmayan Giderler Bakımından

Uygulamada asıl sorun zorunlu olmayan giderler bakımından çıkmaktadır. Bankacılık uygulamasında zorunlu olmayan bu giderlerin nitelik ve nicelik olarak tek tek belirtilemeyecek kadar fazla sayıda olduğunu belirtmek gerekir. Bankaların tüketiciden tahsil ettiği, “dosya masrafı, komisyon gideri, istihbarat gideri, sair komisyon gideri, kredi açılış ücreti, kullandırım komisyonu, hesap işletim ücreti, ekstre masrafı” adı altındaki kalemleri zorunlu olmayan giderlere örnek verebiliriz.

Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre bu şekilde zorunlu olmayan giderlerin tüketiciden talep edilebilmesi için bu giderlerin haklı, makul ve belgeli olması zorunludur²⁶. Yapılan giderler haklı ve makul olsa bile

²⁶ Kara, İ., Bireysel Bankacılık İşlemleri Alanında Tüketici Hakları, Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu Kitabı, Bilge Yayınevi, s. 308. Örneğin Yargıtay bir kararında, “Davalı bankanın tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, somut uyuşmazlığın tüketici hukukundan kaynaklandığı da gözetildiğinde, bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden isteyebileceğinin kabulü gerekir” hükmüyle ancak zorunlu, makul ve belgeli masrafların tüketiciden talep edilebileceğinin altını çizmiştir; Yargıtay 13. HD, 08.11.2012 T. , E: 2012/23738, K: 2012/25211 (Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtay 13. HD, 2012 yılında verdiği bir başka kararda da kredi sözleşmesinde yer alan dosya masrafları ile ilgili olarak şu açıklamalarda bulunmuştur: “Dosya kapsamına göre; taraflar arasında Konut Kredisi Sözleşmesi düzenlenmiş olup, kredisi sözleşmesinin 6.maddesinde; sözleşme ekindeki belgeler ve kredi ile ilgili her türlü işlemin gerektirdiği, tescil, onay, fek vs ye ait her türlü vergi harç ve fon payları ve giderler/masraflar, mevcut veya ileride yasalarla öngörülebiyecek tüm vergi fon ve harçlar ile bankaca yapılacak tüm masrafların tamamıyla müşteriye ait olacağı belirtilmiştir. Anılan maddenin taraflarca ayrıca ve açıkça müzakere edildiği hususu kredi veren tarafından ispatlanmadığı gibi diğer ücret ve masraflar başlığı altında, miktarı sözleşme tarihi itibarıyla belirlenmeyen ve ileride doğması muhtemel masrafların da tüketiciden alınacağına dair, tek taraflı olarak tanzim edilen hükmün, yukarıda açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğunun kabulü gerekir. Yargıtay aynı kararında yukarıdaki açıklamalarda bulunduktan sonra, “Davalı bankanın tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, somut uyuşmazlığın tüketici hukukundan kaynaklandığı da gözetildiğinde, bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden isteyebileceğinin kabulü gerekir” hükmüyle ancak zorunlu, makul ve belgeli masrafların tüketiciden talep edilebileceğinin

belgeli olmadığı sürece, tüketiciden talep edilmesi mümkün değildir²⁷. Dolayısıyla bankaların yaptığı giderleri “gider belgesi olarak kullanılabilen fatura, fiş, gider pusulası vs.” gibi belgeler ile ispatlaması şarttır²⁸. Yargıtay bir başka kararında da yapılması gerekeni, “mahkemece, davalı bankadan bu yönde delilleri sorulduktan sonra, konusunda uzman bilirkişi ya da heyetinden, kredinin kullanılması için zorunlu ve belgeli masrafların neler olduğunun tespiti noktasında rapor alınarak hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir” ifadeleri ile belirtmiştir²⁹. Yukarıdaki şartları taşıyan bir masraf kaleminin iadesine karar verilmesi durumunda, bunlar için kesilen BSMV gibi vergilerin de (bu tahsilâtlar yapılmış olmasa idi, adı geçen vergiler de tahsil edilmeyeceğinden) iade kapsamına alınması gerekir.

Konut finansman kredilerinde kredi kullandırımından hemen önce gerçekleştirilen konut ekspertiz masraflarının tüketiciden talep edilip edilemeyeceğini konusunda da Yargıtay’ın yaklaşımının aynı olduğunu belirtmek gerekir³⁰. Çabri, ekspertiz ücretinin konut finansman sözleşmelerinde tüketiciden talep edilebilecek masraflar içerisinde en önemli yeri oluşturduğunu ve bu masraflardan sorumluluğun tüketiciciye ait olduğunun altını çizmektedir³¹. Zira yazar haklı olarak ekspertiz işleminin gayrimenkul değerlendirme şirketleri tarafından gerçekleştirildiğini dolayısıyla tüketicinin bu masrafa katlanması gerektiğini belirtmiştir. Çabri bu duruma işaret etmekle birlikte uygulamada bankaların talep ettiği

altını çizmiştir. Yargıtay 13. HD, 08.11.2012 T. , E: 2012/23738, K: 2012/25211 (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁷ Kara, s. 311.

²⁸ Kara, s. 311.

²⁹ Yargıtay 13.HD, 26.02.2013 T., E: 2013/924, K. 2013/4474 (Kazancı İçtihat Bankası).

³⁰ Bankanın ekspertiz yaptığına dair dekontu dosyaya sunması yetmemekte, Yargıtay 13. HD’nin bir kararında da belirtildiği üzere “davalı banka tarafından bir değerlendirme şirketine ya da dava dışı herhangi bir firmaya ekspertiz işlemine ilişkin olarak ödenen tutara ilişkin ispatlayıcı bir belgenin dosyaya sunulmadığı anlaşılmış olmakla, ekspertiz ücreti adı altında alınan masrafın tümü yönünden iadeye karar verilmesi” gerekmektedir; Yargıtay 13. HD, 21.4.2014 T., E. 2014/12670 ve K. 2014/12700 (Kazancı İçtihat Bankası).

³¹ Çabri, s. 258 vd.

ekspertiz ücretleri arasında yapılan işlem aynı olmasına rağmen büyük farklılıklar bulunduğunu, bu nedenle buna ilişkin bir üst sınırın belirlenmesi gerektiği kanaatindedir. Buna karşılık Gümüş, ekspertiz masrafını “satıcının veya sağlayıcının kendi menfaatine yapmış olduğu masraf” olarak kabul ederek, tüketiciden bu hususta bir ek ödeme talep edilemeyeceği kanaatindedir³². Yazarın bu görüşüne katılmıyorum. Zira ekspertiz masrafları her ne kadar bankanın kendi menfaatine de olsa, esasında TKHK md. 34/3 uyarınca zorunlu bir masraf kalemi olarak kabul edilmelidir. Zira anılan hüküm konut finansman sözleşmelerinde kıymet takdiri yapılmasını şart kılmıştır.

Burada karşımıza çıkan bir diğer durum da, konut finansman kredilerinde faiz indiriminden faydalanmak amacıyla banka ile yapılandırma anlaşması yapan tüketiciden bankanın hangi giderleri talep edebileceğidir. Bankacılık uygulamasında konut finansman kredilerinin yapılandırılması esnasında öncelikle yüksek faiz oranı üzerinden kullanılan kredi kapatılmakta ve yeni bir kredi kullanılmaktadır. Bir başka ifadeyle bankalar yeniden yapılandırılan krediyi sanki yeni bir krediymiş gibi değerlendirmektedir³³. Yeniden yapılandırma ücretlerinin iadesi amacıyla tüketicilerce açılan davalarda bankaların savunmalarını ise genel olarak yeniden yapılandırma anlaşmasının, ille de konut finansman sözleşmesinin yapıldığı banka ile gerçekleşmesi gibi bir zorunluluk bulunmadığı ve ayrıca yapılandırma işlemlerinin düşük faiz oranları üzerinden gerçekleştiğini ve bankanın yapılandırmayı kabul etmek gibi bir zorunluluklarının bulunmadığı şeklinde özetleyebiliriz. Hemen belirtelim, konut finansman kredilerinin yeniden yapılandırılması durumunda masraf, komisyon, kapama cezası vs. adlarla bankaların tüketicilerden tahsil ettiği bedellerin iadesi konusunda da Yargıtay’ın

³² Gümüş, M.A., 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, İstanbul 2014, s. 39.

³³ Bu konuda bkz. Topaloğlu, M., Konut Kredilerinde Erken Ödeme ve Yeniden Yapılandırma Ücreti, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu Kitabı, Bilge Yayınevi, s. 283.

yerleşik bir uygulaması bulunmaktadır³⁴. Gerçekten de Yargıtay'a göre konut kredilerinin bankaca yeniden yapılandırılması durumunda yapılandırma ücreti, erken kapama cezası, komisyon vs. hiçbir ad altında bir tahsilât yapılamaması gerekmektedir³⁵. Yargıtay'ın bu görüşü Topaloğlu tarafından eleştirilmiştir³⁶. Yazara göre tüketicinin açık bir şekilde bilgilendirilmesi şartıyla kendisinden yeniden yapılandırma ücreti alınmasında hukuka aykırı bir durum bulunmamakta olup, Yargıtay'ın bu yaklaşımı uzun vadede kredi maliyetlerine yansıtacağı için tüketicinin de aleyhine olacaktır.

C. Zorunlu Olmayan Sigortalar Bakımından

Bankacılık uygulamasında özellikle konut kredisi kullanan tüketicilerin zorunlu deprem sigortasını (DASK) yaptırılmaları zorunludur. Bunun dışında bankalar kredi hayat sigortası adı altında kredi risklerini

³⁴ Örneğin Yargıtay 13. HD, 15.12.2011 tarihli E. 2011/9823 ve K. 2011/19204 sayılı kararında şu şekilde hüküm tesis etmiştir: “Dava, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Kararının iptali ve kredi yapılandırması için ödenen bedelin istemine ilişkindir. Borç yapılandırmasını kabul eden bankanın erken ödeme komisyonu adı altında ve plan değişikliği adı altında yeniden ücret talep etmesi hukuka aykırıdır. Faiz oranlarındaki düşüş nedeniyle bankanın yeniden yapılandırma talebini kabul ettiği, bu nedenle masraf, komisyon adı altında ücret talep etmesinin usul ve yasaya uygun olmadığına, aksi halin haksız şart niteliğinde olacağına, yapılandırmanın tümüyle bankanın inisiyatifinde olduğuna, bu işlem kabul edildiğinden ayrıca masraf ve komisyon talebinin hukuka aykırı olduğuna, davanın kabulüne, hakem heyeti kararının iptaline, dava konusu miktarın davalıdan tahsiline karar verilmesi hukuka uygundur.” Yine Yargıtay 13. HD, 21.4.2014 tarihli E. 2014/12670 ve K. 2014/12700 sayılı kararında da şu açıklamalara yer vermiştir: “Dava, kredi sözleşmesi nedeni ile kendisinden farklı isimler altında tahsil edilen bedellerin iadesi istemine ilişkindir. Sabit taksitli ve sabit faiz oranlı konut finansman kredilerinde, faiz oranlarındaki düşüş nedeniyle aynı bankadan olmak kaydı ile yeni faiz oranları üzerinden ödeme miktarları ve tarihlerinin yeniden yapılandırılmasına dair işlemin yasal mevzuat kapsamında erken ödeme niteliğinde bulunmayıp bu tür durumlarda da, tüketicilerden yapılandırma ücreti veya komisyon adı altında yapılan tahsilatlarda da hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Bu nedenle Mahkemece, erken ödeme niteliğinde bulunmayan yapılandırma masraflarının iadesine karar verilmesi gerekirken bu talebin reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Kazancı İçtihat Bankası).

³⁵ Yargıtay 13. HD, 01.11.2012 T., E. 2012/23857 ve K. 2012/24413; Yargıtay 13. HD, 26.03.2013 T., E. 2013/4033 ve K. 2013/7605; Yargıtay 13. HD, 10.03.2014 T., E. 2014/5446 ve K. 2014/6598; Daha pek çoğu için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

³⁶ Topaloğlu, s. 284.

güvence altına almak amacıyla tüketicilerden hayat sigortasını yapmalarını talep etmektedir³⁷. Bankanın böyle bir talebe hakkı olsa da ille de kendi anlaşmalı sigorta şirketi ile yapılmasını tüketiciye dayatma hakkı yoktur. Ancak hayat sigortasının da haksız olduğu ve tüketicinin bundan menfaat sağlamadığı düşünülemez³⁸. Nitekim Yargıtay HGK bankanın tüketiciden hayat sigortası talep etmesinin doğal olduğunun altını çizmiştir³⁹.

Önemle belirtelim ki, 4077 sayılı eski TKHK'nın yürürlükte olduğu dönemde zorunlu sigortalar dışında hayat sigortası ve konut paket sigortası gibi Bankaların tüketicilerden kredi kullanmanın ön şartı olarak talep ettiği sigortalar bakımından⁴⁰ kanunda boşluk bulunmakta idi⁴¹. 6502

³⁷ Bu konuda 4077 sayılı eski TKHK dönemindeki uygulama için ayrıntılı olarak bkz. Çabri, s. 236 vd.

³⁸ Gerçekten de kredi hayat sigortası banka açısından kredinin vadesinde ifa edilmemesi rizikosunu ortadan kaldırmakla beraber, tüketici açısından da örneğin kredi borçlusunun ölmesi durumunda mirasçıları veya tüketicinin işgöremez hale gelmesi durumunda bizzat tüketici lehine olan bir sigorta türüdür; bkz. Çabri, s. 249.

³⁹ Yargıtay HGK 23.12.2009 T., E: 2009/13-433 ve K: 2009/580 (Kara, s. 312).

⁴⁰ Bu dönemde bankacılık uygulamasında bankalar kredi hayat sigortası yapılmasını kredi kullanmanın fiili ön şartı haline getirmişlerdi. Zira her ne kadar (bu hususta hazırlanan yönetmelik gereği) sözleşme öncesi bilgi formunda bunun ihtiyari olduğu belirtilmiş olsa da, kredi kullanılmasını zorlaştırarak bu sigortanın yapılmasını fiilen zorunlu hale getirmişlerdi; bkz. Çabri, s. 249. Ayrıca bkz. Aydoğdu, M., Konut Finansman Sistemi (Mortgage), Ankara 2010, s. 67 vd.

⁴¹ 4077 Sayılı eTKHK'nın yürürlükte olduğu dönemde oldukça tartışmalı olan bu konu ile ilgili olarak Yargıtay'ın ilginç kararları bulunmaktadır. Yargıtay'ın şu açıklamaları çok manidardır: "...her ne kadar mahkemece, kredi sözleşmesi kapsamında yapılan hayat sigortasına ilişkin hükümlerin ve bu kapsamda sigorta priminin davacıdan tahsil edilmesinin tüketici aleyhine haksız şart oluşturduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmakta ise de, bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır. Zira sözleşmenin bir hükmü, tüketicinin bir menfaatini ihlâl etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağlıyorsa, bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek olanaklı değildir. Davalı bankanın kredi borçlusunun hayat sigortası yapılmasındaki asıl amacının kredi borcunun teminat altına alınması olduğu, ancak belli bir prim ödeme borcu getirmekle birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında davacı sigortalının da bir menfaatinin olduğu açıktır. Hal böyle olunca, sözleşme kapsamında davadan tahsil edilen sigorta primlerinin ilişkin kayıtların haksız şart niteliğinde olduğu gerekçesiyle ödenen primlerin davalıdan tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 13. HD, 08.11.2012 T., E: 2012/23738, K: 2012/25211 (Kazancı

Sayıli TKHK'nun 29.maddesi ise bu boşluğu doldurmuş bu tip sigortaların ancak tüketicinin talebi halinde yapılabileceğinin altını çizmiştir (TKHK md 38'e de bkz.)⁴².

D. İlişkilendirme Anlaşmalarının Geçerli Olup Olmadığı

Tüketici sözleşmelerine ek olarak tüketiciye bilahare ve ayrı bir kâğıda ya da sözleşmenin sonuna el yazısı ile yazdırılarak imzalatılan "okudum, anladım, mutabık kaldım" gibi ifadelerin yer aldığı belgelere ilişkilendirme anlaşması adı verilmektedir. Bir sözleşmenin genel işlem şartları içerip içermediği sözleşmenin ekleri de dâhil tüm içeriğine bakılarak tespit edilmelidir. Dolayısıyla sözleşmelere ek kâğıtlarda tüketicinin kendi el yazısı ile yazıp imzaladığı "okudum, anladım, mutabık kaldım" gibi beyanlar da genel işlem şartları kapsamında değerlendirilmesi gereken beyanlardır. Bu tip durumlarda tüketici krediyi bir an evvel kullanabilmek için, sözleşme şartlarını değiştirebilecek, sözleşmeye nüfuz edecek güce de sahip olmadığından benzer ifadelere yer veren beyanlarda bulunabilmektedir. Zira "müşteri, başlangıçta aleyhe bulunduğu sözleşme şartlarında değişiklik yapma isteğini fiilen diğer tarafa kabul ettirecek güce sahip olmadığından, şartları olduğu gibi kabul ediyorsa sözleşmeye dâhil edilen şart genel işlem şartı" niteliğinde

İçtihat Bankası). Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 13. HD, 07.05.2009 T., E: 2009/380, K:2009/6239; Yargıtay 13. HD, 13.12.2010 T., E: 2010/8343, K: 2010/16576 (Kazancı İçtihat Bankası). Bu hususla ilgili ilginç bir başka karar için bkz. Yargıtay 13.HD, 05.07.2011 T., E: 2011/1729; K: 2011/11039 (Kazancı İçtihat Bankası)

⁴² Söz konusu 29. maddenin hükümet gerekçesinde ise şu ifadelere yer verildiğini görmekteyiz: "Uygulamada bankalar tarafından kredi verilmesi, yapılması isteğe bağlı sigortaların yaptırılması şartına bağlanmakta, bu sigortaları yaptırmayan tüketicilere bankalar tarafından kredi kullanılmamaktadır. Ayrıca bu sigortalar tüketiciler için ek maliyetler getirmekte ve bu sigortayı yaptırmak isteyen tüketicilerin başka bir sigorta kuruluşunu tercih etmesi engellenmektedir. Bu durumda tüketicinin ekonomik çıkarları zedelenmektedir." Benzer açıklamalar konut finansman sözleşmeleri ile ilgili 38.maddenin hükümet gerekçesinde de yer almakla birlikte, bu maddenin hükümet gerekçesinden zorunlu sigortaların düzenlemeden istisna edildiği sonucuna ulaşıldığını da belirtmek gerekir.

olacaktır⁴³. Kısacası burada önemli olan tüketicinin sözleşmeye nüfuz edip edemediğidir⁴⁴.

Sonuç olarak tüketici sözleşmeleri, tüketici tarafından elle yazılarak imzalanan beyanlar da dâhil ekleri ile bir bütün olarak değerlendirilmeli ve genel işlem şartları denetimine tabi tutulmalıdır. Dolayısıyla tüketicinin elle imzaladığı “okudum, anladım, mutabık kaldım” gibi beyanlar, sözleşme şartının haksız şart olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmemelidir. Bu nedenle uygulamada tüketici tarafından el yazısı ile yazılıp imzalanan “kullandığım kredi nedeniyle benden masraf ve ücret tahsil edilmesini kabul ediyorum, banka ile müzakere ettim, bu konuda mutabık kaldım” şeklindeki ifadelerin, sözkonusu ücret ve masraflara ilişkin genel işlem şartları hükümlerinin haksız şart olarak kabul edilmesine engel olmaması gerektiği kanaatindeyiz⁴⁵.

E. Ticari Nitelikli Krediler Bakımından Ulaşılan Sonuçlar

TBK'nın genel işlem şartları ile ilgili md. 20-25 hükümlerinde yer alan düzenlemelerin ticari nitelikli krediler bakımından uygulama kabiliyetinin olup olmadığı konusu ayrı bir incelemeyi kapsayacak genişliktedir. Ancak bu başlık altında Yargıtay 13. HD'nin ticari nitelikli kredilerden kaynaklanan dosya masraflarının iadesine ilişkin 2014 yılına ait bir kararından bahsetmek gereği duymaktayız. Söz konusu kararında Yargıtay “Ticari Kredi İlişkisinden doğan uyuşmazlıklara tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılması doğru değildir” ifadelerine yer verdikten

⁴³ Havutçu, A., Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 112.

⁴⁴ Havutçu tüketicinin kabul beyanında bulunmasının sözleşme şartları konusunda tam bir bilgiye sahip olarak gerçekleşmesi halinde dahi, tüketicinin sözleşme şartlarını değiştirebilme gücüne sahip olmaması ve bu nedenle sözleşme şartlarını kül halinde kabul etmesi durumunda o şartın genel işlem şartı olacağıın altını çizmektedir; bkz. Havutçu, s. 112. Örneğin Yargıtay 13. HD 10.03.2005 tarihli 2004/16261 E. ve 2005/3886 sayılı kararında, bir sözleşmede tüketici tarafından imzalanmış “satış şartlarının tamamını, her maddesini dikkatle okudum ve imzaladım” şeklinde bir beyan olsa dahi, o sözleşme şartının genel işlem şartı kapsamında olabileceğine ve haksız şartlara ilişkin mevzuat hükmüne tabi olacağına hükmetmiştir; bkz. Çınar, Ö., Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 83.

⁴⁵ Bu konuda bkz. ve karşı. Çınar, s. 80 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 232 vd.; Atamer (Genel İşlem Şartları), s. 99.

sonra yerel mahkeme kararını onamıştır⁴⁶. Yerel mahkeme ise, kararında “somut uyuşmazlıkta, ticari kredi ilişkisinden doğan uyuşmazlıklara tüketici sıfatıyla bakılması doğru değildir. Dolayısıyla taraflar arasındaki ilişkinin 4077 sayılı yasa kapsamında kalmadığı anlaşılmaktadır” ifadelerine yer verdikten sonra TBK’nın genel işlem koşulları ile ilgili md. 20-25’te yer alan düzenlemeleri ve bu maddelerin hükümet gerekçesindeki açıklamalarla gerekçelendirerek meseleyi genel işlem şartlarına ilişkin TBK hükümlerine göre hükme bağlamıştır⁴⁷.

Yargıtay’ın ve yerel mahkemenin yukarıda bahsedilen kararına göre, TBK’nın genel işlem şartlarına ilişkin md. 20-25 hükümleri, ticari nitelikli kredi sözleşmelerinde de uygulama alanı bulmaktadır. Doktrinde de Yargıtay’ın bu yaklaşımına benzer görüşlerle karşılaşırız. Ezcümle Atamer, her iki tarafında tacir olduğu sözleşmelerde bir tarafın genel işlem şartları kullanması durumunda pazarlık dengesinin bozulabileceği ve sözleşmenin tek yanlı hükümlerle donatılabileceği ve bu tip durumlarda sözleşmeye genel işlem şartları denetimi bir başka ifadeyle

⁴⁶ Yargıtay 13. HD, 29.04.2014 T., E:2014/13315, K: 2014/13503 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁷ Sivas 1.Asliye Hukuk Mahkemesi, 27.12.2013 T., E: 2013/371, K: 2013/606: “..Tüm bu açıklamalar ışığında taraflar arasındaki sözleşme tip sözleşmeler olarak kabul görüp bu sözleşmede, davacı taraf aleyhine konulan ve bilirkişi raporu ile tespit edilen muhtelif masraflar, erken kapama komisyonu ücreti, ipotek fek ücreti yazılmamış sayılmalıdır. Dolayısıyla bu yazılmamış sayılan kalemlerin davalı bankaca tahsil edilmiş olması genel işlem şartına açıkça aykırı kabul edilerek iadesi gerekeceği kanaatine varılmıştır. Davacı kendisinden haksız olarak alınan bu bedellerin dava tarihinden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faiziyle tahsilini istemiştir. Bankalar, anonim şirket statüsünde olup, kredi sağlama, kredi verme ve topladıkları kredileri değerlendirme gibi birçok işi gerçekleştirirler. Esas faaliyet alanı itibariyle sürekli parayla iştigal etmektedirler. Kural olarak temerrüt B.K. 117 vd. madde hükümlerine tabiidir. Ancak bankanın faaliyet alanı değerlendirildiğinde, haksız surette alınan bu bedellerinin hesaba girdiği andan itibaren banka tarafından nemalandırıldığı ve bundan gelir elde edildiği kuşkusuzdur. Genel hukuk prensiplerinden olan "hiç kimse kendi kusuruna dayanarak menfaat elde edemez" ilkesi gözetildiğinde, bankanın yasal dayanağı olmaksızın aldığı bu kalemlerin hesabına girdiği andan itibaren faizi ile birlikte iade etmesi hakkaniyet ve adalete uygun olur. Tüm bu gerekçelerle davacının davasının kısmen kabulü gerekeceği..” (Kazancı İçtihat Bankası).

TBK müdahalesi sözkonusu olabileceğini düşünmektedir⁴⁸. Nomer Ertan ise bu noktada Atamer'in görüşlerine katıldığını ve TBK md. 20-25 hükümlerinin her iki tarafın da tacir olduğu ticari sözleşmelerde yer alan genel işlem şartları için de uygulanabileceğini belirtmektedir⁴⁹. Buna karşılık Antalya ise, genel işlem şartları ile ilgili TBK md. 20-25 hükümlerinin ticari sözleşmeler bakımından uygulama kabiliyetinin bulunmadığı düşüncesindedir⁵⁰. Bu konudaki tartışmalar çalışmamızın sınırlarını aşmakla birlikte ticari nitelikli sözleşmelerde mümkün olduğunca sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmemesi gerektiği düşüncesinde olduğumuzu belirtmek gerekir. Zira bu tip durumlarda sözleşme özgürlüğüne yapılacak her müdahale basiretli iş adamı gibi davranma kriterinin alanının daralmasına ve giderek fonksiyonunu yitirmesine neden olabilecektir. Bu nedenle Yargıtay'ın yukarıdaki kararına ve doktrindeki görüşlere katılmadığımızı belirtmek gerektiğini duyuyoruz⁵¹.

IV. 6502 SAYILI TKHK'NIN MESELEYE YAKLAŞIMI

A. Genel Olarak

TKHK'nun 4.maddesinin 3.fıkrasında tüketiciden faiz dışında alınacak ücret, komisyon ve masraf türlerinin neler olacağını TKHK'nun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde BDDK tarafından çıkartılacak bir yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu düzenlemelerle ilgili olarak maddenin hükümet gerekçesinde önemli bazı açıklamalara yer verilmiştir. Gerekçeye göre bir tüketici sözleşmesinde neyin asli edim ve neyin yan edim olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim TKHK'nun 4.maddesinin 3.fıkrası ilk cümlesinde, "Tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet

⁴⁸ Atamer (Bireysel Pazarlık), s. 126.

⁴⁹ Ülgen, H./ Helvacı, M./ Kendigelen, A./ Kaya, A./ Nomer Ertan, F., Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 563.

⁵⁰ Antalya, O.G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul 2012, s. 296.

⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, tacirler arasında akdedilen sözleşmelerde genel işlem şartlarının kullanılmış olması durumunda tacirin, tüketici kadar korunmasına gerek olmadığını özellikle belirtme gereği duymuştur; bkz. Kocayusufpaşaoğlu, N., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2014, s. 228.

kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyen yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyen kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez” ifadelerine yer verilmiştir. Gereğe göre, “ortalama bir tüketicinin objektif, genel ve haklı algısı ana sözleşme ücreti dâhilinde bu edimi de ödemediğini düşündüğü hallerde” ondan artık ayrıca bir ücret talep edilemeyecektir. Yine Gereğe göre, “mal veya hizmet sunanın kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir ücret talep etmesi mümkün değildir. Bu kapsamda sözleşmeyi düzenleyen kendisini belirli risklere karşı korumak için yaptığı masrafları, daha sonra tüketicie yüklemesi hakkaniyete uygun değildir. Zira başlangıçta sözleşme fiyatı belirlenirken tarafların risk hesaplarının yapıp, ona göre edimin belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla bu değerlendirmede tarafların risk alanlarının da iyi tartılması gerekir.” Hükümet gerekçesinde bankacılık işlemlerinde “asli edim, yan edim ve sözleşmeyi düzenleyen kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar konusunda” doğru bir belirleme yapılabilmesi için bu husustaki düzenlemenin BDDK tarafından yapılacağı belirtilmiştir.

Yukarıdaki açıklamaları inceleme konumuz açısından ele aldığımızda, genel işlem şartlarında yer alan ve tüketiciden dosya masrafı, komisyon, tahsis ücreti gibi ek edimler talep edilmesine imkân sağlayan hükümlerin haksız olarak değerlendirilebilmesi için ortalama bir tüketicinin objektif, genel ve haklı algısı kıstas alınacaktır. Ortalama tüketici ise, “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketicie yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi” şeklinde tanımlanmaktadır⁵². Böylelikle hukukumuzda yeni bir kavramın daha girdiğini görmekteyiz.

Acaba bu tip durumlarda ortalama tüketici kıstası yerine sıradan iki kişinin kendi aralarında akdettiği benzer bir sözleşmede böyle bir hükme

⁵² Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği md. 4/1-j (RG Tarih: 10.01.2015 Sayı: 29232).

yer verip vermeyecekleri kıstası esas alınabilir mi? Bu soruya olumlu cevap verildiği takdirde günlük hayattaki benzer bir adi borç ilişkisinde taraflar genel işlem şartlarında yer alan masraflara kimin katlanacağına dair hükme yer verebiliyor ise o şart haksız şart olmayacak; aksi durumda ise genel işlem şartlarında yer alan masraflara kimin katlanacağına ilişkin o hüküm, haksız şart olarak kabul edilecektir.

Bir başka ifadeyle ortalama tüketici kıstasını kullanmak yerine adi borç ilişkileri ile kıyas yapılması halinde, karşımıza sözleşme adaletine daha uygun bir tablo çıkacaktır. Eğer kredi sözleşmelerinde yer alan haksız şartlara karşı tüketiciyi koruyucu hükümlerin amacı, bu tip sözleşmelerde bozulan sözleşme adaletini yeniden tesis etmek ve teraziyi klasik borç ilişkilerindeki dengesine geri getirmek ise adi borç ilişkileri ile kıyas yapılarak sonuca ulaşılması bu amacı sağlamaya daha elverişli olacaktır. Bir örnekle açıklamak gerekirse; Memur A, arkadaşı memur B'den bir miktar borç almak istesin. Tarafların anlaşmasına göre borçlu A, B'den aldığı bu borç karşılığında teminat olarak kendine ait taşınmaz üzerinde alacaklı B lehine ipotek tesis ettirecektir. Günlük hayat tecrübeleri göstermektedir ki, sıradan iki kişi arasındaki bu ödünç ilişkisinde ipotek masraflarını borçlunun karşılamasından daha doğal bir şey olamaz. Aksi düşünce hayatın olağan akışına aykırıdır.

Ancak TKHK md. 4/3'ün hükümet gerekçesinde esas alınan ortalama tüketici kıstası ve bu kıstasa göre gerekçede varılan “sözleşmeyi düzenleyenin kendisini belirli risklere karşı korumak için yaptığı masrafları, daha sonra tüketiciye yüklemesi hakkaniyete uygun değildir” şeklindeki açıklamalar adi borç ilişkileri için her zaman gerçeği yansıtmamaktadır. Zira adi borç ilişkilerinde sözleşmenin tarafları arasında belirli bir denge olması gerekse de, az ya da çok daha güçlü olan bir taraf her zaman için mevcut olabilir. Bu tarafın da kendini bazı risklerden korumak amacıyla yaptığı masrafları karşı tarafa yüklemesi somut olayın şartlarına göre değerlendirilir. Örneğin taşınmazını kiraya veren A'nın sözleşmeyi noterde düzenlettirerek kendini sağlama almak istemesi durumunda, kiralayanın noter masraflarına bizzat katlanması ya

da arkadaşından borç alan B'nin ipotek masraflarına katlanması örneğinde olduğu gibi her somut olay diğerlerine göre değişkenlik arz etmektedir.

Kanaatimizce kanun koyucunun genel işlem şartlarına ilişkin olarak kabul ettiği tüketiciyi koruyucu düzenlemelerin temel amacı her şart altında tüketicinin korunması değil; bozulan sözleşme adaletini yeniden tesis etme olmalıdır. Bir başka ifadeyle güçlü tarafın zayıf tarafa şartlarını kabul ettirmesine karşılık, emredici hükümlerle bu şartları yukarıda bahsettiğimiz pazarlık ilkesi tarafından öngörülen koşullara uygun hale getirmesidir kanun koyucudan beklenen. Kısacası amaç terazide dengeyi yeniden tesis etmek olmalı, bir tarafı aşırı koruyan hükümlerden kaçınılmalıdır.

TKHK'nın bu düzenlemesi ve maddenin hükümet gerekçesindeki "sözleşmeyi düzenleyenin kendisini belirli risklere karşı korumak için yaptığı masrafları, daha sonra tüketiciye yüklemesi hakkaniyete uygun değildir" şeklindeki ifadeleri karşısında yeni dönemde dosya masrafları konusunda ilk bakışta bankaların oyuna yenik başlayacaklarını akla gelebilir⁵³. Ancak TKHK md. 4 ile bankacılıkta ücret, komisyon ve masraf adı altında yapılan tahsilatların sanıldığı gibi aksine artık hukuki bir zemine kavuştuğu gözden kaçırılmamalıdır. Bir başka ifadeyle TKHK md. 4 hükmü, sanıldığı gibi aksine tüketicinin lehine değil, bilakis söz konusu masraf kalemlerini hukuki bir zemine kavuşturması hasebiyle tüketicinin aleyhindedir⁵⁴.

⁵³ Bu hususta bkz. Bozkurt Yaşar, 6502 Sayılı TKHK'na Göre Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 2014/3, s. 145, dp.108.

⁵⁴ TKHK'daki düzenlemeler bununla sınırlı değildir. Kanununun 31.maddesi 1.fıkrasına göre belirli süreli kredi sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, tüketiciden bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilemeyecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de tüketicinin açık talimatı olmaksızın, belirli süreli kredi sözleşmesi ile ilişkili bir kredili mevduat sözleşmesi de yapılamayacaktır. Bu düzenleme yerindedir. Zira uygulamada bankalar, tüketici kredisinin kullanılması esnasında kredi taksitlerinin yatırıldığı vadesiz mevduat hesaplarını otomatik olarak kredilendirmekte ve kredili mevduat hesaplarına dönüştürmekte idi. Tüketicinin de çoğu kez bu hesabın kredilendirildiğine dair bilgisi bulunmamaktaydı. Sonuç olarak bu tip hesaplardan ekstre masrafı, ekstre masrafı vergisi gibi tahsilatlar yapılarak hesabın kredilendirilmesi sağlanmakta ve ayrıca

B. Sorunun Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğü Bakımından Değerlendirilmesi

Tüketicilerin sanıldığı gibi aksine kredi kullanmadan önce karşısına çıkacak tüm ihtimalleri bildiğini, araştırdığını, karşılaştırma yaptığını ve ona göre kendisine göre optimum çözüme ulaştığını söylemek mümkündür. Bir başka ifadeyle tüketici banka ile kredi sözleşmesi imzalarken büyük oranda sözleşme şartları konusunda bilgi sahibidir⁵⁵. Bununla birlikte kanun koyucu tüketicinin kendi imkânları ile yaptığı piyasa araştırmasını yeterli görmemiş, tüketicinin bizzat banka tarafından makul bir süre öncesinde sözleşme konusunda bir formla bilgilendirilmesini şart koşmuştur (TKHK md. 23). TKHK'nun 33.maddesi sözleşme öncesi bilgi formu verilmesini yükümlülüğünü konut finansman sözleşmeleri bakımından da ayrıca belirtmek gereği duymuştur⁵⁶ (TKHK md. 39/4'e de bkz). 23.Maddenin hükümet

faiz tahsilatları yapılmakta idi. Bu noktada sözkonusu hesapların ne amaçla kullanıldığı önem taşımaktadır. Zira tüketiciler, pek çok halde bu kredili mevduat hesabını alışveriş, nakit çekim gibi amaçlardan ziyade sadece kredi taksitlerini ödemek amacıyla kullanmaktadır. Bu anlamda tüketici banka şubesine gidip konut kredisini taksidini ödemek amacıyla hesaba para yatırmakta ama sonradan hesaptan yapılan çeşitli kesintilerle kredili bakiye kullanılmakta ve bu kredili mevduatın faizini ödemek durumunda kalmaktadır. Dolayısıyla tüketicinin bu hesabı aktif olarak kullanmaması, bu hesabı kullanırken tek amacının kredi taksitlerini ödemek olması göz önünde tutulduğunda söz konusu hesaptan müşterinin bilgisi dışında gerçekleştirilen faiz ödemelerinin hakkaniyete uygun olmadığı hemen anlaşılacaktır.

⁵⁵ Tandoğan henüz 1977 yılında kendi deyimiyle “tüketicinin piyasaya sunulan mallar arasında optimal bir seçim yapabilmesi için gerekli bilgilerin ona sağlanması” zaruretinden bahsederek tüketicinin bilgi edinme olanaklarına sahip olmasının ne kadar önemli olduğunu belirtmiş ve bu amaç doğrultusunda yapılması gerekenlere değinmiştir; bkz. Tandoğan (Tüketici), s. 23 vd. Yukarıda açıkladığımız gibi günümüzde tüketicinin piyasa araştırması yaparak bilgi sahibi olma imkanı, bilişim teknolojilerindeki ilerleme sayesinde büyük oranda sağlanmış bulunmaktadır.

⁵⁶ Benzer bir düzenleme 4077 sayılı eTKHK md. 10/B hükmünde konut finansman sözleşmeleri bakımından yer almaktaydı. Mezkûr maddenin birinci fıkrasında “Konut finansmanı kuruluşları tüketicilere sözleşme öncesinde kredi veya finansal kiralama işlemleri ile ilgili genel bilgiler vermek ve tüketiciye teklif ettikleri kredi veya finansal kiralama sözleşmesinin koşullarını içeren Sözleşme Öncesi Bilgi Formu vermek zorundadır. Tüketici teklifi kabul edip etmemekte serbesttir” ifadelerine yer verilmişti. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında da sözleşme öncesi bilgi formunun tüketiciye

gereğesinde bu sürenin tüketicilere tanınan son kez düşünme ve araştırma süresi olduğu belirtilmiş “Böylece tüketiciler kredi sözleşmesi ile ilgili şartları önceden öğrenebilecek ve kararlarını daha bilinçli olarak verebileceklerdir” ifadelerine yer verilmiştir⁵⁷. Aydoğdu, sözleşme öncesi bilgi formunun, sözleşmenin bütün esaslı noktalarını ihtiva etmesi yönüyle öneri, ancak bu bilgilerin kanuni bir zorunluluk nedeniyle verilmesi nedeniyle de öneriye davet olarak nitelendirilebileceği görüşündedir⁵⁸.

Hemen belirtelim ki, bankacılık uygulamasında sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü (her iki taraf için de), yerine getirilmesi mevzuat gereği zorunlu olan bir formalite ve bankaların tüketicinin bilgilendirildiğine dair iddialarını ispata yarayan bir araç olarak

verilmesini takip eden bir iş günü geçmeden imzalanan sözleşmenin geçersiz olduğunun altı çizilmiştir.

⁵⁷ Acaba henüz sözleşme öncesi bilgi formu verilmeden, tüketicinin kendi imkânları ile yaptığı kredilere ilişkin piyasa araştırması bazı durumlarda bankaların bu yükümlülüklerini yerine getirdiği şeklinde yorumlanabilir mi? Sözgelimi bankaların genel işlem şartı olarak nitelendirilen kredi sözleşmelerinin tam metinlerine, kredi kullanıcılarının internet üzerinden ulaşması ve bunları detaylı olarak incelemesi mümkündür. Hatta bankaların genel işlem şartlarında yer alan kredi kullanıcıları aleyhine olan hükümlerle ilgili bilgilendirme formlarına da bankaların internet siteleri üzerinden ulaşılabilir. Kuşkusuz bu durumlarda, TKHK açısından bir yükümlülük olarak telakki edilen sözleşme öncesi bilgilendirme formu karşısında, bankanın bu formu tüketiciye vermeden, tüketiciyi aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılması hukuken kabul edilemez. Yine bankanın, tüketicinin piyasa araştırması yaparak kendisi ile kredi sözleşmesi imzaladığı yönündeki savunmasına da dayanak olamamalıdır.

⁵⁸ Aydoğdu, s. 66. Yazara göre bilgi formunda nelerin yer alacağı konu ile ilgili yönetmelikte belirtildiği için, sonradan imzalanacak sözleşmenin muhteva olarak bilgi formuna aykırı hükümler içermemesi gerekir. Zira burada bilgi formunu öneri olarak kabul ettiğimiz takdirde hem önerinin bağlayıcılığı ve hem de güven verilme anlamında sözleşmenin bilgi formu ile uyumlu olması konusunda bir bağlayıcılık ortaya çıkmaktadır. Ayrıca aksi durum hakkın kötüye kullanılması olarak da kabul edilebilir. Yazar bilgi formunun hukuken öneriye davet olarak nitelendirilmesi halinde de aynı sonuca ulaşabileceği görüşündedir. Yazara göre tüketicinin bilgi formunun kendinde oluşturduğu güven nedeniyle sözleşmeyi okumadan imzalaması halinde de bankalar bakımından hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olabileceğini, bu nedenle bilgi formunun bağlayıcı olduğunu belirtmektedir. Bu noktada Aydoğdu, dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılacak bir yorumla bilgi formunda yer alan hususların sözleşmenin muhtevası haline getirilmesi gerektiği kanaatindedir; bkz. Aydoğdu, s. 66 vd.

görülmektedir. Hatta sözleşme öncesi bilgilendirme formu olarak adlandırılan ve tüketiciye imzalatılan belge, kredi kullanılırken diğer belgeler arasına sıkıştırılmakta, bankanın o kalabalık ortamında acele ile imzalanan belgelerden biri olmaktan öteye geçmemektedir. Kredinin kullanıldığı anda tüketici tarafından imzalanan bu belgelere genellikle tarih olarak sözleşmenin kullanıldığı tarihten öncesi bir tarihin atıldığı dahi görülebilmektedir. Bu doğaldır, zira hayatın günlük akışı bunun böyle olmasını gerektirir⁵⁹. Bu bakımdan sözleşme öncesi bilgilendirme formunun fiiliyattaki fonksiyonunun sadece bir prosedürün yerine getirilmesinden öteye geçemediğini düşünmekteyiz.

Ayrıca sözleşme öncesi bilgilendirme formu ileride tüketicinin ileri sürmesi muhtemel taleplere karşı, bankalar açısından bir kalkan vazifesi de görebilecektir. Ancak tüketiciye sözleşme öncesi bilgi formu verilmesi ve tüketicinin bu formu imzalaması kısacası şeklen de olsa tüketicinin bilgilendirilmesi, o sözleşme hükmünün haksız şart olarak telakki edilmesine engel değildir. Dolayısıyla belirli bir konuda tüketicinin bilgi sahibi olması, o sözleşme hükmünü haksız şartların akıbetine tabi olmaktan kurtaramayacaktır.

⁵⁹ Sözleşme öncesi bilgi formu verilmesi uygulamasının bazı durumlarda, günlük hayatın akışı ile bağdaşmadığını da belirtmek gerekir. Sözgelimi BDDK'nın cep telefonlarının kredi kartı ile taksitli satışını yasaklayan kararını müteakip, uygulamada tüketici kredisi yolu ile taksitli cep telefonu satışı şeklinde yeni bir yöntem gelişmiştir. Bu yöntemde teknoloji mağazası daha önceden bir banka ile cep telefonu satın almak isteyen müşterilere kredi kullanılması konusunda anlaşmaktadır. Cep telefonu almak için teknoloji mağazasına gelen tüketici, eğer telefonu taksitle almak isterse, mağaza yetkilileri tarafından banka ile iletişime geçilmekte ve hemen akabinde kredi sözleşmesine ilişkin belgeler mağaza yetkilileri huzurunda tüketici tarafından imzalanmaktadır. Bu yöntemde mağaza ve anlaşmalı banka online olarak sistemleri arasında bağlantı kurmakta ve mağaza yetkilileri tüm işlemleri anlaşmalı bankanın sistemi üzerinden gerçekleştirmektedir. Böylelikle tüketiciye anında kredi olanağı sağlanmaktadır. Yine bu sistemde tüketiciye bir adet debit kart (banka kartı) verilmekte, bu karttaki hesaba banka tarafından yatırılan kredi bedeli, mağaza tarafından anında çekilerek, telefon bedeli tahsil edilmektedir. İşte böyle bir sistemde tüketiciye makul bir süre önceden sözleşme öncesi bilgi formu verilmesinin hiçbir fonksiyonu kalmamaktadır.

C. Sorunun Krediden Cayma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

6502 Sayılı TKHK'nın 24.maddesinde, tüketicinin kredi sözleşmesinden cayma hakkı hükme bağlanmıştır⁶⁰. Buna göre tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin tüketici kredisi sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir (TKHK md. 24/1)⁶¹. Tüketici kredisinden cayma hakkının konumuz açısından önemi ise şuradadır: Acaba cayma hakkına da sahip olduğu halde, kanun tarafından öngörülen süre içerisinde cayma hakkını kullanmayan bir tüketici, sonradan kredi masraflarının haksız şart olduğunu ileri sürebilecek midir? Eğer ileri sürebilirse, bu durum hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir mi? Bu sorulara farklı bakış açıları ile iki şekilde cevap vermek mümkündür.

İlk olarak tüketicinin cayma hakkının mevcut olmasına rağmen, sözleşmeden caymaması genel işlem şartlarında yer alan aleyhine ve

⁶⁰ Hemen belirtelim ki, tüketici kredisinden cayma hakkı ile ilgili bu düzenlemeye TKHK'nun konut finansman sözleşmeleri ile ilgili md. 32-39 arasında ayrıca yer verilmemiştir. Şu durumda tüketici kredisinden cayma hakkının, konut finansman sözleşmeleri için de geçerli olup olmadığı uygulamada tereddütlere neden olabilecektir. Bu konuyla ilgili olarak şöyle bir yorumda bulunmak mümkündür: TKHK, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü hem tüketici kredileri ile ilgili 23.maddesinde ve hem de konut finansman sözleşmeleri ile ilgili 33.maddesinde ayrı ayrı düzenlemiştir. Dolayısıyla kanunun bu sistematik yaklaşımından hareketle, tüketici kredisinden cayma hakkına sadece tüketici kredileri ile ilgili ikinci bölümde 24.maddede yer verilmesi, kanun koyucunun cayma hakkını konut finansman sözleşmeleri açısından kabul etmediği şeklinde değerlendirilebilir. Hemen belirtelim ki TKHK md. 43 uyarınca ön ödemeli konut satış sözleşmelerinden cayma hakkı tüketiciye tanınmıştır.

⁶¹ 24.Maddenin hükümet gerekçesinde bu düzenlemenin 2008/48 sayılı AB Yönergesi doğrultusunda hazırlandığı belirtilmiştir. Yine gerekçeye göre, "Tüketici kredisi sözleşmelerinde tüketici açısından önemli bir tehlike tüketicinin çok fazla düşünmeden, geri ödeyebileceğini düşündüğü maddi bir yükümlülük altına girmesidir. Kimi zaman tüketici kredisi sözleşmesi tüketicinin ödeme gücünü aşabilmektedir" ifadelerine yer verilmiş ve ayrıca bu durumun kredi veren banka açısından da lehe bir düzenleme olduğu belirtilmiştir; TKHK md. 24 hükmüne düzenlenen cayma hakkı bozucu yenilik doğuran ve sözleşmenin geçmişe etkili bir şekilde ortadan kalkmasına imkân tanıyan bir haktır; bkz. Gümüş, s. 186; Eren (Özel Hükümler), s. 507.

haksız hükümleri bu şekliyle kabullendiği şeklinde yorumlanamaz. Zira cayma hakkı, kredi kullanan tüketiciyi ileride karşı karşıya kalabileceği risklerden korumak amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Tüketicinin bu hakkı mevcut olmasına rağmen sözleşmeden caymaması çeşitli nedenlere dayanabilir. Örneğin tüketici ekonomik ihtiyaçları nedeniyle kredi kullanmak zorunda olduğu için bu krediyi kullanmış olabilir. Dolayısıyla, tüketicinin cayma hakkını kullanmaması onun sözleşmede yer alan haksız şartları bu haliyle kabullendiği şeklinde yorumlanamaz.

Bu sorulara verilebilecek ikinci cevap ise şudur: Tüketicinin cayma hakkını kullanabilecek durumda olmasına rağmen bunu kullanmaması, genel işlem şartlarında yer alan hükümleri mevcut haliyle kabul ettiği şeklinde yorumlanmalıdır. Zira tüketici krediyi kullandıktan sonra, daha uygun şartlarda başka bankalardan kredi kullanılabileceğini ufak bir araştırmayla bilebilecek durumdadır. Ayrıca zaten banka ile kredi ilişkisine girmeden önce kendine göre araştırmasını yapan tüketici, şartları kendisine göre en uygun gördüğü için bu bankadan kredi kullanmıştır. Üstelik sözleşme öncesi bilgi formunda da gerekli bilgiler kendisine verilmiş olmasına rağmen tüketici cayma hakkını kullanmamıştır. Kanunun kendisine tanıdığı bu imkânı kullanmayan tüketicinin, sonradan sözleşme metninde yer alan dosya masraflarına ilişkin hükmün haksız olduğunu ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değerlendirilmelidir.

Kanaatimizce tüketicinin cayma hakkını kullanmamış olmasının, sonradan ileri sürebileceği taleplerden feragat ettiği şeklinde yorumlanamaması gerekir. Zira aksi düşünce cayma hakkının niteliği ile bağdaşmamaktadır. Kanun koyucunun tüketici kredisinden cayma hakkını düzenlemesindeki temel amaç, tüketiciyi sonradan ileri sürebileceği talepleri ileri süremez duruma sokmak değil, bilakis onu düşünmeden aldığı karara karşı korumaktır.

D. Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Yönetmelik Hükümleri

Bu noktada 6502 sayılı yeni TKHK kapsamında yürürlüğe konan Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usûl ve Esaslar

Hakkında Yönetmelik hükümlerinden bahsetmek zarureti ile karşı karşıyayız⁶². Zira adı geçen yönetmelik sırtını TKHK'ya dayayarak tabiri caizse uygulamada ilkelerle belirlenmiş düzeni ortadan kaldıran eleştiriye açık yepyeni bir düzen tesis etmiştir. Yönetmelikte geçen “finansal tüketici” tabirinin yerindeliğini ve neyi ifade ettiğini tartışmayı başka bir çalışmaya bırakarak, burada sadece yönetmeliğin konumuz açısından getirdiği düzenlemeleri ve oluşan yeni düzene yönelik eleştirilerimizi açıklamakla yetineceğiz.

Yönetmelik tüketici lehine olarak önemli bir bilgilendirme yöntemi geliştirmiştir. Buna göre tüketiciden talep edilecek her bir ücret ve masraf kalemi için tüketicinin onayının alınması gerekmektedir (FÜY. md. 5/3). Ayrıca kredi sözleşmesinin ayrılmaz bir eki niteliğinde olmak üzere “bilgilendirme formu” düzenlenmesi zorunlu hale getirilmiştir (FÜY. md. 5/4). Yine bankalara internet sitelerinde sözkonusu masraf ve ücretlere ilişkin bilgilere kolay erişilebilir ve açık bir şekilde yer verilmesi yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu düzenlemeleri tüketicinin bilgilendirilmesi ve kendi lehine kararları en sağlıklı şekilde alabilmesinin sağlanması açısından olumlu değerlendirmek gerekir.

Yönetmeliğin en önemli sonucu ise, kuşkusuz tüketiciden talep edilebilecek ücret ve masraf kalemlerinin yönetmelik ekinde belirtilmesi ve 6.maddesi ile getirilen hükümle kredi tahsis ücreti, hesap işletim ücreti gibi kalemlerin artık hukuki birer dayanağa kavuşturulmaları olmuştur. Ayrıca Yönetmelik, tüketiciden alınabilecek masraf kalemlerini sınıflandırmış, bu kalemler haricinde bir masraf ve ücretin tüketiciden alınamayacağını ve yeni ürünlerden kaynaklanabilecek ücret taleplerini BDDK'nın iznine bağlamıştır.

Yönetmeliğin 10.maddesi uyarınca kullanılan kredi anaparasının binde beşini aşmamak kaydı ile kredi tahsis ücreti alınabilecektir. Bu şekilde 100.000 TL'lik bir tüketici kredisinden 500 TL kredi tahsis ücreti

⁶² RG Tarih: 03.10.2014 Sayı: 29138. Kısaca FÜY (Finansal Ücretler Yönetmeliği) olarak adlandırılacaktır.

talep edilebilecektir. Yine yönetmeliğin 13.maddesi de mevduat ve katılım fonlarından hesap sayısına bağlı olmaksızın müşteri bazında hesap işletim ücreti alınabileceğini hükme bağlamaktadır. Ayrıca belirtelim ki, taşınır ve taşınmazlara ilişkin rehin, ipotek ve ekspertiz işlemlerinde yalnızca üçüncü kişilere ödenen ücretler, tüketiciden talep edilebilecektir (FÜY md. 10/2).

V. SONUÇ VE KANAATLERİMİZ

Bu çalışmada tüketici kredilerinde bankaların tüketicilerden çeşitli ücret ve masrafları talep edip edemeyecekleri konusundaki tartışmalar inceleme konusu yapılmıştır. Araştırmamızın sonucunda Türk doktrininde ağırlıklı görüşün, bankaların bu çeşit taleplerde bulunma hakkının bulunduğu şeklinde olduğu görülmektedir. Yine karşılaştırmalı hukukta da meselenin özellikle de İngiltere’de tartışmalı olduğu ve bu ülkede de tüketicilerin ülkemizde olduğu gibi aktivist bir tavır içerisinde buldukları görülmüştür. Bu duruma “hakkını sonuna kadar arayan” yeni bir tüketici tipi ile karşı karşıya olduğumuzu göstermesi açısından olumlu yaklaşmak gerekir. Gerçekten de ülkemizdeki bu hararetli tüketici aktivizmi, meyvelerini vermiş ve açılan binlerce dava neticesinde Yargıtay’ın tüketici lehine ilke kararları oluşmuştur. Yargıtay bu konuda çok ileri bir yaklaşımla tüketici kredilerinde bankaların talep edebilecekleri ücret ve masrafları zorunlu olup olmamalarına göre ikiye ayırmış, zorunlu olmayan ücret ve masrafların ancak “haklı, makul ve belgeli” olmaları durumunda talep edilebileceğinin altını çizmiştir. Yargıtay’ın bu ilke ile ülkemizi tüketicinin korunması anlayışında gelişmiş ülkelerden de ileri bir noktaya taşıdığını düşünmekteyiz. Ancak kanun koyucunun aynı ileri yaklaşımı benimsediğini söylemek maalesef mümkün değildir. Şöyle ki; Çalışmamızda ulaştığımız en önemli sonuç yargı uygulamasında zorunlu olmayan masraflar kategorisine dâhil edilerek Yargıtay’ın yüzlerce kararı ile ilke haline gelen “haklı, makul ve belgeli” olma kıstasına aykırı olduğu gerekçesi ile iadesine karar verilen kredi tahsis ücreti, hesap işletim ücreti gibi masraf kalemlerinin artık hukuken talep edilebilir hale getirilmiş bulunduğudır. Bu bakımdan

TKHK ve ilgili yönetmeliğin düzenlemelerinin açık bir şekilde terazide dengeyi tüketicinin aleyhine bozmuş olduğu ortadadır. Bir başka ifadeyle bu düzenlemelerle yargı kararları göz ardı edilerek fiili uygulama (özellikle de bankaların savunmaları) hukuki hale getirilmiştir. Gerçekten de yönetmeliğin 10.maddesinde yer alan “finansal tüketicilere kullanılacak krediler için kredi ihtiyacının karşılanmasına olanak sağlayan sistemin işletilmesi ve operasyonel süreçlerin yönetilmesi amacıyla alınan tahsis ücreti dışında... başkaca ücret alınmaz” ifadeleri ile, açılan davalarda bankaların en önemli argümanlarından birini teşkil eden, alınan masraf ve ücretlerin kredi ve operasyonel maliyetlerin karşılığını teşkil ettiği şeklindeki savunmaları bir pozitif hukuk metni haline dönüştürülmüş bulunmaktadır. Oysaki nasıl bir süpermarket buzdolabında satışa sunduğu dondurmalar için buzdolabının elektrik giderini, bir berber saç yıkama işlemi için su giderini ya da saç boyama işlemi için aldığı malzemenin giderini müşteriden talep edemiyorsa; bir banka da tüketiciye sunduğu kredinin kendi nezdinde oluşan maliyetini tüketiciden talep edememelidir⁶³.

Bu düzenleme aynı zamanda 6502 sayılı TKHK'nın ruhuna da aykırıdır. Zira TKHK md. 4/3'ün “tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyen yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyen kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez” hükmü ile yönetmelikte geçen “kredi ihtiyacının karşılanmasına olanak sağlayan sistemin işletilmesi ve operasyonel süreçlerin yönetilmesi amacı” ile tahsis ücreti alınabileceğine dair ifade tezat halindedir.

Gümüş, BDDK'nın mezkûr yönetmeliği henüz yürürlüğe girmeden evvel kaleme aldığı şerhinde kasa açım ücreti, dosya masrafı

⁶³ Bu hususta Gümüş bankaların müşterilerden kiralık kasa açım ücreti talep edememesi; kanal tedavisi için dişçi ile 100 TL'ye anlaşılan kişiden kanal kapama ücreti talep edilemeyeceği ve beyaz eşya satıcısının sattığı buzdolabının teslimi için gereken masrafı tüketiciden talep edememesi hususlarını örnek vermektedir; bkz. Gümüş, s. 38.

gibi giderlerin BDDK yönetmeliği ile tüketiciden talep edilebilir hale getirilemeyeceğini, zira böyle bir durumda yönetmeliğin iptal yaptırımına tabi tutulabileceğini savunmaktadır⁶⁴. Zira TKHK, BDDK'ya bu yönetmeliği kanunun ruhuna uygun ve tüketiciyi koruyacak şekilde hazırlaması hususunda yetki vermiştir.

Gümüş'ün bu husustaki düşüncelerine katılmakla birlikte esas sorunun yönetmelikte değil, bizzat TKHK md. 4/3 hükmünde olduğu kanaatindeyiz. Bu fıkra ilk bakışta şekli anlamda tüketici lehine olduğu intibayı oluşturan, ancak maddi anlamda tüketici aleyhine kaleme alınmış tartışmaya açık ifadeler ihtiva etmektedir. Dolayısıyla TKHK md. 4 ve ilgili yönetmeliğin tüketici lehine oluşmuş yargı uygulamasını büyük oranda dikkate almadığı, TKHK'nın çalışma konumuz açısından benimsediği temel yaklaşımının tüketici lehine değil, aleyhine olduğunu düşünmekteyiz.

Yine 6502 sayılı TKHK md. 4/3 hükmünün gerekçesinde “ortalama bir tüketicinin objektif, genel ve haklı algısı ana sözleşme ücreti dâhilinde bu edimi de ödediğini düşündüğü hallerde” ondan artık ücret talep edilemeyeceğine dair ifadeler yer verilmiştir. Burada her somut olayda adi borç ilişkileri ile kıyas yapılarak bir sonuca ulaşılmamasının sözleşme adaleti açısından daha doğru sonuçlar doğuracağını da düşünülebilir.

Esasen genel işlem şartlarında yer alan haksız şartlara karşı öngörülen denetimin mantığında bozulan sözleşme adaletini yeniden tesis etmek ve teraziyi o eski dengesine geri getirmek anlayışı yatmaktadır. Özellikle de son yıllarda tüketicinin bilgi edinme olanaklarının teknolojik gelişmeler sayesinde inanılmaz bir düzeye ulaştığı gerçeğini ve bankacılık piyasasında yaşanan rekabetin tüketici lehine olumlu bir akıntıya neden olduğunu göz ardı etmemek gerekmektedir. Bununla beraber bir tarafında banka, diğer tarafında tüketicinin bulunduğu kredi sözleşmelerinde tüketicinin konumu eskisine göre ne kadar güçlenirse güçlensin, tüketicinin sözleşmenin içeriğine nüfuz edebilecek güce asla ulaşamayacağı gerçeği de göz ardı edilmemelidir.

⁶⁴ Gümüş, s. 39.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da tüketicilerin davranışlarının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığıdır. Tüketici çoğu kez kendi imkânları ile yaptığı piyasa araştırması ile kendisi için en uygun şartları sunan banka ile kredi sözleşmesi imzalamakta, krediyi kullandığı sırada kullanacağı kredi miktarını kendisinden talep edilen ilave ödemeleri hesaba katarak belirlemektedir. İşi ilginç kılan bu ilave ödemelerin çoğu kez daha başlangıçta tüketiciden tahsil ediliyor olmasıdır. Örneğin uygulamada 100.000 TL konut finansman kredisi kullanmak isteyen tüketici A, bu kredi için bankanın kendisinden talep ettiği ek ödemeleri de krediye dâhil ederek fiilen 101.000 TL üzerinden banka ile anlaşmakta ya da fiilen 100.000 TL kredi kullanıp, ilave ödemelerin kredinin kullanıldığı esnada hesabından tahsil edilmesine onay vermektedir. Dolayısıyla tüketici bu ek ödemelerin farkında ve bunlar hakkında da bilgi sahibidir. Acaba tüketicinin sonradan, kendisinden tahsil edilen bu ücret ve masrafların iadesi için hukuki yollara başvurması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir mi?

Gerçekten de, tüketicinin bu krediyi kullanmama imkânı her zaman için mevcuttur. Dahası, kullandığı bu kredi nedeniyle kendisinden dosya masrafı, kredi tahsis ücreti gibi ilave ödemeler talep edileceğinin de bilincinde olarak banka ile bu sözleşmeyi imzalamış ve nihayet sözleşmenin kurulduğu esnada krediyi kullanırken bu ödemelerin kendisinden tahsil edilmesine rıza göstermiştir. Dolayısıyla burada açık bir şekilde çelişkili davranış bulunmaktadır⁶⁵. Hemen belirtelim ki, böyle bir davranış bir adi borç ilişkisinde sözkonusu olsa idi, bu tespitlerimiz geçerli olabilirdi. Ancak tüketicinin korunması hukukunun temel mantığının bu sonuca ulaşılmasına set çektiği kanaatindeyiz. Tüketicinin her zaman için kredi sözleşmesinde zayıf taraf olduğu unutulmamalıdır. Kredi sözleşmelerinde oyunun kurallarını bankalar belirlemektedir. Kredi maliyeti adı altında, kredi sözleşmelerinden faiz dışı ek edim taleplerinin de olabileceği düşüncesini algılayan ve kamuoyunun bunların kredi

⁶⁵ Çelişkili davranış kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, Ş., Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006, s. 57 vd.

maliyeti içerisinde yer aldığı şekilde bir algiya sahip olmasını sağlayan da bankalardır. Dolayısıyla, tüketicinin bu konuda bilgi sahibi olduğu, krediyi kullanmama imkânına sahip olduğu gerekçeleriyle çelişkili davranmış olduğunun kabul edilememesi gerekir. Ancak Yargıtay bir kararında “Tüketici sözleşmenin düzenlenmesinden uzun bir süre geçtikten sonra, bu sözleşmenin haksız şart içerdiğinden bahisle talepte bulunamaz” ifadelerine yer vererek çelişkili davranışın hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmesi gerektiği şeklinde hüküm tesis etmiştir⁶⁶. Bununla birlikte tüketici kredilerinde alınan ücret ve masrafların iadesine yönelik çalışmamızda incelediğimiz Yargıtay kararlarında, iadesine karar verilen ücret ve masrafların ilgili olduğu tüketici kredilerinin kullanılmasından oldukça uzun bir süre geçtikten sonra tüketici tarafından talep edildiğini de belirtmek isteriz.

Sonuç olarak TKHK md. 4/3’ün ve bu hükme dayanılarak BDDK tarafından çıkartılan yönetmeliğin, Yargıtay’ın “haklı, makul ve belgeli” olma şeklinde belirlediği ve bize göre oldukça ileri bir anlayışın ürünü olan temel ilkelerle bağdaşmadığı ve açık bir şekilde tüketicinin aleyhine hükümler içerdiği kanaatindeyiz. Şu haliyle sözkonusu düzenlemelerin uygulamada açılan davalarda Bankaların savunmalarını pozitif hukuk metni haline getirdiğini ve sözleşme adaletini bariz bir şekilde bankalar lehine değiştirmiş bulunduğunu söylemek mümkündür. Böyle bir duruma adı “tüketicinin korunması” olan bir kanunun sebebiyet vermesi ise oldukça manidardır.

⁶⁶ Yargıtay 13. HD, 14.12.2004 T., 2004/9747 E. ve 2004/18207 (Reisoğlu, s. 65.)

KAYNAKÇA⁶⁷

- Akipek, Ş., Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999.
- Akyol, Ş., Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İstanbul 2006.
- Antalya, O.G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul 2012.
- Aslan, İ.Y., Tüketici Hukuku, Bursa 2014.
- Atamer, Y., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001.
- Atamer, Y., Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu-TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013 (Sempozyum Tarihi: 30.05.2011), s. 103-137. (Atamer, Bireysel Pazarlık).
- Atamer, Y., Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını, Tüketici Hukuku Semineri, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s. 21-32 (Tüketici Hukukunun Gelişimi).
- Aydoğdu, M., Konut Finansman Sistemi (Mortgage), Ankara 2010.
- Bahtiyar, M., Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, Makaleler 1, İstanbul 2008, s. 99-122.

⁶⁷ Aynı yazarın birden fazla eserinin bulunduğu hallerde kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

- Bolgar, V., The Contract of Adhesion A Comparison of Theory and Practice, The American Journal of Comparative Law, 1972, Vol:20, s. 53-78.
- Bozkurt Yaşar, 6502 Sayılı TKHK'na Göre Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 2014/3, s. 107-162.
- Burcuoğlu, H., Değerlendirme Konuşması, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2012.
- Çabri, S., Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010.
- Çınar, Ö., Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.
- Dauer, E.A., Contracts of Adhesion in Light of the Bargain Hypothesis: An Introduction, Akron Law Review, 1972/1, s. 1-41.
- Eren, F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- Gülerci, A.F., Sorumluluk Hukuku Bakımından Bankacılıkta Risk Kavramı, İstanbul 2015.
- Gümüş, M.A., 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, İstanbul 2014.
- Havutçu, A., Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- <http://www.financial-ombudsman.org.uk/faq/bank-charges.html>
(Erişim Tarihi: 23.06.2015).
- <http://consumer.findlaw.com/credit-banking-finance/truth-in-lending-disclosure-statements.html>
(Erişim Tarihi: 23.06.2015).

- Kara, İ., Bireysel Bankacılık İşlemleri Alanında Tüketici Hakları, Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu Kitabı, Bilge Yayınevi, s. 296-317.
- Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası
- Küçükyalçın, A., Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFD, 2004/4, s. 101-124.
- Markesinis, B.S./Unberath, H./Johnston, A., The German Law of Contract, A Comparative Treatise, Oxford 2006.
- Tandoğan, H., Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara 1977.
- Tekinalp, Ü., Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009.
- Reisoğlu, S., Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar: 4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak, Bankacılar Dergisi, 69, 2009, s. 50-72.
- Topaloğlu, M., Konut Kredilerinde Erken Ödeme ve Yeniden Yapılandırma Ücreti, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu Kitabı, Bilge Yayınevi, s. 274-285.
- Ülgen, H./ Helvacı, M./ Kendigelen, A./ Kaya, A./ Nomer Ertan, F., Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.
- Whittaker, S., Unfair Contract Terms, Unfair Prices and Bank Charges, The Modern Law Review, 2011, (74/1), s. 106-134.

TEK PAY SAHİPLİ ANONİM ŞİRKETTE GENEL KURUL

Yrd. Doç. Dr. Cafer Eminoğlu*

ÖZET

Anonim şirketler geleneksel olarak birden çok pay sahibi için tasarlanmış ve kurumsal işleyiş düzenleri de mevzuat altyapısı açısından buna uygun olarak kurgulanmıştır. Özellikle genel kurulun kuramsal düzeni birden çok pay sahibinin ve “stakeholder” olarak ifade edilen diğer menfaat sahiplerinin birbirleri ile olan menfaat çatışmalarının dengelenmesi üzerine inşa edilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile tek pay sahipli anonim şirket kurulmasına ilk kez müsaade edilmiş ancak bu şirket sınıfının pratikte kazanacağı anlama ve şirketler hukukunda yaşanan bu kuramsal dönüşüme uygun ve özgün düzenlemelere çok sınırlı olarak yer verilmiştir. Özellikle çok üyeli ve kurul olarak işleyen genel kurul için öngörülmüş olan düzenlemelerin tek pay sahipli anonim şirket genel kurullarına uygulanması, uygulamada çeşitli sorunlara ve belirsizliklere yol açabilmektedir. Kanun koyucu tek pay sahipli anonim şirketlerde tek pay sahibinin genel kurulun tüm yetkilerine sahip olduğunu hükme bağlamıştır. Burada temel odaklanma noktasını, hangi durumlarda genel kurul işleyişi için öngörülen sıkı prosedürlerin tek kişilik anonim şirket genel kurulu için de uygulanması gerektiği, hangi durumlarda bu merasimlerden feragat edilebileceği sorusu oluşturmaktadır. Bu bağlamda genel kurula intifa hakkı sahiplerinin, rehin alacaklılarının ve bakanlık temsilcilerinin katılımı, toplantıya davet usulü, çağrısız genel kurul toplantısı, toplantı başkanlığının oluşturulması ve karar alınması gibi hususlar tek pay sahipli anonim şirket genel kurulunun işleyişi açısından ele alınmaya değer konulardır.

Anahtar Kelimeler: Tek pay sahipli anonim şirket, tek pay sahibi, genel kurul

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-Posta: cafereminoglu@hotmail.com

GENERAL ASSEMBLY AT THE JOINT STOCK COMPANY WITH A SINGLE SHARE

ABSTRACT

Joint stock companies are designed for multiple shareholders and their institutional operation schemes are accordingly fictionalized in terms of the structure of legislation. Especially institutional scheme of general shareholder meeting are built upon the balance of conflict of interests between stakeholders and shareholders. Turkish Commercial Code (TCC) numbered 6102 has permitted joint stock companies to be established with single share for the first time; yet it has parochially allowed for regulations appropriate and original to the meaning that these kinds of companies will gain in practice and to the theoretical conversion in the field of companies law. Specifically, regulations enacted for general meeting functioning with multiple members and as a board, apply to joint stock companies with a single share, which causes several issues and uncertainties in practice. Lawmaker has decided that the only shareholder at joint stock companies with a single share has all the authorities of general assembly. The main focus here is on the question as to in which circumstances the strict procedures enacted for the operation of general assembly should apply to general meeting at joint stock companies with a single share and also on the question as to in which circumstances these procedures may be relinquished. In this sense, the subjects such as the participation of beneficial owners, the pledge creditors and representative of the Ministry of Customs and Trade; procedure for the invitation to the meetings; meetings of general assembly without invitation; establishment of presidency of the meetings; and decision making are worth analyzing in terms of the operation of general assembly at joint stock companies with a single share.

Keywords: Joint stock companies with a single share, the owner of a single share, general assembly.

I. GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) getirdiği önemli yeniliklerden biri, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanununda (eTTK) öngörülen beş kişilik asgari kurucu ortak sayısı şartının kaldırılması suretiyle, tüzel veya gerçek kişiden oluşabilecek tek ortaklı anonim şirket kurulmasına olanak sağlamasıdır. Aynı şekilde limited şirketlerde de en az iki ortak şartı kaldırılmış, tek ortaklı şirket mümkün kılınmıştır. Böylelikle bir taraftan uygulamada sıklıkla karşılaşılan “saman adam” sorunu çözümlenmek istenmiş, diğer taraftan Avrupa Birliği müktesebatına bu anlamda uyum sağlanmıştır.

TTK'nın 338. maddesinin birinci fıkrasında anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şart koşulmuştur. Tek pay sahipli ortaklığa olanak sağlayan hüküm de budur. Ne var ki tek paysahipli “ortaklık” gerek kavramsal gerekse de kuramsal olarak sorunludur. Ortaklığa ilişkin düzenlemeler esasen birden çok ortak arasındaki ilişkileri ve menfaat çatışmalarını düzenlemek üzere ihdas edilmiştir. Böyle bir düzenin tek ortaklı bir yapı için uygulanacak olması çeşitli sistemsel problemlere yol açmakta, çok pay sahipli yapılar için öngörülen elbise sıklıkla tek pay sahipli ortaklığa geniş gelmektedir.

Pay sahipleri platformu ve ortaklığın temel irade organı olan genel kurul bu uyumsuzlukların en bariz şekilde görüldüğü alanların başında gelmektedir. Çünkü kural olarak kurul niteliğine sahip olan genel kurulun, tek üyeli olarak işleyecek olması, bu organa ilişkin bazı düzenlemelerin uygulanmasını sorunlu hale getirmektedir. Diğer bir ifade ile tek üyeli genel kurul, çok üyeli genel kurul için tasarlanan kalıplara sığmamaktadır. Buna rağmen kanun koyucu tek pay sahipli anonim şirket genel kuruluna ilişkin özel düzenlemelere çok sınırlı olarak yer vermiştir. Böylelikle genel kurula ilişkin genel hükümler genel itibari ile tek pay sahipli anonim şirket genel kuruluna da uygulanacaktır. Ancak doğası gereği tek pay sahipli anonim şirket genel kuruluna uygulanamayacak hükümler de mevcuttur. İşte gerek uygulanamayacak olan bu hükümlerin tespiti gerekse de uygulanması gereken hükümlerde tek pay sahipliği statüsüne

uygun olarak ne tür farklılaşmaların olması gerektiğinin tespiti önem arz etmektedir.

Tek pay sahibi, tek kişilik anonim ortaklıkta genel kurulun bütün yetkilerine sahiptir. Ancak tek pay sahibi buna rağmen genel kurulun verdiği yetkileri yine de “toplularak” kullanır. Diğer bir ifade ile tek pay sahibi, gerektiğinde bakanlık temsilcisinin varlığında toplanmak ve tutanağa bağlı olarak yazılı karar almak zorundadır¹. Bunun için ise çağrısız toplantı (TTK m. 416) daha elverişli olmakla birlikte, çalışmamızda da değineceğimiz üzere, tek pay sahipli genel kurulun, çağrı (davet) merasimi işletilerek de toplanması gerekli olabilir.

Belirtmek gerekir ki bir anonim şirket tek pay sahipli olmakla beraber, böyle bir şirketin genel kurulu birden fazla oy hakkı sahibi ile toplanabilir. Bu durum özellikle oy haklarını haiz intifa ya da rehin hakkı sahiplerinin genel kurula katılması halinde mümkündür. Bu tür durumlarda, çağrı ve karar almaya yönelik merasim ve formalitelerin tek pay sahipli ortaklıklara da uygulanması söz konusu olabilecektir.

Çalışmamızda tek pay sahipli anonim ortaklıkların genel kurullarına ilişkin bazı problem alanlarına değinilmektedir. Tek kişilik şirket bağlamında şirketler hukukunda meydana gelen kuramsal dönüşüme değinildikten sonra genel kurul toplantısının yapılması ile ilgili olarak tek pay sahipli şirketler açısından özellik ve farklılık arz edebilecek bazı hususlar ele alınmaktadır. Bu kapsamda hangi mevzuatın uygulanacağına yönelik bir tespit yapıldıktan sonra, genel kurul toplantısına çağrı ve paylar üzerinde intifa veya rehin haklarının varlığının söz konusu olması halinde bu durumun etkilerine yer verilmektedir.

Çalışmamızın devamında toplantı gündeminin hazırlanması, pay sahibinin temsil edilmesi, toplantıya kimlerin katılabileceğı, bakanlık temsilcisinin toplantıya katılması, toplantının yapılması ve işleyişi esnasında özellik arz edebilecek hususlar, toplantıda hazır bulunanlar listesinin ve tutanağın hazırlanması, karar alınması ve yönetim kurulu

¹ Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Sermaye Ortaklıkları, Vedat Kitapçılık 2013)*, Nr. 13-02.

üyelerinin ibrası ve nihayet genel kurul kararlarının hukuka aykırılığının sonuçları konumuzu teşkil eden şirket sınıfı açısından ele alınmaktadır.

II. KURAMSAL DÖNÜŞÜM

Tek kişilik ortaklık şirketler hukukunun dayandığı ilkeler ve kavramlar açısından önemli bir dönüşümü ifade etmektedir. Kavramsal anlamda en önemli dönüşüm, “kişi birliği” mevcut olmadığı halde bir örgütlenmenin “ortaklık” ya da “şirket” olarak nitelendiriliyor olmasıdır². Kuramsal anlamda ise özellikle birden fazla kişi için dizayn edilmiş olan bir kurallar bütününün bir tek ortak için uygulanacak olmasıdır³. Burada ise en belirgin dönüşüm biricik ortağın tek başına genel kurulun bütün yetkilerini kullanacak olması ve böylelikle çok üyeli bir organ yapısına dayanan kuramsal düzenin belli bir ölçüde karşılıksız kalacak olmasıdır. Örneğin genel kuruldaki azınlık ya da bireysel hakların önemli bir kısmı tek pay sahipli anonim ortaklıklarda uygulama alanı bulamayacaktır.

Tek ortaklı sermaye şirketi yapısının kabulü her şeyden önce “şirket” ya da “ortaklık” ifadesinde “kişilerden” ziyade “sermaye” üzerindeki daha yoğun bir odaklanmanın benimsendiğinin ve bu anlamda kuramsal bir dönüşümün yaşandığının göstergesidir. Esasen bu dönüşümü meşru kılacak gerekçeler de mevcuttur. Sermaye ortaklığı, kişilerin malvarlıklarının bir kısmını ticari bir faaliyet için ayırıp sorumluluklarını da sadece bu malvarlığı kısmı ile sınırlı tutmalarına olanak sağlamaktadır. Çok ortaklı sermaye şirketlerinde bu mümkün iken, kişilerin tek ortaklı şirket aracılığı ile bu olanağı kullanamaması için kanaatimizce geçerli bir neden yoktur. Öte taraftan bir şirketin tek kişiden oluşuyor olması, böyle bir yapıya kurumsal bir zafiyet de katmamaktadır. Çünkü tek kişilik şirket de tüzel kişiliğe sahiptir ve sorumluluğu kural olarak sadece getirmiş olduğu sermaye ile sınırlı olan tek ortaktan ayrı bir yapıdır. Bu yönüyle

² Tekinalp bu hususu “paradoks” (gerçek olmayan) olarak nitelendirmektedir. Yazara göre ortaklığın birden çok kişiden meydana geldiği dogması, eşyanın tabiatı gereği olmayıp kuramsal bir kabuldür. Bkz: Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 1-01.

