

VOLUME • CİLT: 24 • ISSUE • SAYI: 2 DECEMBER ARALIK 2018 ISSN: 2529-0142

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
ARAŞTIRMALARI
DERGİSİ
MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

6 Aylık Hakemli Akademik Dergi / Biannual Peer-Reviewed Academic Journal

Volume • Cilt: 24 / Issue • Sayı: 2 / DECEMBER / ARALIK • 2018

ISSN: 2149-1844

Marmara Üniversitesi Rektörlüğü Adına İmtiyaz Sahibi • Owner: Prof. Dr. Erol ÖZVAR (Rektör • Rector)

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına İmtiyaz Sahibi • Owner of the Journal

Prof. Dr. Serap Helvacı (Dekan • Dean)

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Turan Yıldırım (Editör)

Doç. Dr. Ercüment Özkaraca (Editör)

Dr. Öğ. Üy. Hüseyin Melih Çakır (Editör)

Dr. Öğ. Üy. Zafer İçer (Editör)

Arş. Gör. Gökçe Gökçen (Üye)

Arş. Gör. Pınar Karaman (Üye)

Arş. Gör. Sema Deniz Özkan (Üye)

Arş. Gör. Can Yöney (Üye)

Yönetim Yeri ve Yazışma Adresi / Address

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Tıbbiye cad. Haydarpaşa / İSTANBUL

Tel: 0216-338 7703 Fax: 0216-338 7710

E-Posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

Marmara Üniversitesi Yayınevi / Marmara University Press

Adres: Göztepe Kampüsü 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel/Faks: +90 216 348 43 79

E-posta: yayinevi@marmara.edu.tr

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ULUSAL HAKEMLİ bir dergidir.

İçindekiler / Contents

KAMU HUKUKU

Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih Turan YILDIRIM	453-481
Doktor Lütü Hakkında Zeyl ve “Fikr-i İslahât” Eseri An Addendum to Doktor Lutü and His Work “Fikr-i İslahât” Rukiye AKKAYA KİA	482-509
Ulusal Ekonomi ve Girişimcilik Üzerine 1329 (1913) Tarihli ve Yazarı Belli Olmayan Bir Risale An Anonymous Brochure on National Economy and Entrepreneurship 1329 (1913) Dated Rukiye AKKAYA KİA	510-529
İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme Judicial Review of Administration’s Soft Law Acts: , Focus on French Law Biçe AÇIMUZ	530-568
Hileli İflas Suçu (Türk Ceza Kanunu Madde 161) Fraudulent Bankruptcy (Turkish Criminal Code Article 161) Muhammed DEMİREL	569-632
1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili A Comparative Brief Analysis of the Right to Environment within the scope of 1982 Constitution Ümit GÜVEYİ	633-659
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü Governmental Liability for the Protection of Right to Life According to Article 2 of the European Convention on Human Rights Ayşe ÖZKAN DUVAN	660-681

Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu Knowledge-Based Market Fraud Crime in Capital Market Uğur AŞKIN	682-710
Tanzimat Sonrası Vergi Reformlarının Anayasal Vergilendirme İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi Evaluation of Post-Tanzimat Tax Reforms within the Frame of Constitutional Taxation Principles Berrin GÜNAY, Asım Furkan TEKİR	711-742
Kriminolojik Açıdan: Akıl Hastalığı ve Suç Mental Disorders and Crime: In Criminological Aspect Candan YILMAZ	743-765
Adil Yargılanma Hakkı Işığında Denetim Muhakemesine Başvuru Hakkı Right to Appeal in the Light of Right to Fair Trial Neslihan CAN	766-783
Kasten Öldürme Suçunun Yangın, Su Baskını, Tahrip, Batırma Veya Bombalama ya da Nükleer, Biyolojik veya Kimyasal Silah Kullanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK M. 82/1-c) Wilfull Homicide in the First Degree Crime Committed as a Result of Fire, Flood, Ravage, Defaming or Bombing or by Using Nuclear, Chemical or Biological Weapon Adem PALUT	784-803

ÖZEL HUKUK

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un İspat Yüküne İlişkin Getirdiği Düzenleme Burden of Proof Regulation Which Has Been Introduced by the Law 6502, Consumer Protection Act Serap HELVACI, Fatma Zeynep ALTINER YOLCU	804-822
---	---------

Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi

(Evaluation of the Principle of Transparency in General Terms and Conditions, its Appearance in TOC Article 20 ff. and Combined Applicability of TCC Article 55/1-f With TOC Article 20 ff. in Commercial Standart Contracts)

O. Gökhan ANTALYA, E. Doğa DOĞANCI..... 823-860

Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri

Transferring Property of Agricultural Lands

Alper UYUMAZ, Onur İLHAN..... 861-905

Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı

“Legal Right Of Preemption In Joint Ownership And Within The Scope Of The Law On Soil Conservation And Land Use Law No. 5403”

Turan ŞAHİN..... 906-930

Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesinin Niteliği, Tarafları ve Ömür Boyu Yenileme Garantisi

The Private Health Insurance Contracts: The Legal Character, The Parties and Lifelong Renewal Guarantee

Cüneyt SÜZEL 931-965

Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa

Defective Services in Consumer Law

Ece BAŞ SÜZEL 966-998

Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir ?

What is the Relationship Between Penalty Clauses and the Debtor's Fault in Breach of His/Her Obligation?

Hüseyin Can AKSOY 999-1018

Sigorta Acentelerinin Ücret Hakkı

Commission Right of Insurance Agents

Sema AYDIN, Sergül BALSEVER..... 1019-1044

Uluslararası Ticaret ve Yatırım Hukuku Bakımından Tütün Ürünlerinin Düz Paketlenmesi Meselesi The Issue of Plain Packaging of Tobacco Products Under International Trade and Investment Law Talat KAYA	1045-1085
Alman Hukukunda Elektronik Tapu Sicilinin Gelişimi ve Oluşumu The Development and Formation of Electronic Land Register in German Law İpek ÇEVİK	1086-1110
Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansıması The Historical Evolution of Consumer Protection and its Reflections to Turkish Law Fatma Zeynep ALTINER YOLCU	1111-1124
Senatus Consultum Ultimium:, Eski Roma'da Olağanüstü Yönetim Kararı Senatus Consultum Ultimium:, Decree on State of Emergency in Ancient Rome Selahattin EREN	1125-1145
Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu Landowner's Liability Yasemin YILMAZ	1146-1173

Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih

Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih

Turan YILDIRIM*

Öz

Kamu görevlilerinin özel hayatları, yürüttükleri hizmetin gerekleriyle sınırlanabilmektedir. Özel hayatın sınırını yürütülen hizmetin gerekleri oluşturduğu için bu konuda genel açıklama yapmak ve genel sonuçlara ulaşmak mümkün değildir. Bu çalışma öğretmenlik ve askerlik hizmetindeki kamu görevlilerinin cinsel tercihinin yönelik iki Anayasa Mahkemesi kararından esinlenilerek hazırlanmıştır. Ancak bu hizmetler dışında görev yapan kamu görevlileri bakımından da geçerli olabilecek bilgi ve esaslara yer verilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Görevlisi, Özel Hayat, Eşcinsellik

Abstract

State officials private lives can be limited due to the services they conduct. It is not possible to make a general statement and present general conclusions in regards to services effecting the state officials private life. This study was inspired by the decisions of two cases decided in the Constitutional Court which communicated the sexual preference of State officials in teaching and the military service. This study will also include the information and principles which may be valid in terms of State officials working outside the above mentioned services.

Keywords: State Official, Private Life, Homosexuality

I. ÖZEL HAYAT KAVRAMI

Anayasada, uluslar arası sözleşmelerde ve kanunlarda özel hayat kavramı tanımlanmamaktadır. Bu metinlerde özel hayatın korunmasına yönelik hükümler yer almakta ve özel hayatın korunması kapsamında korunan menfaatler düzenlenmektedir. Örneğin Anayasanın özel hayatın gizliliği ve korunması başlıklı 20.maddesine göre; Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Maddenin

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, turanyildirim@marmara.edu.tr.

ikinci fıkrasında kişilerin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyasının aranması, el konulmasına dair hükümler yer almaktadır. 2010 tarihinde eklenen 3.fıkrada ise kişisel verilerin korunması düzenlenmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) 8.maddesi, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı başlıktır. Ayrıca madde kapsamında konuta ve haberleşmeye saygı da bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanununun özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar başlıklı Dokuzuncu bölümünde de benzer şekilde özel hayat kapsamına giren alanlara yer verilmektedir. Bu bölümde düzenlenen suçlar şunlardır: Haberleşmenin gizliliğini ihlal Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması Özel hayatın gizliliğini ihlal Kişisel verilerin kaydedilmesi Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, Verileri yok etmeme.¹

Medeni Hukukta ise özel hayat, Medeni Kanununun, kişilik hakkı ve kişiliğin korunmasına dair 23.,24. Maddeleri kapsamında incelenmekte ve özel hayatın kişilik hakkını oluşturan değerler arasında olduğu kabul edilmektedir.²

Hukuk doktrininde kişinin hayat alanı, üç alan teorisi olarak adlandırılan görüşe göre; kamuya açık hayat, özel hayat ve gizli hayat olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Kamuya açık hayat; “Kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı, herkese açık, serbestçe ifşa edilmesinde bir sakınca olmayan olayları ve hareketleri içerir.” “Özel hayat, kişinin gizli hayatına dahil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi, sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği olayları ve hareketleri kapsar.” Gizli hayat ise “kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı, bu kimseler dışında kalan kişilere kapalı olmasını arzu ettiği, onların bilmesini, öğrenmesini istemediği olaylar ve hareketlerden oluşur.”³

Gizli hayat alanı, kendilerine ifşa edilenler dışında kalanların bilgisi dışında tutulması gereken hayat olaylarıdır. Kişinin inançları, ümitleri, cinsel yaşamı, korkuları, dilekleri, aile ilişkileri, planları ve duyguları gibi iç yaşamla ilgili olayların yanı sıra, sağlık, kişisel ilişkiler, mektup, hatıra defteri, gibi dış yaşamla ilgili olayları da kapsamaktadır.⁴

Kamuya açık alan, kişinin kamuya açık yerlerde, toplantılarda ve törenlerdeki yaşam görüntülerini kapsamaktadır. Kişinin toplumda diğer kişilerle ilişkili olduğu hayat alanı kamusal hayat, olarak kabul edilmektedir. Özel hayatı, faaliyetlerin ya da değerlerin bulunduğu alanı kriter olarak özel hayatı belirleyen hukukçular, kamunun (belirsiz sayıdaki kişiler) veya kimliği önem taşımayan kişiler önünde gerçekleştirilen faaliyetleri ve değerleri kamusal alanda gerçekleşen kamusal değerler olarak nitelemişlerdir.⁵

1 H.Zafer,Özel Hayatın ve Hayatın Gizlilik Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul 2010.

2 Helvacı,S.,Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar,İstanbul,2001

3 Helvacı,S.,Gerçek Kişiler,İstanbul, s.120. Özel hayat kavramı için ayrıca bkz.Akyürek,G.,Özel hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, 2. Baskı,Seçkin yay.2014,s.23.vd.;Salihpaşaoğlu, Y.,Özel Hayatın Kapsamı:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,C.XVII,Y.2013,Sa.3

4 Zafer, s.13.

5 Zafer,s.14.

Ancak, AİHM kararları, özel hayat kavramına daha geniş anlam vermektedir. Bir başka ifadeyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sisteminde özel hayatı yukarıdaki kavramlarla açıklamak güçtür. Aynı şekilde özel hayatın gizliliğinin tanımlanmasından da – güçlüğü sebebiyle – kaçınılmaktadır.⁶

Özel hayat kavramını aydınlatan bir diğer kavram olan özel hayatın gizliliğinin birey tarafından dört şekilde gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Toplumdan çekilme, mahremiyet, tanınmazlık, saklama. Bu kavramlar özetle şöyle tanımlanmaktadır: “Toplumdan çekilme (solitude) halinde kişinin toplumla ilişkisini keserek çevresinden ve onun denetiminden uzaklaşarak tek başına yaşamını sürdürmesi söz konusudur. Mahremiyet (intimacy) halinde kişi özel yaşamını aile, eş, arkadaş gibi sınırlı bir çevre ile paylaşmaktadır. Tanınmazlık (anonymity), kişinin bir yabancı ile onun kendisinin kim olduğunu bilmemesine ve çevresinde sürekli kalmayacağına güvenerek özel yaşamını paylaşması veya kişinin düşüncelerini kendisinin olduğu anlaşılamayacak biçimde açıklaması halidir. Saklama (reserve) halinde ise, kişinin özel yaşam olaylarının algılanmasını önlemesi veya sınırlandırması söz konusudur.”⁷

II. KAMU GÖREVLİLERİNİN ÖZEL HAYAT ALANI

A. KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

1982 Anayasasının 128.maddesine göre; Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür. Kamu görevlisi kavramı, 128.maddeden başka 129.maddede; toplu iş sözleşmesini düzenleyen 53. maddede; siyasi partilere girmeyi düzenleyen 68.maddede de zikredilmektedir.

Kamuda çalışan herkesi kapsayacak şekilde geniş bir anlamı olan kamu görevlisi kavramı, idare hukukunda dar anlamıyla ele alınmıştır. Buna göre; devletin siyasal yapısını oluşturan organlardaki görevlilerle, özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar dışında kalan kamu görevlileri, idare hukukunun konusunu oluştururlar.⁸ Anayasanın 68.maddesi, bu kabulü desteklemektedir. 68.maddede siyasi partilere üye olamayacak kamu görevlileri şöyle ifade edilmiştir: Memurlar ve yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan kamu görevlileri.

128.maddeye bakıldığında kamu görevlilerinin asli ve sürekli görevler ölçütüyle belirlenmesi gerektiği söylenebilir. Ancak, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra kamu personel rejiminin çözülmesi güç bir ip yumağı haline getirildiğini görmekteyiz. Aynı kurumda aynı

6 Üzeltürk, S., 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004, s.3. Eserde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin özel yaşamın gizliliği hakkı çerçevesinde koruduğu alanın genişliği ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

7 Üzeltürk, s.3., dipnot 6.

8 Kaman, N. “Yıldırım-Yasin-Kaman-Özdemir-Üstün-OkayTekinsoy, İdare Hukuku, İstanbul, 2015, s.210.

işi yapan farklı statüde personel çalışır hale gelmiştir. İhaleyle doktor çalıştırılmasına imkan sağlanması,⁹ kavramın tanımlanmasının ve çözümün güçlüğüne açıkça göstermektedir.

Asli ve sürekli görev ölçütü yeterli olamadığı için 128.maddedeki şu ifade daha kolay bir tanım ölçütü niteliğini taşımaktadır: “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve diğer ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” 128.maddeden hareketle, bu çalışma kapsamına giren kamu görevlileri şöyle belirlenmiştir: Nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve diğer ödenekleri ve diğer özlük işleri Devlet Memurları Kanununda veya özel kanunlarında düzenlenen (Örneğin hakimler-savcılar, silahlı kuvvetler mensupları, yükseköğretim kurumları öğretim elemanları gibi.) personel.

B. KAMU GÖEVLİLERİNİN ÖZEL HAYATI-ÖRNEK DÜZENLEME DEVLET MEMURLARI KANUNU

Kişinin özel hayatı, hem başkalarının hem de kamu görevlilerinin giremeyeceği, ihlal edemeyeceği, Devlet tarafından korunması gereken bir değerdir.¹⁰ Ancak korunması gereken özel hayat, kamu görevlileri bakımından daha farklı anlaşılmaktadır. Hatta kişiler bakımından gizli hayat alanında kalan bazı olaylar, kamu görevlisi bakımından gizli veya özel kabul edilmemektedir. kamu görevlisinin kiminle evlenip, kiminle yaşadığı dahi genel hayat alanına dahil edilebilmektedir. Bu sebeple, kamu görevlilerinin özel hayatı, korunması gereken hayat alanı değil; adeta uyulması gereken hayat tarzı haline dönüşmüştür.

Esasen insanlık tarihine bakıldığında da o dönem şartlarında kamu görevlisi olarak nitelenebilecek kişilerin özel hayatlarının farklı anlaşıldığı görülmektedir. Örneğin Platon'un Devletinde yöneticilerin ve savaşçıların mülk edinme hakları yoktur.¹¹ Platon'un etkilendiği Sparta'da askerlerin evlenmelerine yasak getirilmişti.

Nizamülmülk'ün Siyasetnamesinde, vezirlerin ve mutemetlerin, görevlerini noksansız yerine getirip getirmediklerini görmek için gizlice sürekli denetlenmesi gerektiği öğütlenmektedir. İyi tabiatlı vezirin ülkeyi kalkındıracağı, şirret birisinin ise zarar vereceği anlatılır. Nizamülmülk'e göre padişah, memleketteki kadıların vaziyetinden de teker teker haberdar olmalıdır. Kadılık görevi, halkın malında gözü olmayanlara verilmelidir. Siyasetnamedeki adil hükümdarın, zalim görevliyi nasıl cezalandırdığını anlatan hikayelerden anlaşıldığı kadarıyla; kamu görevlileri hükümdarı temsil ettikleri için, hükümdara yaşarış hayat sürmek zorundadırlar.

9 DMK m36/III. Ek paragraf Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir

10 Özel hayatın gizliliği hakkının koruduğu değer ve devletin yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üzeltürk,s.7.vd.

11 Akad,M.-Vural Dinçkol,B.-Bulut,N.,Genel Kamu Hukuku, İstanbul 2016. S.19.

Kamu görevlilerinin buldukları mevkiin gereklerine göre yaşamaları geleneğinin Osmanlı İmparatorluğunda da sürdüğünü görmekteyiz. Kul olarak adlandırılan görevlilerin eğitimi, yaşayışları, ibadetleri ve evlilikleri kontrol altında tutulmuştur. Örneğin Enderun'da yetiştirilenlerin yaşayış tarzının belirlendiğini görmekteyiz.¹² Günümüzde “emir kulu” kavramıyla izlerini sürdüren kulluk sistemi, kamu görevlisinin hayat tarzını belirlemektedir.

Kamu görevlilerinin özel hayat alanına giren durum ve davranışlarının özel hukuktan daha farklı olduğu yukarıda aktarılmıştı. Memur ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerini ve çalışma şartlarını düzenleyen kanunlarda ve düzenleyici işlemlerde bu hususta bir çok hüküm mevcuttur. Bu çalışmada, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu örneği, kısaca ele alınacaktır.

Devlet Memurları Kanununda memurların hayat tarzına ilişkin temel düzenleme “Davranış ve işbirliği” başlıklı 8.maddedir. Buna göre; Devlet memurları, resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını hizmet içindeki ve dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar. Devlet memurlarının işbirliği içinde çalışmaları esastır.

Yurt dışında davranışı düzenleyen 9.maddeye göre ise; Devlet memurlarından sürekli veya geçici görevle veya yetiştirme, inceleme ve araştırma için yabancı memleketlerde bulunanlar Devlet itibarını veya görev haysiyetini zedeleyici fiil ve davranışlarda bulunamazlar.

Devlet memurları, kendileriyle, eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına ait taşınır ve taşınmaz malları, alacak ve borçları hakkında, özel kanunda yazılı hükümler uyarınca, mal bildirimini vermekle yükümlüdürler (m.14.).

Devlet memurlarına yasaklanan faaliyetleri düzenleyen 28. Maddeye göre; eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları, yasaklanan faaliyetlerde bulunan memurlar bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler.

Disiplin suçlarına ilişkin 125.madde sayılan disiplin suçlarına bakıldığında, özel hayat alanına giren davranışlara da rastlanmaktadır. 125.maddede bulunan bu tür suçlar şunlardır:

- Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak(Uyarma cezası).
- Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak(Kınama cezası).
- Borçlarını kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak(Kınama cezası)
- Diplomatik statüsünden yararlanmak suretiyle yurt dışında, haklı bir sebep göstermeksizin ödeme kabiliyetinin üstünde borçlanmak ve borçlarını ödemedeki tutum ve davranışlarıyla Devlet itibarını zedelemek veya zorunlu bir sebebe dayanmaksızın borcunu ödemediği yurda dönmek(Kademe ilerlemesinin durdurulması).

¹² Enderun hakkında kısa bilgi için bkz. İslam Ansiklopedisi, Enderun maddesi

-Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak(Devlet memurluğundan çıkarma cezası).

-Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak(Devlet memurluğundan çıkarma cezası).

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADI

I. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel hayat kavramını tanımlamaktan kaçınmış ve kişilerin korunması gereken özel hayatının kapsamını geniş yorumlamıştır. AİHM kararlarında özel hayata saygı hakkı kapsamına giren çıkarlar, şu dört başlık altında toplanmaktadır: “i)Fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı, ii) bireyin kendini geliştirme, gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme özerkliği, iii) bireyin mahremiyet hakkı ve kendisi hakkındaki bilgiyi kontrol edebilme hakkı”¹³

Özel hayata saygı hakkını geniş yorumlayan Mahkemeye göre; kamu görevlilerinin mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetler de özel hayat kavramına dahildir. Mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin kendisine yakın bulunduğu kişilerle ilişkilerini geliştirmesinin sosyal kimliğini şekillendirmesi üzerinde etkilerini gösterdiğinde özel hayata saygı hakkı kapsamına girebilmektedir. “Özellikle özel hayatla ilgili unsurlar katı manada belirli bir meslek için niteleyici bir kriter olarak görüldüğünde meslek hayatı genellikle özel hayat ile iç içedir. Kısacası meslek hayatı, kamusal bağlamda da birey ve “özel hayatı” ilgilendiren başka kişiler arasındaki etkileşim alanının bir parçasıdır. (bk. *Fernández Martínez/İspanya* [BD], No. 56030/07, § 109, AİHM 2014 (Özetler) ve bu karardaki atıflar).”

Ancak Mahkeme, kamu görevlilerinin temsil ettiği kurumun imajına veya itibarına zarar vermesi halinde, bu davranış özel hayatında dahi olsa, kurumun imaj veya itibarına zarar vermeme yükümlülüğünün özel hayatın ötesine geçebileceğini de kabul etmektedir. SODAN Kararındaki ifade şöyledir: “Mahkeme, daha önce kamu görevlilerinin, konumları gereği, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında ya da Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında dinsel inançları açıkça ifade etme konusunda, bir istisnaya tabi tutulmalarını meşru olarak değerlendirmiştir. Bu ilkeler Sözleşme'nin 8. maddesine de uygulanır. Bir memur –özel hayatında dahi olsa – sergilediği bir davranış nedeniyle, temsil ettiği kurumun imajına ya da itibarına zarar vermesi halinde Devleti temsil eden bir üst düzey memurun deontolojik yükümlülükleri, özel hayatının ötesine geçebilmektedir (*Özpınar/Türkiye*, No. 20999/04, § 71, 19 Ekim 2010).”¹⁴

13 Öncü,G.A.,”Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör S.İnceoğlu, İstanbul,2013,s.301.;Gümüş,A.T.,Devletin Pozitif Yükümlülüğü Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı, Adalet Yayınevi,2016,

14 SODAN/TÜRKİYE, (*Başvuru No.18650/05*) ,İkinci Bölüm, Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı çevirisi.

Mahkeme, kamu hizmetinin tarafsız biçimde sunulabilmesi ve laiklik ilkesine saygı gösterilmesi amacıyla Sözleşme'nin memurlara bazı kısıtlama ve ihtiyat yükümlülüğü getirme imkânını engellemediğini belirtmektedir. Mahkemeye göre Sözleşme, memurların, siyasi partilere ya da ırkçı düşünce veya yabancı düşmanlığı güden gruplara ya da üyeleri arasında sağlam ve parçalanmaz bir dayanışma bağı kuran veyahut da demokratik kuralla aykırı ideoloji izleyen tarikatlara üye olmaları nedeniyle cezalandırılma imkânını da önlememektedir. (voir *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani/İtalya* (No.2), No. 26740/02, § 55, 31 Mayıs 2007).

SODAN kararında, kamu görevlisinin özel hayatına müdahale edilebilmesi için şu ölçütler kullanılmıştır: a)Kamu görevlilerinin tarafsız şekilde hareket etmesinin sağlanması; b)Siyasi partilerden ya da ırkçı düşünce veya yabancı düşmanlığı güden grupların üyelerden talimat alması; c)Davranışlarının ulusal güvenlik için tehlike arz etmesi.

Ancak ÖZPINAR Davasında¹⁵ Mahkeme, özel hayat-mesleki hayat ayırımının kolay olmadığını, şöyle vurgulamaktadır: "...AİHM, "özel hayatın" eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavram olduğunun altını çizmektedir. Gerçekten de, AİHS'nin 8. maddesi ile korunan şey kişinin kendini geliştirme hakkıdır. Bu, kişisel gelişim şeklinde olabileceği gibi. AİHS'nin 8. maddesinde güvence altına alınan hakların yorumlanmasında önemli bir rol oynayan kişisel bağımsızlık şeklinde de tezahür edebilir. Her ne kadar AİHM, bir taraftan herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğunu kabul etse de diğer taraftan "özel hayat" kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği kanaatini taşımaktadır. 8. madde "özel bir sosyal hayat" sürdürmeyi, yani kişinin sosyal kimliğini geliştirme hakkı anlamında bir "özel hayatı" güvence altına almaktadır. Bu yönü ile birlikte değerlendirildiğinde bahsi geçen hak, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir..."

Özel hayat kavramının genişliğini tespit eden AİHM, mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetlerin "özel hayat" kavramı dışında tutulmasını gerektiren bir ilkesel neden bulunmadığını belirtmektedir.

Mahkemeye göre; mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini yakınlarında bulunan insanlarla olan ilişkilerini geliştirme şeklinde yansıttığı ölçüde Sözleşmenin 8. maddesi kapsamına girebilmektedir. Mahkemenin şu tespiti de önemlidir: "Bu noktada belirtmek gerekir ki, insanların büyük çoğunluğu, dış dünya ile olan ilişkilerini geliştirme olanaklarını, daha çok, hatta en çok, mesleki hayatları çerçevesinde yürüttükleri faaliyet kapsamında elde etmektedir." Bu tespit doğrultusunda, hakimlerin mesleğini ifası sırasındaki davranışlarına ilişkin düzenleme veya müdahale, özel hayatın gizliliği hakkına müdahale olarak nitelendirilmemiştir.

Örneğin, AİHM, kamu görevlilerinin ya da hakimlerin, konumları gereği, AİHS'nin 10. maddesi kapsamında ya da AİHS'nin 9. maddesi kapsamında dinsel inançları açıkça ifade etme konusunda,

15 ÖZPINAR – TÜRKİYE DAVASI (Başvuru no: 20999/04) ,İkinci Daire, Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı çevirisi. Okumayı kolaylaştırmak amacıyla, Karar metninden alıntı yapılırken, önceki kararlara yapılan atıflar çıkarılmıştır.

bir istisnaya tabi tutulmalarını meşru kabul etmiştir. Mahkeme, bu kabulü, özel hayatın gizliliğine de taşımaktadır. Dolayısıyla, AİHM, hakimlerin mesleki görevlerinin, hakimlinin davranışının imajına ya da mesleğin saygınlığına zarar verme ihtimali olması halinde, özel hayatlarının sınırlanabileceği kanaatini taşımaktadır. Ancak AİHM, kamu görevlilerinin de diğer bireyler gibi Sözleşmenin 8. maddesindeki korumadan yararlanacaklarının altını çizmiştir.

Bu noktada özel hayata saygı gösterilmesi ile kamu görevlisinin davranışlarına müdahale dengesinin nasıl kurulacağı sorusu akla gelmektedir. Mahkemenin bu soruya verdiği cevap şöyledir: “AİHM’nin her olayın kendine has özelliklerini göz önünde bulundurarak, bireyin temel haklarından biri olan özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı ile demokratik bir Devletin sunduğu kamu hizmetinin 8. maddenin 2. paragrafına uygun yürümesini gözetmek konusundaki meşru menfaati arasındaki adil dengenin kurulup kurulmadığını araştırması gerekmektedir.”

AİHM, kamu görevlilerine ve yargıçlara giyim şekli konusunda sınırlama getirilmesini, kararlarının etkisinin korunması düşüncesiyle açıklamaktadır. AİHM’nin kanaatine göre, buradan doğan müdahale hakkı “kamu düzeninin sağlanması” ve “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” gibi meşru temellere dayanmaktadır.

Somut olayda adil denge araştıran Mahkeme, atama kararında, kamu hizmetinin tarafsızlığını koruma kaygısıyla, eşin başörtülü olmasına bakılmasını haklı bir yaklaşım olarak kabul etmemiştir.

Bir kadın hakimin uygunsuz kıyafet (mini etek) giydiği; abartılı makyaj yaptığı; kişisel duyguları doğrultusunda hareket ederek, etrafa görevini umursamadığı şeklinde bir inanç yaydığı gerekçeleriyle görevden alınmasını değerlendiren AİHM, Sözleşme ihlali kararını şöyle gerekçelendirmiştir:

“...Mevcut davada AİHM, başvuranın kısa bir mesleki deneyimin ardından üç buçuk yıl çalıştığı küçük bir ilçeye atandığını gözlemlemektedir. Söz konusu olaylardan önce, iyi bir mesleki kariyer izleyen başvuran, ayrıca 2001 yılı Aralık ayında özel olarak terfi etmiştir. Dosyadan anlaşıldığı kadarıyla başvuran, ne mesleki hayatına başladığı Karakoçan’da ne de mesleki hayatını sona erdirdiği Seydişehir’de bir soruşturmaya konu olmamıştır.

Başvuran hakkında 2002 yılı Mayıs ayında başlatılan soruşturma, başka kamu görevlilerinin ihbarı sonucu tetiklenmiştir. Soruşturma esnasında başvuran, yalnızca mesleki hayatına ilişkin sorulara değil; annesi ve diğer bazı insanlar ile olan ilişkileri ve tatili gibi özel ve aile hayatına ilişkin sorulara da cevap vermek zorunda bırakılmıştır.

Üstelik soruşturma çerçevesinde dinlenen tanıkların ifadelerine göre, birçok insan, başvuranın mesleki ve özel hayatı, işyerindeki kıyafetleri, makyaj tarzı, mesai saatlerine uyup uymadığı ve tatili hakkında sorgulanmıştır. Yine müfettiş tarafından sorgulanan bazı tanıkların ifadelerinin herhangi bir sınır tanımadığı da ilgi çekici bir noktadır. Gerçekten de, bazı ifadeler şüphesiz başvuranın şeref ve haysiyetini ihlal edebilecek niteliktedir. Elbette, müfettiş böyle bir ifadeden

sorumlu tutulamaz. Ancak başvurana yöneltilen ithamlar ve özellikle de başvuranın diğer dört kişi ile yakın ilişki kurduğu yönündeki yaygın kanaat uyandırma iddiası göz önüne alındığında, makul olarak müfettişin tanıkları bu hususta ifade vermeye yönlendirilmiş olabileceği düşünülebilir.

AİHM, mesleki ya da özel hayatında bir hakime duyulması gereken güven ya da saygıyı engelleyecek bir tutum benimsemiş olmanın adalet kurumunun saygınlığı üzerinde belli bir etkisi olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, bir kamu görevlisinin özel hayatına ilişkin davalarda, bu kişinin belirli bir ölçüde özel hayatına ilişkin tutumlarının sonucunu öngörebilmesi ve gerektiğinde uygun güvencelerden yararlanabilmesi gerekmektedir. Özellikle mesleki hayat ile özel hayatın kelimenin dar anlamıyla üst üste geldiği ve bir bireyin bazen hangi boyutta hareket ettiğinin tespit edilmesinin ne kadar zor olduğu göz önüne alındığında, bu tür güvencelerin gerekliliği bariz bir şekilde ortaya çıkmaktadır (bakınız *Bigaeva*, ilgili bölüm, prg. 23). AİHM'ne göre, benzer durumlarda, bir hakimin özel hayatına ilişkin iddialara karşı korunabilmesi için, iç hukukta, yeterli güvence teşkil eden önlemlerin mevcut olması gerekmektedir.

Bununla birlikte, mevcut davada, her ne kadar başvurana atfedilen bazı davranışlar, özellikle de kişisel duygularının yönlendirmesine izin vererek karar vermesi, durum gerektirdiğinde, görevden alma gibi radikal bir tedbiri meşrulaştırırsa da, AİHM, ulusal düzeyde yürütülen soruşturmanın söz konusu ithamları kesin olarak ortaya koymaya elverişli olmadığını tespit etmektedir. Öte yandan, ulusal düzeyde soruşturmaya tabi tutulan birçok davranışın başvuranın mesleki faaliyetleri ile ilgisi bulunmamaktadır. Aksine görevden almayla sonuçlanan disiplin soruşturması sırasında başvuran çok az güvenceden istifade edebilmiştir. Disiplin soruşturmasının başlatılmasını takiben yalnızca ithamlar başvuranın bilgisine sunulmuştur. Müfettiş tarafından yürütülen soruşturmada uygulanabilecek en alt sınırdaki teminatlar dahi göz ardı edilmiştir. Ne soruşturma çerçevesinde dinlenen tanıkların ifadeleri ne de müfettişin raporu başvuranın bilgisine sunulmamıştır. Elbette, başvuran müfettişe ve HSYK'ya yazılı savunmasını sunabilmiştir. Ancak görevden alınma kararı verilmeden önce ne müfettiş ne de HSYK başvuranın savunmasını bizzat kendisinden dinlememiştir. Özellikle bu süreç sırasında gerçekleşen tek duruşmanın, son safhada yani HSYK'nın itirazları inceleme kurulunun toplantısı sırasında yapılması AİHM'ni hayrete düşürmektedir..."

2. Anayasa Mahkemesi

Kamu görevlilerinin özel hayatı konusu, Anayasa Mahkemesinin bir çok kararında ele alınmaktadır. Bireysel başvuru yolunun açılması, bu konudaki karar sayısını daha da arttırmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi de AİHM gibi, özel hayat kavramının tanımlanamayacağı kanaatindedir. Mahkemeye göre; özel hayat geniş bir kavramdır ve kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup, bu koruma herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etmektedir.

Mahkeme, özel hayat kavramının, herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu alandan uzak tutmasına indirgenemeyeceğini de belirtmektedir. Ancak mahremiyet alanı olarak adlandırılan, bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel alana Devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği kabul edilmektedir.

Anayasa mahkemesine göre; “bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alandır. Ancak özel yaşamın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır.”

Özel hayat konusunda AİHM içtihadını benimseyen Anayasa Mahkemesi şu tespiti de yapmaktadır: “Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Ancak özellikle mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışların bu alana dâhil olduğunda kuşku yoktur.”

Kamu görevlilerinin özel hayatlarının, meslekî yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabileceklerini kabul eden Mahkeme, kişilerin kamu görevlisi statüsüne kendi iradeleriyle dahil olmaları sebebiyle, görevin gerektirdiği sınırlamaları da kendi iradesiyle benimsediğine işaret etmektedir. Kamu görevlisi statüsü, “doğası gereği, kişinin hak ve özgürlüklerine herhangi bir vatandaşa uygulanamayacak sınırlamalar getirmektedir. Zira kamu yararı, kamu görevlilerinden uymaları gereken meslekî ve etik kurallar açısından tam bir uyum beklemektedir.”

Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerinin ve bu bağlamda kamu hizmetinin saygınlığını sarsacak davranışların özel hayat korumasından yararlanamayacağını şu sözlerle ifade etmektedir: “Özellikle meslekî yaşamı ile bağlantısı olabilecek bazı özel hayat unsurları açısından, başvuruçunun meslekî ve etik kurallara aykırı davranışlarının kamu görevlilerinin ve bu bağlamda kamu hizmetinin saygınlığı üzerinde belirli bir etkiye sahip olabileceği açıktır.”

Kamu görevlisi statüsünün sınırları olmakla birlikte, Mahkemeye göre, kamu görevlilerinin de diğer bireyler gibi asgari güvence ölçütlerinden istifade etmeleri gerekir. “Özellikle bireyin temel haklarından biri olan özel yaşamın gizliliği hakkı ile kamu hizmetinin yukarıda belirtilen temellere uygun yürütülmesini gözetmek konusundaki meşru menfaat arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının göz önünde bulundurulması zorunludur.”

Yukarıda özetlenen esaslar doğrultusunda, lojmanda yaşayan bir kadın gardiyanın, cinsel içerikli görüntülerinin internet ortamında, rızası dışında yayımlanmasını, “meslekî faaliyet ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemi” olarak nitelendirilmiştir.¹⁶

16 İkinci Bölüm Başvuru No: 2013/1614.

Bir başka örnek kararda, kamu görevlisinin eşinin ses kayıtları sebebiyle tesis edilen işlem, mahremiyet alanının ihlali olarak nitelendirilmektedir.¹⁷ İstihbarat görevlilerinin evleneceği insanları belirleme yetkisi ise “Devlet sırlarının korunması kaygısı ve istihbarat görevinin güven, itibar ve saygınlığının gerekleri” kapsamında görülmüş; milli güvenliğin korunması ve sağlanması amacıyla devletin takdir yetkisinin daha geniş olduğu ifade edilmiştir.

Mahkemeye göre; “Kişinin kamu görevlisi olması, kendisine sağladığı birtakım ayrıcalıklar ve avantajların yanında bazı külfet ve sorumluluklara katlanmayı ve diğer kişilerin tabi olmadığı sınırlamalara tabi olmayı da gerektirmektedir. Kişi, kamu görevine kendi isteği ile girmekle bu statünün gerektirdiği ayrıcalıklardan yararlanmayı ve külfetlere katlanmayı kabul etmiş sayılmakta olup kamu hizmetinin kendine has özellikleri, bu avantaj ve sınırlamaları zorunlu kılmaktadır.”¹⁸

D. KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda yer verilen Kararlardan anlaşılacağı üzere, kamu görevlilerinin özel hayatlarının, görevlerinden ayrılması kolay değildir. Bu sebeple AİHM, somut olaya bakarak, kamu görevlisinin özel hayatının korunması ile kamu yararı arasında adil dengenin kurulup kurulmadığını araştırmaktadır. Ancak, kararlardan bazı ölçütlere ulaşmak mümkündür.

Örneğin kamu görevlisinin, temsil ettiği kurumun imajına veya itibarına zarar veren davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Kamu hizmetinin tarafsız yürütülmesini engelleyen hal ve hareketler; siyasi partilerin ya da ırkçı düşünce veya yabancı düşmanlığı güden grupların talimatlarına uyulması; ulusal güvenlik için tehlike arz eden davranışlar özel hayat korumasından yararlanamayacaktır. Ayrıca, kamu görevlisi, kamu düzenini bozan davranışlardan da uzak durmalıdır.

Kamu görevlilerinin özel hayatını konu alan kararlara bakıldığında, Anayasa Mahkemesinin de AİHM içtihadını benimsediği görülmektedir. Mahkemeye göre; kamu görevliliği statüsüne kendi iradesiyle giren bireylerin özel hayata dair sınırlamaları da kabul etmeleri gerekmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, “bireyin mahremiyet hakkı” olarak adlandırdığı bir alana müdahale edilemeyeceğini de belirtmiştir. Bireyin mahremiyet hakkının mekanı sadece özel alan olarak sınırlanmamakta; bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, şu tespiti de yapmaktadır: “Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Ancak özellikle mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışların bu alana dâhil olduğunda kuşku yoktur.”

17 Genel Kurul, Başvuru No:2013/9045.

18 Birinci Bölüm, Başvuru No:2014/8203

Cinsel içerikli eylem ve davranışların, mahremiyet alanında cereyan ettiğinin ve özellikle korunması gerektiğinin vurgulanması, aşağıda ele alınacak olan cinsel tercih bakımından önem taşımaktadır.

III. KAMU GÖREVLİLERİNİN CİNSEL TERCİHİ

A. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI EŞCİNSEL ASKER – ÖĞRETMEN

Bireysel başvuru yoluyla önüne gelen uyumsuzluklar, idari ve adli yargı kararlarını da içerdiği için özellikle bireysel başvuru sonucu verilen kararlar, hukuki inceleme bakımından önem taşımaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, cinsel içerikli eylem ve davranışların mahremiyet alanında cereyan ettiğini vurgulayan Anayasa Mahkemesi'nin, cinsel tercih sebebiyle kamu görevlilerinin cezalandırılması konusunda, bu görüşe itibar etmediği görülmektedir.

İtiraz yoluyla iptali istenen, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 153. maddesi, kamu görevlilerinin özel hayatına müdahalenin tipik bir örneğidir. Maddeye göre: “**Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir.**”

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan itiraz başvurusunda, “gayri tabi mukarenette bulunan” asker kişiler, kuralının iptali talebinde bulunulmuştur.¹⁹

Anayasa Mahkemesi, “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20.maddedeki sınırlama sebeplerine işaret ederek, özel hayatın gizliliğinin mutlak olmadığını, çeşitli nedenlerle özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceğini belirtmiştir. Ancak Karardaki sorunlu ifade şudur: “.. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içindeki anlama göre belirlenmesi gerekir...”

Anayasanın 13.maddesine göre; temel hak ve hürriyetler, “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” sınırlanabilir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin – birçok kararında yer verilse bile – Anayasanın başka hükümlerinden doğal sınırlar ve sebepler çıkarması, 13.maddeye açıkça aykırıdır. Doğal sınır ifadesi, bir hak ve hürriyeti sınırlayacak olan iradenin, “doğallık” anlayışına bırakılamaz.

Kaldı ki Anayasanın 20.maddesine bakıldığında; Anayasa Mahkemesinin, özel hayatın gizliliğinin mutlak olmadığı görüşüne temel oluşturulan bir çok sınırlama sebebi görülecektir. Maddede sayılan sebepler şunlardır: “Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve

19 E.2015/68

genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması.” 20.maddede geniş sınırlama sebepleri mevcutken, başka maddelerde doğal sınır aramak anlamsız bir çabadır.

Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliğinin mutlak olmadığını kabul ederken, bu hakkın 13.maddenin korumasında olduğunu da vurgulamıştır. Mahkemeye göre; Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan “*temel hak ve hürriyetlerin özü*”, “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ve “*ölçülülük ilkesi*” kavramları, bir bütünün parçaları olup “*demokratik bir hukuk devleti*”nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

Bu tespitten sonra Kararda, gayri tabii mukarenette bulunma eylemi tanımlanmakta ve tüm toplum düzenlerinde doğal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan davranış olarak nitelenmektedir. Mahkemeye göre; “*Gayri tabii mukarenette bulunma, doğal olmayan yoldan cinsel davranışta bulunma şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tür cinsel davranışlar çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceği gibi kişiden kişiye veya toplumdaki topluma farklılık gösterebilir. Anayasa Mahkemesinin 1.4.2015 tarihli ve E.2014/118, K.2015/35 sayılı kararında belirtildiği üzere söz konusu davranışlar; tüm toplum düzenlerinde doğal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, toplumun ahlâki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan cinsel davranışlardır.*”

Bir çok ülkede eşcinsel evliliklerin yasal temele bağlandığı Yirmi Birinci Yüz Yılda, Anayasa Mahkemesinin “tüm toplum düzenleri” kavramını ne manada kullandığı anlaşılmamaktadır. Bu sebeple, fiilen hukuka aykırılığının sağlam bir hukuki gerekçeye dayandırılmadığı görülmektedir.

İtiraz konusu kural, Anayasanın 13.maddesindeki ölçütler bakımından değerlendirildiğinde Anayasa Mahkemesi, şu sonuca ulaşmıştır: Askeri disiplini, askerlik mesleğinin itibarının korunması amacıyla getirilen sınırlama, meşru amaca dayanmakta; askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmemektedir. Anayasa Mahkemesi Kararında kişilerin kendi iradeleriyle bu mesleğe girdikleri ve askeri disiplini kabul ettikleri de vurgulanmaktadır.

Kararın ilgili bölümleri şöyledir: “*...Askerî Ceza Kanunu'nda öngörülen cezai yaptırımların esas amacı, askerî disiplini korumak ve sürdürmektir. Bir başka deyişle asker kişilere uygulanan yaptırımlar kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek; verimli, süratli ve etkin bir biçimde çalışmayı sürdürmek; disiplini tesis ve devamlılığını sağlamak; mesleğin onur ve saygınlığını korumak amacıyla getirilmektedir. Bu açıdan bakıldığında askerî disiplinin korunması ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamaya yönelik olarak özel hayatın en mahrem alanında kalan cinsel davranışlar gerekçe gösterilerek asker kişileri hakkında TSK'dan çıkarma, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezasını öngören kural; meşru bir amaca dayanmaktadır...*”

Kanun koyucu düzenleme yetkisi kapsamında, statüleri kanunlarla oluşturulan ve buna göre mesleğe alınan kamu görevlilerine birtakım hak veya yükümlülükler getirebilir. Askerlik mesleği, disiplin ve fedakârlık temeline dayanır. Bundan dolayı bu görevi ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tâbi tutulmaları olağan karşılanmaktadır. Kaldı ki

kişiler askerlik mesleğini seçmekle birlikte artık sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askeri disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olmaktadır...

İtiraza konu kuralla gayrî tabii mukarenette bulunan asker kişiler için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırım, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp TSK'dan çıkarma ve rütbenin geri alınması cezasıdır. Kural, sadece asker kişiler ile ilgili bir düzenleme olduğundan ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmemektedir. Özel hayatın gizliliği hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen itiraz konusu kural, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür. Özel hayatın korunmasını, istisnai bir alanda ve anayasal ilkelere uygun olarak asgari oranda sınırlandıran düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik oluşturduğu söylenemez..."

Kamu görevlilerinin cinsel tercihlerinin ele alındığı bir başka önemli kararda; eşcinsel ilişkide bulunduğu gerekçesiyle meslekten çıkarılan ve disiplin affıyla mesleğe dönmesine izin verilmeyen, bir din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmeninin bireysel başvurusu incelenmektedir.

Bireysel başvuru konusu olayda Soruşturma Raporunda; başvurunun kendi ifadesinden ve tanık beyanlarından anlaşılacağı üzere başvurunun görev yaptığı okul ve çevresinde huzursuzluk yarattığı gerekçesiyle meslekten çıkarılması teklif edilmiş; Milli Eğitim Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu, Rapor doğrultusunda öğretmenin görevine son vermiştir.

Göreve son verme işleminin iptali istemiyle açılan davada Zonguldak İdare Mahkemesi'nin davayı red kararının gerekçesi, Anayasa Mahkemesi Kararından anlaşıldığı kadarıyla şu şekildedir: Öğrencilerle birebir iletişim halinde bulunan öğretmenler, çocukların gelecekteki toplumsal rollerini tanımlayabilmeleri bakımından etkin ve belirleyici bir yere sahiptirler. Eşcinsellik, öğretmenlik mesleği ile bağdaşmayacak nitelikte tutum ve davranışlarındandır.

Disiplin affından yararlandırılmama işlemin iptali için açılan davada da Ankara 16.İdare Mahkemesi, davacının meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin fiilinin niteliği dikkate alınarak göreve iade isteminin reddi yönünde tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı yönünde karar vermiştir.

Dava konusu olayda uygulanan hüküm, kamu görevlilerinin özel hayatlarına müdahaleye ilişkin bir başka örnek niteliğindedir. 1702 sayılı İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanununun 27. Maddesine göre; "Gerek talebeye karşı ve gerek hariçte muallimlik sıfatile telif edilmeyen iffetsizlik" meslekten çıkarılmayı gerektirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, AİHM kararına (Fernandez Martinez İspanya Kararı)atıfla, öğretmenlik mesleğinin söz konusu olduğu durumlarda henüz yeterli olgunlukta olmayan, yaşı küçük öğrencilerin öğretmenlerin tutum ve davranışlarından etkilenebileceği görüşüne yer vermektedir.

Kararda kamu görevlilerinin cinsel tercihi bakımından önem taşıyan ifade ise şöyledir: "Ayrımcılık iddialarına ilişkin olarak AİHM kararlarında, farklı muamelenin cinsiyet veya cinsel

yönelim gibi kişinin özel yaşamının mahrem ve savunmasız alanını ilgilendirmesi durumunda devletin takdir alanının oldukça dar olduğu ve farklı muamelelerin Sözleşme'ye uygun olduğunun kabul edilebilmesi için çok geçerli nedenlerin sunulmasının gerektiği kabul edilmektedir. Bu tarz durumlarda orantılılık ilkesi gereğince , seçilen tedbirin güdülen amaca genel olarak uygun olmasının yanı sıra bu tedbirin koşullar bakımından gerekli olduğunun da ispatlanması gerekmektedir. Şayet farklı muameleye gerekçe olarak ileri sürülen argümanlar sadece başvuranın cinsel yönelimi üzerine bina edilmişse Sözleşme açısından ayrımcılık söz konusudur.”

Anayasa Mahkemesi,kamu hizmetlerinde görev alacak/alan personelde, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacıyla bazı nitelikler aranabileceğini, bazı kısıtlamalar getirilebileceğini belirttiikten sonra, öğretmenlikle ilgili şu tespitleri yapmaktadır: “ Öğretmenlik mesleği, niteliği gereği çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri ve haklarının korunması ile yakından bağlantılıdır. Bu bağlamda öğretmenlik mesleğinin muhatap kitlesinin çocuklar olması nedeniyle gözetilmesi gereken menfaatlerden birinin çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri ve haklarının korunması olduğu dikkate alındığında öğretmenlik mesleğinin daha özellikli bir konumu olduğu açıktır. Bu nedenle küçük çocukların eğitilmesinde öğretmen olarak çalışmak isteyenlerin diğer kişilerin tabi olmadığı bazı sınırlamalara tabi olmaları doğaldır. Bu bakımdan olayda yarışan menfaatlerden birinin de çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri konusunda kamu yararı olduğu gözetilmelidir. Kamusal makamların bireyin menfaati ile kamu yararı arasında dengeleme yaparken gözönünde bulundurulması gereken menfaatlerden birinin çocukların üstün yararı olması durumunda takdir yetkisinin daha geniş olacağı açıktır.”

Disiplin affıyla mesleğe dönme talebinin reddedilmesinde disiplin cezasına konu eyleme atıfta bulunulması sebebiyle disiplin sürecine de değinen Anayasa Mahkemesi, atanma talebinin cinsel tercih sebebiyle değil; mahrem kalması gereken cinsel hayata ilişkin unsurların, özensiz davranılarak, kamunun bilgisine açılması sebebiyle reddedildiği kanaatine ulaşmıştır. Mahkemeye göre atanma talebinin reddi, cinsel yönelim sebebiyle değildir. Kararın ilgili kısmında şu ifadeye yer verilmiştir: “... Söz konusu disiplin süreci incelendiğinde başvurunun görev yaptığı ... kasabasındaki ilköğretim okulunda okul hademesine eş cinsel ilişki teklifinde bulunduğu, bu kişinin başvuruçuyu şikayet ettiği, ayrıca başvurunun kasaba halkından kişilerle eş cinsel ilişkide bulunduğu öğrencileri ve öğrenci velileri arasında konuşulduğu olgularının başvurunun kendi ifadesi ve tanık beyanlarıyla ortaya konulduğu görülmektedir. İdare tarafından başvurunun söz konusu davranışlarının 1 702 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde yer verilen “gerek talebeye karşı ve gerek hariçte muallimlik sıfatile telif edilmeyen iffetsizliği sabit görülme” fiili kapsamında değerlendirilerek meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir. Bu işleme karşı açılan davanın reddedildiği ve kararın Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı olan 23/9/2012 tarihinden önce kanun yollarından geçerek kesinleşmiş olduğu anlaşılmaktadır.Başvurucunun atanma talebinin reddine ilişkin işlem ile söz konusu disiplin süreci birlikte ele alındığında yeniden öğretmenlik mesleğine atanma talebini değerlendiren idare tarafından başvurunun cinsel yönelimine değil görev yaptığı okula yansıttığı davranışlarına odaklanılmış olduğu görülmektedir. Mahrem kalması gereken cinsel hayatına dair unsurların başvurunun özenli sayılamayacak davranışları sonucu kendisi tarafından kamunun

bilgisine açılmış olmasına, dolayısıyla küçük bir kasabada okul çalışanları, öğrenciler ve veliler tarafından bilinir olmasına önem atfedildiği, idare tarafından bu durumun öğretmenlik sıfatıyla bağdaşmayan iffetsizlik oluşturduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır . Bu itibarla somut olayda cinsel yönelimi dikkate alınarak başvuru hakkında işlem tesis edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Diğer bir ifadeyle bireysel başvuruya konu idari işlemde başvurunun yeniden öğretmenliğe atanma talebinin cinsel yönelimi nedeniyle değil soruşturmaya konu fiilleri nedeniyle reddedildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle başvurucuya farklı bir muamelede bulunulmadığı sonucuna varılmıştı. Bu durumda atamaya yetkili makamın öğretmenlik mesleğine atanma talebini reddederken başvurunun daha önceki disiplin cezasına konu eylemini, sadece söz konusu kadronun gerektirdiği kişisel niteliklerden birine sahip olup olmadığına kanaat getirmek için dikkate aldığı sonucuna ulaşmıştır. Çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri hususundaki toplumsal menfaat nazara alındığında kamusal makamların almış olduğu tedbirin makul olduğu ve bu husustaki takdir yetkisinin sınırlarının aşıldığı söylenemez...”

B. KARŞI OY

Yukarıda yer verilen iki karara Anayasa Mahkemesi Üyelerinden Engin Yıldırım tarafından kapsamlı bir karşı oy gerekçesi yazılmıştır.²⁰ 2015/68 Esas Numaralı davada yazılan karşı oy yazısında; yaptırıma bağlanan eşcinsel ilişki fiilinin asker kişilerin özel hayatın en mahrem alanlarından biri olan cinsel yönelimle bağlantılı cinsel içerikli davranışları olduğu ve özel hayata saygı hakkı ile eşitlik ilkesinin korunması altında olduğu vurgulanmaktadır. E.Yıldırım, anayasal incelemeye geçmeden önce, kuralla ilgisi olduğu düşünülen, uluslararası hukuk kaynaklarından Türkiye açısından önemli olanlarına değinmiştir.²¹

Bu inceleme neticesinde, cinsel tercih veya cinsel yönelim bakımından yapılan ayrımcılığın uluslar arası sözleşmeler tarafından yasaklandığı tespiti yapılmaktadır. Örneğin Karşı oyda belirtildiğine göre; Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla mücadele edilmesi yönünde çeşitli tavsiye kararları almıştır. Bunlardan 1728 (2010) sayılı ve 29 Nisan 2010 tarihli Tavsiye Kararında cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin ayrımcılık yasağı kapsamında olması hususunda yasal düzenlemeler yapılması için üye devletlere çağrıda bulunulmuştur.

Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğiyle ilgili AİHM kararlarında da sadece cinsel yönelim mülhazalarından kaynaklanan ayrımcılığın, Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamındaki ayrımcılık yasağının geçerli olduğu alanlardan birini oluşturduğu tespiti yapılan Karşı oyda; şu ifadelerle yer verilmektedir: “...(AİHM), cinsel yönelim temelli farklı muamelenin nesnel ve makul olarak kabul

20 Öğretmen atamasına ilişkin bireysel başvuruda Üye Muammer Topal, başka bir göreve atanmama bakımından inceleme yaparak müdahalenin ölçüsüz olduğu kanaatiyle çoğunluk görüşüne katılmamıştır. Ancak Engin Yıldırım, iki davada da cinsel tercih konusunu Uluslar arası Sözleşmeler, AİHM , AYM Kararları ve doktrine atıfla incelemiştir. Bu sebeple Engin Yıldırım'ın Karşı Oy yazısı ayrıntılı olarak özetlenecektir.

21 Akademik bir üslupla yazılan karşı oy yazısında, ilk başlıkta, Uluslararası Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında Cinsel Yönelim Ayrımcılığı hakkında bilgi verilmektedir.

edilebilmesi için meşru amaç ve kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantının ve oldukça önemli gerekçelerin varlığını aramakta ve farklı topluluklar arasındaki muamele farklılıklarının sadece ve sadece cinsel yönelimden ve cinsiyet kimliğinden kaynaklanması söz konusu olduğunda Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmiş olacağı sonucuna ulaşmaktadır. AİHM, 2016 sonu itibarıyla cinsel yönelim temelli 50'den fazla ihlal kararı vermiştir.”

E.Yıldırım'ın görüşünde uyumsuzluk konusu olay bakımından üzerinde durulması gereken önemli nokta şudur: Gayri tabii mukarenet nitelemesi neye ve kime göre yapılacaktır. Karşı oy yazısına göre: “...gayri tabii mukarenette” bulunma ibaresiyle, doğal olmayan cinsel davranış ve ilişki biçimleri anlaşılmaktadır. Yetişkinler arasında rızaya dayalı cinsel davranışların ve ilişkilerin geniş kapsamlı, çok boyutlu, toplumdaki topluma ve kişiden kişiye değişen çok farklı nitelikler taşıması bu davranışların hangisinin doğal nitelemesine sahip olduğunun belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Cinsel davranışların doğallığını tespiti yarayacak bilimsel net bir ölçüt olmadığından yetişkin insanlar arasındaki bazı cinsel davranışların ve ilişkilerin doğal olan veya olmayan gibi keyfiliğe neden olabilecek bir şekilde cezai yaptırıma tabi tutulması toplumsal ve kültürel anlamda doğal olmadığı kabul edilen ancak bu özelliği tartışmalı bazı cinsel davranış ve ilişki biçimlerini benimseyenlerin temel haklarına ölçülü olmayan müdahalelerde bulunulmasına ve bu kişilerin ayrımcı muamelelerle karşılaşmasına neden olmaktadır...İtiraz konusu kural esas olarak eşcinsel ilişkiler ve davranışlar için uygulanmaktadır. Nitekim askeri mahkemelerin kuralla ilgili kararları da bunu teyit etmektedir. Dünya toplumlarının çoğunda çok yakın zamanlara kadar aynı cinsten kişilerin cinsel ilişkide bulunması doğal olmayan cinsel davranış kapsamında görülüp, “hastalık” veya “sapkınlık” olarak nitelendirilip, cezai yaptırımlara tabi tutulurken gelişen insan hakları anlayışı ve toplumsal yaklaşımlarla birlikte bu değişmeye başlamıştır. Eşcinsel ilişkilerin “gayri tabii mukarenet” kavramı içinde değerlendirilmesi insan hakları alanında ortaya çıkan çağdaş gelişmelerle çelişmektedir.”

Yukarıda aktarıldığı üzere, Anayasa Mahkemesi, yasaklanan fiilin kişinin mahrem alanında gerçekleştiğini kabul etmiş; ancak askeri disiplinin sağlanması ve askerlik mesleğini itibarının korunması amacıyla müdahalenin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşmıştı. Karşı oy yazısında, bu görüş şöyle eleştirilmektedir: “Disiplin temeline dayalı olan askerlik mesleğini ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tabi tutulmaları olağan karşılanmakla beraber bu durum onların temel anayasal haklardan yararlanmalarının önünde engel oluşturmamalıdır. AİHM, asker bir kişinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaştığı bir kararında ‘ifade özgürlüğünün kışanın kapısında durmadığına’ dikkat çekmişti. Nizamiye kapısı, asker kişilerin meşru ve geçerli bir nedenin yokluğunda herkes gibi insan haklarından yararlanmasını engelleyen bir işlev görmemelidir. Bu haklar nizamiyeden içeriye girildiği andan itibaren askıya alınmamakta ve sağladıkları güvenceler varlıklarını ve koruma alanlarını kışla içinde de sürdürmektedir. Askerlik mesleğinin doğasından kaynaklanan katı disiplin gibi özellikler mutlak bir değer olmayıp, anayasal haklarla karşılaştığında onlara her daim olmasa bile genelde galebe çalan bir tür koz olarak görülmemelidir.”

Karşı oyda üzerinde durulması gereken bir diğer önemli nokta ise kişinin özel yaşamındaki davranışları ve sosyal ilişkilerinin, mesleki yaşamı, ilişkileri ve görevine olumsuz etkilerinin somut olarak ortaya konulması gereğine işaret edilmesidir. Bu görüş, AİHM ve Askeri Yargıtay kararıyla desteklenmektedir.

Karşı oy yazısının bu konuya ilişkin kısmı şöyledir: “AİHM, silahlı kuvvetlerin operasyonel etkinliğine yönelik gerçek bir tehdidin varlığı halinde, devletin bireylerin özel hayatlarına bazı sınırlamalar getirebileceğini kabul etmekle beraber ulusal makamların bu tür kuralları, diğer herkes kadar aynı anayasal haklara sahip olan askeri personelin özel hayatlarına saygı hakkından yararlanmalarını önlemek için kullanamayacağını altını çizmektedir, Strazburg Mahkeme’si bir kararında eşcinsel olmanın veya ilişkide bulunmanın, aynı konumda olan zıt cinsellerle karşılaştırıldığında ordudan çıkarılma için tek neden olmasının Sözleşme’nin 8. ve 14. maddelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, başvurucuların özel hayatlarının soruşturularak cinsel yönelimleri ile ilgili araştırma yapılmasını ve bu kişilerin sadece eşcinsel oldukları yönündeki açıklamalarına dayanılarak, bu özelliklerinin orduya nasıl zarar verdiği kanıtlanmadan, ordudan ihraç edilmelerini hak ihlali olarak nitelendirmiştir. Mahkeme’ye göre özel hayatın mahremiyetine yönelik bir müdahalede, devlet neden buna ihtiyaç duyduğu hususunda ciddi ve ikna edici gerekçeler sunmalı ve müdahalenin ilgili şartlar altında gerekli olduğunu göstermelidir. Silahlı kuvvetlerde eşcinsellerin görev yapmasının ordunun disiplinine ve operasyonel etkililiğine ve etkinliğine yönelik risk oluşturduğu iddia ediliyorsa, bu iddianın dayanaklarının somut örneklerle ortaya konulması gerekir.

Askeri Yargıtay’ın AİHM içtihatlarını benimseyerek verdiği bir karar da konumuz açısından önemlidir. ... Yani eşcinsel bir kişinin askerliğe elverişsiz olduğuna karar verebilmek için o kişinin birlik içerisindeki davranışlarına bakmak gerekmektedir. Kişinin eşcinsellik açısından askerliğe elverişsiz olması durumu o kişinin eşcinsellik davranışlarını dış dünyaya yansıtması ile mümkündür. Yani kişi eşcinsel davranışlarla birlik disiplinini zedelemelidir. ... birlik içerisindeki davranışları görülmeden, eşcinsel olması nedeniyle kışla disiplininin nasıl zarar gördüğü ortaya konulamadan askerliğe elverişsizliğinin tespit edilebilmesi imkanı yoktur. Sanığın eşcinsel olma özelliğinin, eşcinsel olmasından kaynaklanan davranışlarının orduya ne tür zarar verdiği, somut olaylarla ortaya konmadan, salt eşcinsel olduğu yönündeki beyanları dikkate alınarak, eşcinsellik yönünden askerliğe elverişli olup olmadığının araştırılması, AİHM’ne göre cinsel yönelim ayrımcılığı anlamına gelmektedir.’ Askeri Yargıtay kişiyi sadece eşcinsel olduğu için askerliğe elverişsiz saymamak gerektiğini belirterek, bu cinsel yönelimin orduya ne tür zararlar verdiğinin ve nasıl disiplini bozduğunun somut olarak ortaya konulmasını idareden beklemektedir...”

Karşı oy yazısında eşcinsel ilişkinin yaptırımının ağırlığına ve mesleki yetersizlikten kaynaklanmadığına da değinilerek kişi üzerindeki etkisi vurgulanmaktadır. E.Yıldırım’a göre; “Kişinin işini kaybetmesi sonucunu doğuran itiraz konusu kuralla kişi geçimini sağlamaktan alıkonularak kendisinin ve aile hayatının maddi refahında olumsuz bazı sonuçlarla karşılaşabilmektedir. Bu durum da kişinin yakın çevresini ve diğer insanlarla ilişkilerini ve niteliklerinin cevap verdiği işi yapma yetkisini etkileyerek, öz algısı, öz saygısı ve gelecek beklentileri

üzerinde olumsuz sonuçlara neden olabilecektir. Asker kişinin, itiraz konusu kural gereğince TSK ile ilişkisinin kesilmesi yaptırımına maruz kalması mesleki yetersizlik veya bununla ilgili bir nedenden dolayı değil özel hayatıyla ilgili davranış ve tercihlerinden kaynaklanmaktadır ve bu, çok istisnai haller hariç olmak üzere, ne devleti ne de başkalarını ilgilendirmektedir. Denebilir ki, asker kişiler hayatlarının askerlik mesleğinin doğasından kaynaklanan bazı sınırlamalara tabi olacağını bilerek bu mesleği seçmektedir. Bununla birlikte, bu sınırlamaların Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ölçüsüzce engellememesi ve demokratik toplumda acil ve zorlayıcı bir sosyal ihtiyacı karşılaması gerekmektedir.”

Yukarıda özetlenen gerekçelerle müdahalenin ölçüsüz olduğu; korunmak istenen genel yarar ile özel hayatının gizliliği sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Kamu görevlilerinin bazı haklarının diğer kişilere göre daha farklı sınırlanabileceği genel kabul görmektedir. Ancak bu kabulün eşitlik ilkesi testine de tabi tutulması gerekir. Çünkü kamu görevlisine farklı muamelenin haklı, kabul edilebilir bir gerekçesi olmalıdır. Sırf kamu görevlisi statüsünde olmak hak ve hürriyetlerin daha fazla sınırlandırılmasını gerektirmez.

E.Yıldırım'ın Karşı oy yazısında konunun eşitlik ilkesi bakımından da incelenmesi bu sebeple önemlidir. Karşı oy yazısında, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinin, somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da kapsadığı vurgulanmakta; cinsel yönelimin “benzeri sebepler” kavramı dâhilinde Anayasa'nın 10. maddesinde yasaklanan ayrımcılık temellerinden birini oluşturduğu “temel iddia” olarak ortaya konulmaktadır. Bu iddia Anayasa Mahkemesinin, benzeri sebep ve herkes kavramlarını geniş uçlu yorumladığı kararlarına atıfla desteklenmiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin şu görüşü hatırlatılmaktadır: “Ayrımcılık iddiası, başvurucunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamelenin, kendisine yapılanla arasında farkın bulunduğunu ve bunun meşru bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyduğu takdirde ciddiye alınabilecektir.”

Karşı oy yazısında hatırlatılan yerleşik Anayasa Mahkemesi içtihadı ise şöyledir: “Eşitlik (ilkesi), haklı bir neden bulunmadıkça hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınmamasını amaçlamaktadır. Buna göre, haklı neden ölçütü ile yasal düzenlemelerle yapılan bir sınıflandırma ile yasal düzenlemenin amacı arasındaki bağın mevcudiyetini, sınıflandırmanın yasa ile öngörülen amaca hizmet edip etmediğini ve orantılı olup olmadığı belirlenmektedir. Kanunların, eşitlik ilkesine aykırı olmadığını söyleyebilmek için, ‘sınıflandırmanın anlaşılabilir bir farklılığa dayanması, sınıflandırmanın kanunun amacıyla ilişkili, akla uygun ve adil olması, nedensiz, haksız, keyfi olmaması gerekir’. Anayasa'nın 10. maddesinin denetiminde hukuksal durumları aynı olanlar, başka bir deyişle karşılaştırılabilir olanlar arasında haklar ve özgürlüklerden yararlanma açısından farklılık olup, olmadığına bakılarak, şayet farklılık varsa bunun nesnel ve makul bir haklı bir nedene dayanıp, dayanmadığı araştırılacaktır. Haklı nedeninin varlığının tespit edilemediği durumlarda ilgili kural anayasal denetimden geçemeyecektir.”

Somut olayda Anayasa Mahkemesi'nin asker kişiler ile diğer kamu görevlilerinin hukuki durumlarının aynı olmadığı gerekçesiyle asker kişiler ile diğer kamu görevlileri arasında eşitlik karşılaştırması yaptığı belirtilen Karşı oy yazısında eşitlik karşılaştırmasının isabetli olmadığı ileri sürülmektedir. E.Yıldırım'a göre; "Eşitlik karşılaştırması yapılması gereken grup asker kişilerle diğer kamu görevlileri olmayıp, TSK içindeki tabii mukarenette bulunan asker kişilerle gayri tabii mukarenette bulunan asker kişilerdir. Aynı konumda bulunan asker kişilerden doğal kabul edilen cinsel yönelime, davranışa sahip olanlar herhangi bir yaptırımla karşılaşmazken, doğal olmadığına hükmedilen cinsel yönelime sahip olanlar işten çıkarılma gibi ağır bir yaptırıma uğratarak farklı bir muameleye tabi tutulmaktadır."

Bu tespitten sonra farklı muamelenin makul ve nesnel gerekçeye dayanan haklı nedeninin varlığının incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Karşı oyda, Anayasa Mahkemesi'nin, askeri disiplinin sağlanması ve askerlik mesleğinin onur ve saygınlığını korumak amacıyla söz etmesinin, farklı muamelenin haklı bir nedene dayandığını göstermediği ifade edilmektedir. Çünkü bu makul ve nesnel olarak çoğunluk kararında ortaya konulmamıştır.

Karşı oy yazısında, eşcinsel ilişkinin cezalandırılmasının haklı sebebe dayanıp dayanmadığı, askerlik mesleğinin gerekleri bakımından incelenmemiştir. Ancak, muhtemelen çoğunluk görüşünün kararında etkili olan, toplumda eşcinselliğe yaklaşım ve genel ahlak kavramları ile insan onuru açısından yapılan ayrımcılığın 10.maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ancak ele alınan konuların önemi ve hukukçuların bu konulardaki eserlere her zaman ulaşmadığı dikkate alınarak, bu bölüm aşağıya aynen alınmıştır.²²

" Öncelikle, kuralın ana muhatabı olan eşcinsel (ve LGBTİ+) cinsel yönelimli asker kişiler heteroseksüel cinsel yönelimli diğer asker kişiler ve insan topluluklarından ayrılmakta ve bu yönleri onların açık ve ayırtedici özelliklerini yansıtmaktadır. Eşcinsel cinsel yönelim bu topluluğu diğer insan topluluklarından ayıran, kendi kontrollerinde olmadığı düşünülen, neredeyse değişmez esaslı bir tanımlayıcı özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel yönelim kişiliğin temel unsurlarından biridir ve ayrımcı muameleye tabi kalmamak için kişiden cinsel yönelimini değiştirmesi beklenmemelidir. Herkes kendi varoluşunu tanımlamada eşit kişisel özerklik ve özgürlüğe sahiptir. TDK Sözlüğünde özerkin bir anlamı "kendi kendisini idare edebilen" kimsedir. Özerklik felsefi manada ise "kişinin kendisinin belirlemesinden, yönlendirmesinden, yönetmesinden oluşan ve her tür baskı ve zorlamadan bağımsızlıkla belirlenen hali; bir insanın kendi kendisini belirleme gücü;" olarak tanımlanmaktadır". Özerk bir bireyden, farklı muamele kaynaklı ayrımcılıktan kurtulmak için kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan ve kişiliğinin önemli ve ayrılmaz bir parçasını oluşturan cinsel yönelimini inkâr etmesini veya değiştirmesini beklememeliyiz.

Bir kişinin veya kişi grubunun karşılaştığı farklı muamele bakımından ilgisiz ve etkisiz bir özelliğinin, muamelenin belirleyici bir unsuru olarak kullanılması ayrımcılık doğurmaktadır. İnsan hakları doğuştan sahip olunan haklar olduğu için bireyin hayat tarzı, cinsel yönelimi ve özellikleri nedeniyle yitirilmemelidir. Doğuştan gelen ya da sonradan edinilen bazı özelliklerinden ötürü

22 Yazıdaki atıflar için Mahkeme Kararının ekindeki karşı oya bakınız.

belli bir topluluğa dâhil olan (ya da edilen) insanları ayırt edici bu özelliklerinden dolayı onların diğerlerinden daha aşağı ve hatta kötücül oldukları yönünde bir algıya neden olabilecek yaptırımlar öngören her türlü hukuki kural ayrımcılığa sebep olacaktır. Bu durum egemen çoğunluktan farklı cinsel yönelimi olan insanlara diğer insanlar, toplum, hukuk ve devlet tarafından bir çeşit alt-insan, insan olmaya tam anlamıyla layık olmayan insan muamelesi yapılmasını adeta meşrulaştıracaktır.

İtiraz konusu kural LGBTİ+ bireylerle ilgili tarihin derinliklerinden gelen ve sistematik olarak toplumsal hayatta kökleşmiş basmakalıp ve derin önyargıları yansıtarak, onların sürekliliğine neden olmaktadır. Cinsel yönelimden kaynaklanan ayrımcılığın temelinde her iki cinsiyetin davranışlarıyla ilgili genelleşmiş, basmakalıp, normal sayılan davranışların kabulü yatmaktadır. Cinsel yönelim ayrımcılığı, LGBTİ+ topluluğunun bu özelliklerinden dolayı diğer topluluklara getirilmeyen yükümlülükler ve dezavantajlarla karşılaşması ve toplumun diğer üyelerine sunulan fırsatlar, faydalar ve avantajlardan eşit olarak yararlanmamasına neden olmaktadır. LGBTİ+ kişiler de dahil olmak üzere bütün bireylere bir toplumda mevcut olan fırsatlara erişmek için eşit ve adil imkânlar sunmak ve bunun önündeki engelleri kaldırmak gerekir. Kısaca vurgulamak gerekirse bu topluluk cinsel yönelimlerinden dolayı geleneksel ve yaygın olarak sistematik bir şekilde ayrımcılığa uğramaktadır ve itiraza konu olan kural asker kişiler ve erbaşlar yönünden buna cevaz vermektedir. Aynı veya benzer bir konumdaki başkalarının karşılaştığı veya karşılaşacağı muameleye kıyasla bir kişinin arzu edilmeyen bir muameleyle karşılaşmasının kökeninde “şüpheli” temel kapsamına giren farklı bir cinsel yönelimin olması bu kişiye ayrımcılık yapılmasının temel nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa koyucunun bazı türde farklı muamelelere özel önem verip bunları saymış olması, “benzeri sebepler” ibaresinden hareketle cinsel yönelimin şüpheli temeller arasında sayılmasının önünde bir engel değildir.

Türkiye’de LGBTİ+ topluluğu siyasi ve toplumsal olarak güçsüz ve zayıf olup, topluluk mensupları maddi ve manevi varlıklarını ve kişiliklerini geliştirerek içinde yaşadıkları topluma katkı yapmaları hususunda büyük zorluklarla karşılaşmaktadır. Türk toplumun önemli bir bölümünün LGBTİ+ davranışları, kimliği ve fillerini genel ahlaka aykırı gördüğünü söylemek mümkündür. Yapılan bir araştırmada Türkiye’de halkın %70’inin eşcinsel ve lezbiyenlerin hayatlarını diledikleri gibi sürdürmeleri düşüncesine karşı çıktığı ve %87’sinin bu özelliklere sahip komşu istemediği ortaya konulmuştur. Türkiye’nin önde gelen LGBTİ+ sivil toplum kuruluşlarından olan KAOS GL bir raporunda şu tespitlerde bulunmuştur: “LGBT vatandaşlar iş aramaktan, iş bulmaktan, mesleki gelişimden, gelir, sağlık ve eğitim olanaklarından, toplumsal ve topluluksal yapılardan, ağlardan ve etkinliklerden uzaklaştırılmakta, yetkisizleştirilmekte ve ilişkisizleştirilmektedir. LGBT’ler çoğu zaman sosyal, politik ve ekonomik savunmasızlığa itilerek özgür iradeleri ile tercihte bulunmaktan, olanakları kullanmaktan, hak ve özgürlüklerini talep ve elde etmekten mahrum bırakılmaktadırlar. Bu durum, dezavantajlı arka planlardan gelen ve riskli koşullara tabi tutulan LGBT’lerin toplumun eşit üyeleri olarak kendi insan haklarını elde etmeleri önünde ciddi engeller yaratmaktadır.” BM İnsan Hakları Komitesi’nin en son 2012 yılında Türkiye hakkındaki Sonuç Gözlem Raporu’nda Komite, Türkiye’deki LGBT’lere dair ayrımcılık ve şiddete ilişkin derin endişelerini belirtmiş, Türk Hükümeti’ne bir an önce gerekli yasal ve politik tedbirleri almasını tavsiye etmiştir. ASHK’da Türkiye’de çalışma hayatında, özellikle cinsel yönelim kaynaklı ayrımcılığa karşı yeterli önlem ve

güvencelerin sunulmadığından hareketle bu durumun ASŞ ile uyumluluk taşımadığı tespitinde bulunmuştur.

AİHM, heteroseksüel çoğunluğun eşcinsel azınlığa karşı duyduğu önyargıların ve olumsuz tutumların, gelenek veya ülkelerin genel eğilimi gerekçesiyle meşrulaştırılamayacağını, böyle bir durumun demokratik bir toplumun esasını oluşturan eşitlik, hoşgörü ve çoğulculukla uyuşmayacağını vurgulamıştır. Hiç kuşku yok ki, toplumun kendi kültürünü ve onun altında yatan ahlaki ilkeleri, normları korumak hakkı vardır ancak bu çoğunluğun kendisinden farklı olanları belli davranış kalıplarını benimsemeye zorlamasını meşrulaştırmaz. LGBTİ+ insanları ve topluluğu tıpkı diğer insanlar gibi eşit ilgi ve saygıya, haysiyete layık olup, ötekileştirme, yok sayılma ve ayrımcılığa karşı anayasal güvencelerden herkes gibi yararlanabilmelidir. Anayasada devletin resmen kabul ettiği cinsel bir yönelim olmadığından, devlet tüm cinsel yönelimler karşısında eşit ve tarafsız kalmalıdır. LGBTİ+'lerin eşit fırsat ve haysiyetle toplumsal yaşama katılmalarının engellenmemesi gerekir. Cinsel yönelimlerden birinin toplum çoğunluğu tarafından benimsenmesi ve "doğal" ve genel ahlaka uygun karşılanarak bunun dışındakilerin kabul edilemez, haklardan yararlanamaz bir şekilde önyargılara kurban edilmesi, ayrımcı muamelelere tabi tutulması modern demokratik devlet anlayışı, demokratik toplum düzeni ve anayasal ilke ve haklarla uyuşmamaktadır.

Genel ahlak, insanlar arası ilişkileri düzenlemek ve toplumun hayatiyetini ve sürekliliğini sağlamak amacıyla her toplumda kendine özgü bir şekilde ortaya çıkan, bireylerin öznel ahlak anlayışlarının üzerinde ve ötesinde toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilerek nesilden nesile aktarılan, durağan olmayıp değişkenlik gösteren hukuk ve toplumsal davranış kuralları bütünüdür. Anayasa Mahkemesi bir kararında genel ahlakı "belirli bir dönemde doğru, makul ve adil düşünceye sahip toplum genelinin benimsediği ahlak ve edep anlayışı" olarak tanımlamıştır. Bununla beraber aynı kararda "soyut ve değişken bir kavram olan genel ahlaka ve adaba aykırılığın tespitinde toplumun belirli bir kesiminde kabul edilen değer yargıları değil, demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması gerekmektedir. Böylece çoğunluğun veya bir kesimin ahlak anlayışının toplum geneline dayatılması riskinin önüne geçilebilecektir... sınırlanmak istenilen davranış değerlendirilirken demokratik toplumun temellerini oluşturan hoşgörü, açık fikirlilik, çoğulculuk gibi değerler ve özgürlüğü genişletici yorum yöntemleri yanında davranışın demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır" tespitlerinde bulunmuştur. AYM burada bir taraftan toplumun çoğunluğunca kabul edilen ahlak anlayışının genel ahlakın tanımladığını kabul ederken, diğer taraftan bunun genel ahlakın tanımlanmasında ve yorumlanmasında demokratik toplum düzenini esasını oluşturan hoşgörü, açık fikirlilik, çoğulculuk gibi değerlerle, özgürlüğü genişletici yorumlarla ve demokratik toplumun ahlaki standartlarıyla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Toplumun çoğunluğunun ahlak anlayışı genel ahlakın nasıl algılandığını etkilemekle beraber bu anlayışın hoşgörü, açık fikirlilik, eşitlik, çoğulculuk ve özgürlükçülük değerleriyle birlikte göz önüne alınması doğru olacaktır. Anayasal bir kavram olarak genel ahlak temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında kullanılan meşru amaçlardan biri olmakla beraber ne olduğunun tek başına toplum çoğunluğunun davranışlarına göre belirlenmesi farklı cinsel yönelimi olanların temel

haklardan diğerleri gibi eşit bir şekilde ayrımcılığa uğramadan yararlanmalarının önünde bir set oluşturacaktır.

Toplumsal olarak genel ahlaka aykırı nitelendirilen her davranış ve eylem anayasal manada genel ahlaka veya anayasal ahlaka aykırı olmayabilir. Genel kamusal ahlak ile anayasal ahlak her zaman örtüşmeyebilir. Anayasal ahlak çoğulculuk, hoşgörü, eşitlik ve insan haklarına saygı gibi anayasal değerleri temel alan ahlakıdır ve insan haysiyetini korumayı amaçlar. Toplumsal genel ahlak anlayışı Anayasa'nın güvence altına aldığı haklardan belli bir topluluğun taşıdığı bazı özellikler, sergilediği davranışlar ve gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı yararlanamaması sonucunu doğurmamalıdır. İtiraz konusu kural bakımından değerlendirildiğinde LGBTİ+ bireylerin ülkemizde gerek devlet katında gerekse de özel, sivil, kamusal alanda ayrımcı muamelelerle karşılaştıkları, "sapık", "sapkın", "ahlaksız", "edepsiz", "hasta", "iffetsiz" gibi nitelermeler, suçlamalar ve ithamlar altında büyük zorluklarla gündelik hayatlarını sürdürmeye çalıştıkları inkâr edilemez bir toplumsal ve hukuki gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasaların uygulandıkları toplumların toplumsal gerçekliğiyle uyum içinde olması, ondan kopuk olmaması hayatiyetleri bakımından önemli olmakla beraber anayasa metinleri belli bir zaman ve mekân bağlamında, o zaman ve mekâna ait değerler etrafında çok da donuklaşmamalıdır. Günümüzde toplumsal değişimin hızının artmasıyla birlikte anayasaların yaşayan ve adeta canlı bir metin olarak yorumlanmaları önem kazanmıştır. LGBTİ+ hakları için Türk toplumunun henüz hazır olmadığı iddia edilebilirse de, taraf olduğumuz uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve onları denetleyen uluslararası insan hakları mahkemeleri ve komitelerinin kararları aksini işaret etmektedir. Üstelik toplumun genel ahlakını korumak adına LGBTİ+ bireylerden talep edilen fedakârlık çok fazla olup, son derece ölçüsüzdür, zira bu insanlardan kişisel özgürlük ve haysiyetlerinin diğer insanlardan daha alt düzeyde olduklarının kabulü istenmektedir. Hâlbuki anayasamızda geçen "herkes" ve "kişi" kavramları belli bir cinsel yönelimi işaret etmemektedir.

Ayrımcılık yasağının temel hareket noktası bazı insanların yasaklı veya şüpheli bir temel bağlamında belli bir topluluğa, gruba ait olmalarından dolayı onlara diğer insanlar ve devlet tarafından haklı bir neden olmaksızın farklı muamelede bulunulmasının engellenmesidir. İnsanlar arasındaki cinsel yönelim farklılıkları köken, din, ırk, etnisite, cinsiyet farklılıkları gibi yeryüzündeki insan çeşitliliğinin ve varlığının bir yansımasıdır. Nasıl ki beyaz ırkın siyah ırka veya A etnisitesinin B etnisitesine bir üstünlüğü, ayrıcalığı yoksa heteroseksüelliğin de farklı cinsel yönelimler karşısında insan hakları açısından bir üstünlüğü, ayrıcalığı yoktur. Ortaya çıkan ayrımcılıklar siyasi, toplumsal, iktisadi ve biyolojik sahalarda tezahür eden (biyo)iktidar ilişkilerinin bir sonucudur. Cinsel yönelim temelinde yapılan ayrımcılığın kökeninde toplumdaki egemen heteroseksüel cinsel yönelimin heteronormatifleştirici bir tarzda diğer cinsel yönelimlere uyguladığı eşitsiz ve ayrımcı muameleler yatmaktadır. Bir toplumu oluşturan bireylerin çoğunluğundan farklı bir cinsel yönelimi olan insanlar neyin normal, neyin sapma olduğunu tespit eden "normalleştirici hükümler ve kurallar" altında tekdüze bir normallığın dışlayıcı, ayrımcılaştırıcı, ikincilleştirici ve ötekileştirici uygulamalarına maruz kalmaktadır.

Cinsel yönelim olarak normali temsil ettiği kabul edilen zıt cinselliğin egemen olduğu bir toplumda eşcinsel yönelimler demokratik bir toplumsal düzende bireysel ve toplumsal çeşitliliklerin ve çoğulculuğun bir tezahürü olarak kabul edilmelidir. LGBTİ+’ler bir zamanlar ABD’de ırk ayrımcılığını meşrulaştırmak için kullanılan “separate but equal” (ayrı ama eşit) uygulamasının, siyasasının muhatabı olarak görülmemelidirler. Farklı olanları korumak için ortaya çıkan insan hakları tarihi insanlar arasında ayrımcılık yaratan egemen kültürel normlar, uygulamalar ve geleneklerin adil olmayan, haksız ve baskıcı sonuçlarıyla mücadelenin tarihidir. Emek hakları, kadın hakları ve ırk ayrımcılığıyla mücadele bunun örnekleridir. Demokratik bir sistemde çoğunluk, cinsel azınlık olarak nitelendirebileceğimiz LGBTİ+’lerin temel hak ve özgürlüklerini göz ardı etmemelidir. Demokratik yönetimler çeşitliliğin ve farklılıkların tehdit yerine toplumu güçlendiren ve zenginleştiren özellikler taşıdığına bilincindedir. Eşitlik, herkesin ayrılaştırılmasını değil insan deneyiminin çeşitliliğini yansıtan farklılıkların kabulü ve bunların dışlama, ötekileştirme, damgalama, cezalandırma ve marjinalleştirme temeli olmamasının sağlanması ve insanlara belli bir topluluğa ait olmalarından ötürü alt insan muamelesi yapılmamasının adıdır. Heteroseksüel çoğunluğun bir kısmının, hatta önemli bir kısmının cinsel azınlıklar üzerindeki önyargısı farklı ırktan, kökenden olanlara ya da farklı renge sahip bireylere karşı gösterilen olumsuz tutumlar gibi, tek başına ayrımcılığı meşrulaştırmaz. Eşitlik, eşit ilgi ve saygı gerektirir, birine gösterilen ilgi ve saygının aynısının başkalarına gösterilmesini lüzumlu kılmaktadır.

Cinsel yönelim ayrımcılığı kimi hayatların daha az saygıya ve haysiyete sahip olduğunun kabulü anlamına gelip, LGBTİ+’lerin eşit fırsat ve haysiyetle toplumsal yaşama katılmalarının engellenmesi sonucunu doğurmaktadır. Demokrasi herkesin eşit değerde olduğu ilkesine dayanır, bazılarına diğerlerinden daha az değerli davranmak insan haysiyetine aykırıdır. Haysiyet kavramının iki boyutu vardır. İlk boyut insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygıyı kapsarken, ikinci boyutu başkalarının gösterdiği saygının dayandığı değer, saygınlık ve itibarı içermektedir. Başka bir ifadeyle kavram kişinin kendisine ve toplumun ona verdiği değeri ifade etmektedir.

Anayasa’nın Başlangıç bölümünde “Her Türk vatandaşının **onurlu bir hayat** sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” belirtilmiştir (vurgu eklenmiştir). Devletin temel amaç ve görevlerinin sayıldığı 5. madde de bu görevler arasında “devletin kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” da sayılmaktadır. Devletten beklenen kişilerin ve toplulukların sosyal dışlanmasını önleyerek herkes için insan haysiyetine yaraşır bir hayat düzeyini gerçekleştirmeye ve bunun önündeki engelleri aşmaya çalışmaktır.

Anayasa Mahkemesi de, bir kararında insan haysiyetini şöyle tanımlamaktadır: “İnsan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi koşullar altında bulunursa bulunsun, salt insan oluşunun kazandırdığı değer, tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce yapılan işlem ona muhatab olanı insan olmaktan çıkarır.”

Haysiyet kavramı ilk kullanılmaya başlandığında belli bir sınıfsal konumda olan, statü sahibi beyaz adamın “hakettiği” düşünülen bir nitelikken zamanla alt sosyal sınıflara, oradan da kadınlara, çeşitli ırklara, kökenlere ve günümüzde de çoğunluktan farklı cinsel yönelimleri ve cinsiyet kimlikleri olan insanlara doğru bir yayılım göstermektedir. Bu sayede, önceleri toplumun çeperlerinde olan bir zümre zamanla toplumsal ve siyasi dışlanmadan kendisinin de toplumun tam üyesi olarak görüldüğü, hukukun ve vatandaşlığın sağladığı tüm haklardan herkes gibi yararlanabildiği bir konuma erişebilmektedir. Devletin temel görevlerinden biri insan haysiyetini koruyarak belli bir insan topluluğunu meydana getiren kişilerin haysiyetine zarar verecek, onları damgalayacak politikalarından, uygulamalarından ve hukuki düzenlemelerden kaçınmaktır. İnsan haysiyeti devletin dilediği kişi ve topluluklara bahşedip, uygun görmediklerinden esirgediği bir lütuf değildir.

İnsanlar insan oldukları için değerlidir ve insan haysiyeti doğuştan kazanılan, insanın sırf insan olduğu için vazgeçilmez ve başkasına devredilemez haklara sahip değerli ve saygıyı hakeden bir varlık olduğunu ifade etmektedir. Her insan sadece insan olmaktan kaynaklanan bir değere, erdeme ve saygıya sahiptir. Dokunulmaz bir niteliği olan insan haysiyeti herkesin konumu ve doğuştan gelen değişmez ve değişebilir özellikleri ne olursa olsun eşit olarak sahip olduğu ve devletçe korunması ve saygı gösterilmesi gereken hayati bir insani değerdir. İnsanın öz saygı gereğince kendini gerçekleştirme, geliştirme ve kendi kaderini tayin etme imkân ve fırsatlarına sahip olması insan haysiyetinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır.

İtiraz konusu kural askerlik mesleğinin onurunu korumak adına farklı cinsel yönelimleri olan asker kişilerin insan haysiyetini göz ardı etmektedir. Bu bağlamda cinsel yönelim insan haysiyetiyle yakından bağlantılıdır. Diğer asker kişiler ve toplumun genelinden farklı cinsel yönelime sahip olan asker kişilerin cinsel yönelimleri kişiliklerinin değişmez bir parçasını ve kökleşmiş bir yönünü temsil etmektedir. Bu kişiler farklı cinsel yönelimlerinden dolayı diğer insanlardan daha mı az değerlidir, haysiyet sahibidir? LGBTİ+ insanlar ne yaptıkları için değil ne oldukları veya ne olarak algılandıkları için kuraldaki gibi ayrımcı muamelelerle karşılaşmakta, tabir caizse, “makbul” vatandaş olarak görülmemektedir...”

Okuldaki görevliye eşcinsel ilişki teklif ettiği iddiasıyla başlatılan soruşturma neticesinde başkalarıyla eşcinsel ilişkiye girdiğini kabul eden ve meslekten çıkarılan öğretmenin başvurusu (Başvuru no:2013/2928) üzerine verilen Karara karşı yazılan oyda da E.Yıldırım, öğretmenin gördüğü muamelenin cinsel yöneliminden kaynaklandığını ve yapılan ayrımcılığın haklı bir sebebi bulunmadığını belirtmektedir.

Bu uyuşmazlıktaki Karşı oyun önemi, cinsel eğilimle öğretmenlik mesleği arasında bir ilgi kurulamadığının ifade edilmesindedir. Karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, öğretmenin görev yaptığı okul müdürü, öğretmenliğin gerektirdiği görevleri yerine getirdiğini, ancak okul dışı sosyal yaşamında homoseksüel ilişkilere girdiğinin çeşitli durum ve şahıslardan anlaşıldığını belirtmiştir. Ayrıca öğretmenin meslekle ilişkisinin kesilmesi öncesinde 1996 ve 1997 yıllarına ait sicil notlarının sırasıyla 92 ve 90 olduğu anlaşılmıştır.

E.Yıldırım bu tespitten sonra tesis edilen işlemin hukuka aykırılığını şöyle gerekçelendirmektedir: “...Mevcut yasal düzenlemelerde de eşcinsel olan bir kişinin öğretmenlik mesleğini yapamayacağını söyleyen herhangi bir kural bulunmamaktadır... Mesleğe dönme talebinin reddedilmesi idarenin savunmasının aksine başvurunun cinsel yöneliminden kaynaklanmaktadır, zira başvurunun en başta meslekten çıkarılmasına neden olan olaylar tamamen özel hayatını ilgilendiren cinsel yönelimle ilgili tutum, davranış ve eylemlerine ait olgularla bağlantılı olup, bunların mesleki faaliyetleri üzerindeki etkilerine dair yeterli ve ikna edici gerekçeler somut olarak ortaya konulmamıştır. Başvurunun cinsel yönelimini okuldaki mesleki faaliyetlerine yansıttığı, küçük yaştaki öğrenciler üzerinden olumsuz etkilere neden olduğu konusunda da idarece sunulan somut bir bulgu bulunmamaktadır. Okul müdürü, müdür yardımcısı ve diğer öğretmenlerin soruşturma raporunda yer alan ifadelerinde başvurunun cinsel yöneliminin okuldaki eğitim faaliyetlerinde bir aksamaya neden olduğu, öğrenciler üzerinde olumsuz etkiler yarattığı yönünde bir tespitte yer verilmemiştir. Bütün bunlara rağmen, başvurunun eşcinsel yönelimi kamu yetkilileri tarafından “huzursuzluk” kaynağı ve “iffetsizlik” olarak nitelendirilmiş ve bunlarla ilgili disiplin hükümleri uygulanmıştır. Başka bir ifadeyle idare eşcinselliği “iffetsizlik” ve “huzur bozuculukla” eş tutmuştur. Üstelik, bütün bu değinilen hususlarla ilgili olarak, örneğin öğrenci velileri veya diğer öğretmenler tarafından herhangi bir resmi şikayette bulunulmamıştır. Başvurunun görev yerinde, yani okulda bir okul hizmetlisine cinsel ilişki teklif ettiği iddiası ise bir iddia olmaktan öteye geçememiş ve doğruluğu ispatlanamamıştır. Başvurucu eşcinsel cinsel yönelimini, kimliğini ve kasaba halkından bazı kişilerle özel hayat kapsamında cinsel ilişkiye girdiğini kabul etmekte ancak çalıştığı okuldaki görevliye okulda eşcinsel ilişki teklifinde bulunduğu iddiasını kesinlikle reddetmektedir...Burada başvurunun okul görevlisinin iddiasının gerçek olmadığını ispatlama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu yükümlülük iddia sahibine ve kamusal makamlara aittir. Adı geçen okul görevlisinin soyut, ispatlanmamış bu iddiası idarece araştırılmadan tek taraflı olarak somut bir gerçek olarak kabul edilmiş ve başvuru aleyhine tesis edilen işlemin dayanaklarından birini oluşturmuştur. Elbette, cinsel yönelimden kaynaklı davranışlar öğretmenlik mesleği ve disiplin üzerinde gösterilebilir somut olumsuzluklara yol açıyorsa öngörülen yaptırımlar uygulanabilir ancak özel hayata ait tercihlerden dolayı öğretmen kişinin mesleğin onurunu zedeleyeceği, huzursuzluğa neden olacağı, küçük yaştaki öğrenciler için olumsuz etkiler yaratacağı otomatik olarak varsayılmamalıdır...Başvurunun cinsel yöneliminin kendisinin veya çalışma arkadaşlarının mesleki faaliyetlerin ve performanslarını veya hizmetin muhatabı olan öğrenciler üzerinde olumsuz sonuçlar doğurduğuna ilişkin somut ve nesnel bir bulgu ortaya konulmadığı gibi bu durum yapılan soruşturma kapsamında da araştırılmamıştır. Konuyla ilgili tüm idari ve yargısal süreçlerde başvurunun yürüttüğü eğitim faaliyetinin içerik, etkinlik ve kalitesi ile ilgili herhangi bir olumsuzluğa da işaret edilmemiştir. Kamusal makamlar, başvurunun cinsel yöneliminin öğretmenlik mesleği üzerinde ne gibi somut riskler veya zararlı etkiler doğurabileceğini de tartışmamışlar ve bununla ilgili somut bir veri sun(a)mamışlardır...”

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yukarıda ele alınan Anayasa Mahkemesi Kararları ile Kararlarda ve karşı oyda atıf yapılan AİHM Kararlarına göre salt cinsel yönelim, kamu görevlilerinin özel hayatına müdahale

gerekçesi oluşturmaz. Hatta Anayasa Mahkemesi'nin, "başvurucunun öğretmenlik mesleğine kabul edilmemiş olmasının, bir başka kamu görevinde çalıştırılmayacağı anlamına gelmediği"ni belirtmesi, öğretmenler (ve başka karara konu olan askerler) dışındaki kamu görevlilerinin cinsel tercihlerine karışılmayacağı anlamına gelmektedir.

İdari yargı uygulamasında da AİHM'nin salt cinsel yönelim sebebiyle kamu görevlilerine yaptırım uygulanmaması gerektiği görüşüne atıf yapıldığını görmekteyiz. E.Yıldırım'ın karşı oy yazısında zikredilen Danıştay 12. Daire kararında, bir öğretmenin sadece eşcinsel olduğu için meslekten uzaklaştırılması, kanun önünde ayırım gözetmeksizin eşitlik ilkesine ve Anayasanın 20.maddesine aykırı bulunmuştur.(Danıştay 12. Dairesi, E: 2011/750, K. 2014/7169, K.T. 07/11/2014.).²³

Danıştay 12. Dairesi, rızaen eşcinsel ilişki kurduğu için "iffetsizlik" gerekçesiyle meslekten atılan öğretmenin açtığı davada şu kararı vermiştir: "...Uyuşmazlıkta, davacının özel hayat alanı içerisinde rızaen eşcinsel ilişki kurması nedeniyle cezalandırılması karşısında, söz konusu fiilin Anayasa'nın 20/1. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi uyarınca "özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı" kapsamında bulunup bulunmadığı konusunun irdelenmesi gerekmektedir.

Konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları incelendiğinde; başta Dudgeon – Birleşik Krallık Kararı (Başvuru No: 7525/76 – Karar Tarihi: 22.10.1981) olmak üzere bu konuda verilmiş çok sayıda karar bulunduğu, özellikle Smith ve Grady – Birleşik Krallık Kararı (Başvuru No:33985/96, Karar Tarihi:27.9.1999), Lustig/Prean ve Beckett – Birleşik Krallık Kararı (Başvuru No:31417/96 – Karar Tarihi: 27.9.1999), Perkıns ve R. – Birleşik Krallık Kararı (Başvuru No:43208/98 – Karar Tarihi: 22.10.2002), Beck, Copp ve Bazeley – Birleşik Krallık (Başvuru No:48535/99 – Karar Tarihi: 22.10.2002), kararlarında; eşcinsel kişilerin salt cinsel yönelimlerinden dolayı ordudan ihraç edilmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin ihlali olarak karara bağlanmış, Özpınar – Türkiye Kararında (Başvuru No:20999/04 – Karar Tarihi:19.10.2010) ise; bir yargıcın özel hayatında arkadaşlık ettiği kişiler ve giyim tarzı, aşırı makyaj yapması gibi iddialar ön plana çıkarılarak meslekten çıkarılması anılan hakkın ihlali olarak değerlendirilmiş, anılan yargıçla ilgili iddiaların bu kişinin mesleğini icrasına etkisinin somut olarak ortaya konulmadığı hususu vurgulanmıştır.

Uyuşmazlık konusu olayda, davacının eşcinsel eğilimlerini okul içerisinde yansıttığına veya okul dışında olsa bile öğrencileri ile bu şekilde bir ilişkiye girdiğine dair bir delil, tespit veya tanık bulunmamaktadır. Disiplin soruşturması aşamasında ifadeleri alınan ve davacıyla aynı okulda görev yapan öğretmenlerin ve yöneticilerin, davacının herhangi olumsuz bir hareketini görmediklerini ve disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili bir duyularının olmadığını beyan ettikleri görülmektedir.

Bu durumda; davacının mahremiyet alanı içerisinde rızasıyla eşcinsel ilişkiye girmesinden ibaret olan fiilinin, memur disiplin hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığı ve disiplin suçu

23 Ayrıca 12.Dairenin 2016/1586K.Sayılı kararında da eşcinselliğin kamu görevinden çıkarmada başlı başına gerekçe olamayacağına işaret edilmektedir.

oluşturmadığı, söz konusu fiilin bir disiplin suçu olarak değerlendirilerek davacının meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasının Anayasa'nın 20/1. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca "özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının" ihlali sonucunu doğuracağı anlaşıldığından, dava konusu işlemde ve davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir..."²⁴

12. Daire, öğretmenin cinsel tercihinin mesleğine yansımadağı, özel hayat alanına girdiği gerekçesiyle, meslekten çıkarılmasını hukuka aykırı bulmuştur. Ancak karşı oyda öğretmenlik mesleği ile eşcinselliğin bağlantısı olduğu, rol modeli öğretmenlerin öğrencileri etkileyeceği ifade edilmektedir. Karara katılmayan üyeler göre; "... Özellikle mesleki yaşamı ile bağlantısı olabilecek bazı özel hayat unsurları açısından, davacının mesleki ve etik kurallara aykırı davranışlarının kamu görevlilerinin ve bu bağlamda kamu hizmetinin saygınlığı üzerinde belirli bir etkiye sahip olabileceği açıktır. Öte yandan, yetişkinliğe henüz ulaşmamış çocuk ve genç bireylerin hayatı ve hayata bakışı öğrenmesinde, tutum ve davranış geliştirmelerinde bu bireylere örnek ve rol model olan öğretmenlerin bireyin eğitiminde kaçınılmaz olarak önemli bir yeri vardır. Görevi itibariyle eğitim dünyasının temel taşlarından olan öğretmenlerin, öğrencilere olumlu ya da olumsuz örnek olabilecekleri de tartışılmaz bir gerçektir. Öğretmenler kendilerini rol model olarak sunmasalar dahi çevresinde bulunan çocuklar ve gençler için her zaman iyi ya da kötü model oluşturmaktadırlar. Okullar, çocuklar için oluşturulan çok boyutlu öğrenme ortamlarıdır. Öğretmenler, bu eğitim ortamlarında hem çocuk hem ebeveyn hem de toplum açısından oldukça önemli bir yere sahiptir. Eğitim sisteminin amacına uygun öğrenciler yetiştirebilmek iyi yetişmiş ve mesleğinde söz sahibi öğretmenlere bağlıdır."

Anayasa Mahkemesi, bir öğretmenin eşcinsel olabileceğini kabul etmektedir; ancak eşcinsel ilişkide bulunmasını veya bu ilişkinin duyulmasını benimsememektedir. Bireysel başvuru kararında, öğretmenin fiili hademeye ilişki teklifi ve eşcinsel ilişkinin kamunun bilgisine açılmış olması olarak nitelenmekte ve bu davranış sebebiyle işlem tesis edildiği belirtilmekteyse de göreve atanmamasına yol açan davranış eşcinsel ilişkisidir. Üstelik bu davranış, öğretmen tarafından isteyerek "kamu bilgisine" açılmış değildir. Yapılan soruşturma sırasında gerçekleşmiştir. Şunu da belirtmek gerekir ki bir başka insanla (veya insanlarla) gerçekleştirilen ilişkinin ufak yerleşim birimlerinde duyulması tabiidir. Ayrıca cinsel tercih, insanların giyim tarzlarından, hal ve hareketlerinden de anlaşılabilir. Dolayısıyla başkalarının duymaması, Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle, kamunun bilgisine açılmaması için böyle bir cinsel tercihin mevcut olmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi Kararına konu olan hadise, şu soruyu da akla getirmektedir: Disiplin soruşturmasına konu olan hademeye ilişki teklifi, eşcinsellik içermeseydi nasıl değerlendirilecekti? Örneğin bir erkek öğretmen bir kadın görevliye cinsel ilişki teklif etseydi ve bu öğretmenin kasabada başka kadınlarla da birlikte olduğu anlaşılıysaydı. İdare iffetsizlik sebebiyle işlem tesis edecek miydi? Anayasa Mahkemesi bir öğretmenin cinsel kimliğinden ve eşcinsel yöneliminden soyut olarak bu konuya değinmemektedir. Ancak muhtemeldir ki bir erkek öğretmen ve kadın

24 E.2011/750, K.2014/7169 Kararlar Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından alınmıştır.

görevli örneği olsaydı, bu davranış “iffetsizlik” kapsamında cezalandırılmayacaktı. Bu durumda genellikle başvuru yolu, görev yeri değişikliği olmaktadır. Hatta tacize uğrayan kadın görevlinin görev yeri değiştirilmektedir.²⁵

Kamu görevlilerinin cinsel tercihi konusunda, mesleğin özelliği, askeri disiplinin bozulması, öğrencilerin eşcinsel öğretmen modeliyle cinsel tercihlerini belirlemeleri gibi gerekçelerin soyut iddia düzeyinde kalmaması gerekir. Ayrıca eşcinsel tercihin mesleğin saygınlığını ne şekilde zedelediği ve hizmetin yürütülmesini olumsuz etkilediği de incelenmeli ve somut bilgilerle ortaya konulmalıdır. Özellikle öğretmenlerin cinsel tercihinin öğrencilere yansımaları veya aktarılması gerekçesi, bilimsel çalışma konusu yapılmadan ve cinsel tercihin nasıl oluştuğuna dair tıbbi, sosyolojik, psikolojik araştırmalara dayanmadan kullanılamaz.

Bu noktada Anayasanın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70.maddesi de dikkate alınmalıdır. Maddeye göre hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez. 1961 Anayasası döneminde verilen bir Anayasa Mahkemesi Kararında²⁶ görevin gerektirdiği nitelikler kavramının esasları açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre: görev ile aranan nitelik arasındaki objektif zorunlu,gerçeklere uyan sebep sonuç ilişkisi kurulmalı; aranan nitelik görevin iyi bir şekilde yerine getirilmesi amaçlı olmalı; bu nitelik bulunmadığı takdirde görev yerine getirilememelidir.

Sonuç olarak, mesleğin gereği gibi yapılması amacına yönelik olmayan müdahaleler hukuka uygun sayılamazlar. Somut olarak ele alınan Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesi, bu sebeple isabetli değildir. Çünkü bir başkasına cinsel ilişki teklifi, teklif edenin eşcinsel olup olmasına göre farklı değerlendirilemez. Bir erkeğin bir kadına veya bir kadının bir erkeğe cinsel ilişki teklifi, aynı derecede eylemlerdir.

25 İnternette kadın memura taciz başlığıyla yapılan ufak bir aramada bu tespitin yanlış olmadığı anlaşılmaktadır.

26 E.1979/19 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaman,N. İdare Hukuku (Yıldırım ve diğerleri), XII levha Yay.,6.bası,s224.vd.

Doktor Lütfi Hakkında Zeyl ve “Fikr-i Islahât” Eseri

An Addendum to Doktor Lutfi and His Work “Fikr-i Islahât

Rukiye AKKAYA KİA*

Öz

Modern devletin doğuşu; devlet, özgürlük ve yasa kavramlarının; toplumsal barış prensibi ile yoğrulduğu, somut ve akılcı siyasi değerlerle sorgulandığı döneme rastlar. Bu sorgulamada, karşılaştığımız ilk soru; cevabı, belirli bir tanıma yönelik olan “devlet nedir?” sorusudur. Bu soruya samimiyetle eğilerek; II. Meşrutiyet döneminde, Osmanlı Devletinin dönüşümünde aktif rol almış –Jöntürkler içinde ya da değil – adı, eserleri unutulmuş pek çok isim vardır. Fransız İhtilali, pozitivizm, sosyal Darwinizm gibi farklı sorgulama katmanından destek alarak; devletin somut varlığı üzerine eleştirel yaklaşımlar sunan isimlerden biri de Doktor Lütfi'dir. Nitekim “Millet ve Hükümet” başlığı ile 1906'da Paris'te yayınladığı kitabının birinci kısmında bu soruyu sorar: “devlet nedir?”

Doktor Lütfi, hem tıp hem hukuk doktorudur. İstanbul'da, tıp eğitimini tamamladıktan sonra; Paris'te bulunduğu yıllarda “uluslararası sağlık politikaları” konusunda yazdığı tezi ile “hukuk doktoru” unvanını almıştır. II. Meşrutiyet döneminde, Osmanlı İmparatorluğu'nun, Paris Konsolosu olarak görev yapmıştır. Bir taraftan İttihat ve Terakki ekibi ile diğer taraftan Prens Sabahaddin'in liberaller grubu ile ilişkisi bulunan Doktor Lütfi'nin; 1919'dan sonraki yaşamına dair bilgi bulunamamış idi. Bu çalışmada; Doktor Lütfi'nin, yaşamının bilinmeyen ayrıntılarına değinilecek ve Fransızcadan tercüme ettiği “Fikr-i Islahât (1904)” isimli kitabı üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Doktor Lütfi, Fikr-i Islahât (1904), II. Meşrutiyet, Jön Türkler, Pozitivizm,

Abstract

The emergence of the modern state coincides with the period in which the concepts of state, freedom and law had merged with the principle of social peace and had got investigated with rational political morals. The first question that we face in this investigation is “What is state?” of which answer is aimed at a specific definition. There had been plenty of forgotten thinkers (whether among Young Turks or not) who took an active role in transition of Ottoman Empire by reflecting upon this question, Doctor Lütfi is one of those who had critically approached to institutional materiality of the State through the instruments of French Revolution, positivism, social Darwinism etc. In his book titled “Millet ve Hükümet” (Nation and Power) and published in Paris in 1906, he puts this question: “What is state?” Doctor Lütfi holds the title of doctorate not only in medicine but also in law. After completing medical education in Istanbul, he received his PhD in law with a thesis themed “international health policies” in years during which he had been in Paris. He had worked as consul general in Paris in the second constitutional era. Any information on the life of Doctor Lütfi after 1919, who had been in contact with

* Profesör Doktor, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı. rakkaya@marmara.edu.tr

“İttihat ve Terakki Cemiyeti” (the Committee of Union and Progress) and also with the liberal group of Prince Sabahaddin, could not be found. In this work, we aim to go into unknown details of the life of Doctor Lutfi and to focus on his book titled Fikr-i Islahat (1904) which he translated from French.

Keywords: Doctor Lutfi, The idea of Revolution, Constitutional monarchy at 1908, Young Turks, Pozitivizm

GİRİŞ

II. Meşrutiyet döneminde; modern devletin hukukla açıklanması, sosyal ve ekonomik iç dinamiğinin bilinebilir olmasına dair yüksek sesli tartışmaları okuyoruz, yorumluyoruz. Bu isimler içinde, eserlerini ve düşüncelerini yakından bildiğimiz, tez çalışmalarından monografilere kadar geniş bir çalışma alanında irdelenmiş pek çok sima vardır. Bu isimler arasında; henüz bilmediklerimiz, eserlerinin kapağı dahi açılmamış olanlar da vardır ve keşfedilmeyi beklemektedirler.

Çalışmamızda; Doktor Lutfi'nin; yaşamında bilinmeyen yönlerine değinilerek “*Millet ve Hükümet*” (1908) ile “*Fikr-i Islahât*” (1904) başlıklarını taşıyan eserleri üzerinde durulacaktır. Her iki eser de II. Meşrutiyetin ilan edilmesinden önce yayınlanmıştır. “*Millet ve Hükümet*” (1908) başlıklı eserin Latin harflerine transkripsiyonu, daha önce yayınlanmış olduğundan, burada sadece genel bir analize yer verilecektir. Fikr-i Islahât ise daha önce üzerinde durulmamış bir eserdir. Dilinin ağıdalı ve eski terimlerle yüklü olması nedeniyle, anlamayı kolaylaştırmak için bazı kelimelerin sözlük karşılığı ve metnin aslında bulunmayan noktalama işaretleri tarafımızdan eklenmiştir. Orijinal metinlerinin incelenmesi sırasında rastladığımız ve tespit ettiğimiz, kayıtları birbiri ile örtüşmeyen kütüphane kataloglarına ve bilgi fişlerine (müteferrik evrak) dikkat çekmek gerekmiştir.