³ Tek kişi anonim ortaklığın meşru olup olmadığı ya da istisna teşkil edip etmediği hususunda Alman öğretisindeki tartışmalar için bkz: Gregor Bachmann, *Die Einmann-AG* (NZG 2001), s. 962 vd.

perde gerisinde bir ya da birden çok kişinin mevcudiyeti kayda değer bir farklılığa yol açmayacaktır.

Kanun koyucu, tek kişilik şirketi TTK'da düzenlemiş olmakla, bu tür şirketlerin “legal” olup olmadığı sorunsalını, en azından mevzuatsal anlamda, karşılıksız bırakmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki TTK öncesinde de tek kişilik şirketler yaşam alanı bulmaktaydı. 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁴ tek ortağı Devlet olan anonim şirketlerin kurulmasına olanak sağlamaktaydı⁵. Şöyle ki, KHK'nin 3. maddesi uyarınca İDT'lerin anonim şirket şeklinde kurulması mümkündür. Ancak, anonim şirket şeklinde kurulan İDT'lerde 6762 sayılı TTK'nın 277. maddesindeki beş kurucu şart aranmayacaktır.

Kuruluş sonrasında çeşitli nedenlerle tek ortağa düşen anonim ya da limited şirketler fesih davası⁶ açılmadığı sürece hukuki ve fiili varlıklarını sürdürmüşlerdir⁷. Bunun da ötesinde eTTK döneminde kanuni asgari ortak sayısının tutturmak amacıyla “saman adam” olarak ifade edilen ortakların türediği, bu kişilerin gerçekte sermaye ortağı olmadığı ve fiili olarak şirketle irtibatsız oldukları, dolayısıyla buradaki “çok ortaklılığın” kâğıt üstünde olduğu durumlar da azımsanmayacak orandaydı. Nitekim fiili gerçeklik ile, kâğıt üstünde durmakla birlikte hukukten karşılıksız olmayan bu “kurmaca” ortaklık yapısı arasındaki çelişki şirketler hukuku alanındaki önemli uyumsuzluk kaynaklarından birini teşkil etmekteydi. Dolayısıyla tek ortaklı şirket modeline izin

⁴ RG: 18/6/198, S. 18435

⁵ 233 Sayılı KHK m. 3/3'e göre anonim şirket şeklinde kurulan iktisadi devlet teşekküllerinde eTTK'nın 277. maddesinde sözü edilen beş kurucunun bulunması şartının aranmayacağı, ayrıca genel kurul ve denetçilerinde bulunmayacağı hükme bağlanmaktaydı. Bu hususta ayrıca bkz: Biset Sena Güneş, ‘Tek Kişilik Anonim Şirketler’ (2012), 3 İstanbul Barosu Dergisi 220, s. 228.

⁶ eTTK'nın 435. maddesinde şirketin tescilinden sonra pay sahiplerinin sayısı beşten aşağıya düştüğünde veya pay sahiplerinden veya şirket alacaklılarından birinin yahut Bakanlığın talebi üzerine, mahkemenin şirketin durumunu kanuna uygun hale getirmesi için uygun bir süre belirleyeceği ve buna rağmen durum düzeltilmezse şirketin feshine karar vereceği düzenlenmekteydi. Bu hüküm ile pay sahibi sayısının beşten aşağı düşmesi durumunda şirketin “münfesi” sayılacağını hükme bağlayan eTTK'nın 434. Maddesi arasındaki ilişki ile ilgili olarak bkz: Güneş, s. 226 vd.

⁷ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 1-02.

verilmesi ile sadece bir ihtiyacın karşılamadığını, bunun da ötesinde fiili bir gerçekliğe hukuki bir karşılık oluşturulduğunu kabul etmek gerekir.

Ne var ki yaşanan bu dönüşüme paralel olarak tek ortaklı şirketlerde şirket içi mekanizmaların işleyişini mümkün kılacak özel düzenlemelere, gerekli ölçüde yer verilmemiştir. Tek üyeli bir genel kurulun büyük ölçüde çok üyeli bir kurul rejimine tabi kılınmış olması bunun en bariz göstergelerinden biridir. Aşağıda da ele alındığı üzere, tek kişilik ortaklık ile gerçekleşen kuramsal dönüşümün şirket işleyiş mekanizmalarına ilişkin düzenlemeler açısından karşılıksız kalmış olması, uygulamada çok ve çeşitli belirsizlik ve uyuşmazlıkları beraberinde getirecektir.

III. GENEL KURUL

A. Genel Olarak

Anonim şirkette pay sahipleri, diğer şirket türlerinden farklı olarak, genel kurul dışında karar alamazlar. Şüphesiz bu kural tek pay sahipli anonim şirket açısından da geçerlidir. Genel kurul anonim şirketin temel karar ve irade organıdır. Burada şirkete ilişkin en temel hususlar ve stratejiler karara bağlanır. Devredilemez yetkilerle donatılmış olan genel kurul aynı zamanda pay sahiplerinin şirkete ilişkin haklarını kullandıkları mecradır. Bu organ sürekli değil dönemseldir⁸. Genel kurul, birden fazla pay sahipli anonim şirketlerde olduğu gibi tek pay sahipli anonim şirketlerde de yılda en az bir defa olağan olarak ve gerektiğinde de olağanüstü olarak toplanır.

Genel kurul bir şirket içi organdır ve şirketi temsil yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla genel kurul kararları kural olarak üçüncü kişilere karşı kendiliğinden bir sonuç doğurmaz. Ancak bu kararlar şirketin yönetim kurulu tarafından uygulanmak suretiyle şirket dışı ilişkilerde etkili olur⁹. Buna karşın istisnai olarak genel kurulun bazı kararları icrai nitelikte olabilir. Diğer bir ifadeyle bazı kararları yönetim kurulunun

⁸ Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıklar Hukuku* (C. I, Adalet 2013), s. 217; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (Dora 2013), s. 259.

⁹ Üçışık ve Çelik, s. 217-218.

uygulanmasına ihtiyaç duymaksızın kendiliğinden sonuç doğurabilir. Bu tür kararlara kâr dağıtımı, yöneticilerin seçilmesi, ibrası ve azline yönelik kararlar örnek verilebilir.

Genel kurul şirketin tüm pay sahiplerinin katılımı ile oluşur ve “kurul” niteliğindedir. Bunun istisnası genel kurulun tek üyeli olması hali, diğer bir ifade ile tek pay sahipli bir anonim ortaklığın söz konusu olması durumudur¹⁰. Buna rağmen tek pay sahipli anonim şirketin genel kurulunun karar alma yeteneğine sahip olabilmesi için çok pay sahipli anonim şirket genel kurulunun toplanıp karar alabilmesi için gerekli olan neredeyse bütün usul ve kurallara uyulması gereklidir¹¹. Kurul niteliğine sahip çok üyeli bir organ için öngörülmüş olan ve daha çok şekil şartlarına bağlanan dogmatik bir düzenin tek üyeli bir organ için uygulanma zorunluluğu ise, aşağıda detaylandırıldığı üzere çeşitli sorunlara neden olmaktadır.

B. Uygulanacak Düzenlemeler

TTK'nın ve A.Ş. GK Yönetmeliği'nin¹² tek pay sahipli anonim ortaklığa ilişkin özel hükümleri, bu şirket sınıfının pratikteki önemi ve uygulamada çok pay sahipli anonim şirketten ayrılan yönleri dikkate alındığında, son derece yetersizdir¹³. Bu sınırlı düzenlemelerde temel olarak Avrupa Birliği'nin (AB) 12. Şirketler Hukuku Yönergesi ile ön görülen asgari hükümlerin esas alındığını görmekteyiz¹⁴.

Kanun koyucu anonim ortaklık genel kurulunun toplanmasına ilişkin zorunluluk açısından da tek pay sahipli anonim ortaklık için herhangi bir istisna öngörmemiştir. Bununla birlikte tek paysahipli

¹⁰ Bilgili ve Demirkapı, s. 259.

¹¹ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2015), Nr. 715.

¹² Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik, RG: 28.11.2012, Sayı: 28481.

¹³ Tek pay sahipli anonim şirketin vurgulandığı bu hükümler şunlardır: TTK m. 338, m. 371/6, m. 408/3.

¹⁴ Bu hususta bkz: İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku* (Cilt I, BATİDER 2013), s. 226.

anonim ortaklığın genel kuruluna özgülenmiş düzenlemelere, TTK'nın 408. maddesinin üçüncü fıkrası ve A.Ş. GK Yönetmeliği'ndeki bazı hükümler hariç yer verilmemiştir.

TTK'nın genel kurula ilişkin tek hükmünün 408. maddenin üçüncü fıkrası olduğu söylenebilir. Bu hükme göre “*tek pay sahipli anonim şirketlerde bu pay sahibi genel kurulun tüm yetkilerine sahiptir.*” hükmünün devamında tek pay sahibinin genel kurul sıfatıyla alacağı kararların geçerlilik kazanabilmeleri için bu kararların yazılı olmalarının şart olduğu ifade edilmiştir¹⁵.

Görüldüğü üzere tek pay sahipli anonim şirketin genel kuruluna ilişkin özel hükümler oldukça sınırlıdır. Dolayısıyla anonim şirketin genel kuruluna ilişkin genel hükümler büyük oranda tek pay sahipli anonim şirket genel kurulları için de uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu genel hükümlerin uygulanması esnasında tek pay sahipli anonim şirketlerin kendine özgü yapılarının dikkate alınması gerektiği açıktır¹⁶. Elbette bu farklılaşmanın tespiti ve bulunacak çözümler açısından yargıya ve öğretiyeye önemli görevler düşmektedir.

C. Toplantıya Çağrı

Anonim şirket genel kurulu, kural olarak belli bir merasim çerçevesinde toplantıya çağrılır. “Davet usulü” denilen¹⁷ bu merasim genel kurulun toplantıya esas sözleşmede (tek pay sahipli anonim şirketin esas taahhütnamesinde) belirtilen şekilde, internet sitesi açmakla yükümlü olması halinde şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayımlanan ilanla toplantıya çağrılır (TTK m. 414/1).

¹⁵ Bu fıkra hükmü Adalet Komisyonu aşmasında, 89/667 ve onun yerine çıkarılan 2009/102 sayılı AB yönergesi çerçevesinde eklenmiştir. Bu hususta bkz: Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu; Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (Oniki Levha 2012), s. 309.

¹⁶ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, s. 227vd.

¹⁷ Üçışık ve Çelik, s. 254.

Bunun yanında gerek TTK'da gerekse de ikincil mevzuatta¹⁸ genel kurulun toplanması ile ilgili diğer bazı gerekliliklere yer verilmiştir.

Bununla birlikte genel kurulun çağrısız olarak, diğer bir ifade ile davet usulüne uyulmaksızın da toplanması mümkündür. Bütün payların sahipleri veya temsilcileri, aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde, çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın, genel kurul olarak toplanabilir ve bu toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabilirler (TTK m. 416/1). Bu çerçevede tek pay sahipli anonim şirketlerde genel kurul kural olarak her zaman çağrısız olarak toplanabilir. Çünkü tek pay sahibinin hazır olması, bazı istisnalar dışında, sermayeyi oluşturan payların tamamının temsil ediliyor olması anlamına gelecektir.

Ne var ki çağrı merasiminin uygulanması tek kişilik anonim ortaklık genel kurul toplantısı için de zorunlu olabilir. Payların üzerinde rehin bulunması ve rehin alacaklısına oy hakkının tanınmış olması ya da bazı payların üzerinde intifa hakkı bulunması söz konusu ise genel kurulun çağrılı, diğer bir ifade ile davet usulüne uygun olarak yapılması gerekli olabilir¹⁹.

Kimlerin genel kurulu toplantıya çağırabileceği TTK'da tahdidi olarak²⁰ sayılmıştır. Bu konuda esas yetki sahibi yönetim kuruldur. Yönetim kururulu bu yetkiyi alacağı bir kararla kullanır. Bununla birlikte pay oranına bakılmaksızın her bir pay sahibi de, yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması durumlarında, mahkemenin izniyle genel kurulu toplantıya çağırabilir (TTK m. 410/2).

Genel kurulun toplantıya çağrılması hususunda bir de azınlık hakkı mevcuttur. Sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri, yönetim kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya

¹⁸ Bkz.: Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik, RG: 28.11.2012, Sayı: 28481.

¹⁹ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-16.

²⁰ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-18.

çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise, karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koymasını isteyebilirler (TTK m. 411/1). Bununla birlikte tasfiye memurları da görevleri ile ilgili konular için genel kurulu toplantıya çağırabilir.

Gerek her bir pay sahibinin yönetim kurulunun toplanamaması nedeniyle genel kurulu mahkeme aracılığı ile toplantıya çağırma hakkı gerekse de TTK'nın 411. maddesinde düzenlenen azınlık hakkı, tek pay sahipli anonim ortaklıklar açısından özel öneme sahiptir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hangi sebeple olursa olsun, gerekli olması halinde her iki hak da tek pay sahibi tarafından kullanılabilir. Özellikle yönetim kurulunun profesyonellerden oluştuğu, pay sahibinin yönetim kurulu üyesi olmadığı durumlarda tek pay sahipli anonim şirketlerde pay sahibi genel kurulu ihtiyaç halinde bu yollarla da toplantıya çağırabilecektir. Örneğin payların çoğunluğu üzerinde intifa hakkının bulunduğu durumlarda tek pay sahibinin azınlık haklarını kullanması gündeme gelebilecektir. Elbette bütün payları elinde bulunduran tek pay sahibinin çağrısız genel kurul toplantısı yapma olanağı varken TTK'nın 410 ve 411. maddelerine başvurması ancak çok istisnai durumlarda söz konusu olabilecektir.

D. Tek Kişilik Anonim Şirkette İntifa ve Rehin Hakkı Sahipleri

Tek pay sahipli ortaklıklarda genel kurulun toplanmasına ilişkin merasimin uygulanmasında intifa ve rehin hakkı sahiplerinin durumu özellik arz edebilir. İntifa hakkı kural olarak sahibine konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar (Türk Medeni Kanunu m. 794 /1). Bir payın üzerinde intifa hakkı varsa, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, genel kurula katılma (A.Ş. GK Yönetmeliği m. 18/5) ve ilgili paya ilişkin oy hakkı intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır (TTK m. 432/2). Belirtmek gerekir ki intifa hakkı sahibi oy hakkının uzantısı olarak genel kurul toplantısına katılma, iptal davası açma, bilgi alma ve denetleme haklarına

da sahiptir²¹. Bu haklar müktesep haklardır ve dolayısıyla genel kurul kararıyla kısıtlanamayacaktır²².

Tek pay sahipli anonim şirketin bütün payları üzerinde intifa hakkı kurulabileceği gibi payların bir kısmı üzerinde de bu hak kurulabilir. Buna göre genel kurulda bütün oy hakları intifa hakkı sahibinde olabileceği gibi payların bir kısmı ile ilgili oy hakkı intifa hakkı sahibinde iken geriye kalan oy hakları tek pay sahibinde olabilir. Bu da tek pay sahibi ile intifa hakkı sahibinin genel kurulda karşı karşıya gelmesine yol açabilir.

Kanun koyucu oy hakkının intifa hakkı sahibi tarafından kullanılacağını düzenlemiş olmakla birlikte, bu hususta intifa hakkı sahibini tamamen serbest bırakmış değildir. İntifa hakkı sahibi, pay sahibinin menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde göz önünde tutarak hareket etmemiş olması dolayısıyla pay sahibine karşı sorumlu olacaktır (TTK m. 432/2). Ancak bu hükmün aksine olsa dahi kullanılan oy geçerli olacaktır²³. Hükmün ihlalinden dolayı tek pay sahibinin uğradığı zararlar intifa hakkı sahibi ile tek pay sahibi arasındaki ilişkinin konusu olacaktır. Kanaatimizce aynı şey oy hakkını haiz rehin hakkı sahipleri açısından da geçerlidir. Belirtmek gerekir ki; tek pay sahipli anonim şirket genel kurulunda intifa hakkı sahiplerinin tek pay sahibinden farklı yönde oy kullanmaları muhtemeldir. Ancak buradaki her farklılaşma “pay sahibinin menfaatlerinin hakkaniyete uygun bir şekilde göz önünde tutulması” gerekliliğini vurgulayan hükmün ihlali anlamına gelmeyecek, bu tür durumlarda somut inceleme gerekli olacaktır.

Tek pay sahipli anonim şirketlerde de payların tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakları bulunabilir. Böyle bir durumda intifa haklarının varlığına rağmen pay sahibinin tek başına çağrısız genel kurul yapıp yapamayacağı ve intifa hakkı sahibinin toplantıya nasıl çağrılacağı sorunlarıyla karşı karşıya gelmekteyiz.

²¹ Ayşe Nur Berzek, ‘Anonim Ortaklıkta Pay Üzerinde İntifa Hakkı Sahibinin Oy Hakkı ve Oy Hakkına Bağlı Diğer Haklar’ (2002) VI (1-4) AÜEHFD 224, s. 224.

²² Berzek, s. 224.

²³ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* (Cilt 1 Şerh I, 2. Baskı, Adalet 2015), § 29 Nr. 250.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere çağrısız genel kurul TTK'nın 416. maddesi hükmüne uygun olarak bütün pay sahiplerinin, aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde, bir araya gelmeleri ile yapılabilir. Buradaki ifadeden yola çıkarak payların bir kısmı üzerinde intifa hakları bulursa dahi tek pay sahipli anonim şirketin pay sahibinin kendi başına çağrısız genel kurul toplantısı yapabileceği anlaşılabilir. Ancak belirttiğimiz durumda ilgili pay sahibi bütün payların sahibi olmakla birlikte, bu payların tamamını temsil yetkisini haiz değildir. Çünkü intifa hakkının varlığı halinde ilgili payı temsil etme yetkisi kural olarak intifa hakkı sahibine aittir (TTK m. 600/3). Nitekim kanun koyucu da TTK'nın 416. maddesinde bütün pay sahiplerinin “veya temsilcilerinin” çağrısız olarak toplanabileceğini hüküm altına almıştır. Bu durumda tek pay sahibi, intifa hak sahipleri mevcut olmadan çağrısız genel kurul yapamayacaktır. İntifa hakkı sahiplerinin toplantıya çağrılmamaları ya da katılımlarının engellenmesi, ilgili genel kurulda alınan kararların iptali sonucunu doğurabilecektir²⁴.

Tek pay sahibi ile intifa hakkı sahiplerinin aralarında, oy hakkının pay sahibi tarafından kullanılacağını kararlaştırdıkları durumlarda da kanaatimizce tek pay sahibi çağrısız genel kurul yapabilmelidir²⁵. Çünkü bu durumda pay sahibi oy hakkı ve oy hakkına bağlı diğer hakları intifa hakkı sahibini temsilen değil bizzat kendi adına kullanacaktır²⁶.

İntifa hakkı sahiplerinden farklı olarak pay üzerinde rehin hakkı bulunan alacaklı, sadece kendisine genel kurulda oy kullanma hakkının ayrıca verildiği durumlarda genel kurula katılıp oy kullanabilecektir. Diğer bir ifade ile pay üzerinde rehin kurulması kendiliğinden paya bağlı oy hakkını doğurmayacaktır. Dolayısıyla rehin alacaklısına ayrıca oy hakkı tanınmamışsa tek pay sahipli anonim şirketin pay sahibi çağrısız genel kurul toplantısı yapabilecektir²⁷.

²⁴ Bilgili ve Demirkapı, s. 298.

²⁵ Aynı yönde: Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Genel Esaslar, 3. Baskı, Adalet 2015)*, § 19 Nr. 19.

²⁶ Bu anlamda oy hakkına ilişkin olarak aynı doğrultuda: Bilgili ve Demirkapı, s. 298.

²⁷ Pulaşlı, *Genel Esaslar*, § 19 Nr. 19.

Ele alınması gereken diğer bir husus intifa hakkı sahibinin veya oy hakkı tanınmış rehin alacaklısının genel kurul toplantısına nasıl çağrılacağına ilişkindir. Genel kurul şirket sözleşmesinde gösterilen şekilde ve sicil gazetesi ile şirketin internet sitesinde yapılacak ilanla toplantıya çağrılır. Bunun yanında kanun koyucu pay defterinde yazılı pay sahipleriyle önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine, toplantı günü ile gündem ve ilanın çıktığı veya çıkacağı gazeteleri, iadeli taahhütlü mektupla bildirilmesi gerekliliğini hükme bağlamıştır (TTK m. 414/1). Görüldüğü üzere sadece pay sahiplerine iadeli taahhütlü mektupla bildirim yapılacağı belirtilmiş ancak böyle bir bildirim intifa hakkı sahiplerine ya da ilgili rehin alacaklılarına yapıp yapılmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

Oysa kanun koyucu intifa hakkı sahiplerinin de pay defterine kaydedilmesi gerekliliğini öngörmüş (TTK m. 499/1), bir esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı bulunması hâlinde, payın intifa hakkı sahibi tarafından temsil edileceğini (TTK m. 600/3) belirtmiş ve yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, paya ilişkin oy hakkının kural olarak intifa hakkı sahibi tarafından kullanılacağını (TTK m. 432/2) hükme bağlamıştır. Görüldüğü üzere intifa hakkı sahibi özellikle genel kurulda paya ilişkin hakların kullanılması açısından neredeyse bir pay sahibi kadar güçlü bir statüye sahiptir. Nitekim bu güçlü hak sahipliğinin oluşturulması TTK'da pay sahipliği statüsünün oluşturulması ile eşdeğer önemde görülmüştür. Bu çıkarımımız TTK'nın 600/1. maddesi hükmüne dayanmaktadır. Buna göre bir esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı kurulmasına, esas sermaye payının geçişine ilişkin hükümler uygulanacaktır. Peki bu statüye rağmen intifa hakkı sahibi genel kurula ilişkin olarak iadeli taahhütlü mektupla bilgilendirilmeyecek midir?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yukarıda da ele aldığımız üzere, tek paysahipli anonim şirketin pay sahibi, payların bir kısmı üzerinde intifa haklarının bulunması halinde tek başına, yani intifa hakkı sahipleri bulunmadan, TTK'nın 416. maddesi kapsamında çağrısız genel kurul

yapamayacaktır. Böyle bir durumda ya intifa hakkı sahiplerinin tamamı da toplantıda hazır bulunacak ya da ilanla çağrı merasimi işletilmek zorunda kalınacaktır. Diğer bir ifade ile tek pay sahibi ve intifa hakkı sahipleri esas taahhütnamede belirtilen şekilde, internet sitesi açmakla yükümlü olması halinde şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayımlanan ilanla toplantıya çağrılmalıdırlar.

Kanaatimizce ilan usulüne ek olarak pay sahibi ile birlikte intifa hakkı sahiplerine de genel kurul toplantısı ile ilgili, TTK'nın 414/1. maddesi hükmüne uygun olarak, iadeli taahhütlü mektup gönderilmelidir. Çünkü pay sahibi olmasalar da genel kurula katılmaya ilişkin hak sahipleri ve genel kurulda pay sahipliğine ilişkin hakları kullanacak olanlar intifa hakkı sahipleridir. Bununla birlikte, yukarıda da değindiğimiz üzere, kanun koyucunun, payın intifa hakkı sahibi tarafından temsil edileceğini bildirmiş olması (TTK m. 600/3) gerçeği karşısında, kanaatimizce, herhangi bir pay sahibinin genel kurul toplantısının çağrı usulüne ilişkin bütün hakları intifa hakkı sahibinin de haiz olduğunun kabulü gerekir.

Bu konu başlığı bağlamında gündeme gelebilecek bir başka soru, tek pay sahibine ait payların tamamı üzerinde intifa ya da rehin haklarının bulunması ve bu hak sahiplerinin aynı zamanda bütün paylardan doğan oy haklarını ellerinde bulundurmaları durumunda tek pay sahibinin genel kurula katılıp katılamayacağı (TTK m. 425 vd.), katılabileceğinin kabulü halinde ise bilgi alma ve inceleme hakları (TTK m. 437) ile özel denetim isteme hakkını (TTK m.438) kullanıp kullanamayacağı hususlarına ilişkindir. Belirtmek gerekir ki TTK burada anılan her üç hakkı da oy hakkından bağımsız olarak ve ayrı kenar başlıklar altında düzenlemiştir²⁸. Dolayısıyla kanaatimizce tek pay sahibi, kendisine ait payların hiçbiri üzerinde oy hakkını haiz olmasa dahi, genel kurula katılabilecek, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanabilecek ve bu hakkın kullanımından sonra özel denetçi atanmasını talep edebilecektir. Belirtilen durumda tek pay sahibinin ilgili hakları kullanmakta menfaatinin olduğunun kabulü

²⁸ Bu hususta genel kurula katılma hakkı ile ilgili olarak bkz: Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-03.

gerekir. Bununla birlikte kanaatimizce, oy hakkı sahibi olan intifa ya da rehin hakkı sahibinin de oy hakkına bağlı olarak ilgili hakları kullanabileceğinin kabulü gerekir.

E. Toplantı Gündeminin Hazırlanması

Anonim şirket genel kurulu bir gündem bağlamında toplanır. Nitekim kanun koyucu, kanunda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere, gündemde bulunmayan konuların genel kurulda müzakere edilemeyeceğini ve karara bağlanamayacağını açıkça belirtmiştir (TTK m. 413/2). Gündeme bağlılık ilkesinin somutlaşması olarak ifade edilebilecek bu hüküm olağan ya da olağanüstü, çağrılı ya da çağrısız bütün genel kurul toplantıları için bağlayıcıdır. Gündem, kural olarak genel kurul toplantıya çağırma yetkisini kullanan tarafından belirlenecektir (TTK m. 413/1). Gündemin belirlenmesi ya da gündemin değiştirilmesi ile sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır.

Konumuz açısından tartışılacak husus, genel kurulun toplanmasına ilişkin merasimler konusunda olduğu gibi burada da tek pay sahibinin bir takım kolaylıklara sahip olup olamayacağıdır. Şüphesiz toplantı gündeminin belirlenmesi hususunda kolaylıklar olmasaydı toplantı çağrısı ile ilgili avantajların bir anlamı olmayacaktı. Nitekim kanun koyucu çağrısız toplanan genel kurulda, gündeme oybirliği ile madde eklenebileceğini, bunu yasaklayan esas sözleşme (esas taahhütname) hükümlerinin geçersiz olacağını düzenlemiştir (TTK m. 416/2). Dolayısıyla bütün payları elinde bulunduran tek pay sahibi çağrı merasimine uymadan genel kurul toplantısı yapabileceği gibi bu toplantının gündemini de arzu ettiği gibi belirleyebilecektir. Bu belirleme yetkisinin genel kurulun yetki ve görev sınırları dâhilinde yer alan gündem konularına ilişkin olacağı açıktır.

F. Tek Pay Sahibinin Temsil Edilmesi

Tek paysahipli anonim şirketler açısından özellik arz edebilecek hususlardan bir diğeri pay sahibinin genel kurulda temsili ile ilgilidir. Temsilci aracılığıyla genel kurula katılma, genel kurulda katılma hakkının kanunen tanınmış bir şeklidir. Çok pay sahipli anonim şirketlerde olduğu

gibi, tek pay sahipli anonim şirketlerde de pay sahibi genel kurula temsilcisi aracılığıyla katılma hakkına sahiptir²⁹. Burada bireysel ve toplu temsile ilişkin mekanizmaların tek pay sahipli anonim şirkette uygulanabilirliğini ayrı ayrı ele almak gerekir.

Toplu temsil ile karşılaştırıldığında bireysel temsil geçici nitelikte ve belirli bir toplantıya pay sahibinin katılmaması nedeniyle ortaya çıkan sorunları aşma amacını taşıyan bir mekanizmadır³⁰. Tek pay sahipli anonim şirketin pay sahibinin kendisini Borçlar Kanunu anlamında temsilci, diğer bir ifadeyle adi temsilci vasıtasıyla bireysel olarak temsil ettirmesinin önünde herhangi bir engel görünmemektedir³¹. Ancak belirtmek gerekir ki çok pay sahipli anonim şirketlerden farklı olarak burada adi temsilci kural olarak oy haklarının tamamını kullanacaktır. Çünkü her pay sahibinin genel kurulda sadece bir kişi tarafından temsil edilmesi esastır. Birden fazla kişiye temsil yetkisinin verilmesi veya tüzel kişi pay sahiplerini temsil ve ilzama yetkili birden fazla kişinin genel kurula katılması durumlarında ise bunlardan ancak birisi tarafından oy kullanılabilir (A.Ş. GK Yönetmeliği m. 18/8).

Böylelikle bütün oy haklarının tek pay sahibinde bulunduğu durumlarda adi temsilci tek başına genel kurulun bütün yetkilerini kullanma olanağına kavuşmaktadır. Bu da adi temsilcilik sistemini tek pay sahipli anonim şirketler açısından son derece etkili ve bir o kadar da riskli hale getirmektedir. Adi temsilci talimatla bağlı olmakla beraber onun bu talimatlara aykırı olarak genel kurul sıfatıyla karar alması kararların geçerliliğini etkilemeyecektir. Çünkü talimatlara aykırılık pay sahibi ile temsilcisi arasındaki iç ilişki ile ilgilidir (TTK m.427/1). Payların bir kısmı üzerinde intifa hakkının mevcut olması ya da payların üzerinde rehin bulunması ve rehin alacaklısına oy hakkının tanınmış olması halinde ise adi temsilci geriye kalan paylardan doğan oy haklarını kullanabilecektir.

²⁹ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-43.

³⁰ Bilgili ve Demirkapı, s. 321.

³¹ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-47.

Aşağıda ele alınmış olan toplu temsil mekanizmalarının yanında TTK'nın temsile ilişkin yeniliklerinden bir diğeri de tevdi eden temsilcisine ilişkin düzenlemedir. Tevdi eden temsilciliği bazı yazarlar³² tarafından bireysel temsil olarak sınıflandırılırken diğeri bazı yazarlar tarafından³³ da kurumsal temsilin bir türü olarak görülmektedir. “Tevdi eden” terimi, payını kayden veya pay senedini fiziki olarak bir hukuki ilişki çerçevesinde bir kişiye bırakan ve bu kişiden kendisini genel kurulda temsil etmesini isteyen kişiyi ifade etmektedir³⁴. Burada “hukuki bir ilişki çerçevesinde bırakma”; saklatma, rehin verme, inancılı bir işlemle devretme, kullanım ödücü çerçevesinde ödünce bırakma şeklinde olabilir³⁵. TTK'nın 429/1. maddesi hükmünde tevdi eden temsilcisinin, kendisine tevdi edilmiş bulunan pay ve pay senetlerinden doğan katılma ve oy haklarını tevdi eden adına kullanma yetkisini haizse, nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda talimat almak için, her genel kurul toplantısından önce, tevdi edene başvurmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Tek pay sahipli anonim şirketin pay sahibi de pekâlâ paylarının bir kısmını ya da tamamını temsilci olmaya elverişli kişi ya da kuruluşlara tevdi etmiş olabilir. Bu anlamda, temsil yetkisinin verilmiş olması halinde, tek paysahipli ortaklıklarda da tevdi eden temsilciliği mümkündür³⁶.

Toplu temsil ise TTK'nın, özellikle sermayenin tabana yayıldığı anonim ortaklıklardaki güç boşluğunu azaltmak amacıyla düzenlediği ve

³² Örneğin bkz: Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-48; Pulaşlı, *Genel Esaslar*, § 19 Nr. 81.

³³ Örneğin: Bilgili ve Demirkapı, s. 329.

³⁴ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-48. A.Ş. GK Yönetmeliği m. 18/8 hükmünde ise pay sahiplerinin, şirket genel kurul toplantılarında, pay ve pay senetlerinin kendilerine tevdi edilmiş olması koşuluyla; Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca kayden izlenen paylar için aracı kuruluşları, diğeri pay senetleri için aracı kuruluşların yanı sıra portföy yönetim şirketlerini, ilgili mevzuatlarında pay senedi saklama yetkisi olan kişi veya kuruluşları ve rehin alacaklısını, tevdi eden temsilcisi olarak yetkilendirebilecekleri düzenlenmiştir.

³⁵ “Tevdi eden kişiler” hamiline yazılı pay senetleri bağlamında TK m. 427/2’de örnek kabilinden sayılmaktadır. Bu hususta ayrıca bkz: Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-48; Cafer Eminoglu, *Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)* (Oniki Levha 2014), s. 74 vd.

³⁶ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-48.

6762 sayılı TTK’da mevcut olmayan organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilciyi ifade etmektedir. Belirtilen toplu temsil türleri TTK’nın 428-431. maddelerinde düzenlenmiştir. Pay sahipleri demokrasininin bir yansıması olan bu toplu temsil olanaklarıyla bir taraftan pay sahiplerine kurumsal temsil imkânı oluşturulmak, diğer taraftan da yönetim-muhalefet rekabetinin kurulması amaçlanmıştır³⁷. Dolayısıyla, kanun koyucu, herhangi bir alt sınır koymamış olmakla birlikte, toplu temsil türlerini çok paysahipli ortaklıklar için öngörmüştür³⁸. Bu çerçevede kanaatimizce tek pay sahipli anonim şirketlerin TTK’nın 428. maddesi ve devamında düzenlenen toplu temsile ilişkin yükümlülükler tabi olmadığı kabulü gerekir.

Tek pay sahibinin genel kurulda temsili ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus genel kurulda tek pay sahibine ait tüm payların temsil edilmesine ilişkin sorundur. Tek pay sahibinin paylarını bölmek ve böldüğü paylarını farklı kişilere temsil ettirmek suretiyle değişik yönlerde oy kullanamayacağı öğretide genel kabul görmektedir³⁹. Genel kurula, oy hakkını haiz intifa ya da rehin hakkı sahiplerinin katılması ve payların bir kısmının bunlar tarafından temsili elbette müstesna ve mümkündür. Öğretideki tartışmalı husus ise tek pay sahibinin genel kurula, paylara ilişkin temsil, rehin ya da intifa hakları bulunmaksızın, paylarının sadece bir kısmı için oy kullanmak suretiyle katılıp katılamayacağı ile ilgilidir. Bunu mümkün gören görüşün⁴⁰ aksine Pulaşlı’ya göre böyle bir yaklaşım “tek ortaklı şirket” kavramı ve gerçeğiyle bağdaşmadığı gibi hukuki bir anlamı da yoktur. Yazar,

³⁷ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-45.

³⁸ Ancak SerPK m. 30/4 hükmünde TTK’nın 428 inci maddesinin SerPK kapsamında uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Böylelikle, esas itibari ile sermayeleri tabana yayılmış ortaklıklar açısından işlevsel olması beklenen kurumsal temsil müessesesi, halka açık şirketler açısından işlevsiz hale getirilmiştir. Bu hususta bkz: Cafer Eminoglu ve Mehmet Şeker, ‘Bir Pay Sahipliği Girişimi Olarak Kurumsal Temsilci’ (2015), 6 (Özel Sayı I) İÜHFD 1, s. 1-18.

³⁹ Bkz: Ünal Tekinalp, *Tek Kişilik Ortaklık I, Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık (Tek Pay Sahipli AŞ, Vedat Kitapçılık 2011)*, § 13 Nr. 2; Pulaşlı, *Genel Esaslar*, § 19 Nr. 24; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-02.

⁴⁰ Tekinalp, *Tek Pay Sahipli AŞ*, § 13 Nr. 2; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-02.

belirtilen yaklaşımın tek pay sahibine meşru bir yarar sağlamayacağı gibi ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisaplarının arandığı hallerde de karar alınmasının imkânsız hale gelebileceğini belirtmektedir⁴¹.

G. Bakanlık Temsilcisinin Katılımı

6762 Sayılı eTTK Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın bütün anonim ortaklıkların genel kurullarına katılmasını zorunlu kılmaktaydı⁴². TTK bu genel zorunluluğu kaldırmış ve sadece 333. maddesi gereğince belirlenen anonim ortaklıklar için Bakanlık temsilcisinin katılımını şart koşturmuştur. Bu çerçevede A.Ş. GK Yönetmeliği'nin 32. maddesi ve devamında da Bakanlık temsilcisinin katılacakları GK toplantıları gösterilmiştir. Bakanlık temsilcisi bulunması zorunlu olmayan toplantılar için ise sermayenin en az onda birini oluşturan pay sahipleri tarafından, gerekçeleri de bildirilmek suretiyle, bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine dair talep, görevlendirme makamının değerlendirilmesine sunulmak üzere şirkete yapılabilir. Toplantıya çağırılanlar tarafından bu talebin görevlendirme makamına iletilmesi zorunludur (A.Ş. GK Yönetmeliği m. 32/3). İlgililerin talep etmesi halinde Bakanlığın temsilci görevlendirip görevlendirmeme konusunda takdir yetkisi vardır⁴³.

Yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde tek pay sahipli bir anonim ortaklığın genel kurulunda da bakanlık temsilcisinin bulunması zorunluluk arz edebilir. Örneğin, tek pay sahipli anonim ortaklık döviz işleten bir şirket ise ya da tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketi ise TTK'nın 333. maddesi ile ilintili olarak (iio.) Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve

⁴¹ Pulaşlı, *Genel Esaslar*, § 19 Nr. 24. Ayrıca bkz: Pulaşlı, *Şerh I*, § 29 Nr. 177. Bu hususta ve genel olarak tek pay sahipli anonim şirketin genel kuruluna ilişkin değerlendirmeler için bkz: Hasan Pulaşlı, 'Tek Kişilik Anonim Şirket Genel Kurullarıyla İlgili Olarak Ortaya Çıkabilecek Sorunlar' (2014) 139 *Legal Hukuk Dergisi* 1309, s. 1316.

⁴² Bkz: eTTK m. 297.

⁴³ Bu tespitin dayanağı A.Ş. GK Yönetmeliği m. 32/3 hükmünün son cümlesidir. İlgili hükümde genel kurulu toplantıya çağırılanların talep etmeleri ve bu taleplerin görevlendirme makamınca uygun görülmesi halinde Bakanlık temsilcisinin görevlendirileceği düzenlenmektedir. Ayrıca bkz: Bilgili ve Demirkapı, s. 301.

Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ'in (İzne Tabi Anonim Şirketler Tebliği) 5. maddesi gereği genel kurul toplantılarının tamamında bakanlık temsilcisi bulundurmak zorunda kalacaktır. Yine örneğin A.Ş. GK Yönetmeliği'nin 32/1. maddesi hükmü gereğince tek pay sahipli anonim şirketin, gündeminde, sermayenin artırılması veya azaltılması, kayıtlı sermaye sistemine geçilmesi ve kayıtlı sermaye sisteminden çıkılması, kayıtlı sermaye tavanının artırılması veya faaliyet konusunun değiştirilmesine ilişkin esas taahhütname değişikliği ile birleşme, bölünme veya tür değişikliği konuları bulunan veya yurtdışında yapılacak olan genel kurul toplantılarında bakanlık temsilcisi bulunmalıdır. Bu şartlar yerinde olmasa dahi tek pay sahibi veya sermayenin en az onda birini oluşturan paylar üzerinde intifa hakkına sahip olan kişi ya da kişiler bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesini talep edebilirler. Bakanlık temsilcisinin zorunlu olduğu veya zorunlu olmadığı halde Bakanlığın talep üzerine görevlendirme yaptığı hallerde Bakanlık temsilcisinin yokluğunda alınan kararlar geçersizdir (A.Ş. GK Yönetmeliği m. 32/4).

Bazı yazarlara göre tek pay sahipli anonim şirketin bütün genel kurul toplantıları Bakanlık temsilcisinin huzurunda yapılmalıdır⁴⁴. Bazı yazarlara göre ise tek kişilik anonim şirket genel kurul toplantısında Bakanlık temsilcisinin bulunmasının mantıki ve hukuki bir anlamı yoktur⁴⁵. Bu son görüş, Bakanlık temsilcisinin genel kurullarda bulunmasının nedeninin ilk planda çok pay sahipli anonim şirketlerdeki menfaat çekişmesi olduğu, konuşma, oy kullanma ve öneride bulunma gibi vazgeçilmez pay sahipliği haklarının genel kurulda ihlal edilip edilmediğinin denetimi olduğu, ancak tek pay sahipli anonim şirket genel kurul toplantılarında kararların oy birliği ile alındığı ve dolayısıyla A.Ş. GK Yönetmeliği'nin 32/1/a'da belirtilen hususlarda herhangi bir menfaat çatışmasının söz konusu olmayacağı gibi herhangi bir pay sahipliği

⁴⁴ Bkz: Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Nr. 715.

⁴⁵ Pulaşlı, *Genel Esaslar*, § 19 Nr. 22f.

hakkının da ihlal edilmesinin mümkün olmadığı şeklinde gerekçelendirilmektedir⁴⁶.

Biz yukarıda belirtilen her iki görüşü de katılmamaktayız. Öncelikle belirtmek gerekir ki ne TTK'da ne de ikincil düzenlemelerde bakanlık temsilcisinin tek pay sahipli anonim şirketlerin genel kuruluna katılmaları ile ilgili özel/farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Öte taraftan kanaatimizce Bakanlık temsilcisinin genel kurul toplantılarına katılımının gerekçeleri arasında pay sahipleri arasındaki menfaat çekişmelerinin kontrolü veya pay sahipliği haklarının ihlalinin önlenmesi daha geri plandadır. Çünkü TTK, eTTK'dan farklı olarak bütün genel kurul toplantılarında değil, sadece belirli genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin varlığını zorunlu kılmaktadır. Ayrıca TTK'nın 333. maddesi ve İzne Tabi Anonim Şirketler Tebliği'nin 5. maddesinde belirtilen izne tabi anonim şirketlerin genel kurullarında Bakanlık temsilcisinin bulunmasının ön görülmesinin nedeni kanaatimizce ilgili toplantılardaki pay sahipleri menfaatlerinin çekişmesinin kontrolünden ziyade kamu menfaatinin korunmasının gerekli görülmesidir.

Bununla birlikte TTK'nın 407/3. maddesi iio. A.Ş. GK Yönetmeliği'nin 32/1/a'da belirtilen sermayenin artırılması veya azaltılması, kayıtlı sermaye sistemine geçilmesi ve kayıtlı sermaye sisteminden çıkılması, kayıtlı sermaye tavanının artırılması veya faaliyet konusunun değiştirilmesine ilişkin esas sözleşme değişikliği ile birleşme, bölünme veya tür değişikliği gibi konularda pay sahiplerinin menfaatlerinin gözetimi kadar başta alacaklılar olmak üzere diğer menfaat sahiplerinin⁴⁷ korunması da amaçlanmaktadır. Dolayısıyla TTK ve ikincil mevzuatla belirlenen durumlarda tek pay sahipli anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin bulunması hukuken gerekli olduğu gibi üçüncü taraflar ve kamu menfaatlerinin korunması açısından da önemlidir. Kaldı ki paylar üzerinde intifa hakkının ya da rehin bulunması

⁴⁶ Pulaşlı, *Genel Esaslar*, § 19 Nr. 22f; bu hususta ayrıca bkz: Pulaşlı, *Şerh I*, § 29 Nr. 175.

⁴⁷ Pay sahibi dışında başka kimlerin de bir anonim şirkete ilişkin menfaat sahibi (*stakeholder*) olabileceğine ilişkin bkz: Eminoğlu, s. 22 vd.

ve rehin alacaklısına oy hakkının tanınmış olması gibi hallerde tek pay sahipli anonim şirketin genel kurul toplantılarında oy birliği ile karar alınamaması da söz konusu olabilir.

Öte taraftan Bakanlık temsilcisinin tek pay sahipli anonim şirketlerin bütün genel kurul toplantılarında bulunmasını gerekli kılacak koruyucu ya da denetime yönelik bir neden olmadığı gibi kanaatimizce bu yönde hukuki bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Belirtilen bütün bu nedenlerle çok pay sahipli bir anonim şirketin genel kuruluna hangi şartlarda Bakanlık temsilcisinin katılması öngörülmüş ise aynı şartların varlığında tek pay sahipli genel kurul toplantısına da Bakanlık temsilcisinin katılımının zaruri olduğunun kabulü gerekecektir.

Tek pay sahipli anonim şirketlerin genel kurullarına Bakanlık temsilcisinin katılacak olması toplantıya ilişkin formaliteleri arttırabilir. Tek pay sahibi kural olarak, toplantıya katılımı zorunlu olanlarla birlikte, dilediği yer ve zamanda genel kurul toplantısı yapabilecek iken⁴⁸ belirtilen durumda Bakanlık temsilcisi için gerekli davet çıkarılmak ve uygun toplantı zamanı belirlenmek zorunda kalınacaktır. Özellikle intifa haklarının varlığı halinde Bakanlık temsilcisi, çağrıya ilişkin prosedürün yerine getirilip getirilmediği, toplantı ve karar alma yetersayıların oluşup oluşmadığı, kararların usulüne göre alınıp alınmadığı gibi hususları incelemek, toplantı tutanağının TTK ve ilgili ikincil düzenlemelere uygun olarak hazırlanmasını sağlamak, toplantı sonuna kadar toplantıdaki mevcudiyetini korumak ve tutanağı imzalamak gibi yükümlülüklerle sahiptir⁴⁹.

H. Toplantıda Katılabilecekler

TTK kimlerin genel kurul toplantısına katılabileceği hususunda eTTK'ya oranla daha açıklayıcı hükümlere yer vermektedir. Bununla birlikte toplantıya katılmaya ilişkin hükümlere aykırılık halinde hangi yaptırımların söz konusu olacağı kanunda düzenlenmemiştir.

⁴⁸ Bu hususta ayrıca bkz: Bachmann, s. 968.

⁴⁹ Bilgili ve Demirkapı, s. 312 vd.

Anonim şirket genel kurulu pay sahiplerinin meydana getirdiği ve bu yolla şirkete istikamet çizdikleri bir kuruldur. Dolayısıyla genel kurul toplantısının temel maksadı pay sahiplerini bir araya getirmektir. Tek pay sahipli anonim şirkette pay sahibi tek başına genel kurulun bütün yetkilerine sahip olduğuna göre kural olarak onun varlığı kurulun tam üyeli olarak toplanması, onun yokluğu ise kurulun toplanamaması anlamına gelecektir. Kanun koyucu pay sahipleri için genel kurula katılımı zorunlu kılmamıştır⁵⁰. Ancak tek pay sahipli anonim şirkette bütün paylar tek bir pay sahibinde toplandığı için onun toplantıya katılmaması aşağıda ele alınan istisnai durumlar dışında, kurulun toplanamaması anlamına gelecektir.

Pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullanmak için, genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiyi de temsilcisi olarak genel kurula yollayabilir (TTK m. 425/1). Tek pay sahipli anonim şirket açısından burada söz konusu olabilecek temsilci adı temsilci veya tevdi eden temsilcisi olabileceği gibi veli ve vasi gibi kanuni temsilciler de olabilir.

Yukarıda da ele alındığı üzere intifa hakkı sahipleri de genel kurul toplantısına katılmaya yetkilidirler. Tek pay sahipli anonim şirkette payların tamamı üzerinde intifa hakkı varsa bu durumda bütün payları temsilen intifa hakkı sahibi toplantıya katılacak ve bu yolla esasen genel kurulun bütün yetkilerine sahip olacaktır. Ancak bu durumda dahi pay sahibi, oy kullanamazsa da toplantıya katılabilecektir⁵¹.

Diğerlerinde olduğu gibi tek pay sahipli anonim şirkette de genel kurul toplantısında murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunmaları şarttır. Şirketin diğer yönetim kurulu üyeleri genel kurul toplantısına katılabilirler (TTK m. 407/2). Aynı hüküm gereğince genel kurul toplantısında hazır bulunması gerekenlerden bir diğeri de denetçidir.

⁵⁰ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-41; Bilgili ve Demirkapı, s. 296.

⁵¹ Bilgili ve Demirkapı, s. 298.

Yukarıda da değinildiği üzere çeşitli nedenlerle Bakanlık temsilcisinin de tek pay sahipli anonim şirketin genel kurul toplantısında hazır bulunması zorunluluk arz edebilir. Buna mukabil halka açık ortaklıklar için SPK tarafından SerPK m. 95 hükmü çerçevesinde görevlendirebilecek olan SPK gözlemcisi tek paysahipli anonim şirketin genel kurulunda yer alamayacaktır. Tek pay sahipli anonim şirkette de hazır bulunanlar listesini hazırlamakla yükümlü olan organ yönetim kuruludur⁵².

İ. Toplantının Yapılması

Genel kurulun nasıl yürütüleceği şirketin yönetim kurulu tarafından hazırlanan bir iç yönerge ile tespit edilir. Bu iç yönergenin içeriğine ilişkin asgari unsurlar A.Ş. GK Yönetmeliği'nde belirlenmiştir. İç yönergenin hazırlanması ve genel kurul tarafından onaylanması tek pay sahipli anonim ortaklıklar için de bir zorunluluktur (A.Ş. GK Yönetmeliği m. 43/1).

Çağrışı gerçekleştirenler kural olarak genel kurul toplantısını da açacaklardır⁵³. Bu durum tek pay sahipli anonim şirketin genel kurul toplantısı için de geçerlidir. Örneğin tek pay sahibi çağrışı yapmışsa o, yönetim kurulu yapmışsa yönetim kurulu başkanı toplantıyı açacaktır. Yönetim kurulu başkanı toplantıda bulunmuyorsa onun vekili o da yoksa bir yönetim kurulu üyesi toplantıyı açar. Yukarıda belirtilen istisnai durumlardan dolayı tek pay sahibinin azınlık statüsü ile genel kurulu çağırıldığı durumlarda toplantıyı varsa kayyım, yoksa pay sahibi açacaktır⁵⁴.

Tek pay sahipli anonim şirketlerde de toplantıyı genel kurul tarafından seçilen, pay sahibi olması zorunlu olmayan bir başkan yönetir⁵⁵. Ancak başkan esas taahhüname ile de belirlenmiş olabilir. Bu

⁵² Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-33.

⁵³ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-36; Bilgili ve Demirkapı, s. 305.

⁵⁴ Azınlık çağrısıyla toplanan genel kurul toplantısının kayyım, kayyım yoksa azınlığı temsilen bir pay sahibi tarafından açılacağına ilişkin olarak: Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-36.

⁵⁵ Üçışık ve Çelik, s. 287; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-40.

durumda esas taahhütname ile atanmış olan başkan toplantıyı yönetir⁵⁶. Başkan tutanak yazmanı ile gerekli görmesi halinde oy toplama memurunu belirler ve böylelikle başkanlığı oluşturmuş olur. Ancak burada tek pay sahipli anonim şirketlerin genel kurulları açısından bir özel hüküm söz konusudur. A.Ş. GK Yönetmeliği'nin 14/2. maddesi hükmünde tek pay sahipli şirketlerde tutanak yazmanı ve oy toplama memurunun seçilmesinin zorunlu olmadığı ayrıca belirtilmiştir⁵⁷. Bir başka hükümde de bununla paralel olarak tek pay sahibinin, başkan olması halinde, toplantı başkanlığı için öngörülen görevleri tek başına yerine getirebileceği belirtilmiştir (A.Ş. GK Yönetmeliği m. 43/1). Böylelikle tek pay sahibinin genel kurulun bütün yetkilerini tek başına kullandığı durumlarda başkanlığın (divan heyetinin) oluşturulmasına ve fiilen başkanın seçilmesi gereklilik arz etmeyecektir⁵⁸.

Tutanak yazmanı ve oy toplama memurunun seçimine ilişkin muafiyetin, oy hakkı sahibi olan intifa ya da rehin hakkı sahiplerinin genel kurula katılımı halinde de söz konusu olup olamayacağı burada tartışılması gereken önemli hususlardan bir diğeridir. Pulaşlı belirtilen durumda toplantı başkanı ile bir tutanak yazmanının (katibin) seçilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁹. Pay sahibi dışındaki oy hakkı sahiplerinin katılımı halinde başkanın seçilmesi gerektiği açıktır. Nitekim başkanın seçimi hususunda zaten tek pay sahipli anonim ortaklık genel kurulları için bir muafiyet öngörülmüş değildir. Oy toplama memuru her halükarda başkanın gerekli görmesi halinde yine başkan tarafından belirlenecektir⁶⁰.

⁵⁶ Üçışık ve Çelik, s. 287.

⁵⁷ Belirtmek gerekir ki A.Ş. GK Yönetmeliği m. 14/2 hükmünden çok pay sahipli anonim şirket genel kurul toplantılarında tutanak yazmanı ve oy toplama memurunun seçilmesinin zorunlu olduğu yönünde bir belirlemeye zaten yer verilmemiştir. Hatta ilgili hükümde “ayrıca tutanak yazmanı ve oy toplama memuru seçilmemişse, bunlara ait görevler toplantı başkanı tarafından yerine getirilir” demek suretiyle bunların seçiminin çok pay sahipli anonim şirketlerde de ihtiyari olduğu vurgulanmıştır. Dolayısıyla tek pay sahipli şirketlerde tutanak yazmanı ve oy toplama memurunun seçilmesinin zorunlu olmadığına ilişkin ifadeye esasen ihtiyaç yoktur.

⁵⁸ Pulaşlı, *Genel Esaslar*, § 19 Nr. 22a.

⁵⁹ Pulaşlı, *Genel Esaslar*, § 19 Nr. 22b.

⁶⁰ Sami Karahan (Ed.) / Ayşegül Sezgin Huysal, *Şirketler Hukuku* (Mimoza 2013), s. 550.

Tutanak yazmanı ise, kanaatimizce de, tek pay sahibi dışında başka oy hakkı sahiplerinin bulunduğu durumlarda, bu kişilerin haklarının korunması amacıyla, başkan tarafından belirlenmelidir.

Genel kurul toplantısının yapılması bağlamında tartışılacak diğer bir husus da elektronik ortamda tek üyeli böyle bir toplantının yapıp yapılamayacağı ile ilgilidir. Belirtmek gerekir ki tek pay sahipli anonim şirket genel kurulunun elektronik ortamda yapılması gereksiz görünse de bunu engelleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Hatta tek pay sahibi dışında oy hakkını haiz intifa ve rehin hakkı sahiplerinin ya da bakanlık temsilcisinin katılması gerekli olan genel kurul toplantılarında elektronik genel kurul toplantısı amaca uygun olabilir.

J. Karar Alınması ve Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası

A.Ş. GK Yönetmeliği'nde tek pay sahipli anonim şirketler için özellikle vurgulanan hususlardan biri de genel kurulda karar alınmasına ilişkindir. İlgili Yönetmeliğin 23. maddesinin 4. fıkrasında öncelikle, TTK'da da belirtildiği üzere, tek pay sahipli anonim şirketlerde, bu pay sahibinin genel kurulun tüm yetkilerine sahip olduğu belirtildikten sonra tek pay sahibinin genel kurul sıfatıyla alacağı kararların geçerlilik kazanabilmesi için yazılı olmalarının şart olduğu düzenlenmiştir.

Kanaatimizce ilgili hükümdeki son cümle olmasaydı da tek pay sahipli genel kurul “yazılı olmayan” karar alamayacaktır. Zira bütün genel kurul toplantılarında tutanak tutulması zorunludur. Tutanakta ise pay sahiplerini veya temsilcilerini, bunların sahip oldukları payları, gruplarını, sayılarını, itibarî değerlerini, genel kurulda sorulan soruları, verilen cevapları, alınan kararları, her karar için kullanılan olumlu ve olumsuz oyların sayılarını içermelidir (TTK m. 422/1). Tutanak ile tespit edilmeyen ya da tutanakta yer almayan kararlar geçersizdir⁶¹. Dolayısıyla esasen sadece tek pay sahipli olanlarda değil bütün anonim şirket genel kurullarında kararlar yazılı olmak zorundadır⁶².

⁶¹ Karahan/Huysal, s. 547.

⁶² Aynı yönde: Kendigelen, dpn. 166.

Tek pay sahipli anonim ortaklıklar açısından ele alınması gereken diğer bir husus, bu tür ortaklıklarda ibra kararı alınması ile ilgilidir. Kanun koyucu tek pay sahipli anonim ortaklığın varlığına (TTK m. 359/1) müsaade ettiği gibi yönetim kurulunun da pay sahibi olan ya da olmayan tek kişiden oluşmasına olanak sağlamaktadır. Böylelikle tek pay sahibi aynı zamanda yönetim kurulunun tek üyesi olabilecek ve şirketin gerek irade organının gerekse de yönetim ve temsil organının bütün yetkilerini tek başına kullanabilecektir. Esas sorun da buradan kaynaklanmaktadır. Çünkü kanun koyucu TTK'da, şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişilerin, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamayacağını hükme bağlamaktadır (TTK m. 436/2). Buna göre tek pay sahibi ve aynı zamanda tek yönetim kurulu üyesi olan kişi genel kurulda kendisinin ibrasına ilişkin karar alamayacaktır⁶³.

Belirtmek gerekir ki TTK'nın 436/2. maddesi hükmü, tek pay sahibi dışında başka yönetim kurulu üyelerinin bulunduğu durumlarda bu kişiler için de ibra kararı alınmasını imkânsız hale getirmektedir. Çünkü bütün payları ve bunlardan doğan oy haklarını elinde bulunduran tek pay sahibi yönetim kurulu üyeliği nedeniyle diğer yönetim kurulu üyelerinin ibrasına ilişkin kararlarda da oy kullanamayacak, böylelikle genel kurulda kullanılabilir oy hakkı kalmayacaktır.

Ancak, bütün paylar tek pay sahibine ait olmakla birlikte paylar üzerindeki oy haklarının bir kısmı ya da tamamı intifa ya da rehin hakkı sahiplerine ait olabilir. Kanaatimizce böyle bir durumda, intifa ya da rehin hakkı sahiplerinin kullanacakları oylar ile gerek yönetim kurulu üyesi olan tek pay sahibinin gerekse de pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin ibrasına yönelik karar alınabilir. Ancak belirtmek gerekir ki tek pay sahibinin ibraya yönelik karar aldırma amacıyla payları üzerinde rehin ya da intifa hakkı oluşturması muvazaalı bir işlem olacaktır. Tek pay

⁶³ Pulaşlı, *Genel Esaslar*, § 19 Nr. 26. Belirtmek gerekir ki ibra kararı alınmaması sadece tek pay sahipli anonim ortaklık ile ilgili bir sorun değildir. Bu sorun pay sahiplerinin yönetim kurulu üyesi olduğu çok ortaklı anonim şirketlerde de söz konusu olabilir. Bkz: Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-04.

sahibinin genel kurulda kendisini temsil ettirmek suretiyle ibra kararı aldırması ise elbette söz konusu olamayacaktır. Çünkü temsilci esasen pay sahibi adına oy kullanmaktadır.

Genel kurulda karar alınması ve genel kurul kararları ibra kararları dışında diğer bazı hususlar ve hükümler açısından da özellik arz edebilir. Örneğin genel kurul kararlarının iptal ya da butlanına ilişkin davalar, finansal tabloların kurulda müzakeresi, oy hakkını haiz rehin ya da intifa hakkı sahiplerinin genel kurulda öneride bulunma, inceleme ve bilgi edinme hakları özellik arz edebilir ve somut değerlendirme gerektirebilir⁶⁴. Yine ibra kararları dışında pay sahipleri için düzenlenmiş olan oydan yoksunluk hali tek pay sahipli anonim şirket açısından sorun teşkil edebilir. TTK'nın 436/1. maddesi hükmüne göre pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamayacaktır. Böylelikle oy hakkına sahip başka kişilerin bulunmadığı tek pay sahipli genel kurul toplantısında belirtilen hususta karar alınması mümkün olmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki burada ifade ettiğimiz görüşlerin aksine Alman öğretisinde tek pay sahibinin Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu § 136 Abs. 1 hükmünde belirtilen oydan yoksunluk hükmüne tabi olmayacağı, diğer bir ifadeyle açık hükme rağmen belirtilen durumlarda oy kullanabileceği kabul görmektedir⁶⁵. Buna gerekçe olarak özellikle, oydan yoksunluğa ilişkin hükmün amacının menfaat çatışmasını önlemek olduğu, oysa burada tek pay sahibi dışında başka pay sahibi bulunmadığı için menfaat çatışmasının söz konusu olmayacağı ve oydan yoksunluğa ilişkin hükmün tek pay sahibine uygulanması halinde karar alınmasının mümkün olmayacağı ifade edilmektedir⁶⁶. Kanaatimizce, TTK açısından

⁶⁴ Bu hususta ayrıca bkz: Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-05.

⁶⁵ Bachmann, s. 969.

⁶⁶ Bachmann, s. 969.

düşünüldüğünde, kanun koyucu özellikle anonim şirketler ile ilgili olarak sadece pay sahibini değil, çalışanlar, alacaklılar ve hatta toplumun kendisi gibi diğer birçok ilgiliyi de menfaat sahibi (*stakeholder*) olarak görmekte⁶⁷ tek pay sahipli anonim şirketin menfaatlerinin, tek pay sahibine karşı da olsa, korunması gerekli görmektedir. Bu yönüyle oydan yoksunluk hallerinin tek pay sahipli anonim şirket genel kurulu açısından da gerekli olabileceğinin kabulü gerekir.

K. Tutanak

Diğer anonim şirketlerden farklı olarak tek pay sahipli anonim şirketlerde pay sahibinin tutanağı imzalaması zorunluluğu öngörülmüştür. Bu durumda birden fazla pay sahipli anonim şirket genel kurulu toplantı tutanağının toplantı başkanlığı ve varsa Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanması (TTK m. 422/1) yeterli iken tek pay sahipli anonim şirket genel kurul toplantı tutanağının ayrıca tek pay sahibi tarafından imzalanması gereklidir (A.Ş. GK Yönetmeliği m. 26/1).

Eğer tek pay sahibi aynı zamanda başkanlık görevini üstlenmişse toplantı tutanağını başkan ve tek pay sahibi sıfatıyla imzalayacaktır. Toplantı başkanının, bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu olan toplantılarda Bakanlık temsilcisinin veya tek pay sahipli şirkette hazır bulunan pay sahibinin veya temsilcisinin imzalamadığı toplantı tutanakları geçersizdir (A.Ş. GK Yönetmeliği m. 26/5). Çok pay sahipli anonim ortaklıklarda olduğu gibi tek pay sahipli anonim ortaklığın genel kurul toplantı tutanağının da belirtilen şekilde imzalanması, akabinde ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gereklidir.

L. Hazır Bulunanlar Listesi

Tek pay sahipli anonim ortaklığın genel kurulunda hazır bulunanlar listesinin hazırlanmasının gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu liste, çok pay sahipli anonim şirket genel kurulları için gereklidir ve tek pay sahipli ortaklıklarda, oy hakkını haiz intifa ya da rehin hakkı sahipleri mevcut değilse, genel kurulda hazır bulunanlar

⁶⁷ Bu hususta bkz: Eminoglu, s. 22 vd.

listesinin hazırlanması gerekmemektedir⁶⁸. Bu görüşe gerekçe olarak, payların tamamının tek pay sahibi tarafından temsil ediliyor ve kararların da oybirliği ile alınmıyor olması nedeniyle kararda tek pay sahibinin ad, soyad ve imzasının yer alacağı ve dolayısıyla hazır bulunanlar listesinin hazırlanmasının mantıklı bir amacı olmadığı ifade edilmektedir⁶⁹.

Belirtmek gerekir ki kanun koyucu tek pay sahipli anonim şirket genel kurulları için hazır bulunanlar listesinin hazırlanmasına yönelik herhangi bir istisnaya yer vermemiştir. Bunun da ötesinde tek ya da çok pay sahipli anonim şirket ayırımı yapılmaksızın yönetim kurulunca hazırlanan hazır bulunanlar listesinin, toplantıda hazır bulunan pay sahipleri veya temsilcileri, toplantı başkanı ile Bakanlık temsilcisinin bulunma zorunluluğu olan toplantılarda Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanması gerektiği düzenlenmiştir (A.Ş. GK Yönetmeliği m. 16/3). Bu nedenle toplantıya oy hakkı sahibi olarak tek pay sahibinin katılacağı düşünülse bile bu hususun tespiti kanaatimizce gerekli ve zaruridir.⁷⁰ Bu durumda hazır bulunan listesi, tüm ilgili taraflar için, toplantının tek pay sahibinin varlığında gerçekleştiğini kanıtlamak gibi önemsiz olmayan bir amaca hizmet edecektir. Kaldı ki toplantıda tek pay sahibinin oy hakkı söz konusu olsa dahi, yukarıda da ele aldığımız üzere, pay sahibi yerine temsilcisi ve yine bunların dışında dışarıdan bir toplantı başkanı ve Bakanlık temsilcisinin katılması muhtemeldir. Bu kişiler ve yönetim kurulu başkanı tarafından ilgili listenin imzalanmasının öngörülmüş olması da listenin düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

M. Genel Kurul Kararlarının Hukuka Aykırılığı

Tıpkı çok paysahipli anonim şirketlerde olduğu gibi tek pay sahipli anonim şirketlerin genel kurullarında alınan kararların da çeşitli nedenlerle geçersizliği, diğer bir ifadeyle ilgili kararların yokluğu, batıl olmaları ve hatta iptal edilebilirliği söz konusu olabilir. Kararlara ilişkin yokluğun ve butlanın tespiti ile iptal davalarının pay sahibi dışındaki

⁶⁸ Pulaşlı, *Genel Esaslar*, § 19 Nr. 22h.

⁶⁹ Yazar Alman öğretisinde de belirtilen görüşün hâkim olduğunu ifade etmektedir. Bkz: Pulaşlı, *Genel Esaslar*, § 19 Dpn. 10b.

⁷⁰ Aynı yönde: Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, Nr. 13-33.

kişiler tarafından da açılabilceği düşünöldüğünde belirtilen davalarla icra edilecek yargısal denetimin tek pay sahipli ortaklıklarda söz konusu olduğu, hatta bu denetimin daha da önem kazandığı söylenebilir.

Tek pay sahipli genel kurul kararlarının kurucu unsurları mevcut değilse bu kararlar yoklukla malul olacaktır. Burada kurucu unsurlar genel kurulun yapılması ve bu genel kurulda alınan kararlardır. Yukarıda ele aldığımız çağrısız genel kurul hali hariç olmak üzere çağrının yapılmaması veya yetkili kişi yahut organca yapılmaması halinde genel kurul kararı yoklukla sakat olacaktır. Ayrıca Bakanlık temsilcisinin katılımının gerekli olduğu toplantılarda Bakanlık temsilcisinin toplantıya katılmaması, toplantıyı terk etmesi ya da tutanağı imzalamaması halinde ilgili genel kurul toplantısında alınan kararların yok hükmünde olacağı kabul edilmektedir.⁷¹ TTK'da genel kurul kararlarının yokluğu hakkında herhangi bir düzenleme yer almadığı için bir genel kurul kararının yokluğuna ilişkin değerlendirmeler TTK'da düzenlenmiş bulunan butlan ve iptal davalarının ve genel hükümlerin çizdiği sınır ile tespit edilebilecektir.⁷² Genel kurul kararlarının yokluğunun tespiti davası menfaati olan herkes tarafından açılabilceği gibi hâkim de bu hususu re'sen dikkate almalıdır. Örneğin tek pay sahipli anonim ortaklıklarda başka pay sahibi bulunmadığı için intifa hakkı sahibi ya da yönetim kurulu üyeleri böyle bir davayı açabileceklerdir. Ancak intifa haklarının çoğunlukta olduğu tek paysahipli anonim ortaklıkta kanaatimizce tek pay sahibinin de genel kurul kararının yokluğunun tespiti davasını açabilmesi söz konusu olabilecektir. Yokluğun tespiti davası herhangi bir zamanaşımına tabi değildir.

Tıpkı yokluk halinde olduğu gibi bir tek pay sahipli anonim şirketin genel kurul kararının batıl olması da söz konusu olabilir. Yokluk halinden faklı olarak butlan durumunda şekil ve usul bakımından geçerli bir karar mevcut olmakla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nun 26 ve 27. maddesi

⁷¹ Bkz: 11.HD.5.4.1982,E.1982/1512, K.1982/1512, K.1982/1507 (Karahana/Huysal,s. 555).

⁷² Karahana/Huysal, s. 554 vd.

hükümlerine aykırılık, diğer bir ifade ile emredici hukuk kurallarına veya ahlaka /adaba aykırılık ya da imkânsızlık söz konusudur.⁷³ Bununla birlikte genel kurul kararları açısından TTK’da açıkça sayılan butlan halleri mevcuttur. Buna göre genel kurulun, özellikle pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran, pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran veya anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan kararları batıldır (TTK m. 447/1). Görüldüğü üzere kanun koyucu TTK’da genel kurul kararlarının butlan sebeplerini sınırlayıcı olmayacak şekilde, örnek vermek suretiyle düzenlemiştir.⁷⁴ TTK’nın 447. maddesinde, konu açısından genel kurul kararlarının butlanı, örneklerle de olsa belirtilmiş olmasına rağmen, şekil yönünden bâtil genel kurul kararlarının butlanının belirlenmesi içtihat ve öğretiyeye bırakılmıştır. TTK’nın 447. maddesinin gerekçesinde ve doktrinde konu açısından bâtil genel kurul kararlarının tespitinde olduğu gibi, şekil açısından bâtil genel kurul kararlarının tespitinde de, “özellikle” sözcüğünün sınırlayıcı işlevinin ve butlanın ikincilliği ilkesinin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁵.

Butlan durumunda esasen ilgili genel kurul kararı, kurucu nitelikteki hükümlere aykırılık taşımadığından dolayı varlık kazanmıştır. Buna rağmen gerek yokluk gerekse de butlan durumunda ilgili genel kurul kararının kesin hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır⁷⁶. Belirtilen butlan hallerinde, herhangi bir zamanaşımına tabi olmaksızın, iptal davası açabilecek kişiler dışında hukuken korunmaya değer menfaati bulunan herkes butlanın tespiti için dava açabilecektir⁷⁷. Tek pay sahipli anonim

⁷³ Üçışık ve Çelik, s. 338 vd.

⁷⁴ Ömer Korkut, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Anonim şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı* (Karahan 2012), s. 99.

⁷⁵ Bkz. TTK’nın 447. maddesinin gerekçesi; Karasu, Rauf; *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 2. Bası, 2015; s. 84 vd.

⁷⁶ Bilgili ve Demirkapı, s. 344.

⁷⁷ Korkut, s. 182.

şirketlerde başka pay sahibi bulunmayacağı için doğal olarak sadece diğer menfaat sahipleri butlanın tespiti davası açabilecektir.

IV. SONUÇ

Tek kişilik sermaye şirketi 6102 Sayılı TTK'nın getirdiği önemli yeniliklerden biridir. Böylelikle bir taraftan uygulamada yaşanan "saman adam" sorununa çözüm bulunmak istenmiş diğer taraftan Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlanmıştır. Ne var ki, özellikle anonim şirketler açısından, tek ortaklı şirket konsepti gerek kavramsal gerekse de kuramsal olarak şirketler hukukunun geleneksel düzeni ile çeşitli açılardan gelişmektedir.

Tek pay sahipli anonim şirkete ilişkin problem alanlarının başında genel kurula ilişkin işleyiş gelmektedir. Kanun koyucu birkaç husus dışında tek pay sahipli anonim şirketin genel kurulu ile ilgili özel hükümler ihdas etmiş değildir. Böylelikle bu sınıfta yer alan anonim şirketlerin genel kurulları büyük ölçüde, çok pay sahipli şirketler için öngörülen genel kurul rejimine tabi kılınmıştır. Bu da, kural olarak "kurul" şeklinde işlemesi gereken bu temel karar organına ilişkin düzenin tek kişiden oluşan ve bu tek kişinin bütün yetkileri kullandığı bir organ için uygulanmasından kaynaklanan birçok soruna yol açmaktadır.

Tek pay sahipli anonim şirket için en elverişli toplanma modeli elbette TTK'nın 416. maddesi hükmü çerçevesinde çağrısız genel kurul olacaktır. Çünkü bu yolla tek pay sahibi dilediği yerde ve zamanda "genel kurul" sıfatıyla karar alabilecektir. Yine tek pay sahibi, çağrısız genel kurul toplantısı için belirlenen gündemi dilediği gibi şekillendirebilecektir. Ne var ki şirket tek pay sahipli olmasına, diğer bir ifade ile paylar tek bir kişiye ait olmasına rağmen payların tamamı ya da bir kısmı üzerindeki oy hakları başkasına ait olabilir. Paylar üzerinde intifa haklarının bulunduğu ya da paylar üzerinde rehin kurulduğu ve oy haklarının da rehin hakkı sahibine verildiği bu tür durumlarda çeşitli şekil şartlarına bağlanan genel kurul davet merasimi ve gündeme bağlılık ilkesinin sıkı prosedürü işletilmek zorunda kalınabilir. Tek pay sahibine ait bütün paylar

üzerindeki oy hakları başkasına ait olsa dahi tek pay sahibi genel kurul toplantısına katılma hakkına sahiptir. Ancak uygulamada böyle bir durumda oy hakkı dışındaki diğer pay sahipliği haklarını kimin kullanacağı ile ilgili çekişme ve sorunlar yaşanabilir.

Çok pay sahipli şirketlerde olduğu gibi tek pay sahibi de genel kurulda kendisini temsil ettirebilecektir. Ancak bu hususta Borçlar Kanunu anlamında temsilci ve tevdi eden temsilcisi mekanizmaları elverişli iken TTK'nın 428. maddesi vd hükümlerinde düzenlenen toplu temsil türleri, intifa ve rehin alacaklıları bulursa dahi, kanaatimizce tek pay sahipli şirketler için elverişli değildir. Tek pay sahibinin paylarını bölmek ve böldüğü paylarını farklı kişilere temsil ettirmek suretiyle değişik yönlerde de oy kullanamayacaktır. Kanaatimizce tek pay sahibinin genel kurula, paylara ilişkin temsil, rehin ya da intifa hakları bulunmaksızın, paylarının sadece bir kısmı için oy kullanmak suretiyle katılım sağlayamayacağını da kabulü gerekir.

Tek pay sahipli anonim şirket genel kurulu ile ilgili tartışmalı hususlardan biri de, Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılımıdır. Bu hususta tek pay sahipli anonim şirketler açısından özel bir düzenleme söz konusu değildir. Dolayısıyla Bakanlık temsilcisi çok pay sahipli anonim şirket genel kuruluna hangi şartlarda katılacaksa, aynı şartların varlığında tek pay sahipli anonim şirketin genel kuruluna da katılmalıdır. Bakanlık temsilcisi, bu sınıfa giren anonim şirketlerin genel kurullarında belki pay sahipleri arasındaki menfaat çatışmalarını kontrol etmek gibi bir vazifeye sahip olmayacak, ancak alacaklılar ve çalışanlar gibi diğer menfaat sahiplerinin (*stakeholder*) çıkarlarını gözetmek ve kamu menfaatlerinin korumak gibi yükümlülüklerini yerine getirmek üzere hazır bulunacaktır. Bununla birlikte Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılacak olması, tek pay sahipli anonim şirketin genel olarak sunduğu kolaylıkların aksine toplantıya ilişkin formaliteleri arttırabilecektir.

Toplantının işleyişine ilişkin esaslar tek pay sahipli anonim şirketlerde de, hazırlanması ve genel kurul tarafından onaylanması zorunlu olan bir iç yönergede belirlenir. Tek pay sahibinin genel kurulun

bütün yetkilerini tek başına kullandığı durumlarda başkanlığın (divan heyetinin) oluşturulmasına ve fiilen başkanın seçilmesi gereklik arz etmeyecektir. Toplantının elektronik ortamda yapılmasına ilişkin olarak da bir engel söz konusu değildir.

Tek pay sahibinin aynı zamanda tek yönetim kurulu üyesi olduğu durumlarda genel kurulda yönetim kurulu üyesinin ibrasına ilişkin karar alınamayacaktır. Ancak, bütün paylar tek pay sahibine ait olmakla birlikte paylar üzerinde, karar almaya yetecek oranda oy hakkının intifa ya da rehin hakkı sahiplerine ait olduğu durumlarda, bu oylarla gerek yönetim kurulu üyesi olan tek pay sahibinin gerekse de pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin ibrasına yönelik karar alınabilir. Ancak tek pay sahibinin ibraya yönelik karar aldırma amacıyla payları üzerinde rehin ya da intifa hakkı oluşturması muvazaalı bir işlem olacaktır. Yine TTK'nın 436/1. maddesi hükmünde belirtilen oydan yoksunluk hallerinde de tek pay sahipli anonim şirket genel kurullarında karar alınamayacaktır. Ayrıca, genel kurul kararlarının iptal ya da butlanına ilişkin davalar, finansal tabloların müzakeresi, oy hakkını haiz rehin ya da intifa hakkı sahiplerinin genel kurulda öneride bulunma, inceleme ve bilgi edinme hakları gibi hususlar tek pay sahipli anonim şirket genel kurulları açısından özellik arz edebilir.

Tek pay sahipli anonim şirketlerin genel kurul kararlarından etkilenen, karar alan pay sahibi dışında başka bir pay sahibi yoktur. Ancak pay sahibi dışında başka menfaat sahiplerinin bu kararlardan etkilenmesi söz konusu olabilir. Dolayısıyla burada da genel kurul kararlarının yokluğu, butlanı ve hatta iptal edilebilirliği söz konusu olabilir. Çünkü bu konudaki davalar pay sahibi dışındaki diğer kişiler tarafından da açılabilecektir.

KAYNAKÇA

- Bachmann G, *Die Einmann-AG* (NZG 2001).
- Berzek AN, ‘Anonim Ortaklıkta Pay Üzerinde İntifa Hakkı Sahibinin Oy Hakkı ve Oy Hakkına Bağlı Diğer Haklar’ (2002) VI (1-4) AÜEHFD 224.
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku* (Dora 2013).
- Eminoğlu C, *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)* (Oniki Levha 2014).
- Eminoğlu C ve Şeker M, ‘Bir Pay Sahipliği Girişimi Olarak Kurumsal Temsilci’ (2015), 6 (Özel Sayı I) İÜHFD 1.
- Güneş BS, ‘Tek Kişilik Anonim Şirketler’ (2012), 3 İstanbul Barosu Dergisi 220.
- Karahan S (Ed.), *Şirketler Hukuku* (Mimoza 2013).
- Karasu, R, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (Yetkin 2015).
- Kendigelen A, *Türk Ticaret Kanunu; Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (Oniki Levha 2012).
- Kırca İ, Şehirli Çelik FY ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku* (Cilt I, BATİDER 2013).
- Korkut Ö, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Anonim şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı* (Karahan 2012).
- Poroy R, Tekinalp T ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2015).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi* (Cilt 1 Şerh I, 2. Baskı, Adalet 2015).
- *Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Genel Esaslar, 3. Baskı, Adalet 2015).*
- ‘Tek Kişilik Anonim Şirket Genel Kurullarıyla İlgili Olarak Ortaya Çıkabilecek Sorunlar’ (2014) 139 Legal Hukuk Dergisi 1309.
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Sermaye Ortaklıkları, Vedat Kitapçılık 2013).*

— *Tek Kişilik Ortaklık I, Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık (Tek Pay Sahipli AŞ, Vedat Kitapçılık 2011).*
Üçışık Ü ve Çelik A, *Anonim Ortaklıklar Hukuku* (C. I, Adalet 2013).

HİZMETLER DİREKTİFİNİN İŞ KURMA VE HİZMET SUNUMU SERBESTİSİ İLE İLİŞKİSİ

Yrd. Doç. Dr. İlke GÖÇMEN*

ÖZET

Avrupa Birliği (“AB”), hizmetler iç pazarı yönünden, iş kurma ve hizmet sunumu serbestisini desteklemek üzere ve bunları dayanak alarak, bir Hizmetler Direktifi (“HD”) çıkarmıştır. HD, klasik iç pazar uyumlaştırma tasarruflarından oldukça farklı olduğundan; HD’nin iş kurma ve hizmet sunma serbestisi ile ilişkisini tam olarak kavrayabilmek, karmaşık bir iştir; ama kaçınılmazdır. Zira bu ilişki, uygulanacak hukuki rejimdeki farklılıklar nedeniyle, mühim sonuçlar ihtiva etmektedir. İşte bu çalışma, HD ile iş kurma ve hizmet sunumu serbestisi arasındaki ilişkiyi, bir yandan, hangisinin ne zaman uygulanabilir olduğu; diğer yandan birinin diğerine nispetle ne tür katma değerler içerdiği yönleriyle ortaya koymaya çalışmaktadır. Sonuç olarak, herhangi bir somut olay yönünden, bu ilişkiye yönelik ne tür bir yaklaşım takip edilebileceği, tespit edilecekse de; bu ilişki, muhtemelen epey yargılama konusu yapılacak olup; ancak AB Adalet Divanının gelecekteki kararları ile bütünüyle aydınlatılabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hizmetler Direktifi, İş Kurma Serbestisi, Hizmet Sunumu Serbestisi, İç Pazar, Hizmetler.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı.

THE RELATIONSHIP OF THE SERVICES DIRECTIVE WITH THE FREEDOM OF ESTABLISHMENT AND TO PROVIDE SERVICES

ABSTRACT

As regards internal market for services, European Union (“EU”) adopted a Services Directive (“SD”) in order to promote the freedom of establishment and to provide services and relying on them. Since SD is quite different from ordinary internal market harmonization measures, to realize exactly the relationship between the SD and freedom of establishment and to provide services is complicated task; but it is inevitable; because this relationship involves significant consequences, since there are differences in the applicable legal regimes. This article tries to reveal the relationship between the SD and freedom of establishment and to provide services, on the one hand, as regards when is which one of them is applicable, on the other hand, as regards which one of them has added-value in relation to the other one. Consequently, there will be a suggestion on how to approach a concrete case at hand regarding this relation; nonetheless, this relationship will probably be a subject of lots of litigation and can only be completely illuminated with the future decisions of Court of Justice of the EU.

Keywords: Services Directive, Freedom of Establishment, Freedom to Provide Services, Internal Market, Services.

Giriş

Avrupa Birliği (“AB”), hâlâ, “iç pazar” merkezli olup,¹ iç pazara erişmek de, statik değil; dinamik bir hedef olarak gündemdeki yerini korumaktadır². İç pazara erişmek, ilk planda, kurucu antlaşmadaki serbestî

¹ İç pazar, “içinde malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlandığı, iç sınırların olmadığı bir alanı kapsar”. AB’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (“ABİHA”) md. 26. Bu meyanda, “iç pazar” ile ilgili genel olarak bkz. İlke Göçmen, “İç Pazar”, Belgin Akçay & İlke Göçmen, eds, *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar*, 2d ed, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 327–348.

² Nitekim AB’nin hedefleri ile ilgili Lizbon Antlaşması (“LA”) ile değişik AB Antlaşması (“ABA”) md. 3(3)’e göre: “Birlik bir iç pazar kurar.”

hükümlerinin³ gerektirdiği ayrımcılık yasağı⁴ ile kısıtlama yasağından⁵ ve karşılıklı tanıma ilkesinden⁶ hareketle ticarete yönelik engelleri kaldırmak,

³ Malların serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması (“AETA”) md. 9 vd. ve 34 vd.; Nice Antlaşması (“NA”) ile değişik Avrupa Topluluğu Antlaşması (“ATA”) md. 23 vd. ve 28 vd.; ABİHA md. 28 vd. ve 34 vd. Kişilerin serbest dolaşımı altındaki işçilerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. AETA md. 48 vd.; NA ile değişik ATA md. 39 vd.; ABİHA md. 45 vd.; iş kurma serbestisi ile ilgili olarak bkz. AETA md. 52 vd.; NA ile değişik ATA md. 43 vd.; ABİHA md. 49 vd. Hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. AETA md. 59 vd.; NA ile değişik ATA md. 49 vd.; ABİHA md. 56 vd. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bkz. AETA md. 67 vd.; NA ile değişik ATA md. 56 vd.; ABİHA md. 63 vd.

⁴ Doğrudan ayrımcılık yönünden mallar ile ilgili olarak bkz. Case 59/82 (Court of Justice) *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft v Weinvertriebs-GmbH* [1983] ECR 1217, paras 7–12.; işçiler ile ilgili olarak bkz. Case 44/72 (Court of Justice) *Pieter Marsman v M. Rosskamp* [1972] ECR 1243, para 4.; iş kurma ile ilgili olarak bkz. Case C-451/03 (Court of Justice) *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl v Giuseppe Calafiori* [2006] ECR I-2941, para 36.; hizmetler ile ilgili olarak bkz. Case C-288/89 (Court of Justice) *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and others v Commissariaat voor de Media* [1991] ECR I-4007, para 11.; sermaye ile ilgili olarak bkz. Case C-423/98 (Court of Justice) *Alfredo Albore* [2000] ECR I-5965, paras 16–17. Dolaylı ayrımcılık yönünden mallar ile ilgili olarak bkz. Case C-110/05 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2009] ECR I-519, paras 34, 37.; işçiler ile ilgili olarak bkz. Case C-237/94 (Court of Justice) *John O’Flynn v Adjudication Officer* [1996] ECR I-2617, para 20.; iş kurma ile ilgili olarak bkz. Case C-347/06 (Court of Justice) *ASM Brescia SpA v Comune di Rodengo Saiano* [2008] ECR I-5641, para 60.; hizmetler ile ilgili olarak bkz. Case C-507/03 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Ireland* [2007] ECR I-9777, para 30.; sermaye ile ilgili olarak bkz. Opinion of Advocate General in Case C-512/03 (Court of Justice) *J. E. J. Blanckaert v Inspecteur van de Belastingdienst / Particulieren / Ondernemingen buitenland te Heerlen* [2005] ECR I-7685, paras 64–71.

⁵ Kısıtlama yönünden mallar ile ilgili olarak bkz. *Commission of the European Communities v Italian Republic*, dn. 5, para 34.; işçiler ile ilgili olarak bkz. Case C-464/02 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark* [2005] ECR I-7929, para 45.; iş kurma ile ilgili olarak bkz. Case C-55/94 (Court of Justice) *Reinhard Gebhard v Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165, para 37.; hizmetler ile ilgili olarak bkz. Case C-219/08 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [2009] ECR I-9213, para 13.; sermaye ile ilgili olarak bkz. Joined Cases C-463/04 and C-464/04 (Court of Justice) *Federconsumatori, Adiconsum, ADOC, Ercole Pietro Zucca (C-463/04) and Associazione Azionariato Diffuso dell’AEM SpA, Filippo Cuccia, Giacomo Fragapane, Pietro Angelo Puggioni, Annamaria Sanchirico, Sandro Sartorio (C-464/04) v Comune di Milano* [2007] ECR I-10419, para 19.

⁶ Karşılıklı tanıma ilkesi yönünden mallar ile ilgili olarak bkz. *Commission of the European Communities v Italian Republic*, dn. 5, para 34.; işçiler ve iş kurma ile ilgili

yani “negatif bütünleşme” ile gerçekleştirilebilir⁷. İç pazara erişmek, buna ek olarak da, birtakım ortak AB kuralları getirerek iç pazarı uyumlaştırmak,⁸ yani “pozitif bütünleşme” ile gerçekleştirilebilir. Bu iki bütünleşme türü, bir arada kullanımda olup; esasen birbirlerini tamamlamaktadır⁹.

AB, hizmetler için iç pazar söz konusu olduğunda, iş kurma ve hizmet sunumu serbestisini desteklemek üzere ve bunları dayanak alarak,¹⁰ 2006 yılında hem siyaseten hem de hukuken çokça tartışmalı bir Hizmetler Direktifi (“HD”) çıkarmıştır¹¹. Siyasi tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa; HD, hukuki açıdan tartışmalıdır; çünkü klasik iç pazar uyumlaştırma tasarruflarından oldukça farklı olarak, ancak işbirliğinin, deregülasyonun (negatif bütünleşmenin) ve uyumlaştırmanın (pozitif bütünleşmenin) bir karışımı ile nitelendirilebilecek, emsalsiz bir AB tasarrufudur¹². Bu nedenle, genel olarak HD’yi iç pazar hukuku içerisinde konumlandırmak veya özel olarak HD’nin iş kurma ve hizmet sunma

olarak bkz. Case C-340/89 (Court of Justice) *Vlassopoulou v Ministerium fuer Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Wuerttemberg* [1991] ECR I-2357, para 22.; hizmetler ile ilgili olarak bkz. Case 205/84 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [1986] ECR 3755, para 27.

⁷ Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 4th ed, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 10.

⁸ İç pazardaki uyumlaştırma ile ilgili özel hükümler yönünden iş kurma serbestisi için bkz. AETA md. 57; NA ile değişik ATA md. 47; ABİHA md. 53. Hizmetlerin serbest dolaşımı için bkz. AETA md. 66; NA ile değişik ATA md. 55; ABİHA md. 62. İç pazardaki uyumlaştırma ile ilgili genel hükümler için bkz. AETA md. 100ve 235; Avrupa Tek Senedi ile değişik AETA md. 100, 100a ve 235; NA ile değişik ATA md. 94, 95 ve 308; ABİHA md. 115, 114 ve 352.

⁹ Bkz. P J G Kapteyn et al, *The Law of the European Union and the European Communities*, Kluwer Law International, Alphen Aan Den Rijn, 2008, s. 577.

¹⁰ NA ile değişik ATA md. 47 ve 55 (şimdiki ABİHA md. 53 ve 62).

¹¹ Directive 2006/123/EC of 12 December 2006 on services in the internal market [2006] OJ L 376/36.

¹² Bkz. Maria Wiberg, *The EU Services Directive: Law or Simply Policy?*, T.M.C. Asser Press, New York, 2014, s. 57. Söz gelimi, yine, *van de Gronden ve de Waele*’ye göre, HD’nin devrimsel tasarımı, özellikle kullanılan uyumlaştırma tekniği, pek çok dramatik sonuca vücut vermektedir. Johan van de Gronden & Henri de Waele, “All’s Well That Bends Well? The Constitutional Dimension to the Services Directive”, *European Constitutional Law Review*, Cilt: 6, Sayı: 3, 2010, s. 398.

serbestisi ile ilişkisini tam olarak kavrayabilmek, karmaşık bir iştir. Bu yönden, bu ilişki, uygulanacak hukuki rejimdeki farklılıklar nedeniyle, yeni özgün yönler içerdiği kadar, mühim sonuçları da bünyesinde barındırmaktadır¹³.

İşte bu çalışma, HD'nin iş kurma ve hizmet sunumu serbestisi ile ilişkisini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu yönden, bu çalışma, özellikle şu sorulara yanıt aramaktadır: Birincisi, HD, ne zaman uygulanabilir; iş kurma ve hizmet sunumu serbestisi, ne zaman uygulanabilir? Böylelikle, HD'nin ve iş kurma ve hizmet sunumu serbestisinin uygulama alanları, birbirleri ile ilişkileri netleştirilerek, tespit edilmeye çalışılacaktır. İkincisi, HD, iş kurma ve hizmet sunumu serbestisine nazaran ne tür katma değerler getirmektedir ve iş kurma ve hizmet sunumu serbestisi de, hâlihazırda, HD'ye oranla ne tür katma değerler içermektedir? Böylece, HD'nin ve iş kurma ve hizmet sunumu serbestisinin öngördüğü hukuki rejimler, birbirlerine nispetle karşılaştırılarak, bunlardan hangisinin hangi hususlar yönünden daha ileri birtakım sonuçlar gerektirdiği belirlenmeye çalışılacaktır.

Bu çalışma, yukarıdaki sorulara yanıt verebilmek adına, iki ana bölüm üzerinden kurgulanmıştır. İlk olarak, iş kurma ve hizmet sunumu serbestisi ve HD, bu sırayla, genel çerçevesiyle incelenecektir. İkinci olarak, bu genel çerçeve arka planında, bu kez de, HD ile iş kurma ve hizmet sunumu serbestisi arasındaki ilişki, HD'nin bölümleri takip edilerek adım adım netleştirilecektir. Bu bakımdan, bu ilişki, sırasıyla, HD'nin kapsamı, HD uyarınca hizmetlerin serbest dolaşımı, HD uyarınca hizmet sunanlar için iş kurma hakkı ve HD'nin kalan diğer bölümleri ile

¹³ Nitekim AB Adalet Divanı (“ABAD”) da, HD ile ilgili ilk kararlarında, bu tür mühim sonuçların varlığına yönelik bir işaret olarak okunabilecek biçimde, HD ile kurulan “denge”den bahsetmektedir. ABAD’a göre, “[AB] yasa koyucusu”, HD ile “bir yandan hizmet sunanlar için iş kurma serbestisi ile hizmetlerin serbest dolaşımına yönelik engelleri ortadan kaldırma hedefiyle; diğer yandan belirli hassas faaliyetlerin spesifik karakteristiklerini koruma ihtiyacı arasındaki dengeye saygı gösterilmesini sağlamayı açıkça amaçlamıştır”. *Case C-57/12 (Court of Justice) Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel) ASBL v Commission communautaire commune de Bruxelles-Capitale* [2013], para 39.

ilgili düzenlemelerden hareketle tek tek açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

I. Genel Çerçevesiyle İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestîsi ve Hizmetler Direktifi

İş kurma ve hizmet sunma serbestîsi ile HD, bu sırayla, genel çerçevesiyle ortaya konacaktır.

1. Genel Çerçevesiyle İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestîsi

İş kurma ve hizmet sunma serbestîsi, “iç pazar” alanının birer parçası olup;¹⁴ burada, sırasıyla, ne zaman uygulanabilecekleri ve neye, hangi koşullar altında yasak getirdikleri yönünden kısaca izah edilecektir.¹⁵

Hem iş kurma serbestîsi hem de hizmet sunma serbestîsi, yalnızca, bir durum kişi ve konu bakımından kapsamı içinde kalıyorsa, uygulanabilir. İş kurma serbestîsi, kişi bakımından kapsam yönünden, ya Birlik vatandaşı¹⁶ “serbest çalışan” kişilerce ya da kâr amacı güden AB tüzel kişilerin¹⁷ kullanılabilir. Bu meyanda, “serbest çalışan” tanımı,

¹⁴ ABİHA md. 26(2). Bkz. dn. 1.

¹⁵ Bu meyanda, genel olarak, ABAD’ın hizmetler alanındaki içtihat hukukuna yönelik çalışmalar silsilesi için bkz. Vassilis Hatzopoulos, “Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services”, *Common Market Law Review*, Cilt: 37, Sayı: 1, 2000, s. 43–82; Vasilis Hatzopoulos & Thien Uyen Do, “The Case Law of the ECJ concerning the Free Provision of Services: 2000-2005”, *Common Market Law Review*, Cilt: 43, Sayı: 4, 2006, s. 923–991; Vassilis Hatzopoulos, “The Court’s Approach to Services (2006-2012): From Case Law to Case Load?”, *Common Market Law Review*, Cilt: 50, Sayı: 2, 2013, s. 459–501; Stefan Enchelmaier, “Always at Your Service (Within Limits): The ECJ’s Case Law on Article 56 TFEU (2006–11)”, *European Law Review*, Cilt: 36, Sayı: 5, 2011, s. 615–650.

¹⁶ Kurucu antlaşmaya göre “... Bir üye devletin uyruğu olan herkes Birlik vatandaşıdır. ...” ABİHA md. 20(1).

¹⁷ Kurucu antlaşmaya göre “Bir üye devlet mevzuatına göre kurulmuş ve sicilde kayıtlı merkezi, idare merkezi veya başlıca iş yeri Birlik içinde bulunan şirketler, ... üye devlet uyruğu gerçek kişilerle aynı muameleye tabi olur. Şirketler; kâr amacı gütmeyenler hariç, kooperatifler de dâhil olmak üzere, medeni hukuk veya ticaret hukukuna göre kurulmuş şirketler ile kamu hukuku veya özel hukuk hükümlerine tabi diğer tüzel kişileri ifade eder”. ABİHA md. 54.

biçimsel ve ekonomik olmak üzere iki yön içerir. Biçimsel yönden, bir kişi; ilgili etkinliğin, çalışma ve ücret koşullarının seçimi yönünden her türlü itaat ilişkisinin dışında, kendi sorumluluğu altında ve kendisine doğrudan ve tam olarak ödenen ücret karşılığında hizmet sunuyorsa “serbest çalışan” sayılır¹⁸. Ekonomik yönden, serbest çalışan kişinin uğraştığı iş, “etkili ve hakiki olmalı ve tamamen marjinal ve tali olarak addedilmemelidir”¹⁹. Hizmet sunma serbestisi, kişi bakımından kapsam yönünden, ya Birlik vatandaşı²⁰ “hizmet sunan” veya “hizmet alan” kişiye ya kâr amacı güden AB tüzel kişilerince²¹ ya da hizmet sunucusu gerçek veya tüzel kişinin “iş gücü” tarafından kullanılabilir. Bu meyanda, “hizmet sunan” tanımı, yukarıdaki “serbest çalışan” tanımı ile aynı olsa da; aşağıda görüleceği üzere, “hizmet sunan” kişi, “geçicilik temelinde”; “serbest çalışan” kişi ise, “istikrarlılık ve devamlılık temelinde” bir başka üye devlette bulunur. Bundan başka, “hizmet alan”, söz gelimi turistler, tıbbi tedavi görenler ve eğitim ya da iş (ticaret) amacıyla seyahat eden kişiler gibi, hizmet alacak olan kişileri ifade eder²². Hizmet sunucusunun “iş gücü” de, vatandaşlığına bakılmaksızın, hizmet sunma serbestisinden faydalanabilir²³.

Bir serbestinin konu bakımından kapsamı, bir serbesti ile bağlantılı “spesifik etkinlik” ile “sınır aşırı unsur”un varlığını gerektirir. İş kurma serbestisi, “serbest çalışmaya başlamak veya serbest çalışmayı sürdürmek”; hizmet sunma serbestisi ise, “bir ücret karşılığı serbest çalışan bir kişi tarafından hizmet sunumu ya da hizmet alımı” spesifik

¹⁸ Case C-268/99 (Court of Justice) *Aldona Malgorzata Jany and Others v Staatssecretaris van Justitie* [2011] ECR I-8615, para 71.

¹⁹ *Ibid*, para 33.

²⁰ ABİHA md. 20(1). Bkz. dn. 16.

²¹ ABİHA md. 54. Bkz. dn. 17.

²² Joined cases 286/82 and 26/83 (Court of Justice) *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377, para 16.

²³ Case C-113/89. (Court of Justice) *Rush Portuguesa Ld^a v Office national d’immigration* [1990] ECR I-1417, para 16; Case C-445/03 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxemburg* [2004] ECR I-10191, para 24. Bundan başka, bu konuyla ilgili olarak görevli işçilere dair 96/71 sayılı Direktif çıkarılmıştır.

etkinliğini korumaktadır²⁴. İş kurma serbestisi ile hizmet sunma serbestisi, “birbirini dışlar” niteliktedir²⁵. Başka bir ifadeyle, bir durum, ya iş kurma serbestisinin ya da hizmet sunma serbestisinin kapsamı içinde kalabilir; ancak aynı anda her iki serbestinin de kapsamı içinde kalamaz. Bu yüzden, iş kurma serbestisi, “istikrarlılık ve devamlılık temelinde” bir başka üye devletin ekonomisine katılım ile ilgili iken;²⁶ hizmet sunma serbestisi, “geçicilik temelinde” bir başka üye devlete gitmek ile ilgilidir²⁷. Bir etkinliğin geçici olup olmadığı ise, hizmet sunumunun “müddeti, düzenliliği, dönemselliği veya devamlılığı ışığında” belirlenir.²⁸ Bundan başka, gerek iş kurma serbestisi gerek hizmet sunma serbestisi, ancak bir olay “sınır aşırı unsur” barındırıyorsa uygulanabilir;²⁹ başka bir deyişle, bir durum, bir üye devlet yönünden tamamen iç ilişki olarak addediliyorsa, bu serbestiler, böyle bir duruma uygulanamaz.

Hem iş kurma serbestisi hem de hizmet sunma serbestisi, bir durum kişi ve konu bakımından kapsamı içinde kaldığında, vatandaşlık / merkez (yerleşim) temelinde doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcı veya serbestiyi kısıtlayıcı ulusal önlemleri, kural olarak, yasaklar. İlk olarak, hem iş kurma serbestisi hem de hizmet sunma serbestisi gereği gerçek kişiler yönünden vatandaşlık ve tüzel kişiler yönünden merkez³⁰ temelinde doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcı ulusal önlemler, kural olarak, yasaktır. Ayrıca, hizmet sunma serbestisi gereği yerleşim temelinde

²⁴ Hans D Jarass, “A Unified Approach to the Fundamental Freedoms”, Mads Andenas & Wulf-Henning Roth, eds, *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, United States of America, 2004, s. 142.

²⁵ *Gebhard*, dn. 6, para 20.

²⁶ *Ibid*, para 25.

²⁷ *Ibid*, paras 25, 26.

²⁸ *Ibid*, para 27.

²⁹ İş kurma serbestisi yönünden bkz. Joined Cases C-54/88, C-91/88 and C-14/89 (Court of Justice) *Criminal proceedings against Eleonora Nino and others* [1990] ECR I-3537, para 11. Hizmet sunma serbestisi yönünden bkz. Case C-97/98 (Court of Justice) *Peter Jägerskiöld v Torolf Gustafsson* [1999] ECR I-7319, para 44. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Hatzopoulos, dn. 16, s. 58–62; Hatzopoulos & Do, dn. 16, s. 943–946; Hatzopoulos, dn. 16, s. 469–474; Enchelmaier, dn. 16, s. 617–618.

³⁰ Merkez ile sicilde kayıtlı merkezi, idare merkezi veya başlıca iş yeri kast edilmektedir. Case C-231/05 (Court of Justice) *Oy AA* [2007] ECR I-6373, para 30.

doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcı ulusal önlemler de, kural olarak, yasaktır³¹. Bu meyanda, “doğrudan ayrımcılık”, belirli bir kritere (örneğin vatandaşlığa / merkeze ya da yerleşime) dayalı olan eşitsiz muameleyi ifade eder. “Dolaylı ayrımcılık” ise, belirlenen kritere (örneğin vatandaşlığa) dayalı olmamakla birlikte; aranan bir başka kriter (örneğin ikametgah) fiilen belirlenen kriter gibi sonuç doğuruyorsa ortaya çıkar. Örneğin, gerçek kişiler yönünden ulusal hüküm, esas olarak, diğer üye devlet vatandaşlarının zararına işlemeye elverişliyse, vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturur iken;³² tüzel kişiler yönünden ulusal hüküm, esas olarak, diğer üye devlette bulunan teşebbüsün zararına işliyorsa; merkez temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturur³³. İkinci olarak, hem iş kurma serbestisi hem de hizmet sunma serbestisi gereği pazara erişimi önleyen veya güçleştiren (serbestiyi kısıtlayıcı) ulusal önlemler, kural olarak, yasaktır. Bu yönden, “temel serbestilerin kullanımını güçleştirmeye veya daha az çekici hale getirmeye elverişli ulusal önlemler”, “kısıtlama” kabul edilir³⁴.

Vatandaşlık temelinde doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcı veya serbestiyi kısıtlayıcı ulusal önlemler, kural olarak yasak olsa da; belirli meşru sebepler ve orantılılık ilkesine uygun olmak kaydıyla haklı gösterilebilir. İlk olarak, doğrudan ayrımcı ulusal önlemler, yalnızca kurucu antlaşmadaki istisnalar ile dolaylı ayrımcı veya serbestiyi kısıtlayıcı ulusal önlemler ise, buna ek olarak kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler (“KYİAS”) ile haklı gösterilebilir. İş kurma serbestisi ve hizmet sunma serbestisi açısından kurucu antlaşmadaki istisnalar, kamu

³¹ *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and others v Commissariaat voor de Media*, dn. 5, para 10.

³² İş kurma serbestisi yönünden bkz. Case C-346/04 (Court of Justice) *Robert Hans Conijn v Finanzamt Hamburg-Nord* [2006] ECR I-6137, para 25. Hizmet sunma serbestisi yönünden bkz. Case C-224/97 (Court of Justice) *Erich Ciola v Land Vorarlberg* [1999] ECR I-2517, para 14.

³³ Hem iş kurma serbestisi hem de hizmet sunma serbestisi yönünden bkz. *ASM*, dn. 5, para 60.

³⁴ *Gebhard*, dn. 6, para 37. Kısıtlama yasağı ile ilgili olarak hizmet sunumu serbestisi yönünden ayrıca bkz. *Enchelmaier*, dn. 16, s. 618–630.

düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı iken,³⁵ kamu yararına ilişkin ağır basan sebepler, örnek olarak, sınai ve ticari mülkiyetin korunması,³⁶ hizmet alıcısı olan tüketicinin korunması ve toplumda düzenin muhafaza edilmesi,³⁷ çevrenin korunması³⁸ ve yol güvenliği³⁹ olarak sayılabilir. İkinci olarak, orantılılık ilkesi gereği, ulusal önlem “güttüğü hedefe erişmeyi güvenceye almak için uygun olmalı” ve “ona erişmek için gerekli olanın ötesine geçmemelidir”⁴⁰. Bundan başka, iş kurma serbestisi ve hizmet sunma serbestisi, kamusal yetkinin arzı de olsa kullanılmasıyla ilgili faaliyetlere uygulanmaz⁴¹. Son olarak, bir alanı bütünüyle uyumlaştıran bir AB tasarrufu varsa; bu, ilgili bir ulusal önlemi haklı gösterme ihtimalini ortadan kaldırır⁴².

Gerek iş kurma serbestisi gerek hizmet sunma serbestisi, üye devletlerin yanı sıra belirli ölçüde devlet dışı kişilere karşı da ileri sürülebilir. Bu bakımdan, üye devletler, kendilerine atfedilebilir olan her türlü önlem üzerinden bu serbestilerin muhatabı olacaktır⁴³. Bundan başka, örneğin Bisikletçiler Birliği veya Barolar Birliği gibi,⁴⁴ bir alanı

³⁵ ABİHA md. 52 ve 62.

³⁶ Case C-255/97 (Court of Justice) *Pfeiffer Großhandel GmbH v Löwa Warenhandel GmbH* [1999] ECR I-2835, para 21.

³⁷ Case C-6/01 (Court of Justice) *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) and Others v Estado português* [2003] ECR I-8621, para 73.

³⁸ Case C-384/08 (Court of Justice) *Attanasio Group Srl v Comune di Carbo gnano* [2010] ECR I-2055, para 50.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Gebhard*, dn. 6, para 37.

⁴¹ ABİHA md. 51 ve 62.

⁴² Örnek olarak bkz. Case C-3/99 (Court of Justice) *Cidrerie Ruwet SA v Cidre Stassen SA and HP Bulmer Ltd* [2000] ECR I-8749, para 47.

⁴³ İş kurma serbestisi yönünden bkz. Case 2/74 (Court of Justice) *Jean Reyners v Belgian State* [1974] ECR 631, para 32. Hizmet sunma serbestisi yönünden bkz. Case 33/74 (Court of Justice) *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] ECR 1299, para 27.

⁴⁴ Sırasıyla bkz. Case 36/74 (Court of Justice) *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española Ciclismo* [1974] ECR 1405; Case C-309/99 (Court of Justice) *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* [2002] ECR I-1577.

toplu biçimde düzenlemeye yetkili kuruluşlar da, önlemleri nedeniyle bu serbestilerin muhatabı sayılır. Dahası, gerçek ve tüzel kişiler de, söz gelimi bir banka da,⁴⁵ salt ayrımcılık yasağı yönünden de olsa, önlemi nedeniyle bu serbestilerin muhatabı kabul edilmektedir. Öyleyse, başka bir açıdan bakılırsa; bu serbestiler açısından “ulusal önlem”, bir üye devlete atfedilebilir olan yasal düzenlemeler, idari düzenlemeler, bireysel kararlar ve *de facto* uygulamalar olabileceği gibi; söz gelimi, nitelik olarak kamuya ait olmayan ve fakat serbest çalışmayı ve hizmet sağlamayı toplu biçimde düzenlemek için tasarlanmış kurallar⁴⁶ ve hatta bir bankanın getirdiği bir koşul⁴⁷ şekline de bürünebilir.

Buraya kadar iş kurma ve hizmet sunma serbestisi, genel çerçevesiyle yer almıştır. Şimdi de, HD, genel çerçevesiyle betimlenecektir.

2. Genel Çerçevesiyle Hizmetler Direktifi

HD,⁴⁸ iş kurma ve hizmet sunma serbestisi hükümlerini dayanak alıp;⁴⁹ 12 Aralık 2006 yürürlük tarihli⁵⁰ ve 28 Aralık 2009 tarihi itibarıyla iç hukuka aktarılmış olmalıdır⁵¹. HD, burada, yalnızca hedefi,

⁴⁵ Case C-281/98 (Court of Justice) *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* [2000] ECR I-4139, paras 6, 7.

⁴⁶ *Wouters*, dn. 45, paras 120–122.

⁴⁷ *Angonese*, dn. 46, paras 6, 7.

⁴⁸ Aslında, “Hizmetler Direktifi” ismi, uygun değildir: HD, her ne kadar her biri için farklı düzenleyici rejim yaratıyorsa da; hem (kurucu Antlaşma anlamında) hizmetler hem de hizmet sunan firmaların (ve bireylerin) başka üye devletlerde iş kurmasına uygulanır. David Edward & Robert Lane, *Edward and Lane on European Union Law*, Student ed, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, s. 579. Benzer bir görüş için bkz. Paul Craig & Grainne De Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 5th ed, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 813.

⁴⁹ NA ile değişik ATA md. 47 ve 55 (şimdiki ABİHA md. 53 ve 62).

⁵⁰ HD md. 46. HD’yi AB hukukunun gelişimi içerisinde konumlandırmaya çabalayan bir çalışma için bkz. Bruno de Witte, *Setting the Scene: How did Services get to Bolkestein and Why?* (2007), s. 1–12. HD ile birlikte hizmetler alanındaki diğer AB tasarrufları ile ilgili olarak bkz. Vassilis Hatzopoulos, *Regulating Services in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 222–287.

⁵¹ HD md. 44(1). Bkz. HD Dibace (75). Bkz. Joined cases C-357/10 to C-359/10 (Court of Justice) *Duomo Gpa Srl (C-357/10), Gestione Servizi Pubblici Srl (C-358/10) and Irtel Srl (C-359/10) v Comune di Baranzate (C-357/10 and C-358/10) and Comune di*

ana hatları ve ana veçheleriyle kısaca belirtilecek,⁵² bir sonraki bölümde de, iş kurma ve hizmet sunumu serbestisi ile arasındaki ilişkiyi netleştirebilmek adına, ana veçheleri üzerinden detaylandırılacaktır.

HD, hedefi yönüyle kısaca şöyle izah edilebilir. HD'nin hedefi, “üye devletlerarasında hizmet faaliyetlerinin gelişmesine yönelik engelleri ortadan kaldırmak”⁵³ ve böylelikle, hizmetler pazarını açmaktır⁵⁴. Zira “hizmetler, ekonomik büyümenin motorunu oluşturmakta ve pek çok üye devlette GSYİH'nin ve istihdamın %70'ini teşkil etmekte” iken,⁵⁵ “şu an için, iç pazar içindeki birtakım engeller, hizmet sunucularının, özellikle [KOBİ]'lerin, kendi faaliyetlerini ulusal sınırların ötesine genişletmelerini ve iç pazardan tam olarak yararlanmalarını engellemektedir”⁵⁶. Bu yönden, bu engeller, salt kurucu antlaşmadaki iş kurma ve hizmet sunma serbestisi hükmüne dayanarak (negatif bütünleşme yoluyla) ortadan kaldırılamamaktadır; çünkü bu, tipik olarak, “bu engellere vaka bazında eğilme” içerir ve dahası, “birçok engelin kaldırılması, idari işbirliğinin

Venegono Inferiore (C-359/10) [2012], paras 18–20. Dahası, HD'nin yerine getirilmesi ile ilgili olarak bkz. Alina Kaczorowska, *European Union Law*, 3d ed, Routledge, London, 2013, s. 722–723; Gareth Davies, “The Services Directive: Extending the Country of Origin Principle and Reforming Public Administration”, *European Law Review*, Cilt: 32, Sayı: 2, 2007, s. 245; Ulrich Stelkens, Wolfgang Weiß & Michael Mirschberger, eds, *The Implementation of the EU Services Directive - Transposition, Problems and Strategies*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2012; European Commission, *Handbook on Implementation of the Services Directive* (2007).

⁵² HD ile ilgili genel çalışmalar için bkz. Catherine Barnard, “Unravelling the Services Directive”, *Common Market Law Review*, Cilt: 45, Sayı: 2, 2008, s. 323–394; Michele Chang, Dominik Hanf & Jacques Pelkmans, “The Services Directive: Trojan Horse or White Knight?”, *Journal of European Integration*, Cilt: 32, Sayı: 1, 2010, s. 97–114; Armin Hatje, “Services Directive - A Legal Analysis”, Fritz Breuss, Gerhard Fink & Stefan Griller, eds, *Services Liberalisation in the Internal Market*, Springer, Vienna, 2008, s. 1–20; Vasilis Hatzopoulos, “Assessing the Services Directive (2006/123/EC)”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cilt: 10, 2007, s. 215–261; Niklas Maydell, “The Services Directive and Existing Community Law”, Fritz Breuss, Gerhard Fink & Stefan Griller, eds, *Services Liberalisation in the Internal Market*, Springer, Vienna, 2008, s. 72–120.

⁵³ HD Dibace (1). Bkz. HD Dibace (116).

⁵⁴ Barnard, dn. 8, s. 414.

⁵⁵ HD Dibace (4).

⁵⁶ HD Dibace (2).

kurulması da dâhil, ulusal hukuk sistemlerinin önceden koordinasyonunu gerektirmektedir”⁵⁷. ABAD’a göre de, HD, “serbest ve rekabetçi bir iç pazarın tamamlanmasına katkı yapmak için, üye devletlerdeki sunucular için iş kurma serbestisi ve üye devletlerarasında hizmetlerin serbest dolaşımı üstündeki kısıtlamaları kaldırmayı amaçlar”⁵⁸.

HD, ana veçheleri ve ana hatlarıyla kısaca şöyle izah edilebilir. İlk olarak, HD’nin ana veçheleri, kapsamı (Bölüm I), hizmetlerin serbest dolaşımı (Bölüm IV), hizmet sunanlar için iş kurma serbestisi (Bölüm III), idari basitleştirme (Bölüm II), idari işbirliği (Bölüm VI), hizmetlerin kalitesi (Bölüm V) ve yakınsama programı (Bölüm VII) olarak sayılabilir. İkinci olarak, HD, ana hatlarıyla, raporlar veya bildirimler talep etmek, karşılıklı değerlendirme süreci oluşturmak veya *inter alia* tek temas noktaları kurarak, idari basitleştirme ve işbirliği talep etmek gibi birtakım maddi ve usuli yenilikler aracılığıyla, bir yandan da ABAD’ın bu serbestiler ile ilgili içtihat hukukunu tedvin ederek,⁵⁹ iş kurma ve hizmet sunma serbestisi için negatif bütünleşmeyi ilerletmeye çalışmaktadır⁶⁰. Başka bir ifadeyle de, HD, işbirliğinin, deregülasyonun ve uyumlaştırmanın bir karışımı ile nitelenebilir olup; bu da, onu AB’nin bugüne kadar kabul ettiği en farklı ve emsalsiz yasama tasarrufu hâline getirmektedir⁶¹. Bu yönden, HD; AB hukukuna yeni bir uyumlaştırma

⁵⁷ HD Dibace (6).

⁵⁸ Case C-119/09 (Court of Justice) *Société fiduciaire nationale d’expertise comptable v Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique* [2011] ECR I-2551, para 26.

⁵⁹ HD’nin “tedvin edici” yönüyle ilgili olarak bkz. Barnard, dn. 8, s. 357; Chang, Hanf & Pelkmans, dn. 53, s. 108; Craig & De Búrca, dn. 49, s. 815; Alan Dashwood et al, *Wyatt and Dashwood’s European Union Law*, 6th ed, Hart Publishing, Oxford, 2011, s. 599, 624; Davies, dn. 52, s. 234; Edward & Lane, dn. 49, s. 580; Stephen Weatherill, *Promoting the Consumer Interest in an Integrated Services Market* (2007), s. 11. Ayrıca bkz. Case C-458/08 (Court of Justice) *European Commission v Portuguese Republic* [2010] ECR I-11599, para 88.

⁶⁰ Dashwood et al, dn. 60, s. 599.

⁶¹ Wiberg, dn. 13, s. 57.

yaklaşımı getirmiştir⁶². Sonuç olarak, HD'yi iç pazar hukuku içerisinde konumlandırmak, karmaşık bir iştir ve bu da, HD'nin iş kurma ve hizmet sunma serbestîsi ile ilişkisinin önemli sonuçları ve yeni özgün yönleri olacağını göstermektedir.

İş kurma ve hizmet sunma serbestîsi ile HD, genel çerçevesiyle ortaya konduktan sonra; artık, HD ile bu serbestîsiler arasındaki ilişki, bu genel çerçeve üzerine inşa edilebilir.

II. Hizmetler Direktifi'nin İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestîsi ile İlişkisi

HD ile iş kurma ve hizmet sunumu serbestîsi arasındaki ilişki, yöntem olarak, HD'nin bölümleri takip edilerek incelenecektir. Bu ilişki, sırasıyla, HD'nin kapsamı (Bölüm I), HD uyarınca hizmetlerin serbest dolaşımı (Bölüm IV), HD uyarınca hizmet sunanlar için iş kurma hakkı (Bölüm III) ve HD'nin kalan diğer bölümleri (Bölüm II, V, VI ve VII) üzerinden ele alınacaktır.

1. H hizmetler Direktifi'nin Kapsamı (Bölüm I) ve İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestîsi ile Arasındaki İlişki

HD'nin kapsamı (Bölüm I), neyi kapsadığı, neyi kapsam dışı bıraktığı ve ne ile sınırlı tutulduğu üzerinden incelenirken, bu meyanda iş kurma ve hizmet sunma serbestîsi ile ilişkisi de ele alınacaktır.

HD, dışta bırakılan alan ve etkinlikler hariç, bir üye devlette yerleşik olan sunucular tarafından sağlanan bütün hizmetlere uygulanır⁶³. Başka bir ifadeyle, HD, açıkça dışta bırakılmadıkça, her türlü hizmet yönünden uygulanabilir⁶⁴. Hizmet, “[ABİHA md. 57]'de belirtildiği

⁶² van de Gronden & de Waele, dn. 13, s. 404; Kaczorowska, dn. 52, s. 723. *Kaczorowska*'ya göre, bu böyledir; çünkü üye devletler, mevcut idari prosedürlerini gözden geçirerek, HD'nin uygulanmasına yönelik proaktif bir yaklaşım takınmakla yükümlü tutulmuştur. *Ibid*, s. 723. Dahası, Craig ve De Búrca'ya göre HD, en iyi ihtimalle, derme çatmadır, karmaşıktır ve yüklü ve uzun yasama sürecine binaen hukuken tatmin etmeyen sonuçtadır. Craig & De Búrca, dn. 49, s. 816.

⁶³ HD md. 2.

⁶⁴ Damian Chalmers, Gareth Davies & Giorgio Monti, *European Union Law*, 2d ed, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 824; Dashwood et al, dn. 60, s. 600;

şekilde, normal olarak ücret karşılığında sunulan her türlü serbest çalışan ekonomik faaliyeti” olarak tanımlanmıştır⁶⁵. ABİHA md. 57 uyarınca da, hizmetler, özellikle sınai nitelikteki faaliyetleri, ticari nitelikteki faaliyetleri, zanaat faaliyetlerini ve serbest meslek faaliyetlerini içerir. HD’nin Dibacesine göre de hizmetler, işletme hizmetleri (örneğin yönetim danışmanlığı, test ve belgelendirme, ofis bakımı da dahil tesis yönetimi, reklamcılık, işe alım hizmetleri ve ticari acentelerin hizmetleri); hem işletmelere hem de tüketicilere sunulan hizmetler (örneğin hukuki veya mali danışma, emlakçılar gibi emlakçılık hizmetleri, mimarlık hizmetleri dahil olmak üzere inşaat, dağıtım işi, ticari fuarların organizasyonu, araba kiralama ve seyahat acenteleri) ve tüketici hizmetleri (örneğin turizm rehberleri de dahil turizm alanındaki hizmetler, tatil hizmetleri, spor merkezleri ve eğlence parkları) şeklinde olabilir⁶⁶.

HD, vergilendirme alanı⁶⁷ ile birlikte aşağıdaki faaliyetler yönünden ise uygulanmaz.⁶⁸

- a) Ekonomik nitelikli olmayan genel çıkar hizmetleri;⁶⁹
- b) 2006/48 sayılı Direktif Ek I’de listelenen hizmetler dahil olmak üzere, bankacılık, kredi, sigorta, reasürans, mesleki veya bireysel emeklilik, menkul kıymetler, yatırım fonları, ödemeler ve yatırım danışmanlığı gibi mali hizmetler;⁷⁰

Lorna Woods & Philippa Watson, *Steiner & Woods EU Law*, 12th ed, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 501.

⁶⁵ HD md. 4(1). Bkz. HD Dibace (34-36). Ayrıca bkz. Case C-351/12 (Court of Justice) *OSA - Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. v Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.* [2014], paras 57–63.

⁶⁶ HD Dibace (33).

⁶⁷ Bkz. HD Dibace (29).

⁶⁸ HD md. 2(2 ve 3).

⁶⁹ Bkz. HD Dibace (17). *Kaczorowska*’ya göre genel çıkar hizmetlerinin herhangi bir tanımının yokluğu, üye devletlerin hangi hizmetlerin HD’nin kapsamından hariç tutulabileceğine karar vermekte belirli bir özgürlüğü olacağı anlamına gelir ve bu, pazarın bütünleşmesinden ziyade, parçalanması ile sonuçlanabilir. *Kaczorowska*, dn. 52, s. 718. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. *Hatzopoulos*, dn. 16, s. 484–489.

⁷⁰ Bkz. HD Dibace (18).

- c) 2002/19, 2002/20, 2002/21, 2002/22 ve 2002/58 sayılı Direktiflerin kapsadığı konular bakımından, elektronik haberleşme hizmetleri ve ağları ve bağlantılı tesisler ve hizmetler;⁷¹
- d) Liman hizmetleri de dâhil, [ABİHA'nın VI. Başlığı] kapsamında kalan taşımacılık alanındaki hizmetler;⁷²
- e) Geçici iş bulma kurumlarının hizmetleri;
- f) Sağlık tesisleri yoluyla sunulup sunulmadıklarına, ulusal düzeyde organize ve finanse edilme şekillerine veya kamu ya da özel olup olmadıklarına bakılmaksızın, sağlık hizmetleri;⁷³
- g) Üretim, dağıtım ve iletim biçimine bakılmaksızın sinematografik hizmetler de dâhil görsel-işitsel hizmetler ve radyo yayıncılığı;⁷⁴
- h) Çekilişler, gazinolardaki kumar ve bahis işlemleri de dâhil, şans oyunlarında parasal değeri olan bahse girmeyi içeren kumar faaliyetleri;⁷⁵
- i) [ABİHA md. 51'de] yer aldığı şekliyle, kamusal yetkinin kullanılmasıyla ilgili faaliyetler;⁷⁶
- j) Devlet, devletin görevlendirdiği sunucular veya devletin böyle kabul ettiği hayır kurumları tarafından sunulan sosyal konut,⁷⁷

⁷¹ Bkz. HD Dibase (19 ve 20).

⁷² Bkz. HD Dibase (21). Ayrıca bkz. Joined cases C-162/12 and C-163/12 (Court of Justice) *Airport Shuttle Express scarl and Giovanni Panarisi (C-162/12) and Società Cooperativa Autonoleggio Piccola arl and Gianpaolo Vivani (C-163/12) v Comune di Grottaferrata* [2014] ECLI:EU:C:2014:74, para 6.

⁷³ Bkz. HD Dibase (22 ve 23). Bkz. *Femarbel*, dn. 14, paras 33–41, 53. ve Case C-539/11 (Court of Justice) *Ottica New Line di Accardi Vincenzo v Comune di Campobello di Mazara* [2013], paras 17–22. Ayrıca bkz. Woods & Watson, dn. 65, s. 501.

⁷⁴ Bkz. HD Dibase (24).

⁷⁵ Bkz. HD Dibase (26).

⁷⁶ Bkz. HD Dibase (26).

⁷⁷ Bkz. Joined cases C-197/11 and C-203/11 (Court of Justice) *Eric Libert and Others v Gouvernement flamand (C-197/11) and All Projects & Developments NV and Others v Vlaamse Regering (C-203/11)* [2013], paras 103–107.

çocuk yardımı ve aileleri ve daimi veya geçici olarak yardıma muhtaç kişileri destekleme ile ilgili sosyal hizmetler;⁷⁸

k) Özel güvenlik hizmetleri;

l) Hükümetin resmi işlemiyle atanan noterlerin ve icra memurlarının sunduğu hizmetler.

HD, belirli konular bakımından “ile ilgilenmez”, “etkilemez” ve “ilgilendirmez” ile biten cümlelere yer vererek, kimi sınırlamalar içeriyor gözükmektedir⁷⁹. Örneğin, HD, “... genel ekonomik çıkar hizmetlerinin liberalleştirilmesi ... ile ilgilenmez”⁸⁰ veya HD, “üye devletlerin ceza hukuku kurallarını” ya da “iş hukukunu” “etkilemez”⁸¹ veya HD, “uluslararası özel hukuk kuralları ile ... ilgilenmez”.⁸² ABAD, henüz bu sınırlamalar ile ilgili herhangi bir karar vermemiş olduğundan; bu sınırlamalara nasıl yaklaşılacağı belirsizdir; başka bir ifadeyle bu sınırlamaların hukuki etkileri, henüz açık değildir⁸³. *Chalmers* ve diğerlerine göre, eğer bu hükümler bir anlam taşıyacaksa; o hâlde büyük olasılıkla HD’nin uygulanmasının söz gelişi iş hukuku veya temel haklar üstünde etkisi olacak olduğunda, bu, HD’yi ya bir kenara koymak ya da farklı bir biçimde yorumlamak için bir sebep oluşturacaktır⁸⁴.

HD’nin neyi kapsadığı, neyi kapsam dışı bıraktığı ve ne ile sınırlı tutulduğu ile ilgili yukarıdaki tespitler, HD’nin iş kurma ve hizmet sunma serbestisi ile ilişkisine de ışık tutmaktadır. Birincisi, HD anlamında “hizmet” ile hizmet sunma serbestisi anlamında “hizmet” kavramları, aynı

⁷⁸ Bkz. HD Dibace (27 ve 28). Bkz. *Femarbel*, dn. 14, paras 33, 42–52, 53.

⁷⁹ HD md. 1(2, 3, 4, 5, 6, 7) ve 3(2). Bkz. HD Dibace (8-16).

⁸⁰ HD md. 1(2).

⁸¹ HD md. 1(5 ve 6). Bu meyanda, genel olarak, iş hukuku ile HD arasındaki ilişkiler ile ilgili olarak bkz. Monika Schlachter & Phillip Fischinger, *From Bolkenstein to the Services Directive - and Further* (2009), s. 1–49.

⁸² HD md. 3(2).

⁸³ Bu bakımdan, örneğin, HD md. 1(6 ve 7) ile ilgili olarak bkz. Catherine Barnard, *Employment Rights, Free Movement under the EC Treaty and the Services Directive* (2008), s. 22–24. Ayrıca bkz. Barnard, dn. 53, s. 344–347; Chalmers, Davies & Monti, dn. 65, s. 824; Chang, Hanf & Pelkmans, dn. 53, s. 107; Craig & De Búrca, dn. 49, s. 816; Davies, dn. 52, s. 233; Hatje, dn. 53, s. 6; Maydell, dn. 53, s. 83; 86–87.

⁸⁴ Chalmers, Davies & Monti, dn. 65, s. 824.

olacaktır; zira HD, “[ABIHA md. 57]’de belirtildiği şekilde” hizmet tanımı yapmaktadır⁸⁵. Öyleyse, “hizmet” kavramı yönünden, hizmet sunma serbestisi ile ilgili ABAD içtihat hukuku,⁸⁶ HD açısından da kullanılabilir⁸⁷. İkincisi, bir durum, “hizmet” tanımı içinde kalıyorsa; bu kez, HD’nin kapsam dışı bıraktıklarından birisi içinde kalıp kalmadığı incelenecek ve cevap evetse; HD, o durum yönünden uygulanabilir olacak; cevap hayırsa; HD, o durum yönünden uygulanabilir olmasa da; bu kez, duruma göre, iş kurma veya hizmet sunma serbestisi, o duruma uygulanabilecektir⁸⁸. HD’nin bir duruma uygulanıp uygulanmayacağı, o durumda varılacak sonucu esaslı bir biçimde değiştirebilir nitelikte olduğundan; HD’nin kapsadıkları ve kapsamadıkları ile ilgili çokça dava görmek, yüksek olasılıktadır⁸⁹. Üçüncüsü, HD’nin içerdiği sınırlamalar, henüz açıkça belirli bir hukuki etkiye işaret etmemekte olup; olur da, ABAD, bu sınırlamaları HD’nin kapsamının dışında olarak değerlendirirse; o zaman, bu sınırlamalar, yine, duruma göre, iş kurma veya hizmet sunma serbestisi altında ele alınabilir olabilecektir⁹⁰.

⁸⁵ HD md. 4(1). Bkz. HD Dibace (34-36). Ayrıca bkz. OSA, dn. 66, paras 57–63.

⁸⁶ Konuyla ilgili olarak bkz. Hatzopoulos & Do, dn. 16, s. 924–942.

⁸⁷ Benzer bir tespit için bkz. Hatje, dn. 53, s. 6. Bu meyanda, genel perspektiften, AB hukukunun herhangi bir hükmünün yorumu ile ilgili bir ABAD kararı için bkz. Case C-525/12 (Court of Justice) *European Commission v Federal Republic of Germany* [2014] ECLI:EU:C:2014:2202, para 43.

⁸⁸ Buna yönelik bir tespit için bkz. Barnard, dn. 53, s. 343–344.

⁸⁹ Benzer bir görüş için bkz. Wiberg, dn. 13, s. 213. Bundan başka, örneğin, *Weatherill*’e göre HD’nin dış sınırlarını açıklığa kavuşturmak için davalar açılacağı öngörülebilir ve sonuç, masraflı ve belirsiz olacaktır. *Weatherill*, dn. 60, s. 12.

⁹⁰ Buna yönelik bir tespit için bkz. Schlachter & Fischinger, dn. 82, s. 28.

Şekil 1: Hizmetler Direktifi'nin Kapsamı ile İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi Arasındaki İlişki



Buraya kadar, HD'nin kapsamı çerçevesinde HD'nin iş kurma ve hizmet sunma serbestisi ile ilişkisi ortaya konmuştur. Şimdi de, HD'nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümü, bu yönden ele alınacaktır.

2. Hizmetler Direktifi uyarınca Hizmetlerin Serbest Dolaşımı (Bölüm IV) ve İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi ile Arasındaki İlişki

HD uyarınca hizmetlerin serbest dolaşımı (Bölüm IV),⁹¹ genel olarak yer aldıktan sonra; hizmet sunucuları ve alıcıları yönünden ortaya konacak; bu meyanda iş kurma ve hizmet sunma serbestisi ile ilişkisi de ele alınacaktır.

2.1. Genel Olarak

HD'nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümü, bir yandan hizmet sunma serbestisi ve ilgili derogasyonları; diğer yandan hizmet alıcılarının hakları ile ilgili olup; bu bölümün kişi ve konu bakımından kapsamı ile ilgili kimi tespitler yapılabilir. HD uyarınca hizmet sunucusu, "bir hizmet teklif eden veya sunan, bir üye devletin vatandaşı her gerçek kişiyi veya ... bir üye devlette yerleşik olan her tüzel kişiyi ifade eder"⁹². Hizmet

⁹¹ İş kurma ile hizmetler arasındaki ayrım için bkz. HD Dibace (77). Ayrıca bkz. Hatzopoulos, dn. 16, s. 45–47; Hatzopoulos & Do, dn. 16, s. 951–953.

⁹² HD md. 4(2). Örneğin, bir kişi, bir üye devletten diğerine giderek, avukatlık, muhasebecilik veya mimarlık gibi kimi profesyonel hizmetleri veyahut da su tesisatçılığı gibi çeşitli esnaflık hizmetlerini sunabilir. Bkz. Barnard, dn. 8, s. 366.

alıcısı ise, “mesleki veya mesleki olmayan amaçlarla bir hizmeti kullanan veya kullanmak isteyen, bir üye devletin vatandaşı olan veya [AB] tasarruflarının kendisine verdiği haklardan yararlanan her gerçek kişiyi veya ... bir üye devlette yerleşik olan her tüzel kişiyi ifade eder”⁹³. Bundan başka, HD’nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümü, aşağıda görüleceği üzere HD’nin hizmet sunanlar için iş kurma hakkı bölümünden farklı olarak,⁹⁴ yalnızca sınır ötesi durumlar söz konusuysa uygulanabilir⁹⁵.

HD’nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümü ile iş kurma ve hizmet sunma serbestisi arasındaki ilişki, kişi ve konu bakımından kapsamı yönüyle, üç farklı görünüm almaktadır. Birincisi, hizmet sunma serbestisi uyarınca yalnızca Birlik vatandaşı gerçek kişiler hizmet alıcısı olabilirken;⁹⁶ HD’ye göre, bunun yanı sıra “[AB] tasarruflarının kendisine verdiği haklardan yararlanan her gerçek kişi” de hizmet alıcısı sayılabilir. Öyleyse, HD, bu yönüyle hizmet sunma serbestisine nazaran “katma değer” içermektedir. İkincisi, hizmet sunma serbestisi uyarınca Birlik vatandaşı hizmet sunanın veya kâr amacı güden AB tüzel kişisinin “iş gücü” de, vatandaşlığına bakılmaksızın, hizmet sunma serbestisinden faydalanabilir iken;⁹⁷ HD, bu kategorideki kişiler ile ilgili herhangi bir düzenleme getirmemektedir⁹⁸. Öyleyse, bu bakımdan da, hizmet sunma serbestisi, HD’ye nazaran “katma değer” içermektedir. Üçüncüsü, hem hizmet sunma serbestisi hem de HD’nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümü, sadece sınır ötesi durumlar söz konusuysa uygulanabilir olup; bu

⁹³ HD md. 4(3). Örneğin, *Luisi and Carbone* kararında listelendiği gibi, “turistler, tıbbi tedavi görenler ve eğitim ya da iş amacıyla seyahat edenler” “hizmet alıcıları olarak nitelendirilmelidir”. *Luisi and Carbone*, dn. 23, para 16.

⁹⁴ Bkz. “Hizmetler Direktifi uyarınca Hizmet Sunanlar için İş Kurma Hakkı (Bölüm III) ve İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi ile Arasındaki İlişki”, s. 17.

⁹⁵ Dashwood et al, dn. 60, s. 602, 606; Davies, dn. 52, s. 241.

⁹⁶ Genel bir örnek için bkz. Case C-290/04 (Court of Justice) *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH v Finanzamt Hamburg-Eimsbüttel* [2006] ECR I-9461, paras 67–68.

⁹⁷ Bkz dn. 23.

⁹⁸ HD Dibace 86 ve md. 3(1/a).

bakımdan herhangi bir “katma değer” de söz konusu değildir. Öyleyse, “sınır aşırı unsur” yönünden, hizmet sunma serbestisi ile ilgili ABAD içtihat hukuku, HD açısından da kullanılabilir gözükmektedir⁹⁹.

HD’nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümü ile ilgili kişi ve konu bakımından kapsama ilişkin bu genel tespitler ışığında, sırada, hizmet sunanlar ile ilgili düzenlemeler incelenecektir.

2.2. Hizmet Sunanlar ile ilgili Düzenlemeler

Hizmet sunanlar ile ilgili düzenlemeler; özellikle şüpheli gereklilikler, her türlü diğer gereklilikler, açık derogasyonlar ve raporlamaya ilişkin olanlar şeklinde belirtilebilir.

Özellikle şüpheli gereklilikler,¹⁰⁰ tıpkı her türlü diğer gereklilikler gibi, ayrımcı olmayan; dört sebepten biri ile haklı gösterilebilir ve orantılı değilse¹⁰¹ veya açık derogasyonlara girmiyorsa,¹⁰² yasaktır. Özellikle şüpheli gereklilikler, şöyle sayılmıştır:

- a) Sunucunun ülkede bir iş yerine sahip olması yükümlülüğü;
- b) [HD’de] veya [AB] hukukunun diğer tasarruflarında öngörülen durumlar hariç, sunucunun ülkede bir sicile veya meslek kuruluşuna ya da birliğine kaydolma dâhil, yetkili makamlardan izin alması yükümlülüğü;
- c) Sunucunun söz konusu hizmetleri sunmak için ihtiyaç duyduğu, ofis veya oda da dâhil, ülkede belirli şekilde veya türde altyapı kurması yasağı;
- d) Serbest çalışan tarafından hizmetin sunumunu önleyen veya kısıtlayan, sunucu ile alıcı arasındaki spesifik sözleşmesel düzenlemelerin uygulanması;

⁹⁹ Bkz. dn. 29.

¹⁰⁰ “Gereklilik” ile ilgili olarak bkz. dn. 106. Bu terim için bkz. Barnard, dn. 8, s. 421. Bunlar, özellikle şüpheli gereklilik olarak nitelendirildiğine göre, uygulamada, devletler, bu gereklilikleri haklı göstermekte muhtemelen zorlanacaktır. *Ibid*, s. 422.

¹⁰¹ HD md. 16(2 ve 1 ve 3). Bkz. Dashwood et al, dn. 60, s. 606.

¹⁰² HD md. 17 ve 18.

- e) Sunucunun bir hizmet faaliyetinin icrasına özgü olan ve yetkili makamlar tarafından verilen bir kimlik belgesine sahip olması yükümlülüğü;
- f) İş sağlığı ve güvenliği için gerekli olanlar hariç, sunulan hizmetin ayrılmaz bir parçası olan ekipmanın ve malzemenin kullanılmasını etkileyen gereklilikler;¹⁰³
- g) 19. maddede belirtilen hizmet sunumu serbestisi üstündeki kısıtlamalar¹⁰⁴.

Her türlü diğer gereklilikler, özellikle şüpheli gerekliliklere ek olarak, ayrımcı olmayan; dört sebepten biri ile haklı gösterilebilir ve orantılı değilse veya açık derogasyonlara girmiyorsa; yasaktır¹⁰⁵. “Gereklilik”, “üye devletlerin kanun, düzenleme veya idari hükümlerinde öngörülen veya içtihat hukukunun, idari uygulamanın, meslek kuruluşlarının kurallarının veya meslek birlikleri ya da diğer meslek örgütlerinin hukuki özerklikleri çerçevesinde kabul ettikleri toplu kuralların sonucu olan her türlü yükümlülük, yasak, şart veya sınırlamayı” ifade etmekte olup; toplu sözleşmelerdeki kurallar, bundan hariç tutulmuştur¹⁰⁶. Bu, oldukça geniş bir tanımdır¹⁰⁷. Bir üye Devlet, ülkesindeki bir hizmet faaliyetine erişimi veya faaliyetin icrasını ancak aşağıdaki ilkelere riayet eden bir gerekliliğe tabi tutabilir:

- a) Ayrımcılık yapmama: Gereklilik, vatandaşlık bakımından veya tüzel kişiler açısından yerleşik oldukları üye devlet bakımından, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcı olamaz;

¹⁰³ Bkz. HD Dibase (80 ve 81).

¹⁰⁴ HD md. 16(2/g) ile ilgili olup, HD'nin *ratione temporis* (zaman bakımından kapsam) yönünden uygulanabilir bulunmadığı bir uyuşmazlık için bkz. Case C-315/13 (Court of Justice) *Criminal proceedings against Edgard Jan De Clercq and Others* [2014] ECLI:EU:C:2014:2408, paras 49–50.

¹⁰⁵ HD md. 16(1 ve 3), 17 ve 18.

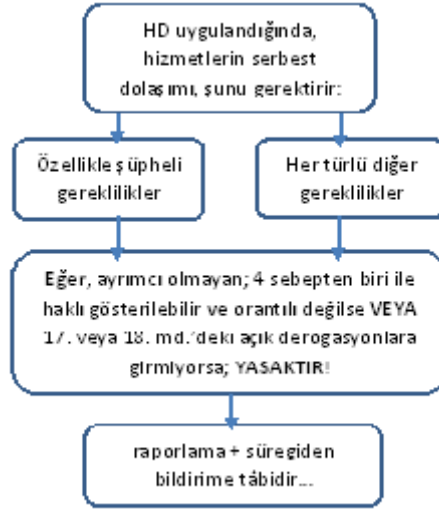
¹⁰⁶ HD md. 4(7). Bkz. HD Dibase (9). Ayrıca bkz. *Eric Libert and Others v Gouvernement flamand (C-197/11) and All Projects & Developments NV and Others v Vlaamse Regering (C-203/11)*, dn. 78, paras 103–107. Yine bkz. Barnard, dn. 53, s. 336–339.

¹⁰⁷ Bkz. Dashwood et al, dn. 60, s. 601.

- b) Gerekseim: Gereklilik, kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya çevrenin korunması sebepleri ile haklı gösterilmelidir;
- c) Orantılılık: Gereklilik, güdülen hedefe erişmek için uygun olmalıdır ve bu hedefe erişmek için gerekli olanın ötesine geçmemelidir.

Dahası, ilgili üye devlet, AB hukukuna uygun olarak,¹⁰⁸ istihdam koşullarına ilişkin kurallarını uygulamaktan alıkonmamıştır¹⁰⁹.

Şekil 2: Hizmetler Direktifi uyarınca Hizmetlerin Serbest Dolaşımı¹¹⁰



¹⁰⁸ Bu ifadenin nasıl yorumlanacağı, şu an için belirsizdir. Buna yönelik bir görüş için bkz. Schlachter & Fischinger, dn. 82, s. 17; 19–26.

¹⁰⁹ Bkz. HD Dibace (82). Ayrıca bkz. Barnard, dn. 84, s. 25.

¹¹⁰ Barnard, dn. 8, s. 423. temel alınarak hazırlanmıştır ve yazarca geliştirilmiştir.

serbest dolaşımı bölümündeki “gereklilik” tanımına nazaran daha geniş gözükmektedir¹¹¹. Bir kere, “gereklilik”, net çizgilerle tarif edilmişken; “ulusal önlem”, içtihat hukuku ile vaka bazında ele alınmakta olup; sınırları belirgin olan bir kavram değildir¹¹². Bu yönden, “ulusal önlem” kavramı, “gereklilik” kavramı ile tanım açısından büyük ölçüde örtüşüyor gözükmekle birlikte; gelecekte, somut olay bazında “gereklilik” sayılamayacak olmakla birlikte, “ulusal önlem” sayılabilecek bir husus ile karşılaşılabılır. Dahası, bu iki kavram arasında net bir farklılık da vardır: “Uluslararası önlem”, “gereklilik”ten fazla olarak, bir üye devlete atfedilebilir olanlar ve bir alanı toplu biçimde düzenleyenler dışında, gerçek veya tüzel kişilerin kimi işlemlerini¹¹³ de içerir¹¹⁴. Bu meyanda, yine, HD’ye göre, toplu sözleşmelerdeki kurallar ve istihdam koşullarına ilişkin kurallar, “gereklilik” tanımı dışında bırakılmış gözükmektedir;¹¹⁵ bunlar, “ulusal önlem” kavramı içinde kalabilecektir.¹¹⁶ İkincisi, kurucu antlaşma, direktif ve doğrudan etki ilkesi ile ilgili içtihat hukuku, birtakım neticeler meydana getirmektedir. Buna göre, her ne kadar “gereklilik”, söz gelimi meslek kuruluşlarının kurallarını içeriyorsa da; “direktif”, yatay doğrudan etkiye sahip olmadığından,¹¹⁷ HD’nin ilgili maddesi, o meslek kuruluşuna karşı ileri sürülemeyecektir. Buna karşın, “kurucu antlaşma” yatay doğrudan etkili addedildiğinden ve hizmet sunma serbestisi, devlet dışı

¹¹¹ Benzer bir görüş için bkz. Davies, dn. 52, s. 236. Aksi bir görüş için bkz. Dashwood et al, dn. 60, s. 602; Maydell, dn. 53, s. 90. Bu konu yönünden ayrıca bkz. Barnard, dn. 8, s. 416–418; Chalmers, Davies & Monti, dn. 65, s. 826; Woods & Watson, dn. 65, s. 502; Wiberg, dn. 13, s. 135–177.

¹¹² Benzer bir tespit için bkz. Wiberg, dn. 13, s. 164, 175.

¹¹³ Örnek olarak bkz. *Angonese*, dn. 46, paras 6, 7.

¹¹⁴ Benzer bir tespit için bkz. Wiberg, dn. 13, s. 159.

¹¹⁵ HD md. 4(7) ve HD Dibase (82).

¹¹⁶ Örnek olarak bkz. Case C-438/05 (Court of Justice) *International Transport Workers’ Federation and Finnish Seamen’s Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti* [2007] ECR I-10779, para 34.

¹¹⁷ Örnek olarak bkz. Joined cases C-397/01 to C-403/01 (Court of Justice) *Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) and Matthias Döbele (C-403/01) v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV* [2004] ECR I-8835, para 108.

kişilere karşı da ileri sürülebilir olduğundan,¹¹⁸ söz gelişi böyle bir meslek kuruluşuna karşı kullanılabilir.

Gerekliliklerin riayet edeceği ilkeler çerçevesinde HD'nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümü ile iş kurma ve hizmet sunma serbestisi arasındaki ilişki ile ilgili olarak da üç tespit yapılabilir¹¹⁹. Birincisi, “ayrımcılık yapmama” uyarınca bir gereklilik, vatandaşlık / merkez (yerleşim) temelinde doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcıysa; haklı gösterilemeyecek olup; yasaktır¹²⁰. Oysaki hizmet sunma serbestisi uyarınca bir ulusal önlem, vatandaşlık / merkez (yerleşim) temelinde doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcıysa; belirli şartlar altında haklı gösterilebilir. Öyleyse, HD, bu yönüyle hizmet sunma serbestisine nazaran “katma değer” içermektedir. İkincisi, ortadaki gereklilik, ayrımcılık yapmayan türdence; sadece dört sebepten (kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya çevrenin korunması) birisi ile haklı gösterilebilecektir. Hâlbuki hizmet sunma serbestisi uyarınca bir ulusal önlem, serbestiyi kısıtlıyorsa; o zaman KYİAS ile haklı gösterilebilir¹²¹. Dolayısıyla, HD, bu yönden de hizmet sunma serbestisine nazaran “katma değer” içermektedir¹²². Üçüncüsü, “orantılılık” ilkesi, HD'nin hizmetlerin

¹¹⁸ Örnek olarak bkz. *Wouters*, dn. 45, para 120.

¹¹⁹ Bu meyanda, ayrıca bkz. *Commission v Portugal*, dn. 60, para 88.

¹²⁰ Benzer bir tespit için bkz. *Wiberg*, dn. 13, s. 128.

¹²¹ *Chalmers* ve diğerlerine göre, hizmetlerin serbest dolaşımı söz konusu olduğunda, HD'nin en esaslı yeniliği, yargının yarattığı zorunlu gereklilikler doktrininin yasama tarafından ortadan kaldırılışdır. *Chalmers, Davies & Monti*, dn. 65, s. 827. *Woods and Watson*'a göre, HD'nin kapsamını oldukça önemli hâle getiren şey, HD md. 16'daki sebeplerin dar kapsamlı oluşudur. *Woods & Watson*, dn. 65, s. 503. Bu bakımdan ayrıca bkz. *Dashwood et al*, dn. 60, s. 605–606. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. *Barnard*, dn. 84, s. 25; *Craig & De Búrca*, dn. 49, s. 815–816; *Dashwood et al*, dn. 60, s. 622–623; *Gareth Davies, Services, Citizenship and the Country of Origin Principle* (2007), s. 7–8; *de Witte*, dn. 51, s. 12; *Edward & Lane*, dn. 49, s. 581; *Weatherill*, dn. 60, s. 7–9.

¹²² Bununla birlikte, söz gelimi *Hatzopoulos*'a göre, *Commission v Portugal*, dn. 60, para 88'den örtülü olarak ortaya çıkmaktadır ki, ortada bir “gereklilik” varsa; HD md. 16'daki dört sebep değil; KYİAS buna dönük olarak kullanılabilir olacaktır. *Hatzopoulos*, dn. 16, s. 462. Yine, *Chang* ve diğerlerine göre HD md. 16 ABAD'ın HD'nin koyduğu bu sınırları (yani HD md. 16'nın gereksinim ilkesini) kabul etmekteki istekliliği, kesin görülmemelidir. *Chang, Hanf & Pelkmans*, dn. 53, s. 108. Buna karşın, kimilerine göre ise, ortada bir “gereklilik” varsa; HD md. 16, KYİAS'ye dayanmanın

serbest dolaşımı bölümü ile hizmet sunma serbestîsi bakımından aynı biçimde tanımlanmıştır. O hâlde, hizmet sunma serbestîsi ile ilgili ABAD içtihat hukuku, orantılılık ilkesi yönünden, HD açısından da kullanılabilir olmalıdır¹²³.

Açık derogasyonlar, ek derogasyonlar ve somut olay bazında derogasyonlar olarak ikiye ayrılmıştır. Ek derogasyonlar ile ilgili olarak,¹²⁴ HD md. 16, şu faaliyet veya konulara uygulanmaz:

- 1) Başka bir üye devlette sunulan genel ekonomik çıkar hizmetleri;¹²⁵
- 2) 96/71 sayılı Direktif kapsamındaki konular;¹²⁶
- 3) 95/46 sayılı Direktif kapsamındaki konular;
- 4) 77/249 sayılı Direktif kapsamındaki konular;
- 5) Yargısal alacakların tahsili faaliyeti;
- 6) 2005/36 sayılı Direktif Başlık II kapsamındaki konuların yanı sıra hizmetin sunulduğu üye devlette bir faaliyeti belirli bir mesleğe ayıran gereklilikler;¹²⁷
- 7) 1408/71 sayılı Tüzük kapsamındaki konular;
- 8) Kişilerin serbest dolaşımına ve ikamete ilişkin idari formaliteler bakımından, 2004/38 sayılı Direktifin hükümleri kapsamındaki konular;
- 9) Bir hizmet sunumu bağlamında, başka bir üye devlete giden üçüncü ülke vatandaşları bakımından, üye devletlerin,

önüne geçiyor gözükmektedir. Bkz. Hatje, dn. 53, s. 18; van de Gronden & de Waele, dn. 13, s. 410; 414; Maydell, dn. 53, s. 115–116; Wiberg, dn. 13, s. 133. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Barnard, dn. 53, s. 366–368.

¹²³ Genel olarak temel serbestîler ve orantılılık ilkesi ile ilgili olarak bkz. İlke Göçmen, *Avrupa Birliği'nde İç Pazardaki Serbest Dolaşım ve Birlik Vatandaşlığının Etkileşimi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011, s. 369–401.

¹²⁴ HD md. 17.

¹²⁵ Bkz. HD Dibase (72 ve 84).

¹²⁶ Bkz. HD Dibase (86). Ayrıca bkz. Barnard, dn. 84, s. 25–28. Yine bkz. Case C-319/06 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxemburg* [2008] ECR I-4323, para 23.

¹²⁷ Bkz. *Commission v Portugal*, dn. 60, para 11.

Schengen Anlaşması Uygulama Sözleşmesi'nin 21. maddesinde öngörülen karşılıklı tanıma rejimi kapsamında olmayan üçüncü ülke vatandaşlarından vize veya ikamet izni talep etme imkânı veya üçüncü ülke vatandaşlarının, ülkeye giriş anında veya girişten sonra, hizmetin sunulduğu üye devletin yetkili makamlarına rapor vermekle yükümlü kılınması imkânı;

- 10) Atıkların nakledilmesi bakımından, 259/93 sayılı Tüzük kapsamındaki konular;
- 11) Telif hakları, komşu haklar ve 87/54 sayılı Direktif ve 96/9 sayılı Direktif kapsamındaki haklar ve sınai mülkiyet hakları;
- 12) Yasa gereği noterin katılımını gerektiren işlemler;
- 13) 2006/43 sayılı Direktif kapsamındaki konular;
- 14) Başka bir üye devlette kiralanmış motorlu taşıtların tescili;¹²⁸
- 15) Sözleşmesel ve sözleşme dışı yükümlülüklerle ilişkin hükümler¹²⁹.

Somut olay bazında derogasyonlar ile ilgili olarak,¹³⁰ bir üye devlet, belirli koşullara tâbi olarak ve yalnızca istisnai hâllerde, başka bir üye devlette yerleşik olan bir sunucu bakımından hizmetlerin güvenliğine ilişkin tedbirler alabilir. Bununla birlikte, bu tür tedbirler, karşılıklı yardım prosedürüne uygun olmalıdır¹³¹ ve aşağıdaki şartlar, sağlanmalıdır:

- a) İlgili hizmetlerin güvenliği alanında, herhangi bir AB uyumlaştırması olmamalıdır;
- b) Tedbirler, yerleşik bulunan üye devlettekilerden daha yüksek seviyede koruma sağlamalıdır;
- c) Yerleşik bulunan üye devlet, hiç tedbir almamış olmalı veya yetersiz tedbirler almış olmalıdır;
- d) Tedbirler, orantılı olmalıdır.

¹²⁸ Bkz. HD Dibase (89).

¹²⁹ Bkz. HD Dibase (90).

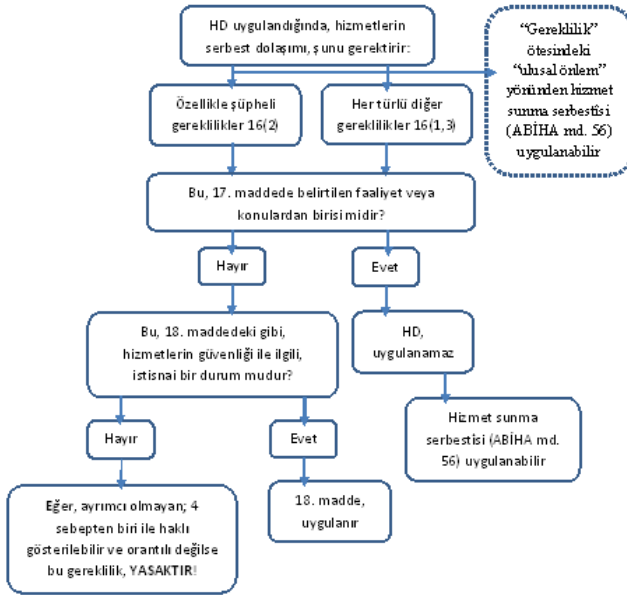
¹³⁰ HD md. 18. Bkz. HD Dibase (91).

¹³¹ HD md. 35.

Dahası, somut olay bazındaki derogasyonlar, hizmet sunma serbestisini güvence altına alan veya bu serbestiden derogasyonlara izin veren diğer AB tasarruflarına halel getirmez.

Açık derogasyonlar çerçevesinde HD'nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümü ile iş kurma ve hizmet sunma serbestisi arasındaki ilişki ile ilgili olarak tek bir tespit yapılabilir. HD'nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümü, kayda değer ek derogasyonlara ve somut olay bazında derogasyonlara tâbi tutularak, etki alanı daraltılmıştır. İşte, ek derogasyonlar içindeki bir faaliyet veya konu söz konusuysa; HD, o durum yönünden uygulanabilir olmasa da; bu kez, duruma göre, hizmet sunma serbestisi, o duruma uygulanabilecektir.

Şekil 3: Hizmetler Direktifi uyarınca Hizmetlerin Serbest Dolaşımı ve Hizmet Sunum Serbestisi ile İlişkisi



Hizmet faaliyetine erişim veya faaliyetin icrası ile ilgili her türlü gereklilik, yani 16. madde, raporlamaya tâbi tutulmuştur¹³². İlk olarak, üye

¹³² HD md. 39(5).

devletler, en geç 28 Aralık 2009 tarihine kadar, özellikle şüpheli gereklilikler ve her türlü diğer gereklilikler hakkında Komisyona bir rapor sunacaktır. İkinci olarak, üye devletler, bu tarihten itibaren, yeni gereklilikler dâhil olmak üzere, kendi gerekliliklerine ilişkin değişiklikleri Komisyona bildirir. Bununla birlikte, bu bildirim, üye devletlerin bu gereklilikleri kabul etmesine engel teşkil etmez. Öyleyse, HD'nin 16. maddesine yönelik bu raporlama, hem statik hem de dinamik bir yükümlülük içerir. Bununla beraber, aşağıda görüleceği üzere, hizmet sunanlar için iş kurma hakkı bölümünün aksine, HD'nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümü, ne tam karşılıklı değerlendirme prosedürünü ne de kısmi *standstill* yükümlülüğünü içerir¹³³. Yine de, bu raporlama faaliyeti, HD'nin hizmet sunma serbestisine nazaran “katma değeri” sayılır.