Eserlerinde; Batı siyasal düşüncesini inşa eden temel kavramlara hâkimiyetini gördüğümüz Doktor Lutfi'nin; bu süreci karşılaştırmalı olarak birincil kaynaklardan okuma yetkinliğinde olduğunu izlemek mümkündür. Ayrıca II. Meşrutiyet döneminin entelektüel birikimi ve öngörülerini konusunda bir fikir vermektedir.

Değişimin ilkelerini, doğa yasaları ile açıklamak; Batı kaynaklı kavramların siyasi rasyonelliğini kabul etmek, II. Meşrutiyeti hazırlayan siyasal döngüyü açıklamakta eksik kalacaktır. Çünkü tüm zaaflarına rağmen, dönemin büyük bir siyasal gücü olan Osmanlı İmparatorluğu'nun vatandaşı olan Doktor Lutfi; bize, Anayasal monarşinin inşasının sadece zorunlu nedenlerle açıklanamayacağını ifade etmektedir. Doktor Lutfi'nin kaleminden; “millet”in, siyasi bir gerçeklik olduğunu; “devlet”in, hukuki-siyasi bir örgütlü toplumun “hâkimiyet”i esasına dayandığını; siyasi iktidarların “hakk-ı şahsiye” ile sınırlı olduğunu ya da Avrupa devletlerinin gelecekte tek bir devlete dönüşebileceği öngörüsünü okumanın şaşırtıcı olduğunu belirmeliyim.

I. DOKTOR LÜTFİ VE ESERLERİ HAKKINDA ZEYL

Yaşamı ve eserlerine ilişkin; Prof. Dr. Ali Birinci Hoca tarafından yazılan, kısa “tercüme-i hal” içerisinde; Doktor Lütfi’ye dair genel bilgiler bulunmaktadır.¹ Yine Cüneyd Okay tarafından yazılan bir başka yazıda, Doktor Lütfi’nin eserlerinin isimleri verilerek; II. Meşrutiyet’in ilan edilmesinden önce ve sonra yaşanan bazı siyasi olaylara dair değerlendirmeleri, bir eserinden nakletmiştir². Her iki yazıda da Doktor Lütfi hakkında, etraflı bilgiye sahip olmadığımız ve 1919’dan sonraki yaşamına dair hiçbir bilgiye ulaşamadığı ifade edilmektedir. Burada; Doktor Lütfi’nin biyografisini yazma işine girişmeden, arşivlerimizden ve Fransız basınından tespit ettiğimiz; daha önce yazılanların ayrıntısına temas eden yeni bilgilere yer vereceğiz.

Doktor Lütfi’nin adı; Osmanlı Arşiv kaynaklarında, bazı evraklarda “Doktor Lütfü”, “Doktor Lütfi”, bazılarında “Ziya Lütfi Bey” olarak yazılmıştır. Paris’teki kaynaklarda ise “M. Ismaël Loutfi”, “M. Ziya Lütfi”, “I. Z. Loutfi” ve “Doktor M. Z. İ. Lütfi” olarak yazılmıştır. Bu çalışma içinde, kendisini sadece Doktor Lütfi olarak anacağız.

İBB Atatürk kütüphanesinde bulunan tarihsiz, elyazması bir biyografi fişinde³ Doktor Lütfi; “*Sıhhiye Müfettişlerinden Paris Darülfünunu Hukuk Şubesi Mezunlarından ve Ulum-ı Siyâsiyye Mektebi Talebesinden*” ifadesi ile kayıt düşülmüş ve hatalı bir biçimde “Satvet Lütfi” ye işaret edilmiştir. Ayrıca belgenin ortasında, Fransızca olarak; “*Cours libre de droit Musulman professée à la Faculté de Droit de l’Université de Paris pendant l’année scolaire 1907/908*” (1907/1908 eğitim döneminde Paris Hukuk fakültesinde İslam Hukuku hocası. ç.n.) cümlesi bulunmaktadır.

Satvet Lütfi [Tozan] hakkında düzenlenmiş bir başka biyografi fişinde; Doktor Lütfi tarafından yazıldığı ve yayınlandığı, hem eserlerin üzerinde hem arşiv belgelerinde ifade edilen “*Millet ve Hükümet*” ile “*Fikr-i Islahât*”ın de yer aldığı görülmektedir.⁴ Başka bir ifadeyle, adı geçen eserlerin,

- 1 Ali Birinci, *Tarihin Gölgesinde Meşâhir-i Meçhûlden Birkaç Zât*, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2001, s. 390-392
- 2 Cüneyd Okay, “*Dr.Lütfi’ye Dair*”, *Toplumsal Tarih*, Ekim 1995, Sayı 22, s. 60-62.
- 3 İBB Atatürk Kütüphanesi, Evrak Koleksiyonundan Bel_Mtf_54218 Demirbaş numarası ile kayıtlı bulunan, tarihsiz, el yazması, Arap harfli belge. (54218 numaralı Müteferrik Evrak)
“Lütfi; Doktor; “*Sıhhiye Müfettişlerinden Paris Dârülfünunu Hukuk Şubesi Mezunlarından ve Ulum-u Siyâsiyye Mektebi Talebesinden*”;
Bak: Satvet Lütfi
Fikr-i Islahat; Millet ve Hükümet”
Belgenin ortasında Fransızca olarak;
“*Cours libre de droit Musulman professée à la Faculté de Droit de l’Université de Paris pendant l’année scolaire 1907/908*”
(Damga)
- 4 İBB Atatürk Kütüphanesi, Evrak Koleksiyonundan Bel_Mtf_56954 Demirbaş numarası ile kayıtlı bulunan, tarihsiz, el yazması, Arap harfli belge. (56954 numaralı Müteferrik Evrak)
Satvet Lütfi
Paris Başkonsolosu İsmail Lütfi bin Yusuf
Hal tercümesi 36 numaralı defterde
Teşebbüs-i Şahsi ve Adem-i Merkeziyyet Hakkında İkinci Bir İzâh
Millet ve Hükümet Bu ifadenin altı tarafımızca çizilmiştir. (ç.n.)
Teşebbüs-i Şahsi ve Tevsi-i Mezuniyet Hakkında Bir İzâh (Prens Sabahaddin)
Fikr-i Islahât Bu ifadenin altı tarafımızca çizilmiştir. (ç.n.)

sanki Satvet Lütfi [Tozan] tarafından yazıldığını ifade eden bu biyografi fişinin; *İBB Atatürk Kitaplığı, Evrak Koleksiyonundan Bel_Mtf_56954 Demirbaş numarası ile kayıtlı bulunan, tarihsiz, el yazması, Arap harfli belge. 56954 numaralı Müteferrik Evrak'ın hatalı olduğunu söylemeliyiz.*

Doktor Lütfi'nin 1340 (1924) tarihinde İstanbul'da basılmış olan “*Türkiye Cumhuriyeti ve Siyâset-i Milliye ve İktisâdiye*”⁵ başlıklı eserinin arka sayfasında, müellifin basılmış ve basılacak olan eserlerinin listesi verilmiştir. Bu listeye göre; yayınlanmış eserler listesi;

*Anadolu'da Vefiat, İttihâd-ı İslâm*⁶, *Fıkr-i İslahât, Millet ve Hükümet, Türkiye'nin Halet-i Siyâsiyyesi ve Zümre-i Ahrar (Fransızca), Beynelmîl Siyâset-i Sıhhiye, Mukaddime-i Hukuk-ı İslâm*; olarak sıralanmıştır.

Müellifin “*tab olunacak*” eserleri listesi;

Cumhuriyet ve Halkçılık, Mücâhide-i Milliye ve Mücâhidlerimiz (Türkçe ve Fransızca), Cumhuriyet ve Muhalefet-i Meşruâ; olarak sıralanmıştır.

İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin kurucularından İbrahim Temo; hatırlarında, Prens Sabahaddin'in babası ve Seniha Sultanın eşi olan Damat Mahmud Paşa'nın, Paris'te gerçekleşen vefatını ve cenazesini anlatırken; “Paris'te kız kardeşiyle beraber firaren tahsilde bulunan meşhur Dağistanlı Şeyh Şamil'in torunlarından, Dr. Lütfü Bey'le...dışarı çıktık ve o cihette bulunan Dr. Lütfi Bey'in evine gittik”⁷ diyor. Biz, Doktor Lütfi için “*Dağistanlı Şeyh Şamil'in torunlarından*” ifadesini doğrulayan başka bir bilgiye ulaşamadık.

Milli Kütüphane'nin kataloglarında; burada yer verdiğimiz eserlerin, “*Lütfi Atalık*” ismi üzerine kayıtlı olduğu görülebilir. Doktor Lütfi'nin, Soyadı Kanunundan sonra hangi soyadını aldığını tespit edemediğimiz gibi; Fransa'da kendisi ile ilgili çıkan haber, broşür, dergi vb. yayınlarda “*Atalık*” soyadına yer verilmemiştir.

Türkiye Cumhuriyeti ve Siyaset-i Milliye ve İktisadiye (Türkiye Cumhuriyeti ve Siyaseti ve İktisadiye Kanunu)

Yollar (Ahmed Sânih ile beraber)

Kanun-ı Esâsiyemizin İhlâli

Anadolu'da Vefiyat [ölümler ç.n.]

İttihâd-ı İslâm

2.Sayfa

İkmâli tahsil için Paris'te bulunan sıhhiye müfettişlerinden Lütfi Efendiye maaş.

(Damga)

5 Eser, Milli Kütüphane'de 029737 Demirbaş Numarası ve 1972 A 308 Yer Numarası kayıtlıdır. Cüneyd Okay, “Dr. Lütfi'ye Dair” makalesinde, bu esere ve yayın listesine değinmiştir. Biz burada diğer bilgi fişleri ile bir kıyaslama imkânı sunacağını düşünerek yeniden vermek istedik.

6 Doktor Lütfi, Cenevre'de, *İttihad-ı İslâm* (Pan İslam) adıyla çok dilli bir gazete çıkarmayı planlamıştır. Şükrü Hanioglu, *The Young Turks in Oposition*, Oxford, 1995, s. 181. Bunun dışında “İttihad-ı İslâm”, II. Meşrutiyet'ten sonraki siyasi arayışlar içinde ideolojik yönden öne çıkan siyasal söylemlerden biri olduğundan; bu dönemde aynı isimle pek çok eser ve makale yayınlanmıştır. En önemlilerinden biri de II.Meşrutiyet siyasal yazını içinde önemli bir yeri olan Celal Nuri (İleri)'nin İttihâd-ı İslâm kitabıdır. Celal Nuri (İleri), *İttihad-ı İslâm*, Yeni Osmanlı Matbaası, İstanbul,1331 (1913).

7 İbrahim Temo, *İbrahim Temo'nun İttihad ve Terakki Anıları*, Arba Yayınları, İstanbul, 1987, s. 150.

Şerif Mardin'in, Jöntürklerin Siyasi Fikirleri 1895- 1908 başlıklı kitabının arkasındaki bibliografyada "Jön Türklerin Eserleri" kısmında, yayınlanmış kitapları arasında; "*Millet ve Hükümet, Paris, 1906*" ve "*Fikr-i İslahât, Cenevre, 1904*" "Lütfi"nin eserleri olarak yer almaktadır⁸. Mardin'in, Lütfi'nin eserleri arasında saydığı diğer çalışmalar, onun "Lütfi" mahlası ile yayın yapan Emir Bedirhan olduğunu düşündürmektedir. Yaptığımız araştırma, ulaşabildiğimiz kadarıyla; Doktor Lütfi'nin – yukarıdaki bilgi fişinde olduğu gibi – Satfet Lütfi Tozan ile ya da Lütfi mahlasıyla yayın yapan bir başka kişiyle alakasının olmadığını ortaya koymaktadır.

Doktor Lütfi; gerçek ismini kullanarak yayınlar yapan, II. Meşrutiyetin ilanına kadar Paris ve Cenevre'deki Jön Türk grupları ile temas halinde bulunan, yine bu süre içinde hukuk doktorası yaparak, Paris Darülfünununda İslam Hukuku dersleri veren bir Osmanlı aydınıdır. Yukarıdaki biyografi fişinde belirtilen; "*Lütfi, Doktor; Sıhhiye Müfettişlerinden Paris Darülfünunu Hukuk Şubesi Mezunlarından ve Ulum-ı Siyâsiyye Mektebi Talebesinden*" ifadesini başka kaynaklardan teyit etme imkânı vardır.

Doktor Lütfi, 1290 (1874) tarihinde doğmuştur. Mekteb-i Mülkiye-i Tıbbiye-i Şahane'den mezun olduktan sonra, Bursa ve Konya'da sıhhiye müfettişliği yapmıştır. Sıhhiye müfettişi iken Avrupa'ya kaçmış ve Paris'teki muhalif Jöntürlüklere katılmıştır. Kaçması nedeniyle, kendisi hakkında "cinayetle itham edilerek" dava açılmıştır ve Paris'te bulunduğu sırada kendisinden savunma yapması istenmiştir. Ancak Lütfi; "savunmasını her zaman verebileceğini" beyan ederek Londra'ya, oradaki hastane yönetim sistemini; özellikle salgın hastalıklarda alınan hastane önemeleri hakkında araştırma yapmaya gitmiştir. Osmanlı arşiv belgelerine göre; Doktor Lütfi, bu bahane ile zaten o sıralarda Londra'da olan İsmail Kemal Beyin faaliyetlerine iştirak etmektedir. Doktor Lütfi'nin dönmemesi üzerine, gıyabında verilen ömür boyu hapis cezası (kalebentlik cezası) kesinleşmiştir.⁹ Nitekim Doktor Lütfi, kendisi hakkında verilen cezanın tamamen hukuksuz olduğunu, o dönemde Avrupa'da bulunan ve susmayı kabul etmeyenlerin "erbab-ı fesaddan" ilan edildiğini, kendisi hakkında da böyle bir karar olduğunu ifade etmiştir.¹⁰

Paris'te Hukuk Fakültesinde öğrenimine devam ederken, aynı fakültede öğrenci olduğu anlaşılan France Duportal ile evlenmiştir.¹¹ France Duportal; Cezayir doğumlu bir Fransız'dır. Yüksek eğitimini, Paris Hukuk Fakültesinde yapmıştır. Paris'te, köpüler ve yollardan sorumlu komiser Henri Duportal'ın kızıdır; sonraki yıllarda Paris Barosu'na kaydedilen ilk kadın avukatlardan biri olacaktır. Ayrıca yayınlanmış bir de kitabı bulunmaktadır.¹²

8 Şerif Mardin, Jöntürklerin Siyasi Fikirleri 1895-1908, İletişim Yayınları, İstanbul, 1994, s. 314.

9 BOA, HR.SYS. 1796 4 1901 08 25 6. (Avrupa'daki Firariler, İhtilalciler, Mülteciler: Doktor Lütfi)

10 Okay, s. 61.

11 *Le Journal*, 16.Janvier, 1906, sayfa 2'de evlilik ilanı bulunmaktadır. Bu ilanda, Doktor Lütfi'nin adı "M.İsmaël Loutfi" olarak yer almaktadır.

12 *Le Radical*, 10.Juillet.1907, s. 4; *l'Intransigent*, 10.Juillet.1907 ve *La Revue Diplomatique*, 20. Décembre.1908, s. 10. *FR.Loutfi-Duportal, Le Chateau de Freundstein, Bulletin du Musée Historique de Mulhouse*, 1921, s. 125. (Eser, Müzeye bağışlananlar listesindedir.ç.n.)

II. Meşrutiyetin ilanını takip eden tarihlerde, Fransa’daki çeşitli gazetelerde; Doktor Lütfi adının sık sık geçtiği haberlerden, kendisi hakkında arşiv belgelerinde bulunan kayıtları teyit eden bazı bilgilere ulaşmak mümkündür.

31.Temmuz.1908 tarihli, “*Le Temps*” gazetesinde; “*Dr. Loutfi*” imzasıyla, Meşrutiyetin ilan edilmesini kutlayan “*Fransa’ya Selam*” başlıklı kısa bir haber yer almaktadır. Meşrutiyetin ilan edilmesinden duyulan sevinç paylaşılırken; gazete Doktor Lütfi’yi; “*Fransâda, diplomatik sürgün bulunan Osmanlı liberallerinin başındaki sempatik entelektüel ve Paris tıp fakültesinin ve hukuk fakültesinin eski öğrencisi*” olarak tanıtmaktadır. Bu haber içinde; Doktor Lütfi’nin “*Fransâda bulunan tüm Osmanlı sürgünlerine ve politik nedenlerle Avrupa’da bulunan tüm Osmanlı aydınlarına*” seslenen bir çağrısı da bulunmaktadır. Bu çağrıda; “*Dini ne olursa olsun, siyasi görüşü ne olursa olsun, tüm Osmanlıların bölünmemesi, yurda dönmesi ve daha çok çalışmasıyla, her şeyden çok ‘adalet ve hukuk düzeni’ sevgisiyle, yaşanan bu ‘rönesansın’ en iyi şekilde değerlendirileceği ve Osmanlı toplumunun medeni toplumlar seviyesine ulaşacağı*”¹³ beyan edilmektedir.

Doktor Lütfi, II. Meşrutiyetin ilanından sonra yurda dönmüş ve siyasal yaşama katılmıştır. Kendisi; 1908’de gerçekleşen Meclis-i Mebusan seçimlerinde, İzmir’den vekil adayı olmuştur. Ancak seçimi kazanamadığı görülmektedir.¹⁴

31.Ağustos.1908 tarihli “*Dernière Heure*” gazetesinde “*Costantinople*” kaynaklı “*les audiences du Sultan*” başlığı ile verilen haberde; eski sağlık müfettişi Doktor Ziya Lütfi’nin; Sultan’ın kabul ettiği kişiler arasında bulunduğu; kendisinin uzun zamandan beri Paris’te siyasi sürgün olarak zorunlu ikamette olduğu, ifade edilmiştir. Lütfi’den övgü ile bahseden haberde; kendisinin Paris’teki zorunlu ikameti sırasında verimli çalışmalar yaptığı; önce Fransa hükümetinin özel izniyle Val-de Grâce’daki derslere ve tıp fakültesine devam ettiği; Paris Hukuk Fakültesinden “*Uluslararası Sağlık Politikaları*” başlıklı tezi ile “doktor” unvanını aldıktan sonra, Paris Hukuk Fakültesinde “İslam Hukuku” dersleri verdiği yazılmıştır. Ayrıca her zaman, ikinci vatani gibi gördüğü Fransa’daki verimli çalışmaları ile göz doldurduğundan Doktor Ziya Lütfi’nin, yeniden sağlık işleri müfettişliğine atanmasının sürpriz olmayacağı¹⁵ ifade edilmektedir.

Doktor Lütfi’nin; kabul gören doktora tezi; “*Loutfi, Z.I. ‘La politique sanitaire international, Paris, 1906, in-80, 255p. Paris, th.dr.1906-107 No:58’* kayıt numarası ile “*La France medical*”deki tamamlanmış “başarılı” tezler listesinde kayıtlıdır.¹⁶

20. Aralık.1908 tarihli “*la Révue diplomatique*” gazetesinde; “*Osmanlı devletinin Paris konsolosunu geri çekmesinden sonra; önemli bir olay olarak, Fransa ve Levantenler arasındaki ticari ilişkilerin*

13 *Le Temps*, 31.Juillet.1908.

14 Serhan Kemal Saygı, *Meclis-İ Mebusan’da İzmir Mebusları 1908-1918*, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yakınçağ Tarihi Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2014, s. 35. Vekil adayları arasında; 24.sırada: Paris Hukuk Mektebinde İslam Hukuku öğretmenliği yapan Doktor İsmail Lütfü Bey adına yer verilmektedir.

15 *Dernière Heure*, 31.08.1908. Ayrıca, 03.Eylül.1908 tarihli “*Messidor*” gazetesinde de aynı içerikle aynı habere yer verildiği görülmektedir.

16 *La France Médical*, Revue d’Études d’Histoire de la Médecine, réd. Albert Prieur, Paris, 1908, s. 72. Ayrıca, *Bibliographie Français 1900-1908*, Série 2, s. 611.

geliştirmesi için bir adım atıldığı” haberi çıkmıştır. Bu haberde; “girişimlerde bulunmak üzere, M. Ziya Lütüfî'nin görevlendirildiği; Lütüfî'nin, Paris Hukuk Fakültesinden mezun bir entelektüel olduğu; tıp eğitimi dolayısı ile “eski”den sağlık işlerinin düzenlenmesiyle görevli müfettişlik yaptığı; aynı zamanda hukuk ve tıp doktoru olduğu; uzun yıllar Paris'te yaşadığı ve Paris'li bir ailenin kızı olan France Duportal ile evliliği” gibi tanıtıcı bilgilere kısaca değinildikten sonra; “bu atamanın Fransa için önemli ve yerinde bulunduğu” söylenmektedir.¹⁷ 22.Aralık.1908, “le Journal” gazetesi, Osmanlı Devleti'nin, Paris'e atanan yeni konsolosunun “Dr. M. Zia Lutfi-bey” olduğunun haberini vermiştir.¹⁸

3.Ocak.1909 tarihli “la Révue diplomatique” gazetesinde; Doktor Lütüfî'nin, yine Osmanlı Devleti'nin Paris Konsolosu olarak atandığını, mutlulukla paylaşan geniş bir haber bulunmaktadır. “Gelişmek ve aydınlanmak için yaptıklarından onur duyulacak çocuklarına ihtiyaç duyan bir ülkenin doğru yerde, doğru kişiyi görevlendirmesinden duyulan memnuniyet”e yer verilen haberde; Doktor Lütüfî'nin, Paris'te sürgünde geçirdiği yıllardan bahsedilmektedir. Doktor Lütüfî'nin, Paris Hukuk Fakültesinde; “bulaşıcı hastalıklardan korunmak için takip edilen uluslararası sağlık politikaları” üzerine tezini başarıyla savunduktan sonra, kendi ülkesinin geleceği için çalışmaya devam ettiği” belirtilmiştir. Haberde; “kendisinin Paris'e gelmeden önce tıp doktoru olması nedeniyle, 1894'te İstanbul'da belediye doktoru olarak atandığı, 1895-1896 yıllarında yaşanan kolera salgınında Bursada sağlık müfettişi olarak görev yaptığı; 1896'da Konya'ya sağlık müfettişi olarak gönderildiği¹⁹, daha sonra Avrupa'ya kaçtığı; 1901-1902'de Paris'te bulunan diğer “réformist Osmanlılarla” birlikte liberal politikalar için çalışmalarda bulunduğu” bahsedilmektedir. Doktor Lütüfî'nin, “1901-1902 tarihlerinde Moniteur Ottoman isimli bir gazete çıkardığı; Avrupa'ya kaçışı ve Paris'teki faaliyetleri nedeniyle suçlu ilan edildiği ve ömür boyu “kalebentlik” cezasına mahkûmiyeti, meşrutiyetin ilanından sonra haklarının iade edildiği; ayrıca kendisinin ailevi nedenlerle Paris konsolosluğu görevini kabul ettiği”²⁰ ifade edilmiştir.

Doktor Lütüfî'nin, 1910'da, Paris Konsolosu olduğu sırada, hakkındaki şikâyetler nedeni ile bir soruşturma geçirdiği, soruşturma sonunda “mühim suiistimaller” yapıldığı gerekçesiyle bir rapor hazırlandığı²¹ bu soruşturma sonunda; Doktor Lütüfî'nin Paris Konsolosluğu görevinden

17 La Révue Diplomatique, 20. Décembre.1908, s. 10.

18 Le Journal, 22.Aralık.1908, s. 9.

19 Paris'te yayınlanan Pro-Armenia gazetesinin 10.Décembre.1901 tarihli nüshasında; “Moniteur” gazetesinden aktarılan bir haberde, Doktor Lütüfî bu görevi sırasındaki gözlemlerini biraz da şikâyet eden bir aksanla anlatmaktadır. Doktor Lütüfî'nin beyanına göre, 1897 yılında sağlık müfettişi olarak Alanya'dan Kaş'a, Elmalı, İzmir Isparta bölgesinde teftişte bulunmuştur, 1897 tarihinde Konya'da görevlendirilmiştir. Lütüfî Bey; bu teftişleri sırasında gözlemlediği salgın hastalıklar ve yetersiz sağlık koşullarından bahsederek; bu konuda ayrıntılı raporlar yazdığını, ancak merkezi idarenin bu raporları örtbas ettiğini söylemektedir. s. 13-14. Ayrıca, H.Boucher tarafından hazırlanmış “La Peste en Europe et en Asie, Paris, 1910” tarihli raporun 24.sayfasında; Doktor Lütüfî'nin, İzmir ve civarında yapılan sağlık teftişleri ve alınan karantina önlemlerine ilişkin 1900 tarihli raporuna yer verildiği görülmektedir. Eğer bu tarih esas alırsa; Doktor Lütüfî, 1900 yılı içinde Paris'e kaçmış olmalıdır.

20 La Révue Diplomatique, 03.janvier, 1909, s. 11-12. Lütüfî Bey, Gazi Ahmet Muhtar Paşa'nın, Sultanın özel elçisi sıfatıyla gerçekleştirdiği Paris ziyareti sırasında, Paris konsolosu olması nedeniyle karşılama heyeti içindedir. La Révue Diplomatique, 20 Juin 1909 s. 9, Le Figaro 14 Juin 1909, s. 2.

21 Bkz. Şenol Kantarcı, “Osmanlı'da Onurlu Bir Diplomat ve Milli Mücadele'nin Önemli Siması: Ahmed Rüstem Bey”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Sayı 42, Kasım 2008, s. 254.

el çektirildiği anlaşılmaktadır. *Le Journal*, 16.Septembre.1912, sayfa 3’te “Doktor Zia-Loufti beyin” yeniden Paris Konsolosu olarak atanmasının beklendiğine ve bu atanmanın sürpriz olmayacağına dair kısa bir haber çıkmıştır. Ancak 09.Octobre.1912 tarihli “*La jeune Turquie*” gazetesinde “*au Consulat de Turquie*” başlıklı haberde; “Osmanlı Devleti’nin Paris Konsoloslüğündaki sıcak havanın dağılmadığı; Lütfi Bey hakkında açılan soruşturmanın neticelenmesinden önce göreve devam edemeyeceğinin Konsolosluk önünde protesto eden Osmanlı ahalisine açıklandığı ve Lütfi’nin göreve yeniden atanmasının beklenmediğini” belirten bir başka haber yayınlanmıştır.²² Fransız basınında çıkan bu habere karşılık, arşiv belgelerine göre Paris’te bulunan Osmanlı vatandaşlarının Doktor Lütfi aleyhinde toplu şikâyet dilekçesi ile Saray’a müracaat ettiği anlaşılmaktadır.

İttihat ve Terakki Hükümeti’nin, işten el çektirmesine rağmen, Doktor Lütfi’nin, Fransa’daki nüfuzundan yararlanmış olduğu görülmektedir. Doktor Lütfi, Paris’te kurulan Fransız-Türk Dostluk Derneği’nin kuruluşunda görev almış ve derneğin Paris şubesinin genel sekreterliğini yapmayı üstlenmiştir.²³ Doktor Lütfi’nin bu görevi üstlenmesinin yanı sıra; I.Dünya savaşı sırasında Osmanlı Devleti’nin, Avrupa devletleri karşısındaki haklarını uluslararası hukuk açısından koruma ve propaganda amaçlı bir gazete çıkarmak istediği ve bunun için İttihat ve Terakki hükümetinden mali destek talep ettiği anlaşılmaktadır²⁴.

Yine I. Dünya savaşı yıllarında, “Paris’te Kızılhaç bünyesinde kurulan ve Fransız kolonilerinde savaştan Müslüman ailelerinin ihtiyaçlarının karşılanması için bir “Müslüman Dostluk” derneği kurulduğu ve Doktor Lütfi’nin, bu derneğin genel sekreteri” olduğu anlaşılmaktadır. Bu haberde, Doktor Lütfi; Paris Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku “*eski hocası*” olarak anılmıştır.²⁵

Doktor Lütfi’nin kendi ifadesine göre; I.Dünya savaşı yıllarında, Çanakkale savaşından sonra Fransa’dan ayrılarak İsviçre’ye geçmiş, mütareke yıllarında Lozan’da ikamet etmiştir. Bu dönemde yurda döndüğü, ancak tekrar Fransa’ya geçerek; artık Paris’te ikamet ettiği anlaşılmaktadır.²⁶

1929 tarihli, “*Annales de l’Université de Paris*” te; Doktor Lütfi, Türkiye’nin eski Paris Konsolosu ve hukuk doktoru olarak tanıtılmaktadır. İlanda; Doktor Lütfi’nin tam adı; “*M. Z. İ. Lütfi*” olarak

22 BOA, HR.TO. Dosya No:543 Gömlek No:14/1912.11.26. Ziya Lütfi’nin, Paris Şehbenderliği vazifesinin ifa etmesine müsaade buyurulmamasından dolayı teşekkür ve şehbenderliğe afif bir zatın tayin buyrulması istirhamına dair Paris’te mukim tebay-i Osmaniye adına bir arıza.

23 *La Lanterne* 04.Avril.1914 tarihli nüshasında; 3.Nisan Costantinople kaynaklı bir habere dayanarak; Türk-Fransız Dostluk Derneği’nin ilk toplantısını Cemal paşa’nın başkanlığında gerçekleştirdiği; Cemal Paşa’nın toplantıda Türk-Fransız geleneksel dostluk ilişkilerinden ateşli bir konuşma ile bahsettiği haberi yer almaktadır. Ayrıca; *La Jeune Turquie*, 25.Juin.1914, s. 2. *Le Matin*, 14.Juin.1914, s. 2; Salih Tunç, “I. Dünya Savaşı Yaklaşırken Osmanlı-Fransız İlişkilerinde Yakınlaşma Girişimleri: Fransa-Türkiye Dostluk Cemiyeti ve Cemal Paşa’nın Paris Seyahati”, OTAM Sayı 25 / 2009, s. 193.

24 BOA HR.SYS. 2435 69 1917 05 31 3 İsviçre’de ikamet eden sabık Paris Başşehbenderi Doktor Lütfi Bey’in Osmanlı’nın hukukunu savunmak ve bu çerçevede l’Orient adlı gazete çıkarmak istediği hususunda Dördüncü Ordu Kumandanı Bahriye Nazırı Cemal Pasa nezdinde yaptığı teşebbüsler ve söz konusu şahsın bazı Fransız ricaliyle kişisel bağları olması nedeniyle kendisinden istifade etmenin uygun olup olmayacağı sorulması. (EHT.)

25 *Le Temps*, 25.Décembre.1914, s. 4. Bu haberde, Doktor Lütfi; Paris Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku eski hocası olarak anılmıştır.

26 Okay, s.62.

anılmaktadır ve “Türkiye Cumhuriyeti’nin Yeni Ticaret Kanunu” konulu konferanslar yapacağı bildirilmektedir.²⁷

1932 tarihli, Paris Üniversitesi Hukuk Fakültesi aylık bültende, 19.Aralık.1931 günü Türkiye’nin eski Paris Konsolosu Doktor Lütfi tarafından; “*Türk Anayasasında Yasama Yetkisi ve Türkiye’de Kodifikasyon*” başlıklı bir konferans verildiği bilgisi mevcuttur. 1932 yılında, Paris Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde kurulan “*Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü*”nün kurucular listesinde ve Enstitü bünyesinde modern Türk hukuku üzerine dersler verdiği görülmektedir.²⁸ 17.Aralık.1932 tarihinde, Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü’nün genel kurulunda yapılan konuşmada; Doktor Lütfi tarafından verilen derslerin içeriği ile ilgili kısa bir açıklama yer almaktadır. Bu açıklamaya göre; Doktor Lütfi, 1908’de II. Meşrutiyet’in ilanından başlayarak, 1923’te Cumhuriyetin ilanına kadar geçen sürede ve sonrasında gerçekleşen hukuk alanındaki büyük ve radikal değişimin; içeriği, etkileri, yeni siyasal sistemin getirdiği zorluklar ve yeniliklerle ilgili seri konferanslar yapmıştır.²⁹

Paris Hukuk Fakültesinin 1934-1935 ders bülteninde Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsünde verilen dersler arasında, Türkiye’nin eski Paris Konsolosu’nun M. Lütfi’nin; “*Türk Özel Hukuku ve Suriye, Filistin, Mısır gibi eskiden Osmanlı imparatorluğuna bağlı olan devletlerin hukuku hakkında danışmanlık yaptığı*” bilgisine yer verilmiştir.³⁰

1936 yılında, bu Enstitüye bağlı olarak “Karşılaştırmalı Hukuk Araştırmacıları Derneği” kurulmuştur. Bu dernekte, Doktor Lütfi’nin adı; kurucular ve “Doğu Dilleri ve Hukuku” alanında çalışan hocalar içinde yer almaktadır.³¹ Ayrıca adı geçen Enstitü’nün, dönemin Fransız Hükümeti’nin, Dışişleri Bakanlığı tarafından kurulan ve resmi düzeyde hizmet veren “Uluslararası Hukuk ve Yabancılar Hukuku Komitesi”ne (*Comité de législation étrangère et de droit international*) de bir temel oluşturduğu, Enstitü üyelerinin mensup olduğu ülkelerin resmi temsilcisi gibi atandığı görülmektedir. Bu Komite içinde, Doktor Lütfi, Türk temsilci olarak bulunmaktadır.³² 1939-1945 yılları arasında II. Dünya savaşı ve Fransa’nın Naziler tarafından işgali nedeniyle tüm çalışmalarına ve yayınlarına ara veren Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü’nün ve Karşılaştırmalı Hukuk Derneği’nin, 1945-1946 yıllarını kapsayan genel değerlendirmelerin yapıldığı yayında; Doktor Lütfi, Enstitü’nün, hala Paris’te ikamet eden üyeleri arasında görünmektedir. Ancak buradaki listenin güncel olmadığı, eldeki eski kayıtların yenilenmesi amacı ile bir çağrı niteliğinde olduğu dikkate alınmalıdır.³³

27 *Annales de l’Université de Paris*, 1929, s. 94.

28 *Université de Paris, Bulletin Mensuel*, No: 7-12, Juillet-Décembre 1932; *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, Paris,1933, s. 21, *Le Matin*, 25.Novembre.1932, s. 10. *Revue Politique et Parlementaire*. 10.Octobre.1933, s. 408. *Journal des débats politiques et littéraires*, 29.Octobre.1933, s. 4.

29 *Bulletin de la Société de Législation Comparée, Aseemblée Générale en 1932*, s. 75-76.

30 *Université de Paris Faculté de Droit, Bulletin Année Scolaire 1934-1935*.

31 *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, Paris,1935-1936, s. 23 ve s. 172. Bültende, Doktor Lütfi’nin eskiden Türkiye’nin Paris Konsolosu olduğu belirtilerek Paris’deki ikamet adresine de yer verilmiştir. (Rue de Rivoli Paris, 4è.)

32 *Journal Officiel de la République Française*, 02.Mars.1936, s. 3.

33 “Membre Résident en France”, *Revue Internationale de Droit Comparé, Bulltein Trimestriel, Janvier 1946*, s. 19.

Öte yandan, *Loutfi Duportal* ismi, 1959 tarihli, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Dergisinde yayınlanan “derginin daimi yayın kurulunda”; “Paris Barosunda İstinaf Avukatı” olarak kayıtlıdır.³⁴ Doktor Lütfi'nin, vefatına ilişkin ya da cenazesinin nerede defnedildiğine dair bir bilgiye ulaşamadık.

Çalışmanın, başlangıçta Genel Kamu Hukuku'nun temel kavramlarına ve anayasal kurumlara getirdiği bağlam açısından Doktor Lütfi'nin eserlerine odaklı olması amacı vardı. Ancak tarihimizdeki pek çok insan gibi kendisi hakkında bilinenlerin kıtlığı ve özellikle yukarıda belirttiğimiz kütüphane kayıtlarındaki bilgilerin birbirini teyit etmemesi, bizi eser sahibi hakkında daha ayrıntılı araştırma yapmaya yönlendirmiştir. Bu vesile ile II.Meşrutiyet döneminde; bürokrasi ve entelektüel alanda rol oynamış; düşünceleri sonraki kuşaklara ilham vermiş; ancak adı, eserleri unutulmuş bir neslin emeğini ve idealizmini tekrar görmüş, hatırlamış olduk.

II. DOKTOR LÜTFİ'NİN; FIKR-İ ISLAHÂT, 1904 CENEVRE, BAŞLIKLİ ESERİ

A.ESER HAKKINDA

“*Fıkr-ı İslahât*” adlı kitap, Fransızca ders notlarından çeviri bir eserdir. Dönemin koşullarında kitabın, “*Memalik-i Osmaniye'ye ithâli*” yasaklanmıştır.³⁵

Kitabın başlangıcında, müellifin çeviri iznine yer verilmektedir. Bu iznin içeriğinden, Doktor Lütfi'nin, Paris Darülfünunu Hukuk Fakültesi öğrencisi iken, dönemin çok önemli Anayasa Hukuku ve Fransız Hukuk Tarihi hocalarından Adémar Eiseman'ın derslerini takip ettiği anlaşılmaktadır. Derslerin konusunu ve içeriğini beğenmiş olacaktır ki Doktor Lütfi, hocasından ders notlarının Osmanlı-Türkçesine çevrilmesi ve basılmasına dair yazılı izin almıştır. Eserde, takip edilen dersin adı verilmese de “*Fıkr-ı İslahât*”ın içeriğinin; Fransa hukuk tarihini ve özellikle devrimi hazırlayan nedenlerin anlatıldığı Adémar Eiseman'ın devasa eseri, “*Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814 : Révolution, Consulat , Empire*” kitabının içindekileri ile çok uyumlu olduğu görülebilir.

Baştan sona Fransa'da gerçekleşen devrimin sosyal-siyasi-ekonomik zemini, devrimlerin nedenleri ve sonuçları üzerine bir inceleme olduğu anlaşılan “*Fıkr-ı İslahât*” içinde; kısa kısa Fransa'da 1789 “*inkılâb-ı kebirini*” (büyük devrim) ortaya çıkaran süreç ele alındıktan sonra; Doktor Lütfi'nin kendi kaleminden çıktığı belli olan bir “*Hâtime*” (Sonuç) yazılmıştır. Hâtime kısmında, bu çalışmanın niçin önemli olduğunu vurguladıktan sonra; “*ıslahât*” ve “*inkılâb*” fikirlerinin, değişim hareketlerinin toplumlarda birdenbire gelişmediğine, toplumların bu değişime hazırlanmalarının hem fikri hem eylemsel bir uğraş olduğu vurgulanmıştır.

Bizim için bu kısımda en ilgi çekici olan; Doktor Lütfi'nin, Avrupa devletlerinin geleceğine ilişkin; kehanet niteliğinde öngörülerde bulunmuş olmasıdır. Doktor Lütfi, daha 1904'te; Avrupa devletlerinin belirli bir hukuk düzeni etrafında, demokratik anayasal kurumları

34 İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Dergisi, Mart-Nisan Sayısı 1959, s. 51.

35 BOA.Y.EE.KP. 24/2322/ H 13.01.1323.

ile “*internationalisme*”e doğru gittiğini, en azından bu fikri tartıştıklarını söylemektedir. Avrupalı devletlerin; “*ferdlerin hakları*”, “*mülkiyet*” ve “*parlamento*” gibi başlıca kavramların etrafında birleşerek; bir medeni Avrupa devletleri topluluğu kurulmasının söylemesi; Doktor Lütfî'nin, Avrupa'da henüz I.Dünya Savaşı'nın öncesindeki gelişmeleri çok iyi gördüğünü ve değerlendirebildiğini göstermektedir. Daha çarpıcı olan; bu devletleri birleştirebilecek tek unsurun; “hukuk devleti”, “hukuk düzeni” ögesi olduğunu belirtmesi ve bu düzeni “haklar ve özgürlükler” düzeni ile eş görmesidir:

“bugün Avrupa'da; hukuk ve siyaset bakımından devletler, sadece medeniyet ve menfaatler ölçüğünden hareket etmekle birlikte; haklar ve hürriyetler, siyaset ve ferd bakımından, kanunlara duyulan bağlılığa ve her şeyden evvel bir kanun düzeninin olmasına dikkat çekerler. Aksi durumda, zaten bugün “beynelmilel” fikrin “internationalisme”in günden güne ziyâdeleşmesi (artması ve bunun nedenleri ç.n.) görülemez. Hatta Avrupa'da bugün, heyet-i düveliyesinden müteşekkil bir “Avrupa düvel-i müttehidesi” [ittihad etmiş/birleşmiş Avrupa devletleri ç.n.] nâmı altında “heyet-i müttehide-i düveliyeye” teşkili; Avrupa mahvil-i siyâsiyesinin en kıymetli intişarlarından biridir.”³⁶

“Fikr-i Islahat” kitabının içeriği; bugün bize bilinenlerin çok ötesinde bir şey söylemese de Doktor Lütfî'nin, “Avrupa medeniyeti”ni, hukuk devleti ve demokrasi esaslarını, liberal ekonominin dinamikleri ile birleştiren öngörüsü nedeniyle incelenmeyi hak etmektedir. Aşağıda, ana metnin yer yer Latin harflerine çevirisiyle, “Hatime” kısmının tamamının çevirisine yer verilmiştir.

B. FİKR-İ ISLAHÂT, 1904, CENEVRE

“Onsekizinci asırda Fransa'da mevki-i icrâyâ konulmuş veya konulmak istenmiş islâhât-ı esâsiyeden ibarettir.”

Muhariri Doktor Lütfî

Memâlik-i Osmaniye'nin sâbık sıhhiye müfettişlerinden ve Fransa Mekteb-i Tibbiye-i Askeriyesi Tatbikat Şubesi ve Paris Darülfünunu Hukuk mezunlarından ve Ulum-u Siyasiyye Mektebi talebelerinden

Matbây-ı İçtihad, Cenevre, 1904

Fikr-i Islahât

İfâde-i Meram

“Her müellifin, heyet-i içtimâiyeye bir eser yâdigar ederken; o eserde pek samimi bir maksada hizmet etmesi, pek tabii bir şey olduğundan bizim de şu eseri enzâr-ı umumiyeye takdimden tabii bir maksadımız var ki o da sarf-ı “fikr-i islâhât”a mün'âttır.”

³⁶ Fikr-i Islahât, s. 142.

Sonraki satırlarda; Doktor Lütfi, her tarihsel dönemin, kendine has özelliği olduğunu vurgulamaktadır. Toplumların tarihinde bazı dönemlerin bazı yüzyılların kendine has karakterleri olduğundan bahisle; bu özelliğin, adeta o döneme ayrıcalık kazandıran ve başka dönemlere benzemeyen ayırt edici dokusu nedeni ile incelenmeye değer olduğu açıklanmaktadır. Bu incelemeler yolu ile toplumların ve halkların, kendi içindeki gelişim ve değişim dinamiklerini anlamının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Arkasından; bu eserin hazırlanmasında; Monsieur Esmein’in derslerinde anlattıklarının etkisi altında olduğunu söylemektedir.³⁷

Sayfa 8’de, Monsieur Esmein’in; kitabın yayınlanması ile ilgili kendisine gönderdiği mektubun, Osmanlı Türkçesindeki çevirisine yer verilmiştir. Mektup aşağıdaki gibidir:

“Efendim,

Bu seneki tedrisâtımızda zabıt ettiğiniz takrirlerin ki – heyet-i umumiyenin içtimâından olan on beş ve on altıncı asırlar zamanında mevk-i icrâya konulmuş ve konulmak istenilmiş fikr-i ıslahât ile ıslahât-ı esâsiyeden ibarettir – Türk lisânında ve yalnız lisândaki tercümesinin neşrini size müsbade ederim.”

“Binâenaleyh, bu takrirlerin benim derslerimden zabıt edilmiş olduğunun işâret edilmesini ve basıldığı nüshâlarından birisinin de bana gönderilmesini ve hissiyât-ı hâlisânemin kabulünü ricâ ederim.”

Paris 1.Temmuz.1904

A.Esmein³⁸

Fıkr-i İslahât

“On sekizinci asır; bizim, üstünde cevelân edegeldiğimiz (üzerinde durduğumuz ç.n.) bir sahây-ı vesaii irfândır. Zekâ, beşerin en hayretengiz mesaisinden birisi, bu asırda, heyetnümün oldu (şekillendi, ortaya çıktı ç.n.)...”Bu asırda olan cereyana, tarihin hiçbir evresinde rastlamıyoruz. Bu cereyan ırs-ı insanın, felsefe ile kendi kendini imtihana tabi tutmasıdır.”³⁹

“Bunun içindir ki hukuk-ı hâkimiyeti taksim iddiasında bulunanlar “erbab-ı inkılâb” namını vermiştir. Hâkimiyetin ahâlîde mâreddi bulunduğunu (mukavele-i içtimaiyye) nazariyeleriyle iddia eden Jean Jaques Rousseau’lar ve bu hâkimiyetin idaren beşerden iktibas olunduğuna kâil

37 Fıkr-i İslahât s. 6.

38 Fıkr-i İslahât s. 8-9. Adhémar Esmein (1848-1913); Kamu Hukuku’nun, Fransa’da yıldızının parladığı ve “belle époque” yani “altın yıllar” olarak anılan dönemde çalışmaları ve metodu ile “klasik Anayasa hukukçusu” olarak bilinir. Esmein; uzun yıllar Paris Hukuk Fakültesinde ve “l’École libre des sciences politiques”de Anayasa Hukuku, Fransa Hukuk Tarihi, Roma Hukuku, Ortaçağ Tarihi ve Hukuku dersleri vermiştir. Hangi kitabı ile benzerlik gösterdiğinin karşılaştırması yapıldığında; “Fıkr-i İslahât”ın, Esmein’in “Précis élémentaire de l’histoire du droit français de 1789 à 1814 : Révolution, Consulat , Empire” kitabının içindekileri ile çok uyumlu olduğu görülecektir.

39 Fıkr-i İslahât s. 11.

olan rahib Mably'ler, erbâb-ı inkılâbdan tanınmışlardır. Hatta muhafazakârlığı ile maruf olan Montesquieu gibi İngiltere'nin idâre-i vâhîde-i mutedili (ılımlı merkezîyetçilik ç.n.) usulünü tercih eden meşhuru hadî "Cumhuriyet" taraftarı deniliyordu. Vakıa; Montesquieu neşrettiği eserin birinde, "İngiltere serbest bir krallıktır ki Cumhuriyet onun kâb-ı sathı arkasında gizlidir" demiştir." Bu fikir, idâre-i vahdet-i mutlakı esasıyla gayr-i kâbil imtizaç gördüğünün, hükümdar taraftarlarını Montesquieu'nün ârâi' (oylama) istediği tarzın idare-i vâhîde usulünü mugayir olduğunu iddia edebiliyorlar. Bir takımları da hükümetlerin, millet mebuslarından müteşekkil heyetlerle biranda icrâ-i hâkimiyet usulüne, münâf-i millet-i mugayyirini irâde delâili ile isbâta çalışıyorlardı."⁴⁰

Bu açıklamaların ardından; Fransa'da, 19.yüzyıl boyunca gerçekleşen Cumhuriyet ve merkezi iktidarın güçlendirilmesi üzerine geniş bir tarihsel giriş yapılmıştır.

Kitabın devamında; "On sekizinci asrın hükümdarlarıyla bu asırdaki efkâr ve ıslahât" başlığı altında; 18.yüzyılda, Avrupa'daki diğer "hükümetlerde" birtakım reform hareketlerine değinilmektedir. Rusya'da, Almanya'da, Avusturya'da halk ve hükümet arasındaki ilişkileri değiştirecek bazı gelişmeler açıklandıktan sonra; "Fransa bu reformları yapmakta gecikmiştir" deniyor. XV.Louis zamanında bazı reformlara girişmiş olsa da Fransa'da, "adem-i intizam"dan dolayı hiçbir netice alınamamıştır. Bu noktadan hareketle, toplumların gerçekleştirdiği reformların tek boyutlu olmadığı, reformları hazırlayan süreçleri tarihsel ve iktisadi açıdan ele almak gerektiği vurgulanmıştır.

"Fikr-i Islahat'ı neşr ve icâd eden meşahir" fikr-i Islahat'ı neşr ve tamime hizmet edenler; iki fırkaya taksim edilebilir ki bunların birincisine "Tarihiyun" ikincisine "İktisadiyun" denir. "Tarihiyun", Fransa'nın mevzuây-ı tarihi kadiminden başlayarak, idaresinin" tarihinin ve hukukunun tahrir edilmesidir. Bu bölüm içinde ele alınan kişiler "Bolonyalı" ve "milli" nam-ı zevat, erbâb ve erbâb-ı inkılâbdan maada değildir. Çünkü bunlar; "idare-i mevzuatı kadimi"n usu-i tebdil-i ve tahvil etmediğini düşünüyorlardı. Halbuki on dördüncü ve on beşinci asırlara kadar devam eden merkezi idarenin halinde bir değişme olmadığını söylemek bir hatadır."⁴¹

Kitapta, buradan sonra Fransa'daki idari, hukuki ve ekonomik kültürel değişimin ayrıntılı bir anlatımına yer yerilmiştir. 1789'da gerçekleştirilen devrimin idare ve hukuk üzerindeki değişikliklerine ilişkin gelişmelerin, "1789 meclis-i umumisinin zabıtlarından okunabilineceği" söylenmektedir.⁴²

"İktisadiyuna" gelince; Tarihin nazarında; o zamanlar ferdlerin üzerinde icra olunan ve bir takım nazariyat-ı garbiyede neşr edilen bir fırka vardır ki ona da iktisadiyun denir. Fikrimize göre yalnız ulum-u servet ile iştilig etmeyip hukuk-ı umumiye, idare-i umumiye ve hususiye ve kânun-ı esasiye hakkında nazariyeler vesair hakkında işitilmeyen fikirleri beyan ediyor. Bu konudaki en meşhur

40 Fikr-i Islahât s. 15-16.

41 Fikr-i Islahât s. 23.

42 Fikr-i Islahât s. 26-27.

kişi, devrim sırasında adı “mâhhub-u beşer” olan Marki de Mirabeu’dur.”⁴³ İktisat biliminin, sosyal yönlerinin açıklandığı sayfalarda; liberal görüşün temelini oluşturan bireysel haklar ile mülkiyet arasındaki ilişki ele alınmaktadır.

“Hürriyet ve insaniyet” arasındaki hukuki ve siyasi bağın doğrudan mülkiyet hakkına dayandırılması 18.yüzyıl Aydınlanma filozoflarının dayanaklarından biri idi.

“Hukuk-ı medeniyenin taraftarları, hukuk-ı siyasiyenin muarızdırlar. Onların iddiasınca; hukuk-ı şahsiyye, cemiyet-i beşeriyenin kaffe-i hukukuna fâik ve kadim tanınmış fikr-i mülkiyete istintâc edilmiştir (netice olarak oradan doğmuştur ç.n.)”⁴⁴ .

Gerçekten de liberal siyasal görüşte; doğal hakların ortaya çıkması ile siyasal hakların kaynağı ve kullanımı arasında bir görüş farklılığı olmuştur. Devredilmez, vazgeçilmez ama soyut ve evrensel hakların tanınmasında sadece insan olmak durumunu dikkate alan burjuvazi, siyasal iktidara hâkim olduktan sonra, siyasal hakların herkese tanınmasında açıkça ayak diremiştir.

*“Bunlar, cemiyet-i beşeriye esasının, fikr-i mülkiyet üzerine kâim olduğunu beyan edip, eşhasın gayrimenkuleyye sahib olabilmesinde cemiyet-i beşeriyenin adalet ve menâfi-i müşterekesi efsânundan (efsanesinden ç.n.) doğduğunu, mülkiyet-i şahsiyye nazriyesinden doğduğunu” kanıtlamak istiyorlar. Buradan çıkan ana fikir şöyle açıklanabilir; “hürriyet-i şahsiyyenin selametini temini eden idamesi; insanların kendi kabiliyetleri ve istidadı ile yürüttüğü mali ve mülkiyete intaç eden işleri serbestçe yapmasıdır.”*⁴⁵

İlerleyen cümlelerde; siyasal hakların garanti edilmesi için kuvvetler ayırımının gerekliliğine değinildiği görülmektedir. İnsanlar, kanunları kendi rızaları ile yaparlarsa, ona saygı duyarak uyarlar ve kanunlar artık ihtiyaca cevap vermediğinde, değiştirtebilirler. İşte bu fikir, parlamentoyu doğurmuştur. Bununla beraber; insanın, kanuna iştirak etmesi için onun hür olması gerektiğine de vurgu yapıldığını görüyoruz.

*“Sonunda, on sekizince yüzyıl filozofları bu fikirler ile “hukuk-ı beşer beyannamesini” neşredebilmişlerdir. Bu beyannameden önce başka beyanname vardır ki; orada evvela; arazi vergisi “tahdid” edilecektir ve “sürekli bir tetkik ile azaltılacaktır; saniyen sanayi ve ticaret hür icra edilecektir. Salisen; ticaret-i dâhiliye ve hariciyeye hürriyetin edası; rabian; hürriyeti matbuat ve hürriyeti mübadele-i efkâr, hamsen; meclis-i idare-i velayeti veyahut istişari hakka haiz olan ve meclis-i milli şeklinde bulunan heyet-i siyasiyenin teşkil ve tanzimi gibi şeylerden ibarettir.”*⁴⁶

Fransa tarihinin din ve vicdan özgürlüğüne dair bazı tarihsel olaylarına değinildikten sonra filozofların etkisi üzerinde durulmaktadır. Özellikle Voltaire ve Montesquieu’nun görüşlerine yer verilmektedir. Montesquieu için *“kendisi “ruhu-l kavanin”i yazdı, Voltaire ise onun siyaset felsefesinde; her halkın kendi içinde bir hukuku olduğunu söylediğinde onu anlayamamıştır”*

43 Fıkr-i Islahât s. 28.

44 Fıkr-i Islahât s. 29.

45 Fıkr-i Islahât s. 29.

46 Fıkr-i Islahât, s. 34.

deniliyor. *Voltaire'in aslında "tervic ettiği (tercih ettiği, desteklediği) usul-ü hükümet "hükümet-i vâhîde-i mutlak" usulü idi. Ancak zulme ve istibdada düşman olduğu için hukukla denetlenen bir iktidarı istemiştir.*" sözleri Voltaire'in; hümanist felsefesine, Kilise'nin hâkimiyetine karşı inanç ve mezhep özgürlüğüne ilişkin görüşlerine bağlanmaktadır.⁴⁷

15. ve 16. Louis'in tahta çıkışı ve dönemin siyasi çalkantılarından bahsedilen çalışmanın, tamamen Fransadaki siyasi gelişmeleri konu aldığı açıktır. Yer yer "Vilayet kethüdası" başlığı ile taşra yönetimine ve merkezi iktidarın kurulması esnasında taşra teşkilatlarındaki değişikliklere değinilen⁴⁸ bu çalışmanın ilerleyen sayfalarında, Fransız İhtilali'ni hazırlayan nedenlerin ele alındığı bir bölüm başlamaktadır. Sayfa 81 den sonra, "*meclis-i mebusân ile fikr-i islahât arasındaki münasebet*" başlığı ile "*islahat ile inkılâb*" arasındaki ilişki verilmektedir. Parlamento ile kraliyet arasındaki çekişmenin Fransız devriminin siyasal nedenleri arasında sayılmıştır. Devrim sırasında oluşan komisyonların çalışmaları ve "Hürriyet-i şahsiye ve Hürriyet-i Matbuat", "kanun-ı Matbuatın hazırlanması, "İdare-i vilayâtın islâhı", gibi ayrıntılı olarak dönemin hukuki düzenlemelerine yer verildiği görülmektedir.⁴⁹

Yukarıda da belirttiğimiz gibi; metnin sonunda yer alan, "Hâtîme" kısmının, eseri Osmanlı Türkçesine çeviren Doktor Lütfi tarafından yazıldığı anlaşılmaktadır:

"Buraya kadar anlaşılacağı gibi eserin içinde de görüldüğü gibi, Fransa âlemindeki "İnkılabât-ı Siyâsiyyenin" en parlak bir "sahne-i temaşası" olan on sekizinci asırdaki fikr-i inkılâbdan olan fikr-i islahâta devam edilmiştir."

" Bu fikr-i islahat idare-i mutlâk-ı kadim ile tezat manada bir durumu gerçekleştiren "Fransa İnkılab-ı kebirî" ve bunun neticesi olarak Fransa'da bugünkü şeklini alan "şu cumhuriyet-i âzîmede vücud bulan" ve iki devir arasındaki "fikr-i islahat"ın zuhuru ve Cumhuriyetin ilanına kadar olan zamandaki" yenilikleri yani reformları ele almaktadır" deniyor. Yazar burada "görüleceği üzere fikr-i islahât fikr-i inkılbdan evvel doğmuştur ve inkılab-ı kebirden sonra da devam etmiş Fransa'da Cumhuriyete erişmiştir"

"Fikr-i islahât, bu vakianın ruhudur, niçin? Hükümdarın mutlakiyet-i vâziasını mahdud olan hukukunu ve iktidarını azaltarak bu tefrik edilen hisseyi, millete vermek millet ve hükümdarlık arasındaki bir mevzuıay-ı siyasiye teşkil etmekten ibaret kalıyor". "Bütün insanlık tarihinde mutlakiyetten meşrutiyete geçişte, çetin bir sahneye şahit olunduğuna Fransa en iyi örnektir. Bundan başka bugün en mütemeddin milletler meşrutiyet ve cumhuriyet şeklinde bulunmaları, tarik-i medeniyetin nasıl bir gidişatı olduğunu da gösteriyor".⁵⁰

"Türkiye'de fikr-i islahâttan eser yok gibidir. Mamulât-ı sanayimizi oluşturacak alet ve edevat, hatta üstümüzü örten elbisemizi diktığımız iğneler bile Avrupa'dan gelmektedir. "Hükümdar, kanuna tabi

47 Fikr-i Islahât, s. 35.

48 Fikr-i Islahât, s. 43-78.

49 Fikr-i Islahât, s.88-117.

50 Fikr-i Islahât, s. 131.

değildir”; kaidesi Fransa’da nasıl bir değişime uğramıştır izah edildi. Bizde hükümdar yalnız kanuna değil, hiçbir şeye tâbi değildir kaidelerini gayr-i kâbili itiraz bir surette cereyan etmekte bulunduğunu görülmüyor.⁵¹

“[Aydınlanma ile ç.n.], o nur-ı marifet sayesinde insanların koyun ve keçi sürülerine benzemediğini ve bilakis birtakım hukuk-ı tabiiyle :”hayata, hürriyete, ırz ve namusa” ve bir takım hukuk-ı mevzuâyaya, “mala, mülkiyete” ve bunların hakkı – müdafasına ve muhafazasına malik oldukları ve bu izâfe ile insanların heyet-i umumiyyesinden vücud buldukları bir şahs-ı memnu (dokunulmaz) demek olan milletin de öylece bir takım hukuka mazhar olduğunu anlayarak mutlakiyete bedeli (karşılık) cumhuriyetin; “hükümadr kanuna tabi değildir” safatasının yerine; millet hükümet için değil “hükümet; millet için yapılmıştır” kanunu ikame edilmiştir.”⁵²

Daha sonra eğitim sorununa değinilen satırlarda;

“..bizde tüm okullar devlet tarafından açılır ve öğretmenleri de devletin memuru olduğundan “ferdi kabiliyete” göre değil; devletin istediği şekilde insan yetiştirilir. Hâlbuki Anadolu’da ve diğer yerlerde insanların girişimi ile kurulan Hıristiyan mekteplerinde verilen eğitimde “ferd” daha özgür koşullarda gelişmektedir.”

Bu ifadelerde; eğitim politikaları ve devletin bireye karşı temel görevleri arasındaki ilişki ele alınmaktadır. Eğitimin, insanların sadece bir yaşamın devam ettirilmesi için bir karın doyurmak için değil; insanın toplumsal “vazifelerinin” tam ve doğru olarak yerine getirmesine de bir araç olduğu vurgulandıktan sonra; “bu gün maarif öyle bir haldedir ki maarif programındaki eksiklikler yüzünden ilmi ve tecrübesi na-tamam olan memurlarla idare olunan memalik-i osmaniyeinin “haysiyet-i hariciyesi düveli medeniye karşısındaki hali “tarz-ı memur” ile anlaşılıyor”. Deniyor.⁵³

Buradan sonra; “bugün Avrupa’da hukuk ve siyaset bakımından devletler; sadece medeniyet ve menfaatler ölçüğünden hareket etmekle birlikte; haklar ve hürriyetler, siyaset ve ferd bakımından kanunlara duyulan bağlılık ve her şeyden evvel bir kanun düzeninin olmasına dikkat çekerler. Aksi durumda zaten bugün “beynelmilel” fikrin “internationalisme” in günden güne ziyâdeleşmesi (artması ve bunun nedenleri ç.n.) görülemez. Hatta Avrupa’da bugün , heyet-i düveliyesinden müteşekkil bir “Avrupa düvel-i müttehidesi” (birleşmiş Avrupa devletleri ç.n.) namı altında “heyet-i müttehede-i düveliyeye” teşkili; Avrupa mahvil-i siyasiyesinin en kıymetli intişarlarından biridir.”⁵⁴

Metnin sonlarında; bizde de bu “fıkr-i ıslahât”ın öteden beri var olduğu; ama iktisadi ve siyasi yönünü tam olarak anlayacak ahalinin, eğitim bakımından geri bırakılması nedeniyle, reformların sadece “hüsn-ü kabul” gördüğünü; ama somutlaşmadığını, bu yüzden “ıslahât fikrinin inkılâb fikrine” evrilmediğinden şikâyet edilmektedir. Bir toplumun değişmesi ve dönüşmesi için başkaca

51 Fıkr-i İslahât, s. 132.

52 Fıkr-i İslahât, s. 133.

53 Fıkr-i İslahât, s. 136.

54 Fıkr-i İslahât, s. 142.

dinamiklerden daha etkili olan unsurun; aslında “ihtiyaç duyulan tek şeyin cesaret ve kendine güven”⁵⁵ olduğu vurgulanmaktadır.

III. DOKTOR LÜTFİ’NİN; MİLLET VE HÜKÜMET, 1324 İSTANBUL, BAŞLIKLİ ESERİ

A.ESER HAKKINDA

Doktor Lütfi’nin, 1324 (1908) tarihinde basılan, “*Millet ve Hükümet*”⁵⁶, başlığını taşıyan kitabının metni, yukarıda da belirtildiği gibi, daha önce Latin harflerinde yayınlanmıştır.⁵⁷

Kitabın “Giriş” kısmında, Doktor Lütfi; eldeki 1908 tarihli basının, 4.bası olduğunu ve kitabın daha önce Paris’te yayınlandığını belirtmektedir. Bu bahsedilen de “*Millet ve Hükümet*”in; 1906’da, Paris’te yine Osmanlı Türkçesinde, elyazması olarak gerçekleştirilen taşbaskısıdır. Bu taşbaskı üzerinde;

*Millet ve Hükümet, Müellif Doktor Lütfi, Memâlik-i Osmaniye’nin Sabık Sıhhiye Müfettişlerinden ve Fransa Mekteb-i Tıbbiye-i Askeriyesi Tatbikat Şubesi ve Paris Darülfünunu Hukuk mezunlarından, Paris, 1906*⁵⁸; ifadesi bulunmaktadır. Tarih dikkate alındığında; Doktor Lütfi, Millet ve Hükümet’i, doktorasını bitirdiği sene yayınlamıştır. 1908 tarihindeki ayrı baskısı dışında; Tevfik Nureddin ve başka yazarların, makale ve risalelerinden oluşan bir derleme içinde tekrar basılmıştır.⁵⁹

Arşivlerimizde kayıtlı bulunan her üç nüshanın, farklılıklarını tespit etmek, bir karşılaştırma yapmak mümkündür. 1906 tarihli taşbaskı ile 1908 tarihli baskılar karşılaştırıldığında; “Giriş” kısmının başlangıçtaki ilk dört sayfası aynıdır. Ancak; 1906 tarihli baskının sonraki sayfalarında, özellikle birkaç dipnotta uzun uzun adem-i merkezîyet ve merkezîyetçilik esasının tartışıldığını, anlatıldığını görüyoruz⁶⁰. Bununla birlikte her iki baskıda, ana metin, aynı yerden aynı başlıklarla devam etmektedir. 1906 Paris baskısını ayrıca özel kılan bir başka nitelik; kitabın yasaklı olmasıdır. Bahsi geçen kitabın; “[M]ündercatı hezeyandan ibaret olan Türkçe risalenin Memalik-i Şahâne’ye idhalinin men edilmesi”ne karar verilmiştir.⁶¹ Kitabın, farklı tarihlerde birden fazla baskısı yapıldığı için, bu çalışmada yararlandığımız nüshanın yayın tarihi her dipnotta ayrıca verilmiştir.

55 Fikr-i Islahât, s. 148-149.

56 *Millet ve Hükümet*, Müellif Lütfi, Paris Dârülfünunu Muallimlerinden Tabip ve Hukuk Doktoru; Tab-ı Râbi (4.Bası ç.n.) Müellifin mührü olmayan nüshalar sahtedir. Matbâay-ı Kütüphanê-i Cihan, Sene 1324, (1908). Bu çalışma için yararlandığımız nüsha; İBB Atatürk Kitaplığı; TB_0991/04 Demirbaş ve 172.2 Z/172.2/1324/1908 yer numarası ile kayıtlıdır.

57 Mustafa Şahin, “*Millet ve Hükümet*”, Toplumsal Tarih, Sayı 9, 1994, s. 49-57.

58 Kitap, İBB Atatürk Kitaplığı, Bel_Osm_0.00907 Demirbaş Numarası ve 320 LÜT 1906 Yer Numarası ile kayıtlıdır.

59 Kitap, Milli Kütüphanede 06 Mil EHT A 26072 Yer Numarası ile kayıtlıdır. İçeriğinde; Millet vekaleti / Tevfik Nureddin . Millet ve hükümet / Lütfi . Osmanlı ihtilalleri. Cinayet içinde cinayet, yahud, Dilber Lusbol / Charles Ober; mütercimi: Cemil Ratib . Bab-ı Ali’nin iç yüzü / mütercimi T. N. . İki eli kan ile dolu doğan Timurlenk tarihinden bir parça / İsmail Hakkı. Rehber-i İntihab ve intihab-ı mebusan kânûnname’si hulasası / Hacı Mehmed Emin; Konstantiniyye [İstanbul] , Karabet Matbaası, 1324 R [1908].

60 *Millet ve Hükümet*, 1906 Paris baskısı, s. 5-15.

61 BOA.Y.EE.KP. 30/2944/1324 C/ 01 numaralı evrak. “Paris’te Doktor Lütfi tarafından Millet ve Hükümet başlığıyla neşrolunan ve mündercatı hezeyandan ibaret olan Türkçe risalenin Memalik-i Şahane’ye idhalinin men edilmesi.”

**B. MİLLET VE HÜKÜMET, MÜELLİFİ LÜTFİ, PARİS DÂRÜLFÜNUNU
MUALLİMLERİNDEN TABİP VE HUKUK DOKTORU; TAB-I RÂBİ (4.BASI Ç.N.)**

Müellifin mührü olmayan nüshalar sahtedir.

Matbaay-ı Kütüphâne-i Cihân Sene 1324 (1908)

İhtar

“Bu eser, evvelce Paris’te neşr olunmuş ve nazar-ı matlubâ-i salibe arz olunmuş iken, bu kere biz de inkılâbın zuhuruyla mevzuây-ı cereyâm ahâlî-yi hazırâya tevfikân tashih edilerek enzâr-ı umumiyyeye (herkesin gözü önüne) vâzih edilmiştir.”⁶²

“Kaninât üzerindeki her şey, bizzat kâinat bile muntazam, lâ-tagyîr (bozulmayan ç.n.) bir kanun-ı inkılâba tabi olduğundan semere-i arz olan (yeryüzünün meyvesi; üreticisi olan ç.n.) insan ve bu insanların içtimâ’ ve ittihadından teşkil eden cemiyetler de [kendi] hayatlarında aynıyla o muntazam olan lâ-tagyîr kanunlara maddi ve manevi suretle tâkib edegelmışlerdir. Cisim, muhterem bir makber-i beşer olan tarihi acıları ve insaniyetle, insaniyeti muhtelif asırlarda teşkil ettiği cemiyetlerin tercüme-i hâlî, [o toplumların] tâkib etmiş ve edegelmış oldukları kanun-ı inkılâba; yani; maddi ve manevi tahvilâtı tedkik edilirse bu tahvilâtın bir kısmının tahvilât-ı tabiyeden; yani; edvar-ı inkişafından ve diğer kısmının da tebdilât-ı mecruâdan (değişim zorunluluğundan ç.n.) yani inkılâbdan ibaret olduğu görülür.”

Doktor Lütfi; çalışmasının henüz “Giriş” kısmında, ortaya koyduğu siyasi görüşlerin temelini oluşturan felsefeye dair açıklamalar yapmıştır. Bu görüş, hemen anlaşıldığı üzere; II. Meşrutiyet döneminde yaşayan pek çok Osmanlı entelektüelinin kabul ettiği, benimsediği “pozitivizm”dir⁶³. Bilindiği üzere Fransız, ünlü sosyolog A.Comte’un ilkelerini ortaya koyduğu pozitivist düşünce, toplumda algılanan değişimin ve dönüşümün deneysel olarak belli kurallar etrafında açıklanabileceğini iddia etmiştir. Bu açıdan da pozitivizm; sosyal, siyasal, kültürel olarak değişim ve dönüşüm olgusunu, belirli kurallar ve doğa kanunları ile açıklama gayretindedir.

BOA.ZB. 591/88/1322 T/10 numaralı evrak. “Paris’de Doktor Lütfi tarafından Millet ve Hükümet serlevhasıyla neşredilen Türkçe risalenin yurda girişinin yasaklanması.” Ayrıca BOA.MF.MKT.945/21/1324 C/13/4 numaralı evrak ve “Paris’te Doktor Lütfi tarafından “Millet ve Hükümet” adında yayınlanan mızur risalenin Osmanlı topraklarına girişine engel olunması’na dair BOA.HR.TH 336/105/1906/07/23 numaralı evrak. Buna karşılık; arşiv kayıtlarında Doktor Lütfi tarafından yayınlandığı ve yasaklandığı belirtilen “l’État Politique de la Turquie et Partie Liberal” başlıklı kitabın da yasaklandığı görülmektedir. ; HR.TH.. 294 42 1903 11 19 1 Paris’te Doktor Lütfi adlı şahıs tarafından nesrolunup ele geçirilen Fransızca L’Etat Politique de La Turquie adlı mızur kitabın Memalik-i Sahane’ye sokulmasının yasaklandığı, ayrıca; BOA DH.MKT. 796 33 1321 S 29 6. Fransadaki kayıt için bkz.Dr. J.Loutfi, l’État Politique de la Turquie et Partie Liberal, La revue Socialist, Tome XXXVIII, Juillet-Décembre, Paris, 1903, s. 766.

62 Millet ve Hükümet, 1324, s. 2.

63 Pozitivizm ve II. Meşrutiyet dönemi için bkz. Şerif Mardin, *Jöntürklerin Siyasi Fikirleri 1895-1908*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1994; Şükrü Hanioğlu, *Bir Siyasal Düşünür Olarak Doktor Abdullah Cevdet ve Dönemi*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1986; Niyazi Berkes, *Türkiye’de Çağdaşlaşma, Doğu-Batı Yayınları*, İstanbul, 1978; Kemal H.Karpat, *Osmanlı’da Değişim, Modernleşme ve Uluslaşma*, İmge Yayınları, İstanbul, 2006; Hilmi Ziya Ülken, *Türkiye’de Çağdaş Düşünce Tarihi*, Ülken Yayınevi, İstanbul, 1992.

“İnkîşâf, inkılâba intac eder; ve bu inkılâb da bir inkılâb-ı müstekâmileden mâada olacak yeni bir inkîşâf tevlîd eder.” “Her fiil ve hareket, bir ihtiyâr (bir seçim, bir tercih ç.n.) ve bir irâde neticesi olduğu gibi; her inkılâbın da mutlak bir inkîşâf neticesi olması lazım değil mi? Bunların her birinin zuhur ettikleri tarihleri nisbetle tehâlûfederler (birbirine zıttırlar ç.n.). Misal muntazaman cereyan eden bir nehrin yatağında bir yığın enkaz husule gelir. Bu enkâz nehrin mecrasını kapatır ve bunun önünde sular birikir. Bu birikme yavaş yavaş oluşurken su birden süratle sürüklenmeye başlar ve şiddetlenen su sürüklenip getirdiği cisimleri yani akışını durduran maniye alır ve nehrin mecrasınca sürükler.”

“İnkîşâfı müteakip, bir inkılâba geçiş olur. Her türlü tahviller yani fikirler – bu yeniliklerle zuhura geldiği tarihte – bu hadisenin zuhuruna mani olmak isteyenler olduğunda” olayların akışında orada “çetin ve azim” bir olayın gerçekleştiği süreçler yaşanır ve bu olayların nedenleri dışarıdan açıkça görülür. Avrupa hükümetlerinin ortaya çıkmasında hep bu olaylar vardır.

Toplumlar, adalet, milli aidiyet duygusu ve iktisaden beslendiğinde refaha erişirler. Bu son derece tabi olan istek ve amaçlar, toplumları yönlendiren başlıca nedenler olabilir. Geçmiş idarelerimizin yaptığı hatalara bakarsak “usul-i meşrutiyet-i idare”nin de ortaya çıkışı tıptı Avrupa toplumlarında anlaşılıp izah edildiği gibi anlaşılıp açıklanabilir. Bu bakımdan; “*diyebiliriz ki inkılâbımız; netice-i inkîşâf bir inkılâbdır, inkılâb-ı tabiidir.*”⁶⁴

Doktor Lütfi’ye göre; insanlar ve toplumlar; doğada var olan birtakım kanunlara tabidirler. Doğanın kuvvetinin bile bozamadığı bu kanunlara toplumlar da boyun eğerler; gelişmelerinde, dönüşümlerinde bu kanunları izlerler. Toplumların tarihine bakıldığında, gelişim ve dönüşümlerin birden bire olmadığı, belirli koşullarda ve kendi doğal mecrasında önüne geçilemez ve durdurulamaz bir süreç olduğu ifade edilmektedir. Kendisi, “*..inkılâb-ı tabii*” dediği değişim ve dönüşüm hareketlerinin, kendi doğal koşullarında gelişmesinin dışarıdan gözlemlenebilir olması nedeniyle; sebep-sonuç ilişkisinin nesnel ölçülerle incelenebileceğini söylemiştir. Böyle bakıldığında; doğal koşullarda gelişen evrim süreçlerinin kanunları olarak; toplumları dönüştüren “inkılâblar” ne bir günde bir kişinin ne de birkaç günde birkaç kişinin işidir. Bu anlatımda, şüphesiz en dikkat çeken kavram; toplumun statik değil de dinamik ve devingen bir yapı olduğunun vurgulanmasıdır. Bu devinim ile “ilerleme” yani “terakki” mümkündür. Gerçi Doktor Lütfi; “terakki” yerine “*inkîşâf ve inkılâb*” kavramlarına yer vermiştir. Hatta “*inkîşâf ve inkılâb*” kavramlarının, toplumsal gelişimdeki atılımların ve bir halden başka bir hale evrilen köklü dönüşümlerini açıklamak için özellikle tercih edildiği görülmektedir.

Faah evvel

“Devlet nedir ve ne gibi vazifeye hâiz olmalıdır? Eğer bir devlet istiklâl-i mülkiyesine hâiz olmak suretiyle hukuk-ı düvele muvaffak bir tâmam-ı hakimiyete haiz olmaz ve istiklâl-i siyasisine mâlikiyet-i hukuk-ı beynelmilele mutabık bir şekilde mâlik bulunmaz ise o devlet yaşayamaz,

64 Millet ve Hükümet, 1324, s. 3-5.

mahv olur gider... Çünkü, her devletin derece-i terakkiyesi o devletin sâir devletlerle mebsûten mütenasibdir ki (biri diğerine göre ç.n.) o devletin vesait-i irfânı, serveti, şevketi vesâir akvâmı mevcudiyesindeki haysiyeti de yine bu münasebet nispetinde parlaktır.”⁶⁵

Kitapta dikkat çeken önemli nokta; metnin henüz başında devlete bir tanım arama işine girilmiş olmasıdır. Devlete; insani keyfiyetin değil de hukukun hâkim olması konusunda; insanlığın üzerine kütüphaneler inşa ettiği en kısa soru; “devlet nedir?” sorusudur. Anayasal devletten başlayarak, hukuk devletine uzanan kavramlar dizininde; “devletin görev[ler]i” üzerinden de sorulabilir bu soru. Bu sorularla; Doktor Lütfi’nin, devletin sadece niteliğini kurcalanmadığı; onu oluşturan ilkeleri ve unsurları araştırdığı anlaşılmaktadır. Kendisinin tanımına göre; bir devlet bağımsızlığını ve hâkimiyetini; devletler hukuku esaslarına göre gerçekleştirmediği sürece tam bir egemen güç olarak kabul edilemez. Çünkü devletlerin varlığı, serveti, mülkiyeti birinin diğerine göre saygınlığını tanıması ölçüsünde siyasal bir gerçeklik arz eder. Burada açıklanan; devletlerin egemenliğinin, eşit egemenler dünyasında kabul görmesi ilkesi yani tanınmasıdır.

“Son asır hükemâsına göre; cemiyetler mütecânisiyetten adem-i mütecânisiyete doğru tekamül ediyorlar (Toplumlar homojen yapılardan heterojen yapılara doğru, sade dokulardan karmaşık ve katmanlı yapılara doğru evriliyorlar ç.n.). Cemiyet-i beşeriye de vezâif-i müdafaaya yani mütecanisi şekl-i askeriyeden ibarettir. Cemiyetler, bir ihtisas-ı uzviyeye bir ihtisas-ı vazifeye yani cemiyât-ı mütemadinde erbab-ı sây-ı mümtâze arasındaki nümâyân olan ihtisas duvarı tekmil edilirken; bunlar şekl-i sına-yi ve ticareti esas tutmuş cemiyetlerdir.”⁶⁶

Modern devlet ile ona denk düşmeyen siyasal yapıların tarihsel varlığını kısaca açıklayan Doktor Lütfi’ye göre; devletler, eskiden sadece kendi varlığını korumaya güdümlü askeri teşkilatlardan oluşuyordu. Ancak günümüzün gelişmiş toplumları, iş bölümü ve uzmanlaşma ile ticarete ve sanayide yani ekonomik yapıda gelişimi esas almıştır.

*“Mademki; her cemiyetin tabi olduğu kavanin-i teşkiliye ve kavani-i idâre; o cemiyeti teşkil eden efrâdın her birinin şahsen tâbi olduğu kavanin-i uzviye ve heyeti tabiatının aynıdır; o halde her ferdin gerek şahsen gerek mâhiyeten tâbi olduğu mevzuay-ı ve tabii kanunları ve içtimaini bilmesi; kendisinin ve kendisi gibi olan insanlardan teşekkül eden cemiyetlerin ne olduklarını ve bu cemiyetleri idare eden kanunların, hükümetlerin vezâiflerin neden ibaret olduklarını bilmesi lâzım gelir”.*⁶⁷

Her toplumun tabi olduğu ve gerçekleştirdiği idari ve kurumsal yapılar; o toplumun hukuksal düzen araçlarıdır. Bu yüzden, toplum içindeki her bir şahıs kendi uzantısının toplamından oluşan bu daha büyük toplumun yaptığı kuralları ve dokusunu bilmesi gerekir. Böylece insan, kendisi gibi insanların oluşturduğu başka toplumların yapılarını, kanunlarını ve kurallarını anlayabilir. Hükümet edenlerin görevlerini bilebilir.

⁶⁵ *Millet ve Hükümet*, 1324, s. 6.

⁶⁶ *Millet ve Hükümet*, 1324, s. 9.

⁶⁷ *Millet ve Hükümet*, 1324, s. 10.

Kısm-ı Sâni

Hükümet

“Fikr-i hükümet, âsâr-ı hâzıraya kadar birçok tebdilâta uğramıştır. Hükümet, bir cemiyetin cümle-i asabiyesinin yani bir cemiyetin müdürü demektir. İnsanlar daima cemiyetle yaşadıkları için zaman-ı kadimden beri birbirini kendilerine âmir ittihaz eder ve bazı bu vazifeyi en cesur ve mâhir olana veririler.....Romalılar zamanında bir sene müddetle intihâb olunan hükümetde, müddet-i vazifeler sınırlıydı. Yani vazife bitince müddet de bitiyordu.. Asya’daki hükümetlerde ise hükümetler vazife-i siyasiyyeden başka bir de kıyafet-i ruhaniyeye bürünerek o surette icrây-ı hükümete başlamışlardı.”⁶⁸

Burada en dikkat çekici nokta, Doktor Lütfi’nin; devleti, hukuk düzenini ve hükümeti birbirinden ayırmış olmasıdır. Çünkü siyasal iktidar ile devlet kurumunu birbirinden ayıran modern devlet düşüncesine göre; hükümet edenler, yönetilenlerin rızası ile iş başına gelir. Bu hükümetten beklenen, devlete nüfuz ederek kurumsal yapıya hâkim olması değil, egemenliğin gerçek sahibi olan millete karşı sorumlu olduğunu unutmadan, hukuk düzeninin icrasını adaletli ve hakça bir siyasa ile gerçekleştirmektir. Eserin sonraki sayfalarında, tam da bu noktaya yer verildiğini görüyoruz.

“Hükümetlerin Vezâifi”

“İcrây-ı hükümet etmek, mevzu olan kanunları memlekette hakkı ile tatbik etmekten ibarettir. Dahilen ve haricen halkın muhafazaî asayişine çalışmaktır.....Ayrıca kaza vazifesini görmesi için mehâkim teşkilini eyler. Mehâkim teşkilinden maksat, adaletin efrâdı âhalinin beyanında hizmetinden ibarettir. Bu cihette, vazife-i kaziye hükümetten müstakilâne icra eder.....Hüküm ve kararlarına itimâd olunmayan hükümetlerde, adalet yoktur.”⁶⁹

“Bir çok hükema: “hak ve insafta mükârin olmayan (ulaşmış/bir yere gelmiş ç.n.) kralların kabulünü değil bilakis red etmek vatandaşların vazifesidir” demişlerdir. İrade-i tanzimâtı meyanında kuvvay-ı bahriyeyi ileri götürmek, şimendifer, yol, liman, kanal cedveli (listesi ç.n.) yapmak hükümetin vezâifi cümlesindedir.”

“Hükümet, tedrise ve talime mecbur mudur?”

Hükümet, herkesin tezyîn-i efkârına (kendini yetiştirmesine ç.n.) aid hususatta teshilât (kolaylık ç.n.) göstermek ve tedrisatı, meccânen (ücretsiz ç.n.) edaya mecburdur.”

“Akıl, zekâ ve tabiyat ve ahlâk üzerine tesir-i âzimidir. Bununla beraber (Voltaire) Cizvit mektebinde tahsil gördüğü halde yine hiçbir dini tesire kapılmamış ve bilakis Cizvitlerin hasmı kesilmiştir.”

68 Millet ve Hükümet, 1324, s. 10-11.

69 Millet ve Hükümet, 1324, s. 13.

“Memalik-i Osmaniye’de yetişen efrad da buna müşâbihdir (benzer ç.n.). Çünkü bizde maarifin nazariyat ve idarelerinin taahüd ettiği şey “fıkr-i hürriyeti” söndürmekten ibaret olduğu halde; yine az-çok tezyin-i efkâr etmiş (kendini yetiştirmiş) pek çok kişi yetişe gelmiştir. Tedrisat-ı ibtidaiye ve idadiyenin gençler üzerine tesiri o kadar âzimdir ki her nevi’ efkar-ı âliyenin mübâdîmi (ortaya çıkışı ç.n.) burada başladığından hükümet bu tedrisatı hem serbest bırakmak hem de meccânen eda etmek vâzifesiyle mükelleftir. İşte hükümetin, en başlı vezâifi bunlardan ibarettir.”⁷⁰

Bu anlatımların, kuvvetler ayırımına işaret ettiğini belirtmemiz gerekir. Hükümetlerin görevi, halka hizmet götürmek ama bunu denetlenebilir bir hukuk düzeni içinde gerçekleştirmektir. Bu denetleme yargı kurumu ile olabilir.

Eserdeki bir başka dikkat çekici yön, millet ve milli ruha ilişkin anlatımlardır. Millet kavramının; Osmanlı devleti için kullanılagelen “dinsel” bağından kopararak siyasi bir gerçeklik olarak anılması Genç Osmanlılar’dan beri tartışılan bir konudur. Eserde; “millet”in, hukuki-siyasi bir düzen içinde yaşayan, vatan sevgisi ve dayanışma duygusu ile birbirine bağlı insanlardan oluşan örgütlü toplum olarak tartışılması, Jön Türklerin “ulus devlet” kavrayışındaki ilerlemeyi göstermektedir. Bu bakımdan; yani siyasal örgütlenme ve millet ilişkisinin, modern devletin kurucu unsuru olarak göstermenin; eserin yayınlandığı dönemin siyasi arayışlarına bir örnek oluşturduğunu söylememiz gerekir. Aşağıda yer verdiğimiz metin; Kamu Hukuku ve Genel Kamu Hukuku’nun ana temalarına değinmiş olduğu için önemlidir.

Kısm-ı Sâlis

“Millet”

Millet demek; muhite dâir iktisâd-ı dâhiliyede hareket eden bir kimse demektir ki; şu tarif bütün kuvvetiyle ifade eder: Bir millet mevâcihesinde bulunabilmek için (bir millet ile yüz yüze olmak için ç.n.) aynı zamanda hem bir şahs-ı siyâsi ve hem de iktisadi sayılan bir şahs-ı memnuniyetinde, mevcudiyetinde bir de ruh-ı kefâlet ve muşârekette bulunmak ve hissiyât-ı millie mevcut olmak lâzımdır. Bu meseleyi tâmîk için (incelemek için ç.n.); bu fıkr-i tarifi gözden geçirmek lazımdır.”

“Misâl zaman-ı atikkada; derbeyliği zamanında mesele bu merkezde değildi. Bugün hidmat-ı umumiyyeden, vazife-i meşterekeden sayılan şeyler; o zaman yalnızca bir menfaat, menfaat-ı şahsiye vesâiline hâdim vesail-i fırsattan madud idi. Hatta her şeyden kâdim olmak lazım gelen vazife-i adalet bile, o zamanlar yalnız bir cezaî nakdî koyabilmek ve sırf hacc-i emvâl etmek maksadına hizmetten ibaretti.”

Zaman-ı attikâda iktisâd-ı milliyenin ne demek olduğu bilinmiyordu. Çünkü iktisad-ı milli fikri, teşkilât-ı medeniyyenin yani asr-ı hazırâdaki eşkali (görüntüsü ç.n.) mütemeddinen düvelliyenin (medeni devletlerin ç.n.) mübde-i tesisıyla (ortaya çıkmasıyla ç.n.) başlamış bir şeydir. Bu da fıkr-i siyâsiye ve fıkr-i iktisâdi noktay-ı nazarlarınca “milli” namı verilebilen heyetler ve bu heyetlerin

70 Millet ve Hükümet, 1324, s. 14.

mensub olduğu memleketlere nisbetle tehâlîf edilerek (bir birine tam zıt olduğundan ç.n.) bu şeyler tekâmülâtımıza göre asr-ı hazırâya kadar tehir etmiştir.”⁷¹

Görüldüğü gibi; Doktor Lütfi, ekonomi-politiğin ana damarı olan “homo-ekonomicus” ile bir millet içinde, kendi hakikatini gerçekleştiren sorumluluk bilinci taşıyarak çalışan “bireyi” dolaylı olarak açıklamış; bunun milli iktisat ya da ekonomik gelişim ile bağıni da ihmal etmiştir.

“Asr-ı hazırâda ise vahdet-i siyasiye ve iktisadiyeye vücud verebilen memleketlerden en birincisi şüphesiz İngiltere’dir. Şöyle ki; Normandiya fütühatını müteakib, iktidar-ı kralının tehdidi zamanında milletin sınıf-ı mühtelifâsı arasında bir nevi’ ittifak bir ittihâd-ı milli teşkil ettiği, bunun neticesi olarak da Fermân-ı Kebir’in “la Grande Charte”⁷² istihsali suretiyle İngiltere’de gayet erken bir namzet-i milli, bir davây-ı hürriyet husule geldi. Kava-yı umumiyyenin, kısım-ı âzimi meclis-i mebusâna tevhid edilir ki bu hal milletin alay-ı sevt edebilmeye ve maksadını mevki fiili vazih ettirebilmeye muktedir olduğunu gösterdi ve on dokuzuncu asrın ortasında da artık selâhiyet-i kanun-ı iktisadiyeye mazhar oldu.”⁷³

Teşkilat-ı ve mevzuat-ı iktisadiye ile heyet-i milli, Fransa’da İngiltere’den hemen bir asır sonra “yüz sene muharebeleri âhiresinde” merkezi bir siyasete kavuştuğu; açıklandıktan sonra metinde Almanya’nın eyalet ve İtalya’nın küçük cumhuriyetler sistemine yer verilmektedir.

“Bir memleketin iktisadiyesi o memleketin istiklâyâtı siyasiye-i mâlikiyetine istilzâm eder.” “İktisadın bir kısmı, bir memlekette istiklâyâtı siyasiye ve hudut-ı rüsumunun “serbesti-i mübâdilât-ı eşya”nın dercei vasıtayla mütenasib olacağı zehâbında bulunarak gümrüklere ehemmiyet vermek istemişlerdir ki; kazay-ı ekseriya bu nazriyeye muhaliktir.”⁷⁴

“Hiss-i Milli”

“Aynı arazi üzerinde sakin olan insanlarda muhtelif esbâb-ı üzerine bir râbita; bir muhabbet-i vataniye vardır. Bu muhabbet-i vataniye ve bu hususun teşkiline mütenâsib bir sebep-i siyasi daha vardır ki o da müdafay-ı umumiyyenin tesisi ve istiklâyât-ı mülkiyenin temini mecburiyetidir.”⁷⁵

“Bu hissi müşterek aynı arazide sakin olan, aynı hamiyet-i vücudiyenin insanların aynı teşkilat-ı kanun altında yaşamak ve aynı menfaay-ı umumiyyeye müteallik bir hükümet teşk’il noktasında inâkâd etmiş olmaları kasdıyle bir kat daha kesb-i takviyyet eder denilebiliyor ki; bu esbabın heyet-i umumiyyesi aynı yahud milliyeye mensub olanlar arasında bir nevi müşârekât-ı ciddi teşkil eder ve aynı arazi üzerinde yaşayan efrâd bir nevi müşârekât-ı hak ve vezâfiyeye vücud verir.”⁷⁶

71 Millet ve Hükümet, 1324, s. 15-16.

72 Metinde İngilizce ifade ile yer almaktadır. (ç.n.)

73 Millet ve Hükümet, 1324, s. 16-17.

74 Millet ve Hükümet, 1324, s. 20.

75 Millet ve Hükümet, 1324, s. 25.

76 Millet ve Hükümet, 1324, s. 26.

Bir millet olmak için aynı toprak parçası üzerinde yaşayan insanlar arasında; vatan sevgisi ve toplumsal genel menfaatlerin yararına fedakârlık yapabilecek özveri bulunmalıdır. Bunun dışında millet olmak, kamu menfaatlerini koruyacak bir hükümetin birlikte yasalarla kurulması demektir. Bu açıklamalar, ulus devlet, ulusal kimlik ve ulusal birliğin manevi bağını ortaya koyması bakımından önemlidir.

SONUÇ

Doktor Lütfi'nin, eserlerinin içeriği ve kişisel yaşamı bakımından; II. Meşrutiyet öncesi Osmanlı entelektüel kesiminin genel dokusu içinde çok özgün bir yere sahip olduğunu söylemek abartılı olacaktır. Bununla birlikte kendisini özel kılan nedenleri irdelemek mümkündür. Çalışmamız açısından en dikkat çeken yön, Fransız günlük basınının Doktor Lütfi'ye duyduğu ilgidir. Evlilik ilanından, Paris Konsolosluğu görevine kadar pek çok konuda haber yayınlandığını görüyoruz. Siyasi görüşleri belirli bir tanım altında değerlendirilemez, fakat dönemin aydınları içinde kitaplarında bahsettiği konularla daha rafine bir düşünce çizgisinde olduğunu teslim etmek gerekir. Batılı kavramları, birincil kaynaklardan inceleme ve gözleme dolayısı ile içeriklerini doğru aktarma, eksiklikleri eleştirme konusunda getirdiği öneriler dikkate değerdir.

Kendisinin emeğine ve eserlerine saygı ile eğilirken, bu çalışmaların ard alanına yer vermeden söz eksik kalacaktır.

Düşünceleri ve inançları, daha büyük bir çıkar için yeniden düzenlemek, masa başında gerçekleşen bir iş olarak kalsaydı, toplumların gelişmesi ve reformlarla dönüştürülmesi işini nasıl açıklayacaktık? Evrensel ilkelerin doğruluğunu savunarak elbette. Bu, bizi ister istemez 19.yüzyılın pozitivismine götürecektir. Pozitivizm bilindiği gibi; insan davranışlarını, toplumsal yönelimleri, doğa bilimlerinin kuralları ile açıklamak ister. Buna göre, toplumların “tekâmülünün” yani ilerlemesinin de kuralları vardır. Her şeyden önce; toplumsal ilerlemenin kaynağı ve değişimin itici gücü, bilimdir. Bilim; genel ve nesnel, ölçülebilir ilkelerle hareket ettiği için, insan toplumları için evrensel doğru ilkeleri saptayabilir. Buradan hareket eden Doktor Lütfi, II. Meşrutiyet'in ilanını; insan türünün düşünsel ve eylemsel dinamizminin içinde değerlendirmiştir. Osmanlı toplumu, uzun bir zamandan beri değişimin dinamiklerini yoğurmaktadır ya da değişimin dinamikleri ile yoğrulmaktadır. Ancak değişim ve ilerleme; yalnız teknik ve ekonomik gelişim değildir. Bu, insanın “idrakindeki” değişim ve tekâmüldür. Osmanlı toplumunda, işte bu “gelişim idrakini” özümsemek eksiktir.

Eğitim, insanın aklını ve davranışlarını şekillendiren ve geliştiren bir kurumdur. Bu; bilinenin tekrarı bir cümle gibi gelecektir; ancak eğitimin toplumsal malzemenin niteliğini belirleyici bir yönü vardır. İnsanın çevreye ve düzene hâkim olması, bu düzeni kendi taleplerine göre düzenlemesi denilince; hukukun ve egemenlik kurumunun da buna göre şekillendiğini; her toplumun kültürel dokusuna göre bu yapının farklı bir renkte olduğunu da kabul etmiştir. Toplumlar organik bir yapıdır ve her organik yapı gibi gelişimi ve dönüşümü onu besleyen unsurlara ve kurumlara bağlıdır. Bunların başında, insanın kendi yaşamına hâkimiyet

kurmasını sağlayan eğitim kurumu geliyor. Eğitimin, kişinin yaşamına yön verecek koşulları sağlayan zengin bir donanımla verilmesi son derece önemli olduğundan; toplumu şekillendirici ve kalkındırıcı etkisi dolayısı ile kapsayıcı etkisi ihmal edilemez. Eğitimli insan kendi yaşamına hâkim olup değiştireceği gibi toplumsal değişimde de temel rolü oynar. Çünkü eğitimli insan; geleneğin, geçmişin, nedensizce itaat edilen toplumsal dayatmaların taşıyıcısı olmayı sorgulamaya başladığında; içinde yaşadığı toplumu gözlememeye de başlar. “İslahât ve inkılâplar”, bu kişinin attığı tohumların olgunlaşması ile gerçekleşebilir. Bu yüzden toplumların değişim koşulları gözlemlendiğinde, bir kişinin imalatı olmayan ama “bir toplumsal devinimin” sonucu ortaya çıkan süreçlerle karşılaşırız. İslahatların inkılâplara dönüşmesi bir kararlılık ilkesine bağlıdır; istemek! ve toplumlar için istemek; kararlılık ve cesaretle mücadele etmek demektir.

Bu görüşleri, Doktor Lütfi'nin çeşitli tanım ve eleştiriler içine serpiştirildiğini görüyoruz. “*Fikr-i İslahât*” eseri Fransızca'dan tercüme olduğu için, çok sesli okumamız doğru olmayacaktır. Ama böyle bir eserin Osmanlı Türkçesine çevrilmesine nasıl bir yorum getirebiliriz? Siyasal toplumun ortaya çıkmasında ve düzenin inşasında sistematik doğruların olduğundan hareket ederek bir “İslahât ve inkılab” sürecini, daha önce yaşamış başka toplumların tarihlerinden örneklerle açıklamaya çalışmak, tarihsel verilerden yaralanmak, Osmanlı aydınları için değerli bir kaynağın analizine dönüşmüştür. Çoğu zaman yüzeysel ya da eksik kalsa bile; Batı dünyasını şekillendiren kurumsal yapıları inceleme fırsatı bulan II. Meşrutiyet döneminin aydınları için hukuk ve beşeriyetin gelişimi “eğitim” ile ilişkilendirilmiştir. Düzen ve ilerleme akıl işidir, ama aklını nasıl kullandığın verilen eğitimin niteliği ve düzeyi ile doğrudan ilgilidir.

Yine ekonomi, hukuk, sanayi ve eğitim bakımından geri kalmış toplumların da ilerlemesi, değişmesi üzerine geliştirilen fikirlerin, Osmanlı aydınları üzerinde son derece belirgin bir etkisi vardır. Doktor Lütfi de aynı etki altındadır. Ancak Onun; devlet ve birey ilişkisini, bir “özgürlük” sorunu olarak irdelemesini, özgün bir nokta olarak belirtmeliyiz.

“Millet ve Hükümet” başlıklı eserde, modern devletin kurucu unsurlarının tanımlandığını ve kurumlar arasındaki ilişkilerin hukuki doğasının anlatıldığını görüyoruz. II.Meşrutiyet döneminde; “devlet”, “hükümet”, “parlamento”, “siyasal haklar”, “millet”, “vatan”, kavramlarının Batıdaki içeriği ile açıklandığı ve Osmanlı devleti içindeki kavrayış eksikliklerinin nasıl giderilmesi gerektiğine dair, başta gazete yazıları olmak üzere pek çok yayın vardır. Bu da bize; Cumhuriyet kurulurken, kurucu kadroların aslında geçmişin birikimine dayandıklarını; parlamento ve yasa yapma kudreti arasındaki bağın, siyasi iktidarın değil halkın çıkarına hizmet etmek üzere kurulduğunu çok iyi anladıklarını göstermektedir. Hal böyleyken Doktor Lütfi'nin; devleti, uluslar arası hukukun bir süjesi; egemen devletler dünyasının eşit bir hükümler gücü olarak açıklamış olması bizim için yenidir. Egemenliğin, halka ait olduğu ve devletin kurucu kaynağı olarak onun örgütlenmesinde daha yüce bir güce denk düştüğünü açıklamış olması, “hâkimiyet” görüşünün Namık Kemal'den Jöntürklere gelen süreçte daha cesurca bir tanımlamayla ele alındığını da göstermektedir.

Doktor Lutfi'nin, Paris Hukuk Fakültesinde, gerçekten ömrünün “en güzel yıllarını” yaşayan Kamu Hukuku ve Genel Kamu Hukuku alanındaki çalışmaları takip ettiği ve oradaki fikirlerden etkilendiği açıktır. Avrupa devletlerinin, 20.yüzyılın henüz başında, bireysel hakların hukuken ve siyaseten güvence altına alındığı hukuk devleti ilkesi etrafında bir “uluslararası Avrupa devletleri sistemine” doğru gittiğine dair yaptığı yorumla; liberal ve demokratik ilkelerin birleştirici yönüne dikkat çekmiş olması, kendisinin olağanüstü bir öngörü sahibi olduğunu göstermektedir.

Bu nedenle, modern devletin unsurlarına dair tanımları, tereddütsüz yayınlamıştır. Bu tanımlamaların aktarılmasında; mutlak monarşiye karşı; meşruti monarşinin ve hatta parlamenter yapının tercih edilmesinin, Osmanlı devleti için daha iyi olabileceğine dair vurgu söz konusudur. Doktor Lutfi; Jöntürkler'in pek çoğunun savunduğu gibi; sadece Anayasa'nın yürürlüğe konulmasını değil, kuvvetler ayırımına dayalı parlamenter hükümet sistemini savunmaktadır. Tarafsız ve bağımsız adalet hizmetlerinin, sadece bir yargılama işi olmadığını; adaleti sağlamanın ve hukuka güven ilkesinin biricik yolu olduğunu söylemesi ise bugün bile dikkate değer bir vurgudur.

KAYNAKÇA

I. Taranan Osmanlı Arşiv Belgeleri

BOA, HR.TO. Dosya No:543 Gömlek No:14/1912.11.26
BOA HR.SYS. 2435 69 1917 05 31 3
BOA.Y.EE.KP. 30/2944/1324 C/ 01
BOA.ZB. 591/88/1322 T/10
BOA.MF.MKT.945/21/1324 C/13/4
BOA.HR.TH 336/105/1906/07/23
HR.TH.. 294 42 1903 11 19 1
BOA DH.MKT. 796 33 1321 S 29 6
BOA.Y.EE.KP. 24/2322/ H 13.01.1323.

II. Taranan Fransızca Gazeteler ve Bültenler

Le Journal, 16.Janvier, 1906
Le Radical, 10.Juillet.1907
l'Intransigent, 10.Juillet.1907
La Revue Diplomatique, 20. Décembre.1908
Le Château de Freundstein, Bulletin du Musée Historique de Mulhouse, 1921
Le Temps, 31.Juillet.1908
Le Temps, 25.Décembre.1914
Dernière Heure, 31.08.1908
Messidor, 03.Eylül.1908
La Revue Diplomatique, 20. Décembre.1908
La Revue Diplomatique, 03.janvier, 1909
Le Journal, 22.Aralık.1908
La Lanterne 04.Avril.1914
La Jeune Turquie, 25.Juin.1914
Le Matin, 14.Juin.1914
Le Matin, 25.Novembre.1932
Université de Paris, Bulletin Mensuel, No: 7-12, Juillet-Décembre 1932.
Bulletin de la Société de Législation Comparée, Aseemblée Générale en 1932.
Bulletin de la Société de Législation Comparée, Paris,1935-1936.
Université de Paris Faculté de Droit, Bulletin Année Scolaire 1934-1935.
Bulletin de la Société de Législation Comparée, Paris,1933.
Revue Politique et Parlementaire. 10.Octobre.1933.
Journal des débats politiques et littéraires, 29.Octobre.1933.
Journal Officiel de la République Française, 02.Mars.1936.
Revue Internationale de Droit Comparé, Bulltein Trimestriel, Jenvier 1946.
La revue Socialist, Tome XXXVIII, Juillet-Décembre, Paris, 1903.
İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Dergisi, Mart-Nisan Sayısı 1959.

Boucher, H., “*La Peste en Europe et en Asie, Paris, 1910.*”

III. Taranan Müteferrik Evrak

İBB Atatürk Kitaplığı, Evrak Koleksiyonundan Bel_Mtf_54218 Demirbaş numarası ile kayıtlı bulunan, tarihsiz, el yazması, Arap harfli belge. (54218 numaralı Müteferrik Evrak)

İBB Atatürk Kitaplığı, Evrak Koleksiyonundan Bel_Mtf_56954 Demirbaş numarası ile kayıtlı bulunan, tarihsiz, el yazması, Arap harfli belge. (56954 numaralı Müteferrik Evrak)

IV. Diğer Kaynaklar

Berkes, Niyazi, *Türkiyede Çağdaşlaşma*, Doğu-Batı Y., İstanbul, 1978.

Birinci, Ali, *Tarihin Gölgesinde Meşâhir-i Meçhûlden Birkaç Zât*, Dergâh Y., İstanbul, 2001.

Esmein, Adhémar, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814: Révolution, Consulat , Empire*, Paris, 1911.

Hanioğlu, Şükrü, *The Young Turks in Oposition*, Oxford, 1995.

, *Bir Siyasal Düşünür Olarak Doktor Abdullah Cevdet ve Dönemi*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1986.

Kantarıcı, Şenol, “*Osmanlı’da Onurlu Bir Diplomat ve Milli Mücadele’nin Önemli Siması: Ahmed Rüstem Bey*”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Sayı 42, Kasım 2008.

Karpat, Kemal H., *Osmanlı’da Değişim, Modernleşme ve Uluslaşma*, İmge Y., İstanbul, 2006.

Lütfi (Müellif), *Millet ve Hükümet*, Paris Dârülfünunu Muallimlerinden Tabip ve Hukuk Doktoru; Tab-ı Râbi, Matbâay-ı Kütüphanê-i Cihan, Sene 1324, (1908).

Lütfi, Doktor, *Millet ve Hükümet*, Paris, 1906.

Lütfi, Muhariri Doktor, “Fikr-i Islahât”, Matbây-ı İctihâd, Cenevre, 1904.

Mardin, Şerif, *Jöntürklerin Siyasi Fikirleri 1895-1908*, İletişim Y., İstanbul, 1994.

Nuri, Celal (İleri), *İttihad-ı İslâm*, Yeni Osmanlı Matbaası, İstanbul, 1331 (1913).

Okay, Cüneyd, “*Dr.Lütfi’ye Dair*”, Toplumsal Tarih, Ekim 1995, Sayı 22, s. 60-62.

Saygı, Serhan Kemal, *Meclis-İ Mebusan’da İzmir Mebusları 1908-1918*, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yakınçağ Tarihi Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2014.

Şahin, Mustafa, “*Millet ve Hükümet*”, Toplumsal Tarih, Sayı 9, 1994, s. 49-57.

Temo, İbrahim, *İbrahim Temo’nun İttihad ve Terakki Anıları*, Arba Y., İstanbul, 1987.

Tunç, Salih, “*I. Dünya Savaşı Yaklaşırken Osmanlı-Fransız İlişkilerinde Yakınlaşma Girişimleri: Fransa-Türkiye Dostluk Cemiyeti ve Cemal Paşa’nın Paris Seyahati*”, OTAM Sayı 25 / 2009, s. 193

Ülken, Hilmi Ziya, *Türkiyede Çağdaş Düşünce Tarihi*, Ülken Y., İstanbul, 1992.

Ulusal Ekonomi ve Girişimcilik Üzerine 1329 (1913) Tarihli ve Yazarı Belli Olmayan Bir Risale

An Anonymous Brochure on National Economy and Entrepreneurship
1329 (1913) Dated

Rukiye AKKAYA KİA *

Öz

Yazarı belli olmayan bu “Risâle”nin içeriği; halka hitap amacıyla kaleme alınmış, bir “Söylev”dir. Edirne’nin, Osmanlı Devleti’nin topraklarına katılmasını sağlayan İstanbul Anlaşmasının (29. Eylül.1913) öncesinde gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Balkan savaşında; Edirne’nin kaybedilmesi üzerine, halkın yaşadığı manevi çöküntüyü ortadan kaldırmak için hazırlandığı anlaşılan metne; coşkulu, duygulu bir akış hâkimdir. Dilde ise duru ve açık bir Osmanlı Türkçesi dikkat çekmektedir. Çalışmak, ulusal ekonomi, ulusal sermaye birikimi ve ulusal ticaret gibi konulara yer verilmiş; Türk ve Müslüman unsurun girişimci yönlerinin ortaya çıkarılmasının bir zorunluluk olduğuna değinilmiştir. Yer yer dini referanslarla beslenen metin içerisinde; “çalışmak” ve “devletin görevleri” temaları üzerinden, İttihat ve Terakki’nin uyguladığı baskılar da eleştirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Girişimcilik, Ulusal Ekonomi, Osmanlı Türkçesinde Söylev, Liberalizm, Balkan Savaşı.

Abstract

This anonymous brochure (“Risâle”) is a discourse, which is aimed at public. It is understood that the brochure appeared before İstanbul Treaty (29.September.1913), included Edirne in Ottoman State’s territory. This text, was prepared to eliminate people’s sadness because of losing Edirne in Balkan War, has effusive, emotional content and clear and articulate Ottoman Turkish. It contains subjects like labour, national economy, national capital accumulation and national trade, and mentions necessity of revealing the entrepreneurship of Turks and Muslims. In this text, sometimes it refer to Religion, pressure of Committe of Union and Progress (“İttihat ve Terakki”) is criticized over subject “labour” and “obligations of State” too.

Keywords: Entrepreneurship, National Economy, Discourse in Ottoman Turkish, Liberalism, Balkan War.

* Profesör Doktor, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı. rakkaya@marmara.edu.tr

GİRİŞ

İncelediğimiz Risale'nin içeriği; halka hitap eden bir "Söylev"dir. Baştan sona; ulusal iktisat politikasının, ulusal uyanışın ve ekonomide girişimcilik temalarının işlendiği yazarı belli olmayan metinde; dil bakımından, son derece açık ve duru bir Türkçenin kullanıldığını görmekteyiz. Risale'nin başlığında – aşağıda da verildiği gibi – Fransa'da hukuk eğitimi alan Osmanlı tabasına mensup bir öğrencinin mektubundan özetlenerek, Müslüman toplumlara okunmak üzere hazırlandığı söylenmektedir. "Söylev" in, kim ya da kimler tarafından hazırlandığı; hatibin kim olduğu ve söylevin hangi tarihte gerçekleştirildiği belirtilmemiştir. Ancak metnin akışından; Söylev'in, Edirne'nin, Osmanlı Devleti'nin topraklarına katılmasını sağlayan İstanbul Anlaşması'nın (29.Eylül.1913) hemen öncesinde gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır.

Söylev; Balkan savaşının kaybedilmesiyle halkın yaşadığı büyük kaygı ve hüsranın bertaraf edilmesi için yoğun bir heyecan ve vatanseverlik duygusu ile kaleme alınmıştır. Halkın kolaylıkla anlayabileceği bir üslup ve konuşma dili tercih edilmiştir. Sık sık konuşmayı yapanın, kendi kendine ve dinleyicilere yönelttiği sorulara, hayret ya da heyecan nidalarına yer verildiği görülmektedir. Sözlerin akışından ve yapılan öz eleştirilerden, halka iletilen mesajdaki coşkulu ruh; savaş ortamının yarattığı bezginliğe galebe çalmaktadır. Metinde genel olarak; ekonomik devrimin temelinde, yatırım ve üretimin olduğu; artık savaşların yalnız cephelerde değil, ticarethanelerde de kazanıldığı ifade edilmekte ve bu ifadeler İslami referanslarla desteklenmektedir. Savaşın kaybedilmesinden sonra; üzülme ya da umutsuzluğa kapılmak yerine; çalışmak, halkın müteşebbis ruhunu canlandırmak için harekete geçmek gerektiği açıklanmaktadır.

II. Meşrutiyet'in ilanını; Osmanlı unsurlarında iyimser ve liberal bir hava yaratmıştır. Ancak, Balkan savaşının kaybedilmesi sonucu ortaya çıkan kaygı ve psikolojik çöküntünün etkisiyle; bu havanın sona erdiği, bilinen bir konudur. Bu bir politika değişimi olduğu gibi; Anadolu insanı konusunda, Müslüman-Türk unsur konusunda da bir bilinç değişimi getirmiştir. İttihatçılar, kalkınma hamlesi yaratabilmek için sermaye birikiminin olmadığını gördüklerinde; ulusal ekonominin inşası için Anadolu ve Müslüman-Türk unsuru merkeze alan bir siyasete yönelmişlerdir. Başka bir deyişle; bu dönemde izlenen ulusal iktisat politikası, ekonomide Müslüman-Türk unsuru egemen kılmaya yönelik girişimleri içermektedir¹.

Aşağıdaki "Söylev" tam da bu noktada; bahsettiğimiz bu politikanın, halkın ağzından yine halka nasıl sunulduğunun somut bir örneğidir. Ayrıca emperyalizmin, Müslüman ve Müslüman olmayan coğrafya üzerindeki baskısı, halklara yaşattığı olumsuzluklar; "Söylev" i gerçekleştiren kişi tarafından, dramatik bir üslupla eleştirilmiştir. Ekonomi, yatırım ve para işlerinin; aslında bütünü ile ticaretin "*mesele-i içtimâi*" den olduğunu ifade eden kısımlar; halkın içinde bulunduğu sosyal-siyasi sorunlar ile ülkenin ekonomik durumu arasında bir ilişki bulunduğunu açıklamak için özel bir uyarı niteliği taşımaktadır. Metnin devamında; verilen örneklerden; "*eğer çalışmazsak,*

1 II. Meşrutiyet döneminde öne çıkan; ulusal ekonomi, sanayileşme ve ulusal burjuvazi politikaları konusunda bkz. Zafer Toprak, *Milli İktisat-Millî Burjuvazi*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1995; *İttihat-Terakki ve Devletçilik*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1995, Korkut Boratav, *Türkiye İktisat Tarihi 1908-2005*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006.

bir Cezayir, bir Tunus, bir Trablusgarp oluruz ve Avrupalı devletlerin hükümranlığı altına düşeriz” ifadeleri; manevi yıkılmışlık hissini derhal terk edilmesi gerektiğine yönelik bu uyarıyı kuvvetlendirmektedir.

Toplam 12 sayfalık “Söylev” niteliğindeki bu eseri; içerik ve dil bakımından dikkate değer bulduğumuz için transkripsiyonunu hiç bir yorum eklemeyen; araştırmacıya ve okuyucuya ulaştırmak istedik. Transkripsiyonu verilen eserde ele alınan temalar; Söylev’de yer verilmesi itibarıyla, Kamu Hukuku ve Genel Kamu Hukuku açısından analiz edilecektir. Metinde yer alan Arapça ve Farsça bazı tamlamaların ve kelimelerin yanına, anlamayı kolaylaştırmak açısından; Türkçe karşılıkları, akışı bozmayacak şekilde tarafımızdan eklenmiştir. Ayrıca uzun cümlelerin arasına; anlam bütünlüğünü sağlamak amacıyla, metnin orijinalinde bulunmayan pek çok noktalama işareti yine tarafımızdan eklenmiştir.

I.RİSALE² METNİNİN TRANSKRİPSİYONU

“Fransa’da İlm-i hukuk tahsilinde bulunan talebe-i Osmaniyeden bir zâtn mektubundan telhis edilip, ehâli-i İslâmiye’ye talebe-i ulum tarafından tevhim edilmek üzere (irşad yolunda) (uyarı amaçlı ç.n.) tertib edilen risaledir”;

Ders vekâletinin tensibi üzerine Makâm-ı Meşihât-ı İslâmiyece tab edilmiştir.

Matbâ-yı Bahriye,

Sene 1329, Mayıs

Besmele ve dua ile başlayan metnin girişinden; Müslüman halka hitap edildiği anlaşılmaktadır. Sözlerine sadık olmayanlarla, savaşta karşılaştığında en ağır cezaların uygulanması gerektiğinin tanrısal bir emir olduğu belirtildikten sonra; savaşın çeşitli biçimlerinin mümkün olabileceği vurgulanmaktadır. Başlangıç kısmının devamında; Müslümanların içine düştükleri cehalet ve tembelliğin cezası olarak; düşmanların zafere ulaştığını izâh eden bir anlatım vardır. Gayret göstermenin erdemleri ve yararları; bunları yapmanın her Müslüman kişinin görevi olduğu açıklandıktan sonra; Müslüman dünyasının içinde bulunduğu bu zaafın bertaraf edilmesi için ne yapmak gerektiğini, nasıl yapmak gerektiğini; kendilerine anlatılacağını bildiren hitap kısmını³ takip eden metin; aşağıdaki gibidir:

2 ***“Fransa’da İlm-i hukuk tahsilinde bulunan talebe-i Osmaniyeden bir zâtn mektubundan telhis edilip ehâli-i İslâmiye’ye, talebe-i ulum tarafından tevhim edilmek üzere (irşad yolunda) tertib edilen risaledir”;*** ***Ders vekâletinin tensibi üzerine Makâm-ı Meşihât-ı İslâmiyece tab edilmiştir, Matbâ-yı Bahriye, Sene 1329, Mayıs.*** Eser; İBB Atatürk Kitaplığı, Osm.0.00891 Demirbaş Numarası ile kayıtlıdır. Yer Numarası: 340.04 FRA 340.04 FRA Mayıs 1329/2. Yaptığımız transkripsiyonda; Ferit Devellioğlu, ***Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat***, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara,1997 baskısı esas alınmıştır. Yazarı belirli olmadığı için transkripsiyon metninde ve aşağıdaki dipnotlarda, sadece Risale’nin sayfa numarasına yer verilmiştir.

3 Besmele ile başlayan “Söylev”in, başlangıcında yer alan duadan sonra, Kuran-ı Kerim’den, Enfâl Suresi 60. Ayetine yer verildiği anlaşılmaktadır. Arkasından bu ayet, kelime kelime açıklanmaktadır (ç.n.). *Risâle*, s. 1.

“[Vatandaş] ...beni can kulağı ile dinle;”

“Vatandaş, bizler bugün ölmüş bitmiş hükmündeyiz. Ortada Türkiye'nin, Osmanlı Devleti'nin bir cesedi var. Bunu nasıl canlandırmalı? Artık bunu düşünmeliyiz. Filhakika birkaç güne kadar akd edilecek sahada, ancak Edirne vilayetinin bir miktarını bizlere bırakacaklarsa da bu bizlerin işine yarayacak bir hal değildir. Artık gözümüzü açalım ve çalışalım. Çünkü bugün cümlemizce malum olmalıdır ki Müslümanların dünyada dostu yoktur. Bütün Avrupa, İslâm'a düşmandır. Bütün belde-i İslâmiyeyi, Hristiyan etmek istiyor; ehl-i sâlibin (haçlıların ç.n.) vaktiyle yaptığı harpleri başka bir şekilde yapmak istiyor. Mademki böyledir, artık çalışmalı! Kim çalışıyorsa, ona vermek âdetullahın cümlesindedir. Bugün; Avrupalılar çalışıyor, onlara veriliyor, onlar her yerde zaferyâb ediliyor.”⁴

“Çalışmak, çalışmak diyorsak; bizler çalışmıyor muyuz diyeceksiniz değil mi? Fakat bunu dediğin zaman, sana verilecek cevabım (Hayır!) olacaktır. Çünkü çalışmaktan maksadım başkadır; bunu tafsilât-ı âtiden anlarsak;

İlm-i hukukun bir şubesi olan, hukuk-ı umumiyeye [drait peblig]⁵ (droit public ç.n.) ahkâmına nazaran; kavânin-i mevzuâya tâbi' ve bir arazide sâkin ahâlinin teşkil ettiği heyete “devlet” nâmı verilir. Kavânin-i mevzua' bulunmaz yâhûd bulunur da dört seneden beri – bizlerde görüldüğü üzere – kitaplar derununda kalıb da kimse ahkâmına riâyet etmezse; o heyet-i devletlikten çıkar. Selef-ül zikir tarafındaki ahâli kaydına gelince; bu ahâlinin o heyette ne gibi hukuka nâil olduğunu ve nasıl vezâifle mükellef olacağını bilmesi iktizâ eder. Aksi takdirde o heyet “devlet” namı alamaz. O ahâlinin hukuku nedir diyeceksiniz değil mi? Onların hukuku, serbestçe vatandaşlarıyla görüşmesi, ötede beride toplaşması, içtimâ' etmesi, kimsenin namusunu ve haysiyetini ihlâl etmemek şartıyla; evet!; hürriyet-i kâlemiyeye ve fikriyeye mâlik olmasıdır. Vezâife gelince; mensubu olduğu heyetin fikren, ticareten, sanai'en terakkiyesine hizmet etmek; vatandaşlarının bu yolda vuku bulacak mesaisine mûmânaat etmemek (engel olmamak ç.n.) ve vatandaşlarıyla tatlı tatlı geçinmek ve hâl-i salihde asayiş ihlâl etmemek ve hâl-i harbde memleketini, dinini, anâne-i tarihiyesini, namus ve mahremiyetini müdafaa eylemektir. Fakat bunlar, ekseriyetle cahil olan ahâliye talim edilmelidir; bunları, ahâliye kim tâlim edecek? Kim olacak; camilerimizde hoca efendiler, mekteplerimizde muallim efendiler olduğu gibi ve hatta her gün vaiz eden vaiz efendiler ve hatib efendiler; sâhib-i vazife görse şühelidir.”⁶

“Bunlar yapılıyor mu? Bunlar dediğim gibi; bir maksad-ı muayyen (belirli bir amaç, tayin edilmiş bir hedef ç.n.) uğrunda çalışılıyor mu? Eminim ki hayır! Öyle olunca; çalışmıyoruz demektir! Binâenaleyh mâdem ki ahâliy-i sâlib böylece çalışıyorlar; onların ehl-i İslâm'a gâlib gelmesi, memleketlerini zabt etmesi, camilerini kiliseye tahvil eylemesi muhakkaktır. Yukarıda ahâlinin vezâifini tağdad eylediğim sırada; “Ticareten, sanai'ten terakkiyesine hizmet etmek

4 Risâle, s. 2.

5 Metinde, Latin harfleri ile parantez içinde belirtilmiştir. (ç.n.) Risâle, s. 3.

6 Risâle, s. 3.

kaydını ilave edelim". Ticareten ne demektir? Ne şekilde icrâ olunur? Sanai'at ne demektir? Bunları düşünen var mı acaba? Bence yok! Çünkü ticaret bundan on asır önce; evvel yapılan ticaret değildir ve sırf bizde Müslümanların yaptığı gibi bir şekilde kalmış değildir."

"İstanbul'da gördüğümüz; "Orozdibak"⁷ ve "Stein ve Mayer"⁸ ticarethânelerde ticaret ediyor. Tabi bunlarla fetih meydanda! Baklavayı, arı sanan adamlar arasında fark var değil mi? O büyük ticarethâneler ne yolda idâre olunur? Hesapları ne yolda tutuluyor? Ne yolda tezyin edilerek, müşterinin nazar-ı dikkati celb ediliyor? Bunlar tahsil ile olur. Bunlar, bugün bir "ilim"dir. Bu ilmin okuru olunmalı değil midir? Okur olmayınca, çalışmıyoruz demektir. İhtimal ki; şimdi bana "çok güzel söylüyorsun; ama öyle ticarethaneleri açmak için para lazım" diyeceksiniz değil mi? Evet para lazım! Fakat bu para mutlak bir adamın, iki üç kişinin olmak lazım değil. Bir şirket yapılıyor, birilerinin isimleri mukâbilinde hisse senedi çıkarılıyor, yüz bin Müslüman bir tane olsa yüz bin lira sermaye olur; onunla isteriz ki ticarethane yapılsın. Zaten İstanbul'daki "Orozdibak" ticarethaneleri; "Stein ve Mayer" elbise mağazaları hep böyle bir şirkettir."

"Şimdi ihtimal ki böyle büyük ticarethâne açmaktan ne fâide hasıl olur diyeceksin değil mi? Evet; böyle büyük bir ticarethane açmak için, öyle bir şirket tesis edip de bu şirketin satacağı mal Avrupa'dan getirtirse; yine fâide hasıl olmaz. Paralarımız Avrupa'ya gider. O şirket; Avusturya, Almanya fabrikalarının hesabına, menfaatine hizmet etmiş olur. Onun için satacağın mal memlekette imal edilmelidir; imal edince o ticarethaneyi misal bir "fabrika" tesis etmiş olur. Bu surette "sanai" memlekette başlamış olur. Birçok ahali sabahleyin fabrikaya gider, yevmiyesini kazanır; işsiz kaldın, güçsüz kaldın; kahvehane köşelerinde oturan o tembel ahali çalışkan birer el haline girer. Böyle yapılmazsa, çalışmamış oluruz ve başlıca ahâliyi-i sâlibe esir olmaklığımız muhakkaktır."⁹

"Telebbüs eylediğimiz (giyindiğimiz ç.n.) şeylerin hangisi mâmülât-ı dâhiliyedendir (yerli ürerimdir ç.n.)? Bir fes, bir basma, bir çorap, bir mendil fabrikamız var mı? Bizim şimdiye kadar ordumuza, donanmamıza sarf ettiğimiz paralar tamamıyla Avrupa'ya gitti. Çünkü bizlerde ne top ne tüfek ne fistan fabrikası yoktur". "Kezalik (kezâ ç.n.) İngiltere'de, İtalya'da, Almanya ve Fransa'da görülen zırhlı sefâin ve torpido inşasına mahsus tersanelerimiz yoktur. Bütün sefâin-i harbiyemiz Avrupa'da yapılmıştır. Böyle olur mu? Bunları görünce ben âtiyi, âtiyi-i İslâmı pek fena görüyorum - ve devlet-i İslâmiyey-i Osmaninin - şâyed böyle gidecek olursak bekâdâr olmayacağımı hissedebiliyorum." "Çünkü bugün devletler eskisi gibi cengâver değildir. Belki ticaret ve sanayi ile yaşamaktadır; ticaret ve sanayi siyasetinde, cihâdın suret-i icrası bile bir fen dairesinde olur. Yoksa vaktiyle sadr-ı İslâm'da yapıldığı gibi hârb olmaz. Seri atışlı toplar, muntazam zırhlılar olmazsa ve bunları idare edecek kumandanlar, süvariler, zâbitler, askerler olmazsa ve bunları inşâ edecek ustalar, ameleler bulunmazsa bir devlet pâyidar olamaz". "İngiltere'de, Almanya'da, İtalya'da, Fransa'da işbu mühimmat-ı harbiye,

7 İstanbul'da, Avrupai giyim kuşam ve kumaş satan büyük bir mağazanın ismidir.(ç.n.)

8 Beyoğlu'nda, faaliyet gösteren; kumaş, giyim-kuşam mağazalarının isimleridir. (ç.n.)

9 Risâle, s. 4.

efrâd-ı ahali tarafından tesis edilen (Anonim) şirketler tarafından imal olunarak devlete fûrûht olunur (satılır ç.n.).”

“Kezâlik, tersaneleri efrâd-ı ahâli tarafından, anonim şirketler tarafından idâre olunur. Bu şirketlerin çıkardığı hisse senetleri ile; sen, ben, Ahmed, Mehmed şerik; hissedâr olur. Bu şirketler nedir? Burayı öğrenmek için ticaret mektebi muallimlerine müracaat etmeli ve mümkün ise bunların verecekleri derslere devam edilmelidir. Bu derslere devam edebilen, ahâliye söylemelidir. Şimdi bu şirketlerin çıkaracağı hisse senetlerini almak ve mümkün olduğu kadar ziyâde iştirâk olmak, meselâ yirmi otuz tane almak lâzımdır. Bunlar için para lazımdır, bu para nasıl tedârik edilebilir? Bu, dışten tırnaktan arttırmak suretiyle olur. Buna “ilm-i iktisat” müktezâsınca (tasarruf) denir. İşte bu tasarruf sayesinde ki Avrupalılar bugün bu kuvvete, bu sanayi’ye mâliktirler. Bizlerde ise bunlardan zerre kadar yoktur. Nasıl olsun? Kadınlarımız, o kızlarımız; isrâf ve tebrîzden hâli değillerdir (umursamazca har vurup harman savurmaktadırlar. ç.n.). Vaktiyle mangalını satıp da Kâğıthane’ye kadınların, hava ve huşu uğrunda sarfedenleri dövmüş idim. Mutlaka şimdi böyle olmayacak. Buna bir çare bulunmazsa, akıbetimiz pek fena ve yaman olur. Bu hususta millete hizmet edeceklerden biri de hocalarımız ve vâiz efendilerimizdir.”¹⁰

“Cemââtın; kazandıkları paraların nihâyet nisbetini sarf edip, başkasını saklamasını ve bunlarla başka işler tutmasını söylemek ve o cemâât kadınlardan mürekkebe ise tasarrufun üzerinde; kadınlar tarafından icrâ edileceğini – kadınlarımıza söylemek üzere hasredilmelidir – ve bundan başka kadınlarımızın erkeklerle ve erkeklerimizin de kadınlarla hüsn-ü imtizâc etmelerini (iyilikle geçinmelerini ç.n.) ve kadınlarla (erkeklerimiz zinhâr yastık düşmanıdır, iki testisi varsa biri kırılmalıdır) gibi meselleri sâhi itibara almamalarını ve erkeklerle kadınların hüsn-ü muaşeretinde bulunmaları ve maliyeti olan iş ve işretten içtinâb eylemeleri tekrar tekrar tavsiye edilmelidir. Taksir-i nefis dediğim, hatırıma geldi; böyle müdafâa ve mevzi ifâ edilmez ise Lüleburgaz’da olan (40) büyük Türk’ün yeri nasıl dolar? Bu yukarıda söylediğim meseleye bugün “meseley-i içtimâiye” namı verilmektedir. Bunları burada ruhbanlar ahâliye tevhim etmektedir. Bunlardan başka bir husus cemiyetlere muvazaalar tertibi ile keyfiyet; “guş-i izânına asl ile” (kulaktan kulağa asılsız fısıltılarla ç.n.) devletin mevkiini ve ahaliyi âl ile tâhkim eylemektedirler.”

“O hoca efendilere söyleyecek bir şeyim daha var. O da; o hoca efendilerin zamana göre talebe yetiştirmek için çalışmaları elzemdir; yoksa okuduk, okuduk, okuduk dememelidirler. Bunu bir milletin âlimesi derse; o milletin cahili ne yapmaz? Zaten milletler, ülemâsının bidâdından (zulmünden ç.n.) nasıl mahvolmuşlar? Bunu tarih bize göstermiyor mu? Bu, nasıl olur? Çalışmalar, nasıl olur? Bugün dünyanın her mahallinde olduğu gibi memleketimizde de mekteplerde taksim-i âmal kâidesine riâyet edilmekle olur. Bu kâide nedir? Bu kâide mucibince, her hoca bir şube-i fen deruhte eder. Onda ihtisâs peydâ eder. Misâl; müderris Ahmed efendi yalnız sarf ile iştigal eder, diğeri bedihî tâlim eder, bir diğeri de hadis ve bir diğeri de tefsir-i şerif ile iştigâl eder. Hem vazifesi kolaylaşmış olur hem de intihâb ettiği şube-i ilimde, ne

10 Risâle, s. 5.

kadar eser varsa cümlesine muttali olur. Alabildiği mâlumatı tavsiye eyler ve talebesini öyle de yetiştirir.”¹¹

“İstanbul’da ve bütün memâlik-i Osmaniye’de bulunan adamlar, dünyayı tanımıyorlar. Tanumak için Avrupalıların dünya için, ne mertebe çalıştıklarını görmek için, onların memleketlerini ziyaret eylemek gerekir. Bu ziyaret, İslâm’ın suiistimaline karşı bir fırsattır. O hoca efendileri, hâl-i gafletten ikâz etmek gerekiyor; içinizde (A canım; dünya için ne mana var) diyenleriniz olacak; o vakit “hiç ölmeyecek gibi dünya için; yarın ölecekmiş gibi ukba için çalışmış” meâlîni inkâr etmiş olmuyor mu?” “Yukarıda ahâli-yi İslâmın dünyayı tanımadığını söyledim; evet! Bunu nefsimde tecrübe eyledim de öyle söyledim. Çünkü elhamdülillah, ben bu memlekette az ve çok bir şey bilenlerden addolunurum. Buraya gelip de Paris mekteb-i hukukuna başladığının birinci gününde, muallimin tebrikini aldıktan sonra cehâletimi anladım, artık vakkâs-ı âliyy-ül-bâki!”¹²

“ [Eğer] bu yazdıklarım yazılmazsa; hâlimiz Fas, Cezayir, Tunus, Trablusgarb, Mısır, Hindistan’a dönecektir. Cezayir ve Tunus’u, Fransa öyle bir hâle sokmuş ki sorma! Bazı Cezayirli neden Müslüman kalmalılar? (Hıristiyan olmak daha iyidir diyorlar) Bunu niçin diyorlar? Bu hale neden gelmişler? Burasını anlamak için Fransa’nın Cezayir’de takip eylediği politika iyi tetkik edilmeli. Kezâlik Tunus’ta, Fransız idaresi o kadar sıkıdır ki sorma gitsin! Geçende Tunus’ta vuku bulan şûriş (sokak gösterileri, karışıklık ç.n.) üzerine Müslim adamlar Fransız mahkeme tarafından idâma mahkûm edildi. Böyle gidecek olursa, Fransa beş-on sene sonra Tunus’u da Cezayir gibi idare edecektir. Dahası var; geçen sene Fransa, Tunus asâkir-i İslâmiyesini, Fas isyanını bastırmak için azâm eyledi (görevlendirdi ç.n.) Yani Tunus asâkir-i İslâmiyesi, Magrib’deki ahâli-yi İslâmiye ile harb eylemiş oldu. Tabir-i diğerle, bir Müslim diyarı bir Müslime, bir kafir devletin menfaati için kılıç çalmış oldu. Şimdi çekmese idi dersen canım sıkılır. Çünkü bunu düşünmeden söylemiş olursun.”¹³

Sözlerin devamında; Hindistan’da İngiltere’nin, Kafkasya bölgesinde Rusya’nın uyguladığı sömürge ve baskı politikalarından örnekler verilerek; emperyalizmin, Müslüman ve Müslüman olmayan coğrafya üzerindeki etkisi, baskısı anlatılmaktadır.

“ Trablusgarb ve Lübnan’da, harb-i âhireye kadar ne yol, ne tabya, ne liman yok idi. Acaba bunlar vaktiyle niçin yapılmadı? Kezâlik niçin bugün Anadolumuzda hatta Bağdat’ta, Suriye’de hatta Hicaz’da mümkün olduğu kadar mektepler küşad edilmedi. Nehirlerde sefâin işletilmedi. Bunlar da hükümetin hatası! Nisyânî olduğu gibi, bu sayede her şeyi hükümetten bekleyen ve hükümeti ikâz etmeyen, ora ahâlisinin de hatası vardır. Şâyed ahâli bu şeyleri bilmiyorsa, bildirmek ve onları teşvik eylemek, bilenlerin amel-i vazifesi değil mi? Anadolu’nun her köyünde muntazam bir Rum yâhûd Ermeni mektebi var da Müslüman mektebi yok, bir Müslüman medresesi yok! Suriye’de, Fransız papazlarının muntazam mektebi var da bizlerin

¹¹ Risâle, s. 6.

¹² Risâle, s. 7.

¹³ Risâle, s. 8.

o kadar muntazam mektepleri yok. Niçin böyle, muallimlerimiz yok, çünkü dâr-ül muallimin ihtiyâca muvâfık muallim yetiştirmiyor. Bugünkü zamanda, Türkiye'nin ihtiyacına göre muallim yetiştirmek lazımdır.” “Artık memleketlerde ve medreselerde böyle ciddi sağlam bir tahsil verilirken diğer taraftan içtimaî, iktisadî, ziraî, mevzuâlar tertib ediliyorsa bu memleket belki tâhîs ediliyor (kurtarıyor ç.n.)”¹⁴

Bir ülkenin gelişmişlik düzeyi ile yüz ölçümü ve nüfus arasında ilişki kurulamayacağı da Danimarka örneği üzerinden açıklanmaktadır:

“Danimarka, Avrupa’da ufak bir devlettir, bundan on beş sene öncesine kadar, bütün ihtiyaçlarını tarım ve ziraattan karşılıyordu; şimdi ise Amerika’dan alınan alet-edevat ile ziraat hem kolaylaşmış hem mahsul ucuzlamıştır.”

Artık şeker üretiminden taş kesmeye kadar, her çalışma alanına makine girdiğini; müteşebbis ruhun diriltilmesi için insanların devletten medet ummaktan, memuriyete göz dikmekten vazgeçmesi gerektiği de vurgulanmıştır:

“Bu işlerle, bu ticaretle uğraşmak için öyle üç yüz kuruşluk, beş yüz kuruşluk memuriyetlerin ikmâlîne [gelince ç.n.]; bizde böyle bir memurun istikbâli nedir? Biliyor musun bir kuruştur! Öyle bir idâdide tahsil ile iktifâ eden; hem ne idâdisi; bura mekteplerine nazaran buraların ibtidâisi hükmünde. Bir adam, böyle bir ufak maaş peşinde hayatını fedâ edeceği yerde (rızkın onda dokuzu ticarettedir) meâlî âliyesinde bulunan hadîs-i şerîfin ahkâmına tâbiân ticaret eylemelidir.”¹⁵

Söylev’in son paragrafında; şirket kurma ve ticarete teşkilatlanma konusuna yine vurgu yapılmıştır. Kalkınmak ve milli ekonominin teşkilatlanması için; memleketin en ücra yerlerine, ticaret şirketleri kurulmalı ve bunların şubeleri faaliyet göstermelidir. Ancak bu teşkilatlar, bir siyasi kol gibi değil; bir iktisadî kol gibi çalışmalıdırlar. Memleketin zenginlikleri, madenler ve petrol gibi yer altı kaynakları da yine milli şirketler vasıtasıyla ile işletilmeli ve halkın sermayesinin arttırılması için çalıştırılmalıdır ifadelerinden sonra; Risale;

“Şimdiye kadar başımıza gelenler âta ve ecdâdımızın çalışmamış olmasından ileri geliyor; böyle yaparsak bizler kendi rahatımız için değil; bilakis evlat ve ahfadımızın rahat eylemeleri ve tuttuğumuz işleri ileri götürmeleri için yapmış oluruz”¹⁶ sözleriyle bitirilmiştir.

Ve-inallah-ı Tevfik (Allah’ın yardımıyla ç.n.)

“bin üç yüz otuz bir senesi cumâdelâhîrinin yirmi beşinci gününde tab edilmiştir”¹⁷

14 Risâle, s. 9.

15 Risâle, s. 11.

16 Risâle, s. 12.

17 Risâle, s. 12.

II. RİSALE METNİNİN KAMU HUKUKU YÖNÜNDEN ANALİZİ

“Söylev” (Nutuk ya da Hitabet) dinleyicileri belirli bir duygu ve amaç etrafında birleştirmek için yapılan; coşkulu, anlam bütünlüğü olan konuşma metnidir. Kitleleri etkilemeye yönelik, edebi bir türdür. II. Meşrutiyet döneminde çeşitli şekillerde ve nedenlerle gerçekleştirilen ya da halka açık konferanslarda; halkı aydınlatma ve yönlendirme amacı taşıyan “söylev”lere sıkça rastlamaktayız.¹⁸ Yine, Halide Edip’in, İzmir’in ve İstanbul’un işgalini protesto etmek için düzenlenen Sultanahmet Mitingindeki konuşması; Hamdullah Suphi Tanrıöver’in, İzmir’in işgali nedeniyle yaptığı konuşma ve Mustafa Kemal Atatürk’ün, Türkiye’nin işgalden kurtuluş mücadelesini kendi satırlarından okuduğu “Nutuk” dilimizdeki en iyi bilinen örneklerindedir. İçeriği farklılaşsa da “söylev”lerin, halkla kurulan ilişki biçimi ya da muhataplarla fiziksel bir beraberlik ortamında gerçekleştirilmesi bakımından; propaganda, protesto, kamuoyu oluşturma, kamuoyunu etkileme, bilgilendirme, yaşanan infial yaratıcı bir olayı açıklama ve duyuru gibi amaçları olabilir. Yani karşılıklı bir etkileşim yaratan metinlerdir.¹⁹ Söylev metni, – burada verdiğimiz örnekte olduğu gibi – yazılı olabilir ya da sonradan yazılı hale getirilebilir. Anlam bütünlüğü ve metnin dokusu içinde; hitap ettiği kişilerin kolayca anlayabileceği bir dil tercih edilir. Sonuçta, “söz” bir fikre ve bu fikri somutlaştıracak ana kavramlar üzerinden oluşturulmuş bir kurguya dayanır.

Söz, onu söyleyen ile yazı onu kaleme alan ile ilişki içindedir. Sözü söyleyen ve yazıyı kaleme alan kişi; kimliğini şu ya da bu nedenle sakladığında, sözün ya da metnin etrafında bir gizem halesi oluşmaktadır. Yayınlanmış bir metni, halka söyleyen ya da yazan görünmez olduğunda; söylenenin içeriğine dikkat edilerek, sözün sahibinin kendini saklama nedenlerini keşfetme merakı uyanmıştır. Aslında belge tarihçisinin işini; sözün içeriğinden belirleme gibi bir kaygımız yoktur. Ama söyleyenin kaybolup gittiği zamanlarda, hiç değilse “söz”ü unutulmuş olmaktan kurtarma sorumluluğumuz vardır. Sararıp yıpranmış sayfalar arasında, bir neslin idealizmini okurken, tam olarak hissettiğimiz bu sorumluluk duygusudur. Aslında bir başka çalışma için yaptığımız kaynak taramasında; elimize düşen bu “Söylev”de; alanın bir çalışanı olarak ilk dikkatimi çeken nokta; **“droit public”** kavramına yer verilmiş olmasıdır. Henüz metnin başlarında geçen bu kavram, niçin Osmanlı Türkçesindeki karşılığı ile birlikte üstelik yanlış yazılarak zikredilmişti? Cevabı düşünürken, bu kısa “Risâle”nin, Latin harflerinde yayınlanması için transkripsiyon çalışması başlamış oldu.

Metnin; “bir hukuk öğrencisinin” mektubundan özetlendiği bildirilmekle birlikte **“droit public”** ifadesine ayrıca yer verilmesi yani hukuk biliminin iki ana dalından biri olan; devlet-birey

18 10.Temmuz.1324 tarihinde, İttihat ve Terakki’nin halka hitaben gerçekleştirdiği “muhterem vatanş” ifadesi ile başlayan ünlü söylev; Lütfi Fikri’nin 1326’da Selanik’te halka açık konferansındaki “Efendiler” ifadesi ile başlayan konuşması; Kırkor Zohrabyan’ın siyasi yaşam ve Meşrutiyet üzerine 1324’te, Meşrutiyet-i Osmaniye Klübü tarafından; Taksimden Beykoz’a kadar çeşitli yerlerde gerçekleştirdiği siyasi konferanslardaki konuşmaları örnek gösterilebilir.

19 Tam da bu nedenlerle “Söylev”ler, günümüzde bir edebi tür olmaktan ziyade; “propaganda ve halkla ilişkiler”in keşiştiği bir yerde değerlendirilmektedir. Özellikle, insan davranışlarını etkilemeye yönelik bir araç olduğu tartışılmaktadır. Bu konuda bkz. J.M.Domenach, **Politika ve Propaganda**, Çeviren Tahsin Yücel, Varlık Yayınları, İstanbul, 1995.

ilişkilerini düzenleyen alanın, “*Kamu Hukuku*”nun öne çıkarılması; daha sonraki ifadeleri de açıklayıcıdır: “*kavânin-i mevzuâya tâbi’ ve bir arazide sâkin ahâlinin teşkil ettiği hey’ete “devlet” nâmı verilir.*” Devletin, bir hukuk düzeni olduğunu; bu devletin hüküm sürdüğü “arazi”nin basit bir parça topraktan ya da kağıt üzerinde çizilmiş bir coğrafyadan oluşmadığını; halk dili ile ancak bu sade sözler ifade edebilir.

“*Kavânin-i mevzuâ’ bulunmaz yâhûd bulunur da dört seneden beri – bizlerde görüldüğü üzere – kitablar derununda kalıb da kimse ahkâmına riâyet etmezse; o, heyet-i devletlikten çıkar.*” Bir hukuk düzeni bulunmaz ya da –dönem ifade edilerek – Meşrutiyet ilan edilmesine rağmen onun gerekleri yerine getirilmez ise yasalar kitaplar arasında kalırsa; oradaki yapı devletten başka bir şeydir artık. Modern örgütlü toplum yapısını; “yürürlükte olan bir hukuk düzeni” ile açıklayan bu cümle; tek başına ciltler dolusu kitabı özetlemektedir.

Düşünce biçiminin; Fransız kamu hukukundan ilham aldığı açıkça anlaşılan ve metni kaleme alan öğrencilerin, devlete ve insana bakış açısını belirten en önemli öğelerden biri; “Söylev”de, “ey ahali”; “efendiler” ya da “ey Müslümanlar” hitabının yerine “ey vatandaş” kavramının tercih edilmiş olmasıdır. Bu hitap şekli; dini, etnik ve cinsiyetçi kimliği dışlayan siyasi-hukuki bir kavram olduğu için, belirli bir siyasi modeli anlattığı için önemlidir. Ayrıca; Anayasa ve hükümetin görevlerinden bahsedilen satırlarda; haklar ve özgürlüklerin pratik yaşamdaki yerine, devletin görevlerine değinilmiş ve bu yoldan; dönemin siyasi iktidarını elinde tutan İttihat ve Terakki Hükümeti’nin eleştirilmiştir.

Ticaretin gelişmesinden ve pazarın ihtiyaçlarından doğan teknik ve endüstriyel gelişme, ticaretin daha da gelişmesinin; pazarın genişlemesinin temeli olmuştur. Avrupa’nın sanayi açısından ilerlemesindeki en önemli unsur; sermaye birikimidir. Bu birikimin, pazar yolu ile artarak, yeniden sanayi yatırıma dönüştürebilmesidir. Kapitalist ve liberal görüşlerin ana damarı olan bu kısa ve sade ekonomik yorum; aslında belirli bir tarihi dönemde, belirli koşullarda gerçekleşmiştir. Büyük sermaye birikiminin, sadece el emeğine dayalı çalışmayla sağlanamayacağı ya da insan emeğine dayalı pazar ekonomisiyle oluşturulamayacağına dair hemen tüm açıklamalarda, “sermaye birikimini” yaratan dış dinamikler incelenmiştir. Yeni Dünya’nın keşfinin ve sömürgecilik politikalarının ortaya çıkardığı büyük ekonomik dönüşümün, söz konusu sermaye hareketleri üzerindeki etkisi, Batı tarihini analiz eden hemen tüm çalışmalarda teslim edilen bir gerçektir.²⁰

Metinde; Avrupa’daki ekonomik gelişimi ve kapitalist sistemi yaratan; onu yaşatan belirli bir insan tipinin, hür teşebbüsü ile girişimci burjuva tipinin “erdemlerinin” övüldüğü görülmektedir.²¹

20 Bu konuda son derece geniş bir kaynakça olmakla birlikte; Osmanlı İmparatorluğu’nun bu süreci nasıl değerlendirdiğini göstermesi bakımından bkz. Nihat Bulut, *Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasi İktidar İlişkisi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, Ahmed Güner Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, Der Yayınları, İstanbul, 1986; Ömer Celâl Sarc, “*Tanzimat ve Sanayimiz*”; Tanzimat I, Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, s. 423-440; Ömer Lütfi Barkan, “*Milli Kurtuluş Hareketlerinin İktisadi Esasları*”, Türkiye’de Toprak Meselesi içinde, Toplu Eserler 1, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1980, s. 107-123.

21 Werner Sombart, *Burjuva*, Çeviren Oğuz Adanır, Doğubatı Yayınları, Ankara, 2011.

Bu da yukarıdaki “Söylev”i kaleme alan kişi ya da kişilerin, kapitalist-liberal süreci yaratan dinamikleri anladığını ve süreçle ilgili tarihsel bilgi birikimine sahip olduğunu göstermektedir.

Her şeyden önce; halka hitaben; “İktisat”ın, bir bilim olduğunun vurgulanması dikkat çekicidir. Gerçi, “İktisat”ın bir bilim dalı olarak görüldüğü; Mekteb-i Mülkiyede ve Mekteb-i Tıbbiye-yi Şahâne’de, “İktisat” dersleri verilmesinden anlaşılabilir. Bununla birlikte; özellikle 1860’lardan sonra sürekli olarak Batı iktisadi düşüncesinden ya da Avrupa devletlerinin iktisat tarihinden yapılan çeviriler; “İktisat”ın, bilimsel gerçekliğine gölge düşürdüğü gibi; Osmanlı dünyasında yaşanan iktisadi bunalımın rasyonel nedenlerinin araştırılmasını da geciktirmiştir.²² Çeviri metinlerden yola çıkarak; “bilim”den ne anladığımızı şüpheli hale getiren bu tespiti; “taklit etmenin” aynı sonucu yaratacağını iddia eden ya da öngören, tüm diğer sosyal bilimler alanlarına yayabiliriz.²³

Osmanlı İmparatorluğu’nun son dönemlerinde; yüzyıllardır devletin sırtında bir yük olan kapitülasyonlardan başlayarak, vergi sistemi, toprak sistemi ve savaşlar dolayısı ile yaşanan ekonomik-toplumsal drama, maliyenin çöküşü eşlik ediyordu. Bu zor koşullara; davranış biçimi ve ahlak anlayışı da dâhil edildiğinde; “Söylev”de bahsedilen “çalışma”, “sorumlu vatandaş”, “tasarruf”, “yerli malı tüketimi”, “kazancın yatırıma dönüştürülmesi”, “uzmanlaşma” temalarının pek çok yönü olduğu görülür.

Öncelikle; ekonomik davranışları yönlendiren düşünce yapısının; Türkiye’deki seyrine dair “zihniyetin maddileşmemiş” olması nedeniyle; toplumda ve bireyde “iktisadi bir hedefin” doğmadığına vurgu yapan analizler vardır.²⁴ İmparatorluğun dayandığı asli Türk-Müslüman unsurun; neredeyse geleneksel olarak tarım, devlet memurluğu ve askerlik ile uğraşması; bu toplumun emeği metalaştıran sanayi devrimine uzak kalması; ticaret ve yatırım alanını tamamen boş bırakmıştır. Tacirin ve zanaatkârın sadece kendi çıkarı ve alışkanlıkları ile hareket ettiği bir vakıya olduğundan; sanayi ve büyük ekonomik girişimler (maden, demiryolu, silah, tersane işletmeleri gibi) başlangıçta ve dünyanın her yerinde devlet eliyle olmuştur. Devletin; genelin menfaatlerini öncelemesi ve kâr amacı gütmemesine, bürokratik hantallıklar da eklenince;

22 Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesi*, s. 269 vd.

23 Bir başka örnek; Sebilürreşad’da Halil Fahreddin (Şâir Ziya paşa hafidir) ” imzası ile çıkan; *“İstîlâ-yı İktisâdî”* başlıklı makaledir;

“Bugün müterakki devletler, mütemeddin milletlerin vâsil oldukları bu derece tekâmüle, bizim için bir hülyadan başka bir şey olmayan o gâye-i sanata, ne ile nail olabilmişlerdir? Şüphesiz fen ile değil mi? Amerika, İngiltere, Almanya, Fransa gibi düvel-i muâzzama irtikâ ettikleri mukâmelat-ı âliyye ve ticaret-i umumiye ne sayesinde mazhar olabilmişlerdir? İlim ve maarifle, değil mi? Bugün gözle görülmeyen, birden hissedilmeyen fakat müthiş bir surette neticesi tezahür edecek olan “istilâ-yı iktisâdî” nasıl hüküm fermâ oluyor?”; Sebilürreşad, 1328, Cilt 8, Sayı 205, s. 442-443.

24 Sabri F.Ülgener, *İktisadi İnhitat Tarihimizin Ahlâk ve Zihniyet Meseleleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1951. Ekonomik davranış biçimlerini, din ve zihniyet bağlamında ele alan geniş çaplı çalışmalar arasında; görüşleri, eserleri ve Türkiye’deki İktisat Bilimi’ne katkıları bakımından özellikle Sabri F. Ülgener’i anmak gerekir. Çalışmaları üzerine, akademik araştırmaların hala devam ettiği Ülgener’in; özgeçmişi, eserleri ve iktisadi yaklaşımları için bkz. Ahmet Güner Sayar, *Bir İktisatçının Entelektüel Portresi*, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2007. Ayrıca bkz. Ahmet Özkiraz, *“Sabri F. Ülgener’de Zihniyet ve Geri Kalmışlık, Osmanlı’dan Günümüze Yapısal Bir Çözümleme”*, İÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 36, 2007, s. 35-59.

devletler bu kapsamlı işleri özel teşebbüse yavaş yavaş terk etmeye başlamışlardır. Avrupa’da, 19.yüzyılda bu seyir gözlemlenirken; Osmanlı İmparatorluğu henüz “kapitalist-liberal” pazarın; en büyük ve hacmi en geniş olan tüketicisi idi. Nitekim ahlaki-dini öğelerle bezenen ekonomik girişimin, toplumu ve siyaseti dönüştürücü gücünü, maalesef Türkler çok geç fark etmişlerdir. Söylev’deki akışın, bu durumu halk dili ile ifade ettiği hemen görülmektedir.

Bazı davranış biçimlerine ve inanç yapılarına bağlanan iktisadi tespitlere göre; Osmanlı-Türk unsurda sadece kâr elde etmek için çaba göstermek, hiç bir zaman asil ve tercih edilen bir davranış modeli olmamıştır. Bu model; dünya nimetlerini yücelten ya da buna meyleden insan tipini “menfaatperest” ilan eden; saffetini korumak adına; kanaatkâr ve itidalli ahlak anlayışıyla yaşayan, ortalama insanlardan oluşan, ekonomik beklentileri düşük ve durağan bir insan tipine denk düşer.²⁵ Paradan ve zenginlikten bahsetmeyi “görgüsüzlük” sayan; mülk sahibi olmayı istediği halde, bunun gerekli koşullarını hazırlamadan yani kolaydan elde etmek isteyen bir tavidir bu. “Söylev” de bu ataletin ve yılgınlık getiren durağanlığın vurgulandığını; tembelliğe düşmüş bir toplumun, dünyadaki gelişmelerden habersiz yaşayanların hayatta kalamayacağını, açık açık söyleyen eleştirileri okuyoruz.

Sanayileşme ve ticarete, özel girişimin bulunmaması, Osmanlı-Türk unsurda böyle bir kamuoyu olmaması nedeniyle, ekonomik hamleler zorunlu olarak devlet öncülüğünde gerçekleşmiştir. Ancak 1860’lardan sonra “hür teşebbüs”, serbest-i ekonomi” gibi kavramların toplumsal değişimde bir rol oynadığına ve bu rolün nasıl gerekçeleşmesi gerektiğine dair tartışmalar söz konusudur. 19. yüzyıldan, 20. yüzyıla aktarılan sorunlar içinde – eğitimden sonra – ekonomik altyapı eksikliği en önemli olanıdır.²⁶ Çünkü Tanzimat döneminden sonra atılan bazı adımlara rağmen; “yerli sanayi ve yerli ticaret” bir türlü toplumsal itici güç olamamıştır. Münif Paşadan başlayarak, Namık Kemal, Ali Suavi, Ahmet Midhat Efendi²⁷ gibi Tanzimat’tan, Yeni Osmanlılar’a; oradan Jön Türkler’e ve İttihat ve Terakki Cemiyeti’ne kadar uzanan hemen hemen üç nesil boyunca çalışmak, üretmek, pazar, vergilendirme ve maliye politikaları üzerine pek çok tartışma ve görüş vardır. Ancak metot, rasyonel problemleri çözmeye yönelik teorik analizler yoktur. Bu nedenle; tartışmalar, ekonomi-politiğin başlı başına siyasal bir tercihi gösteren etkisinden çok; iktisadi eksiklikler ve geri kalmışlıklar üzerine odaklanmıştır.²⁸ Söylev’de, yer yer bu duruma yani geçmiş nesillerin başarısızlıklarına karşı sitem ve isyan vardır.

“..içinizde (A canım; dünya için ne mana var) diyenleriniz olacak; o vakit “hiç ölmeyecek gibi dünya için; yarın ölecekmiş gibi ukbâ için çalışınız” meâlini inkâr etmiş olmuyor mu?”

25 Ömer Celâl Sarc, *Türkiye Ekonomisinin Genel Esasları*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 268 vd.

26 Sayar, a.g.e., s. 464 vd. Ayrıca bkz. Şerif Mardin, *Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1996, s. 265 vd. Hüseyin Çelik, *Ali Suavi ve Dönemi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1994, s. 666 vd. Niyazi Berkes, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, Doğu-Batı Yayınları, İstanbul, s.454 vd.

27 Edebi kişiliği ve gazeteciliği yanında; “Sevdâ-yı Say ü Amel” başlığı ile “iktisat” biliminin, Osmanlı dil dağarcığında çıkış açan eserini yazan Ahmet Mithat Efendi için özellikle bkz. Hilmi Uçan, *“Ahmet Mithat Efendi’de ‘Aşk’, ‘Sevda’ Kavramları Çerçevesinde İktisat Algısı ve Protestan Ahlakı”*, Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Ekim 2016, Sayı 3, s. 77 vd. Ayrıca bkz. Sayar, s. 402 vd.

28 Mehmet Seyitdanlıoğlu, *“Tanzimat Dönemi Osmanlı Sanayi (1839-1876)”*, Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2012, s.713 vd.

sözünde olduğu gibi; Söylev’de, ekonomik davranışlara getirilen eleştirilerin, dini referanslarla desteklendiğini de görmekteyiz. Türk-Müslüman unsurun, ticari atılımı için dini yönden de teşvik edilmesi, II.Meşrutiyet döneminin önemli konularından biridir. İslam dininin çalışmaya, kazanmaya ve ticaret yapmaya karşı olmadığını; aksine, Müslümanların öteki dünyadaki mutluluktan taviz vermeden bu dünyanın nimetlerinden yararlanması gerektiğini göstermek için başka yayınlar da yapılmıştır. Manastırlı İsmail Hakkı Bey tarafından yazılan, “*Kesb ve Ticaret ve Te’sisi Sanayiın Nazar-ı İslâmiyette Mergûbiyeti*”²⁹; Ferit Vecdi Beyin “*Sa’yü Amelin Nazar-ı İslâmdaki Mevkii*”³⁰ başlıklı makalesi; yine tamamen ticari yaşama yönelik İslâm kurallarını ayet ve hadislerle açıklayan ve Ahmet Nazmi Efendi tarafından hazırlanan “*Nazar-ı İslâmda Zenginliğin Mevkii*”³¹ gibi eserler, belirli bir ekonomik davranış tipini, dini yönden de meşru ve doğru göstermek için hazırlanmıştır. Bu yayınlarda; çalışmak, iş, dayanışma, ekonomik alanda hakkaniyetin ve adaletin gözetilmesi gibi konularda; Kuran-ı Kerim’den ayetler ve Hazreti Muhammed’in hadisleri örnek gösterilerek; İslam ekonomi ahlakı açıklanmaktadır.

Söylev’de; “çalışma ve ulusal ekonomik hamlelerle” Avrupa emperyalizmine karşı bir direnç geliştirme teması; Cezayir, Fas, Tunus gibi Fransa’nın sömürgesine dönüşen Müslüman toplumların içine düştüğü duruma izafeten ele alınmıştır. Müslüman topraklarda halkın birbirine “kırdırılması” örneğine bakılırsa; emperyalist politikaların, zayıf düşmüş Müslüman ve Müslüman olmayan toplumlar üzerindeki baskısı; Söylev’i veren kişi tarafından en korkutucu “tondan” izâh edilmektedir. Zira toplum silkinip kalkmaz ise; Türk-Müslüman unsurda görülen atalet devam ederse; devletin akıbeti pek salim görünmemektedir.

Metnin kurgusunda; bilim, eğitim ve ekonominin bir “kurtuluş reçetesi” olabileceğinin en sade ifadelerini bulmak mümkündür. Eğitim konusu; eğitimin ekonomik ve sosyal kalkınma ile ilişkisi; okulların ve öğretmenlerin yetersizliği üzerinden ama daha çok eğitim müfredatının “ciddi olmadığı” ve “toplumun ihtiyaçlarına uymadığı” teması üzerinden anlatılmıştır.

Eğitimin; neredeyse dönemin tüm kalem erbabında “ebedî” bir sorun olarak ele alınması boşuna değildir. Köylü, kendini kaldırmak için her şeyden önce eğitime muhtaçtır. Ekonomi ve “maişet” onu takip edecektir. Anadolu’da ve Osmanlı topraklarının diğer bölümlerinde; gayr-i Müslimlerin okullarındaki gelişmiş düzey ile Müslüman okullarının yetersizliği; öğretmen ihtiyacına cevap veremeyen “dâr-ül muallimin mektepleri” burada olduğu gibi başka metinlerde, yayınlarda hep tekrar edile gelen konulardır.³²

29 İsmail Hakkı (Manastırlı), “*Kesb ve Ticaret ve Te’sisi Sanayiın Nazar-ı İslâmiyette Mergûbiyeti*”, Sırat-ı Müstakim, Temmuz 1325, s. 305-306.

30 Ferit Vecdi, “*Sa’yü Amelin Nazar-ı İslâmdaki Mevkii*”, Sırat-ı Müstakim, Ekim 1324, s. 170-172.

31 Ahmed Nazmi, *Nazar-ı İslâmda Zenginliğin Mevkii*, Amedi Matbaası, İstanbul, 1340.

32 Şükrü Hanioglu, *Bir Siyasal Düşünür Olarak Doktor Abdullah Cevdet ve Dönemi*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1986, Rukiye Akkaya, *Prens Sabahaddin*, Liberte Yayınları, Ankara, 2005. II. Meşrutiyet döneminde çıkarılan ve Osmanlı İmparatorluğunun son döneminde uygulanan ve uygulanması istenen ekonomi politikalarının içeriği ile ilgili; “Ulûm-i İktisâdiye ve İçtimâiye Mecmuası” da bir fikir vermektedir. Kısa ömürlü de olsa dergi; toplumsal dönüşüm ve değişimin, ekonomik ve sosyal ayağını halka anlatmak, halkı “aydınlatmak” amacı taşımaktaydı. Aynur Erdoğan, “*Meşrutiyet’in Evrimci Dergisi: Ulûm-ı İktisadiye ve İçtimâiye Mecmuası*”, *Sosyoloji Dergisi*, 3. Dizi, 28. Sayı, 2014/1, s.73-91.

Metinde; ekonomide kadının rolüne de yer verilirken; “ev ekonomisi” temaları, kadınların bazı yanlış ama gelenekleşmiş tüketim alışkanlıklarıyla ilişkilendirilmektedir:

“...kazandıkları paraların nihâyet nisbetini sarfedip, başkasını saklamasını ve bunlarla başka işler tutmasını söylemek ve o cemaat kadınlardan mürekkebe ise tasarrufun üzerinde; kadınlar tarafından icra edileceğini – kadınlarımıza söylemek üzere hasredilmelidir – ve bundan başka kadınlarımızın erkeklerle ve erkeklerimizin de kadınlarla hüsn-ü imtizâc etmelerini (iyilikle geçinmelerini ç.n.) ve kadınlarla (erkeklerimiz zinhâr yastık düşmanıdır, iki testisi varsa biri kırılmalıdır) gibi meselleri sâhi itibara almamalarını ve erkeklerle kadınların hüsn-ü muaşeretinde bulunmaları ve maliyeti olan iş ve işretten içtinâb eylemeleri tekrar tekrar tavsiye edilmelidir.”

“bu para nasıl tedârik edilebilir? Bu, diştten tırnaktan arttırmak suretiyle olur. Buna “ilm-i iktisat” müktezâsınca (tasarruf) denir. İşte bu tasarruf sayesinde ki Avrupalılar bugün bu kuvvete, bu sanayi’ye mâliktirler. Bizlerde ise bunlardan zerre kadar yoktur. Nasıl olsun? Kadınlarımız, o kızlarımız; isrâf ve tebrîzden hâli değillerdir”.

Harcama ve tüketim biçimi; dışarıdan gözlemlenebilen ekonomik davranışlardır. Bilindiği gibi, bu davranışların ölçülebilir olması “iktisadi veriler”in analizine ve yorumuna, ekonomik öngörülere kaynak teşkil etmektedir. Kazancın (ve zaman gibi diğer değerlerin) tasarrufa yönelik ve planlı harcanması, “rasyonel” bir tercihtir. Osmanlı toplumunun harcama biçimi, emeğin ve zahmetin değerine göre değil; o tüketimden elde edilen “hazza” göre işlemiştir. “Haydan gelen huya gider” deyişinde olduğu gibi; bu bolluk ve ferahlığı mümkün olduğu kadar “zahmetsiz” elde etmek ve zahmetsiz harcamak, dilimizde de yer etmiştir.³³ Bol harcamak ve gösterişli yaşamı ile sadece kazandığını değil kazanmadığını da harcamak yüzünden yokluğa düşmüş, “müflis” ve “melankolik” insanın dramı; son devir Osmanlı aile yaşamı ve tüketim alışkanlıkları bakımından “köşk”, “konak” romanlarına yansıyan bir konudur. Söylev’de; kadınların bu “müflis” hayattaki rolü, “*Kâğıthane sefalarına*” atıfla ifade edilmektedir. Kadınların da tutumlu olması; gereksiz tüm harcamalardan kaçınması; zenginleşmek için gelirden değil giderden tasarruf etmek zorunluluğu, “ailevi iktisadi tasarruf”un temeli olarak gösterilmiştir.

“Bir adam, böyle bir ufak maaş peşinde hayatını fedâ edeceği yerde (rızkın onda dokuzu ticarettedir) meâlî âliyesinde bulunan hadis-i şerifin ahkâmına tâbiân ticaret eylemelidir.”; sözünden anlaşılacağı üzere İslâmî referanslarla bezenen bu eleştirinin hedefi, II. Meşrutiyet döneminin önemli tartışmaları içinde gündemden düşmeyen “memur devleti”dir. Toplumun genelindeki yoksulluk, ticarete zaten rekabet gücü oluşumunu engelleyicidir. Ama kişisel yeteneklerini geliştirmek yerine; daima kendinden daha büyük bir gücün sırtına yaslanan; “birey” olmak yerine “birilerinden” olan ortalama insanın; geç dönem Osmanlı dünyasındaki karşılığı ve en tanınmış olanı “katip” tipidir.³⁴ Üzerine şarkılar, şiirler yazılan bu “kâtip” de eleştirilerden payını almıştır.

33 Ülgener, s.182.

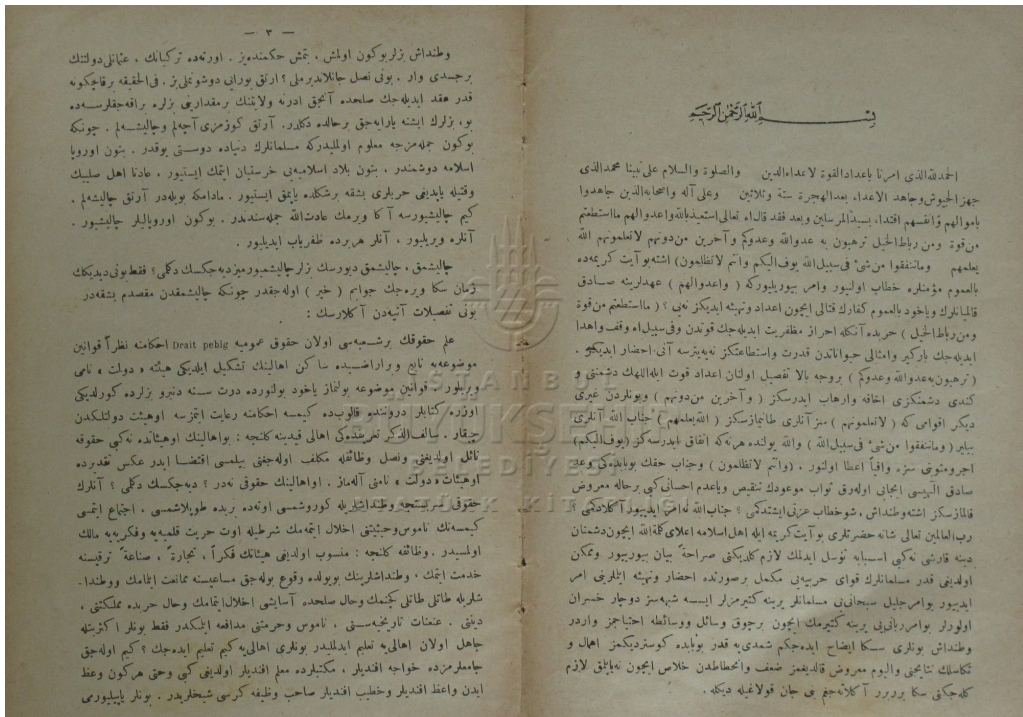
34 Akkaya, s.67-68.

Hatip'e göre; eğitim kurumlarındaki fiziksel yetersizliklerin yanı sıra; müfredatın içeriği, toplumun ve devletin ihtiyaçlarına cevap vermekten uzaktır. Sermayesi olmadığı için müteşebbis olamayan, ticari yaşamda aktif olamayan bu insandan; yetersiz eğitimin bir neticesi olarak, gözünü devlette memur olmaya dikmiş, düşük maaşla ucuz ama güvenli yaşamı tercih eden nesiller türemiştir.

Halkı aydınlatmak konusunda; "hatiplerin", "muallimlerin" ve "hoca efendilerin" uyarılması; toplumda kanaat önderi olan kişilere ulusal bir "vazife" düştüğünün, örtük ifadesidir. Bu "vazife"yi gereğince yerine getirmenin vicdani bir sorumluluk olduğunu, hatibin ya da "Söylev"e ilham olan "mektup"un yazarının kendi konumunu açıkladığı satırlarda buluyoruz. Çünkü bu noktada nihayet; "hür teşebbüs" konusunda liberalizmin özgür bireyi, kendi çıkarları ile toplumun çıkarlarını uzlaştıran özgür yurttaşa dönüşmedikçe; ne tek başına siyasi kurumlar ne de devletin ekonomik kaynakları başarılı olabilir. Nitekim "Söylev" e ilham olan mektubun sahibinin ve hatibin; bilgili, bilinçli olduğunu; ama adını sakladığından, onun özgür olmadığını anlayabiliyoruz.

KAYNAKÇA

- AKKAYA, Rukiye, *Prens Sabahaddin*, Liberte Yayınları, Ankara,2005.
- BARKAN, Ömer Lütfi,“Milli Kurtuluş Hareketlerinin İktisadi Esasları”, *Toprak Meselesi, Toplu Eserler 1*, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1980, s.107-123.
- BERKES, Niyazi, *Türkiyede Çağdaşlaşma*, Doğu-Batı Yayınları, İstanbul, (t.y.).
- BORATAV, Korkut, *Türkiye İktisat Tarihi 1908-2005*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006.
- BULUT, Nihat, *Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasi İktidar İlişkisi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- ÇELİK, Hüseyin, *Ali Suavî ve Dönemi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1994.
- DEVELLİOĞLU, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 14.Baskı, 1997.
- DOMENACH, J.M., *Politika ve Propaganda*, Çev. Tahsin Yücel, Varlık Yayınları, İstanbul, 1995.
- ERDOĞAN, Aynur, “Meşrutiyet’in Evrimci Dergisi: Ulûm-ı İktisadiye ve İçtimaiye Mecmuası”, *Sosyoloji Dergisi*, S. 2014/1, s.73-91.
- FAHREDDİN, Halil, “İstilâ-yı İktisâdi”, *Sebilürreşad*, 1328, Cilt 8, Sayı 205, s.442-443.
- HAKKI, İsmail (Manastırlı), “Kesb ve Ticaret ve Te’sisi Sanayiın Nazar-ı İslâmiyette Mergûbiyeti”, *Sırat-ı Müstakim*, Temmuz 1325, s.305-306.
- HANİOĞLU, Şükrü, *Bir Siyasal Düşünür Olarak Doktor Abdullah Cevdet ve Dönemi*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1986.
- MARDİN, Şerif, *Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1996.
- NAZMÎ, Ahmed, *Nazar-ı İslâmda Zenginliğin Mevkii*, Amedi Matbaası, İstanbul, 1340.
- ÖZKİRAZ, Ahmet, “Sabri F. Ülgener’de Zihniyet ve Geri Kalmışlık, Osmanlı’dan Günümüze Yapısal Bir Çözümleme”, *İÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S. 36, 2007, s. 35-59.
- SARC, Ömer Celâl, “Tanzimat ve Sanayimiz”, *Tanzimat I, Yüzcü Yıldönümü Münasebetiyle*, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, s. 423-440., *Türkiye Ekonomisinin Genel Esasları*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949.
- SAYAR, Ahmed Güner, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, Der Yayınları, İstanbul,1986., *Bir İktisatçının Entelektüel Portresi*, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2007.
- SEYİTDANLIOĞLU, Mehmet, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Sanayi (1839-1876)”, *Tanzimat, Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2012.
- SOMBART, Werner, *Burjuva*, Çev. Oğuz Adanır, Doğubatu Yayınları, Ankara, 2011.
- TOPRAK, Zafer, *Milli İktisat-Milli Burjuvazi*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul,1995., *İttihat-Terakki ve Devletçilik*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul,1995.
- UÇAN, Hilmi, “Ahmet Mithat Efendi’de ‘Aşk’, ‘Sevda’ Kavramları Çerçevesinde İktisat Algısı ve Protestan Ahlakı”, *Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, Ekim 2016, S. 3, s. 77-85.
- ÜLGENER, Sabri F., *İktisadi İnhitat Tarihimizin Ahlâk ve Zihniyet Meseleleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1951.
- VECDİ, Ferit,“Sa’yü Amelin Nazar-ı İslâmdaki Mevkii”, *Sırat-ı Müstakim*, Ekim 1324, s. 170-172.



- 4 -

بولر ديديكيم كي برقصه مين اوغورنده چاليشيورومي ؛ ايميكه خير . اوله اولنجه چاليشيوروز ديمكدر ناسه عليه اداكله اهل صليب بولمجه چاليشيورور . آنراكله اهل اسلامه غلبه ايلدي . عئلكلرني شيط ائسي ، چاليلرني كلپسايه تحويل ايلدي عئفقدر .

وقايدنه اهليلك وناظيفي نعماد ايلديكم صورهده نجاره ؛ صناعه ؛ ترقيسته خدمت ايتك تيري علاوه ايلدم) تجارت ديمكدر ؛ نهكي شكده اجرا اولوروز ؛ ساعت نه ديمكدر بوزاري دوشونون واري عجا ؛ عيقوق . چونكه بوگون تجارت بوند اون عصر اول ياپلان تجارت دكلدر . و صرف زلزله مسلمانلر ك باديئي كي بر شكده قائلش دكلدر .

استنبوله كورديكيمكز ؛ اوروزده ياق ؛ واشتاين وبار تجارتخانه لري ده تجارت ايديبور . طبعي بولرله فاتح ميدانده قولا . آره سانان آدملا آرمسته فرق وار دكي ؛ ايدولر تجارتخانه ليه بولنده اداره اولور ؛ حسابلري نه بولنده طوبيلور . بولنده ترين ايدولر مشرتيك نظر دق جالب ايدولر ؛ بولر تحصيل ايله اولور . بولر بوگون برده علم ده بولم اوكرمئلي دكلدر ؛ اوكرمئنيجه ؛ چاليشيوروز ؛ ديمكدر .

ايتلكه شدي بكا (جوق كوزل سويلورسك اما اوله تجارتخانه لري آچق ايجون ياره لازم) ديمكيسك دكي ؛ اوت ؛ ياره لازم فقط بولرله مطلقا بر آدميك ايك اوچ كيتيك اولق لازم دكل . بر شركت بيليلور . برلر ايتك عئاق مفاصلده بر حصه شدي ميغارو بوزيك مسلمان برده آلسه بوزيك ليرا سرماه اولور آنكله ايستدكيتك تجارتخانه بيليلور . ذاتا استانبوله كي اووروددي ياق تجارتخانه لري ، ائشتاين وبار البته ميغارو لي هب بوله بر شركتدر .

شدي ايتلكه بوله بولوك تجارتخانه آچقدن نه فائده حاصل اولور ديمكيسك دكي ؛ اوت ؛ بوله بولوك تجارتخانه آچق ايجون اوله بر شركت تاسيس ايدوبه بوشركت نه سهانه جي مالي اووروددي كئيدرسه نه فائده حاصل اولماز ياره لرمن اورويه كيدر . او شركت آوسمرا ؛ آلمانيا ؛ فارتق بريك حيايه . منفعت خدمت ايتش اولور . آنكچون سهانه جي مالي ملكته افعال ايلدير . افعال ايدمجه او تجارتخانه به متصل (فارتقه) تاسيس ايتش اولور . بوسولته صنعت و ملكته پاشلاش اولور . بر جوق اهالي ساحيلر فارتقه كيدر . بوسولته قالا نور . بوسولته لگدن ، كوجسر لگدن قوروخانه كوشه زنده اوهوران او تئبل اهالي چاليشقان بر ال حاله كير . بوله يانازسه چاليشقان اولوروز ويا نتيجه اهل صليب اسير اولقلقمن عئفقدر . تئس ايلديكيم

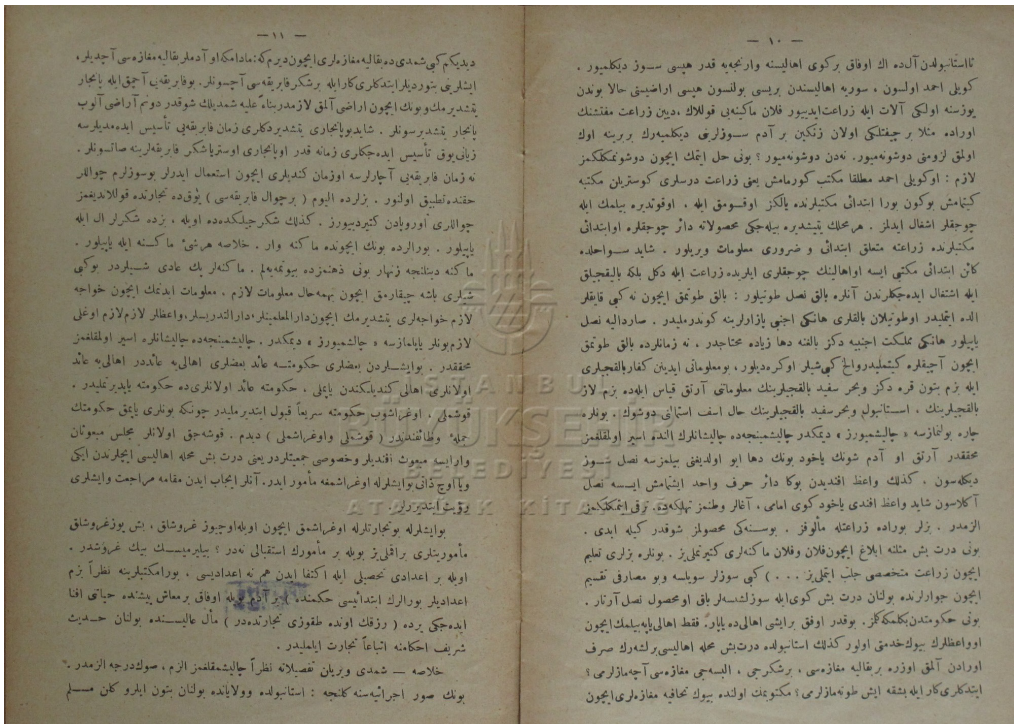
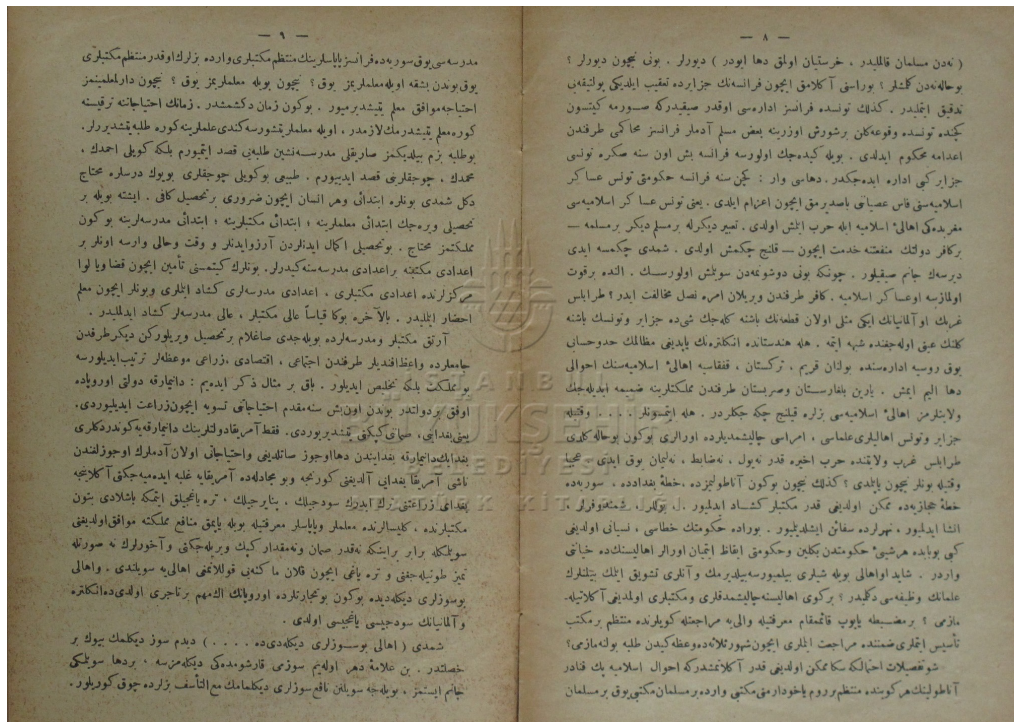
- 5 -

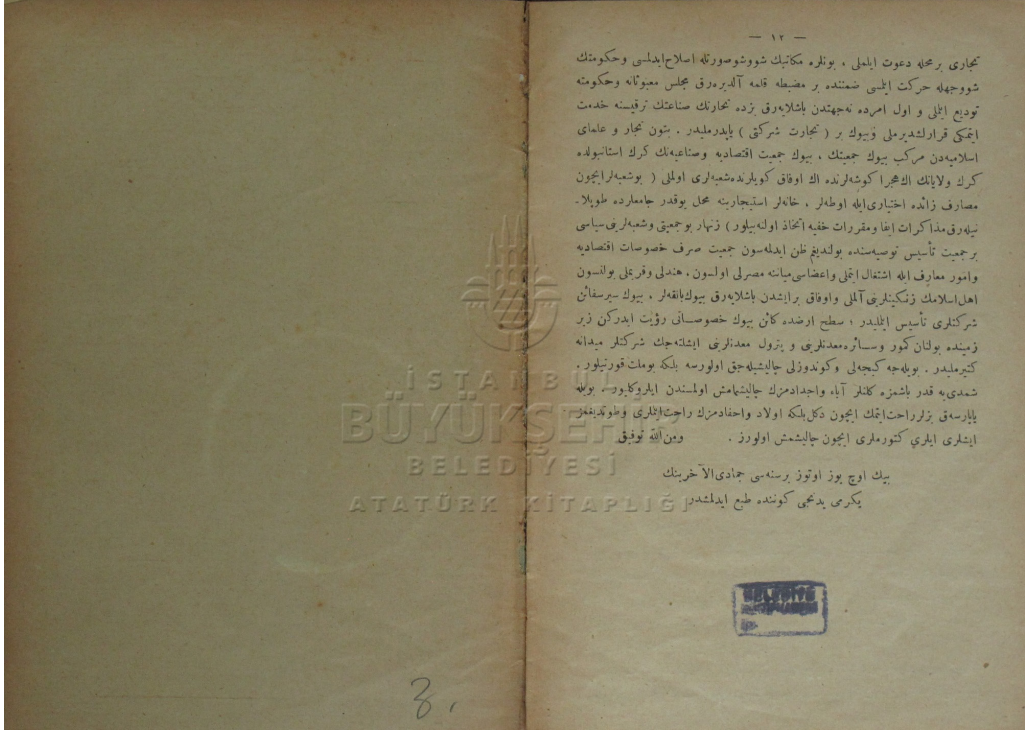
استانبوله وبتون ممالك اسلاميه بولان آدملا دنياي طامبولور طامبق ايجون ، اوروياليرك دنيا ايجون نه مبره چاليشدق قري كورمك ايجون آنراكله عئلكلرني زيارت ايلدير . بوزارت بوكوني اسلامك حال اشف انظار اعلماي ايجون فرزند . او عاقل آئين آئين بوزاره صارقلرني و لاطه لري وقتاً ترك ايدوبيلكز برقي ايلكسولنده آروايد . ليك سيلرني كورسونلر وملكته عوقولنده اهالي حال عفتلندن عاقل ايدوبلر . او خواجه اقدبلر برده (آجام ؛ دنيا ايجون نه نعم وار) ديمسونلر چونكه (هيچ اولميه كي دنيا ايجون وارين فوت اولمجه كي عفا ايجون چاليشق كي مال شريفده اولان كلام حكمت انسامه مخالفت ايتش اولور ، برده استميد بالله) واعدوالمه ماستنظم آيت جلهسه عصيان ايتش اولور .

اشبو آيت جلهه نه قعلو وناقدر ارم اولماز . جناب حق (ماستنظم) بيوريبور يعني استطاعتكز بتديكي مرتبه كئيدر كه بو كاحد وناهيه اولماز . آرق بوسا موجبجه بتون اوروياليرك باديئي ترقيات داخل اولور بولرندن حصه مند اولورق اوروياللي علما ، نجاره ، صناعه كروه بر اقلير . وقايدنه تصدق تعريف وايض ايلديكم ائشاده اهليلك قزانديني باورمك وناظيفي صرف ايدوب نصف ديكرني حفظ ايلسيني وآنكله يشقه يارئين بولسني رجاوخانه به شريك اولمسي يازمش ايدم . واردين زنده عئقق ايتل ؛ باقئزده . باقئزده خارطمه كئيري زنده عئقال ملي باقئقري عئقال باقئقاري اسلمرني ناملرني وئما اچني شركلر كيدر . يارب ا زويمه برناقلمك صرف اسلاملا طرفدن تاسيس و اداره ايدلديني نزمان كوسرته چاليشق ؛

بقايدنه اهل اسلامك دنياي طامدنيي سولدم . اوت ؛ بوني قسده تجرجه ايلدمه ؛ اوله سويلوبوم . چونكه حمدالله بن ملكنده آق وچوق برني بيلردن عد اوئوردم بوزايه كايده يازس مكتب حقوقه دوامه بئشلايديمك برني كون مملدك قوريري استيع ايلديكدر كه جمعي اكلادم آرق وقس حلهه باق .

بوزايد قلم بيليامز سه سلاز فاس . جزاير ، تونس ، طرابلس غرب ، مصر و هندستانه دومه چكدر . جزاير و تونس فرانسه اوله برحاله قوشك ك سورمه ؛ جزاير لير بوكون ارتماد ايديبور . كئيلده جزايرده جاييت عابدين ناسي قنصاس اولان (محمد) نامده برى ارتماد ايلديكدر ناسي قبل الانعام مراسم روحاني اعطاي ايجون بر يابلي طلب ايدر . بيللك او زانديني حاجي بين يي اوبوب . قنيل ايدوب آقلايدكدر كه قنصاس جلده تسليم ايدر وامي جهنم زمرا مذاقعه تئلكه كلكل او زاننده بنش جزاير لير توسيع ايلر و طابعي اولوبله بئشدير .





İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme

Judicial Review of Administration's Soft Law Acts: Focus on French Law

Bige AÇIMUZ*

Öz

İdarenin tek yanlı bir işleminin idari işlem olarak değerlendirilebilmesi ve iptal davasına konu edilebilmesi için icrai olması aranır. İdarenin faaliyet alanındaki değişimler ve özellikle regülasyon faaliyeti, hukuki sonuç doğurmayan esnek hukuk araçlarının kullanımının artması sonucunu doğurmuştur. Bu durum hukuki işlem ve normatiflik hakkında tartışmalara ve esnek hukuk işlemlerinin denetime tabi olmamalarının sorgulanmasına neden olmuştur. Esnek hukuk işlemlerini iptal davasına konu etmekte başlangıçta temkinli davranan Devlet Konseyi, 2013 yılı etüdünü bu konuya ayırarak esnek hukuka ilişkin ölçütler geliştirmiştir. 2016 yılı sonrasında ise bağımsız idari otoritelerin doğrudan hukuki sonuç doğurmayan bazı tasarruflarının iptal davasına konu edilebileceğini kabul etmiştir.

Anahtar Kelimeler: Esnek hukuk, İdari işlem, İcrailik, Normatiflik, Regülasyon

Abstract

The act of the administration must be an executory one in order to be denominated administrative act and therefore be subject to judicial review. The transformation of administrative functions and especially the regulation activity have increased the issue of soft law instruments that do not have legal consequences. This situation has generated discussions concerning legal act and normativity as well as critics of the absence of the judicial control. The Council of State which has been initially cautious to accept to review these instruments have developed criteria of definition of soft law in his 2013 study. Since 2016, the judge has also accepted to review some regulatory agencies' acts despite their lack of direct legal consequences.

Keywords: Soft law, Administrative act, Executory force, Normativity, Regulation

* Dr. Öğretim Üyesi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, bige.acimuz@ozyegin.edu.tr.

GİRİŞ

Esnek hukuk, uluslararası hukuk alanında ortaya çıkmış ve yaygınlaşmış olup “bağlayıcı nitelikte olmayan belgelerde yer alan veya bağlayıcı bir hukuki belgede yer alsa da pozitif hukuk yükümlülüğü içermeyen veya pek az zorlayıcı yükümlülükler içeren ve bu sebeple normatif değeri sınırlı olan kuralları”¹ ifade etmektedir. Bazı uluslararası esnek hukuk işlemleri özel kişiler tarafından da benimsenmekte², özel hukukta da özellikle kurumsal sosyal sorumluluk ve iş etiği standartlarının belirlenmesi gibi esnek hukuk usulleri şirketler tarafından uygulanmaktadır.

Kamu hukukunda ise esnek hukuk, aslında kavramın yaygınlaşması öncesinde uygulama alanı bulmuştur. Öyle ki idarenin eskiden beri kullandığı ve bağlayıcılığı tartışılan plan, program ve strateji belgesi gibi araçlar bugün esnek hukuk işlemleri kapsamında değerlendirilmektedirler³. Ancak esnek hukuk araçlarının çeşitliliğinde ve etkililiğindeki artış, devlet yönetiminde işletmecî anlayışın yarattığı değişimden kaynaklanmakta olup bu değişimin kendisini en belirleyici şekilde gösterdiği alanlardan biri regülasyondur. Regülasyon hukukunun hukuk düzenlerinde yer alması ile pragmatik ve esnek özellikleriyle kendini gösteren bir hukuk ortaya çıkmıştır; zorlama yerine ikna ederek etkilemeye yönelik esnek hukuk işlemlerinin de bu hukukun araçlarından oldukları kabul edilmektedir⁴.

Türk hukukunda örneğin Rekabet Kurulu, rekabet ihlalini saptadığı durumlarda ceza vermek yerine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un verdiği imkanlardan yararlanarak düzeltici önlemleri bildirme veya görüş bildirme yöntemlerini izleyebilmektedir⁵. Bunun gibi Sermaye Piyasası Kurulu’nun Danıştay tarafından idari işlem olarak kabul edilmeyen uyarıları, bu idarenin regülasyon faaliyeti çerçevesinde yaptığı işlemlerdir⁶.

İdarenin yönlendirme faaliyeti kapsamında kalan bu işlemlerinin icrai olmamaları sebebiyle iptal davasına konu edilememeleri bir hukuksal sorun haline gelmiştir. Zira önemli fiili etkiler doğuran ve kişilerin davranışlarını yönlendiren bu işlemler regülasyon otoriteleri tarafından yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Bu durumda idarenin bazı faaliyetlerinin yargısal denetim dışı kalması gibi bir sonuç doğmaktadır. Çünkü hem Türk hukukunda hem Fransız hukukunda idarenin herhangi bir tasarrufunun idari işlem olarak kabul edilerek iptal davasına konu olabilmesi için hukuki sonuç doğurması aranmaktadır (I). Bu yaklaşım son yıllarda Devlet Konseyi tarafından kısmen esnetilerek bazı esnek hukuk işlemlerinin denetleneceği kabul etmiştir (II).

1 CAZALA Julien “Le Soft Law International entre inspiration et aspiration”, in *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* 2011/1 (Vol. 66), s. 41.

2 Bunlara örnek olarak *Incoterms* ve *Unidroit* ilkeleri verilebilir. FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, “Entre droit souple et droit dur: les “Principes” en droit des contrats internationaux”, in *CONSEIL D’ETAT, Le droit souple, EDCE 2013, La documentation française, n° 64, s. 257.*

3 *CONSEIL D’ETAT, Droit souple, s. 32.*

4 TAN Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2015, s. 26.*

5 TAN, s. 27.

6 D13D, 9.10.2013, E/2012/1925, K. 2013/1542, aktaran TAN Emre, “Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, in KUTLU GÜRSEL Meltem (ed.), *Sermaye Piyasası, Seçkin, Ankara, 2016, s.143-144.*

I. İŞLEMİN HUKUKİ SONUÇ VE ETKİ DOĞURMA GEREKLİLİĞİ

İdarenin herhangi bir tasarrufunun bir idari işlem olarak kabul edilmesi ve buna bağlı olarak iptal davasına konu edilebilmesi için hukuki bir sonuç ve etki doğurması gerekir ki bu olgu idari işlemin icrailiği şeklinde ifade edilmektedir (A). İdarenin dış görünüşüyle hukuk düzeninde bir değişiklik meydana getirmeyen ya da getirdiği değişiklik işlemin yargı denetimine tabi tutulmasını gerektirmeyecek kadar önemsiz kabul edilen işlemlerinin bir bölümü ise yargıcın içerik denetimi sayesinde idari işlem olarak kabul edilebilmektedir (B).

A. İDARI İŞLEMİN HUKUKİ ETKİSİ VE İCRAİLİK KAVRAMI

İcrailik öğretide ve yargı kararlarında hem birden fazla anlamda hem de birden fazla işlevi karşılayacak şekilde kullanılmakta olup⁷ idari işlemin ölçütü olması yanında (1) bir işlemin iptal davasına konu edilebilme koşullarından biridir (2).

1. İdari İşlemin Ölçütü Olarak Hukuki Sonuç ve İcrailik

İdarenin faaliyetlerini yürütürken kullandığı başlıca hukuki araç olan⁸ idari işlemleri idarenin tek yanlı diğer tasarruflarından ayıran bunların icrailik özelliğidir. Ancak öğretide idari işlem, kimi zaman idarenin icrai işlemleri dışındaki işlemlerini kapsayacak şekilde geniş anlamda da kullanılmaktadır.

Duran'ın ifadesiyle “[d]evlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin idari işlev konusunda yaptığı her işlem, esas itibarıyla, idari işlemdir”⁹. Chapus de idari işlemi geniş anlamıyla kullanmakta ve tek yanlı işlemin, bu işlemi yapanın irade beyanının hukuk düzenini değiştirecek bir norm yapma veya mevcut düzeninin aynı şekilde kalması yönünde oluşması halinde bir “karar” niteliği taşıyacağını

7 İcrailik yürütmeyi durdurma kararlarında, re’sen icra bağlamında, Fransız hukukunda ivedi yargılama usulünde ve ayrıca işlemin uygulanabilirliği anlamında da kullanılabilir. Örneğin Fransız hukukunda mahalli idarelerin kararlarının yayımlanmalarıyla icrai olacaklarına ilişkin hüküm aslında bunların yürürlüğünü ve kişilere uygulanabilirliğini ifade etmektedir. İcrailik aynı zamanda doğrudan uygulanabilirlik anlamında da kullanılmaktadır. Doğrudan uygulanabilirlik, işlemin uygulanabilir olması için araca ihtiyaç duyulmaması olup Hauriou’nun anlayışına göre bu özellik idari kararları yargı kararları ve yasama işlemleri ile uygulanma gücü açısından aynı seviyeye taşır. DARCY Gilles, “La décision exécutoire, esquisse méthodologique”, AJDA 1994, s. 663. İcrailiğin farklı işlevleri için bkz. DELVOLLE Pierre, “La définition des actes administratifs”, RFDA 2016, s. 35. Danıştay’ın da ender de olsa icrailiği uygulanabilirlik anlamında kullandığı görülmektedir: “Başka bir anlatımla iptal edilen düzenleyici işlemin uygulanabilirlik (icrailik) niteliği son bulur ve işlemin yapılmasından önceki durum yürürlük kazanır”. D5D, 25.02.1998, E.1997/13, K. 1998/515, D5D; 24.05.1999, E.1998/4622, K. 1999/1685; D12D, 23.06.2004, E.2001/1678, K. 2004/2216, Aktaran YILMAZ Dilşat, İdari İşlemin İcrailik Özelliği, Astana Yayınları, Ankara, 2014, s. 52.

8 RIVERO Jean – WALINE Marcel, Droit administratif, Dalloz, Paris 2000, s. 96; LAVERGNE Benjamin, Recherche sur la soft law en droit public français, Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse 2013, s. 61.

9 DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 333.

ifade etmektedir¹⁰. Rivero ve Waline tek yanlı işlemi geniş anlamıyla kullanmakta ve bu işlemler kapsamında icrai kararların ve icrai olmayan işlemlerin yer aldığını kabul etmektedirler¹¹.

Fransız hukukunda ayrıca, benimsenen idari işlem tanımına göre bazı hallerde daha dar, bazı durumlarda ise eşanlamlı olarak¹² icrai karar (*décision exécutoire*)¹³ kavramı kullanılmaktadır. İcraileğin farklı anlamları ve idari kararın aslında zaten icrai kararı ifade ediyor olması sebebiyle bu kullanımın karışıklığa neden olduğu ve terk edilmesi gerektiği de öne sürülmektedir¹⁴.

Bunun yanında Fransa'da 2015'te yeniden düzenlenen Kamu ve İdare Arasındaki İlişkilere Dair Kanun'un (*Code des relations entre le public et l'administration*) L 200-1. maddesinde “ (...) bu kitabın uygulanmasında işlem, karar niteliğinde olan ve olmayan tek yanlı idari işlemler anlaşılır.” ifadesine yer verilmiştir. Ancak Delvolvé, buradaki “işlem” tanımının kapsamına hukuki sonuç doğurmayan işlemlerin de giriyor olması sebebiyle burada maddi anlamda değil biçimsel anlamda bir işlem den bahsedildiğini düşünmektedir¹⁵.

Bu örnekler dışında idari işlem, öğreti ve yargı kararlarında genelde maddi anlamıyla anlaşılmaktadır. Buna göre idari işlem, idarenin, idare işlevine ilişkin olarak, kamu gücü kullanmak suretiyle yaptığı tek yanlı idare açıklaması olarak tanımlanabilir¹⁶. İdari işlemlerin sadece idare değil özel hukuk kişileri tarafından da yapılabilecek olması sebebiyle bu tanıma özel kişiler de eklenebilmektedir¹⁷. İdari işlem hukuki sonuç doğuran işlem olarak icrailik niteliğini

10 CHAPUS René, *Droit administratif général*, C.1, Montchrestien, 15. Bası, Paris 2001, s. 502. Yazar bu anlamda olumsuz işlemlerin de idari karar niteliğinde olduklarını belirtmekle birlikte idari kararla icrai kararı ayırmakta ve örneğin ret kararlarının icrai olmadıklarını ifade etmektedir (s. 503). Yazarın burada icraileği, kararın maddi dünyada icra edilebilme kabiliyeti olarak kullandığı düşünülebilir. Zira aynı zamanda icrai kabul etmediği bu işlemlerin iptal davasına konu edilebileceklerini, önemli olanın bir kararın varlığı olduğunu da değerlendirmesine eklemektedir.

11 RIVERO-WALINE, s. 98. Bununla birlikte aynı eserde idarenin hukuki işleminin hukuk düzenini değiştirmeye yönelik bir idari işlem olduğu da ifade edilmektedir. (s. 95)

12 DARCY, s. 663. YILMAZ, İcrailik, s. 23-24. ERKUT Celâl, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s. 117-119.

13 İdari işlem kuramı içerisinde önemli bir yer tutmuş olan icrai karar kavramı öğretilerde yaygın olarak Hauriou'ya atfedilmektedir. Bkz. DELVOLVE, “La définition des actes administratifs”, s. 35; ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 117. Ancak Darcy, kavramın ilk olarak 1888 yılında, Hauriou'dan dört yıl önce Lafférière tarafından kullanıldığını ifade etmektedir. Lafférière, icrai karar kavramını idari işlemin ölçütü olarak değil yargılama hukukuyla sınırlı olarak bir işlemin iptal davasına konu olup olamayacağını belirlemek amacıyla ortaya atmıştır. Hauriou ise, icraileği idari işlemin – ve hatta idari rejimin – merkezine konumlandırmış ve böylelikle dağınık ve belirsizlikler içeren kullanımını sistematik bir hale getirmiştir. DARCY, s. 664.

14 SEILLER Bertrand, *Droit administratif*, 2. Action administrative, Flammarion, Paris, 2001, s. 120.

15 Yazar ayrıca hukuki sonuç doğurmayan işlemlere idari işlem kapsamında yer verilmesini eleştirmektedir. DELVOLVE, s. 35. Bu karışıklığın en önemli sebeplerinden biri kavramın re'sen icrayı ve işlemin doğrudan uygulanabilirliğini ifade edecek şekilde kullanılmasıdır.

16 YILDIRIM Turan – YASİN Melikşah – KAMAN Nur – ÜSTÜN Gül – OKAN TEKİNSOY Özge (YILDIRIM ve d.), *İdare Hukuku*, 6. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 366.

17 AKYILMAZ Bahtiyar – SEZGİNER Murat – KAYA Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 385.

içinde barındıracak şekilde anlaşıldığından yukarıda bahsi geçen idari karar ve icrai işlemin özdeş olduğunu kabul etmek gerekir¹⁸.

Bu şekilde tanımlanan idari işlem, öncelikle tek yanlı bir işlem olup tek bir tarafın irade açıklaması ile¹⁹ hukuki değer kazanır²⁰. İdare, kamu gücü ayrıcalıkları sebebiyle herhangi bir yargı merciine başvurmaksızın ve işlemin muhatabının onayına ya da kabulüne ihtiyaç duymaksızın yükümlülükler öngörebilir ve haklar tanıyabilir²¹. Bu anlamda bir işlemin yapılış sürecinde başvuru katılım ya da müzakere usulleri işlemin tek yanlılığına etki etmeyecektir²².

İcrailik ise işlemin hukuki etkisine ilişkin bir kavramdır. Buna göre bir işlemin idari işlem olarak kabul edilmesi için hukuki bir sonuç yaratması, yani hukuk düzeninde değişiklik meydana getirmesi gerekir²³. Bu etki düzenleyici işlemler bakımından yeni bir kural koyulması veya mevcut bir kuralın değiştirilmesi ya da kaldırılması şeklinde ortaya çıkar²⁴. Birel işlemler açısından ise bir kişinin veya şeyin hukuki statüsünün değiştirilmesi, yeni bir hukuksal durumun yaratılması, ortadan kaldırılması ya da mevcut durumun korunması şeklinde kendini gösterebilir²⁵.

Bir idari işlemde bahsedebilmek için hukuki sonuç veya etkinin somut olarak gerçekleşmiş olması aranmaz; işlemin “hukuksal durumlarda yeni birtakım etkiler yaratma gücüne sahip olması” icrai kabul edilmesi için yeterlidir²⁶. Bu anlamda idari işlem bir hukuki sonuç yaratmaya yöneliktir ve bu sonuç işlemin kendisiyle ortaya çıkar²⁷.

18 ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 117. Ancak örneğin Günday idari kararı birel idari işlem anlamında kullanmaktadır. GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 11. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017. s.123.

19 D5D, 17.5.1996, E. 1995/4416, K. 1996/1911 (UYAB, e.t. 3.7.2018)

20 ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 13.

21 CHAPUS, Droit administratif, s. 501.

22 CHAPUS, Droit administratif, s. 493.

23 GÜNDAY, s. 124.

24 Düzenleyici işlemin icrai nitelik taşımadığına ilişkin görüşler ve bu konudaki değerlendirmeler için bkz. YILMAZ, İcrailik, s. 51-53.

25 GÜNDAY, s. 124; FİŞ ÜSTÜN Gül, “Yatırımcıları Koruma Fonu Tarafından Tesis Edilen İdari Para Cezası Bildirim Tutanaklarının Niteliği”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2) 2011, s. 68.

26 ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 120.

27 AKYILMAZ – SEZGİNER-KAYA, s. 664. Hukuki sonucun işlemin kendisiyle ortaya çıkmasının bir anlamı da işlemin icrai olmasının diğer koşullar mevcutsa idari işlem olarak kabul edilmesi için yeterli olmasıdır. Buna göre örneğin işlemin re'sen icra edilebilir oluşu icrailiğe bağlı bir sonuç olup bir ölçüt olarak nitelendirilemez. Bkz. Günday, s. 124; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.1, İkinci Bası, Ekin, Bursa 2009, s. 675. Gözübüyük ve Tan da işlemin idare tarafından icra edilebilirliğinin ayrı bir konu olduğunu ifade etmekte ve bu nedenle icrai karar yerine etkili karar terimini tercih etmektedirler. GÖZÜBÜYÜK-TAN, Yargılama, s. 282, 304. İcrailik ve re'sen icra kavramları arasında fark için ayrıca bkz. DURSUN Hasan, “İdari İşlemin İcrailiği (I)”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 6, S. 57, Mayıs 2011, s. 41. Ancak Danıştay’ın iptal davasına konu olabilecek işlemi nitelediği bazı kararlarından re'sen icrayı işlemin ölçütü olarak kabul ettiği sonucu çıkabilmektedir. Yargıcın ifadesiyle “[i]dari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken işlemler, öğretisi ve içtihatlarda idari makam ve mercilerin kamu gücüne dayanarak idare işlevine (idare hukuku alanına) ilişkin olarak yaptıkları ve re'sen icra edilebilme kabiliyetini taşıyan irade açıklamaları olarak tanımlanmaktadır.” D11D, 29.1.2013, E. 2012/1436 K. 2013/588 (Lexpera, et.t. 5.3.2018)

İşlemin hukuki sonuç yaratıyor olması aynı zamanda normatif niteliğiyle de açıklanmaktadır. Normatiflik ya da işlemle doğan hukuki sonuç, klasik anlayışa göre²⁸, hukuk düzenine yeni bir norm ekleme, hak ve yükümlülük öngörme olarak ifade edilmekte olup işlemin hukuksal durumlar üzerindeki sonucu henüz somut olarak gerçekleşmemiş olsa dahi, böyle bir etkiyi içerme potansiyeli olarak ortaya çıkar²⁹. Hukuk normu izin veya yetki vererek, yasak koyarak ya da emir vererek olması gerekeni gösterir³⁰. İdare hukuku öğretisinde de idari işlemin hukuk düzenini etkilemesini işlemin “*normateur*” niteliği olarak adlandıran yazarlar mevcuttur³¹.

Bu durumda idarenin bu niteliğe sahip olmayan, yani hukuk düzeninde veya hukuki statüler üzerinde bir değişiklik meydana getirmeyip sadece fiili etki ya da sonuç yaratan işlemleri normatiflikten yoksun olduklarından idari işlem olarak kabul edilmeyip iptal davasının konusunu oluşturamazlar³².

2. İptal Davasının Konusunu Oluşturan İşlem ve İcrailik

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun³³ (İYUK) 2. maddesine göre iptal davaları, “idari işlemlerin” hukuka aykırılıkları sebebiyle iptal edilmeleri için açılırlar. Yani idarenin herhangi bir tek yanlı işlemi iptal davasının konusunu oluşturamaz; bu işlemin yukarıda açıklanan özelliklere sahip olması, yani öncelikle icrai olması gerekir. İYUK'un 14. maddesine göre ise bir işleme karşı dava açılabilmesi için bu işlemin aynı zamanda “kesin ve yürütülmesi gereken” bir işlem niteliğinde olması gerekir.

Fransız hukukunda da iptal davası İdari Yargılama Kanunu m. R. 421-1 uyarınca “kararlara”³⁴, yani icrai nitelikte işlemlere karşı açılabilir. İşlemin, etkisi bakımından iptal davasına konu olmasına ilişkin olarak da ilgililerin hukukunu etkileyen işlem olarak tercüme edilebilecek *acte faisant grief* kavramı kullanılmaktadır.

Burada üzerinde durulması gereken nokta her iki hukuk düzeninde de idari işlem ile “kesin ve yürütülmesi gereken işlem” veya “*acte faisant grief*” olarak ifade edilen iptal davasının konusunu oluşturan işlemin³⁵ “işlemin doğası bakımından” aynı şeyi ifade edip etmediğidir. Zira aşağıda görüleceği üzere esnek hukuk işlemleri, hukuki etkileri olmamakla birlikte bazı hallerde denetlenebilen işlemler olup bu konudaki içtihat değişikliğinin işlemin doğasıyla mı yoksa yargılama hukukuyla mı ilgili olduğunu belirlemede bu nokta önem taşımaktadır.

28 Normatiflik konusundaki farklı yaklaşımlar için bkz. Bölüm II/A.

29 ÖZTÜRK Burak, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 46-47.

30 GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş, 15. Baskı, Ekin, Bursa 2018, s. 25.

31 FRIER Pierre-Laurent – PETIT Jacques, Précis de droit administratif, 6. Baskı, Montchrestien, Paris 2010, s. 281

32 KARAHANOGULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 263.

33 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı kanun, 20.1.1982 tarihli ve 17580 sayılı Resmi Gazete.

34 İdari karar buradaki anlamıyla sadece birel işlemlerle sınırlı olmayıp, düzenleyici işlemleri de kapsar. CHAPUS, Droit administratif, s. 524.

35 DE FONTENELLE Louis, “La notion d'influence dans le recours pour excès de pouvoir”, RFDA 2018, s. 312.

Öncelikle yürütülmesi gereken işlem kavramı genellikle icrailiğin yargılama usulündeki görünümü olarak kabul edilmektedir³⁶. Erku'ta göre icrailik ve yürütülebilirlik, işlemin kimliğine ilişkin kavramlar olup bir "idari" işlemin iptal davasına konu edilip edilmesinde sınırlayıcı olan ölçüt kesinliktir³⁷. Danıştay'ın ifadesiyle işlemin kesinliği, "*idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmayan, yani nihai nitelikte*"³⁸ yani "*uygulanmaya hazır, tamam bir işlem olmasını*"³⁹ ifade eder. Ancak öğretide bu olgunun işlemin kesinliği değil icrailiği ile ilgili olduğu da savunulmaktadır⁴⁰.

Danıştay'a göre "[i]ptal davası açılabilmesi için ortada idarenin kamu gücüne dayanarak tek yanlı irade beyanıyla tesis ettiği, hukuk düzeninde değişiklik yapan başka bir deyişle ilgililerin hukukunu etkileyecek nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem bulunmalıdır"⁴¹. Burada kullanılan ifadeden, "hukuk düzeninde değişiklik yapan" işlem ile "ilgililerin hukukunu etkileyecek nitelikte" işlem arasında nitelik itibarı ile bir fark gözetilmediği söylenebilir.

Ancak hukuk düzeninde değişiklik meydana getirme ve ilgililerin hukukunu etkileyecek nitelikte bulunma olgularının özdeş olarak nitelenmesi öğretide eleştirilmiştir. Erku'ta göre bir idari işlemin hukuksal sonuçlar doğurabilmesi ve haklar ve yükümlülükler yaratabilmesi anonim bir durumdur. İlgililerin hukukunu etkilemeden bahsedildiğinde ise işlemin öznel etkisi devreye girmekte ve bu da aslında menfaat ihlaline karşılık gelmektedir. Menfaat ihlali ise işlemi kimin yargı önüne götüreceğiyle ilgili olup idari işlemin kimliğiyle ilgili değildir⁴².

36 KARAHANOGULLARI, Yasallık, s. 264. YILMAZ, İcrailik, s. 22.

37 ERKUT Celâl, "İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Matbaası, 1991, s. 112.

38 D7D, 19.01.2000, E. 1999/1760, K. 2000/67, Kazancı

39 D12D, 13.04.2005, E. 2004/4077, K. 2005/1353, Kazancı. Aynı yönde D12D, 23.3.2016, E. 2012/10636, K. 2016/1598 (UYAP, e.t. 25.6.2018): "*Zira "kesin ve yürütülmesi gereken" tanımlaması, icrailik ve kesinlik kavramlarını bir arada içermektedir. İcrai işlem, kamu kudretinin üçüncü kişiler üzerinde ayrıca başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler olarak tanımlanmaktadır. İcrailik kavramından farklı bir anlam taşıyan kesinlik ise, işlemin uygulanmaya hazır, tamam bir işlem olduğunu ifade etmektedir. (Erkut, Celal; İdari İşlemin Kimliği, 2015, s.144,146)"*

40 İşlemin kesinliği esnek hukuk işlemleri bakımından belirleyici olmadığından, kesin işlem ve kesinleşmenin farklı kullanımları ile bu konudaki farklı yaklaşımlar inceleme dışı bırakılacaktır. Bu konuda ki tartışmalar ve farklı yaklaşımlar için bkz. ÖZTÜRK, İtiraz, s. 49-55; YILMAZ Dilşat, "Türk İdare Hukuku'nda İdari İşlemin "Kesinliği" Üzerine Bir Değerlendirme: "Kime Göre?", "Ne İçin?." Kesinlik", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, Y. 2017, Sa. 2, s. 105-153. Aynı şekilde işlemin yürürlüğü ile ilgili tartışmalara da girilmeyecektir. Zira esnek hukuk işlemleri hukuki sonuç doğurmayıp etkileri fiili olduğundan bunların yürürlüğe girmeleri de söz konusu değildir.

41 D5D, 2.2.2005, E. 2001/2787, K. 2005/522, DD 110, (2005), s. 183 vd., aktaran GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 407. Yargıcın ifadesiyle "[b]ir idari işlemin kesin ve yürütülebilmesi zorunlu sayılabilmesi ise; hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını da geçirmiş bulunmasına bir başka idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine yani idare edilenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlı bulunmaktadır." D3D, 4.6.1986, E. 1986/1733, K. 1986/1500, DD 64-65, s. 103.

42 ERKUT, İşlem, s. 111. Aynı yönde KAYA, Cemil, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.9, S. 1-2, Haziran-Aralık 2005, s. 256. SANCAKDAR ve d. de icrailiğin işlemin niteliği bakımından, etkililiğin işlemin üçüncü kişiler üzerinde doğurduğu sonuç bakımından önem taşıdığını ve daha çok "menfaat" koşulunu ilgilendirdiğini ifade etmektedirler. SANCAKDAR Oğuz; US Eser – KASAPOĞLU TURHAN Mine, ÖNÜT Lale Burcu; SEYHAN Serkan, İdare Hukuku, Teorik Çalışma Kitabı, Ankara, 2017, 274.

İlgililerin hukukunu etkileme; kişileri hak sahibi ya da borçlu yapma, farklı hukuki statüye sokma, bir haktan yararlanma biçimini belirleme, malvarlığında artma veya azalmaya yol açma, özgürlükleri kısıtlama, bir hakkın kullanılmasını kısıtlama, erteleme, tehlikeye sokma gibi şekillerde ortaya çıkar⁴³. Bir işlemin icrai olup olmadığını anlayabilmek için muhataplarının hukuki statülerini etkileyip etkilemediğinin, onlara hak ve borç yükleyip yüklediğinin belirlenmesi hem nesnel hem de öznel nitelikte bir değerlendirme gerektirir. Bu anlamda nesnel olarak içeriğin belirlenmesinin idari işlemin etkisine ve sonucuna dair olup öznel içeriğinin menfaat ihlaline karşılık geldiği düşünülebilir⁴⁴. Özellikle birel işlemlerde, işlemin hukuki bir etkisi veya sonucu olup olmadığını tespiti, işlemin yöneldiği kişinin ya da nesnenin hukuki durumunu etkileyip etkilemediğinin incelenmesini gerektirebilecektir.

Menfaat ihlali idari işlemin kurucu unsuru olmadığından, kişilerin hukuki statülerinin değil sadece menfaatlerinin etkilenmesi durumunda işlemin iptal davasına konu olabilmesi de kural olarak⁴⁵ mümkün olmayacaktır. Zira kişilerin durumlarının bir işlemde etkilenmesi, işlemin kendisi “hukuki” durumları üzerinde bir etki yaratmadığı sürece işlemin icrai nitelik kazanması sonucu doğurmaz⁴⁶ ki bu nitelikte bir etki de zaten hukuk düzeninde bir değişiklik anlamına gelecektir.

Fransız hukukundaki “*acte faisant grief*” ise işlemi yapanın iradesinin hukuk düzenini değiştirmeyi veya mevcut şekliyle korumayı hedefleyen bir norm yaratmaya yönelmesi şeklinde ifade edilmektedir. Bu anlamda bir işlemin kişilerin hukukunu etkilediğinden bahsedebilmek için mevcut hukuksal durumda bir değişiklik meydana getirmesi aranır⁴⁷.

İptal davasına konu olabilecek karar Seiller tarafından hukuk düzenini, davacının durumundan da yola çıkarak doğrudan ve önemli bir biçimde etkileyen karar olarak açıklanmaktadır⁴⁸. Yazar bu nitelikte olmayan işlemlere iç düzen işlemlerini⁴⁹ ve hazırlık işlemlerini örnek vermektedir. Bu işlemlerin öğretide icrai olmayan işlemler kategorisi içerisinde değerlendirildikleri

43 CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Yetkin, 7. Baskı, Ankara, 2017, s. 86-87.

44 Bu değerlendirmede Fransız hukukunda kullanılan “*acte faisant grief*”e dair tespitlerden esinlenilmiştir. TRUCHET Didier, Droit administratif, 4. Bası, PUF, Paris, 2011, s. 229. Aynı yönde bkz. BROUELLE Camille, Contentieux administratif, LGDJ, 4. Bası, Paris 2016, s. 69. Hatta bazı yazarlar bu menfaat ihlali ile olası bir karışıklığı önlemek amacıyla daha genel bir ifade olarak “dava edilebilir işlem” kavramını tercih etmektedirler. COURREGES Anne – DAEL Serge, Contentieux administratif, 4. Bası, PUF, Paris, 2013, s. 114.

45 Aşağıda bazı esnek hukuk işlemleri bakımından hukuki bir etki veya sonuç yaratmayan işlemlerin de iptal davasına konu edilebildikleri görülecektir.

46 CE, 27.5.1987, SA Laboratoires Goupil, b.n. 83292, Rec., s. 181, conclusions LAROQUE Martine, aktaran PAILLER Pauline, “Consécration d’un contrôle juridictionnel du droit souple”, Revue de Droit bancaire et financier, no 3 Mayıs 2016, comm. 144.

47 BEAL Antoine, Introduction de l’instance, Jcl. Justice administrative, Fasc. 40, 1 Sept. 2015, prg. 36.

48 SEILLER, s. 124-125.

49 Bilindiği üzere iç düzen işlemleri hukuki etkiden bütünüyle yoksun işlemler değildirlir. Yargı denetimine tabi olmamalarının nedeni ise bilgililerin hukuki durumunda değişiklik yapmamaları değil bu etkinin bir yargı denetimini gerektirecek önemde olmamasıdır. “*De minimis non curat praetor*” ilkesi uyarınca önemsiz işler yargıca götürülemeyeceğinden bu işlemler yürütülebilir işlem olarak değerlendirilmemektedirler. Truchet, s. 230. Bu işlemler hukuki etkileri belli bir eşiği aştığında artık iç düzen işlemi olarak kabul edilmeyip icrai nitelik kazanmaktadırlar. BROUELLE, s. 69.

düşünüldüğünde⁵⁰ icrai işlem ile iptal davasına konu edilebilen işlem arasında nitelik bakımından bir fark olmadığı düşünülecektir. Nitekim Fransız hukukunda idari karar ve iptal davasına konu olabilen işlem arasında doğrudan bir bağ olduğu kabul edilmektedir.

Sonuç olarak hukuki durumlarda değişiklik ve yenilik yaratma, ilgililerin iradesi veya rızası dışında, hatta iradelerine rağmen⁵¹, hukuki durumlarını etkileme gücü olup⁵² bu özellikler işlemin icrai niteliğiyle büyük ölçüde örtüşmektedir⁵³. Bu durumda işlemin kesinliği ve doğrudan uygulanabilirliği bir kenara bırakılırsa idari işlem ile iptal davasına konu olabilecek işlemin, işlemin doğası bakımından birbirini karşıladıkları ortaya çıkar⁵⁴. Bu nitelikte olmayan işlemler ise icrai olmayan işlemler olarak adlandırılmakta ve kural olarak iptal davasına konu edilememektedirler. Ancak isimlendirmeleri ve biçimleri bakımından “görünürde” icrai olmayan işlemler hukuki etki ve sonuç doğurmaları halinde yargısal denetime tabidirler.

B. İDARENİN “GÖRÜNÜRDE” İCRAİ OLMAYAN İDARİ İŞLEMLERİ

İdarenin hukuki sonuç ve etki yaratmayan ya da çok sınırlı etki yaratan tasarrufları idari işleyişin önemli bir parçasını oluştururlar. Bu nitelikteki işlemler farklı şekillerde isimlendirilmekte olup genel eğilim bunları idarenin icrai olmayan işlemleri olarak ifade etme yönündedir⁵⁵. İdarenin icrai olmayan tasarrufları çok çeşitli olduklarından öğretide bunların bütünü kapsayacak bir tanım yapmak yerine bu tasarruflar gruplandırılarak incelenmektedir⁵⁶. Frier ve Petit, hazırlık

50 Bkz. aşağıda icrai olmayan işlemlerin sınıflandırılmasına ilişkin 56 numaralı dipnot.

51 ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi 2004, s. 405.

52 DURAN, s. 341.

53 KAPLAN Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ekin, Bursa 2016, s. 210; ERKUT, “İdari İşlemin Kimliği” s. 119-120. Yıldırım vd. ise kesin ve yürütülmesi zorunlu olmayan icrai işlemlerin de bulunduğunu ifade etmektedirler. YILDIRIM ve d., s. 368.

54 Aksi yönde değerlendirme için bkz. SEE Arnaud, “Le droit souple des autorités de régulation”, Droit Administratif n° 5, Mai 2016, comm. 34.

55 Öğretide bu işlemleri etkisiz işlem olarak adlandıranlar da mevcuttur. YILDIRIM ve d., s. 406. Gözübüyük ve Tan da etkili karar-etkisiz karar ayrımını benimsemektedirler. GÖZÜBÜYÜK Şeref-TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, 9. Bası, Turhan Kitabevi, 2017, s. 307. Erkut, etkisiz işlem ifadesinin kullanımını eleştirmektedir, Erkut, s. 118. Karahanoğulları da benzer şekilde bu işlemlerin hukuki etkiye sahip olmasalar da yönetsel etkiye sahip oldukları gerekçesiyle etkisiz niteliğinin irade açıklamasının hukuk öznelerinin statülerinde veya kurallar düzenindeki sonucuna ilişkin olduğunu ifade etmektedir. KARAHANOGULLARI, Yasallık, s. 264. İdari işlemi geniş anlamıyla kullanan Duran ise bu işlemleri “idari karara benzeyen işlemler” olarak adlandırmaktadır. DURAN, s. 397.