Buraya kadar, hizmet sunanlar ile ilgili düzenlemeler ele alınmışken; şimdi de, hizmet alanlar ile ilgili düzenlemelere yer verilecektir.

2.3. Hizmet Alanlar ile ilgili Düzenlemeler

Hizmet alanlar ile ilgili düzenlemeler, yasaklanan kısıtlamalar, ayrımcılık yapmama ilkesi ve hizmet alıcılara yönelik yardım ile ilgili olanlar şeklinde belirtilebilir¹³⁴.

Yasaklanan kısıtlamalar ile ilgili olarak,¹³⁵ köken devlet, alıcıya, başka bir üye devlette yerleşik olan sunucunun sunduğu hizmetin kullanımını kısıtlayan gereklilikleri¹³⁶ vazedemez. Köken devlet, özellikle, yetkili makamlarından izin alma veya bunlara beyanda bulunma yükümlülüğü ile sunucunun başka bir üye devlette yerleşik olması veya hizmetin sunulduğu yerin konumu sebebiyle, mali yardım verilmesine ilişkin ayrımcı sınırlamalar vazedemez. Buradaki “yasaklanan kısıtlamalar”, mutlak gözükmektedir; zira söz gelimi HD'nin 16.

¹³³ Bkz. Barnard, dn. 8, s. 425.

¹³⁴ Bkz. HD Dibace (92-96).

¹³⁵ HD md. 19. Ayrıca bkz. dn. 104.

¹³⁶ Bkz. dn. 106.

maddesindeki gibi belirli ilkeler çerçevesinde bu tür “gereklilikler” muhafaza edilebilir gibi bir kayıt, burada yer almamaktadır.

Ayrımcılık yapmama ilkesi ile ilgili olarak,¹³⁷ ev sahibi üye devlet, iki yükümlülük altındadır. İlk olarak, bu devlet, alıcının vatandaşlığına veya ikamet yerine dayalı olarak ayrımcı gerekliliklere tabi tutulmamasını temin eder. İkinci olarak, bu devlet, sunucu tarafından genel olarak kamuya erişilir kılınan bir hizmete erişime ilişkin genel şartların alıcının vatandaşlığına veya ikamet yerine ilişkin ayrımcı hükümler içermemesini sağlar. Bununla birlikte, bu hâlde, erişim şartlarındaki farklılıklar, nesnel kriterler ile doğrudan haklı gösterilebilir. Peki, bu düzenleme, nasıl ele alınabilir? Bir kere, buradaki “ayrımcılık”, söz gelimi HD’nin 16. maddesindeki gibi açık bir tespitin yokluğunda, yalnızca “doğrudan” ayrımcılık olarak addedilmelidir. Yine, her ne kadar burada tüm hizmet sunanlar ayrımcılık yapmama yükümlülüğü altındaysa da,¹³⁸ “direktif”, yatay doğrudan etkiye sahip olmadığından,¹³⁹ HD’nin ilgili maddesi, devlet dışındakilere karşı ileri sürülemeyecektir.

Hizmet alıcılarına yönelik yardım ile ilgili olarak,¹⁴⁰ HD, potansiyel hizmet alıcılarını başka üye devletlerde sunulan hizmetleri kullanmaya teşvik etmeyi amaçlamaktadır.¹⁴¹ Bunun için, köken devlet, hizmet alıcılarının tüketicinin korunması, hukuki çareler ve pratik yardım sunan birliklerin ve örgütlerin iletişim bilgileri gibi konular hakkında bilgi alabilmesini sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Bu yönden, üye devletlerdeki ilgili organlar, birbirlerine karşılıklı yardım etmeli ve etkili işbirliğine gitmelidir. Dahası, bilgi ve yardım, açık ve muğlak olmayan

¹³⁷ HD md. 20. Ayrıca bkz. Barnard, dn. 53, s. 372–374.

¹³⁸ Barnard, dn. 8, s. 425. Bu bakımdan, “yataylık” ve HD ile ilgili olarak ayrıca bkz. Dashwood et al, dn. 60, s. 608; van de Gronden & de Waele, dn. 13, s. 423–428. Nitekim bu, etki alanı geniş bir hüküm olup; hizmet sunumunun düzenlenişinin özel alanın derinine nasıl nüfuz edebileceğini göstermektedir. Barnard, dn. 8, s. 425.

¹³⁹ Bkz. dn. 117.

¹⁴⁰ HD md. 21.

¹⁴¹ Barnard, dn. 8, s. 426.

biçimde sunulmalı; elektronik araçlarla olanlar dâhil, uzaktan ve kolayca erişilebilir olmalı ve güncel tutulmalıdır.

Hizmet alanlar ile ilgili düzenlemeler çerçevesinde HD'nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümü ile iş kurma ve hizmet sunma serbestisi arasındaki ilişki ile ilgili olarak üç tespit yapılabilir. Birincisi, “yasaklanan kısıtlamalar”, mutlak bir yasak getirmektedir. Oysaki hizmet sunma serbestisi uyarınca benzer türdeki gereklilikler, belirli şartlar altında haklı gösterilebilir. Öyleyse, HD, bu yönüyle hizmet sunma serbestisine nazaran “katma değer” içermektedir. İkincisi, ayrımcılık yapmama ilkesi bakımından, HD, alıcının vatandaşlığına veya ikamet yerine dayalı (doğrudan) ayrımcılığı, kural olarak, mutlak olarak yasaklamaktadır. Mutlak yasak söz konusu olduğunda; HD, hizmet sunma serbestisine nazaran “katma değer” getirir; zira hizmet sunma serbestisi uyarınca bu türdeki gereklilikler, belirli şartlar altında haklı gösterilebilir. Üçüncüsü, hizmet alıcılarına yönelik yardım bakımından, her ne kadar birtakım benzer yükümlülükler, dürüst işbirliği ilkesi ile de birleşerek,¹⁴² hizmet sunumu serbestisi üzerinden geçerli olabileceksede; HD bu yönden detaylı bir kural getirerek, hizmet sunma serbestisine nazaran “katma değer” içeriyor sayılmalıdır.

Buraya kadar, HD'nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümü çerçevesinde HD'nin iş kurma ve hizmet sunma serbestisi ile ilişkisi ortaya konmuştur. Şimdi de, HD'nin hizmet sunanlar için iş kurma hakkı, bu yönden ele alınacaktır.

3. Hizmetler Direktifi uyarınca Hizmet Sunanlar için İş Kurma Hakkı (Bölüm III) ve İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi ile Arasındaki İlişki

HD uyarınca hizmet sunanlar için iş kurma hakkı (Bölüm III), genel olarak yer aldıktan sonra; izin sistemi, yasaklanan gereklilikler, şüpheli gereklilikler ve raporlama, karşılıklı değerlendirme ve kısmi *standstill* yükümlülüğü yönünden ortaya konacak; bu meyanda iş kurma ve hizmet sunma serbestisi ile ilişkisi de ele alınacaktır.

¹⁴² LA ile değişik ABA md. 4(3).

3.1. Genel Olarak

HD'nin hizmet sunanlar için iş kurma serbestîsi bölümü, bir yandan izin sistemi; diğer yandan yasaklanan ve şüpheli gereklilikler ile ilgili olup; bu bölümün kişi ve konu bakımından kapsamı ile ilgili kimi tespitler yapılabilir. HD uyarınca iş kurma, “belirsiz bir süreyle ve hizmetlerin sunumu işinin fiilen yürütüldüğü sabit bir altyapı vasıtasıyla, sunucu tarafından, [ABİHA md. 49’da] belirtildiği üzere, bir ekonomik faaliyetin fiilen sürdürülmesini ifade eder”¹⁴³. Ayrıca, HD, hem bir hizmet sunucusunun bir üye devlete yerleşerek, orada yeni bir işletme olarak hizmet sunduğu hâllerde (birincil iş kurma) veya mevcut bir işletmenin söz gelimi şube veya ajans gibi yeni bir iş yeri kurmak istediği hâllerde (ikincil iş kurma) uygulanır¹⁴⁴. Bundan başka, HD'nin hizmet sunanlar için iş kurma serbestîsi bölümü, HD'nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümünden farklı olarak, yalnızca sınır ötesi durumlar söz konusuysa değil; tamamıyla ülke içi ilişkiler yönünden de uygulanabilir gözükmektedir¹⁴⁵.

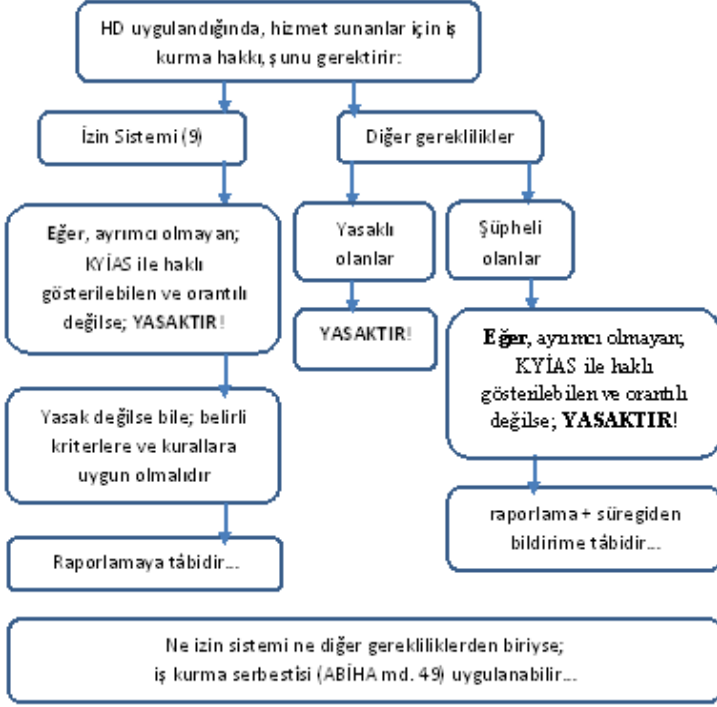
HD'nin hizmet sunanlar için iş kurma serbestîsi bölümü ile iş kurma ve hizmet sunma serbestîsi arasındaki ilişki, kişi ve konu bakımından kapsamı yönüyle, iki tespit içermektedir. Birincisi, “iş kurma” kavramı, hem HD için hem de iş kurma serbestîsi için aynı olup; bu serbestî ile ilgili ABAD içtihat hukuku, “iş kurma” kavramı yönünden HD açısından da kullanılabilir. İkincisi, iş kurma serbestîsi, sadece sınır ötesi durumlar söz konusuysa uygulanabilirken; HD'nin hizmet sunanlar için iş kurma serbestîsi bölümü, tamamıyla ülke içi ilişkiler yönünden de uygulanabilir gözükmektedir. Öyleyse, HD, bu yönüyle iş kurma serbestîsine nazaran “katma değer” içermektedir.

¹⁴³ HD md. 4(5). Bkz. HD Dibace (37).

¹⁴⁴ Barnard, dn. 8, s. 357.

¹⁴⁵ Bu bakımdan, *Dashwood* ve diğerlerine göre iç pazarda tamamen ülke içi ilişkileri düzenleyebilme, AB yetkisi ile uyumludur. *Dashwood et al*, dn. 60, s. 621. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Barnard, dn. 53, s. 351–352; Barnard, dn. 8, s. 357–358; Chalmers, Davies & Monti, dn. 65, s. 868–869; *Dashwood et al*, dn. 60, s. 602; Davies, dn. 52, s. 242–243; Woods & Watson, dn. 65, s. 502.

Şekil 4: Hizmetler Direktifi uyarınca Hizmet Sunanlar için İş Kurma Hakkı ve İş Kurma Serbestisi ile İlişkisi¹⁴⁶



HD'nin hizmet sunanlar için iş kurma serbestisi bölümü ile ilgili kişi ve konu bakımından kapsama ilişkin bu genel tespitler ışığında, sırada, izin sistemi ile ilgili düzenlemeler incelenecektir.

3.2. İzin Sistemi

İzin sistemi, tanımının ardından, hangi koşulları ve kriterleri karşılaması gerektiği yönüyle ele alınacaktır. İzin sistemi, "bir hizmet faaliyetine erişim veya faaliyetin icrasına ilişkin olarak, yetkili bir makamdan resmi bir karar veya zımnî bir karar almak amacıyla bir sunucunun veya alıcının fiilen adım atmasını gerektiren her türlü

¹⁴⁶ Barnard, dn. 8, s. 359. temel alınarak hazırlanmıştır ve yazarca geliştirilmiştir.

prosedürü ifade eder”¹⁴⁷. Bir hizmet faaliyetine erişim veya faaliyetin icrası, izin sistemine tâbi tutulmuşsa; bu sistem, aşağıdaki koşulları sağlamalıdır:¹⁴⁸

- a) İzin sistemi, ilgili sunucuya karşı ayrımcılık yapmamalıdır;
- b) İzin sistemine yönelik ihtiyaç, KYİAS¹⁴⁹ ile haklı gösterilmelidir;
- c) Gütülen hedef, daha az kısıtlayıcı bir tedbir ile ulaşılamıyor olmalıdır.

Buna ek olarak, HD, izin sistemleri ve izin verme koşulları ile ilgili birtakım başka genel kriter de getirmektedir. Bu bakımdan, izin sistemleri, yetkili makamların değerlendirme yetkilerini keyfi biçimde kullanmalarını önleyen şu kriterlere dayanır:¹⁵⁰ Ayrımcı olmama; KYİAS ile haklı gösterilme; söz konusu kamu yararı hedefiyle orantılı olma; açık ve muğlak olmama; nesnel olma; önceden kamuya açıklanma; şeffaf ve erişilebilir olma. Dahası, izin prosedürleri ve formaliteleri, *inter alia*, açık, önceden kamuya açıklanmış, kolaylıkla erişilebilir, (gerektiğinde) makul masraflı ve başvuru sahiplerine başvurularının nesnel ve tarafsız biçimde ve mümkün olan en kısa sürede değerlendirileceğine dair güvence verecek şekilde olmalıdır¹⁵¹. Ayrıca, izin, kural olarak, sınırsız süreli olmalıdır¹⁵². Buna ek olarak, yalnızca belirli bir faaliyet için mevcut izin sayısı mevcut doğal kaynakların veya teknik kapasitenin yetersizliği nedeniyle sınırlıysa; seçim prosedürü başlatılabilir¹⁵³. Bu ihtimalde, seçim

¹⁴⁷ HD md. 4(6). Bkz. HD Dibace (39).

¹⁴⁸ HD md. 9(1). Bkz. HD Dibace (54-63).

¹⁴⁹ KYİAS, Adalet Divanının içtihat hukukunda böyle kabul edilen sebepler olup; şu sebepleri içerir: kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu emniyeti, kamu sağlığı, sosyal güvenlik sisteminin mali dengesinin muhafazası, tüketicilerin, hizmet alıcılarının ve işçilerin korunması, ticari işlemlerin güvenilirliği, yolsuzlukla mücadele; çevrenin ve kentsel çevrenin korunması, hayvan sağlığı, fikri mülkiyet, ulusal, tarihsel ve sanatsal mirasın korunması, sosyal politika hedefleri ve kültürel politika hedefleri. HD md. 4(8). Bkz. HD Dibace (40). Ayrıca bkz. Hatzopoulos, dn. 16, s. 76–80.

¹⁵⁰ HD md. 10.

¹⁵¹ HD md. 13.

¹⁵² HD md. 11.

¹⁵³ HD md. 12.

prosedürü, özellikle başlatılması, yürütülmesi ve tamamlanması hakkında yeterli aleniyet de dâhil, potansiyel adaylar için tarafsızlığı ve şeffaflığı tam olarak güvence altına almalıdır¹⁵⁴.

HD'nin hizmet sunanlar için iş kurma serbestisi bölümü ile iş kurma ve hizmet sunma serbestisi arasındaki ilişki, izin sistemi yönüyle, iki tespit içermektedir. Birincisi, izin sistemine ilişkin koşullar yönünden, aslına bakılırsa; izin sisteminin karşılaması gerekli koşullar, ABAD'ın temel serbestiler ile ilgili içtihat hukukunun yinelenmesidir¹⁵⁵. Öyleyse, bu bakımdan, ne HD iş kurma serbestisine nazaran ne de iş kurma serbestisi HD'ye nazaran herhangi bir "katma değer" içermektedir¹⁵⁶. İkincisi, izin sistemine ilişkin kriterler yönünden, yine, en azından bunlardan bir kısmı, ABAD'ın temel serbestiler ile ilgili içtihat hukukunun yinelenmesi olarak görülebilir¹⁵⁷. Bununla birlikte, HD, bu yönden detaylı kurallar silsilesi getirerek, iş kurma serbestisine nazaran "katma değer" içeriyor sayılmalıdır.

İzin sisteminin ardından, yasaklanan gereklilikler incelenecektir.

3.3. Yasaklanan Gereklilikler

Birtakım gereklilikler,¹⁵⁸ yasaklanan gereklilik olarak belirlenmiş olup; mutlak biçimde yasaklanmıştır. Buna göre, üye devletler, kendi ülkelerinde bir hizmet faaliyetine erişimi veya faaliyetin icrasını aşağıdakilerden herhangi birine uyuma tâbi tutamaz:¹⁵⁹

- 1) Doğrudan veya dolaylı olarak vatandaşlığa dayalı veya şirketler bakımından sicilde kayıtlı merkezinin yerine dayalı ayrımcı gereklilikler;

¹⁵⁴ HD md. 12.

¹⁵⁵ Örnek olarak bkz. *Gebhard*, dn. 6, para 37. Buna dönük tespitler için bkz. *Barnard*, dn. 53, s. 353; *Hatje*, dn. 53, s. 8; *van de Gronden & de Waele*, dn. 13, s. 410.

¹⁵⁶ Benzer bir tespit için bkz. *Barnard*, dn. 53, s. 358.

¹⁵⁷ Örnek olarak bkz. *Case C-470/11 (Court of Justice) SIA Garkalns v Rīgas dome* [2012] ECLI:EU:C:2012:505, para 42. Buna dönük bir tespit için bkz. *Barnard*, dn. 53, s. 355; *Hatje*, dn. 53, s. 9.

¹⁵⁸ Bkz. dn. 106.

¹⁵⁹ HD md. 14. Bkz. HD Dibase (64-68).

- 2) Birden fazla üye devlette iş yerine sahip olma veya birden fazla üye devlette sicile, meslek kuruluşlarına ya da birliklerine kaydolma yasağı;
- 3) Sunucunun asli veya ikincil iş yeri arasında seçim yapma serbestisi üstündeki kısıtlamalar veya acente, şube veya bağlı şirketler şeklindeki işyerleri arasında seçim yapma serbestisi üstündeki kısıtlamalar;
- 4) (Enerjiyle ilgili AB tasarruflarında öngörülen mütakabiliyet şartları hariç), sunucunun hâlihazırda yerleşik olduğu üye devlet ile mütakabiliyet şartları;
- 5) İzin verilmesini ekonomik bir ihtiyacın veya pazar talebinin varlığının ispatına, faaliyetin muhtemel veya mevcut ekonomik etkilerinin değerlendirilmesine veya yetkili makam tarafından belirlenmiş ekonomik planlama hedeflerine kıyasla faaliyetin uygunluğunun değerlendirilmesine tâbi tutan bir ekonomik testin somut olay bazında uygulanması (ekonomik amaç gütmeyen; ancak KYİAS'ye hizmet eden planlama gereklilikleri hariç);
- 6) (Meslek kuruluşlarının ve birliklerinin veya diğer meslek örgütlerinin yetkili makam olarak hareket etmesi hariç olmak üzere), rakip operatörlerin doğrudan veya dolaylı olarak iznin verilmesine veya yetkili makamların diğer kararları almasına katılımı;
- 7) Ülkelerinde yerleşik bir sunucudan veya kuruluştan finansal teminat sağlama veya bu teminata katılma veya sigorta yaptırma yükümlülüğü;
- 8) Ülkelerinde tutulan sicillere belirli bir süre için önceden kayıt yaptırmış olma veya ülkelerinde söz konusu faaliyeti belirli bir süre için önceden icra etmiş olma yükümlülüğü.

Yasaklanan gereklilikler çerçevesinde HD'nin hizmet sunanlar için iş kurma serbestisi bölümü ile iş kurma ve hizmet sunma serbestisi

arasındaki ilişki ile ilgili olarak tek bir tespit yapılabilir. Buna göre, “yasaklanan gereklilikler”, mutlak bir yasak getirmektedir¹⁶⁰. Oysaki iş kurma serbestisi uyarınca benzer türdeki gereklilikler, belirli şartlar altında haklı gösterilebilir. Öyleyse, HD, bu yönüyle iş kurma serbestisine nazaran “katma değer” içermektedir.

Yasaklanan gerekliliklerden başka, bir de mutlak olarak yasak olmasa da; şüpheli addedilen birtakım gereklilikler mevcuttur.

3.4. Şüpheli Gereklilikler

Şüpheli gereklilikler,¹⁶¹ değerlendirmeye tâbi olup, belirli şartları sağlamaları aranmaktadır¹⁶². Buna göre, üye devletler, hukuk sistemlerinin bir hizmet faaliyetine erişimi veya faaliyetin icrasını aşağıdaki gerekliliklerden birine uymaya tâbi tutup tutmadığını inceler.¹⁶³

- a) Niceliksel veya bölgesel kısıtlamalar;
- b) Bir sunucunun belirli bir hukuki şekil alması yükümlülüğü;
- c) Bir şirkette hisse sahibi olmaya ilişkin gereklilikler;
- d) Diğer AB tasarruflarında (özellikle 2005/36/AT sayılı Direktifte) öngörülenler dışındaki, ilgili faaliyetin spesifik niteliği nedeniyle söz konusu hizmet faaliyetine erişimi belirli sunuculara ayıran gereklilikler;
- e) Aynı devletin ülkesinde birden fazla iş yerine sahip olma yasağı;
- f) Asgari işçi sayısını belirleyen gereklilikler;
- g) Sunucunun uyması gereken sabit asgari ve/veya azami tarifeler;

¹⁶⁰ HD md. 14'teki durumlar yönünden, haklı göstermeye ilişkin en azından teorik bir ihtimalin bile yokluğu, kayda değerdir ve bu yönden, yasa koyucu, bu tür kısıtlama türlerinin HD'nin kapsadığı hizmetler bağlamında haklı gösterilemeyeceği ve belki de gösterilmemesi gerektiği değerlendirmesini yapmış gözükmektedir. Dashwood et al, dn. 60, s. 604. Benzer bir görüş için bkz. Chalmers, Davies & Monti, dn. 65, s. 868.

¹⁶¹ Bkz. dn. 106.

¹⁶² HD md. 15(2 ve 3).

¹⁶³ HD md. 15(2).

- h) Sunucunun kendi hizmeti ile birlikte diğer spesifik hizmetleri sunma yükümlülüğü.

Bu yukarıdaki gereklilikler, aşağıdaki şartları karşılamalıdır:¹⁶⁴

- a) Ayrımcılık yapmama: Gereklilikler, vatandaşlık bakımından veya şirketler açısından sicilde kayıtlı merkezin yeri bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcı olmamalıdır;
- b) Gereksinim: Gereklilikler, KYİAS ile haklı gösterilmelidir;
- c) Orantılılık: Gereklilikler, güdülen hedefe erişmeyi sağlamak için uygun olmalıdır; bu hedefe erişmek için gerekli olanın ötesine geçmemelidir ve bu gereklilikleri aynı sonuca erişen daha az kısıtlayıcı tedbirlerle değiştirmek mümkün olmamalıdır.

Şüpheli gereklilikler çerçevesinde HD'nin hizmet sunanlar için iş kurma serbestisi bölümü ile iş kurma ve hizmet sunma serbestisi arasındaki ilişki ile ilgili olarak tek bir tespit yapılabilir. Buna göre, “şüpheli gereklilikler”, mutlak bir yasak getirmemekte olup; belirli şartlar altında haklı gösterilebilir. Aynı biçimde, iş kurma serbestisi uyarınca da benzer türdeki gereklilikler, aynı şartlar altında haklı gösterilebilir. Öyleyse, bu bakımdan, ne HD iş kurma serbestisine nazaran ne de iş kurma serbestisi HD'ye nazaran herhangi bir “katma değer” içermektedir¹⁶⁵.

Son olarak, raporlamadan, karşılıklı değerlendirmeden ve kısmi *standstill* yükümlülüğünden bahsedilecektir.

3.5. Raporlama, Karşılıklı Değerlendirme ve Kısmi *Standstill* Yükümlülüğü

HD'nin hizmet sunanlar için iş kurma serbestisi bölümü; raporlama, karşılıklı değerlendirme ve kısmi *standstill* yükümlülüğü getirmektedir¹⁶⁶.

¹⁶⁴ HD md. 15(3). Ayrıca, genel ekonomik çıkar hizmetlerine ilişkin özel bir kural vardır. HD md. 15(4).

¹⁶⁵ Benzer bir tespit için bkz. Barnard, dn. 53, s. 358.

¹⁶⁶ Bu terim için bkz. Barnard, dn. 8, s. 363.

İlk olarak, üye devletler, en geç 28 Aralık 2009 tarihine kadar, izin sistemleri ve şüpheli gereklilikler hakkında Komisyona bir rapor sunacaktır¹⁶⁷. İkinci olarak, şüpheli gereklilikler yönünden, üye devletler, 28 Aralık 2006 tarihinden itibaren, gerekli şartları karşılamadığı müddetçe, herhangi bir yeni şüpheli gereklilik getirmeme yükümlülüğü altındadır¹⁶⁸. Bu bakımdan,¹⁶⁹ üye devletler, bu yeni gerekliliği, sebepleriyle birlikte, Komisyona bildirir; ancak bu bildirim, üye devletlerin söz konusu gerekliliği kabul etmesine engel teşkil etmez. Dahası, Komisyon, bildirim alındığı tarihten itibaren 3 ay içinde, her yeni gerekliliğin AB hukukuna uygunluğunu inceler ve gerektiğinde söz konusu üye devletin bunları kabul etmekten kaçınması veya kaldırması yönünde bir karar alır. Bu kısmi *standstill* yükümlülüğü, iş kurmaya yönelik engellerin getirilmesini *ex ante* kontrol etmeyi amaçlayan önemli bir yeniliktir¹⁷⁰. Bundan başka, bir taraftan karşılıklı değerlendirme sürecine ilişkin raporlar, tek seferlik raporlar olarak statikken; öte taraftan şüpheli gerekliliklere ilişkin bildirim, süregiden bir yükümlülük olarak dinamiktir. Buradaki raporlama, karşılıklı değerlendirme ve kısmi *standstill* yükümlülüğü, HD'nin iş kurma serbestisine nazaran “katma değeri” sayılır¹⁷¹.

Buraya kadar, HD'nin hizmet sunanlar için iş kurma hakkı bölümü çerçevesinde HD'nin iş kurma ve hizmet sunma serbestisi ile ilişkisi ortaya konmuştur. Şimdi de, HD'nin diğer bölümleri, bu yönden ele alınacaktır.

¹⁶⁷ HD md. 9(2) ve 15(5) ve 39(1). Bkz. HD Dibace (69-71 ve 74). Bkz. “Hizmetler Direktifi uyarınca Yakınsama Programı (Bölüm VII) ve İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi ile Arasındaki İlişki”, s. 25.

¹⁶⁸ HD md. 15(6).

¹⁶⁹ HD md. 15(7). 98/34 sayılı Direktif'teki prosedür ile krş. Case C-443/98 (Court of Justice) *Unilever Italia SpA v Central Food SpA* [2000] ECR I-7535, para 52.

¹⁷⁰ Barnard, dn. 8, s. 363.

¹⁷¹ Benzer bir tespit için bkz. Maydell, dn. 53, s. 99.

4. Hizmetler Direktifi'nin Diğer Bölümleri ve İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestîsi ile Arasındaki İlişki

HD'nin diğer bölümleri; idari basitleştirme, idari işbirliği, hizmetlerin kalitesi ve yakınsama programı ile ilgili olup; aşağıda, sırasıyla, iş kurma ve hizmet sunma serbestîsi ile ilişkileri yönünden ele alınacaktır.

4.1. Hizmetler Direktifi uyarınca İdari Basitleştirme (Bölüm II) ve İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestîsi ile Arasındaki İlişki

İdari basitleştirme (Bölüm II), prosedürlerin basitleştirilmesi ve tek temas noktalarını içerir¹⁷². Bir ön tespit olarak, tıpkı HD'nin hizmet sunanlar için iş kurma serbestîsi bölümü gibi, bu bölüm de, sınır aşırı unsur aranmaksızın uygulanabilir gözükmektedir¹⁷³.

Prosedürlerin basitleştirilmesi yönünden,¹⁷⁴ iki gereklilik mevcuttur. İlk olarak, üye devletler, bir hizmet faaliyetine erişime ve faaliyetin icrasına uygulanan prosedürleri ve formaliteleri inceleme ve bunlar yeterince basit değilse; bunları basitleştirme yükümlülüğü altındadır¹⁷⁵. İkinci olarak, belirli AB tasarruflarındaki kimi belgeler hariç olmak üzere, üye devletler, bir sunucudan veya alıcıdan bir gerekliliğin karşılandığını kanıtlayan bir sertifika, onay veya her türlü diğer belge sunmasını isterse; eşdeğer amaca hizmet eden veya söz konusu gerekliliğin karşılanmış olduğunu açık biçimde gösteren, başka bir üye devletten alınmış her türlü belgeyi kabul etmelidir. Dahası, üye devletler, diğer AB tasarruflarında öngörülen haller veya böyle bir gerekliliğin KYİAS ile haklı gösterildiği haller dışında, başka bir üye devletin verdiği belgenin orijinalini veya onaylı kopyasını veya onaylı tercümesini isteyemez. Bununla birlikte,

¹⁷² Bkz. HD Dibase (42-53).

¹⁷³ Bkz. Chalmers, Davies & Monti, dn. 65, s. 826.

¹⁷⁴ HD md. 5.

¹⁷⁵ Chalmers ve diğerlerine göre, buraya dâhil olan formalitelerin neler olduğu, tam olarak açık değildir. Chalmers, Davies & Monti, dn. 65, s. 825. Hatzopoulos'a göre HD md. 5, hukuki bir normdan ziyade, siyasi bir kendini adama olarak görülmelidir. Hatzopoulos, dn. 51, s. 261.

ilgili üye devlet, resmi dillerinden birinde olmak üzere, ilgili belgenin onaylanmamış tercümesini talep edebilir.

Tek temas noktaları yönünden,¹⁷⁶ üye devletler, tek temas noktaları kuracaktır. Hizmet sunucuları da, bu tek temas noktaları aracılığıyla, uzaktan ve elektronik yollarla, şu prosedürleri ve formaliteleri tamamlayabileceklerdir: hizmet faaliyetlerine erişim için gereken tüm prosedürler ve formaliteler (örneğin yetkili makamlardan izin alınması için gerekli tüm beyanlar, bildirimler veya başvurular) ve hizmet faaliyetlerinin icrası için gereken her türlü izin başvuruları. Tek temas noktaları, esasen, bireysel hizmet sunucunun perspektifinden “tek” olmalıdır.¹⁷⁷ Ayrıca, tek temas noktaları, hem hizmet sunuculara hem de alıcılara yönelik örneğin ülkelerinde yerleşik olan sunuculara uygulanan gereklilikler ve yetkili makamların iletişim bilgileri gibi bilgileri açık ve anlaşılır bir dilde ve uzaktan ve elektronik araçlarla kolayca erişilebilir ve güncel şekilde sunmalıdır.

HD'nin idari basitleştirme bölümü ile iş kurma ve hizmet sunma serbestisi arasındaki ilişki ile ilgili olarak tek bir tespit yapılabilir. Buna göre, bu bölüm, HD'nin iş kurma ve hizmet sunma serbestisine nazaran “katma değeri” sayılır;¹⁷⁸ çünkü hem prosedürlerin basitleştirilmesi hem de tek temas noktaları kurma yükümlülüğü, iş kurma ve hizmet sunma serbestisinin gerektirebileceği negatif bütünleşmenin çok daha ötesini getirmekte olup; dahası, sınır aşırı unsura ihtiyaç da göstermiyor gözükmektedir. Nitekim doktrindeki yazarların çoğu da, idari basitleştirmeyi, idari işbirliği ile birlikte, HD'nin esas yeniliği veya yararlılığı olarak görmektedir.¹⁷⁹

¹⁷⁶ HD md. 6-8.

¹⁷⁷ Dashwood et al, dn. 60, s. 618.

¹⁷⁸ Benzer bir tespit için bkz. Maydell, dn. 53, s. 99.

¹⁷⁹ *Craig ve De Búrca*'ya göre, HD, iş kurma ve hizmetlerin serbest dolaşımına yönelik engelleri azaltmak amacıyla belirli bir miktar yararlı idari basitleştirmeyi ve işbirliğini başarıyla tamamlamıştır. *Craig & De Búrca*, dn. 49, s. 815. *Davies*'e göre, iş kurma ve hizmetler bölümleri, doktrin açısından pek çok düşündürücü şey sunuyorsa da; HD'nin gerçek önemi, idari hükümleri olarak başka yerindedir. *Davies*, dn. 52, s. 239. *Edwards ve Lane*'e göre, HD'nin esas yeniliği ve faydası, “düzgün idare” kurallarının kabulünde

Sırada, HD'nin idari işbirliği bölümü bulunmaktadır.

4.2. Hizmetler Direktifi uyarınca İdari İşbirliği (Bölüm VI) ve İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi ile Arasındaki İlişki

İdari işbirliği (Bölüm VI), kısaca, üye devletlerarası karşılıklı yardımlaşmayı ve hem hizmetin hem de sunucusunun gözetimindeki görev dağılımına ilişkin kuralları içerir¹⁸⁰.

Karşılıklı yardım yönünden,¹⁸¹ üye devletler, sunucuların ve sundukları hizmetlerin denetimini sağlamak için birbirlerine karşılıklı yardımda bulunmakla ve birbirleriyle etkili işbirliği için tedbirler almakla yükümlü tutulmuştur. Üye devletler, bu amaç için bir veya daha fazla irtibat noktası belirler. Bu bakımdan, kısaca, yerleşik bulunan üye devlet, hem ülkesinde yerleşik olan sunucular hakkında bilgi sunar hem de talep edildiğinde denetim, teftiş ve soruşturmaları yürütür¹⁸². Dahası, İç Pazar Bilgi Sistemi (IMI), üye devletlerarası bilgi değişimi için kullanılabilir¹⁸³. Toplamda, karşılıklı yardım, diğer üye devletlerdeki hukuki çerçeve ve gözetim yönünden güveni geliştirmeyi amaçlar¹⁸⁴.

Hem hizmetin hem de sunucusunun gözetimindeki görev dağılımı yönünden,¹⁸⁵ kısaca şu kural belirtilebilir¹⁸⁶. Hizmetin sunulduğu üye

yatmaktadır. Edward & Lane, dn. 49, s. 580. *Kaczorowska*'ya göre, HD'nin getirdiği iki yeni çözüm bulunmaktadır: bilgi edinme hakkı ve idari prosedürlerin basitleştirilmesi olmak üzere, hizmet sunanlar ve alanlar ile ilgili olanlar ve üye devletler arasındaki işbirliğini güçlendirmeyi amaçlayanlar. *Kaczorowska*, dn. 52, s. 721–722. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Chang, Hanf & Pelkmans, dn. 53, s. 108; Hatzopoulos, dn. 51, s. 260, 262.

¹⁸⁰ Bkz. HD Dibase (105-112). Ayrıca bkz. Case C-577/10 (Court of Justice) *European Commission v Kingdom of Belgium* [2012] ECLI:EU:C:2012:814, para 50.

¹⁸¹ HD md. 28-29 ve 32-36.

¹⁸² Bu bakımdan, haklı gösterilemeyen kara listeye alma riski için bkz. Davies, dn. 52, s. 244.

¹⁸³ Bkz. Dashwood et al, dn. 60, s. 615–616.

¹⁸⁴ Barnard, dn. 8, s. 428. Benzer bir görüş için bkz. Woods & Watson, dn. 65, s. 504.

¹⁸⁵ HD md. 30-31. Bu bakımdan, azalan gözetim kalitesi riski için bkz. Davies, dn. 52, s. 244–245.

devlet, HD md. 16 veya 17 gereği gereklilikler vazediyorsa; o devlet, hizmet sunucusunun ülkesindeki faaliyetinin gözetiminden sorumludur ve diğer tüm hâllerde, yerleşik bulunulan üye devlet, ulusal hukukuna uygunluk yönünden hem hizmeti hem de sunucusunu gözetim altında tutar.

HD'nin idari işbirliği bölümü ile iş kurma ve hizmet sunma serbestisi arasındaki ilişki ile ilgili olarak tek bir tespit yapılabilir. Buna göre, bu bölüm, HD'nin iş kurma ve hizmet sunma serbestisine nazaran “katma değeri” sayılır; çünkü hem üye devletler arası karşılıklı yardımlaşma hem de hem hizmetin hem de sunucusunun gözetimindeki görev dağılımı ile ilgili kurallar, iş kurma ve hizmet sunma serbestisinin, belki de dürüst işbirliği ilkesi ile birlikte bile,¹⁸⁷ gerektirebileceğinden¹⁸⁸ daha ileri bir kurallar bütünü getirmektedir¹⁸⁹. Nitekim doktrindeki yazarların çoğu da, idari işbirliğini, idari basitleştirme ile birlikte, HD'nin esas yeniliği veya yararlılığı olarak görmektedir¹⁹⁰.

HD, idari işbirliği ve basitleştirmenin yanı sıra hizmetlerin kalitesi ile ilgili de kurallar getirmiştir.

4.3. Hizmetler Direktifi uyarınca Hizmetlerin Kalitesi (Bölüm V) ve İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi ile Arasındaki İlişki

Hizmetlerin kalitesi (Bölüm V),¹⁹¹ asıl olarak, ulus ötesi hizmet pazarında şeffaflık yaratmak ve güven arttırmak amacıyla açık ve vakitli

¹⁸⁶ Bu yönden, köken devlet düzenler mantığı, ulusal makamların artık diğer üye devletlerdeki tüketicilerin çıkarlarını da korumasını gerektirir. Chalmers, Davies & Monti, dn. 65, s. 828.

¹⁸⁷ ABA md. 4(3).

¹⁸⁸ Örnek olarak bkz. Case C-496/01 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v French Republic* [2004] ECR I-2351, para 74. Ayrıca bkz. Hatzopoulos, dn. 53, s. 234–236.

¹⁸⁹ Buna yönelik bir sinyal olarak okunabilecek bir tespit için bkz. *European Commission v Kingdom of Belgium*, dn. 181, para 50.

¹⁹⁰ Bkz. dn. 179.

¹⁹¹ Bkz. HD Dibase (97).

bilgi sunma gerekliliğine adanmıştır¹⁹². Bu bölüm, altıya ayrılarak incelenebilir.

İlk olarak, sunucular ve hizmetleri hakkındaki bilgiler yönünden,¹⁹³ üye devletler, hizmet sunucularının adları, hukuki statüleri ve şekilleri, adresleri vb. gibi bilgileri açık ve muğlâk olmayan biçimde ve bir sözleşmenin akdedilmesinden veya yazılı sözleşmenin olmadığı durumlarda hizmetin sunulmasından makul bir süre önce erişilebilir kılmasını veya iletmesini temin etmelidir.

İkinci olarak, mesleki sorumluluk sigortası ve teminatlar yönünden,¹⁹⁴ üye devletler, alıcının veya bir üçüncü kişinin sağlığı veya güvenliği veya alıcının mali güvenliği bakımından doğrudan ve belirli bir risk teşkil eden hizmetler yönünden; kimi vasıflandırmalara tâbi olsa da; sunucuların, riskin nitelik ve kapsamına uygun mesleki sorumluluk sigortası yaptırmasını veya eşdeğer ya da amacı bakımından temelde benzer bir teminat veya benzer ayarlama göstermesini temin edebilir.

Üçüncü olarak, düzenlenmiş mesleklerin ticari iletileri yönünden,¹⁹⁵ üye devletler, düzenlenmiş mesleklerin ticari iletileri üstündeki tüm mutlak yasakları kaldırmalıdır. Bununla birlikte, bu iletiler, başta mesleğin bağımsızlığı, onuru ve bütünlüğünün yanı sıra gizliliğine ilişkin olanlar olmak üzere, AB hukukuna uygun olarak, meslek kurallarına uymalıdır. Bununla beraber, ticari iletilere ilişkin meslek kuralları da, ayrımcı olmamalı; KYİAS ile haklı gösterilebilir ve orantılı olmalıdır.

Dördüncü olarak, multidisipliner faaliyetler yönünden,¹⁹⁶ ilke olarak, üye devletler, sunucuların belirli bir spesifik faaliyetin münhasıran icra edilmesini zorlayan veya farklı faaliyetlerin birlikte ya da ortaklaşa icra edilmesini kısıtlayan gerekliliklere tabi tutulmamasını temin

¹⁹² Barnard, dn. 8, s. 426.

¹⁹³ HD md. 22.

¹⁹⁴ HD md. 23. Bkz. HD Dibase (98 ve 99).

¹⁹⁵ HD md. 24. Bkz. HD Dibase (100). Ayrıca bkz. *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, dn. 59, paras 23–45, 46. ABAD, HD md. 24(1)'in kapsamı yönünden geniş yaklaşım takınıyor gözükmektedir. Woods & Watson, dn. 65, s. 504.

¹⁹⁶ HD md. 25. Bkz. HD Dibase (101).

etmelidir. Bununla birlikte, düzenlenmiş meslekler; her mesleğin spesifik niteliğine göre değişebilen mesleki etik ve davranış kuralları ile uyumu güvence altına almak için haklı gösterildikçe ve bu mesleklerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını temin etmek için gerekli oldukça ve sertifikasyon, akreditasyon, teknik gözetim, test veya deneme hizmetleri; bunların bağımsızlığını ve tarafsızlığını temin etmek için haklı gösterildikçe bu tür gerekliliklere tabi tutulabilir. Bir önceki cümledeki iki grup bakımından, multidisipliner faaliyetler serbest bırakıldıysa; bu kez de, üye devletler, aşağıdakileri temin etmelidir:

- a) Belirli faaliyetler arasındaki çıkar çatışmaları ve uyumsuzluklar önlenir;
- b) Belirli faaliyetlerin gerektirdiği bağımsızlık ve tarafsızlık, güvence altına alınır;
- c) Farklı faaliyetlere ilişkin mesleki etik ve davranış kuralları, özellikle mesleki gizlilik konuları bakımından, birbirleriyle uyumlu olur.

Buna ek olarak, multidisipliner faaliyetler, karşılıklı değerlendirme sürecine tâbi tutulmuştur.¹⁹⁷

Beşinci olarak, hizmetlerin kalitesi politikası yönünden,¹⁹⁸ en genel deyişle, üye devletler, hizmet sunum kalitesini temin etmek amacıyla, sunucuların gönüllülük temelinde harekete geçmesini teşvik etmek için tamamlayıcı tedbirler almalıdır.

Altıncı olarak, uyuşmazlıkların çözümü yönünden,¹⁹⁹ genel olarak, üye devletler, hizmet sunucusu ile alıcısı arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmak için genel tedbirler almalıdır.

HD'nin hizmetlerin kalitesi bölümü ile iş kurma ve hizmet sunma serbestisi arasındaki ilişki ile ilgili olarak tek bir tespit yapılabilir. Buna göre, bu bölüm, HD'nin iş kurma ve hizmet sunma serbestisine nazaran

¹⁹⁷ HD md. 39. Bkz. “Hizmetler Direktifi uyarınca Yakınsama Programı (Bölüm VII) ve İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi ile Arasındaki İlişki”, s. 25.

¹⁹⁸ HD md. 26.

¹⁹⁹ HD md. 27.

“katma değeri” sayılır; çünkü düzenlediği tüm konular, iş kurma ve hizmet sunma serbestisinin gerektirebileceğinden daha detaylı bir kurallar silsilesi getirmektedir.

HD, son olarak, bir yakınsama programı öngörmektedir.

4.4. Hizmetler Direktifi uyarınca Yakınsama Programı (Bölüm VII) ve İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi ile Arasındaki İlişki

Yakınsama programı (Bölüm VII), diğerlerinin yanında, AB düzeyindeki davranış kurallarını ve karşılıklı değerlendirme sürecini içerir.

AB düzeyindeki davranış kuralları yönünden,²⁰⁰ bir sunucunun başka bir üye devlette hizmet sunmasını veya iş kurmasını kolaylaştırmak amacıyla özellikle meslek kuruluşları, örgütleri ve birlikleri tarafından AB düzeyinde davranış kurallarının oluşturulmasını teşvik edilecektir²⁰¹.

Karşılıklı değerlendirme süreci yönünden,²⁰² buraya kadar belirtildiği üzere, izin mekanizmaları,²⁰³ şüpheli gereklilikler²⁰⁴ ve multidisipliner faaliyetler,²⁰⁵ bu sürece tâbidir. Bu süreç, aşağıdakileri içerir:

- i. Üye Devletler, en geç 28 Aralık 2009 tarihine kadar, bu hususlarla ilgili olarak Komisyona bir rapor sunar.
- ii. Komisyon, bu raporları diğer üye devletlere gönderir.
- iii. Üye devletler, raporları almalarından itibaren altı ay içinde her bir rapor hakkındaki gözlemlerini bildirir.

²⁰⁰ HD md. 37. Bkz. HD Dibace (113-115). Ayrıca bkz. European Commission, *The Role of European Codes of Conduct* (2007).

²⁰¹ Konuyla ilgili bir çalışma için bkz. Panagiotis Delimatsis, “The EU Services Directive and the mandate for the creation of professional codes of conduct”, Ioannis Lianos & Okeoghene Odudu, eds, *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO: Trust, Distrust and Economic Integration*, Cambridge University Press, New York, 2012, s. 317–346.

²⁰² HD md. 39.

²⁰³ HD md. 9(2)

²⁰⁴ HD md. 15(5).

²⁰⁵ HD md. 25(3).

- iv. Komisyon, aynı altı ay içinde bu raporlar hakkında alakadar taraflara danışır.
- v. Komisyon, raporları ve üye devletlerin gözlemlerini kendisine yardımcı olan Komiteye²⁰⁶ sunar ve bu Komite, kendi gözlemlerini belirtebilir.
- vi. Komisyon, en geç 28 Aralık 2010 tarihine kadar, gerektiğinde ilave girişimler için tekliflerle birlikte, Avrupa Parlamentosuna ve Konseye özet bir rapor sunar.

HD'nin yakınsama programı bölümü ile iş kurma ve hizmet sunma serbestisi arasındaki ilişki ile ilgili olarak, tek bir tespit yapılabilir. Buna göre, bu bölüm, HD'nin iş kurma ve hizmet sunma serbestisine nazaran "katma değeri" sayılır; çünkü hem davranış kurallarının oluşturulmasının teşviki hem de karşılıklı değerlendirme süreci, iş kurma ve hizmet sunma serbestisinin gerektirebileceğinden daha detaylı düzenlemeler içermektedir.

Böylelikle, buraya kadar, HD ile iş kurma ve hizmet sunumu serbestisi arasındaki ilişki, HD'nin bölümleri takip edilerek tek tek incelenmiştir. Bu da, kimi sonuçlara varmayı mümkün kılmaktadır.

²⁰⁶ HD md. 40(1).

Sonuç

Bu çalışma, HD ile iş kurma ve hizmet sunumu serbestîsi arasındaki ilişkiyi, bir yandan, hangisinin ne zaman uygulanabilir olduğu; diğer yandan birinin diğerine nispetle ne tür katma değerler içerdiği yönleriyle ortaya koymaya çalışmıştır. Bu çalışmanın işaret ettiği üzere, HD'nin ve iş kurma ve hizmet sunumu serbestîsinin hem uygulama alanları hem de öngördükleri hukuki rejimler birbirinden farklılıklar taşımaktadır. Bu bakımdan, Şekil 5 ile de görülebileceği üzere, bu alandaki herhangi bir somut olay, şöyle bir yaklaşım ile ele alınabilir:

- Somut olay, HD'nin kapsamı içinde kalıyor mu?
 - Cevap hayır ise; iş kurma ve hizmet sunumu serbestîsi (ABİHA md. 49 veya 56) uygulanabilir olabilir²⁰⁷.
 - Cevap evet ise; bu olay, iş kurma serbestîsi ile mi; hizmet sunumu serbestîsi ile mi; yoksa HD'nin diğer bölümleri ile mi ilgilidir?
 - HD'nin diğer bölümleri ile ilgili ise; bu bölümlerdeki kurallar uygulanır.
 - HD'nin hizmet sunanlar için iş kurma hakkı bölümü içinde kalıyorsa; izin sistemi, yasaklanan gereklilikler veya şüpheli gereklilikler (HD md. 9, 14, 15) ile mi ilgilidir?
 - Bunlardan herhangi biri değil; ama başka bir “ulusal önlem” ise; iş kurma serbestîsi (ABİHA md. 49) uygulanabilir olabilir²⁰⁸.
 - Bunlardan herhangi biri ise; HD'nin ilgili kuralları uygulanır.
 - HD'nin hizmetlerin serbest dolaşımı bölümü içinde kalıyorsa; hizmet sunumu ile mi; yoksa hizmet alıcılarının hakları ile mi ilgilidir?

²⁰⁷ Bu ihtimale ilişkin bir örnek için bkz. *Ottica New Line*, dn. 74, paras 22–23.

²⁰⁸ Bu ihtimale ilişkin bir öngörü için bkz. *Barnard*, dn. 53, s. 358; *Barnard*, dn. 8, s. 363.

- Bunlardan herhangi biri değil; ama başka bir “ulusal önlem” ise; hizmet sunumu serbestisi (ABIHA md. 56) uygulanabilir olabilir.
- Hizmet alıcılarının hakları ile ilgili ise; HD’nin ilgili kuralları uygulanır.
- Hizmet sunumu ile ilgili ise; buradaki faaliyet veya konu, HD md. 17’nin kapsamı içinde kalıyor mu?
 - Cevap evet ise; hizmet sunumu serbestisi (ABIHA md. 56) uygulanabilir olabilir²⁰⁹.
 - Cevap hayır ise; HD’nin ilgili kuralları uygulanır.

HD ile iş kurma ve hizmet sunumu serbestisi arasındaki ilişki, önemine binaen epey yargılama konusu yapılacak gözükmektedir. Bunun nedeni, bir yandan HD’nin, diğer yandan iş kurma ve hizmet sunumu serbestisinin öngördükleri hukuki rejim açısından başka başka sonuçlar yaratabilecek oluşudur. Bu yüzden, HD ile iş kurma ve hizmet sunumu serbestisinin uygulama alanını netleştirmek, en az bu ikisinin birbirine nazaran katma değerini belirlemek kadar, mühim olacaktır²¹⁰. Nitekim ABAD, HD’ye ve dolayısıyla HD’nin iş kurma ve hizmet sunumu serbestisi ile ilişkisine yönelik ilk kararlarını vermeye başlamıştır²¹¹.

²⁰⁹ Bu ihtimale ilişkin bir örnek için bkz. *OSA*, dn. 66, paras 64–66, 67–79.

²¹⁰ Dahası, *Chalmers* ve diğerlerinin hatırlattığı gibi, pek çok dava, belirli bir hizmet faaliyetine engel olan uzun bir önlem listesi içerecek olup; muhtemelen, bunlardan bir kısmı, HD’nin kapsamı içinde bir kısmı da dışında kalacaktır. Bu nedenle de, bizi bekleyen, HD’nin ve temel serbestilerin (ABIHA md. 49 ve 56) birbirlerinin yanı sıra kullanılacağı bir içtihat hukuku topluluğu olacaktır. Hatta bu da, her ikisinin birbiri üstünde yorumsal etki sarf etme ihtimalini arttırmaktadır. *Chalmers, Davies & Monti*, dn. 65, s. 825. *Ibid.*

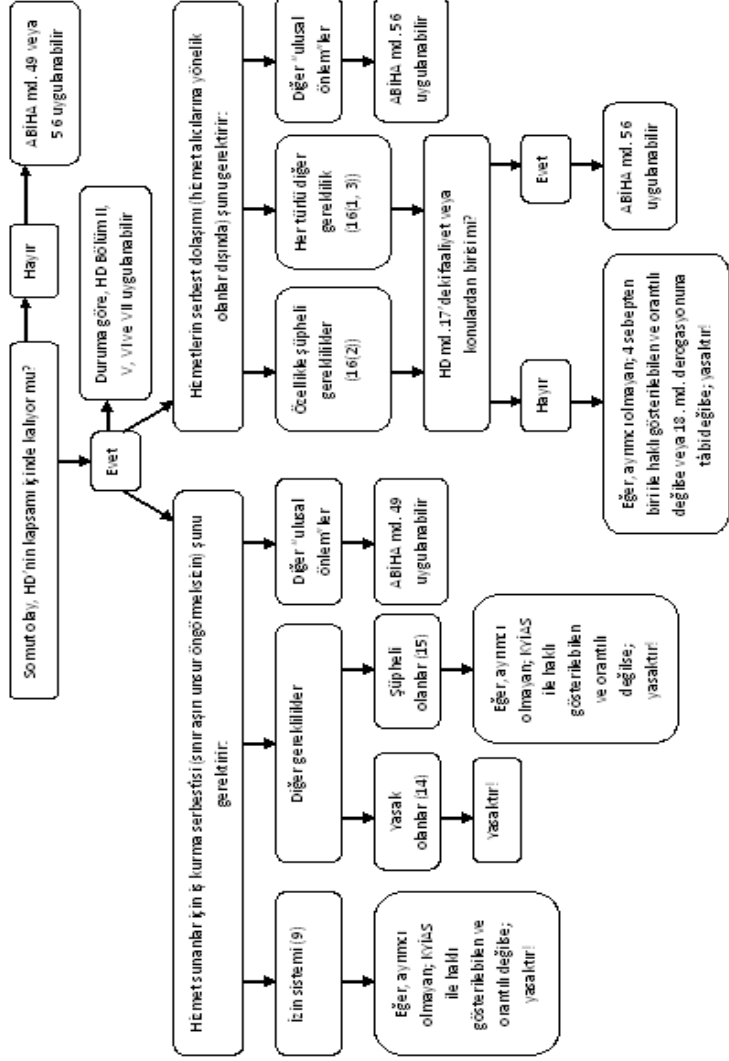
²¹¹ HD’nin kapsamı (md. 2) ile ilgili ön karar başvuruları için bkz. *Femarbel*, dn. 14, para 53; *Ottica New Line*, dn. 74, paras 17–22; *Eric Libert and Others v Gouvernement flamand (C-197/11) and All Projects & Developments NV and Others v Vlaamse Regering (C-203/11)*, dn. 78, paras 103–107. HD ile ilgili olup, HD md. 17 uyarınca HD md. 16’nin uygulanabilir bulunmadığı bir ön karar başvurusu için bkz. *OSA*, dn. 66, paras 64–66. HD md. 24 ile ilgili bir ön karar başvurusu için bkz. *Société fiduciaire nationale d’expertise comptable*, dn. 59. HD’nin *ratione temporis* (zaman bakımından kapsam) yönünden uygulanabilir bulunmadığı uyumsuzluklar için bkz. *Criminal proceedings against Edgard Jan De Clercq and Others*, dn. 105, paras 49–50; *Duomo*

Bununla birlikte, bu kararlar, bu ilişkiyi bütünüyle göstermek açısından henüz yetersizdir. Bu da, konuyla ilgili yeni yargılamalar olacağına dönük güçlü bir işarettir²¹².

Gpa Srl (C-357/10), Gestione Servizi Pubblici Srl (C-358/10) and Irtel Srl (C-359/10) v Comune di Baranzate (C-357/10 and C-358/10) and Comune di Venegono Inferiore (C-359/10), dn. 52, paras 18–20. HD ile de ilgili olup, kabul edilebilir bulunmayan bir ön karar başvurusu için bkz. Case C-600/13 (Court of Justice) *Intelcom Service Ltd v Vincenzo Mario Marvulli* [2014] ECLI:EU:C:2014:609. HD ile ilgili bir soru yöneltilmişse de; bu sorunun yanıtının gerekli bulunmadığı bir ön karar başvurusu için bkz. Case C-270/13 (Court of Justice) *Iraklis Haralambidis v Calogero Casilli* [2014] ECLI:EU:C:2014:2185, paras 24, 63–64. HD'nin dolaylı olarak konu edildiği ihlal davaları için bkz. *Commission v Portugal*, dn. 60; Case C-564/07 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Republic of Austria* [2009] ECR I-100, para 40; *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxemburg*, dn. 127, para 23.

²¹² Konuyla ilgili olarak benzer çıkarımlar için bkz. Barnard, dn. 53, s. 324–325; Hatzopoulos, dn. 16, s. 463; Chang, Hanf & Pelkmans, dn. 53, s. 109.

Şekil 5: Hizmetler Direktifi ile İş Kurma ve Hizmet Sunumu Serbestisinin İlişkisi²¹³



²¹³ Barnard, dn. 8, s. 423. temel alınarak hazırlanmıştır ve yazarca geliştirilmiştir.

Kaynakça

Kitaplar

- Barnard, Catherine. *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 4th ed, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Chalmers, Damian, Gareth Davies & Giorgio Monti. *European Union Law*, 2d ed, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Craig, Paul & Grainne De Búrca. *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 5th ed, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Dashwood, Alan et al. *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 6th ed, Hart Publishing, Oxford, 2011.
- Edward, David & Robert Lane. *Edward and Lane on European Union Law*, Student ed, Edward Elgar, Cheltenham, 2013.
- Göçmen, İlke. *Avrupa Birliği'nde İç Pazardaki Serbest Dolaşım ve Birlik Vatandaşlığının Etkileşimi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011.
- Hatzopoulos, Vassilis. *Regulating Services in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Kaczorowska, Alina. *European Union Law*, 3d ed, Routledge, London, 2013.
- Kapteyn, P J G et al. *The Law of the European Union and the European Communities*, Kluwer Law International, Alphen Aan Den Rijn, 2008.
- Stelkens, Ulrich, Wolfgang Weiß & Michael Mirschberger, eds. *The Implementation of the EU Services Directive - Transposition, Problems and Strategies*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2012.
- Wiberg, Maria. *The EU Services Directive: Law or Simply Policy?*, T.M.C. Asser Press, New York, 2014.
- Woods, Lorna & Philippa Watson. *Steiner & Woods EU Law*, 12th ed, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Makaleler & Kitap Bölümleri

- Barnard, Catherine. “Unravelling the Services Directive”, *Common Market Law Review*, Cilt: 45, Sayı: 2, 2008.
- Chang, Michele, Dominik Hanf & Jacques Pelkmans. “The Services Directive: Trojan Horse or White Knight?”, *Journal of European Integration*, Cilt: 32, Sayı: 1, 2010.
- Davies, Gareth. “The Services Directive: Extending the Country of Origin Principle and Reforming Public Administration”, *European Law Review*, Cilt: 32, Sayı: 2, 2007.
- Delimatsis, Panagiotis. “The EU Services Directive and the mandate for the creation of professional codes of conduct”, Ioannis Lianos & Okeoghene Odudu, eds, *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO: Trust, Distrust and Economic Integration*, Cambridge University Press, New York, 2012.
- Enchelmaier, Stefan. “Always at Your Service (Within Limits): The ECJ’s Case Law on Article 56 TFEU (2006–11)”, *European Law Review*, Cilt: 36, Sayı: 5, 2011.
- Göçmen, İlke. “İç Pazar”, Belgin Akçay & İlke Göçmen, eds, *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar*, 2d ed, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Gronden, Johan van de & Henri de Waele. “All’s Well That Bends Well? The Constitutional Dimension to the Services Directive”, *European Constitutional Law Review*, Cilt: 6, Sayı: 3, 2010.
- Hatje, Armin. “Services Directive - A Legal Analysis”, Fritz Breuss, Gerhard Fink & Stefan Griller, eds, *Services*

Liberalisation in the Internal Market, Springer, Vienna, 2008.

Hatzopoulos, Vasilis. “Assessing the Services Directive (2006/123/EC)”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cilt: 10, 2007.

Hatzopoulos, Vasilis & Thien Uyen Do. “The Case Law of the ECJ concerning the Free Provision of Services: 2000-2005”, *Common Market Law Review*, Cilt: 43, Sayı: 4, 2006.

Hatzopoulos, Vassilis. “Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services”, *Common Market Law Review*, Cilt: 37, Sayı: 1, 2000.

Hatzopoulos, Vassilis. “The Court’s Approach to Services (2006-2012): From Case Law to Case Load?”, *Common Market Law Review*, Cilt: 50, Sayı: 2, 2013.

Jarass, Hans D. “A Unified Approach to the Fundamental Freedoms”, Mads Andenas & Wulf-Henning Roth, eds, *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, United States of America, 2004.

Maydell, Niklas. “The Services Directive and Existing Community Law”, Fritz Breuss, Gerhard Fink & Stefan Griller, eds, *Services Liberalisation in the Internal Market*, Springer, Vienna, 2008.

Diğer Çalışmalar

Barnard, Catherine. *Employment Rights, Free Movement under the EC Treaty and the Services Directive* (2008).

Davies, Gareth. *Services, Citizenship and the Country of Origin Principle* (2007).

European Commission. *Handbook on Implementation of the Services Directive* (2007).

- European Commission. *The Role of European Codes of Conduct* (2007).
- Schlachter, Monika & Phillip Fischinger. *From Bolkenstein to the Services Directive - and Further* (2009).
- Weatherill, Stephen. *Promoting the Consumer Interest in an Integrated Services Market* (2007).
- Witte, Bruno de. *Setting the Scene: How did Services get to Bolkestein and Why?* (2007).
- Mahkeme Kararları
- Case 44/72 (Court of Justice) *Pieter Marsman v M. Roskamp* [1972] ECR 1243.
- Case 2/74 (Court of Justice) *Jean Reyners v Belgian State* [1974] ECR 631.
- Case 33/74 (Court of Justice) *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] ECR 1299.
- Case 36/74 (Court of Justice) *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española Ciclismo* [1974] ECR 1405.
- Case 59/82 (Court of Justice) *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft v Weinvertriebs-GmbH* [1983] ECR 1217.
- Joined cases 286/82 and 26/83 (Court of Justice) *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377.
- Case 205/84 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [1986] ECR 3755.
- Case C-113/89. (Court of Justice) *Rush Portuguesa Ld^a v Office national d'immigration* [1990] ECR I-1417.

- Joined Cases C-54/88, C-91/88 and C-14/89 (Court of Justice) *Criminal proceedings against Eleonora Nino and others* [1990] ECR I-3537.
- Case C-288/89 (Court of Justice) *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and others v Commissariaat voor de Media* [1991] ECR I-4007.
- Case C-340/89 (Court of Justice) *Vlassopoulou v Ministerium fuer Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Wuerttemberg* [1991] ECR I-2357.
- Case C-55/94 (Court of Justice) *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165.
- Case C-237/94 (Court of Justice) *John O'Flynn v Adjudication Officer* [1996] ECR I-2617.
- Case C-97/98 (Court of Justice) *Peter Jägerskiöld v Torolf Gustafsson* [1999] ECR I-7319.
- Case C-224/97 (Court of Justice) *Erich Ciola v Land Vorarlberg* [1999] ECR I-2517.
- Case C-255/97 (Court of Justice) *Pfeiffer Großhandel GmbH v Löwa Warenhandel GmbH* [1999] ECR I-2835.
- Case C-423/98 (Court of Justice) *Alfredo Albore* [2000] ECR I-5965.
- Case C-3/99 (Court of Justice) *Cidrerie Ruwet SA v Cidre Stassen SA and HP Bulmer Ltd* [2000] ECR I-8749.
- Case C-281/98 (Court of Justice) *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* [2000] ECR I-4139.
- Case C-443/98 (Court of Justice) *Unilever Italia SpA v Central Food SpA* [2000] ECR I-7535.
- Case C-309/99 (Court of Justice) *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* [2002] ECR I-1577.

- Case C-6/01 (Court of Justice) *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) and Others v Estado português* [2003] ECR I-8621.
- Case C-445/03 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxemburg* [2004] ECR I-10191.
- Joined cases C-397/01 to C-403/01 (Court of Justice) *Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) and Matthias Döbele (C-403/01) v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV* [2004] ECR I-8835.
- Case C-496/01 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v French Republic* [2004] ECR I-2351.
- Case C-512/03 (Court of Justice) *J. E. J. Blanckaert v Inspecteur van de Belastingdienst / Particulieren / Ondernemingen buitenland te Heerlen* [2005] ECR I-7685.
- Case C-464/02 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark* [2005] ECR I-7929.
- Case C-451/03 (Court of Justice) *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl v Giuseppe Calafiori* [2006] ECR I-2941.
- Case C-346/04 (Court of Justice) *Robert Hans Conijn v Finanzamt Hamburg-Nord* [2006] ECR I-6137.
- Case C-290/04 (Court of Justice) *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH v Finanzamt Hamburg-Eimsbüttel* [2006] ECR I-9461.
- Case C-507/03 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Ireland* [2007] ECR I-9777.

- Joined Cases C-463/04 and C-464/04 (Court of Justice) *Federconsumatori, Adiconsum, ADOC, Ercole Pietro Zucca (C-463/04) and Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM SpA, Filippo Cuccia, Giacomo Fragapane, Pietro Angelo Puggioni, Annamaria Sanchirico, Sandro Sartorio (C-464/04) v Comune di Milano* [2007] ECR I-10419.
- Case C-231/05 (Court of Justice) *Oy AA* [2007] ECR I-6373.
- Case C-438/05 (Court of Justice) *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti* [2007] ECR I-10779.
- Case C-347/06 (Court of Justice) *ASM Brescia SpA v Comune di Rodengo Saiano* [2008] ECR I-5641.
- Case C-319/06 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxemburg* [2008] ECR I-4323.
- Case C-110/05 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2009] ECR I-519.
- Case C-219/08 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium* [2009] ECR I-9213.
- Case C-564/07 (Court of Justice) *Commission of the European Communities v Republic of Austria* [2009] ECR I-100.
- Case C-384/08 (Court of Justice) *Attanasio Group Srl v Comune di Carbognano* [2010] ECR I-2055.
- Case C-458/08 (Court of Justice) *European Commission v Portuguese Republic* [2010] ECR I-11599.

- Case C-268/99 (Court of Justice) *Aldona Malgorzata Jany and Others v Staatssecretaris van Justitie* [2011] ECR I-8615.
- Case C-119/09 (Court of Justice) *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable v Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique* [2011] ECR I-2551.
- Case C-470/11 (Court of Justice) *SIA Garkalns v Rīgas dome* [2012] ECLI:EU:C:2012:505.
- Case C-577/10 (Court of Justice) *European Commission v Kingdom of Belgium* [2012] ECLI:EU:C:2012:814.
- Joined cases C-357/10 to C-359/10 (Court of Justice) *Duomo Gpa Srl (C-357/10), Gestione Servizi Pubblici Srl (C-358/10) and Irtel Srl (C-359/10) v Comune di Baranzate (C-357/10 and C-358/10) and Comune di Venegono Inferiore (C-359/10)* [2012].
- Joined cases C-197/11 and C-203/11 (Court of Justice) *Eric Libert and Others v Gouvernement flamand (C-197/11) and All Projects & Developments NV and Others v Vlaamse Regering (C-203/11)* [2013].
- Case C-57/12 (Court of Justice) *Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel) ASBL v Commission communautaire commune de Bruxelles-Capitale* [2013].
- Case C-539/11 (Court of Justice) *Ottica New Line di Accardi Vincenzo v Comune di Campobello di Mazara* [2013].
- Joined cases C-162/12 and C-163/12 (Court of Justice) *Airport Shuttle Express scarl and Giovanni Panarisi (C-162/12) and Società Cooperativa Autonoleggio Piccola arl and Gianpaolo Vivani (C-163/12) v Comune di Grottaferrata* [2014] ECLI:EU:C:2014:74.

- Case C-351/12 (Court of Justice) *OSA - Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. v Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.* [2014].
- Case C-600/13 (Court of Justice) *Intelcom Service Ltd v Vincenzo Mario Marvulli* [2014] ECLI:EU:C:2014:609.
- Case C-270/13 (Court of Justice) *Iraklis Haralambidis v Calogero Casilli* [2014] ECLI:EU:C:2014:2185.
- Case C-525/12 (Court of Justice) *European Commission v Federal Republic of Germany* [2014] ECLI:EU:C:2014:2202.
- Case C-315/13 (Court of Justice) *Criminal proceedings against Edgard Jan De Clercq and Others* [2014] ECLI:EU:C:2014:2408.

ASKERÎ SOSYAL TESİSLERLE İLGİLİ MEVZUAT HÜKÜMLERİNİN KURUMLAR VERGİSİ KARŞISINDAKİ DURUMU

Dr.Mly.Yb.Metehan TOPSAKAL*

Özet

Vergi hukukundaki “kanunilik ilkesi” Anayasa’nın 73/3’üncü maddesinde yerini almaktadır. Sosyal tesislerin Kurumlar Vergisi mükellefiyetiyle ilgili yapılan kanun değişiklikleri, tebliğler ve verilen özetler incelendiğinde, vergi hukukunda “kanunilik ilkesi”ni oluşturan Anayasa’nın 73/3’üncü maddesi hükmü başta olmak üzere bazı çelişkiler içerdiği görülmektedir. Bu çalışmada, mülga ve yürürlükteki mevzuat ile verilen özetler incelenerek özellikle askeri sosyal tesislerle ilgili yardımcı kaynakların “kanunilik ilkesi” karşısındaki durumları değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kurumlar Vergisi, Sosyal Tesis, Askeri Sosyal Tesis

THE STATE OF THE LAW FOR THE MILITARY SOCIAL FACILITIES WITH REGARDS TO THE CORPORATION TAX

Abstract

Principle of legality stated in the tax law is expressed in the article 73/3 of the Constitution. When; law changes, ministry rulings and other rulings of the Corporation tax law for the public social facilities have been

* Gnkur.Gn.P.P.Bşk.lığı Pl. ve Prog.Sb., metehan@topsakal.com

reviewed, some contradictions with especially regarding the principle of legality has been noticed. In this study, we investigate the current and previous legal ruling documents (laws, rulings, etc.) especially for the military social facilities with regards to principle of legality.

Keywords: Corporation tax, social facility, military social facility

GİRİŞ

1982 Anayasası'na göre, yasama organı vergileme yetkisinin kullanılmasında asli yetkili bir organdır. Buna karşılık yürütme organı ise, istisnai olarak yetkilidir. Yürütme organının yetkisi sadece yasama organının yetkisini kullanmak üzere yetkilendirilmesi koşulu ile mevcuttur¹. Anayasa'nın 73/3'üncü maddesi, "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*" hükmünü amirdir. Bu hüküm gereği, vergi kanunlarında yapılacak değişiklikler sadece kanunlarla yapılmaktadır.

Ancak, sosyal tesislerin Kurumlar Vergisi mükellefiyetiyle ilgili yapılan kanun değişiklikleri, tebliğler ve verilen özalgeler incelendiğinde, vergi hukukunda "kanunilik ilkesi"ni oluşturan Anayasa'nın 73/3'üncü maddesi hükmü başta olmak üzere bazı çelişkiler içerdiği görülmektedir. Bu yazıda, söz konusu çelişkilerin Anayasa'nın 73/3'üncü maddesi karşısındaki durumları ile Kurumlar Vergisi karşısındaki durumları incelenecektir.

1. VERGİ HUKUKUNA İLİŞKİN BAZI GENEL HÜKÜMLER

1.1. Asli – Yardımcı Kaynak

Hukuk kurallarını oluşturan, geliştiren yol ve yöntemlere hukukun kaynakları denilmektedir². Hukukun kaynakları ise kendi arasında asli

1 Doğrusöz, Bumin, "Yargı Kararlarının Işığında Vergilerin Kanuniliği İlkesi Açısından Türk Vergi Mevzuatının Değerlendirilmesi ", XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu 14-16 Mayıs 1998 Bodrum, İstanbul: M.Ü. Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın N.12, 2000, ss.136.

2 Giritli İ.-Bilgen P.-Akgüner T., İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001, S. 121; Gözübüyük A.Ş.-Tan T., İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 7.Bası,

(bağlayıcı), ve yardımcı (tali) kaynaklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bağlayıcı, uyulması zorunlu olan kaynaklar olan asli kaynaklar; anayasa, milletlerarası andlaşma, kanun, kanun hükmünde kararname, bakanlar kurulu kararı, içtihadı birleştirme kararı, tüzük ve yönetmelikten oluşmaktadır. Asli kaynakların ortak özeliği yeni kural koyması ve uygulanması açısından yargıyı, mükellefleri ve idareyi bağlamasıdır. Bağlayıcı olmayan yardımcı (ikincil, tali) kaynaklar ise; tebliğ, özelge, yargı kararı ve doktrindir. Yardımcı kaynakların ortak özeliği ise, yeni kural koymaması, açıklayıcı, uygulama biçimini gösterici ve uyarıcı nitelikte olmasıdır. Yardımcı kaynaklar, mükellefi ve yargı organlarını bağlayıcı kaynaklar değildir. Bu kaynaklar, sadece gelir idaresi personelini bağlayan metinlerdir³.

Vergi hukukunda kaynaklar için özet bir ifade belirtmek gerekirse; vergi hukuku açısından asıl bağlayıcı kaynağın Anayasa'nın 73'üncü maddesi olduğu aşikârdır. Anayasa'nın 73'üncü maddesini incelediğimizde de, vergi hukuku açısından asıl kaynağın kanunlar (kanunilik ilkesi) olduğu ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak, vergi hukukunun asli kaynaklarını Anayasa'nın 73'üncü maddesinden hareketle kanunlar oluşturmaktadır. Diğer kaynaklar ise, kanunların getirdiği hükümler çerçevesinde olmak kaydıyla sadece açıklayıcı nitelikte olabilecektir. Yeni bir düzenleme getiremeyecektir.

1.2. Normlar Hiyerarşisi

Normlar hiyerarşisi yazılı hukuk kuralları arasında bir sıralama demektir⁴. Bu hiyerarşik düzende yer alan hukuk kuralları bir piramit oluşturmaktadır. Bu piramit şeklindeki hiyerarşik düzende altta bulunan kurallar üsttekilere uygun olmak zorundadır⁵. Normlar hiyerarşisinde en

Turhan Kitabevi, Ankara 2010, S. 30; Saban N., Vergi Hukuku, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3'üncü Basım, İstanbul 2005, S. 13 ; Çelik C., "Vergi Hukukunun Yardımcı Kaynağı Olarak İdari düzenlemeler", Vergi Dünyası, Mayıs 2003
3 Giritli-Bilgen-Akgüner., S. 122; Baykara B., "Vergi Kanunları İle İlgili Genel Tebliğler ve İç Genelgelerin Hukuki Anlamı ve Değeri", Vergi Dünyası, Ekim 2001, S. 7
4 Giritli-Bilgen-Akgüner, S. 123
5 Gözübüyük-Tan, S. 31

üstte bulunan kaynak anayasadır. Sıralamada anayasadan sonra kanunlar yer almaktadır ki kanunlar anayasaya aykırı olamazlar.

Ayrıca anayasada belirtilen şartlar ve koşullarda çıkartılan kanun hükmünde kararnameler vardır. Bunlar normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı sırada yer almakta ve kanunlara eş değerde olan hukuksal metinlerdir⁶.

Normlar hiyerarşisinde sıralamada bir alttaki kaynak, bir üstteki kaynağa aykırı olamayacağından sıralamanın da önemi artmaktadır. Normlar hiyerarşisindeki sıralamanın önemi, özellikle alttaki kaynakla üstteki kaynak arasında uyumsuzluk ya da aykırılık olması durumunda kendini göstermektedir⁷.

Hiyerarşik yapılanmada yazılı hukuk kurallarının yeri onu yapan organ veya makamın otoritesine bağlıdır⁸. Bu kapsamda, normlar hiyerarşisindeki kaynakları sıralayacak olursak; Anayasa, Milletlerarası Antlaşma, Kanun/Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük/Bakanlar Kurulu Kararı, Yönetmelik, İçtihadı Birleştirme Kararı, Tebliğ sıralaması ortaya çıkacaktır.

Belli kişilere veya belli olaylara uygulanan kanunlara özel kanun, herkese veya her olaylara uygulanan kanunlara ise genel kanun denilmektedir⁹. Yürürlükteki mevzuat açısından örnek vermek gerekirse; 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ile 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun sosyal tesislerle ilgili hükümlerini verebiliriz.

Aynı olayı düzenleyen iki ayrı kanunun ikisi de genel veya ikisi de özelse; bu durumda sonraki kanunla getirilen düzenleme esas alınmaktadır¹⁰. Ancak bu olayı düzenleyen kanunlardan birisi genel diğeri özelse; eğer önceki kanun genel, yeni kanun özelse, olaya özel olan yeni

6 Giritli-Bilgen-Akgüner, S. 123

7 Giritli-Bilgen-Akgüner, S. 124

8 Gözübüyük-Tan, S. 31

9 Kuluçlu E., “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, Sayıştay Dergisi, Sayı 71, S.8

10 Kuluçlu, S.8

kanun hükümleri uygulanmalıdır¹¹. Eğer önceki kanun özel, yeni kanun genelse; bu durumda da kanun koyucunun yeni kanunu çıkardığındaki amacına bakarak, yeni bir bakış açısıyla bir düzenleme getirmek istendiği anlaşılırsa, bu durumda da genel kanun uygulanmalıdır¹².

Genel ve özel kanun ilişkisi olmadan iki ayrı kanunda aynı olaya yönelik farklı düzenlemeler yer alırsa; bu durumda da sonraki kanunda yer alan düzenlemeler olaya uygulanmaktadır¹³. Çünkü kanun koyucunun o olaya yönelik iradesinin sonraki kanunla değiştiği kabul edilmektedir¹⁴.