56 Türk idare hukuku öğretisinde Duran, bu işlemleri gösterici işlemler, hazırlayıcı işlemler ve iç düzen işlemleri olarak gruplandırmaktadır. DURAN s. 398-400. Aynı sınıflandırma Yıldırım ve d. (İdare Hukuku, s. 593) ve Günday (GÜNDAY, s. 124) tarafından da benimsenmektedir. Erkut, icrai olmayan işlemleri idarenin iç düzen işlemleri, hazırlık işlemleri, bilgi verici ve açıklayıcı nitelikte işlemler, uygulamaya ilişkin işlemler, hukuki etkisini yitirmiş işlemler ve idarenin yersiz işlemleri şeklinde tasnif etmektedir. Erkut, İdari işlemin kimliği, s. 133-148. Kaya bu işlemleri hazırlık işlemleri, görüş belirten işlemler, bildirici işlemler, iç düzen işlemleri ve uygulamaya ilişkin işlemler olarak ayırmaktadır. KAYA, s. 261; aynı yönde AKYILMAZ – SEZGİNER-KAYA, s. 383. Gözler ve Kaplan ise hazırlık işlemleri, teyit edici işlemler, iç düzen işlemleri ve enformel işlemler başlıkları altında inceleme yapmaktadırlar. GÖZLER Kemal – KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, Bursa 2017, s. 296-303. Gözübüyük-Tan ise bunları görüş belirten işlemler, danışma işlemleri, hazırlık çalışmaları, uygulama ile ilgili kararlar ve idarenin iç yapısı ve işleyişi ile ilgili kararlar olarak ayırarak incelemektedir. GÖZÜBÜYÜK – TAN, Yargılama, s. 309.

işlemleri veya tasdik edici işlemler, gösterici işlemler ve iç düzen işlemleri şeklinde üçlü bir ayrım yapmakta olup üstlerin hizmet birimlerine yönelik olarak hazırladıkları “düzenleyici” nitelikteki iç düzen işlemlerine gösterici işlemler arasında yer vermektedirler⁵⁷. Bu işlemlerin icrai nitelikte olmasalar dahi idare edilenlere çeşitli kanallarla duyurulmaları ve dolayısıyla idari işleyişe ilişkin olarak bilgi vermeleri sebebiyle iç düzen işlemleri yerine gösterici işlemler kapsamında değerlendirmeleri daha uygun görülmektedir⁵⁸.

“Görünürde” icrai olmayan bazı işlemler, hangi kategoride yer aldıklarından bağımsız olarak Danıştay’ın ve Devlet Konseyi’nin yerleşik içtihatlarına göre yarattıkları hukuki sonuçlar ve etkiler sebebiyle idari işlem olarak kabul edilmekte ve yargı denetimine tabi tutulmaktadırlar. Bu içtihat, yargıcın kendisini işlemin hamiliyle (*instrumentum*) bağlı görmeyip işlemin içeriğini (*negotium*) inceleyerek bir değerlendirme yapmasıyla ortaya çıkmış olup⁵⁹ hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

İkinci bölümde ele alınacak olan esnek hukuk işlemleri çoğunlukla idarenin gösterici işlemleri kapsamında yer aldıklarından bu bölümde iç düzen işlemleri ve bir idari işlem dizgesi içinde yer alan ve tek başlarına doğrudan hukuki sonuç doğurmayıp ancak belli hallerde dava konusu yapılabilen hazırlık işlemleri⁶⁰ incelenmeyecektir. Gösterici işlemler genel düzenlemeler içerebildikleri gibi (1) birel nitelikte de (2) olabilmektedirler.

57 FRIER – PETIT, Précis de droit administratif, 6. Baskı, Montchestien, Paris 2010, s. 281.

58 Genelge ve yönergelerin iç düzen işlemleri olarak değerlendirilmemeleri gerektiği hakkında ayrıca bkz. LAVERGNE, s. 372.

59 COSTA Delphine, “Des directives aux lignes directrices, une variation en clairs-obscurs”, AJDA 2015, s. 806.

60 Bilindiği üzere zincir işlemler kuramına göre bir idari işlemin yapılma sürecinin bir parçası olan ve icrai nitelikte kabul edilmeyen işlemler kural olarak iptal davasına konu edilemezler; hukuka aykırılıkları nihai işlemin dava edilmesi durumunda nihai işlemle birlikte ileri sürülebilir. Ancak halka işlem, iptal davasına konu olabilecek nitelikleri bünyesinde bulunduruyorsa, yani nihai nihai işlemden bağımsız olarak ilgililerin hukuki durumunu etkiliyorsa ayrılabilir işlem kuramı uyarınca iptal davasına konu edilebilmektedir. (SEZGİNER Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin, 2000, s. 56-59) Bu konudaki tipik örnek Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler arasında kabul edilen rektör ataması sürecinde yer alan Yükseköğretim Kurulu işleminin ayrılabilir işlem olarak değerlendirilerek denetlenebileceğine ilişkin Danıştay içtihadıdır (D8D, 14.11.1995, 1994/7723, K. 1995/3624, DD 91, Sayı: 91, 1996, s. 1017-1018). Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.1, Ekin, Bursa, 2009, s. 712-714. Danıştay ayrıca içtihat değişikliğine giderek üniversite Etik Kurulu işlemlerinin de bu kurama göre denetlenebileceğine karar vermiştir. Yüksek mahkemenin önceki içtihadına göre “etik ihlali yapıldığının tespiti halinde ancak yaptırım önerme yetkisi bulunan Üniversite Etik Kurulunun” bir davranışın etik ihlali olduğuna yönelik kararı “idari davaya konu olabilecek nitelikte kesin ve icrai nitelikte bir işlem” değildir (D8D, 6.11.2013, E.2011/7786, K.2013/7707, Lexpera). Daha yeni tarihli kararlarına göre ise “etik ihlali tespitinden sonra kararın aday hakkında disiplin mevzuatına göre gerekli işlemlerin tesis edilmesi için davacının görev yaptığı İstanbul Üniversitesi Rektörlüğüne, bilgilendirme amaçlı olarak da davacıya ve Üniversitelerarası Kurul Başkanlığına gönderilmesine karar verilmiş ise de; bu haliyle de, davacının akademik hayatını büyük ölçüde etkileyebilecek ve olumsuz birçok sonuca yol açabilecek durumda bulunan davaya konu işlemin, davacının menfaatini ve hukuki durumunu etkiler nitelikte bir işlem olduğu açıktır. Bu itibarla, davaya konu işlemin bir idari süreç içinde yer alması ve hukuki sonuç yaratmış olması nedeniyle ilgilinin hukuksal durumunda değişiklik meydana getirdiği görüldüğünden, bu haliyle kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu ve idari davaya konu edilebileceği sonucuna varılmıştır” (D8D, 19.2.2016, E.2015/1757, K.2016/1425, Lexpera). Ayrıca kamu görevlilerinin atanmaları sürecinde yapılan güvenlik soruşturmaları sonucu hazırlanan ve Danıştay’ın hazırlık işlemi ve iç düzen işlemi olarak nitelediği raporlar da olumsuz olmaları halinde atamayı imkansız kılacak olmaları sebebiyle dava edilebilecek niteliktedirler. Bkz. YILDIRIM ve d., s. 407. Karahanoğulları da güvenlik soruşturması raporlarının ve

1. Genel Düzenlemeler İçeren Gösterici İşlemler

Genelge, sirküler, yönerge, tebliğ, tamim gibi isimler alan ve öğretilerde genellikle iç düzen işlemi olarak değerlendirilen bazı işlemler, idarenin kendi örgütüne yönelik olarak yaptığı düzenlemeler olup ayırt edici özellikleri kişilerin hukuki durumlarını etkileyici nitelikte olmamalarıdır⁶¹. Bu işlemler hukuki veya fiili durumun saptanması, açıklanması, belirginleştirilmesi, yorumlanması ve duyurulması için gerçekleştirilirler⁶².

Danıştay, idarenin soyut hukuk kuralları koymayan, daha önce yürürlüğe konulan hukuk normunu yineleyen veya bu üst hukuk normunun nasıl anlaşılması gerektiği konusunda alt idari birimlere ya da idare edilenlere açıklamalar getiren tasarruflarının, hukuk düzeninde herhangi bir değişiklik oluşturamayacaklarından, idare edilenler yönünden bağlayıcı ve dolayısıyla düzenleyici olmadıklarını ifade etmektedir⁶³.

Buna karşılık yeni kural koyan veya idarenin iç işleyişinin ötesinde düzenlemeler getiren işlemler icrai işlem olarak kabul edilmekte ve yargı denetimine konu olabilmektedirler. Örneğin Türkiye Barolar Birliği'nin "Bir Avukat Yanında, Avukatlık Ortaklığında veya Avukatlık Bürosunda Ücret Karşılığı Birlikte Çalışan Avukatlar Yönergesi", Avukatlık Kanununun uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin ancak yönetmelikle yapılabileceği, yapılan düzenlemenin idarenin iç işleyişinden daha çok avukatların sözleşme ve çalışma koşullarını düzenlemesi ve bu anlamda da kişi hak ve hürriyetlerine ilişkin hükümler içermesi nedeniyle icrai kabul edilerek Danıştay tarafından iptal edilmiştir⁶⁴.

Fransız hukukunda ise icrai olmayan düzenlemeler arasında sirkülerler/genelgeler (*circulaires*) ve direktifler/yönergeler/talimatlar (*directives*, yeni adıyla *lignes directrices*⁶⁵) ön plana çıkmaktadır.

bilgi fişlerinin kişileri sakıncalı statüsüne sokmaları ve anayasal hakların sınırlandırılması sonucunu doğurmaları sebebiyle iptal davasına konu edilmeleri gerektiği düşüncesindedir. KARAHANOGULLARI Onur, "Güvenlik Soruşturması", AÜSBFD, 53/1 (Ocak-Aralık 1998), s. 183-184. Bkz. Aksi yönde DURSUN, İcrailik (I), s. 48.

61 GÖZÜBÜYÜK-TAN, Yargılama, s. 332.

62 Örneğin İçişleri Bakanlığının il özel idarelerinin bütçelerinin nasıl hazırlanacağına yönelik olarak valiliklere gönderdiği genelge yürütülmesi zorunlu idari işlem olarak kabul edilmemektedir, DDK, 5.11.1971, E. 1971/640, K. 1971/886, AİD, c. 5, S. 1, 1972, s. 150. Danıştay, Maliye Bakanlığının çıkardığı gelir vergisi genel tebliğinin de kişiler hakkında icrai niteliği olmadığından iptal davasına konu edilemeyeceğini ifade etmektedir, D4D, 1.11.1977, E. 1977/495, K. 1977/2795, DD S. 30-31, s. 178, Kararlar için bkz. GÖZÜBÜYÜK-TAN, Genel Esaslar, s. 406. Bunun gibi işveren prim desteğinden yaralanan işverenlerin hakedişlerinden yapılacak kesintilerin muhasebeleştirilme sürecine dair olan yazı da idarenin iç işleyişiyle ilgilidir. D15D, 8.11.2016, E. 2016/4804, K. 2016/5263, (Kazancı, e.t. 28.6.2018)

63 D7D, 8.2.2007, E. 2006/5220, K. 2007/394 (UYAP, e.t. 28.6.2017)

64 D8D, 9.7.2014, E. 2013/10851, (Kazancı, e.t. 28.6.2017)

65 Devlet Konseyi Esnek Hukuk başlıklı incelemesinde Avrupa Birliği işlemlerinden olan yönerge ile karışması amacıyla idarenin yaptığı *directives*'in *lignes directrices* olarak adlandırılmalarının gerekliliğini ifade etmiştir. CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 139. 19 Eylül 2014 tarihli kararıyla da *lignes directrices* hakkında *directives* için benimsediği yaklaşımı izleyerek karar vermesi karşısında öğretilerde artık bu dönüşümün gerçekleştiği kabul edilmiştir. CE, 19.9. 2014, Jousselin, b.n. 364385, AJDA 2014, s.1798.

Genelgeler hiyerarşik üstlerin mevcut yasa ve yönetmeliklerin uygulanması amacıyla kendi hizmet birimlerine yönelik olarak hazırladıkları emir, tavsiye ve açıklamalardır⁶⁶. Uygulamada kamu görevlileri açısından belirleyici olan bu işlemler icrai nitelikte olmayıp idari işlemlere dayanak teşkil edemezler, idare veya ilgililer tarafından ileri sürülemezler ve iptal davasına konu edilemezler⁶⁷. Ancak idareler bazı hallerde genelge adı altında hukuki sonuç doğuran işlemler yaparak yeni kurallar koyabilmektedirler.

Bu konuda Devlet Konseyi ilk önce 29 Ocak 1954 tarihli *Institution Notre Dame de Kreisker* kararıyla yorumlayıcı ve düzenleyici genelge ayrımını yapmıştır. Genelge hükümlerinin hukuk düzenini değiştirdikleri, yani kişilere yeni haklar ve güvenceler sağladıkları veya ek yükümlülükler öngördükleri andan itibaren icrai kabul edildiklerini; aksi takdirde bunlara karşı dava açılmayacağı kabul etmiştir⁶⁸. Ancak özellikle hukuka aykırı düzenlemelerin yorumlayıcı genelgeler aracılığıyla idareler tarafından uygulanıyor olması sorunu içtihadın değiştirilmesini gerektirmiş ve *Mme Duvignères* kararıyla genelgeler, içerdikleri hükümlerin formüle edilmiş şekillerine göre emredici (*impératif*) olanlar ve olmayanlar şeklinde ikiye ayırmıştır⁶⁹. Emredici hükümler içeren genelgeler mevcut hukuk kurallarını hatırlatmakla sınırlı kalıp herhangi bir yenilik eklemeseler dahi iptal davasına konu olabilirler⁷⁰. Devlet Konseyi'ne göre bir genelgenin buyurucu nitelikte kabul edilerek iptal edilebilmesi üç ihtimalde söz konusu olabilir. Bunlardan ilki idarenin üst hukuk normlarıyla tanınmayan bir yetkiyi kullanarak yeni bir kural koyması⁷¹, ikincisi idare yetkili de olsa işlemin başka bir sebepten sakat olması; üçüncüsü ise genelgeyle benimsenen yorumun, açıklamayı hedeflediği yasa ve düzenleme hükümlerinin anlamını ve kapsamını yanlış ifade etmesi ya da bir üst hukuk normuna aykırı bir kural koymasındır⁷². Bu içtihadın önceki ölçütlere göre daha kapsayıcı olduğu ileri sürülmekle birlikte⁷³, Devlet Konseyi'nin genelgenin hükümlerinin emredici olup olmasını genelde içeriğinin hukuka uygunluğuyla ilişkilendirilmesi, bunun tam tersinin yapılmasının gerekeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁷⁴. Emredici hükümler içermeyen genelgeler ise bugünkü anlayışta esnek hukuk işlemi olarak kabul edilmektedirler⁷⁵.

66 CHAPUS, Droit administratif, s. 513; GÖZLER-KAPLAN, s. 298.

67 CHAPUS, Droit administratif, s. 515; GÖZLER-KAPLAN, s. 299-300.

68 *Ibid.*

69 BEAL, prg. 40; TRUCHET, s. 292.

70 COURREGES-DAEL, s. 115, CHAPUS René, Droit du contentieux administratif, 13. Bası, Montchrestien, Paris 2008, s. 548.

71 Burada Fransız hukukunda bakanlıkların düzenleme yetkilerinin Türk hukukuna göre çok daha sınırlı olduğunu hatırlatmak gerekir. Ayrıca birçok bağımsız idari otorite de bu yetkiyi haiz olmayıp kamu tüzel kişiliği olmayan bağımsız idari otoritelere genel bir düzenleme yetkisi verilmesinin anayasaya aykırı olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. AÜTIN Jean-Louis – BREEN Emmanuel, Autorités administratifs indépendantes, Jcl. Administratif Fasc. 75, prg. 89-91. Regülasyon faaliyetinde bulunan otoritelerinin çoğunluğunun kamu tüzel kişiliği olmadığı düşünüldüğünde burada, incelenen konu açısından geniş bir uygulama alanı olan bir durum söz konusudur.

72 CE, 18.12.2002, Mme Duvignères, b.n. 233618, RFDA 2003, s. 280, concl. P. Fombeur.

73 BEAL prg. 40; TRUCHET, s. 292.

74 TRUCHET, s. 291. CHAPUS, Contentieux, s. 551; COLLET Martin, Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes, LGDJ, Paris 2003, s. 49.

75 CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 35.

Yönergeler (*directives/lignes directrices*) ise hiyerarşik üstün, düzenleme yetkisine sahip olmasa dahi, takdir yetkisi çerçevesinde astlarına belli bir konuda hangi yöntemin izleneceğine ilişkin olarak verdiği somut emirler olarak ifade edilmektedir⁷⁶. Devlet Konseyi'nin *Crédit Foncier de France* kararıyla⁷⁷ geçerlilikleri kabul edilen bu işlemler, idarelerin mevcut düzenlemelere dayanarak yapacakları birel işlemlere ilişkin uygulama esaslarını ortaya koyarlar. Yönergeye başvurmadaki temel amaç idari uygulamalarda tutarlılığın, eşitliğin ve öngörülebilirliğin sağlanmasıdır. İdarenin düzenleme yetkisi olmasa dahi yönerge çıkarabilmesinin dayanağı, idareye birel işlemleri yapma konusunda tanınan takdir yetkisinin bu yetkinin ne şekilde kullanılacağı konusundaki esasları belirlemeyi de içeriyor olmasıdır⁷⁸.

Yönergeler, yapılacak işlemlerin içeriğine dair yönlendirmeler içerdiklerinden bunların genelgelerden farklı olarak ilgililer tarafından idareye karşı ileri sürülebilmeleri ve idarenin işlemlerine dayanak teşkil etmeleri mümkündür⁷⁹. Ancak buna rağmen yönergeler yönetmeliklerden, idarenin bunları dikkate almama imkanının varlığı sebebiyle ayrılırlar ve kural olarak iptal davasına konu olamazlar. Öyle ki, ilgili idareler birel işlemleri yaparken somut olayın koşulları veya kamu yararı gerekleri sebebiyle ve gerekçelerini ortaya koymak suretiyle yönergedeki esaslardan ayrılarak karar verebilirler⁸⁰.

Yönergeler, özellikle bağımsız idari otoritelerin, uygulamalarına dair esasları belirleme ve duyurmada bu usule başvurmaları sebebiyle iç düzen işlemi olmaktan öte bir işleve sahip olmuşlardır. Bu anlamda hukuki etkilerine göre kimi zaman icrai olmayan açıklayıcı/yönlendirici işlem, bazı hallerde de icrai işlem niteliğinde olabilirler. Nitekim Devlet Konseyi 2013 yılı etüdündeki “dereceli normatiflik” incelemesinde bunları esnek hukuk işlemleri ile katı hukuk işlemleri arasında bir yere yerleştirmektedir⁸¹.

2. Birel Nitelikli Gösterici İşlemler

Enformel idari işlemler kapsamında da değerlendirilen⁸² açıklayıcı, bilgilendirici, gösterici ve yönlendirici işlemler idarelerin başvuru üzerine veya re'sen, mevcut mevzuatın yorumlanması, kişilere hak ve yükümlülükleri hakkında bilgi verilmesi, bunların hatırlatılması veya herhangi bir hak ve yükümlülük tanımaksızın kişilere belli davranışları benimsemeleri konusunda tavsiyede bulunulması şeklinde ortaya çıkarlar⁸³. Bu işlemlerin icrai kabul edilip edilmemeleri formüle edilmiş biçimlerine ve içeriklerine göre belirlenmektedir.

76 CHAPUS, Droit administratif, s. 519; LAVERGNE, s. 209,

77 CE, Sect., 11.12.1970, *Crédit foncier de France*, b.n. 78880, Rec. s. 750.

78 Cytermann'ın Hauriou'dan aktardığı üzere “*Takdir yetkisinin kuralları olmayan bir yetki olduğunu zannetmemek gerekir; [takdir yetkisi] kendi kurallarını, kendisi için, kendisi koyan bir yetkidir*” CYTERMANN Laurent, “Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence *Crédit foncier de France*”, RFDA 2013 s.1119.

79 CHAPUS, Contentieux, s. 650.

80 COSTA Delphine, s. 806, CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 65-66.

81 CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 70.

82 CHAPUS, Contentieux, s. 486; GÖZLER-KAPLAN, s. 303.

83 ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 144; ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, 4. Bası, Turhan, 2014, s. 436

Somut bir durum hakkında verilen görüşler veya idarenin belli bir davranışın benimsenmesine ilişkin dilek ve istekleri icrai nitelikte kabul edilmemektedirler⁸⁴. Bunların icrai kabul edilmeleri ancak genel ve emredici hükümler içermeleri veya bireysel emirler öngörmeleri⁸⁵ ya da karar vermede yetkili idare açısından bağlayıcı olmaları halinde⁸⁶ mümkündür. Nitekim Devlet Konseyi bir regülasyon otoritesinin belli bir konuda işlem yapmada yetkili olan idarenin kararını etkileyebilecek nitelikteki görüşlerine karşı dava açılabilceğini kabul etmektedir⁸⁷.

Mevcut bir işlem hakkında bilgi veren ya da bu işlemi hatırlatan işlemler icrai olmayıp bu niteliği ancak muhataplarınca belli bir davranışın benimsenmesini emretmeleri halinde kazanırlar⁸⁸. Bu noktada regülasyon otoritelerinin de sıklıkla başvurdukları işlemler olan uyarıları (*mise en garde*) ve ihtarları (*mise en demeure*) birbirlerinden ayırt etmek gerekecektir.

İhtarlar genellikle bir yaptırım tehdidi içeren ya da ilgisine bir davranışın benimsenmesi ya da bir davranıştan kaçınılması için belli bir süre tanıyan işlemler olup icrai oldukları kabul edilmektedir⁸⁹. Hatta böyle bir içerik taşımaları dahi emredici bir şekilde formüle edilmeleri halinde bu işlemlere karşı iptal davası açılabilir⁹⁰. İşlemin kendisi yaptırım tehdidi içermiyorsa bile işlemi yapan idarenin başkaca bir işlem yapmaksızın ilgili hakkında bir yaptırım uygulama yetki veya imkanına sahip olması da icrailik için yeterli sayılabilmektedir⁹¹.

Uyarılar ise ihtarlardan bilgi verici mahiyetleriyle ayrılmakta olup kural olarak icrai değildirler⁹². Bir yaptırımın öncülü olmaları veya çoğunlukla göz korkutucu bir şekilde kaleme alınmaları bu niteliklerini değiştirmedeğinden uzun süre iptal davasına konu edilemeyecekleri kabul edilmiştir⁹³. Danıştay, Sermaye Piyasası Kurulu'nun görüş ve uyarı niteliğindeki işlemlerinin

84 COLLET, s. 57; DURSUN Hasan, "İdari İşlemin İcrailiği (II)", Terazi Hukuk Dergisi, Y. 6, S. 58, Haziran 2011, s. 75.

85 CE, 11.10.2012, *Sté Casino Guichard-Perrachon*, b.n. 346378, AJDA 2012, s. 2373.

86 GÖZÜBÜYÜK-TAN, Yargılama, s. 311; ODENT Raymond, *Contentieux administratif*, T.1, Dalloz, Paris 2007, s. 775; YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2010, s. 109.

87 Devlet Konseyi bir regülasyon kurumu olan Demiryolu Faaliyetlerini Düzenleme Otoritesi'nin, uluslararası demiryolu taşımacılığı şirketlerinin ulusal sınırlar içerisinde faaliyette bulunmalarının ilgili bölgedeki mevcut demiryolu taşımacılığına olumsuz etkisi olmayacağına ilişkin görüşüne karşı iptal davası açılabilceğine karar vermiştir. Yargıcın gerekçesi, bu görüşün varlığı halinde Taşımacılığı Düzenleme Otoritesi'nin ilgili faaliyeti yasaklama ya da sınırlama yönünde karar alamayacak oluşudur. CE, 30.1.2015, *Région Province-Alpes Côte d'Azur*, b.n. 374022, *Conclusions DOMINO Xavier*, "Le Conseil d'Etat juge du régulateur ferroviaire: une première", AJDA 2015, s. 875. Note IDOUX-NICINSKI, AJDA 2015, s. 671.

88 CHAPUS, *Contentieux*, s. 556.

89 GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 308; FİŞ ÜSTÜN, s. 71. Dursun, *İcrailik (II)*, s. 78. Danıştay'ın aksi yöndeki, yaptırım tehdidi taşıyan uyarıların iptal davasına konu olmayacaklarına ilişkin kararları için bkz. AKYILMAZ – SEZGİNER-KAYA, s. 399.

90 CHAPUS, *Contentieux*, s. 557.

91 DURAN, s. 344-345.

92 COLLET, s. 59.

93 Örneğin Görsel-İşitsel Üst Kurul başkanının (*Conseil Supérieur de l'Audiovisuel – CSA-*) bir televizyon şirketini uyararak konseyin kınadığı bu davranışlarda ısrarcı olunması halinde bunun sonuç doğuracağını ifade ettiği mektup icrai kabul edilmemiştir. CE, 4.10.1996, *Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux*, Lebon, s. 381. Bu ve benzer yöndeki kararlar için bkz. COLLET, s. 60.

kesin ve yürütülebilir nitelikte işlemler olmadıklarına hükmetmektedir⁹⁴. Rekabet Kurulu'nun ihlal başvuruları üzerine verdiği görüşler de içerik itibarı ile uyarı niteliğinde olup bunlara uyulup uyulmaması konusunda takdir davacıya ait olduğundan⁹⁵ yüksek mahkemenin yerleşik içtihadına göre iptal davasına konu edilememektedirler⁹⁶. Hatta Danıştay, ilgililere aralarındaki anlaşmaları sonlandırmaları için süre tanıyan ve aksi takdirde soruşturma açılacağını bildiren işlemlerin de icrai olmadıklarına hükmetmektedir⁹⁷.

Devlet Konseyi ise konuyla ilgili içtihadını esneterek örneğin bir regülasyon otoritesi olan Bankacılık Komisyonu'nun kredi kuruluşlarına uymaları gereken kuralları hatırlatan ve somut olarak almaları gereken tedbirleri içeren uyarılarının iptal davasına konu edilebileceklerine

94 Danıştay, davacının hesaplarını başkalarına kullandırmaması ve konusu suç teşkil eden fiillerden kaçınması hususunda uyarılmasına ilişkin Sermaye Piyasası Kurulu işleminin iptali talebini “ (...) *dava konusu işlemin, davacının sermaye piyasasına ilişkin olarak gerçekleştirileceği işlemlerde daha dikkatli olması gerektiği hususunda bir uyarı niteliğinde olduğu, bu haliyle hukukî durumunda bir değişiklik yapmadığı gibi, idari davaya konu olabilecek eksin ve yürütülebilir zorunlu bir idari işlem niteliği taşımadığından*” reddeden İdare Mahkemesi kararını onamıştır. Aktaran D13D, 9.10.2013, E/2012/1925, K. 2013/1542, aktaran TAN Emre, s.143-144.

95 “*Dava konusu edilen Kurul kararı; 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, davacı Dernek tarafından yayımlanan asgari ücret tarifesinin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlâl teşkil edeceği ve Kanun'un 4. maddesi uyarınca bir soruşturmaya konu olabileceği konusunda görüş içeren, aksi halde haklarında soruşturma açılacağı konusunda bilgilendirilmesine ve uyarılmasına yönelik bir işlem olup, işlemde 9. maddenin dördüncü fıkrasında öngörülen geçici tedbir niteliği de bulunmamaktadır. (...) [D]ava konusu Kurul kararının, kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı, buna karşılık takdirin davacı Derneğe bağlı olmak üzere, Kanun'un 4. maddesine aykırı görülmesi nedeniyle, asgari ücret tarifesi belirlemesini öngören tüzük hükmünün değiştirilmesi ve asgari ücret uygulamasına son verilmesi konusunda uyarılmasına ve bilgi verilmesine yönelik bir işlem olduğu anlaşılmaktadır.*” D13D, 13.05.2009, E.2007/6241, K. 2009/5268, (www.rekabet.gov.tr, e.t. 13.9.20189)

96 DHMİ'nin, havaalanlarında yer tahsis hizmetlerine yönelik uygulamalarına ilişkin olarak yer tahsis tarifesindeki bir ibarenin kaldırılması ve tüm tarifelerdeki 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil edebilecek hükümlerin gözden geçirilerek havaalanlarında yer tahsis hizmetlerine ilişkin olarak kiracı teşebbüsler arasındaki farklı uygulamalara son verilmesi aksi halde hakkında soruşturma açılacağı konusunda uyarılmasına ilişkin işlem de iptal davasına konu olmamaktadır. D13D, 01.02.2010, E: 2007/13545, K: 2010/768. Gözübüyük-Tan haklı olarak burada soruşturma tehdidinin varlığına dikkat çekmektedirler. (GÖZÜBÜYÜK-TAN, Yargılama, s. 309) Aynı yönde D13D, 20.09.2011, E: 2011/2345, K: 2011/3890; D13D, 14.01.2009, E: 2007/367, K: 2009/170; D13D, 20.07.2009, E: 2009/3565, K: 2009/8045. (www.rekabet.gov.tr, e.t. 13.9.2018) Ancak Ankara 8. İdare Mahkemesi daha yakın tarihli bir kararında Rekabet Kurulu tarafından açılan soruşturma sonucunda “*Tivibu Ev Hizmeti ve iptal engelleme içeren kampanyaların ileride piyasa kapamaya yol açabileceği ve Tivibu Ev hizmeti içeren kampanyaların kampanya süresi biliminden itibaren mevcut şartlarla yenilenmemesi*” yönünde uyarı yazısı yazılmasına yönelik tesis edilen (...) *Rekabet Kurulu kararını*” iptal davasına konu etmiştir. Ankara 8. İdare Mahkemesi, 9.6.2015, E: 2014/1044, K: 2015/966. (www.rekabet.gov.tr, e.t. 13.9.2018) Burada da diğer kararlardaki olaylarla benzer şekilde bir uyarı yazısı varsa da Rekabet Kurulu kararı Danıştay kararlarına konu olan olaylardan farklı olarak soruşturma öncesinde değil sonrasında alınmıştır.

97 “*Dava konusu Rekabet Kurulu kararı; 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tesis edilen, dikey anlaşmaların 18.09.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanabildiği, bahse konu dikey anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet de tanınmayacağı, bu nedenle taraflara gerekçeli kararın tebliği tarihinden itibaren 30 gün içinde aralarındaki dikey anlaşmaları sonlandırmaları gerektiği, aksi takdirde haklarında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem başlatılacağı konusunda uyarılan bir işlem olup, işlemde 9. maddenin dördüncü fıkrasında öngörülen geçici tedbir niteliği de bulunmamaktadır. İdari işlemlerin yukarıda belirtilen niteliği ve dava konusu işlemin içeriği birlikte değerlendirildiğinde; dava konusu Kurul kararının, kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı, buna karşılık takdirin anlaşmaların taraflarında olmak üzere, Kanun'un 4. maddesine aykırı görülen dikey anlaşmalara son verilmesi konusunda uyarılmasına ve ilgililerin bilgilendirilmesine yönelik bir işlem olduğu anlaşılmaktadır.*” D13D, 20.09.2011, E: 2011/2704, K: 2011/3891 (rekabet.gov.tr, e.t. 13.9.2018)

karar vermiştir⁹⁸. Benzer şekilde, İçişleri Bakanlığı'nın mevcut düzenlemelere göre öngörülen yasaklara uyulması gerektiğini hatırlatan mektupları da idarenin konuyla ilgili olarak kolluk yetkisinin varlığı gerekçesiyle iptal davasına konu olabilmektedirler⁹⁹.

Açıklayıcı işlemlerden uygulama işlemleri de bir işlemin etki kazanabilmesi için yapılmakta olduklarından idari işlemten ayrı olarak kendilerine özgü bir hukuka aykırılık taşımadıkları takdirde icrai olmayan işlemler kapsamında değerlendirilmektedirler¹⁰⁰. Bu işlemler açıklayıcı ve bilgi verici nitelikte kabul edilmekte olup iptal davası kural olarak bildirim konusunu oluşturan işleme karşı açılacaktır¹⁰¹. Ancak hukuki etkisi olmayan işlem ve raporların yayımlanarak halkın bilgisine sunulmasına ilişkin işlemler iptal davasına konu olabilmektedirler. Bu durumun söz konusu olabilmesi için yayımlanma kararının yayımlanmaya konu işlemten ayrılabilir nitelikte olması aranır¹⁰².

Örneğin Devlet Konseyi, bir raporun yayımlanmasına ilişkin Başbakanlık kararının iptal davasına konu edilebileceğini kabul etmektedir¹⁰³. Benzer şekilde normatif tasarrufla bulunma yetkisi olmayan Haksız Şartlar Komisyonu'nun (*Commission des clauses abusives*) tavsiyelerinin¹⁰⁴ yayımlanmasına ilişkin bakanlık kararı da iptal davasına konu olabilmektedir¹⁰⁵.

Devlet Konseyi özetle, işlemin yenilik doğuruyor olması veya irade beyanının buyurucu/zorlayıcı bir şekilde formüle edilmesi durumunda hukuki bir sonucu olacağı kanaatine ulaşmaktadır. Yargıç, değerlendirmesinde, işlemi yapan idarenin iradesinin formüle edilişi üzerinde durarak işlemin icrai olup olmadığına karar vermektedir. Buna göre mevcut yasal düzenlemeleri hatırlatmakla

98 CE, 28.7.2011, *Crédit Immobilier de France Ouest*, b.n. 328655, Lebon, s. 426. Somut olayda uyarı metninde herhangi bir yaptırım tehdidi olmamakla birlikte mevzuat uyarınca uyarıya aykırı davranılması halinde disiplin yaptırımına başvurulması mümkündür. MARTIN Didier R. – SYNVEY Hervé, "Droit bancaire janvier 2011-décembre 2011", Recueil Dalloz 2012, s. 1908.

99 CE, 7.2.2017, Soc. Casino de Trouville, b.n. 395588. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000034013216&fastReqId=2073632052&fastPos=1> (e.t. 20.6.2018).

100 ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 146.

101 FİŞ ÜSTÜN, s. 69. Yazar, bu yöndeki Danıştay içtihadını sorgulamakta ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun idari para cezalarının ilgililere bildiren ve Yatırımcıları Koruma Fonu Tarafından Tesis Edilen Bildirim Tutanaklarının icrai nitelik taşıdıklarını ifade etmektedir. Zira bu tutanaklar hem işlemten farklı bir miktarı – hukuka aykırı olarak – içerebilmekte, hem de ilgililere ödeme zamanını ve yerini göstermektedirler. Ayrıca bildirim tebellüğünden itibaren 30 gün içinde ödeme yapılmaması halinde idarenin herhangi bir başka işlem yapmasına gerek kalmaksızın cebren takip ve tahsil usullerinin uygulanabilmesi söz konusudur (s. 70-71).

102 CE, 16.1.2006, *Féd. Crédit Mutuel centre Est Europe*, b.n. 274721, AJDA 2006, s. 828, concl. GUYOMAR.

103 CE, 21.10.1988, *Eglise de Scientologie*, b.n., Lebon, s. 354. Olayda Fransa'daki tarikatlarla ilgili raporun başbakan tarafından yayımlanması işlemine karşı dava açılmıştır.

104 Bu tavsiyelerin kendileri iptal davasına konu olamamaktadırlar. Zira burada yeni bir kural konulmamakta olup haksız olduğuna kanaat getirilen sözleşme şartının kaldırılmasına veya değiştirilmesine yönelik tavsiyede bulunmaktadır. DEUMIER Pascale, "La réception du droit souple par l'ordre juridique", Le droit souple, Journées nationales Tome XIII, Dalloz, Paris 2009, s. 120, 24 numaralı dipnot.

105 CE, 16.1.2006, *Féd. Crédit Mutuel centre Est Europe*, op.cit.

veya yorumlamakla sınırlı kalan tavsiyeler¹⁰⁶ ve görüşler¹⁰⁷ icrai olarak nitelendirilmediklerinden iptal davasına konu olamayacaklardır. Özellikle regülasyon kurumlarının işlemleri bakımından öğreti tarafından sorgulanan¹⁰⁸ bu yaklaşıma göre, kişilerin işlemi algılama şekilleri ve buna bağlı olarak işlemde fiilen etkilenip etkilenmedikleri dikkate alınmamaktadır. Bir başka ifadeyle kişilerin durumlarının bir işlemde etkilenmesi, hukuki durumları üzerinde bir etki doğmadığı sürece işlemin icrai nitelik kazanması sonucu doğurmaz¹⁰⁹.

Bu anlamda 2016 öncesindeki içtihadı göre Rekabet Otoritesinin piyasada faaliyet gösteren aktörlerin tutumlarını düzeltmelerine ya da yapacakları sözleşmelerde dikkat etmeleri gereken hususlara ilişkin olan tavsiyelerinin yargı denetimine tabi olmadıkları kabul edilmiştir¹¹⁰.

Bunun gibi, ayrımcılığın önlenmesi amacıyla kurulan ve yaptığı incelemeler üzerine sadece belli tespitler yapıp önerilerde bulunan Eşitlik ve Ayrımcılıkla Mücadele Üst Otoritesi'nin (*Haute Autorité contre les discriminations et pour l'égalité* – HALDE) kararları idari işlem niteliğinde değildir. Bu kararlar yayımlanmakta olup ayrımcılık yaptığı tespit edilen işletme açısından hukuki bir sonuç doğurmamakla birlikte şirketin itibarını zedeleyebilmektedirler. Devlet Konseyi, HALDE'ya yapılan başvuruların değerlendirmeye alınmamasına ilişkin kararlara karşı da iptal davası açılmayacağına karar vermiştir¹¹¹.

Bağımsız idari otoritelerin işlemlerinin bazılarının gösterici ve açıklayıcı işlemler kategorisinde değerlendirilmesi ve normatifliklerinin yok sayılması bu otoritelere yasa koyucu tarafından tanınan özel konum ve görevler sebebiyle eleştirilmiştir¹¹². Benzer şekilde devletin dönüşümüyle bağlantılı olarak idarenin zorlayıcı olmayan ve fakat kişilerin davranışlarını, tercihen onların da katılımıyla yönlendirmeye yönelik esnek hukuk işlemlerinde görülen artış¹¹³, mevcut normatif

106 CE, 27.9.1989, *Chopin et Compagnie*, b.n. 74548, Lebon, s.181. Ulusal Bilişim ve Özgürlükler Komisyonu (Commission nationale d'informatique et de libertés) kararına konusu siyasi seçimlere aday olan kişilerin ve siyasi partilerin propaganda belgeleri göndermek ve finansman aramak için kişilerin özel ve kamusal verilerine erişimdir. Komisyonun işlemi kişisel verileri elinde bulunduran veri ve yönlendirme profesyonellerine yönelik olarak verdiği tavsiye kararı, mevcut yasal düzenlemeleri hatırlatmakla ve yorumlamakla sınırlı kalması sebebiyle iptal davasına konu olamayacaktır.

107 CE, 29.9.2011, *Société Alsas*, b.n. 349820, AJDA 2011, s. 1868. Kararda İhtiyati Denetim Otoritesi tarafından bir şirketin geçici olarak yönetiminde olan bir kişiye yetkileri, görev süresi ve personel istihdamı konusunda mevcut düzenlemelerden yola çıkarak verilen bilgiler icrai kabul edilmemiştir.

108 BARTHEZ Anne-Sophie, "Les avis et recommandation des autorités administratives indépendantes", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT (CAPITANT), *Le droit souple*, Journées nationales Tome XIII, Dalloz, Paris 2009, s. 69.

109 CE, SA Laboratoires Goupil, b.n. 83292 concl. LAROQUE.

110 CE, 11.10.2012, *Sté Casino Guichard-Perrachon*; CLAUDEL Emmanuelle, *Une activité confortée: les avis de l'Autorité de la concurrence ne font pas grief et ne sont pas susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir*, RTD Com. 2012, s. 747.

111 CE, 13.7.2007, *Ste Ed. Tissot*, b.n. 294195, conclusions Derepas, AJDA 2007, s. 2145. Kamu raportörü Derepas, konuyla ilgili düşüncesinde, ret kararına ilişkin yapılacak hukuka uygunluk denetiminin ister istemez başvuru konusu ayrımcılığın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda bir değerlendirmeyi yapmayı gerektireceğini ve ayrımcılıkla ilgili olarak esastan karar verecek yargıçla ret kararını inceleyecek yargıç arasındaki olası içtihat farkının hukuk güvenliğini zedeleyebileceğini ifade etmiştir.

112 COLLET, s. 182.

113 LAVERGNE, s. 63-64.

düzen anlayışının sorgulanmasına neden olmuştur. Önce idare hukuku öğretisi, sonrasında da Devlet Konseyi tarafından benimsenen esnek hukuk kapsamında, bu çok çeşitli işlemlerin sınıflandırılmasına ve bunların yarattıkları sonuç ve etkilerin belirlenmesine çalışılmış; bu süreç Devlet Konseyi'ni hukuki sonuç doğurmayan bazı işlemleri denetlemeye sevk etmiştir.

II. ESNEK HUKUK İŞLEMİNİN FİİLİ ETKİSİNİN İSTİSNAİ OLARAK YETERLİLİĞİ

İdarenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi, idari kurumlar arasında ilişkilerin düzenlenmesi, planlama faaliyetleri ve ekonomik alandaki müdahalelerinde idari işlemler dışında farklı isimler verilen araçlara başvurusundaki artış idarenin icrai olmayan işlemleri kapsamında düşünülen işlemlerin bir kısmının bugün esnek hukuk işlemleri kapsamında değerlendirilmesine yol açmıştır¹¹⁴. Bu işlemlerin hukuki niteliklerinin belirlenmesi gayreti, hukuk kuralının tanımlanması ve normatif değerlerinin nasıl ve neye göre saptanacağı konusunda tartışmalara ve sorgulamalara neden olmuş, nihayetinde Devlet Konseyi'ni de “dereceli normatifik” kavramını benimsemeye ve esnek hukukun idare hukuku alanındaki varlığını tanımaya yöneltmiştir (A). Devlet Konseyi ayrıca son yıllarda verdiği bazı kararlarla sınırlı da olsa esnek hukuk işlemlerinin iptal davasına konu olabileceğine karar vermiştir (B).

A. ESNEK HUKUKUN GÖRÜNÜMLERİ VE KAVRAMSALLAŞTIRILMASI

Esnek hukukun kamu hukukunda kullanımının yaygınlaşması, hukukun ve devletin dönüşümü ve özellikle regülasyon faaliyeti ile açıklanmaktadır (1). Esnek hukuk işlemlerinin ölçütlerinin ve normatif değerlerinin saptanması da ister istemez normatifik kavramı üzerinde yeniden düşünmeye ve bir işlemin hukuki işlem olup olmadığının hangi ölçütlere göre saptanacağına ilişkin sorgulamalara neden olmaktadır (2).

I. Devletin Dönüşümü, Regülasyon, Esnek Hukuk

Hukukun ve devletin dönüşümü kamu hukuku alanında devletin işlevlerinin, faaliyetlerinin, bu faaliyetlerin dayandıkları değerlerin ve buna bağlı olarak da kullanılan araçların değişmesi şeklinde kendini göstermiştir. Burada kabaca iki temel eğilim görülür. Bunlardan ilki refah devletinin krizi ile birlikte bu modelin bir parçası olan devletin ekonomiye müdahalesinin, kamu hizmetlerinin bizzat üstlenmesinin ve bürokratik sistemin sorgulanması ve bunun paralelinde işletmeciler bir yaklaşımın kamusal faaliyetlerde etkili olmasıdır¹¹⁵. Bir diğer eğilim ise yönetimin demokratikleşmesidir ki buna da temsili demokrasi krizi ve idarenin işleyişinin insan hakları

114 Bu konuda bkz. LAVERGNE, s. 203-229.

115 *New Public Management* anlayışı ile saydamlık, hesap verilebilirlik, performans analizi, strateji, müzakere, “müşteri” odaklı kamu hizmeti anlayışı, pragmatizm gibi kavramlar kamu hukukuna nüfuz etmekte ve girişimci ruhun kamu “sektörünü” dönüştürdüğünü göstermektedir. BOUDET Jean-François, La “grammaire lolftienne”, RFDA 2015, s. 1215.

hukukunun ve toplumsal yaşamın dinamiklerinin gereklerine artık cevap verememesi eleştirisi eşlik etmiştir¹¹⁶.

Esnek hukuka ilişkin Fransızca dilindeki literatürde kamusal usullerde bir değişim ve hatta dönüşüm yaşandığı, geleneksel araçlara yenilerinin eklendiği ve devletin işlevlerinin değiştiği yönünde ortak değerlendirmeler yapılmaktadır¹¹⁷. Değişimlere örnek olarak idarenin sözleşme usulünü uygulamasının yaygınlaşması, idari kararların muhataplarına danışılarak ve hatta müzakereler sonucunda alınması, devletin yeni bir işlevi olarak regülasyonun ortaya çıkması ve hukuken bağlayıcı olmayan işlemlerdeki gözle görülür artış verilebilir¹¹⁸. Hatta kimilerine göre devlet modelinin kendisi ve buna bağlı olarak da hukuk değişime uğramış olup¹¹⁹ hukukun temel direklerinden olan normlar hiyerarşisinin sembolü olan piramit anlayışının yerine – ya da buna ilave olarak – ağ biçiminde bir hukuku düşünme gerekliliği ortaya çıkmıştır¹²⁰.

Bir yaklaşıma göre yeni devlet modeli olan “regülatör devlet”, devletin müdahalesinin ancak sosyal regülasyon mekanizmalarının yetersizliği halinde meşru sayıldığı, sorunların çözümünün en yakın noktadan sağlandığı ve toplumsal aktörlerle işbirliği içinde bir yönetimin sağlandığı bir yapıdır¹²¹. Devlet, bu yeni modelde, ekonomi alanında aktör değil hakem olarak yer alır, piyasada dengeyi sağlar ve değişen rolüne bağlı olarak kullandığı araçlar da değişiklik gösterir; regülasyon hukuku genel ve soyut kuralların öne çıktığı klasik düzenleme anlayışından farklı olarak esnek, pragmatik, muhataplarıyla yakın ilişki süreciyle oluşturulan bir hukuk olup teşvik edici özelliği ön plandadır¹²².

Burada regülasyon, idarenin regülasyon faaliyetine göre hem daha geniş hem de daha dar anlamda kullanılmaktadır. Daha geniş anlamda olmasının sebebi aslında belirli bir işlevin ya da

116 AUBY Jean-Bernard, “Droit administratif et démocratie”, Droit administratif, S. 2, Şubat 2006, Etude 3.

117 LAVERGNE, s. 61.

118 CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 7.

119 Bu süreç aynı zamanda modernitenin ve pozitivizmin sorgulandığı bir döneme denk gelir. Jacques Chevallier gibi bazı yazarlar, hukuktaki değişimi moderniteden kopuş olarak değerlendirerek post modern bir hukukun mevcudiyetini ortaya koymaktadırlar. Chevallier'ye göre hukuk düzeninin – temelde – bir kamu otoritesi tarafından yapılan, muhatapları açısından bağlayıcı olan tek yanlı işlemlerden oluşması modern hukuka ait bir anlayıştır. Bağlayıcı veya zorlayıcı nitelikte olmayan esnek hukuk ise post modern devletin aracıdır. Modern hukuk bir cebir ve yaptırım düzeni olup buyurucu veya izin verici bir şekilde formüle edilir; bu anlamda da herhangi bir saptama ya da tavsiye, hukuk normu olarak nitelendirilmez. Post modern hukukta ise hedefler, yönlendirmeler ve tavsiyeler ön plana çıkmakta olup bu modelde muhatapların uyacakları standartların idare ile işbirliği çerçevesinde belirlenmesi söz konusudur. (CHEVALLIER Jacques, L'Etat post-moderne, LGDJ, Paris 2003, s. 123-124.) Diğer bazı hukukçular yeni araç ve yöntemlere başvurunun bir paradigma değişikliğine yol açsa da bir kopuşu değil dönüşümü işaret ettiği sonucuna vararak neo-modern hukuktan bahsedeceklerdir (MORAND Ch-Albert, Le droit néo-moderne des politiques publiques, LGDJ, Paris 1999). Kimileri için ise bu yeni usul ve düşünme biçimleri modernitenin uç noktası kapsamında düşünülmelidir. (Giddens'tan aktaran: MAISANI Pauline – WIENER Florence, “Réflexions autour de la conception post-moderne du droit”, in Droit et société, n° 27, 1994, Production de la norme juridique. s. 462). Nitekim devletin dönüşümü – örneğin personel rejiminde statü hukukundan sözleşme usulüne kayma – devletin “modernleşmesi” olarak ifade edilmektedir.

120 Bu konuda bkz. OST François, “De la pyramide au réseau: un nouveau paradigme pour la science du droit”, in SUPIOT Alain (ed.), Tisser le lien social, Maison des sciences de l'Homme, 2004, s. 175.

121 CHEVALLIER Jacques, “L'Etat régulateur”, Revue française d'administration publique, 2004/3 (n°111), s. 480.

122 CHEVALLIER, L'Etat post-moderne, s. 58.

faaliyetinin değil bir yönetim ve hukuk anlayışının ortaya konmasıdır¹²³. Dar anlamda olması ise idarenin regülasyon faaliyetinin bünyesindeki düzenleme, denetim, izin ve yaptırım gibi kolluk usullerine¹²⁴ değinilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Marcou'nun ifadesiyle “*regülasyon, kamu gücünün, rekabetçi bir piyasada, ekonomik olan ve olmayan amaçlar ve değerler arasında uzlaşmayı hedefleyen bir işlevidir. (...) Başka bir ifadeyle regülasyon, kamu otoritesinin rekabetçi bir rejim dahilinde ekonomik nitelikli faaliyetlerle toplu ihtiyaçların karşılanmasını hedefleyen faaliyetidir*”¹²⁵. Regülasyon işlevi, aynı zamanda “*belli bir faaliyete ilişkin olarak oyunun kurallarının belirlenmesi – düzenleme-, bu kurallara riayetin sağlanması – denetim – ve rekabet ortamına ve plüralist bir yapıya doğru sevk etme – yönlendirme-*”¹²⁶ olarak da tanımlanmaktadır. Regülasyon bu bağlamda hem kamu hizmeti hem kolluk yönü bulunan ve bunların yanında yönlendirme faaliyetini de kapsayan bir işlev olup kimi yazarlara göre yönlendirme faaliyeti hukuk dışında kaldığından hukuksal bir kavramsallaştırmaya esas alınması mümkün değildir¹²⁷. Öncelikli olarak deontolojik kuralların hatırlatılması, ikna edici yöntemlere başvurulması¹²⁸ şeklinde kendini gösteren yönlendirme faaliyeti¹²⁹ kapsamında zorlayıcı olmayan ve dolayısıyla icrai kabul edilmeyen işlemlere sıklıkla başvurulmaktadır. Burada buyruklardan çok sosyal aktörlerin otonomisini güvenceye alan ve idarenin belirlediği hedeflere ulaşmak için tavsiyelerde bulunduğu yumuşak usuller tercih edilir¹³⁰. Bu görece yeni usullerin yaygınlaşmasının temel sebebi, liberal bir ekonomik anlayışın ürünü olan ve hukuki boyutla sınırlı olmayan¹³¹ regülasyon faaliyetinde doğrudan müdahaleciliğin değil piyasaları dolaylı olarak yönlendirmenin amaçlanmasıdır¹³².

123 Benzer şekilde Timsit için de regülasyon soyut bir hukuktan somut bir hukuka geçişle kendini gösteren hukuk sisteminin dönüşümüdür. Frison-Roche ise regülasyonun hukuk ve ekonomi arasında yeni bir ilişkiyi ortaya koyan yeni bir hukuk dalı olduğu görüşündedir. Regülasyon konusundaki farklı yaklaşımlar için bkz. MARCOU Gérard, “La notion juridique de la régulation”, AJDA 2006, s. 347.

124 Hatta bazı yazarlar regülasyonu ayrı bir faaliyet olarak değerlendirmemektedirler. Marcou'nun aktardığı üzere regülasyon Mescheriakoff'a göre kolluk usullerinin ekonomi alanında kullanılması, Gaudemet'e göre ise rekabete açılma amaçlı bir ekonomik kolluktur. MARCOU Gérard, “La notion juridique de la régulation”, *op.cit.* s. 347. Delvolvé, regülasyonu özel kolluk faaliyeti kapsamında değerlendirirken regülasyon araçlarını izinler, emirler ve yaptırımlarla sınırlı tutmaktadır. DELVOLVE Pierre, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris 1998, s. 42, 427. Tan ise regülasyona ilişkin olarak post modern yazarların görüşlerine de yer vermekle birlikte faaliyetin “yumuşatılmış” idari kolluk olarak düşünülebileceğini ifade etmektedir. TAN, s. 27.

125 Marcou, karşılaştırmalı hukuktan elde ettiği verilerle regülasyonda gözetilen ekonomik olmayan amaçları tüketicinin korunması, temel hakların gerçekleştirilmesi, geniş anlamda kamu hizmeti ve sürdürülebilir gelişmeye ilişkin kamu yararı amaçları olarak dörde ayırmaktadır. MARCOU, s. 347.

126 ULUSOY Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 21.

127 ÖZTÜRK Burak, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Yetkin, 2009, s. 136.

128 ULUSOY, s. 22, 27.

129 Buna karşılık Şahin'e göre “*yönlendirme*” idarenin düzenleme ve yargısal benzeri karar alma fonksiyonları sayesinde hayata geçirilebilen, bu yüzden onların dışında, ayrı bir kategoride yer verilmesi mümkün olmayan, niteliği itibarı ile onlara benzer bir hukuksal kalıba oturtulamayacak bir etkinliktir”. ŞAHİN Cenk, *Amerikan Federal İdare hukukunda “Regülasyon” (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)*, Oniki Levha, İstanbul, 2010, s. 69.

130 TAN, s. 26.

131 ULUSOY, s. 27.

132 Fransız hukukuna özgü bir diğer sebep ise bazı regülasyon kurumlarının düzenleme yetkilerinin olmayışıdır. Dolayısıyla bu kurumlar genel nitelikli bağlayıcı düzenlemeler yapamayacaklar, ancak üçüncü kişileri

İçlerinde regülasyon yapan kurumları da barındıran bağımsız idari otoritelerin tavsiyeleri, görüşleri, yönlendirici işlemleri bazı durumlarda yasal düzenlemeler kapsamında öngörülmekte, bazı hallerde ise açık bir düzenlemeye dayanmamaktadırlar; bu ikinci ihtimalde idarelerin bu işlemleri genel regülasyon görevleri kapsamında gerçekleştirdikleri kabul edilmektedir¹³³. Bu işlemlerin özellikleri bağlayıcı nitelikten yoksun olmalarıdır.

Bağlayıcı olmayan bu işlemlere kişilerin hukuken uyma yükümlülükleri olmadığı gibi bu işlemlerin yargıç tarafından dikkate alınmaları ya da dava edilebilmeleri de kural olarak mümkün değildir. Çünkü bunlar hukuk düzeninde değişiklik meydana getirmez, kişilerin hukuki statülerini etkilemezler. Ancak bu kabul, teorik olarak doğru olsa da regülasyon otoritelerinin görüş ve tavsiyelerinin sadece danışma işlevlerine hasredilerek hukuken önemsiz görülmesi yanıltıcı olabilir. Zira bu idarelerin teşvik ve yönlendirme alanındaki faaliyetleri uygulamacıların davranışlarını ve bazı durumlarda hukuki değerlendirmeleri doğrudan etkilemektedir¹³⁴. Nitekim bir regülasyon faaliyetinin etkililiği ve başarısı da herhangi bir zorlama içermeyen esnek hukuk işlemlerinin kişiler tarafından ne ölçüde dikkate alındığına göre belirlenmektedir¹³⁵.

Bu işlemlerin dikkate alınıyor olmaları ise hem işlemlerin yapılış süreçleri hem de işlemleri yapan otoritelerin ağırlığı ile ilgilidir. Bu otoriteler tavsiye kararlarının önemli bir kısmını bu kararlardan etkilenebilecek grup ve kişilerle görüşerek ve onlara danışarak, hatta bazı durumlarda müzakere süreçleri sonrasında almaktadırlar¹³⁶. Bu da tavsiyelerinin muhataplarının, en azından varsayımsal olarak baştan ikna olmaları anlamına gelmektedir. Bu sebeple işlemlerin uygulanmalarındaki başarı, zorlayıcılıklarına değil ikna ediciliklerine bağlanmaktadır¹³⁷. Bunun yanında bağımsız idari otoritelerin alanlarına dair uzmanlıklarına duyulan güven, yürüttükleri

yönlendirebilecek bazı kararlar alabileceklerdir. Aksi takdirde genelgelere ilişkin genel içtihat uyarınca yaptıkları işlemler yetki unsuru yönünden sakat olacaktır. CHAPUS, Contentieux, s. 548.

133 LOMBARD Martine – NICINSKI Sophie – GLASER Emmanuel, "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", AJDA 2014, s. 1874.

134 Örneğin France Télécom'un ücret tarifesine ilişkin olarak Telekomünikasyon Regülasyon Otoritesi'nin olumsuz görüş vermesine karşın bakanlığın bu tarifeyi onaması sonrasında Rekabet Kurulu, Telekomünikasyon Regülasyon Otoritesi'nin görüşünü benimseyerek kendisine yapılan başvuru üzerine bu tarifenin kaldırılmasına karar vermiştir. Bu karar sonrasında Bakanlık ve France Télécom tarifelerle ilgili sonraki kararlarında regülasyon otoritesinin görüşünden uzaklaşmamak konusunda hassasiyet göstermişlerdir. İdari işlemin yapılış sürecinde verilen görüşlerin bağlayıcı olmasalar da işlemin denetiminde dikkate alınmaları idare hukuku açısından yeni değildir. Ancak burada, sonraki işlemler açısından, bu görüş adeta bağlayıcıymışçasına hareket ediliyor olması bu esnek hukuk işleminin fiili etkisini göstermektedir. Benzer şekilde regülasyon otoritelerinin yönlendirmeleri, tavsiyeleri ve tebliğleri (*communication*) de bağlayıcı olmayıp sadece bir niyet ifadesi içerseler de uygulamada dikkate alınmaktadırlar. Örnekler için bkz. JEANNEY Pierre-Alain "Le régulateur producteur de droit" in FRISON-ROCHE Marie-Anne, Droit et économie de la régulation. 2, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) "Hors collection", 2004 s. 47-49.

135 BARTHEZ, s. 61.

136 ŞAHİN, s. 134-137; COLLET, s. 74-76. Regülasyon alanındaki kuralların bir bölümünün sektör temsilcileriyle müzakere sonucunda ortaya çıkması yapılan işlemlerde güdülen kamu yararının sorgulanması sonucunu doğurabilmektedir. Hatta bunun baskı gruplarının bağlayıcı kurallardan kaçmalarına imkan verdiği ve vahşi bir neo-korporatizme neden olduğu ifade edilmektedir. Bkz. MEKKE Mustapha, "Propos introductifs sur le droit souple", CAPITANT, s. 22. Bu durum temsili demokrasi kriziyle birleştiğinde normun yapılış sürecinde katılımcı demokrasi usullerine başvuru sorunu ortadan kaldırmaya da hafifleten bir çare olarak ortaya çıkmaktadır. Normun oluşum süreci ve katılım usullerine ilişkin olarak bkz. J. Habermas, Droit et démocratie, Gallimard, Paris, 1992.

137 BARTHEZ, s. 64-65.

soruşturmalar kapsamındaki yetkilerinin genişliği ve sahaya, piyasanın işleyişine dair bilgileri de kararlarının etkililiğine tesir etmektedir¹³⁸.

Fransız hukukunda bazı bağımsız idari otoritelerin esnek hukuk işlemlerinin “katı” hukuk işlemlerine ve yargısal denetime etkileri de bu idarelerin rollerini güçlendirmektedir. Öyle ki bu otoriteler kendilerine yasayla verilmiş olan imkanlardan yararlanarak belli yasal düzenlemelerin değiştirilmesi için tavsiyede bulunabilmektedirler; ayrıca yasa yapma sürecinde de uzmanlıklarına başvurulabilmektedir¹³⁹. Ayrıca yine yasal düzenlemelerle yargıcın bir davanın görülmesi esnasında bağımsız idari otoritelerin görüşlerine başvurma imkanı da açıkça öngörülmüştür¹⁴⁰. Bu görüşler bağlayıcı nitelikte olmasalar da bu otoritelerin yetkinliklerini ortaya koymakta ve aslında tek başına bağlayıcı olmayan kararlarının katı hukuk kurallarına ve yargı kararlarına etki edebileceklerini göstermektedirler¹⁴¹. Bu durum da bu işlemlerin muhataplarının görüş ve tavsiyelere göre hareket etme eğilimini güçlendirmektedir.

Dolayısıyla özellikle bağımsız idari otoritelerin görüş ve tavsiye gibi esnek hukuk işlemleri bağlayıcı olmasalar da muhatapları tarafından bu şekilde algılanabilmekte ve buna bağlı olarak da hukuki sonuç doğurmamakla birlikte piyasayı ve kişilerin davranışlarını yönlendirmekte¹⁴², fiili sonuç ve etkiler yaratmaktadır¹⁴³. Bu durum, idarenin denetimi ve hukuki güvenlik açısından sorgulamalara neden olmaktadır. Zira kamu otoritelerinin hukuk kuralı olarak kabul edilmeyen ancak toplumsal yaşama etki eden işlemlerinin yaygınlaşması, hukuk alanının dışında yer alan ve keyfilik riski barındıran bir alan ortaya çıkarır. Üstelik düzenleme yetkisi olmayıp regülasyon yetkisi bulunan bazı idari otoritelerin yargısal denetime tabi olmayacak esnek hukuk işlemlerine yaygın bir şekilde başvurmaları yetki açısından da sorun yaratır.

İşte bu sebeplerle esnek hukuk işlemlerinin nitelenmesi, bu işlemlerin normatif değerinin belirlenmesi ve hatta esnek hukuk işlemleri üzerinden hukuki normatiflik üzerine yeniden düşünme gereği doğmuş, yapılan teorik tartışmalar Devlet Konseyi'nin yaklaşımını da etkilemiştir.

2. Esnek Hukuk İşlemlerinin Normatif Değeri

Esnek hukuk işlemlerinin normatif değerlerinin saptanabilmesi için hangi işlemlerin esnek hukuk işlemi olduğunun öncelikle belirlenmesi gerekeceği düşünülebilirse de geleneksel

138 *Ibid.* Devlet Konseyi'nin ifadesiyle regülasyon yapanın kuvveti sadece kamu gücü ayrıcalıklarından değil, aynı zamanda regülasyona tabi olan profesyonel çevreler ve sektördeki sorunlar hakkındaki bilgisinden kaynaklanır. Bu durum da benimsedikleri yaklaşıma iştirak edilmesini sağlar. CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 35.

139 BARTHEZ, s. 70-71.

140 AUTIN Jean-Louis – BREEN, Emmanuel, Autorités administratifs indépendantes, Jcl. Administratif Fasc. 75, prg. 97.

141 BARTHEZ, s. 72-73. Örneğin Rekabet Otoritesi'nin başvuru üzerine veya re'sen açıkladığı görüşlerinin gerektirmesi durumunda çoğunlukla yasal değişiklik süreci başlatılmaktadır. CLAUDEL, s. 747.

142 Bu etkilere örnek olarak imaj zedelenmesi, yatırımcıların memnuniyetsizliği, diğer şirketler tarafından kınanma gösterilebilir. CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 11.

143 Nitekim bu sebeplerle bu işlemlerin idari karar olarak kabul edilmeleri gerektiği Devlet Konseyi'nin 2016 sonrası içtihadı öncesinde savunulmuştur. BARTHEZ, s. 69.

işlem tipleri arasına girmeyen hemen her tür işlem günümüzde esnek hukuk işlemi olarak değerlendirildiğinden¹⁴⁴ burada homojen bir kategoriden bahsetmek ve hem kapsayıcı hem de anlamlı bir tanım yapmak zordur.¹⁴⁵ Bu sebeple somut işlem ve o işlemin özellikleri ve etkilerinden yola çıkarak bir değerlendirme yapmanın gerekliliği bir kabul olarak ortaya konulmalıdır.

Esnek hukukla ilgili Fransızca dilinde yapılan çalışmalarda, bu konudaki ilk eserlerden birini yazan ve esnek hukuk işlemlerini sınıflandırmaya çalışan Thibierge'in ayrımından yola çıkılmaktadır. İşlemin hamilini/taşıyanını (*instrumentum*) ve içeriğini (*negotium*) ayırt eden Lavergne'e göre işlemin hamiline, yani biçimine bakıldığında karşımıza bağlayıcı (*obligatoire*) veya zorlayıcı (*contraignant*) nitelikte olmayan "yumuşak hukuk"¹⁴⁶ işlemleri çıkmaktadır¹⁴⁷. İdare hukukunda icrai olmayan işlemlerin bir kısmı bu kategoride değerlendirilebilir.

Maddi anlamda esnek hukuk işlemleri ise belirsiz hukuk (*droit flou*) olarak ifade edilmektedir. Buna göre herhangi bir hükmün – ki bu biçimsel olarak bir "katı" hukuk işlemi de olabilir – içeriğinde ilkelere, anlamı ve kapsamı sonradan doldurulması gereken genel ifadeler yer verilmesi, maddi anlamda esnek hukuk olarak kabul edilmektedir¹⁴⁸. Ancak bu son kategoride yer alan işlemlerin esnek hukuk işlemleri olarak değerlendirmek karışıklığa neden olabilir. Zira bir buyruk içermeyen hükümler veya somut olmayan kavramlar kimi değer ve ilkelere ilişkin olabilirler. İçeriklerindeki "belirsizlik" bunları normlar hiyerarşisinin dışarısına çıkarmaz; üstelik bu değerler ve ilkeler, diğer kuralların belirlenmesinde ve birel işlemlerin yapılmasında çerçeve oluşturmaktadırlar.

Esnek hukuk işlemleri belli bir davranışın benimsenmesini öneren, teşvik eden, bazı durumlarda ise belli bir davranışın benimsenmediğini ifşa eden işlemler olup¹⁴⁹ bazı esnek hukuk işlemleri kamusal bir gücü elinde bulunduran idareler tarafından yapılmakta, katı hukuk kurallarıyla öngörülmekte, kişilerin davranışlarını ve hatta hukuk kurallarını etkileyebilmektedirler¹⁵⁰. Ancak yine de hukuk kuralı olarak nitelenmelerini sağlayacak zorlayıcılık ve yaptırım içerme özelliğinden yoksundurlar. Burada mesele bu eksikliğin bu işlemleri hukuk alanından bütünüyle

144 Sadece ulusal kamu hukukuyla sınırlı kalırsa Fransız hukukunda emredici olmayan genelgeler, yönergeler, idare edilenlere yönelik şartlar, Devlet-Bölge sözleşmeleri, regülasyon otoritelerinin öneri, tavsiye, tebliğ gibi işlemleri ve bazı mekansal plan türleri esnek hukuk işlemlerine örnek olarak gösterilebilir. CONSEIL D'ETAT, s. 70-71.

145 LAVERGNE, s. 64.

146 Lavergne, Thibierge'den yola çıkarak işlemin bağlayıcı nitelikte olmaması (*droit mou*) ile içeriğine uyulmamasının bir zorlamaya veya yaptırıma tabi tutulmaması halini (*droit doux*) ayrı ayrı incelemektedir. LAVERGNE, s. 68-84. Türkçede her iki hali de kapsayacak şekilde "yumuşak hukuk" tabiri kullanılabilir. Zira hukuk kuralının ihlalinin bir yaptırıma tabi tutulmaması esnek hukuk işleminin normatif niteliği konusunda belirleyici değildir.

147 Bunun yanı sıra görünürde esnek hukuk işlemi olan ve fakat içeriği bakımından zorlayıcı ya da emredici hükümler içeren ve bu sebeple icrai olarak değerlendirilen işlemler de esnek hukuk işlemi olarak değerlendirilmeyecektir.

148 Thibierge'den aktaran MEKKI, s. 3.

149 Örneğin belli bir davranış çizgisinden sapıldığının kamuya açıklanmasını ifade eden *name and shame* sayesinde ilgilinin itibarının zedelenmesi suretiyle hukuki değil ahlaki ve ekonomik bir yaptırım hedeflenmektedir. BISMUTH Régis, "Fairvesta d'un autre point de vue. Une réflexion sur ce que "soft law" veut dire", in DEUMIER Pascale-SOREL Jean-Marc (ed.), Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international, LGDJ, Paris 2018, s. 259.

150 DEUMIER, s. 124.

çıkarıp çıkarmadığının belirlenmesidir. Bu sorunun yanıtı ise normatiflikten, hukukilikten¹⁵¹ ve pozitif işlemlerden ne anlaşıldığına göre değişecektir. Bu konuda iki temel yaklaşımdan söz edilebilir.

Bunlardan klasik, pozitivist veya biçimsel olarak nitelenen anlayışa göre hukuk bir buyruktur; hukuk normu emredici nitelikte¹⁵² ve yaptırım taşıyan ya da taşıyabilen bir önermedir¹⁵³. Bu anlayışa göre işlemin normatifiği emir vermesi, yasak koyması veya yetki vermesi ile kendini gösterir¹⁵⁴. Esnek hukuk işlemleri ise bu özelliklere sahip olmadıklarından normatif değerden de yoksundurlar.

Ancak esnek hukuk işlemlerinin yaygınlaşması ve hukukun her alanında görülmesi sonucunda bazı yazarlar bu ikili (hukuki olan/olmayan) anlayışın mevcut hukuk düzeninin çeşitliliğini ve kapsamını açıklayamadığını ve bu sebeple normatiflikten ne anlaşılması gerektiği konusunda paradigma değişikliğine ihtiyaç duyulduğunu vurgulamaktadırlar¹⁵⁵.

Normun işlevini esas alan yaklaşıma göre norm, toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde referans olmaya yönelik bir modeldir¹⁵⁶. Bu modelin işlevi ise davranışlara yön vermektir. Normun gücü bu yön vermenin etkililiğine göre belirlenir. Zorlayıcı hukuk kuralı bir model olma, davranışlara yön verme ve bu yön vermenin etkililiği anlamında tam bir normatiflik örneği sunar¹⁵⁷. Esnek hukuk işlemlerinin birçoğu (örn. tavsiyeler, iyi davranış ilkeleri) belirli bir model ya da standart oluşturup davranışlara yön verme işlevine sahiptirler. Hukuk normunun da bir özelliği olan “olması gerekene”¹⁵⁸ ilişkin bildirimde bulunurlar. Nitekim Amselek bunu, “davranışların otoriter olmaksızın hukuken yönlendirilmesi” olarak ifade eder¹⁵⁹. Ancak bu işlemler normatif güç anlamında hukuk kurallarıyla aynı değere sahip değildirler. Yine de bu durum onların tümüyle normatiflikten ve hukukilikten yoksun oldukları anlamına gelmez. Zira yukarıda regülasyon faaliyeti kapsamında yapılan işlemlerde görüldüğü üzere bu işlemler kişilerin davranışlarını ve hatta yargı kararlarını etkileme gücüne sahiptirler. Bu sebeple de normatif olan/olmayan ayrımının dışına çıkarak dereceli bir normatiflikten bahsetmek gerekecektir. Buna göre normatif gücü olmayan ya da çok az olan işlemlerle buyruk içeren ve yüksek normatif gücü olan işlemler

151 Hukukilik, hukuk alanına dair olma (*juridicité*) anlamında kullanılmakta olup diğer bir kullanımı olan hukuka uygunlukla karıştırılmamalıdır.

152 “Emir”, hukuk kuralının unsurlarından biri olarak değerlendirilmektedir. BİLGE Necip, Hukuk Başlangıcı, 35. Bası, Turhan kitabevi, Ankara 2017, s. 19.

153 Konuya norm teorisi açısından yaklaşıldığında hukuk önermesinin yüklemi bir bildirimde bulunmak olmakla birlikte bu bildirim belli özellikler taşır; “*muhatap açısından bir rica, dilek ya da ögüt olmayıp yerine getirilmesi gereken bir emirdir*”. IŞIKTAÇ Yasemin – METİN Sevtap, Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 121.

154 GÖZLER, Hukuka Giriş, s. 25.

155 THIBIERGE Catherine, “Rapport de synthèse”, in CAPITANT, s. 149.

156 HACHEZ Isabelle, “Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law””, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2010/2 (Vol. 65), s. 19.

157 Bu anlamda zorlayıcılık ve yaptırım gücü normun bir özelliği olup normu tanımlayan olgular değildirler. THIBIERGE, s. 150.

158 IŞIKTAÇ-METİN, s. 127.

159 “*La direction juridique non autoritaire des conduites, AMSELEK*” Paul, “L'évolution de la pensée juridique dans les sociétés occidentales”, RDP, 1982, s. 275, aktaran CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 52.

arasındaki alanda birçok işlem yer alır; bunlar da zorlayıcı olmasalar da bir normatif güce sahip olan işlemlerdir¹⁶⁰.

Öğretideki bu normatiflik paradigması tartışması Devlet Konseyi'nin esnek hukuk konusundaki yaklaşımını da etkilemiştir. Başlangıçta yumuşak hukuk olarak adlandırdığı, “gaz ve toz bulutu halindeki hukuk”¹⁶¹ dediği esnek hukuku, tabiri yerindeyse ciddiye almaya başlayarak¹⁶² 2013 yılı etüdünde esnek hukuk ve normatifliğe dair yaklaşımları irdelemiş ve buna göre bazı esnek hukuk ölçütleri geliştirmiştir.

Birlikte aranan ölçütlerden ilkinde göre işlem, kişilerin davranışlarını değiştirme ya da yönlendirme amacı taşımalıdır. Bu ölçütün esnek hukuk kurallarını idari işlemin yapım sürecinde alınan görüşlerden ve diğer hazırlık işlemlerinden ayırmaya yaradığı kabul edilmektedir. İkinci ölçüt ise bunların tek başına hak ve yükümlülük doğurmamalarıdır ki esnek hukuk işlemleri “katı” hukuk işlemlerinden bu özellikle ayrılırlar. Ancak bu işlemler yine de hukuk kapsamında kabul edilirler. Zira üçüncü ölçüte göre içerikleri ya da yapıma biçimleri bir derece biçimsellik taşır. Biçimsellik ise hukuk kuralının bir özelliği olup bu işlemlere hukuki nitelik kazandıran ölçüt olarak kabul edilmektedir¹⁶³.

Devlet Konseyi bu işlemlerin hukukiliklerini ortaya koyarken öğretide esnek hukuk işlemini norm olarak değerlendiren yaklaşımı tam anlamıyla benimsemekte ve esnek hukuk “normları” yerine esnek hukuk “araçları” nitelemesini kullanmaktadır¹⁶⁴. Esnek hukuk araçlarının çeşitliliğinden yola çıkarak bunlara atfedilecek normatif gücün, işlemin biçimsel olarak hukuk normuna yakınlığına ve davranışları etkileme gücüne göre değişeceğini ortaya koymakta ve işlemleri dereceli bir normatifliğe göre sınıflandırmaya çalışmaktadır. Buna göre bir ucu katı hukuk¹⁶⁵, diğer ucu katı hukuk tarafından tanınmayan ve hiçbir yükümlülük yaratmayan esnek hukuk¹⁶⁶ arasında farklı normatiflik derecelerinde işlemler bulunur¹⁶⁷.

160 Bu anlayışa göre bir metnin hukuk normu kabul edilmesi için bir buyruk içermesi gerekmez de hukuk normu sosyal normdan farklıdır. Zira kendiliğinden ortaya çıkmaz; önceden belli olan usullerle oluşur, hukuki kaynaklara dayanır ve siyasi bir eylemle (bir otorite tarafından yapılmasıyla) ortaya çıkar. HACHEZ, s. 18.

161 CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 48

162 NICOLAS Emeric-ROBINAU Mathieu, Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013, La Semaine Juridique Edition Générale n° 43, 21 Octobre 2013, doct. 1116.

163 CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 61-63.

164 CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 64.

165 Örneğin anayasa, yasalar, düzenleyici işlemler, içtihat.

166 Örneğin deontoloji şartları, emredici olmayan genelgeler, devlet idareleri arasında imzalanan performans sözleşmeleri, idare edilenlere yönelik şartlar (kamu hizmetlerinde laiklik şartı, hastanede yatanlara yönelik şartlar vb.)

167 Bunlar da üçe ayrılır. İlk gruptaki işlemlerde muhatabin işleme uymama imkanı vardır; ancak bu davranışını açıklaması ve haklı göstermesi gerekir. Bunun tipik örneği ise yukarıda ilk bölümde değinilen yönergelerdir. İkinci gruptaki işlemler AB hukuku ve Avrupa hukukunda öngörülmektedirler. Buna göre tavsiye niteliğindeki işlemlere uyulması bu işlemlerin gerçekleştirildiği alana (gıda, sağlık gibi) ilişkin mevzuata uygun davranıldığı konusunda bir karine oluşturmaktadır. Bu durum da muhatapları tavsiyelere uymaya teşvik eder. Son grupta ise esnek hukuk aracılığıyla bağdaşma yükümlülüğü yer almakta olup bunun da tipik örneği çevre ve şehircilik alanlarında yapılan farklı ölçekteki planların ilişkisidir. Bağdaşabilirlik/uyumluluk (*compatibilité*), hukuken uygun olmaya/uygunluğa (*conformité*) benzer olup burada katı hukuka yaklaşılmaktadır. CONSEIL D'ETAT, Droit souple, s. 65-68.

Devlet Konseyi'nin ampirik bir yaklaşımla yaptığı sınıflandırma, somut bir işlemle karşılaşıldığında normatifliğin neye göre tespit edileceği sorununu çözememektedir. Bu sebeple bir irade açıklaması olan esnek hukuk işleminin normatif değerinin iradeye ve iradenin açıklanma biçimine mi, açıklamanın içeriğine mi, yoksa irade açıklamasının muhatabında yarattığı etki ve sonuca göre mi belirleneceği üzerinde durulmalıdır.

Öncelikle yargıç, görünürde icrai işlemler başlığı altında değinildiği üzere, işlemi maddi olarak inceleyerek, işlemi yapanın iradesini araştıranın ötesinde işlemin anlamını – kimi zaman dilbilimsel çözümlemeler yaparak – metnin lafzından, kullanılan ifadelerden çıkarmaktadır. Yönergeler konusunda 2001'deki içtihat değişikliği ile düzenleyici/yorumlayıcı yönerge ayırımının terk edilerek hükümdeki ifadelerle bakılması suretiyle emredici olup olmama ayırımı yapılmasının bu paradigma değişikliğini gösterdiği ileri sürülmektedir¹⁶⁸.

Ancak işlemin nitelenmesinde muhatabının üzerinde yarattığı etkinin ve hatta muhatabın algısının dikkate alınması daha yeni bir düşüncedir. Sosyolojik ya da realist olarak ifade edilen bu yaklaşıma göre normatifik, normun kaynağında değil algılanmasında, kabulünde, karşılanmasında kendini gösterir ve bu noktada muhatapların davranışlarında oluşabilecek etki önem kazanır¹⁶⁹. Bu durumda Devlet Konseyi'nin normatifliği derecelendirirken kullandığı “davranışları etkileme gücünün” ölçülmesi, işlemin yarattığı sonuçların ve etkinin ne olduğunu veya olabileceğini değerlendirmek anlamına gelecektir. Bu değerlendirme yapılırken de ister istemez muhatapların algıları üzerinde durulacaktır¹⁷⁰. Nitekim bağımsız idari otoritelerin tavsiye kararları ve görüşleri konusunda muhatapların bunlara uyulmasının zorunlu olduğunu varsayımları veya davranışlarını bu işlemlere göre şekillendirmeleri bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷¹. Ancak bu öznel değerlendirme¹⁷², yukarıda da belirtildiği üzere regülasyon otoritesinin – ya da diğer bir idarenin – yetkinliği, somut işlemde kendisini göstermese de genel olarak sahip olduğu kamu gücü ile işlemin yapılması süreci ve yayımlanmasında belli usullerin izlenmesi şeklindeki bir biçimselliğin varlığı gibi olgulardan etkilenmektedir¹⁷³.

Ancak mekansal planlama işlemlerinin genel olarak esnek hukuk işlemleri kapsamında değerlendirilmesi bu işlem kategorisini fazlaca genişletmektedir.

168 MONTAY Benoît, *Le Conseil d'Etat, la norme et le comportement: chronique d'une autre démolition inachevée*, *Droits* 2016/1 (n° 63), s. 196.

169 MEKKE, s. 10.

170 Collet, bağımsız idari otoritelerin “yumuşak” hukuk işlemlerinin herhangi bir icrai olmayan işlem gibi değerlendirilmesine karşı çıkmakla birlikte bir işlemin bağlayıcı niteliğinin o işleme saygı gösteriliyor olmasına neden olan pratik sonuçlarda aranmayacağını ifade etmektedir. COLLET, s. 197. Yazara göre burada idarenin iradesi önemli olup bu iradenin anlamı işlem metninde değil işlemin hukuksal bağlamında ve konumunda aramak gerekir. s. 202.

171 BARTHEZ, s. 69. Muhatabın algısının ölçümünün son derece zor olduğu ve bu etkinin bazı hallerde işlemin yapılması anında bilinmeyeceği, belli bir süre geçtikten sonra ortaya çıkabileceği gözden kaçırılmamalıdır. PERES Cécile, “La réception du droit double par les destinataires”, *CAPITANT*, s. 98-101.

172 MONTAY, s. 191. Yazar, hukuk kuralının değerlendirilmesinde muhatabın davranışının değerlendirilmesini ifade eden öznelleşmeyi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının etkisine bağlayan görüşe katılmaktadır.

173 BARTHEZ, s. 69.

Bu değerlendirmeler karşısında fiili olarak bazı idari işlemlerden daha etkili ancak hukuki olarak zayıf normatifliği, bir başka ifadeyle hukuki sonuç doğurmaması sebebiyle idari işlem kabul edilmeyen esnek hukuk işlemlerinin yargısal denetime konu olup olmamaları bir sorun oluşturmaktadır. Zira bunları yargısal denetimin dışında tutmak demek, özellikle bu işlemlerin idari faaliyet içinde artan payları sebebiyle, işlemlerin hukuka aykırı olmaları ihtimalinde muhataplarını hukuki güvenceden mahrum bırakmak anlamına gelebilecektir¹⁷⁴. Ancak esnek hukuk işlemlerinin pratik veya potansiyel etkileri sebebiyle yargı denetimine tabi tutulmaları da hukuki sınıflandırmaların istikrarına ve hukukun kalitesine zarar verme riski taşımaktadır¹⁷⁵. Bu kuramsal tartışmaların ve değerlendirmelerin etkisi 2016 yılı ve sonrasında Devlet Konseyi kararlarında görülmüş, yargıç yerleşik içtihadını değiştirerek bazı esnek hukuk işlemlerinin¹⁷⁶ iptal davasına konu edilmesini kabul etmiş, bunu yaparken de mevcut sistemi bozmamak adına bazı koşullar ortaya koymuştur.

B. ESNEK HUKUK İŞLEMLERİNİN YARGISAL DENETİMİNDE ÖLÇÜTLER

Regülasyon faaliyeti kapsamında başvuru gördüğü görüş, tavsiye, uyarı ve kanaat açıklaması (*prise de position*) gibi işlemlerin idari yargı tarafından dikkate alınarak sınırlı da olsa yargı denetimine tabi tutulması aslında 2016 öncesinde gerçekleşmiştir.

Genelgelere ilişkin *Duvignères* içtihadından esinlenerek geliştirilen ve metnin formüle edilmiş biçimini esas alan yaklaşıma göre hukuk düzeninde bir değişiklik meydana getirmeyen – yani bir idari karar niteliğinde olmayan – ve fakat emredici hükümler içeren işlemler yargı denetimine konu olabilmektedirler¹⁷⁷. Burada esnek hukuk işleminden farkı olarak emredici hüküm içeren bir işlem vardır. Ancak bu işlem bir başka işlemde düzenlenen sadece tekrar etmekte, hukuk dünyasında bir değişiklik yaratmamaktadır.

Bunun yanında daha sonra uygulanacak bir yaptırıma etki edebilecek nitelikteki işlemler de icrai kabul edilmektedirler¹⁷⁸. Burada yaptırıma mutlaka o işlemi yapan idare tarafından başvurulabilecek olması aranmamaktadır. Buna örnek olarak Yüksek Sağlık Otoritesi'nin sağlık çalışanlarına yönelik olarak geliştirdiği tıbbi deontoloji kapsamında iyi uygulama tavsiyeleri

174 Örneğin CSA “başkanının”, yetkilendirilmemiş olmasında rağmen yaptığı uyarı, işlemin icrai kabul edilmemesi sebebiyle denetlenememektedir. CE, 4.10.1996, *Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux, op.cit.* Burada idare, icrai kabul edilen ihbar işlemi yerine uyarıyı tercih ederek hem fiili bir etki yaratmış olmakta hem de yargı denetimine tabi olmaktan kurtulmaktadır. Kararın eleştirisi için bkz. COLLET, s. 218.

175 TRUCHET, s. 55-56.

176 Devlet Konseyi kararlarında bu işlemlerin esnek hukuk işlemleri oldukları açıkça zikredilmemektedir. Ancak Devlet Konseyi, 2013 etüdünde ilgili işlemleri esnek hukuk işlemleri kapsamında ele almıştır. Ayrıca kararlarda mütalaa veren kamu raporörleri de bu işlemleri açıkça esnek hukuk işlemi olarak değerlendirmiş olup bu değerlendirme öğretinin kararlar sonrası yaptığı incelemelerle de kuvvetlenmiştir.

177 SCHMITZ Julia, “Le droit “souple”, les autorités administratives indépendantes et le juge administratif. De la doctrine au prétoire, RFDA 2017, s. 1087.

178 CHIFFLOT Nicolas, “Conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, Procédures no 5, Mai 2016, comm. 186.

(*recommandation de bonnes pratiques*) verilebilir¹⁷⁹. Bu tavsiyeler belli bir tıbbi standardı ortaya koyan teknik içerikli metinler olup birçok alanda referans olma özelliğine sahiptirler ve özellikle de sağlık çalışanlarının görevlerini yerine getirmede kusurlu davranıp davranmadıklarının tespitinde kullanılırlar¹⁸⁰. Bu sebeple bu tavsiyelere karşı dava açılabilceği yerleşik bir içtihat haline gelmiş olup bu içtihat esnek hukuk işlemlerinin denetimlerine ilişkin ilk gelişme olarak kabul edilmektedir¹⁸¹.

Asıl değişiklik, 21 Mart 2016 tarihli *Fairvesta* ve *Numericable* kararlarıyla meydana gelmiştir. Bu kararlarla geliştirilen ölçütlere göre “*regülasyon otoriteleri tarafından kendilerine yüklenen görevler kapsamında benimsenen görüşler, tavsiyeler, uyarılar ve kanaat açıklamaları*” (1) sadece “*genel ve zorlayıcı nitelik taşımaları veya bu otoritelerin daha sonra aykırılığı yaptırımı tabi tutabilecekleri bireysel talimatlar (prescription) içermeleri*” halinde değil, “*aynı zamanda (...) ekonomik sonuçlar da dahil olmak üzere önemli sonuçlar doğurmaları veya yönelikleri kişilerin davranışlarını kayda değer derecede etkilemeyi hedeflemeleri*” (2) halinde de iptal davasına konu olabileceklerdir¹⁸².

I. Organik Ölçüt: İşlemi Yapan İdare Olarak Regülasyon Otoriteleri

Esnek hukuk işlemlerine ilişkin kararlar incelendiğinde yargıcın bunları denetlemeye yönelik içtihadının regülasyon otoritelerinin işlemleriyle sınırlı kaldığı görülmektedir; yani yargıç, yargı denetimine tabi tutulacak olan esnek hukuk işlemine ilişkin olarak organik bir ölçüt geliştirmiştir. Konuyla ilgili bütün kararlarda işlemin etkisi değerlendirilmeden önce işlemin “bir regülasyon otoritesi tarafından kendisine yüklenen görev” kapsamında yer alıp almadığı incelenmektedir. Bu idareler arasında Finans Piyasaları Otoritesi (*Autorité des marchés financiers* – AMF)¹⁸³ ve Yüksek Sağlık Otoritesi gibi bağımsız kamu otoriteleri ile Regülasyon Otoritesi¹⁸⁴ ve Enerji Regülasyon Komisyonu¹⁸⁵ gibi bağımsız idari otoriteler yer almaktadır. Bu yaklaşım, Devlet Konseyi’nin regülasyon otoritelerinin yaptıkları esnek hukuk işlemlerindeki artışın yarattığı denetimsiz alanı sınırlama amacıyla örtüşmektedir. Ancak sadece regülasyon otoritelerinin esnek hukuk işlemlerinin denetlenmesi, pratik kaygılar açısından anlaşılabilir olsa da bazı sorgulamalara neden olmaktadır.

179 Buna karşılık regülasyon otoritelerinin diğer idarelere verdiği görüşler üçüncü kişilere yönelik olmadıklarından hazırlık işlemi olarak kabul edilmekte ve bu kapsamda değerlendirilmemektedir. CE, 28.12.2017, b.n. 404155. (Legifrance.gouv.fr)

180 CE, 27.4.2011, *Formindep*, b.n. 334396, AJDA 2011, s. 1326.

181 PAILLER Pauline, “Consécration d’un contrôle juridictionnel du droit souple”, *Revue de Droit bancaire et financier*, no 3 Mayıs 2016, comm. 144. Ancak örneğin Rekabet Otoritesi’nin danışma faaliyeti çerçevesinde verdiği görüşler bu kapsamda kabul edilmemiştir. CE, 11.10.2012, *Sté ITM entreprises*, b.n. 346378 ve *Sté Casino Guichard-Perrachon*, *op.cit.*

182 CE, 21.3.2016, *Sté Fairvesta International GMBH et a.*, b.n. 368082, Lebon, s. 76; RFDA 2016, 497; AJDA 2016, s. 717; CE, 21.3.2016, *Sté NC Numericable*, b.n. 390023, Lebon, s. 88.

183 CE, *Fairvesta*, *op.cit.*

184 CE, *Numericable*, *op.cit.*

185 CE, 13.7.2016, *Société GDF Suez*, b.n. 388150, AJDA 2016, s.1481.

Konuyla ilgili en radikal eleştiri Fransız hukukunda esnek hukuk ile regülasyonun adeta özdeşleştirilmesine yönelik olarak geliştirilmiştir. Bu görüşe göre, regülasyon esnek hukukla benzerlikler taşımakla ve regülasyon otoriteleri esnek hukuk araçlarını en aktif olarak kullanan idareler olmakla birlikte, esnek hukuk regülasyona indirgenemez¹⁸⁶.

Bunun yanında regülasyonun organik anlamla sınırlı tutulmaması, maddi anlamda regülasyonu da kapsamı gerektiği ileri sürülmektedir. Zira sadece regülasyon otoriteleri değil diğer idareler de regülasyon kapsamında esnek hukuk işlemlerine başvurabilmektedirler¹⁸⁷.

Son olarak bazı işlemler regülasyon faaliyetine özgü olmayıp diğer idareler tarafından da yapılmaktadırlar. Geleneksel olarak iç düzen işlemleri kapsamında nitelenmekle birlikte idarelerin davranışları konusunda ilgililere bilgi verdikleri için artık bu kapsamı aşan yönergeler (*directives/ lignes directrices*) bunun tipik örneğidir. Bu konuda yargıç, Elektronik İletişim ve Posta Regülasyon Otoritesinin yönergelerinin, yöneldiği kişilerin davranışlarını önemli biçimde etkilediğinden iptal davasına konu edilebileceğine karar vermiştir¹⁸⁸. Bu kararı verirken “*regülasyon otoritelerinin yetkilerini ne şekilde ve hangi koşullara göre kullanacaklarını belirledikleri yönergeler*” ifadesini kullanmıştır. Öğretide genel olarak bu kararın regülasyon otoritelerine özgü olarak verildiği ve örneğin bakanlıkların yönergelerinin bu kapsamda yer almadığı kabul edilmektedir¹⁸⁹.

Organik ölçüt, bağımsız idari otoritelerden ne anlaşılması gerektiği ve regülasyon faaliyetinin ne olduğu konusundaki belirsizlik ileri sürülerek de eleştirilmektedir¹⁹⁰. Konuyla ilgili ilk kararlar ekonomik regülasyon alanında verilmiş olmakla birlikte yargıcın regülasyonu ekonomik regülasyonla sınırlı tutmadığı sonraki kararlarla ortaya çıkmıştır.

Devlet Konseyi, ekonomiye yabancı bir alanda verdiği kararında Görsel-İşitsel Üst Kurul’un (*Conseil Supérieur de l’Audiovisuel – CSA-*) bazı kanallarda yayımlanan mesajlara ilişkin iki işlemine karşı dava açılabilmesine karar vermiştir. Olayda üç televizyon kanalı tarafından, “Sevgili müstakbel anne” başlıklı ve Trizomi 21 (Down sendromu) konusunda duyarlılığı arttırmaya yönelik bir film, reklam kuşağı kapsamında gösterilmiştir. CSA ise basın duyurusu olarak yayınlanan ilk işlemde bu filmin reklam kuşağında gösterilebilecek olan reklam ya da kamu yarına yönelik yayın¹⁹¹ kapsamına girmediğini saptadıktan sonra ilgilileri ileride bu

186 BISMUTH, s. 259. Bu yaklaşımın Devlet Konseyi içtihadı öncesinde eleştirisi için bkz. LAVERGNE, s. 191.

187 MELLERAY, s. 679.

188 CE, 13.12.2016, *Société Bouygues Telecom*, b.n. 401799, AJDA 2017, s. 2497. Karara konu yönergeler mobil işletmeciler arasında şebeke paylaşımına ilişkin olup amaçları operatörlere birbiriyle yapacakları anlaşmalarda mevzuattaki amaçlara ve lisanslarında yer alan taahhütlerine uygun davranmak konusunda rehberlik etmekte olup bu nedenle kişilerin davranışlarını ciddi biçimde etkilemeyi hedeflemektedirler.

189 DE FONTENELLE Louis, “Le contrôle juridictionnel des lignes directrices des autorités de régulation”, AJDA 2018, s. 571; DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis – ODINET Guillaume, “Un recours souple pour un droit souple”, AJDA 2016, s. 717.

190 PERROUD Thomas, “Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de soft law des autorités de régulation”, La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 30 Mai 2016, s. 623.

191 Fransız hukukundaki düzenlemelere göre reklam kuşağında gösterilebilecek filmler arasında “kamu yararına mesajlar” bulunmaktadır. İlgili film, down sendromlu çocukların mutlu ve aktif olduklarını göstererek kişisel ve sosyal yaşamlarını olumlu bir yaklaşımla yansıttığından kamu yararı amacına hizmet etmektedir. Ancak müstakbel

gibi yayınların gösterilme şekilleri konusunda dikkatli davranmaya davet etmiştir. İkinci bir duyuruyla da filmin gösterilmesini engelleme niyeti taşımayıp bu tür bir filmin reklam kuşağında gösterilmesinin uygun olmadığına dikkat çekmek istediğini belirtmiştir¹⁹². Devlet Konseyi bu işlem ve duyuruların herhangi bir hukuki etkileri olmamakla birlikte televizyonculuk hizmeti sunanları işlem konusu film gibi tartışmalı mesajlar yayınlamaktan imtina etmeye ya da bunları reklam kuşağında yayınlamamaya davet ettiklerinden kişilerin davranışlarını önemli bir biçimde etkilemeyi amaçladıkları gerekçesiyle bu işlemlere karşı iptal davası açılmasını kabul etmiştir¹⁹³.

2. Maddi Ölçüt: İşlemin Önemli Fiili Sonucu ve Etkisi

Devlet Konseyi *Fairvesta* ve *Numericable* kararlarıyla bir işlemin hukuki bir etki yaratmasa da iki ihtimalde iptal davasına konu olabileceğini ifade etmiştir. Bunlardan ilki bu işlemlerin – ekonomik sonuç da dahil olmak üzere – önemli sonuçlar doğurmaları-, diğeri ise yöneldikleri kişilerin davranışlarını etkilemeyi hedeflemeleridir. Bazı işlemler her iki ölçütü karşılıyor olsalar da bunlardan birinin varlığı işlemin denetlenebilmesi için yeterlidir.

Fairvesta kararının konusunu oluşturan işlemler AMF tarafından bu idarenin resmi internet sitesinden yapılan uyarılardır. Bunlardan “tebliğ” başlığıyla kaleme alınan metinlerde AMF, Fransa’da faaliyet gösterme iznine sahip olmayan *Fairvesta International GmbH* tarafından aracı şirketler vasıtasıyla halka sunulan yatırım araçları konusunda kamuyu dikkatli davranmaya, yatırım yapmadan önce ürünlerin içerdikleri riski değerlendirmeye ve ürünlerin nitelikleri ile değerlendirme ve elden çıkarma usulleri hakkında derinlemesine bilgi sahibi olmaya davet etmiştir¹⁹⁴. Bu tebliğin yayımlanmasından sonra Fransa’da *Fairvesta International GmbH*’nin sunduğu yatırım ürünlerine talep şiddetli bir şekilde düşmüştür.

AMF’in buradaki işlemi, daha sonra uygulayabileceği bir yaptırım konusunda uyarma veya faaliyeti yasaklayarak veya düzenleyerek engel olma şeklinde hukuki sonuç doğuran bir işlem

annelere yönelik olarak hazırlandığından gebeliğini sonlandırma konusunda kişisel bir seçime sahip olan kadınlar açısından farklı anlamlara çekilecek niteliktedir. Bu sebeple de kamu yararına mesaj olarak değerlendirilmemiştir. CE, 10.11.2016, CSA, b.n. 384692, 38492, 394107, AJDA 2016, s. 121.

192 *Ibid.*

193 Yüksek mahkeme bu kararda kamu raportörünün mütalaasını izleyerek ilgili kararların önemli etkiler yarattıkları için değil, yöneldikleri kişilerin davranışlarını önemli ölçüde etkileyebilecekleri için davaya konu olabileceklerini kabul etmiştir. MARION Laurence, Conclusions sous CE, 10.11.2016, CSA, AJDA 2016, s. 121. Marion’un ifadesiyle bu işlemler sonucunda ilgili filmin reklam kuşaklarında gösterilmemesinin yanı sıra bu tip tartışmalı filmlerin televizyonda gösterimi konusunda da kanalların çekimser ve hatta isteksiz davranmaları söz konusu olabilecektir. Bu davranış da aslında Trizomi 21’den etkilenen derneklerin bu iletişim kanallarının dışında bırakılmasına neden olabilecektir.

194 Metnin başlangıcı şu şekildedir: “*Finans Piyasaları Otoritesi Fairvesta şirketinin faaliyetlerine ilişkin bireysel ve profesyonel yatırımcılardan çok sayıda soru almaktadır. (...) Bu şirket (...) [piyasaya] yüksek kârlılık perspektifi sunan gayrimenkul yatırımları arz etmektedir. Bu yatırımlar Fransa’da sermaye riski konusunda bazen dengesiz bir söylem benimseyen kişiler tarafından faal olarak pazarlanmaktadır. Bu ürünler menkul kıymetlere ilişkin Fransız mevzuatına tabi değildirler. Ayrıca Fairvesta şirketinin Fransa’da yatırım hizmeti veya yatırım danışmanlığı hizmeti yapma konusunda izni olmadığı gibi şirket, bankacılık veya finansal kapıdan satış konusunda da yetkilendirilmemiştir.*” CE, *Fairvesta*, op.cit

değildir. Ancak tebliğ, yatırımcının davranışını etkilemiştir – ki zaten bunu hedeflemektedir – ve bunun sonucunda da davacı açısından ciddi ekonomik sonuçlar doğmuştur. Devlet Konseyi de yukarıdaki ölçütlerin her ikisini de olaya uygulayarak tebliğlerin, yatırımcıları açıkça belirlenen yatırım araçları konusunda uyardığını ve böylelikle yatırımcıların davranışlarını tebliğin yöneldiği yatırım araçlarına ilişkin olarak ciddi şekilde değiştirme amacını güttüklerini ifade etmiştir. Bu tebliğlerin yayımlanmasının kayda değer ekonomik sonuçlar doğuracak nitelikte olduğunu kabul ederek işlemin iptal davasına konu olabileceği sonucuna varmıştır¹⁹⁵.

Burada yargıcın dogmatik bir yaklaşımdan ziyade 2013 raporunda ortaya koyduğu pragmatik yaklaşımı benimsediği söylenebilir. Zira işlem hiçbir hukuksal etki yaratmamakla birlikte yatırımcının davranışı değişmiş, bu sebeple de Fairvesta maddi bir zarara uğramıştır. Yargıç aynı zamanda bu tebliğlerin AMF’in internet sitesinde yayımlanmaları, geniş bir yayımları olması ve yayımlandıkları tarihten itibaren erişilebilir olmaları üzerinde durmaktadır. Bunların birlikte değerlendirilmesi sonucunda işlemin hukuki niteliği değil yarattığı fiili ve özellikle de ekonomik sonucun ciddiyeti, iptal davasına konu edilmesine neden olmuştur¹⁹⁶.

Aynı gün verilen Numericable kararı ise internet üzerinden yapılan televizyon yayını hizmetlerine ilişkindir. Karara konu olay öncesinde Rekabet Otoritesi, Groupe Canal Plus (GCP) ile rakibi Télévision Par Satellite (TPS)’in birleşme izni vesilesiyle GCP’nin anlaşma yapacağı internet operatörlerini koruyan bazı emirler (*injonction*) vermiştir¹⁹⁷. Davaya konu olan işlem ise GCP’nin münhasır yayın hakkı yasağına yönelik emrin piyasada faaliyet gösteren Numericable¹⁹⁸ isimli şirket açısından geçerli olmaması sonucunu doğuran kanaat açıklamasıdır.

Rekabet Otoritesi bu açıklamayla önceki emrini kaldırmamakta olup GCP’nin kendi dağıtım ağı olmayıp televizyon hizmetleri sunan yayıncılık platformlarına ilişkin olarak münhasır yayın hakkı edinmemesine ilişkin yasağın, yani mevcut hukuki durum devam etmektedir. Ancak bu açıklamanın GCP’nin Numericable ile rekabet edebileceği anlamına geldiğini belirten mahkeme,

195 CE, *Fairvesta*, *op.cit.*

196 Devlet Konseyi’nin “ekonomik anlamda önemli etkileri olan” işlemleri yargı denetimine tabi tutma yönünde geliştirdiği içtihadı iktisadi menfaatlerin diğer menfaatlardan üstün tuttuğu ve bu dolayısıyla büyük sermayeye hizmet ettiği gerekçesiyle öğretilere eleştirilmiştir. ROLIN Frédéric, “Le droit administratif est-il au service du Grand Capital?”, *AJDA* 2016, s. 921.

197 Rekabet Kurulu işlemine konu olayda kendi internet platformu olmayan GCP’nin internet operatörleri üzerinden televizyon yayını yapması söz konusudur. Bu operatörlerin kendileri de televizyon yayıncılığı yapmaktadırlar. Ancak GCP ile aralarında iki yönden farklılık mevcuttur. İlk olarak diğer şirketler sadece kendi platformlarından yayın yapıyor iken GCP birçok platform üzerinden yayın yapabilmektedir. Bunun yanı sıra GCP bir yayın grubu olduğundan bazı kanalları bünyesinde bulundurmakta olup diğer operatörlerin kendi yayın hizmetleri bu kanalları içerememektedir. Dolayısıyla müşterilerine bu kanalları da sunabilmek için GCP ile anlaşmak durumundadırlar. Bu da GCP’ye bir rekabet avantajı sağlamaktadır. CE, 21.3.2016, *Sté NC Numericable*, Conclusions DAUMAS M. Vincent, <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=10&text=DAumas+num%E9ricable&Page=3&querytype=simple&NbEltPerPage=4&Pluriels=True> (e.t. 15.3.2018)

198 Piyasada faaliyet gösteren şirketlerden Numericable, birçok televizyon kanalıyla yayın anlaşması olduğundan diğer operatörlerden farklı konumda olup GCP ile benzer bir hizmet vermektedir. Rekabet Otoritesi’nin açıklaması, Numericable’ın internet dağıtım platformlarından SFR ile birleşmesi sonrasında gerçekleşmiştir. Dolayısıyla GCP’nin bu şirketle ilgili olarak bir rekabet avantajı bulunmamaktadır. *Ibid.*

bunun Numericable üzerinde önemli ekonomik sonuçları olacağı ve dolayısıyla da işlemin dava edilebileceği sonucuna varmıştır¹⁹⁹.

Bu iki kararla yapılan içtihat değişikliği öğretide genelde olumlu bir gelişme olarak karşılanmakla birlikte burada hukuki bir değerlendirme hatası yapıldığı da ileri sürülmektedir. Esnek hukuk işlemi olarak nitelendirilen bazı işlemlerin aslında hukuki işlem değil davranış olduğunu ve bu sebeple de bunların iptal davasına konu edilmemesi gerektiğini savunan görüşe göre bu açıklama ve uyarılar işlem olarak değerlendirilemeyeceklerinden bu davranışlardan zarar doğurması halinde şartları oluşmuşsa tazminat yoluna gidilmelidir²⁰⁰.

Bir esnek hukuk işleminin iptal edildiği ilk karar²⁰¹, Enerji Regülasyon Komisyonu'nun (*Commission de Régulation d'Énergie – CRE*) kendisine sunulan bir sözleşme hükmüne ilişkin olarak internet sitesinde yayımladığı açıklamaya (*communiqué*) ilişkin olarak verilmiştir. Açıklamanın konusu, elektrik piyasasında belli bir sayının altında müşteriye hizmet sunan tedarikçi şirketin işletme masraflarının dağıtım şirketi tarafından karşılanması ve bu bedelin tarifeye yansıtılmasına yönelik sözleşme hükmünün CRE tarafından uygun bulunmasıdır. CRE yaptığı açıklamayla aynı yönde bir sözleşmenin benzer konumdaki diğer tedarikçilerle de imzalanabileceğini ifade etmiştir²⁰².

Devlet Konseyi önceki kararlarında benimsediği, işlemin yetkili bir idare tarafından yapılması ve yaygın bir şekilde duyurulması ölçütlerinin karşılandığını ifade ettikten sonra bu tebliğin etkisi üzerinde durmuştur. Yargıca göre kurulun bu imkanı sadece belli sayının altında müşterisi olan tedarikçilere tanınması, bu operatörlerin davranışlarını ciddi şekilde etkilemeyi amaçladığını göstermektedir. Ayrıca bu açıklama tedarikçilerin gelirlerini, dağıtımının giderlerini ve tarifeyi etkileyeceğinden burada ciddi bir ekonomik sonuç mevcuttur ve işlem “enerji” müşteri sayısı bu tür bir sözleşme yapabilmek için belirlenen sınırı aşan GDF Suez üzerinde etki yaratmaktadır²⁰³.

199 CE, *Numericable*, *op.cit.* Bu olayda Rekabet Otoritesi her ne kadar mevcut talimatını değiştirme yönünde bir irade beyanında bulunmamış olsa da yaptığı açıklamada ilgili talimatların Numericable açısından geçerli olmadığını ifade etmesinin talimatı kısmen değiştirdiği de düşünülebilir. Ancak ilgili talimatlar sadece tek platformlu internet operatörlerine ilişkin olup Numericable ve SFR'in birleşmesi sonrasında bu nitelik zaten ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla Rekabet Otoritesi burada bir tespit yapmış ve yaptığı tespit de Numericable üzerinde ekonomik sonuç doğurmuştur.

200 Bismuth'a göre Fairvesta davasında bir esnek hukuk işlemi yoktur. Zira AMF, tasarrufların korunması hedefini gerçekleştirmek amacıyla, piyasadaki operatörleri kurallara uygun davranmaya yönlendiren bir *soft law* işlemi yapmamış, yatırımcıları uyararak *soft power* uygulamıştır. BISMUTH, s. 258.

201 MELLERAY Fabrice, “Précisions sur les modalités de contestation d'un acte de droit double”, AJDA 2016, s. 2119.

202 “Enerji Regülasyon Kurulu, 26 Temmuz 2012 tarihinde Poweo Direct Energie ve ERDF arasındaki anlaşmada ERDF Poweo Direct Energie'ye 1 750 000'den az müşterisi olduğu sürece tek bir sözleşme yapmış olan müşterilerinin işletme masraflarını karşılamak üzere belli bir bedel ödeyeceğine ilişkin geçici sözleşme hükmünün rekabet hukukunun genel ilkelerine ve Enerji Kanunu'na uygun olduğuna karar vermiştir. Kurul ayrıca “bu tür bir sözleşmenin Poweo Direct Energie ile müşteri işletme masrafları ve müşteri yapısı açısından benzer durumda olan, yani tek bir elektrik ya da gaz sözleşmesi yapan ve müşteri sayısı 1 750 000'den az olan başka operatörlerle (piyasaya yeni giren tedarikçilerle) yapılacağına karar vermiştir. Kurul böylece müşteri sayısı bu sınırı aşan tedarikçileri dışlamaktadır. Kurul son olarak ERDF'in tedarikçilere ödediği bedelin Kamusal elektrik kullanım tarifesiyle karşılanacağını ifade etmiştir.” CE, *Société GDF Suez*, *op.cit.*

203 CE, *Société GDF Suez*, *op.cit.*

Devlet Konseyi'nin ekonomik ilişkileri konu edinen bazı uygulamalar konusunda açıkça ekonomik sonuç doğurma ölçütünü kullanmaksızın genel olarak "önemli sonuç doğurma" ölçütüne dayanarak verdiği kararlar da mevcuttur.

Örneğin İhtiyati Denetim ve Çözümleme Otoritesi'nin (*Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* – ACPR)'un hayat sigortalarının pazarlanması konusunda yapılacak sözleşmelere ilişkin tavsiyelerinin iptal davasına konu olabileceğine karar verirken ekonomik sonuca değil sigorta şirketleri ile aracı şirketler arasındaki ilişkiler üzerinde doğacak sonuca dayanmıştır²⁰⁴. Bu ölçütü ikinci ölçütüyle birlikte kullanarak güdülen amacın sigorta şirketlerini ve aracı şirketleri karşılıklı ilişkilerini önemli ölçüde değiştirmeye sevk etmek olduğu ifade etmiştir²⁰⁵. Zira tavsiyelere uyulması zorunlu olmasa da²⁰⁶ tavsiyede öngörülen hususlar referans teşkil etmekte ve tavsiyelere uymak şirketin itibarı açısından önemi olduğundan kayda değer bir fiili etki doğmaktadır²⁰⁷.

Son olarak yargıç bazı kararlarında işlemin sonucuna değil, geliştirdiği ikinci yeni ölçüt olan davranışları önemli ölçüde yönlendirmeyi hedeflemeye dayanmaktadır.

Yüksek Sağlık Otoritesi'nin tavsiye niteliğinde bir işlemine ilişkin olarak açılan davaya konu olan olayda Sağlık Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, devlet tarafından karşılanan ilaçlar listesinden yüksek tansiyon tedavisinde kullanılan bazı ilaçların çıkarılmasına karar vermişlerdir. Yüksek Sağlık Otoritesi de internet sitesinde ilaç kullanımına ilişkin bir not yayınlamaya bu ilaçların bedellerinin ödenmesinin neden durdurulduğunu açıklamış, listeden çıkarılan ilaçların reçetelere yazımının durdurulmasını önermiş ve alternatif ilaçlar hakkında bilgi vererek tedaviyi değiştirmek için izlenecek yolu açıklamıştır. Devlet Konseyi bu tavsiyenin, yüksek tansiyon tedavisinde hekimlerin reçete yazma alışkanlıklarını değiştireceğinden ve aynı zamanda eczanelerin ve hastaların davranışlarını da etkileyeceğinden iptal davasına konu edilebileceğine karar vermiştir²⁰⁸.

204 Dava konusu tavsiyelerden biri, bir sigorta şirketinin ürünlerini pazarlayan birden fazla aracı kurumun mevcudiyeti halinde, sadece sigorta şirketiyle aracı kurum değil – ki bu yasal bir zorunluluktur-, aracı kurumlar arasında da anlaşma yapılmasıdır. Diğeri ise aracı şirketlerin reklam metinleri hakkında sigorta şirketinin onay vermesine yöneliktir. CE, 20.6.2016, *FFSA c/ ACPR*, b.n. 384297, Lebon T., 638 ve 862.

205 *Ibid.*

206 Bununla birlikte öğretilerde, kolluk yetkisine sahip olan ACPR'nin bu tavsiyelerine uyulmaması sonrasında uyarı ve olası bir yaptırım uygulama imkanı bulunduğundan, bu tavsiyelerin esnek hukuk işlemi olarak değil hukuk düzeninde değişiklik yapmaları sebebiyle norm olarak değerlendirilerek denetlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. MARTIN Didier R. – SYNDET Hervé, "Droit bancaire juillet 2015-septembre 2016", *Recueil Dalloz* 2016, s. 2305 note sous CE, 20.6.2016, *FFSA c/ ACPR*.

207 Davacı, aracı kurumların birbirleriyle sözleşme yapmalarının yasada öngörülmediğini ve bunun tavsiye metninde öngörülmesinin, ancak yasayla sınırlanabilecek olan sözleşme özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir. Devlet Konseyi ise tavsiyenin zorlayıcı nitelikte olmadığını ve şirketleri bağlamadığını, şirketlerin müşterilerinin menfaatinin korumaya yönelik olarak başka tedbirler de alabileceklerini ifade ederek iptal istemini reddetmiştir. Aslında burada paradoksal bir durumla karşılaşmaktadır: bir esnek hukuk işlemi, önemli fiili etkileri olduğundan iptal davasına konu olabilmekte, ancak hukuki olarak bağlayıcı gücü olmadığından hak sınırlanmasına neden olmamakta, dolayısıyla da iptal edilmemektedir. Bu konuda bkz. MOREAU Jacques, "L'entrée du droit souple dans le contentieux administratif des assurances", *RGDA* nov. 2016, no:11, s. 561.

208 CE, 19.7.2017, *Soc. Menarini France*, b.n. 399766, *AJDA* 2017, s. 2449.

SONUÇ

Devlet Konseyi'nin pragmatik bir yaklaşımla bağımsız idari otoritelerinin bazı esnek hukuk işlemlerini ilgililerin hukukunu etkilemeleri nedeniyle artık iptal davasına konu ettiği ve 2016 sonrasında mevcut içtihadını esnettiği açıkça görülmektedir. Ancak bu içtihadın diğer idareleri de kapsayacak şekilde genişletilip genişletilmeyeceği – ki bunun gerekliliği öğretide savunulmaktadır – belirsizliğini halen korumaktadır.

Bu kararlar yargıcın artık bir işlemin iptal davasına konu edilebilmesi için mutlaka bağlayıcı, emredici, zorlayıcı bir nitelik taşınmasını, kişilere hak ve borç yüklemesini veya hukuk düzeninde bir değişiklik meydana getirmesini en azından regülasyon otoritelerinin bazı kararları açısından beklemediğini göstermektedir. Ancak yargıcın içtihat değişikliğiyle idari işlemin – Fransız hukukundaki kullanımıyla idari kararın – tanımını mı değiştirdiği yoksa bir işlemin iptal davasına konu edilebilmesinin koşulu olarak “icrailliği” mi genişlettiği konusunda öğretide görüş birliği yoktur.

Bir görüşe göre maddi ölçüt değişikliği işleme karar niteliği kazandırmakta ve işlemin etkililiğine vurgu yapan Devlet Konseyi böylelikle hukuki işlem kavramını temelden değiştirmektedir.²⁰⁹ Normatifliğe ilişkin olarak işlevsel yaklaşımın benimsenmesi halinde esnek hukuk işlemlerinin emredici nitelikte olmasalar da kişilerin davranışlarını yönlendirmeleri sebebiyle hukuki işlem olarak kabul edilmeleri söz konusu olacaktır.

Çoğunluk görüşüne göre ise Devlet Konseyi bu kararlarla tavsiye, uyarı, açıklama gibi işlemlerin doğaları hakkında hüküm vermemektedir; dolayısıyla bu işlemler icrai nitelikte değildirler²¹⁰. Ancak hukuki etkileri olmasa da fiili etki yaratmakta olduklarından iptal davasına konu edilebilmektedirler²¹¹. Gerçekten de esnek hukuk işlemleri Fransız İdari Yargılama Kanunu'nun R. 421-1 hükmünde yer alan “karar” kapsamı dışında kalmaktadırlar. Ancak Devlet Konseyi yukarıda incelenen kararları ile bu kapsamı genişletmektedir²¹². Seiller'nin ifadesiyle bu işlemler bir idari karar olarak nitelenmemekle birlikte iptal davasına konu edilebilecekleri kabul edilmektedir; dolayısıyla bu içtihat, yargılama hukuku açısından değişiklik meydana getirir²¹³.

İptal davasının kapsamının bu şekilde genişletilmesi hukuk devleti ilkesinin ve idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması açısından olumlu karşılansa da bir esnek hukuk işleminin olası iptalinin ancak platonik²¹⁴ bir etki yaratması da ihtimal dahilindedir. Zira işlem zaten hukuki bir etki doğurmadığından hukuk düzeninden kaldırılması da tek başına davacının durumunu

209 PERROUD, *op.cit.*

210 SEE, *op.cit.*

211 MOREAU, *op.cit.*

212 TAIBI Achour, “L'élargissement de la recevabilité contentieuse du droit souple des autorités de régulation”, *Gaz. Pal.* 17 mai 2016, no:18, s. 20.

213 SEILLER Bertrand, “La recevabilité des recours contre les actes composant le “droit souple”” *Gaz. Pal.*, 14 Haziran 2016, s. 27. Aynı yönde DE FONTENELLE, *Influence*, s. 571; MELLERAY, s. 679.

214 LE BOT Olivier, “Chronique de contentieux administratif”, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, no: 37-38, 19 Septembre 2016, 2240.

değiştirmeyecektir. Esnek hukuk işlemlerinin fiili etki ve sonuçlarının ciddi olup olmadığı bunların yayımlanması ve yaygınlaştırılması dikkate alınarak belirlendiğinden yargıcın bu durumda yargısal emir yetkisini kullanarak iptal kararının işleme aynı yollarla yayılmasının sağlanmasına karar vermesi bir çözüm olarak sunulmaktadır²¹⁵.

KISALTMALAR:

- AJDA : Actualité juridique. Droit administratif
AÜSBF : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
B.n. : Başvuru numarası
Bkz. : Bakınız
C. : Cilt
c/ : Contre
CE : Conseil d'Etat
Comm.: Commentaire
DD : Danıştay Dergisi
DİDDK : Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E. : Esas
Ed. : Editör
E.t. : Erişim tarihi
Fasc. : Fascicule
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Ibid. : Ibidem
Jcl. : JurisClasseur
K. : Karar
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
N° : Numéro
Op.cit. : Opus citatum
Prg. : Paragraf
PUF : Presse Universitaire de la France
Rec. : Recueil
RFDA : Revue française de droit administratif
RGDA : Revue générale du droit des assurances
RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial
S. : Sayı
s. : Sayfa
Ve d. : Ve diğerleri
Vol. : Volume
Y. : Yıl

215 SEILLER Bertrand, "Le contrôle du juge administratif sur les actes composant le "droit souple"" Gaz. Pal., 14 Haziran 2016, s. 31. (Lextenso.fr)

KAYNAKÇA:

- AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat-KAYA Cemil**, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2017.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT**, Le droit souple, Journées nationales Tome XIII, Dalloz, Paris 2009.
- AUBY Jean-Bernard**, "Droit administratif et démocratie", Droit administratif, S. 2, Şubat 2006, Etude 3.
- AUTIN Jean-Louis, BREEN Emmanuel**, Autorités administratifs indépendantes, Jcl. Administratif Fasc. 75.
- BEAL Antoine**, Introduction de l'instance, Jcl. Justice administrative, Fasc. 40.
- BISMUTH Régis**, "Fairvesta d'un autre point de vue. Une réflexion sur ce que "soft law" veut dire", in DEUMIER Pascale-SOREL Jean-Marc (dir.), Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international, LGDJ, Paris 2018, s. 258.
- BOUDET Jean-François**, "La "grammaire lolftienne"", RFDA 2015, s. 1215.
- BROYELLE Camille**, Contentieux administratif, LGDJ, 4. Bası, Paris 2016.
- CAZALA Julien** "Le Soft Law International entre inspiration et aspiration", in REvue interdisciplinaire d'études juridiques 2011/1 /Vol. 66), s. 41
- CANDAN Turgut**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017.
- CHAPUS René**, Droit administratif général, C.1, 15. Bası, Montchrestien, Paris 2001.
- CHAPUS René**, Droit du contentieux administratif, 13. Bası, Montchrestien, Paris 2008.
- CHEVALLIER Jacques**, L'Etat post-moderne, LGDJ, Paris 2003.
- CHEVALLIER Jacques**, "L'Etat régulateur", Revue française d'administration publique, 2004/3 (no 111), s. 480.
- CHIFFLOT Nicolas**, "Conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, Procédures no 5, Mai 2016, comm. 186.
- CLAUDEL Emmanuelle**, "Une activité confortée: les avis de l'Autorité de la concurrence ne font pas grief et ne sont pas susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir", RTD Com. 2012, s. 747.
- COLLET Martin**, Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes, LGDJ, Paris 2003.
- CONSEIL D'ETAT**, Le droit souple: EDCE 2013, La Documentation française, Paris, 2013.
- COSTA Delphine**, "Des directives aux lignes directrices, une variation en clairs-obscur", AJDA 2015 s.806.
- COURREGES Anne – DAEL Serge**, Contentieux administratif, 4. Bası, PUF, Paris, 2013.
- CYTERMANN Laurent**, "Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence Crédit foncier de France", RFDA 2013 s.1119.
- DARCY Gilles**, "La décision exécutoire, esquisse méthodologique", AJDA 1994, s. 663.
- DAUMAS M. Vincent**, Conclusions sous CE, 21.3.2016, Sté NC Numericable, <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=10&text=DAumas+num%E9ricable&Page=3&querytype=simple&NbEltPerPage=4&Pluriels=True>
- DE FONTENELLE Louis**, "La notion d'influence dans le recours pour excès de pouvoir", RFDA 2018, s. 312.
- DE FONTENELLE Louis**, "Le contrôle juridictionnel des lignes directrices des autorités de régulation", AJDA 2018, s. 571.
- DELVOLVE Pierre**, Droit public de l'économie, Dalloz, Paris 1998.
- DELVOLVE Pierre**, "La définition des actes administratifs", RFDA 2016.

- DOMINO Xavier**, “Le Conseil d’Etat juge du régulateur ferroviaire : une première”, AJDA 2015, s. 875.
- DURAN Lütfi**, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülter Matbaası, İstanbul 1982.
- DURUN Hasan**, “İdari İşlemin İcraılığı (I)”, Terazi Hukuk Dergisi, Y: 6, S. 57, Mayıs 2011, s. 40.
- DURUN Hasan**, “İdari İşlemin İcraılığı (II)”, Terazi Hukuk Dergisi, Y: 6, S. 58, Haz. 2011, s. 74.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis – ODINET Guillaume**, “Un recours souple pour un droit souple”, AJDA 2016, s. 717.
- ERKUT Celâl**, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara 1990.
- ERKUT Celâl**, “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1991, s. 109.
- FİŞ ÜSTÜN Gül**, “Yatırımcıları Koruma Fonu Tarafından Tesis Edilen İdari Para Cezası Bildirim Tutanaklarının Niteliği”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2) 2011, s. 64.
- GÖZLER Kemal**, Hukuka Giriş, 15. Baskı, Ekin, Bursa, 2018.
- GÖZLER Kemal**, İdare Hukuku, C. 1, 2. Bası, Ekin, Bursa, 2009.
- GÖZLER Kemal – KAPLAN Gürsel**, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, Bursa 2017.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref-TAN Turgut**, İdare Hukuku I, Genel Esaslar, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut**, İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- GÜNDAY Metin**, İdare Hukuku, 11. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.
- HACHEZ Isabelle**, “Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law””, Revue interdisciplinaire d’études juridiques 2010/2 (Vol. 65), s. 19.
- JEANNENEY Pierre-Alain**, “Le régulateur producteur de droit”, in FRISON-ROCHE Marie-Anne, Droit et économie de la régulation. 2, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) “Hors collection”, 2004 s. 47.
- KAPLAN Gürsel**, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.
- KARAHANOĞULLARI Onur**, “Güvenlik Soruşturması”, AÜSBFD, 53/1 (Ocak-Aralık 1998), s. 159.
- KARAHANOĞULLARI Onur**, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2012.
- KAYA Cemil**, “Türk İdare Hukukunda İcra Olmayan İdari İşlemler”, GÜHFD, C. 9, S-1-2 (Haziran-Aralık 2005), s. 253.
- LAVERGNE Benjamin**, Recherche sur la soft law en droit public français, Presses de l’Université Toulouse I Capitole, 2013.
- LE BOT Olivier**, Chronique de contentieux administratifs, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales no 37-38, 19 Septembre 2016, 2240.
- LOMBARD Martine – NICINSKI Sophie – GLASER Emmanuel**, “Actualité du droit de la concurrence et de la régulation”, AJDA 2014, s. 1874.
- MAISANI Pauline – WIENER Florence**, “Réflexions autour de la conception post-moderne du droit”, in Droit et société, n°27, 1994, Production de la norme juridique. s. 462.
- MARION Laurence**, Conclusions sous CE, 10.11.2016, CSA, AJDA 2016, s. 121.
- MARCOU Gérard**, “La notion juridique de la régulation”, AJDA 2006, s. 347.
- MARTIN Didier R. – SYNVEY Hervé**, “Droit Bancaire janvier 2011-déc. 2011”, Recueil Dalloz 2012, s. 1908.

- MARTIN Didier R. – SYNDET Hervé**, “Droit Bancaire juillet 2015-sept. 2016”, Recueil Dalloz, 2016 s. 2305.
- MELLERAY Fabrice**, “Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple”, RFDA 2016, s. 679.
- MONTAY Benoît**, “Le Conseil d'état, la norme et le comportement: chronique d'une autre démolition inachevée”, Droits 2016/1 (n° 63), s. 196.
- MOREAU Jacques**, L'entrée du droit souple dans le contentieux administratif des assurances, RGDA nov. 2016, n° 11, s. 561.
- ODENT Raymond**, Contentieux administratif, T.1, Dalloz, Paris 2007.
- OST François**, “De la pyramide au réseau: un nouveau paradigme pour la science du droit”, in SUPROT Alain (ed.), Tisser le lien social, Maison des sciences de l'Homme, 2004, s. 175.
- ÖZAY İl Han**, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- ÖZTÜRK Burak**, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin, 2009.
- ÖZTÜRK Burak**, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin, Ankara 2015.
- PAILLER Pauline**, “Consécration d'un contrôle juridictionnel du droit souple”, Revue de Droit bancaire et financier, no:3, Mays 2016, comm. 144.
- PERROUD Thomas**, “Le recours pour excès pouvoir contre les actes de soft law des autorités de régulation” La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 30 Mai 2016, 623.
- RIVERO Jean – WALINE Marcel**, Droit administratif, Dalloz, Paris 2000.
- ROLIN Frédéric**, “Le droit administratif est-il au service du Grand Capital?”, AJDA 2016, s. 921.
- SANCAKDAR Oğuz – US Eser – KASAPOĞLU TURHAN Mine, ÖNÜT Lale Burcu – SEYHAN Serkan**, İdare Hukuku, Teorik Çalışma Kitabı, Ankara, 2017.
- SCHMITZ Julia**, “Le droit ‘souple’, les autorités administratives indépendantes et le juge administratif. De la doctrine au prétoire, RFDA 2017, s. 1087.
- SEE Arnaud**, “Le droit souple des autorités de régulation”, Droit Administratif n° 5, Mai 2016, comm. 34.
- SEILLER Bertrand**, “Droit administratif, 2. Action administrative, Flammarion, Paris, 2001.
- SEILLER Bertrand**, “La recevabilité des recours contre les actes composant le ‘droit souple’” Gaz. Pal., 14 Haziran 2016, s. 27.
- SEILLER Bertrand**, “Le contrôle du juge administratif sur les actes composant le ‘droit souple’” Gaz. Pal., 14 Haziran 2016, s. 31.
- SEZGİNER Murat**, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin, Ankara, 2000.
- ŞAHİN Cenk**, Amerikan Federal İdare hukukunda “Regülasyon” (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları), Oniki Levha, İstanbul, 2010, s. 69.
- TAIBI Achour**, “L'élargissement de la recevabilité contentieuse du droit souple des autorités de régulation”, Gaz. Pal. 17 mai 2016, no :18, s. 20.
- TAN Emre**, “Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, in KUTLU GÜRSEL Meltem (ed.), Sermaye Piyasası, Seçkin, Ankara, 2016, s. 123.
- TAN Turgut**, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2015.
- TRUCHET Didier**, Droit administratif, 4. Bası, PUF, Paris, 2011.
- ULUSOY Ali**, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003
- YAYLA Yıldızhan**, İdare Hukuku, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2010.
- YILDIRIM Turan – YASİN Melikşah – KAMAN Nur – ÜSTÜN Gül – OKAN TEKİNSOY Özge**, İdare Hukuku, 6. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

YILMAZ Dilşat, İdari İşlemin İcraîlik Özelliği, Astana Yayınları, Ankara, 2014.

YILMAZ Dilşat, “Türk İdare Hukuku’nda İdari İşlemin “Kesinliği” Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, C. XXI, Y. 2017, S. 2, s. 105.

İnternet kaynakları:

<http://www.cairn.info>

<http://www.conseil-etat.fr>

<http://www.dalloz.fr>

<http://www.emsal.danistay.uyap.gov.tr>

<http://www.kazanci.com>

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.lexisnexis360.fr>

<http://www.lexpera.com.tr>

<http://www.lextenso.fr>

<http://www.rekabet.gov.tr>

Hileli İflas Suçu (Türk Ceza Kanunu Madde 161)

Fraudulent Bankruptcy (Turkish Criminal Code Article 161)

Muhammed DEMİREL*

Öz

İflasa tabi olan tacirler hakkında borçlarını ödeyemez duruma geldikleri takdirde iflas kararı verilebilir. Borçlu tacir, iflas kararı verilmeden önce borcunu ödeyebilirse iflas etmekten kurtulur. Ancak tacir, borcunu ödeyemez ve iflas kararı verilirse müflis sıfatını kazanır. Böylece müflisin bütün malvarlığı ile bir iflas masası oluşturulur. Alacaklılar belli bir sıraya göre bu iflas masasından alacaklarını elde ederler. Bazen borçlu tacirler, iflas kararından önce veya sonra bazı malvarlığı değerlerinin iflas masasına girmesini önlemek isteyebilirler. Bu yüzden de malvarlığı değerleri üzerinde bazı hileli davranışlar gerçekleştirebilirler. İşte bu çerçevede Türk Ceza Kanunu'nda "hileli iflas" suçu ihdas edilmiş ve bazı hileli davranışlar için ceza öngörülmüştür. İşte bu maktelede, bu suç tipi kapsamlı bir şekilde incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İflas, Hileli İflas, İflas Masası, Tacir, Müflis, Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları, İflas Kararı.

Abstract

Bankrupt may be adjudicated about traders who are subject to bankruptcy when they are unable to pay their debts. The debtor trader is exempted from bankruptcy if he pays the debt before bankrupt has been adjudicated. However, if the trader doesn't pay the debts and the bankrupt has been adjudicated about him, he gains the title of bankrupt person. Thus, a bankruptcy table is created with all the assets of the bankrupt person. The creditors obtain their receivables from this bankruptcy desk in a certain order. Sometimes debtor traders may want to prevent the entrance of some property values to the bankruptcy desk before or after the bankruptcy adjudication. Because of that they can perform some fraudulent behaviors on property values. In this context the "Fraudulent bankrupt" crime was regulated in the Turkish Penal Code and the punishment was provided for some fraudulent behaviors. In this article this crime type is examined extensively.

Keywords: Bankrupt, Fraudulent Bankrupt, Bankruptcy Desk, Trader, The Bankrupt Person, Objective Conditions For Punishability, Bankruptcy Adjudication.

* Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.
muhammedemirel@gmail.com.

I. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Hileli iflâs" başlıklı 161'inci maddesine göre "*Malvarlığımı eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" Bu hükmün devamında hileli iflasın varlığı için hangi hususların gerekli olduğuna yer verilmiştir. Buna göre "*Hileli iflasın varlığı için;*

- a) *Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması,*
- b) *Malvarlığımı kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi,*
- c) *Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi,*
- d) *Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi gerekir."*

Bu suçun hemen devamında "Taksirli iflas" başlıklı 162'nci maddede "*Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişi, iflasa karar verilmiş olması halinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklindeki hükme yer verilmiştir.

Bu incelememizde yalnızca kasıtlı olarak işlenen hileli iflas suçu ele alınacak olup taksirli iflas suçuna değinilmeyecektir. Zira hileli iflas suçu zaten başlı başına kapsamlı bir konu olup sadece bu suç tipi kapsamında dahi birçok hususta tartışma bulunmaktadır. Bu çerçevede evvela korunan hukuki değer ne olduğu ortaya konulacak, özellikle de bireysel korumanın yanı sıra ve hatta daha ön planda olan kolektif bir korumanın varlığına dikkat çekilecektir. Elbette ulaşılabilecek olan bu sonuç, maddi unsurlar ve suçun özel görünüş biçimleri bakımından da önem arz edecektir.

Korunan hukuki değer ardından öncelikle suçun unsurları dışında kalan ve cezalandırılabilirlik koşulu olan iflas kararı ele alınacak, bu noktada iflas kararının hukuki niteliği üzerine detaylı bir inceleme yapılacaktır. Daha sonra suçun unsurları sıralı olarak incelenecek, bu çerçevede maddi unsurlar kapsamında sırasıyla fail, mağdur, konu, fiil ve netice unsurları üzerinde durulacak, manevi unsurla hukuka aykırılık unsuru ortaya konacaktır. Suçun özel görünüş biçimleri altında ise teşebbüs, iştirak ve içtima konularında söz konusu olan farklı görüşler dikkate alınarak bazı fikirler ileri sürülecek, nihayet yaptırım ve dava zamanaşımı hususlarında da irdeleme yapılacaktır. Tüm bu incelemeler yapılırken Alman hukukundan da yararlanılacak, bilhassa benzer bir düzenlemenin de varlığı dikkate alındığında Alman hukukunda bulunan şerhlerden ve ceza özel eserlerinden de faydalanılmaya çalışılacaktır.

II. Korunan Hukuki Değer

Çağdaş hukuk sistemlerinde iflasın genel sebebi olarak gösterilebilecek olan bir borçlunun borcunu ödememesi ya da ödeyememesi (ödemelerini tatil etmesi)¹, esasen ceza yaptırımına tabi tutulmamakta, bu çerçevede bir borçlunun iflas etmesi kural olarak cezalandırılmamaktadır². Nitekim Anayasa'nın 38'inci maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanununun 15'inci maddesiyle eklenen “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.” şeklindeki hüküm de bu hususu açıkça ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte bazı durumlarda borçlu durumundaki kişi, alacaklıların alacaklarına erişmelerini engellemek için hileli tasarruflarda bulunmakta, bu tasarruflarıyla hakkında iflas kararı verilmesine neden olmakta, iflası adeta bir kaçış yolu olarak görmekte, böylelikle hem alacaklıları aldatmakta ve bu kişilerin zarar görmelerine neden olmakta³, hem de bu tür davranışları gerçekleştirerek hukuk düzeninin, bilhassa da ekonomik düzenin bozulması tehlikesinin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Öyle ki iflasın bizatihi kendisi de ülke ekonomisini ve toplumsal yapıyı olumsuz etkileyebilecek bir nitelik arz etmekteyken⁴ iflasın sebep olduğu aile yıkımları ve ekonomik yıkımın tek başına ceza hukuku anlamında bir müdahaleyi gerekli kılacak derecede olmaması karşısında bu iflasın özellikle de hileli davranışlarla gerçekleşmesi bu tür bir müdahaleyi gerekli hale getirmektedir⁵. İşte bu nedenle Türk Ceza Kanunu'nda hileli iflas suçları düzenlenmiş, borçluların bu tür hileli davranışlarla alacaklıların alacaklarına ulaşmalarının önüne geçmelerine engel olunmaya çalışılmıştır. Yani bu suç tipiyle borçlu, borcunu ödeyemediğinden dolayı cezalandırılmamakta⁶, kendi hileli davranışlarıyla borcunu ödeyemez hale gelmesi ya da ödeyemiyormuş gibi görünmeye çalışması durumları ceza yaptırımına tabi tutulmaktadır. Şu hâlde bu suçla hem bireysel koruma hem de kolektif koruma sağlanmaktadır⁷. Dolayısıyla hileli

1. **Baki Kuru**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Legal, İstanbul 2016, s. 355; **Mehmet Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım**, İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 352, 353; **Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes**, İcra ve İflas Hukuku, 4. Bası, Vedat, İstanbul 2017, kn. 1394, 1395.
2. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, kn. 2375; **Şanal Görgün**, “Hileli ve Taksirli İflas”, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. IV, S. 1, 1972, s. 434; **Ejder Yılmaz**, “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesi’ne İlişkin Anayasa Hükümü ve İcra İflas Suçları”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, MÜHFD, Alkım, İstanbul 2003, s. 494; **Sedat Bakıcı**, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C. 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 867; **Sertaç Işıka**, “Hileli İflas Suçu”, İÜHFM, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 607, 608.
3. BGH 22.2.2001 – 4 StR 421/00, NJW 2001, 1875 (**Thilo Pfordte/Christian Sering**, “§§ 283 Bankrott”, in Wirtschafts- und Strafstraftrecht, Nomos Kommentar, Nomos, Baden-Baden 2017, kn. 6); **Ayhan Önder**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 402; **Görgün**, s. 435; **Uğur Ersoy**, “Hileli ve Taksirli İflas Suçları”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 33, Nisan 2017, s. 79; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, kn. 2375; **Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 3, Seçkin, Ankara 2010, s. 2660; **Mustafa Artuç**, Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara 2007, s. 484; **Mustafa Artuç/Hasan Tahsin Gökcan/Osman Yaşar**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2015, s. 5266.
4. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, kn. 1400; **Wolfgang Mitsch**, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, Springer, Heidelberg 2001, § 5 kn. 135.
5. **Mitsch**, § 5 kn. 136; **Bakıcı**, s. 867.
6. **Yılmaz**, s. 499; **Behiye Eker Kazancı**, “Hileli ve Taksirli İflas Suçları”, HPD 2006, S. 9, s. 153.
7. **Sahir Erman**, Şirketler Ceza Hukuku, İstanbul 1993, s. 185; **Timuçin Muşul**, İflas Suçları, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 42; **İzzet Özgenç**, “İflas Suçları”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Yetkin, Ankara 2009, s. 339;

iflasın suç olarak düzenlendiği bu hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasında bulunulması makul görünmemektedir⁸.

Bu suçla **bireysel bir koruma** sağlanmaktadır; zira alacaklının olabildiğince maddi taleplerinin borçlunun malvarlığı değerlerinden karşılanması söz konusu olduğundan⁹ bu suçla ilk olarak iflastan olumsuz etkilenmiş olan şirketten alacaklı olarak talepte bulunabilecek durumda olan kişilerin alacak hakları¹⁰ ya da borçluya karşı alacaklarını ödeyeceklerine dair kendilerinde oluşan güven¹¹ korunmaktadır. Buna göre tek bir alacaklı mevcut olsa bile iflas suçunun oluşmasından bahsedilebilecek, borçlunun davranışlarının tüm ekonomik düzen bakımından bir tehlike ortaya çıkarması aranmayacaktır¹². Bununla birlikte bu noktada önem arz eden hususlardan biri, alacaklılardan biri tarafından yapılan iflas takibi üzerine borçlunun iflası yönünde bir karar verilmiş olması durumunda bu karardan, sadece bu alacaklı kişinin yararlanmayacağı, diğer alacaklıların da yararlanacağı hususudur¹³. Dolayısıyla da birden fazla alacaklının var olması durumunda tek bir alacaklı kişinin alacak hakkının korunduğundan söz edilemeyecek, bütün alacaklı kişilerin alacak haklarının korunmasından bahsedilecektir¹⁴. Yani burada “alacaklılardan herhangi biri, diğer alacaklı kimselere tercih edilemez” şeklinde bir prensiple hareket edilecektir. Bu bakımdan da olayda birden fazla alacaklının mevcudiyeti, korunan hukuki değer açısından alacaklıların bütününe malvarlığı hakkının korunması gerçeğine halel getirilmeyecektir¹⁵. Tüm

Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2016, s. 421; **Pfordte/Sering**, kn. 6; **Işıka**, s. 607; **Ersoy**, s. 79; **Mustafa Özen**, “Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Hileli ve Taksirli İflas Suçları (TCK m. 161, 162)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 2016, s. 3568; **Elif Bekar**, Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, On İki Levha, İstanbul 2017, s. 195.

8. Bu konuda detaylı açıklamalar için bakınız **İbrahim Ercan**, “İcra ve İflas Suçları Üzerine Bazı Düşünceler”, SÜHFD, 2005, C. 13, S. 1, s. 19 vd.
9. **Henning Radtke/Stefan Petermann**: “§§ 283 Bankrott”, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 5: §§ 263-358, 3. Auflage, C. H. Beck, 2018, kn. 3; **Klaus Tiedemann**, “§§ 283 Bankrott”, in Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB Band 9/1: §§ 263 bis 266b, 12. Auflage C.H. Beck, 2012, Vor § 283 kn. 45.
10. **Pfordte/Sering**, kn. 7; **Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schoeder/Manfred Maiwald**, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Auflage, C. F. Müller, 2009, § 48 kn. 8; **Tiedemann**, Vor § 283 kn. 45; **Erman**, s. 185; **Mitsch**, § 5 kn. 139; **Hakan Kızılarşlan**, Hileli ve Taksirli İflas Suçları, Seçkin, Ankara 2006, s. 38; **Işıka**, s. 608; **Ali Hakan Evik**, Türk Ceza Hukukunda Hileli ve Taksirli İflas Suçları, 2. Bası, On İki Levha, İstanbul 2015, s. 196; **Özen**, s. 3568; **Bekar**, s. 195; **Zahit Yılmaz**, “Hileli İflas Suçu”, Malvarlığına Karşı Suçlar, Adalet, Ankara 2018, s. 271. BGH 5. Ceza Senatosu da, korunan hukuki değer olarak alacaklıların malvarlığı haklarına değinmektedir. Bkz. BGH v. 22.1.2013 – 5 StR 234/12 – kn. 5 (**Hans Richter**, “Bankrott”, Müller-Gugenberger Wirtschaftsstrafrecht, 6. Auflage, Handbuch des Wirtschaftsstraf – und – ordnungswidrigkeitenrechts, Köln 2015, § 81 kn. 1, dpn. 1).
11. **İzzet Özgenç**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara 2002, s. 109; **Kızılarşlan**, s. 38; **Evik**, s. 196; **Bekar**, s. 195.
12. BGH 22.2.2001 – 4 StR 421/00, NJW 2001, 1875 (**Radtke/Petermann**, kn. 3); BGH NJW 2001, s. 1874, 1875 (**Tiedemann**, Vor § 283 kn. 45).
13. **Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, kn. 1395; **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, s. 353.
14. **Tiedemann**, Vor § 283 kn. 45. Zaten **Evik**’in, malvarlığına karşı korunan suçlarla korunmak istenen hukuki değer in birden fazla olduğu ve bunların genelde kişiler, ama özelde kişilerin malvarlığı hakları olduğu yönündeki ifadesi de bu durumu doğrulamaktadır. Bu açıklama için bakınız **Evik**, s. 112.
15. Alman hukukunda bu argümana gerekçe olarak Alman Ceza Kanunu’nda düzenlenen Alacaklıyı Kayırma başlıklı § 283c hükmü gösterilmektedir (**Tiedemann**, Vor § 283 kn. 45).

bu ifadelerden çıkartılabilecek bir diğer sonuç da bu suç tipiyle müflisin ekonomik menfaatlerinin korunan hukuki değer olmadığıdır¹⁶.

Bu suçla ayrıca **kolektif, toplumsal bir koruma** da sağlanmaktadır; nitekim bu suçla aynı zamanda kredi kurumunun ve ekonomik sistemin etkin bir şekilde yürütülmesi korunmaktadır¹⁷. Bir kimseye borç veren alacaklı konumundaki kişilerin, borçlunun malvarlığında hileli yollarla azalmanın olmayacağına dair bir inançla hareket etmesi, bu konuda kredi sistemine ve ülkenin ekonomik düzenine güvenerek hareket etmeleri gerekir. Bu güven ortadan kalkacak olursa, hiçbir kredi veren kişi veya kuruluş, şirketlere ya da kişilere borç vermeyecek, borç vermekten imtina edecek, bu da ülke ekonomisini olumsuz yönde etkileyecektir¹⁸. Bu bakımdan alacaklıların sahip oldukları bu güven, özelde borçluların borçlarını ödeyeceklerine dair güvenken, genelde ülkenin ekonomik düzenine olan güvendir¹⁹.

Her ne kadar doktrinde bu suçla sadece bireysel korumanın söz konusu olduğunu ileri süren bazı görüşler olsa da²⁰ hâkim görüş tarafından bu suç tipiyle bireysel korumanın yanı sıra kredi sisteminin ve ekonomik düzenin de korunduğu kabul edilmekte²¹, hukuki değer salt bireysel bir korumaya indirgenmemektedir²². Şu hâlde alacaklıların alacak haklarının yanı sıra kredi sistemi ve ülkenin ekonomik düzeninin de bu suçla korunan hukuki değerler olduğu ifade edilebilecektir²³.

16. Mitsch, § 5 kn. 139.

17. Tiedemann, Vor § 283 kn. 53; Erman, s. 185; Önder, s. 402; Özgenç, “İflas Suçları”, s. 339; Görgün, s. 434; Kızıllarslan, s. 39; Işıka, s. 608; Evik, s. 196; Özen, s. 3569; Bekar, s. 195; Yılmaz, s. 271. O kadar ki Richter, iflas suçları için bireysel malvarlığı korunma hakkını aşan çalışanların çalışma yerlerinin korunmasına ilişkin menfaatlerinin dahi ekonomik düzenin gerektiği gibi işlev görmesi açısından önem arz ettiğine işaret etmiş, böylelikle bireyseli aşan hukuki değerden bahsedilebileceğine vurgu yapmıştır (Richter, § 81 kn. 4).

18. Erman, s. 185, 186; Görgün, s. 434; Evik, s. 196.

19. Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 109; Bakıcı, s. 867; Özen, s. 3568; Işıka, s. 608; Ali Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2, Bilge, Ankara 2015, s. 1946.

20. Radtke/Petermann, suç tipi kapsamında doğrudan iflas hukukuna bir bağlılığın olduğuna, ceza hukukunun bu şekilde bir özel hukuk dalı olan iflas hukukuyla yorumlanmasının dikkate alınması gerektiğine işaret ederek korunan hukuki değer in bireysel bir koruma sağladığına vurgu yapmıştır (Radtke/Petermann, kn. 3).

21. Maurach/Schoeder/Maiwald, § 48 kn. 8; Önder, s. 402; Görgün, s. 435; Mustafa Artuç, Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara 2007, s. 484; Kızıllarslan, s. 39; Mustafa Artuç/Hasan Tahsin Gökcan/Osman Yaşar, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2015, s. 5266.

22. Alman doktrinindeki bu baskın görüşte iki sebep oldukça etkilidir. Birincisi Alman Federal Yüksek Mahkemenin görüşüdür (Bkz. BGH v. 29.4.2010 – 3 StR 314/09, kn. 30 – Richter, § 81 kn. 4). Nitekim bireysel hukuki değer in korunmasına değinen Federal Anayasa Mahkemesi de, “hukuki değerlerden” bahsetmekte ve yalnızca bunun başka, literatürde tartışmalı hukuki değere somut olayda bağlı olmadığını ortaya koymaktadır (BVerfG v. 28.8.2003 – 2 BvR 704/01 – kn. 9 (Richter, § 81 kn. 1, dpn. 1). Alman doktrinindeki bu baskın görüşte etkili olan diğer sebep ise hukuki değer in malvarlığının korunmasına indirgenmesinin, iflasın § 288 StGB hükmüne göre icranın engellenmesine yakın hale gelmesine neden olmasıdır. Yani bu suçla korunan hukuki değer in sadece malvarlığı hakları olarak görülmesi durumunda Alman Ceza Kanunu’nun 288’inci paragrafında düzenlenen “cebri icrayı engelleme” suçuyla bu suçun aynı anda pek de anlamlı olmayacağına altı çizilmektedir. Dolayısıyla Richter’in de dikkat çektiği gibi hileli iflas suçunda İflas yöneticisinin karar alma imkânı bütün icra bakımından engellenmeli, sadece belli bir alacaklı nın malvarlığı menfaati ihlal edilmiş olmamalıdır (Richter, § 81 kn. 4).

23. Önder, s. 403; Evik, s. 113. Hatta bilhassa uluslararası nitelikte bir şirket in iflasının etkileri, sadece ülke ekonomisini değil, bu şirketle ortak faaliyet icra eden ya da bu şirket in faaliyetleriyle ilişkili şekilde iş gören birçok başka şirketi ve dolayısıyla da ülke ekonomisinde de görünecektir. Bkz. Görgün, s. 435.

Tam bu noktada ortaya çıkan esas tartışma, hangi değer in öncelikli olduğudur. Yani bu suçla korunan asli (birincil) hukuki değer, alacaklı kişilerin alacak hakları mı, yoksa kredi sistemine ve ekonomik düzene olan güven midir? Bu soru, oldukça önemlidir; zira bu sorunun cevabı, bu suç tipinin kanunda hangi başlık altında konumlandırılması gerektiği konusunda mutlak şekilde bir fikir verecektir. Böylelikle Türk Ceza Kanunu'nda "*Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar*" başlığı altında düzenlenen hileli iflas suçlarının bu şekilde konumlandırılmasının yerinde olup olmadığı daha doğru bir şekilde değerlendirilebilecektir.

Bir defa bu suçla korunan hukuki değer in alacak hakkı olduğu yönündeki görüşün, geleneksel bir anlayış olduğu özellikle ifade edilmektedir²⁴. Bu bakımdan klasik anlayışın bu yönde olduğu, buna rağmen zamanla toplumsal koruma kapsamında kredi sistemi ve ekonomik düzenin de korunduğu yönündeki anlayışın geliştiği rahatlıkla belirtilebilir. Hatta bu anlayışın gelişmesi, toplumsal korumanın asli olduğu, bireysel korumanın ise tali olduğunun ileri sürülmesi aşamasına kadar gelmiştir²⁵. Keza toplumsal koruma kapsamında kredi sistemi ve ekonomik düzenle yetinilmemeye başlanmış, başka değerlerin de korunduğu ifade edilmeye başlanmış, toplumsal korumanın kapsamında genişletilmeye gidilmiştir²⁶.

Şu hâlde görüldüğü üzere hileli iflas suçlarıyla korunan hukuki değer, sadece borç veren kişilerin alacak hakları olmayıp aynı zamanda kredi sistemi ve ekonomik düzen, bu düzene olan güvendir. Dolayısıyla bu suçun, "*Topluma Karşı Suçlar*" başlığı altında ya "*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*" başlığı altında²⁷ ya da parada sahtecilik, mühürde sahtecilik, resmî belgede sahtecilik

24. **Tiedemann**, Vor § 283 kn. 45. Nitekim *Erman* da 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan iflas suçu düzenlemesinin özel hukuk prensipleri etkisi altında kalınarak ihdas edildiğini vurgulayarak bu hususa dikkat çekmiştir. Bakınız **Erman**, s. 186. *Erman*'ın bu eleştirisinin, mevcut düzenleme açısından da geçerliliğini koruduğu ifade edilebilir.

25. Nitekim **Fischer**, bireysel hukuki değeri tali olarak görmektedir (**Thomas Fischer**, "§§ 283 Bankrott", in *Strafgesetzbuch: StGB*, 59. Auflage, C. H. Beck, 2011, vor § 283 kn. 3). Benzer eğilime Türk hukukunda da rastlanmaktadır. Nitekim **Eker Kazancı**'ya göre kanun koyucunun bu suç tipini öngörmesiyle borçlunun yaptığı kusurlu hareketlerle alacaklıların alacaklarına engel olunması veya en azından bunun zorlaştırılması gibi görünse de esas amaç, toplumun ve devletin yararlarının korunmasıdır. Bakınız **Eker Kazancı**, s. 153. Esasen Türk hukukunda eski TCK döneminde de bu yönde eğilimlerin varlığına dair izlere, net olmasa da rastlanmaktadır. Öyle ki **Görgün**, bu suçlarla ilgili şahısların uğradıkları zararın ötesinde iyi niyet ilişkilerini bozan ve kredi güvenliğini sarsan fiillerin cezalandırılmasının öngörüldüğü şeklindeki ifadelere yer vermek suretiyle adeta bu eğilimden yana olduğunu ortaya koymuştur. Ancak bu ifadelerin hemen akabinde bu suçların mağdurunun alacaklılar olduğunu belirten **Görgün**'ün, her şeye rağmen klasik anlayıştan tam anlamıyla kopmadığı anlaşılmaktadır. Bkz. **Görgün**, s. 435.

26. Nitekim iflas hukukuna ihale boyutuyla yaklaşıp ilgili hukuki değer olarak olası iflas masasının korunmasından bahsedilebileceğine de dikkat çekilmektedir. Benzer görüşe BGH 2. Ceza Senatosunun kararında da rastlanmaktadır. Nitekim Senato kararına göre § 283 hükmüyle korunan hukuki değer, bütün ekonomik sistemin korunmasının yanında olası iflas masasının da korunmasıdır. Bkz. BGH v. 29.4.2010 – 3 StR 314/09 – kn. 30 (**Richter**, § 81 kn. 1, dpn. 2). Elbette bu görüş, Alman Ceza Kanunu'nun 283'üncü paragrafının birinci fıkrasının ilk numarasında yer alan "...iflasın açılması halinde iflas masasına ait olacak malvarlığı parçalarını kaçırmaz veya gizler veya tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özene aykırı bir şekilde tahrip eder, bozar veya kullanılamaz hale getirir." şeklindeki hükme binaen bir haklılık payı kazanmaktadır (**Tiedemann**, Vor § 283 kn. 46). Yine **Maurach/Schoeder/Maiwald**'a göre şirketin ya da borçlunun krizde olması unsurunu görmezden gelen defter tutma yükümlülüğü ihlal edilmesi suçunda alacaklıların memnun edilme hakkının alanı genişletilmiş, defter tutma yükümlülüğünün ihlalinde ekonomik işleyişe olan güvenin de korunan bir değer olduğu ifade edilmiştir (**Maurach/Schoeder/Maiwald**, § 48 kn. 9). Yine **Richter**'in görüşleri için bkz. Dipnot 11. Aynı şekilde Alman Mahkeme kararları için bkz. Dipnot 15.

27. **Kızıllarlan**, s. 56; **Evik**, s. 113.

suçları gibi “*Kamu Güvenine Karşı Suçlar*” kapsamında düzenlenmesi daha makul olabilirdi. Nitekim parada sahtecilik suçu kapsamında parayı tedavüle sokan kişi de muhatabının maddi anlamda zarar görmesine neden olabilmekte, malvarlığı hakkını ihlal edebilmektedir. Ancak bu suç tipi kapsamında salt para üretiminin kamu güvenini ihlal ettiği, toplumun zarar görmesi tehlikesini beraberinde getirdiği, bu bağlamda her ne kadar kişilerin de bireysel anlamda zarar görmeleri söz konusu olsa da kamu güvenine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi yönünde bir tercihte bulunulduğu görülmektedir. Buna binaen aynı durumun hileli iflas suçları açısından da geçerli olabileceği, nitekim zarar suçu değil de bir tehlike suçu olarak nitelendirilmesinin de bunun bir göstergesi olduğu, öyle ki alacaklıların zararları öncelikli görülmuş olsaydı zarar suçu olarak telakki edilmek durumunda kalınacağı, oysa kredi sistemine ve ekonomik düzene yönelik tehlike esas alınarak bir tehlike suçu olarak kabul edildiği ifade edilebilir²⁸. Ayrıca hileli iflas suçu kapsamında yer alan hareketlerin birçoğunun, belgede sahtecilik yapmayı da gerekli kılan davranışlar olması ve keza Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu maddesinde düzenlenen “Kaçakçılık Suçları” kapsamında yer alan hareketlere uygun olması yönündeki gerçek karşısında bu görüşümüz iyice pekişmektedir. Nitekim bu hareketler, malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgeleri gizleme ya da yok etme, gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenleme, gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifi olduğundan az göstermedir. Şu hâlde belgede sahteciliği de kapsamında bulunduran bu suçun çoğu durumda belgede sahtecilik suçlarıyla benzer nitelikte değerlendirilmesinin daha makul olabileceği ileri sürülebilir²⁹.

III. Cezalandırılabilirlik Koşulu Olarak “İflas Kararı”

Kanunda yalnızca belirli suçlarda yer verilmiş olan³⁰ cezalandırılabilirlik koşulları, cezalandırılabilirliğin maddi hukuka ilişkin koşullarıdır³¹. Yani bu koşullar, yargılama şartları gibi muhakemeye ilişkin olmayıp tamamen suç tipi kapsamında maddi ceza hukuku ile ilgilidir³². Bir unsurun cezalandırılabilirlik kriteri olarak nitelendirilmesi için genel

28. Benzer görüş için bakınız **Erman**, s. 186. Keza *Fischer*’e göre bu suçla öncelikli olarak bütün alacaklıların aleyhine olarak ekonomik olmayan eksilme, gizleme veya haksız tasarruf öncesinde iflas masasının korunması esastır. Yani *Fischer*, burada alacak hakkından ziyade konuya bütüncül bir yaklaşım sergilemiş ve tek bir kişiden ziyade başka bir koruma şekline dikkat çekmiştir. Hatta *yazar*, bireysel yararları aşacak şekilde özelde sadece kredi sisteminin işlevinin değil, genel olarak bütün ekonomik sistemin korunduğunu ifade etmiştir. Bakınız **Fischer**, Vor § 283 kn. 3.
29. Doktor Öğretim Üyesi **Selman Dursun** ile sözlü konuşma esnasında ulaşılmış bir düşüncedir. Tarih 24.06.2018. Benzer durumun dolandırıcılık suçu açısından da geçerli olabileceği mutlaka üzerinde düşünülmesi gereken bir husus olarak görülebilir. Öyle ki bu iki suç arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu inkâr edilemez bir gerçektir. O kadar ki doktrinde iflas suçlarının nitelikli dolandırıcılık olarak telakki edilmesi de bu durumu göstermektedir (Bakınız **Kızılarslan**, s. 39). Nitekim 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde iflas suçlarıyla dolandırıcılık suçunun “Dolandırıcılık ve İflas Suçları” şeklinde aynı başlık altında düzenlenmiş olması da bu durumu göstermektedir.
30. **Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Auflage, C.F. Müller, 2014, kn. 148; **Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Giese King, Bielefeld 2016, § 20 kn. 3.
31. **Tiedemann**, Vor § 283 kn. 90; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 20 kn. 1; **Ersoy**, s. 76.
32. **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 20 kn. 1.

bir kriter bulunmamaktadır. Bu karara, her suçta kanuni tanımın yorumlanması yoluyla ulaşılmaktadır³³. Nitekim çoğu durumda bu unsurun suç tanımında bulunduğu yönündeki karara, suç tanımında “*sadecesa/se işlenen fiil cezalandırılabilir.*” gibi ifadelere yer verilmesi durumunda ulaşılmaktadır³⁴.

İşte Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmünde yer alan “...*bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde...*” şeklindeki ifade, bu koşulu ortaya koymaktadır. Kaldı ki madde gerekçesinde yer alan “*Bu nedenle, iflas olgusunun gerçekleşmesi, bir objektif cezalandırılabilirlik şartı niteliği taşımaktadır.*” yönündeki cümle açıkça iflas kararının niteliğini ortaya koymaktadır. Şu hâlde hileli tasarruflarda bulunan iflasa tabi borçlu hakkında bu tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmediği sürece bu kişinin işlediği hileli iflas suçu nedeniyle cezalandırılması mümkün olmayacaktır³⁵. İflas tabi olan bir borçlunun, hileli iflas teşkil edecek olan yukarıdaki davranışlardan birini kasıtlı şekilde gerçekleştirmesi durumunda hileli iflas suçu oluşacaktır. Bu suç bakımından cezalandırılabilirliğin diğer şartları kapsamında bir cezalandırılabilirlik koşulundan bahsedilebilecektir. Bu koşul, ticaret mahkemesi tarafından fail konumundaki borçlu kişi hakkında iflas kararının verilmesidir³⁶.

Benzer duruma Alman Ceza Kanunu’nda düzenlenen hileli iflas suçu kapsamında da rastlanmaktadır. Nitekim Alman Ceza Kanunu § 283 fıkra 6 hükmüne göre failin işlediği suç nedeniyle cezalandırılması, ödemelerini durdurmuş olması veya malvarlığı hakkında iflasın açılmış olması veya açma talebinin iflas masasının malvarlığının yetersizliği nedeniyle reddedilmiş olması şartlarına bağlı tutulmuştur. Bu nedenlerin her biri, alternatif olup birinin gerçekleşmesinin yeterli olduğu ifade edilmektedir³⁷.

*Bununla birlikte bu koşulların nerede konumlandırılacağı, buna bağlı olarak ne gibi sonuçları olacağı hem Türk hukukunda hem de Alman hukukunda tartışılmıştır. Bu inceleme kapsamında bu görüşleri detaylı şekilde incelememizin doğru olmadığı, daha çok yalnızca hileli iflas suçu kapsamında öngörülmüş olan cezalandırılabilirlik koşulunun bizim katıldığımız görüş üzerinden irdelenmesinin daha makul olduğu düşüncesindeyiz. Yani bu kısımda yaptığımız açıklamalar, sadece hileli iflas suçu nezdinde bir cezalandırılabilirlik koşulu olarak öngörülmüş olan “**hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması**” açısından geçerlidir. Bu açıdan buradaki izahat, bütün cezalandırılabilirlik koşulları açısından geçerliymiş gibi algılanmamalıdır.*

33. Zeynel T. Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, İÜHFİM, C. LXVIII, S. 1-2, Y. 2010, s. 152.

34. Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015, § 6 kn. 13.

35. Özgenç, “İflas Suçları”, s. 352; Kızırlarlan, s. 80; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Seçkin, Ankara 2016, s. 648; Kangal, s. 162; İsmail Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C. 3, Ankara 2013, s. 2782; Parlar, s. 1948; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5270;

36. Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14. Bası, Beta, İstanbul 1995, kn. 404; Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 117; Kızırlarlan, s. 80; Malkoç, s. 2782; Bekar, s. 202.

37. Pfordte/Sering, § 283 kn. 39; Mitsch, § 5 kn. 143; Bekar, s. 206; Ersoy, s. 77.

Doktrinde aksi görüşler bulunsa ve Yargıtay kararlarında kabul edilmese de³⁸ bazı görüşler³⁹ tarafından da kabul edildiği üzere kanaatimize göre suçun tamamlanması için suçun unsurlarının yanında mutlaka bu koşulların da bulunması gerekmektedir. Bu çerçevede bu koşulların, fiilin haksızlığına hiçbir şekilde etki etmediklerinin kesin ve net bir şekilde belirtilmesine şüpheyle yaklaştığımızı da vurgulamak gerekir⁴⁰. Bu koşullar, gerçek anlamda tipiklik kapsamında bir unsur olarak değil, yalnızca tipikliğin bir eklentisi olarak görülmelidir⁴¹. Bununla birlikte bu koşulların, ya manevi unsurun devamında bitişik olacak şekilde⁴² ya da maddi unsurdan önce konumlandırılması gerektiğini düşünmekteyiz. Gerçi doktrinde bu koşulların kusurun ötesinde de konumlandırılacağı ifade eden görüşler⁴³ bulunmaktaysa da bize göre bu kabulden hareket edildiğinde bu koşullar olmadan da suçun tamamlanması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla bu koşullar, bir defa tipiklikte, hukuka aykırılıkta ya da kusurda konumlandırılmaz; suç yapısı içerisinde⁴⁴ bunların konumlandırılma yeri, ya tipiklikle hukuka aykırılık arasında⁴⁵ ya da maddi unsurdan evvel “tipikliğin bir eklentisi” şeklindedir⁴⁶.

Türk doktrininde iflas kararı açısından bu şekilde ikili ayırım yaparak inceleme yapan görüşlere rastlanmaktadır. Bu çerçevede bir görüş, hileli hareketlerin iflas kararından evvel gerçekleştirilmesi durumunda iflas kararını cezalandırılabilirlik koşulu olarak kabul ederken hileli hareketlerin iflas kararından sonra gerçekleştirilmesi durumunda iflas kararını bir ön koşul olarak telakki

38. **Walter Gropp**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer, Heidelberg 2015, § 7 kn. 7. Nitekim Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin 12.09.2013 tarih ve 2013/12176, 2013/13130 sayılı kararında iflas olgusunun suçun oluşumuna esas alınacak bir unsur olmadığı belirtilmiştir. Bakınız **Evik**, s. 165.
39. **Özgenç**, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s. 115; **Özgenç**, “İflas Suçları”, s. 352; **Özgenç**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 650; **Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, s. 367; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 5270.
40. Gerçi bu koşulları suçun tamamlanması için gerekli gören yazarlar, bu koşulların haksızlığa hiçbir şekilde etki etmediğini kabul etmektedirler. Ancak bizim bu husustaki kanaatimiz, bu koşulların haksızlığa hiçbir şekilde etki etmediği yönündeki düşünceye şüpheyle yaklaşılması yönündedir. Nitekim cezalandırılabilirlik koşullarının haksızlığa etki ettiğini belirten yazarlar ve bu konuda detaylı açıklamalar için bakınız **Bekar**, s. 24 vd.
41. **Bernd Heinrich**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 2014, kn. 133; **Wessels/Beulke/Satzger**, kn. 148; **Volker Krey/Robert Esser**, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 2012, kn. 372.
42. **Heinrich**, kn. 133.
43. **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 20 kn. 2.
44. İtalyan yargı kararlarında da uzun zamandan beri bu koşulların suçun yapısal unsurlardan kabul edildiği ifade edilmektedir. Buna göre bu koşul gerçekleştirilmeden suçun tamamlanmayacağı belirtilmektedir. Bakınız **Evik**, s. 161.
45. **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 20 kn. 2.
46. Doktrindeki hâkim görüşe göre hileli iflas suçu hareketleriyle iflas olgusu arasında zamansal ve fiili bir bağlantının bulunmasına yönelik gereklilik (**Pfordte/Sering**, § 283 kn. 45; **Stephan Beukelmann**, “§§ 283 Bankrott”, in von Heintschel-Heinegg *Strafgesetzbuch: StGB Kommentar*, 3. Auflage, C.H.Beck, 2018, § 283 kn. 35; Bakınız **Evik**, s. 164), yani bu bağlantının yeterli derecede tespit edilmiş olması gerektiği yönündeki şart (**Pfordte/Sering**, § 283 kn. 45) da bu koşulların tipiklikle arasındaki ilişkiyi ortaya koymakta, tipikliğe bağlı oldukları iddiasını güçlendirmektedir. Konu konudaki görüş sahipleri ve detaylı açıklamalar için bakınız **Bekar**, s. 27 vd. Tam bu noktada görüşümüzün Türk doktrininde en çok **Eker-Kazancı**'nin görüşüne benzerlik gösterdiğini, **Eker-Kazancı**'nin da bu şekilde hileli hareketlerin iflas kararından önce mi yoksa sonra mı verildiğine göre bir ayırım yaptığını, bununla birlikte hareketlerden önce verilen iflas kararının da suçun unsuru olarak gördüğünü vurgulamak gerekir. Bakınız **Eker-Kazancı**, s. 156, 157.

etmektedir⁴⁷. Ancak bu koşulların doktrinde ileri sürüldüğü üzere bir ön koşul olarak telakki edilmesi, kanaatimize göre kabul edilemez niteliktedir. Zira iflas kararının verilmesini yalnızca bir ön koşul olarak addetmek, kanuni tanımda hileli davranışlardan sonra da iflas kararının verilmesinin görmezden gelinmesi anlamına gelecektir. Bu bakımdan bizim ikinci bir ihtimal olarak tipikliğin eklentisi şeklinde manevi unsurlardan sonraya da konumlandırmış olduğumuz bu kararın, tek başına ön koşul olarak nitelendirilmesi mevcut kanuni düzenleme karşısında pek mümkün görünmemektedir. Ayrıca tek başına maddi unsurlardan evvel söz konusu olan iflas kararının da bir ön koşul olarak kabul edilmesi uygun olmayacaktır. Öyle ki bu kabulle birlikte iflas kararı verilmediği sürece maddi unsurların oluşup oluşmadığı yönünde bir irdelemeye geçilemeyecektir. Oysa ki bizim görüşümüze göre bu karar, yalnızca tipikliğin bir eklentisi olduğundan, suçun kurucu unsuru olmadığından, gerçekleşme bile hileli davranışların işlenip işlenmediği yönündeki tespite geçilebilir.

Görüşümüz çerçevesinde koşulların suçun unsurlarıyla birlikte her halükârda kusurdan evvel konumlandırılmasından hareketle her şekilde haksızlık ve kusurdan tam anlamıyla ayrı oldukları yönündeki görüşü tartışmaya açtığımız açıkça görülmektedir. Gerçekten de doktrinde hâkim görüş olan bu koşulların, haksızlıktan ve kusurdan bağımsız oldukları ve *hiçbir durumda* kast kapsamında yer almadıkları yönündeki fikri⁴⁸ kabul etmemekteyiz⁴⁹. Bu görüşümüzü izah etmek için evvela bu koşulların niçin ortaya çıktığı, neden bunlara ihtiyaç duyulduğu ortaya konmalıdır. Bunun için de gerekli izahatı, aşağıda yer alan tablolar üzerinden yapmanın daha faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

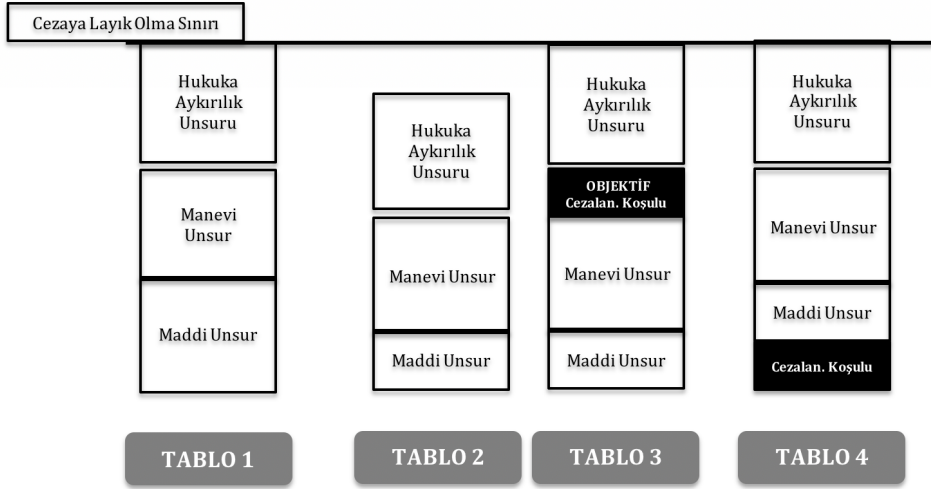
Tablo 1’de görüldüğü üzere normal şartlarda, yani suç tanımında cezalandırılabilirlik koşuluna yer verilmeyen suçlarda, tipe uygun ve hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanacak ve cezaya layık olma sınırına erişilmiş olacak, kişinin kusuru da varsa kişiye gerekli ceza verilecektir. Buna rağmen Tablo 2’de görüldüğü üzere suç tanımında suçun unsurları dışında cezalandırmanın başka bir koşula daha bağlı kılındığı bazı suçlarda, gerçekleştirilen tipe uygun hareket, bilhassa maddi unsurun yeterli haksızlık oranına sahip olmaması nedeniyle, hukuka aykırılık unsuruyla bir araya gelse dahi cezaya layık olma sınırına ulaşmamakta, ancak Tablo

47. **Malkoç**, s. 2782; **Evik**, s. 162, 163; 220. *Toroslu/Toroslu*, her ne kadar açıkça iflas kararından söz etmemiş olsa da suçtan önceki bir olayın cezalandırılabilirlik koşulu olamayacağını, bunların ancak bir ön koşul olabileceğini belirtip genel bir ifade kullanarak bu görüşten yana olduğunun izlerini ortaya koymuştur. Bakınız **Toroslu/Toroslu**, s. 477. Bununla birlikte doktrinde bu şekilde ayırım yapmadan iflas kararını her durumda ön koşul olarak kabul eden görüşler de dikkat çekmektedir. Bu görüşler için bakınız **Dönmezer**, kn. 404; **Hafizoğulları/Özen**, s. 420. Bu görüşlerin yanında iflas kararını, kovuşturma koşulu olarak telakki eden görüş de bulunmaktadır. Bakınız **Görgün**, s. 438. Bilgi için bakınız **Bekar**, s. 202, 203.

48. **Wessels/Beulke/Satzger**, kn. 148; **Gropp**, § 7 kn. 7; **Kindhäuser**, § 6 kn. 13; **Krey/Esser**, kn. 372; **Parlar**, s. 1948; **Pfordte/Sering**, § 283 kn. 37; **Mitsch**, § 5 kn. 143; **Özgenç**, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s. 119; **Özgenç**, “İflas Suçları”, s. 354; **Özgenç**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 648; **Koca/Üzülmez**, s. 367; **Toroslu/Toroslu**, s. 477; **Bekar**, s. 212; **Ersoy**, s. 76.

49. Nitekim bu koşulların, haksızlıktan ve kusurdan bağımsız oldukları ve hiçbir durumda kast kapsamında yer almadıkları yönündeki fikri savunan *Kindhäuser* dahi objektif cezalandırılabilirlik koşullarının kusur ilkesiyle uyumlu olup olmadığı tartışmasının yapıldığına, bunun nedeninin ise bu koşulların yalnızca cezayı sınırlandırıcı bir etkiye sahip olmadığı, aynı zamanda fiilin haksızlığına da etki ettiği yönündeki düşünceden kaynaklandığı hususunun altını çizmiştir. Bakınız **Kindhäuser**, § 6 kn. 13.

3'te görüldüğü gibi suç tanımında cezalandırmanın bağlı kılındığı ve tipikliğin eklentisi şeklinde konumlandırılan bu koşulun gerçekleşmesiyle tipe uygun ve hukuka aykırı fiil, cezaya layık olma sınırına ulaşmaktadır.



Gerçi doktrinde kanun koyucunun, her ne kadar öncesinde tipik hareketleriyle bunlara neden olmayı cezaya layık olarak görmüş olsa da bu şartlar gerçekleşmediği süreci cezalandırma ihtiyacı duymamış olduğu yönünde bir görüş⁵⁰ ileri sürülmektedir. Ancak aynı görüş, cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşmesiyle birlikte hileli iflas suçunun maddi anlamda norma aykırılığının gerçekleştiği ve dolayısıyla bu andan itibaren bu suç tipi kapsamında tanımlanan hareketlerin ceza hukuku anlamında bir önem arz etmeye başladığını da vurgulamaktadır. Bu çerçevede özellikle vurgulamak gerekir ki hareketlerin bu koşulların gerçekleşmesinden sonra ceza hukuku anlamında önem arz etmeye başlaması, cezaya layık olma sınırının da bu koşullarla birlikte aşılmış olacağı anlamına gelecektir. Dolayısıyla bu görüş, bir tutarsızlık içerisindedir.

Şu hâlde kanaatimize göre kanunda tanımlanan ve cezalandırılabilirliğin temellendirilmesi için fail tarafından gerçekleştirilmesi gereken ve de kast kapsamında bulunması şart olan unsurları barındıran tipiklikten tamamen ayrı olan bu koşullar, hareketin cezaya layık bir görünüm arz etmesi için önceden mevcut olan bu hareketin değersizliğine eklenmesi gereken özel netice değersizliğini ifade etmektedir. Kanun koyucu, tipik haksızlığın oluşmasında, ilgili suç tipini oluşturan ve bunun özel olarak değersizliğini daha detaylı olarak tanımlayan unsurları bir araya getirirken objektif cezalandırılabilirlik koşullarını buna eklemek suretiyle cezalandırma ihtiyacının sadece tipiklik, hukuka aykırılık ve kusura ek olarak bu cezalandırılabilirlik koşullarının da gerçekleşmesi halinde söz konusu olacağını ifade etmiştir⁵¹. Şu hâlde belirli bir oranda haksızlık teşkil eden fiil, sadece ve ilk olarak bu koşul gerçekleştiği takdirde cezalandırılabilir⁵². Böylelikle

50. Pfordte/Sering, § 283 kn. 38.

51. Wessels/Beulke/Satzger, kn. 148.

52. Beukelmann, § 283 kn. 30; Heine/Schuster, § 283 kn. 59.

bu koşulların tipiklik kapsamında yer almadığına dikkat çekilebilir, bununla birlikte bu neticenin tipiklik kapsamında yer almayan ayrı bir netice olarak görülebileceğinin de altı çizilebilir⁵³. İşte bu özel netice değersizliğinin eklenmesi, bu durumlarda hareketin değersizliği ile temellendirilen hareketin hukuka aykırılığı noktasında bir değişikliğe yol açmaz, bilakis mevcut olan hareketin değersizliğini özel netice değersizliği yoluyla cezaya daha layık haksızlık esasını gündeme getirecek şekilde yükseltir⁵⁴.

Bununla birlikte burada “netice”den anlaşılması gereken, maddi unsurlar kapsamındaki netice de değildir. Bunu özel olarak vurgulama gereği duymamızın sebebi, doktrinde bazı yazarlar tarafından bu koşulların *bizim görüşümüzden farklı olarak*⁵⁵ doğrudan suçun unsuru şeklinde netice olarak telakki ediliyor olmasıdır. Nitekim kanunda açıkça yer verilen hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması şartı, İtalyan doktrininde de bazı yazarlar tarafından objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak görülmemekte, suç kapsamında netice olarak telakki edilmektedir⁵⁶. Bu görüşün Türk doktrini üzerinde bir etki gösterdiği belirtilebilir. Nitekim *bazı yazarlar*, iflas kararı verilmesini suçun neticesi olarak görmüşler ve buna göre bir sonuca ulaşmışlardır⁵⁷. Ancak Türk doktrininde iflas kararının bir cezalandırılabilirlik koşulu olduğu konusunu bu yazarlar dışında tartışma konusu yapan da bulunmamaktadır. Yani iflas kararının suçun unsuru olduğu yönündeki görüşün, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminin bir yansıması olduğu, nitekim bu görüşün İtalyan doktrininin de etkisiyle o dönemde ileri sürüldüğü⁵⁸ ifade edilmelidir. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması, Türk doktrininde hâkim görüş tarafından bir cezalandırılabilirlik koşulu olarak kabul edilmektedir⁵⁹. Aynı şekilde Alman doktrininde de bu konuda herhangi bir tartışma göze çarpmamaktadır. Yani failin ödemelerini durdurmuş olması veya malvarlığı hakkında iflasın açılmış olması veya açma talebinin iflas masasının malvarlığının yetersizliği nedeniyle reddedilmiş olması hususlarının birer objektif cezalandırılabilirlik şartları olduğu yönünde Alman doktrininde hâkim bir görüşün varlığından söz edilebilir⁶⁰.

53. **Gropp**, § 7 kn. 11.

54. **Otto**, § 7 kn. 79.

55. Bu ifadeyi özel olarak vurgulamamızın nedeni, doktrinde *Ersoy* tarafından bu konuda iki görüşün ortaya çıktığının, bunların suçun unsurları ya da objektif cezalandırılabilirlik koşulu olduğunun ifade edilmiş olmasıdır. Bakınız **Ersoy**, s. 78.

56. Bu konuda detaylı bilgi ve açıklama için bakınız **Evik**, s. 161.

57. **Kızıllarslan**, s. 88. Türk doktrininde bazı yazarlar, daha evvel de ifade edildiği üzere bu kararın hareketlerden evvel olması halinde kararı netice şeklinde nitelendirmemişlerse de maddi unsurlar kapsamında kabul etmişlerdir. Bakınız **Koca/Üzülmez**, s. 367; **İşıka**, s. 620. Bununla birlikte **Özgenç**, her ne kadar son dönemde farklı bir görüş ileri sürmekteyse de daha önceki dönemlerde hileli hareketlerin iflas kararından önce gerçekleştirilmesi halinde iflas kararının verilmesini maddi unsurlar kapsamında netice olarak telakki etmiştir. Bakınız **Özgenç**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 116.

58. **Dönmezer**, kn. 404; **Özgenç**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 119. O dönem, bu kararın objektif cezalandırılabilirlik koşulu olduğunu kabul eden yazarların varlığı da göz ardı edilemez. Bakınız **Alacakaptan**, s. 220; **Erem**, s. 2461; **Muşul**, 44; **Önder**, 404.

59. **Parlar**, s. 1948.

60. **Maurach/Schroeder/Maiwald**, § 48 III kn. 15 vd.; **Frisch**, § 283 kn. 4, 5; **Pfordte/Sering**, § 283 kn. 37; **Kindhäuser**, § 283 kn. 115; **Radtke/Petermann**, § 283 kn. 84; **Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Vahlen, München 2011, § 7 kn. 30; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 20 kn. 3; **Mitsch**, § 5 kn. 143.

Tam bu noktada iflas kararının, maddi unsur kapsamında bir netice olarak telakki edilmesiyle öncesinde (bakınız tablo 4) veya sonrasında (bakınız tablo 3) olacak şekilde tipikliğin bir eklentisi olarak kabul edilmesi arasında ne tür bir farklılık olacağı da meselenin daha iyi anlaşılması açısından ortaya konmalıdır. En başta maddi unsur altında netice olarak kabul edilmesi, tipikliğin eklentisi olduğu yönündeki görüşü tamamen bertaraf etmekte ve bu koşulu maddi unsurların öncesine veya manevi unsurun sonrasına değil, maddi unsurların tam içerisine yerleştirmekte, neticeye dahil etmektedir. Bu bakımdan iflas kararı, her halükârda kast kapsamında kabul edilecek, daha da önemlisi iflas kararı verilmediği sürece suç incelemesine devam edilmeyecek, hareketlerin tamamlanması kaydıyla suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ileri sürülebilecektir. Oysa ki bizim görüşümüze göre iflas kararı, tipiklikten münferit ve fakat tipikliğe bağlı bir eklenti olup varlığı ya da yokluğu, tipiklik ve hukuka aykırılık incelemesinin yapılmasına engel olmayacaktır. Yani bu eklenti halindeki koşullar gerçekleşmese de tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiilin varlığından söz edilebilecek, ancak suçun tamamlanmasından da bahsedilemeyecektir. Şu hâlde bu eklenti durumundaki koşulun gerçekleşmemesi, suçun unsurlarının gerçekleşmesine engel olmasa da suçun tamamlanmasına engel olacaktır. Bu çerçevede cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde bir inceleme yapılmadan evvel söz konusu suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı ortaya konabilir. Nitekim bilhassa tablo 3'teki bir ihtimal dahilinde, eklentinin tipiklikten sonra gelmesi halinde hem tipe uygunluk hem de hukuka aykırılık incelemesi, iflas kararından bağımsız şekilde tespit edilebilir.

Elbette cezalandırılabilirlik koşulunun, *çoğu durumda* “objektif” olarak nitelendirilmesinin sebebi de bu şekilde manevi unsurun ardından eklenti şeklinde konumlandırılmasından kaynaklanmaktadır. Zira cezalandırılabilirlik koşulları, birçok halde kast kapsamında yer almayıp cezaya layık olan ve olmayan haksızlık esası arasındaki sınırı belirten cezalandırılabilirliği sınırlandıran unsurlar olarak görülür⁶¹. Bununla bağlantılı olarak bir şekilde cezaya layık olmayan tipik hareketin haksızlığına eklenerek cezaya layık haksızlığın ortaya çıkmasına sebebiyet veren bu koşullar, anlaşıldığı üzere az ya da çok bir şekilde haksızlığa etki etmektedir. Öyle ki bu koşulların haksızlık ve kusurdan tam anlamıyla ayrı oldukları gibi bir görüşün kabul edilmesi halinde ilgili fiillerin, bu koşullar olmaksızın da yeterli derecede cezaya layık olması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir⁶². Bu bakımdan bir taraftan gerçekte haksızlık ve kusur söz konusuyken ve bu koşulların bunlarla ilişkisi tam anlamıyla reddedilemezken bu koşulların objektif niteliğinin, sadece görünüşte olduğu da ileri sürülmüştür⁶³.

Ayrıca tablo 4'te de görüldüğü üzere bazı durumlarda bu koşullar, maddi unsurlardan evvel gerçekleşmiş olabilir. Nitekim inceleme konumuz olan suç tipinde “iflas kararı”, hileli davranışlardan evvel verilmiş olabilir. İşte bu gibi durumlarda failin, suç tipi kapsamında yer alan hileli davranışları gerçekleştirmesinin ardından artık başka bir kararın verilmesinin beklenmesine

61. Heine/Schuster, § 283 kn. 59; Mitsch, § 5 kn. 143; Eker-Kazancı, s. 156; Özgenç, “İflas Suçları”, s. 354; Toroslu/Toroslu, s. 478, 480.

62. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 20 kn. 2.

63. Wessels/Beulke/Satzger, kn. 149.

gerek kalmayacak, diğer unsurların da varlığıyla birlikte suç direkt tamamlanacak, cezaya layık olma sınırına erişilmiş olacaktır. Bu noktada en çok önem arz eden husus, bu ihtimalde bu koşulların kast kapsamında yer alacağı, dolayısıyla da “objektif” niteliklerini kaybedeceğidir. Bu bakımdan böyle durumlarda bu koşullar için yalnızca “cezalandırılabilirlik koşulları” ifadesinin kullanılması daha doğru olacaktır.

Dolayısıyla “iflas kararı”, hileli davranışlardan sonra verilmesi halinde kast kapsamında yer almayacakken ve objektif niteliği haiz olacakken hileli davranışlardan önce verilmesi durumunda kast kapsamında yer alacak ve objektif özelliğini kaybedecektir. Şu hâlde “hileli iflas” şeklindeki koşulu ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Nitekim farklı cezalandırılabilirlik koşullarının her bir olayda ayrı şekilde incelenmesi gerektiğine dair görüş⁶⁴ de bunu doğrulamaktadır. Elbette bu fark, başta hata kurumu olmak üzere çeşitli sonuçları beraberinde getirecektir. Nitekim ilk ihtimalde, yani iflas kararının hileli davranışlardan sonra verilmesi halinde, failin iflas kararını bilmesi gerekmediğinden bu kararın verildiğini ya da verilmeyeceğini zannetmesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁶⁵. Her halükârda bu kararın verilmesiyle birlikte hukuka aykırılık unsurunun da gerçekleşmesiyle işlediği suç cezaya layık hale gelecektir. Bununla birlikte ikinci ihtimalde, yani kararın hileli davranışlardan önce verilmesi halinde, bu defa bu karar kast kapsamına dahil olmakta, failin işlediği hileli davranışlar nedeniyle cezalandırılabilmesi için bu karardan haberdar olması gerekmektedir. Failin, kararın verilmediğini zannetmesi halinde artık kastı kaldıran bir hataya düşmesi durumundan bahsedilecek ve taksirli sorumluluk hali saklı kalacaktır. Suçun taksirli halinin de öngörülmüş olması sebebiyle böyle bir durumda da failin hemen sorumsuzluğuna gidilmeyecek, failin gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediğinin incelenmesi gerekecektir.

Tüm bu bilgilerden sonra bu koşulların, cezalandırılabilirliği sınırlandırıcı bir etki gösterdikleri takdirde izin verileceği yönündeki görüşe de⁶⁶ değinmekte fayda olduğunu belirtmek gerekir. Bu koşullar, aslında olmasalardı muhtemelen kanun koyucu tarafından doğrudan cezaya layık görülebilecek olan tipik davranışların bu şekilde cezalandırılmalarına engel teşkil edecek şekilde kanunda tanımlanmış, böylelikle cezaya layık olmayan tipe uygun ve hukuka uygun fiilin cezalandırılabilirlik sınırına ulaşmasını sağlamakta, bu bakımdan cezalandırılabilirliği sağlama işlevi görmektedir. Öyle ki ne olursa olsun, nerede konumlandırılırsa konumlandırılınsın, her halükârda cezaya layık bir esastan ancak (kural olarak objektif) cezalandırılabilirlik koşulunun varlığı durumunda bahsedilebilecektir⁶⁷. Bu açıklamalardan hareketle bu koşulların, salt failin lehine etki edecek şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir⁶⁸.

64. **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 20 kn. 2.

65. **Gropp**, § 7 kn. 7; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 20 kn. 5; **Toroslu/Toroslu**, s. 477.

66. **Krey/Esser**, kn. 372; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 20 kn. 2.

67. **Otto**, § 7 kn. 78.

68. **Wessels/Beulke/Satzger**, kn. 149.

IV. Suçun Genel Unsurları

A. Maddi Unsurlar

1. Fail

Hileli iflas suçu, doktrinde bazı görüşler tarafından kabul edilmese de hâkim görüş tarafından⁶⁹ (gerçek) özgü suç olarak kabul edilmektedir. Buna göre *Özgenç*, mevcut Türk Ceza Kanunu'nda bu suçun faili olunabilmesi için tacir sıfatını haiz olmaya gerek bulunmadığını, suçun herhangi bir kimse tarafından da işlenebileceğini belirtirken⁷⁰ hakim görüş, suç tipinde yer alan “*Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde...*” şeklindeki ifadelerden hareketle kural olarak hakkında iflas kararı verilebilecek borçlu kişinin fail olabileceğini kabul etmekte ve bu suçu özgü suç olarak nitelendirmektedir⁷¹. *Özgenç* ise, iflas yolu ile takip edilebilecek, iflasa tabi kişi ile hileli iflas suçunun failinin birbirine karıştırılmaması gerektiğini, İcra ve İflas Kanunu'nun “*İflas yolu ile takip, ancak Ticaret Kanunu gereğince tacir sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tabi bulunanlar ile özel kanunlarına göre tacir olmadıkları halde iflasa tabi oldukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar hakkında yapılır.*” şeklindeki hükmünden mevcut Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmü karşısında bu suçun özgü suç olduğunun ifade edilemeyeceğinin altını çizmektedir⁷².

Kanaatimize göre bu suç, özgü bir suçtur. Bu husus, “...*kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde...*” şeklindeki objektif cezalandırılabilirlik koşulundan anlaşılmaktadır⁷³. Nitekim iflas kararı, iflas davası açan alacaklıya olan borcunu davaya rağmen ödemeyen borçlu hakkında verildiğinden⁷⁴ failin her halükârda borçlu bir kişi olması gerekir⁷⁵. Bu durum, madde gerekçesinde de açıkça “*Bu suçun faili, iflasa tabi bir borçlu, yani tacir olabilir.*” şeklindeki ifadelerle vurgulanmıştır.

Bununla birlikte bu suçun failine sadece borçlu kişi olarak bakılacak olursa suç, özgü suç olmaktan çıkacaktır. Zira borçlu olmak, ticari ekonomik faaliyetlere bağlı olmayıp herkes, her an borçlu kişi haline gelebilir⁷⁶. Fakat bu suç tipinde alelade bir borçludan bahsedilmemekte, özellikle

69. *Maurach/Schoeder/Maiwald*, § 48 kn. 19; *Richter*, § 81 kn. 28; *Pfordte/Sering*, Vor §§ 283 kn. 28; *Fischer*, Vor § 283 kn. 18; *Heine/Schuster*, § 283 kn. 2; *Mitsch*, § 5 kn. 141; *Tiedemann*, Vor § 283 kn. 59; *Erman*, s. 186; *Önder*, s. 404; *Muşul*, s. 34; *Hafızoğulları/Özen*, s. 420; *Eker-Kazancı*, s. 153; *Bakıcı*, s. 867; *Işıka*, s. 615; *Evik*, s. 126; *Ersoy*, s. 80; *Özen*, s. 3569; *Bekar*, s. 196; *Yılmaz*, s. 277.

70. *Özgenç*, “İflas Suçları”, s. 351, 352.

71. *Muşul*, s. 34; *Evik*, s. 125; *Mehmet Kürtül*, Açıklamalı-Örnekli-İçtihatlı İcra ve İflas Suçları, Ekim 2012, s. 8; *Artuç/Gökcan/Yaşar*, s. 5266; *Parlar/Hatipoğlu*, s. 2660; *Artuç*, s. 484; *Işıka*, s. 615; *Ersoy*, s. 80.

72. *Özgenç*, “İflas Suçları”, s. 352.

73. *Richter*, § 81 kn. 29.

74. *Kuru*, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, s. 356; *Yıldırım/Deren Yıldırım*, s. 355.

75. *Pfordte/Sering*, Vor §§ 283 kn. 28; *Martin Heger*, “§§ 283 Bankrott”, in Lackner/Kühl Strafgesetzbuch: StGB, 29. Auflage, C. H. Beck, 2018, § 283 kn. 2; *Eker-Kazancı*, s. 153.

76. *Pfordte/Sering*, Vor §§ 283 kn. 30; *Evik*, s. 155.

hakkında iflas kararı verilebilecek ya da verilmiş olan borçlu kişiden söz edilmektedir⁷⁷. Gerçi İcra ve İflas Kanunu'nun “*Konkordatonun reddinden sonra iflas ve ihtiyati haciz*” başlıklı 301'inci maddesinde yer alan hükümde 15.03.2018 tarihli ve 30361 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan “İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”la yapılan değişiklikten evvel iflasa tabi olmayan borçlu kişilerin de haklarında iflas kararı verilebilmesi mümkün haldeydi. Nitekim bu 301'inci madde hükmüne göre konkordato tasdik olunmaz yahut mühlet kaldırılırsa, **borçlu iflâsa tâbi kişilerden olmasa bile**, alacaklılardan birinin İcra ve İflas Kanunu'nun 300'üncü maddesine göre yapılacak ilândan itibaren on gün içinde vuku bulacak talebi üzerine **borçlunun derhâl iflâsına karar verileceği** ifade edilmişti. Görüldüğü üzere bu hüküm, iflas kararı için borçlunun iflasa tabi bir kişi olmasına dair gerekliliğe istisna getirmekte, bu kişiler bakımından da iflas kararı verilebilmesine imkân tanımaktaydı. Dolayısıyla bu suçun failinin sadece borçlu kişiler olabileceği yönünde bir argümandan hareket edilmesi, bu borçlu kişinin muhakkak iflasa tabi kişi olmasının aranmaması, suçun özgülü suç olmadığı görüşünün ileri sürülmesine neden olabilecektir. Ancak 15.03.2018 tarihinde yapılan bu değişiklikle birlikte İcra ve İflas Kanunu'nun 301'inci maddesi hükmünde önemli bir değişiklik yapılmış ve 308'inci madde kapsamında konkordato tasdik edilmediği, mahkemenin konkordato talebinin reddine karar verdiği ve bu kararın 288'inci madde uyarınca ilân edilerek ilgili yerlere bildirildiği durumlarda borçlunun iflâsa tabi şahıslardan olması ve doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birinin mevcut olması hâlinde mahkemenin borçlunun iflâsına resen karar verebileceği şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Böylelikle bir borçlunun hakkında iflas kararı verilebilmesi için mutlaka iflasa tabi kişilerden olmasına istisna getiren konkordatonun kabul edilmemesi hali, artık sadece iflasa tabi borçlular hakkında iflas kararının verilebilmesine imkân veren bir durum haline getirilmiştir.

Şu hâlde yapılan bu son dönem değişikliğiyle birlikte iflas suçlarının, dar bir faillik alanı ile sınırlı olup suçun failinin, ancak “iflasa tabi” borçlu bir kişi olabileceği rahatlıkla belirtilebilir. Bu durum, hem madde gerekçesinden hem de madde metninde yer alan objektif cezalandırılabilirlik koşulu olarak nitelendirilen “iflas kararı” verilebilecek kişilerden olma şartı nedeniyle de anlaşılmaktadır⁷⁸. Bu kapsamda suçun faili ancak iflasa tabi kişiler olabildiğinden evvela iflasa

77. **Dönmezer**, kn. 403; **Talip Uyar**, “Taksiratlı (Taksirli) ve Hileli İflas”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, 2009, s. 946. Bu açıdan *Mitschi*'nin bu suçun faili olarak borçlu kişiyi göstermesini (bakınız **Mitsch**, § 5 kn. 146) yerinde görmemekteyiz. Ayrıca borçlu kişinin, iflasa tabi olup olmadığı bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nun 155'inci maddesinde “...kendisinin iflasa tabi kimselerden bulunmadığına dair itirazı varsa...” şeklindeki ifadeyle borçlu kişinin iflasa tabi kişilerden olmadığı yönünde bir iddiada bulunabilmesi imkânı tanınmıştır. Bakınız **Eker-Kazancı**, s. 153. Yargıtay kararlarında da öncelikle failin iflasa tabi olup olmadığı hususu irdelenmektedir. Bkz. YHGK, 05.05.1981, 1981/3278 E., 1981/4579 K. (**Evik**, s. 125).

78. **Heger**, § 283 kn. 2; **Maurach/Schoeder/Maiwald**, § 48 kn. 19; **Richter**, § 81 kn. 31; **Heine/Schuster**, § 283 kn. 2. Alman hukukunda da § 283 fıkra 6 hükmünde yer alan failin ödemeyi durdurması veya malvarlığı üzerinde iflas davası açılmış olması ya da iflas davası açılması talebinin malvarlığının yetersizliği nedeniyle reddedilmesi şeklindeki objektif cezalandırılabilirlik koşulu nedeniyle bu suçun özgülü bir suç olduğu ifade edilmektedir (BGH 6.11.1986 - 1 StR 327/86, BGHSt 34, 221 - **Pfordte/Sering**, Vor § § 283 kn. 28). Nitekim Alman hukukunda “Borçluyu Kayırma” şeklindeki § 283d hükmü istisna olmak üzere iflas suçlarının faili, borçlu kişiler olarak görülmekte, iflas suçları da özgülü suçlar olarak nitelendirilmektedir (**Fischer**, Vor § 283 kn. 18; **Maurach/Schoeder/Maiwald**, § 48 kn. 19; **Richter**, § 81 kn. 31).

tabi olan kişilerin kimler olduğu ortaya konmalıdır. Bunun için “İflas yolu ile takip, ancak Ticaret Kanunu gereğince tacir sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tabi bulunanlar ile özel kanunlarına göre tacir olmadıkları halde iflasa tabi buldukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar hakkında yapılır.” şeklindeki İcra ve İflas Kanunu’nun 43’üncü maddesine dayanılmaktadır. Zira bu düzenlemeye göre hakkında iflas yoluyla takip yapılabilecek kişiler belirli olup borçlunun borcunu ödeyemediğinden hakkında iflas kararı verilebilmesi için iflasa tabi bir kişi olması gerekmekte, dolayısıyla da hileli iflas suçunun faili sadece iflasa tabi kişilerden oluşabilecektir⁷⁹.

Bununla birlikte bu suçun failinin, madde gerekçesinde yer aldığı üzere sadece *iflasa tabi bir borçlu, yani tacir olabileceği* şeklindeki ifade de doğru olmayacaktır⁸⁰. Zira tacirler, bu suçun faili olabileceklerin yalnızca bir grubudur. Nitekim iflasa tabi olan kişiler, üç grupta tasnif edilebilir. Buna göre ilk grup, tacirlerden; ikinci grup, Türk Ticaret Kanunu gereğince tacir sayılan kişilerden; üçüncü grup ise tacir olmadıkları halde özel kanun hükümlerine göre iflasa tabi kılınmış kişilerden oluşmaktadır. Dolayısıyla madde gerekçesinde yer alan bu ifadenin tam anlamıyla makul olmadığını vurgulamakta fayda bulunmakta, bu ifadenin “*iflasa tabi olan borçlu kişi*” şeklinde anlaşılması daha doğru görünmektedir.

Bu çerçevede suçun faili olabilecek **ilk grup tacirlerdir**. Kural olarak sadece tacirler iflasa tabidir (İİK md. 43; TTK md. 18). Öyle ki Türk Ticaret Kanunu’nun 18’inci maddesine göre tacir, her türlü borcu için iflasa tabidir. Tacir, bir ticari işletmeyi (TTK md. 11)⁸¹ kısmen dahi olsa kendi adına işleten kişiye denir (TTK md. 12). Tacir, hem ticari işletmesinden kaynaklı borçlardan hem de ticari işletmeyle ilgili olmayan borçlarından dolayı iflasa tabidir⁸². Şu hâlde kişinin tacir olması kaydıyla borcun nereden kaynaklı olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Bu çerçevede esnaf ve sanatkârlar odasına kayıtlı olan kişi, tacir olmadığından iflasa tabi kabul edilmeyecektir⁸³.

İkinci grup ise tacir tanımına uymasa da *tacir sayıldıkları için iflasa tabi olan kişilerden* oluşmaktadır. Nitekim bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan gerçek bir kimsenin de, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılacağı ifade edilmiş (TTK md. 12/2), dolayısıyla iflasa tabi olduğu öngörülmüştür.

Yine kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişinin de tacir sayılacağı belirtilmiş (TTK md. 14/1), iflasa tabi kılınmıştır. Şu hâlde

79. **Erman**, s. 186. İflasla tabi kişilerin kimler olduğuna dair detaylı izahat için bakınız **Baki Kuru**, “Türk Hukukunda İflasla Tabi Olan Şahıslar”, Makaleler, Arıkan, İstanbul 2006.

80. **Yılmaz**, s. 277.

81. Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir (TTK md. 11).

82. **Eker-Kazancı**, s. 153.

83. **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, s. 361, 365.

kanunen ticaret yapması yasaklanmış olmasına rağmen ticari işletme işleten bir devlet memuru, avukat⁸⁴ ve hatta mevzuata göre alması gereken ruhsatı almadan eczane açan eczacı da⁸⁵ tacir sayılacak ve iflasa tabi kabul edilecektir.

Bu çerçevede bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimsenin de, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olacağı (TTK md. 12/3), böylelikle tacir sayılacağı belirtilmiş, bu suretle de iflasa tabi kılınmıştır. Burada önem arz eden husus, bu kişilerin sadece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olduklarıdır⁸⁶. Dolayısıyla bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimsenin iflası, yalnızca iyi niyetli üçüncü kişiler tarafından istenebilir.

Ayrıca küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten yasal temsilci, tacir sayılmadığından (TTK md. 13) tacir sıfatının temsil edilene ait olduğu, bununla birlikte yasal temsilcinin ceza hükümlerinin uygulanması yönünden tacir gibi sorumlu olduğu ifade edilmiştir (TTK md. 13).

Birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları hâlinde söz konusu olan donatma iştirakinin (TTK md. 1064) sona ermesi, çoğunluk kararı ile fesih şeklinde olabileceği gibi (TTK md. 1082) donatma iştiraki hakkında iflasın açılmasıyla da sona erebilir (TTK md. 1084). Bu bakımdan donatma iştiraki de ikinci grup kapsamında görülmekte ve her türlü borcu nedeniyle iflasa tabi addedilmektedir. Burada önem arz eden husus, donatma iştirakinin paylı maliklerinden hangisi veya hangileri iflastan önce veya sonra hileli davranışlarıyla donatma iştirakinin iflasına neden olmuşsa yalnızca bun kişi(ler) hakkında faillikten bahsedilebilecek ve bu kişilerin ceza sorumluluğuna gidilebilecektir⁸⁷.

Nihayet *tacir olmadıkları halde özel kanun hükümlerine göre iflasa tabi kılınmış kişilerden* oluşan **üçüncü grup** kapsamında evvela ticareti terk eden kişiler bulunmaktadır. Buna göre ticareti terk eden bir tacirin, 15 gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecbur olduğu belirtilmiştir (İİK md. 44/1). Yine bunun, keyfiyet ticaret sicili memurluğunca ticaret sicili ilanlarının yayımlandığı gazetede ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mutad ve münasip vasıtalarla ilan olunacağı ifade edilmiş, en önemlisi de bu ilan tarihinden itibaren bir sene içinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflas yolu ile takip yapılabileceği düzenlenmiş (İİK md. 44/2), böylelikle özel bir hükümle ticareti terk eden eski tacir açısından en azından belirli bir süreliğine iflasa tabi olmasını mümkün kılan bir hüküm ihdas edilmiştir.

84. Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, kn. 1402; Artuç/Gökcan/Yaşar, s. 5267; Kuru, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, s. 361; Evik, s. 127.

85. Evik, s. 127.

86. Evik, s. 145; Artuç, s. 485.

87. Evik, s. 146; Parlar/Hatipoğlu, s. 2661; Artuç, s. 485.

Kollektif şirketi ortakları da, tacir olmasalar bile salt bu ortaklık sıfatları nedeniyle özel düzenlemelerle iflasa tabi kılınmışlardır. Esasen şirketin iflası, şirket ortaklarının iflasını gerektirmez (TTK md. 240). Bununla birlikte depo kararına rağmen para yatırılmadığı takdirde alacaklı, depo kararının ortaklara veya içlerinden bazılarına da tebliğini ve gereğini yerine getirmediği takdirde şirketle birlikte bu kişilerin de iflaslarına karar verilmesini mahkemeden isteyebilir. Bu hakkını kullanmamış olan alacaklının, şirket masasından alacağını tamamen alamaması hâlinde ortakları iflas yoluyla da ayrıca takip hakkı saklı kılınmıştır (TTK md. 240). Burada önemli olan, bu ortak olan kişinin suç kapsamındaki hareketi, temsil ve yönetim yetkisi kapsamında gerçekleştiren yönetici yahut temsilci ortak veya müdür konumundaki bir kimsenin gerçekleştirmesidir⁸⁸. Benzer durum, komandit şirket ortakları açısından da geçerlidir. Yani komandit şirket ortakları da kollektif şirket ortakları gibi şirketin borçları sebebiyle iflasa tabidir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda da özel düzenlemelerle bazı kişiler iflasa tabi hale getirilmiştir. Nitekim Bankacılık Kanunu'nun 110'uncu maddesine göre bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında 71'inci madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti hâlinde⁸⁹, bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak bunların şahsi sorumlulukları yoluna gidilerek, Fon Kurulu kararına istinaden ve Fonun talebi üzerine doğrudan şahsen iflaslarına mahkemece karar verilebilir. Bu hükmün devamında iflası istenenler hakkında mahkemece 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 257'nci ve izleyen maddeleri hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir (Bankacılık Kanunu md. 110/3). Yine Sermaye Piyasası Kanunu'nun "Tedricî tasfiye ve iflas durumlarında uygulanacak tedbirler" başlıklı 98'inci maddesine göre sermaye piyasası kurumlarının iflası veya 86'ncı madde uyarınca tedricî tasfiyeye girmesi durumlarında, sorumlulukları tespit edilmiş bulunmak kaydıyla; doğrudan veya dolaylı yüzde onundan fazla paya sahip ortaklarının, görevden ayrılmış olan veya görevde bulunan, yönetim kurulu üyelerinin ve imzaya yetkili yöneticilerinin, portföy yönetim şirketi yöneticilerinin ve konut finansmanı

88. Evik, s. 140.

89. Bankacılık Kanunu'nun "Faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devir" başlıklı 71'inci maddesine göre denetlemeler sonucunda bir bankayla ilgili olarak;

- Bu Kanunun 70 inci maddesi kapsamında alınması istenen tedbirlerin Kurul tarafından verilen süre içerisinde ya da her halükârda en geç on iki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması ya da bu tedbirleri kısmen veya tamamen almış olmasına rağmen, mali bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi mali bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi,
- Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması,
- Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi,
- Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması,
- Hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması,

Hâllerinden bir veya birkaçının varlığı durumunda Kurul, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararlar bankanın faaliyet iznini kaldırmaya ya da kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fona devretmeye yetkilidir.

fonları ile varlık finansmanı fonlarının fon kurulu üyelerinin şahsen iflaslarının istenmesi imkanı getirilmiştir (Sermaye Piyasası Kanunu md. 98/1).

Bu kapsamda son olarak terekenin iflasından da söz edilebilir. Buna göre icra takibi sırasında borçlu öldüğünde tereke henüz taksim edilmemiş veya resmi tasfiyeye tabi tutulmamış yahut mirasçılar arasında aile şirketi tesis olunmamışsa borçlu hayatta olsaydı hangi usul tatbik olunacak idi ise terekeye karşı ona göre takip devam eder (İİK md. 53/2). Şu hâlde tacir gibi iflasa tabi olan bir kişinin, iflas yoluyla takip yapıldıktan sonra ölmesi durumunda, alacaklı kişi tarafından terekeye karşı iflas yoluyla takip yapılabilecektir. Yeter ki alacaklı, bu terekeye karşı iflas takibine devam etme iradesini açıkça ortaya koymuş olsun. Burada iflas takibine konu olabilecek mallar da yalnızca mirasa konu mallardır. Bununla birlikte iflasa tabi kişilerden olsalar dahi mirası kabul etmiş olan mirasçı aleyhine mirasçılar iflas takibine devam edilmesi mümkün değildir. Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nun 53'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre bu takibin mirasçıya karşı devam edebilmesi ancak rehinin paraya çevrilmesi veya haciz yollarıyla kabildir.

Görüldüğü üzere buraya kadar değinilen iflasa tabi kılınan kişilerin her biri gerçek kişiler olup bu durum, bu kişilerin hileli iflas suçunu işleyebilmeleri bakımından bir sorun teşkil etmemektedir. Ancak yukarıda sayılan gruplar arasında iflasa tabi kılınan bir grup var ki, bu grup esasen **tacir sayıldıkları için iflasa tabi olan kişilerden** oluşup **ikinci grup** kapsamında yer alan Türk Ticaret Kanunu'nun "Tüzel kişiler" başlıklı 16'ncı maddesinin birinci fıkrası gereğince tacir sayılan tüzel kişilerdir. Buna göre ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar, tacir sayılırlar (TTK md. 16/1). Dolayısıyla bu tüzel kişilerin her birinin iflasa tabi olduğu belirtilebilir⁹⁰. Ancak belediye, vilayet ve Devlet gibi kamu tüzel kişilerinin ya da kamuya yararlı derneklerin, söz konusu ticari işletmeyi özel hukuk hükümlerine göre değil de, kamu hukuku hükümlerine göre idare edilen ve işletilen tüzel kişi eliyle işletmeleri yahut da doğrudan kendilerinin işletmeleri durumunda tacir sayılmalarından ve iflasa tabi olmalarından söz edilemeyecektir⁹¹. Burada önem arz eden husus, bu tüzel kişilerin, ilgili ticari işletmeyi mutlaka özel hukuk hükümlerine göre idare edilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletmeleri gerekmektedir ki burada tacir sayılmadan ve iflasa tabi kılınmadan söz edilebilsin.

İşte tam bu noktada tüzel kişiler, Türk Ceza Kanunu'nun "Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır." şeklindeki hüküm (md. 20/2) gereğince de ceza hukukunda fail olamayacaklarından dolayı⁹² bu tüzel kişiler nezdinde hileli tasarruflarda bulunan tüzel kişinin yöneticilerinin ya da başka bir sıfatı haiz gerçek kişilerin hileli iflas suçu kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacaklarının tartışması yapılabilir. Bu kapsamda tacir olmadıkları halde özel kanun

90. Kuru, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, s. 361.

91. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, kn. 1406.

92. Hafızoğulları/Özen, s. 420; Eker-Kazancı, s. 154; Evik, s. 129.

hükümlerine göre iflasa tabi kılınmış kişilerden oluşan üçüncü grup kapsamında yer verilecek gerek 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ve gerekse 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda özel düzenlemelerle banka yöneticileri ve denetçileri gibi bazı kişilerin iflasa tabi kılınmış olmaları göz önünde bulundurulabilir. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun "Tüzel kişiler" başlıklı 16'ncı maddesinin birinci fıkrasında tacir sayılan tüzel kişilerden olan vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlarda nasıl bir sorumluluk yoluna gidileceği üzerinde ayrıca durulmalıdır. Yani bir belediye tarafından işletilen bir kurum, ilgili yöneticinin hatasıyla zarar görse ve alacaklılar tarafından iflas takibi yapılsa, söz konusu yönetici de hileli tasarruf yapmış olsa bu yönetici, bu suçun faili olabilecek midir? İşte bu sorunun cevabı, Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmünün madde gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre *bir tüzel kişinin tacir olması durumunda, tüzel kişiliğin organ veya temsilcisi olan, tüzel kişi adına tasarrufta bulunan gerçek kişiler de suç faili olabileceklerdir*. Dolayısıyla bu suç nedeniyle ilgili tüzel kişiliğin bütün ortakları ya da çalışanlarının sorumlu tutulması mümkün olmayıp yalnızca tüzel kişinin temsilcisi olup da bu hileli davranışı gerçekleştiren kişiler fail olarak addedilebilecektir⁹³. Nitekim bu durum, İcra ve İflas Kanunu'nun "Hükmi şahısların muamelelerinde kimlerin ceza göreceği" başlıklı 345'inci maddesinde de bir anlamda ifade edilmiştir. Söz konusu hükme göre bu kanunda yazılı suçlar, hükmi bir şahsın idare veya muamelelerini ifa sırasında işlenmiş ise ceza o hükmi şahsın müdürlerinden, mümessil ve vekillerinden, tasfiye memurlarından, idare meclisi reis ve azasından veya murakıp ve müfettişlerinden fiili yapmış olan hakkında hükmolunur (İİK md. 345/1). Böylelikle her ne kadar doktrinde bu şekilde gerekçeyle ortaya konulan çözümün kanunilik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiş olsa da⁹⁴ yukarıdaki sorunun cevabı verilmiştir.

Böylelikle sırf iflasa tabi bir tüzel kişilik nezdinde buldukları için bazı kişilerin iflasa tabi olup olmadıklarına bakılmaksızın haklarında iflas takibi yapılmasına imkân tanınmıştır⁹⁵. İşte bu durumun, bu suçun özgü bir suç olma özelliğini etkileyip etkilemeyeceği de irdelenmelidir. Esasen gerek İcra ve İflas Kanunu madde 345 hükmü gereğince sorumlu tutulabilecek kişilerin mümessil ve vekil, tasfiye memurları, idare meclisi reis ve azası şeklinde yine müşahhas olarak belirlenmiş olması, gerekse Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmü gerekçesinde yer alan *bir tüzel kişinin tacir olması durumunda, tüzel kişiliğin organ veya temsilcisi olan, tüzel kişi adına tasarrufta bulunan gerçek kişilerin* sorumlu tutulacağına ifade edilmiş olması, bu suçun yine ancak belirli sıfatı haiz kişiler tarafından işlenebileceğini göstermektedir. Hatta bu belirli sıfatı haiz kişilerin, iflasa tabi kılınmış tüzel kişilikle bir ilişki içerisinde bulunması, fiilin işlendiği esnada bu tüzel kişilik nezdinde belirtilen görevlerden birinin başında bulunması da⁹⁶ faillik niteliğinin özellik derecesini artırmakta, suçun özgü bir suç olmaya devam ettiği yönündeki düşüncüyü pekiştirmektedir⁹⁷.

93. Artuç, s. 486.

94. Hafızoğulları/Özen, s. 420.

95. Bu hususta detaylı açıklamalar için bakınız Evik, s. 125 vd.

96. Heine/Schuster, § 283 kn. 2a.

97. Benzer yönde görüş için bakınız Ersoy, s. 80.

Tüm bu bilgiler karşısında iflas suçlarının özgülü suç niteliği, bu özel niteliği haiz olmayan ve fakat suçun işlenmesine önemli derecede katkı sağlayarak failliğin koşulu fiil hakimiyetine sahip olan kişinin suçun işlenmesine yaptığı bu katkı nedeniyle hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmemektedir⁹⁸. Bu hususa iştirak kapsamında detaylı olarak değinileceğinden şimdilik bu kişilerin, yalnızca şerik olarak sorumlu tutulabilecekleri⁹⁹ yönünde bilgiyle yetinilecektir.

2. Mağdur

Hileli iflas suçunun mağduru tespit edilirken korunan hukuki değerden hareket edilmesi gerekir. Zira sadece bireysel koruma kapsamında alacaklının alacak hakkı esas alındığında direkt borçlunun hileli veya taksirli davranışı nedeniyle alacağını tahsil edemeyen ve zarar gören yahut da tahsil edememe tehlikesiyle karşı karşıya gelen alacaklı konumundaki gerçek kişi veya kişilerin suçun mağduru olduğu ifade edilecektir¹⁰⁰. Oysa ki bu suçun ekonomik düzen ve kredi sisteminin işleyişi, toplumsal güven şeklindeki toplumsal koruma yönüne dikkat edildiğinde mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğu da belirtilebilir. Bu bakımdan aynı zamanda tehlike suçu olan hileli iflas suçunun mağdurunun, doğrudan zarar gören ya da zarar tehlikesi altında olan kişilerin yanı sıra kamunun da olabileceği özellikle vurgulanmalıdır¹⁰¹. Dolayısıyla Yargıtay'ın iflas tarihinden sonra müflisten alacaklı durumuna gelen şikayetçinin suçtan doğrudan doğruya zarar görmesinin söz konusu olamayacağından bahisle temyiz isteğinin reddine karar verilmesinde isabet görmediği kararının¹⁰² bu bilgiler ışığında değerlendirilmesinde fayda gördüğümüzü, Yargıtay'ın kararında haklı olduğunu özellikle vurgulamak gerekir.

3. Konu

Suçun konusu tespit edilirken icra ve iflas hukukundan ve de ceza hukukunun malvarlığına ilişkin suçlarında yer alan malvarlığı kavramından yararlanılması makul olacaktır¹⁰³. Buna göre suçun konusu, öncelikli olarak belirli bir maddi değeri olan, iflas davasının açılması durumunda iflas masasına ait, cebri icraya tabi, borçluya ait taşınır ve taşınmaz mallar, bunların kısımları ve bunların dışında her türlü alacak haklarıdır¹⁰⁴.

98. Richter, § 81 kn. 32; Erman, s. 186.

99. Erman, s. 186; Evik, s. 126.

100. Muşul, s. 42; Hafizoğulları/Özen, s. 421; Evik, s. 159; Artuç/Gökcan/Yaşar, s. 5268; Artuç, s. 487; Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 123; Özgenç, "İflas Suçları", s. 352; Bakıcı, s. 867; Kürtül, s. 9; Parlar, s. 1947; Işıka, s. 617; Ersoy, s. 83; Özen, s. 3570; Bekar, s. 196; Yılmaz, s. 278.

101. Bu yönde görüş için bakınız Evik, s. 159.

102. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 15.02.2006, 2005/3742 Esas ve 2006/931 Karar sayılı karar için bakınız Bakıcı, s. 876.

103. Pfordte/Sering, § 283 kn. 9.

104. Heine/Schuster, § 283 kn. 3a; Fischer, § 283 kn. 3; Maurach/Schroeder/Maiwald, § 48 kn. 22; Beukelmann, kn. 36; Radtke/Petermann, § 283 kn. 12; Kindhäuser, § 283 kn. 8; Tiedemann, § 283 kn. 16; Önder, s. 405; Ersoy, s. 83, 84; Pfordte/Sering, § 283 kn. 9; Artuç, s. 487; Kürtül, s. 9; Bakıcı, s. 867; Artuç/Gökcan/Yaşar, s. 5269; Işıka, s. 614; Parlar, s. 1953; Evik, s. 119, 120; Bekar, s. 200; Parlar/Öztürk, s. 244.

Burada önem arz eden hususlardan ilki, borçluya ait olan bu malvarlığı değerlerinin, iflas masasına konu olabilesidir¹⁰⁵. İcra ve İflas Kanunu'na göre iflas açıldığı zamanda müflisin haczi kabil bütün malları hangi yerde bulunursa bulunsun bir masa teşkil eder ve alacakların ödenmesine tahsis olunur, iflasın kapanmasına kadar müflisin uhdesine geçen mallar masaya girer (İİK md. 184/1). Dolayısıyla iflas açıldığı andan itibaren borçlunun uhdesinde bulunan mallarla iflasın kapanmasına kadar borçlunun uhdesine geçen malvarlığı kısımları, iflas masasının konusunu oluşturacak, aynı zamanda suçun da konusu olacaklardır¹⁰⁶. Bu bakımdan dava süresince borçlunun kendi emeğiyle, hizmetleri karşılığında elde ettiği kazançlar suçun konusu olamayacakken borçluya bırakılan miras ya da bağışlar suçun konusu olabilecektir¹⁰⁷.

Bununla birlikte bu malların mutlaka maddi bir değeri bulunmalıdır. Dolayısıyla hiç değeri olmayan ya da sadece manevi bir değer taşıyan şeyler, bu suçun konusu olamaz¹⁰⁸. Ayrıca her ne kadar Türk doktrininde aksi görüş ileri sürülmüş olsa da¹⁰⁹ haczedilemeyen mallar da bu suçun konusu olamaz¹¹⁰. Haczedilemeyen mallar ve haklar, İcra ve İflas Kanunu'nun 82'nci maddesinde sıralanmıştır. Şu hâlde haczedilemeyen belirli ev eşyaları bu suçun konusu olamayacaktır. Nitekim söz konusu hükme göre birden fazla olmamak kaydıyla borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşyanın haczedilemeyeceği belirtilecektir. Keza devredilebilir olmayan satın alma hakkı da haczedilebilir olmadığından bu suçun elverişli konusu olamaz¹¹¹. Mülkiyeti muhafaza altına alınarak satılan eşya gibi üçüncü kişilerin rehin olarak verdikleri eşyalar, malvarlığı kısmı olamaz, dolayısıyla da bu suçun konusu olamazlar¹¹².

Bununla birlikte İcra ve İflas Kanunu'nun 83'üncü maddesinde kısmen haczedilebilen şeyler de sıralanmıştır. Söz konusu hükme göre maaşlar, tahsisat ve her nevi ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama müstenit olmayan nafakalar, tekaüt maaşları, sigortalar veya tekaüt sandıkları tarafından tahsis edilen iratlar, borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra memurunca lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczedilebilir. Dolayısıyla bu şekilde kısmen haczedilebilen malların da iflas suçunun konusunu oluşturabileceği ifade edilebilir.

105. Artuç, s. 487; Işıka, s. 614; Ersoy, s. 84; Bekar, s. 200; Yılmaz, s. 272.

106. Pfordte/Sering, § 283 kn. 9; Artuç, s. 487; Artuç/Gökcan/Yaşar, s. 5269; Işıka, s. 614; Ersoy, s. 84; Özen, s. 3569; Bekar, s. 200.

107. Pfordte/Sering, § 283 kn. 9; Artuç, s. 487; Artuç/Gökcan/Yaşar, s. 5269.

108. Kindhäuser, § 283 kn. 8; Pfordte/Sering, § 283 kn. 9.

109. Evik, s. 120. Bununla birlikte *yazarın*, eserinin bir başka kısmında haczedilemeyen bir malın iflas masasına dahil olmayacağından hileli iflas suçunun konusu olamayacağını ifade etmiştir. Bakınız Evik, s. 206.

110. Heine/Schuster, § 283 kn. 3a; Fischer, § 283 kn. 3; Beukelmann, kn. 37; Kindhäuser, § 283 kn. 8; Muşul, s. 103; Artuç, s. 487; Bekar, s. 200. Artuç, bu kapsamda suçun konusu olabilecek değerleri, örnek mukabilinden şu şekilde sıralamıştır: “Borçlunun haczedilebilen malları içine müflisin taşınır ve taşınmaz malları, vadeli vadesiz veya şarta bağlı tüm alacakları, parası, bankalardaki mevduatı, paylı ve elbirliği mülkiyeti hisseleri, intifa hakkı, taksim edilmemiş bir mirastaki hissesi, fikir ve sanat eserleri üzerindeki mali hakları, müflise ait rehinli haklar, borçlunun iflastan önce haczedilmiş olan mal ve hakları, ihtiyati haciz veya geçici hacze konu olan mallar...” Bakınız Artuç, s. 487; Artuç/Gökcan/Yaşar, s. 5269.

111. BGH NSTz 95, 86 – Heine/Schuster, § 283 kn. 3a; Radtke/Petermann, § 283 kn. 12.

112. Radtke/Petermann, § 283 kn. 12; Heine/Schuster, § 283 kn. 3a; Kindhäuser, § 283 kn. 8; Kürtül, s. 9; Muşul, s. 103; Artuç, s. 488; Artuç/Gökcan/Yaşar, s. 5269.