Kanun koyucu tarafından çıkartılan kanunların hemen hemen hepsinde esas maddelerle birlikte geçici maddeler de yer almaktadır. Bazen bu maddeler arasında da aynı olayla ilgili farklı düzenlemelerle karşılaşmaktadır. Bu durumda da; Anayasa Mahkemesinin 28 Ocak 1992 tarih ve E:1992/7, K:1992/2 sayılı kararındaki içtihadı ile geçici maddelerin uygulama önceliğine sahip oldukları vurgulanmıştır¹⁵. Yürürlükteki mevzuat açısından örnek vermek gerekirse; 5520 sayılı kanunun 35'inci maddesi ile geçici 1'inci maddesinin 9'uncu fıkrasını verebiliriz.

2. SOSYAL TESİSLERE YÖNELİK VERGİ MEVZUATI

2.1. Mülga Mevzuat

2.1.1. 2395 Sayılı Kazanç Vergisi Kanunu

2395 sayılı Kanun hükümlerinin incelenmesi neticesinde sosyal tesislere yönelik herhangi bir vergi muafiyet hükmü olmamakla birlikte; İstisnalar başlıklı 3/21'inci maddesinde “Hususi kanunlara veya Devletle aktolunan mukavelere istinaden temettü ve kazanç vergilerinden istisna kabul edilmiş olanlar.” hükmünün yer aldığı tespit edilmiştir.

2395 sayılı Kanun 1 Haziran 1934 tarihinde yürürlüğe girip 1 Ocak 1950 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

11 Giritli-Bilgen-Akgüner, S. 125

12 Kuluçlu, S.8

13 Giritli-Bilgen-Akgüner, S. 125

14 Kuluçlu, S.9

15 Kuluçlu, S.10

2.1.2. 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu

Muafıklar başlıklı 7/13'üncü maddesi, "Genel ve katma bütçeli dairelere ait olup sadece kamu mensuplarına hizmet veren, kar amacı gütmeyen ve üçüncü kişilere kiralanmayan kreş, konuk evleri ve bunların kantinleri," hükmünü amirdir.

İndirim ve İstisnaların Sınırı başlıklı mükerrer madde 45'in 1'inci fıkrasının, "Kurumlar vergisine ilişkin istisna, muafiyet ve kurum kazancının tespitinde indirimleri düzenleyen hükümler, ancak bu Kanun, Gelir Vergisi Kanunu ve Vergi Usul Kanununa hüküm eklenmek veya bu kanunlarda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir."

22'nci geçici maddesinin, "Kurumlar Vergisi Kanununa bu Kanunla eklenen mükerrer 45 inci madde hükmünün yürürlüğünden önce kurumlar vergisine ilişkin olarak başka Kanunlarda yer alan muafiyet, istisna ve indirim hükümlerinin uygulanmasına devam olunur."

5422 sayılı kanun 1 Ocak 1950 tarihinde yürürlüğe girip 1 Ocak 2006 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

2.1.3. 2771 Sayılı Ordu Dâhili Hizmet Kanunu

2771 sayılı kanun hükümlerinin incelenmesi neticesinde sosyal tesislere yönelik herhangi bir vergi muafiyet hükmünün olmadığı tespit edilmiştir. 2771 sayılı kanun 18 Haziran 1935 tarihinde yürürlüğe girip 1 Mart 1961 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

2.1.4. 211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu

Sosyal Hizmetler Bölümünün 103'üncü maddesinin, "*Ordu evleri ve müştemilatı 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 7 nci maddesinin 18 inci fıkrası gereğince Kurumlar Vergisinden, Bina ve Gelir vergilerinden muaf olup mezkûr maddedeki (Ordu evleri) tabirine askeri gazino ve kışla gazinoları ile bunların nizamnamede gösterilen her türlü müştemilatı dahildir.*" hükmü, 6519 sayılı "Askerlik Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile 22 Şubat 2014 tarihinde değiştirilmiştir.

2.1.5. Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:31)

Muafiyetler başlıklı 2'nci maddesinin b fıkrasının, “*Bu muafiyet sadece kamu mensuplarına hizmet etmek amacıyla kurulan, karlılık gayesi olmayan ve üçüncü kişilere kiralanmayan genel bütçeli dairelere ait konuk evleri ile kantinlerine uygulanacaktır. Ancak bu kuruluşların amaçları dışında faaliyet göstermeleri halinde vergiye tabi olacakları tabiidir. Öte yandan, söz konusu kantinler, konuk evlerinde kalan kamu mensuplarının bu süre zarfında ihtiyaç duydukları malların satışının yapıldığı yerlerdir. Kantinlerde diğer malların (giyecek, buzdolabı, çamaşır makinesi gibi dayanıklı tüketim malları v.b.) veya konuk evinde kalanlar dışındaki kişilere de satış yapılması hallerinde muafiyetten yararlanılamayacaktır. ... Öte yandan, ordu evleri ve askeri kantinler genel bütçeli dairelere ait kuruluşlar olduğundan yukarıda belirtilen esaslar dâhilinde muafiyetten aynen yararlanacaklardır.*” hükmünü amirdir.

Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:31) 03 Nisan 1986 tarihinde yürürlüğe girip Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1)'nin 37'nci maddesi hükümleri çerçevesinde 03 Nisan 2007 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

2.1.6. Tamim¹⁶ (Maliye Vekâletinden, No: 22104/14-20049/58)¹⁷

Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan Tamimin (Sirküler) 1/3'üncü maddesi “*Binaenaleyh ordu dahili hizmet talimatnamesinin¹⁸ 197'nci¹⁹ maddesinde zikredilen maksat ve gayeye göre idare edilen ordu*

16 Tamim : Genelge, sirküler (Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara 2005, S. 1897)

17 14 Aralık 1937 tarihli ve 3782 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

18 Talimatname : Yönetmelik (Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara 2005, S. 1895)

19 Ordu Dahili Hizmet Talimatnamesinin 197'nci maddesi;

“Büyük garnizonlarda (müstakil tümen ve daha yukarı) bir orduevi bulunur. Bu evler garnizonun adı ile anılır, Ankara orduevi, İzmir orduevi gibi. Diğer garnizonlarda birer askeri gazino bulunabilir. Kışlalar içinde de bir subay ve bir erbaş gazinosu bulunur ve bunun adına da kışla gazinosu denilir.

evleri ve askeri gazinolarının 8/7/1935 tarihli ve 16223/115/38 numaralı umumi tebliğde mevzuu bahsedilen kulüpler gibi kazanç vergisine tabi tutulmaması icab eder.” hükmünü amirdir. Söz konusu açıklama ile ordu evleri ve askeri gazinoların kazanç vergisine tabi tutulmayacağı vurgulanmıştır.

2.2. Yürürlükteki Mevzuat

2.2.1. 211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu²⁰

103’üncü maddesinin, *“Ordu evleri, askeri gazinolar, kışla gazinoları, askeri müzeler ve vardiya yatakhaneleri ile özel, yerel ve kış*

Ordu evleri ve askeri gazinoların tesisinden maksat ordu mensuplarının münasebet ve irtibatını samimileştirmek ve mesleki ve içtimai inkişaflarını (gelişme) kolaylaştıracak vasıtaları hazırlamaktır.

Ordu evleri ve gazinoları istirahat yeridir. Harp oyunları, konferanslar mesleğe ve hizmete müteallik mübahaseler için de bir ders mahallidir. Ordu evlerinde ve askeri gazinolarda aile toplantıları, hususi ve resmi ziyafetler ve müsamereler de yapılabilir. Kışla gazinolarında umumî müsamereler ve aile toplantıları olmaz.

Ordu evleri ve askeri gazinoları mütalea ve oyun salonları ile spor, tenis mahalleri, yatak odaları, banyo ve sahillerde yüzme yerleri, deniz sporları vasıtaları için kayıkhane gibi müştemilatı ihtiva eder. Kışla gazinolarında kütüphane ve yıkanma yerleri tablidot salonları bulunur.

Subaylar ve askeri memurlar ile yaş haddi ile veya malulen tekaüt olan subaylar bilimum ordu evlerinin ve askeri gazinoların tabii üyelerinden ve buldukları garnizondaki ordu evinin veya askeri gazinonun asli üyelerinden sayılırlar.

Ordu evleri ve gazinoları bir heyet tarafından idare olunur. Heyetin seçilmesi ve vazifeleri ve salahiyetleri özel talimatına göre yapılır.

Ordu evleri ve askeri gazinolarının varidatı; teberruattan ve kendi hasılatından ve üyelerin asli maaşından yüzde birinden temin edilir.

Ordu evleri ve askeri gazinolarda alkollü içkiler ancak lokanta ve büfelerde serhoş olmamak şartı ile içilir. Kumar oynamak yasaktır.

Ordu evleri ile askeri gazinolar ordu mensuplarına mahsustur. Konser ve konferanslar ile ziyafet ve merasim günlerinde komutanlar tarafından davet edilmiş olan sivil zevat ve aileleri buralara girebilirler. Subaylar refakatlerinde olarak buralara sivil misafir kabul edilebilirler. (Otel kısmı müstesna), ordu evleri ve gazinoları icara da verilemez.

Ordu evlerinde ve askeri gazinolarında gösterilecek sinema filimleri mesleki ve terbiyevi ve ahlaki olmalıdır. Sinemalarda hiçbir zaman ticaret fikri gözetilmez ve reklam yapılmaz.” şeklindedir.

20 6519 sayılı “Askerlik Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile 22 Şubat 2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

eğitim merkezlerinde, özel bir ihtisas gerektiren hizmetlerin; personel yetersizliği veya maliyeti nedeniyle verilememesi durumunda bu hizmetler, hizmet alımı veya kiralama yoluyla dışarıdan karşılanabilir. Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olması hâlinde mal ve hizmet alımları birlikte yapılabilir.

Bu tesislerin kiraya verilmesi, işletilmesi, işlettirilmesi, mal ve hizmet alımı işlemleri tesis müdürlüklerince yerine getirilir. Bu şekilde elde edilen gelirler, genel bütçe gelirleri ile ilişkilendirilmeksizin tesis gelirlerine dâhil edilir.

Tesislerin kiraya verilmesi, mal ve hizmet alımı sonucu sağlanan gelirlerin dağıtım yerleri, oranları ve kullanılması, yapılacak denetlemeler ve diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine yönetmelik ile belirlenir.” hükmünü amirdir.

Sosyal Hizmetler Bölümünün 106’ncı maddesinin, “*Bu Kanun kapsamında Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından kuruluş amaçlarına göre işletilen orduevi ve bağlı şubeleri, askeri gazinolar, kışla gazinoları, vardiya yatakhaneleri ve bunların müstemilatı, özel, yerel ve kış eğitim merkezleri, askeri kantinler ve askeri müzeler kurumlar vergisinden muaftır. Bu muafiyet, 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile 13/6/2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu uyarınca yapılacak vergi kesintilerini kapsamaz.*

Bu maddede sayılan tesisler emlak vergisinden, bu tesislerin mal ve hizmet alımları nedeniyle düzenlediği ödemeye ilişkin kâğıtlar damga vergisinden istisnadır.” hükmünü amirdir. 211 sayılı kanun 1 Mart 1961 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

2.2.2. 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu

Muafiyetler başlıklı 4/1-d maddesi, “*Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerine ait olup sadece kamu görevlilerine hizmet veren, kâr amacı gütmeyen ve üçüncü kişilere kiralanmayan kreş ve konukevleri ile askerî kışlalardaki kantinler.”* ,

Yine aynı maddesinin 2'nci fıkrası ise; *“Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usuller Maliye Bakanlığınca belirlenir.”*, Muafiyet, istisna ve indirimlerin sınırı başlıklı 35/2'nci maddesi *“Kurumlar vergisi ile ilgili muafiyet, istisna ve indirimlere ilişkin hükümler, ancak bu Kanun, Gelir Vergisi Kanunu ve Vergi Usul Kanununa hüküm eklenmek veya bu kanunlarda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir.”*, Birinci Geçici Maddesinin 9'uncu fıkrası ise; *“Bu Kanunun yürürlüğünden önce kurumlar vergisine ilişkin olarak başka kanunlarda yer alan muafiyet, istisna ve indirimler bakımından 35 inci madde hükmü uygulanmaz.”* hükmünü amirdir. 5520 sayılı kanun 1 Ocak 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

2.2.3. Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1)

Kreş ve Konukevleri başlıklı 4.5.1. maddesinde, *“sadece kamu görevlilerine hizmet vermek, kâr amacı gütmemek ve üçüncü kişilere kiralanmamak koşuluyla kurumlar vergisinden muaf olacaklardır”*; Yine aynı maddede, *“Öte yandan, konukevlerinde berber, kuaför, bar, kafeterya, oyun salonu, çay bahçesi, pastane, düğün salonu, alakart, fastfood, lokanta, dansing, sauna, yüzme havuzu, fitness ve spor merkezi ile plaj v.b. yerlerde bir bedel karşılığı verilen hizmetlerin muafiyet kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir”*; Askeri Kışlalardaki Kantinler başlıklı 4.5.2. maddesinde, *“Askeri kışlalarda açılan ve askerlerin zaruri ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulan, kısıtlı türden malların satışının yapıldığı kantinler, kurumlar vergisinden muaf tutulacaktır. Bu kantinler, ev ihtiyaçlarının karşılanmadığı, dışarıya satış yapılmayan ve dolayısıyla iktisadi alanda rekabet eşitsizliği yaratmayacak şekilde faaliyet gösteren yerlerdir. Bu yerlerde giyecek, buzdolabı, çamaşır makinesi gibi dayanıklı tüketim malları v.b. satılması veya dışarıya satış yapılması hallerinde muafiyetten yararlanılamayacaktır. Ayrıca, askerlerin dışında ailelerinin de ihtiyaçlarını karşılayan ve askeri kışlaların dışında başka yerlerde faaliyet gösteren kantinlerin anılan muafiyet hükmünden yararlanması mümkün değildir”* ifadeler yer almaktadır.

Diğer Kanunlardaki Muafiyet, İstisna ve İndirimlerin Sınırı başlıklı 35’inci maddesinde “Ayrıca, 35 inci maddenin yürürlük tarihinin 1/1/2007 olduğu dikkate alındığında, bu tarihe kadar yürürlüğe giren kanunlarda yer alan muafiyet, istisna ve indirim hükümleri kurumlar vergisi bakımından geçerli olacak, ancak bu tarihten sonra yürürlüğe giren kanunlarda yer alan hükümlerin uygulanması mümkün olmayacaktır.” hükmünü amirdir.

Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1) 03 Nisan 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

2.3. Verilen Mevzuat Hükümlerinin Değerlendirilmesi

2.3.1. Mülga Mevzuatın Değerlendirilmesi

2395 sayılı Kanun ve 2771 sayılı Kanun ile sosyal tesislere yönelik herhangi bir istisna getirilmiş olmamasına rağmen, 14 Aralık 1937 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 22104/14-20049/58 numaralı Tamim ile Ordu Dâhili Hizmet Talimatnamesinde belirtilen amaca yönelik işletilen ordu evleri ve askeri gazinoların, kazanç vergisine tabi tutulmayacağı hükmü yer almıştır. Bu düzenleme ile Kazanç Vergisinde bir hüküm olmamasına rağmen, vergi hukukunda “*kanunilik ilkesi*” dikkate alınmadan ordu evleri ve askeri gazinolar Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan bir sirküler ile Kazanç Vergisinden muaf tutulmuştur.

5422 sayılı kanun ile de sosyal tesislere yönelik bir muafiyet hükmü getirilmekle birlikte ordu evlerinden bağımsız olarak işletilen askeri kantinler, getirilen bu hüküm dışında tutulmuştur. Ancak Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:31)’ndeki “...*ordu evleri ve askeri kantinler genel bütçeli dairelere ait kuruluşlar olduğundan...*” hükmü ile ordu evlerinden bağımsız olarak işletilen askeri kantinler de bu muafiyet hükmüne dahil edilmiştir. Yine yapılan bu düzenleme ile vergi hukukunda “*kanunilik ilkesi*” dikkate alınmadan askeri kantinler Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan bir tebliğ ile Kurumlar Vergisinden muaf tutulmuştur.

211 sayılı kanunun eski 103’üncü maddesindeki hükme, 5422 sayılı kanundaki muafiyet maddesine bir artı sağlamaması ve yine 5422 sayılı

kanunun mükerrer madde 45'inci maddesi gereği gerek olmadığı değerlendirilmektedir.

5422 sayılı kanunun 7/13'üncü maddesi esas alınarak yapılan bir değerlendirmede de; konuk evlerinin 5422 sayılı kanunun 7/13'üncü maddesinde öngörülen konaklama maksadı dışında yerine getirilen (berber, kuaför, bar, kafeterya, pastane, düğün salonu, lokanta vb.) hizmetler ile iktisadi rekabeti bozacak şekilde otel olarak faaliyet göstermelerinin vergi muafiyeti kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmayacağı²¹; konuk evlerine bağlı olarak işletilen kantinlerde, kamu personelinin ev ihtiyaçlarına yönelik gıda, temizlik, giyecek veya dayanıklı tüketim malzemelerinin satılması veya konuk evlerinde kalan kamu personeli dışındaki kişilere satış yapılması hallerinde vergi muafiyeti kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmayacağı²² değerlendirilmiştir.

İdare; ordu evleri, askeri gazinolar, askeri kantinler ve kışla gazinoları ile kamu kurumlarına ait misafirhane, kreş, yemekhane, eğitim ve dinlenme tesislerinin, faaliyetlerini, kar amacı taşımadığı gerekçesi ile ticari faaliyet saymaması, faaliyetin kanunla tevdi edilmiş görevler arasında bulunması, tüzel kişiliklerinin olmaması, müstakil muhasebeleri ve kendilerine tahsis edilmiş sermayelerinin veya işyerlerinin bulunamaması gerekçeleri ile sosyal tesisleri kurumlar vergisi muafiyetinden faydalandırmasına rağmen, ticari faaliyetin, kazanç elde etme gayesine bağlanamayacağı gerekçesi ile ordu evleri, askeri gazinolar, askeri kantinler ve kışla gazinoları ile kamu kurumlarına ait misafirhane, kreş, yemekhane, eğitim ve dinlenme tesislerinin, iktisadi kamu müesseseleri olarak vergi mükellefi olacağı vurgulanmıştır²³.

21 Gençyürek L., "Kamu Kuruluşlarına ait Sosyal Tesislerin Vergilendirilmesi", Yaklaşım Dergisi, Kasım 2004, Sayı:143

22 Vural M., "Kamu Kurumlarına ait Sosyal Tesislerde KDV Uygulaması", Vergi Dünyası, Ağustos 2001

23 Çilingir Ş.O.-Şeker K., "Kamu Kurumlarına ait Sosyal Tesislerin KDV Karşısındaki Durumu", Vergi Dünyası, Kasım1991

2.3.2. Yürürlükteki Mevzuatın Değerlendirilmesi

5520 sayılı Kanunun 4/1-d maddesi hükmü gereği ordu evleri ve askeri kantinler Kurumlar Vergisinden muaf tutulmuştur. Getirilen bu hüküm ile askeri kantinler de muafiyet kapsamına dahil edilmiştir. Ancak 5520 sayılı Kanunun 4/2'nci maddesine rağmen, Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1)'ndeki muafiyetler bölümü ile vergi hukukunda "kanunilik ilkesi" dikkate alınmadan, bazı açıklamalar yapılarak muafiyet hükmünün daraltıldığı değerlendirilmektedir.

Yapılan bu düzenlemenin; genel tebliğ yerine Anayasa'nın 73/4'üncü maddesindeki, "*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.*" hükmü gereği Bakanlar Kurulu tarafından yapılmasının "kanunilik ilkesi" çerçevesinde daha doğru bir hareket tarzı olduğu değerlendirilmektedir.

211 sayılı kanunun 106'ncı maddesinde, 6519 sayılı "Askerlik Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"la yapılan değişiklikle; Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından, kuruluş amaçlarına göre işletilen orduvevi ve bağlı şubeleri, askeri gazinolar, kışla gazinoları, vardiya yatakhaneleri ve bunların müstemilatı, özel, yerel ve kış eğitim merkezleri, askeri kantinler ve askeri müzelere Kurumlar Vergisi muafiyeti getirilmiştir. Yapılan bu değişiklik, 5520 sayılı kanunun 35'inci maddesi hükmüne aykırı olmakla birlikte, 5520 sayılı kanunun 4/1-d maddesi gereği gerek olmadığı değerlendirilmektedir.

Ayrıca, yine 6519 sayılı Kanunla, 211 sayılı Kanunun 103'üncü maddesine tesislerin kiraya verilebileceği hükmü getirilmiştir. Yapılan bu değişiklik, 5520 sayılı Kanunun 4/1-d maddesinde yer alan "*üçüncü kişilere kiralanmayan*" hükmü gereği, 5520 sayılı Kanunun 35'inci maddesi hükmüne aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Sosyal tesislere tanınan mülga ve yürürlükteki muafiyet hükümlerini özet olarak aşağıdaki çalışmada görebilmekteyiz.

01.06.1934	18.06.1935	14.12.1937	01.01.1950	01.03.1961	03.04.1986	01.01.2006	03.04.2007	DEV AM
2395 S. Kazanç Vergisi Kanunu (Muafiyet yok, ancak genelge/tebliğlerle muafiyet verilmiş)			5422 S. Kurumlar Vergisi Kanunu (Muafiyet var)					
2771 S. Ordu Dahili Hizmet Kanunu (Muafiyet yok)			Kurumlar Vergisi G.T. Seri No:31 (Muafiyet var)					
Maliye Vekaletinden, No: 22104/14-20049/58 numaralı Tanım (Muafiyet var)			211 S. TSK İç Hizmet Kanunu (Muafiyet var)					
			5520 S. Kurumlar Vergisi Kanunu (Muafiyet var)			Kurumlar Vergisi G.T. Seri No:1 (Muafiyet var) (*)		

 Mülga mevzuat

 Yürürlükteki mevzuat

(*) Sosyal tesislere tanınan muafiyet hükümlerinin yürürlükteki kanunlar ile düzenlenmesi ile “kanunilik ilkesi” çerçevesinde hüküm tesis edildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, genel tebliğ ile muafiyet hükmünün daraltılmasına gerek olmadığı değerlendirilmektedir.

3. SOSYAL TESİSLERLE İLGİLİ VERİLEN ÖZELGELER VE HUKUKİ DURUMU

3.1. Verilen Özelgeler

3.1.1. Gelir İdaresi Başkanlığı Tarafından Verilen Özelgeler

3.1.1.1. Mülga Mevzuat Hükümleri Çerçevesinde Verilen Özelgeler

14 Mart 2003 tarihli²⁴ özelgede, mülga 5422 sayılı Kanunun 7/13'üncü maddesine²⁵ atıfta bulunularak muafiyetin, sadece kamu mensuplarına hizmet etmek amacıyla kurulan, karlılık gayesi olmayan ve üçüncü kişilere kiralanmayan genel ve katma bütçeli dairelere ait konukevleri ile bu konukevlerinde açılan kantinlere uygulanması gerektiği vurgulanmıştır.

01 Mart 2005 tarihli²⁶ özelgede, aynı mevzuat hükmüne atıfta bulunularak yapılan açıklamanın 14 Mart 2003 tarihli verilen özelge ile paralellik arz ettiği görülmektedir.

04 Mayıs 2005 tarihli²⁷ özelgede, aynı mevzuat hükmüne atıfta bulunularak yapılan açıklamanın 01 Mart 2005 tarihli verilen özelge ile birebir aynı olduğu görülmektedir.

24 Gelir İdaresi Başkanlığının 14 Mart 2003 tarihli, Sayı:10508 sayılı ve “Genel ve Katma Bütçeli Dairelere Ait Konukevleri ile Bu Konukevlerinde Açılan Kantinlerin KDV, Kurumlar ve Damga Vergisi Açısından Vergisel Durumu Hk.” konulu özelgesi.

25 “Genel ve katma bütçeli dairelere ait olup sadece kamu mensuplarına hizmet veren, kar amacı gütmeyen ve üçüncü kişilere kiralanmayan kreş, konuk evleri ve bunların kantinleri,”

26 Gelirler Genel Müdürlüğünün 01 Mart 2005 tarihli, Sayı:5401-2926 sayılı ve “Kamu Kurum ve Kuruluşları Bünyesinde Faal Durumda Bulunan Misafirhane ve Kreş; Kar Amacı Taşımamak ve Münhasıran İlgili Kurum ve Kuruluş Mensuplarına Hitap Etmek Koşuluyla Katma Değer Vergisine Tutulmayacaktır.” konulu özelgesi.

27 Gelirler Genel Müdürlüğünün 04 Mayıs 2005 tarihli, Sayı:5401-3926 sayılı ve “Bakanlık Bünyesinde Misafirhane ve Kreş; Kar Amacı Taşımamak ve Münhasıran İlgili Kurum ve Kuruluş Mensuplarına Hitap Etmek Koşuluyla Katma Değer Vergisine Tabi Tutulmayacaktır. Fakat, İktisadi İşletme Niteliğinde Olan Lokal, Berber Salonu, Spor Tesisi ve Benzeri Sosyal Tesislerin Katma Değer Vergisi Yönünden De Mükellefiyetinin Tesis Ettirilmesi Gerekmetedir.” konulu özelgesi.

3.1.1.2. Yürürlükteki Mevzuat Hükümleri Çerçevesinde Verilen Özelgeler

30 Mayıs 2007 tarihli²⁸ özelgede, yürürlükteki 5520 sayılı Kanununun 4/1-d'üncü maddesine²⁹ atıfta bulunularak muafiyetin, askeri kışlalarda açılan ve burada kalanların bu süre içinde ihtiyaç duyduğu kısıtlı türden malların satışının yapıldığı kantinlere muafiyetin uygulanması gerektiği vurgulanmıştır.

04 Nisan 2009 tarihli³⁰ özelgede, aynı mevzuat hükmüne atıfta bulunularak ... Müdürlüğü Konukevinin üçüncü kişilere hizmet vermesinden dolayı kurumlar vergisi mükellefiyetinin tesis edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

3.1.2. Vergi Dairesi Başkanlıkları Tarafından Verilen Özelgeler

13 Temmuz 2011 tarihli³¹ özelgede, 5520 sayılı kanununun 4/1-d'üncü maddesi hükmüne atıfta bulunulmakla birlikte, Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 4.5.1. maddesine³² de atıfta bulunulmuş ve sadece üniversite personelinin barınma ve barınmanın gerektirdiği kahvaltı ve yemek gibi zaruri ihtiyaçların karşılanması amacıyla faaliyet gösteren ...

28 Gelir İdaresi Başkanlığının 30 Mayıs 2007 tarihli, Sayı:5301-4324-49074 sayılı ve "Öğrencilere ve Üniversite Çalışanlarına Hizmet Sunan Kantin, Kafeterya ve Yiyecek-İçecek Hizmeti Sunan Sosyal Tesislerin Kurumlar Vergisi ve Katma Değer Vergisi Mevzuatı Karşısındaki Mükellefiyet Durumları Hakkında" konulu özelgesi.

29 "d) Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerine ait olup sadece kamu görevlilerine hizmet veren, kâr amacı gütmeyen ve üçüncü kişilere kiralanmayan kreş ve konukevleri ile askeri kışlalardaki kantinler."

30 Gelir İdaresi Başkanlığının 03 Nisan 2009 tarihli, Sayı:5501-3162 sayılı ve "Konuk Evinde Verilen Hizmetlerin Kurumlar Vergisi ve Katma Değer Vergisine Tabi Olup Olmadığı Hususunda" konulu özelgesi.

31 Samsun Vergi Dairesi Başkanlığının 13 Temmuz 2011 tarihli, Sayı:08-312 sayılı ve "Personel Misafirlerinin Konaklaması Halinde Konukevinin KVK ve KDV Mükellefiyeti, Üniversiteye Yapılacak Bağışta İndirim Tutarı ve Mal ve Hizmet Alımlarında Damga Vergisi Kesintisi Yapılıp Yapılmayacağı Hk." konulu özelgesi.

32 "Öte yandan, konukevlerinde berber, kuaför, bar, kafeterya, oyun salonu, çay bahçesi, pastane, düğün salonu, alakart, fastfood, lokanta, dansing, sauna, yüzme havuzu, fitness ve spor merkezi ile plaj v.b. yerlerde bir bedel karşılığı verilen hizmetlerin muafiyet kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir."

İktisadi İşletmesinin kurumlar vergisinden muaf olması gerektiği vurgulanmıştır.

19 Ağustos 2011 tarihli³³ ve 06 Ocak 2012 tarihli³⁴ özalgede, aynı mevzuat hükümlerine atıfta bulunularak yapılan açıklamanın 13 Temmuz 2011 tarihli verilen özalg ile paralellik arz ettiği görölmektedir.

26 Ocak 2012 tarihli³⁵ özalgede, 5520 sayılı kanunun 4/1-d'üncü maddesi hükmüne atıfta bulunulmakla birlikte, Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 4.5.2. maddesine³⁶ de atıfta bulunulmuş ve ... bünyesinde bulunan kantinin, sadece askerlerin zaruri ihtiyaçlarını karşılaması ve mevzuatta belirtilen şartlar çerçevesinde faaliyet göstermesi halinde kurumlar vergisinden muaf olması gerektiği vurgulanmıştır.

3.2. Verilen Özalgelerin Hukuki Durumu

Gelir İdaresi Başkanlığı ve Vergi Dairesi Başkanlıkları tarafından, mülga ve yürürlükteki mevzuat hükümleri çerçevesinde verilen özalgelerin tümünün, verildiği dönemde yürürlükte olan kanun ve tebliğler ışığında verildiği, özalgelerin verildiği dönemde yürürlükte olan tebliğlerin, vergi hukukunda “kanunilik ilkesi” dikkate alınmadan yayımlanmış olmasının, verilen özalgelere de yansdığı görölmektedir.

33 Ankara Vergi Dairesi Başkanlığının 19 Ağustos 2011 tarihli, Sayı:2011-KVK-1-3-627 sayılı ve “Kurumlar Vergisi Muafiyeti” konulu özalgisi.

34 Trabzon Vergi Dairesi Başkanlığının 06 Ocak 2012 tarihli, Sayı:2010-3 sayılı ve “Öğretmenevinde Sadece Konaklama Hizmeti Verilmesi Halinde KDV Muafiyetinin Olup Olmadığı” konulu özalgisi.

35 Antalya Vergi Dairesi Başkanlığının 26 Ocak 2012 tarihli, Sayı: KVK.ÖZ.2011.25.-51 sayılı ve “Askeri Kantinin Kurumlar Vergisinden Muaf Olup Olmadığı Hk.” konulu özalgisi.

36 “Askeri kışlalarda açılan ve askerlerin zaruri ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulan, kısıtlı türden malların satışının yapıldığı kantinler, kurumlar vergisinden muaf tutulacaktır. Bu kantinler, ev ihtiyaçlarının karşılanmadığı, dışarıya satış yapılmayan ve dolayısıyla iktisadi alanda rekabet eşitsizliği yaratmayacak şekilde faaliyet gösteren yerlerdir. Bu yerlerde giyecek, buzdolabı, çamaşır makinesi gibi dayanıklı tüketim malları v.b. satılması veya dışarıya satış yapılması hallerinde muafiyetten yararlanılamayacaktır. Ayrıca, askerlerin dışında ailelerinin de ihtiyaçlarını karşılayan ve askeri kışlaların dışında başka yerlerde faaliyet gösteren kantinlerin anılan muafiyet hükmünden yararlanması mümkün değildir.”

SONUÇ

Metinde değerlendirilen bilgiler doğrultusunda;

- ✓ Vergi hukukunun asli kaynağının Anayasa'nın 73'üncü maddesi olduğu ve buradan v hareketle vergi mevzuatında yapılacak düzenlemelerin "kanunilik ilkesi"ne dayandırılması gerektiği,
- ✓ Vergi hukukunda asli kaynakların yanı sıra yardımcı kaynakların oluşturulmasında/geliştirilmesinde (özellikle sıklıkla kullanılan tebliğ ve özelgelerin) "kanunilik ilkesi"nin göz ardı edilmemesi gerektiği,
- ✓ Kanun koyucu tarafından, vergi hukukunda yapılacak düzenlemelerin, "kanunilik ilkesi"nden ayrılmadan, keyfi uygulamalara mahal vermemek adına normlar hiyerarşisine uygun bir şekilde düzenlenmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Konuyu 211 sayılı kanun kapsamındaki sosyal tesislere indirgeyerek inceleyecek olursak;

- ✓ Sosyal tesisler açısından, 2395 sayılı Kanunda muafiyet yokken, söz konusu muafiyet genelge/tebliğle "kanunilik ilkesi" göz ardı edilerek tanınmış,
- ✓ 2395 sayılı kanunun yerini alan 5422 sayılı kanun ile sosyal tesislere "kanunilik ilkesi" kapsamında muafiyet tanınmış, bu muafiyet, "özel kanun" olan 211 sayılı kanun ile pekiştirilmiş olmasına rağmen, Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri Nu:31 ile getirilen şartlarla "kanunilik ilkesi" göz ardı edilerek muafiyet daraltılmış,
- ✓ Normlar hiyerarşisinde önceki kanun-sonraki Kanun kapsamında değerlendirdiğimizde; 5422 sayılı kanunun yerini alan 5520 sayılı Kanun bu konuya çok güzel örnek teşkil etmektedir. Sonraki kanun olan 5520 sayılı Kanun ile sosyal tesislere "kanunilik ilkesi" kapsamında daha kapsamlı muafiyet tanınmış olmasına rağmen Kurumlar

Vergisi Genel Tebliği Seri Nu:1 ile bu muafiyete “kanunilik ilkesi” göz ardı edilerek getirilen şartlarla daraltılmıştır. Ayrıca sonraki kanun olan 5520 sayılı Kanunun birinci geçici maddesinin 9’uncu fıkrasındaki hüküm ile önceki kanunlarla sağlanmış olan muafiyet, istisna ve indirim hükümleri korunmuş,

- ✓ 6519 sayılı kanun ile 211 sayılı kanunun 103 ve 106’ncı maddelerinde, mevcut asli ve yardımcı kaynaklar doğrultusunda, uygulamaya yönelik bir düzenleme yapılmıştır. “özel kanun” statüsünde olan, 211 sayılı kanunda yapılan bu düzenlemenin, uygulamadaki tereddütleri giderme dışında, ek bir muafiyet getirmediği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Doğrusöz Bumin, “Yargı Kararlarının Işığında Vergilerin Kanuniliği İlkesi Açısından Türk Vergi Mevzuatının Değerlendirilmesi ”, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu 14–16 Mayıs 1998 Bodrum, İstanbul: M.Ü. Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın N.12, 2000.
- Giritli İsmet-Bilgen Pertev-Akgüner Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001
- Gözübüyük A.Şeref-Tan Turgut, İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 7.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010
- Saban Nihal, Vergi Hukuku, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3’üncü Basım, İstanbul 2005
- Çelik Celal, “Vergi Hukukunun Yardımcı Kaynağı Olarak İdari düzenlemeler”, Vergi Dünyası, Mayıs 2003

- Baykara Bekir, “Vergi Kanunları İle İlgili Genel Tebliğler ve İç Genelgelerin Hukuki Anlamı ve Değeri”, Vergi Dünyası, Ekim 2001
- Kuluçlu Erdal, “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, Sayıştay Dergisi, Sayı 71
- Gençyürek Levent, “Kamu Kuruluşlarına ait Sosyal Tesislerin Vergilendirilmesi”, Yaklaşım Dergisi, Kasım 2004, Sayı:143
- Vural Mahmut, “Kamu Kurumlarına ait Sosyal Tesislerde KDV Uygulaması”, Vergi Dünyası, Ağustos 2001
- Çilingir Şaban Orhan-Şeker Kenan, “Kamu Kurumlarına ait Sosyal Tesislerin KDV Karşısındaki Durumu”, Vergi Dünyası, Kasım1991

Gelir İdaresi Başkanlığınının 14 Mart 2003 tarihli, Sayı:10508 sayılı ve “Genel ve Katma Bütçeli Dairelere Ait Konukevleri ile Bu Konukevlerinde Açılan Kantinlerin KDV, Kurumlar ve Damga Vergisi Açısından Vergisel Durumu Hk.” konulu özelgesi.

Gelirler Genel Müdürlüğününün 01 Mart 2005 tarihli, Sayı:5401-2926 sayılı ve “Kamu Kurum ve Kuruluşları Bünyesinde Faal Durumda Bulunan Misafırhane ve Kreş; Kar Amacı Taşımamak ve Münhasıran İlgili Kurum ve Kuruluş Mensuplarına Hitap Etmek Koşuluyla Katma Değer Vergisine Tutulmayacaktır.” konulu özelgesi.

Gelirler Genel Müdürlüğününün 04 Mayıs 2005 tarihli, Sayı:5401-3926 sayılı ve “Bakanlık Bünyesinde Misafırhane ve Kreş; Kar Amacı Taşımamak ve Münhasıran İlgili Kurum ve Kuruluş Mensuplarına Hitap Etmek Koşuluyla Katma Değer Vergisine Tabi Tutulmayacaktır. Fakat, İktisadi İşletme Niteliğinde Olan Lokal, Berber Salonu, Spor Tesisi ve Benzeri Sosyal Tesislerin Katma Değer Vergisi Yönünden De Mükellefiyetinin Tesis Ettirilmesi Gerekmektedir.” konulu özelgesi.

Gelir İdaresi Başkanlığının 30 Mayıs 2007 tarihli, Sayı:5301-4324-49074 sayılı ve “Öğrencilere ve Üniversite Çalışanlarına Hizmet Sunan Kantin, Kafeterya ve Yiyecek-İçecek Hizmeti Sunan Sosyal Tesislerin Kurumlar Vergisi ve Katma Değer Vergisi Mevzuatı Karşısındaki Mükellefiyet Durumları Hakkında” konulu özelgesi.

Gelir İdaresi Başkanlığının 03 Nisan 2009 tarihli, Sayı:5501-3162 sayılı ve “Konuk Evinde Verilen Hizmetlerin Kurumlar Vergisi ve Katma Değer Vergisine Tabi Olup Olmadığı Hususunda” konulu özelgesi.

Samsun Vergi Dairesi Başkanlığının 13 Temmuz 2011 tarihli, Sayı:08-312 sayılı ve “Personel Misafirlerinin Konaklaması Halinde Konukevinin KVK ve KDV Mükellefiyeti, Üniversiteye Yapılacak Bağışta İndirim Tutarı ve Mal ve Hizmet Alımlarında Damga Vergisi Kesintisi Yapılıp Yapılmayacağı Hk.” konulu özelgesi.

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığının 19 Ağustos 2011 tarihli, Sayı:2011-KVK-1-3-627 sayılı ve “Kurumlar Vergisi Muafiyeti” konulu özelgesi.

Trabzon Vergi Dairesi Başkanlığının 06 Ocak 2012 tarihli, Sayı:2010-3 sayılı ve “Öğretmenevinde Sadece Konaklama Hizmeti Verilmesi Halinde KDV Muafiyetinin Olup Olmadığı” konulu özelgesi.

Antalya Vergi Dairesi Başkanlığının 26 Ocak 2012 tarihli, Sayı: KVK.ÖZ.2011.25.-51 sayılı ve “Askeri Kantinin Kurumlar Vergisinden Muaf Olup Olmadığı Hk.” konulu özelgesi.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA DOĞRUDAN TEMSİL MÜESSESESİ

Arş. Gör. Bahadır DEMİR¹

ÖZET

Bir hukuki işlem kural olarak sadece o hukuki işlemi yapan kişiler hakkında hüküm doğurur. Buna karşın, ekonomik hayatın büyük bir gelişme göstermesi, uzmanlığın önem kazanması, milletlerarası ilişkilerin artması, kişilerin bütün hukuki işlemleri bizzat yapmasını imkânsız kılmıştır. Böylece temsil, günümüzde önemi gittikçe artan bir hukuki müessese haline gelmiştir. Temsil müessesesi sayesinde, işlemler bir temsilci vasıtasıyla yapılmakta ve böylece kişi dünyanın farklı yerlerinde aynı anda hukuki işlemler tesis edebilmektedir. Temsil müessesesi, medeni hakları kullanma ehliyetinden yoksunluk sebebiyle hukuki işlemi bizzat yapmak imkânına sahip olmayan kişiler bakımından da önem arz etmektedir.

Temsil müessesesi, hukuki işlemlerde özellikle sözleşmelerde büyük önem taşımaktadır. Kanun koyucu temsil müessesesini, Türk Borçlar Kanunu'nun 40-48 maddeleri arasında düzenlemiştir. Bu hükümler temsil ile ilgili genel hükümlerdir. Kanun koyucu bu genel hükümlerin dışında, temsil ile ilgili olarak özel hükümlerine de, Türk Borçlar Kanunu'nun 547-554 maddeleri arasında yer vermiştir. Böylece Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde düzenleme bulunmadığı

¹ Adana Bilim ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı. E-Mail: law.bahadirdemir@gmail.com.

takdirde genel hükümlere başvurulması amaçlanmıştır. Son olarak Türk Borçlar Kanunu'nun temsil ile ilgili hükümleri Türk Medeni Kanunu madde 5²'deki yollama nedeniyle Medeni Kanun alanındaki tüm iradi temsil halleri için uygulama bulabilir.

Anahtar Kelimeler: Temsil, Doğrudan Temsil, Temsilci, Temsil Olunan, Temsil İlişkisi.

DIRECT REPRESENTATION ESTABLISHMENT WITHIN TURKISH CODE OF OBLIGATIONS NO. 6098

ABSTRACT

As a rule, a legal transaction yields a judgment only about person/people carrying out such transaction. However, the great development in economic life, rising importance of specialization, and increase in international relations have made it impossible for people to carry out all of their legal transactions by themselves. In this way, representation has become a legal institution whose importance increases day by day. Thanks to this institution, transactions are carried out through representatives. In this way, people are able to carry out legal transactions in different places of the world simultaneously. The institution of representation is of importance also for people who do not have a possibility to carry out legal transactions by themselves because of lack of capability to exercise civil rights.

The institution of representation is of vital importance for legal transactions, contracts being in the first place. The lawmaker in Turkey has regulated the institution of representation in the 40th to 48th articles of the Turkish Code of Obligations. These articles contain general provisions regarding representation. The lawmaker has also inserted special provisions concerning representation in the articles 547 to 554 of the Turkish Code of Obligations besides such general provisions. At this

² **TMK. m. 5:** “Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır”.

point, the aim is to make sure that general provisions are applied when the special provisions of the Turkish Code of Obligations do not include relevant regulations. Finally, the provisions of the Turkish Code of Obligations regarding representation may be applied to all voluntary representation conditions within the scope of the Civil Code because of the reference in the Turkish Civil Code article 5³.

Keywords: Representation, Direct Representation, Representative, Represented, Representative Relationship.

1. DOĞRUDAN TEMSİL KAVRAMI VE BENZER KURUMLARDAN FARKI

I. DOĞRUDAN TEMSİL KAVRAMI

Bir kimsenin temsilci sıfatıyla diğer bir kişi adına hukuki işlem yapmasına “*temsil*”, temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye “*temsil ilişkisi*”, yapılan hukuki muameleye de “*temsil yolu ile yapılan hukuki muamele*” denir⁴. Temsil ilişkisinde hukuki işlemi üçüncü kişi ile temsilci kurmasına rağmen yapılan işlemde doğan hukuki sonuçlar, temsil olunanın ad ve hesabına doğmaktadır⁵.

Temsil, dolaylı ve doğrudan temsil olmak üzere ikiye ayrılır. Hukuki işlem önce temsilci adı ve hesabına kurulup daha sonra bu işlemler temsil olunana başka bir hukuki işlemle intikal ettirilirse, TBK. m. 40/III gereği buna “*dolaylı temsil*” denir. Buna karşın hukuki işlemin sonuçları temsilcinin adı ve hesabında değil de, doğrudan doğruya temsil olunan adı ve hesabında sonuç doğuruyorsa buradaki temsile de TBK. M. 40/I gereği “*doğrudan temsil*” denir. Ancak temsil ifadesi esas itibarıyla

³ **The article 5 of the Turkish Civil Code:** “*The general provisions of this Code and Code of Obligations apply mutatis mutandis to all private law relations*”.

⁴ **OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2012, s. 164.

⁵ **AKYOL, Şener,** Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 151.; **GÜNAY, Cevdet İlhan,** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 236.; **HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre,** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 100.; **NOMER, Haluk N.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2012, s. 94.; **İNCEOĞLU, M. Murat,** Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 8.; **FEYZİOĞLU, Necmettin Feyzi,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1976, s. 386 vd.

doğrudan temsili ifade eder⁶. Zira hem temsil yetkisinin var olması, hem temsilcinin bu yetkiye dayanarak ve temsili veren adına ve hesabına davrandığını açıklayarak⁷ sözleşme kurması doğrudan temsil olarak adlandırılır⁸.

Temsil kurumunda bir hukuki işlemi başkası adına yapan kimseye “*temsilci*”, temsilcinin adına hareket ettiği kişiye “*temsil olunan*”, temsilcinin kendisiyle hukuki işlem yaptığı kişiye de “*üçüncü kişi*” denilir. Temsil yetkisi, temsil olunanın hukuki işlemler kurma yetkisinin ve ehliyetinin bir parçasıdır. Fiil ehliyeti olan herkes potansiyel olarak temsil yetkisi verme iktidarına sahiptir⁹. Görüldüğü üzere temsil yolu ile yapılan hukuki işlemlerde üç kişi yer almaktadır. Temsilcinin kurduğu sözleşmenin tarafları, üçüncü kişi ve temsil olunandır. Doğrudan temsil müessesesinde temsilci sözleşmeye taraf olamaz. Bu sebeple, temsil olunan, temsilci aracılığıyla kurulan sözleşmenin kendisine yüklediği borçları ifa etmek mecburiyetindedir¹⁰. Buna karşın, bahsi geçen sözleşmenin karşı tarafı olan üçüncü kişiye karşı da sözleşmeden doğan haklarını kullanabilir.

Temsile konu sözleşmenin tarafı temsil olunan olduğu için sözleşmenin yapılabilmesi için gerekli ehliyet koşulu da temsil olunanın bünyesinde aranır. Yetkilendirme işleminin geçerli olması için, TMK. m. 10 gereği temsil olunanın tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir¹¹. Bu

⁶ **NOMER**, s. 94. Doğrudan temsil, temsil kurumunun özü ve yaygın biçimidir. Roma Hukuku’ndan itibaren tartışılan, en çok sorun yaratan, geniş tartışmaların odağında olan doğrudan temsildir.

⁷ Temsilcinin temsil yetkisine dayanarak ve temsil olunanın nam ve hesabına davrandığını açıklayarak sözleşme kurması doğrudan temsildir.

⁸ **AKYOL**, s. 151.

⁹ **REİSOĞLU, Sefa**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 150.; **AKINTÜRK, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2006, s. 74.

¹⁰ **AKYOL**, s. 153.

¹¹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 653.; **AKINTÜRK**, s. 74. Belirtmek gerekir ki, sınırlı ehliyetsizler (ayırt etme gücü olan küçük veya kısıtlılar), TMK. m. 16/I gereğince kendilerinin bizzat serbestçe yapabileceği

nedenle temsil olunan tek taraflı irade açıklamasıyla temsilciye yetki verirken iradesi sakatlanmış ise, verilmiş olan temsil yetkisi, TBK. m. 39 gereğince iptal edilebilir¹². Ayrıca temsil olunan, vermiş olduğu temsil yetkisini her an geri alma hakkına da sahiptir.

II. BENZER KURUMLARDAN FARKI

A. Organ ile Temsilci Arasındaki Fark

Tüzel kişiler organları vasıtasıyla fiil ehliyetlerini kullanırlar. Bu bakımdan organın beyan ettiği irade tüzel kişinin iradesi manasına gelmektedir. Diğer bir deyişle organ tüzel kişinin bizzat kendisidir. Bu sebeple, temsil kavramı organlar içinde kullanılmasına karşın burada TBK. m. 40 vd. anlamında bir temsil söz konusu değildir¹³. Gerçekten de, TMK m. 50’de tüzel kişilerin iradesini, organları aracılığıyla açıklanacağını ve organların hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokabileceği düzenlenmiştir. Temsil de ise, temsil olunan kişiden başka bağımsız bir kişinin varlığı söz konusudur. Temsilci adı verilen bu kişinin temsil yetkisi sınırları dâhilinde yaptığı hukuki işlemler, temsil olunan adı ve hesabına yapılmış kabul edilir. Bunun yanında, tüzel kişinin organları, tüzel kişinin adına ve hesabına işlem yapmak üzere bir başkasını temsilci olarak tayin edebilirler¹⁴.

B. Haberci (Ulak) ile Temsilci Arasındaki Fark

Haberci (nuntius), muhbir veya ulak olarak da adlandırılmaktadır¹⁵. Haberci, bir iradeyi değiştirmeden olduğu gibi başkasına ulaştıran, kendi iradesini kullanmayan kimsedir. Misal olarak, Ahmet, Bekir’den, Cemil’e gidip kira sözleşmesini olduğu gibi kabul etmesini isterse, Bekir burada haberci konumundadır. Temsilci ise, temsil olunanın iradesini olduğu gibi

işlemlerde (bağışlama gibi), veli veya vasilerinin rızalarına gerek olmaksızın bir başkasını temsilci olarak yetkilendirebilirler.

¹² AKYOL, s. 154.

¹³ GÜLERCİ, Altan Fahri /KILINÇ, Ayşe, 6098 Sayılı TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 130.

¹⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012, s. 224.

¹⁵ ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 364.

üçüncü kişiye nakleden kimse olmayıp, temsil olunanın adına ve hesabına kendi iradesini açıklayan kişidir¹⁶. Sonuç olarak, haberci bir iradeyi başka bir kişiye ileten vasıtayken¹⁷, temsilci, kendi iradesini kullanarak başkasının adına ve hesabına temsil olunanın iradesine uygun olarak hukuki işlem tesis eden kimsedir¹⁸.

C. Vekil ile Temsilci Arasındaki Fark

Vekil, vekâlet sözleşmesi gereğince başkasının adına ve hesabına hareket eden kimsedir¹⁹. Bu bakımdan vekil, vekâlet sözleşmesine binaen vekâlet verenin temsilcisi konumundadır²⁰. Temsilin varlığından söz edebilmek için taraflar arasında mutlaka bir sözleşmenin kurulmuş olmasına gerek yoktur. Vekâlet ise bir sözleşmedir ve sözleşmenin her iki tarafının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları neticesinde kurulabilir²¹. Vekâlet sözleşmesi dolayısıyla vekil ile müvekkil arasında sözleşmeden kaynaklı bir borç ilişkisi doğar. Buna karşılık temsil ise, tek taraflı bir hukuki işlemdir ve etkisini sadece dış ilişkilerde gösterir. Nihayet, vekâlet sözleşmesinde vekil, sözleşmede belirtilen işi yapmakla yükümlü iken, temsil yetkisinin verilmesi temsilciyi yükümlülük altına sokmaz²². Temsilci verilen işi yapmaktan kaçınabilir, zira temsilde ilgili temsilci sadece yetkilendirmiştir.

2. DOĞRUDAN TEMSİLİN ŞARTLARI

I. GENEL OLARAK

Doğrudan temsilin söz konusu olabilmesi, diğer bir deyişle temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemde doğan hak ve borçların doğrudan doğruya temsil olunana ait olabilmesi için, başlıca iki şartın

¹⁶ İNCEOĞLU, s. 14.; GÜLERCİ/KILINÇ, s. 131.; ANTALYA, s. 364.

¹⁷ Habercinin iletiyi yanlış iletilmesiyle ilgili olarak **TBK. m. 33**: “Sözleşmenin kurulmasına yönelik iradenin haberci veya çevirmen gibi bir aracı ya da bir araç tarafından yanlış iletilmiş olması hâlinde de yanılma hükümleri uygulanır” hükmü mevcuttur.

¹⁸ KILIÇOĞLU, s. 225.

¹⁹ Bkz. **TBK. m. 502** vd.

²⁰ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 100.

²¹ GÜLERCİ/KILINÇ, s. 131.

²² ANTALYA, s. 365.

gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bunlardan ilki, “*temsil yetkisinin temsilciye verilmesi*” yani yetkilendirme, diğeri ise, “*başkası adına hareket edildiğinin açıklanması*”dır.

II. TEMSİL YETKİSİNİN TEMSİLCİYE VERİLMESİ (YETKİLENDİRME)

A. Genel Olarak

Doğrudan temsilin söz konusu olabilmesi için aranan şartlardan birisi, temsilcinin temsil yetkisine sahip olmasıdır²³. Bir kimsenin temsilci olabilmesi için, temsil olunanın tek taraflı ve karşı tarafın kabulüne bağlı olmadan varması gerekli ve yeterli irade açıklamasında bulunması şarttır. Temsil olunan tarafından tek taraflı olarak iletilen irade açıklamasının temsilci olacak kimsenin hukuk alanına girmesiyle o kimse “temsilci” olur²⁴. Temsilcinin temsil yetkisi ya kanundan ya da temsil olunanın iradesinden doğmuş olabilir²⁵. Gerçekten de, velayet altından ki küçükler ile kısıtlanmış olanları temsil eden kimselerin temsil yetkisi, kanundan doğmaktadır²⁶. Temsil yetkisi bir hukuki işlemde de doğmuş olabilir. Diğer bir deyişle temsil olunan, temsilciye tek taraflı bir irade açıklamasıyla da temsil yetkisi verebilir²⁷.

B. Temsil Yetkisinin Verilmesinde Ehliyet

Temsil yetkisi vermede, diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi ehliyete ilişkin genel kurallar uygulanır. Diğer bir deyişle, temsil yetkisinin geçerli olarak verilebilmesi için, temsil olunanın TMK. m. 10

²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 673., AKYOL, s. 155.; YAVUZ, Nihat, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2013, s. 407.; İNCEOĞLU, s. 47.

²⁴ Bu irade açıklamasının temsilcinin hukuk alanına ulaşmasının “hukuki işlem” mi, yoksa “hukuki sonuç” mu doğurduğu konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bir görüş temsil yetkisinin temsilciye ulaşması ile onun temsil yetkisiyle yetkilenmiş olmasını “hukuki sonuç” olarak kabul etmemektedir. Çoğunluk olan diğer görüş ise, temsil olunanın temsil yetkisini verme irade açıklaması temsilciye ulaşınca “hukuki sonuç” gerçekleşir ve “hukuki işlem” oluşur demektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYOL, s. 165.

²⁵ REİSOĞLU, s. 150.; İNCEOĞLU, s. 47.

²⁶ AKYOL, s. 158.; İNCEOĞLU, s. 47.

²⁷ RUHİ, Ahmet Cemal, Sözleşmeler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 42.

anlamında tam ehliyetli olması gerekir. Tam ehliyetli olmayan kimseler yalnız başlarına yapabilecekleri işlerin dışında kalan işlemlere ilişkin temsil yetkisini genel kurallar çerçevesinde, kanuni temsilcilerinin rızalarıyla verebilirler²⁸. Temsil olunan temyiz kudretine sahip değilse, temsil yetkisi batıldır. Temsil yetkisi verilen temsilcinin ise, ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir²⁹. Hukuki işlem, temsil olunan adı ve hesabına yapıldığından, yani temsilci kendisi borç altına girmediğinden TMK. m. 16/I anlamında tam ehliyetli olması şart değildir. Ancak temsilcin temsil yetkisini kullanırken açıkladığı beyandaki irade bozuklukları hukuki işlemi sakatlar. Bunun yanında hukuki işlemi temsilci yaptığından, temsilcinin üçüncü kimseyi aldatması durumunda ise, üçüncü kişinin aldatması olarak kabul edilmez³⁰.

C. Temsil Yetkisinin Verilmesinde Şekil

Temsil yetkisi vermeye ilişkin hukuki işlemin geçerliliği kural olarak şekle tabi değildir³¹. Yetki sözlü olarak verilebileceği gibi, yazılı olarak da verilebilir. Öğretide hâkim görüş, temsilcinin yapacağı hukuki işlem şekle tabi olsa bile, bu hususta temsil yetkisi veren beyanın ispat hukuku yönü saklı kalmak şartıyla şekle tabi olmadığını savunmaktadır; ancak katıldığımız görüşe göre ise, temsilcinin yapacağı hukuki işlem kanunda geçerlilik şartına tabi tutulmuşsa, şeklin aynı koruyucu amacının gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla yetkilendirme işleminin de aynı şekle uyulmak suretiyle yapılması gerekir³². Zira 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 89'da, *“Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekâletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış, gayrimenkul satış vaadi, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler Noterlik Kanunu m. 84-89 arasında bahsedilen*

²⁸ REİSOĞLU, s. 118.

²⁹ YAVUZ, s. 407.

³⁰ ANTALYA, s. 376.

³¹ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 437.; UYGUR, Turgut, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 369.; YAVUZ, s. 407.

³² ANTALYA, s. 374.

şekil şartlarına uygun olarak düzenlenirler” denilmektedir. İspat şekli bakımından ise, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 200 vd. hükümleri uygulama bulur³³.

Temsil yetkisi, temsilciye verilen bir belge ile açıklanmış olabileceği gibi, üçüncü kişilere yapılacak sözlü, yazılı beyanlarla veya gazetede ilan edilmek suretiyle de duyurulması mümkündür³⁴. Burada önemli olan şey, temsil olunanın yetkilendirme iradesinin, temsilci olacak kişinin hukuki alanına girmesidir.

III. BAŞKASI ADINA HAREKET EDİLDİĞİNİN AÇIKLANMASI

A. Açıklama İlkesi

Temsil ilişkisinin geçerli olması TBK. m. 40/I gereği, her şeyden önce temsilcinin temsil olunanın adına ve hesabına hareket etmesine bağlıdır. Bunun sonucu olarak, yapılan işlemin hukuki sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur. Temsilci, temsil iradesi ile hareket ettiği halde hukuki işlemi yaparken bu sıfatını karşı tarafa bildirmemiş ise sözleşmenin alacak ve borçları kendisine ait olur³⁵. TBK. m. 40/II’de bu kuralın üç istisnasına yer verilmiştir. Buna göre, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunanın biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur.

Sonuç olarak doğrudan temsilin varlığı için, temsil yetkisine sahip temsilcinin, hukuki işlem yaparken bunu başkasının adına yaptığını bildirmesi veya temsilcinin başkası adına hareket ettiğinin hal ve şartlardan anlaşılabilir olması veya işlemin temsilci veya temsil olunan ile yapılmasının farksız bulunması gerekmektedir³⁶. Aksi takdirde yapılan

³³ UYGUR, s. 368.

³⁴ YAVUZ, s. 407.

³⁵ UYGUR, s. 369.

³⁶ RUHİ, s. 43.

hukuki işlemin hükümleri temsil olunana değil, temsilciye ait olur³⁷. Yani bu halde artık doğrudan temsil değil, dolaylı temsil meydana gelir. Ancak sözleşme geçerlilik şartına tabi ise, temsilcinin kimin adına hareket ettiğinin sözleşmede belirtilmesi gerekir, karşı taraf için sözleşmenin kiminle yapıldığının öneminin bulunmadığı söylenemez³⁸.

B. Açıklama İlkesinin İstisnası: İlgili İçin İşlem

1) İlgili İçin Açık İşlem

Açıklama ilkesi gereğince, temsilci sadece başkası adına hareket ettiğini belirtmekle yetinmemeli, aynı zamanda adına hareket edilen kişinin kim olduğunu da açıklamalıdır³⁹. Kanunda bu yönde bir düzenleme bulunmamasına rağmen, doktrinde temsilcinin temsil ettiği kişinin adını açıklamaksızın “*ilgili şahıs adına*” işlem yapmasının ve temsil olunanın adının sonradan açıklanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Bu duruma “*ilgili için açık işlem*” denilmektedir⁴¹. Temsil olunanın sözleşmenin tarafı olarak açık bırakılması durumunda, temsil olunan kişi belirtilene kadar sözleşme kurulmuş olmasına rağmen sonuçlarını doğurmaz, sözleşme askıda geçersizdir⁴².

Üçüncü kişi TBK. m. 47 hükmünden kıyasen yararlanarak, temsilciye temsil olunanı bildirmesi için uygun süre verebilir. Bu sürenin sonunda temsilci temsil olunan kişinin kim olduğunu üçüncü kişiye

³⁷ AKYOL, s. 39.; REİSOĞLU, s. 150.; ESENER, Turhan, Mukayeseli Hukuk Ve Hususiyle Türk - İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 115-116.

³⁸ NOMER, s. 95. Konu ile ilgili Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 1. HD. T. 23.02.2012, E. 2012/452, K. 2012/1796; Yarg. 1. HD. T. 23.02.2006, E. 2005/14392, K. 2006/1778; Yarg. 1. HD. T. 10.04.2002, E. 2002/3822, K. 2002/5448; Yarg. 1. HD. T. 02.10.2001, E. 2001/9377, K. 2001/10089. Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (E.T. 09.04.2015).

³⁹ AKYOL, s. 196.

⁴⁰ İNCEOĞLU, s. 56. Doktrinde bu görüşte olan yazarlar ESENER, s. 109.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 167.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 678.; AKÜNAL, Teoman, Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda İlgili İçin İşlem Teorisi, İstanbul 1975, s. 12 vd.

⁴¹ ANTALYA, s. 371.

⁴² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 681.

bildirmezse, üçüncü kişi sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulur⁴³. Resmi şekilde yapılması gereken bir sözleşmede, (meselâ, tapuda resmi senede bağlanan bir taşınmaz satışı veya noter önünde düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi) ilgili için açık işlem yoluna başvurulamaz. Zira Noterlik Kanunu m. 79 gereği, bu gibi sözleşmelerde sözleşmenin her iki tarafının kimliğinin resmi senette bulunması zorunludur.

2) İlgili İçin Örtülü İşlem

Temsilcinin, temsil olunan kişinin adı ve hesabına hareket ettiğini bildirmemiş, ayrıca hal ve vaziyetten de temsilci olduğu anlaşılamamasına rağmen, üçüncü kişi için *“hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan birisi ile yapılmış olması farksız ise”*, temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı işlemin hak ve borçları temsil olunana ait olur⁴⁴. İlgili için örtülü işlemin kabul edilebilmesi için, doğrudan temsilin diğer şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir⁴⁵. Yani, temsilcinin temsil yetkisi bulunmalı ve temsilci temsil olunan adına hareket ediyor olmalıdır.

Üçüncü kişi için farksızlık unsuru değerlendirilirken, bakılacak olan husus üçüncü kişinin bu sözleşmeyi önüne gelen herhangi bir kişiyle yapıp yapmayacağı değildir⁴⁶. Bakılması gereken, üçüncü kişi açısından somut olayda söz konusu hukuki işlemin temsilci veya temsil olunan ile yapılmış olmasının kendisi için fark edip etmediğidir⁴⁷. Meselâ, marketten yapılan elden satışta, satıcı satış parasını peşin aldığı için, sözleşmenin temsilciyle mi temsil olunanla mı yapıldığını önemsemez. Buna karşın bu istisna durum, bankadan yapılan havalelerde uygulanmaz. Zira tarafların ilgili sözleşmeye bağlılığı söz konusudur.

⁴³ İNCEOĞLU, s. 63.

⁴⁴ ANTALYA, s. 371.

⁴⁵ AKYOL, s. 196.

⁴⁶ İNCEOĞLU, s. 69.

⁴⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 168.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 683.

3. TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI

I. GENEL OLARAK

Temsil yetkisinin kapsamı TBK. m. 41/I'de belirtildiği üzere, başkası adına ve hesabına temsil kanundan doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlere göre belirlenir. Bunun yanında hukuki bir işlemde doğan doğrudan temsilde temsilcinin temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, TBK. m. 41/I'e göre, bu yetkinin dayandığı hukuki işleme göre belirlenir. Temsil yetkisinin verilmesi hukuki bir işlem olduğundan, hukuki işlemlerin geçerlilik şartlarına tabi olacaktır. Bu anlamda, temsil yetkisi TBK. m. 27 kapsamında ancak hukuka ve ahlâka uygun hukuki işlemleri yapılması için verilebilir. Temsil olunanın bu yönde bir talimatı olmamasına rağmen, temsilci hukuka ve ahlâka aykırı işlem yapmışsa temsil olunanın sorumluluğu doğmaz⁴⁸.

Temsil yetkisinin verilmesi tek taraflı hukuki bir işlemdir. Bu sebeple, temsil olunan rızai temsil hallerinde temsil yetkisinin kapsamını belirleme hususunda kural olarak serbesttir. Bu durumda, öncelikle irade beyanının yorumlanmasında temsil olunanın gerçek arzusuna mı bakılacağı, yoksa güven ilkesi uyarınca temsilcinin yetki beyanına vermesi gereken anlamın mı esas alınacağı sorununun çözülmesi gerekmektedir. Bizimde katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre, temsil yetkisinin dayandığı hukuki işlem, yani temsil edilenin irade beyanı, tereddüt halinde, güven ilkesine göre yorumlanır ve bu suretle yetkinin kapsamı belirlenir⁴⁹. Buna karşılık temsilci, temsil edileni fiilen doğru olarak anlamışsa temsil yetkisinin içerik ve kapsamı, bu anlamaya göre tespit edilir. Nihayet, temsil yetkisinin kapsamı üçüncü kişilere bildirilmişse, kapsam TBK. m. 41/II gereği üçüncü kişilere yapılan bildiriye göre belirlenir. Türk Borçlar Kanunu gibi İsviçre Borçlar Kanunu da m. 33/III'de üçüncü kişinin iyi niyetinden bahsetmemiştir⁵⁰.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **BAŞPINAR, Veysel**, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.

⁴⁹ **EREN**, s. 441.; **İNCEOĞLU**, s. 159.

⁵⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 176.

II. YETKİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI

Temsilci kendisine verilen yetkiyi, TBK. 506/II gereği temsil olunan yararına uygun şekilde kullanmakla yükümlüdür. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için, temsilcinin temsil olunanla arasındaki iç ilişkiden doğan yükümlülüklerine aykırı davranarak, temsil olunanın yararına olan bir işlemi üçüncü bir kişiyle yapması gerekir⁵¹. Söz konusu yetki, sınırları içinde kalınmış olsa dahi temsil olunanın çıkarlarına aykırı bir şekilde kullanılmışsa, temsilci bakımından hakkın kötüye kullanılması söz konusudur⁵².

Temsilcinin işlem yaptığı üçüncü kişi, temsilcinin temsil yetkisine güvenmekte haklı ise, temsil olunanın yararı ile üçüncü kişinin yararı arasında çatışma olur. Kural olarak, temsilci ile sözleşme yapan üçüncü kişi iyiniyetli ise yani temsilcinin hakkını kötüye kullandığını bilmiyorsa ve bilebilecek durumda değilse, TMK. m. 3 gereği yapılan sözleşme temsil olunanı bağlar⁵³. Bu durumda temsil yetkisini kötüye kullanan temsilci, temsil olunanın bu nedenle uğradığı zararı tazminle yükümlüdür⁵⁴. İstisnai olarak, “*hileli anlaşma*” ve “*üçüncü kişinin kötü niyetli olması*” durumlarında, temsil olunanın yararına üstünlük tanınarak, temsil yetkisi kötüye kullanıldığı için yapılan sözleşme geçersiz olur⁵⁵. Böylece, üçüncü kişi temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını biliyorsa veya bilebilecek durumdaysa yani iyiniyetli değilse, TMK. m. 3 gereği yapılan sözleşme temsil olunanı bağlamaz. Hileli anlaşma ise, yetkili temsilcinin temsil yetkisini temsil olunanın çıkarlarını zedeleyecek şekilde kullanması

⁵¹ **ANTALYA**, s. 385.

⁵² **REİSOĞLU**, s. 154.

⁵³ Bkz. **Yarg. 1. HD. T. 23.02.2006, E. 2005/14392, K. 2006/1778.**; **Yarg. 11. HD. T. 28.10.2008, E. 2007/3857, K. 2008/11976.** Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (E.T. 11.04.2015). Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **AKYOL Şener**, Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması, Yargı Dünyası, Eylül 2007, s. 13-34.

⁵⁴ Bkz. **Yarg. 15. HD. T. 13.10.2005, E. 2005/5807, K. 2005/5402.** Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (E.T. 11.04.2015).

⁵⁵ Bkz. **Yarg. 11. HD. T. 21.12.2006, E. 2005/11117 K. 2006/13707.**; **Yarg. 1. HD. T. 23.02.2006, E. 2005/14392, K. 2006/1778.** Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (E.T. 11.04.2015).

ve temsil olunan aleyhine temsilci yararına işlem yapmasıdır. Böyle bir durumda, üçüncü kişi ile temsilci arasında hileli anlaşma yapılmış olması, üçüncü kişinin kötü niyetli sayılması için yeterlidir.

III. YETKİNİN SINIRLANMASI

Temsil olunan temsil yetkisinin kapsamını istediği şekilde belirleyebileceği gibi, bu yetkiye sonradan sınırlamalar getirebilir veya geri alabilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, temsil olunan, yetkinin kapsamını belirlemek konusunda kural olarak serbesttir⁵⁶. Buna karşın temsil olunan bu konudaki yetkisinden vazgeçemez, kendisini kısıtlayacak işlemler yapamaz. Temsil olunanın vermiş olduğu yetkiye ilişkin bir sınırın mevcut olmasının önemi ise, temsilci tarafından temsil yetkisinin sınırının aşılması durumunda kendisini gösterir⁵⁷. Gerçekten de TBK. m. 49'da, "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fülle başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*" denilmektedir. Bu kapsamda sınırın aşılması durumunda yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulur⁵⁸. Söz konusu sınırlamalar genellikle üç başlık altında karşımıza çıkmaktadır.

⁵⁶ Bu özgürlüğün TBK. m. 26 ile sınırlı olduğu şüphesizdir. Hukuka ve ahlaka aykırı bir konuda bir kimseye temsil yetkisi verilmesi mümkün olmadığı gibi temsil yetkisinin kapsamının temsil olunanın kişilik haklarına aykırı olmasına da imkân bulunmamaktadır.

⁵⁷ Davranış kuralları, her zaman kişilerin mutlak haklarını koruma amacını gütmeyiz. Bu kurallardan bazıları, kişilerin mutlak hakları dışında kalan veya hak niteliği taşımayan ekonomik menfaatlerini korumak amacını güderler. Bu normların koruduğu menfaatler arasında mutlak hak olmayan menfaatlerden, zarar görenin mameleki ve ticari menfaati de bulunmaktadır. Mutlak hak niteliğinde olmayan bu menfaatleri koruyan davranış kurallarına "*özel koruma normları*" denilir. Özel koruma normlarının ihlâlinin TBK m. 49/I anlamında hukuka aykırılık teşkil etmesi için özel koruma normunun, kişilerin hukuki bir varlığını ve özellikle mameleki bir menfaatini koruma amacı gütmesi gerekir. Özel koruma normları "*dolaylı koruma normları*" olarak da adlandırılabilir. İhlâl edilen davranış kurallarının, asli koruma amaçları vardır. Bazen söz konusu kurallar, bu amaçlarının yanında kişilerin hukuki varlık ve menfaatlerini de dolaylı olarak korurlar. Dolaylı koruma normlarının ihlâli halinde, mutlak bir hak ihlâl edilmemiştir; ancak bir zarar meydana gelmektedir. Öyleyse, ihlâli halinde "*şahsa*" veya "*şeye verilen zarar*" dışında "*diğer mameleki bir zarar*" ortaya çıkan bu tür davranış kurallarına aykırı hareket de hukuka aykırılık teşkil eder. Mutlak hakların ihlâl edilebilmesi için, şahsa veya şeye zarar verilmesi gerekir. *Oysa "diğer zarar"* mutlak hakların dışındaki menfaatlerin ihlâli halinde meydana gelir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ABİK, Yıldız**, Normun Koruma Amacı Teorisi, AÜHFD. C. 59, S. 3, Ankara 2010, s.345-448.

⁵⁸ **İNCEOĞLU**, s. 198.

Bunlar konu, kişi ve zaman bakımından sınırlamadır. Anlaşılacağı üzere sayılan sınırlamalar “*numerus clausus*” prensibine tabi değildir. Bu duruma belirli bazı işlemlerin yazılı şekilde yapılmasına ilişkin sınırlandırma şekli bakımından sınırlamaya örnek verilebilir.

A. Konu Bakımından Sınırlama

Temsil yetkisinin konu bakımından sınırlanması, temsilcinin temsil olunan adına yapabileceği hukuki işlemlerin kapsamının belirlenmesi anlamına gelmektedir⁵⁹. Temsil yetkisinin, temsilciye her türlü hukuki işlemin veya belirli bir kategoriye giren işlemlerin yapılabilmesi yetkisinin verilebildiği durumlarda “*genel temsil yetkisinden*”, buna karşılık sadece belirli bir hukuki işlemi yapabilme yetkisini içermesi durumunda “*özel temsil yetkisinden*” bahsetmek mümkündür⁶⁰. Genel yetkinin verilmiş olduğu durumlarda, kişinin malvarlığına ilişkin olarak kendi yapabileceği tüm işlemler için kural olarak temsilcinin yetkilendirilmiş olduğu kabul edilmektedir⁶¹. Özel yetkinin verilmiş olduğu durumlarda ise, belirli bir hukuki işlemin yapılması için verilen yetki anlaşılmaktadır⁶².

B. Kişi Bakımından Sınırlama

Temsil olunanın temsilciye, işlem yapılacak üçüncü kişi bakımından sınırlama yapmaksızın temsil yetkisi vermesi mümkün olduğu gibi, sadece belirli kişi veya kişiler ile işlem yapması ya da tam tersine belirli kişi ya da kişilerle işlem yapmaması şartıyla yetki vermesi durumunda temsil yetkisinin kişi bakımından sınırlanması söz konusu olur⁶³. Bu takdirde temsilcinin yetkisi bu kişi veya kişilerle sınırlıdır. A, T’ye sadece B Bankasından teminat mektubu almaya; taşınmazını sadece Ü isimli kişiye satmaya yetki vermesi örnek verilebilir.

⁵⁹ REİSOĞLU, s. 155.; ANTALYA, s. 383.; KILIÇOĞLU, s. 234.; GÜLERCİ/KILINÇ, s. 136.

⁶⁰ UYGUR, s. 377.; İNCEOĞLU, s. 200.

⁶¹ EREN, s. 442.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 176.

⁶² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 655.

⁶³ ESENER, s. 73.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 179.

C. Zaman Bakımından Sınırlama

Temsil olunan, temsil yetkisini zaman bakımından da sınırlayabilir. Buna göre temsil olunan, temsil yetkisini belirli bir zamandan itibaren hüküm ve sonuç doğurmak veya belirli bir zamana kadar geçerli olmak üzere verebilir⁶⁴. Temsil yetkisinin erteleyici bir şarta bağlı olarak verilmesi de mümkündür. Bu takdirde temsilcinin şartın gerçekleşmesinden veya sürenin başlamasından önce ya da sona ermesinden sonra yaptığı hukuki işlemler, temsil olunanı bağlamaz⁶⁵. Bu gibi hallerde yetkisiz temsil söz konusu olur. Bununla birlikte temsil olunan, hukuki işlemi sonradan onarsa, söz konusu işlem kendisi için de geçerli olur⁶⁶. Ancak, sözleşmenin onanmaması, yetkisiz temsilciyi üçüncü kişinin bu yüzden uğradığı zararları tazmin etmek mecburiyetinde bırakır⁶⁷.

IV. TEMSİLCİNİN KENDİSİYLE SÖZLEŞME YAPMASI (ÇİFTE TEMSİL)

Temsilcinin bir sözleşmeyi, hem temsil edilen tarafın temsilcisi, hem de karşı taraf (üçüncü kişi) olarak yapmasına, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması denir⁶⁸. Temsilcinin bir sözleşmeyi, her iki tarafı da temsil ederek yapması durumunda da çifte temsil ilişkisi söz konusu olur⁶⁹. TBK’da temsilcinin sözleşmeyi kendisiyle yapmasını veya

⁶⁴ KILIÇOĞLU, s. 234.

⁶⁵ EREN, s. 441.

⁶⁶ ESENER, s. 76.

⁶⁷ BELGESAY, Mustafa Reşit, Hukuki Muamelelerde Temsil, İstanbul 1941, s. 138; GÖNENSAY, A. Samim, Borçlar Hukuku 1. Cilt, İstanbul 1948, s. 144; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 1976, s. 423; ÖZSUNAY, Ergun, Borçlar Hukuku I, 2. Baskı, İstanbul 1983, s. 144; İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1984, s. 229; ÖNEN, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara 1996, s. 82; EREN, s. 458; AKYOL, s. 536; AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Hazırlanmış 5. Baskı, Konya 2011, s. 132; UYGUR, s. 393; ANTALYA, s. 402.

⁶⁸ ESENER, s. 248; EREN, s. 446.; TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993. s. 179 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 166 vd.

⁶⁹ ESENER, s. 284; EREN, s. 446.;

temsilcinin iki tarafın temsilcisi olarak işlem yapmasını (çifte temsil) yasaklayan açık bir hüküm yoktur. Kanunda mevcut olan boşluğun BGB § 181'den esinlenerek çözümlenmesi gereği doktrinde kabul görmektedir⁷⁰. Bu sebeple iki istisna dışında temsiline kendisiyle veya iki tarafın temsilcisi olarak işlem yapması söz konusu olamaz⁷¹. Temsilcinin kendisiyle veya iki tarafın temsilcisi olarak sözleşme yapması halinde, temsilci, temsil olunanın yararını değil de kendi yararını düşünerek hareket edebilir⁷². Bu nedenle, temsilcinin kendisi ile sözleşme yapmış olması veya çifte temsil halinde, sözleşmenin niteliği bir çıkar çatışmasına imkân vermiyorsa veya temsilcinin kendisiyle sözleşme yapmasına açıkça yetki verilmişse ya da temsilcinin yapmış olduğu sözleşmeye temsil olunan sonradan rıza göstermişse sözleşmenin geçerliliği kabul edilmektedir⁷³.

Gerek çift temsilde, gerekse temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması halinde, temsilci özel olarak yetkili kılınmamış veya işin niteliği buna elverişli değilse, sözleşme temsil olunanı bağlamaz ve sözleşme yetkisiz temsil hükümlerine tabi olur⁷⁴. Askıdaki hükümsüzlük müeyyidesine tâbi olan sözleşme, ancak temsil olunanın vereceği onama

⁷⁰ ANTALYA, s. 384.

⁷¹ EREN, s. 446.; UYGUR, s. 371.

⁷² İNCEOĞLU, s. 223.