Nihayet bu malvarlığı kısımlarının hukuka uygun şekilde iktisap edilmiş olması da gerekli değildir¹¹³. Dolandırıcılık yoluyla elde edilmiş eşya da ilgili kişinin itiraz hakkına rağmen borçlu kişinin malvarlığı hakları arasında yer alır ve bu suçun konusu olabilir¹¹⁴. Buna rağmen borçlunun çalışma gücü¹¹⁵ ve onun adını ihtiva eden firma ismi, bu suçun konusu olabilecek olan malvarlığı kısımları arasında yer almaz¹¹⁶. Bu durum, borçlunun kendisinden çalınmış olan malları bakımından da geçerli olup bu mallar da bu suçun konusu olamaz¹¹⁷.

Tüm bu bilgilerin yanında suç kapsamında yer alan belirli hareketler açısından her ne kadar yine suçun konusu iflas masasını teşkil edecek olan malvarlığı değerleri olsa da daha önce gelen başka bir konudan da bahsedilebilir. Bu hareketler, malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi ile gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesidir. Nitekim bu hareketler nezdinde suçun konusu, malvarlığı değerlerinin yanı sıra ve hatta bunlardan önce söz konusu belgelerdir¹¹⁸. Öyle ki suç, bu belgeler aracılığıyla işlenmekte, bu belgeler üzerinde gerçekleştirilmektedir. Bu belgelerin gerektiği şekilde tutulması şeklindeki yükümlülük, her şeyden önce tacirin işletmesi üzerinde idare ve kontrolünü mümkün hale getirmekte ve böylelikle dolaylı olarak alacaklıların koruma altına alınması da sağlanmaktadır¹¹⁹. Dolayısıyla belgelerin yer aldığı hareketler açısından gizlenen veya yok edilen ya da hatalı şekilde düzenlenen belgelerin de suçun konusu olabileceği rahatlıkla belirtilebilir¹²⁰.

4. Fiiil

a. Genel Olarak

Öncelikle ifade edilmesi gereken ilk husus, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ihdas edilen hileli iflas suçu kapsamında yer alan bütün hareketlerin detaylı bir şekilde düzenlenmiş olduğudur. Nitekim 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 506'ncı maddesinde "*Hileli müflisler hakkında iki seneden beş seneye kadar ağır hapis cezası verilir.*" şeklindeki hükme yer verilerek yalnızca hileli müflisler için öngörülen ceza yaptırımının belirtilmesiyle yetinilmiş, hareketlerden ne anlaşılması gerektiği İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmüne bırakılmışken¹²¹ mevcut Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmünde hileli

113. BGH GA 55, s. 149 – Heine/Schuster, § 283 kn. 3a; Radtke/Petermann, § 283 kn. 12.

114. Heine/Schuster, § 283 kn. 3a; Kindhäuser, kn. 9; Radtke, kn. 12; Beukelmann, kn. 37.

115. Tiedemann, § 283 kn. 24; Kindhäuser, § 283 kn. 8; Heine/Schuster, § 283 kn. 3a.

116. Heine/Schuster, § 283 kn. 3a.

117. Kindhäuser, § 283 kn. 9.

118. Radtke/Petermann, § 283 kn. 51; Evik, s. 119.

119. Radtke/Petermann, § 283 kn. 42; Kindhäuser, § 283 kn. 54; Pfordte/Sering, § 283 kn. 41.

120. Kindhäuser, § 283 kn. 55; Pfordte/Sering, § 283 kn. 49.

121. Eker-Kazancı, s. 159; Parlar/Hatipoğlu, s. 2659; Artuç/Gökcan/Yaşar, s. 5263; Ersoy, s. 69.

iflastan ne anlaşılması gerektiği açık ve detaylı bir şekilde belirtilmiştir. Bu bakımdan mevcut düzenlemenin belirlilik ilkesi açısından daha uygun olduğu ifade edilebilir.

Gerçi 765 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 506'da hileli iflas eden (müflis) kişiden ne anlaşılması gerektiği konusunda İcra ve İflas Kanunu'nun 311'inci maddesine atıf yapılmış olması, İcra ve İflas Kanunu'nun 311'inci maddesinde de detaylı bir düzenlemenin ihdas edilmiş olması dikkate alındığında bu durumun kanunilik ilkesi açısından herhangi bir soruna neden olup olmadığı tartışılabilir. Ancak yine de suç tipinin ihdas edildiği Türk Ceza Kanunu'nda ceza yaptırımına maruz bırakılan davranışların neler olduğunun açık ve net bir şekilde Türk Ceza Kanunu'nda belirtilmesinin, belirlilik ilkesinin bir gereği olduğu rahatlıkla ifade edilebilir¹²². Nitekim bu husus Adalet Komisyonu Raporunda yer verilen ifadelerle açık bir şekilde vurgulanmıştır¹²³. Bir defa Türk Ceza Kanunu'nda buna benzer birçok kavramın diğer kanunlara bırakılması, hem ceza hukuku uygulamasını zorlaştıracak, hem de bu kanunların değişiklik ihtimaline binaen hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ceza hukukunun güvence fonksiyonuna aykırı durumların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecekti. Bu bakımdan mevcut düzenlemede olduğu gibi, hileli iflastan ne anlaşılması gerektiğinin açıkça yine ceza kanununda belirtilmesi, hele hele İcra ve İflas Kanunu'ndaki düzenlemede yer verilen hareketlerin örnek olarak yer verildiği, yani tahdidi olmadığı yönündeki görüş¹²⁴ karşısında, İcra ve İflas Kanunu'nun eski tarihli bir kanun olması gibi bir gerçek de dikkate alındığında oldukça makul olmuştur¹²⁵. Bu nedenle Adalet Komisyonu raporunda yer alan ifadeler de dikkate alındığında doktrinde yer alan İcra ve İflas Kanunu'ndaki iflas suçları (md. 310 ve 311) varken bu suçların unutulduğu ve Türk Ceza Kanunu'nda hileli iflas suçuyla taksirli iflas suçlarının ihdas edildiği yönündeki ifadeler¹²⁶ hiçbir şekilde doğru olmayacaktır. Türk Ceza Kanunu'ndaki bu düzenlemeler, İcra ve İflas Kanunu'ndaki hükümler unutulurak, gözden kaçırılarak bilinçsiz bir şekilde ihdas edilmemiş, bilakis kanun koyucunun bilinçli tercihiyle öngörülmüştür.

122. Artuç/Gökcan/Yaşar, s. 5265; Malkoç, s. 2782; Evik, s. 200; Ersoy, s. 69; Bekar, s. 194, 195; Yılmaz, s. 271.

123. Adalet komisyonu Raporunda, "...hangi fiillerin suç oluşturduğunun kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Bu düşüncenin bir sonucu olarak ancak bir kanuni tanımda belirlenen muayyen fiiller, ceza yaptırımını gerekli kılabılır. Bu bakımdan belirli bir kanuna yollamada bulunmak suretiyle soyut olarak bu Kanuna aykırı davranışların ceza yaptırımına bağlanması suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Suç tanımlarının redaksiyonunda bu ilkeye bağlı kalmaya büyük bir özen gösterilmiştir. Örneğin Hükümet Tasarısında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi hileli ve taksirli iflas suçlarının sadece yaptırımı belirlenmiştir (madde 224). Buna karşılık hangi fiil ve davranışların bu suçları oluşturacağı konusunda herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bu konuda 9.6.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 310. Ve 311. Maddelerinde yapılan düzenlemelere yollamada bulunulmuştur. Komisyonumuzda yapılan çalışmalarda ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesinin gereği olarak hileli ve taksirli iflas suçlarını hangi fiil ve davranışların oluşturduğu, açık ve seçik bir şekilde belirlenmiştir." şeklindeki ifadelerle yer verilmiştir.

124. Erman, s. 205; Görgün, s. 440. Bu görüşe rağmen Özgenç, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde de hileli iflas suçu kapsamındaki hareketlerin sınırlı olduğunu, bu durumun ceza hukukunun güvence fonksiyonu açısından uygun olmayacağını, belirlilik ilkesine aykırılığın söz konusu olacağını ifade etmektedir (Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 110). Benzer görüş için bakınız Eker-Kazancı, s. 158.

125. Işıka, s. 607; Evik, s. 200; Bekar, s. 195.

126. Uyar, s. 942.

Tam bu noktada mevcut düzenlemedeki davranışlara değinmeden evvel halen yürürlükte olan ve hileli iflas sayılan davranışları belirten İcra ve İflas Kanunu'nun 311'inci maddesiyle mevcut düzenleme olan Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmü arasındaki ilişkiye değinmekte fayda bulunmaktadır. Zira birazdan incelenecek olan davranışları ceza yaptırımına altına alan Türk Ceza Kanunu madde 161 ile İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmü arasında önemli benzerlikler bulunmaktaysa da yaptırım da dahil bazı farklılıklar dikkat çekmektedir. Bilhassa İcra ve İflas Kanunu madde 311 kapsamında yer alıp da Türk Ceza Kanunu madde 161'de yer almayan fiillerin varlığı göz önünde bulundurulduğunda, bu iki düzenleme arasındaki ilişkinin özel olarak irdelenmesi gerekli hale gelmektedir. Öyle ki her ne kadar İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmünün halen yürürlükte olduğunu belirten bazı yazarların varlığı göze çarpmaktaysa da¹²⁷ sonraki düzenleme olan Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmünün, İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmünü ilga ettiği kabul edildiğinde, İcra ve İflas Kanunu madde 311 kapsamında yer alıp da Türk Ceza Kanunu madde 161'de yer almayan bazı fiillerin artık suç olarak kabul edilmediği, bu fiillerin suç olmaktan çıkartıldığı sonucuna ulaşılabilecek¹²⁸, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde bu fiillerden birini işleyen kişi açısından mevcut kanun döneminde lehe kanunun geçmişe uygulanması kuralı gereğince bir mahkûmiyet hükmüne ulaşamayacak, kişi hakkında beraat kararı verilecektir. Bu çerçevede 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen madde 161 hükmünün sonraki kanun olarak suçu bütün detaylarıyla düzenlemiş olmasından da hareketle İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmünü tamamen ilga ettiği rahatlıkla belirtilebilecektir¹²⁹. Öyle ki Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmü kapsamında yer alan

127. **Uyar**, s. 944; **Kızılarşlan**, s. 27; **İbrahim Ermenek**, "İcra ve İflas Kanunu'nda Öngörülen Cezai Hükümler Bakımından Ne Bis İn Idem İlkesinin Uygulama Alanı", TAAD, Y. 5, S. 19, Ekim 2014, s. s. 294. **Muşul**, iflas suçları kapsamında her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nda yer alan suç tiplerinden bahsetmiş olsa da açıklamalarını daha çok İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan madde 311 hükmü üzerinden yaparak adeta bu hükmün ilga edilmediği düşüncesinde olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Bakınız **Timuçin Muşul**, İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası, Adalet, Ankara 2017, s. 891, 892. İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükümlerinin yürürlükte olduğunu açıkça ifade eden **Ermenek** ise, bu görüşüne gerekçe olarak Türk Ceza Kanunu'nda itibarın iadesi gibi bazı konularda düzenleme bulunmadığını, oysa ki bu konuların İcra ve İflas Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olduğunu, şayet İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan hükümlerin zımnen ilga edildiği kabulüyle hareket edilecek olursa bu defa bu konularda bir açıklığın ortaya çıkmasının söz konusu olduğunu göstermiştir. Bakınız **Ermenek**, s. 295. Bu çerçevede özellikle ifade edilmelidir ki zımnî ilga, daha evvel düzenlenmiş bir konunun daha sonra yeniden düzenlenmesi söz konusu olur. Şayet önceki düzenlemenin konusu ile sonraki düzenlemenin konusu farklı ise bu durumda zımnî ilgadan bahsedilemez. Aynı şekilde sonraki düzenleme, önceki düzenlemenin sadece ilgili olduğu kapsamda zımnî anlamda ilga etkisi gösterir. Yoksa sonraki kanunun itibarın iadesine ilişkin bir düzenleme getirmeyip sadece suç tipini düzenlemiş olması, itibarın iadesini tamamen ortadan kaldırdığı anlamına gelmeyecektir. Bununla birlikte sonraki kanunun sırf iadenin itibarı kurumunu düzenlemediğinden bahisle önceki kanun hükümlerinin tamamının hala geçerli olduğunun belirtilmesi de makul olmayacaktır.

128. **Süheyl Donay**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta, İstanbul 2007, s. 248; **Yıldırım/Yıldırım**, s. 513; Detaylı bilgi için bakınız **Ermenek**, s. 292.

129. **Eker-Kazancı**, s. 158, 159; **Donay**, s. 248; **Özgenç**, "İflas Suçları", s. 343; **Artuç/Gökcan/Yaşar**, s. 5265; **Kürtül**, s. 8; **Ersoy**, s. 73; **Özen**, s. 3572. Bu çerçevede icra ve iflas hukuku üzerine uzmanlaşan bazı yazarlar, Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmünün, İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmünü ilga ettiğine dair açık bir düzenlemenin bulunmadığını, bu minvalde kapsamı daha dar olan Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hükmün yanında İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan hükmün de dikkate alınması gerektiğini belirtmişlerdir. Yani adeta İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmünün tamamen ilga edildiğinden söz edilemeyeceğini, bazı hükümlerinin yine uygulanmaya devam edeceğini ileri sürmüşlerdir. Bu görüş için bakınız **Saim Üstündağ**, "Hileli İflas Suçları Ne Zaman Tamamlanmış Olur ve Böylece Bu Suçlarda Zamanaşımı Süresi Ne Zaman İşlemeye Başlar?", Yargı Dünyası, S. 118, Ekim 2005, s.

hareketler, örnek olarak sayılmamış, sınırlı sayıda olacak şekilde belirtilmiştir. Dolayısıyla hileli iflas teşkil edecek davranışlar, bu madde hükmünde belirtildiği kadar olup bunlar dışında İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmünde var olan bir davranışın hileli iflas suçunu oluşturmasından bahsedilemeyecektir. Şayet kanun koyucu, böyle bir iradede olsaydı İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmündeki bütün hareketlere, Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmünde zaten yer verirdi.

Şu hâlde Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmü yürürlüğe girmeden evvel, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde işlenmiş olup da yeni kanun döneminde tekrar yargılaması yapılan bir fiilin, hem Türk Ceza Kanunu madde 161 hem de İcra ve İflas Kanunu madde 311 kapsamında yer alması durumunda hangi hüküm failin lehineyse o hükmün uygulanması yoluna gidilecektir¹³⁰. Bu durumda da her iki hükme göre belirlenen somut cezalar dikkate alınacaktır. Tabi ki Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmünün İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmünü ilga ettiğinin kabul edilmesi halinde 1 Haziran 2005 tarihinden sonra işlenen fiiller açısından bu tür bir lehe kanun karşılaştırması yapılmasına gerek kalmayacaktır. Bu kıyaslama, yalnızca Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmünün henüz yürürlüğe girmedeği 1 Haziran 2005 tarihi öncesinde işlenen fiiller açısından geçerli olacaktır.

Türk Ceza Kanunu madde 161 kapsamında yer verilen fiiller, şu şekildedir: **i.** Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malları kaçırmaya, gizleme veya değerinin azalmasına neden olma, **ii.** Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgeleri gizleme veya yok etme, **iii.** Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenleme, **iv.** Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktif olduğundan az göstermedir. Bu noktada kanunda sınırlı olarak belirtilen bu hareketler, seçimlik olup bunlardan sadece birinin işlenmesi, suçun oluşması için yeterli olacaktır¹³¹. Nitekim bu husus, madde gerekçesinde de “*Hileli iflâs suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. Madde metninde bu seçimlik hareketler belirlenmiştir.*” şeklindeki ifadelerle açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte bu hareketlerden birden fazlasının gerçekleştirilmesi durumunda da suçun yine bir kez işlendiği kabul edilecektir¹³². Elbette bu hareketlerden birden fazlasının aynı anda gerçekleştirilmesi, cezanın belirlenmesi esnasında dikkate alınacaktır¹³³.

18; **Hakan Kızıllarslan**, Hileli ve Taksiratlı İflas Suçları, Seçkin, Ankara 2006, s. 54-58. Kanaatimiz bu yönde olmasa da İcra ve İflas Kanunu'nun madde 311 hükmünün en azından Türk Ceza Kanunu'nun 161'inci maddesinde yer alan hareketlerin yorumlanmasında bir işleve sahip olacağı yönündeki görüşe katıldığımızı vurgulamak gerekir. Bu yönde görüş için bakınız **Malkoç**, s. 2782.

130. **Eker-Kazancı**, s. 158; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 2660.

131. **Özgenç**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 109; **Donay**, s. 248; **Özgenç**, “İflas Suçları”, s. 349; **Bakıcı**, s. 867; **Kızıllarslan**, s. 59; **Hafizoğulları/Özen**, s. 421; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 2659; **İşıka**, s. 608; **Parlar**, s. 1953; **Evik**, s. 218; **Ersoy**, s. 84; **Özen**, s. 3570, 3571; **Uyar**, s. 959; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 5273; **Bekar**, s. 196; **Parlar/Öztürk**, s. 244; **Yılmaz**, s. 272. Zira **Artuç**, düzenlemeden sanki bu hareketlerin tamamının bir arada bulunması gerektiği yönünde bir anlam çıktığına dikkat çekmiş ve bu noktada bir uyarıda bulunmuştur. Bakınız **Artuç**, s. 489; **Artuç/Gökcan/Yaşar**, s. 5272.

132. **Özgenç**, “İflas Suçları”, s. 349; **İşıka**, s. 608, dipnot 5; **Evik**, s. 218; **Ersoy**, s. 84; **Özen**, s. 3571.

133. **Evik**, s. 218; **Özen**, s. 3571.

b. Hileli İflas İçin Gerekli Hareketler

i. Alacaklıların Alacaklarının Teminatı Mahiyetinde Olan Malların Kaçırılması, Gizlenmesi Veya Değerinin Azalmasına Neden Olunması

Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmü kapsamında hileli iflas olarak nitelendirilecek seçimlik hareketlerden ilki, en sık işlenen türü olmasından mütevellit klasik iflas hareketleri olarak nitelendirilen¹³⁴ alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılmasına, gizlenmesine veya değerinin azalmasına neden olmalıdır. Bu bent kapsamında malların kaçırılmasına, gizlenmesine veya değerinin azalmasına neden olma şeklindeki üç seçimlik hareket yer almaktadır. Bu hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesi, suçun işlenmesi için yeterlidir¹³⁵.

Benzer bir hükmün, “Alacaklıların müşterek rehini makamında olan mallarını tamamen veya kısmen kaçıır, gizler veya tahrip ederse...” şeklinde bir ifadeyle İcra ve İflas Kanunu madde 311 (birinci bent) kapsamında da yer aldığı görülmektedir. Keza Alman Ceza Kanunu’nda da “Her kim, (...) iflasın açılması halinde iflas masasına ait olacak malvarlığı parçalarını kaçıırır veya gizler veya tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özene aykırı bir şekilde tahrip eder, bozar veya kullanılamaz hale getirir...” şeklinde benzer bir hüküm yer almaktadır. Görüldüğü üzere gerek Türk Ceza Kanunu madde 161, gerek İcra ve İflas Kanunu madde 311, gerekse Alman Ceza Kanunu § 283 hükmünde genel olarak benzer ifadeler tercih edilmişse de mevcut Türk Ceza Kanunu düzenlemesinde malların kaçırılmasına, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olmadan bahsedildiği, yani “neden olma”nın sadece değerinin azalmasına değil, aynı zamanda kaçırılma ve gizlenmeye de bağlandığı muhakkak dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda ilk olarak Alman hukukundan da yararlanılarak “kaçırmaya neden olma” irdelenecek, daha sonra malların gizlenmesine ve değerinin azalmasına neden olunmasından bahsedilecektir.

Elbette kaçırmaya neden olacak hareketler bu kapsamda telakki edilecekse de evvela kaçırılmadan ne anlaşılması gerektiğinin izah edilmesini daha doğru görmekteyiz. Buna göre **kaçırma**, failin yaptığı işlemlerle alacaklının malvarlığı değerlerine erişiminin önüne geçmesini¹³⁶ veya önemli derecede zorlaştırmasını ifade eder¹³⁷. Bu, alacaklı konumundaki borç veren kişinin, alacağına o anda veya yakın gelecekte erişimini imkânsız kılacak şekilde alacak haklarının fiili yahut hukuki olarak sevk edilmesi şeklinde gerçekleşebilir¹³⁸. Buna göre bu hakların alacaklılardan saklanması amacıyla başka bir yere sevk edilmesi¹³⁹, paraların üçüncü bir kişinin hesabına

134. Tiedemann, § 283 kn. 14.

135. Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 5273; Özen, s. 3573.

136. RG 64, 140 (Heine/Schuster, § 283 kn. 4); Beukelmann, § 283 kn. 38; Kindhäuser, § 283 kn. 12; Kızıllar, s. 91; Yılmaz, s. 273.

137. 3 StR 314/09 (Fischer, § 283 kn. 4); BGH 55, 107 (Heine/Schuster, § 283 kn. 4); Beukelmann, § 283 kn. 38; Kindhäuser, § 283 kn. 12; Yılmaz, s. 273.

138. BGH v. 29.4.2010 – 3 StR 314/09, BGHSt 55, 107 (Radtke/Petermann, § 283 kn. 13); BGH v. 22.1.2013 – 1 StR 234/12, NZG 2013, 310 (Pfordte/Sering, § 283 kn. 11); Fischer, § 283 kn. 4; Heine/Schuster, § 283 kn. 4; Evik, s. 206; Yılmaz, s. 273.

139. Beukelmann, § 283 kn. 38.

uygun bir karşılığı olmaksızın devredilmesi¹⁴⁰, malvarlığı değerlerinin satılması¹⁴¹ yahut bağış yoluyla eş üzerine aktarılması¹⁴² bu kapsamda değerlendirilebilir. Aynı şekilde borçlunun, alacaklılardan herhangi birine konkordato haricinde özel bir menfaat sağlaması durumunda da en azından diğer alacaklılar açısından bir kaçırmadan bahsedilebilecektir. Zira bu suçla korunan hukuki değerlerden biri, daha önce de üzerinde durulduğu üzere alacaklıların birden fazla olması durumunda tek bir alacaklının hakkı değil, alacaklıların tamamının alacak hakkıdır. Dolayısıyla en azından alacaklıların birden fazla olması durumunda borçlunun bu alacaklılardan birini diğerlerinden ayrı tutacak şekilde bu kişiye iflas masasının konusunu oluşturacak olan mallardan yarar sağlaması halinde de kaçırmadan söz edilebilecektir. Nitekim İcra ve İflas Kanunu madde 311 kapsamındaki “*Konkordato mukavelesi haricinde alacaklıya hususi menfaatler temin ederse...*” şeklindeki hareketin buna karşılık geldiği ifade edilebilir. Öyle ki burada önem arz eden husus, sadece malvarlığı değerlerinin genel icra yoluyla alacaklının erişimine kapatılması yahut bunun önemli ölçüde zorlaştırılması halinde bu davranıştan söz edilmesidir¹⁴³. Bir malvarlığı hakkı, öncelikle fiilen sevk edilmiş, henüz hukuki anlamda devir gerçekleşmemişse bile burada kaçırmadan varlığından bahsedilebilecektir. Zira fiili anlamda tevdiin olduğu bir durumda kaçırmaya için ayrıca hukuki anlamda bir tevdi şart görülmemektedir¹⁴⁴.

Tüm bu bilgilerin yanı sıra kural olarak ihmal suretiyle bu davranışın gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmelidir. Nitekim borçlu kişi, malvarlığı üzerinde üçüncü bir kişinin tasarruf etmesini önlemeyi ihmal etmesi durumunda alacaklıya karşı bunu önlemekle yükümlü olması şartıyla bundan sorumlu tutulabilir¹⁴⁵. Zira esas itibarıyla hiçbir borçlu, özel olarak böyle bir yükümlülüğü üzerine almadığı sürece malvarlığını alacaklı lehine genel bir koruma görevine sahip değildir. Yani salt bir kimseye borçlu olmak, böyle bir yükümlülüğü de temellendirmez¹⁴⁶. Buna karşılık borçlu, alacaklının alacak hakkının üçüncü bir kişi tarafından kaçırlmasına bizatihi kendi hareketleriyle *neden olmuşsa* bu defa bu kaçırmayı önlemekle yükümlü hale gelecektir¹⁴⁷.

140. (RG 21.12.1926 – 1 StR 433/26, RGSt 61, 108 (Pfordte/Sering, § 283 kn. 12); Beukelmann, § 283 kn. 38; Fischer, § 283 kn. 4; Maurach/Schroeder/Maiwald, § 48 kn. 22; Heine/Schuster, § 283 kn. 4; Kindhäuser, § 283 kn. 12; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5273. Bu noktada işleri bozuk giden, kazancı masrafını karşılamadığı halde borç para ile iş gören sanığın, değeri ile olsa dahi taşınmaz malını damadına satması bile malın kaçırılması olarak nitelendirilmiştir. Bakınız Parlar, s. 1953.

141. Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 111.

142. BGH 22.2.2001 – 4 StR 421/00, NJW 2001, 1874 (Pfordte/Sering, § 283 kn. 12); Heine/Schuster, § 283 kn. 4; Parlar/Öztürk, s. 245. Nitekim işyeri bozuk giden, kazancı masraflarını karşılamadığı halde borç para ile iş gören sanığın değeri ile olsa dahi bir gayrimenkulünü damadına satması bu fiil kapsamında hileli iflas olarak görülmüştür. Bakınız Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 21.10.2965, 4289/5869 – Önder, s. 405.

143. Fischer, § 283 kn. 4.

144. Kindhäuser, § 283 kn. 12; Radtke/Petermann, § 283 kn. 13. Bu bağlamda ödeme günü belirli olmayan ipotek veya üçüncü kişi için ipotekli borcun tescili de tamamlanmış yok etme olarak kabul edilir (Fischer, § 283 kn. 4a; Heine/Schuster, § 283 kn. 4).

145. Heine/Schuster, § 283 kn. 4; Kindhäuser, § 283 kn. 14; Pfordte/Sering, § 283 kn. 20; Radtke/Petermann, § 283 kn. 16.

146. Pfordte/Sering, § 283 kn. 20; Kindhäuser, § 283 kn. 14.

147. Kindhäuser, § 283 kn. 14.

Borçlunun makul ölçüde geçimini sağlayabilmesi için para çekmesinin, malvarlığı haklarından yararlanmasının kaçırma anlamına gelmeyeceği de vurgulanmalıdır¹⁴⁸. Öyle ki iflas masasından makul ölçüde borçlunun geçiminin sağlanmasına izin verilebilir. Geçimi sağlamaya yönelik sağlanması gereken desteğin makul olup olmadığı, borçlunun yaşadığı krizin türüne göre belirlenecek olup bu yapılırken borçlunun şu ana kadarki yaşam biçimi dikkate alınmaz¹⁴⁹. Elbette burada kriz nedeniyle gelirlerin azalması ve alacaklının korunmaya değer menfaatleri göz önünde bulundurulmalıdır¹⁵⁰.

Esasen borçluya bu şekilde makul bir desteğin sağlanmasına müsaade edilmesinin yok etme olarak nitelendirilmemesi, Alman doktrininde *hâkim görüş*¹⁵¹ tarafından kabul edilen düzene uygun ticaretin gereklerine aykırı olmamak kaydıyla yapılan işlemlerin kaçırma kapsamında tipik olmayacağı şeklindeki fikirden ileri gelmektedir. Yani malvarlığı kullanımının düzene uygun ticari faaliyetin gereklerine uygun olması halinde doktrindeki hâkim görüşe göre bu suç bakımından tipiklik oluşmayacaktır. Her ne kadar Alman doktrininde hâkim görüş bu yönde eğilim göstermekteyse de bazı yazarlar bu argümanı kabul etmemektedir. Bu *yazarlar*¹⁵² tarafından “*düzene uygun ticaretin gereklerine aykırı olmama*” şeklindeki unsurun, hileli iflas suçunun sadece yok etme haricindeki diğer unsurlarından olan tahrip, bozma ve kullanılmaz hale getirme durumlarında dikkate alınabileceği, “*kaçırma*” davranışı bakımından cezalandırılabilirliğin sınırlandırılması için kavramın dar yorumlanmasının zaten yeterli olacağı, böylelikle “*düzene uygun ticaret*” şeklinde bir kavrama başvurmaya da gerek kalmayacağı ifade edilmektedir. Esasında bu yazarlar, bunun Alman Ceza Kanunu’nun “*Her kim, (...) iflasın açılması halinde iflas masasına ait olacak malvarlığı parçalarını kaçırmaya veya gizler veya tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özene aykırı bir şekilde tahrip eder, bozar veya kullanılmaz hale getirir...*” şeklindeki hükümde “*...tahrip eder, bozar veya kullanılmaz hale getirir...*” ifadesinden evvel yer verilen “*... tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özene aykırı bir şekilde...*” yönündeki ifadenin “*kaçırma...*” unsurundan evvel kullanılmamış olmasına dayanmaktadır¹⁵³. Şu hâlde “*düzene uygun ticaretin gereklerine aykırı olmama*” şeklindeki unsur, tamamen kanun maddesinde kullanılan “*...tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özene aykırı...*” şeklindeki ibareden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte Alman doktrininde azınlıktaki bu yazarlar, tamamen “*kaçırma*” sözcüğünün kelime anlamı ve kapsamının yorumlanmasından hareket etmekte ve buradan bazı hallerde tipikliğin oluşmadığı sonucuna ulaşmaktadırlar. Nitekim bu yazarlar, eşdeğer nitelikte olmak koşuluyla yaptığı takasa ve makul ölçüde borçlunun geçimini sağlaması için para temin etmesine izin verilmesinin kaçırma kapsamında zaten tipik olmadığı, “*tahrip, bozma ve kullanılmaz hale getirme*” unsurlarında olduğu gibi ancak bu unsurlardan birine uyan bir davranışın işlenmesiyle

148. BGH NStZ 81, 259 (Maurach/Schroeder/Maiwald, § 48 kn. 22); Fischer, § 283 kn. 4a; Kindhäuser, § 283 kn. 13; Pfordte/Sering, § 283 kn. 14; Heine/Schuster, § 283 kn. 4.

149. Heine/Schuster, § 283 kn. 4; Pfordte/Sering, § 283 kn. 17; Kindhäuser, § 283 kn. 13.

150. Pfordte/Sering, § 283 kn. 17; Kindhäuser, § 283 kn. 13; Heine/Schuster, § 283 kn. 4.

151. BGH 17.3.1987 – 1 StR 693/86, BGHSt 34, 309 (Pfordte/Sering, § 283 kn. 16); Heine/Schuster, § 283 kn. 4; Kindhäuser, § 283 kn. 15; Radtke/Petermann, § 283 kn. 14.

152. Fischer, § 283 kn. 4b. Benzer yönde görüş için bkz. Beukelmann, § 283 kn. 39.

153. Bakınız Radtke/Petermann, § 283 kn. 14.

tipiklik gerçekleştikten sonra “düzene uygun ticaretin gereklerine aykırı olmama” şeklinde bir unsurun dikkate alınmasının makul olacağına vurgu yapmışlardır¹⁵⁴.

Kanaatimize göre “düzene uygun ticaretin gereklerine aykırı olmama” şeklinde bir ölçütün geliştirilmesi oldukça yerinde olup bunun için mutlaka kanun maddesinde “...*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özene aykırı...*” şeklinde bir ifadenin de bulunması şart görülmemelidir. Zira kanun hükmünde böyle bir ifadeye yer verilmemiş olması, bir tacirin, tacirliğinin gerekli kıldığı dikkat ve özene aykırı davranabileceği anlamına gelmemektedir. Nitekim her tacir, ticaret hukuku kurallarından kaynaklı olarak basiretli davranmakla yükümlüdür. Kaldı ki tipiklik kapsamında korunan hukuki değer dikkate alındığında da bu ölçütün kabul edilmesinin tercihe değer olduğuna vurgu yapılmaktadır¹⁵⁵. Şu hâlde “düzene uygun ticaretin gereklerine aykırı olmama” yönünde bir ölçütün geliştirilmesi için kanunda muhakkak “...*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özene aykırı...*” şeklinde bir ifadenin bulunması şart görülmemelidir. Dolayısıyla kanaatimize göre Türk Ceza Kanunu’nun 161’inci maddesinde bu şekilde bir ifadenin bulunmuyor olması, bu ölçütün Türk hukuku bakımından da uygulanmasına engel teşkil eder nitelikte görülmemelidir. Kaldı ki bu ölçütün uygulama açısından da faydasının olacağına açık olması karşısında bu kanaatimiz iyice pekişmektedir.

Nitekim en nihayetinde borçluya sağlanacak desteğin ne kadar olacağı konusunda sert bir sınıırın çekilemeyeceği, bunun tamamen somut şartlara bağlı olacağı yönündeki bilgi¹⁵⁶ karşısında bu ölçüt, önemli bir ihtiyaca cevap verecektir. Böylelikle alacaklıların alacak haklarından oluşan malvarlığı değerlerinden yapılan tasarrufların ya da gerektiğinde borçlunun kendisine sağlanan desteklerin ne ölçüde izin verilebilir nitelik arz ettiği, tamamen bu ölçüte göre belirlenebilecek, alacaklının menfaatleri bakımından daha somut koşullar ortaya konmuş olacaktır¹⁵⁷. Şu hâlde her ne kadar borçlunun geçimi için makul ölçüde borçluya destek sağlanmasına izin verilse de bu ölçüte göre daha sonraki zamanlar için iflas masasından borçlu için şimdiden peşinen bir ihtiyaç giderilmesinden ve keza yurtdışına çıkması için destek sağlanmasından söz edilemeyecektir¹⁵⁸. Keza ortaklık için gerçekleştirilen fiillerle doğrudan bağlantılı olarak ortakların dava masraflarının ödenmesi de düzene uygun ticaretin gerekleri kapsamında kaçırma anlamına gelmeyecekken¹⁵⁹ alacaklının taleplerini sonlandırmak için borçlunun paralarını kendi tasarrufuna açık olmayan üçüncü bir kişinin hesabına aktarması kaçırmanın en önemli örneklerinden birini oluşturacaktır¹⁶⁰.

154. Bu görüş kapsamında *Beukelmann*’a göre teleolojik olarak tipiklik, mahın yeri değiştirilmesine rağmen iflas masasının değerinde bir azalmanın meydana gelmemesi halinde kaçırmanın kabul edilmemesi suretiyle sınırlandırılmıştır. *Yazara* göre söz gelimi iflas masasından alacaklının memnun edilmesi amacıyla hizmet eden üçüncü kişiye malvarlığı temini bu nitelikte görülmüştür (OLG München ZIP 2000, s. 1841 – **Beukelmann**, § 283 kn. 40).

155. **Radtke/Petermann**, § 283 kn. 15.

156. **Pfordte/Sering**, § 283 kn. 17.

157. **Radtke/Petermann**, § 283 kn. 15.

158. **Fischer**, § 283 kn. 4a; **Pfordte/Sering**, § 283 kn. 17; **Heine/Schuster**, § 283 kn. 4; **Kindhäuser**, § 283 kn. 13.

159. BGH 3.2.1987 – 5 StR 603/86 (**Pfordte/Sering**, § 283 kn. 19); **Fischer**, § 283 kn. 4a; **Kindhäuser**, § 283 kn. 16.

160. BGH 34, 310 – **Fischer**, § 283 kn. 4a.

Bu kapsamda incelenecek bir diğer hareket, malların gizlenmesine neden olmadır. Yine tıpkı “kaçırma”da olduğu gibi “gizleme” de gerek Türk Ceza Kanunu madde 161, gerek İcra ve İflas Kanunu madde 311, gerekse Türk Ceza Kanunu § 283 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Bu bakımdan üç kanun da mevcut düzenlemedeki “neden olma” ifadesi bir tarafa bırakıldığında birbiriyle benzerlik göstermektedir.

Bu çerçevede **gizleme**, somut malvarlığı parçalarını veya onun iflas masasına aidiyetini alacaklının ya da iflas masası idarecisinin bilgisinden uzak tutulmasını sağlayan her türlü saklama hareketidir¹⁶¹. Burada malvarlığı parçasının varlığının inkâr edilmesi, bu hareket için yeterlidir¹⁶². Şu hâlde eşyanın bizatihi saklanması bu minvalde değerlendirilecektir¹⁶³. Keza itiraz hakkının şartlarına ilişkin olarak iflas masası yöneticisine karşı hatalı bilgiler vermek¹⁶⁴ yahut da alacaklının erişimini önleyen hak iddiası ileri sürmek¹⁶⁵ ve hatta gerekli bilginin verilmesi noktasında söz konusu olan hukuki bir yükümlülük karşısında susmak, hiç bilgi vermemek suretiyle de gizleme hareketi gerçekleştirilebilir¹⁶⁶. Bu açıklamalar çerçevesinde kanun koyucunun suç tanımında hem kaçırmaya hem de gizlemeye ayrı ayrı yer vermesinin gereksiz olduğu yönündeki ifadeyi¹⁶⁷ yerinde görmediğimiz altını çizmek gerekir.

Bu noktada borçlu kişinin burada susma hakkının (nemo tenatür) bulunduğunu ileri süremeyeceği, zira borçlunun malvarlığıyla ilgili olarak bilgi vermekle yükümlü olduğunun açıkça kanunda düzenlenmiş olduğu vurgulanmaktadır¹⁶⁸. Ayrıca alacak hakkına ilişkin bilgi en azından geçici olarak dahi olsa engellendiği takdirde tipiklik tamamlanmış olacaktır¹⁶⁹. Yani gizlemeye yönelik hareket tek başına yeterli olmasa da alacaklılarda ya da iflas masası idarecinde geçici de olsa bir aldanmanın gerçekleşmesi, bu fiilin tamamlanması için yeterlidir. Aksi takdirde gizleme hareketinin tamamlanmış olmasından bahsedilemeyecektir¹⁷⁰. Bununla birlikte borçlunun bizzat kendisinin gizlenen malvarlığı hakkında gerekli bilgiyi daha sonradan alacaklının veya iflas masası idarecisinin bilgisine sunarsa bu bilginin alacaklının menfaati için

161. BGH NStZ 2016, s. 604 (Beukelmann, § 283 kn. 41); RG 64, 140 (Heine/Schuster, § 283 kn. 5); Fischer, § 283 kn. 5; Pfordte/Sering, § 283 kn. 21; Radtke/Petermann, § 283 kn. 17; Kindhäuser, § 283 kn. 24; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5274; Evik, s. 206.

162. Fischer, § 283 kn. 5; Pfordte/Sering, § 283 kn. 21; Radtke/Petermann, § 283 kn. 17; Kindhäuser, § 283 kn. 24.

163. BGHSt 11, 146 – Beukelmann, § 283 kn. 41; Evik, s. 206.

164. RGSt 66, 152 (Beukelmann, § 283 kn. 41); Radtke/Petermann, § 283 kn. 17; Kindhäuser, § 283 kn. 24.

165. Fischer, § 283 kn. 5; Pfordte/Sering, § 283 kn. 21; Radtke/Petermann, § 283 kn. 17.

166. BGH 20.12.1957 1 StR 492/57, BGHSt 11, 146 (Pfordte/Sering, § 283 kn. 21, 23); Heine/Schuster, § 283 kn. 5; Radtke/Petermann, § 283 kn. 18; Kindhäuser, § 283 kn. 26; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5274; Yılmaz, s. 273. Nitekim Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin 26.06.2012 tarih ve 14777/39933 sayılı kararına göre şirket aktifi olarak gözüken araçların 30 gün içerisinde teslimi hususunda yapılan tebligata rağmen sanığın araçları teslim etmediği gibi yerlerini de bildirmemesi bu kapsamda kabul edilmiştir. Bakınız Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5273, dipnot 1683; Evik, s. 207.

167. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5273.

168. Pfordte/Sering, § 283 kn. 21.

169. Heine/Schuster, § 283 kn. 5; Beukelmann, § 283 kn. 41; Pfordte/Sering, § 283 kn. 22; Kindhäuser, § 283 kn. 25.

170. Fischer, § 283 kn. 5.

tam vaktinde bir açıklama olması şartıyla bu durum, cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir husus olacaktır¹⁷¹.

Nihayet bu kapsamdaki üçüncü hareket, **malvarlığı değerinin azalmasına neden olmadır**. İşte Türk Ceza Kanunu madde 161’te bu şekilde ifade edilen bu hareket, İcra ve İflas Kanunu madde 311 ve Alman Ceza Kanunu § 283 hükmünde farklı şekillerde ifade edilmiştir. Yani esasen İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmünden sonra ihdas edilen Türk Ceza Kanunu madde 161 kapsamında malların kaçırılması ve gizlenmesi aynen geçerliliğini korurken “*tahrip etme*” şeklindeki ibare, “*değerinin azalmasına neden olma*” olarak değiştirilmiştir¹⁷². Böylelikle malın tahrip edilmesi neticesi, değerinin azalması yönündeki neticeye dönüştürülmüş, malın tahrip edilmek suretiyle değerinin azaltılması şart olmaktan çıkartılmış, tahrip veya başka herhangi bir şekilde malın değerinin azaltılması yeterli addedilmiştir¹⁷³. Alman Ceza Kanunu’nda da 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda olduğu gibi “*tahrip etme*” unsuruna yer verilmiş, bunun yanında malvarlığı parçalarının “*bozulması*” veya “*kullanılamaz hale getirilmesi*”nden söz edilmiştir. Alman Ceza Kanunu’ndaki bu ifadelerden de anlaşılacağı gibi “*kaçırma*” ve “*gizleme*”nin yanında tek başına “*tahrip etme*” yeterli değildir. Nitekim bazı durumlarda malvarlığı değeri, tahrip edilmeksizin değersiz kılınabilir ya da malvarlığının değerinde bir azalmaya neden olunabilir. Öyle ki Türk Ceza Kanunu’nda mala zarar verme suçu kapsamında malın tahrip edilmesinin yanı sıra yıkılması, yok edilmesi, bozulması gibi başka unsurlardan da söz edilmiştir¹⁷⁴.

Aynı şekilde bu malvarlığı değeri, tahrip edilecek şekilde somut bir eşya olmayıp alacak hakkı gibi soyut bir nitelik de taşıyabilir. Yani bu hak üzerinde bir tahrip, bozma ya da kullanılmaz hale getirme gibi durumlar söz konusu olmaksızın da bir değer kaybına neden olunabilir, iflas masası ve dolayısıyla da alacaklıların hakları zarara uğratabilir. Dolayısıyla Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi tahrip etme, bozma veya kullanılamaz hale getirme şeklindeki üç unsurla yetinilmesinden önce Türk Ceza Kanunu’nda olduğu gibi “*değerinin azalmasına neden olma*” unsuruna yer verilmesinin çok daha makul olduğu ifade edilebilir. Zaten Alman doktrininde tipiklik kapsamındaki bu hareket türlerinin, uygulamada önemsiz addedildiğine vurgu yapılmaktadır¹⁷⁵. En nihayetinde Alman hukukunda da bu hareket türlerinden kast edilenin, Türk hukukundaki mevcut düzenlemede olduğu gibi malın değerinin azalmasına neden olma olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Bu durumda yalnızca “*tahrip etme*” unsuruna yer verilmiş olan İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmü karşısında mevcut düzenlemenin ne denli yerinde olduğunun ayrıca belirtilmesine gerek dahi bulunmamaktadır.

Bu kapsamda malvarlığının değerinin azalmasına neden olma kavramına değinmeden evvel burada vurgulanması gereken, “*değerinin azalmasına neden olma*” unsurunun suçun serbest hareketli bir suç olmasına yol açtığı hususudur. Şu hâlde malın değerinin azalmasının bir

171. Heine/Schuster, § 283 kn. 5.

172. Evik, s. 208.

173. Evik, s. 208.

174. Evik, s. 208.

175. Pfordte/Sering, § 283 kn. 24.

hareket değil, netice olduğu belirtilmelidir. Zaten “*neden olma*” şeklinde nedensellik vurgusunun yapılması da değer azalması şeklindeki neticeye sebebiyet veren her türlü hareketin bu suç tipi kapsamında yer aldığı, bu hareketin de seçimlik hareketlerden biri olduğu anlaşılmaktadır. Şu hâlde malın değerinin azalmasına neden olma, Alman hukukunda belirtildiği üzere düzene uygun ticari faaliyetin gereklerine aykırı olması kaydıyla failin malvarlığını tahrip etmesi, bunlara zarar vermesi ya da bunları kullanılmaz hale getirmesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi¹⁷⁶ başka hareket türleriyle de gerçekleşebilir. Nitekim Türk hukukunda bunun kapsamı çok daha geniş olup malın değerini azaltan her türlü hareket bu kapsamda kabul edilecektir. Bu minvalde İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmünde yer alan “*Borcu mevcudu ile alacağından ziyade olduğunu bildiği halde ehemmiyetli kıymeti haiz ticari mallarını yahut fabrikasının mahsullerini hem satış gününün piyasasından hem de mal olduğu veya satın alındığı kıymetten pek aşağı bir fiyatla satmak suretiyle mevcudunu israf ederse...*” şeklindeki ifadenin de bu hüküm kapsamında yer aldığı belirtilebilir. Zira borçlunun ehemmiyetli kıymeti haiz ticari mallarını yahut fabrikasının mahsullerini değerlerinden çok aşağı bir fiyata satması durumunda dolaylı olarak iflas masasında yer alacak malvarlığı değerinin de azalmasına neden olmaktadır. Şu hâlde Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmüyle zımnî olarak zaten ilga edilen İcra ve İflas Kanunu madde 311 hükmü kapsamındaki bu ifade, Türk Ceza Kanunu’nda da yer bulmaktadır.

Tüm bu ifadelerden sonra burada özellikle önem arz eden husus, malvarlığının değerinin azalmasına neden olan hareketlerin düzene uygun ticari faaliyetin gereklerine uygun olmamasıdır¹⁷⁷. Böyle bir durumun olup olmadığı ise, uygun hareket yapısının kabul edilebilirliği ve haklılığı çerçevesinde *ex ante* bir bakışla tespit edilmelidir¹⁷⁸. Kabul edilebilirlik, her şeyden evvel düzenli ticari faaliyetin gereklerine göre ölçülü olmaktır. Kabul edilemezlik belirlemesi için bir kriter olarak fiilin icrası esnasında zarar verenin niyeti, yani failin sübjektif amacı dikkate alınmalıdır. Kabul edilebilir bir ekonomik amaç takip eden failin, ceza hukuku anlamında düzene uygun ticari faaliyetin gereklerine aykırı davrandığından söz edilemez¹⁷⁹. Davranış, her ne kadar objektif bakışla ekonomik bakımdan anlamsız, yani kabul edilemez gibi görünse de borçlunun bakışıyla anlamlı, kabul edilebilir bir nitelik taşımaktaysa cezalandırılabilir olmayacaktır¹⁸⁰. Şu hâlde bir malı modernize etmek ya da onarmak yahut da ikamesini yerine koymak, düzene uygun ticari faaliyete aykırı olmadığından dolayı suç tipi gerçekleşmeyecektir¹⁸¹. Kendi zilyetliğine geçirme ya da yarar sağlama amacı da şart değildir¹⁸².

176. **Beukelmann**, § 283 kn. 42; **Fischer**, § 283 kn. 6; **Maurach/Schroeder/Maiwald**, § 48 kn. 22; **Radtke/Petermann**, § 283 kn. 20. Nitekim ceza deposu işleticisi olan kişilerin malvarlığını oluşturan ilaçların satışından imtina etmek suretiyle bunları son kullanma tarihlerini aşacak şekilde uzun süre ellerinde tutmaları, değerlerinin azalması, hatta değersiz hale gelmelerine neden olacaktır. Örnek için bakınız **Özgenç**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 111.

177. **Heine/Schuster**, § 283 kn. 6; **Radtke/Petermann**, § 283 kn. 21; **Kindhäuser**, § 283 kn. 28.

178. **Pfordte/Sering**, § 283 kn. 24; **Radtke/Petermann**, § 283 kn. 21.

179. **Kindhäuser**, § 283 kn. 17; **Pfordte/Sering**, § 283 kn. 24.

180. **Pfordte/Sering**, § 283 kn. 24.

181. **Fischer**, § 283 kn. 6; **Maurach/Schroeder/Maiwald**, § 48 kn. 22; **Beukelmann**, § 283 kn. 42; **Heine/Schuster**, § 283 kn. 6; **Kindhäuser**, § 283 kn. 26.

182. **Beukelmann**, § 283 kn. 43.

ii. Malvarlığını Kaçırmaya Yönelik Tasarruflarının Ortaya Çıkmasını Önlemek İçin Ticari Defter, Kayıt veya Belgelerin Gizlenmesi veya Yok Edilmesi

Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmü kapsamında hileli iflas olarak nitelendirilecek seçimli hareketlerden ikincisi malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgeleri gizleme veya yok olmasına neden olmadır. Benzer bir düzenlemeye İcra ve İflas Kanunu'nun 311'inci maddesinde yer verilmemişse de¹⁸³ taksiratlı iflasın düzenlendiği 310'uncu maddenin birinci fıkrasının beşinci bendinde düzenlenmiş, "Ticaret Kanununun 66'ncı maddesinin birinci fıkrasının 1 ila 3'üncü bentlerinde sayılan defterleri hiç veya Kanunun emrettiği şekilde tutmamak" şeklinde bir hükme yer verildiği ifade edilebilir¹⁸⁴. Yine "...ticaret hukukuna göre, bir tüccarın saklamakla yükümlü olduğu ticari defter veya diğer belgeleri, defter tutma yükümlülüğü altında bulunan kişilerin saklama yükümü süresi dolmadan evvel, ulaşılamaz hale getirir, gizler, imha eder veya zarar verir ve bu şekilde malvarlığı durumunun anlaşılmasını zorlaştırır..." şeklindeki hükümle (Alman Ceza Kanunu § 283 fıkra 1, 6 numara) Alman Ceza Kanunu'nda da bir düzenlemeye yer verilmiştir. Keza Alman Ceza Kanunu'nun § 283 fıkra 1 kapsamında yer alan 5 numaralı hükmünde tutmaya kanunen yükümlü olunan defterlerin tutulmamasından söz edilmiştir ki bu da belge ve evrakların gizlenmesi olarak anlaşılabilir. Dolayısıyla her iki ülke kanunu, bu konu bakımından dikkatle irdelendiğinde önemli benzerliklerin varlığından rahatlıkla söz edilebilir. Dolayısıyla incelememizin, Alman hukukuyla karşılaştırmalı şekilde yapılması, Türk hukuk doktrini ve uygulaması bakımından da oldukça önemli katkılar sağlayacaktır.

Kişinin defter ve evrak tutma yükümlülüğü ticaret hukuku ya da şirketler hukuku kurallarından kaynaklanabilir. Ancak bu tür bir yükümlülüğün, idare hukuku ya da iş hukuku normlarından çıkartılmasından bahsedilemez¹⁸⁵. Yani ticari işletme işleten ve ticaret siciline kayıtlı olan her tacir, defter tutmakla yükümlü olarak kabul edilecektir¹⁸⁶. Burada borçlunun bu defterleri

183. Kızılsalan, s. 105, 106.

184. Evik, s. 213.

185. Pfordte/Sering, § 283 kn. 42; Kindhäuser, § 283 kn. 56; Heine/Schuster, § 283 kn. 29.

186. Pfordte/Sering, § 283 kn. 42; Bakıcı, s. 869. Bununla birlikte Alman Ceza Kanunu'nda yer alan "...ticaret hukukuna göre, bir tüccarın saklamakla yükümlü olduğu ticari defter veya diğer belgeleri, defter tutma yükümlülüğü altında bulunan kişilerin saklama yükümü süresi dolmadan evvel, ulaşılamaz hale getirir, gizler, imha eder veya zarar verir ve bu şekilde malvarlığı durumunun anlaşılmasını zorlaştırır..." şeklindeki madde hükmünde tacirden bahsedilmemiş olması, tacirin tutmakla yükümlü olduğu defterleri tutma yükümlülüğü altında olan kişilere işaret edilmiş olmasından hareketle doktrinde bir görüş tarafından borçlu kişinin defter tutmakla yükümlü olmasa bile bu hareketler nedeniyle cezalandırılabileceği ileri sürülmüştür (Maurach/Schroeder/Maiwald, § 48 III kn. 27; Radtke/Petermann, § 283 kn. 52). Benzer şekilde Fischer'e göre de Alman Ceza Kanunu madde metnine göre failin kendisi tacir olmamalı, borçlu olmalıdır. Zira madde metninde "...ticaret hukukuna göre, bir tüccarın saklamakla yükümlü olduğu ticari defter veya diğer belgeleri, defter tutma yükümlülüğü altında bulunan kişilerin..." ifadesine yer verilerek tüccardan bahsedilmemiş, tüccarın tutmakla yükümlü olduğu defterleri tutma yükümlülüğü altında olan kişilere işaret edilmiştir (Fischer, § 283 kn. 24). Ancak Alman doktrinindeki diğer bir görüş tarafından serbest meslek erbabı olarak çalışan kişilerin ayrıca özel bir yükümlülükleri olmadığı sürece, suç tipinin bu kişiler açısından uygulanmasının mümkün olmadığına dikkat çekilmektedir (Beukelmann, § 283 kn. 63). Elbette Türk hukuku açısından bu tür tartışmaların ortaya çıkması için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Bu bakımdan Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin belki de daha yeni bir düzenleme olmasından mütevellit daha açık ve net olduğu bu vesileyle bir kez daha vurgulanmalıdır.

mutlaka kendisinin tutmasının zorunlu olmadığı, bu konuda yeterli ehliyete sahip bir kişiyi görevlendirebileceği ifade edilebilir¹⁸⁷. Bununla birlikte defterleri tutacak olan bu kişinin seçiminde ve denetiminde, bilhassa gerektiği gibi defter tutulup tutulmadığı konusunda ilgili tacirin gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerektiği hususu da ayrı bir önem arz etmektedir¹⁸⁸. Nitekim bu durum, taksirli iflas suçunun oluşmasına sebebiyet verebilecektir¹⁸⁹.

Tam bu noktada madde metninde “...*ticari defter, kayıt veya belgelerin...*” ifadesine yer verildiğinden bunlardan tam olarak ne anlaşılması gerektiği, bir tacirin tam olarak hangi belgeleri nasıl tutması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Bir defa Türk Ticaret Kanunu’nun “Ticari Defterler” başlıklı beşinci bölümü altında “Defter tutma ve Envanter” ile “Açılış bilançosu, yılsonu finansal tabloları” şeklinde iki ana başlığa yer verilmiştir. Bunlardan “Defter tutma ve Envanter” altında “Defter tutma yükümlülüğü” başlıklı 64’üncü madde, “Envanter” başlıklı 66’ncı madde düzenlenmiştir. Yine “Açılış bilançosu, yılsonu finansal tabloları” başlığı altında ise “Düzenleme yükümü” şeklindeki 68’nci madde ve “Kalemlere ilişkin ilkeler” başlığı altında 72’nci madde ihdas edilmiştir. Esas itibarıyla bir tacirin hangi belgeleri tutması gerektiği de tam olarak bu düzenlemelerde yer almaktadır.

Bu kapsamda Türk Ticaret Kanunu’nun 64’üncü maddesinin birinci fıkrasına göre her tacir, ticari defterleri tutmak ve defterlerinde, ticari işlemleriyle ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her hesap dönemi içinde elde edilen neticeleri, bu Kanuna göre açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koymak zorundadır. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında tacirin, işletmesiyle ilgili olarak gönderilmiş bulunan her türlü belgenin, fotokopi, karbonlu kopya, mikrofiş, bilgisayar kaydı veya benzer şekildeki bir kopyasını, yazılı, görsel veya elektronik ortamda saklamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte dördüncü fıkrada pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterlerin de ticari defterler olduğuna yer verilmiştir.

Ayrıca Türk Ticaret Kanunu’nun 66’ncı maddesinde her tacirin, ticari işletmesinin açılışında, taşınmazlarını, alacaklarını, borçlarını, nakit parasının tutarını ve diğer varlıklarını eksiksiz ve doğru bir şekilde gösteren ve varlıkları ile borçlarının değerlerini teker teker belirten bir envanter çıkartacağı ifade edilmiş (fıkra 1), hemen devamında tacirin açılıştan sonra her faaliyet döneminin sonunda da böyle bir envanter düzenleyeceği, envanterin, düzenli bir işletme faaliyetinin akışına uygun düşen süre içinde çıkarılması gerektiği düzenlenmiştir (fıkra 2).

Nihayet Türk Ticaret Kanunu’nun 68’inci maddesinde tacirin, ticari faaliyetinin başında ve her faaliyet döneminin sonunda, varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren finansal tabloyu (sırasıyla açılış bilançosunu ve yıllık bilançoynu) çıkarmak zorunda olduğu belirtilmişken (fıkra 1), 72’nci maddesinde aksine kanuni hükümler ve Türkiye Muhasebe Standartları saklı kalmak kaydıyla, finansal tabloların, ticari işletmenin tüm varlıklarının, borçlarının, peşin ödenen

187. Kindhäuser, § 283 kn. 58.

188. Pfordte/Sering, § 283 kn. 42; Beukelmann, § 283 kn. 56; Kindhäuser, § 283 kn. 58.

189. Kindhäuser, § 283 kn. 58.

giderler ile peşin tahsil edilen gelirlerinin, teknik terimle dönem ayırıcı hesaplarının, bütün gelir ve giderlerinin doğru şekilde değerlendirilmiş olarak gösterilmesinin zorunlu olduğu açıkça belirtilmiştir (fıkra 1).

Şu hâlde buraya kadar sayılan tüm belgelerin tacir tarafından düzenli olarak tutulması gerekmektedir. Bu belgelerin hangi aralıklarla ve nasıl tutulacağı da bu hükümlerin devamında detaylı olarak düzenlenmiştir. Böylelikle Türk Ceza Kanunu'nda yer verilen ticari defter, kayıt veya belgelerden ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmaktadır. Ayrıca Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ'de de bu hususlara ilişkin detaylı bilgilere yer verilmiştir.

Bundan sonra suç tipi kapsamındaki hareketlere değinmekte yarar bulunmaktadır. Buna göre suç tipindeki hareket, ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok olmasına neden değildir. Her ne kadar kanunda “*yok edilme*” ifadesine yer verilmişse de kanaatimizce “*yok olma*” bir netice olup buradaki hareket, yok etmeye neden olabilecek her türlü harekettir. Dolayısıyla tacir, tutmakla yükümlü olduğu bu belgeleri yakma, yırtma gibi her türlü hareketle yok edebileceğinden ve keza gizleyebileceğinden suç tipi kapsamındaki bu hareketlerin serbest hareketli bir suç olduğu ifade edilebilir¹⁹⁰.

Bu bakımdan kayıtların gizlenmesi, belgelerin tutulmaması, ibraz edilmemesi suretiyle de olabilir¹⁹¹. Bu anlamda tacirin tutmakla yükümlü olduğu evrakları gerektiği gibi tutmaması, yani hiç kayıt altına almaması, bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Burada kayıt tutma yükümlülüğünün ihmal edilmesi, failin daha sonradan bunu telafi etmiş olsa bile¹⁹² örneğin bir ticari yıl boyunca olacak şekilde en azından önemli bir süre boyunca hiçbir şekilde defter tutmamış olmasını ifade etmektedir¹⁹³. Yani defterlerin tamamının tutulmamış olması da gerekli değildir. Bu noktada önemli olan kayıtların gizlenmesi için tutulmayan defterlerin önemli bir süre boyunca tutulmamış olmasıdır¹⁹⁴.

Burada hileli iflas suçu, ilgili belgenin tutulmaması ve kaydın gizlenmesi şeklinde işlenmesi suretiyle istisnaen de olsa ihmali bir suç halini almaktadır¹⁹⁵. Defter tutma, ödeme yapma güçlüğü gibi çeşitli sebeplerle *sürekli* olarak imkânsız hale gelmişse bu defa gerçek ihmali suçların yapısı gereği böyle bir yükümlülükten söz edilemeyeceği¹⁹⁶, tipikliğin oluşmayacağı ileri sürülmektedir. Yani bu kapsamda tipikliğin oluşması için tacirin bu yükümlülüğünü yerine getirme imkânı

190. **Bakıcı**, s. 869.

191. **Evik**, s. 213, 214.

192. RGSt 39, 217 (**Kindhäuser**, § 283 kn. 59).

193. **Beukelmann**, § 283 kn. 58; **Pfordte/Sering**, § 283 kn. 45; **Kindhäuser**, § 283 kn. 59; **Radtke/Petermann**, § 283 kn. 47.

194. Nitekim belli bir döneme veya aya ilişkin belgelerin yok edilmesi ya da yok edilen yapıtların yerine başkalarının konulması yahut da hiç yapıtların konulmaması durumlarında bu davranıştan söz edilecektir. Bakınız **Parlar**, s. 1953.

195. **Pfordte/Sering**, § 283 kn. 45; **Tiedemann**, § 283 kn. 43; **Kindhäuser**, § 283 kn. 59; **Beukelmann**, § 283 kn. 58; **Radtke/Petermann**, § 283 kn. 42; **Evik**, s. 219. Bu bakımdan hileli iflas suçunun icrai bir hareketle işlendiği yönündeki ifade (**Görgün**, s. 440), her durumda doğru olmayacak, bazen ihmali hareketle de işlenebilen bir suç olduğu yönündeki ifade makul olacaktır. Bakınız **Muşul**, s. 53.

196. **Radtke/Petermann**, § 283 kn. 47; **Heine/Schuster**, § 283 kn. 33a; **Fischer**, § 283 kn. 23.

bulunmalıdır¹⁹⁷. Aksi takdirde tacirin böyle bir yükümlülüğünden söz edilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁹⁸. Doktrinde hâkim görüş, bu fikri reddetmekte ve bu görüş kapsamında borçlu için bu imkânsızlık ortaya çıkmadan evvel kişinin defter tutma yükümlülüğünün ortadan kalkması için ne gerekiyorsa onu yapması gerektiği belirtilmektedir¹⁹⁹. Bununla birlikte defter tutma yükümlülüğünü yerine getirmesi noktasında ortaya çıkan imkânsızlık kendisine yüklenebilirse, yani bu noktada kendi kusuru bulunmaktaysa bu minvalde bir cezalandırılabilirlikten söz edilebilir²⁰⁰.

Belgelerin tacir tarafından gizlenmesi veya yok edilmesine neden olmanın suç olarak düzenlenmesi, her ne kadar bu hareketlerin malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için gerçekleştirilmesi gerekmektedir de esasında bu belgelerin düzenli olarak tutulduktan sonra ayrıca muhafaza edilmesi gerektiği gerçeğini de ortaya koymaktadır. Nitekim “*Belgelerin saklanması, saklama süresi*” başlıklı 82’nci maddede her tacirin, ticari defterlerini, envanterleri, açılış bilançolarını, ara bilançolarını, finansal tablolarını, yıllık faaliyet raporlarını, topluluk finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporlarını ve bu belgelerin anlaşılabilirliğini kolaylaştıracak çalışma talimatları ile diğer organizasyon belgelerini, alınan ticari mektupları, gönderilen ticari mektupların suretlerini saklamakla yükümlü olduğu özel olarak düzenlenmiştir (fıkra 1). Yine aynı fıkra hükmünde Ticaret Kanunu’nun 64’üncü maddesinin birinci fıkrasına göre yapılan kayıtların dayandığı belgelerin sınıflandırılmış bir şekilde saklanması gerektiği ifade edilerek yukarıda yer verilen belgelerin tamamı muhafaza edilmesi gereken belgeler kapsamına alınmıştır.

Elbette bu belgelerin sonsuza kadar muhafaza edilmesi gibi bir durumdan söz edilemez. Bu bakımdan bu belgelerin muhafaza edilmesi için belirli bir sürenin öngörülmesi gayet doğaldır. Öyle ki yine Türk Ticaret Kanunu’nun 82’nci maddesinde alınan ticari mektuplar ve gönderilen ticari mektupların suretleri haricinde kalan diğer belgelerin saklanma süresinin on yıl olduğu ifade edilmiş (fıkra 5), saklama süresinin ise ticari defterlere son kaydın yapıldığı, envanterin çıkarıldığı, ara bilançonun düzenlendiği, yılsonu finansal tablolarının hazırlandığı ve konsolide finansal tabloların hazırlandığı, ticari yazışmaların yapıldığı veya muhasebe belgelerinin olduğu takvim yılının bitişiyle başlayacağı belirtilmiştir (fıkra 6). Dolayısıyla suç tipinin bu kapsamda öngörülen hareketleri, yani belgeleri gizleme ve yok etmeye neden olma, ancak bu süre zarfı içerisinde gerçekleştirildiğinde suçun oluşmasından söz edilebilecektir²⁰¹. Bununla birlikte bu hareketin bu sürenin tamamında gerçekleştirilmiş olması şart olmayıp bu süre içerisinde belli bir dönem gerçekleştirilmesi de suçun oluşması için yeterlidir²⁰². Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere kişinin hangi belgeleri nasıl tutması gerektiği, bu şartlara uygun şekilde tutup tutmadığı

197 **Beukelmann**, § 283 kn. 59; **Kindhäuser**, § 283 kn. 59.

198 BGH NStZ 2000, s. 206 (**Beukelmann**, § 283 kn. 59).

199 **Beukelmann**, § 283 kn. 59; **Kindhäuser**, § 283 kn. 59; **Heine/Schuster**, § 283 kn. 33a.

200. BGH 30.08.2011 – 2 StR 652/10, NJW 2011, 3733 (**Pfordte/Sering**, § 283 kn. 45).

201. **Fischer**, § 283 kn. 24.

202. **Parlar/Öztürk**, s. 245.

hususları detaylı bir şekilde incelenmeli ve ortaya konmalı, buna göre suç tipi kapsamında yer alan hareketin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği belirlenmelidir²⁰³.

Alman Ceza Kanunu'na göre bu belgelerin ulaşılamaz hale getirilmesi veya gizlenmesi ya da imha edilmesi yahut da belgelere zarar verilmesi, bu hareketlerin ancak malvarlığı durumunun anlaşılmasını zorlaştırması halinde hileli iflas suçunu oluşturacaktır²⁰⁴. Yani bu suç, bağlı hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Oysa ki Türk Ceza Kanunu'nda bu şekilde ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi hareketlerinin suç teşkil etmesi, bu hareketlerin malvarlığı durumunun anlaşılmasını zorlaştırmasına bağlı tutulmamış, ancak Alman Ceza Kanunu'ndan farklı olarak **bu hareketlerin malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek amacıyla gerçekleştirilmeleri gerektiği** ifade edilmiş, böylelikle **suç tipi, en azından bu hareketler nezdinde hem bağlı hareketli bir suç hem de amaç suç haline getirilmiştir**. Yani ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesinin bu suç tipi kapsamında tipik olabilmesi için evvela malvarlığını kaçırmaya yönelik bazı tasarrufların bulunması – ki bu suçun bağlı hareketli olmasına neden olur²⁰⁵ – ve ayrıca söz konusu hareketlerin bu tasarrufların ortaya çıkmasının önlenmesi için – bu da suçun amaç suç olmasına neden olur – gerçekleştirilmiş olması gerekir. Şu hâlde failin, malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önleme amacı olmaksızın ticari defter, kayıt veya belgeleri gizlemesi veya yok etmesi şeklindeki hareketler bu başlık altında bu suçu oluşturmayacaktır. Bu bakımdan bu hareketleri gerçekleştiren failin işlediği fiil bakımından manevi unsur kapsamında bu amacın bulunup bulunmadığı noktasında ayrıca bir irdeleme yapılması gerekecektir.

Ayrıca her iki düzenleme arasında hareketler açısından da belirgin bir farkın olduğu gözlenmektedir. Nitekim Alman Ceza Kanunu § 283 hükmünde “*ulaşılamaz hale getirme*”, “*gizleme*”, “*imha etme ve zarar vermeye neden olacak hareketler*”den söz edilirken Türk Ceza Kanunu madde 161 kapsamında bu ifadelerle benzer olacak şekilde sadece “*gizleme*”den bahsedilirken “*ulaşılamaz hale getirme*”, “*imha etme veya zarar verme*” yerine “*yok etme*” ifadesi kullanılmıştır. Esasen ulaşılamaz hale getirmenin, diğer hareketler kapsamında kabul edilebilecek bir hareket olduğundan hareket edildiğinde “*imha etme veya zarar verme*” yerine “*yok etme*”nin tercih edilmiş

203. Nitekim Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda şirket defterlerinin detaylı bir şekilde incelenmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Öyle ki Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin “*Gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkarılması açısından, sanığın hisselerini devrettiği şirketin defter ve belgeleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak; sanığın şirket hisselerini devraldığı ve devrettiği tarihlerdeki aktif ve pasif durumunun ne olduğu, sanığın devrettiğini belirttiği hisselerle sahip olduğu sürede aşırı şekilde borçlanıp borçlanmadığı, borca batık olduğu anlaşılan şirketin hisselerini alan şirketin ortaklarının kimler olduğu, hisse devrinin yapıldığı tarihte devam eden bir iflas davasının bulunup bulunmadığı, iflas başvurusunu yapanın sanık ya da hisseleri devralan şirket olup olmadığının tespiti ile hisse devrine ilişkin noter belgesi ve söz konusu devrin işlendiği belirtilen şirket pay defteri asılları getirtilerek incelenmesinden sonra sanığın hukuki durumunun tespiti gerekirken yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...*” şeklindeki 17.10.2012 tarih ve 17287/43727 sayılı kararında söz konusu defterlerin yeterli ölçüde incelenmesi yapılmadan verilen hüküm bozulmuştur (Kararın özeti için bakınız Artuç/Gökcan/Yaşar, s. 5272, dipnot 1679). Bu bakımdan Yargıtay, gerektiğinde bu belgeler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasını da gerekli görmektedir (Parlar, s. 1954; Parlar/Öztürk, s. 246). Ayrıca bakınız Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin 20.01.2013, 12479/1483 sayılı kararı, Artuç/Gökcan/Yaşar, s. 5272, dipnot 1679.

204. Beukelmann, § 283 kn. 64; Pfordte/Sering, § 283 kn. 46; Kindhäuser, § 283 kn. 71.

205. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5274.

olduğunun belirtilmesi daha doğru olacaktır. Şu hâlde Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmünde belgeye “zarar verme” unsuruna yer verilmediği, zira yok etmenin, imha etmekten başka bir şey olmadığı açıkça görülmektedir. Bu yönde bir tercihin makul olup olmadığı, belgeye “zarar verme” unsurunun kanunda yer verilmemiş olmasının bir eksiklik olup olmadığı konusunda yorum yapabilmek için evvela bir belgeye zarar vermeden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Buna göre belgenin içeriğine dokunmayan ve fakat sadece maddi varlığına ilişkin olan zarar verici hareketlerin ya da kaçırılan yahut gizlenen ilgili belgenin dokümanın tamamı açısından bir öneminin bulunmaması halinde zarar vermeden bahsedilemeyeceğinin altı çizilmektedir²⁰⁶. Şu hâlde en azından kişinin tutmakla yükümlü olduğu belgeler açısından zarar vermekle aslında yine yok etmenin kast edildiği sonucuna ulaşılabilir. Öyle ki belgeye bir zarar vermeden bahsedilebilmesi, içerik açısından tespite yönelik ehemmiyet arz edecek bir ziyana neden olmaya bağlı olduğuna göre buradaki zarar verme, bir anlamda ilgili belgenin içeriğinin yok edilmesinden başka bir şey değildir. Kaldı ki Alman Ceza Kanunu hükmünde “*ticari defter veya diğer belgeler*”den söz edilirken Türk Ceza Kanunu hükmünde yalnızca ticari defter ve belgelerden bahsedilmekle yetinilmemiş, aynı zamanda kayıtlara da işaret edilmiştir. Böylelikle en ufak bir kayda zarar verilmesi, zaten bu kaydın ya gizlenmesi ya da en nihayetinde zarar verilerek, yani yok edilerek gizlenmesi anlamına gelecektir. Bu bakımdan ticari defter ve belgelerin yanı sıra kayıtların da gizlenmesi ve yok edilmesinin suç olarak kabul edildiği Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmündeki düzenlemenin her açıdan gayet yerinde olduğu ifade edilebilecektir.

iii. Gerçekte Bir Alacak ve Borç İlişkisi Olmadığı Halde, Sanki Böyle Bir İlişki Mevcutmuş Gibi Borçların Artmasına Neden Olacak Şekilde Belge Düzenlenmesi

Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmü kapsamında hileli iflas olarak nitelendirilecek seçimlik hareketlerden üçüncüsü gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlemedir²⁰⁷. Bu şekilde hareketlerde alacaklıların menfaatlerine zarar verilebilir. Zira bu tür hareketler, alacaklıların her birinin payına düşecek miktarın azalmasına neden olabilir²⁰⁸.

Türk Ceza Kanunu’ndaki bu düzenlemeyle birlikte İcra ve İflas Kanunu’nun 311’inci maddesinde yer alan “*Alacaklıların zararına olarak hakikate aykırı makbuzlar verir veya yazı ile borç ikrar ederse...*”, “*Muvazaalı satışlar, muameleler yahut bağışlamalar yaparsa...*” ve yine “*Hakikate aykırı borç ikrar etmek yahut muvazaalı muameleler ve mukaveleler yapmak suretiyle alacaklılarını zarara sokarsa...*” şeklindeki hükümlere (iki, dört ve beşinci bentler) benzer bir hükme yer verilmiştir²⁰⁹. Benzer bir düzenlemeye “*...bunlar üzerinde başkalarının hakkı olduğu izlenimini doğurur veya gerçekten var olmayan haklar kabul eder...*” şeklindeki hükme (Alman Ceza Kanunu § 283 fıkra 1, numara 4) yer verilmek suretiyle Alman Ceza Kanunu’nda da rastlanmaktadır.

206. Fischer, § 283 kn. 24; Kindhäuser, § 283 kn. 71.

207. Kindhäuser, § 283 kn. 52.

208. Heine/Schuster, § 283 kn. 24.

209. Kızıllarslan, s. 106; Evik, s. 209.

Bu kapsamda suçun oluşması için bir defa borçlu kişinin gerçekte bir alacak veya borç ilişkisinin bulunmaması gerekir²¹⁰. Yani borcun artmasına neden olacak şekilde bir belgenin düzenlenmesi, ancak gerçek anlamda bir alacak veya borç ilişkisinin bulunmadığı durumlarda bu suç tipi kapsamında bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılacaktır. Aksi takdirde, borçlunun bir başka kişiyle gerçek anlamda bir borç ilişkisinin bulunması halinde, zaten böyle bir ilişki mevcutmuş gibi borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi durumundan da bahsedilemeyecek, suçun oluşmasından söz edilemeyecektir²¹¹.

Buna göre örneğin talep edilen hakkın sadece mevcut olmaması bile bu hareket için yeterli olacaktır. Keza senet üzerindeki borcun 1000 TL iken 10.000 TL şekilde gösterilmesi²¹², hatır senedi düzenlenmesi²¹³, faizsiz alacakların faizli olarak gösterilmesi, sözleşmeye eski tarih konulması suretiyle de bu suç işlenebilecektir²¹⁴. Bu kapsamda aslında borçlunun pasifi olduğundan fazla gösterilmektedir. Zira borçlunun bir başka kişiyle gerçek anlamda bir borç ilişkisinin bulunması halinde zaten böyle bir ilişki mevcutmuş gibi borçların artmasına neden olacak şekilde adi nitelikte belgeler de dahil olmak üzere herhangi bir belge düzenlenmesi, borçlunun pasifinin gerçekteki halinden daha fazla görünmesine sebebiyet verecektir²¹⁵. Böylelikle de alacaklıların payına düşecek meblağda azalmaya neden olunmakta, alacaklıların zarara uğratılma tehlikesi oluşturulmaktadır²¹⁶.

iv. Gerçeğe Aykırı Muhasebe Kayıtlarıyla Veya Sahte Bilanço Tanzimiyle Aktifin Olduğundan Az Gösterilmesi

Türk Ceza Kanunu madde 161 hükmü kapsamında hileli iflas olarak nitelendirilecek seçimlik hareketlerden sonuncusu gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifi olduğundan az göstermedir. Bu madde hükmüyle birlikte esasen İcra ve İflas Kanunu madde 311'de yer alan "*Hakikate aykırı muhasebe ve sahte bilançolarla aktifini hakikatte olduğundan fazla veya noksan gösterirse*" şeklindeki hükme (fıkra 1, bent 8) benzer bir düzenleme yapılmıştır²¹⁷. Bununla birlikte bu hükmün, Alman Ceza Kanunu'nda yer alan "...*tutmaya kanunen yükümlü olduğu ticari defterleri tutmaz veya kendi malvarlığı durumunun anlaşılmasını zorlaştıracak şekilde tutar veya değiştirir...*" şeklindeki 5 numaralı hükümle "...*sair bir şekilde iktisadî kuralların gerektirdiği usule ağır bir şekilde aykırı olarak, kendi malvarlığı durumunu azaltır veya kendi gerçek iş durumunu gizler veya hakikati yansıtmayan bir şekilde gösterirse...*" şeklindeki 8 numaralı hükme karşılık geldiği de ifade edilebilir.

210. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5275; Ersoy, s. 89.

211. Heine/Schuster, § 283 kn. 24; Radtke/Petermann, § 283 kn. 39; Evik, s. 209.

212. Evik, s. 209, 210.

213. Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 15.06.1982, 4248/4893 (Önder, s. 406); Ersoy, s. 89; Parlar/Öztürk, s. 246.

214. Heine/Schuster, § 283 kn. 25.

215. Radtke/Petermann, § 283 kn. 37; Evik, s. 210.

216. Heine/Schuster, § 283 kn. 34; Pfordte/Sering, § 283 kn. 36.

217. Kızılsan, s. 106; Evik, s. 211; Ersoy, s. 91.

Bilhassa Alman Ceza Kanunu'ndaki hükmün 5 numaralı bendinde yer alan malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgeleri gizleme veya yok olmasına neden olma kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği düşünülebilirse de ticari defterlerin tutulmaması dışında kalan hareketler nezdinde bir gizleme veya yok etmeden ziyade gerçeğe aykırı bir kayıt tutulması söz konusudur. Şu hâlde bu düzenlemede yer alan defterlerin tutulmaması, daha evvel değinmiş olduğumuz defter veya kayıtların gizlenmesine karşılık gelebilecekken diğer iki hareket, yani defterlerin kişinin malvarlığı değerlerinin anlaşılmasını zorlaştıracak şekilde tutması ya da değiştirmesi, en nihayetinde gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi anlamına gelecektir. Zira bir tacirin, defter veya kayıtları gerçeğe aykırı tutması ya da değiştirmesi ya borcunu artırmak ya da aktifini azaltmak şeklinde olacaktır. İşte bu minvalde tacirin defter veya kayıtları gerçeğe aykırı tutması ya da değiştirmesi, aktifini olduğundan az göstermek için ise bu hüküm kapsamında değerlendirme yapılabilecek, aksi takdirde bir önceki hüküm olan gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenleme kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Bununla birlikte pasifin fazla gösterilmesi, bu kapsamda değil, bir önceki bent kapsamında değerlendirilmelidir²¹⁸.

5. Netice

Bu suç için alacaklıların haklarına erişimleri bakımından ne etkili bir zarar²¹⁹ ne de somut bir tehlike gerekmektedir. Bu noktada yalnızca soyut bir tehlikenin varlığı suçun oluşması için yeterlidir. Bu kapsamda suçun kural olarak bir zarar suçu değil, her ne kadar doktrinde somut tehlike suçu olduğunu ifade eden görüşler bulunmaktaysa da²²⁰ hâkim görüş tarafından da kabul edildiği üzere soyut tehlike suçu olduğu da ifade edilmelidir²²¹. Şu hâlde kanaatimize göre de salt düzenlemede yer alan hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterlidir. Yani

218. Nitekim kanunilik ilkesi gereğince failin gerçekleştirdiği aktifin veya pasifin fazla gösterilmesi, bu kapsama dahil edilemeyecektir. Bu yorum için bakınız **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 5275.

219. **Özgenç**, “İflas Suçları”, s. 358; **Parlar**, s. 1954; **Uyar**, s. 958; **Bekar**, s. 195; **Parlar/Öztürk**, s. 246.

220. **Eker-Kazancı**, s. 163; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 5277; **Kürtül**, s. 11; **Artuç**, s. 494; **Bakıcı**, s. 872; **Yılmaz**, s. 278. Bu suçun somut tehlike suçu olduğunu ifade eden **Radtke/Petermann**'a göre borçlunun suç niteliğini haiz olmayan hareketleri aslında alacaklının korunan malvarlığı değerleri için genel anlamda tehlike arz etmektedir. Öyle ki alacaklının malvarlığı değerlerinin zarar görmesi, yalnızca bir tesadüfe bağlıdır (**Radtke/Petermann**, § 283 kn. 2).

221. **Tiedemann**, § 283 kn. 4; **Heine/Schüster**, § 283 kn. 1; **Maurach/Schroeder/Maiwald**, § 48 III kn. 9; **Mitsch**, § 5 kn. 145; **Argun Bozkurt/Asuman Bozkurt**, “Hileli İflas Suçu Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1989, S. 5, s. 697; **Bekar**, s. 195; **Ersoy**, s. 92. Bununla birlikte Alman ceza hukukunda iflas suçunun oluşması için suç tipi kapsamında yer alan hareketlerin kriz esnasında gerçekleştirilmesi yönünde bir gereklilik sebebiyle bunun soyutlamayı azalttığı ve bu bakımdan soyut-somut bir tehlike suçundan söz edilebileceği de bazı yazarlar tarafından ileri sürülmektedir (**Maurach/Schroeder/Maiwald**, § 48 III kn. 9). Türk Ceza Kanunu'nda hileli iflas suçu kapsamında zaten krizin varlığı şeklinde bir gereklilik bulunmadığından bu görüşün Türk hukukunda ileri sürülmesi pek de mümkün görünmemektedir. Nitekim *aynı yazarlar*, Alman Ceza Kanunu'nda defter tutma yükümlülüğünün yerine getirilmemesini kapsamında bulunduran hükmün (§ 283b), bu kriz unsurunu şart görmeyerek tipiklik alanını geniş gördüğü, böylelikle kamu güveninin ön plana çıktığına işaret edilmektedir (**Maurach/Schroeder/Maiwald**, § 48 III kn. 9). Bu da bizim kanaatimizin ne denli yerinde olduğunu göstermektedir.

ayrıca bir zararın meydana gelmesi gerekli görülmeyecektir. Bu minvalde suçun tamamlanması için ne somut bir tehlike ne de korunan hukuki değerlerden biri olan alacaklıların menfaatlerinin zarar görmesi gerekmektedir²²².

Bununla birlikte daha önce de ifade ettiğimiz üzere malın değerinin azalmasına neden olma şeklindeki hareket kapsamında malın değerinin azalması şeklinde bir netice, dolayısıyla da tehlikenin de ötesinde bir zarar göze çarpmaktadır²²³. Şu hâlde bu suç tipi, genel olarak soyut tehlike suçu olma özelliği arz etmekteyse de malın değerinin azalmasına neden olma bakımından bir zarar suçu olma özelliği göstermektedir. Benzer durumun belgelerin yok edilmesi açısından da geçerli olduğu ifade edilebilir. Zira bir belgenin yok edilmesi, en nihayetinde bir neticedir ve bu netice, yırtma, yakma, denize atma gibi her türlü hareketle gerçekleştirilebilir²²⁴. Şu hâlde en azından bu neticeler açısından suçun sırf hareket suçu olduğu yönündeki görüş²²⁵ yerinde görünmemektedir.

B. Manevi Unsur

TCK md. 161 kapsamında hileli iflas suçu düzenlenmişken hemen devamında yer alan TCK md. 162 hükmünde taksirli iflas suçu düzenlenmiştir. Yani TCK md. 161 kapsamında daha evvel hareketleri irdelenen suç tipi, iflas suçunun kasıtlı şeklidir²²⁶. Şu hâlde kişinin kasıtlı olarak hareket edebilmesi için suçun maddi unsurları kapsamında hareketlere yönelik olarak kastının bulunması, yani bu unsurları biliyor ve istiyor olması gerekmektedir (TCK md. 30/1).

Dolayısıyla tacir konumundaki failin, maddi unsurlar açısından **bilerek ve isteyerek** hareket etmiş olması gerekir²²⁷. Buna göre fail, bilerek ve isteyerek; **i.** Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malları kaçırmaya veya gizlemesi yahut da değerinin azalmasına neden olması; **ii.** Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgeleri gizlemesi veya yok etmesi; **iii.** Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlemesi; **iv.** Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktif olduğundan az göstermesi gerekmektedir²²⁸.

222. Kindhäuser, § 283 kn. 3; Bozkurt/Bozkurt, s. 697; Özgenç, “İflas Suçları”, s. 358; Bekar, s. 195.

223. Benzer şekilde burada neticenin olduğuna dair görüş için bakınız Yılmaz, s. 276.

224. Evik, s. 214; Işıka, s. 614.

225. Muşul, s. 54; Özen, s. 3575.

226. Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 123; Özgenç, “İflas Suçları”, s. 358; Bakıcı, s. 872; Parlar, s. 1954; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5276; Kürtül, s. 11; Ersoy, s. 92; Eker-Kazancı, s. 163; Parlar/Öztürk, s. 246; Uyar, s. 957; Özen, s. 3577; Yılmaz, s. 279.

227. Tiedemann, § 283 kn. 188a; Radtke/Petermann, § 283 kn. 72; Mitsch, § 5 kn. 147; Eker-Kazancı, s. 163; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5276.

228. Kızıllarslan, s. 107; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5276.

Bunların yanında daha evvel de belirtildiği gibi cezalandırılabilirlik koşulunun maddi unsurlardan evvel bulunması halinde artık bu koşul da kast kapsamında yer alacaktır²²⁹. Bu bakımdan fail hakkında bu suç tipi kapsamında yer alan hileli davranışları gerçekleştirmeden evvel iflas kararı verilmişse, fail cezalandırılabilirlik koşulu olan bu kararı da bilmeli, bu açıdan da kasta sahip olmalıdır. Öyle ki daha evvel hakkında iflas kararı verildiğini bilmeyen borçlu konumundaki bir tacirin, hileli tasarruflarda bulunması kanaatimize göre ceza hukuku anlamında bir anlam ifade etmeyecektir. Nitekim bu hileli tasarruflar, ancak daha evvel hükümlenen iflas kararıyla ceza hukukunda bir anlam ifade etmekte, bu açıdan da failin cezaya layık bir hareket işlediğinden söz edilebilmesi için bu karardan haberdar şekilde bu hileli davranışları gerçekleştirmiş olması gerekir. Ancak iflas kararının suç tipi kapsamında yer alan hileli davranışları gerçekleştirmeden evvel verilmemiş olması durumunda, yani ilk önce hileli davranışların gerçekleştirilmesi halinde iflas kararı, cezalandırılabilirlik koşulu olarak objektif bir niteliği haiz olacak ve bu açıdan da kast kapsamında yer almayacaktır.

Elbette bu suç, kural olarak olası kastla da işlenebilir²³⁰. Yani tacir konumundaki fail, yukarıdaki hareketler açısından **öngörerek ve de kabullenerek** hareket etmiş olabilir. Ancak bu kuralın istisnasının olabileceğine de dikkat çekmek gerekmektedir. Şöyle ki yukarıdaki hareketlerden ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi, ancak malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarrufların ortaya çıkmasının önlenmesi amacıyla gerçekleştirilmesi halinde suç teşkil edecektir. **Bu anlamda ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi kapsamında bu suç, bir “amaç suç”tur.** Failde özel olarak bu yönde bir amaç bulunmadığı sürece ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok etmesi bakımından bir kastının bulunması bir anlam ifade etmemektedir²³¹. Bu bakımdan hileli iflas suçunu oluşturabilecek olan hareketlerden ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi, failin malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarrufların ortaya çıkmasının önlenmesi amacını da gerekli kıldığından bu hareket açısından failin olası kastının varlığı yeterli olmayacak, mutlaka bilerek ve isteyerek hareket etmesi şart olacaktır²³². Yani alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malları kaçırmaya veya gizleme yahut da değerinin azalmasına neden olma, gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenleme, gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifi olduğundan az gösterme hareketleri açısından failin doğrudan kastla ya da olası kastla hareket etmesi mümkünken malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarrufların ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgeleri gizleme veya yok etme açısından yalnızca doğrudan kastla hareket etmesi mümkündür.

229. *Eker-Kazancı* da hileli hareketler öncesinde verilen iflas kararını unsurlar kapsamında telakki ederek kast kapsamına dahil etmiştir. Gerçi bu durumu manevi unsurlarla ilgili açıklamalarında açıkça ifade etmemekteyse de unsur olarak görmesiyle bu sonuca ulaşabileceğini düşünmekteyiz. Bakınız *Eker-Kazancı*, s. 156.

230. *Tiedemann*, § 283 kn. 188; *Kindhäuser*, § 283 kn. 99; *Radtke/Petermann*, § 283 kn. 72; *Heine/Schuster*, § 283 kn. 56; *Eker-Kazancı*, s. 163; *Parlar*, s. 1954; *Kürtül*, s. 11; *Yaşar/Gökcan/Artuç*, s. 5276; *Uyar*, s. 964; *Işıka*, s. 618; *Parlar/Öztürk*, s. 246; *Özen*, s. 3577.

231. *Parlar*, s. 1953.

232. *Bekar*, s. 199. Aksi görüş için bakınız *Ersöy*, s. 92.

Bununla birlikte doktrinde suç kapsamında yer alan bütün hareketlerin belirli bir amaç çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerektiği, buna göre suçun bir bütün halinde amaç suçu olduğu, dolayısıyla da hileli iflas suçunun hiçbir şekilde olası kastla işlenemeyeceği yönünde bir görüş²³³ ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre suçun işlenmesi için malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunma arandığından bu suçun olası kastla işlenmesi mümkün görünmemektedir. Esasında hileli tasarrufların malvarlığını eksiltmeye yönelik olması bizzatıhi suçun kendisidir. Yani suç tipinde yer alan hareket, hileli tasarrufların malvarlığını eksiltmeye yönelik birtakım hareketlerin gerçekleştirilmesidir. Dolayısıyla bu ifade, suç tipinin bir amaç suçu değil²³⁴, bağlı hareketli bir suç olduğunu göstermektedir. Zira bu ifadeyle birlikte malvarlığını eksiltmeye yönelik tasarrufların mutlaka hileli olması aranmaktadır. Hileli tasarrufların ise hangi hallerde mevcut olacağı aynı düzenlemede tek tek sıralanmıştır. Bu bakımdan söz konusu hareketlere ve varsa neticelere bakıldığında hileli tasarrufların da pekâlâ olası kastla gerçekleştirilebileceği sonucuna ulaşılabılır. Bu çerçevede kişi, öngörmesine rağmen kabullenerek malvarlığını eksiltmeye yönelik tasarrufta bulunabilir, söz gelimi alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malları kaçırabilir, gizleyebilir veya değerinin azalmasına neden olabilir.

Tüm bu açıklamalardan sonra tacirin, değerinin azalmasına neden olduğu malların suç tipi kapsamında yer verilen alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan mallardan olmadığını düşünmesi, gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, böyle bir ilişkinin mevcut olduğunu düşünerek borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlemesi, tutması gereken defterlerden olmadığı düşüncesiyle esasen tutulması gereken bir defteri tutmaması ve böylelikle bazı tasarrufların ortaya çıkmasının engellenmesi durumlarının her birinde esasında tacirin hataya düşmesi durumu söz konusudur. Bu noktada önem arz eden husus, failin kasıtlı olarak hareket ettiğinin ifade edilebilmesi için bu maddede belirtilen normatif tipiklik unsurları kapsamında en azından iflas ve ticaret hukukunun temel bilgiye sahip olması gerektiğidir. Buna göre failin, icra ve iflas hukukuyla ticaret hukuku kaynaklı yükümlülüklerini bilmesi, dolayısıyla da en başta tacir olduğunun farkında olması gerekir²³⁵. Şu hâlde bu hata halleri, görüldüğü üzere maddi unsur kapsamında bilmesi gereken durumlara ilişkindir. Şu hâlde maddi unsurları bilmeyen kimsenin kasten hareket etmemiş olacağının belirtildiği Türk Ceza Kanunu'nun 30'uncu maddesinin birinci fıkrası gereğince bu durumlarda tacirin kastı kaldırılan hata halinde olduğu ifade edilebilecek²³⁶ ve yine bu hüküm gereğince bu hatasından dolayı taksirle sorumluluk hali saklı kalacaktır. Buna göre tacirin bu hatası, "*Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişi, iflasa karar verilmiş olması halinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklindeki Türk Ceza Kanunu madde 162 hükmü gereğince taksirli iflas suçun nedeniyle sorumlu tutulup tutulamayacağı yönünde bir değerlendirmeyi beraberinde getirecektir.

233. Eker-Kazancı, s. 163; Işıka, s. 618.

234. Eker-Kazancı, s. 163.

235. Tiedemann, § 283 kn. 189; Radtke/Petermann, § 283 kn. 72.

236. Kindhäuser, § 283 kn. 99.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suç tipi açısından hukuka uygunluk nedenleri arasından yalnızca ilgilinin rızasının bulunup bulunmadığı konusunda bir tartışma yapılabilir. Zira Türk Ceza Kanunu'nun "İlgilinin rızası" başlıklı 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmeyeceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede alacaklıların iflas masasının konusunu oluşturacak olan alacak hakları üzerinde borçlu lehine rıza göstermeleri durumunda borçlu konumundaki tacirin işlediği fiilin akıbetinin ne olacağı üzerinde durulmalıdır.

Bir defa ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin tartışılabilmesi için tacir konumundaki failin, hareketinin bu suç açısından tipi olması ve nihayet hileli iflas suçu bakımından bu tipe uygun fiile karşılık alacaklıların tamamının rıza göstermesi gerekir. Elbette tam bu noktada suç tipi kapsamında korunan hukuki değer ve suçun konusu kapsamında yapılan açıklamalar da dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede bu suçla alacaklıların haklarının korunması gibi **bireysel bir korumanın** yanı sıra ayrıca **kolektif, toplumsal bir korumanın** da sağlandığı, nitekim bu suçla aynı zamanda kredi kurumunun ve ekonomik sistemin etkin bir şekilde yürütülmesinin korunduğu²³⁷ daha evvel belirtilmişti. Ayrıca suçun konusunun alacaklıların alacak hakları, malvarlığı değerleri yanında suç tipi kapsamında yer alan bazı hareketlerle suç tanımında yer verilen belgeler olduğu, bu minvalde kamu güveninin de mevzu bahis olduğu ifade edilmişti. Tüm bu izahat karşısında her ne kadar doktrinde aksi görüş bulunmaktaysa da²³⁸ kanaatimize göre bu suç tipi bakımından ilgilinin rızası şeklinde bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedilemeyecek, salt alacaklıların hakları üzerinde rıza göstermeleri, işlenen fiili meşru hale getirmeyecektir²³⁹.

V. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A. Teşebbüs

İflas kararının niteliğine ilişkin olarak yapılan açıklamalar, teşebbüs bakımından yapılacak değerlendirmeler açısından ayrı bir önem taşımaktadır. Öyle ki iflas kararının niteliği ve konumlandırıldığı yer, suçun tamamlanma anının belirlenmesi açısından etkili olacaktır. Bununla birlikte burada ulaşılan sonuç da suça teşebbüsle suçun tamamlanma anı arasındaki ayrımın tespitini sağlayacaktır. Şu hâlde teşebbüs mevzusunda ulaşılan sonuç, hileli davranışların iflas kararından önce mi yoksa sonra mı gerçekleştirildiğine göre değişiklik gösterecektir. Yani tipikliğin eklentisi olarak iflas kararının maddi unsurlardan önce mi yoksa manevi unsurdan sonra mı konumlandırılacağı, teşebbüs bahsi açısından dikkate alınacaktır.

237. Erman, s. 185; Görgün, s. 434. O kadar ki Richter, iflas suçları için bireysel malvarlığı koruma hakkını aşan çalışanların çalışma yerlerinin korunmasına ilişkin menfaatlerinin dahi ekonomik düzenin gerektiği gibi işlev görmesi açısından önem arz ettiğine işaret etmiş, böylelikle bireyseli aşan hukuki değerden bahsedilebileceğine vurgu yapmıştır (Richter, § 81 kn. 4).

238. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5277.

239. Aynı yönde görüş için bakınız Ersoy, s. 93; Işıka, s. 618; Özen, s. 3578; Yılmaz, s. 280.

Bu kapsamda ilk olarak **maddi unsurlardan evvel iflas kararının zaten verilmiş olması halinde** suçun tamamlandığı an, hareketin neticesinin bulunması durumunda neticenin gerçekleştiği an; sırf hareket olması halinde ise bu hareketin gerçekleştirildiği an olarak kabul edilecektir²⁴⁰. Dolayısıyla kişi hakkında iflas kararının verilmesinden sonra da hileli iflas suçu teşebbüs aşamasında kalabilir. Şöyle ki hakkında iflas kararı verilen fail, taşınır malını kaçırırken yakalanabilir ve böylelikle teşebbüs aşamasında kalmış hileli iflas suçundan cezalandırılabilir. Nitekim cezalandırılabilirlik koşulu olan iflas kararı daha evvel verilmiş olduğundan işlenen hareket teşebbüs aşamasında kalmış olsa da cezalandırmadan bahsedilebilecektir. Dolayısıyla bu hareketlerin tamamlanması yahut da teşebbüs aşamasında kalması, borçlu hakkındaki iflas kararının ne zaman verildiğine bağlı değildir. Yani bu hareketler, iflas kararının verilmesinden önce gerçekleştirilmiş olabileceği gibi karardan sonra da gerçekleştirilmiş olabilir. Bu açıdan hileli iflas suçunda yukarıda verilen bilgiler çerçevesinde teşebbüs hükmüne ilişkin genel kuralların esas olduğu ifade edilebilir²⁴¹.

Elbette suç tipi kapsamında yer alan hareketin neticesinin öngörülmüş olduğu durumlarda her ne kadar hareketin gerçekleştirilmesiyle suçun icra hareketleri gerçekleştirilmeye başlanmış olacaksa da netice gerçekleşmediği sürece suçun tamamlanmasından bahsedilemeyecektir. Bu çerçevede icra hareketleri-hazırlık hareketleri ayırımına da dikkat edilmelidir. Nitekim her durumda malvarlığı devrine ilişkin sözleşmenin tamamlanmasıyla kaçırma hareketinin teşebbüs aşamasında olduğundan söz edilemez²⁴². Borçlunun devir için söz konusu hareketlere belirli oranda katkıda bulunması halinde bu hareketlerin sözleşmenin tamamlanmasından sonra doğrudan gerçekleştirilmemesi kaydıyla doğrudan icraya başlandığından bahsedilemeyecek, sadece hazırlık hareketlerinin varlığından söz edilebilecektir²⁴³. Devir gerçekleşir ve tescile ilişkin başvuru yapılırsa kaçırılmaya yönelik teşebbüs söz konusu olacaktır²⁴⁴.

Bu çerçevede ikinci olarak **hileli davranışların iflas kararından evvel gerçekleştirilmesi durumunda** suçun tamamlanma anı, tipikliğin eklentisi olan ve manevi unsurdan sonra konumlandırılmış olan iflas kararının verilmesi anı olacaktır. Yani bu koşulların gerçekleşmemesi halinde kanuni tanımdaki unsurlar tam anlamıyla yerine gelmediğinden suç da gerçekleşmiş olmayacaktır²⁴⁵. Dolayısıyla suçun tamamlanmasında da etkili olan bu koşullar, suçun işlenmiş sayılacağı zamanın belirlenmesinde de bir öneme sahip olacaktır.

İflas kararının maddi unsurlardan önce verilmemiş olması, suç tipindeki hareketler gerçekleştirilmesine rağmen iflas kararının verilmesinin beklenmesi halinde suçun tamamlandığı an, cezalandırılabilirlik koşulu olsun veya olmasın esasen iflas kararının konumlandırıldığı yere göre değişecektir. Nitekim doktrinde bu kararın suçun kurucu bir unsur olarak maddi

240. Bu hususta hareket esas alındığından temelde farklı görüşte olduğumuz yazarlarla da benzer görüşte olmaktadır. Bakınız **Özgenç**, "İflas Suçları", s. 358; **Bakıcı**, s. 872; **Evik**, s. 221; **Eker-Kazancı**, s. 164.

241. **Heine/Schuster**, § 283 kn. 64.

242. **Heine/Schuster**, § 283 kn. 64.

243. **Heine/Schuster**, § 283 kn. 64.

244. RG 61, 109 (**Heine/Schuster**, § 283 kn. 64).

245. **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 20 kn. 1.

unsurlar kapsamında netice olduğunu ileri süren görüşlere göre iflas kararı verilmediği sürece suç tamamlanmış olmayacaktır. Dolayısıyla bu koşul gerçekleşmediği takdirde suç, teşebbüs aşamasında kalacaktır. Suçun işlenmiş sayılacağı an ise, iflas kararının verildiği tarih olacaktır²⁴⁶.

Buna karşılık bu kararın, objektif cezalandırılabilirlik nedeni olarak kusurun da ötesinde konumlandırılması durumunda suçun tamamlanmasına bir etkisi olmayacağı, hileli hareketler gerçekleştirildiği anda bu koşul gerçekleşmeksizin suçun tamamlanmış olacağı kabul edilebilecektir²⁴⁷. Şu hâlde bu görüşe göre hakkında iflas kararı verilmeden hemen önce taşınır malını üçüncü bir kişiye devreden kişi, esasında malı kaçırma hareketini tamamlamıştır. Bu noktada suçun tamamlanması için hakkında iflas kararının verilmesi şart değildir. Bununla birlikte iflas kararı verilmeden evvel kişinin malı kaçırma hareketi de teşebbüs aşamasında kalabilir. Böyle bir durumda da teşebbüs aşamasında kalmış hileli iflas suçundan söz edilecektir. Bu halde de objektif cezalandırılabilirlik koşulu gerçekleşmediği sürece teşebbüs aşamasındaki fiilin cezalandırılmasından bahsedilemeyecektir²⁴⁸.

Yargıtay'ın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilk dönem kararlarında iflas kararının verildiği zamana göre bir ayrıma gittiği, suçun maddi unsurlarını oluşturan hareketlerin iflas kararının verilmesinden önce yapılması halinde suç tarihinin kararın kesinleşme tarihi olduğu, zamanaşımı süresinin de bu andan itibaren işlemeye başlayacağı sonucuna ulaştığı görülmektedir²⁴⁹. Doktrinde de iflas kararını, cezalandırılabilirlik koşulu olarak kusurun ötesine konumlandıran bazı müelliflerin, suçun tamamlandığı anı iflas kararının verildiği an olarak kabul etmiş olmaları dikkat çekmektedir²⁵⁰. Bu yazarlara göre suçun tamamlandığı an, cezalandırılabilirlik koşulu olan iflas kararının verildiği andır. Ancak özellikle ifade etmek gerekir ki bu görüş, kendi içerisinde pek tutarlı görünmemektedir. Zira iflas kararının hem suçun işlenmesiyle, oluşumuyla ilgisinin kesilmesi hem de suçun tamamlanma anının belirlenmesinde etkili görülmesi pek anlamlı görünmemektedir.

Nitekim bu çerçevede Yargıtay, son dönem kararlarında görüş değişikliğine giderek iflas kararının verildiği tarihe ilişkin olarak yapmış olduğu ayrımı kaldırarak suçun işlendiği tarihte tamamen hileli hareketleri esas almaya başlamış, iflas kararını görmezden gelmeye başlamıştır. Buna göre Yargıtay, hileli hareketler gerçekleştirildiği anda bu koşul gerçekleşmeksizin suçun tamamlanmış olacağı görüşünden hareket etmektedir²⁵¹. Böylelikle Yargıtay, iflas kararının hileli davranışlardan

246. **Gropp**, § 7 kn. 7; **Dönmezer**, s. kn. 404; **Muşul**, s. 61; **Kızırlarlan**, s. 88; **Bakıcı**, s. 872; **Malkoç**, s. 2784. Bu koşulu açıkça netice olarak görmeyen *Koca/Üzülmez*'in maddi unsurlar kapsamında telakki etmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bakınız *Koca/Üzülmez*, s. 367.

247. **Heine/Schuster**, § 283 kn. 63; **Fischer**, § 283 kn. 33; **Radtko/Petermann**, § 283 kn. 82; **Pfordte/Sering**, § 283 kn. 76; **Evik**, s. 226; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 5277; **Ersöy**, s. 94; **Işıka**, s. 620; **Parlar/Öztürk**, s. 246, 247; **Evik**, "Hileli İflas Suçunda, 'Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine' İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", s. 1095.

248. **Heine/Schuster**, § 283 kn. 64; **Radtko/Petermann**, § 283 kn. 82; **Kindhäuser**, § 283 kn. 115.

249. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 25.03.2008, 2008/352 Esas, 2008/1731 Karar sayılı karar için bakınız **Evik**, "Hileli İflas Suçunda, 'Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine' İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi". Benzer şekilde Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 08.12.2005, 2454/13234 sayılı karar için bakınız **Bakıcı**, s. 875.

250. **Önder**, s. 404; **Özbek**, s. 1303; **Soyaslan**, s. 429; **Evik**, s. 223; **Malkoç**, s. 2784.

251. Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 12.09.2013, 2013/12176, 2013/13130 – **Evik**, s. 226. Bu görüş, Yargıtay'ın bilhassa son

önce veya sonra verilmesi durumundaki farklılığı göz ardı etmektedir. Bölge Adliye Mahkemeleri de Yargıtay'ın bu görüşünden hareket ederek kararlarını şekillendirmektedir²⁵².

Bu noktada iflas kararının, maddi unsurlar kapsamında suçun kurucu bir unsuru olarak kabul edilmesi, gerçekleşme bile işlenen suç teşebbüs aşamasında kalacağından yine de teşebbüs aşamasında bir suç olarak cezalandırılabilir olacağının altını özellikle çizmekte fayda bulunmaktadır. Oysa ki **bizim de kabul ettiğimiz gibi** bu kararın suçun kurucu bir unsuru olarak değil de bir tipiklik eklentisi olarak telakki edilmesi halinde, bu unsur gerçekleşmediği takdirde yine teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan söz edilebilecek, ancak bu koşul işlenen fiilin değersizliğine ayrı bir değersizlik katan özel bir netice olarak her durumda bir cezalandırılabilirlik koşulu olduğundan teşebbüs aşamasında kalmış olan suçun cezalandırılmasından da bahsedilemeyecektir. Bu açıdan bu koşulun tipikliğin eklentisi olması ile suçun kurucu unsuru olarak maddi unsurlar kapsamında netice şeklinde addedilmesi arasındaki fark, belirgin bir şekilde göze çarpmaktadır. Şu hâlde gerçekleştirilen hileli davranışın tamamlanmamış olmasına rağmen iflas kararı verilmesi halinde hileli iflas suçuna teşebbüs dolayısıyla failin cezalandırılmasından söz edilebilecektir²⁵³. Yani iflas kararının tipikliğin eklentisi olarak addedilmesi, hileli iflas suçuna teşebbüsten cezalandırılabilirliğin önünde bir engel teşkil etmeyecektir. Yeter ki teşebbüs aşamasında kalmış hileli davranışın yanında iflas kararı da verilmiş olsun²⁵⁴.

Tüm bu bilgilerin yanı sıra defter tutma yükümlülüğünün hiçbir şekilde yerine getirilmemesi halinde defterin tutulması şeklindeki bu yükümlülüğünün bulunduğu süre boyunca bu suç işlenmeye devam ettiğinden dolayı kesintisiz suçtan bahsedileceği, bununla bağlantılı olarak suçun tamamlanmış sayılacağı anın, defter tutma yükümlülüğünün olduğu sürenin bitiş anı

dönem kararlarında görülmektedir. Nitekim Yargıtay 23. Ceza Dairesi'nin 27.04.2016 tarih ve 2015/6116 Esas, 2016/5370 Karar sayılı kararı incelendiğinde bu husus açıkça görülebilecektir. Karar için bakınız **Ersoy**, s. 94, dipnot 114.

252. "5237 sayılı TCK'nın 161. Madde gerekçesinde iflas kararının objektif cezalandırılabilirlik şartı niteliğinde olduğu açıkça belirtilmiş olup dolayısıyla bir objektif cezalandırılabilirlik şartı olan iflas kararının suçun unsuru olmadığı gibi madde hükmünde de açıkça belirtildiği üzere kanun tarafından cezai yaptırıma bağlanan eylemin iflas etmek değil, "iflas kararından önce veya sonra malvarlığımı eksiltmeye yönelik hileli tasarruflar olduğu", **bu çerçevede hileli iflas suçunun hileli tasarrufların gerçekleştirildiği anda tamamlandığı ve bu tasarruflardan önce veya sonra verilen iflas kararının sadece bu hileli tasarrufların cezalandırılabilirliği açısından etkili olduğu, diğer bir deyişle esasen cezai yaptırıma bağlanan eylemler hileli tasarruflar olduğundan, iflas kararı bu tasarruflardan sonra verilse bile suçun hileli tasarrufların yapıldığı tarihte meydana geldiği ve dolayısıyla bu tarihte geçerli olan cezai hükümlerin uygulanması gerektiği öngörülmüştür** (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 21. Ceza Dairesi, 24.04.2017, 2017/1048 – 2017/1084 – **Parlar/Öztürk**, s. 249, 251)."
253. Bununla birlikte Türk doktrininde cezalandırılabilirlik koşulunu maddi unsurlar kapsamında telakki etmesine rağmen bu koşul gerçekleştiği takdirde suçun teşebbüs aşamasında kalması gibi bir durumdan bahsedilemeyeceğine işaret edilmiştir. Bakınız **Koca/Üzülmez**, s. 368. Bu anlayış, suç tanımında yer alan fiil ve varsa neticenin gerçekleşmesini tamamen görmezden gelinmesi ve suçun tamamlanıp tamamlanmadığı hususunun tek başına cezalandırılabilirlik koşuluna göre belirlenmesi anlamına gelecektir.
254. **Kindhäuser**, § 6 kn. 13; **Bekar**, s. 213. Hatta Alman doktrininde bu koşullar olmaksızın kişi hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı, sanık hakkında bu koşul gerçekleşmediğinden beraat kararı verileceği ifade edilmektedir (**Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 20 kn. 1). Benzer görüşe Türk doktrininde de yer verilmiştir. Bakınız **Dönmezer**, s. kn. 404; **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 648, dipnot 1180. Bununla birlikte bu koşul gerçekleşmediği sürece fail ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği yönünde görüş belirtenlerin varlığı da göze çarpmaktadır. Bunun için bakınız **Kangal**, s. 156.

olduğu da dikkate alınmalıdır²⁵⁵. Bu açıdan borçlunun, sadece bir dönem için defter tutmama fikrinde olması ve henüz bu dönemin geçmemesi durumunda hiçbir şekilde icra hareketlerine başlanmış olmayacaktır.

Nihayet suça sırf hareket suçu niteliği kazandıran hareketler açısından fiilin tamamlanmasıyla birlikte failin cezasız kalacak şekilde **gönüllü vazgeçmesinden** söz edilemeyecektir. Failin, fiilinin etkilerini iflas kararı öncesinde gönüllü bir şekilde ortadan kaldırması veya hafifletmesi durumunda bu husus, cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir²⁵⁶. Bu durumda ancak bazı koşulların varlığı halinde **etkin pişmanlık** hali gündeme gelebilir²⁵⁷. Nitekim Türk Ceza Kanunu madde 168 hükmüne göre hileli iflâs suçunun da dahil olduğu bazı suçların tamamlanmasından sonra ve fakat bu nedenle kovuşturma başlatılmadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirileceği düzenlenmiştir (fıkra 1). Ayrıca etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmeden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarının indirileceği belirtilmiştir (fıkra 2). Nihayet kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızasının aranacağı ifade edilmiştir (fıkra 4).