⁷³ Yargıtay da bir kararında: "...Bir kişinin birkaç gerçek ve tüzel kişiyi temsil etmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak birden fazla gerçek veya tüzel kişiyi temsil eden kişi kendi kendisiyle değil üçüncü bir kişiye karşı hukuki muamelede bulunur. Çifte temsil halinde temsilciye açık bir yetki verilmişse veya böyle bir muameleden dolayı temsil olunanın zarara uğraması tehlikesi yoluna çifte temsil geçerlidir. Somut olayda davacı şirket temsilcinin mallarını gerçek fiyatının çok altında temsil yetkisi bulunan davalı şirkete sattığını ileri sürdüğüne göre zarar uğrama ihtimali mevcuttur. Bu nedenle temsilcinin yaptığı işlem davacıyı bağlamaz. Mahkemece bu yönde gözetilerek malların rayiç bedeline göre davacının uğradığı zararın tespit edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır..." olduğu görüşündedir. **Yarg. 19.HD. T. 1.2.2007 K. 6832, E. 692**, Bkz. YAVUZ, Nihat, Vekilin; Müvekkil Adına Veya Hesabına Bizzat Kendisi İle İşlem Yapabilmesi (Kendisiyle Sözleşme Yapması) ve Sözleşmenin İki Tarafını Temsil Edebilmesi (Çifte Temsil) Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2 s. 1301-1302.

⁷⁴ UYGUR, s. 371.; AKINCI, s.132. Ayrıntılı bilgi için bkz. ALTINER, Fatma Zeynep, Temsil, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009.

ile geçerli olur⁷⁵. Onama, geçmişe etkili sonuçlar doğurur⁷⁶. Böylece onama, yetkisiz olarak yapılan sözleşmeyi sanki baştan itibaren temsil yetkisi varmış gibi geçerli hale getirir⁷⁷. Buna karşılık, onama verilmediği takdirde askıdaki hükümsüzlük, kesin hükümsüzlüğe dönüşür⁷⁸.

V. BİRDEN FAZLA KİMSEYE TEMSİL YETKİSİ VERİLMESİ

Temsil edilen, temsil yetkisini, bir kişiye verebileceği gibi birden çok kişiye de verebilir. Birinci halde “tek temsil ilişkisi” ikinci halde ise “toplu temsil ilişkisi” söz konusu olur⁷⁹. Tek temsil ilişkisinde, bir tek temsilci hukuki işlemi yapma yetkisine sahiptir. Toplu temsil ilişkisi ise, kendi içinde tekrar ikiye ayrılır. Bunlar, “*müteselsil temsil ilişkisi*” ile “*müşterek temsil ilişkisi*”dir. Müteselsil temsilde, temsilcilerden her biri, temsil edilen adına tek başına hareket ederek istenilen sözleşmeyi veya hukuki işlemi yapabilir⁸⁰. Müşterek temsilde ise, yapılacak işlemin temsil olunanı bağlayabilmesi için, temsilcilerin birlikte hareket ederek hukuki işlemi birlikte yapmaları gerekir⁸¹.

Müşterek temsilde birlikte hareketten amaç, temsilcilerin hep birlikte aynı anda hareket etmeleri değildir. Temsilciler, zaman itibarıyla aynı anda hareket edebilecekleri gibi, birbiri ardına da hareket edebilirler.

⁷⁵ ESENER, s. 285.

⁷⁶ TUNÇOMAĞ, s. 421.; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet / ÖZDEMİR, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 97.; ÖNEN, s. 81.; EREN, s. 455.; NOMER, s. 106.; UYGUR, s. 391.; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat, Ankara 2003, s. 406.; AKYOL, s. 463.; ANTALYA, s. 402.

⁷⁷ GÖNENSAY, s. 143; TUNÇOMAĞ, s. 421; ŞAKİR, Berki, Türk Borçlar Kanununda Temsil, BATİDER., C. VIII, S. 1, Y. 1975, s. 31; VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 98; ÖNEN, s. 81; EREN, s. 455; DERYAL, Yahya / GENÇ, Cemal, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 188; NOMER, s. 106; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 105; UYGUR, s. 391; KILIÇOĞLU, s. 246; KARAHASAN, s. 406; AKYOL, s. 463; ANTALYA, s. 402; ÇİÇEK, Banu, Türk Borçlar Hukukunda İradi Temsil Yetkisinin Sona Ermesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010, s. 19.

⁷⁸ EREN, s. 447.;

⁷⁹ EREN, s. 443.; İNCEOĞLU, s. 225.

⁸⁰ İNCEOĞLU, s. 225.

⁸¹ EREN, s. 443.

Bu son halde, en sonuncu temsilcinin irade beyanıyla hukuki işlem tamamlanır⁸². Müşterek temsilde, temsilciler birbirini kaim temsilci tayin edemeyecekleri gibi, bir hukuki işlemi tek başına bağımsız olarak yapma yetkisini de veremezler⁸³. Zira bu durum, müşterek temsilden beklenen faydayı ortadan kaldırır. Birden çok temsil ilişkisinin, müteselsil temsil mi, yoksa müşterek temsil mi olduğu temsil belgesinin veya vekâlet sözleşmesinin yorumundan tespit edilir⁸⁴.

4. DOĞRUDAN TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ

I. TEMSİL YETKİSİNİ SONA ERDİREN SEBEPLER

A. Genel Olarak

Temsil yetkisinin sona ermesine ilişkin sebepler Türk Borçlar Kanunu'nda iki ayrı madde halinde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, temsil yetkisinin temsil olunan tarafından tamamen veya kısmen geri alınması hususunu düzenleyen TBK. m. 42 hükmüdür. Diğer düzenleme olan TBK. m. 43 ise, sona erme sebepleri olarak, temsil olunan veya temsilciden birinin ölmesi, bu kimseler hakkında gaiplik kararı verilmesini, fiil ehliyetinin kaybını veya içlerinden birinin ya da her ikisinin iflas etmesini, tüzel kişilerce veya tüzel kişilere verilen yetkilerde ise, tüzel kişiliğin son bulmasını göstermektedir. Görüldüğü üzere, kanun koyucu “*irade beyanıyla temsil olunanın temsil yetkisinin geri alınması*” ile “*ölüm, ehliyetsizlik ve diğer durumlar*” arasında ayırım yapmıştır. İkinci gruba giren durumlara çoğu zaman, “*kanun gereği sona erme veya kendiliğinden sona erme*” de denilmektedir. Bizde çalışmamızda kendiliğinden sona erme ifadesini kullanacağız.

B. Temsil Yetkisinin İradi Olarak Sona Ermesi

Bir kimseye temsil yetkisinin verilmesi, temsil olunanın ona karşı duyduğu güvenin açık bir göstergesidir. Herhangi bir sebepten ötürü bu güven sarsılmışsa, tek taraflı irade beyanı ile verilmiş olan yetkinin yine tek taraflı bir irade beyanı ile her zaman ve sebep göstermeksizin geri

⁸² OĞUZMAN/ÖZ, s. 167 vd.

⁸³ ESENER, s. 75.; İNCEOĞLU, s. 225

⁸⁴ EREN, s. 443.

alınabilmesi gerekir⁸⁵. Gerçekten de kanun koyucu TBK. m. 42/I'de; *“Temsil olunan, hukuki bir işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlandırabilir veya geri alabilir”* diyerek temsil olunana bu imkânı tanımıştır.

Temsil yetkisi, kural olarak her zaman geri alınabilmesine karşın geri alma, temsilcinin temsil olunan adına iyiniyetli üçüncü kişi ile işlem yapmasından önce gerçekleşmelidir. İşlemden sonra yapılan geri alma, TBK. m. 45 uyarınca hukuki sonuç doğurmaz. Zira TBK. m. 45/I'de, *“temsilci, yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmediği sürece, temsil olunan veya halefleri, temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemlerin sonuçlarıyla bağlıdırlar”* düzenlemesi mevcuttur. Bunun yanında, temsil yetkisinin geri alındığı üçüncü kişilere bildirilmişse, temsilci, temsil yetkisinin kaldırıldığını henüz öğrenmemiş olsa dahi temsil yetkisinin kaldırıldığını bilen üçüncü kişiler temsilcinin var olduğunu düşündüğü temsil yetkisine dayanamazlar⁸⁶.

Temsil olunanın yapacağı geri alma “tam” olabileceği gibi “kısmi” de olabilir. Tam geri almada temsil olunan, tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile temsilcinin mevcut sıfatına son verir. Diğer bir ifadeyle, temsil olunan, temsilciyi görevinden azledebilir⁸⁷. Ayrıca temsil olunanın temsil yetkisini tamamen veya kısmen kaldırabilme yetkisinden feragat etmesi mümkün değildir⁸⁸. Tam geri almayı sağlayan tek taraflı irade beyanı, bozucu yenilik doğuran bir işlem olmasına karşın, yetkinin kısmen geri alınmasına ilişkin beyan değiştirici yenilik doğan işlemler kategorisine girer⁸⁹. Her iki durumda da, geri alma beyanının temsilcinin hukuk alanına ulaştığı anda temsil yetkisi ileriye etkili olarak son bulur

⁸⁵ ANTALYA, s. 91-92.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 706.

⁸⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 183.; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 103.; NOMER, s. 105.; KILIÇOĞLU, s. 237.; ANTALYA, s. 706.; YAVUZ, s. 418.; RUHİ, s. 46-47.; GÜLERCİ/KILINÇ, s. 137.

⁸⁷ Uygulama da bu konuda zaman zaman “Azil” kelimesi de kullanılmaktadır.

⁸⁸ GÜLERCİ/KILINÇ, s. 137.

⁸⁹ ANTALYA, s. 392.

veya sınırlanmış olur⁹⁰. Yetkilendirme işlemi şekli bakımından geçerlilik şartına tabi tutulmuş olsa bile, yetkinin geri alınması işlemi şekli bakımından herhangi bir geçerlilik şartına tabi değildir⁹¹.

Temsilcinin temsilcilikten çekilmesinin yani istifasının, temsil yetkisini sona erdirip erdiremeyeceği mevzusu doktrinde tartışmalıdır. Zira kanun koyucu TBK’da temsilcinin istifasından hiç bahsetmemiştir. Bir görüş, temsil yetkisinin verilmesinin temsilcinin kabulüne bağlı olmadığına dikkat çekmekte ve bu nedenle istifanın temsil yetkisini sona erdireceğini kabul etmenin çok tutarlı olmadığı savunulmaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nda temsile ilişkin hükümlerde temsil yetkisinin geri alınması düzenlenmesine rağmen istifadan hiç söz edilmemiş olması bu görüşü destekler niteliktedir⁹². Ancak doktrinde hâkim görüş, temsilcinin temsil olunana yönelteceği tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile temsilcilik sıfatına son verebileceği yönündedir⁹³.

C. Temsil Yetkisinin Kendiliğinden Sona Ermesi

1) Genel Olarak

Temsil olunan aksini belirtmiş olmadıkça ve aksi işin icabından anlaşılmadıkça⁹⁴ temsil yetkisi TBK. m .43/I gereği, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi durumlarında sona erer. Sona erme, buna yol açan sebebin meydana gelmesiyle kendiliğinden gerçekleşir. Ölüm anında, gaiplik kararın ilanından itibaren, fiil ehliyetinin kaybından itibaren ve son olarak iflasın kesinleşmesinden itibaren temsil yetkisi sona erer. Ancak temsil olunan kişi, yetkisinin ölümünden sonra devam edeceğini beyan etmişse veya müflisin iflas masasına girmeyen bir hukuki muamelesi söz konusu ise, temsil yetkisi ilk örnekte temsil olunan aksini beyan ettiği

⁹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 182.; KILIÇOĞLU, s. 236.; REİSOĞLU, s. 158.

⁹¹ ANTALYA, s. 392.

⁹² OĞUZMAN/ÖZ, s. 182.; SARI, Suat, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, s. 214.

⁹³ ESENER, s. 198.; EREN, s. 447.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 686.; AKYOL, s. 426.; KILIÇOĞLU, s. 239.; İNCEOĞLU, s. 267.; RUHİ, s. 46.; GÜLERCİ/KILINÇ, s. 138.

⁹⁴ Yarg. HGK. 25.9.1988, 7-2406/641, Bkz. UYGUR, s. 279-281.

için, ikinci örnekte aksi işin niteliğinden anlaşıldığı için, ölüm veya iflas ile sona ermiş sayılmaz⁹⁵.

2) Ölüm ve Gaiplik Kararı

Türk Borçlar Kanunu'nun 43'üncü maddesinin birinci fıkrasında, hukuki işlemde doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi durumlarında sona erer denilmektedir. Kanun koyucu temsil yetkisinin sona ermesi bakımından temsilcinin veya temsil olunanın ölümü arasında fark gözetmemiştir. Bu sebeple gerek temsilcinin gerekse temsil olunanın ölümü kural olarak temsil yetkisini kendiliğinden sona erdirir. Ancak kanun koyucu, işin özelliğinden ve tarafların aksini kararlaştırması durumlarını bu kuralın istisnaları olarak düzenlemiştir.

Ölümden sonrası için verilen temsil yetkisinin niteliği sağlar arası bir işlem mi, yoksa ölüme bağlı bir işlem mi olduğu konusunda doktrinde tartışma vardır. Bir görüşe göre, temsil olunan, verdiği temsil yetkisinin, kendisinin ölümüyle sona ermeyeceğini belirtmiş olduğu durumda, temsil olunanın ölümünden sonra terekesi üzerinde tasarruf amacı güttüğünden, ölüme bağlı tasarruf olarak nitelenmekte ve su sebeple ölüme bağlı tasarrufların şekline tabi olmalıdır denilmektedir⁹⁶. Diğer görüş olan Yargıtay'a göre ise, miras bırakanın sağlığında, ölümü halinde bir kişiye vermesi için, temsilciye bir miktar para bırakması, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir. Dolayısıyla böyle bir yetkilendirme ölüme bağlı tasarruf şekline tabi tabi olmadığı gibi, herhangi bir şekilde de tabi değildir⁹⁷.

Gaiplik konusunda ise, gaiplik kural olarak ilan edilmesi gerekmez ve son haber alma tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak böyle bir çözümün hukuk güvenliği açısından ciddi sıkıntılar

⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 184.

⁹⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 689.

⁹⁷ Yarg. 3. HD. T. 06.12.2004, E. 2004/12296, K. 2004/13423. Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (E.T. 13.04.2015).

doğuracağı düşünülerek doktrinde ki hâkim görüş gaiplik durumunda son haberin alındığı tarihe geriye yürümemesi gerektiği savunulmakta ve temsil yetkisinin gaiplik kararı verilmesi ile birlikte sona ereceği kabul edilmektedir⁹⁸. Zira temsil olunanın kişiliğinin önem arz etmediği faaliyetlerde ve özellikle yapılacak işin süratle yapılmasının gerektiği, aksi takdirde mirasçılarının zarar görebileceği durumlarda temsil yetkisinin devam etmesinin niteliği gereği olduğu kabul edilmektedir⁹⁹. Son olarak temsilcinin temsil olunanın ölümünden sonra yine temsil olunan tarafından yetkilendirilmiş olması durumunda mirasçılarının temsil yetkisini birlikte veya ayrı ayrı geri alma hakları saklıdır.

3) Fiil Ehliyetinin Kaybı

Temsil olunanın fiil ehliyetinin kaybı, kısıtlama kararına dayanıyorsa kısıtlama kararı ile temsilcinin temsil yetkisi sona erer¹⁰⁰. Buna karşılık temsil olunanın ayırt etme gücünden yoksun duruma düşme halinde ayırım yapmak gerekir. Uyuşturucu etkisi altında kendinden geçme sarhoşluk ve benzeri sebeplerle *geçici* olarak ayırt etme gücünün kaybedilmesi temsil yetkisinin son bulmasına yol açmaz¹⁰¹. Buna karşılık temsil olunanın bunadığı, akıl hastalığına yakalandığı gibi *sürekli* olarak ayırt etme kabiliyetini kaybeden kişi, henüz bir kısıtlama kararı bulunmamasına rağmen fiil ehliyetinden yoksun kalmış olacağından, onun vermiş olduğu temsil yetkisi fiili durumun gerçekleşmesinden itibaren sona erer¹⁰².

Ayırt etme gücünü *geçici* olarak kaybeden temsilci, bu süre içinde temsil olunan adına geçerli işlemler yapamaz¹⁰³. Ancak temsilcinin temsil

⁹⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 693.; İNCEOĞLU, s. 307.;

⁹⁹ ESENER, s. 268.; EREN, s. 450.

¹⁰⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 695.

¹⁰¹ İNCEOĞLU, s. 308.

¹⁰² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 695. Aksi yönde görüş için bkz. ANTALYA, s. 394. Antalya'ya göre, fiil ehliyetinin kaybı süreklilik arz etmekte ise, aksi kararlaştırılmadıkça ve işin niteliğinden anlaşılmadıkça, temsil yetkisi kendiliğinden sona ermez.

¹⁰³ İNCEOĞLU, s. 309.

yetkisi devam etmektedir sona ermez. Temsilcinin ayırt etme gücünü *sürekli* olarak kaybettiği andan itibaren, kısıtlama kararı verilmeden önce, temsil yetkisi sona ermiş olur¹⁰⁴. Zira ayırt etme gücünün sürekli olarak kaybetmiş bir kimse hakkında kısıtlama kararı verilmesi o kimsenin ehliyet durumuna ilişkin bir değişiklik yaratmaz¹⁰⁵.

4) İflas

Temsil olunanın iflas etmesi durumunda, iflasın açıldığı andan başlamak üzere¹⁰⁶, yetkilendirme işleminde bu durumun aksini düzenleme imkânı bulunmaksızın, iflas masasına dâhil mal ve değerlere ilişkin olarak onun tarafından verilmiş temsil yetkileri son bulur¹⁰⁷. İflas masası dışında kalan konulara ilişkin verilmiş olan temsil yetkileri, iflasın açılmasına rağmen varlığını sürdürür¹⁰⁸. Temsilcinin iflası durumunda ise, temsil olunanın ona duyduğu güven sarsılmış olacağından TBK. m. 43/I¹⁰⁹ gereğince, temsil yetkisi sona erer. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere, yetkilendirme işleminde bu durumun aksinin düzenlenmiş olunmasına bir engel yoktur¹¹⁰.

¹⁰⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 188.

¹⁰⁵ Sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun bir kişi hakkında kısıtlama kararı verilmesinin en önemli sonuçları, TMK. m. 410/II gereği kısıtlama kararının ilanı sebebiyle artık üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarının dinlenmemesinde, ayrıca kısıtlanan ergin kişiye vasi atanmasında kendini gösterir.

¹⁰⁶ OĞUZMAN/ÖZ, bu konuda temsil yetkisinin sona ereceği anı “iflas kararının kesinleşmesi” anı olarak göstermektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 184.

¹⁰⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 701.

¹⁰⁸ ESENER, s. 186.

¹⁰⁹ TBK. m. 43/I; “Hukuki işlemde doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, ... temsilcinin... iflas etmesi durumlarında sona erer”.

¹¹⁰ ESENER, s. 196.

SONUÇ

Temsil kurumunda bir hukuki işlemi başkası adına yapan kimseye “*temsilci*”, temsilcinin adına hareket ettiği kişiye “*temsil olunan*”, temsilcinin kendisiyle hukuki işlem yaptığı kişiye de “*üçüncü kişi*” denilir. Buna karşılık bir kimsenin temsilci sıfatıyla diğer bir kişi adına hukuki işlem yapmasına “*temsil*”, temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye “*temsil ilişkisi*”, yapılan hukuki muameleye de “*temsil yolu ile yapılan hukuki muamele*” denir.

Temsil ilişkisinde hukuki işlemi üçüncü kişi ile temsilci kurmasına rağmen yapılan işlemde doğan hukuki sonuçlar, temsil olunanın ad ve hesabında sonuç doğurmaktadır. Bunun için, diğer bir deyişle temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemde doğan hak ve borçların doğrudan doğruya temsil olunana ait olabilmesi için, “*temsil yetkisinin temsilciye verilmesi*” ile “*temsilcinin başkası adına hareket ettiğini karşı tarafa açıklanması*” şartlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Temsil yetkisinin verilmesi bir hukuki işlem olduğundan, hukuki işlemlerin geçerlilik şartlarına tabi olacaktır. Temsil yetkisi vermede, diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi ehliyete ilişkin genel kurallar uygulanır. Yani, temsil yetkisinin geçerli olarak verilebilmesi için, temsil olunanın TMK. m. 10 anlamında tam ehliyetli olması gerekir. Bununla birlikte, temsil yetkisi vermeye ilişkin hukuki işlemin geçerliliği kural olarak şekle tabi değildir. Ancak temsilcinin yapacağı hukuki işlem kanunda geçerlilik şartına tabi tutulmuşsa, şeklin aynı koruyucu amacının gerçekleşebilmesini sağlamak amacıyla yetkilendirme işleminin de aynı şekle uyulmak suretiyle yapılması gerekir.

Temsil yetkisinin verilmesi tek taraflı hukuki bir işlemdir. Bu sebeple, temsil olunan rızai temsil hallerinde temsil yetkisinin kapsamını belirleme hususunda TBK. m. 27 kapsamında hukuka ve ahlâka aykırı olmamak kaydıyla kural olarak serbesttir. Bu durumda, öncelikle irade beyanının yorumlanmasında temsil olunanın gerçek arzusuna mı bakılacağı, yoksa güven ilkesi uyarınca temsilcinin yetki beyanına vermesi gereken anlamın mı esas alınacağı sorununun çözülmesi

gerekmektedir. Bizimde katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre, temsil yetkisinin dayandığı hukuki işlem, yani temsil edilenin irade beyanı, tereddüt halinde, güven ilkesine göre yorumlanır ve bu suretle yetkinin kapsamı belirlenir. Buna karşılık temsilci, temsil edileni fiilen doğru olarak anlamışsa temsil yetkisinin içerik ve kapsamı, bu anlamaya göre tespit edilir. Nihayet, temsil yetkisinin kapsamı üçüncü kişilere bildirilmişse, kapsam TBK. m. 41/II gereği üçüncü kişilere yapılan bildiriye göre belirlenir. Türk Borçlar Kanunu gibi İsviçre Borçlar Kanunu da m. 33/III'de üçüncü kişinin iyi niyetinden bahsetmemiştir.

Temsilcinin bir sözleşmeyi, hem temsil edilen tarafın temsilcisi, hem de karşı taraf (üçüncü kişi) olarak yapmasına, temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması denir. Temsilcinin bir sözleşmeyi, her iki tarafı da temsil ederek yapması durumunda ise, çifte temsil ilişkisi söz konusu olur. TBK'da temsilcinin sözleşmeyi kendisiyle yapmasını veya temsilcinin iki tarafın temsilcisi olarak işlem yapmasını (çifte temsil) yasaklayan açık bir hüküm yoktur. Kanunda mevcut olan boşluğun BGB § 181'den esinlenerek çözümlenmesi gereği doktrinde kabul görmektedir. Bu sebeple iki istisna dışında temsilcinin kendisiyle veya iki tarafın temsilcisi olarak işlem yapması söz konusu olamaz. Gerek çift temsilde, gerekse temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması halinde, temsilci özel olarak yetkili kılınmamış veya işin niteliği buna elverişli değilse, sözleşme temsil olunanı bağlamaz ve sözleşme yetkisiz temsil hükümlerine tabi olur. Zira temsilcinin kendisiyle veya iki tarafın temsilcisi olarak sözleşme yapması halinde, temsilci, temsil olunanın yararını değil de kendi yararını düşünerek hareket edebilir.

Son olarak, temsil yetkisinin sona ermesine ilişkin sebepler Türk Borçlar Kanunu'nda iki ayrı madde halinde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, temsil yetkisinin temsil olunan tarafından tamamen veya kısmen geri alınması hususunu düzenleyen TBK. m. 42 hükmüdür. Buna göre temsil yetkisi, kural olarak her zaman geri alınabilmesine karşın geri alma, temsilcinin temsil olunan adına iyiniyetli üçüncü kişi ile işlem yapmasından önce gerçekleşmelidir. İşlemden sonra yapılan geri alma,

TBK. m. 45 uyarınca hukuki sonuç doğurmaz. Diğer düzenleme olan TBK. m. 43 ise sona erme sebepleri olarak, temsil olunan veya temsilciden birinin ölmesi, bu kimseler hakkında gaiplik kararı verilmesini, fiil ehliyetinin kaybını veya içlerinden birinin ya da her ikisinin iflas etmesini, tüzel kişilerce veya tüzel kişilere verilen yetkilerde ise, tüzel kişiliğin son bulmasını göstermektedir. Sona erme, buna yol açan sebebin meydana gelmesiyle kendiliğinden gerçekleşir. Ölüm anında, gaiplik kararın ilanından itibaren, fiil ehliyetinin kaybindan itibaren ve son olarak iflasın kesinleşmesinden itibaren temsil yetkisi sona erer. Ancak temsil olunan kişi, yetkisinin ölümünden sonra devam edeceğini beyan etmişse veya müflisin iflas masasına girmeyen bir hukuki muamelesi söz konusu ise, temsil yetkisi ilk örnekte temsil olunan aksini beyan ettiği için, ikinci örnekte aksi işin niteliğinden anlaşıldığı için, ölüm veya iflas ile sona ermiş sayılmaz.

BİBLİYOGRAFYA

- ABİK, Yıldız : Normun Koruma Amacı Teorisi, AÜHFD. C. 59, S. 3, Ankara 2010, s.345-448.
- AKINCI, Şahin : Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Hazırlanmış 5. Baskı, Konya 2011.
- AKINTÜRK, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2006.
- AKÜNAL, Teoman : Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda İlgili İçin İşlem Teorisi, İstanbul 1975.
- AKYOL, Şener : Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması, Yargı Dünyası, Eylül 2007 (Kısaltılışı; AKYOL, Kötüye Kullanılması).
- : Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009 (Kısaltılışı; AKYOL).

- ALTINER, Fatma Zeynep : Temsil, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009.
- ANTALYA, O. Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- BAŞPINAR, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.
- BELGESAY, Mustafa Reşit : Hukuki Muamelelerde Temsil, İstanbul 1941.
- ÇİÇEK, Banu : Türk Borçlar Hukukunda İradi Temsil Yetkisinin Sona Ermesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010.
- DERYAL, Yahya / GENÇ, Cemal : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014.
- ESENER, Turhan : Mukayeseli Hukuk Ve Hususiyle Türk - İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961.
- FEYZİOĞLU, Necmettin Feyzi : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1976.
- GÖNENSAY, A. Samim : Borçlar Hukuku 1. Cilt, İstanbul 1948.
- GÜLERCİ, Altan Fahri /
- KILINÇ, Ayşe : 6098 Sayılı TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- GÜNAY, Cevdet İlhan : Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012
- HATEMİ, Hüseyin/
- GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- İNAN, Ali Naim : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1984.

- İNCEOĞLU, M. Murat : Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat, Ankara 2003.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip /
HATEMİ, Hüseyin /
SEROZAN, Rona/
ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 5. Bası, İstanbul 2010.
- NOMER, Haluk N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2012.
- OĞUZMAN, M. Kemal /
ÖZ, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2012.
- ÖNEN, Turgut : Borçlar Hukuku, Ankara 1996.
- ÖZSUNAY, Ergun: Borçlar Hukuku I, 2. Baskı, İstanbul 1983.
- REİSOĞLU, Sefa : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- RUHİ, Ahmet Cemal: Sözleşmeler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013.
- SARI, Suat : Vekâlet Sözleşmesinin Tek Tarafı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004.
- ŞAKİR, Berki : Türk Borçlar Kanununda Temsil, BATİDER., C. VIII, S. 1, Y. 1975, s. 15-32.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi /
AKMAN, Sermet /
BURCUOĞLU, Haluk /
ALTOP, Atilla : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 1976.

UYGUR, Turgut : Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara 2012.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet /

ÖZDEMİR, Refet : Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987.

YAVUZ, Nihat : Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2013 (Kısaltılışı; YAVUZ).

----- : Vekilin; Müvekkil Adına Veya Hesabına Bizzat Kendisi İle İşlem Yapabilmesi (Kendisiyle Sözleşme Yapması) ve Sözleşmenin İki Tarafını Temsil Edebilmesi (Çifte Temsil) Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008 (Kısaltılışı; YAVUZ, Çifte Temsil).

YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/>

GARAMEYE İŞTİRAKTEN FERAGAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Arş. Grv. Nevfel AKKAŞOĞLU*

ÖZET

Bu makalede, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 376/3 ile hukukumuzda tanınan “garameye iştirakten feragat sözleşmesi”, adlandırma ve hukuki nitelik yönleriyle incelenecektir. Doktrinde “sırada sona gitme”, “sıradan çekilme anlaşması” olarak da ifade edilen bu sözleşmenin “garameye iştirakten feragat sözleşmesi” olarak adlandırılması hem sözleşmenin ruhuna, hem de Kanun koyucunun yaklaşımına uygun olacaktır. İki taraflı bir hukuki işlem olan garameye iştirakten feragat sözleşmesi, bazı yönleriyle geciktirici şarta bağlı sözleşme niteliği gösterse de genel içeriği itibarıyla “sui generis” bir sözleşmedir.

Anahtar Kelimeler: Sırada sona gitme, garameye iştirak, sermaye şirketi, borca batıklık, iflas.

THE QUALITY OF AGREEMENT OF LEGAL WAIVER FOR PARTICIPATION IN PRO RATA SHARING

ABSTRACT

The purpose of this article is to examine “agreements on waiver of pro rata collection of debts” prescribed by Article 376/3 of the Turkish Commercial Code No. 6102, particularly in terms of their denomination under that name, and their legal characteristics. The article argues that denominating these agreements as “agreements on waiver of pro rata

* Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

collection of debts” is more in line with the motivation behind the relevant legislation, as well as the spirit underlying these agreements. They are bilateral legal transactions, and although they have the features of a contingent agreement, in terms of their general characteristics, they can be qualified as "sui generis” contracts.

Keywords: Subordination, pro rata sharing, incorporated company, over-indebtedness, bankruptcy.

GİRİŞ

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi, 6102 sayılı yeni TTK m. 376/3 ile birlikte hukuk hayatımıza giren ve borca batıklığın giderilmesini sağlayan yeni bir hukuki kurumdur. TTK m. 376/3’te borca batıklığı tespit eden yönetim kuruluna, mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunup iflasını isteme görevi yüklendikten şu seçenek sunulmaktadır: *“Meğerki, iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun.”*

Bu sözleşmede, şirketin borca batıklığını giderecek ölçüde alacağa sahip olan alacaklı ya da alacaklılar, şirketin olası iflası durumunda, sıra cetvelinde en alt sıraya gitmeyi kabul etmektedirler. Böyle bir taahhüt etkilerini iflâs halinde gösterecek ve sona giden alacakların alacaklıları, garameye katılmayacaklardır. Böylece, şirketin pasiflerinde borca batıklığı giderebilecek miktarda yaşanacak azalma şirketin borca batıklığını giderecek ve mahkemeye iflas bildiriminde bulunma zorunluluğu ortadan kalkacaktır.

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi, borca batık şirket ile şirketin borca batıklığını giderecek miktarda alacağa sahip şirket alacaklıları arasında yapılır. Sözleşme tek bir alacaklıyla yapılabileceği

gibi birden fazla alacaklıyla da yapılabilir. Önemli olan, kendisiyle sözleşme yapılan alacaklı ya da alacaklıların alacaklarının toplam tutarının, şirketin açığını karşılayıp borca batıklıktan kurtaracak miktarda olmasıdır. Şirketin açığının karşılanması, borca batıklık bilançosunda öz varlık/borçlar oranının en azından bir (1) olması anlamına gelmektedir. Elbette bu oranın artması sonucunu verecek daha fazla miktardaki şirket borcunun alacaklılarıyla da sözleşme kurulabilir¹.

Bu çalışmada öncelikle TTK m. 376/3'te getirilen söz konusu hukuki imkânın niçin “garameye iştirakten feragat sözleşmesi” olarak adlandırıldığı anlatılacak; ardından bu sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olarak taşımış olduğu nitelikler açıklanacak ve bu bağlamda çeşitli ihtimaller tartışılacaktır.

1. SÖZLEŞMENİN ADLANDIRILMASI

1.1. MEVCUT DÜZENLEMELERDEKİ VE DOKTRİNDEKİ ADLANDIRMA

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi için doktrinde birbirinden farklı pek çok isim kullanılmıştır:

Atalay sözleşmeyi; alacaklının, iflas masasından tatmini konusundaki talep hakkını, diğer alacaklılar lehine, bu alacaklılar tatmin edildikten sonra kullanmak üzere, paraların paylaşılmasındaki sıradan (İİK m. 206) vazgeçerek daha sonra kullanmayı taahhüt etmesi olarak tanımlamış ve “sıradan vazgeçme sözleşmesi” olarak ifade etmiştir².

Türk ve Aydın, sözleşmeyi “iflâstaki sıradan çekilme sözleşmesi” olarak anmışlardır³.

¹ Ahmet **Türk**: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları; Nobel Yayınları, Ankara 1999, s. 294; Oğuz **Atalay**: Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi; Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2006, s. 43.

² Oğuz **Atalay**: Anonim Şirketlerin İflası; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1996, s. 75.

³ **Türk**, s. 293; Alihan **Aydın**: “Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK m. 376) Eleştirel Bir Bakış”; İÜHF, C: LXX, S: 2, s.101-114, İstanbul 2012, s. 111.

Kayar, “sırada sona geçme veya sıradan vazgeçme beyanı veya anlaşması” olarak ifade etmiştir⁴.

Tekinalp ise sözleşmeyi alacaklılardan bazılarının “sırada en sona gitmeyi” taahhüt etmeleri veya bu konuda bir sözleşme imzalamaları olarak ifade etmiştir⁵.

Manavgat, sözleşmeyi “alacağın sona bırakılması” diye adlandırılabilir bir yöntem olarak ifade etmiştir⁶.

B. Güneysu/Çapa ise sözleşmeyi “sıradan çekilme anlaşması” olarak ifade etmişlerdir⁷.

Kanımızca sözleşmenin “*garameye iştirakten feragat sözleşmesi*” olarak adlandırılması isabetli olacaktır.

1.2. NEDEN “GARAMEYE İŞTİRAKTEN FERAGAT SÖZLEŞMESİ” İFADESİ?

İflas tasfiyesinde paraların paylaşılması aşamasında İİK m. 248’ e göre rehinli alacaklar ve masa alacakları için pay ayrıldıktan sonra adi alacaklar için pay ayrılmasına geçilir. Bu yapılırken İİK m. 206’ ya göre ilk üç sırada yer alan imtiyazlı alacaklar için tam olarak pay ayrılır. Buna karşılık, dördüncü sıradaki alacaklar yani imtiyazsız alacaklar genellikle tam olarak karşılanamayacağından, imtiyazlı alacaklılardan artan para imtiyazsız alacaklılar arasında, alacakları oranında olmak üzere eşit bir

⁴ İsmail **Kayar**: “Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları”, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken, 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Cilt: 18, Sayı: 2 Özel Sayı, s. 653.

⁵ Ünal **Tekinalp**: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku; Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 290.

⁶ **Manavgat** (İsmail **Kırca**/Feyzan Hayal **Şehirli Çelik**/Çağlar **Manavgat**: Anonim Şirketler Hukuku; Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013) s. 587.

⁷ Nilüfer **Boran Güneysu**/M. Sadık **Çapa**: “Borca Batıklık ve İflasın Önlenmesi Yolu Olarak ‘Sıradan Çekilme Anlaşması’”; İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 1, s. 77-118, Yıl: 2014, s. 92.

şekilde paylaşılır. Bu şekilde yapılan paylaşırma işine “garameten paylaşırma” (garameten taksim) denir⁸.

“Garameten” kelimesi, Arapça bir zarf olup “hakkına göre, herkese müsâvî (eşit) olarak, taksim ederek” anlamına gelmektedir.⁹ Yapılan bu paylaşırmaya katılmaya ise “garameye iştirak” adı verilir. Buna göre, söz konusu alacaklılar masada kalan paraya garameten iştirak ederler. Yani alacaklılar masada her birine yetecek miktarda para kalmadığı için alacaklarının tamamına değil, alacaklarının miktarının masada kalan toplam paraya oranla ödenebilecek miktardaki kısmına kavuşurlar. Garameten paylaşırma, alacaklılar arasında adaleti ve hakkaniyeti sağlama adına ihdas edilmiş bir taksim yöntemidir¹⁰.

TTK m. 376’nın madde gerekçesinde borca batıklık sebebiyle mahkemeye başvurmanın bir istisnası olarak sözleşme şu şekilde ifade edilmiştir: “(...) Bu da, [sözleşme] şirket alacaklılarından bazılarının, kendi alacaklarını, diğer alacaklıların alacaklarının sırasından sonraki sıraya gitmesini yazıyla kabul etmeleridir. Böyle bir taahhüt etkilerini iflâs halinde gösterir ve önceki alacaklar ödenmeden sona giden alacak **garameye katılamaz**. Bu taahhütlerin tutarı ara bilânço ile ortaya çıkan açığa eşitse, iflâs bildirim zorunluğu yoktur.”

Görüldüğü gibi Kanun koyucu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğuracağı anlardan biri olarak paraların paylaşırılacağı ana işaret etmiştir. Sözleşmeyle, olası bir iflas halinde garameye iştirak etmeyeceğini taahhüt eden alacaklı/lar taahhütleri gereği garameye iştirak etmeyecektir. Sözleşmeyi yapan alacaklı/lar sıra cetvelinde diğer alacaklılardan sonra; ancak şirket ortaklarından hemen önce tatmin edilebilecekleri bir konumda bulunacaklardır. Yani şirketle garameye iştirakten feragat sözleşmesi yapmayan diğer alacaklılar iflas masasından alacaklarını alıp çekildikten sonra, masada hâlâ para kalırsa, bu para

⁸ Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**: İcra ve İflas Hukuku; Yetkin Yayınları, 28. Bası, Ankara 2014, s. 591.

⁹ Ferit **Devellioğlu**: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat; Akaydın Kitabevi Yayınları, 24. Bası, Ankara 2007.

¹⁰ Ahmet **Battal**: Ticari İşletme Hukuku; Gazi Kitabevi, Ankara 2007, s. 118, 119.

sözleşme yapan alacaklılar arasında yine garameten paylaşılacaktır. Kanuna göre garameye iştirak etmeye hakkı bulunan ancak şirketle bu sözleşmeyi akdetmiş olan alacaklılar sözleşme gereği garameye iştirak etme haklarından belli şartlar dâhilinde feragat etmiş olmaktadır.

Kanun koyucu TTK m. 376/3’te yer alan hukuki imkânı (sözleşme) iflas tasfiyesi esnasındaki paylaşımı nazara vererek tasarlamıştır. Yani sözleşmeyle sona giden alacaklılar alacaklarından vazgeçmemekte, fakat diğer alacaklıların tatminine kadar alacaklarını talep etmeyeceklerini taahhüt etmektedirler. Dolayısıyla bir sıradan vazgeçme ya da sıradan çekilme değil, sadece o an yapılan garameten paylaşımına katılmayarak sıra cetvelinde sona gitmeye razı olma söz konusudur. Bu nedenle sözleşmeyi “garameye iştiraktan feragat sözleşmesi” olarak anmayı uygun görüyoruz.

2. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

2.1. SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİYLE İLGİLİ DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Atalay’a göre sözleşme; iki taraflı bir hukuki işlem olup, üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği gösterir ve alacağın alt sıraya çekilmesi kararlaştırılan kısmı için, bir borç ertelemesi anlamını taşır¹¹.

Türk, sözleşmenin amacının diğer şirket alacaklılarının çıkarlarının korunması ve iflasta paylaşım sırasında alacak kaybına uğramalarının önlenmesi olduğundan bahisle, sözleşmenin üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği gösterdiğini savunmaktadır. Öte yandan bu sözleşmenin, “yapılır yapılmaz ortaklığın borcuna son veren bir ibra sözleşmesi” olmadığını belirtmektedir. Zira sözleşmeyle şirket borcunun kısmen veya tamamen ibrası, erteleyici (taliki) şarta bağlanmaktadır¹².

Kayar, sözleşmenin üçüncü şahıs yararına bir sözleşme olduğunu belirtmektedir¹³.

Pulaşlı, alacaklıların taahhüdünü üçüncü kişi yararına sözleşme saymakta ve bu taahhüdün sadece kayıtsız, şartsız tüm alacaklıların

¹¹ *Atalay*, İflas, s. 76.

¹² *Türk*, s. 293.

¹³ *Kayar*, Sermaye Kaybı, s. 654.

yararına olması halinde iyileştirici bir etkiye sahip olacağını savunmaktadır¹⁴.

B. Güneysu/Çapa ise sözleşmenin, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde akdedilmiş ve şirketin iflasının önlenmesi amacıyla, alacaklının veya alacaklıların alacağını zamanaşımı süresince talep etmeyeceğini taahhüt ettiği “sui generis” bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir¹⁵.

2.2. SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNİN TARTIŞILMASI

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi iki taraflı bir hukuki işlemdir, bir sözleşmedir. Her ne kadar TTK m. 376/3’te geçen “*bu beyanın veya sözleşmenin*” ifadesinden sanki alacaklının tek taraflı beyanına da maddede öngörülen sonucun bağlanacağı izlenimi doğmaktaysa da esasen burada alacaklının tek taraflı bir işlemi yoktur; erteleme ancak şirketin de bu hususu kabul etmesi, dolayısıyla taraflar arasında sırada sona gitmeyi konu edinen bir sözleşmenin kurulması ile gerçekleşir¹⁶.

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi, yapmama edimi içeren bir sözleşmedir¹⁷. Sözleşmeye göre alacaklı, alacağını bir şarta bağlı olarak talep etmeyeceğini taahhüt etmektedir. Buna göre alacaklı, şirket borca batıklığını giderinceye kadar alacağını talep etmeyeceğini, hatta şirket iflas etse bile iflas masasında¹⁸ garameye iştirak etmeyeceğini taahhüt etmektedir. Diğer bir ifadeyle, alacaklı, alacağı muaccel olsa bile, bunu

¹⁴ Hasan **Pulaşlı**: Şirketler Hukuku Şerhi; Adalet Yayınevi, 2. Bası, 1. ve 2. Cilt, Ankara 2014, s. 1183.

¹⁵ B. Güneysu/Çapa, s. 97.

¹⁶ Aydın, s. 111, dip. 19. *Manavgat*, alacaklıların bu taahhüdünün tek taraflı bir beyan ile de geçerli sayılabileceğini ifade etmektedir. [**Manavgat (Kırca/Ş.Çelik)**], s. 587.

¹⁷ Yapmama edimi, bir olumsuz edim türüdür. Sözleşmeden doğan olumsuz edimde –bu sözleşmede olduğu gibi yapmama ediminde– borçlu, hukuken yapabileceği bir eylemi veya işlemi yapmamayı taahhüt eder. (Fikret **Eren**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Yetkin Yayınları, 15. Bası, Ankara 2013, s. 103.)

¹⁸ İflas masası, müflisin haczedilebilen malvarlığı unsurları ile borçlarının oluşturduğu “mass/yığın” anlamına gelmektedir. İflas masası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hülya **Taş Korkmaz**: İflas Masası; Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 24 vd.

talep etme hakkını ertelediğini beyan etmektedir. Dolayısıyla sözleşmede alacaklının edimi, bir olumsuz edim-yapmama edimi niteliği taşımaktadır.

Garameye iştiraktan feragat sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir¹⁹. Sözleşme, içeriği gereği hüküm ve sonuçlarını şirketin iflas etmesi durumunda gösterecektir. Garameye iştirak etmekten feragat eden alacaklı, şirket iflas ederse (istenmeyen durum gerçekleşirse), diğer alacaklılar tatmin edilinceye kadar iflas masasına adını ve alacağını yazdırmayacağını taahhüt etmektedir. Dolayısıyla şirket iflas edip iflas masası açıldığında, sözleşmeyi yapan alacaklı, sıra cetveline dâhil olmayarak (dâhil olmak istemediğini iflas idaresine bildirerek) sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünü yerine getirecektir²⁰.

Garameye iştiraktan feragat sözleşmesi belirsiz vadeli bir sözleşme midir yoksa şarta bağlı bir sözleşme midir? Bir sözleşmede vade, ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen, ancak mutlaka gerçekleşecek bir olaya göre belirlenmişse “belirsiz vade”den söz edilir. Ancak gerçekleşeceği belli olmayan (zamanı belli olabilir ya da olmayabilir) bir olaya bağlı olarak bir sözleşme kurulursa, burada vadeden değil “şart”tan söz edilmelidir²¹. Bir sözleşmede şart ile vade arasındaki fark sözleşmenin doğumu ile muaccel olduğu anın belirlenmesinde ortaya çıkar. Sözleşmede “şart (koşul) söz konusu ise, buna borcun muacceliyeti değil; doğumu bağlanmış olur.”²²

¹⁹ Anî edim, borçlanılan edimin zaman içinde bir defada, bir tek davranışla yerine getirilmesidir. (Eren, s. 108.)

²⁰ Bunun yanında TTK m. 367/3’ün madde gerekçesinde alacaklının sözleşmedeki taahhüdüne ilişkin, taahhüdün “ertelemenin son bulunduğu tarihe kadar takas, mahsup ve takip yapmama anlamını taşıdığı”na ilişkin ifadeden alacaklının ediminin sürekli bir edim niteliği taşıdığı da kabul edilebilir. Ancak bu edim sözleşmenin asli nitelikteki bir edimi değil, “iflas halinde garameye iştirak etmeme edimi”ne hizmet eden bir yan edimdir. Öte yandan “konusu bir yapmama’dan ibaret olan borçlarda çok defa sürekli edimler söz konusudur.” (Selâhattin S. Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop: Borçlar Hukuku; Fakülteler Matbaası, 5. Bası, İstanbul 1985, s. 15.)

²¹ Lale Sirmen: Türk Özel Hukukunda Şart; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992, s. 87, 88; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz: Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, C:1, s. 326.

²² Oğuzman/Öz, C:1, s. 326.

O halde bunu belirlemek için garameye iştirakten feragat eden alacaklının borcunun ne zaman doğduğunu tespit etmek gerekir: Sözleşmeye göre garameye iştirakten feragat eden alacaklının asıl edim yükümlülüğü, olası iflas durumunda garameye iştirak etmemek olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani, sözleşmedeki alacaklının edim yükümlülüğünün doğumu, şirketin iflas edip iflas masasının açılmasıyla sıra cetveline dâhil olmak için tüm alacaklıların davet edildiği andır²³. Dolayısıyla sözleşmenin, geciktirici şarta bağlı bir sözleşme niteliği taşıdığı söylenebilir. Zira “geciktirici şartla yapılmış olan, işlem şartın gerçekleşmesiyle beraber taraflarca istenmiş olan bütün sonuçlarını doğurur.”²⁴

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi ivazlı ya da ivazsız olarak yapılabilir²⁵. Kendisiyle sözleşme yapılan alacaklılara bu anlaşma sebebiyle bazı menfaatler vaadedilebilir. Sözleşmeye konulacak ivaz kaydının önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Öte yandan sözleşmenin ivazsız olarak yapılması da mümkündür. Nitekim alacaklıların şirket ortakları ya da bu ortakların yakınları olduğu durumlarda sözleşmede garameye iştirak etmekten feragat eden alacaklı, şirket için alacağına kavuşamama riskini almış ve fedakârlık yapmış

²³ Alacaklının, şirketin iflas etmesine kadar alacağını talep etmemesini alacaklının sözleşmedeki asıl edimlerinden biri olarak değil, belki yan bir edim olarak değerlendirmek gerekir. Zira şirketin iflastan kurtulmasını isteyen ve bu amaçla garameye iştirakten feragat sözleşmesi imzalayan alacaklının, dürüstlük kuralı gereği, sözleşmenin kurulmasından itibaren başlamak üzere, olası iflas durumunda diğer alacaklılar tatmin edilinceye kadar alacağını talep etmeyeceğini kabul ettiğini varsaymak gereklidir. Nitekim madde gerekçesinde alacaklının taahhüdünün “*takas, mahsup ve takip yapmama*” olarak yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir.

²⁴ “Bu hukuki sonuçların tarafların şartın gerçekleştiği andaki iradelerine uygun olması gerekmez. Taraflar daha önce bu yoldaki iradelerini beyan etmiş, hukuki işlem yapıldığı anda varlık kazanmıştır. Şartın gerçekleşmesiyle de, beyan edilmiş bulunan iradelere uygun hukuki sonuçlar kendiliğinden (ipso iure) meydana gelir.” (Sirmen, s. 171.)

²⁵ “Kazandırmayı yapan kişi, karşı tarafa sağladığı malvarlığı menfaati karşılığı bir edim elde ediyorsa kazandırma ivazlıdır. (...) Buna karşı, kazandırma bir karşı edim mukabili yapılmıyor, karşı taraf kazandırmanın karşılığını teşkil etmek üzere mukabil bir fedakârlık altına girmiyorsa, kazandırma ivazsızdır.” [Necip Kocayusufpaşaoğlu (Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı): Borçlar Hukuku Genel Bölüm; Filiz Kitabevi, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 115, 116.]

olacaktır. Sözleşmenin ivazlı ya da ivazsız olması kendisini sözleşme sorumluluğunda gösterecektir. TBK m. 114'te “iş, özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.” denmektedir. Dolayısıyla, şirketle bu sözleşmeyi ivazsız olarak imzalayan alacaklının sorumluluğunun takdirinde hâkim, daha yumuşak davranacaktır²⁶.

Sözleşmenin üçüncü kişi (şahıs) yararına sözleşme olup olmadığına gelince; üçüncü kişi yararına sözleşme TBK m. 111 ve m. 112'de düzenlenmiştir. Üçüncü kişi yararına sözleşme, ifanın taraflarca sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişiye yapılmasının kararlaştırılmasıdır. Sözleşmenin taraflarından biri (borçlu=vaadeden), diğerine karşı (alacaklıya=vaadettirene), kararlaştırılan edimi bir üçüncü kişiye (yararlanana) ifa edeceğini taahhüt etmektedir^{27, 28}. Görüldüğü gibi bir sözleşmeye üçüncü şahıs yararına sözleşme diyebilmek için öncelikle sözleşmenin kimin menfaatine olacağına belirlenmesi gerekir.

TTK m. 376'nın gerekçesinde sermaye kaybı ve borca batıklık halinde yönetim kurulu üyelerinin alması gereken tedbirleri düzenleyen bu maddenin amacının en başta alacaklılar olmak üzere çeşitli çıkar gruplarının menfaatlerini korumak olduğu belirtilmiştir. Öte yandan borca batıklığa ilişkin yasal düzenlemelerin öncelikli amacının alacaklıların menfaatlerini korumak olduğu hususunda doktrinde görüş birliği vardır. Bu açıdan sözleşmenin üçüncü şahıs yararına sözleşme bağlamında “üçüncü şahıs” olarak nitelendirilebilecek “garameye iştirakten feragat etmeyen alacaklılar”ın menfaatine bir sonuç doğurduğu görülmektedir.

²⁶ Eren, s. 226.

²⁷ Şener Akyol: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme; Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 9, 10; Tekinay, 289-303; Kocayusufpaşaoğlu, s. 17, 18; Eren, s. 1141.

²⁸ Üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişinin borçluya karşı alacak hakkının bulunup bulunmamasına göre; tam üçüncü kişi yararına sözleşme ve eksik (basit) üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ikiye ayrılır: Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi, sözleşmenin kendisine ifa edilmesini talep etme hakkına sahiptir. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede ise üçüncü kişi, sadece vaad eden tarafından teklif edilen ifayı kabul yetkisine sahip olup, buna karşılık ondan borcun ifasını isteme hakkına sahip değildir. (Akyol, s. 10; Eren, s. 1144.)

Ancak bu durum sözleşmenin doğrudan üçüncü şahıs yararına bir sözleşme niteliğinde olduğu anlamına gelmemektedir. Zira borca batıklık halinde alınacak tedbirlerden sadece biri olan sözleşmede asıl amaç, şirketin mali durumunun düzeltilmesi, borca batıklıktan kurtarılması ve nihayet iflasının önlenmesidir. Sözleşmede garameye iştirak etmekten diğer alacaklılar lehine feragat eden alacaklıların bu davranışı öncelikle şirketi iflastan kurtarmaya yöneliktir²⁹. Elbette bu durumda üçüncü kişi konumunda bulunan diğer alacaklılar, bu edimden menfaat elde edeceklerdir. (Alacaklarının tamamına veya garameye iştirak etmeyen alacaklının katılmadığı oranda daha fazla bir kısmına kavuşacaklardır). Ancak bu menfaat, sözleşmedeki şirketin iflastan kurtarılmasına yönelik doğrudan menfaatin yanında dolaylı bir menfaat niteliği taşımaktadır³⁰.

Sözleşmenin tam üçüncü şahıs yararına olup olmadığı ele alındığında karşımıza şu ihtimal çıkmaktadır: Acaba, iflas durumunda sözleşmeye katılmayan alacaklılar, sözleşmeyi yapan alacaklının sözleşmeye rağmen garameye iştirak etmeye çalışması karşısında, bu sözleşmeye dayanarak onun garameye iştirakten feragat etme taahhüdünü yerine getirmesini isteyebilirler mi? Bu anlamda garameye iştirak etmeme taahhüdüne uygun davranma (garameye iştirak etmeme), lehdar konumunda bulunan diğer alacaklıların ifasını talep edebilecekleri bir edim ise, sözleşme tam üçüncü şahıs yararına niteliği taşır denilebilir. Ancak, sözleşmeye katılmayan diğer alacaklıların, sözleşmenin ifasını yani garameye iştirakten feragat eden alacaklının bu taahhüdünü yerin getirmesini talep edemeyecekleri kabul edilirse, sözleşmenin eksik üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliği taşıdığı söylenebilecektir.

²⁹ “Sıradan çekilme anlaşması ilk bakışta sadece şirket lehineymiş gibi görünse de, şirket borca batıklıktan kurtulduktan sonra alacaklarını gereği gibi ifa etmek ve son olarak sıradan çekilme anlaşmasının tarafı olan alacaklıya ödemedede bulunmak suretiyle alacaklı lehine de bir durum oluşturur.” (B. Güneysu/Çapa, s. 95, dip. 64.)

³⁰ *Türk*, sözleşmenin amacının diğer şirket alacaklılarının çıkarlarının korunması ve iflasta paylaşım sırasında bir alacak kaybına uğramalarının önlenmesi olduğunu belirterek, sözleşmenin üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği taşıdığını savunmaktadır. (*Türk*, s. 293.)

Öte yandan üçüncü şahıs yararına sözleşmede üçlü bir ilişki mevcuttur ve lehbara (üçüncü kişiye) bir edimde bulunması gerekmektedir. Ancak garameye iştirakten feragat sözleşmesi, şirket ve bazı alacaklılar arasında kurulur ve bu sözleşmeyle lehdar olarak diğer alacaklılara bir ifade bulunması veya lehdar olarak onların gösterilmesi söz konusu değildir³¹. Ancak TBK’da ve doktrinde belirtilen üçüncü kişi yararına sözleşmenin niteliği ve teknik şartları³² ve garameye iştirakten feragat sözleşmesinin kanunda ve doktrinde belirtilen içeriği göz önünde bulundurulduğunda, üçüncü şahıs yararına sonuçlar doğursa da sözleşmeyi, “tüm yönleriyle” üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak nitelendirilmek mümkün görünmemektedir³³. Bununla birlikte, garameye iştirakten feragat sözleşmesi de sözleşme özgürlüğü çerçevesinde üçüncü kişi yararına sözleşme olarak akdedilebilir. Yani sözleşmede, alacaklının ediminin (garameye iştirak etmeme ediminin) diğer alacaklılar (üçüncü kişiler) lehine bir edim olduğuna dair kayıtlara sözleşmede yer verilebilir. Hatta üçüncü kişinin bu edimi talep edip edemeyeceğine ilişkin de tam ya da eksik üçüncü kişi yararına olarak sözleşmenin içeriği belirlenebilir. Diğer bir ifadeyle, diğer alacaklıların sözleşmenin kurulmasından elde edecekleri dolaylı menfaat, sözleşme özellikle tam üçüncü kişi yararına düzenlendiği durumda, sözleşmeye bağlı doğrudan bir menfaat niteliğine dönüştürülmüş olacaktır.

Sözleşmenin niteliğiyle ilgili akla gelebilecek diğer bir ihtimal İbra sözleşmesi olup olmadığıdır. İbra sözleşmesi, TBK m. 132’de borcu sona erdiren hallerden biri olarak düzenlenmiştir. İbra sözleşmesi, alacaklı ve borçlu arasında yapılan; alacaklının borçluyu borçtan kurtarması sonucu

³¹ B. Güneysu/Çapa, s. 95.

³² Akyol, s. 11-15; Oğuzman/ Öz, C: 2, s. 430.

³³ Bununla birlikte üçüncü kişi yararına sözleşme kavramı satım, kira veya bağış sözleşmeleri gibi bağımsız bir sözleşme tipini ifade etmemektedir. Yapılan her hangi bir sözleşmede, belirlenen edimin sözleşmenin tarafları dışında bir kişiye ifasının kararlaştırılabildiği durumların tümünü içeren genel bir kavramı ifade etmesi yönüyle, üçüncü şahıs yararına sözleşme, zaten TBK’nın özel sözleşme türlerini düzenleyen kısmında değil, borçların genel hükümlerini düzenleyen kısmında yer almaktadır. (Oğuzman/Öz, C:2, s. 436.)

borcun son bulmasını içeren bir sözleşmedir³⁴. İki taraflı bir tasarruf işlemi olan ibra sözleşmesinde alacaklı sözleşmeye göre alacağını almayacağını beyan ederek borçluyu borçtan kurtarmakta ve asıl borç son bulmaktadır³⁵. İbra sözleşmesi geciktirici şarta³⁶ bağlı olarak yapılabilir. Buna göre “ibra sözleşmesi geciktirici şarta bağlandığında, geciktirici şartın gerçekleşmesi ile ibra sözleşmesi sonuçlarını doğurur. Yani borçlu borcundan şartın gerçekleşmesi ile kurtulur. Bununla beraber, borçlu geciktirici şart gerçekleşinceye kadar bir bekleme hakkına sahiptir. Bu hak, borçluya geciktirici şartın gerçekleşmesinin mümkün olabileceği ana kadar ödemeyi erteleme yetkisi verir.”³⁷

Garameye iştirakten feragat sözleşmesini, yalın haliyle bir ibra sözleşmesi olarak nitelemek mümkün değildir. Zira sözleşmeyi yapan alacaklılar alacaklarından vazgeçmemekte, sadece bir olgunun (iflas) gerçekleşmesi şartına bağlı olarak bu alacaklarını diğer alacaklılar alacaklarına tam olarak kavuşuncaya kadar talep etmemeyi taahhüt etmektedirler.

O halde sözleşmeyi geciktirici şarta bağlı ibra sözleşmesi olarak nitelemek mümkün müdür? Garameye iştirakten feragat sözleşmesinde, garameye iştirak etmekten feragat eden alacaklı, alacağından feragat etmemektedir. Sadece alacağını bir şarta bağlı olarak talep etmemeyi taahhüt etmektedir. Diğer bir ifadeyle alacağını talep edeceği zamanı bir şarta bağlı olarak “ertelemektedir”. Sözleşme, eğer geciktirici şarta bağlı bir ibra sözleşmesi olsaydı, şirket iflas ettiğinde sözleşmenin sonucu, alacaklının garameye katılmamasından önce alacağının sonlanması

³⁴ K. Nuri **Turanboy**: İbra Sözleşmesi; Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 26-30; Ahmet M. **Kılıçoğlu**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Yayınları, 17. Bası, Ankara 2013, s. 836; **Eren**, s. 1270; **Oğuzman/Öz**, s. 557; **Tekinay**, s. 1319.

³⁵ İbra, feragatten farklı olarak bir sözleşmedir ve iki taraflıdır. İbra ile alacağı talep etmeme taahhüdü, ikale sözleşmesi, sulh sözleşmesi, konkordato sözleşmesi, menfi borç ikrarı arasındaki farklılıklar ve karşılaştırma için bkz. **Turanboy**, s. 30-54.

³⁶ “Taraflar koymuş oldukları kayıtla hukuki işlemin sonuç doğurmasını, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlamışlarsa bu durumda bir geciktirici şart söz konusu olur.” (**Sirmen**, s. 53.)

³⁷ **Turanboy**, s. 94.

olacaktı. Zira geciktirici şarta bağlı ibra sözleşmesinde, şartın gerçekleşmesiyle ibra sözleşmesi sonuçlarını doğurmaktadır ve alacaklı sözleşmedeki taahhüdü nedeniyle borçluyu borçtan kurtarmış olmaktadır. Hâlbuki garameye iştirakten feragat sözleşmesine göre, sözleşmeyi yapan alacaklılar alacaklarının sıra cetvelindeki sırasının diğer alacaklıların alacaklarının sırasından sonraki sıraya konulmasını kabul etmektedirler. Yani diğer alacaklılar çekildikten sonra iflas masasında bir şey kalırsa, sözleşmeyi imzalayan alacaklılar da masaya dâhil olabileceklerdir. Diğer bir ifadeyle garameye iştirakten feragat eden alacaklılar iflas masasına asla dâhil olmayacaklarını taahhüt etmemekte³⁸ –yani şirketi ibra etmemekte-; diğer alacaklılardan en sonuncusunun da tatmin edilmesinden sonra masaya dâhil olacaklarını taahhüt etmektedirler³⁹. Dolayısıyla sözleşmeyi geciktirici şarta bağlı ibra sözleşmesi olarak nitelenebilir. Bu anlamda sözleşmenin sadece şarta bağlı sözleşme olarak nitelendirilmesinde bir engel görünmemektedir.

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi bir yönüyle de ifa zamanını uzatma/erteleme/tecil sözleşmesine benzemektedir. Erteleme sözleşmesinde alacaklı, borçluya borçlanmış olduğu edimin ifasını erteleme, uzatma yetkisi vermektedir. Alacaklı da uzatma süresinde ifayı talep edememektedir. Uzatma sözleşmesi borcun vadesinde bir değişiklik meydana getirir ve muacceliyet zamanını erteler. Uzatma sözleşmesi ile borcun muacceliyet zamanı ertelendiği için, erteleme esnasında borç muaccel olmaz, borçlu da temerrüde düşmez, temerrüt faizi ödemez. Ayrıca uzatma, borcun zamanaşımı süresinin işlenmesini de durdurur⁴⁰. Garameye iştirakten feragat sözleşmesinde, şirket ile alacaklı alacağın vadesinin uzatılmasını kararlaştırmamaktadır. Alacaklı, iflas durumunda

³⁸ “Sıradan vazgeçme sözleşmesi ile taahhütte bulunan şirket alacaklısı, bununla alacaklı hakkından feragat etmemektedir; iflas masasından tatmin edilmesi yolundaki talep hakkından da peşinen ve tamamen vazgeçmemektedir. Alacaklı, talebini ancak diğer alacaklılar aleyhine bir zararın söz konusu olmayacağı bir zamanda ileri sürmeyi kabul etmektedir.” (Atalay, Borca Batıklık, s. 43.)

³⁹ Karş. Türk, s. 293.

⁴⁰ Eren, s. 951.

iflas masasındaki son alacaklı tatmin edilinceye kadar garameye iştirak etmeyeceğini taahhüt etmektedir. Yani belli başlı olaylar ve şartlar gerçekleşinceye kadar alacaklı alacağını talep etmeyi ertelediğini beyan etmektedir. Dolayısıyla sözleşme; alacağın muacceliyet zamanını ertelememekte, “alacağı talep etme hakkını bazı şartlara bağlayarak erteleme” niteliği taşımaktadır. Madde gerekçesinde ifade edilen “erteleme” ifadesi de bu bağlamda ifa zamanını uzatım sözleşmesi/tecil olarak değil; alacak muaccel olsa bile ifayı talep etmemeyi içeren bir taahhüt olarak anlaşılmalıdır. Öte yandan madde gerekçesinin son cümlesinde yer alan zamanaşımının sözleşmeden etkilenmeyeceğine dair ifade, bu savı destekler mahiyettedir. Zira borç erteleme sözleşmesinde alacağın muacceliyetinin ertelenmesiyle, borcun zamanaşımı süresinin işlemesi durmaktadır⁴¹. O halde, garameye iştirakten feragat sözleşmesi içerisinde “erteleme” unsuru da barındırmasına rağmen, yukarıda anlatılanlar çerçevesinde ifa zamanını uzatma/erteleme/tecil sözleşmesi niteliği taşımamaktadır.

Öte yandan şirketin bazı borçlarının vasıf değiştirerek sermaye payı sayılması meselesini de tartışmak gerekir. Mali güçlük içinde bulunan şirket alacaklılarının bazıları, haklarının özkaynaklar arasına katılmasına ve böylece pay sahibi veya katılma intifa senedi sahibi sıfatını kazanmalarına razı olabilirler. Bazen de hisse senediyle değiştirilebilir tahvil⁴² ihracında olduğu gibi, alacağın doğduğu sözleşmede bu husus açıkça belirtilir ve belli şartlara bağlanır. “Finansman dönüşümü” veya “vasıf değişikliği” olarak adlandırılan bu işlemle, şirketin bir kısım yabancı kaynakları yani borçları özkaynaklara dönüşmekte ve şirketin sermaye yapısı güçlenmektedir. Eğer özkaynaklara dönüşen borç miktarı, sermaye kaybı veya borca batıklığı giderecek ölçüde ise TTK m. 376’nın öngördüğü tedbirlerin uygulanmasına gerek kalmayacaktır⁴³. Garameye iştirakten feragat sözleşmesinde ise şirketin alacaklıları alacaklarının

⁴¹ Zamanaşımıyla ilgili aynı yöndeki değerlendirme için bkz. **B. Güneysu/Çapa**, s. 97.

⁴² **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar ve Kooperatif, s. 701.

⁴³ Bazı şirket borçlarının sermaye sayılması ve bunun borca batıklığı tespit bilançosuna etkisiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Türk**, s. 262-269.

sermaye payı sayılmasına razı olmamakta, sadece iflas halinde diğer alacaklılar lehine iflastaki sıra cetvelinde sona gitmeyi taahhüt etmektedirler. Dolayısıyla garameye iştirakten feragat sözleşmesinin bu sözleşmeye konu şirket borçlarının niteliğini değiştirerek bu borçları öz kaynağa-sermayeye dönüştürdüğünü kabul etmek mümkün değildir.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere garameye iştirakten feragat sözleşmesi kendine has özellikleriyle sui generis bir sözleşmedir.

SONUÇ

Borca batıklık, mali açıdan sermaye şirketlerinin başına gelebilecek en olumsuz haldir. Bunun için Kanun koyucu TTK m. 376/3 ile borca batıklık halinin giderilebileceği bir yöntem olarak “garameye iştirakten feragat sözleşmesi”ni öngörmüştür. Sözleşme, şirket ile şirketin borca batıklığını giderecek miktarda alacağı sahip şirket alacaklısı arasında kurulur. Bu yöntem, iflasın ertelenmesi, konkordato ve uzlaşma yöntemleri gibi şirketi iflastan kurtarma adına başvurabilecek hukuki imkanlardan biridir. Bu sözleşmeyle şirket, iflas veya iflasın ertelenmesi talebiyle mahkemeye başvurmak zorunda kalmamakta; sadece sözleşmenin kanuni geçerlilik şartlarının taşıdığı tespit için bilirkişi atanması talebiyle mahkemeye başvurmaktadır. Sözleşmenin geçerli olarak kabul edilmesiyle de şirket borca batıklıktan çıkarak iflasını isteme yükümlülüğünden kurtulmaktadır.

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi, iki taraflı bir hukuki işlemdir. Şirketle sözleşme akdeden alacaklının edimi, sözleşmeye konu olan alacağını bir şarta bağlı olarak talep etmeyeceğini taahhüt etmesi sebebiyle yapmama edimi niteliği taşımaktadır. Ayrıca sözleşmeyi akdeden alacaklının taahhüdünün “muhtemel iflas halinde garameye iştirak etmemek” şeklinde olması, sözleşmeye geciktirici şarta bağlı bir nitelik katmaktadır. Bunun yanında sözleşmenin akdedilmesiyle, diğer alacaklılar (üçüncü şahıslar) lehine sonuçlar doğmaktadır. Ancak sözleşmenin tüm unsurları birlikte düşünüldüğünde sözleşmeyi tam anlamıyla bir üçüncü şahıs yararına sözleşme olarak nitelendirmek

mümkün görünmemektedir. Yine, şirketle bu sözleşmeyi yapan alacaklılar alacaklarından tamamen vazgeçmedikleri için bu sözleşme bir tür ibra sözleşmesi de değildir. Öte yandan sözleşmeyle alacaklı alacağının vadesinin uzatılmasını değil, bazı şartların gerçekleşmesi halinde alacağını talep etmemeyi kabul etmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin bir tecil sözleşmesi niteliği taşımadığını söylemek mümkündür.

Garameye iştirakten feragat sözleşmesi, taraflara yüklediği yükümlülükler ve borçlar itibarıyla klasik sözleşme kalıplarına tam olarak oturmamakta yani sui generis bir nitelik taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Akyol, Şener:** Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme; Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008
- Atalay, Oğuz:** Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi; Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2006 (Atalay, Borca Batıklık)
- Atalay, Oğuz:** Anonim Şirketlerin İflası; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1996 (Atalay, İflas)
- Aydın, Alihan:** “Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK m. 376) Eleştirel Bir Bakış”; İÜHFM, C: LXX, S: 2, s.101-114, İstanbul 2012
- Battal, Ahmet:** Ticari İşletme Hukuku; Gazi Kitabevi, Ankara 2007
- Boran Güneysu, Nilüfer/Çapa/M. Sadık:** “Borca Batıklık ve İflasın Önlenmesi Yolu Olarak ‘Sıradan Çekilme Anlaşması’”; İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 1, s. 77-118, Yıl: 2014
- Devellioglu, Ferit:** Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat; Akaydın Kitabevi Yayınları, 24. Bası, Ankara 2007.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Yetkin Yayınları, 15. Bası, Ankara 2013

- Kayar, İsmail:** “Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları”, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken, 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C: 18, S: 2 Özel Sayı, s.643-658 (Kayar, Sermaye Kaybı)
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Turhan Yayınları, 17. Bası, Ankara 2013
- Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar:** Anonim Şirketler Hukuku; Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip (Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı, Abdülkadir):** Borçlar Hukuku Genel Bölüm; Filiz Kitabevi, 5. Bası, İstanbul 2010 (Kocayusufpaşaoğlu)
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:** İcra ve İflas Hukuku; Yetkin Yayınları, 28. Bası, Ankara 2014
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Vedat Kitapçılık, 10. Bası, Cilt: 2, İstanbul 2013
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku; Arıkan Yayınları, 10. Bası, İstanbul 2005 (Yazar, Ortaklıklar ve Kooperatif, Tekinalp/Çamoğlu)
- Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi; Adalet Yayınevi, 2. Bası, 1. ve 2. Cilt, Ankara 2014
- Sirmen, Lale:** Türk Özel Hukukunda Şart; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992
- Taş Korkmaz, Hülya:** İflas Masası; Yetkin Yayınları, Ankara 2010

- Tekinalp, Ünal:** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku; Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul 2015 (Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları)
- Tekinay, Selâhattin S./Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atillâ: Borçlar Hukuku;** Fakülteler Matbaası, 5. Bası, İstanbul 1985 (Tekinay)
- Turanboy, K. Nuri:** İbra Sözleşmesi; Yetkin Yayınları, Ankara 1998
- Türk, Ahmet:** Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları; Nobel Yayınları, Ankara 1999

KISALTMALAR CETVELİ

bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
dip.	: Dipnot
İK	: İcra ve İflas Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Kanun	: Türk Ticaret Kanunu
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı

TÜRK HUKUKUNDA ÇAPRAZ SORGU TARTIŞMALARI

Arş. Grv. Yağmur TEMİZ*

ÖZET

Anglo-Sakson hukuk sisteminin önemli bir kurumu olan çapraz sorgu, genel hatlarıyla açıklandı. Ayrıca, çapraz sorgunun itham sistemi içerisindeki yeri ve özellikleri belirlendi. Türk hukukundaki doğrudan soru sorma hakkının çapraz sorgu olup olamayacağı tartışıldı. Bununla birlikte, çapraz sorgunun karma sistemdeki karşılığı ele alındı. Son olarak, itham sisteminin ürünü olan bu kurumun Türk hukukunda uygulanabilirliği tüm eleştirilerle birlikte değerlendirildi.

Anahtar Kelimeler Çapraz Sorgu, Doğrudan Soru Sorma, İtham Sistemi, Sorgu

CROSS ENQUIRY IN TURKISH LAW DISCUSSIONS

ABSTRACT

An important foundation of Anglo-Saxon juridical system, cross examination, is explained in general details. And also, the position and the characteristics of cross examination within the adversarial system are determined. Moreover, it is argued that the right of direct examination may be a cross examination in Turkish Law or not. However, retaliation of cross-examination in the mixed system is discussed. Lastly, the applicability of this foundation which is the product of impeachment system in Turkish Law is considered together with all criticism.

Keywords: Cross Examination, Direct Examination, Adversarial System, Interrogation

* Ankara Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Anabilim Dalı

GİRİŞ

Bu çalışmada “Doğrudan Soru Yönelme” olarak Türk hukukunda ilk kez CMK m. 201 ile yer alan düzenlemenin, çapraz sorguyla olan benzerliği tartışılacaktır. Çapraz sorgu, itham sisteminin önemli bir kurumu olarak karşımıza çıkar. Karma sistemi benimsemiş olan Türk hukukunda gerçek anlamıyla çapraz sorgu gibi bir kurumun yer alması beklenemez.

İtham sisteminde sorgunun bir aşamasını oluşturan doğrudan sorguyla CMK m. 201 arasında bir ilişki kurulmaya çalışılsa da bunun gerçek bir benzerlik olmadığı kanaatindeyiz. CMK m. 201 bir sorgu yöntemi değil, sadece bir soru sorma işlemidir. Hakim tarafından gerçekleştirilen sorgulama faaliyetine taraflara katılma imkanı sağlayan bir uygulamadır.

İtham sisteminde hakim esasen sorgulama işlemi yapmaz, hakim rolü mahkeme huzuruna getirilen tanıkların sorgulanması esnasında bir hakem niteliğindedir. Oysa Türk hukukunda sorgu, hakim işlemi olarak karşımıza çıkar. Bununla birlikte, çapraz sorgu kurumu itham sistemindeki taraf tanığı kavramından bağımsız düşünülemez. Ancak itham sistemindeki taraf tanığı kavramı, Türk hukukunda yoktur. İki sistem yani karma sistem ve itham sistemi çok önemli noktalarda birbirinden ayrılmaktadır.

Dolayısıyla CMK m. 201 ve çapraz sorgu tartışmasına değinmeden önce ilk bölümde Türk hukukunda sorgu kavramına değinmeyi uygun bulduk. İkinci bölüm ise çapraz sorgunun, itham sistemi içerisindeki yeri ve sistemin özelliklerine ayrılmıştır. Son bölümde ise Türk hukukunda çapraz sorguyla ilgili görüşlere, çapraz sorgunun karma sistem içerisinde yer almasının neden mümkün olmadığına ve konuyla alakalı diğer tartışmalara yer verilmiştir.

I. Türk Hukukunda Sorgu Kavramı

Dar anlamda bir hakim işlemi olan sorgu, geniş anlamda kural olarak bir savcılık işlemi sayılan ancak daha çok savcı izniyle kolluk tarafından yapılan ifade almayı da kapsar. CMK, yakalama ve gözaltı

işlemlerini birbirinden ayırmış, ifade almayı da bir savcı işlemi olarak düzenlemiş olmasına karşın uygulamada alt yapı eksikliği nedeniyle ifade alma işlemi genellikle kolluk tarafından yapılmaktadır. Bu nedenle ifade almayla ilgili usul ve esaslar adli kolluk bakımından da önemlidir¹.

İfade ve sorgu suçlanan kişilerin suça konu olayla ilgili beyanlarından oluşur. Konuyla alakalı olmayan bilgilerden oluşan açıklamalar, ifade veya sorgu niteliği taşımaz. Sorgunun, ayırıcı özelliği yargı makamınca yapılmasıdır².

Soruşturma evresinde şüphelinin suçunu ikrar etmesi durumunda, kişinin ikrarından dönmesi ihtimaline karşın derhal hakim önüne de çıkarılabilir. Ancak hakim tarafından beyanın dikkate alınması için bu beyanın kişinin özgür iradesine dayanması şarttır³.

Sorgulamayı yapan makamın amacı, olayın çözüme kavuşturulmasıdır. Sanığın beyanları, olayı anlatması çözüm için gereklidir. Sanık için sorgunun işlevi ise kendini savunmaktır. Bu anlamda sanık için konuşmaktan çok susmak bazı durumlarda daha faydalı olabilecektir. Sorgu birbiriyle çatışan iki menfaatin, uzlaştırılmasını da sağlar⁴.

Geniş anlamıyla sorgu kavramı, hem delil elde etme aracı hem de savunma aracı olduğundan ceza muhakemesi hukukunda çok önemlidir. İfade almada asıl amacın bilgi almak, sorgu da ise sanığa savunma hakkı tanımak olduğu sonucuna ulaşılabilir⁵.

Sonucunda kişi beyanları elde edilen bu kurumun iyi işletilmesi gerekir. Elde edilecek beyanlar, ait oldukları kişilerin özgür iradelerinin

¹ **ÖZTÜRK** Bahri/**ERDEM** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 11, Seçkin Yay., Ankara, 2007, s. 441.

² **YURTCAN** Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, B. 5, Alfa Yay., İstanbul, 1994, s. 142.

³ **TOROSLU** Nevzat/**FEYZİOĞLU** Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yay., Ankara, 2011, s. 192, 193.

⁴ **ŞAHİN** Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin Yay., Ankara, 1994, s. 99.

⁵ **KUNTER** Nurullah/ **YENİSEY** Feridun, Yakalama ve İfade Alma, Beta Yay., İstanbul, 2000, s. 81.

sonucu oluşmalıdır. Bununla birlikte özellikle sanık veya şüpheli beyanlarının güvenilirliği konusunda titiz davranılmalıdır⁶.

II. Beyan Delilleri ve Ceza Muhakemesindeki Önemi

Beyanlar, ceza muhakemesinde deliller içerisinde önemli bir yere sahiptir. Beyanlar sanık beyanı, tanık beyanı ve diğer kişilerin beyanı olarak kendi içinde üçe ayrılır. Sanık veya şüphelinin olayla ilgili önemli olan hususları kabul etmesi, ikrardır. İkrar, beyanlar arasında farklı ve özel bir öneme sahiptir. Hakimin vicdani kanaatinin oluşması açısından, ikrar çok etkili bir beyan türüdür.⁷ Beyanların delil niteliği kazanabilmesi için soruşturma ya da kovuşturma aşamasında yapılmış olması şart değildir. Henüz soruşturma başlamadan yapılan açıklamalar dahi delil niteliği kazanabilir⁸.

CMK madde 217 ceza muhakemesinde delillerin nasıl takdir edileceğini düzenlemiştir:

‘1.Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

2.Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.’

Ceza muhakemesi, yaşanmış bir olayla alakalı yani geçmişe yönelik olarak olayın, oluş şeklini veya kim tarafından gerçekleştirildiğini ve ceza hukukundaki karşılığını tespit etmek amacıyla vardır. Gerçekleşen olay bir yap-boz resmi olarak düşünülürse deliller de bu yap-boz resmini oluşturan parçalar olarak kabul edilebilir⁹.

Ceza muhakemesinde delillere sınırlama getirilmemiş ve vicdani ispat kabul edilmiştir. Hakim delilleri serbestçe takdir eder. Bu serbestlik,

⁶ YURTCAN, s. 142.

⁷ ERCAN İsmail, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 6, XII Levha Yay., İstanbul, 2013, s. 118, 119.

⁸ BIÇAK Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, B. 2, Seçkin Yay., Ankara, 2011, s. 436.

⁹ CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 6, Beta Yay., İstanbul, 2008, s. 197.

keyfilik olarak uygulanmaz. Bu sebeple hakim delilleri değerlendirir ve gerekçelendirir. Sanığın ispat yükümlülüğü yoktur, savcı sanığın lehine ve aleyhine tüm hususları ileri sürer, hakim vicdani kanaatini oluşturmaya çabalar. Asıl ispat yükü mahkeme ve hakimdedir; savcının da bu yükümlülüğün altında olduğu açıktır¹⁰. Ceza muhakemesi hukukunda vicdani ispat sistemi hakim olduğu için delil araçlarının değerlendirilmesinde geçerli ilke, serbestliktir¹¹.

Ceza muhakemesi hukukunda, delillerle ilgili belli başlı özellikler şu şekildedir: Deliller gerçekçi ve akılcı olmalıdır. Olayla bağlantısı ya da ispat bakımından değeri olmayan şeylerin delil değeri yoktur. Hükme esas alınacak deliller müşterek olmalı yani mahkeme huzurunda tartışılmalı, taraflar bu tartışmaya katılmalıdır. Son olarak deliller, hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş olmalıdır¹².

Sanığın mahkum edilmesi için iddianın kesin ispatlanması, hakim karar vermek için gerekli şartların gerçekleştiğine inanması gerekir. Beraat kararı vermek için suçsuzluğun kesin ispatına ihtiyaç yoktur; suçluluğun ispatının kesinleşmemesi yeterlidir. Genel olarak, suçsuzluğun ispatı çok mümkün değildir. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, ceza muhakemesi hukukuna hakimdir¹³.

III. Beyan Delillerinin Güvenilirliği Sorunu

Sanık her insanda görülebilecek bir tepki olarak mahkûmiyet sonrası yaşayacağı acıdan, sıkıntıdan korkar ve gerçekleri gizleyebilir. Bu sebeple, kanun koyucu sanığın kendisiyle ilgili yalan söylemesi durumunu

¹⁰ **HAKERİ Hakan/ÜNVER Yener**, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, B. 2, Adalet Yay., Ankara, 2008, s. 288, 289.

¹¹ **TOROSLU/FEYZİOĞLU**, s.171; **FEYZİOĞLU** Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yay., Ankara, 2002, s. 147.

¹² Detaylı bilgi için bakınız., **KUNTER** Nurullah/ **YENİSEY** Feridun/ **NUHOĞLU** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 16, Beta Yay., Ankara, 2008, s. 620-624.

¹³ **TOROSLU /FEYZİOĞLU**, s. 174, 175.

cezalandırmamayı tercih eder¹⁴. Sanığın bu sebeplere paralel olarak susma hakkı da mevcuttur.

Şüpheli veya sanığın, asıl olarak savunmasını yaptığı an, ifade ya da sorgu işleminin gerçekleştiği andır. Bu sebeple, işlemler esnasında ilgili kişinin,

Fiziksel olarak sağlıklı beyanlarda bulunabilecek durumda olup olmadığı tespit edilmelidir. Kişide geçici bir rahatsızlık varsa durumun düzelmesi beklenmelidir. Kişinin muhakeme ehliyet durumunu etkileyecek kalıcı bir hasar oluşmuş ise artık ilgili kişinin beyanlarından muhakeme aşamasında yararlanılamayacaktır¹⁵.

Kolluğun ifade alma işlemindeki etkinliği ve delil toplama aşamasının olayın aydınlatılmasındaki önemi adli kolluk personelinin, bu konuda iyi eğitim almış olması gereğini ortaya koyar. Adli kolluk personelinin ifade alma esnasındaki tutum ve davranışları ifadelerin doğru alınmasında önemlidir¹⁶. Türkiye’de sıkça gündeme gelen, kolluk tarafından alınan ifadelerde ve gözaltında geçen sürelerde gerçekleşen insan hakları ihlalleri iddiaları, AİHM önüne pek çok kere gitmiştir. Türkiye, defalarca tazminat ödemek zorunda kalmıştır¹⁷.

Sanığın ilk ifadesinin kolluk tarafından alınması, uygulamada ve teoride farklı fikirlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Olayın hemen ardından henüz uzun bir zaman geçmemişken alınan ifadelerin daha doğru olduğu söylenebilirken farklı bir görüş tam aksini savunmaktadır. İlk ifadelerde sanığın savunma mekanizmasının oluşmamış ve dış dünyadan

¹⁴ **ÖZTÜRK** Bahri/**TEZCAN** Durmuş/**ERDEM** Mustafa Ruhan/**SIRMA** Özge/**SAYGILAR** Yasemin F./**ALAN** Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 3, Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 329.

¹⁵ **ŞAHİN** Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yay., Ankara, 2011, s. 145, 146.

¹⁶ Konu hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz., **AZAK** Ümit, Polis Soruşturması ve Sorgu Teknikleri (Açıklamalı ve Örnekli), Özkan Yay., Ankara, 2001.

¹⁷ Kolluk personeli tarafından gerçekleştirilen ifade alma ve gözaltı işlemlerinde yaşanan insan hakları ihlallerine ilişkin AİHM değerlendirmeleri için bkz., **BAŞAK** Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/284/2591.pdf>, (E.T 21.01.2015)

etkilenmemiş olması güvenilir olarak kabul edilirken, kolluk tarafından alınmış olması aksi görüşlerin oluşmasına sebep olur¹⁸.

Sorgu işlemi CMK madde 2/1-h de şu şekilde tanımlanmıştır:

‘Şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini, ifade eder.’

İfade alma ve sorguyla ilgili CMK madde 147’de “İfade ve Sorgunun Tarzı” başlığıyla bir geniş bir düzenleme yapılmıştır¹⁹.

Sanık ifadelerinin değerlendirilmesi konusunda, pratikte sıkıntılar yaşanabilir. Olayın çözümü için bu ifadelerin iyi analizi şarttır. Özellikle beyanların, diğer delillerle birlikte doğruluğunun ya da yanlışlığının ispatlanamadığı durumlarda, değerlendirme işlemi daha da güçleşir. Bu durumda ifade verenin sadece o olaya mahsus beyanları dışında, kişilik

¹⁸ ŞAHİN, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 132.

¹⁹ CMK madde 147: *‘(1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:*

- a) *Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.*
- b) *Kendisine yüklenen suç anlatılır.*
- c) *Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.*
- d) *95 inci Madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir.*
- e) *Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir.*
- f) *Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.*
- g) *İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır.*
- h) *İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanır.*
- i) *İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır:*
 1. *İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih.*
 2. *İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği.*
 3. *İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri.*
 4. *Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı.*
 5. *İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri.’*

yapısının da incelenmesi şarttır. Bu inceleme de net bir veri olmayabilir. Her zaman yalan söyleyen bir kişi sadece mevcut olayla ilgili tamamen doğru söyleyebilir ya da bunun tam tersi mümkündür²⁰.

Ceza hukuku kuralları, öncelikle insanın varlığını devam ettirmesi, kişiliğini geliştirmesi bakımından mutlak korunması gereken maddi, manevi ve ekonomik değerlerini korumayı amaçlar²¹. Çağdaş ceza hukukundaki liberallik eğilimiyle birlikte; insan hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla, sosyal savunma gereksinimi karşı karşıya kaldığında, insan hak ve özgürlükleri ikinci plana atılamaz. 18. yüzyılın başında gelişen ceza hukuku felsefesi hareketleri, ceza hukukunun genel prensipleri olmuştur²². Yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere, mevcut ceza hukuku sistemiyle de bağdaşmaz Bu sebeple CMK'da hukuka aykırı olarak delil elde edilmesini engellemek için özel bir düzenlemeye yer verilmiştir²³.

Yasaklanan yöntemlerle ifade alınması, ceza muhakemesinin amacının gerçekleştiği anlamına gelmez. Kişinin, yöntemin verdiği acı ve baskıdan bir an önce kurtulmak için, yalan söyleme ihtimali yüksektir. Ceza muhakemesinin amacı, işlenen her bir suç için herhangi birini

²⁰ İfadelerin değerlendirilmesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz., **DEMİRBAŞ** Timur, Samiğin Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yay., No: 17, İzmir, 1996, s. 241 vd.

²¹ **KOCA** Mahmut/**ÜZÜLMEZ** İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 6, Seçkin Yay., Ankara, 2013, s. 40.

²² **DÖNMEZER** Sulhi/**ERMAN** Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, B. 9, Filiz Yay., İstanbul, 1985, s. 96.

²³ “İfade Alma ve Sorguda Yasak Usuller” başlığıyla CMK 148’de yasaklanan ifade alma yöntemleri düzenlenmiştir:

(1) *Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.*

(2) *Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.*

(3) *Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.*

(4) *Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.*

(5) *Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir.*

cezalandırmak değil, gerçek suçluyu bulmaktır. Yalan makinesi gibi araçların da ifadede kullanılması yasaklanmıştır. Kişinin vücudunda gerçekleşen fiziksel tepkilere göre, yalan söyleyip söylemediğinin tespiti tam anlamıyla mümkün değildir. Kişiden kişiye farklılık gösterebilecek bu tepkilere göre değerlendirmede bulunmak, doğru olmayacaktır²⁴.

Tanıklık kurumu, Türk hukukunda sıkça başvurulmuş bir delil türüdür. Bu sebeple sanık, bilirkişi ve tanık için kanunda ayrı ayrı düzenlemelere yer verilmiştir. CMK madde 59 “Tanığa Söyleneyecek Şeyler ve Sorulacak Sorular” başlığıyla tanığın sorgusuyla ilgili ayrı bir düzenleme yapmıştır.

‘(1) Tanık, dinlenmeden önce hakkında tanıklık yapacağı olayla ilgili olarak mahkeme başkanı veya hâkim tarafından, kendisine bilgi verilir; hazır olan sanık, tanığa gösterilir. Sanık hazır değilse kimliği açıklanır. Tanıktan, tanıklık edeceği konulara ilişkin bildiklerini söylemesi istenir ve tanıklık ederken sözü kesilmez.

(2) Tanıklık edilen konuları aydınlatmak, tamamlamak ve bilgilerinin dayandığı durumları gereğince değerlendirebilmek için tanığa ayrıca soru yöneltilebilir.’

Sanık beyanlarının değerlendirilmesi sorunuyla tanık beyanlarında da karşılaşılır. Genel olarak aniden gelişen ve ceza hukukunun konusuna giren olaylarda, tanık beyanları önemlidir. Bununla birlikte tanıkların da doğru beyanlarda bulunmamaları için pek çok sebep olabilir. Aleyhine tanıklıkta bulunacağı kimselerden korkmak ya da kendine veya yakınlarına menfaat sağlamak gibi sebepler tanık beyanlarını şüpheli hale getirebilir. Yalan tanıklığın suç olarak düzenlenmesi, tanıklıktan çekinme, tanıkların yeminle dinlenmesi gibi pek çok düzenlemeye rağmen, tanık beyanları iyi bir süzgeçten geçirilmelidir²⁵.

²⁴ **ERYILMAZ** Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yay., Ankara, 2012, s. 585.

²⁵ **TOROSLU/FEYZİOĞLU**, s. 179,180.

Tanığın, tanıklıktan önceki süreçte başkaları tarafından yönlendirilmemesi ve telkin de bulunulmaması gerekir. Uzun süren soruşturma evresi tanığın başkalarından etkilenmesine ya da olayları düzgün hatırlayamamasına neden olabilir. Böyle bir durumda oluşabilecek çelişkiler giderilmeden, maddi gerçeğe ulaşılamaz. Duruşmada tanığa önceki ifadelerinin hatırlatılarak, çelişkilerin giderilmesi gerekir²⁶.

IV. Ceza Muhakemesi Tarihi ve İtham Sistemi

Ceza muhakemesi tarihi süreç içerisinde, ceza muhakemesinin tarafları veya sùjeleri arasındaki ilişki, bireyin hak ve özgürlüklerini ya da kamu düzenini korumak gayesine göre üç sistem şeklinde gelişmiştir. İtham, tahkik ve karma sistem olmak üzere gelişen sistemler ait oldukları devletlerin siyasi sosyal ve ekonomik yapısıyla ilişkili olarak şekillenmiştir²⁷.

İddia makamının daha üstün olduğu bir sistem olan itham sistemi, bilinen en eski sistemdir. Toplumsal menfaati bireyin menfaatinden üstün tutan ve gerçeğin araştırılması gereğini kabul eden tahkik sisteminde, esas muhakeme makamı yargılama makamıdır, diğer makamlar geri plandadır²⁸.

İtham sistemi, suçun sadece bireyleri ilgilendirdiği düşünülen dönemde ve kişisel ölçü fikrinin baskın olduğu şartlarda ortaya çıkmıştı. Toplum yönetenlerin güçlenmesiyle birlikte, cezalandırma yetkisi topluma geçmiştir. Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için mahkemeye başvurma zorunluluğu getirilmiştir; kişilerin birbirlerini cezalandırmalarını önlemek için “muhakemesiz ceza olmaz ilkesi”, geliştirilmiştir²⁹.

İtham sisteminin kendine has belli başlı özellikleri şu şekildedir: Öncelikle ithamda bulunan bir davacı bulunmalıdır, delilleri toplamak ve

²⁶ **ÖZBEK** Veli Özer/**KANBUR** M. Nihat/**DOĞAN** Koray/**BACAĞSIZ** Pınar/**TEPE** İlke, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yay., B. 2, Ankara, 2011, s. 639.

²⁷ **SOYASLAN** Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yay., Ankara, 2010, s. 67.

²⁸ **KUNTER** Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 7, Kazancı Yay., İstanbul, 45, 46.

²⁹ **KUNTER**, s. 46.

mahkemeye sunmak tarafların görevidir, vicdani delil kabul edilmiştir, hakim bir nevi hakem görevindedir, muhakeme aleni, sözlü ve yüze karşıdır³⁰. İtham sistemi hukuk ve ceza davalarında farklı özellikler gösterir. Ceza muhakemesine ilişkin kurallar sayıca daha fazla ve sıklıdır³¹.

İtham sisteminde bireysel yargılama makamı ve bireysel savunma makamı, yargılama makamından daha üstün bir konumdadır. Yargılama makamı bir nevi hakem görevi yapmaktadır. Bu sistemin insan hak ve özgürlükleri açısından faydaları olmakla birlikte, yargıcın taraf delilleriyle bağlı olması gibi bazı sakıncaları da bulunabilir³².

İtham sisteminin başka bir sakıncası, yargıyı harekete geçirme yetkisinin mağdurda olmasıdır. Bu sistemde hakimin re'sen araştırma yetkisi sınırlıdır. Bu nedenle mağdurun korkması, faille anlaşması veya başka nedenlerle suçu bildirmemesi gibi durumlar, suçun cezasız kalmasına yol açabilir. Böylece, cezalandırmadan beklenen, suçu önleme fonksiyonu gerçekleşmez³³.

Tahkik sisteminde ise muhakeme: Gizlidir, yazılıdır ve gıyaptadır. Hakim, hakem niteliğindeki pasif statüsünden ayrılmış ve re'sen tahkikat yapabilecek konuma ulaşmıştır. Vicdani delil yerini kanuni delile bırakmıştır. Yani, hakim delillerle bağlıydı. Bu bağlayıcı delillerin en önemlisi ikrardı ve ikrarı elde etmek için başvurulabilecek yöntemler bu sistemin en önemli sakıncasıydı³⁴. Bu dönemde delil elde etmek için iftira, soruşturma aracı kabul edilmişti. Kanuni delil, yani her suça özgü önceden belirlenmiş delil gerekirdi. Hakimin mahkumiyet kararını vermesi için her

³⁰ **KÖKSAL** Ayhan, Anglo-Sakson Hukuku Ceza Muhakemesinde İtham Fonksiyonu, file:///C:/Users/User/Downloads/4882-14127-1-PB%20(2).pdf, s. 188, (E.T 01.04.2015); **SOYASLAN**, s. 68.

³¹ **GOODPASTER** Gary, On the Theory of American Adversary Criminal Trial, <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6549&context=jclc>, s. 119, (E.T 08.03.2014)

³² **TOROSLU**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 40, 41.

³³ **SOYASLAN**, s. 68, 69.

³⁴ **KÖKSAL**, s. 189.

dava türüne göre değişiklik gösteren ancak önceden belirlenen delillere ihtiyaç vardı³⁵.

Tarihsel gelişim içerisinde son nokta olan karma sistemde ise; hakim kendiliğinden davaya bakamaz. İlk olarak bir ithamın varlığı şarttır; ancak itham sahibi, itham sistemindeki gibi suçtan zarar gören değil, ithamda bulunmak için kurulmuş resmi bir makamdır. Muhakeme ön soruşturma aşamasında yazılı, gizli, gıyabi; son soruşturma safhasında ise sözlü, aleni, yüz yüzedir. Hakim taraf delilleriyle bağlı değildir ve vicdani delil vardır³⁶.

Çapraz sorgu yöntemi tarafların, eşit haklara sahip ve iddialarını ispat zorunda oldukları itham sisteminde doğmuştur. Anglo Sakson sistemi içerisinde, delil hukukunun oluşumuna yön vermiştir. Karma sistemin yapısına uygun olmayan çapraz sorgu benzeri kurumlar, maddi gerçeğe ulaşmak adına karma sistemde yer almaya başlamıştır³⁷.

V. Çapraz Sorgu

Geniş anlamda çapraz sorgunun amaçladığı, hukuka uygun yollardan maddi gerçeğe ulaşmaktır. Adil yargılanma ilkesiyle uyumlu pek çok ilkenin uygulamada yer bulmasını sağlar. En önemli etkisini, delillerin değerlendirilmesi aşamasında gösterir³⁸.

Çapraz sorgu, sorgu faaliyetinin bir bölümünü oluşturur. Anglo Sakson sisteminde sorgunun üç aşaması bulunur: Doğrudan sorgu, çapraz sorgu ve yeniden sorgu. Sorgulamaların bu sıralamaya uygun olması gerekir. Bir aşama atlanarak diğerine geçilemez. Tüm bu aşamalardan sonra ulaşılabilecek delillerin bütünlük arz etmesi gerekir. Sorgu ve çapraz sorgunun uygulanma usulleri birbirinden farklıdır. Öncelikle sorgu hakim

³⁵ **EREM** Faruk, Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19881-1086>, s. 92, (E.T 02.04.2015)

³⁶ **KÖKSAL**, s. 189.

³⁷ **İPEKÇİOĞLU** Pervin Aksoy, Bir Sorgulama Yöntemi Olarak Çapraz Sorgu, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan C. I, AÜHF Yay., Ankara, 2015, s. 100.

³⁸ **DÖNMEZ** Burcu Demren, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu, Seçkin Yay., Ankara, 2007, s. 33.

tarafından gerçekleştirilir oysa çapraz sorguyu savcı veya savunma avukatı uygular. Başka bir fark da, sorgunun sanığa; çapraz sorgunun ise tanık, bilirkişi ve davaya katılana yönelik olmasıdır. Bu kişiler, tanık kürsüsünden yeminle dinlenir. Savcı, tanıklara sadece doğruyu söyletmeyi amaçlamaz, ifadelerin güvenilirliğini de sağlamaya çalışır. İki sistemin ayrımının sonucu, tanıklık kurumunda hissedilir³⁹. Çapraz sorgu, bir “hak” olarak düşünülmelidir. Her durumda uygulanması şart değildir. Faydalı olduğuna kanaat getirilen ve gerekli görülen durumlarda uygulanabilecek bir delil elde etme aracıdır⁴⁰.

Sanığın, tanık sıfatını kazanması Anglo Sakson hukuk sisteminde mümkündür. Sanık, tanıklık için gereken yemini verdikten sonra, tanık kürsüsünden dinlenebilir. Kıt’a Avrupası hukuk sisteminde ise bu mümkün değildir. Sanık ancak hakim tarafından yeminsiz olarak sorgulanır⁴¹.

İtham sistemi, ceza yargılamasını iddia ve savunma makamlarının irade, karar ve beyanlarına göre şekillendirir, çapraz sorgu bu sebeple itham sisteminde doğmuştur. Taraflar tarafından mahkeme huzuruna çağrılan tanıkların, kararı veren makam önünde sorgulanması esnasında çapraz sorgunun işlevi gerçekleşir. İtham sisteminin doğasına uygun olan çapraz sorgu, sistemin diğer özellikleriyle birlikte uygulandığında gerçek amacına ulaşabilir⁴².

İngiliz hukukunda, çapraz sorgu hem ceza, hem de hukuk davalarında uygulanır. Hakim, “taraf” sorgularına, zorunlu olan ender

³⁹ İPEKÇİOĞLU, s. 107.

⁴⁰ DÖNMEZ, s. 230.

⁴¹ İPEKÇİOĞLU, s. 116,117.

⁴² DÜNDAR Meltem, K.K.T.C. ve Türk Ceza Yargılaması Hukuklarında Çapraz Sorgulama, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, file:///C:/Users/User/Downloads/217841.pdf, s. 1, (E.T 05.03.2015)

durumlarda müdahalede bulunur. Çapraz sorgu, İngiltere'de avukatlık mesleğini gerçek bir sanata dönüştüren kurumlardandır⁴³.

Özel bir tekniği olan çapraz sorgu usulü, iyi bir avukat tarafından uygulandığında yalnızca kötü niyetli kimseler için değil, sadece doğruyu söylemeye çalışan iyi insanlar için de son derece önemlidir. Gerçekten bu sorgu şekli, gördüğü olay hakkında bilgisini direk aktarmak isteyen, fakat bazı yanlış algılamalar neticesinde doğru olmayan bir kanaate ulaşan tanığın beyanlarındaki hataların düzeltilmesini de sağlar. Bir İngiliz mahkemesi önündeki tanık çok sıkı şekilde sorgulamaya tabi tutulur, hatta dışarıdan biri mahkemeyi izlerken tanığı sanık zannedebilir. Bu sebeple, İngiliz hukukunda tanıklık kurumundan sıkça faydalanılır⁴⁴.

Avukatın yetenekli ve deneyimli olmasının yanında çapraz sorgunun iyi planlanması da avukatın başarısı için gerekli diğer bir unsurdur. Çapraz sorgu, iyi bir organizasyona ihtiyaç duyar. İlk olarak davaya konu olay tüm hatlarıyla belirlenmelidir. Bir tanığın neden çapraz sorgulanacağı ve davaya sağlayacağı katkı jüriye anlatılmalıdır. Tanığın çapraz sorguya tabi tutulmaması da bir seçenektir. Tanık çapraz sorgulanacak ise hangi gerekçelerle sorgulanacağı ve ifadesindeki boşluklardan ne şekilde faydalanılacağı belirlenmelidir. Bu boşluklara, saldırı noktaları denilmektedir. Saldırı noktalarına ilişkin sorular, özenle seçilmelidir⁴⁵.

İyi işleyen bir çapraz sorgu için, sistemi uygulayan devletlerde detaylı düzenlemeler yapılmış ve bu sistemin hukuki ve teknik boyutlarının sınırları belirlenmiştir. Bunların yanı sıra sistem, içinde önemli bir felsefe de bulundurur. Delille ilgili hususlar, etik kurallar,

⁴³ **KARAYALÇIN** Yaşar, Çalışma Raporu, (Londra: 20 Ekim 1960 - 16 Eylül 1961), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/34§§§§§0/3583.pdf>, s. 492, (E.T 18.01.2015)

⁴⁴ **C. J. HAMSON M. A., LL.M.**, “İngiliz Hukuk Sisteminde Maznunun Mevkii”, (Çev. KAPANİ Münci), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/316/3090.pdf>, s. 329, 330, (E.T 21.01.2015)

⁴⁵ **MCELHANEY** James, The Art of Trial Advocacy, The Army Lawyer, 1998, July, s. 80,81.

tanığa soru sorma, tartışma aşaması, davanın sunuluşu gibi pek çok konu, çapraz sorgu sisteminde önemli noktaları oluşturur⁴⁶.

Çapraz sorguda iki önemli husus; iyi bir plan hazırlanması ve iyi bir dava teorisi geliştirilmesidir. Dava teorisi, tüm tanıkların eksiksiz ve amaca uygun olarak ifadesinin alınması, olaydaki eksik kalan ya da çözüm için gerekli konuların iyi tespit edilmesini kapsar. Sonrasında ise dava teorisine dayalı dava planı yapılmalıdır. Bu planın içinde çapraz sorgunun nasıl uygulanacağı belirlenmelidir. Plan katı olmamalı, davanın seyri içerisinde tanık ya da bilirkişinin beyanlarına göre şekillenebilecek esnekliği korumalıdır. Çapraz sorgulayıcı, tanık ve bilirkişi ifadelerinde gördüğü hataların planlı bir kurgu mu yoksa mazur görülebilecek beyan bozuklukları mı olduğuna karar vermelidir. Çapraz sorgu planı, sorular içeren bir liste gibi olmamalı sorguya yön verecek bir rehber niteliğinde olmalıdır⁴⁷.

Çapraz sorgu, belirlenmiş bir hedef doğrultusunda gerçekleştirilir. Amaçsızca yapılan çapraz sorgu, tanığın ifadesini güçlendirebilir, sorgulayıcının da güvenilirliğini sarsabilir. Bu yüzden, çapraz sorgu bir varsayıma dayanmalıdır. Doğrudan sorgu, olayın tamamını öğrenmeye yöneliktir. Çapraz sorgu ise iki önemli amaç üzerine yoğunlaşır; bunlardan ilki dava dosyasındaki bilgileri desteklemek, ikincisi ise tanığın güvenilirliğini sınamaktır⁴⁸. Çapraz sorgulayıcı, tanığın doğrudan sorgu esnasında jüri üzerinde oluşturduğu kanaatin etkisini zayıflatmayı amaçlar. Olayın anlatımı esnasında şüpheli görülen noktalara, jürinin dikkatini çekmek amaçlanır. Doğrudan sorguya göre, çapraz sorgu daha kontrollü gerçekleştirilir⁴⁹.

⁴⁶ ÇOLAK Haluk, Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu, B.2, Bilge Yay., Ankara, 2007, s. 26.

⁴⁷ HANCI İ. Hamit, Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu, Seçkin Yay., Ankara, 2003, s. 24.

⁴⁸ BLUMENSON Eric, Examination of Witnesses, <https://www.suffolk.edu/documents/LawMCP/Ch32examofws.pdf>, s. 6,7, (E.T 23.04.2014)

⁴⁹ AKYAZAN Ahmet Emrah, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Doğrudan Soru Yönelme, Desen Ofset Yay., Ankara, 2009, s. 273.

Tanığın sorgulamasının başında, olayı algılama yeteneğini sınanan sorular sorulur. Yani tanıklık yapacağı olayı gerçekten görebileceği ya da duyabileceği fiziksel şartlar mevcut muydu? Olay için tanıklık yapacak kadar yaşananları algılayabilmiş miydi? Tanığa ucu açık sorular sorularak daha geniş bir şekilde olayı anlatma imkânı verilmelidir. Maddi gerçeği aydınlatmak için tanığa yöneltilecek sorulara, bir sınırlama getirilmiştir. Olay için ihtilafli görülen hususlarda soru sorulması kuraldır. Bu grup sorulara birincil nitelikte objektif sorular denmektedir. İhtiyaç duyulması halinde ise ikincil olan subjektif nitelikte sorular sorulması, bazı özel durumlarda kabul edilmiştir⁵⁰.

Çapraz sorgunun en önemli aktörü tanıktır. Tanığın da bu sistem içerisinde farklı türleri ortaya çıkmıştır. Zeki, inatçı ve fırsatçı olan kişiler zor tanıklar olarak değerlendirilir. Çapraz sorgu planının, bu zor tanıklara göre hazırlanması gerekir. Tanıkla ilgili edinilen belgeler iyi incelenmeli ve hangi noktalarda tanığın zorlanması gerektiği, asıl planda belirtilmelidir. Çapraz sorgunun amaçları ortaya koyulmalıdır. Tanığın çapraz sorgulanmasının asıl amacını oluşturan hususlarda, tanığın cevaplarını düzeltebileceği boşluklar bırakılmamalıdır. Tüm bu çabalara rağmen çapraz sorgunun kolay olması nadirdir⁵¹.

Ceza muhakemesinin önemli bir ilkesi olan sözlülüğün en etkin uygulaması, çapraz sorguda görülür. Tanık beyanlarının daha güvenilir olmasını sağlayan çapraz sorguda kural, tanıklara sadece kendi duyularıyla algıladıkları konularda soru sorulmasıdır. Üçüncü kişilerin onlara aktardığı hususlarda soru sorulmaması gerekir, çünkü duruşmada bulunmayan kişilere çapraz sorgu uygulanıp gereken doğrulama yapılamaz. Tanıkların olayla ilgili yorum yapması veya fikir beyan etmesi istenemez. Kural ihtilafli hususlarda soru sorulması olmakla birlikte bazı

⁵⁰ YÜCE Ertan/**ANLAR** Umut, "Ceza Yargısında Yeni Usul: Çapraz Sorgu", <http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/HukukGundemiDergisi/2005-2.pdf>, s. 58, (E.T 18.01.2015)

⁵¹ **MAHONEY** Kevin J., *Relentless Criminal Cross-Examination*, Revision 4, James Publishing, Los Angeles, 2012, §. 1/35.

istisnalara yer verilmiştir. Tanığın güvenilirliğini sınamak ya da başka tanıklara ulaşmak için bazen konu dışı sorular sorulabilir. Burada bilirkişi tanıkların durumu farklıdır. Bilirkişi tanıkların yorum yapmalarına ihtiyaç duyulabilir⁵².

Çapraz sorgulamayı yapan taraf kural olarak cevabını bilmediği soruları sormamalıdır. Çapraz sorguda amaç tanığın ifadesindeki net ve belirsiz olan noktaları ortaya koymaktır. Çapraz sorgucu sorduğu sorunun cevabından emin değil ise ansızın ve aleyhte bir durumla karşılaşabilir. Bu nedenle çapraz sorguda muhakkak cevabı önceden bilinen sorular sorulmalıdır. Bu durumun elbette istisnaları mevcuttur. Mesela çapraz sorgucu olaya hakimse, tanığın yalan söyleme seçeneği kalmamış ve vereceği her cevabın sorgulayıcıyı doğrular şekilde olacağından, sorgucu geri planda kalıp tanığın olayı anlatmasını isteyebilir⁵³.

Çapraz sorguda, bir avukat cevabını bilmediği soruları sormaktan kaçınılmalıdır. Bu durum, avukatlar için en temel kurallardan biridir. Aksi takdirde doğruluğu bilinmeyen sorular, çapraz sorguyu daha da karmaşık hale getirir. Beklenen amaç gerçekleşmemiş olur⁵⁴. Bir avukatın en büyük silahı, çapraz sorgudur. Kurallarına uygun gerçekleştirilen ve iyi hazırlanmış çapraz sorgu avukatın başarısını gösterir. İyi çalışılmamış bir çapraz sorgu ise avukat için tehlikeli olabilir⁵⁵.

⁵² VEZİROĞLU Çetin, Çapraz Sorgu, <http://www.ankarabarsu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/untill2007/hukukkurultay00-2.pdf>, s. 380-383, (E.T 21.01.2015)

⁵³ Detaylı bilgi için bkz., Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencileri Çalışması, Yayına Hazırlayanlar: YENİSEY Feridun/ ZİYALAR Neylan, Çapraz Sorgu Teknikleri,

https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CC8QFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.hukukturk.com%2Ffractal%2FhukukTurk%2Fpages%2FdwntdCntHT.jsp%3FpFileNum%3D1&ei=P6a_VL_SE4vwUpnXgdAJ&usq=AFQjCNENjGoK0QMzB9A7R2RFJfXlujSwNq&sig2=EbrX8OROfptCoEsX1rUk5g, (E.T 21.01.2015)

⁵⁴ WELLMAN Francis L., The Art of Cross Examination, https://www.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=nNYVxTIMh1oC&oi=fnd&pg=PA21&dq=cross+examination&ots=BkRWwxeG2p&sig=9QvGFdITS4_MemO_H6vvPS5nxE&redir_esc=y#v=onepage&q=cross%20examination&f=false, s. 42, (E.T 08.04.2015)

⁵⁵ VALDESPINO Jacqueline M., Cross Examination: The Rules of the Game, 18 American Journal of Family Law, 2004, Summer, s. 87.

En eski ceza muhakemesi sistemi olarak bilinen itham sistemi, zaman içerisinde bazı değişimler geçirse de temel noktalarda başlangıçtan uzaklaşmamıştır. Ceza yargılamasının tarafların sunduğu delillerle şekillenmesi hala geçerlidir. Sistemin işleyişi içerisinde gelişen teknolojinin hesaba katılmadığı da ileri sürülebilir. Örneğin elektronik ortamlarda yapılan haberleşme ve medyanın gelişiminin, çapraz sorgu üzerinde olumsuz etkileri olduğu tartışılmaktadır⁵⁶.

Tanıklık kavramının önemli olduğu itham sisteminde, sanığın tanık sıfatı kazanması mümkündür. Tanık sıfatı kazanan sanık açısından, çapraz sorgunun sınırlarını daraltan bir hak olan “susma hakkı” bu başlıkta değinilmesi gereken bir diğer noktadır. Susma hakkını kullanan bir sanık için, çapraz sorgu imkânı ortadan kalkmış olacaktır.

Susma hakkı, sanığa tanınmıştır. Kişi kendini suçlayacak beyanlarda bulunmaya zorlanamaz, tanıklar için ise düzenleme daha farklıdır. Doktrinde susma hakkı ve sınırlarıyla ilgili pek çok tartışma yapılmıştır. Susma hakkının olması gerektiği yönündeki fikirler karşısında, kamu düzeninin bozulmasına sebep olan sanığın düzenin tekrar sağlanması için susma hakkının olmaması gerektiği yönünde fikirler de mevcuttur. Günümüz şartlarında pek çok devlet ve uluslararası sözleşme sanığa bu hakkı tanımıştır⁵⁷.

Çapraz sorgunun itham sistemini benimsemiş devletlerde olduğu gibi, Türkiye’de uygulanması yoktur. İtham sisteminin hakim olmadığı bir hukuk sisteminde çapraz sorgudan bahsedilemez. CMK m. 201 doğrudan soru sorma hakkını düzenlemiş, bu da çapraz sorgu kurumuyla

⁵⁶ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz., **EPSTEIN JULES**, Cross-Examination: Seemingly Ubiquitous, Purportedly Omnipotent, and “At Risk”, http://widenerlawreview.org/files/2009/06/04-epstein_final-429-451.pdf, (E.T 21.04.2015)

⁵⁷ Konuyla ilgili kapsamlı çalışmalar için bkz., **YILDIRIM Ali**, “Sanığın Susma Hakkı”, <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/1988-5/3.pdf>, (E.T 20.01.2015), **KOCAOĞLU Serhat Sinan**, “Susma Hakkı”, <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/2011-1/2011-1-2.pdf>, (E.T 20.01.2015)

ilişkilendirilmiştir. CMK m. 201 ile yeniden gündeme gelen çapraz sorgu tartışmaları ve Türk hukukunda neden uygulanamayacağına aşağıda ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

VI. Doğrudan Soru Yönelme ve Çapraz Sorgu İlişkisi

Bu bölümde Türk hukukunda, çapraz sorgu uygulamasının mümkün olup olmadığını tartışacağız. Doğrudan soru sormanın Türk hukukuna dahil olmasıyla, çapraz sorgu tartışmaları artmıştır. Çapraz sorgunun itham sisteminden bağımsız uygulanabilmesi fikrine katılmak güçtür. Türk hukukunda itham sisteminin olmayışı başta olmak üzere başka pek çok sebeple çapraz sorgu yönteminin uygulanmasının mümkün olmadığına bu başlıkta değineceğiz.

İtham sisteminde var olan doğrudan sorgu ve çapraz sorgu kavramlarının Türk hukukunda karşılığı bulunmamaktadır. Doğrudan soru sormada tanığa soru sorma hakkı verilmiş olmakla beraber dikkat edilmesi gereken en önemli nokta, bunun bir sorgulama hakkı olmadığıdır. Sorgulama faaliyeti Türk hukukunda hakimin yapabileceği bir işlemdir. Oysa itham sisteminde taraflara sorgulama yetkisi verilmiştir⁵⁸.

Doğrudan soru sorma, çapraz sorgu kurumuna benzetilmekle birlikte esasen itham sisteminde sorgunun aşamalarından biri olan doğrudan sorgulamanın, içerisinde yer alan bir bölümdür. Bütünüyle çapraz sorgu sisteminin Türk hukukunda var olduğunu söylemek mümkün değildir. Tanığı daha önce dinlemeden soru sormak, soru soran açısından riskli de olabilecektir⁵⁹. Oysa çapraz sorgu doğrudan sorgu esnasında dinlenen tanığın ifadelerindeki zayıf noktalara yöneliktir.

Başka bir yaklaşım ise doğrudan soru sormayı, çapraz sorgunun işlevine benzetip, sorgu kurumunun daha iyi çalışmasına yardımcı bir yöntem olarak kabul etmektedir. Yani mahkeme başkanının izni olmadan

⁵⁸ CENTEL/ZAFER, s. 631.

⁵⁹ PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer/YÜKSEL Erol Güngör, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Yayın Yay., Ankara, 2008, s. 611.

tarafların soru sorabilmesi, çapraz sorguda olduğu gibi muhakemeye tarafların katılımını artıracak ve muhakemeyi canlandıracaktır⁶⁰.

“Doğrudan Soru Yönelme” başlığıyla CMUK’ta olmayan bir düzenleme ilk kez CMK madde 201’de yer almıştır.⁶¹

‘(1) Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir.

⁶⁰ FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yay., Ankara, 1996, s. 350.

⁶¹ CMK madde 201’in gerekçesi şu şekildedir:

‘Madde, Türk hukuku bakımından çok önemli bir yenilik getirmiş bulunmaktadır. Common Law sisteminde ve Avrupa’da İtalyan hukukunda ceza davasının taraf muhakemesi şeklinde cereyan ettiği ve bu nedenle çapraz sorgu sisteminin uygulandığı bilinmektedir. Mahkemenin delil araştırma yetkisine sahip bulunduğu Kontinental sistemlerde, tam bir çapraz sorgulamanın kabulünün Tasarının bütünü ile bağdaşmayacağı bilindiğinden, savunma hakkını sağlam tutmak amacı ile bu madde getirilmiştir. Bu madde ile Cumhuriyet savcısı, katılan, sanık ve avukatların mahkeme başkanı veya hâkimden söz isteyerek, tanıklara, katılana, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, doğrudan soru yöneltebilecekleri kabul edilmiştir. Yine sanık ve katılanın da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile aynı kişilere soru yöneltebilmeleri olanaklı kılınmıştır. Aynı kişilere sorulan soruya karşı gelme hakkı tanınmıştır; madde de karşı gelmeye “itiraz” denilmekte ise de, teknik anlamda kanun yolundaki itiraz olmayıp, karşı gelme, bu konuda hâkimin karar vermesini istemek niteliğindedir. Bu hâlde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, 214 üncü maddedeki usule göre mahkeme karar verecektir. Dikkat edileceği üzere maddenin getirdiği esas, Common Law sistemine yakın ise de, bundan farklıdır. Tasarının 197 nci maddesinde açıklandığı üzere, duruşma hâkimin sorgusu ile başlamaktadır. Common Law sisteminde ise ceza davası taraf muhakemesi şeklinde cereyan ettiğinden, hâkim tam tarafsızdır ve sorgu yapamayacağı gibi, çok istisnâî hâllerde tanıklara soru da soramaz; sadece taraflar arasında soru yönelmeden kaynaklanan karşı koymaları çözüme bağlar. Tasarının sistemi o derecede farklıdır ki, 208 inci madde mahkeme üyelerine de soru sormak hakkını tanımaktadır. Kaldı ki, Common Law sisteminde duruşmada sanık sorguya çekilmez; ancak istemi olduğunda tanık gibi dinlenir ve hatta kendisine bu hâlde yemin verilir. Netice olarak getirilen madde, savunma hakkını güçlendirici ve avukatın daha enerjik ve etkin olmasını sağlayan bir hüküm niteliğindedir. Madde, duruşmada mahkeme üyelerinin de tanıklara veya bilirkişilere soru yönelmelerine olanak tanınacağını yani üyelerin tanıklara veya bilirkişilere soru sorma yetkisine sahip olduklarını ifade etmektedir.’

Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir.'

Kanun, artık savcı, vekil ve müdafî için tanıklara doğrudan soru yöneltme hakkını vermiştir. Taraflar gerek kendi tanıklarını dinlerken gerekse karşı tarafın tanıkları dinlenirken soru sorabileceklerdir. Bu durum sadece tanıklarla sınırlı değildir. Bilirkişi, sanık ve katılan da doğrudan soruların muhatabı olabilecektir⁶².

CMUK madde 234/2'de soru sorulması mahkeme başkanının uygun görmesi şartına bağlanmıştı. Doğrudan soru sorulması bu dönemde mümkün değildi. Dolayısıyla CMUK'da düzenlenmemiş bir kuruma CMK'da yer verilmiştir. Bu yeni kurumun anlaşılması ve Türk hukuk sisteminde nasıl karşılığını bulacağıyla ilgili tartışmalar sürmektedir.

Doğrudan soru sormada amaç; tanıkların ifadelerinin güvenilirliğini sarsmak, soruyu soran açısından lehe bir durum ortaya çıkarmaktır. Örneğin tanığın gerçekte şahitlik etmediği bir olayla ilgili ezbere bir senaryo anlatması esnasında, müdafinin doğrudan soruyla tanığın aslında anlattığı tarihi hatırlamayacağını ortaya çıkarması, kurumdan beklenen sonuçtur. Doğrudan soru sorma, çapraz sorguda olduğu gibi anında sonuç vermez. Ancak müdafinin sonraki savunmalarında ya da savcının esas hakkında mütalaasının oluşmasında, doğrudan soruların cevapları etkili olacaktır⁶³.

Bilirkişinin soru sorma hakkıyla ilgili olarak CMK madde 66/6'da özel bir düzenleme yapılmıştır:

'Gerekli olması halinde, bilirkişi, mağdur, şüpheli veya sanığa mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet savcısı aracılığı ile soru sorabilir. Ancak, mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet savcısı, bilirkişinin doğrudan soru sormasına da

⁶² YÜCE /ANLAR, s. 63.

⁶³ TEZCAN Durmuş, Ceza Davalarında Çapraz Sorgu, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, s. 642.

izin verebilir. Muayene ile görevlendirilen hekim bilirkişi, görevini yerine getirirken zorunlu saydığı soruları, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve müdafî bulunmadan da mağdur, şüpheli veya sanığa doğrudan doğruya yöneltebilir.’

CMUK madde 73’de bilirkişiye doğrudan soru sorma hakkı verilen, benzer bir düzenleme mevcuttu.

CMK m. 201 kapsamında soru yöneltenlerin, sınırsız ve keyfi soru sorma hakkına sahip olduğu düşünülemez. Hukuk devleti olmanın gereği olarak bazı sınırlar kendiliğinden mevcut kabul edilmelidir. İnsan onurunun dokunulmazlığıyla bağdaşmayan hiçbir soru doğrudan soru sormada da sorulamayacaktır. Anayasa ve uluslararası sözleşmelerde kabul edilen haklar, doğal sınırlar olarak kabul edilir⁶⁴.

AIHS’nde yer alan adil yargılanma hakkı, itham sistemine dâhil olmayan Türkiye gibi devletlerin de çapraz sorguya benzerliği iddia edilen bazı uygulamaları benimsemesini sağlamıştır⁶⁵.

AIHS tamamıyla incelendiğinde, sözleşmenin iki tür hak tanıdığı görülür. İlk grupta yer alan haklar bazı özgürlükler tanır, ikinci grup haklar ise bu özgürlükleri ve kullanılmasını koruma altına alan haklardır. Adil yargılanma hakkı ikinci grup haklar içerisinde yer alır. Adil yargılanma hakkı klasik negatif haklar içinde düzenlenmesine rağmen gerçek fonksiyonun gerçekleşmesi için devletin pek çok pozitif edim üstlenmesi gerekir⁶⁶. AIHS’nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı, 3.10.2001 tarihinde yapılan değişiklikle birlikte, aynı zamanda anayasal bir hak haline gelmiştir⁶⁷.

AIHS’nde “Adil Yargılanma” başlıklı madde 6/3-d de çapraz sorgunun temelindeki düşünceye benzer bir düzenleme yer almaktadır:

⁶⁴ DÖNMEZ, s. 57.

⁶⁵ DÖNMEZ, s. 83.

⁶⁶ ALGAN Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yay., Ankara, 2007, s. 129.

⁶⁷ 3.10.2001 Tarih ve 4709 Sayılı Kanun, RG.17.10.2001, No. 24556 (1. Mükerrer)

‘İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;’

AİHS madde 6/3-d hükmü kapsamında, devletler polis/muhbir gibi kişilerle özel tanıklık türlerine sistemlerinde yer verebilir. Hassas yürütülen soruşturmayı tehlikeye atmamak, tanıkların haklarını korumak gibi amacı olan bu uygulamalarda gizli/isimsiz tanıklar gündeme gelir. Bu durumlarda da tanığın korunmasıyla savunmanın tanık sorgulanmasındaki menfaatine ilişkin dengenin sağlanması zorunludur. Bu gibi özel tanıklık durumlarında tanığın mahkemedeki öneminin anahtar niteliğinde olup olmadığı belirlenir. Tanık bu denli önemli bir etkiye sahip değilse dahi savunmaya bazı tanık sorgulama hakları tanınmalıdır. Bu hak tanınırken, tanığın korunmasına da zarar vermeyecek önlemler alınabilir. Sorular yazılı sorulabilir, tanıkların ses ve görüntüsü değiştirilip tele konferans yoluyla başvuruca soru sorma imkânı tanınabilir ya da tanığın kimliği gizlenerek sadece avukata sorgulama hakkı verilebilir. Bunlar gibi benzeri yöntemlerle, muhakkak isimsiz/gizli tanıkların sorgulanması sağlanmalıdır⁶⁸.

AİHM, “*Birutis ve Diğerleri*” kararında mahkûmiyet hükmünün yalnızca kimliği gizli tutulan tanık ifadesine dayandırılmayacağını açıkça ifade etmiştir. Bu şekilde verilen kararın savunma hakkını ve davanın hakkaniyete uygun görülmesi ilkesini ihlal ettiğini hükme bağlamıştır⁶⁹.

Türk ceza hukuku sistemindeki re’sen araştırma ilkesi gereği hakim, tarafların tanık seçimleriyle bağlı olmaksızın gerekli gördüğü

⁶⁸ Konuyla ilgili kapsamlı bilgi ve AİHM’nin konuya ilişkin kararları ve değerlendirmeler için bkz, **VITKAUSKAS** Dovydas/**DIKOV** Grigoriy, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları , (Çev.: CENGİZ Serkan), Avrupa Konseyi

Strazburg, 2012, s. 110.

⁶⁹ *Birutis ve Diğerleri* / Litvanya, 47698 / 99 ve 48115/99, 28 Mart 2002 Kararı için bkz., **CENGİZ** Serkan/**DEMİRAG** Fahrettin / **ERGÜL** Teoman / **MCBRIDE** Jeremy / **TEZCAN** Durmuş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları”, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/cezayargilamasi.pdf, s. 110, (E.T 19.01.2015)

herkesi dinleyebilir. Bu sebeple sistemimizde, taraf tanığı şeklinde bir ayırım söz konusu değildir. İddianamede delil olarak tanık ifadelerine yer verilmekle birlikte sanığın aleyhine veya lehine olması şeklinde bir ayırma gidilmez. Savcının iddianameyle sanığın hem lehine hem aleyhine hususları belirtme zorunluluğu, iddianamede yer alan tanık veya bilirkişilerin taraf değil, kamu tanığı ya da kamu bilirkişisi olarak nitelenmelerine sebep olur. Bunun gibi sebeplerle, Anglo Sakson hukuk sisteminde yer alan dar anlamda çapraz sorgunun, Türk ceza hukukundaki doğrudan soru sormayla bağdaşmadığı aşikârdır. Çapraz sorgunun temel süjesi “taraf tanığı”, sistemimizde mevcut değildir⁷⁰.

Kara Avrupa’sında hakim maddi gerçeği araştırma yükümlülüğü vardır. Bu sebeple sorgulama faaliyeti taraflara bırakılamaz. Anglo Sakson hukukundaki çapraz sorgu, bir sorgu faaliyeti türü olmakla beraber doğrudan soru sorma, bir sorgu işlemi değildir⁷¹.

Tanıklık kurumu ceza muhakemesinde önemli bir rol oynamakla birlikte bazen tanıkların olayların aydınlatılmasındaki rolü, onlar için tehlikeli olabilir. Bu sebeple CMK madde 58 “Tanığa İlk Önce Sorulacak Hususlar ve Tanığın Korunması” başlığıyla düzenlenmiştir⁷².

⁷⁰ KARAKAYA Naim, “Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi Avukatlar İçin El Kitabı IV, Ceza Muhakemesi Hukukunda Avukatın Soru Sorma Yetkisi”, <http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/elkitabi4.pdf>, s. 13, 14, (E.T 3.01.2015)

⁷¹ CENTEL/ZAFER, s. 630.

⁷² CMK madde 58: ‘(1) Tanığa, ilk önce adı, soyadı, yaşı, işi ve yerleşim yeri, işyerinin veya geçici olarak oturduğu yerin adresi, varsa telefon numaraları sorulur. Gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenilebileceği hakkında hâkimi aydınlatacak durumlara, özellikle şüpheli, sanık veya mağdur ile ilişkilerine dair sorular yöneltilir.

(2) Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir.

(3) Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.

Tanık için getirilen koruma tedbirleri, ceza muhakemesi tedbiri olduğuna göre bu koruma usulleri sanığın savunma hakkına engel olmamalıdır. Bu şekilde korunan tanıkların dinlenmesi esnasında, taraflar tanığa soru sorabilmelidir. Böyle bir koruma tedbiri uygulanırken soru sorma hakkı sınırsız olmayıp, alınan tedbirle uygun olmalıdır. Tanığın kimliğinin saklandığı durumlarda taraflar veya hâkim tanığın kimliğinin ortaya çıkmasına neden olacak sorular sormamalıdır. Bu durumun gözetilmesi duruşmayı yöneten hâkime düşmektedir. Hakim, bu tarz soruları kendisi sormayacağı gibi diğerlerinin de sormasını engellemelidir. Soruların kimlik bilgileriyle ilgili olması halinde tanık da bu durumu ileri sürebilir⁷³.

Çapraz sorguda, amaçla bağlantılı olarak mahkemede delillerin tartışılması, belirsiz hususların aydınlatılması için tanıklara soru sorulması önemlidir. Bu sorular hızlı ve aralıksız sorulmalıdır. Türk hukukunda jüri sistemi olmadığı için, mahkemede sorgunun amacı delilleri hakimın takdirine sunmaktır. Kesintisiz sorular ve kısa yanıtlar gerçeğin aydınlatılmasında etkilidir. Duruşmadaki tüm konuşmaların stenoyla yazılması veya kasede alınıp hızlıca zabıtlara geçirilmesi şu an için Türkiye’de zor görünmektedir⁷⁴. Sistemin teknik gerekçelerle Türk hukukunda uygulanmayacağı eleştirisi, avukatlar tarafından da gündeme getirilmiştir⁷⁵. Bu sorgu türünün, Türk hukukunda işlerlik kazanmasının önündeki bir diğer engel de avukatların bu konuda özel bir eğitime tabi tutulmamasıdır.

(4) Tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemler, ilgili kanunda düzenlenir.

(5) İkinci, üçüncü ve dördüncü fıkra hükümleri, ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.’

⁷³ Hazırlayan: TAŞÇI Alp Tekin, Derleyen: TAŞÇI Gülsen, “Türkiye’de ve Dünyada Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Tanıklık ve Tanıkların Korunmasıyla İlgili Düzenlemeler”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/untit2007/taniklikyeni.pdf>, s. 126, (E.T 21.01.2015)

⁷⁴ **ARIKAN** Gülay, “Çapraz Sorgu İçin Hazır mıyız?”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2005-4/4.pdf>, s. 112, (E.T 18.01.2015)

⁷⁵ **GÜL** İbrahim, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 4, 8 Ocak - 11 Ocak 2008, Ekonomi ve Hukuk, Ankara, s. 74.

ABD’de hukuk fakültelerinin üçüncü yılında, öğrencilere avukatlık için gereken soru sorma becerilerinin geliştirilmesi amacıyla dersler verilir. Bu dersler sayesinde, çapraz sorgu sisteminin önemli aktörleri olan avukatların sisteme katkısı artırılır. Anglo Sakson hukuk sisteminde, avukatların etkin, hakim in daha pasif konumda olması, hukuk eğitimini de etkilemiştir⁷⁶. Türk hukuk eğitim sisteminde henüz bu yönde bir gelişme görülmemektedir.

Doğrudan soru sorma aşamasında yönlendirici sorular istisna, ucu açık sorular kuraldır. Çapraz sorguda ise durum bunun tam tersidir. Türk hukukunda doğrudan soru sorma kapsamında sorulacak soruların içeriği ve sınırları belirtilmemiştir. Sorgudaki kurallar, doğrudan soru sorma işlemi esnasında da geçerlidir. Delil yasakları, ceza muhakemesi genel ilkeleri, yargı içtihatları ve uluslararası sözleşmeler; doğrudan soru sormanın sınırlarını belirler⁷⁷. Ayrıca, doğrudan soru yöneltme için de sanığın susma hakkının varlığı kabul edilir. Yani, tanık duruşma süresince doğrudan sorulara muhatap olduğunda susma hakkını kullanabilecektir⁷⁸.

Adil yargılanma hakkının gereklerinden biri olan çapraz sorgunun, Türk hukukunda gerçek karşılığının olmadığı ispatı basit bir araştırmayla anlaşılabilir. Doğrudan soru sormanın gerçek işlevine ulaşması için hakimlere de büyük görev düşmektedir. Hukukun adalete dönüşmesi ancak adil yargılanma hakkının, tüm unsurlarıyla gerçekleştirilmesine bağlıdır⁷⁹.

CMK 201’in çapraz sorgu sistemiyle bağdaşmadığı açıktır. Kurumun doğasına en uygun sistem itham sistemi olmakla birlikte, sistemin uygulanmadığı ülkelerde dahi adil yargılanma hakkı kapsamında

⁷⁶ **READ** Frank Tom (Konuşma), Duruşmada Doğrudan Soru ve Çapraz Soru Sorma Teknikleri, <http://www.ankarabarsu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/03-04.pdf>, s. 430, (E.T 07.03.2015)

⁷⁷ **DÖNMEZ**, s. 41,42.

⁷⁸ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz., **AKYAZAN** Ahmet Emrah, Ceza Muhakemesi Hukukunda Doğrudan Soru Yöneltme, Afşaroğlu Yay., Ankara, 2011, s. 53-64.

⁷⁹ **ŞEKER** Hilmi, “Hukuku Zorlayan CMK Deneyimleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 84, S. 6, 2010, s. 3500.

çapraz soru benzerliği iddia edilen kurumlar görülmeye başlanmıştır. Türkiye’de itham sisteminin uygulanmayışı, gerçek anlamıyla çapraz sorunun olmadığı kanıtıdır. Doğrudan soru sormanın başarılı olarak uygulanmasının önünde de teknik alt yapı eksiklikleri ve muhakeme sürelerinin yetersizliği gibi engeller bulunmaktadır.

SONUÇ

Türk hukukuna CMK m. 201 ile dahil olan “Doğrudan Soru Yönelme” ve çapraz soru ilişkisi çalışmada tartışılmış, daha sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi için çapraz sorunun ortaya çıktığı ve geliştiği itham sistemine yer verilmiştir. İtham sisteminde sorunun bir bölümünü oluşturan çapraz soru ile doğrudan soru yönelmenin birbirinden farklı olduğu görülmüştür. AİHS ile karma sisteme dahil devletlerin uygulamaya başladığı doğrudan soru yönelme ve benzeri kurumların, çapraz soru uygulaması olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Temelinde birbirinden çok farklı olan itham sistemi ve karma sistemin aynı kurumları bünyelerinde barındırmaları zor görünmektedir. Adil yargılanma hakkı kapsamında yer verilen doğrudan soru yönelmenin, Türk hukukunda başarılı olabilmesi için bazı önerilere de çalışmada yer verilmiştir.

KISALTMALAR

AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
B.	: Bası
bkz.	: Bakınız
CMUK	: Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
K.	: Karar
N.	: Numara
R.G	: Resmi Gazetesi
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Yay.	: Yayınları

KAYNAKÇA

- AKYAZAN Ahmet Emrah, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Doğrudan Soru Yönelme, Desen Ofset Yay., Ankara, 2009.
- AKYAZAN Ahmet Emrah, Ceza Muhakemesi Hukukunda Doğrudan Soru Yönelme, Afşaroğlu Yay., Ankara, 2011.
- ALGAN Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yay., Ankara, 2007.
- ARIKAN Gülay, “Çapraz Soru İçin Hazır mıyız?”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/2005-4/4.pdf>, (E.T 18.01.2015)

- AZAK Ümit, Polis Soruşturması ve Sorgu Teknikleri (Açıklamalı ve Örnekli), Özkan Yay., Ankara, 2001.
- Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencileri Çalışması, Yayına Hazırlayanlar: YENİSEY Feridun/ ZİYALAR Neylan, Çapraz Sorgu Teknikleri, https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CC8QFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.hukukturk.com%2Ffractal%2FhukukTurk%2Fpages%2FdwldCntHT.jsp%3FpFileNum%3D1&ei=P6a_VI_SE4vwUpnXgdAJ&usq=AFQjCNENjGoK0QMzB9A7R2RFJFxIujSwNQ&sig2=EbrX8OROfptCoEsX1rUk5g, (E.T 21.01.2015)
- BAŞAK Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/284/2591.pdf>, (E.T 21.01.2015)
- BİÇAK Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, B. 2, Seçkin Yay., Ankara, 2011.
- BLUMENSON Eric, Examination of Witnesses, <https://www.suffolk.edu/documents/LawMCP/C32examofws.pdf>, (E.T 23.04.2014)
- CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 6, Beta Yay., İstanbul, 2008.
- C. J. HAMSON M. A., LL.M., “İngiliz Hukuk Sisteminde Maznunun Mevkii”, (Çev. KAPANİ Münci), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/316/3090.pdf>, (E.T 21.01.2015)

- CENGİZ Serkan/DEMİRBAĞ Fahrettin / ERGÜL Teoman / MCBRIDE Jeremy / TEZCAN Durmuş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları”, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/cezayargilamasi.pdf, (E.T 19.01.2015)
- ÇOLAK Haluk, Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu, Bilge Yay., B.2, Ankara, 2007.
- DEMİRBAŞ Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları No: 17, İzmir, 1996.
- DÖNMEZ Burcu Demren, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu, Seçkin Yay., Ankara, 2007.
- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, B. 9, C. I, Filiz Yay., İstanbul, 1985.
- DÜNDAR Meltem, K.K.T.C. ve Türk Ceza Yargılaması Hukuklarında Çapraz Sorgulama, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, <file:///C:/Users/User/Downloads/217841.pdf>.
- ERCAN İsmail, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 6, XII Levha Yay., İstanbul, 2013.
- EPSTEIN JULES, Cross-Examination: Seemingly Ubiquitous, Purportedly Omnipotent, and “At Risk”, http://widenerlawreview.org/files/2009/06/04-epstein_final-429-451.pdf, (E.T 21.04.2015)
- EREM Faruk, Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19881-1086>, (E.T 02.04.2015)

- ERYILMAZ Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yay., Ankara, 2012.
- FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yay., Ankara, 1996.
- FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yay., Ankara, 2002.
- GOODPASTER Gary, On the Theory of American Adversary Criminal Trial,
<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6549&context=jclc>, (E.T 08.03.2014)
- GÜL İbrahim, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 4, 8 Ocak - 11 Ocak 2008, “Ekonomi ve Hukuk”, Ankara.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, HAFIZOĞULLARI Zeki, “Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”,
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-55-8>, (E.T 20.01.2015)
- HAKERİ Hakan/ ÜNVER Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, B. 2, Adalet Yay., Ankara, 2008.
- HANCI İ. Hamit, Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu, Seçkin Yay., Ankara, 2003.
- İPEKÇİOĞLU Pervin Aksoy, Bir Sorgulama Yöntemi Olarak Çapraz Sorgu, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan C. I, AÜHF Yay., Ankara, 2015.
- KARAKAYA Naim, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi Avukatlar İçin El Kitabı IV, Ceza Muhakemesi Hukukunda Avukatın Soru Sorma Yetkisi,
<http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/elkitabi4.pdf>. (E.T 3.01.2015)

- KARAYALÇIN Yaşar, Çalışma Raporu, (Londra: 20 Ekim 1960 - 16 Eylül 1961), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/340/3583.pdf>, (E.T 18.01.2015)
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 6, Seçkin Yay., Ankara, 2013.
- KOCAOĞLU Serhat Sinan, “Susma Hakkı”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2011-1/2011-1-2.pdf>, (E.T 20.01.2015)
- KÖKSAL Ayhan, Anglo-Sakson Hukuku Ceza Muhakemesinde İtham Fonksiyonu, [file:///C:/Users/User/Downloads/4882-14127-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/4882-14127-1-PB%20(2).pdf), (E.T 1.04.2015)
- KUNTER Nurullah/ YENİSEY Feridun, Yakalama ve İfade Alma, Beta Yay., İstanbul, 2000.
- KUNTER Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 7, Kazancı Yay., İstanbul.
- KUNTER Nurullah/ YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 16, Beta Yay., Ankara, 2008.
- MAHONEY Kevin J., Relentless Criminal Cross-Examination, Revision 4, James Publishing, Los Angeles, 2012.
- MCELHANEY James, The Art of Trial Advocacy, The Army Lawyer, 1998, July.
- ÖZBEK Veli Özer/KANBUR M. Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlke, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 2, Seçkin Yay., Ankara, 2011.
- ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 11, Seçkin Yay., Ankara, 2007.
- ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/SAYGILAR Yasemin F./ALAN Esra,

- Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 3, Seçkin Yay., Ankara, 2010.
- PARLAR Ali/HATIPOĞLU Muzaffer/YÜKSEL Erol Güngör, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Yayın Yay., Ankara, 2008.
- READ Frank Tom (Konuşma), Duruşmada Doğrudan Soru ve Çapraz Soru Sorma Teknikleri, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/03-04.pdf>, (E.T 07.03.2015)
- SOYASLAN Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yay., Ankara, 2010.
- ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yay., Ankara, 2011.
- ŞAHİN Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin Yay., Ankara, 1994.
- ŞEKER Hilmi, “Hukuku Zorlayan CMK Deneyimleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 84, S.6, 2010, 3491-3517.
- TAŞÇI Alp Tekin, Derleyen: TAŞÇI Gülsen, “Türkiye’de ve Dünyada Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Tanıklık ve Tanıkların Korunmasıyla İlgili Düzenlemeler”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/19402010/Kitaplar/pdf/until2007/taniklikyeni.pdf>, (E.T 21.01.2015)
- TEZCAN Durmuş, Ceza Davalarında Çapraz Sorgu, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001.
- TOROSLU Nevzat/FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yay., Ankara, 2011.

- VALDESPINO Jacqueline M., Cross Examination: The Rules of the Game, 18 American Journal of Family Law, 2004, Summer.
- VEZİROĞLU Çetin, “Çapraz Sorgu”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/hukukkurultay00-2.pdf>, (E.T 21.01.2015)
- VITKAUSKAS Dovydas/DIKOV Grigoriy, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları , (Çev.: CENGİZ Serkan), Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012.
- YILDIRIM Ali, “Samığın Susma Hakkı”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1988-5/3.pdf>, (E.T 20.01.2015)
- YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, B. 5, Alfa Yay., İstanbul, 1994.
- YÜCE Ertan/ANLAR Umut, ”Ceza Yargısında Yeni Usul: Çapraz Sorgu”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/HukukGundemiDergisi/2005-2.pdf>, (E.T 18.01.2015)
- WELLMAN Francis L., The Art of Cross Examination, https://www.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=nNYVxTIMh1oC&oi=fnd&pg=PA21&dq=cross+examination&ots=BkRWwxeG2p&sig=9QvGFdITS4_MemO_H6vvPS5nxtE&redir_esc=y#v=onepage&q=cross%20examination&f=false, (E.T 08.03.2014)
- 3.10.2001 Tarih ve 4709 Sayılı Kanun, RG.17.10.2001, No. 24556 (1. Mükerrer).

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA HIRSIZLIK SUÇUNA TEŞEBBÜS

Burak KEÇECİOĞLU*

ÖZET

Çalışmamızda, suçun özel görünüş şekillerinden olan teşebbüsün, hırsızlık suç tipinde nasıl gerçekleştiği Yargıtay kararları ışığında ele alınmıştır. Teşebbüs kurumunun sahip olduğu çeşitli teorilerin çalışma kapsamı genişletilmeden kısmen de olsa eleştirel boyutta tartışılmaya çalışıldığı çalışmamızda; Yargıtay'ın, failin hırsızlık konusu mal üzerinde ne zaman egemenlik kurduğuna ölçüt olarak "kesintisiz takip" ölçütünü belirlemiş olduğu tespit edilmesinin yanında Yargıtay'ın kendi içinde, hırsızlık suçunda hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin birbirinden ayrılması konusunda nasıl fikir ayrılığına düştüğü üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler : *Teşebbüs, hırsızlık, özel kast*

ATTEMPT TO LARCENY IN THE LIGHT OF YARGITAY DECISIONS

Abstract

This study looks at how attempt, as a manifestation of crime, occurs in the crime of larceny in the light of Yargıtay decisions. It aims to discuss various theories on the concept of attempt in a partially critical manner without further elaboration and focuses on the way Yargıtay considers "hot pursuit" a criterion for determining when the perpetrator takes possession of stolen goods as well as the internal disagreement of Yargıtay on the separation of the preparation and the caption processes within the crime of larceny.

Keywords : *Attempt, larceny, inducement*

* Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf Öğrencisi

Giriş

Bir kimsenin cezalandırılabilmesinin en önemli koşullarından biri, o kimse tarafından gerçekleştirilen davranışın, Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler veya diğer kanunlarda yer alan suç tiplerinden birisine uygun olmasıdır. Hırsızlık suçu da hem 765 sayılı mülga TCK'da hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kendine yer bulan bir suçtur. Fakat hukuk düzeninde kişinin sadece tipik neticeye yol açan suçlardan değil, aynı zamanda tipik neticenin tam olarak gerçekleşmediği, hukuka aykırı davranışlara karşı da hukuki yararlarının korunması zorunluluğu bulunmaktadır. Buna göre failin sokaktan bir kişinin cüzdanını alırken veya hırsızlık kastıyla girilen evde ev sahibinin uyanması sonucu bir şey alamadan kaçarken yakalanması durumunda sokaktan geçen adamın veya ev sahibinin hukuki yararının korunması gerekecek ve bu sebeple faile, cüzdanı alamasa ya da evden bir şey çalamasa bile ceza verilmesi gerekecektir. İşte bu noktada, failin hırsızlık suçunu gerçekleştirmek için hareket etmesine rağmen elinde olmayan nedenlerle bu amaca varılamaması durumunu ifade eden “Teşebbüs” kurumu devreye girecek ve failin, “alma” neticesine göre verilecek olan cezadan daha az bir ceza verilmesini sağlayacaktır. Özellikle hırsızlık suçundaki bazı nitelikli hâllerin cezasının neredeyse yağma suçunun cezasına eşdeğer konuma getirildiği şu günlerde teşebbüs kurumunun önemi daha da artmaktadır.

Çalışmamızın ilk iki bölümünde, “Teşebbüs” kavramı ve çalışma konumuzun suç tipi olan hırsızlık suçu genel hatlarıyla incelenecektir. Bu incelemeden sonra hırsızlık suçuna teşebbüsün her bir şartı uygulamadan örneklerle değerlendirilecektir. Bu bölümde, bir önceki bölümde üzerinde durulmayan hırsızlık suç tipinin eylem ve manevi unsuru üzerinde durulacak olmasının yanında, konunun daha net anlaşılması amacıyla hırsızlık suçunda hazırlık ile icra hareketlerinin ayrılmasına ilişkin teoriler, detaylı bir şekilde incelenecektir. Teşebbüs kurumuna benzeyen gönüllü vazgeçmenin hırsızlık suçuna nasıl yansdığı kısaca açıklandıktan sonra hırsızlık suçuna teşebbüsün nasıl cezalandırılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

I. Genel Olarak “Teşebbüs” Kavramı

İşlenen her suçun bir oluşum hikâyesi bulunmaktadır. Öğretideki bir görüş¹, suçun oluşumunu insanın doğumu, yaşamı ve ölümü süreçlerine benzetmekte ve insana özgü olan söz konusu gelişimin, suçun yapısında icra hareketlerine başlama, devam etme ve tamamlama olarak ortaya çıktığını ifade etmektedir. Bu açıdan suçu ele aldığımızda, suçun çeşitli aşamalardan geçerek dış dünyaya yansıdığını görebiliriz. Öğretide², suçun çeşitli aşamalardan geçtiği bu yola “*suç yolu* “ (iter criminis) denilmektedir. Bazı yazarlar suç yolunun iki³, üç⁴, dört⁵ ve hatta beş⁶ aşamadan oluştuğunu belirtse de, biz suç yolunu düşünce ve karar aşaması, hazırlık ve icra aşaması ve tamamlanma aşaması üzerinden değerlendireceğiz.

Suç işlenmesi yolundaki ilk aşama düşünce aşamasıdır. Suç işleme düşüncesi, suçlunun zihninde oluşarak bir süre sonra yerini suç işleme kararına dönüştürmektedir. Bu aşamada ceza hukuku, henüz ortada hukuki bir varlık olmaması sebebiyle müdahâle edememektedir⁷. İkinci aşama olan hazırlık ve icra aşamaları, teşebbüsün ortaya çıkması için oldukça

¹ İpekçioğlu, Pervin Aksoy; Türk Ceza Hukuku’nda Suça Teşebbüs, Ankara 2009, s.19.

² Soyaslan, Doğan; Teşebbüs Suçu, Ankara 1994, s.3; İpekçioğlu, s.19; Öztürk, Bahri; Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri, 3. Baskı, Ankara 1994, s.129; Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Mehmet Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s.481; Hakeri, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, s.460,461; Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2013, s.454; Aydın, Devrim; “Suça Teşebbüs”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.55, S.1, s.87.

³ Alacakaptan ve Birtek, suç yolunun icra ve tamamlanma aşamalarından oluştuğunu savunmaktadır (Alacakaptan, Uğur; Suçun Unsurları, Ankara 1975, s.63; Birtek, Fatih; Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 3. Baskı, Ankara 2014, s.256).

⁴ Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997, s.295; Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014, s.442; Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014, s.397.

⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.481; Hakeri, s.460; Tan; Mehmet, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, C.II, Ankara 2011, s.1341.

⁶ Öztürk, s.129; Soyaslan, Teşebbüs, s.3.

⁷ İpekçioğlu, s.20-21; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.481; Hakeri, s.461; Demirbaş, s.442.

önemli bir aşamadır. Çünkü fail, işlemeyi kastettiği bir suçun icrasına bu aşamada başlayacaktır⁸. Bir başka ifade ile düşünce ve karar alınmasıyla şekle giren suç, icrai veya ihmali şekilde ortaya çıkan bir hareketle dış dünyaya yansması sonucu tabiri caiz ise ete kemiğe bürünecektir⁹. Fakat failin işlemek istediği suçun tipikliği tam olarak, çeşitli nedenlerden dolayı gerçekleşemeyebilir. İşte böyle durumlarda suç, tamamlanmayıp teşebbüs aşamasında kalmış demektir¹⁰. Söz konusu durumu, Türk Ceza Kanunu'nun teşebbüs kurumunu düzenleyen 35. maddeye bakarak da anlamamız mümkündür. Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinden hareketle teşebbüsü fail, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlanamayıp suçun yarıda kalması şeklinde tanımlamamız mümkündür¹¹. İcra aşamasını, suçun tamamlanma aşaması takip etmektedir. Suçun tamamlanması, suçun varlığı için gerekli tüm unsurların oluşmasıyla gerçekleşir¹².

Suçta teşebbüsün ilk kez tanımlandığı ve günümüz ceza normlarına benzer şekilde uygulandığı 1532 tarihli Carla V. Temel Kanunu'ndan¹³ bu yana öğretilde, tamamlanmamış bir suçu cezalandırmaya götüren nedenin ne olduğu konusunda bir fikir birliğine varılamamıştır. Bir grup yazar¹⁴

⁸ İpekçioğlu, s.21; Hakeri, s.461; Demirbaş, s.442.

⁹ Hakeri, s.461.

¹⁰ Sözüer, Adem; Suça Teşebbüs, İstanbul, 1994, s.45.

¹¹ Öğretideki farklı tanımlar için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.482; Centel, Nur/ Çakmut, Özlem/Zafer, Hamide; Türk Ceza Hukuku'na Giriş, 8. Baskı, İstanbul 2014, s.429; Öztürk s.129; Hakeri, s.395; Erem/Danışman /Artuk, s.294; Özgenç, s.454; Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012, s.329; Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 3. Baskı, İstanbul 2013, s.406; İpekçioğlu, s.26; Karaok, Hasan; Teşebbüs, İştirak, İçtima ve Tekerrür Hükümleri ve Tatbikatı, Elazığ 1952, s.8; Hakeri, s.460; Demirbaş, s.442; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2014, s.552; Soyslan, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2012, s.273.

¹² İpekçioğlu, s.22.

¹³ Teşebbüsün tarihsel gelişimi için bkz. Hacıhafızhoğlu, Ali; Suça Teşebbüs, Ankara 2013, s.13-57.

¹⁴ İpekçioğlu, s.36; Hakeri, s.458.

konuya sadece objektif ve sübjektif bakış açılarından yaklaşırken, diğer bir grup yazar¹⁵ objektif ve sübjektif görüşlerin yanında karma görüşleri de ele almaktadır.

Sübjektif teoriyi savunan yazarlar¹⁶ sübjektif teoriyle birlikte suçta teşebbüsün, failin suç işleme kararını dışa yansıtan bir belirti olması nedeniyle cezalandırılması gerektiğini ve failin tehlikelilik durumunun ortaya çıktığını ileri sürerken, objektif teoriyi savunan yazarlar¹⁷ objektif teorinin, somut olaya ve failin yetenekliliğine göre soyut ve objektif bir elverişlilik değerlendirilmesi yapılması gerektiğini ve suçun, cezalandırılma alanı sınırlandırılmış olması sebebiyle cezada mutlak indirim sisteminin benimsenmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Objektif ve sübjektif teorileri bağdaştıran karma teoride ise hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin birbirinden ayrılmasında objektif kritere üstünlük tanınmaktadır ve sübjektif teorinin suçu cezalandırma alanını çok genişletmesi sebebiyle objektif teoriye ağırlık vererek bu ayrımı ortadan kaldırmaya çalışmaktadır¹⁸. Karma teoriyi savunan yazarların görüşlerinin

¹⁵ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.482-483; **Centel/Çakmut/Zafer**, Giriş, s.429-431; **Sözüer**, s.122-139; **Demirbaş**, s.444; **Koca/Üzülmez**, s.388.

¹⁶ **Erem/Danışman/Artuk**, s.294; Alman ceza öğretisinde ortaya çıkan sübjektif teorinin kabulü, suçun tamamlanmayıp teşebbüs aşamasında kalması durumunda cezada mutlaka indirim yerine takdire bağlı bir indirim sisteminin benimsenmesi sonucunu doğurmaktadır. Örneğin, Alman Ceza Kanunu'nda (Al. CK prg. 12/3) bu sisteme yer verilerek, teşebbüsün tamamlanmış suçtan “daha hafif cezalandırılabilceği” belirtilmiştir. (**Heinrich**, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım, (Çev.Hakan **Hakeri**, Yener **Ünver**, Veli Özer **Özbek**, Özlem Yenerer **Çakmut**, Barış **Erman**, Koray **Doğan**, Ramazan Barış **Atladi**, Pınar **Bacaksız**, İlker **Tepe**), Ankara 2014, s.420).

¹⁷ **İçel**, Kayıhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler II, 5. Baskı, İstanbul 2013, s.244; **Zafer**, s.403; **Centel/Çakmut/Zafer**, Giriş, s.430; **İpekçioğlu**, s.44; İtalyan ve alman hukukundaki yazarların kimler olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **İpekçioğlu**, s.39-40.

¹⁸ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Ceza Genel, s.557; **Toroslu**, Nevzat; Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Baskı, Ankara 2013, s.279.

esasını, failin iradesi oluşturmakta; fakat bu esas, objektif teorilerle tanımlanmaktadır¹⁹.