B. İştirak

İştirake ilişkin genel kuralların bu kapsamda geçerli olduğu ifade edilmelidir²⁵⁸. Bununla birlikte hileli iflas suçu özgü bir suç olduğundan²⁵⁹ bu durumun beraberinde getirdiği sonuçlara özel olarak değinilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu çerçevede ancak iflâsa tabi olan tacir konumunda bulunan borçlu kişilerin sahip oldukları yükümlülükleri gereğince bu suçun faili olabilecekleri belirtilmelidir. Nitekim daha evvel de detaylı olarak incelendiği üzere tacirlerin en basitinden defter tutma yükümlülükleri bulunmaktadır. Dolayısıyla bu yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmeyen, ihlal eden kişinin fail olarak sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu anlamda bir tacir, ticari defter, kayıt veya belgeleri gizler veya yok ederse, gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde böyle bir ilişki mevcutmuş gibi borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlerse, gerçeğe aykırı muhasebe kaydı tutar veya sahte bilanço tanzimiyle aktifi olduğundan az gösterirse tacirliğin beraberinde getirdiği yükümlülüklerine aykırı hareket etmiş olacaktır. Şu hâlde tacir olmayan, bu sıfatın beraberinde getirdiği yükümlülükleri haiz olmayan kişi, bu suçun faili ya da müşterek faili olamaz. Buna göre suça iştirak eden kişinin ancak bu özel

255. Pfordte/Sering, § 283 kn. 76; Evik, s. 220.

256. Heine/Schuster, § 283 kn. 63.

257. Eker-Kazancı, s. 164.

258. Heine/Schuster, § 283 kn. 65; Fischer, § 283 kn. 38; Eker-Kazancı, s. 165; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5279; Malkoç, s. 2784; Ersoy, s. 95.

259. Tiedemann, § 283 kn. 225; Kindhäuser, § 283 kn. 110; Bakıcı, s. 867; Evik, s. 257.

niteliği haiz olması koşuluyla müşterek failliğinden söz edilebilir²⁶⁰. Bu niteliği haiz olmayan kişi, yalnızca şerik olarak sorumlu tutulabilir²⁶¹.

Bununla birlikte suç tipi kapsamındaki hareketler, çoğu zaman doğrudan iflase tabi kılınmış kişiler tarafından gerçekleştirilmemekte, bu niteliği haiz olmayan ve ilgili şirket ya da tüzel kişilik bünyesinde görev yapan alelade çalışanların, personellerin yardımlarıyla, önemli derecedeki katkılarıyla işlenmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanunu madde 161/1-d hükmü gereğince hileli iflas suçunun seçimlik hareketlerinden biri olan gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi, teknik bir husus olmasından mütevellit çoğu kez tacirin bizatihi kendisi tarafından değil, tacirin talebiyle şirketin muhasebecisi tarafından gerçekleştirilmektedir²⁶². Elbette bu tür durumlarda tacirin ve de söz konusu şirket çalışanın sorumluluğunun ortaya konması gerekmektedir.

Bir defa böyle bir durumda tacirin görevlendirdiği muhasebecinin gerçeğe aykırı muhasebe kayıtları tutması veya sahte bilanço tanzim etmesi, muhasebecinin kendisi açısından belgede sahtecilik suçu olsa da hileli iflas suçu olmayacaktır. Zira hileli iflas suçunun faili, yalnızca iflase tabi olan tacir olabilir. Ayrıca muhasebeciye bu hareketi işlemini söyleyen tacirin, muhasebeci üzerinde iradeye hakimiyet suretiyle fiil hakimiyetini elde ettiğinden bahsedilemeyeceğinden hileli iflas suçunun dolaylı faili olarak sorumlu tutulmasından da bahsedilemeyecektir. Öyle ki muhasebecinin kendisinin hileli iflas suçunun faili olamaması karşısında tacirin bu suçun azmettiren olduğundan dahi söz edilemeyecektir. Bu noktada suçun özgü suç olması ve sadece tacirler tarafından işlenebilir olması, muhasebecinin suça iştirak iradesini önemsiz kılmaktadır. Şu hâlde bu konseptte tacir, olsa olsa muhasebecinin işlemiş olacağı belgede sahtecilik suçunun azmettiren olabilecektir.

Dolayısıyla böyle bir ihtimalde bir sorun ortaya çıkmakta, makul bir çözüm bulunması gerekli hale gelmektedir. Zira çalışanlarından birini telefonla arayıp gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenleyen, **kısacası suç tipi kapsamında yer alan hareketleri bir başkasına işleten tacirin**, mevcut kanuni düzenlemedeki tanıma göre fail olarak tutulması pek mümkün olmayacaktır. Tacirin fail olabilmesi için Mevcut kanuni düzenleme, (a) bendi haricindeki diğer üç bentte yer alan hareketleri, mutlaka kendisinin gerçekleştirmesini gerekli kılmaktadır. Zira aksi bir durum, bu hareketleri kendisi gerçekleştirmeyen tacirin, kanunilik ilkesine aykırı şekilde bu suçtan sorumlu tutulması sonucunu doğuracaktır. Öyle ki kanunilik ilkesine aykırı bir sonucun ortaya çıkmasını önlemek adına suç tanımının;

“Hileli iflasın varlığı için;

a) *Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalması veya **buna neden olunması**,*

260. Heine/Schuster, § 283 kn. 65; Tiedemann, § 283 kn. 226; Fischer, § 283 kn. 38; Kindhäuser, § 283 kn. 110.

261. Tiedemann, § 283 kn. 227; Fischer, § 283 kn. 38.

262. Evik, s. 259.

- b) *Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi veya **buna neden olunması**,*
- c) *Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi veya **buna neden olunması**,*
- d) *Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi veya **buna neden olunması** gerekir.”*

şeklinde olması gerekir. Görüldüğü üzere her bir bende “...veya **buna neden olunması**...” ibaresi eklenerek tacirin bu hareketlere ya da varsa hareketlerin beraberindeki neticeye neden olması da suçun işlenmesi için yeterli hale gelebilir. Böylelikle yukarıda sorun olarak belirtmiş olduğumuz **suç tipi kapsamında yer alan hareketleri bir başkasına işleten tacirin** gerçekleştirilen hareketlerden her halükârda sorumlu tutulması mümkün hale gelebilecektir. Mevcut kanuni düzenlemede ise bu sorun devam edecek, bu tacirin başkasına işlettiği hareketlerden sorumlu tutulması sorunlu olacak, daha doğrusu pek mümkün olmayacaktır.

İşte tam bu noktada **yükümlülük suçları teorisi** gündeme gelmektedir²⁶³. Buna göre hileli iflas suçunun özgülü suç olarak bir yükümlülük suçu olduğu kabul edildiğinde, tacirin bu fiillerin gerçekleştirilmesini başkasından istemesi halinde mevcut kanuni düzenlemeyle dahi fail olarak sorumlu tutulması, bu teori sayesinde mümkün olacaktır. Zira bu teoriyle birlikte tacirin suç tipinde yer alan hareketleri ister doğrudan kendisi isterse dolaylı olarak başkası aracılığıyla gerçekleştirilmesi suretiyle yükümlülüğünü ihlal etmesi, bu suçtan fail olarak sorumlu tutulmasını sağlayacaktır. Şu hâlde muhasebecisinden gerçeğe aykırı muhasebe kaydı tutmasını isteyen ve bunu sağlayan tacirin, bu kaydı bizzat kendisi tutmamış olmasına rağmen hileli iflas suçundan fail olarak sorumlu tutulmasının temeli, yükümlülüğüne aykırı davranış sergileyerek suç tipindeki hareketlerin gerçekleştirilmesine neden olmasıdır²⁶⁴.

Bu tür yükümlülük suçlarında yalnızca yükümlülük sahibi kişinin yükümlülüklerini ihlal etmesine neden olacak hareketler, fail olarak sorumluluğu beraberinde getirecektir. Buna mukabil bu suçlarda kişi fiil hakimiyetine sahip olsa bile yükümlülük sahibi değilse fail olamaz. Bu suçlarda faillik kriteri, genel suçlarda olduğu gibi fiil hakimiyetine sahip olmak değil, yükümlülük sahibi olmadır²⁶⁵. Yükümlülük sahibi olmayan kişi, fiil hakimiyetine sahip olsa bile suçun faili olamaz. Bununla birlikte bu kişi, Türk Ceza Kanunu'nun 40'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre özel faillik niteliğini kendi şahsında bulundurmadığından ve dolayısıyla da yükümlülüğe sahip olmadığından işlenen suçta ancak azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmiş olacaktır. Şu hâlde söz konusu muhasebeci, muhasebe kayıtlarını bizzat kendisi tutmuş olsa da kendisi üzerinden yükümlü konumundaki tacir tarafından işlenmekte olan hileli iflas suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Bir anlamda tacirin bir suçu işlemesine hizmet

263. Bu teoriye ilişkin detaylı açıklamalar için bakınız **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 523, 524; **Muhammed Demirel**, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, On İki Levha, İstanbul 2017, s. 114 vd.

264. **Demirel**, s. 117.

265. **Demirel**, s. 138, 139.

etmiş, yardımda bulunmuştur. Normal şartlarda hileli iflas suçunu oluşturmayan ve bu açınsından muhasebecinin cezaya layık olmayan bu fiilleri, tacirin yükümlülüklerine aykırılık teşkil eden ve hileli iflas suçunu oluşturan hareketlerine hizmet etmesi münasebetiyle artık muhasebecinin bu suçtan yardım eden olarak sorumlu tutulması sonucunu beraberinde getirecektir. Elbette bunun için hareketleriyle yardımcı olan muhasebecinin, yardımda bulunduğu kişinin tacir olduğunu, yükümlü olduğunu, dolayısıyla yaptığı hareketlerin tacirin yükümlülüklerine aykırılık teşkil ettiğini en azından öngörmesi ve kabullenmesi, diğer bir ifadeyle bu hususlara yönelik kastının bulunması gerekir. Bu izahla birlikte doktrinde muhasebecinin yardım eden olarak fail konumundaki tacire göre daha az ceza ile cezalandırılmasının hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri açısından sorunlu olduğu, adil bir netice olmadığı yönündeki eleştirilere de²⁶⁶ cevap verilmiş olacaktır.

Alman Ceza Kanunu'nda hileli iflas suçu kapsamında yer alan faillik niteliğini haiz olmayan bir kimsenin işlenen suç bakımından şerik olması halinde hâkim görüşe göre iflasa tabi olma niteliği şahsi bir nitelik olduğundan²⁶⁷ şerikin de bu nitelikten tam anlamıyla etkilenmemesi ve cezasında belirli bir oranda zorunlu indirimle gidilmesi hususu düzenlenmiştir (§ 28 fıkra 1)²⁶⁸. Kanaatimize göre Türk Ceza Kanunu'nda bu şekilde özel bir düzenleme bulunmadığından şerikin bu durumu, cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Bu açıdan doktrinde yardım eden kişiler açısından ceza kanununda indirim yapılmasına imkân veren düzenlemenin, tacir dışındaki diğer kişilerin kayırlık istendiği gibi bir izlenime neden olduğu yönündeki görüşü²⁶⁹ hiçbir şekilde yerinde görmediğimizi, hatta yardım eden kişinin cezasındaki bu indirim imkanının benzer şekilde azmettirenine de tanınması gerektiği görüşünde olduğumuzun altını özellikle çizmekte fayda görmekteyiz²⁷⁰.

Tüm bunların yanında suça iştirak eden diğer suç ortaklarının hileli iflas suçundan sorumlu tutulabilmeleri için de cezalandırılabilirlik koşulu olan iflas kararının verilmesinin şart olduğunun özellikle altı çizilmelidir. Diğer bir ifadeyle bu koşullar, şahsi cezasızlık sebepleri ya da kusuru kaldıran nedenler gibi olmayıp doğrudan fiilin kendisini etkiler bir nitelik arz etmektedir²⁷¹. Böylelikle müşterek fail, azmettiren ya da yardım eden konumunda bulunan diğer suç ortakları, bu koşul gerçekleşmediği sürece hileli iflas suçundan mütevellit cezalandırılmaz.

Bu kapsamda suça yardım etme ile Türk Ceza Kanunu madde 283 hükmünde düzenlenen “*Suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için*

266. Bu yöndeki eleştiriler için bakınız **Evik**, s. 258.

267. Aksi görüşler de bulunmakta ve bu niteliğin, şahsi bir nitelik olmadığı, bu bağlamda şerik konumundaki kişiye bir ceza indirimine gidilemeyeceği ileri sürülmektedir. Bu görüşler için bkz. **Kindhäuser**, § 283 kn. 111.

268. **Maurach/Schroeder/Maiwald**, § 48 kn. 19.

269. **Hafizoğulları/Özen**, s. 370, 371; **Evik**, s. 258.

270. Bununla birlikte bu konuya has olmamakla birlikte genel anlamda yardım etme düzenlemesindeki zorunlu ceza indirimi yerine takdiri ceza indiriminin daha makul olacağı kanaatinde olduğumuzu da ifade etmek gerekir. Bu görüşümüzün gerekçesi için ayrıca bakınız **Muhammed Demirel**, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, On İki Levha, İstanbul 2017.

271. **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 20 kn. 1; **Evik**, “Hileli İflas Suçunda ‘Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine’ İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, s. 1094, 1095.

imkân sağlayan kimse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklindeki suçluyu kayırma suçu arasındaki ayrıma da değinilmesi gerekmektedir. Buna göre iki durum arasındaki ayırım, fiilin sona erme zamanına göre belirlenir. Buna göre suçun tamamlandığı andan itibaren artık suça iştirak kapsamında yardım etmeden söz edilemeyecek, olsa olsa suçluyu kayırma suçundan bahsedilebilecektir. Dolayısıyla bu ayırımın belirlenmesi noktasında teşebbüs bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalar aynen geçerli olacaktır.

Nihayet İcra ve İflas Kanunu’nun 311’inci maddesinin “*Türk Ceza Kanunu’nun iştirak hükümleri dışında kalsa dahi, müflisin aktifini azaltmak maksadıyla ona ait taşınır ve taşınmaz malları kısmen veya tamamen saklayan veya kaçırın ve muvazaa ile temellük eden veya bu hususlarda yataklık veya tavassut eden veya iflas masasına müracaat ile kısmen veya tamamen asılsız alacaklarını kaydettiren veya müflisin tediye kabiliyetini azaltmak maksadıyla kendi adına veya müstear adla ticari faaliyetlere giren kimseler hakkında dahi aynı cezalar uygulanır.*” şeklindeki son fıkrası bakımından da bir değerlendirme yapılmalıdır. Esasen yürürlükten kaldırıldığını düşündüğümüz²⁷² bu hükmün, iştirak kurallarıyla uyuşmadığı, ceza hukukunda kişilerin suçun işlenişine yaptıkları katkının niteliğine ve ağırlığına bakılmaksızın iştirak hükümleriyle belirlenen sorumluluk çerçevesini aşacak nitelikte sorumluluk alanına dahil edilmeye çalışılmalarının objektif sorumluluğu beraberinde getirebilecek nitelikte olduğu özellikle ifade edilmelidir. Bu açıdan her ne kadar *Dönmezer*, bu hükmün özellikle dürüst olmayan muameleleri önlemek bakımından iflasın haiz olduğu etki ve kuvveti artırmak için mevzuata dahil olmasında fayda bulunduğunu vurgulamış olsa da²⁷³ bu türden bir düzenlemenin hiçbir şekilde yerinde olmadığı, mevcut kanun kapsamında sadece iştirak düzenlemeleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği vurgulanmalıdır²⁷⁴. Nitekim kanundaki iştirak düzenlemeleriyle ve keza yükümlülük teorisiyle birlikte sorunun çözüme kavuşturulacağı düşüncesinde olduğumuzu vurgulamıştık.

C. İçtima

Hileli iflas suçu kapsamında özel bir içtima kuralına yer verilmemiştir. Bu açıdan içtimaya ilişkin genel kuralların uygulanacağı ifade edilebilir²⁷⁵. Tam bu noktada birbirini takip edecek şekilde birden fazla hileli iflas hareketinin cezalandırılabilirlik koşuluyla birbirine bağlanıp tek olarak addedilmesinin mümkün olmadığı da vurgulanmalıdır²⁷⁶. Bilakis bu davranışlar, kural olarak bağımsız fiiller olarak addedilecek²⁷⁷, yani bu durumlarda fiil çokluğundan söz edilecektir²⁷⁸.

272. Bu konuda değerlendirme için bakınız **Bakıcı**, s. 865; **Artuç**, s. 495; **Özen**, s. 3580.

273. **Dönmezer**, s. kn. 406.

274. Aksi görüş için bakınız **Evik**, s. 259. Bu konuda detaylı açıklamalar için bakınız **Özgenç**, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s. 122.

275. **Tiedemann**, § 283 kn. 231; **Eker-Kazancı**, s. 165; **Bakıcı**, s. 873; **İşika**, s. 621; **Evik**, s. 262.

276. **Heine/Schuster**, § 283 kn. 66; **Radtke/Petermann**, § 283 kn. 87; **Kindhäuser**, § 283 kn. 116.

277. BGH 1, 191 (**Heine/Schuster**, § 283 kn. 66); **Fischer**, § 283 kn. 41.

278. **Radtke/Petermann**, § 283 kn. 87; **Kindhäuser**, § 283 kn. 119.

Bununla birlikte burada hileli davranışlar kapsamında hareketin yöneldiği konunun, malvarlığı değerleri olduğuna özellikle dikkat edilmelidir. Yani tacirin, iflas masasına konu olan belli bir miktar malvarlığı değerini önce kaçırmaması, sonra da bu kaçırdığı malvarlığı değerinin azalmasına neden olması ile kaçırdığı malvarlığı değerinin dışında ayrıca iflas masasına ait bir başka malvarlığı değerinin azalmasına neden olması yahut da bu malvarlığı değerini de kaçırmaması durumları birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Zira ilkinde zaten alacaklılardan kaçırılmış olan malvarlığı değerinin azalmasına neden olma söz konusuysen ikincide kaçırılan malvarlığı değerinin yanı sıra başka bir malvarlığı değerinin daha azalmasına neden olma söz konusudur.

Bu çerçevede şayet aynı malvarlığı değeri üzerinde ister aynı anda ister farklı zamanlarda suçun seçimlik hareketlerinden birden fazlası gerçekleştirilmişse görünüşte içtima kuralları kapsamında tüketen norm-tüketilen norm kuralları gereğince tek suçun işlendiği sonucuna ulaşılabilecek ve dolayısıyla fail hakkında tek cezaya hükümlenilecektir²⁷⁹. Şu hâlde belirli bir malvarlığı değerinin hem kaçırılması hem de değerinin azalmasına neden olunması söz konusu olursa hileli iflas suçundan dolayı tek suçtan ceza verilecek, iki hareketin de birlikte gerçekleştirilmesi durumu cezanın belirlenmesinde mutlaka dikkate alınacaktır²⁸⁰.

Bununla birlikte bu sonuca ulaşılabilmesi için bu seçimlik hareketlerin muhakkak aynı anda gerçekleştirilmiş olması da gerekmemektedir. Nitekim değerinin azalmasına neden olunan malvarlığı değeri, zaten failin daha evvel iflas masasından kaçırdığı malvarlığı değeridir. Dolayısıyla nasıl ki çalınan bir malın sonradan yakılması durumunda fail hakkında hem hırsızlık hem de mala zarar verme suçlarından ceza verilmiyor ve cezalandırılmayan sonraki hareketler kuralından hareketle sadece hırsızlık suçundan ceza veriliyorsa burada da kaçırılan malvarlığı kısımlarının gizlenmesi, kaçırmaya karşılık sonraki cezalandırılmayan hareket olacaktır. Yine aynı malın tekrarlanacak şekilde gizlenmesi de bu kapsamda değerlendirilecek, tek bir suçun işlendiği sonucuna ulaşılacaktır²⁸¹, sadece malvarlığı değerinin kaçırılmasından bahisle hileli iflas suçundan ceza verilmesi yoluna gidilecek, ayrıca malvarlığı değerinin azalmasına neden olmadan ceza verilmeyecektir.

Bu çerçevede aynı malvarlığı değerinin önce kaçırılması ya da değerinin azaltılması, sonra da bunları saklamak adına sahte belge düzenlenmesi durumunda hem “*alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması*” şeklindeki (a) bendinin hem de “*malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi*” şeklindeki (b) bendinin işlendiğinden bahisle zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmayacak, bilakis görünüşte içtima kuralları gereğince zincirleme suç hükümleri gereğince belirli bir oranda artırım yapılmaksızın cezanın belirlenmesi yoluna gidilecektir. Elbette bu iki seçimlik hareketin de gerçekleştirilmiş olması cezanın belirlenmesi esnasında dikkate alınacaktır.

279. **Kayıhan İçel**, Suçların İçtimaı, Sermet Matbaası, İstanbul 1972, s. 197, 198; **Evik**, s. 262.

280. BGH 17.6.1952 – 1 StR 668/51, BGHSt 3, 24 (**Pfordte/Sering**, § 283 kn. 47); **Evik**, s. 216; **Ersoy**, s. 96.

281. **Heine/Schuster**, § 283 kn. 66; **Fischer**, § 283 kn. 41; **Radtke/Petermann**, § 283 kn. 87; **Kindhäuser**, § 283 kn. 120.

Bu anlamda Yargıtay 23. Ceza Dairesi'nin 06.10.2016 tarih ve 2016/11899, 2016/8597 sayılı kararına²⁸² zincirleme suç hükümlerinin uygulanması noktasında şüpheyile yaklaştığımızı vurgulamak gerekir.

Bununla birlikte tacirin, her hafta iflas masasından belli bir miktar malvarlığı değerini parça parça kaçırmaması, bir hafta sonra farklı bir kısmının değerinin azalmasına neden olması durumunda ulaşılacak sonuç değişecek, tek bir hileli iflas suçundan değil, iki ayrı hileli iflas suçundan bahsedilecektir. Zira burada cezalandırılabilirlik koşulu olan iflas kararı, farklı zamanlarda gerçekleştirilen suç tipi kapsamındaki iki hareketi birbirine bağlama işlevi görmeyecek, bu tür durumlarda çok hareketten söz edilecektir. İşte bu tür durumlarda koşulların varlığı şartıyla zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir²⁸³. Bu kapsamda tacirin, bir suç işleme kararının icrası kapsamında bu hareketleri gerçekleştirilmesi durumunda her ne kadar iki defa üst üste hileli iflas suçu işlenmiş olsa da kanundaki bu özel düzenleme sayesinde zincirleme suç hükümleri (md. 43/1) gereğince faile tek suç üzerinden cezada belli bir oranda artırım yapılmak suretiyle cezalandırma yoluna gidilebilir. Dolayısıyla yukarıda katılmadığımızı belirttiğimiz Yargıtay 23. Ceza Dairesi'nin kararının bu açıklamalar çerçevesinde değerlendirilmek kaydıyla uygun olabileceğinin de altının çizilmesinde fayda bulunmaktadır.

Tam bu noktada dikkat edilmesi gereken önemli hususlardan biri, failin belirli bir zaman aralığında birden fazla hata içerecek şekilde defter tutması veya birden fazla kez haklı olmayan itiraz yöneltmiş olması halinde hareket teklifinden bahsedilebilecek olması, bu tür durumlarda kesintisiz suçun mevzu bahis olmasıdır. Bu bakımdan defter tutma yükümlülüğünün tümüyle ihmal edilmesi, kesintisiz suç niteliğinde olduğundan tek bir fiilden bahsedilecek²⁸⁴, tek bir hileli iflas suçunun işlenmiş olmasından söz edilecektir.

Borçlu tacirin iflas masasına konu olabilecek mallarını kaçırmaması durumunda birden fazla alacaklı olsa dahi burada aynı neviden fikri içtima kuralı uygulanamaz. Her ne kadar fail tek bir fiille birden fazla kişinin ve keza kamunun mağdur olmasına sebebiyet vermiş olsa da hem daha evvel korunan hukuki değer bahsinde de izah ettiğimiz üzere burada suçun toplumsal yönü ağır bastığından hem de suçun konusunun bir bütün olarak iflas masasının konusunu oluşturan mallar olması ve bu anlamda suçun konusunun tek olması²⁸⁵ gibi sebeplerle suçun

282. "Hakkında iflas kararı verilen şirketin yönetim kurulu başkanı olan sanığın şirketin iflasına karar verilmesine rağmen şirketin ticari faaliyetine devam ettiği, konusunda uzman üç kişilik bilirkişi kurulu heyet raporunda da açıkça tespit edildiği üzere bu dönemde alacaklılarının zararına şirketin malvarlığını azaltacak şekilde samk tarafından şirket alacaklılarının tahsil edildiği, ham madde stoku ve hurdaların satıldığı, bu tür malvarlığını eksiltici işlemlerin ortaya çıkmasını engellemek için defter-i kebir ve envanter defterinin dosyaya ibraz edilmediği, sanığın tevli yolu ikrarını içerir savunması, bilirkişi raporu, iflas kararı ve tüm dosya kapsamından anlaşıldığından, hileli iflas suçunun oluştuğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir. Sanığın farklı zamanlarda 5237 sayılı TCK'nın 161/1-a ve b bentlerini ayrı ayrı ihlal etmek suretiyle bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda şirket alacaklılarına karşı aynı suçu birden fazla işlemesi nedeniyle TCK'nın 43/1. Maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." Karar için bakınız **Parlar/Öztürk**, s. 249, 251.

283. **Evik**, s. 262; **Ersoy**, s. 96; **Parlar/Öztürk**, s. 247.

284. **Kindhäuser**, § 283 kn. 117.

285. **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 596, 597; **Ersoy**, s. 96.

her bir alacaklıya karşı ayrı ayrı işlendiği zaten kabul edilemeyecektir. Şu hâlde iflas masasından kaç kişi alacaklı durumunda olursa olsun, borçlu konumundaki tacirin tek bir hareketle kaçırdığı, gizlediği, değerinin azalmasına neden olduğu mallar, yalnızca tek bir hileli iflas suçunun oluşmasına sebebiyet verecek, bu bakımdan aynı neviden fikri içtima kurallarının uygulanmasını gerekli kılacak bir durumdan da bahsedilemeyecektir. Bu bakımdan doktrinde bu tür durumlarda aynı neviden fikri içtima kuralının uygulanacağı yönündeki görüşü²⁸⁶ uygun görmemekteyiz.

Nihayet hileli iflas suçu işlenirken genelde belgede sahtecilik teşkil eden hareketlerin de işlendiği hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda hem hileli iflas suçu hem de belgede sahtecilik suçu işlenecek olursa Türk Ceza Kanunu'nun 212'nci maddesinde yer alan özel hüküm gereğince her iki suçtan dolayı da ayrı ayrı cezalandırma yoluna gidilecektir²⁸⁷. Bununla birlikte burada bir hususa daha dikkat çekmek gerekir. Şöyle ki daha önce de ifade edildiği üzere tacirin tutması gereken defter ve kayıtlar, genellikle tacirin bizzat kendisi tarafından değil, görevlendirdiği bu konuda uzman bir kişi tarafından tutulmaktadır. Dolayısıyla defter ve kayıtlar, esasen muhasebeci gibi tutmakla yetkili kişiler tarafından gerçeğe aykırı şekilde tutulmuş olduğunda tacir, belgede sahtecilik suçuna azmettiren olacak, bununla birlikte bu suç tipi kapsamında hileli davranışları gerçekleştirebilmesi için söz konusu belgeleri kullanması da muhakkak olacağından belgede sahtecilik suçunun bir diğer seçimlik hareketinin faili olacaktır. Elbette belgeyi düzenleme hareketi ile kullanma hareketi aynı anda olmayacağından esasen çözümü basit olan karmaşık bir durum ortaya çıkacaktır. Şöyle ki bir defa işlenen belgede sahtecilik suçuyla hileli iflas suçu birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Nitekim her halükârda özel düzenleme gereğince her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilecektir. Buradaki karmaşaya neden olan husus, tacirin belgeyi önce muhasebeciye hazırlatması ve bu anlamda belgede sahtecilik suçuna evvela azmettiren olması, sonradan da bu belgeyi hileli iflas teşkil eden davranışında kullanması ve bu anlamda da belgede sahtecilik suçunun faili olmasıdır. Aslında belgede sahtecilik suçunun farklı zamanlarda gerçekleştirilen birden fazla seçimlik hareketinin ilkinde azmettiren, diğerine fail konumundadır. Bu durumda her ne kadar Yargıtay'ın yaklaşımı farklı olsa ve tek suçun işlendiği kabulünden hareket etme yönünde olsa da kanaatimiz bir suç işleme kararının icrası kapsamında iki farklı belgede sahtecilik suçunun söz konusu olduğu ve bu anlamda zincirleme suç hükümleri gereğince tek suçtan cezaya hükmedilmesi ve fakat cezada belli bir oranda artırım yapılması yönündedir²⁸⁸. Şu hâlde tacir hakkında tek bir hileli iflas suçundan ve bunun yanında cezası belli bir oranda artırılmış tek bir belgede sahtecilik suçundan ayrı ayrı ceza verilmesi yoluna gidilecektir²⁸⁹.

286. Evik, s. 262.

287. Eker-Kazancı, s. 165; Uyar, s. 967; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5279; Ersoy, s. 97; Parlar/Öztürk, s. 247.

288. Koca/Üzülmez, s. 516.

289. Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 125.

VI. Yaptırım ve Dava Zamanaşımı

1. Yaptırım

Hileli iflas suçunun cezası, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası olup seçenек yaptırım olarak adli para cezası öngörülmemiştir. Bu çerçevede hâkimin, işlenen fiilin ağırlığına göre üç yıldan sekiz yıla kadar takdir yetkisini kullanarak bir hapis cezasına hükmetmesi gerekir.

Suçun cezasından da anlaşıldığı üzere hâkimin, hükmettiği hapis cezasını seçenек yaptırıma çevirmesi ya da ertelemesi yahut da kural olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermesi mümkün görünmemektedir. Ayrıca bu suç, uzlaştırma kapsamında da değildir (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 253). Öyle ki dolandırıcılık suçu, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239) gibi suçlar uzlaştırma kapsamında olmasına rağmen hileli iflas suçu bu kapsamda telakki edilmemiştir. Yani bu suç, bireysel yönü ağır basan dolandırıcılık suçundan ayrı görülmüş, uzlaştırma kapsamına alınabilecek suçlardan addedilmemiştir.

Tüm bu bilgiler karşısında suç tipinin ekonomik yönünün ağır olması sebebiyle suç failine alacaklıların zararının karşılanması koşuluyla belirli kolaylıkların sağlanması, örneğin suç tipi kapsamında adli para cezasının seçenек yaptırım olarak öngörülmesi gerektiği²⁹⁰ ileri sürülmüştür. Ancak kanaatimize göre bu yaklaşım yerinde değildir. Zira korunan hukuki değer kısmında da özel olarak vurguladığımız gibi bu suçun toplumsal yönü öne çıkmaktadır. Hatta o kadar ki, bu açıdan suçun ceza kanununda malvarlığına karşı işlenen suçlar kısmında değil de başka kısımlarda düzenlemesi gerektiğine dahi işaret etmiştik. Dolayısıyla bu suçta fail açısından suçun işlenmesinin ardından çeşitli imkanların sağlanması, malvarlığına karşı suçlarda olduğu kadar kolay olmamalıdır.

Elbette bu suç açısından da faile bazı imkanlar sağlanabilir. Yani bu açıklamalarımız, hileli iflas suçu açısından failin kesin olarak cezalandırılması, suç işlendikten sonra kendisine hiçbir dönüş olanağı tanınmaması anlamına gelmemelidir. Nitekim daha evvel de ifade edildiği üzere kanunda hileli iflâs suçunun tamamlanmasından sonra ve fakat bu nedenle kovuşturma başlatılmadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadar indirileceği düzenlenmiş (fıkra 1), ayrıca etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarının indirileceği belirtilmiş (fıkra 2), nihayet kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızasının aranacağı ifade edilmiştir (fıkra 4). Dolayısıyla bu suç bakımından da kanun koyucu zaten fail ve keza suça iştirak eden kişiler açısından bazı imkanlar sağlamış görünmektedir. Bu bakımdan kanaatimize göre hileli iflas suçu için kanunda öngörülmüş olan ceza yaptırımı üzerinde bilhassa da cezanın ağır olduğu, adli para cezasına da hükmolunması imkanının tanınması gerektiği gibi argümanların ileri sürülmesi çok gerekli gibi görünmemektedir.

290. Ersoy, s. 97.

2. Dava Zamanaşımı

Hileli iflas suçu kapsamında (objektif) cezalandırılabilirlik koşulunun öngörölmüş olması sebebiyle dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı an konusunda bir tartışma ortaya çıkmış, farklı görüşler ileri sürölmüştür. Elbette bu görüşler, suçun tamamlandığı an ile cezalandırılabilirlik koşulunun konumlandırılması hususları çerçevesinde kabul edilen farklı fikirlere göre şekillenmiştir.

Bu minvalde iflas kararının verilmesini, kusurdan sonraya konumlandırın görüşler, zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı anın belirlenmesi noktasında zorlanmaktadır. Bir defa Yargıtay, suç tamamlanmasına rağmen zamanaşımı süresinin işlemeye başlamaması ve bunun bir karara bağlı tutulmasının beraberinde getirdiği ikilemi, zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı anın belirlenmesi açısından ikili ayırım yaparak aşmaya çalışmaktadır²⁹¹. Bu görüşe göre hileli hareketlerin iflas kararı verilmesinden evvel yapılması halinde suçun işlenme tarihi, iflasın kesinleştiği tarih; iflas kararının verilmesinden sonra yapılması halinde ise hileli davranışların yapıldığı tarih olarak kabul edilmektedir²⁹².

Buna karşılık doktrinde bir kısım görüş, zamanaşımı süresinde bu şekilde ikili bir ayırma gidilmesini yerinde görmemekte ve suçun işlendiği tarihin hileli davranışların gerçekleştirilmesine göre verilmesi belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir²⁹³. Bu çerçevede suçun işlendiği yer ve zaman bakımından, dolayısıyla da zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı an açısından, iflas kararının bir etkisinin bulunmadığı ifade edilmektedir²⁹⁴. Şu hâlde suçun tamamlandığı an başlayan zamanaşımı süresi, gerekirse birkaç yıl sonra verilecek iflas kararına kadar işlemeye devam edebilecektir. Bir anlamda devlet, cezalandırma yetkisini, bir kararın verilmesine feda etmiş olacaktır.

Bununla birlikte doktrinde cezalandırılabilirlik koşullarını, suçun tamamlanmasından ayıran bazı görüş sahipleri ilginç bir şekilde zamanaşımı süresini icra hareketlerinin tamamlandığı ya da varsa neticenin gerçekleştiği anda değil, iflas kararının verildiği anda başlatılmaktadırlar²⁹⁵. Bu tür bir yorum, haklı olarak kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinin altını çizmektedirler²⁹⁶. Buna mukabil cezalandırılabilirlik koşullarını suçun tamamlanması için gerekli gören görüş sahipleri, zamanaşımı süresinin de bu andan itibaren işlemeye başlayacağını ileri sürmektedir²⁹⁷.

291. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5271; Bekar, s. 214.

292. Nitekim Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 25.03.2008 tarih ve 2008/352, 2008/1731 sayılı kararında "...hileli iflas suçunda suçun objektif cezalandırılabilirlik koşulu ticaret mahkemesince iflas kararı verilmesi olup suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin iflas kararının verilmesinden önce yapılması halinde suç tarihi iflas kararının kesinleşmesi tarihi olduğundan..." şeklinde ifadelere yer verilerek bu görüş ortaya konmuştur. Karar için bakınız Bekar, s. 213, dipnot 161.

293. Evik, "Hileli İflas Suçunda, 'Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine' İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", s. 1097; Bekar, s. 214.

294. Bekar, s. 214.

295. Pfordte/Sering, § 283 kn. 37; Kindhäuser, § 283 kn. 115; Pfordte/Sering, § 283 kn. 78.

296. Bekar, s. 165.

297. Dönmezer, s. kn. 404; Özgenç, "İflas Suçları", s. 354, 355; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 652.

Bizim kabul ettiğimiz görüş kabul edildiğinde de, yani cezalandırılabilirlik koşulu tipikliğin eklentisi olarak görüldüğünde, suçun işlendiği an suçun tamamlandığı an olacak, yani bu koşulun gerçekleştiği ya da bu koşul zaten gerçekleşmiş ise hileli davranışların gerçekleştirildiği an olacaktır. Böylelikle hem zamanaşımı konusunda ortaya çıkabilecek karmaşa ortadan kaldırılmış olacak, hem de kanunilik ilkesine aykırı olacak şekilde zorlama bir yorum yapılmasına gerek kalmayacaktır.

SONUÇ

Bir defa hileli iflas suçuyla birlikte alacaklıların alacak haklarının yanı sıra kredi sistemi ve ülkenin ekonomik düzeninin de bu suçla korunan hukuki değerler olduğu ifade edilmiştir. Buna göre hileli iflas suçlarıyla korunan hukuki değer, sadece borç veren kişilerin alacak hakları olmayıp aynı zamanda kredi sistemi ve ekonomik düzen, bu düzene olan güvendir. Dolayısıyla da bu suçun, “*Topluma Karşı Suçlar*” başlığı altında ya “*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*” başlığı altında ya da parada sahtecilik, mühürde sahtecilik, resmî belgede sahtecilik suçları gibi “*Kamu Güvenine Karşı Suçlar*” kapsamında düzenlenmesinin daha makul olabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Yine incelememizde düzenleme kapsamında yer alan ve doktrinde hâkim görüş tarafından objektif cezalandırılabilirlik koşulu olarak nitelendirilip suçun unsurları dışında telakki edilen “*hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması*”nın ya manevi unsurun devamında bitişik olacak şekilde ya da maddi unsurdan önce konumlandırılmak suretiyle tipikliğin bir eklentisi olarak görülmesi gerektiğine yer verilmiştir. Bu çerçevede “hileli iflas” şeklindeki koşulu ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Buna göre iflas kararı”, hileli davranışlardan sonra verilmesi halinde kast kapsamında yer almayacakken ve objektif niteliği haiz olacakken hileli davranışlardan önce verilmesi durumunda kast kapsamında yer alacak ve objektif özelliğini kaybedecektir.

“*Hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması*” şeklindeki koşula dair bu türden bir ikili ayırım yapılması ve bu ayırma göre farklı sonuçlara ulaşılması yönündeki bu görüşümüzle birlikte suçun tamamlanması ve teşebbüs kurumuna dair de bazı neticeler ortaya çıkacaktır. Bu kapsamda ilk olarak maddi unsurlardan evvel iflas kararının zaten verilmiş olması halinde suçun tamamlandığı an, hareketin neticesinin bulunması durumunda neticenin gerçekleştiği an; sırf hareket olması halinde ise bu hareketin gerçekleştirildiği an olarak kabul edilecek; dolayısıyla da kişi hakkında iflas kararının verilmesinden sonra da hileli iflas suçu teşebbüs aşamasında kalabilecektir. Buna karşılık hileli davranışların iflas kararından evvel gerçekleştirilmesi durumunda suçun tamamlanma anı, tipikliğin eklentisi olan ve manevi unsurdan sonra konumlandırılmış olan iflas kararının verilmesi anı olacaktır. Yani bu kararın suçun kurucu bir unsuru olarak değil de bir tipiklik eklentisi olarak telakki edilmesi halinde, bu unsur gerçekleşmediği takdirde yine teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan söz edilebilecek, ancak bu koşul işlenen fiilin değersizliğine ayrı bir değersizlik katan özel bir netice olarak her

durumda bir cezalandırılabilirlik koşulu olduğundan teşebbüs aşamasında kalmış olan suçun cezalandırılmasından da bahsedilemeyecektir.

İncelememizde iştirak kapsamında ortaya çıkan sorunlara yönelik olarak da bir çözüm önerisi sunulmuştur. Buna göre her bir bende "...veya buna neden olunması..." ibaresi eklenerek tacirin bu hareketlere ya da varsa hareketlerin beraberindeki neticeye neden olması da suçun işlenmesi için yeterli hale gelebilecek, böylelikle suç tipi kapsamında yer alan hareketleri bir başkasına işleten tacirin gerçekleştirilen hareketlerden dolayı sorumsuz kalması yönündeki ihtimal ortadan kaldırılmış olabilecektir. Nitekim mevcut kanuni düzenlemede bu sorun varlığını sürdürecektir, tacirin başkasına işlettiği bu hareketlerden sorumlu tutulması sorun teşkil edecektir. İşte bu sorun, mevcut kanuni düzenleme çerçevesinde ancak bizim kabul etmiş olduğumuz yükümlülük suçları teorisiyle aşılabılır bir nitelik arz etmektedir. Buna göre bu teoriyle birlikte tacirin suç tipinde yer alan hareketleri ister doğrudan kendisi isterse dolaylı olarak başkası aracılığıyla gerçekleştirmesi suretiyle yükümlülüğünü ihlal etmesi, bu suçtan fail olarak sorumlu tutulmasını sağlayacaktır. Şu hâlde Türk doktrininde iştirak müessesesinde fiil hakimiyeti öğretisinin yanında bundan böyle mutlaka **yükümlülük suçları öğretisinin**²⁹⁸ kabul edilmesi, en azından mevcut kanuni düzenlemeler karşısında bir gereklilik arz etmektedir.

298. Bu öğretisi için bakınız **Demirel**, s. 114 vd.

KAYNAKÇA

- Artuç, Mustafa:** Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara 2007.
- Artuç, Mustafa/Gökcan, Hasan Tahsin/Yaşar, Osman:** Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Bası, Adalet, Ankara 2014.
- Bakıcı, Sedat:** 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C. 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Giese King, Bielefeld 2016.
- Bekar, Elif:** Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, On İki Levha, İstanbul 2017.
- Beukelmann, Stephan:** “§§ 283 Bankrott”, in von Heintschel-Heinegg Strafrechtsgesetzbuch: StGB Kommentar, 3. Auflage, C.H.Beck, 2018.
- Bozkurt, Argun/Bozkurt, Asuman:** “Hileli İflas Suçu Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1989, S. 5, s. 695-698.
- Demirel, Muhammed:** Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, On İki Levha, İstanbul 2017.
- Donay, Süheyl:** Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta, İstanbul 2007.
- Dönmezer, Sulhi:** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14. Bası, Beta, İstanbul 1995.
- Eker Kazancı, Behiye:** “Hileli ve Taksirli İflas Suçları”, HPD 2006, S. 9. s. 152-166.
- Ercan, İbrahim:** “İcra ve İflas Suçları Üzerine Bazı Düşünceler”, SÜHFD, 2005, C. 13, S. 1, s. 7-32.
- Erman, Sahir:** Şirketler Ceza Hukuku, İstanbul 1993.
- Ermenek, İbrahim:** “İcra ve İflas Kanunu'nda Öngörülen Cezai Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulama Alanı”, TAAD, Y. 5, S. 19, Ekim 2014, s. 279-320.
- Evik, Ali Hakan:** Türk Ceza Hukukunda Hileli ve Taksirli İflas Suçları, 2. Bası, On İki Levha, İstanbul 2015.
- Evik, Ali Hakan:** “Hileli İflas Suçunda, ‘Suçun İşlendiği Tarih’in Tespitine’ İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHFD, 2013, C. 19, S. 2, s. 1087-1101.
- Fischer, Thomas:** “§§ 283 Bankrott”, in Strafrechtsgesetzbuch: StGB, 59. Auflage, C. H. Beck, 2011.
- Görgün, Şanal:** “Hileli ve Taksirli İflas”, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. IV, S. 1, 1972, s. 433-451.
- Gropp, Walter:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer, Heidelberg 2015.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2016.
- Heger, Martin:** “§§ 283 Bankrott”, in Lackner/Kühl Strafrechtsgesetzbuch: StGB, 29. Auflage, C. H. Beck, 2018.
- Heine, Günter/Schuster, Frank:** “§§ 283 Bankrott”, in Schönke/Schröder Strafrechtsgesetzbuch: StGB, 29. Auflage, C. H. Beck, 2014.
- Heinrich, Bernd:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 2014.
- İşıka, Sertaç:** “Hileli İflas Suçu”, İÜHFM, C. LXXI, S. 1, 2013.
- İçel, Kayıhan:** Suçların İçtimarı, Sermet Matbaası, İstanbul 1972.
- Kangal, Zeynel T.:** “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, İÜHFM, C. LXVIII, S. 1-2, Y. 2010, s. 151-167.
- Kızıllarslan, Hakan:** Hileli ve Taksirli İflas Suçları, Seçkin, Ankara 2006.
- Kindhäuser, Urs:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015.
- Kindhäuser, Urs:** “§§ 283 Bankrott”, in Nomos Kommentar, 5. Auflage, Nomos, 2017.

- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Seçkin, Ankara 2017.
- Krey, Volker/Esser, Robert:** Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 2012.
- Kuru, Baki:** İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Legal, İstanbul 2016.
- Kuru, Baki:** “Türk Hukukunda İflasa Tabi Olan Şahıslar”, Makaleler, Arıkan, İstanbul 2006, s. 769-785.
- Kürtül, Mehmet:** Açıklamalı-Örnekli-İçtihatlı İcra ve İflas Suçları, Ekim 2012.
- Malkoç, İsmail:** Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C. 3, Ankara 2013.
- Maurach, Reinhart/Schoeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred:** Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Auflage, C. F. Müller, 2009.
- Mitsch, Wolfgang:** Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, Springer, Heidelberg 2001.
- Muşul, Timuçin:** İflas Suçları, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998.
- Muşul, Timuçin:** İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası, Adalet, Ankara 2017.
- Otto, Harro:** Grundkurs Strafrecht, 7. Auflage, De Gruyter, Berlin 2004.
- Önder, Ayhan:** Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- Özen, Mustafa:** “Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Hileli ve Taksirli İflas Suçları (TCK m. 161, 162)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 2016, s. 3567-3587.
- Özgenç, İzzet:** Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara 2002.
- Özgenç, İzzet:** “İflas Suçları”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Yetkin, Ankara 2009, s. 333-367.
- Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Seçkin, İstanbul 2016.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer:** Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 3, Seçkin, Ankara 2010.
- Parlar, Ali:** Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2, Bilge, Ankara 2015.
- Parlar, Ali/Öztürk, Mustafa:** İstinaf ve Yargıtay Uygulamasında Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Hileli ve Taksirli İflas Suçları, Aristo, İstanbul 2017.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkan, Meral Sungurtekin/Özekes, Muhammet:** İcra ve İflas Hukuku, 4. Bası, Vedat, İstanbul 2017.
- Pfordte, Thilo/Sering, Christian:** “§§ 283 Bankrott”, in **Wirtschafts – und Steuerstrafrecht**, Nomos Kommentar, Nomos, Baden-Baden 2017.
- Radtke, Henning/Petermann, Stefan:** “§§ 283 Bankrott”, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 5: §§ 263-358, 3. Auflage, C. H. Beck, 2018.
- Richter, Hans:** “Bankrott”, Müller-Gugenberger Wirtschaftsstrafrecht, 6. Auflage, Handbuch des Wirtschaftsstraf – und – ordnungswidrigkeitenrechts, Köln 2015.
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Vahlen, München 2011.
- Tiedemann, Klaus:** “§§ 283 Bankrott”, in Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB Band 9/1: §§ 263 bis 266b, 12. Auflage C.H. Beck, 2012.
- Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk:** Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- Uyar, Talih:** “Taksirli (Taksirli) ve Hileli İflas”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. 11, s. 941-972.
- Üstündağ, Saim:** “Hileli İflas Suçları Ne Zaman Tamamlanmış Olur ve Böylece Bu Suçlarda Zamanaşımı Süresi Ne Zaman İşlemeye Başlar?”, Yargı Dünyası, S. 118, Ekim 2005, s. 393-400.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Auflage, C.F. Müller, 2014.
- Yıldırım, Mehmet Kâmil/ Deren Yıldırım, Nevhis:** İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, Beta, İstanbul 2016.

Yılmaz, Ejder: “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesi’ne İlişkin Anayasa Hükümü ve İcra İflas Suçları”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, MÜHFD, Alkım, İstanbul 2003, s. 493-502.

Yılmaz, Zahit: “Hileli İflas Suçu”, Malvarlığına Karşı Suçlar, Adalet, Ankara 2018.

1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili

A Comparative Brief Analysis of the Right to Environment within the scope of 1982 Constitution

Ümit GÜVEYİ*

Öz

Çevresel sorunların üzücü bir şekilde hissedildiği günümüzde, bilimin neredeyse her alanında çevre ile ilgili çalışmalara rastlamak mümkün hale gelmiştir. Bu durum, hukuk bakımından da geçerlidir. Güncel bir sorun olan çevrenin korunması diğer tüm bilim alanlarını ilgilendirdiği ölçüde hukuk bilimini de ilgilendirmektedir. Gelinen aşamada genel olarak kabul edildiği üzere, çevre sorunları sadece sınırlı bir kesime değil tüm insanlara ve hatta gelecek kuşaklara dahi sirayet eden son derece kritik bir meseledir. Bu kritik konuda hukuk biliminden beklenen en basit ve makul çıktı ise özetle, çevrenin korunmasına fayda sağlayabilecek bir dizi hukuk kuralıdır. Normlar piramidinin en üstünde yer alan kuralları içeriğinde barındıran anayasa ise bu sonuca ulaşılabilmesi adına öncü ve önemli bir role sahip bulunmaktadır. Bu kısa çalışma kapsamında, anayasaların çevrenin korunması bakımından taşıdığı önem ve çevrenin korunması hedefinde izlenmesi gereken anayasal yöntem üzerinde durulmaktadır. Bu meyanda 1982 Anayasası kapsamında çevre hakkının durumu, elden geldiği ölçüde karşılaştırmalı olarak değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Çevrenin korunması, çevreci anayasacılık, çevre hakkı, sağlıklı bir çevre hakkı.

Abstract

Nowadays environmental problems are sadly felt and it is possible to come across with environmental studies in almost every field of science. This is also same for legal science. As a current problem the protection of the environment is also in concern with legal science as is all other fields of science. At this point it is generally accepted that environmental problems affect to all mankind even next generations not only to a limited group. The simplest and the most reasonable output about this critical issue which is expected from legal science is a series of aidful rules which can help to protection of the environment. The constitution which include the highest norms in the pyramid of norms has a pioneer and critical role in this solution. This short study focuses on the importance of the constitutions about protection of the environment and the constitutional method which should be followed for the protection of the environment. In the meantime the right to environment is tried to be analysed comparatively as far as possible within the scope of 1982 Constitution.

Keywords: Protection of the Environment, Environmentalist Constitutionalism, Environmental Right, Right to a Healthy Environment.

* Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD, umit.guveyi@idu.edu.tr.

GİRİŞ

Günümüzde dünyanın farklı bölgelerinde sıkça yaşanan doğal afetler tarafından çevrenin insanlık için taşıdığı önem tüm dünyaya hatırlatılmaktadır. Çevre olmaksızın insanın da var olamayacağı gerçeği, bireyci yaklaşımın sorgulanmasına, insan ile çevre arasındaki ilişkide çevreye insanlar tarafından verilen tahribatın sorgulanmasına neden olmaktadır. Geline aşamada ise gerek antroposentrik (insan merkezli) gerekse ekosentrik (doğa merkezli)¹ yaklaşım bakımından genel eğilim, çevrenin korunması gerekliliğinde birleşmektedir.

Çevrenin korunması meselesi, diğer bilim dallarını ilgilendirdiği ölçüde, hukuk biliminin de ilgi alanına dâhil olmuştur. Bu mecrada hukuk biliminden beklenen asıl çare ise özetle, çevrenin korunması bakımından etkin hukuk kurallarının ve bu kuralların uygulanmasını sağlayacak gerekli yargısal yapılanmanın belirlenmesidir. Anayasa hukuku, bahse konu amaca ulaşabilmek adına kilit bir rol üstlenmektedir. Zira ulusal ölçekte, normlar hiyerarşisinde en kuvvetli hukuki koruma anayasa ile sağlanabilmektedir.

Bu doğrultuda, çalışmada çevrenin korunması meselesi anayasal perspektiften ele alınmaktadır. Çalışmanın birinci başlığı altında çevre hakkına ilişkin temel niteliklere, devam eden ikinci başlığında ise çevre hakkının kısa tarihçesine genel olarak değinilmektedir. Üçüncü başlık, çevre hakkı ile kalkınma amacı arasındaki gerilimi irdelemektedir. Dördüncü başlık dâhilinde, çevrenin korunmasında anayasanın sahip olduğu öneme vurguda bulunmaktadır. Takip eden başlık altında, 1982 Anayasası kapsamında çevre hakkının durumuna ilişkin birtakım tespitlere yer verilmektedir. Son başlık ise 1982 Anayasası kapsamında çevre hakkına ilişkin mümkün olduğu ölçüde karşılaştırmalı bir tahlil ve çevre hakkının kuvvetlendirilmesine yönelik bir dizi öneriye yer vermektedir.

I. ÇEVRE HAKKININ TEMEL ÖZELLİKLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

Her insan ancak yaşamakta olduğu çevreye bağımlı olarak varlığını sürdürebilmektedir. Bu itibarla, bir insanın varlığını sağlıklı olarak sürdürebilmesi de yaşamakta olduğu çevrenin sağlıklı olup olmaması ile doğrudan ilişkilidir. İnsan hakları boyutuyla değerlendirmek gerekirse bu olgu, çevre hakkını diğer insan haklarının bir anlam ifade edebilmesi bakımından korunması ve tanınması zorunlu bir niteliğe büründürmektedir. Zira insanın varlığını sürdürebilmesine imkân sunan bir çevre olmaksızın başta yaşam hakkı olmak üzere diğer insan haklarından

1 Antroposentrik (anthropocentric) kavramı, ilk kez 1860'lı yıllarda Darwin'in evrim teorisine karşı düşünceler kapsamında ortaya atılmıştır. Antroposentrik yaklaşıma göre, insan en önemli yaşam formu olarak kabul edilmektedir. Diğer yaşam formları ise ancak insana faydalı olduğu ölçüde önem arz etmektedir. Antroposentrik yaklaşıma göre doğa insana olan olumlu ya da olumsuz etkisi nispetinde önem arz etmektedir. Ekosentrik (ecocentric) yaklaşım ise antroposentrik yaklaşımın aksine doğanın insana olan etkisinden bağımsız olarak kendine ait asli bir değeri olduğunu kabul etmektedir. Ekosentrik kavramının köken bakımından ise, evrenin bütün yaşamlara kaynak teşkil ettiği düşüncesini ifade etmek için 1913'te kullanılan biocentric (biosentrik) kavramına dayandığı kabul edilmektedir. Bkz. Katherine v. Kortenkamp ve Colleen F. Moore, "Ecocentrism And Anthropocentrism: Moral Reasoning About Ecological Commons Dilemmas", *Journal of Environmental Psychology*, Volume: 21, Issue: 3, Year: 2001, s. 262.

bahsetmek anlamsızlaşacaktır. Söz gelimi, sağlıklı, yeterli ve temiz hava kaynağından ya da aynı nitelikleri haiz su kaynağından yoksun bir çevrede yaşamaya mahkûm edilmiş bir insan için adil yargılanma hakkı, kişinin fiziksel bütünlüğü ve ifade özgürlüğü gibi sair insan hakları pek bir önem arz etmeyecektir.

Aslına bakıldığında tasvir edilmeye çalışılan bu durum, insan hakları teorisinde *hürriyetlerin monizmi* olarak adlandırılan ilkenin özet ifadesinden başka bir şey değildir. *Monizm* ya da *bütünlük* ilkesine göre, hak ve hürriyetler ancak bir bütün olarak anlam taşımakta ya da etkinlik kazanabilmektedirler. Bu çerçevede yaşam hakkı olmaksızın mülkiyet hakkının, adil yargılanma hakkının ya da konut hakkının pek bir anlamı olmayacağı gibi sosyal haklara sahip olan bir kişinin siyasi hak ve hürriyetlerden yoksun kılınması da aynı soruna neden olacaktır.²

Çevrenin korunmasına monist bir tavırla yaklaşıldığında, ilk olarak yaşam hakkı ile çevrenin korunması arasındaki mevcut bağlantı akla gelmektedir. Uluslararası çevre hukuku ile insan hakları arasındaki ilişki bu bağlamda önem arz etmektedir. Öyle ki her iki yaklaşım da odak noktasında, dünya üzerindeki yaşamı daha iyi koşullara taşıma çabasını barındırmaktadır. Çevre hukuku genel olarak, çevrenin insanlar yararına ulusal ve global boyutta korunmasına hizmet etmektedir. Bu anlamda çevrenin korunması, insan hakları bağlamında son derece mühim bir hukuki meseledir.³

Çevre hakkının temellerinde *çevrecilik* düşüncesinin yer aldığı kabul edilmektedir. Çevrecilik genel olarak, insan ile doğa arasındaki ilişkiyi yeniden tanımlamayı gaye edinen değerler sistemi olarak tanımlanabilmektedir.⁴ Çevrecilik akımı perspektifinden insan ile doğa ya da çevre arasındaki ilişkide insan, doğayı sömüren yahut kullanan taraf değil, doğanın bekçisi ve koruyucusu olarak kabul edilmektedir. Çevreciliğe göre bu rolüyle insanın doğanın işleyişine zarar verme olasılığı bulunan eylemlerini sınırlandırması beklenmektedir. Dolayısıyla çevrecilik çerçevesinden belirlenmiş olan çevre hukuku kurallarının önceliği, mülkiyet hakkı ve insan refahı değil, ekosistem ve gelecek kuşakların menfaatidir. Bu itibarla çevre hakkının konusu, geleneksel olarak hukuk kişiliği bulunmadığı kabul edilen ekosistem ve gelecek kuşakların menfaati ile insanlar arasındaki ilişkidir.⁵ Ekosistem ve gelecek kuşakların çevresel menfaatlerinin korunması ise birey, toplum ve devlet üçgeninde, tabiri caizse kolektif yarara hizmet etmektedir.⁶ Böylelikle çevre hakkı özünde, diğer tüm hak ve özgürlükler gibi insana fayda sağlamaktadır.

2 Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7'nci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 6-7. Ömer Anayurt, "Hakların Bütünlüğü Açısından İnsan Hakları Sınıflandırmalarının Değerlendirilmesi", **Türkiye'de İnsan Hakları**, TODAİE Yayınları, 2000, Ankara, s. 47-59; Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, 3'üncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 44-45.

3 Philippe Cullet, "Definition of an Environmental Right in a Human Rights Context", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Volume: 13, Issue: 1, Year: 1995, pp. 25 – 40, <https://doi.org/10.1177/016934419501300103>, (E.T. 14.08.2018), s. 25.

4 A. Dan Tarlock, "History of Environmental Law", **Environmental Laws and Their Enforcement**, Vol. I, Ed. A. Dan Tarlock ve John C. Dernbach, Eolss Publishers, Oxford, 2009, (History), s. 42.

5 Tarlock, History, s. 42-43.

6 Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 6'ncı Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 621-622.

Yeni bir alan olması nedeniyle çevre hukuku dolayısıyla da çevre hakkı *sentetik* ve *dinamik* bir niteliği haizdir. Sentetik ve dinamik yapıya sahip olması, çevre hakkının yakın sayılabilecek bir zamanda hukuk sistemlerine dahil edilmiş olması ve fakat sürekli bir gelişme ve güçlenme sürecinde bulunmasını ifade etmektedir. Diğer taraftan çevresel problemler dünya genelinde büyük ölçüde benzerlik arz ettiği için çevre hakkına ilişkin ulusal düzenlemeler kendi aralarında büyük oranda örtüşmektedir.⁷

Ancak *bir kavram olarak çevrenin*, kavramı kullanan kimse tarafından farklı anlamlara büründürülebilmesi mümkündür.⁸ Dolayısıyla çevre kavramı konusunda herkes tarafından kabul edilmiş, tek ve kesin bir tanımın bulunmadığı söylenebilir.⁹ Bununla birlikte net bir tanımının yapılamıyor olması çevrenin (ya da çevre hakkının) taşıdığı önemi zayıf etmemektedir.¹⁰ Öyle ki hukuk belgelerinde açıkça düzenlenmemiş dahi olsa çevre hakkının (*monizm* ilkesinden kaynaklanan) diğer hak ve özgürlüklerle olan ilişkisi onun yargı nezdinde korunmasına neden olmaktadır. Söz gelimi AİHS kapsamında açıkça düzenlenmemiş olsa dahi AİHM çeşitli kararlarında çevre hakkı ihlallerini yaşam hakkı, mülkiyet hakkı gibi Sözleşmede korunan diğer hak ve özgürlüklerle ilişkilendirmek suretiyle incelemektedir.¹¹

Ulusal boyutta da durum farklı değildir. 2011 yılında 142 farklı anayasa üzerinde yapılan bir araştırmaya göre, dünya genelinde cari 125 anayasa içeriğinde, çevrenin korunmasına ilişkin açık düzenlemeler yer almaktadır.¹² Anayasal boyutta çevrenin korunması kimi zaman yalnızca devlete yüklenen ya da yalnızca vatandaşa yüklenen bir *ödev* olarak düzenlenebilmektedir. Bazı anayasalarda ise çevrenin korunması hem devlete hem de vatandaşa yüklenen ortaklaşa bir ödev olarak tanımlanmaktadır. Kimi anayasalar ise *sağlıklı bir çevre hakkını* kapsamalarına dâhil etmiş durumdadır.¹³

2008 yılında ise ilk kez *Ekvador Anayasası* doğayı bir *hak süjesi* olarak kabul etmiştir (m. 10/2).¹⁴ Ekvador Anayasası kapsamında doğanın hakları başlığını taşıyan ayrı bir bölüm yer almaktadır. Bu bağlamda doğa bir süje olarak; var olma hakkına, sürdürülebilir olma

7 Tarlock, History, s. 43.

8 Can Hamamcı ve Ruşen Keleş, **Çevre Bilim**, İmge Kitabevi, Ankara, 1993, s. 19-21.

9 Hasan Tunç ve Yusuf Göven, "Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl: 1997, s. 104.

10 Paula M. Pevato, "A Right to Environment in International Law: Current Status and Future Outlook", **Review of European Community and International Environmental Law**, Volume: 8, Issue: 3, Year: 1999, s. 313.

11 Örneğin E. A. Arrondelle v. United Kingdom kararında Mahkeme mülkiyet hakkı, özel hayata saygı ve konut hakkı bağlamında çevre hakkını irdelemektedir. Benzer şekilde Case of Powell & Ray kararı da çevre hakkının dolaylı olarak incelendiği bir diğer karardır. Bkz. Brennan Van Dyke, "A Proposal To Introduce The Right To A Healthy Environment Into The European Convention Regime", **Virginia Environmental Law Journal**, Volume: 13, No: 3 (Spring 1994), s. 328-331.

12 Christopher Jeffords, "Constitutional Environmental Human Rights: A Descriptive Analysis of 142 National Constitutions", **The Human Rights Institute University of Connecticut**, Working Paper 16, 2011, s. 2.

13 Pevato, s. 315.

14 Ekvador Anayasası'nın İngilizce metni için bkz. Constitution of the Republic of Ecuador, **Georgetown University Political Database of Americas**, <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>, (E.T. 08.08.2018).

hakkına, hayati döngüsünü muhafaza etmek ve yenilemek hakkına sahip kılınmaktadır.¹⁵ Bir diğer örnek olarak 2009 yılında yürürlüğe giren *Bolivya Anayasası* da doğaya ayrı bir önem atfetmektedir.¹⁶ Ekvador Anayasası'ndan farklı olarak Bolivya Anayasası kapsamında doğa bir hak süjesi olarak kabul edilmemiş, bunun yerine ekonomik kalkınma sürecinde doğanın korunması yönünde bir takım öncü sayılabilecek anayasal güvenceler getirilmiştir.¹⁷ Bolivya Anayasası'nda çevre hakkı başlığı altında düzenlenmiş olan m. 33 ve 34 kapsamında çevre açıkça anayasal güvence altına alınmaktadır. 33'üncü maddeye göre "*Herkes sağlıklı, korunan ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*" Devam eden 34'üncü maddeye göre ise çevre hakkı ihlallerine karşı herkesin idari makamlara başvurmaksızın doğrudan dava açma hakkı bulunmaktadır. Bu bağlamda her ne kadar antroposentrik bir anlayış mevcut bulunsa dahi Ekvador Anayasası gibi Bolivya Anayasası da çevrenin anayasal boyutta korunması adına öncü bir niteliği haizdir. Dolayısıyla çevre hakkı dediğimiz tarifi ve sınırlandırılması güç hukuki koruma alanının karşılaştırmalı anayasa hukuku bakımından da büyük bir öneme sahip olduğu aşikârdır.

Bu noktaya kadar kısaca değinilen hususlar neticesinde çevre hakkının temel karakteristiğine ilişkin özetle şu sonuçlara varabilmek mümkündür:

- 1) Çevre hakkı, başta *çevre* kavramının niteliğinden kaynaklı olarak kesin bir tanımlamaya elverişli değildir.¹⁸
- 2) Çevre hakkı; yaşam hakkı, fiziksel bütünlük, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, sağlık, beslenme ve sağlıklı çalışma hakkı gibi diğer insan haklarından ayrılamaz bir niteliktedir. Diğer bir ifadeyle çevre hakkı, diğer hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilebilmesi bakımından *olmazsa olmaz (sine qua non)* niteliği haizdir.
- 3) Çevre hakkının, diğer hak ve özgürlükler bakımından vazgeçilemez oluşu nedeniyle pozitif hukuk belgelerinde açıkça tanımlanmamış olsa dahi, yargısal boyutta bir *hukuki koruma alanı* oluşturduğu anlaşılmaktadır.
- 4) Çevre hakkı sayesinde çevresel ihlallerden zarar gören kimselerin yargı yoluyla zarar tazminine gidebilmeleri mümkün hale gelmektedir. Diğer taraftan geniş çerçeveden bakıldığında, bireysel korumanın ötesinde çevrenin evrensel niteliği sebebiyle çevre hakkının *evrensel bir fayda* sağladığını da söylemek mümkündür.

15 The Global Alliance for the Rights of Nature, "Ecuador Adopts Rights of Nature in Constitution", **The Global Alliance for the Rights of Nature Resmi İnternet Sitesi**, <http://therightsofnature.org/ecuador-rights/>, (E.T. 08.08.2018).

16 Bolivya Anayasası'nın İngilizce metni için bkz. Constitution of Bolivia, **CCP Resmi İnternet Sitesi: Constitute**, https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009?lang=en, (E.T. 08.08.2018).

17 İki anayasanın mukayesesi için ayrıca bkz. Tolga Şirin, "Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına: Bolivya ve Ekvador Anayasaları", **II. Çevre ve Kent Hukuku Kurultayı**, Ankara, 2014, s. 57.

18 Bir tanıma göre; çevreye insan odaklı olmayan bir yaklaşımla bakıldığında çevre hakkı, "*tüm canlıların sağlıklı bir çevrede yaşama yetkisi*" olarak tanımlanabilmektedir. Bkz. Faruk Bilir ve Berkan Hamdemir, "Çevre Hakkı ve Uygulaması", **International Conference on Eurasian Economies 2011**, Manas University Press, Bişkek, 2011, s. 143.

II. ÇEVRE HAKKININ KISA TARİHÇESİ

Taşıdığı öneme rağmen pozitif hukuk düzenlemelerinde çevre hakkına yer verilmesi derin bir geçmişe sahip değildir. Öyle ki öncü insan hakları belgeleri olarak sayılan 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 1966 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile 1966 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme kapsamında çevre hakkı yer almamaktadır. Zira bahse konu belgelerin tasarlanması sürecinde çevresel zararların büyüklüğü ve ehemmiyeti konusunda toplumsal bir bilinç mevcut değildi.¹⁹ Çevrecilik akımının düşünsel temellerine, İkinci Dünya Savaşı'nın yol açtığı çevresel zararlarda rastlamak mümkündür. Bu itibarla İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, savaş sırasında kullanılan atom teknolojisinin çevreye verdiği tahribatın kamuoyunca idrak edilmesi olgusunun çevrecilik akımının açığa çıkış sürecini tetiklediği kabul edilmektedir.²⁰

Diğer taraftan İkinci Dünya Savaşı akabindeki evrensel manzara, çevresel sorunların ikincilleştirildiği, kalkınmanın ve devletler arasındaki gelişmişlik yarışının hâkim olduğu bir dönem olarak okunmaktadır. İkinci Dünya Savaşı ile 1970'li yıllar arasındaki döneme bakıldığında, gelişmekte olan devletlerin gelişme hırsı karşısında gelişmiş devletlerin üstünlüklerini koruma mücadelesine giriştikleri gözlenmektedir. Ekonomik gelişme odaklı bu yaklaşımın çevreye verdiği tahribat 1970'lerin başında hissedilir bir düzeye çıkmıştır.²¹

1962 yılında yayımlanan *Silent Spring* (*Sessiz Bahar*) adlı eserinde *Rachel Carson*, DDT gibi kimyasal zirai ilaçların hatalı kullanımı sebebiyle tüm doğanın zarar gördüğünü ortaya koymuştur. Yazar tarafından bilimsel gelişmelerin kapsam ve gidişatı sorgulanmak suretiyle modern çevrecilik akımının başlatıldığı kabul edilmektedir.²² *Carson*'un bahse konu eseri ile dünya genelinde büyük bir farkındalığı tetikleyerek modern çevrecilik akımı yanı sıra *Çevre Hukuku*'nun temellerini de attığı düşünülmektedir.²³ 1970'lerin başlarına gelindiğinde ise *Schumacher* ve *Naess* gibi çevreci düşünürler, insan ile doğal yaşam arasındaki ilişkinin yeniden düşünülmesi ve yeniden yapılandırılması görüşünü savunarak yeni filizlenen modern çevrecilik düşüncesini perçinlemişlerdir. Aynı dönemde, 60'lı ve 70'li yıllarda, dünya genelinde yaşanan büyük çaplı doğal felaketler ise çevre kirliliğinin yol açtığı zararlara ilişkin toplumsal bilincin artmasına neden olmuştur. Küresel boyuttaki bu uyanış neticesinde uluslararası çevreci kuruluşlar ortaya çıkmış ve devletler çevrenin korunması konusunda etkin önlemler almaya sevk edilmiştir. 1972 yılında ilan edilen *Stockholm Bildirgesi* kapsamında ise çevre hakkının, uluslararası hukuka bir insan hakkı kavramı olarak dâhil edildiği kabul edilmektedir.²⁴

19 David R. Boyd, "The Constitutional Right to a Healty Environment", *Environment Science and Policy for Sustainable Development*, July-August 2012, (The Constitutional Right), s. 3.

20 A. Dan. Tarlock, *Environmental Law: Then and Now*, 32 Washington University of Law & Policy, Vol. 32, Year 2010 001 (2010), http://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol32/iss1/2, (E.T. 14.08.2018), s. 4-5.

21 Burhan Kuzu, "Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkının Gelişim Süreci", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 20, Yıl: 1996, s. 145.

22 Yazar hakkında bilgi için bkz. *Rachel Carson* Resmi İnternet Sitesi, www.rachelcarson.org, (E.T. 27.06.2018).

23 H. Patricia Hynes, *The Recuring Silent Sipping*, Pergamon Press, New York, 1989, s. 9.

24 Lynda Collins, "Are We There Yet? The Right to Environment in International and European Law", *McGill*

Stockholm Bildirgesi henüz ilk maddesinde (m. I/1) doğal ve insan yapımı çevrenin insan hakları ile sıkı sıkıya ilişkili olduğunu vurgulamaktadır. Bahse konu maddeye göre çevre, insanın refahı ve başta yaşam hakkı olmak üzere insan haklarının varlığı için elzem niteliktedir.²⁵ Bildiri devam eden I/2'nci maddesi kapsamında, insan çevresinin korunması ve geliştirilmesi konusunu insan refahına ve ekonomik gelişmeye sirayet eden esas etken olarak nitelemekte ve çevrenin korunmasını tüm insanların ortak arzusu ve tüm hükümetlerin ortak görevi olarak kabul etmektedir. Bildirgeye göre çevrenin korunması, hükümetlere ve tüm insanlara yüklenen bir ödevdir (m. I/2, I/6, I/7, II/1, II/4, II/6, vs.). Bildirgenin dikkat çeken bir diğer özelliği ise çevrenin korunması ve geliştirilmesi ya da diğer bir ifadeyle çevre hakkının süjesi kapsamına gelecek kuşakları da dâhil etmiş bulunmasıdır (m. I/6 ve m. II/2, II/22, vs.).

BM Genel Kurulu 19 Aralık 1982 tarihli (38/161 sayılı) kararında, 2000 yılı ve sonrasında dünyayı bekleyen muhtemel çevresel problemleri araştırmak ve bu durumu raporlamakla görevli özel bir komisyonun kurulmasına karar vermiştir. Sözü geçen Komisyon, *Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu (World Commission on Environment and Development)* olarak adlandırılmıştır. Komisyon 1987 yılında, *Ortak Geleceğimiz*²⁶ başlığını taşıyan kapsamlı bir rapor yayınlamak suretiyle çevresel sorunlara yönelik ayrıntılı bir çalışma ortaya koymuştur. Rapor daha sonra BM Genel Kurulunca kabul edilen, *2000 Yılı ve Sonrasına İlişkin Çevresel Perspektif* kararına temel teşkil etmiştir.²⁷

Stockholm Bildirgesinden yirmi yıl sonra 1992 yılında, Rio de Janeiro'da yine BM tarafından çevre ve kalkınma konulu bir başka konferans (*United Nations Conference on Environment and Development ya da kısaca UNCED*) düzenlenmiştir. Rio Konferansı neticesinde yayınlanan *Rio Bildirgesi* de *Stockholm Bildirgesi* gibi, çevre hakkı konusunda son derece mühim bir hukuk belgesi olarak kabul edilmektedir. *Rio Bildirgesi*, *Stockholm Bildirgesini* destekleyici ve onunla bağlantılı bir yaklaşımı sürdürmektedir.

Rio Bildirgesi ile *Stockholm Bildirgesinin* göze çarpan ortak unsurlarının üç maddede özetlenebilmesi mümkündür. Buna göre her iki bildirgenin esaslı ortak nitelikleri şunlardır:

1) Her iki Bildirge de günümüzde eskimiş olduğu kabul edilen *antroposentrik (insan merkezli)* anlayışı sürdürmektedir. Oysa bilindiği üzere günümüzde deniz canlıları gibi insan dışı varlıkların da insanların sahip olduğu bir kısım haklara sahip olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu

International Journal of Sustainable Development Law and Policy / Revue internationale de droit et politique du développement durable de McGill, Vol. 3, No. 2 (2007), s. 123-124.

25 Stockholm Bildirgesi için bkz. BM, "Report of the United Nations Conference on the Human Environment", Stockholm 5-46 June 1972, **BM Resmi İnternet Sitesi**, <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>, (E.T. 14.08.2018), s. 3-5.

26 Rapor için bkz. BM, "Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future", **BM Resmi İnternet Sitesi**, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>, (E.T. 03.07.2018).

27 BM Genel Kurulu, 11 Aralık 1987 Tarih ve A/Res/42/186 Sayılı Karar, **BM Resmi İnternet Sitesi**, <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-186.htm>, (E.T. 03.07.2018).

bakımdan çevre hakkı bakımından salt insan merkezli bir yaklaşımın eskide kaldığını söylemek hatalı olmayacaktır.²⁸

2) Her iki Bildirge kapsamında, *çevresel zararların önlenmesi* öngörülmektedir. Günümüzde çevresel zararların önlenmesi yükümlülüğü, uluslararası hukuk kapsamında yer alan bir *teamül* kuralı olarak kabul edilmektedir.²⁹

3) Her iki Bildirge de *kalkınma hakkını* çevreci bir anlayışla kabul etmektedir. Kalkınma hakkının varlığı konusunda tartışmalı bir durum söz konusu olsa dahi günümüzde ekonomik kalkınma, sosyal kalkınma ve çevrenin korunması üçlüsü sürdürülebilir kalkınmanın destek sütunları olarak kabul görmektedir.³⁰

Kalkınma hakkı ile çevrenin korunması arasındaki dengenin kurulması çabasına örnek teşkil eden somut bir girişim olarak *Kyoto Protokolü* gösterilebilir.³¹ BM tarafından Japonya'nın Kyoto şehrinde 1997 yılında düzenlenen konferans neticesinde kabul edilen ve 2005 yılında yürürlük kazanan *Kyoto Protokolü*, çevrenin korunması bakımından önem arz eden hukuk belgelerinden biridir. Protokol kapsamında taraf devletler emisyon oranlarını düşürme konusunda kendilerini bağlayıcı taahhütlerde bulunmaktadır. 2012 yılında Katar-Doha'da düzenlenen İklim Değişikliği Konferansı'nda Kyoto Protokolü'ne ek birtakım değişiklikler kabul edilmiştir. Özetle ifade etmek gerekirse Kyoto Protokolü kapsamında taahhütte bulunan 37 adet gelişmiş devlet ve Avrupa Birliği 1990'larda mevcut olan emisyon oranını ilk taahhüt periyodu sonunda (2008 ile 2012 yılları arasında) yaklaşık olarak %5 oranında düşürmüştür. İkinci taahhüt periyodu ise 2013 ile 2020 yılları arasını kapsamaktadır.³² Şayet emisyon oranındaki düşüş ikinci periyot boyunca da devam ederse Protokolün anlamı daha da artacaktır. Emisyon problemi ve iklim değişikliği ile mücadele konusunda 12 Aralık 2015 tarihinde Paris'te düzenlenen Paris İklim Konferansı kapsamında kabul edilen *Paris Anlaşması* da çevrenin korunması adına büyük önem arz etmektedir. Paris Anlaşması çerçevesinde ilk kez, iklim değişikliği ile mücadele ve bunun etkilerinin anlaşılması bağlamında tüm ulusların ortak bir amaç etrafında birleştirilmesi hedeflenmektedir.³³ 2020

28 Günter Handl, "Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), 1972 and the Rio Declaration on Environmental and Development, 1992", **United Nations Audiovisual Library of International Law**, http://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf, s. 3, (E.T. 02.07.2018).

29 Handl, s. 4. Konuya ilişkin olarak Uluslararası Adalet Divanının değerlendirmesi için bkz. Uluslararası Adalet Divanı, 20 Nisan 2010 tarihli, Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) Kararı, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf>, Par. 177. (E.T. 08.11.2018).

30 Handl, s. 4-5.

31 Kyoto Protokolü'nden önce, 1985 yılında *Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi* ve 1987 yılında *Ozon Tabakasını İncelten Maddelere İlişkin Montreal Protokolü* mevcuttur. Fakat bahsi geçen belgelerin iklim değişikliğini doğrudan ele almadıkları kabul edilmektedir. Bununla birlikte Montreal Protokolü zaman içinde ozon tabakasına zararlı madde kullanımının azaltılması taahhütlerini arttırmak suretiyle küresel ısınma ve iklim değişikliği ile mücadele etme konusunda öncü bir niteliğe bürünmüştür. Bu nedenlerle Viyana Sözleşmesi ile Montreal Protokolünü Kyoto Protokolüne giden yolun temelleri olarak görmek mümkündür. UNFCCC, "Phasing out CFCs: The Vienna Convention and its Montreal Protocol", **UNFCCC Resmi İnternet Sitesi**, <https://unfccc.int/resource/ccsites/senegal/fact/fs224.htm>, (E.T. 08.11.2018).

32 UNFCCC, "KP Introduction", UNFCCC Resmi İnternet Sitesi, <https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol>, (E.T. 17.07.2018).

33 UNFCCC, "What is the Paris Agreement?", **UNFCCC Resmi İnternet Sitesi**, <https://unfccc.int/process-and->

sonrasındaki iklim değişikliği rejiminin çerçevesini belirlemesi sebebiyle³⁴ Paris Anlaşması'nın, Kyoto Protokolü'nün devamı olarak nitelendirilebilmesi mümkündür.

Paris Anlaşması, 22 Nisan 2016 tarihinde imzaya açılmış, 4 Kasım 2016 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir. Mevcut durumda Paris Anlaşması'na taraf olan 197 devletten 183'ü Anlaşmayı onaylamış bulunmaktadır.³⁵ Anlaşma ile taraf devletlerce küresel ısınmanın, sanayi öncesi sıcaklık seviyesinin 1.5 ile 2 derece üzerinde olacak şekilde sınırlandırılması amaçlanmaktadır. Anlaşma kapsamında taraf devletlerce ayrıca, iklim değişikliği sorununun çözümü konusunda, gıda üretiminin olumsuz etkilenmemesini sağlayacak şekilde uzun vadeli ulusal hedefler de belirlenmektedir. Bu bağlamda, her bir taraf devlet Anlaşma ile benimsenen uzun vadeli hedeflere ulaşmak için ulusal düzeyde belirleyeceği katkısını bir plan şeklinde bildirmek durumundadır (m. 4/2). *Nationally Determined Contributions (NDCs)* olarak anılan ve Türkçeye *Ulusal Düzeyde Belirlenmiş Olan Katkılar* şeklinde çevrilmesi mümkün olan bu plan, ilgili devletin emisyonla mücadeledeki katkı ve çabasını gösteren bir belge niteliğindedir.³⁶ Geniş kapsamlı katılımı ile Paris Anlaşması'nın iklim değişikliği bakımından büyük önem taşıdığını söylemek mümkündür.³⁷

Bunlar haricinde son olarak, çalışmanın konu sınırlarını aşmaksızın kısaca değinilmesi gereken bir diğer BM sözleşmesi ise *Aarhus Sözleşmesidir*.³⁸ Aarhus Sözleşmesi, BM Ekonomik Komisyonu (UNECE) tarafından 25.06.1998 tarihinde imzaya açılmış ve 30.10.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme ile tüm insanların sağlık ve esenliklerine uygun bir çevrede yaşama hakları koruma altına alınmaktadır. Ekli Protokolleri ile birlikte çevresel demokrasi bakımından bağlayıcı tek evrensel belge sayılan Aarhus Sözleşmesi taşıdığı şu nitelikleri ile öncü olarak kabul edilmektedir: 1) Sözleşmede, insan hakları ile çevre hakları arasında bağ kurulmaktadır. 2) Sözleşmeye göre yaşayan neslin gelecek kuşaklara karşı çevrenin korunması yönünde yükümlülük altında bulunduğu kabul edilmektedir. 3) Sözleşmede sürdürülebilir kalkınmanın ancak tüm paydaşların katılımı³⁹ ile mümkün olabileceği ortaya konulmaktadır. 4) Sözleşme, hükümetleri hesap verilebilirlik ve çevrenin korunması konusunda bağlamaktadır. 5) Sözleşme, kamu ile kamu otoritesi arasındaki etkileşime demokratik boyutta odaklanmaktadır.⁴⁰ Çevresel sorunlarda demokratik yaklaşımı odak alan Aarhus Sözleşmesi, çevrenin korunması bakımından

meetings/the-paris-agreement/what-is-the-paris-agreement, (E.T. 08.11.2018).

34 Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, "Paris Anlaşması", **Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi**, <http://www.mfa.gov.tr/paris-anlasmasi.tr.mfa>, (E.T. 08.11.2018).

35 UNFCCC, "Paris Agreement – Status of Ratification", **UNFCCC Resmi İnternet Sitesi**, <https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification>, (E.T. 08.11.2018).

36 UNFCCC, "Nationally Determined Contributions (NDCs)", **UNFCCC Resmi İnternet Sitesi**, <https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/nationally-determined-contributions/ndc-registry>, (E.T. 08.11.2018).

37 Diğer taraftan Türkiye, Paris Anlaşması'na taraf olmasına rağmen Anlaşmayı henüz onaylamamıştır.

38 Sözleşmenin İngilizce metnine ulaşmak için bkz. Aarhus Convention, **UNECE Resmi İnternet Sitesi**, <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>, (E.T. 08.11.2018).

39 Çevresel sorunların herkesi etkilemesi ve sorunların çözümünde herkesin çabasına ihtiyaç duyulması katılım olgusunu çevrenin korunması bakımından olmazsa olmaz bir niteliğe büründürmektedir. Nükhet Y. Turgut, **Çevre Politikası ve Hukuku**, 2. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 153.

40 UNECE, "Aarhus Convention – About", **UNECE Resmi İnternet Sitesi**, <https://www.unece.org/env/pp/introduction.html>, (E.T. 08.11.2018).

halkın katılımını, bilgiye erişimini ve çevresel sorunlarda yargıya erişim hakkını ayrıntılarıyla ilk kez düzenlemesi bakımından da büyük önem taşımaktadır.⁴¹

Önde gelen insan hakları belgelerine bakıldığında ise İnsan Hakları Evrensel Beyannameinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer BM Sözleşmeleri kapsamında çevre hakkına rastlamak mümkün değildir. Bununla birlikte bahse konu İnsan Hakları Belgelerinde yer alan yaşam hakkı, sağlık hakkı gibi hakların geniş yorumlanması yoluyla çevre hakkının korunması girişimlerinde bulunulmuştur. Evrensel düzeyde olmasa dahi bölgesel boyutta, 1986 Avrupa Tek Senedi m. 25, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK) sürecinde 1975 Helsinki Nihai Senedi, 1990 Paris Şartı, 1992 Helsinki Şartı kapsamında çevre hakkı ele alınmaktadır. Bu düzenlemeler haricinde yine bölgesel ölçekte Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı m. 24 ile Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1988 tarihli Ek Protokolü m. 11 dâhilinde çevre hakkı açıkça düzenlenmektedir.⁴²

Özetlemek gerekirse, çevre konusundaki evrensel uyanışın düşünsel temelleri İkinci Dünya Savaşı sonrası döneme denk düşmektedir. Genel olarak kabul edildiği üzere, çevrenin hukuki zeminde korunmasına yönelik tarihi süreç 1972 Stockholm Bildirgesi ile başlatılmaktadır. Yukarıda ana hatlarıyla ele alınan tarihi süreç zarfında, çevrenin hukuki boyuttaki önemi evrensel düzeyde artan bir ivme ile yükselmeye devam etmiştir. Günümüzde teknoloji ve bilimsel gelişmeler çerçevesinde, çevre tahribatının geldiği nokta ve insanlığa olan olumsuz etkileri konusundaki kolektif bilinç olumlu yönde artışını sürdürmektedir. Söz konusu evrensel çaplı kolektif bilinçlenme, çevre hakkının dünya genelinde hukuki zeminde korunmasını destekleyici bir etmen olarak rol oynamaktadır.

III. KALKINMA VE ÇEVRE HAKKI GERİLİMİNDE DENGİNİN SAĞLANMASI SORUNU

Kalkınma kelimesinin neyi ifade ettiği hakkında farklı değerlendirmelerde bulunabilmek mümkündür. Bununla birlikte, bir devlette kalkınmadan söz edebilmek için genel olarak üç esaslı kıstasa başvurulabilir. Bunlar *yoksulluk*, *işsizlik* ve *eşitsizlik* ölçütleridir. Diğer bir ifadeyle bir devlette yoksulluk, işsizlik ve eşitsizlik seviyeleri belirgin oranda aşağıya çekilmiş ise söz konusu dönem bir *kalkınma dönemi* olarak adlandırılabilir.⁴³ Diğer taraftan kalkınma bakımından bahse konu üç temel problem yanında rol oynayan sair önemli etkenler de mevcuttur. Zira gerçek anlamda kalkınmadan söz edebilmek için ilgili devlette makul sayılabilecek oranda bir eğitim seviyesinin bulunması, ifade özgürlüğünün güvence altında olması, ekonomik ve siyasi bakımdan gerçek anlamda bağımsız bir ulusal vatandaşlığın mevcudiyeti gibi sair koşullara da bakmak gerekir. Bu bağlamda örnek vermek gerekirse kişi başına düşen gelir miktarı yüksek

41 Ahmet M. Güneş, "Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 1, Yıl: 2010, s. 328-329.

42 Kuzu, s. 147-148.

43 Dudley Seers, *The Meaning of Development*, Institute of Development Studies, Communication Series No. 44, Brighton, 1969, s. 5.

dahi olsa eşitsizlik sorununu sona erdirememiş bir devlet için kalkınmışlıktan bahsedebilmek pek doğru olmayacaktır.⁴⁴

Dolayısıyla kalkınma kavramı, çok boyutlu ve çok sayıda etkeni içeriğinde barındıran son derece geniş içerikli ve tanımlanması güç bir kavramdır. Buna ek olarak kalkınma kavramı, diğer birçok kavram gibi zamana bağlı olarak dönüşüme açık, dinamik bir yapıdadır. Öyle ki günümüzde *kalkınma* kavramı, *sürdürülebilir* nitelemesi ile kullanılmaktadır.

Sürdürülebilir kalkınma, *göreceli* bir kavramdır. Kavramın uluslararası boyutta masaya yatırıldığı 1992 Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı ve sonrasındaki süreçte sürdürülebilir kalkınma üzerindeki en belirgin ayrım, *sanayileşmiş Kuzey devletleri* ile *gelişmekte olan Güney devletleri* arasındaki yaklaşım farklılığıdır. Bu farklılaşmada Güney (gelişmekte olan devletler), çevresel problemlerin geçmişten bugüne, Kuzey devletlerinin sanayi faaliyetlerinden kaynaklandığını savunmaktadır. Kuzey ise çevre problemine geçmiş ve bugün açısından değil, daha uzun vadeli bir perspektiften yaklaşmaktadır. Buna göre, gelişmekte olan devletler, hızla artan nüfusları ile birlikte fosil yakıt tüketimi oranlarını da sürekli bir biçimde arttırarak gelecekte ciddi çevre problemlerine neden olma potansiyeline sahiptirler.⁴⁵ Dolayısıyla kalkınma ile çevrenin korunması arasındaki dengenin evrensel boyutta korunması hedefinde, bahse konu yaklaşım farklılığının yavaşlatıcı bir etkisi bulunmaktadır.

Diğer taraftan, sürdürülebilir kalkınma bakımından, yaşamakta olan insanların faydası ile gelecek kuşakların faydası çatışma halindedir. Benzer şekilde insan refahı ile doğanın korunması çatışması, fakirler ile zenginler arasındaki fayda çatışması ve son olarak kalkınma ölçüğü bakımından ulusal fayda ile küresel fayda çatışması sürdürülebilir kalkınma kavramını tartışmaya açık bir niteliğe büründürmektedir. Bahsedilen bu fayda çatışmaları, aynı zamanda kalkınma ile çevrenin korunması arasındaki gerilimin farklı boyutlarını da resmetmektedir.⁴⁶

20-22 Haziran 2012 tarihinde, kısaca *Rio+20* olarak anılan, *Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Konferansı* düzenlenmiştir. Rio Konferansı'nın devamı niteliğinde sayılan bu konferans neticesinde, sürdürülebilir nitelikteki kalkınma sağlanırken çevrenin korunması bağlamında gözetilmesi gereken bir dizi hedefin belirlenmesi katılımcı devletlerce öngörülmüştür. Söz konusu hedefler, 2015 yılının Eylül ayında New York'ta düzenlenen *Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi*'nde kabul edilmiştir.⁴⁷ Zirve kapsamında benimsenen hedefler şunlardır:⁴⁸

44 Seers, s. 5-6.

45 Graeiel Chichilnisky, "Sustainable Development and North-South Trade", **Protection of Global Biodiversity: Converging Strategies**, Ed. Lakshinan D. Guruswamy and Jeffrey A. McNeely, Duke University Press, Durham and London, 1998, s. 102-104.

46 Desmond McNeill, "The Concept of Sustainable Development", **Global Sustainable Development in the 21st Century**, Ed. Keekok Lee and Desmond McNeill, Edinburg University Press, Edinburg, 2000, s. 20-22.

47 Zirve ile ilgili ayrıntılı bilgi ve Zirve'ye ilişkin dokümanlar için bkz. BM, "UN Sustainable Development Summit 2015", **BM Resmi İnternet Sitesi**, <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/summit>, (E.T. 03.07.2018).

48 BM, "Sustainable Development Goals Knowledge Platform", **BM Resmi İnternet Sitesi**, <https://sustainabledevelopment.un.org/topics/sustainabledevelopmentgoals>, (E.T. 03.07.2018).

- 1) Yoksulluğun her türünü her yerde sonlandırmak,
- 2) Açlığı sonlandırmak, gıda güvenliğini, gelişmiş beslenmeyi ve sürdürülebilir tarımı tesis etmek,
- 3) Sağlıklı yaşamı garanti altına almak ve her yaş için refahı arttırmak,
- 4) Kapsayıcı, adil ve kaliteli eğitimi garanti altına almak ve herkes için yaşam boyu öğrenme imkanını sağlamak,
- 5) Cinsiyet eşitliğini sağlamak ve tüm kadınlar ve kızları güçlendirmek,
- 6) Herkes için su ve sağlık hizmetlerinin mevcudiyetini ve sürdürülebilir yönetimini mümkün kılmak,
- 7) Herkes için makul fiyatlı, güvenilir ve sürdürülebilir enerjiye erişim imkânı sağlamak,
- 8) Herkes için sürekli, kapsayıcı ve sürdürülebilir kalkınmayı, tam ve verimli istihdamı ve iyi bir işe sahip olabilme imkânını sağlamak,
- 9) Dayanıklı alt yapıyı kurmak, kapsayıcı ve sürdürülebilir sanayileşmeyi geliştirmek ve yenilikçiliği teşvik etmek,
- 10) Ulusal ve uluslararası boyuttaki eşitsizliği reddetmek,
- 11) Şehirleri ve konutları kapsayıcı, güvenli, dayanıklı ve sürdürülebilir niteliğe büründürmek,
- 12) Sürdürülebilir tüketim ve üretim yöntemlerini sağlamak,
- 13) İklim değişikliği ve sonuçları ile savaşmak için acilen harekete geçmek,
- 14) Okyanusları, denizleri ve deniz kaynaklarını korumak ve sürdürülebilir gelişme için bunlardan sürdürülebilir biçimde faydalanılmasını sağlamak,
- 15) Karasal ekosistemi korumak ve geliştirmek ve sürdürülebilir biçimde kullanımını sağlamak, ormanların sürdürülebilirliğini sağlamak, çölleşme ile savaşmak, arazi kaybını durdurmak ve tersine çevirmek ve biyoçeşitlilik kaybını durdurmak,
- 16) Sürdürülebilir kalkınma için barışçı ve kapsayıcı kurumlar oluşturmak, herkes için yargıya erişim imkanını sağlamak ve her seviyede etkin, hesap verebilir ve kapsayıcı kurumları oluşturmak,
- 17) Sürdürülebilir kalkınmaya ilişkin yürütme araçlarını güçlendirmek ve küresel iş birliğini yeniden canlandırmaktır.

Sayılan bu hedefler, *Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası* olarak adlandırılmaktadır. BM Genel Kurulu bahse konu Ajandayı, 25 Eylül 2015 tarihinde kabul etmiştir. BM Genel Kurulu anılan kararı kapsamında, benimsenen hedeflere ulaşmak konusunda 15 yıllık süreç içerisinde BM tarafından izlenmesi planlanan ayrıntılı yol haritasını ortaya koymaktadır.⁴⁹

49 Sayılan hedefler, *Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası* olarak adlandırılmaktadır ve BM Genel Kurulunca 25 Eylül 2015 tarihinde kabul edilmiştir. Anılan karar kapsamında, BM 15 yıllık süreç içerisinde hedeflere ilişkin ayrıntılı yol haritasını belirlemektedir. Karar için bkz. BM Genel Kurulu, 25 Eylül 2015 Tarih ve A/Res/70/1 Sayılı Kararı, **BM Resmi İnternet Sitesi**, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E,

Benimsenen hedeflere bakıldığında çevrenin korunması ile sürdürülebilir kalkınma arasındaki sıkı ilişki göze çarpmaktadır. Bu itibarla *sürdürülebilir kalkınma* ile kast edilen asıl hedefin *çevreye tahribat vermeksizin insan refahını arttırmak* şeklinde formüle edebilmesi mümkündür. Bu durum aynı zamanda sürdürülebilir kalkınma ile çevre hakkı arasındaki ilişkinin de ifadesidir. Şöyle ki kalkınma sağlanırken çevre hakkının ihlal edilmemesi beklenmektedir. Dolayısıyla kalkınma ya da insan refahının artırılması için gerçekleştirilen eylemlerin sınırı, çevrenin korunması yükümlülüğü ya da çevre hakkı ile belirlenmektedir ki bu durum aynı zamanda iki menfaat arasındaki gerilimin de ifadesidir.

Hukuki boyutta ise bahse konu fayda çatışması, çevrenin korunmasına yönelik kısıtlayıcı hükümler ile belirli hak ve özgürlüklerin çatışması şeklinde belirginleşmektedir. Söz gelimi, mülkiyet hakkının kişiye tanıdığı özgürlük alanının çevrenin korunması maksadıyla sınırlandırılması bu konuya örnek olarak gösterilebilir. Böyle bir durumda, kimi zaman doğa (çevre) *hak süjesi* halini almakta ve çatışan karşı hakkın süjesi olan insan ile doğa (çevre) arasında bir tercihe gidiliyor oluşu meseleyi tartışmaya açık hale getirebilmektedir. Bu noktada hukuki düzenlemelerin çatışan menfaatleri ortak bir noktada buluşturması beklenmektedir. Dengenin sağlanması konusunda ise hukuki metinlerin lafzından ziyade, bu kuralların nasıl uygulandığı önem kazanmaktadır. Diğer bir ifadeyle kısaca değinilen çatışma düğümünün çözümünde, hukuk kurallarının niteliği ile birlikte (ve hatta çok daha fazla) uygulayıcıların yorumları ve konuya yaklaşımları kilit bir rol üstlenmektedir. Zira şu bir gerçektir ki hukuk normlarının etkinliği, ilgili normların lafzi görünümünden ziyade uygulamadaki sonuçlarıyla doğru orantılıdır.

IV. ÇEVRENİN KORUNMASINDA ANAYASANIN ÖNEMİ NEDİR?

Günümüzde çevresel problemlerin ulaştığı boyut son derece ciddi bir noktadır. Geline aşamada çevresel problemlerin ayırım yapmaksızın tüm insanları tehdit ettiği ve hatta devletlerin güvenliğine dahi sirayet ettiği kabul edilmektedir.⁵⁰ Devletlerin kolektif birtakım politikalar benimsemelerini gerekli kılan bu durum, uluslararası alanda imzalanan anlaşmaların çevrenin korunması bakımından büyük bir öneme sahip olduğunu göstermektedir. Diğer taraftan uluslararası hukuk bakımından egemen devletlerin ancak kendi rızaları ile birtakım yükümlülükleri üstlendikleri düşünüldüğünde⁵¹, çevrenin hukuk eliyle korunmasında asıl etkin yolun *iç hukuk koruması*

(E.T. 03.07.2018).

50 Yakın zamanda Temmuz 2018'de Yunanistan'da çıkan ve çok sayıda insanın hayatını kaybetmesine neden olan yangın felaketi çevre bilincinin tüm insanlık bakımından ne derece mühim bir mesele olduğunu tüm dünyaya bir kez daha hatırlatmıştır. Bir haber ajansında yer alan yazıda Yunanistan yangını hakkında şu ifadelere yer verilmiştir: "...Kış aylarında yağış oranının beklenenden düşük olmasıyla yeraltı su kaynakları yetersiz kaldı ve 2017 yazındaki yüksek sıcaklıklarla bitki örtüsü tam olarak dengesini sağlayamadı. Bunun sonucunda da, bazı bölgelerde hava sıcaklığının 40 dereceyi bulmasıyla yaşanan kuraklık orman yangınlarını da tetikledi.... Uzmanlar, Yunanistan'da son iki yılda meydana gelen yangınların iklim değişikliğiyle tekrarlanabileceği uyarısında bulunuyor....". Haber için bkz. BBC News Türkçe, "Yunanistan'da Yangınlar Neden Çıktı?", **BBC Resmî İnternet Sitesi**, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-44952721>, (E.T. 08.08.2018).

51 Uluslararası hukuk bakımından tarafları açısından bağlayıcı olan Kyoto Protokolü ele alındığında, Kanada, Yeni Zelanda ve Japonya'nın da aralarında bulunduğu yirmi devletin emisyon taahhütlerini yerine getirmedikleri görülmektedir. ABD en fazla sera gazı salınımı yapan devlet olmasına rağmen sözleşmeye taraf değildir. Çin

olduğunu söylemek mümkündür.⁵² Bu bağlamda iç hukukta normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunduğu kabul edilen anayasanın en etkin ve en güçlü hukuki koruma olduğu açıktır.⁵³

Ciddi, kapsamlı ve komplike yapıdaki çevresel sorunlara yönelik bir takım etkin politikaların uygulanabilmesi maksadıyla çevrenin anayasal boyutta korunması gereklilik arz etmektedir. Çevresel sorunlara karşı başvurulması gereken etkin politikaların anayasa hükümlerine dayandırılması, normlar hiyerarşisi bakımından hukuki korumanın değerini en üst seviyeye çekmek anlamına gelmektedir. Bu itibarla *anayasal koruma*, çevrenin korunması bakımından başvurulması gereken en etkili yöntemlerin başında yer almaktadır.⁵⁴

Nitekim dünya geneline bakıldığında, özellikle 1970 yılından itibaren birçok anayasanın çevrenin korunması konusunda bir takım yeni düzenlemeleri içeriğine dâhil ettiği görülmektedir.⁵⁵ Bu gelişmelerin yaşandığı öncü ülkelerden biri olarak İsviçre'nin gösterilebilmesi mümkündür. Eski 1874 İsviçre Anayasası m. 24 kapsamında gerçekleştirilen 1971 değişiklikleri çerçevesinde nehir ve ormanlar, sular ve doğa anayasal koruma altına alınmıştır.⁵⁶ İsviçre'yi takiben 1975 yılında Yunanistan ve Papua Yeni Gine, 1976 yılında Portekiz, 1978 yılında İspanya sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını tanıyan ilk devletlerdir. Fransa ise 2004 yılında *Çevre Şartı*'nı kabul etmiş, 2005 yılında Şartı Anayasanın Başlangıç kısmına dahil etmiştir. Böylelikle Fransada çevre hakları, 2005 yılından itibaren anayasal haklar olarak koruma altına alınmıştır.⁵⁷ Günümüzde dünya üzerindeki devletlerin yaklaşık olarak dörtte üçü anayasasında çevrenin korunmasına ilişkin açık düzenlemelere yer vermiş durumdadır. Mevcut anayasal düzenlemelere bakıldığında, çevrenin korunmasına ilişkin olarak devlet ve/veya kişilere birtakım ödevlerin ya da kişilere birtakım hakların tanınabildiği görülmektedir.⁵⁸

de yüksek sera gazı salınım oranına rağmen herhangi bir emisyon düşürme taahhüdünde bulunmamaktadır. Dolayısıyla uluslararası sözleşmeler bağlayıcı olsalar dahi uluslararası hukuk, yaptırım konusunda başta egemenlik olgusu nedeniyle yetersiz kalabilmektedir. Bkz. Hannah Chang, "A 'Legally Binding' Climate Agreement: What Does it Mean? Why Does it Matter?", 23 Şubat 2010, **State of the Planet Earth Institute Columbia University Resmi İnternet Sitesi**, <https://blogs.ei.columbia.edu/2010/02/23/a-%E2%80%9Clegally-binding%E2%80%9D-climate-agreement-what-does-it-mean-why-does-it-matter/>, (E.T. 09.11.2018).

52 Diğer taraftan anayasal korumanın uluslararası korumaya bir alternatiften ziyade bütüncü olarak görülmesi gerekir. Bu itibarla çevrenin anayasa ile korunması, uluslararası korumanın ikamesi değil, tamamlayıcı olarak görülebilmektedir. James R. May ve Erin Daly, **Global Environmental Constitutionalism**, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s. 49-54.

53 Boyd, *The Constitutional Right*, s. 2.

54 Tim Hayward, **Constitutional Environmental Rights**, Oxford University Press, New York, 2005, s. 5-8.

55 David R. Boyd, "Paper 4: The Status of Constitutional Protection for the Environment in Other Nations", **David Suzuki Foundation Resmi Web Sitesi**, <https://david Suzuki.org/wp-content/uploads/2013/11/status-constitutional-protection-environment-other-nations-SUMMARY.pdf>, (E.T. 13.07.2018), (The Status).

56 Inger Weibust, **Green Leviathan: The Case for a Federal Role in Environmental Policy**, Routledge, New York, 2016, s. 111.

57 Anayasal koruma alanı anayasaya uygunluk denetimi kapsamında pratikte de etkinlik kazanmış durumdadır. Bkz. David Marrani, "Reinforcing Environmental Rights: The French Charter for the Environment", **Revista Europea de Derechos Fundamentales**, Cilt: 25, Yıl: 2015, s. 399.

58 Boyd, *The Status*, s. 2.

Diğer bir ifade ile çevrenin anayasal boyutta korunması bir *ödev* ve/veya bir *hak* şeklinde formüle edilebilmektedir. Anayasalar kapsamında devlete ve kişilere yönelik bir takım hak ve/veya ödevler belirlemek suretiyle çevrenin korunması sayesinde, güçlü çevre yasalarının ve politikaların oluşturulabildiği, etkin bir uygulamanın sağlanabildiği, çevreye dair kararların daha demokratik olarak alınabildiği, hesap verebilirlik oranının artırılabilirdiği, çevresel adaletsizliğin azaltılabildiği, sosyal ve ekonomik haklar bakımından eşitliğin güçlendirilebildiği ve çevrenin daha etkin bir şekilde değerlendirilebildiği savunulmaktadır. Buna karşın çevrenin anayasal boyutta korunması yöntemi; çevresel hakların belirsiz olması, mevcut insan hakları ve çevre yasaları nedeniyle gereksiz olması, seçilmişlerden hakimlere doğru iktidar devrine sebep olması nedeniyle demokrasi bakımından tehlike arz etmesi, dava sayısında artışa sebep olması, tatbik edilebilir ve etkin olmaması gerekçeleriyle eleştirilmektedir.⁵⁹

Günümüzde çevre hakkı bir insan hakkı olarak kabul edildiğine göre⁶⁰, anayasasında insan haklarından herhangi birini ya da bir kısmını güvence altına almış olan devletlerin çevreyi de anayasal boyutta koruması makul sayılan bir beklenti olarak kabul edilmektedir.⁶¹ Aksi yöndeki bir tutum, devletin yasa yapma politikası konusundaki tutarlılığını eleştiriler karşısında savunmasız kılacaktır. Bu ise aynı zamanda *demokrasi* ve *hukuk devleti ilkesine* dahi olumsuz olarak sirayet edebilecek boyutta ciddi bir hukuki problem niteliğindedir. Son derece açık olan bu durum tek başına, çevrenin anayasal boyutta korunmasının ne derece önemli ve gerekli olduğunu idrak etmek bakımından yeterlidir.

V. 1982 ANAYASASI KAPSAMINDA ÇEVRE HAKKININ GÖRECE NİTELİĞİ

1876 Anayasası dâhil olmak üzere, 1921 Anayasası, 1924 Anayasası ya da 1961 Anayasası kapsamında doğrudan ve açıkça çevre hakkına rastlamak mümkün değildir. Bu durum çevre hakkının evrensel düzeyde gelişim süreci göz önüne alındığında yadırganmaması gereken bir olgudur. Zira çevre hakkının kimlik kazanarak anayasalara girişi ancak 1970'li yıllarda

59 Boyd, *The Constitutional Right*, s. 3.

60 *Gözler'e* göre insan hakları devletten önce var olan haklar olduğuna göre varlığı devlete bağlı bulunan pozitif statü hakları (sosyal haklar) *insan hakları* kapsamında yer almaz. Bkz. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2017, (İnsan Hakları), s. 88. *Gözler'in* bu yaklaşımıyla düşünüldüğünde, bir anayasada çevre hakkı, sosyal ve ekonomik bir hak olarak düzenlendiğinde, ilgili anayasa bakımından çevre hakkının bir *insan hakkı* olarak nitelendirilebilmesi mümkün olmayacaktır. Diğer taraftan *Kaboğlu'nun* belirttiği üzere çevre hakkı sosyal bir hak olarak tanımlanmış olsa dahi kişinin hakları bakımından *olmazsa olmaz* bir tamamlayıcılık görevi üstlenmektedir. İbrahim Ö. Kaboğlu, "Çevre Hakkı Üzerine (Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri)", *İnsan Hakları Yıllığı*, TODAİ, Sayı: 10-11, Yıl: 1989, (Çevre), s. 122. Kanımızca herhangi bir anayasada çevre hakkı sistematik olarak sosyal haklar kapsamında düzenlenmiş olsa dahi bu durum günümüzde genel olarak, çevre hakkının nitelik itibarıyla bir insan hakkı olarak kabul edildiği gerçeğini değiştirmemektedir. Öğretide çevre hakkını bir insan hakkı olarak kabul eden görüşlerden bazıları için bkz. Kaboğlu, *Çevre*, s. 113; Gürseler, s. 199-200; Erdal Abdulhakimoğulları/ Özcan Sezer/ Mahmut Akpınar, "Küresel, Ulusal ve Yerel Düzeyde Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkının Gelişimi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı: 14, Yıl: 2011/2, s.67-68; Hasan Tahsin Fendoğlu, *İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 55.

61 Hayward, s. 71-72.

başlayabilmiştir. Bununla birlikte öğretilerde bazı yazarlar, 1961 Anayasası m. 49/1 hükmü⁶² ile korunan sağlık hakkı kapsamına çevre hakkını da dâhil etmektedir. Türk Anayasalarında özel olarak (ya da doğrudan) çevre hakkı ile ilk kez 1982 Anayasası kapsamında karşılaşılmaktadır.⁶³

1982 Anayasası m. 56 kapsamında çevre hakkı, doğrudan ve açık bir biçimde güvence altına alınmaktadır. 56'ncı maddeye göre, “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.” Çevre hakkının öznesi, herkes olarak belirlenmiştir. Çevreyi koruma ödevi ise devlet ve vatandaşlara yüklenmektedir. Söz konusu durum kendi içinde çelişkili olmakla eleştirilmektedir. Hakkın süjesi ile muhatap arasındaki bu uyumsuzluğun giderilmesi bakımından 56'ncı maddenin *amaçsal (gai) yorum* yöntemiyle ele alınması ve çevrenin korunması ödevinin yüklendiği *vatandaşlar* ifadesini, hak süjesine uyumlu bir şekilde, herkes olarak geniş bir şekilde anlamak yerinde bir değerlendirme olacaktır.⁶⁴

Ekonomik ve sosyal haklar arasında korunan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, Anayasa m. 65 kapsamında devlete *mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde*⁶⁵ bir yükümlülük getirmektedir. Aynı madde kapsamında devletin ekonomik ve sosyal ödevlerin *amaçlarına uygun öncelik* gözetmesi de görülmektedir.⁶⁶

Özet bir ifadeyle anlatmak gerekir ise devlet, ekonomik ve sosyal görevlerini ifa ederken bu görevler arasında bir *öncelik-sonralık sıralamasında* bulunmak durumundadır. Bu bağlamda yapılacak olan öncelik-sonralık sıralaması esasen devletin sahip olduğu mevcut mali kaynakların paylaşılması anlamına gelmektedir. Örnek vermek gerekirse; ekonomik ve sosyal haklar kapsamında bulunan eğitim ve öğrenim hakkı (m. 42) ile yine ekonomik ve sosyal haklar kapsamında yer alan sosyal güvenlik hakkı (m. 60) arasında mali kaynakları ile oranlı, sınırlı bir şekilde yükümlülük altında bulunan devlet, cari mali kaynakları öncelikle hangi ödevde kanalize edeceği hususunda bir öncelik-sonralık tercihinde bulunmak durumundadır. Şüphesiz bu tercih mevcut siyasi iktidarın *politik* tercihidir.⁶⁷ Tercihin politik niteliği beraberinde,

62 Bahse konu m. 49/1 uyarınca “Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir.”

63 Can Hamamcı, “Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler”, **TODAİE İnsan Hakları Yıllığı**, Sayı: 5-6/1, Yıl: 1984, s. 176; Mehmet Semih Gemalmaz, “Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi”, **Ord. Prof. Sulhi Dönmezer’e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Mecmuası, Cilt: 52, Sayı: 1-4, Yıl: 1986-1987, s. 249.