Kanımızca ileri sürülen teorilerden karma teori dışında hiçbir teori, teşebbüsün cezalandırılma nedenini tek başına açıklamakta yeterli değildir. Bu sebeple objektif ve sübjektif teorilerdeki kriterler birlikte kullanılmalıdır. Somut bir olayda sadece objektif veya sadece sübjektif teoriyle yetinilmemesi gerekir. Hâkim, somut olayı incelerken her iki değerlendirmeyi de yaparak bir sonuca varmalıdır. Kaldı ki, sadece objektif veya sübjektif görüşler üzerinden somut olayı değerlendirme, hâkimi yanlış sonuçlara götürebilir. Örneğin, objektif bakımdan hırsızlığa elverişli özel yapım bir elektrikli tornavidayı hayatta eline tornavida almamış bir kişi eline alıp da tornavidanın emniyet mandalının olduğunu ve bunun kapalı olduğunu bilmemesine rağmen kapının kilidini açmaya çalışıyorsa elektrikli tornavida, hırsızlık suçu bakımından elverişsizdir. Örnekten de anlaşılacağı üzere objektif teori suçu cezalandırma bakımından yetersiz kalırken, sübjektif teori de cezalandırmanın sınırını aşan bir şekilde genişletmektedir. İşte bu nokta da karma teori (etki teorisi) devreye girmekte ve sübjektif ve objektif koşulun olumlu yönlerini birleştirmektedir. Buna göre failin iradesinin, hukuk düzenini bozacak şekilde yansması koşulu sübjektif koşulken, saldıran failin hareketi karşısında doğrudan doğruya tehlike altında bulunması objektif koşuldur.

Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanmış olan tipik fiil işlenmemiş ise failin cezalandırılması da mümkün olmamaktadır²⁰. Başka bir ifade ile kanunilik ilkesi gereğince suç ipotezinde yer alan ve suçu ete kemiğe büründüren unsurlar oluşmadığı sürece teşebbüs aşamasında kalan

¹⁹ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.483; **Önder**, Genel; Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, 2. Baskı, İstanbul 1992, s.397; **Hakeri**, s.463; **Sözür**, s.134; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Ceza Genel, s.557; **Demirbaş**, s.444; Karma teoriler kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlar etki ve fail teorisi dir. Etki ve fail teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.484; **Önder**, Genel, s.396; **Koca/Üzülmez**, s.390.

²⁰ **İpekçioğlu**, s.36; **Aydın**, s.88.

herhangi bir suçu cezalandırmak mümkün değildir. İPEKÇİOĞLU'na göre²¹ suçun kanuni zorunlu unsurları olan hareket ve sonuç kısmındaki eksiklik bizlere, suç ipotezinin tamamlanmadığını gösterir. Fakat Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinde düzenlenen teşebbüsle ilgili hüküm, suç ipotezine göre eksik kalan (henüz suç yolu tamamlanamayan) hareketleri de cezalandırma kapsamına almaktadır²². Kısmen gerçekleştirilmiş ve maddi unsuru tamamlanamamış fiillerin de cezalandırılmasını sağlayan teşebbüse ilişkin hükümler, ceza normlarının uygulama alanını genişletmektedir²³. DÖNMEZER/ERMAN'a göre de teşebbüsün cezalandırılmasını öngören hükümler olmasaydı suç işlemeye yönelmiş ancak tamamlanmamış hareketler de cezalandırılmazdı²⁴. Buna ek olarak TCK'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında teşebbüsün, “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre” cezalandırılacağından bahsedildiğine göre TCK'da objektif teorinin benimsendiği ve bunun sonucu olarak TCK'da teşebbüs aşamasında kalmış suçlar açısından bir ceza indiriminin kabul edildiği ve hakime sadece indirim oranının belirlenmesi bakımından bir takdir yetkisinin verildiği söylenebilir²⁵.

I. II. Genel Olarak Hırsızlık Suçu

Malvarlığına Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler başlığını taşıyan ikinci kısmının son bölümü olan onuncu bölümde düzenlenmektedir. Buradaki “malvarlığına karşı suçlar” terimi, sadece malı değil, bir bütün olarak malvarlığını kapsamakta ve kişinin malvarlığına yönelik suçlara karşı korunmasını sağlamaktadır²⁶.

²¹ İpekçioğlu, s.36.

²² Dönmezer, Sulhi/Erman, Şahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.I, 12. Baskı, İstanbul 1997, s.414; İpekçioğlu, s.36.

²³ Aydın, s.88.

²⁴ Dönmezer/Erman, s.414.

²⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.483; Koca/ Üzülmöz, s.390; Zafer, s.409; Centel/Çakmut/Zafer, Giriş, s.431.

²⁶ Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Mehmet Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014, s. 574; Şen, Ersan; “Hırsızlık Suçları”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, s.322; Tezcan, Durmuş/Erdem,

Malvarlığına karşı suçların ilki olan hırsızlık suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 141 ila 147'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. 141'inci maddenin birinci fıkrasına göre hırsızlık; zilyedin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden almaktır. Hırsızlık suçunun konusunu, başkasına ait taşınır bir mal oluşturmaktadır²⁷. Bu noktada, bir malın, hırsızlık suç tipinin maddi konusunu oluşturabilmesi için iki unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlar; eşyanın taşınır bir mal²⁸ niteliğinde olması ve başkasına ait olmasıdır²⁹.

Kural olarak re'sen koğuşturulan³⁰ hırsızlık suçunun faili ve mağduru herkes olabilmektedir. Fakat burada altı çizilmesi gereken nokta, suçun mağduru bakımından temel koşulun o malın maliki ya da zilyedi olunmasıdır. Bir başka deyişle, hırsızlık suçuyla korunan hukuki değer mülkiyet hakkı ve zilyetliktir³¹.

Mustafa Ruhan/Önok, Murat; Teori ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10.Baskı, Ankara 2013, s.556; Önder, Ayhan; Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s.285; Yazıcıoğlu, R. Yılmaz; "Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Suçlardan Ayrımı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C.19, S.2, s.760; Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 3. Baskı, 2013, s.297.

²⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.579-582; Hafizoğulları/Özen, Özel, s.329.

²⁸ Ceza doktrininde taşınır mal kavramı hakkındaki tartışmalar için bkz. Centel/Çakmut/Zafer, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.287; Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, 7.Baskı, Ankara 2013, s.131; Tezcan/Erdem/Önok, s.558; Hafizoğulları/Özen, Özel, s.303.

²⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.579; Centel, Nur/Çakmut, Özlem/Zafer, Hamide; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I, İstanbul 2007, s.285.

³⁰ Türk Ceza Kanununun 144., 146. ve 167/II. maddelerindeki suçların soruşturması ve kovuşturulması şikayetin varlığına bağlıdır.

³¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.579; Centel, Nur/Çakmut, Özlem/Zafer, Hamide; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I, İstanbul 2007, s.285; Tezcan/Erdem/Önok, s.563. Ceza öğretisinde malın başkasına ait olup olmadığı ve zilyetlik kavramı hakkındaki tartışmalar için bkz. Hafizoğulları/Özen, Özel, s.313; Antoliesi, Francesco; "Genel Olarak Mameleke Karşı Suçlar", (Çev. Uğur Alacakaptan), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX., S.1, s.70; Erem,

Buraya kadar hırsızlık suçunu genel hatlarıyla açıklamaya çalıştık. Peki çalışmamızın hem başlığını hem de ana konusunu oluşturan hırsızlık suçuna teşebbüs mümkün müdür?

Hırsızlık suçunun temel şekli TCK m.141’de “*zilyedin rızası olmaksızın başkasına ait taşınır bir malı kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla alma*” biçiminde düzenlenmiştir³². Hırsızlık suçunun tanımından hareketle öğretilerdeki birçok yazar³³, hırsızlık suçuna teşebbüsün mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Öğretilerde hırsızlık suçunun teşebbüse uygun olmadığını savunan TEZCAN/ERDEM/ÖNOK³⁴, açıkça ifade etmemekle birlikte teşebbüs nedeni ile cezanın indirileceği görüşünü savunmakta ve bu görüşlerini 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun getirdiği teşebbüs tanımına dayandırmaktadır.

Kanımızca da hırsızlık suç tipine teşebbüs mümkündür. Zira fail, malı serbest bir şekilde kullanma olanağına sahip olmadan eylemin son bulması durumunda suç tamamlanmayıp teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

III. Hırsızlık Suçuna Teşebbüsün Şartları

Yukarıda da ifade edildiği gibi Türk Ceza Kanunu’nda belirtildiği üzere “*kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz*

Faruk; Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.III, Ankara 1993, s.2339-2341; **Hafizoğulları/Özen**, Özel, s.313.

³² Bu tanımın yeterli olmadığı hususunda bkz. **Hafizoğulları**, Zeki/**Güngör**, Devrim; “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 20, Sayı: 69, Mart-Nisan 2007, s.36.

³³ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.616; **Centel/Çakmut/Zafer**, Kişilere Karşı Suçlar, s.329; **Noyan**, Erdal; Hırsızlık Suçu, 2.Baskı, Ankara 2007, s.86-87; **Yenidünya**, Ahmet Caner; Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu (m.141-147), Ankara 2013, s.134; **Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem; Hırsızlık, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII., S.1-2, s.780; **Şen**, s.327; **Donay**, Süheyl; Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s.218; **Toroslu**, s.133; **Gündel**, Ahmet; Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçları, Ankara 2005, s.18; **Şensoy**, Naci; Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, 2.Baskı, İstanbul 1963, s.62.

³⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.571.

ise” suç, teşebbüs aşamasında kalmış olacak ve 35. maddeye göre fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılacaktır. Buna göre hırsızlık suçuna teşebbüsün şartları, hırsızlık suçunu işleme kastı, hırsızlık suçunun icrasına doğrudan doğruya başlanması, hırsızlık suçuna elverişli hareketlerin gerçekleştirilmesi ve elde olmayan nedenlerle icranın tamamlanamamasıdır.

A. Hırsızlık Suçunu İşleme Kastı

Hırsızlık suçuna teşebbüsün oluşabilmesinin ilk şartı, TCK m.35/1’de de belirtildiği üzere failin “işlemeyi kastettiği bir suç” un mevcut olması gerekir. Söz konusu düzenlemeden öncelikle, ancak kasten işlenebilen suçların teşebbüse elverişli olduğu, taksirli suçların ise teşebbüse elverişli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır³⁵. Türk Ceza Kanunu’nda hırsızlık suçunun, taksirle işlenen suç olduğu açıkça belirtilmemesi sebebiyle (TCK m. 21) hırsızlık suçu, ancak kasten işlenebilir.

Bugün öğretiyeye³⁶ egemen olan görüş gereğince kast, bilme ve isteme unsurlarına dayanmaktadır. Failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için sonuç alt unsuru da dâhil olmak üzere yasal tanımda yer alan tüm unsurları öngörmüş, başka bir deyişle onları bilmiş olması gerekir. Fakat bir şeyin bilinmiş olması, o şeyin aynı zamanda istenmiş olduğunu göstermez. Dolayısıyla, failin kasten hareket ettiğini söyleyebilmek için ilk olarak kanunda tanımlanan sonuç alt unsuru olmak üzere, öngördüğü tüm hususları aynı zamanda istemiş olması gerekir³⁷.

Hırsızlık suçuna teşebbüste genel kast, başkasına ait olan bir malın, zilyedinin/malikininin rızası bulunmadan alınmasına yöneliktir³⁸. Nitekim Yargıtay da hırsızlığa teşebbüsteki genel kastı, öğretide belirtilen şekilde

³⁵ Koca/Üzülmez, s.391; İpekçioğlu, s.162; Özgenç, s.496; Özen/Hafizoğulları, Genel, s.331; Öztürk, s.130; Alacakaptan, Suçun Unsurları, s.64; Hakeri, s.463; Demirbaş, s.445; Centel/Çakmut/Zafer, Giriş, s.432; Soyaslan, Genel, s.275; Birtek, s.262.

³⁶ Özen/Hafizoğulları, Genel, s.276-277; Öztürk, s.204; Soyaslan, Genel, s.274.

³⁷ İçel, Kayıhan; “Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli “Kast””, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.VI, S.12, s.62-64.

³⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.571; Toroslu, Özel, s.135.

kabul etmektedir. Örneğin, Yargıtay 6. Ceza Dairesi 3.11.2009 tarihli kararında³⁹, “*Sanığın olay tarihinde geceleyin 00:30 sıralarında yakınana ait evin mutfak kapısının sürgüsünü zorlamak suretiyle açıp içeri girdiği, bu esnada yakınan ve oğlunun uyanarak sanığa ne aradığını sorup, aynı zamanda telefonla yardım istemeye çalıştıkları, sanığın da kiralık ev arıyorum diyerek herhangi bir şey alamadan olay yerinden kaçtığıнын anlaşılması karşısında; gecenin ilerleyen saatinde mutfak kapısını zorlamak suretiyle açıp içeri giren ve yakınanların kendisini görmesi üzerine olay yerinden kaçan sanığın*” genel hırsızlık kastıyla eve girdiğini kabul etmiştir. Karardaki somut olaydan da görüleceği üzere sanık, başkasına ait taşınır bir malı, zilyedin rızası dışında almaya çalışırken ev sahiplerince görülmüş ve sanık hırsızlık suçunu tamamlayamamıştır.

Failin, malı bulunduğu yerden aldığı sırada malın kime ait olduğunu bilmesine gerek yoktur. Kendisi dışında bir başkasına ait olduğunu bilmesi yeterlidir. Bu sebeple failin, yanılarak malın kendisine ait veya sahipsiz olduğu ya da sahibinin malın alınmasına rıza gösterdiği düşüncesiyle alması durumunda kast ortadan kalkacaktır. Burada ortaya çıkan hata, esaslı hatadır⁴⁰. Buna karşılık, fail eşyanın niteliğinde (un yerine tuz gibi) veya zilyedin kimliğinde hataya düşmüşse (çalınan cüzdanın Ahmet’e ait olmasına rağmen failin cüzdanın sahibinin Mehmet olduğunu zannetmesi) ortada suç vardır.

Hırsızlık suçunun temel şeklini düzenleyen TCK m.141/I, yukarıda açıkladığımız genel kastın yanında failde, ayrıca “*kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı*” biçiminde bir özel kast aramaktadır⁴¹. Özel kast, teşebbüs kastı ile karıştırılmamalıdır. Kast, tamamlanmış bir hırsızlık suçunda gördüğü işlevin, hırsızlık suçuna

³⁹ 6.CD., T:3.11.2009, E:2008/2496, K:2009/14265 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁰ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.609; **Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9.Baskı, Ankara 2012, s.375; **Tezcan/Erдем/Önok**, s.572; **Hafizoğulları/Özen**, Özel, s.338.

⁴¹ **Tezcan/Erдем/Önok**, s.571-572; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.608-609; **Hakeri**, s.463; **Soyaslan**, Özel, s.375; **Toroslu**, Özel, s.135.

teşebbüste de aynı olması sebebiyle ayrı bir teşebbüs kastından söz edilemezken, özel kast (saik), kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan bir düşüncedir⁴². Söz konusu durumu uygulamada da görmemiz mümkündür. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulunun önüne gelen somut olaya baktığımızda, “Sanıkların hırsızlık suçunun konusunu oluşturan aracı, direksiyon muhafazasını kırarak düz kontak yapmak suretiyle çalıştırarak götürmeleri suretiyle çalmaları şeklinde gerçekleşen⁴³ ” somut olayda, sanıkların sonradan yakalanmasalardı çaldıkları otomobilin kendilerine veya başkalarına yarar sağlama saiklerinin olduğunu kabul etmiştir.

Öğretide, TCK'nın 141. maddesinde belirtilen “kendisine veya başkasına bir yarar sağlama maksadı”nın ne anlama geldiği tartışma konusudur. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, maddede belirtilen maksadın, maddenin konuluş amacını tam olarak açıklamakta yetersiz kaldığını, hırsızlık suçuyla korunmak istenen yararın mülkiyet hakkı olduğunu ve maldan yararlanmanın mülkiyet hakkının sahibine bahsettiği haklardan yalnızca birisi olduğunu vurgularken⁴⁴, CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 141. maddede yer alan bu ibarenin özel kast olarak nitelendirilmeyeceğini, yarar sağlamak maksadının failin fiili ile ulaşmak istediği hedef olduğunu, yarar sağlamanın, failin, başkasına ait olduğunu ve zilyedinin rızasının bulunmadığını bildiği bir maldan haksız olarak faydalanmak amacının bulunması demek olduğunu, suçun tamamlanması için yararın fiilden sağlanmış olmasının gerekmediğini ileri sürmektedir⁴⁵. Biz bu noktada, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE'nin görüşüne

⁴² **Sözüer**, s.160; **Koca/Üzülmmez**, s.397; **İçel**, Genel, s.245; Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir. Örneğin Ceza Genel Kurulunun bir kararına göre; “Kast genel olarak bir cürmü, sonuçlarını bilerek ve isteyerek işleme iradesidir. Failde belirli bir cürmü işleme kastı bulunmalıdır. Teşebbüste aranan kast, icrasına başlamış cürmü teşebbüs derecesinde bırakma kastı olmayıp söz konusu suçu tamamlanmasına yönelmiş kasttır. Bu itibarla teşebbüs kastından söz edilemez. Tamamlanmış suç için ayrı, teşebbüs derecesinde kalmış suç için ayrı kast düşünülemez.” CGK., T:4.6.1990, E:1990/5-101, K:1990/156 (**Sözüer**, s.160, dipnot:8).

⁴³ CGK, T: 8.4.2014, E:2013/2-685, K:2014/176 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, s.566.

⁴⁵ **Centel/Çakmut/Zafer**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.294.

katılıyoruz. Yazarlara göre saik ya da maksat, suç tipinde belirtilen neticeyi gerçekleştirmeye yönelik kişinin içsel âleminde oluşan ve hareketi yönlendiren hareketle ilgili kararın oluşmasındaki etken; kasttan önce gelen, kastı hazırlayan düşüncedir⁴⁶.

Failin kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı ile hareket etmiş olması yeterli olup, ayrıca maldan fiilen yararlanılmış veya üçüncü kişinin yararlandırılmış olup olmaması önem taşımamaktadır⁴⁷. Başka bir deyişle hırsızlık suçu, ani suç olmakla birlikte alınan maldan yararlanmak gerekli değildir. Maldan belirli bir süre yararlanılmış olması suçu kesintisiz hâle getirmemektedir (çalınan arabanın gezmek için kullanılması gibi)⁴⁸. Bu nedenle, mütemadi bir suç olmayan hırsızlık suçunun bitmesi ile tamamlanması arasında bir fark olmadığı için teşebbüs bakımından bir özellik göstermemektedir⁴⁹.

Yararlanma maksadıyla bir şeyin alınması kastı, hırsızlık suçunu mala zarar verme suçundan ayırmaktadır. Gerçekten de hırsızlık suçu ile fail, çaldığı başkasına ait olan/zilyetliğinde olan bir mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunma imkânı kazanırken, mala zarar verme suçunda fail, mülkiyeti kendisine ait olmayan başkasına ait bir mal üzerinde malikin tasarruf imkânını kısıtlamakta veya tamamen ortadan kaldırmaktadır⁵⁰.

⁴⁶ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.611.

⁴⁷ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.611; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.566; **Soyaslan**, s.375; **Şensoy**, s.66.

⁴⁸ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.584; **Centel/Çakmut/Zafer**, Giriş, s.444; **Centel/Çakmut/Zafer**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.291; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.148; **Alacakaptan**, Suçun Unsurları, s.51-52; **Toroslu**, Özel, s.13; **Hafızoğulları/Özen**, Özel, s.332.

⁴⁹ **Centel/Çakmut/Zafer**, Giriş, s.444.

⁵⁰ **Yazıcıoğlu**, s.768; Uygulamaya baktığımızda çoğu zaman hırsızlığa teşebbüs aşamasında yakalanan sanıkların aynı zamanda mala zarar verme suçunu da işledikleri görülmektedir. “*Sanığın eylemi 5237 sayılı TCY’nın 142. maddesinin 2. fıkrasının d bendi kapsamında değil, hırsızlık suçunun “bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında” işlenmesi halini düzenleyen 1. fıkrasının b bendi kapsamında kalmaktadır. Hırsızlık suçunun işlenmesi sırasında bina veya işyerine girilmiş olması ve mal varlığına zarar verilmesi halinde hırsızlık suçunun yanında ayrıca*”

Buraya kadar genel kast ve özel kastın hırsızlığa teşebbüste nasıl etkili olduğunu açıklamaya çalıştık. Peki, fail, hırsızlık suçunu olası kastla işleyebilir mi?

Öğretide bazı yazarlar⁵¹ olası kastla işlenen suçlarda, failin belirli bir neticeye yönelik kastla hareket etmemesi sebebiyle, olası kastın teşebbüse elverişli olmadığını savunurken, diğer bazı yazarlar⁵² belirli olmayan kast hâlinde de teşebbüsün mümkün olduğunu savunmaktadır. Kanımızca, olası kast hâlinde suça teşebbüsün mümkün olmadığı görüşünü benimsemekte yarar vardır. Suçun unsuru olarak kanunun öngördüğü netice meydana gelmiş olmadıkça bu tür bir kastla işlenmiş bir suç olamamaktadır. Genel kastın yeterli olduğu teşebbüs aşamasındaki suçlar olası kastla işlenemeyeceği gibi genel kastın yanında ayrıca saikin de arandığı hırsızlık suçunun olası kastla işlenebileceğini düşünmek doğru olmaz.

B. Hırsızlık Suçunun İcrasına Doğrudan Doğruya Başlanması

Türk Ceza Kanunumuzda “.....icraya başlayıp da.....” ifadesi ile hırsızlık suçuna teşebbüsün oluşabilmesi için işlenmesi kastedilen hırsızlık suçunun icrasına başlanmasının zorunlu olduğunu hükme bağlamıştır. Buradan şu sonucu çıkarmamız mümkündür: Kanun, hırsızlık suçunun izlediği yolda düşünsel eylemden maddi eyleme dönüşen neticeyle uzlaştırıcı davranışları bir ayrıma tabi tutmakta, bunlardan sadece hırsızlık suçunun icrasına başlama biçiminde ortaya çıkan hareketleri hırsızlık suçuna teşebbüste zorunlu görmekte ve

konut veya işyeri dokunulmazlığını bozma ile mala zarar verme suçları da oluşmaktadır.” CGK.,T:9.10.2012, E:2012/6-375, K:2012/1809 (Kazancı İçtihat Bankası); Aynı yönde başka karar için bkz. CGK., T:7.7.2009, E:2009/9-155, K:2009/192 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵¹ **İçel**; s.245; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Ceza Genel, s.560; **Özen/ Hafizoğulları**, Genel, s.331; **Toroslu**, Genel, s.285; **Birtek**, s.261.

⁵² **İpekçioğlu**, s.168; **Sözüer**, s.163; **Gerçekler**'e göre olası kast, sadece genel kastta değil aynı zamanda hırsızlık gibi özel kastın arandığı suç tipinde de mümkündür (**Gerçekler**, Hasan; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.II, Ankara 2011).

cezalandırmaktadır⁵³. Başka bir deyişle madde, hırsızlık suçuna teşebbüste “*hazırlık hareketleri*” ile “*icra hareketleri*” ni ayırmıştır. Hazırlık hareketlerini, hırsızlık suçunu işlemeye karar veren kişinin bu amaçla yapacağı faaliyetleri şeklinde tanımlayabiliriz⁵⁴. Teşebbüs için icra niteliğindeki hareketlerin gerçekleşmesi arandığı için hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır⁵⁵.

Gerçekten de hırsızlık suçuna teşebbüsten söz edebilmek için doğrudan doğruya icra hareketlerinin yapılmaya başlanmış olması gerekmektedir⁵⁶. İcra hareketlerine ne zaman doğrudan doğruya başlanmış kabul edileceği, bir hareketin ne zaman icra hareketi özelliğini kazanmış sayılacağı ile ilgilidir. Öğretide, hazırlık hareketlerinin ne zaman son bulup, icra hareketlerinin ne zaman başlayacağı hususunda değişik teoriler bulunmaktadır.

⁵³ **Özen/Hafizoğulları**, s.331-332; **Centel/Çakmut/Zafer**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.332; **Sözüer**, s.183; **Hakeri**, s.466; **Soyaslan**, Genel, s.278.

⁵⁴ **Centel/Çakmut/Zafer**, Giriş, s.433; **İpekçioğlu**, s.49; **Koca/Üzülmez**, s.393; **Soyaslan**, Genel, s.279.

⁵⁵ **Soyaslan**, Teşebbüs, s.61; Öğretide hazırlık hareketlerinin neden cezalandırılmadığını açıklayan iki görüş bulunmaktadır. Görüşlerden ilki olan iradenin zayıflığı görüşü, sadece hazırlık hareketlerinin failin neticeyi gerçekleştirmesine yetmeyeceğini ve bu sebeple failin iradesinin neticeye uzak olduğundan henüz cezalandırılabilir bir davranış bulunmadığını savunurken, tehlikesizlik görüşüne göre hazırlık hareketlerinin, neticeye uzak olmaları sebebiyle işlenmesi kastedilen suç bakımından tehlike oluşturmeyen davranışlar olduğunu savunmaktadır (**Demirbaş**, s.450; **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Caner; Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler,C.I, Ankara 2009, s.1154-1155).

⁵⁶ “*Doğrudan doğruya*” ifadesinin belirgin olmadığı yönünde görüşler için bkz. **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s.333; **Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer; 5237 Sayılı TCK’da Suça Teşebbüs-İçtirak- İçtima ve Yaptırımlar, 2.Baskı, Ankara 2010, s.30; **Sözüer**, icra hareketlerine doğrudan doğruya başlanmış olmasının teşebbüsün objektif unsuru olduğunu belirtmektedir (**Sözüer**, s.183).

1. Hırsızlık Suçunda Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Ayrılmasına İlişkin Teoriler ve Teoriler Hakkında Değerlendirme

a. Hırsızlık Suçunda Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Ayrılmasına İlişkin Teoriler

aa. Sübjektif Teoriler

Sübjektif teorilerde esas olan faildir ve failin suç işleme yönünde verdiği karardır⁵⁷. Söz konusu karar doğrultusunda failin yaptığı hareketler icra hareketi olarak kabul edilirken, failin kararının açık olarak ortaya çıkmadan önceki hareketleri ise hazırlık hareketi olarak kabul edilmektedir. Sübjektif teori kendi içinde birden fazla görüşe ayrılmaktadır. Bazı yazarlar, failin suç işleme kararını açıkça ortaya koyan hareketleri icra başlangıcı olarak görmekte ve bu hareketleri netice ile olan ilişkisini önemsememektedir. Bu görüşte olanlar, hazırlık hareketi ile icra hareketi ayırımının yapılmasının keyfi olduğu kanısındadır⁵⁸. Diğer bazı yazarlar⁵⁹ ise failin suç işleme kararındaki kesinlik ve sebatı, icra hareketi olarak görmekte ve hazırlık hareketlerinde henüz bir karar bulunmazken, icra hareketlerinde failin vermiş olduğu kararı açıkça hareketleri ile ortaya koyduğunu ifade etmektedirler.

bb. Objektif Teoriler

Objektif teori, failin o ana kadar gerçekleştirmiş olduğu hareketin objektif anlamını esas alır⁶⁰. Objektif teoriler, kronolojik teori, biçimsel objektif teori, maddi objektif teori ve tehlike teorisi olmak üzere dört farklı şekildedir.

⁵⁷ **Yüce**, Turhan Tufan; Teşebbüsde Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Ayrılması Problemi ve Uygun İlliyet Teorisinin bu Probleme Tatbiki Denemesi, Erzurum 1968, s.23.

⁵⁸ **Yüce**, s.26.

⁵⁹ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.486; **Önder**, Genel, s.403; **Demirbaş**, s.451,452; **Dönmezer**, Sulhi; “Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.VIII., S.3-4, s.445-450; **Birtek**, s.271; Sübjektif teoriler konusunda detaylı bilgi için bkz. **Sözüer**, s.202-206.

⁶⁰ **Centel/Çakmut/Zafer**, Giriş, s.436; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.452.

Kronolojik teori, suç neticesine yakın hareketler icra hareketleri, uzak hareketlerin ise hazırlık hareketleri olduğunu belirtirken⁶¹, biçimsel objektif teori, icra hareketlerinin başlamış sayılabilmesi suçun kanuni tanımında gösterilmiş olan hareketlerden birinin yapılmış olmasını aramakta ve daha önceki hareketleri hazırlık hareketi saymaktadır⁶². Maddi objektif teoriye göre ise (Frank teorisi) icra hareketlerinin başlamış sayılması için sadece suç tanımında var olan hareketlerin yapılmasını şart koşmamakta ve söz konusu hareketlerle bağlantılı olan diğer hareketlerin yapılması durumunda icraya başlanacağını savunurken⁶³, tehlikesi teorisi, gerçekleştirilen hareket suç konusu üzerinde tehlike yaratmıyor ya da tehlikenin önemi yok ise icra hareketlerinin henüz başlamadığını ve teşebbüs bulunmadığını savunmakta ve hareketin dış dünyada tehlike yaratıp yaratmadığının takdirini hâkime bırakmaktadır⁶⁴.

cc. Karma Teoriler

Hazırlık hareketleri ile icra hareketleri ayrımının maddi objektif teori ve sübjektif teorileri birlikte uygulayarak açıklayan karma teoriye göre, failin suç planına göre kanunda var olan suç tipini doğrudan doğruya gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetler icra hareketleridir. Karma teoriyi savunan diğer bir görüş ise suç tipiyle korunan hukuki konunun failin yapmış olduğu plan çerçevesinde suçun konusunu doğrudan doğruya tehlikeye düşüren hareketleri icra hareketi, bunun dışında kalan hareketler ise hazırlık hareketidir⁶⁵.

⁶¹ **Yüce**, s.16; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe** 'ye göre teori belirsiz ve saptanması olanaksız bir kriter geliştirmiş olduğu için yetersizdir. (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel, s.486).

⁶² **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.486; **İpekçioğlu**, s.59-60; **Yüce**, s.17.

⁶³ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.487, **Centel/Çakmut/Zafer**, Giriş, s.437; **Yüce**, s.18.

⁶⁴ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.487.

⁶⁵ **Koca/Üzülmez**, s.396; **Sözüer**, s.206.

b. Teoriler Hakkında Değerlendirme

Kanımızca, hareketin icrai bir hareket mi yoksa bir hazırlık hareketi mi olduğunun belirlenmesinde sübjektif teorilerin kabul edilmesi bizi yanlış sonuçlara götürebilir. Sübjektif teorinin kabul ettiği failin kastına göre belirlenme ölçütü oldukça değişken bir ölçüt olup kişi özgürlüğünü tehlikeli bir biçimde tehdit edebilmektedir. Bu sebeple sübjektif teori ve objektif ile sübjektif teorilerdeki kriterlerin birlikte uygulanması görüşüne katılmıyoruz. Her ne kadar, sübjektif temelden hareket edilse ve objektif ölçütlerle suçun tamamlanılmasından bahsedilse de sonuç olarak aslında ya tamamen sübjektif teoriyle aynı sonuçlara varılacak ya da tamamen objektif ölçütlere göre uygulama yapılacaktır. Objektif teorilere baktığımızda, teorilerin içinde bulunan kronolojik, biçimsel objektif teori ve tehlike teorisinde de hazırlık ve icra hareketleri ayırımını açıklamakta yeterli olmadığı göze çarpmaktadır. Kronolojik teoride hareketin neticeye uzaklığı veya yakınlığı, konumuz bakımından tek başına değer taşıyaması sebebiyle teorinin hazırlık hareketi ile icra hareketini ayırmakta işe yarar bir ölçüt getirmediği görülmektedir. Örneğin, hırsızlık yapmak maksadı ile girmek istediği evin taklit anahtarını cebine koyup yola çıkan hırsız, yaya olarak evin bulunduğu yere tahminen iki günde, otomobille giderse de bir saatte gidebilir. Buna göre taklit anahtarı cebine koyma hareketi suç neticesine yakın mıdır, yoksa uzak mı? Kronolojik teori bu ve buna benzer sorulara cevap vermekte yetersiz kalmaktadırlar. Biçimsel objektif teorinin ise sadece kanuni suç tipine girdiği kabul olunan hareketleri icra hareketi sayıp cezalandırmakla daha önceki hareketleri cezasız bırakmayı savunduğu için sosyal düzeni sağlamakta yetersiz olduğu ve birçok icra hareketinin cezasız kalacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Gerçekleştirilen hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratması ölçütünü savunan tehlike teorisinde ise her somut olaya uygun olarak belirleyeceğimiz bir ölçüt bulunmamakta ve bu durum açıkça verilecek cezada keyfiliğe yol açmaktadır. Bu noktada maddi objektif teoriyi benimsemekte yarar vardır. Söz konusu teoride, tehlikeliliği failin iradesinde değil de fiilinde araması sebebiyle, sübjektif teorilerin tersine kişi hak ve özgürlük kısıtlamasını

engelleyeceği gibi mağdurun haklarının da korunmasına imkân sağlayacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, suç tipini doğrudan doğruya gerçekleştirmek üzere failin giriştiği faaliyetleri göz önünde bulundurması sebebiyle maddi objektif teoriyi benimsemiştir⁶⁶. TCK m.35'in tasarındaki gerekçesinde “*kastın şüpheye yer bırakmayacağı*” ölçütü, madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine “*doğrudan doğruya icraya başlama*” ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icra hareketlerine başlanılmıştır⁶⁷. Öğretide de birçok yazar⁶⁸, maddi objektif teoriyi benimsemiştir.

⁶⁶ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.487; **Centel/Çakmut/Zafer**, Giriş, s.438-439; **Zafer**, s.414; **Artuk/Gökcen/Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s.1152-1153.

⁶⁷ Madde gerekçesine göre “*Suçta teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık – icra hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtama sorunu hâline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilirler. Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki “kastı şüpheye yer bırakmayacak” ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır*”.

⁶⁸ **Demirbaş**, s.453-454; **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s.335; **Önder**, Genel, s.406; **Tozman**, Önder; **Suçta Teşebbüs**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2008, s.118; **Özgenç**, s.460; **Centel/Çakmut/Zafer**, Giriş, s.438. Aksi yönde bkz. **Erem/Danışman/Artuk**, s.293; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.488; **Yüce**, s.19.

2. Hırsızlık Suçunda Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılmasına Uygulamadan Bir Örnek: 22.05.2012 Tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.05.2012 tarihli kararı, icra hareketi-hazırlık hareketi üzerinde ayrıntılı bir şekilde durmuş ve bu konuda temel bir karar olma özelliği kazanmıştır⁶⁹. Karardaki somut olayda sanık, gece vakti sayılan saat 00:30 sıralarında müştekinin işyerine ait deponun kepenk kilitlerinin iki tanesini, elindeki aletlerle hırsızlık suçunu işlemek amacıyla kırmış ve diğer kilitleri de kırmaya çalışırken yakalanmıştır. Yargıtay 6. Ceza Dairesi, sanığın söz konusu hareketlerinin icra hareketi niteliğinde olduğuna ve bu sebeple de hırsızlığa teşebbüsün oluştuğuna hükmetmiştir. 6. Ceza Dairesiyle aynı görüşte olmayan Ceza Genel Kurulu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre *kapı kırmak, işyerine ya da bir eve girmeye çalışmak* fiillerinin hırsızlık suçunun unsurunu oluşturmadığını ve bu hareketlerin hırsızlık suçuna icrasına doğrudan doğruya başlanıldığını göstermediğini belirtmiştir. Ayrıca Ceza Genel Kurulu, TCK'nın bu hareketleri hırsızlığın unsurları olarak kabul etmediği, hareketlerin hırsızlığın yapılmasındaki hazırlık hareketleri olduğunu ifade etmiştir. Bu sebeple, sanığın mala zarar verme ya da konut dokunulmazlığını ihlale teşebbüsten sorumlu olması gerekirken, hırsızlığa doğrudan doğruya icraya başlamadığı için hırsızlığa teşebbüs suçundan ceza verilmemesi gerekir. Bir başka deyişle, sanık bu eylemlerini yaptıktan sonra ve müştekiye ait işyerine ya da evine girdikten sonra bile evin ya da işyeri içerisinde herhangi bir eşyayı elini almaya kalkışmadığı sürece Ceza Genel Kuruluna göre hırsızlığa teşebbüs oluşmayacaktır⁷⁰.

⁶⁹ CGK., T:22.5.2012, E:2011/6-340, K:2012/209 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁰ Yargıtay'ın aynı yönde diğer bir kararı için bkz. "*Sanığın apartmana girdikten sonra herhangi bir daireye henüz girme girişiminde bulunmadan görgü tanığının sesini duyarak apartmandan ayrılmaya çalıştığı sırada yakalanması nedeniyle gerçekleştirmek istediği hırsızlık eyleminin bütün eser ve izlerini silme olanağının mevcut olduğu bir ortamda yakalanmış olması, gerçekleştirilmek istenen eylem için yapılan hareketlerin bütün eser ve izlerinin silinme olanağının mevcut olup olmadığının hazırlık hareketleri ile icra hareketlerini ayırmaya yarayan en önemli ölçüt olduğunun gerek uygulamada*

Kararın mefhumu muhalifine göre, sanığın icra hareketlerinin meydana gelmesi, herhangi bir eşyaya elini sürüp almaya kalkışmasına bağlıdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da kararında belirttiği gibi hırsızlık suçunun icra hareketi, taşınır malın bulunduğu yerden alınmasıdır. Gerçekten de bir malın, malikin/zilyedin egemenlik alanından çıkarılıp failin egemenlik alanına sokulmasıyla “*alma*” gerçekleşir. Başka bir deyişle, hırsızlığa konu taşınır bir malın bulunduğu yerden alınması ile fail, hırsızlık suçunun icra hareketine başlamıştır⁷¹. Öğretideki hakim görüşe göre de “*alma*”, başkasına ait/zilyetliğinde bulunan mal üzerinde bu egemenliğin kaldırılarak yeni bir egemenlik kurulmadır⁷². Zilyet/malik, bu yöndeki iradesini açıklayamayacak durumda da olabilir. Örneğin zilyet, küçük, akıl hastası veya alkolün etkisinde de olabilir. Fakat bu durumun, TCK m.142'de düzenlenen hırsızlık suçunun kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak işlenmesinden ayrıldığıнын altının çizilmesi gerekir. Alım, cebir ve şiddet

gerek öğretide benimsenmiş olması ve somut olayda apartmana giren sanığın hırsızlık suçu açısından herhangi bir dairenin kapısına ya da başka bir yere dokunmadan ayrılma ihtimalinin mevcut olması karşısında; gayri meşru amaçla apartmana giren ve kaçmak isterken apartmanın ortak kapısının camını kıran sanığın konut dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar vermek suçlarından sorumluluğu düşünülebilir ise de, hırsızlık suçu açısından, henüz icra hareketlerine başlamamış olması nedeniyle hırsızlık suçunun unsurlarının oluşmadığından bahisle hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken.....”

13.CD., T:17.1.2013, E:2012/25039, K:2013/690 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷¹ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.583; **Tezcan/Erдем/Önok**, s.569; **Soyaslan**, Özel, s.371; **Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa; Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.III., Ankara 2010, s.4162-4163; **Alacakaptan**, Suçun Unsurları, s.40.

⁷² **Toroslu**, Özel, s.132; **Şensoy**, s.55-56; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.584; Öğretide malın bulunduğu yerden alınması konusunda farklı düşünceler de bulunmaktadır. Birinci düşünceye göre alım, hırsızın malı almak amacıyla onun üzerine el koymasıyla gerçekleşirken, ikinci düşünceye göre alım, malın bulunduğu yerden kaldırılması ile gerçekleşir. Üçüncü düşünce alımı, malın mağdurun koyduğu yerden alınması ve güvenli bir yere konması ile gerçekleşeceğini düşünürken, dördüncü düşünce, alımın, failin malı mağdurun muhafaza, hakimiyet alanı dışına çıkarması ve kendi hakimiyet alanına sokması ile gerçekleşeceğini savunmaktadır (**Soyaslan**, Özel, s.371).

ile olmamalıdır. Aksi takdirde hırsızlık, yağma suçuna dönüşür⁷³. Ceza Genel Kurulunun da belirttiği üzere hırsızlık suçunun icra hareketinde aranacak olan failin o mal üzerinde serbestçe tasarruf edebilecek seviyeye ulaşmasıdır⁷⁴. Nitekim madde gerekçesine göre de “*Almak fillinden maksat, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hâle gelmesidir. Bu tasarruf olanağı ortadan kaldırılınca suç da tamamlanır*”.

Hırsızlık suçunda, hukuka uygunluk sebeplerinden olan mağdurun açık veya örtülü rızası ile fiil, tipikliği kaldırmasa da tipe uygun eylemin bulunmaması sebebiyle faile ceza verilmeyecektir⁷⁵.

C. Hırsızlık Suçuna Elverişli Hareketlerin Gerçekleştirilmesi

Suçta teşebbüsten bahsedilmek için, icraya başlanılan fiilin, kanuni tarifte unsur olarak yer alan neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. 5237 sayılı TCK’da, 765 sayılı mülga TCK’da kullanılan elverişli vasıta yerine “elverişli hareket” terimi kullanılmıştır. Mülga TCK’nın 61. maddesinde “*Bir kimse işlemeği kasdeylediği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp da...tamamlayamazsa teşebbüsten cezalandırılır*” denilmek suretiyle bu şart belirtilmiştir.

Öğretide⁷⁶, vasıtanın yasada suç sayılan neticeyi meydana getirebilmesi iktidarı olarak tanımlanan elverişlilik, eylem gerçekleştiği

⁷³ Koca, Mahmut; Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2002, s.1481.

⁷⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.584; Centel/Çakmut/Zafer, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.290; Tezcan/Erdem/Önok, s.569-570; Alman öğretisi bu konuda farklı düşünmektedir. Alman ceza öğretisine göre suçun icrasına doğrudan doğruya başlanmasında gerekli olan, failin hukuksal değer üzerinde tehlike yaratacak ve neticeyle bağlantılı fiilin icrasına başlanmasıdır (Heinrich, s.474).

⁷⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.583; Dönmezer, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15.Baskı, İstanbul 1998, s.299.

⁷⁶ İpekçioğlu, s.91; Demirbaş, s.449; Hakeri, s.464; Hafizoğulları/Özen, Genel, s.335; İçel, Genel, s.246; Soyaslan, Teşebbüs, s.90; Sözüer’e göre; teşebbüsün cezalandırılabilmesi için kanunda yer alan “vesaiti mahsusa” tabiri yanlış yorumlamaya imkan verir niteliktedir. Vesaiti mahsusa ifadesine, suçun işlenmesine özgü bir aracın

anda fiilin, neticeyi doğurma gücünü kapsamakta ve teşebbüsün koşullarının uygunluğunu o ana kadar değerlendirme olanağı vermektedir.

Elverişliliğin belirlenmesi fail tarafından girilen faaliyetlerin tümü, bir başka deyişle araçla beraber hareket ve mevcut tüm diğer koşullar göz önünde bulundurularak yapılır. Buna göre elverişlilikte aracın hangi şekilde kullanıldığı ve somut olayın koşulları bilinmeden elverişli olup olmadığı konusunda hükme varılamaz⁷⁷. Nitekim, Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinin gerekçesine göre harekette “*elverişlilik sadece kullanılan araç bakımında değil, suçun konusu da dahil olmak üzere eylemin bütünü yönünden bulunmalıdır*”.

Teşebbüste elverişliliğin nasıl belirleneceği ceza kanunumuzda gösterilmediği için öğretilerde çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bunlar; subjektif ve objektif teorilerdir.

Sübjektif görüşe göre araç objektif olarak belli bir neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasının yanında failin bunu kullanması ve bilip bilmemesinin de dikkate alınması gerektiğini savunurken (tornavida hırsızlık için elverişli olması fakat failin, tornavidayı nasıl kullanacağını bilmiyorsa araç elverişli sayılmayacağı gibi)⁷⁸, öğretilerdeki yazarların büyük bir kısmının⁷⁹ savunduğu objektif görüşte, aracın objektif olarak belli bir neticeyi meydana getirmeye elverişli olması yeterli görülmektedir (failin, elindeki tornavidayla çelik kasayı açamasa bile aracın elverişli

kullanılmasındaki zorunluluğu belirten bir anlam vermek mümkündür. Fakat, söz konusu kavramın böyle anlaşılması bizleri teşebbüs ile tamamlanmış suçlar ayrımı bakımından işlenmesi özel bir araca ihtiyaç gösteren ve göstermeyen suçlar biçiminde hatalı bir ayrıma götürmüştür. (Sözüer, s.185).

⁷⁷ Sözüer, s.188; Öğretilerdeki “*aracın mutlak elverişliliği*” ve “*aracın nispi elverişliliği*” tartışmaları için bkz. Özen/Hafizoğulları, Genel, s.336; Soyaslan, Teşebbüs, s.90-94.

⁷⁸ Dönmezer/Erman, s.545; Centel/Çakmut/Zafer, Giriş, s.440; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.485; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s.1154; Hakeri, s.465.

⁷⁹ Dönmezer/Erman, s.552; Centel/Çakmut/Zafer, Giriş, s.442; Koca/Üzülmez, s.400; Erem/Danışman/Artuk, elverişliliğin amaca göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. (Erem/Danışman/Artuk, s.296).

olması gibi)⁸⁰. Bir başka deyişle, bizim de katıldığımız objektif görüşte elverişlilik, nispi bir kavram olduğu için belirli bir hareketle işlenmek istenen suç dikkate alınmadan, o hareketin elverişli olup olmadığı söylenemez⁸¹.

Hırsızlık suçunda, icrasına başlanılan hareketlerin suçun tamamlanması bakımından elverişli olması gerekir. Suçtaki elverişli hareketlerin hangileri olduğu somut olayın özelliklerine göre değişmektedir. Hırsızlık suçuna teşebbüs için kullanılan aracın sonuç almaya elverişli olması yeterli olup ayrıca sonucun alınmasına gerek yoktur. Yargıtay 6. Ceza Dairesi bu konuya ilişkin olarak “*Olay günü geceleyin lokantaya para çalmak maksadıyla giren ve boş çekmecede para bulamayan fail, şikayet üzerine yakalanmıştır. Gerçekten failin cürmi hareketlerinin yöneldiği nesneye suçun maddi konusu denilmekte ve bu konu suç kastının kapsamı içinde kalmaktadır. Hırsızlıkta maddi konu, taşınır mal olup, suç anında varlığı veya yokluğu eylem sonrası değil eylem öncesi bir değerlendirmeye her olayın özelliklerine, normal insan deneyimlerine ve benzer olaylarda çoğunlukla görülen durum ve koşullara göre saptanılmak gerekir. Bu saptamada varılan olumsuz sonuç, yani maddi konunun kesin olarak yokluğu, işlenemez suç; olumlu sonuç, yani maddi konunun nispi yokluğu ise eksik kalkışma aşamasında kalmış suç uygulamasına götürecektir. Olayımızda sanık ve arkadaşlarının girdiği lokantadaki çekmecede para bulunması, yukardaki deneyimlere göre doğal ve olağandır. O yüzden suç anında paranın çekmecede bulunmaması, maddi konunun niteliğine göre, mutlak değil nispi anlamda bir yokluğu ortaya çıkarttığından, olayda işlenemez suç bulunduğu ileri sürülemez ve hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturur.*”⁸² şeklinde karar vermiştir. Bu noktada şu soruyu cevaplamak gerekir; Fail, bir malı çalmak

⁸⁰ Centel/Çakmut/Zafer, Giriş, s.441.

⁸¹ Objektif görüşte elverişliliğin saptanmasını soyut ve somut ayrımlara göre değerlendirilmesi konusunda bkz. **Dönmezer/Erman**, s.554 vd.

⁸² 6.CD., T:14.6.1983, E:1983/4019, K:1983/5620 (**Eker**, Hüseyin, Açıklamalı- İçtihatlı Hırsızlık Suçları, 2.Baskı, Ankara 2014, s.411, dipnot:796).

için harekete geçip de, malın bulunması gereken yerde bulunmaması sebebiyle hareketini tamamlayamazsa hırsızlık suçu, maddi konusu olmaması sebebiyle işlenemez suç kabul edilerek faile ceza verilmeyecek midir yoksa fail icra hareketlerine başlamış fakat elinde olmayan bir neden olan maddi konunun yerinde olmaması sebebiyle hareketini tamamlayamamış ve bu sebeple eylem teşebbüs aşamasında mı kalmış sayılacaktır?

Soruyu cevaplamadan önce teşebbüs kurumuyla bağlantılı olan “işlenemez suç” kavramına değinmemizde yarar vardır. Failin suç işleme iradesiyle bir eyleme yönelmesine rağmen aracın elverişliliği yahut maddi konunun yokluğu nedeniyle işleyemediği bir suça işlenemez suç denilmektedir⁸³. İşlenemez suç ile hayali (mefruz, sözde) suç kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. İşlenemez suçta eylem yasada düzenlenmesine rağmen araç elverişsiz ya da konu bulunmamaktayken, mefruz suçta failin gerçekleştirmeyi tasarladığı eylem, kanunda suç olarak tanımlanmış değildir⁸⁴.

DÖNMEZER/ERMAN ve YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ’a göre failin hareketleri hakkında dışarıdan verilecek değer hükmüne göre günlük hayat tecrübesi failin hareketinden neticenin meydana gelmesi büyük bir olasılık içinde bulunduğunu gösterdiği hâllerde işlenemez suç değil, teşebbüs hâli mevcut olmaktadır⁸⁵. 10. Ceza Dairesi bu konuya ilişkin olarak, “*sanığın, müştekilere ait işyerlerine girdiği, ancak çalınacak kıymetli bir eşya bulunmaması üzerine bir şey almadan çıktığının anlaşılması karşısında, sanığın bu müştekilere karşı işlemiş olduğu hırsızlık suçunun eksik teşebbüs aşamasında kaldığı nazara alınarak*

⁸³ **Alacakaptan**, Uğur; İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.223, Ankara 1975, s.1-2.

⁸⁴ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s.495; **Soyaslan**, Teşebbüs, s.90; Hangi fiilin işlenemez suç olduğu konusunda öğretide üç farklı teori olan objektif teori, sübjektif teori ve tehlike teorisi için detaylı bilgi bkz. **Kunter**, Nurullah; Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi: Hareket Netice Sebebiyet Alakası, İstanbul 1948.

⁸⁵ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s.4164; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.353.

hakkında TCK'nun 61. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi"⁸⁶ bozmayı gerektirmiştir.

D. Elde Olmayan Nedenlerle İcra Hareketlerinin Tamamlanamaması

Hırsızlık suçuna teşebbüsün son unsuru, hırsızlık suçunun failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamış olmasıdır. Hırsızlık suçunun tamamlanamaması ya icra hareketleri bitirildiği hâlde failin elinde olmayan sebeplerle neticenin meydana gelmemesinden ya da failin elinde olmayan nedenlerden icra hareketlerinin bitirilememesinden kaynaklanmaktadır⁸⁷. 765 sayılı mülga TCK'da her iki durum için de farklı ceza indirimleri öngörülmekteydi. Bu sisteme göre, icra hareketlerinin bitirilmemesi eksik teşebbüs iken, icra hareketleri bitirildiği hâlde neticenin meydana gelmemesi tam teşebbüs olarak adlandırılmaktaydı⁸⁸. Buna karşılık 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, mülga ceza kanunundaki ayrıma son vermiştir. Madde gerekçesinde de konuyla ilgili olarak "*.....teşebbüsün meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alınması gerektiği...*" noktasına dikkat çekilerek, önemli olanın suçun tamamlanıp tamamlanmadığının belirlenmesi olduğu ifade edilmiştir⁸⁹.

Engel sebebinin ortaya çıkış anı suçun tamamlanmasından önceki bir an olmamalıdır. Kanunumuz engel nedenin, icra hareketlerinin

⁸⁶ 10. CD., T:25.1.2005, E:2004/25426, K:2005/340 (Yaşar/Gökcan/Artuç, s.4164, dipnot:1997).

⁸⁷ Centel/Çakmut/Zafer, Giriş, s.443; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.491; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s.1154; Hakeri, s.477; Demirbaş, s.456; Koca/Üzülmez, s.401; Soyaslan, Genel, s.302.

⁸⁸ Alacakaptan, Suçun Unsurları, s.80.

⁸⁹ Centel/Çakmut/Zafer, Giriş, s.443; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s.490; İçel, Genel, s.253; Hafizoğulları/Özen, Genel, s.338; İşlenemez suç ile tam teşebbüs arasındaki benzerlik ve farklılıklar için bkz. Güler, Alev; "İşlenemez Suç ve Tam Teşebbüs Arasındaki Farklar", Ankara Barosu Dergisi, C. XXIV., S.5, s.799-802; TCK'nın eksik- tam teşebbüs ayrımına ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi için bkz. Sözüer, s.216-234.

bitirilmesi ile neticenin meydana gelmesinden önce ortaya çıkması arasında bir fark gözetmemektedir⁹⁰.

Hırsızlık suçu, failin, mağdurun eşya üzerindeki hâkimiyetine son vererek kendi egemenliğini kurmasıyla tamamlanır⁹¹. Peki, fail, suça konu mal üzerinde ne zaman egemenlik kurmaktadır?

Yargıtay, failin hırsızlık konusu mal üzerinde ne zaman egemenlik kurduğuna ölçüt olarak “kesintisiz takip” ölçütünü belirlemiş ve zilyedin egemenlik alanının bitiminde neticenin gerçekleştiği hırsızlık suçlarında kesintisiz bir takip olmadığı sürece taşınır bir eşya, ev veya bahçede veyahut iş yerinden alınıp dışarı çıkarıldığı anda eylem tamamlanmış olacağını belirtmiştir. Söz konusu “kesintisiz takip” ölçütünün kullanıldığını birçok Yargıtay kararında görmemiz mümkündür⁹². 6. Ceza Dairesi bu konuya ilişkin olarak, “*Suçta konu aracın çalındığı mahâlden 4 kilometre uzakta sanıklar tarafından iteklenerek götürüldüğünün görülmesi üzerine kolluk görevlileri tarafından kuşku üzerine yanlarına gidildiğinde sanıkların yakalandığı, “suç anı” ile “ele geçirme anı” arasında kesintisiz takip bulunmadığı ve suçun tamamlandığı gözetilmeden kalkışma aşamasında kaldığı kabul edilerek sanıkların*

⁹⁰ **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s.378.

⁹¹ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s.616; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.570; **Soyaslan**, Özel, s.370-371; **Hafizoğulları/Özen**, Özel, s.335.

⁹² Yargıtay’ın kesintisiz takip ölçütünü kullandığı bir başka karar için bkz. “*Sanık Mehmet I. ve yaşı küçük olduğu için çocuk mahkemesinde yargılanan Sezgin K.’nin birlikte hareket ederek mağdurun elindeki çantayı alıp kaçmaya başlamaları üzerine, durumu gören bir kişinin çevredeki polisleri olayı anlatıp sanıkların kaçtığı istikameti gösterdiği ve eşgal tarifi vermesi üzerine, sanıkların kaçtığı tarafa yönelen polislerin verilen eşgallere uygun iki sanığı kaçarken görüp yakaladıklarının anlaşılması karşısında; suçun işlendiği an ile sanıkların polisler tarafından görüldüğü ve yakalandıkları an arasında kesintisiz takip olmadığı ve bu doğrultuda suçun tamamlandığı gözetilmeden, suçun kalkışma aşamasında kaldığı kabul edilerek uygulama koşulu bulunmayan 5237 sayılı TCK’nın 35.maddesi ile cezadan indirim yapılması.*” 6.CD., T:2.4.2012, E:2009/10604, K:2012/6453 (**Eker**, s.415, dipnot:807); 6.CD., T:8.10.2012, E:2009/9541, K:2012/16630 (**Eker**, s.412-413, dipnot:800); 6.CD., T:20.1.2009, E:2007/18414, K:2009/293 (**Eker**, s.413, dipnot:800); 6.CD., T:8.10.2012, E:2009/9541, K:2012/16630 (**Eker**, s.412-413, dipnot:800).

cezasından 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesi ile indirim yapılması..."⁹³nin bozma sebebi olduğu şeklinde karar vermiştir. Bu örnek karardan da anlaşılacağı üzere takibin kesintisiz takip olmadığına ya da takibin kesintiye uğradığına veya kesintisiz izleme sonucunda değil de failin daha sonra yakalanmasının saptanması hâlinde ise tamamlanmış hırsızlık suçundan hüküm kurulmalıdır. Yapılan takibin kesintisiz takip olduğunun belirlenmesi hâlinde teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. 6. Ceza Dairesi bu konuya ilişkin olarak, "*Olay günü gündüzleyin sanıkların birlikte hırsızlık yapmaya karar vererek olay yerine yakın bir camiye geldikleri, sanıkların şüpheli hareketlerinin, orada bulunan güvenlik kuvvetlerinin dikkatini çektiği ve sanıkların takibe alındığı, sanık G..Ş'ün cami şadırvanında kalarak sokağı gözetlemeye başladığı, sanık Serkan'ın da yakınana ait işyerine girerek bir çuvala 6 adet çaydanlığı koyarak sanık G..Ş'ün yanına gelip çuvalı Gerçek'e verdiği birbirleriyle bir şeyler konuştuktan sonra sanık Serkan'ın tekrar yakınanın işyerinin bulunduğu sokağa yöneldiği, ancak bu sırada güvenlik kuvvetlerince sanıklara müdahale edildiği, şeklinde gelişen somut olayda; sanıkların eylemleri süresince, başından beri kolluk görevlilerince "kesintisiz izlendiklerinin" anlaşılması karşısında eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden suçun tamamlandığının kabul edilmesi"*"⁹⁴ nin bozma sebebi olduğu yönünde karar vermiştir.

Suçun işlendiği yerden failin yakalandığı zamana kadar yapılan takibin kesintisiz olup olmadığı, olayı gören kişilere sorularak da bulunabilir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi bu konuyla ilgili olarak, "*Tutanak düzenleyicisi olan polis memurlarının "ihbar üzerine olay yerine gittiğimizde, işyeri çalışanları, sanıklara ait at arabasını etrafını minibüs ve taksi ile kuşatarak, işyerinin 200 metre uzağında durdurmuşlardı, biz olaya bu şekilde müdahâle ettik" şeklindeki beyanları karşısında,*

⁹³ 6.CD., T:4.6.2012, E:2008/13062, K:2012/11707 (Eker, s.413, dipnot:800).

⁹⁴ 6.CD., T:10.4.2012, E:2010/1322, K:2012/7454 (Eker, s.415, dipnot:806); Aynı yönde başka bir karar için bkz. 6.CD., T:23.9.2008, E:2007/17310, K:2008/16026 (Eker, s.415, dipnot:806).

*sanıkları takip ederek durduran işyeri çalışanlarının kimler olduğu tespit edilip, tanık sıfatı ile dinlenerek, sanıkların çalma olayında kesintisiz takip sonucu yakalanıp yakalanmadıkları ve buna göre suçun tam teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığının tespiti ile sonucuna göre hüküm tesisi gerektiğinin gözetilmemesi...*⁹⁵ şeklinde karar vermiştir. Fakat fail, kesintisiz takip sonucu yakalanmış olsa bile hırsızlığa konu eşyanın, bir yere saklanması veya yenilmesi⁹⁶ veyahut bir başkasına verilmesi⁹⁷ hâllerinde hırsızlık eylemi tamamlanmış sayılacak ve teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır.

IV. Hırsızlık Suçunda Gönüllü Vazgeçme

Fail, suçun icra hareketlerine başladıktan sonra icranın bitmesine rağmen tipik sonucun meydana gelmemesi veya yarıda kesilmesi ya failin elinde olmayan nedenlerden dolayı ya da onun istemiyle olabilir. Bu noktada fail, kendi isteğiyle icra hareketlerine devam etmemesi ya da bu hareketlerin tamamlanmasından sonra iradi bir takım davranışlarla tipik neticenin meydana gerçekleşmesini engellediği durumda ceza

⁹⁵ .CD., T:5.5.2004, E:2003/2830, K:2004/3989 (Noyan, s.96); Yargıtay'ın aynı yönde bir başka kararı için bkz. 11.CD., T:3.5.2004, E:2003/2263, K:2004/3837 (Eker, s.413, dipnot:805).

⁹⁶ “Sanığın hırsızlık amacıyla girdiği pastane olarak işletilen işyerinde, açık kabullenmesi ve dosya kapsamına göre, pasta, börek gibi yiyecekleri yenmiş olduğunun anlaşılması karşısında; eylemin tamamlandığının düşünülmemesi...” 6.CD.,T:14.4.2010, E:2006/10630, K: 2010/4156 (Eker, s.416, dipnot:808); “Sanığın, müştekiye ait iş yerindeki buzdolabındaki alkollü içecek ve orada bulunan yiyecekleri tüketmiş olduğunun anlaşılması karşısında, eylemin tamamlandığı gözetilmeden kalkışma aşamasında kaldığı kabul edilerek yazılı şekilde uygulama yapılması...” 13.CD., T:10.1.2012, E:2011/8763, K:2012/247 (Eker, s.416, dipnot:809).

⁹⁷ “Sanığın diğer sanık Serhat S. ile yakınanın iş yerinden hırsızlık yaptıktan sonra kesintisiz izleme sonu kolluk görevlileri tarafından yakalandığı ancak suça konu eşyadan 4 adet Playstationu alıp kaçan diğer sanık Serhat S.'in götürdüğünün anlaşılması karşısında; suçun tamamlandığı gözetilmeden yeterli olmayan gerekçeyle eylemin kalkışma aşamasında kaldığının kabulü ile yazılı biçimde hüküm kurulması...” 6.CD., T:13.10.2009, E:2006/10190, K:2009/13261 (Eker, s.416, dipnot:810); Yargıtay'ın aynı yönde bir başka kararı için bkz. 6.CD., T:16.3.2011, E:2007/14554, K:2011/2596 (Eker, s.416, dipnot:410).

almayacaktır. İşte failin teşebbüs ettiği suçtan geri dönmesine gönüllü vazgeçme denir⁹⁸.

Hırsızlık suçu bakımından da fail, suçu işlerken icra hareketlerinde kendi rızası ile vazgeçer veya neticenin meydana gelmesini ya da suçun tamamlanmasını önlerse, faile o ana kadar gerçekleştirdiği davranışların suç teşkil etmesi durumunda ceza verilecektir⁹⁹. Örneğin sanığın büfenin kepenginin asma kilidini ve camını kırdığı fakat pişman olup bir şey almadan gittiği somut olayda¹⁰⁰, sanık hırsızlık suçu açısından gönüllü olarak vazgeçmiş fakat büfenin asma kilidini ve camını kırması sebebiyle mala zarar verme suçunu işlemiştir.

Fail kendisinden şüphelenildiğini, delilerin aleyhine olduğunu fark eder ve yakalanmaktan korktuğu için vazgeçerse, hırsızlık suçu tamamlanabilecek durumda olup olmadığına bakılması gerekir. Eğer fail hırsızlık suçunu tamamlayabilecek durumda olduğu hâlde vazgeçmiş ve neticeyi önlemişse vazgeçme iradidir. Dolayısıyla failin gönüllü vazgeçmeden yararlanması gerekir. Fakat fail icraya başlarken göze aldığı riskler dışında bir nedenle hırsızlık suçunu tehlike almadan işlenemeyeceğini anladığı için vazgeçmişse ortada iradi vazgeçiş bulunmayacaktır¹⁰¹. Başka bir deyişle, fail hırsızlığın icrasına başladığı sırada var olan riskler dışındaki nedenlerle suçu tamamlayamayacağını düşünmesi sebebiyle vazgeçerse ortada gönüllü vazgeçme yoktur¹⁰². Örneğin hırsızlık amacıyla eve giren failin, ev sahipleri uyanıp kendisine ne aradığını sorunca evden bir şey almaksızın kaçması, gönüllü vazgeçmeye vücut vermeyecektir¹⁰³.

⁹⁸ Soyaslan, Teşebbüs, s.118; İpekçioğlu, s.152; Centel/Çakmut/Zafer, Giriş, s.448; Sözüer, s.235; Demirbaş, s.459; Hakeri, s.488; Toroslu, Genel, s.289.

⁹⁹ Centel/Çakmut/Zafer, Giriş, s.460.

¹⁰⁰ 6.CD., T:23.2.2006, E:2004/772, K:2006/1709 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁰¹ Bayraktar, Köksal; "Faal Nedamet", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXIII, S.3-4, s.151-152.

¹⁰² Akdağ, Hale; Gönüllü Vazgeçme, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.2, s.104.

¹⁰³ 6.CD., T:3.11.2009, E:2008/2496, K:2009/14265 (Kazancı İçtihat Bankası).

V. Hırsızlık Suçuna Teşebbüste Cezanın Belirlenmesi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 35/II. maddesi hükmüne göre teşebbüs aşamasında kalan hırsızlık suçuna, tamamlanmış hırsızlık suçundan daha az ceza verilecektir. Ceza miktarları iki bölüm arasında gösterilmiştir. Hâkim, cezanın asgari ve azami sınırlarını arasında temel hırsızlık suçunun cezasını belirlerken hiç şüphesiz kanunumuzun 61. maddesi hükmü bağlıdır. Madde hükmü, göz önünde bulundurulacaklar arasında, “*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını*” da saymıştır. Fakat aynı kavram, 35. maddenin ikinci fıkrasında da karşımıza çıkmaktadır. ÖZEN/HAFIZOĞULLARI'na göre, kanun koyucu, “*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre*” diyerek cezanın belirlenmesinde zarar veya tehlikenin ağırlığının göz önüne alınmasını emretmiştir¹⁰⁴. Suça teşebbüste kamusal veya bireysel “*zararın*” değil, sadece bireysel veya kamusal “*tehlikenin*” mümkün olmasının yanında kanunumuzun 61. maddesinin birinci fıkrasının e bendi hükmü karşında temel ceza tayininde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği konusu belirsizdir. Gerçekten de 61. maddenin üçüncü fıkrasında, “*Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hâllerde temel cezanın tayininde ayrıca göz önünde bulundurulmaz*” hükmüne yer verilmiştir¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Hafizoğulları/Özen, Genel, s.339; Tozman ve Centel/Çakmut/Zafer'e göre “*meydana gelen zarar*” hükmü tam teşebbüsü karşılarken, “*meydana gelen tehlike*” hükmü eksik teşebbüsü karşılacaktır. Bu çıkarıma göre, mülga kanun dönemindeki öğretideki görüşler ve uygulamadaki kararlar halen geçerliliğini korumaktadır. (Tozman, s.129; Centel/Çakmut/Zafer, Giriş, s.446).

¹⁰⁵ Hafizoğulları/Özen' e göre zarar veya tehlike, “*suça teşebbüsün*” unsurları arasında bulunmamakta ve bu şekilde düşündüğümüzde, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı hem 61/I-e madde hükmü, hem de 35/II madde hükmü uygulanırken göz önünde bulundurulacak ve bu da bizi yanlış sonuçlara götürecektir. Fakat buna karşılık zarar veya tehlike, teşebbüs edilen suçun unsuru olarak ele aldığımızda karşımıza, 61/I-e maddesi hükmü gereğince, suça teşebbüste temel cezanın belirlenmesi ayrıca göz önünde bulundurulmayacaktır. Bu noktada, zarar veya tehlikenin ağırlığı teşebbüs aşamasında kalan bir kısım suçlarda temel cezanın belirlenmesinde ayrıca dikkat edilmeyecek, teşebbüs aşamasında kalan diğer bir kısım suçlarda ise hem 61/I-e madde hükmü hem de 35/II madde hükmü karşısında iki kez göz önünde bulundurulacaktır. Fakat söz konusu durumda suça teşebbüs eden iki kişiden birini kanun önünde daha imtiyazlı hale getirmektedir (Hafizoğulları/Özen, Genel, s.339).

ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE ve HAFIZOĞULLARI/ÖZEN'e göre sorunun çözümü, her ne kadar hâkimin geçerli iki hükümden birinin ihmal etmek biçiminde bir yetkisi olmasa da, ancak 35. veya 61. madde hükmünden birinin ihmal edilmesiyle mümkün olabilir¹⁰⁶.

Hırsızlık suçuna teşebbüste ceza verilirken öncelikle hırsızlık suçu tamamlanmış gibi düşünülerek temel ceza belirlenecek, sonra ağırlatıcı veya hafifletici sebeplere göre bu ceza arttırılacak veya azaltılacak, daha sonra ise teşebbüs hükümlerine göre indirim uygulanacaktır. Buna göre fail, eğer 141. maddedeki basit hırsızlık suçuna teşebbüsten yargılanıyorsa hâkim hırsızlık suçunun tamamlandığını düşünerek temel cezayı verecek (bir yıldan üç yıla kadar hapis), sonrasında ise teşebbüs hükümlere göre indirim yapılacaktır. Fail, hırsızlığın nitelikli hâllerinden birini işlerken teşebbüs aşamasında kalmış ise failin, nitelikli hâle teşebbüsten cezalandırılması gerekir. Zira nitelikli hâllerdeki unsurlar da maddi unsurlar olmakla birlikte fail, fiili işlediği anda bu unsurları gerçekleştirdiğini bilmek ve istemek zorundadır. Başka bir deyişle fail o suçun nitelikli hâlinin tipikliğini gerçekleştirme kastına sahip olduğu için nitelikli hâli işlemeye teşebbüs eden kişi buna teşebbüsten cezalandırılmalıdır¹⁰⁷. Buna ek olarak özel veya genel tüm hafifletici sebepler, teşebbüste uygulanır. Fakat söz konusu hâller, hırsızlık suçunun tamamlanmasıyla veya tamamlanmasından sonra olmamalıdır¹⁰⁸.

¹⁰⁶ **Tozman**, s.128; **Hafizoğulları/Özen**, Genel, s.339.

¹⁰⁷ **Soyaslan**, Genel, s.338.

¹⁰⁸ **Tozman**, s.187.

Sonuç

Kanunilik ilkesi gereği, bir kimsenin yaptığı hareket sonucu cezalandırılabilmesi için fiilin, ceza kanunlarında ve diğer ilgili kanunlarda tanımlanan bir suç tipine uygun olmalıdır. Hırsızlık suçu da Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler kısmının "Malvarlığına Suçlar" bölümünde kendine yer bulan bir suçtur. Ancak modern hukuk düzeninde sadece tipik neticeye yol açan suçlardan değil, aynı zamanda tipik neticenin gerçekleşmediği hukuka aykırı hareketlerin de hukuki yararlarının korunması sebebiyle cezalandırmak gerekmektedir. Zira hukuki değerlerin efektif bir şekilde korunması ancak bu yolla mümkün olabilir. Bu nokta da suç yolunda hazırlığın son bulup ve icra aşamasına geçilmesiyle kendine yer bulan teşebbüs kurumu devreye girecektir. Teşebbüs kurumuna göre fail, işlemeyi kastettiği hırsızlık suçun icrasına elverişli hareketlerle başlamış fakat iradesi dışında ortaya çıkan bir engel nedeniyle suçu tamamlayamamıştır. Failin işlemeyi kastettiği hırsızlık suçuna teşebbüsten ceza verilebilmesi için bir takım şartların bir arada bulunması gerekir. Söz konusu şartları Türk Ceza Kanununun da teşebbüs kurumunu düzenleyen 35. maddeden çıkarmamız mümkündür.

Hırsızlık suçuna teşebbüsün ilk şartı olan hırsızlık suçunu işleme kastına göre failde başkasına ait olan bir malın, zilyedinin/malikinın rızası bulunmadan alınmasına yönelik var olan genel kastın yanında ayrıca "saik" olarak adlandırdığımız bir de kendisine veya başkasına yarar sağlama maksadının olması gereklidir. Bu kastla hareket eden failin, ikinci şart olan hırsızlık suçunun icrasına doğrudan doğruya başlaması gereklidir. Basit hırsızlık suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanununun 141. maddesine göre fail, hırsızlığa konu taşınır bir malın bulunduğu yerden alınması ile hırsızlık suçunun icra hareketine doğrudan doğruya başlamaktadır. Fakat hırsızlık suçuna teşebbüsün olabilmesi için hırsızlık suçunun icrasına doğrudan doğruya başlamak yetmemekte aynı zamanda üçüncü şart da olan icraya başlanılan fiilin, kanuni tarifte unsur olarak yer alan neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Başka bir deyişle hırsızlık suçunda, icrasına başlanılan hareketlerin suçun tamamlanması bakımından elverişli olması gerekli olup hırsızlık suçuna teşebbüs için

kullanılan aracın sonuç almaya elverişli olması yeterli olup ayrıca sonucun alınmasına gerek yoktur. Bütün bu şartlara ek olarak hırsızlık suçunun failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamış olmasıdır.

Hırsızlık suçuna teşebbüsün şartları gerçekleştiğinde fail, eğer Türk Ceza Kanunu'nun 141. maddesindeki basit hırsızlık suçuna teşebbüsten yargılanıyorsa hâkim, hırsızlık suçunun tamamlandığını düşünerek temel cezayı verecek (bir yıldan üç yıla kadar hapis), sonrasında ise teşebbüs hükümlerine göre indirim yapılacaktır. Şayet fail, hırsızlık suçunun nitelikli hâllerinden birini işlerken teşebbüs aşamasında kalmış ise failin, nitelikli hâle teşebbüsten cezalandırılması gerekmektedir.

Kaynakça

- Akdağ, Hâle; “Gönüllü Vazgeçme”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.2, s.91-126.
- Alacakaptan, Uğur; İşlenemez Suç, Ankara 1975. (*Kısaltma: İşlenemez Suç*)
- Alacakaptan, Uğur; Suçun Unsurları, Ankara 1975. (*Kısaltma: Suçun Unsurları*)
- Antoliesi, Francesco; “Genel Olarak Mameleke Karşı Suçlar”, (Çev.Uğur Alacakaptan), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX., S.1, s.65-94.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner; Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, C.I, 2.Baskı, Ankara 2009. (*Kısaltma: Türk Ceza Kanunu Şerhi*)
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2014. (*Kısaltma: Ceza Genel*)
- Aydın, Devrim; “Suça Teşebbüs”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.55, S.1, s.85-113.
- Bayraktar, Köksal; "Faal Nedamet", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXIII, S.3-4, s.120-154.

- Birtek, Fatih; Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 3. Baskı, Ankara 2014.
- Centel, Nur/ Çakmut, Özlem/ Zafer, Hamide; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I, İstanbul 2007. (*Kısaltma: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*)
- Centel, Nur/ Çakmut, Özlem/ Zafer, Hamide; Türk Ceza Hukuku'na Giriş, 8. Baskı, İstanbul 2014. (*Kısaltma: Giriş*)
- Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014.
- Donay, Süheyl; Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
- Dönmezer, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15.Baskı, İstanbul 1998. (*Kısaltma: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*)
- Dönmezer, Sulhi; “Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.VIII., S.3-4, s.433-456. (*Kısaltma: Teşebbüste Hazırlık*)
- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Şahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.I, 12. Baskı, İstanbul 1997.
- Eker, Hüseyin; Açıklamalı- İctihatlı Hırsızlık Suçları, 2.Baskı, Ankara 2014.
- Erem, Faruk; Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.III, Ankara 1993.
- Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Artuk, Mehmet Emin; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997.
- Gerçekler, Hasan; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.II, Ankara 2011.
- Güler, Alev; “İşlenemez Suç ve Tam Teşebbüs Arasındaki Farklar”, Ankara Barosu Dergisi, C. XXIV., S.5, s.799-802.
- Gündel, Ahmet; Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçları, Ankara 2005.
- Hacıhafızlıoğlu, Ali; Suça Teşebbüs, Ankara 2013.

- Hafizoğulları, Zeki/Güngör, Devrim; “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 20, Sayı: 69, Mart-Nisan 2007, s.21-50.
- Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012. (*Kısaltma: Genel*)
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem; “Hırsızlık”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII., S.1-2, s.773-796. (*Kısaltma: Hırsızlık*)
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 3.Baskı, Ankara 2013. (*Kısaltma: Özel*)
- Hakeri, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014.
- Heinrich, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım, (Çev.Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe), Ankara 2014.
- İçel, Kayıhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler II, 5. Baskı, İstanbul 2013. (*Kısaltma: Genel*)
- İçel, Kayıhan; “Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli "Kast" “, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.VI, S.12, s.61-70. (*Kısaltma: Kast*)
- İpekçioğlu, Pervin Aksoy; Türk Ceza Hukuku'nda Suça Teşebbüs, Ankara 2009.
- Karaok, Hasan; Teşebbüs, İştirak, İhtima ve Tekerrür Hükümleri ve Tatbikatı, Elazığ 1952.
- Koca, Mahmut; “Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2002, s.1479-1502.

- Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014.
- Kunter, Nurullah; Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi: Hareket Netice Sebebiyet Alakası, İstanbul 1948.
- Noyan, Erdal; Hırsızlık Suçu, 2.Baskı, Ankara 2007.
- Önder, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, 2. Baskı, İstanbul 1992. (*Kısaltma: Genel*)
- Önder, Ayhan; “Mütemadi Suç”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXIX., S.1-2, s.75-120. (*Kısaltma: Mütemadi Suç*)
- Önder, Ayhan; Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994. (*Kısaltma: Şahıslara*)
- Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Mehmet Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2014. (*Kısaltma: Genel Hükümler*)
- Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Mehmet Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014. (*Kısaltma: Özel Hükümler*)
- Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2013.
- Öztürk, Bahri; Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri, 3. Baskı, Ankara 1994.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer; 5237 Sayılı TCK'da Suça Teşebbüs-İçtira-İçtima ve Yaptırımlar, 2.Baskı, Ankara 2010.
- Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2012. (*Kısaltma: Özel*)
- Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2012. (*Kısaltma: Genel*)

- Soyaslan, Doğan; Suça Teşebbüs, Ankara 1994. (*Kısaltma: Teşebbüs*)
- Sözüer, Adem; Suça Teşebbüs, İstanbul, 1994.
- Şen, Ersan; “Hırsızlık Suçları”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, s. 320-357.
- Şensoy, Naci; Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, 2.Baskı, İstanbul 1963.
- Tan, Mehmet; Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, C.II, Ankara 2011.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat; Teori ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10.Baskı, Ankara 2013.
- Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, 7.Baskı, Ankara 2013. (*Kısaltma: Özel*)
- Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Baskı, Ankara 2013. (*Kısaltma: Genel*)
- Tozman, Önder; Suça Teşebbüs, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.
- Uğurlu, İbrahim Hâilil; Hırsızlık Suçu, Ankara 2010.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.III., Ankara 2010.
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz; “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Suçlardan Ayrımı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C.19, S.2, s.757-795.
- Yüce, Turhan Tufan; Teşebbüsde Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Ayrılması Problemi ve Uygun İlliyet Teorisinin bu Probleme Tatbiki Denemesi, Erzurum 1968.
- Zafer, Hamide; Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 3. Baskı, İstanbul 2013.