64 Aynı yönde görüş için bkz. Yasemin Özdek, **Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı**, TODAİE, Ankara, 1993, s.127; Tunç ve Göven, s. 116; Yasemin Semiz, “Anayasa Mahkemesi’nin Çevre Hakkı Perspektifi”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4/2, Yıl: 2014, s. 10-11.

65 *Mali kaynakların yeterliliği ölçüsü*, devlete ekonomik ve sosyal ödevlerinden kaçınma imkânı sunmaz. Devlet söz konusu ödevlerin ifası için gerekli azami çabayı göstermek ve ekonomik kalkınma arttıkça bu ödevlere bütçeden daha fazla pay ayırmak durumundadır. Bkz. Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gözden Geçirilmiş 7’nci Bası, Gerçek Yayınevi, Ankara, 1987, s. 240.

66 Maddenin ilk halinde *amaçlarına uygun öncelik* ifadesi yerine *ekonomik istikrarın korunması* ifadesi geçmekteydi. 2001 yılında yapılan değişiklikle *ekonomik istikrarın korunması* ifadesi çıkarılmış bunun yerine *amaçlarına uygun öncelik* ifadesi getirilmiştir.

67 Örnek vermek gerekirse, nükleer santral kurma konusunda mevcut düzenleme ile devletin ekonomik kalkınma öncelikli karar vermesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Bkz. Aşşegül Mengi ve Menaf Turan, “Türkiye’de Çevre Hakkının Gerçekleşmesi: Hidroelektrik Santraller Örneğinde”, **Yeni Kuşak İnsan Hakları**, Ed: Kivılcım

kalkınma ile çevrenin korunması geriliminde takınılacak tavrı öne çıkarmaktadır. Zira öncelikli olarak kalkınmayı hedefleyen bir politikanın varlığı, çevrenin korunması sorununun ikinci plana itilmesi anlamına gelebilmektedir. Dolayısıyla, kalkınma ile çevrenin korunması gerilimi, 1982 Anayasası kapsamında çevre hakkının göreceli niteliğini etkileyebilmektedir.

1982 Anayasası kapsamında ekonomik ve sosyal bir hak olarak çevre hakkının diğer haklar arasında bir önceliğe sahip olup olmadığı, şayet bir önceliğe sahip ise bu önceliğin ne derece bir öncelik arz ettiği politik bir tercih neticesinde belirlenmektedir. Bu anlamda çevre hakkına verilecek önem bakımından devlete geniş bir *takdir* alanının tanındığını söylemek mümkündür.⁶⁸ Bahse konu geniş takdir marjı nedeniyle anayasal boyutta çevre hakkı konusundaki devlet hassasiyetinin siyasi iktidarlar arasında farklılık gösterebilmesi olasıdır. Dolayısıyla 1982 Anayasası kapsamında çevre hakkı, siyasi iktidarlarca benimsenen politikalar çerçevesinde⁶⁹ farklı önem sıralamalarına tabi tutulabilmesi nedeniyle *görecelidir*. Anayasa Mahkemesi de m. 56 kapsamında devlete düşen ödevin nasıl yerine getirileceği konusunda takdir alanının bulunduğunu kabul etmektedir. Ancak bu takdir yetkisinin, çevrenin korunması yükümlülüğünün yerine getirilmemesine yol açacak şekilde, *ölçüsüzce* kullanılmaması gerekir.⁷⁰

Akkoyunlu Ertan), TODAİE Yayınları, Ankara, 2013, s. 89-90.

- 68 Devlete olumlu bir edim getirmeyen sendika, toplu sözleşme ve grev gibi haklar bakımından mali kaynakların yeterliliği ölçütü bir anlam ifade etmemektedir. *Soysal*, söz konusu hakları *temel hak niteliğindeki sosyal ve ekonomik haklar* olarak nitelendirmektedir. Bkz. Soysal, s. 241-242. Devlete olumlu edim yükleyen haklar bakımından ise mali kaynakların yeterliliği ölçütü geçerlidir. Yasama erki devlete olumlu edim yükleyen ekonomik ve sosyal hakları yerine getirme konusunda takdir hakkına sahiptir. Ancak bahse konu takdir yetkisinin mutlak olup olmadığı tartışmalıdır. Yasama erki tarafından bu konuda çıkarılacak kanunların anayasaya aykırılığı denetlenirken yargı erkinin öncelikler, yöntemler ve ölçüler konusundaki siyasi takdire müdahale etmemesi gerekir. Bkz. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 7'nci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 136; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15'inci Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 188-190; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 21'inci Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2017, (Anayasa), s. 77-78.
- 69 Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Devlete yüklenen sürdürülebilir ekonomik kalkınmanın sağlanması ödevinin yerine getirilmesi amacıyla sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına müdahalede bulunulması mümkündür. Ancak bu müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması gerekir. Ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder." Ölçülülük kapsamında sözü geçen hakkaniyet değerlendirmesi de yine tercihin göreceli olma niteliğini desteklemektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 03.07.2014 tarihli E. 2013/89 ve K. 2014/116 sayılı Karar, R.G. Tarih: 04.07.2015 R.G. Sayı: 29406, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası**, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0d2ecffb-a372-49f3-b9a0-c882f605e216?highlightText=sa%C4%9Fl%C4%B1kl%C4%B1%20ve%20dengeli%20bir%20%C3%A7evrede%20ya%C5%9Fama&excludeGereke=True&wordsOnly=False>, (E.T. 10.11.2018).
- 70 Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerinde belirtilen ödevlerin somut tedbirlerle nasıl yerine getirileceği kanun koyucunun takdirinde ise de söz konusu ödevler yerine getirilirken elektrik üretim faaliyetlerinde çevre mevzuatında belirtilen koşulların yerine getirilmesi için tanınan sürenin ölçülü olması ve sürdürülebilir çevre ilkesiyle uyumlu olması gerekmektedir." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 22.05.2014 tarihli E. 2013/65 ve K. 2014/93 sayılı Karar, R.G. Tarih: 24.06.2015 R.G. Sayı: 294396, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası**, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/1b1212b7-997d-42c5-9695-f47a8902fb8d?highlightText=sa%C4%9Fl%C4%B1kl%C4%B1%20ve%20dengeli%20bir%20%C3%A7evrede%20ya%C5%9Fama&excludeGereke=True&wordsOnly=False>, (E.T. 10.11.2018).

VI. 1982 ANAYASASI KAPSAMINDA ÇEVRE HAKKI NASIL KUVVETLENDİRİLEBİLİR?

Yukarıda ana hatları ile ifade edilmeye çalışıldığı üzere 1982 Anayasası m. 56 kapsamında çevre hakkı bir ekonomik ve sosyal olarak düzenlenmiştir. Bu durum ise çevre hakkına atfedilen önem ve hassasiyetin belirli oranda dahi olsa hükümetler arasında farklılaşabilmesini mümkün kılmaktadır. Zira yukarıda belirtildiği üzere mevcut durumda Anayasa, çevre hakkı konusunda devlete geniş bir takdir alanı tanımaktadır. Salt kategorik yaklaşıldığında, ekonomik ve sosyal haklar genellemesi içinde çevre hakkının da genel kural kapsamında, diğer ekonomik ve sosyal haklar ile aynı yönde değerlendirilmesi haklı görülebilir. Ancak esasa dair bir yaklaşım izlendiğinde, çevre hakkının sosyal ve ekonomik hak niteliğini dahi sorgulayabilmek kanaatimizce mümkündür.

Çalışmanın henüz başlarında kısaca değinilen 2008 Ekvador Anayasası ve 2009 Bolivya Anayasası gibi güncel örnekler, çevre hakkının anayasal perspektifte yeniden düşünülmesinde öncü bir rol üstlenmiştir. Bu sebeple, çevre hakkı bakımından öncü düzenlemelere yer veren bahse konu iki anayasa, 1982 Anayasası'nın değerlendirilmesinde somut birer *karşılaştırma ölçütü* olarak belirlenmektedir.⁷¹

Değerlendirmenin başında şunu belirtmek gerekir ki 1982 Anayasası kapsamında çevre hakkı Anayasa ile yaşı ve bu zamana kadar değişikliğe uğramamış bir biçimde mevcudiyetini korumaktadır. Dolayısıyla 1982 Anayasası m. 56, değerlendirme kıstası ve rehber olarak kullanılması amaçlanan 2009 Bolivya Anayasası ve 2008 Ekvador Anayasası'na kıyasla son derece yaşlı bir hükümdür. Bu bakımdan değerlendirmenin gerçekçi olması adına söz konusu zamansal farklılığın göz ardı edilmemesi gerekir.

71 Çalışmanın sınırlılığı kapsamında tarafımızca iki anayasa kıstas alınmaktadır. Bunlar haricinde çevrenin korunması bakımından önem arz eden Bhutan gibi devlet anayasaları da bulunmaktadır. Bhutan Anayasası m. 5, çevre başlığını taşımaktadır ve 3'üncü fıkrasında ülkenin (devlet topraklarının) %60'ının orman olarak muhafaza edilmesini öngörmektedir. Bhutan Anayasasının İngilizce metni için bkz. Bhutan Anayasası 2008, **Constitute**, https://www.constituteproject.org/constitution/Bhutan_2008?lang=en, (E.T. 10.11.2018).

Tablo 1. 1982 Anayasası'nın çevre hakkı bakımından 2008 Ekvador Anayasası ve 2009 Bolivya Anayasası ile karşılaştırılması.

Anayasa	Çevre Hakkı ile İlgili Madde/ Maddeler	Çevre Hakkının Anayasadaki Düzenleniş Yeri/Hakkın Anayasal Niteliği	Çevre Hakkının Süjesi	Çevre Hakkına Dair Hukuki Korumanın Niteliği
2008 Ekvador Anayasası	m. 14, 15, 57, 71, 72, 73, 74 vs. ilgili maddeler	Haklar üst başlığı kapsamında ayrı bir bölüm olarak düzenlenmiştir.	<i>Ekosentrik</i> yaklaşım benimsenmiştir. Çevre bir hak süjesidir.	Herkes anayasa ile korunan çevre hakkını doğrudan talep etme hakkına sahiptir. (m. 71/2).
2009 Bolivya Anayasası	m. 9, 30, 33, 34, 80, 108, 135, 186-189, vs. ilgili maddeler	<i>Sosyal ve ekonomik haklar</i> kapsamında düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle çevre hakkı Anayasada sosyal ve ekonomik bir hak olarak nitelendirilmiştir.	<i>Antroposentrik</i> yaklaşım benimsenmiştir. Hak süjesi herkesedir. Çevre bir hak süjesi değildir.	Anayasa m. 34 kapsamında herkese çevre hakkı ihlallerine karşı idareye başvuru şartı aranmaksızın doğrudan <i>dava hakkı</i> tanınmıştır. Çevre sorunları için <i>Tribunal Agroambiental</i> ya da <i>Agro-Environmental Court</i> adında ayrı bir yargı oranı tesis edilmiştir (m. 186-189).
1982 Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasası	m. 56	<i>Sosyal ve ekonomik haklar</i> kapsamında düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle çevre hakkı Anayasada sosyal ve ekonomik bir hak olarak nitelendirilmiştir.	<i>Antroposentrik</i> yaklaşım benimsenmiştir. Hak süjesi herkesedir. Çevre bir hak süjesi değildir.	Çevre hakkı ancak yasama erki tarafından kanun ile düzenlenmesi halinde kişilerce talep edilebilmektedir.

Tablo 1'de 1982 Anayasası çevre hakkı bakımından Ekvador Anayasası ve Bolivya Anayasası ile karşılaştırılmaktadır. Karşılaştırma kıstasları genel ve yüzeysel de olsa anlaşılabilir bir değerlendirmede bulunabilmek adına toplamda dört adettir.

İlk olarak çevre hakkının her üç anayasa kapsamında yaklaşık kaç maddeye konu edildiği ya da bir diğer ifadeyle anayasaların çevre hakkına tanıdığı *anayasal alan* ortaya konulmaktadır. Bu bağlamda spesifik olarak çevre hakkının koruma alanı olarak değerlendirilmesi mümkün olan anayasa maddeleri gösterilmeye çalışılmıştır. Gerek Ekvador gerekse Bolivya Anayasaları çevre hakkına son derece geniş bir alan tanımaktadır. Parantez açmak gerekir ki Ekvador Anayasası ve Bolivya Anayasası 400'ün üzerinde maddeye sahip son derece *kazuistik* anayasalardır. 1982 Anayasası'na göre yaklaşık olarak iki katı kadar fazla maddeye sahip olmaları göz önüne alınsa dahi, çevre hakkının anayasa içi yoğunluğu bakımından 1982 Anayasası bahse konu iki anayasa karşısında geri kalmaktadır.

İkinci kıstas, Tabloya konu anayasalar kapsamında çevre hakkının hangi hak kategorisinde yer aldığına ilişkindir. Tabloda görüldüğü üzere Bolivya Anayasası ile 1982 Anayasası çevre hakkını bir *sosyal ve ekonomik hak* olarak kabul etmektedir. Ekvador Anayasası ise çevre hakkını herhangi bir kategoriye dâhil etmemeyi tercih etmektedir. Kaldı ki Ekvador Anayasası diğer anayasalardan farklı olarak hak ve özgürlük sistematğinde hak türünü değil hak süjesini esas almıştır. Bu

durum Ekvador Anayasası'nın çevre hakkını daha güçlü bir niteliğe büründürmüş olduğu şeklinde değerlendirilebilir. Zira diğer iki anayasa tarafından benimsenen temel haklar, siyasi haklar, ekonomik ve sosyal haklar ayrımı kategorik olarak⁷² hakların korunma derecesine de etki etmektedir. Söz gelimi 1982 Anayasası m. 65 kapsamında öngörüldüğü üzere, sosyal ve ekonomik haklar bakımından devletin ödevlerinin mali imkânlar ile sınırlı tutulması mümkündür. Ancak bu durum genel bir kural değildir. Nitekim Bolivya Anayasası m. 34, bir önceki madde (m. 33) kapsamında sosyal ve ekonomik bir hak olarak nitelendirdiği çevre hakkının anayasal korumasını güçlendirmektedir. Bahsi geçen 34'üncü madde uyarınca çevre hakkı ihlallerine ilişkin tanınan dava yolu, çevre hakkına verilen önemi ortaya koyar niteliktedir. Bu noktada 1982 Anayasası ile Bolivya Anayasası ayrılmaktadır. Her iki anayasada çevre hakkı bir sosyal ve ekonomik hak olarak nitelendirilmiş olsa dahi Bolivya Anayasası çevre hakkına yönelik hukuki korumayı son derece güçlü tutmuştur. Böylece ikinci değerlendirme kıstası bakımından da 1982 Anayasası'nın çevre hakkına diğer iki anayasaya oranla daha zayıf bir koruma tanıdığı söylenebilir.

Üçüncü kıstas olarak çevre hakkının süjesi esas alınmaktadır. Buna göre 1982 Anayasası ile Bolivya Anayasası aynı yaklaşımla çevre hakkını klasik bir yaklaşımla, antroposentrik olarak düzenlemektedir. Diğer bir ifade ile bahse konu iki anayasada çevre hakkının sahibi insandır. Ekvador Anayasası ise hak süjesi meselesinde diğer iki anayasadan farklı bir tutum benimseyerek çevre hakkının süjesi olarak insanı değil çevreyi esas almaktadır. Ekvador Anayasası m. 71 *Doğanın Hakları* başlığı altında, *Pacha Mama* olarak adlandırılan doğanın; varlığını, yaşam döngüsünü, yapısını, işlevini ve evrimsel süreçlerini sürdürme ve yenileyebilme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Ekvador Anayasası kapsamında gözlenen bu tavır, *anayasa koyucunun çevreci felsefesini* göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

Tablo kapsamında yer alan dördüncü ve son kıstas ise çevre hakkına ilişkin benimsenen hukuki korumadır. 1982 Anayasası kapsamında düzenlenen çevre hakkına dayanarak dava açabilmek için bu hakkın kanun ile *yasama erki* tarafından düzenlenmiş olması gerekir. Nitekim 2872 sayılı Çevre Kanunu bu amaç doğrultusunda, "...*bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunması...*" amacıyla çıkarılmıştır (m. 1). Türkiye'de çevre ihlalleri karşısında kişilerin sahip olduğu hukuki başvuru hakkı da 2872 sayılı Kanun m. 30'dan kaynaklanmaktadır. Ekvador Anayasası m. 71/2'ye göre ise bu hak doğrudan Anayasa ile tanınmıştır. Bolivya Anayasası m. 34 de aynı şekilde, Anayasa kapsamında, çevre hakkına dayalı dava hakkını tanımaktadır. Dolayısıyla dava hakkı bakımından da 1982 Anayasası'nın diğer iki anayasa karşısında zayıf kaldığını söylemek mümkündür.

72 Hak kategorilerinin farklı ayrımlarla çeşitlendirilebilmesi mümkündür. Ortaya çıkış zamanı (20'nci yüzyılın son çeyreği) bakımından yapılan ayrıma göre, üçüncü kuşak haklar kapsamında yer alan çevre hakkı aynı zamanda dayanışma hakları olarak adlandırılmaktadır. Özdek, s. 26. Dayanışma haklarının gerçekleştirilmesinde birey, devlet, kamu kuruluşları, özel kuruluşlar ve uluslararası toplum olmak üzere toplu bir çabanın varlığı gerekmektedir. Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku I: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, 7'nci Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, (Özgürlükler Hukuku), s. 41-42; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Çevre Hakkı*, İletişim Yayınları, (Çevre Hakkı), s. 6.

Her üç kıstas kapsamında 1982 Anayasası'nın diğer iki anayasa karşısında çevre hakkına zayıf bir koruma sağladığı aşıkârdır. Bu durumun değiştirilebilmesi ve çevre hakkının anayasal korumasının güçlendirilmesi ise anayasa değişikliği ile mümkündür. Anılan değişiklik hiç şüphe yok ki çok çeşitli formüllerle gerçekleştirilebilir. Hangi formülün benimseneceği ise tali kurucu iktidarın tercihiyle ilgilidir. Hedeflenen neticeye ulaşabilmek adına ise girilecek olan anayasa değişikliğinin özetle şu iki niteliği taşıması beklenecektir:

1) Çevre hakkının Anayasa kapsamındaki *görece* niteliği değiştirilmelidir.⁷³ 2) Çevre hakkına ilişkin *dava yolu* Anayasa kapsamında açıkça tanınmalıdır.⁷⁴

Görece niteliğin değişmesi, çevre hakkı korumasının siyasi iktidarlar arasında farklılık arz etmeyecek şekilde anayasal güvenceye bağlanması anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda, mevcut 56'ncı maddenin çevrenin korunması yönündeki (tabiri caizse) temenni boyutunda kalan düzenlemesi yerine, daha bağlayıcı bir anayasal korumanın kabulü gerekmektedir. Dava yolunun anayasa kapsamında güvence altına alınması ise çevre hakkının *program hüküm*⁷⁵ niteliğinden arındırılmasını anlamlı kılacak olan asıl somut adımdır. Bu meyanda, çevre hakkının 1982 Anayasası kapsamındaki konumunu güçlendirmek adına Bolivya Anayasası m. 34'ten feyzalmak fayda sağlayabilir.

Bolivya Anayasası m. 34'e göre, çevre hakkı ihlallerine karşı herkese, idareye başvuru şartı aranmaksızın, doğrudan dava hakkı tanınmaktadır. Böylelikle çevre hakkının yargısal koruma alanına etkinlik ve hız kazandırılması mümkün kılınmaktadır. Hızlıca alınan mahkeme kararları sayesinde, çevreye verilen tahribatın en aza indirilebilmesi ve doğan zararların telafisi daha hızlı ve etkin bir biçimde gerçekleştirilebilmektedir. Bununla birlikte, Bolivya Anayasası kapsamında, çevre hakkı ihlalleri konusunda özel olarak yetkili kılınmış, *Tribunal Agroambiental* ya da *Agro-Environmental Court* adlı ihtisas mahkemeleri kurulmuştur (m. 186-189). Bahse konu özel organik yapılanmanın çevre hakkı korumasının etkinliğine ayrıca katkıda bulunması kuvvetle muhtemeldir.

Bu bağlamda yanlış bir algı oluşmaması adına bir parantez daha açmak gerekir: Bolivya Anayasası kapsamında çevre hakkı bakımından kabul edilen ihtisas mahkemesi uygulaması ilk değildir. Aksine, çevre hakkına ilişkin ihlaller bakımından özel mahkeme ya da kurul gibi idari çözüm mercilerinin oluşumu 1900'lerin başlarına değin uzanmaktadır. Danimarka henüz 1917 yılında bir *Doğa Koruma Kurulu (Nature Protection Board)* kurmuştur. Benzer nitelikte 1918 yılında İsveç ve Finlandiya *Su Mahkemeleri* tesis etmiştir. Çevre konusundaki uyuşmazlıkları çözmek

73 Görece niteliğin değiştirilmesi, hakkın anayasadaki sistematığının değiştirilmesinden ziyade etkinliğinin artırılmasını ifade etmektedir. Diğer bir ifade ile program hüküm niteliğinin aşılması anlamına gelmektedir.

74 Nitekim AİHM, Türkiye v. Taşkın Kararı'nda, Türkiye'nin taraf olmadığı *Aarhus Sözleşmesi*'ne değinmiş ve Sözleşmede yer alan çevre ile ilgili konularda yargı yolunun genişletilmesi gerekliliğine vurguda bulunmuştur. Bkz. AİHM, 10 Kasım 2004 tarihli *Türkiye v. Taşkın Kararı*, par. 99.

75 *Program hüküm*, doğrudan uygulanabilirliği olmayan, yasama organına siyasal nitelikte direktifler veren ya da yol gösteren anayasal düzenlemeler için kullanılan tabirdir. 1982 Anayasası m. 65 kapsamında devletin sosyal ve ekonomik yükümlülüklerinin sınırlandırılması, bu kapsamda yer alan düzenlemelerin *program hüküm* olarak nitelendirilmesine dayanak teşkil etmektedir. Bkz. Özbudun, s. 135.

konusunda yetkili kılınan ihtisas mercileri, mahkeme niteliğinde olabileceği gibi genel mahkeme yapılanması içinde oluşturulan özel bir daire ya da bölüm şeklinde de kurulabilir.

Avusturalya'daki New South Wales Eyaleti'nde mevcut *Toprak ve Çevre Mahkemesi (Land and Environment Court)* yapılanması ile Yeni Zelanda'da mevcut *Çevre Mahkemesi (Environment Court)* yapılanması çevre konusundaki en verimli uygulama örnekleri olarak gösterilmektedir.⁷⁶ Adı geçen uygulamalar dışında, Bahamalar, Bangladeş, Belçika, Brezilya, Kanada, Şili, Çin, Kenya, İsviçre, Japonya ve Yeni Zelanda gibi daha birçok devlet uygulamasında çevre hakkı uyuşmazlıkları konusunda yetkilendirilmiş bulunan özel mahkeme ya da kurullara rastlamak mümkündür.⁷⁷ Mevcut tüm uygulamaların tahlil edilmesi, takdir edileceği üzere, bu kısa çalışmanın sınırlarının ötesinde müstakil bir çalışma konusu olabilecek oranda kapsamlı bir meseledir. Ancak özetle şunu belirtmek gerekir ki denenmiş farklı uygulamalardan faydalanmak suretiyle Türkiye'nin adli ve idari yapılanmasına uygun bir çevre mahkemesinin oluşturulması, çevre hakkının kuvvetlendirilmesi adına faydalı olacaktır. Bu bağlamda mevcut yargı teşkilatı içerisine çevre uyuşmazlıkları konusunda uzmanlaşmış bir bölüm eklenmesi maliyet bakımından daha zahmetsiz ve kolay bir yöntem olarak önerilebilir. Türkiye bakımından bu çeşit bir eklemenin idari yargı koluna dâhil edilebilmesi kanaatimizce fonksiyonel bakımdan rasyonel bir tercih olacaktır.

SONUÇ

Çevresel sorunların artan bir ivme ile tüm dünyada hissedilmesi, çevre meselesinin gerek ulusal gerekse evrensel düzeyde neredeyse tüm bilim dalları tarafından irdelenmesine yol açmaktadır. Hukuk bilimi de bahse konu çevre odaklı eğilime kayıtsız kalamamıştır. Hal böyleyken çevre hakkının diğer hak ve özgürlükler bakımından *sine qua non (olmazsa olmaz)* niteliğiyle günümüz anayasalarının ilgi alanında yer alması son derece doğaldır.

Çalışma kapsamında bu olgu; anayasa ile çevre arasındaki ilişki, 1982 Anayasası'nın karşılaştırmalı yöntemle tahlili yoluyla mümkün merteye irdelenmeye çalışılmıştır. Karşılaştırmada temel kıstas olarak, çevreci yaklaşım konusundaki güncellikleri nedeniyle, Ekvador Anayasası ile Bolivya Anayasası'ndan faydalanılmıştır. Nihayetinde karşılaştırma, 1982 Anayasası'nın çevre hakkı koruması bakımından diğer iki anayasa karşısında zayıf bir koruma sağladığı sonucunu ortaya koymaktadır. Mevcut zayıf korumanın kuvvetlendirilebilmesi amacıyla özetle, 1982 Anayasası m. 56 kapsamında, program hüküm niteliğiyle yasamanın takdirine bırakılan çevre hakkının daha katı bir anayasal koruma altına alınması ve bu anayasal korumanın etkin bir yargısal yapılanma ile desteklenmesi önerilmektedir.

Kısaca değinilen önerilerin çevre hakkı ihlallerine yönelik etkinliği elbette mutlak değildir. Zira hukuk ya da anayasanın sosyolojik problemlere dair kesin çözüm olma gibi bir iddiası

76 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. George (Rock) Pring ve Catherine (Kitty) Pring, **Greening Justice Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals**, The Access Initiative, Washington, 2009, s. 1-26.

77 Bu konuya ilişkin uygulama listesi için bkz. Pring ve Pring, s. 106-109.

bulunmamaktadır. Birçok sosyolojik hedefte olduğu gibi çevrenin korunması, hukuktan önce bir eğitim ve kültür meselesidir. Diğer taraftan çalışma kapsamında Anayasa Hukuku perspektifinden ele alınan çevrenin korunması, Türkiye bakımından, ulusal boyutta çözümler sunmaya çalışmaktadır. Oysa çevrenin korunması nitelik itibariyle evrensel boyuttadır. Dolayısıyla çalışma kapsamında Türkiye ölçeğinde önerilen, anayasal korumanın güçlendirilmesi düşüncesi, çevre hakkının esasen ulusal düzeyde korunmasına hizmet edebilecek olan küçük bir denemeden ibarettir. Ancak dünya üzerinde farklı devletlerce artarak yaygınlaşan bu gibi ulusal boyutlu anayasal dönüşümler bir araya geldiğinde, çevre hakkının evrensel düzeyde etkin bir biçimde korunabilme ihtimalinin bulunduğu unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Aarhus Convention, **UNECE Resmi İnternet Sitesi**, <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>, (E.T. 08.11.2018).
- Abdulahakimoğulları, Erdal / Sezer, Özcan / Akpınar, Mahmut, “Küresel, Ulusal ve Yerel Düzeyde Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkının Gelişimi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı: 14, Yıl: 2011/2, s. 61-88.
- Anayasa Mahkemesi, 22.05.2014 tarihli E. 2013/65 ve K. 2014/93 sayılı Karar, R.G. Tarih: 24.06.2015 R.G. Sayı: 294396, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası**, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/1b1212b7-997d-42c5-9695-f47a8902fb8d?highlightText=sa%C4%9Fl%C4%B1kl%C4%B1%20ve%20dengeli%20bir%20%C3%A7evrede%20ya%C5%9Fama&excludeGereke=True&wordsOnly=False>, (E.T. 10.11.2018).
- Anayasa Mahkemesi, 03.07.2014 tarihli E. 2013/89 ve K. 2014/116 sayılı Karar, R.G. Tarih: 04.07.2015 R.G. Sayı: 29406, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası**, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0d2ecffb-a372-49f3-b9a0-c882f605e216?highlightText=sa%C4%9Fl%C4%B1kl%C4%B1%20ve%20dengeli%20bir%20%C3%A7evrede%20ya%C5%9Fama&excludeGereke=True&wordsOnly=False>, (E.T. 10.11.2018).
- Anayurt, Ömer, “Hakların Bütünlüğü Açısından İnsan Hakları Sınıflandırmalarının Değerlendirilmesi”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, TODAİE Yayınları, 2000, Ankara.
- BBC News Türkçe, “Yunanistan’da Yangınlar Neden Çıktı?”, **BBC Resmi İnternet Sitesi**, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-44952721>, (E.T. 08.08.2008).
- Bilir, Faruk ve Hamdemir, Berkan, “Çevre Hakkı ve Uygulaması”, **International Conference on Eurasian Economies 2011**, Manas University Press, Bişkek, 2011, s. 143-149.
- Bhutan Anayasası 2008, **Constitute**, https://www.constituteproject.org/constitution/Bhutan_2008?lang=en, (E.T. 10.11.2018).
- BM Genel Kurulu, 11 Aralık 1987 Tarih ve A/Res/42/186 Sayılı Karar, **BM Resmi İnternet Sitesi**, <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-186.htm>, (E.T. 03.07.2018).
- BM Genel Kurulu, 25 Eylül 2015 Tarih ve A/Res/70/1 Sayılı Kararı, **BM Resmi İnternet Sitesi**, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E, (E.T. 03.07.2018).
- BM, “Report of the United Nations Conference on the Human Environment”, Stockholm 5-46 June 1972, **BM Resmi İnternet Sitesi**, <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>, (E.T. 14.08.2018).
- BM, “Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future”, **BM Resmi İnternet Sitesi**, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>, (E.T. 03.07.2018).
- BM, “Sustainable Development Goals Knowledge Platform”, **BM Resmi İnternet Sitesi**, <https://sustainabledevelopment.un.org/topics/sustainabledevelopmentgoals>, (E.T. 03.07.2018).
- BM, “UNSustainableDevelopmentSummit2015”, **BM Resmi İnternet Sitesi**, <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/summit>, (E.T. 03.07.2018).
- Boyd, David R. “Paper 4: The Status of Constitutional Protection for the Environment in Other Nations”, **David Suzuki Foundation Resmi Web Sitesi**, <https://david Suzuki.org/wp-content/uploads/2013/11/status-constitutional-protection-environment-other-nations-SUMMARY.pdf>, (E.T. 13.07.2018), (The Status).
- Boyd, David R. “The Constitutional Right to a Healty Environment”, **Environment Science and Policy for Sustainable Development**, July-August 2012, (The Constitutional Right), s. 3-15.

- Chang, Hannah, "A 'Legally Binding' Climate Agreement: What Does it Mean? Why Does it Matter?," 23 Şubat 2010, **State of the Planet Earth Institute Columbia University Resmi İnternet Sitesi**, <https://blogs.ei.columbia.edu/2010/02/23/a-%E2%80%9Clegally-binding%E2%80%9D-climate-agreement-what-does-it-mean-why-does-it-matter/>, (E.T. 09.11.2018).
- Chichilnisky, Graeiel, "Sustainable Development and North-South Trade", **Protection of Global Biodiversity: Converging Strategies**, Ed. Lakshinan D. Guruswamy and Jeffrey A. McNeely, Duke University Press, Durham and London, 1998.
- Collins, Lynda, "Are We There Yet? The Right to Environment in International and European Law", **McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy / Revue internationale de droit et politique du développement durable de McGill**, Vol. 3, No. 2 (2007), s. 119-153.
- Constitution of Bolivia, **CCP Resmi İnternet Sitesi: Constitute**, https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009?lang=en, (E.T. 08.08.2018).
- Constitution of the Republic of Ecuador, **Georgetown University Political Database of Americas**, <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>, (E.T. 08.08.2018).
- Cullet, Philippe, "Definition of an Environmental Right in a Human Rights Context", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Volume: 13, Issue: 1, Year: 1995, pp. 25 - 40, <https://doi.org/10.1177/016934419501300103>, (E.T. 14.08.2018).
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, **İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, "Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi", **Ord. Prof. Sulhi Dönmezer'e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Mecmuası, Cilt: 52, Sayı: 1-4, Yıl: 1986-1987, s. 233-278.
- Gözler, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2017, (İnsan Hakları).
- Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 21'inci Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2017, (Anayasa).
- Güneş, Ahmet M. "Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 1, Yıl: 2010, s. 299-333.
- Hamamcı, Can, "Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler", **TODAİE İnsan Hakları Yıllığı**, Sayı: 5-6/1, Yıl: 1984, s. 171-180.
- Hamamcı, Can ve Keleş, Ruşen, **Çevre Bilim**, İmge Kitabevi, Ankara, 1993, s. 19-21.
- Handl, Günter, "Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), 1972 and the Rio Declaration on Environmental and Development, 1992", **United Nations Audiovisual Library of International Law**, http://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf, s. 1-5, (E.T. 02.07.2018).
- Hayward, Tim, **Constitutional Environmental Rights**, Oxford University Press, New York, 2005.
- Hynes, H. Patricia, **The Recurring Silent Spring**, Pergamon Press, New York, 1989.
- Jeffords, Christopher, "Constitutional Environmental Human Rights: A Descriptive Analysis of 142 National Constitutions", **The Human Rights Institute University of Connecticut**, Working Paper 16, 2011.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. **Çevre Hakkı**, İletişim Yayınları, (Çevre Hakkı).
- Kaboğlu, İbrahim Ö. "Çevre Hakkı Üzerine (Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri)", **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİ, Sayı: 10-11, Yıl: 1989, s. 107-137, (Çevre).
- Kaboğlu, İbrahim Ö. **Özgürlükler Hukuku I: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, 7'nci Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, (Özgürlükler Hukuku).
- Kalabalık, Halil, **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, 3'üncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Kapani, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7'nci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

- Kortenkamp Katherine V. ve Colleen F. Moore, "Ecocentrism And Anthropocentrism: Moral Reasoning About Ecological Commons Dilemmas", **Journal of Environmental Psychology**, Volume: 21, Issue: 3, Year: 2001, pp. 261-272.
- Kuzu, Burhan, "Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkının Gelişim Süreci", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 20, Yıl: 1996, s. 143-452.
- Marrani, David, "Reinforcing Environmental Rights:The French Charter for the Environment", **Revista Europea de Derechos Fundamentales**, Cilt: 25, Yıl: 2015, s. 383-400.
- May, James R. ve Daly, Erin, **Global Environmental Constitutionalism**, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- McNeill, Desmond, "The Concept of Sustainable Development", **Global Sustainable Development in the 21st Century**, Ed. Keekok Lee and Desmond McNeill, Edinburg University Press, Edinburg, 2000, s. 10-30.
- Mengi, Ayşegül ve Turan, Menaf, "Türkiye'de Çevre Hakkının Gerçekleşmesi: Hidroelektrik Santraller Örneğinde", **Yeni Kuşak İnsan Hakları**, Ed: Kıvılcım Akkoyunlu Ertan), TODAİE Yayınları, Ankara, 2013, s. 81-109.
- Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden geçirilmiş 7'nci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Özdek, Yasemin, **Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı**, TODAİE, Ankara, 1993.
- Pevato, Paula M. "A Right to Environment in International Law: Current Status and Future Outlook", **Review of European Community and International Environmental Law**, Volume: 8, Issue: 3, Year: 1999, s. 309-321.
- Pring, George (Rock) ve Pring, Catherine (Kitty), **Greening Justice Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals**, The Access Initiative, Washington, 2009.
- Rachel Carson Resmi İnternet Sitesi**, www.rachelcarson.org, (E.T. 27.06.2018).
- Seers, Dudley, **The Meaning of Development**, Institute of Development Studies, Communication Series No. 44, Brighton, 1969.
- Semiz, Yasemin, "Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4/2, Yıl: 2014, s. 1-46.
- Soysal, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gözden Geçirilmiş 7'nci Bası, Gerçek Yayınevi, Ankara, 1987.
- Şirin, Tolga, "Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına: Bolivya ve Ekvador Anayasaları", **II. Çevre ve Kent Hukuku Kurultayı**, Ankara, 2014, s. 53-71.
- Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15'inci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Tarlock, A. Dan. "History of Environmental Law", **Environmental Laws and Their Enforcement**, Vol. I, Ed. A. Dan Tarlock ve John C. Dernbach, s. 42-64, Eolss Publishers, Oxford, 2009, (History).
- Tarlock, A. Dan. **Environmental Law: Then and Now**, 32 Washington University of Law & Policy, Vol. 32, Year 2010 001 (2010), s. 1-31, http://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol32/iss1/2, (E.T. 14.08.2018).
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz / Önok, Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, 6'ncı Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- The Global Alliance for the Rights of Nature, "Ecuador Adopts Rights of Nature in Constitution", **The Global Alliance for the Rights of Nature Resmi İnternet Sitesi**, <http://therightsofnature.org/ecuador-rights/>, (E.T. 08.08.2018).

- Tunç, Hasan ve Göven, Yusuf, “Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl: 1997, s. 103-127.
- Turgut, Nükhet Y. **Çevre Politikası ve Hukuku**, 2. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, “Paris Anlaşması”, **Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi**, <http://www.mfa.gov.tr/paris-anlasmasi.tr.mfa>, (E.T. 08.11.2018).
- Uluslararası Adalet Divanının değerlendirmesi için bkz. Uluslararası Adalet Divanı, 20 Nisan 2010 tarihli, Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) Kararı, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf>, Par. 177. (E.T. 08.11.2018).
- UNECE, “Aarhus Convention – About”, **UNECE Resmi İnternet Sitesi**, <https://www.unece.org/env/pp/introduction.html>, (E.T. 08.11.2018).
- UNFCCC, “KP Introduction”, **UNFCCC Resmi İnternet Sitesi**, <https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol>, (E.T. 17.07.2018).
- UNFCCC, “Nationally Determined Contributions (NDCs)”, **UNFCCC Resmi İnternet Sitesi**, <https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/nationally-determined-contributions/ndc-registry>, (E.T. 08.11.2018).
- UNFCCC, “Paris Agreement – Status of Ratification”, **UNFCCC Resmi İnternet Sitesi**, <https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification>, (E.T. 08.11.2018).
- UNFCCC, “Phasing out CFCs: The Vienna Convention and its Montreal Protocol”, **UNFCCC Resmi İnternet Sitesi**, <https://unfccc.int/resource/ccsites/senegal/fact/fs224.htm>, (E.T. 08.11.2018).
- UNFCCC, “What is the Paris Agreement?”, **UNFCCC Resmi İnternet Sitesi**, <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/what-is-the-paris-agreement>, (E.T. 08.11.2018).
- Van Dyke, Brennan, “A Proposal To Introduce The Right To A Healthy Environment Into The European Convention Regime”, **Virginia Environmental Law Journal**, Volume: 13, No: 3 (Spring 1994), s. 323-373.
- Weibust, Inger, **Green Leviathan: The Case for a Federal Role in Environmental Policy**, Routledge, New York, 2016.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü

Governmental Liability for the Protection of Right to Life According to Article 2 of the European Convention on Human Rights

Ayşe ÖZKAN DUVAN*

Öz

İnsan hakları hukukunda yaşam hakkının korunma alanı geniş bir çerçevede ele alınmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bu hakkı düzenleyen 2. maddesi, olağanüstü hallerde bile içerdiği yükümlülüklerin askıya alınamayacağı az sayıdaki Sözleşme hükümlerinden biridir. Gerek doktrinde, gerekse uluslararası yargı içtihatlarında yaşam hakkının korunmasının uluslararası teamül hukukunun temel ilkesini oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu anlayışın uzantısı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında 2. maddeden kaynaklanan devlet yükümlülükleri genişletilmiş, üçlü bir ayırım çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu çalışmada söz konusu ayırma göre devletin negatif, pozitif ve usuli yükümlülükleri nazara alınarak Mahkemenin ilgili kararları derlenmiştir. Bu bağlamda ne tür uyuşmazlıkların hangi devlet yükümlülükleri çerçevesinde ele alındığı tespit edilmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaşam hakkının korunmasına yönelik analiz yöntemleri ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Yaşam Hakkı, AİHS, 2. Madde, Devlet Yükümlülüğü.

Abstract

The area of protection of the right to life in human rights law is handled on a wide margin. Article 2 of the European Convention on Human Rights, which regulates this right, is one of the few provisions of the Convention that, even in extraordinary circumstances, obligations can not be suspended. It is accepted that the protection of the right to life in its doctrine, and in international judicial jurisprudence, constitutes the basic principle of international customary law. As an extension of this understanding, in the European Court of Human Rights, the state obligations arising from the article 2 have been expanded and evaluated in a triple distinction. In this study, according to the segregation, the state's negative, positive, and procedural obligations are taken into consideration and the relevant decisions of the Court are compiled. In this context, it has been determined what kind of disputes are covered within which state obligations and the methods of analysis for protecting the right to life of the European Court of Human Rights have been put forward.

Keywords: Right to Life, ECHR, Article 2, Governmental Liability

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, ayse.duvan@istanbul.edu.tr

Giriş

Yaşam hakkı diğer tüm insan haklarına bir anlamda kaynaklık eden temel bir insan hakkı olarak nitelendirilmektedir. Yaşam hakkının özü bireyin hayatta kalmasıdır. Bu niteliğinden dolayı diğer tüm hakların kullanılmasının ön koşulu olarak tanımlanabilir.¹ Yaşam hakkı insan haklarının tarihsel gelişim sürecinin izlenmesi açısından da ölçüt alınabilecek bir haktır. İnsanın doğal olarak sahip olduğu ilk hakkın yaşam hakkı olduğu kabul edilir. Birinci kuşak haklardan olan yaşam hakkı, doğal hukukun ve liberal öğretinin norm haline getirilmiş temel unsurudur.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve Savaş sırasında meydana gelen kitlesel yaşam hakkı ihlalleri nedeniyle doğal hukukta var olan yaşam hakkı, uluslararası pozitif normlara da girmeye başlamış ve uluslararası seviyede korunmaya çalışılmıştır. Bu anlamıyla yaşam hakkının korunması, bu hakka tehlike oluşturan müdahalelerin önlenmesi yönünde devletlere yükümlülükler getirmiştir. Gerek doktrinde, gerekse uluslararası yargı içtihatlarında yaşam hakkının korunmasının uluslararası teamül hukukunun temel ilkesini oluşturduğu kabul edilmektedir.²

Yaşam hakkı, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 3. maddesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 6. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 4. maddesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı 4. maddesi ve AB Temel Haklar Şartı 2. maddesi gibi pek çok uluslararası sözleşmede yer almıştır. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi organı olan İHK, yaşam hakkının üstün nitelikli, sapma önlemlerine başvurulamayan ve dar yorumlanmaya imkan vermeyen bir hak olduğunu belirtmektedir.³ Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesi uyarınca dokunulmaz haklar arasında sayılmış olan yaşam hakkı, mutlak bir hak olma vasfını haizdir.⁴ 15. maddenin 1. fıkrasındaki hükme göre savaş ya da kamunun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir halin ortaya çıkması halinde dokunulmaz haklar olarak sayılan haklar dışındaki hak ve özgürlüklerin askıya alınmasına izin verilmektedir. Yaşam hakkı ise dokunulmaz haklardan olup, söz konusu hükme dayanılarak savaş eylemlerinden doğan ölüm olayları dışında yaşam hakkına dokunulamayacaktır.⁵

Yaşama hakkının varlık nedeni, insanı doğal olmayan ölüme karşı korumaktır.⁶ İnsan hakları hiyerarşisi içinde değer sırası bakımından ilk ve temel olan yaşam hakkı,⁷ kamusal makamlar

1 İlyas Doğan/Omca Özdemir, "Yaşam Hakkı", İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, Astana Yayınları 2. Bası, Ankara, Eylül 2015, ss. 409-449, s. 409.

2 Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 1, Legal Yayınevi, 8. Bası, İstanbul, Aralık 2012, s. 111.

3 International Civil and Political Rights Convention, General Comment of Human Rights Committee No. 6, UN Doc. A/37/40, 22.09.1982, s. 93.

4 **Mehmet Semih Gemalmaz**, a.g.e., s. 112.

5 M. Sezgin Tanrıku, "İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 66, Yıl 2006, ss. 51-94, s. 53.

6 Osman Doğru, **Yaşama Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Temmuz 2018, s. 3.

7 ECHR, *Streletz-Kessler-Krenz v. Germany*, Application Nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, 22.03.2001, p. 94.

tarafından öldürülmeme ve yaşama yönelik tehlike ve risklere karşı yine kamusal otoriteler tarafından korunma hakkını içerir. Kısacası yaşam hakkı öldürülmeme hakkıdır.⁸ Yaşam hakkının konusu, kişinin kendine, üçüncü kişilere, topluma veya devlete karşı korunmasıdır. Bu korumanın kapsamı ve sınırları devletin sorumluluk alanıyla belirlidir. Başka bir deyişle yaşam hakkının koruma alanı, hak ihlallerinden devletin sorumlu tutulduğu alandır. Dolayısıyla devletin yaşam hakkının korunmasındaki sorumluluk alanının sınırları yaşam hakkının uygulama alanıdır.

AIHM İçtihadına göre Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü

Yaşam hakkı en önemli temel haklardan biri ve hukuk devletinin temel değeri olduğu için, bu hakkın katı biçimde yorumlanması esastır. Bu nedenle yaşam hakkının koruma alanı geniş bir çerçevede ele alınmaktadır. Bu hak olağanüstü hallerde bile içerdiği yükümlülüklerin askıya alınamayacağı az sayıdaki AIHS hükümlerinden biridir. Bu özellik, yaşam hakkının asli niteliğinin de göstergesidir.⁹ Bunun sonucu olarak devletin yaşam hakkının korunması bakımından doğan sorumluluğu sadece Sözleşmedeki 2. maddenin 1. fıkrasında ifade edilen yaşamı kasten yok etme yasağı ile sınırlı değildir. Devlet aynı zamanda ihmalle ya da ağır kusurla insan yaşamının ihlal edilmesi riskine yönelik olarak caydırıcı etkiye sahip olacak etkin önlemler almakla da yükümlüdür.¹⁰ Bu önlemler maddi hukuka ilişkin olabileceği gibi usul hukukuna da ilişkin olabilir.

Yaşam hakkının istisnaları olarak ifade edilen durumlar AIHS'nin 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında, kişinin yaşamına belirli durumlarda son verilmesinin Sözleşmeye aykırılık oluşturmayacağı belirtilmiştir. Buna göre, bireylerin yasadışı şiddete karşı korunması, tutuklunun kaçmasının önlenmesi ve bir ayaklanmanın yasal olarak bastırılması amacıyla kişinin yaşamına son verilebilir. Bu üç ayrık durum, esasında kolluk kuvvetlerinin meşru olarak kuvvete başvurması hallerini anlatmaktadır. Ancak söz konusu hukuka uygunluk nedenlerinden faydalanabilmek için kuvvet kullanımının mutlak zorunluluk arz etmesi gerekir.¹¹ 2. fıkradaki yetkilerin kullanılması esnasında orantılılık ilkesine sıkı şartlara tabi olarak uygun hareket edilmesi aranır. Aksi takdirde yaşam hakkının korunmasında devletin yükümlülüğünü ihlal etme riski oluşacaktır¹²

AIHM, *McCann/İngiltere*¹³ kararında yaşamdan yoksun bırakmanın meşru kabul edildiği durumları belirten 2. maddeyle ilgili olarak, “..2. maddenin 15. maddedeki yükümlülük azaltma

8 Cengiz Topel Çiftçioğlu, “Yaşam Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2012, Sayı 103, ss. 137-168, s. 140.

9 D. J.Harris/ M. O’Boyle/ C.Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2. Bası, Oxford-New York 2009, s. 39.

10 Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayınları 4. Bası, Ankara, Ağustos 2011, s. 98; D. J.Harris/ M. O’Boyle/ C.Warbrick, a.g.e., s. 39.

11 A. Feyyaz Gölcüklü/A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1998, s. 190.

12 Walter Kälin/ Jörg Kunzli, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press, New York 2011, s. 276-277.

13 ECHR, *McCann and Others v. the United Kingdom*, Application No. 18984/91, 05.09.1995, p. 147.

kapsamına girmemesinin, onu barış zamanında gerçekten sözleşmenin en temel hükümlerinden biri haline getirdiği akılda tutulmalıdır. 2. madde, sözleşmenin 3. maddesi ile birlikte Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini kutsallaştırmaktadır. Bu nedenle de 2. maddenin istisna hükümleri dar anlamı ile yorumlanmalıdır.” şeklinde 2. fıkraya ilişkin yaklaşımını ifade etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesindeki düzenleme ve ek protokollerdeki hükümler doğrultusunda yaşam hakkının korunmasında devletin sorumluluğu üçlü bir ayırım çerçevesinde değerlendirilmektedir. Devletin bireye yönelik öldürmeme yükümlülüğü negatif sorumluluk kategorisi olarak adlandırılmaktadır. Devletin yaşam hakkı ihlallerine ilişkin riskler bulunan durumlarda etkin önlemler almasını zorunlu kılan alan, devletin pozitif sorumluluk alanını ifade etmektedir. Üçüncü sorumluluk kategorisi ise devletin belli yönde davranma yükümlülüğünü ifade eden ve pozitif yükümlülüğün ikinci boyutu olarak değerlendirilebilecek olan usuli sorumluluktur.

Devletin Negatif Yükümlülüğü

Negatif yükümlülük, prensip olarak devletin, organları aracılığıyla, hukuken izin verilen istisnai durumlar dışında, bireyin yaşamını ortadan kaldırmama yükümlülüğüdür. AİHS 2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen yaşam hakkının ihlali, devletin ve ajanlarının kasten gerçekleştirebileceği en ağır yaşam hakkı ihlali biçimidir. “Yasal olmayan öldürme” ya da “yargısız infaz” olarak adlandırılan bu tür ihlaller, yargı dışındaki merciler, siyasi partiler, askeri ya da yerel otoriteler, işgalci güçler ya da paramiliter gruplar tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Öte yandan yaşam hakkına ilişkin olarak devletin negatif bakımdan sorumlu tutulabilmesi için kamu görevlilerinin yaşam hakkına yönelik müdahalesinin AİHS'nin 2. madde 2. fıkrasında belirtilen istisnalar kapsamına girmemesi gerekir. Bunun dışında istisnalar kapsamındaki kolluk eylemleri sonucunda sivil ölümleri gerçekleştirdiği zaman da kamu görevlisinin ya kasten ya da ağır kusurlu olarak hareket etmiş olması gerekir. Söz konusu kuvvet kullanımının 2. madde bağlamında devletin negatif yükümlülüğünün ihlal edildiği yönündeki AİHM kararlarının sayısı oldukça sınırlıdır.¹⁴

Negatif yükümlülük kapsamında uygulamadaki sorunlu alanlardan biri, kolluk güçleri tarafından güç kullanımına aşırı ve orantısız olarak başvurulmasıdır. Kural olarak yaşam hakkına yönelik müdahalelerin, 2. maddedeki istisnalar kapsamında kabulü için güç kullanımı kesinlikle zorunlu olmalı, orantılı olmalı, sivillerin hayatını korumanın başka seçeneği kalmamış olmalıdır. Ulusal mevzuatımızda da kuvvet kullanımının aşırı ve orantısız kullanılmaması ölçütleri düzenlenmiştir. Buna göre kolluğun kuvvet kullanımı, direnmenin mahiyetine ve derecesine karşılık oluşturmak üzere, direnenleri etkisiz kılacak şekilde, kademeli olarak artan nispette uygulandığı takdirde

14 Hannah Russell, *The Use of Force and Article 2 of the ECHR in Light of European Conflicts*, Bloomsbury Publishing, Kasım 2017, s. 19.

meşrudur.¹⁵ Bu düzenlemedeki kuvvet kullanımı sadece ateşli silah kullanımını değil, tazyikli su, cop, göz yaşartıcı bomba gibi vasıtaların kullanılmasını da kapsamaktadır.

Kolluk kuvvetlerinin silah kullanması sonucu gerçekleşen ölümlerle ilgili olarak AİHM tarafından Türkiye aleyhinde sonuçlandırılan bazı davalarda ulusal mevzuat hükümlerinin yetersizliğine vurgu yapılmıştır. 2006 yılında verdiği iki kararda¹⁶ Mahkeme, tehlikeli sanıkların yakalanması sırasında başvurulacak kuvvet kullanımına ilişkin yasal ölçütlerin yeterli açıktaki olmadığını değerlendirmiştir. Romanya aleyhindeki bir başvuruya ilişkin kararında¹⁷ da AİHM kolluğun kuvvet kullanımının hangi hallerde ve hangi objektif ölçütler doğrultusunda yasal sayılacağına dair açık yasal ve idari düzenlemeler bulunmasını gerekli görmüştür. Sonuç olarak AİHM içtihadında öngörüldüğü gibi kuvvet kullanımında 2. maddenin 2. fıkrasındaki istisnalar çerçevesinde, zorunluluk, orantılılık, kademelilik, uyarı yapılması, etkisiz kılma halinde güç kullanımının sonlandırılması gibi unsurların hepsine birden uygunluk aranmaktadır.¹⁸ Bunlardan birine uyulmamış olması halinde ihlal meydana gelmektedir. Türkiye aleyhindeki *Kakoulli* kararında,¹⁹ sınırdaki güvenlik güçleri tarafından, dur ihbarı yapılmış olması ve uyarı ateşi açılmasına karşın tek silah atışıyla silahsız kişinin etkisiz kılınma imkanı varken üç el silah atışıyla öldürülmüş olmasını oranlılık ilkesine aykırı bularak yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

AİHM, *Kaya/Türkiye* davasında²⁰, kamu görevlilerinin keyfi şekilde adam öldürmelerinin Sözleşme'nin 2. maddesinde yasaklanmasının, uygulamada kamu makamlarının kuvvet kullanımının hukuksallığını denetleyecek bir makamın bulunmaması durumunda bir anlamı olmayacağı yönünde tespitte bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, 2. maddede düzenlenmiş bulunan yaşam hakkının korunması, kamu görevlileri tarafından kullanılan gücün belli koşullar altında hukuka uygun olup olmadığının bağımsız bir şekilde incelenmesini, bu konularda kamu görevlilerinden hesap sorulabilmesini gerekli kılmaktadır.²¹

Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında, devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme yükümlülüğü bulunduğunu belirtmektedir.²² Bu şekilde tanımlanan negatif yükümlülük anlayışında, AİHS'nin 2. maddesi 1. fıkrası hilafına gerçekleştirilen kasıtlı eylemler ile 2. maddenin 2. fıkrasının uygulama alanı bulduğu ihmali ya da ağır kusurlu eylemler de ihlale meydan verebilir. Hükümlülerin, tutukluların veya gözaltında olan kişilerin

15 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu 16. madde, Resmi Gazete, Tarih 14.07.1934, Sayı 2751.

16 ECHR, *Erdoğan and the Others v. Turkey*, Application No. 26337/95, 25.04.2006; ECHR, *Perk and the Others v. Turkey*, Application No. 50739/99, 28.03.2006.

17 ECHR, *Soare and the Others v. Romania*, Application No. 24329/02, 22.02.2011.

18 Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınları 4. Bası, Ankara, Ağustos 2011, s. 106-109.

19 ECHR, *Kakoulli v. Turkey*, Application No. 38595/97, 22.11.2005.

20 ECHR, *Kaya v. Turkey*, Application No. 22535/93, 16.02.1998, p. 86-87.

21 Yüksel Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", **Uluslararası İlişkiler**, Cilt 7, Sayı 27, Güz 2010, ss. 111-132, s. 128.

22 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2012/752, 17.09.2013, p. 51.

ölmesi durumunda kamu görevlilerinin kasten, taksirle, orantısız güç kullanarak veya meşru savunma sınırlarını aşarak ölüme sebebiyet vermiş olması sabit olduğunda bu durumlar, devletin aktif sorumluluğu olarak değerlendirilen yükümlülükler kapsamında değerlendirilmektedir.²³

Mahkeme, *McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık* davasında²⁴ devletin orantısız güç kullanması sonucu ölümü, *Salman/Türkiye* davasında²⁵ gözaltında şiddet sonucu ölümü, *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan* davasında²⁶ ise devletin güç kullanımı sonucu ölümü, negatif yükümlülük çerçevesinde değerlendirerek yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararlar vermiştir. Ayrıca sivil köylerin bombalanması, bir olayla ilgisi bulunmayan tanıkların öldürülmesi, askeri kontrol noktasında aşırı güç kullanılması, sivillerin evinde öldürülmesi, devletin münhasır olarak kullandığı bölgelerde ölü bulunan kişilerin yaşam hakkı ihlalleri, negatif yükümlülük kapsamındadır.

Devletin negatif yükümlülüğünden dolayı sorumlu tutulabilmesi şartlarından bir diğeri, öldürmenin devlet organları tarafından gerçekleştirildiğinin şüpheye mahal bırakmayacak şekilde kanıtlanmış olmasıdır.²⁷ Bununla birlikte gözaltındaki kişinin ölmesi ya da gözaltına alınan kişinin kayıp olması gibi istisnai vakalarda ispat yükünün devlete geçmesi mümkündür. Bu istisnai durumlarda meydana gelen ölümün devletin kusuruna dayanmadığını devlet ispat etmek durumundadır.²⁸ Bireyin gözaltında ölmesi durumunda bireye gözaltında yapılan muamele ile ilgi olarak tatmin edici ve inandırıcı bir açıklamada bulunma konusunda ispat yükü resmi mercilere aittir.²⁹ AİHM içtihadında, bu ve benzeri durumlarda devletin ölüm olayına ilişkin makul ve tatmin edici bir açıklama yapmadığı hallerde negatif yükümlülüğün ihlal edildiğine hükmedilmektedir.³⁰

Yaşam hakkı ihlalinin negatif sorumluluk kapsamında değerlendirilebilmesi için, her durumda mağdur yaşamının son bulmuş olması gerekmez. Kural olarak kamu görevlisinin ölümle sonuçlanmayan güç kullanımı 3. madde çerçevesinde ele alınsa da, istisnai koşullarda ölümün yokluğunda da 2. madde uygulanabilmektedir.³¹ Mağdur yaşamının çok ağır biçimde tehlikeye sokulduğu durumlarda da yaşam hakkı bakımından devletin negatif yükümlülüğünün gündeme gelmesi mümkündür.³² Yüksek ölüm riskinin gerçekleştirildiği durumlarda, öldürmeye teşebbüs

23 Cengiz Topel Çiftçioğlu, "Yaşam Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2012, Sayı 103, ss. 137-168, s. 144; Mehmet Beyhan Seçkin, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Işığında Yaşam Hakkından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2016, Sayı 2, ss. 419-439, s. 430.

24 ECHR, *McCann and Others v. the United Kingdom*, Application No. 18984/91, 05.09.1995

25 ECHR, *Salman v. Turkey*, Application No. 21986/93, 27.06.2000.

26 ECHR, *Nachova and Others v. Bulgaria*, Application No. 43577/98-43579/98, 06.07.2005.

27 **Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok**, a.g.e.,s. 99.

28 ECHR, *Carabulea v. Romania*, Application No. 45661/99, 13.07.2010, p. 109.

29 ECHR, *Salman v. Turkey*, Application No. 21986/93, 27.06.2000, p. 99-100.

30 ECHR, *Beker v. Turkey*, Application No. 37866/03, 24.03.2009.

31 ECHR, *İlhan v. Turkey*, Application No. 22277/9, 27.06.2000, p. 76; ECHR, *Yaşa v. Turkey*, Application No. 22495/93, 02.09.1998, p. 92.

32 Helen Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights*, Routledge-Cavendish, 4. Bası, UK-USA-Canada, 2007, s. 41.

vakalarında mağdurun hayatta kalmış olmasına rağmen yaşam hakkı ihlali gündeme gelebilir. Böyle bir durumda yaşam hakkı ihlali bakımından yapılan yargısal incelemede, kullanılan gücün tipi ve derecesi ile altında yatan amaç ya da niyet bakımından değerlendirme yapılmaktadır.³³

Anayasa Mahkemesine göre belirli bazı koşullar altında bir vakada ölüm meydana gelmemiş olsa dahi devletin sorumluluğu doğabilmektedir. Kişilere karşı gerçekleşen eylem, ölüm sonucunu doğuracak etkinlikte gerçekleşmiş ise inceleme yaşam hakkı kapsamında yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında,³⁴ roketatar mermisinin patlaması neticesinde yaralı olarak kurtulan başvuruçunun talebini, roketatar mermisinin öldürücü niteliğini ve başvuruçunun hayati tehlike geçirmesini dikkate alarak yaşam hakkı çerçevesinde incelemiştir.³⁵

Makaratzis/Yunanistan davasında ise AİHM, AİHS 2. maddesinin güttüğü amaç doğrultusunda, mağdura yöneltilen gücün derecesi ve türü ile bunun arkasında yatan kasıt unsuru gibi etkenleri göz önünde bulundurarak somut olayda kolluk görevlisinin kastının mağduru öldürmek olmamasına karşın, kişinin ölmemesinin tesadüf eseri olduğu gerekçesiyle 2. madde bakımından değerlendirme yapmıştır. Buna göre balistik raporuyla mağdurun ölümcül şekilde on altı kurşuna hedef olduğu tespitine, yaralanma bölgesi ve hastanede kalış süresinin uzunluğu gibi etkenlere bakılarak, yaşamının tehlikeye sokulduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu kararında Mahkeme, kolluk gücünün yapısal olarak kişi yaşamını tehlikeye sokan davranışta bulunması nedeniyle 2. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Böylece insanın biyolojik-fiziksel yaşamının değil de hukuksal bir değer olarak yaşamının korunduğu bir karar ortaya konulmuştur.³⁶

Devletin negatif sorumluluğu kapsamında değerlendirilen bir başka alan, kolluk güçleri tarafından 2. maddenin 2. fıkrasındaki istisnalar kapsamındaki kriterlere uygun olarak gerçekleştirilen operasyonlarda sivil ölümlerinin gerçekleşmesidir. *McCann/Birleşik Krallık*³⁷, *Gül/Türkiye*³⁸, *Oğur/Türkiye*³⁹ kararlarına göre, kolluk kuvvetlerince düzenlenen operasyonlarda kolluk mensuplarının kişisel hataları olmasa bile, operasyonun planlanmasında yaşam hakkına ilişkin risklerin en aza indirgenmesi yolunda eksik ya da yanlış uygulamaların sonucunda sivil ölümleri gerçekleşmişse devletin negatif sorumluluğu söz konusu olacaktır. Örneğin yanlış istihbarata dayanıldığı için bir baskında oransız güç kullanılmışsa ya da operasyon esnasında bölgedeki yolun trafiğe kapatılmaması nedeniyle yoldan geçen siviller ölmüşse, devletin negatif sorumluluğu söz konusu olacaktır.

AİHM, *Oğur* davasında olası ölümcül gücün kullanılmasından önce yeterli uyarıların yapılmaması nedeniyle; *Ergi* davasında,⁴⁰ çapraz ateş altında kalan sivilin yaşamını yitirmesi

33 İlyas Doğan/Omca Özdemir, a.g.m., s. 419; Osman Doğru, a.g.e., s. 18.

34 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/2030, 26.06.2014.

35 Mehmet Beyhan Seçkin, a.g.m., s. 424.

36 ECHR, Makaratzis v. Greece, Application No. 50385/99, 20.12.2004.

37 ECHR, McCann and Others v. the United Kingdom, Application No. 18984/91, 05.09.1995, p. 134.

38 ECHR, Gül and Others v. Turkey, Application No. 4870/02, 08.06.2010.

39 ECHR, Oğur v. Turkey, Application No. 21594/93, 20.05.1999.

40 ECHR, Ergi v. Turkey, Application No. 23818/94, 28.07.1998.

olayında planlama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle; *Güleç* davasında⁴¹ ise ayaklanmada uygun kontrol ekipmanlarının kullanılmaması sonucu oransız güç kullanımı nedeniyle; benzer şekilde *Gül* kararında⁴² ise güvenlik güçleri tarafından evden gözaltına alınması sırasında kapıya açılan ateşle öldürme olayında oransız güç kullanılması nedeniyle yaşam hakkı yönünden Türkiye aleyhine ihlal kararları vermiştir.⁴³ Buna karşılık operasyon 2. maddenin gereklerine uygun olarak ve yaşam hakkına yönelik gereksiz tehlikeleri bertaraf edecek şekilde planlanmışsa, meydana gelecek öngörülemez ölümlerden devlet sorumlu olmayacaktır.⁴⁴

Gözaltındaki ve tutuklu kişiler bakımından yaşam hakkının korunmasında devlet sorumluluğunun ön plana çıktığı bir başka alan zorla kaybetme durumlarıdır.⁴⁵ Kamu görevlileri tarafından gözaltına alınan bir kişiden bir daha haber alınmaması ve öldürülmüş olmasının muhtemel olduğu davalar da bu kapsama girmektedir. Zorla kaybetme bağlamında 2. maddenin ihlali, kural olarak gözaltına alındıktan sonra kaybolan kişilerle ilgili uyumsuzluklarda gündeme gelmektedir. 1998 yılında verdiği bir kararda gözaltını müteakiben kaybolan kişinin ölümüne dair emare bulunmaması nedeniyle AİHM 2. maddeden değil 5. maddedeki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından ihlal kararı vermiştir.⁴⁶ Ancak uluslararası hukukta zorla kaybetmenin suç olarak düzenlenmesi gibi gelişmelerin etkisiyle, *Ertak* davasında⁴⁷ olduğu şekilde gözaltına alınan açık olmadığı hallerde de kaybolan kişilerin yaşam hakkından devletin sorumluluğu AİHM gündemine girmeye başlamıştır.⁴⁸ Bu tür olaylarda genellikle gözaltına alma olayı kanıtlanamamış, ancak sonuçta ilgili öldürülmüş ya da kaybolmuşsa, gerekli önleyici tedbirlere başvurulmadığı gerekçesiyle devletin pozitif yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Buna karşın kamu görevlilerinin gözaltına alma sırasında ve sonrasında öldürme ya da kayıp olaylarına karıştıkları yönünde makul kuşkunun ötesinde emareler bulunması halinde, devletin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu bağlamında yaşam hakkını ihlal ettiği kabul edilmektedir.⁴⁹ Zorla kaybetme iddiasıyla açılan davalara ilişkin yaklaşımında AİHM, *Çakıcı*/

41 ECHR, *Güleç v. Turkey*, Application No. 21593/93, 27.07.1998.

42 ECHR, *Gül v. Turkey*, Application No. 22676/93, 14.12.2000.

43 Seyfullah Çakmak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çitahatları Işığında Yaşama Hakkı", *Adalet Dergisi*, Sayı 14, Yıl 2004, ss. 149-174, s. 162.

44 **Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok**, a.g.e., 2011, s. 112-113.

45 Gökçe Alpkaya/İlke Altıntaş/Öznur Sevdiren/Emel Ataktürk Sevimli, *Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu*, Hafıza Merkezi Yayınları, Temmuz 2014.

46 ECHR, *Kurt v. Turkey*, Application No. 24276/94, 25.05.1998.

47 ECHR, *Ertak v. Turkey*, Application No. 20764/92, 09.05.2000.

48 Douwe Korff, **Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, İnsan Hakları El Kitapları No. 8, Avrupa Konseyi Yayınları, Belçika, Kasım 2006, s. 52.

49 Serkan Kızılyel, "Yaşam Hakkı: AİHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 18, Sayı 2, Nisan 2014, ss. 253-289, s. 276; Cengiz Başak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 51, Sayı 4, Yıl 2002, ss. 41-72, s. 45-46; Ulaş Karan, "Yaşam Hakkı", Sibel İnceoğlu (Ed.), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme**, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul, Haziran 2013, ss. 115-135, s. 126.

Türkiye davasında⁵⁰ olduğu gibi, fiziksel varlığına erişilemeyen kişilerin de yaşamının sona ermiş olduğunu karine olarak değerlendirmiştir.⁵¹

Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Genel anlamda pozitif yükümlülük, Sözleşmenin etkili bir şekilde uygulanması ve güvence altına aldığı haklara etkin bir işlevsellik kazandırılmasıdır. Mahkemenin içtihat hukukunda geliştirilen pozitif yükümlülük anlayışının unsurları tek tek listelenerek ya da tanımlanarak somutlaştırılmış değildir. Bununla birlikte devletlerin takdir yetkisi kapsamında; normatif düzenlemeler getirilmesi ve düzenleme konusu hakların teminata bağlanması, hakların ihlal edilmesini önleyecek tedbirler alınması, etkili soruşturma yürütülmesi, hakların ihlalini düzeltmeye yönelik etkili hak arama mekanizmalarının oluşturulması, cezai ya da hukuki yaptırımların etkili şekilde uygulanması, devletin yetki alanı içinde kişilerin yaşamını korumaya dair her türlü tedbirin alınması pozitif yükümlülüğün temel unsurları olarak sıralanabilir.

Devletin pozitif yükümlülüğü, insan yaşamının etkili olarak korunması için gerekli önlemleri alması hususundaki sorumluluğudur. Öldürme yasağına kişinin yaşamını tehlikeye atmadan kaçınma görevi de dahildir. Devletin yetki alanındaki kişilerin de yaşam hakkını korumak için gerekli çabayı göstermekle yükümlü olduğu, ilk kez 1998 yılında Birleşik Krallık aleyhindeki *L.C.B.* davasında⁵² hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda değerlendirilen yükümlülük, sağlık konusunda tedbirler alınmasını da içerdiğinden sağlık kuruluşları bünyesinde hastaların yaşam hakkına ilişkin risklere karşı uygun tedbirlerin alınması sorumluluğunu gündeme getirmiştir. İtalya aleyhindeki *Scialacqua* başvurusunda⁵³, kavramsal olarak pozitif yükümlülük tartışılmış olmasa da, devletin yaşamı korumak için gerekli tıbbi tedavi ve ilaç giderlerini karşılamaya dair sorumluluğu bulunduğu reddedilmemiştir. AİHM, *Calvelli ve Ciglio/İtalya* davasında⁵⁴, yeni doğan bir bebeğin ölümünden dolayı, özel kliniğin ve doktorun cezalandırılmamış olmasını incelemiş, 2. maddeden doğan pozitif yükümlülüğün halk sağlığı alanında da uygulanacağını belirtmiştir. Davada devletin pozitif yükümlülüğü, hem özel hastaneler hem de devlet hastaneleri bakımından⁵⁵ hastalarının yaşamlarını korumak için gerekli tedbirler almaya zorlayan düzenlemeler yapmalarını zorunlu kılması boyutuyla değerlendirilmiştir.⁵⁶

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, kişinin sağlıklı yaşayabileceği güvenli ortamı sağlamayı devletin sorumluluğu olarak değerlendirmiştir.⁵⁷ Ancak AİHM'nin yaklaşımında sağlık ve yaşam hakkıyla ilgili pozitif yükümlülük bu kadar geniş kapsamlı kabul edilmemektedir.

50 ECHR, Çakıcı v. Turkey, Application No. 37715/11, 08.09.1999, p. 85.

51 Osman Doğru, a.g.e., s. 17.

52 ECHR, L.C.B. v. United Kingdom, Application No. 23413/94, 09.06.1998.

53 ECHR, Scialacqua v. Italy, Application No. 34151/96, 01.07.1998.

54 ECHR, Calvelli ve Ciglio v. Italy, Application No. 32967/96, 17.06.2002.

55 ECHR, Calvelli ve Ciglio v. Italy, Application No. 32967/96, 17.06.2002, p. 49.

56 Yüksel Metin, a.g.m., s. 124.

57 Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok, a.g.e., s. 114.

Powell başvurusunda⁵⁸, hekim hatası ve diğer hekimlerle koordinasyonsuzluktan kaynaklanan hasta ölümünü AİHM, 2. maddenin koruması kapsamında kabul etmemiştir. Doğuştan özürlü bir çocuğun kamu hastanesinde ücret karşılığı olmaksızın sürekli bakım altında tutulması talebiyle yapılan başvuruyu da Mahkeme açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir.⁵⁹ Öte yandan güncel içtihadında AİHM'nin tıbbi ihmalden kaynaklı ölümlere yönelik yaklaşımını geliştirmeye devam ettiği gözlenmektedir. *Lopes de Sousa Fernandes/Portekiz*⁶⁰ davasında Mahkeme, uzmanlaşmış personel eksikliğinden kaynaklanan gecikmiş teşhis ve tedavi sonucunda gerçekleşen ölümden devleti sorumlu tutmuştur. AİHM *Elena Cojocaru/Romanya*⁶¹ davasında da devletin pozitif yükümlülüğünü geniş yorumlamayı getiren bir duruş sergilemiştir. Bu davada yeni doğan bir bebeğin uzak mesafedeki bir başka hastaneye nakli esnasında tıbbi bakımdan yoksun bırakılması sonucunda ölmesi, acil yardım hizmetinin yerine getirilmemesi olarak değerlendirilmiş ve davalı devletin yaşam hakkı ihlalinde bulunduğu kararlaştırılmıştır.⁶²

Türk Anayasa Mahkemesi, devletin yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını kamusal makamların eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yönünde pozitif yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmektedir.⁶³ Mahkeme on iki yaşındaki başvuruçunun hayvan otlattığı arazide mayın patlaması sonucu yaralanması üzerine, idarenin mayınlı araziye girişi önlemek için aldığı tedbir ve kontrol faaliyetlerinin yetersizliği sebebiyle yaşam hakkının pozitif yükümlülük yönünden ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁶⁴ *Demiray/Türkiye*⁶⁵ davasında AİHM, gözaltına alınan ve terör örgütü silahlarının depolandığı yeri göstermek üzere olan itirafçının, beraberindeki üç güvenlik görevlisiyle birlikte kendisi önden giderek tuzak mayına çarpması sonucu parçalanarak ölmesi vakasında devletin gerekli güvenlik tedbirlerini almadığı için pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediği gerekçesiyle yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶⁶

Devletin yaşamı korumada pozitif yükümlülüğü, kamu görevlilerinin gerçekleştirdiği yaşam hakkı ihlalleri bakımından söz konusu olabildiği gibi, devletle organik bağları bulunmayan üçüncü kişilerin ya da kişinin kendisinin eylemlerinden dolayı gerçekleşen yaşam hakkı ihlalleri bakımından da söz konusudur.⁶⁷ Başka bir deyişle pozitif yükümlülük çerçevesinde, bazı koşulların bir araya gelmesi durumunda üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen öldürme eylemlerinden ve intiharlardan da devletin sorumlu tutulması mümkündür. Ancak bu anlamda pozitif yükümlülük, devletin üçüncü kişilerce gerçekleştirilen her bireysel yaşam hakkı ihlalini

58 ECHR, *Powell v. the United Kingdom*, Application No. 45305/99 , 04.05.2000.

59 **Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü**, a.g.e., s. 186.

60 ECHR, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, Application No. 56080/13, 19.12.2017.

61 ECHR, *Elena Cojocaru v. Romania*, Application No. 74114/12, 22.03.2016.

62 ECHR, *Elena Cojocaru v. Romania*, Application No. 74114/12, 22.03.2016, p. 108, p. 125.

63 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/1579, 15.10.2015. p. 60; Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2012/752, 17.09.2013, p. 51.

64 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/6581, 25.02.2015.

65 ECHR, *Demiray v. Turkey*, Application No. 27308/95, 21.09.2000.

66 ECHR, *Demiray v. Turkey*, Application No. 27308/95, 21.09.2000, p. 41.

67 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/1579, 15.10.2015. p. 60; Anayasa Mahkemesi Başvuru No. 2012/752, 17.9.2013, p. 51.

önleyebilmesi gibi bir sonuç doğurmaz. Sınırsız kaynaklar ayrılmış olsa bile her bir yaşam hakkı ihlalinin önlenmesi beklenemez. Devletin pozitif sorumluluğu, idari mercilere imkansız ya da orantısız bir yük getirecek şekilde yorumlanamaz.⁶⁸

Devletin yaşam hakkına ilişkin üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen ihlallerden pozitif sorumluluğu bireylerin, diğer bireylerin yaşamsal tehlike yaratan eylemlerinden korunması yolunda gerekli önlemleri almasını ve yaşam hakkını ihlale uğratabilecek eylemlere karşı caydırıcı olan etkili yaptırım mekanizmaları geliştirmesini ifade etmektedir. Sadece mevzuat düzleminde değil, mevzuatın etkin işletilmesini sağlayacak uygulamalar düzleminde de işlevsel bir caydırıcılık sağlanmalıdır.⁶⁹ Mevzuatın etkin biçimde işletilmesinin araçlarından biri, üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan ölüm vakalarına ilişkin etkili soruşturmalar yapılmasıdır. Ancak bu bağlamda devletin etkili soruşturma yürütmesini ilgilendiren sorumluluğun sınırlarının neler olduğu hususunda belirsizlikler bulunduğu tartışılmıştır.⁷⁰

Pozitif sorumluluğun üçüncü kişilerden kaynaklanan eylemler ya da riskler bağlamındaki kapsamını ortaya koyan sınırlar yargısal içtihatlarla belirlenmiştir. AİHM'nin *Osman* kararında⁷¹ devletin yaşam hakkını korumaya ilişkin pozitif yükümlülüğü resmi makamların, üçüncü kişilerden kaynaklanan olası bir tehlikenin önlenmesi için koruma tedbirleri almamış olması durumunda da ihlal edilmiş olacağı belirtilmiş; ancak bu bağlamdaki devlet sorumluluğunun dar kapsamlı olduğu kabul edilmiştir.⁷² Devletin etkin önlem almasının mümkün olduğu, bireye yönelik olarak ortaya çıkan ya da çok yakında ortaya çıkabilecek bir saldırıya güvenlik güçlerinin müdahale etmekten kaçındığı olaylarda, pozitif koruma görevini yerine getirmemekten dolayı sorumluluk doğabilecektir.⁷³ Ancak güvenlik güçlerinin harekete geçme planlamasının, üçüncü kişiler tarafından işlenen bir cinayete katkısının olduğunu ispatlamak oldukça güçtür. *Opuz/Türkiye*⁷⁴ kararında AİHM, eşinin şiddetine müteaddit defalar maruz kalan başvuruçunun, annesinin öldürülmesiyle sonuçlanan olaylar dizisinde devletin sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Bu kararda devletin sadece yaşam hakkından mahrum bırakmamakla değil aynı zamanda yaşamı üçüncü kişilerin eylemleri dolayısıyla risk altında olan kişileri korumakla mükellef olduğu belirtilirken, bu yükümlülüğün belirli sınırları olduğunun altının çizilmesi de ihmal edilmemiştir.

Üçüncü kişilerin gerçekleştirdiği öldürme olaylarında failin meçhul kalması durumunda 2. maddenin ihlal edilip edilmediği hususu pek çok AİHM kararında değerlendirme konusu olmuştur. AİHM'nin *Yaşa* kararında⁷⁵ sokakta bilinmeyen silahlı bir kişi tarafından 8 mermi

68 ECHR, *Dink v. Turkey*, Application No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010, p. 65.

69 **Helen Fenwick**, a.g.e., s. 40; **Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok**, a.g.e., s. 99.

70 Juliet Chevalier – Watts, "Effective Investigations Under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State", **The European Journal of International Law**, Cilt 21, Sayı 3, Kasım 2010, ss. 701-722, s. 706.

71 ECHR, *Osman v. the United Kingdom*, Application No. 28.10.1998, p. 115-122.

72 **Seyfullah Çakmak**, a.g.m., s. 152.

73 ECHR, *Kılıç v. Turkey*, Application No. 22492/93, 28.03.2000.

74 ECHR, *Opuz v. Turkey*, Application No. 33401/02, 09.09.2009.

75 ECHR, *Yaşa v. Turkey*, Application No. 22495/93, 02.09.1998.

atılarak ağır biçimde yaralanan başvuruçunun hayatının tehlikede olduğu yönünde önceden resmi makamlara başvuru yapılmış olmasına rağmen, Türkiye'nin başvuruçunun yaşam hakkını korumada kusurlu olmadığına hükmedilmiştir. Türkiye aleyhinde verilen *Akkoç* kararında⁷⁶ da vurgulandığı üzere, eğer kamusal makamlar, bir veya birden fazla kişinin yaşamına yönelik tehlikenin varlığını biliyorlarsa veya bilmeleri gerekiyorsa, buna rağmen kendisinden beklenebilecek makul tedbirleri almamışlarsa, bu takdirde taraf devletlerin sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁷⁷ *Dink* kararında yetkili makamların, Hrant Dink'in yaşamına yönelik açık ve yakın tehlike bulunmasına rağmen, cinayetin meydana gelmesini engellemek için gerekli önlemleri almadıkları gerekçesiyle, Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinin maddi yönden ihlal ettiklerine karar verilmiştir.⁷⁸

2. madde korumasının kapsamını genişleten bir içtihat ilkesi, ortadan kaybolan kişilerin de yaşam hakkının ihlalinin gerçekleşebileceğini kabul etmektedir.⁷⁹ Somut olayın özelliklerinden hareket eden Mahkeme, bir kişiden haber alınamama süresi ne kadar uzunsa, ölme ihtimalinin bununla orantılı olarak artabileceğini kabul etmiştir. Kayıp kişilerin devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında koruma altında olduğunu hükme bağlayan kararlardan biri *Koku/Türkiye*⁸⁰ davasında verilmiştir. Devletin pozitif yükümlülüğün ortaya çıkması için, yetkili makamların üçüncü bir kişinin suç fiilinden dolayı, kimliği tespit edilmiş bir kişinin ya da kişilerin yaşamları gerçek ve ani bir risk altına girdiği zaman bunu bildiklerinin ya da biliyor olmaları gerektiğinin tespit edilmesi gerekir.⁸¹ Yetkililerin söz konusu riskten kaçındıkları anlamına gelecek şekilde yetki alanları içerisinde gerekli önlemleri almamış oldukları belirlendiğinden, *Koku*'nun yaşamına yönelik gerçek ve yakın tehlikeye karşın gerekli önlemleri almadıkları gerekçesiyle 2. maddenin ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

Sözleşmenin 2. maddesi bakımından, askerlik yükümlülüğünü yerine getiren erler, devletin gözetimi altındaki yaşı küçükler, hükümlü ve tutuklular ile gözaltında bulunan kişilerin durumuyla ilgili bir uygulama alanı da vardır. *Abdullah Yılmaz* kararında⁸² emri altında bulunduğu uzman çavuşun mesleğiyle bağdaşmayan hareketi sonucunda askerliğini yapmakta olan erin intihar etmesi olayında idarenin sorumluluğu tespit edilmiştir. Uzman çavuşun emri altındaki ere yönelik uygunsuz davranışından, erin korunması yönünde yetkili mercilerin sorumluluğunu

76 ECHR, *Akkoç v. Turkey*, Application No. 22947/93-22948/93, 10.10.2000.

77 **Seyfullah Çakmak**, a.g.m., s. 153.

78 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2012/848, 17.07.2014, p. 36; ECHR, *Dink v. Turkey*, Application No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010

79 Eva Brems, "The Scope of Rights and the Scope of Obligations: Positive Obligations", Eva Brems/ Janneke Gerards (Ed.), **Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Cambridge University Press, 2013, ss. 138-162, s. 143.

80 ECHR, *Koku v. Turkey*, Application no. 27305/95, 31.08.2005.

81 ECHR, *Osman v. the United Kingdom*, Application No. 28.10.1998, p. 116; ECHR, *Koku v. Turkey*, Application no. 27305/95, 31.08.2005, p. 128.

82 ECHR, *Abdullah Yılmaz v. Turkey*, Application No. 21899/02, 17.06.2008.

yerine getirmemesi üzerine intihar sonucu gerçekleşen ölümden pozitif yükümlülüğün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.⁸³

Pozitif yükümlülük hükümlü ve tutuklular ile gözaltındaki kişilerin intihar etmelerinin önlenmesini de içermektedir. Bu anlayış cezaevlerinde yaşanan her türlü faaliyetten devletin sorumlu olduğu düşüncesine dayanmakta, bireylerin ölümüyle ilgili insan hakları uyuşmazlıklarında daha katı biçimde uygulanmaktadır. Özellikle hükümlüde intihar eğilimi tespit edilmiş ise gerekli önlemi almak, hükümlüyü gözetim altında tutmak gerekmektedir.⁸⁴ Kamera vasıtasıyla gözlemek veya nöbetçi tutmak, hükümlü üzerindeki kesici ve delici maddeler ile kemer veya zincir gibi materyallerden soyutlamak gibi alınabilecek tedbirler devletin yükümlülüğünün parçasıdır. *Keenan* başvurusunda AİHM bireyin intihar edeceği konusunda gerçek ve aktüel bir riskin varlığının bilinip bilinmediği ve varsa bu riskin önlenmesi için gerekenlerin tümünün yapılıp yapılmadığını irdelemiştir.⁸⁵ Türk Anayasa Mahkemesi, bireyin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı korunması yönünde devletin gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü bulunduğunu belirtmiştir.⁸⁶ İntihara meyli olduğu anlaşılanlar açısından kendileri için en uygun yerlerde kalmalarının temin edilmesi, intihar eylemlerinde kullanılacak kesici veya delici eşyalara, kemer, çamaşır ipi veya ayakkabı bağcıkları gibi eşyalara el konması şeklinde, intihar riskinin azaltılmasına yönelik önlemlerin alınması gerekmektedir.⁸⁷ Alınan tüm tedbirlere rağmen intihar gerçekleşmiş ya da intihar eğilimi olmayan hükümlü, tutuklu ya da gözaltında bulunan kişi üzerindeki gömleği kullanarak öngörülemez şekilde kendisini asmış ise 2. maddenin ihlali söz konusu olmayacaktır.⁸⁸ Bu tür vakalara ilişkin uyuşmazlıklarda öngörülebilirlik kriterinin esas alınması gerekmektedir.⁸⁹

Cezaevindeki tutuklu ve hükümlülerin açlık grevi yapması durumunda, hayatta kalmalarını sağlamak üzere idare tarafından bu kişilere yönelik zorla besleme şeklinde müdahale yoluna gidilmektedir. Zorla besleme uygulamasının AİHS ile uyumlu olup olmadığı tartışmalıdır.⁹⁰ AİHM kararlarında ikna edici tıbbi raporlarla ortaya konulmuş bir tıbbi zorunluluk bulunması kaydıyla zorlama besleme uygulaması meşru kabul edilebilmektedir. Ancak söz konusu kararın yargısal makamların denetiminde uygulanması ve insanlık onuruyla bağdaşır nitelikte olması gerekmektedir. Açlık grevi yapan hükümlünün kendisine yapılan müdahale nedeniyle Almanya aleyhinde yaptığı başvuruyu⁹¹ AİHM reddetmiştir. Mahkemeye göre yaşam hakkını koruma

83 **Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok**, a.g.e., s. 115.

84 ECHR, *Keenan v. the United Kingdom*, Application No. 27229/95, 04.03.2001; ECHR, *Ataman v. Turkey*, Application No. 74552/01, 05.03.2007; ECHR, *Kilavuz v. Turkey*, Application No. 8327/03, 21.10.2008.

85 **Serkan Kızılyel**, a.g.m., s. 277.

86 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/841, 23.01.2014, p. 74; Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2014/5042, 26.12.2017, p. 63.

87 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2014/5042, 26.12.2017, p. 64; Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/6979, 20.05.2015, p. 73.

88 ECHR, *Tarıncılar v. Turkey*, Application No. 21422/93, 16.11.2000.

89 **Seyfullah Çakmak**, a.g.m., s. 153.

90 **Ulaş Karan**, a.g.m., s. 130.

91 ECHR, *X v. Germany*, Application No. 10565/83, 09.05.1984.

yükümlülüğü belirli durumlarda taraf devletler açısından pozitif bir eylemi gerektirmektedir. Özellikle de yetkililerin söz konusu kişiyi kendi gözetimlerine aldıkları zaman hayat kurtaracak aktif eylemlerde bulunulması pozitif yükümlülüğün gereği olarak değerlendirilmiştir.

Tehlikeli faaliyetlerden doğan risklerin giderilmesi de devletin pozitif yükümlülüğünün uzantısı olabilmektedir. İdarenin sorumluluğundaki tehlikeli faaliyetlerden doğabilecek yaşam hakkı ihlalinin değerlendirildiği *Öneryıldız* başvurusunda Mahkeme, devletlerin 2. madde uyarınca sahip olduğu, topraklarında yaşayan insanların yaşamlarını korumaya yönelik gerekli önlemleri alma yönünde kesin yükümlülüğü bulunduğuna dikkat çekmiştir.⁹² Buna göre idari yetkililere ilişkin olarak AİHM, ulusal mahkemelerde idareciler aleyhinde açılan davada tartışılan cezai işlemlerin tek amacının, yetkili makamların, Ceza Kanununun insan hayatını tehlikeye sokan eylemlerle ya da 2. madde uyarınca yaşam hakkının korunmasıyla hiçbir ilişkisi olmayan görevi ihmal suçundan sorumlu tutulup tutulamayacağına belirlenmesi olduğunu vurgulamıştır. Mahkemenin yaklaşımı, sorumlu idarecilerin çevresel tehlike karşısında yaşam hakkını koruyamamaktan kaynaklanan sorumluluğun kabul edilip edilmediği noktasındadır. Derece mahkemesindeki yargılama sonucunda idarecilere verilen cezaların ertelenmiş olması da, etkin yaptırım mekanizmasının işletilmemesi dolayısıyla bu sorumluluğun kabul edilmemiş olduğu şeklinde değerlendirilmiştir.⁹³

Mahkeme içtihadına göre devletin tehlikeli faaliyetler bağlamındaki pozitif yükümlülüğü, tehlikeli çevresel etkinliklerin uygulanmasıyla sınırlı değildir. Pozitif yükümlülük, tehlikeli etkinliklere ruhsat verilmesi, etkinliğin hazırlanılması, etkinliğin işletilmesi, güvenliğinin ve denetiminin düzenlenmesi, açığa çıkan riskler nedeniyle hayatı tehlikeye girebilecek tüm bireylerin etkili şekilde korunmasına yönelik pratik önlemler alınmasını da kapsamaktadır.⁹⁴ *Kolyadenko ve diğerleri/Rusya*⁹⁵ davası ile *Budayeva ve diğerleri/Rusya*⁹⁶ davasında AİHM 2. maddenin hem maddi hem de usuli bakımdan ihlal edildiğine hükmetmiştir. Her iki kararda doğal afetlerden kaynaklı yaşam hakkına yönelebilecek tehlikeleri önlemek üzere gerekli yasal ve idari düzenlemelerin yapılmış olması gereği devletin pozitif sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiştir.⁹⁷

92 ECHR, *Öneryıldız v. Turkey*, Application No.48939/99, 30.11.2004, p. 65.

93 ECHR, *Öneryıldız v. Turkey*, Application No.48939/99, 30.11.2004, p. 116.

94 **Yüksel Metin**, a.g.m., s. 126.

95 ECHR, *Kolyadenko and Others v. Russia*, Application Nos. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05, 28.02.2012.

96 ECHR, *Budayeva and Others v. Russia*, Application Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, 20.03.2008.

97 ECHR, *Kolyadenko and Others v. Russia*, Application Nos. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05, 28.02.2012, p. 157; ECHR, *Budayeva and Others v. Russia*, Application Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, 20.03.2008, p. 129.

Devletin Usuli Yükümlülüğü

Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan bir başka yükümlülük devletin usuli yükümlülüğüdür. Usuli sorumluluk devletin pozitif sorumluluğun bir uzantısı olarak nitelenebilir. Çoğunlukla ölümle sonuçlanmış vakalara dair taraf devletin resmi makamlarınca etkili bir soruşturma yürütülmesiyle ilişkilidir. Negatif ve pozitif yükümlülük ihlallerinden farklı olarak usuli yükümlülüğün ihlali, ölüm sonucunun gerçekleşmesinden sonraki süreçte olabilmektedir. Bu anlamda ölüm sonucunun gerçekleşmesinden bağımsız bir sorumluluk alanıdır.

Usuli yükümlülük genellikle kamu görevlileri tarafından kuvvet kullanılması sonucunda meydana gelen yaşam hakkı ihlallerinde, ölüm soruşturmalarının tarafsız ve objektif olarak yürütülmesini ve sorumluların ortaya çıkarılması sürecinin etkili olarak gerçekleşmesini sağlama yükümlülüğüdür. Ancak sadece devlet görevlilerinin kasten veya taksirle sebep oldukları yaşam hakkı ihlallerine münhasır olmayıp, meydana gelen her türlü yaşam hakkı ihlaline ilişkin ortaya çıkan bir yükümlülüktür.⁹⁸ Devletin usuli yükümlülükleri ilk olarak devlet görevlileri tarafından meydana gelen ölüm olayları ile ilgili olan *McCann* davasında⁹⁹ belirtilmiştir. Türkiye aleyhinde sonuçlanan *Kaya* davasında¹⁰⁰ ise güvenlik güçlerinin karıştığı iddia edilen ve ölümle sonuçlanan olaylara ilişkin yürütülen soruşturmalarda bir takım tipik eksikliklerin olması, ihlal sonucuna gerekçe oluşturmuştur.¹⁰¹

AİHM 2. maddenin devletler üzerine bu maddenin ihlalden kaynaklanmış olabilecek ölüm olaylarını araştırma yönünde “pozitif bir yükümlülük” yüklediğine karar vermiştir¹⁰² Usuli yükümlülüğün temeli olan etkin soruşturmanın amacı, kişinin yaşam hakkını, maddi ve manevi varlığını koruyan hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını teminat altına almak, kamu görevlilerinin ya da kamu kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler için hesap vermelerini sağlamaktır.¹⁰³ Kişinin özellikle kamu görevlileri tarafından güç kullanılması sonucu ölmesi durumunda sorumluların ortaya çıkarılması bakımından amacına uygun ciddi ve etkili bir soruşturma yapılması önem arz etmektedir.¹⁰⁴ Mahkemenin *Tanrikulu/Türkiye*¹⁰⁵, *Demiray/Türkiye*¹⁰⁶, *Kaya/Türkiye*¹⁰⁷ gibi kararları bu konuda örnek gösterilebilir.

98 Serkan Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2011, Sayı 93, ss. 383-404, s. 395.

99 ECHR, *McCann and Others v. the United Kingdom*, Application No. 18984/91, 05.09.1995.

100 ECHR, *Mahmut Kaya v. Turkey*, Application No. 22535/93, 28.03.2000.

101 ECHR, *Kaya v. Turkey*, Application No. 22535/93, 28.03.2000, p. 95-98.

102 ECHR, *McCann and Others v. the United Kingdom*, Application No. 18984/91, 05.09.1995, p. 161.

103 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/1943, 09.09.2015, p. 69; ECHR, *L.C.B. v. United Kingdom*, Application No. 23413/94, 09.06.1998. p. 36-41, ECHR, *Nachova and Others v. Bulgaria*, Application No. 43577/98, 43579/98, 06.07.2005, p. 110.

104 **Cengiz Topel Çiftçioğlu**, a.g.m., s. 152.

105 ECHR, *Tanrikulu v. Turkey*, Application No. 23763/94, 08.07.1999.

106 ECHR, *Demiray v. Turkey*, Application No. 27308/95, 21.09.2000.

107 ECHR, *Kaya v. Turkey*, Application No. 22535/93, 28.03.2000.

Ölümden üçüncü kişilerin sorumlu olması durumunda da *Dink* davasında olduğu gibi usul yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilmektedir. *Dink* davasında AİHM 13. maddedeki etkili başvuru hakkı ile birlikte 2. madde bakımından soruşturmaya mağdur yakınlarının müdahil kılınmamış olmasını değerlendirmiştir. Mahkeme, yetkili makamların Hrant Dink'in yaşamını korumada ihmallerinden dolayı emniyet ve jandarma görevlileri hakkında başlatılan soruşturmaların takipsizlik kararı ile sonuçlanmış olması nedeniyle, devletin, ihmalleri görülen kişileri belirleme ve cezalandırma amacıyla etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna vararak, anılan maddenin usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁰⁸

Ölümlerle sonuçlanmadığı halde bazı durumlarda devletin yaşam hakkı ihlalinde sorumlu olabileceği uyuşmazlıklar da vardır. *İlker Başer* kararında¹⁰⁹ benimsediği yaklaşımla Anayasa Mahkemesi kişi ölmemiş olsa dahi yaşamı koruma yükümlülüğünün söz konusu olduğunu kabul etmiştir. Birey yaşamının doğrudan risk altına girmesine ve üçüncü kişilerin eylemleri dolayısıyla potansiyel olarak ölmesine yol açabilecek durumda kalması, ya da öldürücü bir hastalığa maruz kalmasına engel olabilecek tedbirlerin alınmadığı durumlar, mağdur ölmemiş olsa da devletin yaşamı koruma yükümlülüğü kapsamındadır. Söz konusu durumlara yol açtığı ileri sürülen eylem ve ihmallerin etkili bir şekilde soruşturulması, devletin usuli yükümlülüğü olarak değerlendirilmektedir.¹¹⁰ AİHM'nin, *Yaşa/Türkiye*,¹¹¹ *Makaratzis/Yunanistan*,¹¹² *Mustafa ve Fecire Tunç/Türkiye*¹¹³ kararları mağdur yaşamının son bulmadığı halde yaşam hakkının usul yükümlülüğünden ihlallerin gerçekleştiği dava örnekleridir. Türk Anayasa Mahkemesinin *Baskın Oran*¹¹⁴ kararında da ölümlerle sonuçlanmayan bir başvuruya ilişkin olarak, mağdura yönelik eylemin niteliği ve failin amacı gibi somut olayın koşulları dikkate alınmak suretiyle yaşam hakkı kapsamında inceleme yapılabileceği ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca, böyle bir durumda eylemin potansiyel olarak öldürücü nitelikte olup olmadığı ve mağdurun fiziksel bütünlüğü üzerindeki sonuçlarının ne olduğu hususlarının önem arz ettiğini belirtmiştir.¹¹⁵

Görüldüğü üzere etkili soruşturma yürütülmesi yükümlülüğü, bir sonuç değil davranış yükümlülüğü olarak kabul edilmektedir. Buna göre öldürme olayının sorumlusunun açığa çıkarılıp çıkarılmaması, her durumda ya da mutlak suretle yaşam hakkına ilişkin usuli yükümlülüğün ihlal edilip edilmediği sonucunu belirlemez. Usul yükümlülüğü soruşturmanın sonuç doğurmasına yönelik bir yükümlülük de değildir; araşsal bir yükümlülüktür.¹¹⁶ Mahkemeye göre burada

108 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2012/848, 17.07.2014, p. 36; ECHR, *Dink v. Turkey*, Application No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14.09.2010.

109 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/1943, 09.09.2015.

110 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/1943, 09.09.2015, p. 37.

111 ECHR, *Yaşa v. Turkey*, Application No. 22495/93, 02.09.1998.

112 ECHR, *Makaratzis v. Greece*, Application No. 50385/99, 20.12.2004.

113 ECHR, *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey*, Application No. 24014/05, 14.04.2015.

114 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2014/4645, 18.04.2018, p. 59.

115 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2014/13163, 11.05.2017, p. 109-110.

116 **Ulaş Karan**, a.g.m., s. 133.

önemli olan, sorumlunun açığa çıkarılması için gösterilen çaba ve soruşturmanın etkinliği olmaktadır.

Usuli yükümlülük ile pozitif yükümlülüğün maddi boyutunu da birbirinden ayırmak gerekir. Örnekle açıklamak gerekirse; *McCann* kararında¹¹⁷ 2. maddenin maddi yükümlülük bakımından ihlal edildiği kararı verilirken, usuli yükümlülük bakımından ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır. *Kaya/Türkiye* kararında¹¹⁸ ise bunun tam tersi bir durum söz konusudur. Mahkeme, Türkiye'nin 2. maddenin esas bakımından maddi gereklerini ihlal etmediğini ancak, usuli gereklerini ihlal ettiğini hükme bağlamıştır. *Kılıç/Türkiye*¹¹⁹ ile *Ertak/Türkiye*¹²⁰ ve *Campeanu/Romanya*¹²¹ kararlarında ise hem maddi bakımdan pozitif yükümlülüğün, hem de usuli yükümlülüğün her ikisinin birden ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Devletin usuli sorumluluğunun gerçekleşmesi bakımından ayırt edici bir başka özellik de makul sürede sonuçlanmayan soruşturmaların konu olduğu belirli davalarda, iç hukukta yargılama süreci devam ettiği halde usuli sorumluluktan ihlal iddiasıyla başvurunun yapılabilmesi olmasıdır. Başka bir deyişle, bireysel başvuruya ilişkin genel kurala uygun olarak iç hukuktaki başvuru yolları tüketildikten sonra usul yükümlülüğünün ihlali dava edilebileceği gibi¹²²; iç hukuktaki başvuru yolları tüketilmeden de usul yükümlülüğünün ihlali dava edilebilmektedir. Bu ayırt edici özellik usul yükümlülüğünün etkili başvuru hakkıyla ilişkili olmasıyla açıklanabilir. *Kelly ve diğerleri* tarafından yapılan başvuruda¹²³ AİHM, iç hukukta meselenin esasına ilişkin yargılama devam ederken ya da hiç başlatılmamışken bile usul yükümlülüğünün ihlalinin dava edilebileceğini hükme bağlamıştır. Mahkeme 2. madde hükmünün getirdiği korumayı, yaşam hakkının korunması hakkında iç hukukta tanınmış olan hukuk yollarının tüketilmesini aşan bir gereklilik olarak değerlendirmiştir.¹²⁴ Buna göre devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen ölüm vakalarıyla ilgili usul yükümlülüğünün ihlali iki AİHS hükmüyle bağlantılıdır. Birincisi 13. maddedeki etkili başvuru hakkı, ikincisi 35. maddenin 1. fıkrasında yer alan, bireysel başvurudan önce iç hukuk yollarının tüketilmesi koşuludur.¹²⁵ Soruşturma yükümlülüğünün herhangi bir ihlal biçimi 13. maddenin uygulanmasını gerektirdiğinde, başvuru yollarını tüketme koşulu devreden çıkabilir. Çünkü taraf devletlerin bir soruşturma ya da cezalandırmayla sonuçlanabilecek soruşturma yapma yükümlülüğü katıdır.¹²⁶

117 ECHR, *McCann and Others v. the United Kingdom*, Application No. 18984/91, 05.09.1995.

118 ECHR, *Kaya v. Turkey*, Application No. 22535/93, 18.02.1998.

119 ECHR, *Kılıç v. Turkey*, Application No. 22492/93,, 28.03.2000.

120 ECHR, *Ertak v. Turkey*, Application No. 20764/92, 09.05.2000.

121 ECHR, *Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*, Application no. 47848/08, 17.07.2014.

122 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2014/4645, 18.04.2018, p. 33,34.

123 ECHR, *Kelly and Others v. the United Kingdom*, Application No. 30054/96, 04.08.2001.

124 ECHR, *Kelly and Others v. the United Kingdom*, Application No. 30054/96, 04.08.2001, p. 105.

125 **Douwe Korff**, a.g.e., s. 36.

126 ECHR, *Khashiyev and Akayeva v. Russia*, Application Nos. 57942/00 and 57945/00, 24.02. 2005, p. 153.

Devletin usuli yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından soruşturmanın tam ve etkili yapılması yaşam hakkını korumanın soruşturma ve yargılama boyutunu ilgilendirmektedir. Bu bağlamda idari makamlar tarafından öncelikle resmi bir soruşturma yapılmalı; olaylara karışan kişilerden bağımsız, farklı kişiler soruşturmayı yönetmeli; soruşturma, olayları ve sorumluları ortaya çıkarabilmeye muktedir ve elverişli olmalı; soruşturma ivedilikle yapılmalı ve makul bir sürede sonuçlandırılmalı; soruşturma kamunun denetimine açık olmalı ve mağdurun yakınları soruşturmaya müdahil olabilmelidir.¹²⁷ Bu unsurlara uygun olarak gerçekleştirilen bir soruşturma yürütülmüşse, soruşturma sonucuna bakılmaksızın yaşam hakkının usuli yükümlülük bakımından ihlal edilmediği sonucuna ulaşılabilecektir. Buna karşın yaşam kaybına ilişkin soruşturma sürecinde bu sayılı unsurlardan birine uygunluk gösterilmemişse usul yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilecektir.

Yaşam hakkı bakımından devletin usuli yükümlülüğünü yerine getirilmiş sayılması için AİHM tarafından belirlenmiş bulunan söz konusu kriterlere Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunda da başvurulmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre doğal olmayan yollardan ölümlerle sonuçlanan tüm adli vakalarda, yetkili adli merciler tarafından derhal el konulması, mümkün olan en kısa sürede, özenli, etkili ve çok yönlü bir soruşturma yapılması, kovuşturma aşamasında ise sorumlu olanların adil bir şekilde yargılanarak, suçlu oldukları tespit edilirse de makul sürede hakkaniyete uygun şekilde cezalandırılmaları gereklidir. Ayrıca idari ve yargısal süreçte, hesap verilebilirliği temin üzere tüm aşamaların kamu denetimine açık olması, yasal haklarını kullanabilmeleri açısından da ölenin yakınlarının sürece katılımlarını sağlamak üzere bilgilendirilmeleri gerekmektedir.¹²⁸

Sonuç

En önemli temel haklardan biri olması nedeniyle insan hakları hukukunda yaşam hakkının koruma alanı geniş bir çerçevede ele alınmaktadır. Bu hakkı düzenleyen 2. madde, olağanüstü hallerde bile içerdiği yükümlülüklerin askıya alınamayacağı az sayıdaki AİHS hükümlerinden biridir.

AİHM içtihadıyla geçirdiği değişim sonucunda 2. madde çerçevesinde yaşam hakkı bağlamında devletlerin üstlenmiş oldukları pozitif, negatif ve usuli yükümlülüklerin kapsamı büyük ölçüde genişlemiştir. Devletin yerine getirmek zorunda bulunduğu işlev, AİHM kararlarında üçlü bir ayırım doğrultusunda değerlendirilmiştir. Devletin bireye yönelik öldürmeme yükümlülüğü negatif sorumluluk kategorisi olarak adlandırılmıştır. Bu kapsamdaki uyuşmazlık türleri, kolluğu kuvvet kullanımında zorunluluk, orantılılık ve kademelilik ilkelerine uymadığı vakalar, operasyonel planlama hatalarından doğan ölümler, gözaltına alınan kişilerin kaybedilmesi,

127 Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok, a.g.e., s. 125-126; Cengiz Topel Çiftçioğlu, a.g.m., s. 152.

128 Mehmet Beyhan Seçkin, a.g.m., s. 433.

ölmediği halde mağdurların öldürme kastıyla kolluk tarafından ağır şekilde yaralanması, cesedine ulaşılamayan ama devlet gözetiminde iken ölüm tehlikesi içinde kaybolan kişilere ilişkindir.

Devletin yaşam hakkı ihlallerine ilişkin riskler bulunan durumlarda etkin önlemler almasını zorunlu kılan alan, devletin pozitif sorumluluk alanını ifade etmektedir. Bu kapsamdaki uyuşmazlıklar; sağlık hakkıyla bağlantılı olan ve devletin tedbir almamasından kaynaklanan ölüm vakaları, belirli koşullarda üçüncü kişilerin yol açtığı ölümlere yönelik pozitif önlemlerin alınmamış olması, önlemlerin mevzuatta düzenlenmemiş olması ya da mevzuatta düzenlendiği halde etkin şekilde uygulanmamasıdır. Ayrıca devlet gözetimi altındaki erler, hükümlüler, tutuklular ve gözaltındaki kişilerin kendi eylemlerinden kaynaklanan ya da yetkililerin ihmalinden kaynaklanan ölüm olayları, idarenin tehlikeli faaliyetlerinden doğan risklere karşı tedbir alınmamasının sebebiyet verdiği ölümler, tutuklu ya da hükümlülerin intihara eğilim göstermesi ve açlık grevi yapması halinde uygun müdahalelerin yapılmamasından kaynaklanan ölüm vakaları olarak kategorize edilebilir.

Üçüncü sorumluluk kategorisi ise devletin belli yönde davranma yükümlülüğünü ifade eden ve pozitif yükümlülüğün ikinci boyutu olarak değerlendirilebilecek olan usuli sorumluluktur. Bu kapsamda yetkili makamların ya da üçüncü kişilerin yol açtığı ölümlerin bağımsız, objektif, mağdur yakınlarının katılımına açık olarak ve kamuoyu denetimine müsait şekilde makul sürede sonuçlandırılması amaçlanmaktadır. Diğer sorumluluk türlerinden farklı olarak usul yükümlülüğü sonuçtan bağımsız bir davranış yükümlülüğüdür. Maddi bakımdan yükümlülük ihlalinin gerçekleşmediği durumlarda usul yükümlülüğünün ihlali söz konusu olabileceği gibi; tam tersine usul yükümlülüğü tam olarak yerine getirildiği halde maddi yükümlülüğün ihlali gerçekleşebilmektedir. Bu olasılıklar AİHM kararlarıyla örneklenmiştir ve uyuşmazlıkların çözümünde negatif, pozitif ve usuli yükümlülüklerin birbirinden bağımsız olarak analiz edilmesi anlayışı esas alınmıştır. Aynı anlayış Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunda da benimsenmiş, yaşam hakkının korunmasında devletin yükümlülük sınırlarını belirleyen çerçeve, içtihat hukukuyla genişletilmiştir.

KAYNAKÇA

- Alpkaya, Gökçen/ Altıntaş, İlkem/ Sevdiren, Öznur/ Ataktürk Sevimli Emel, **Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu**, Hafıza Merkezi Yayınları, Temmuz 2014.
- Başak, Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 51, Sayı 4, Yıl 2002, ss. 41-72.
- Brems, Eva, “The Scope of Rights and the Scope of Obligations: Positive Obligations”, Eva Brems/ Janneke Gerards (Ed.), **Shaping Rigts in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Cambridge University Press, 2013.
- Cengiz, Serkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2011, Sayı 93, ss. 383-404.
- Çakmak, Seyfullah, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhtihatları Işığında Yaşama Hakkı”, **Adalet Dergisi**, Sayı 14, Yıl 2004, ss. 149-174.
- Çiftçioğlu, Cengiz Topel, “Yaşam Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2012, Sayı 103, ss. 137-168.
- Doğan, İlyas/ Özdemir, Omca, “Yaşam Hakkı”, İlyas Doğan (Ed.), **İnsan Hakları Hukuku**, Astana Yayınları 2. Bası, Ankara, Eylül 2015, ss. 409-449.
- Doğru, Osman, **Yaşama Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Temmuz 2018.
- Fenwick, Helen, **Civil Liberties and Human Rights**, Routledge-Cavendish, 4. Bası, UK-USA-Canada, 2007.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 1, Legal Yayınevi, 8. Bası, İstanbul, Aralık 2012.
- Gölcüklü, A. Feyyaz/ Gözübüyük, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1998.
- Harris D. J./ O’Boyle M./ Warbrick C., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 2. Bası, Oxford-New York 2009.
- Kälin, Walter/ Künzli, Jörg, **The Law of International Human Rights Protection**, Oxford University Press, New York 2011.
- Karan, Ulaş, “Yaşam Hakkı”, Sibel İnceoğlu (Ed.), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme**, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul, Haziran 2013, ss. 115-135.
- Kızılyel, Serkan, “Yaşam Hakkı: AİHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 18, Sayı 2, Nisan 2014, ss. 253-289.
- Korff, Douwe, **Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, İnsan Hakları El Kitapları No. 8, Avrupa Konseyi Yayınları, Belçika, Kasım 2006.
- Metin, Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, **Uluslararası İlişkiler**, Cilt 7, Sayı 27, Güz 2010, ss. 111-132.
- Russell, Hannah, **The Use of Force and Article 2 of the ECHR in Light of European Conflicts**, Bloomsbury Publishing, Kasım 2017.
- Seçkin, Mehmet Beyhan, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Işığında Yaşam Hakkından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 2016, Sayı 2, ss. 419-439.
- Tanrıkulu, M. Sezgin, “İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 66, Yıl 2006, ss. 51-94.

- Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz / Önok, Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınları 4. Bası, Ankara, Ağustos 2011.
- Watts, Juliet Chevalier, “Effective Investigations Under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State”, **The European Journal of International Law**, Cilt 21, Sayı 3, Kasım 2010, ss. 701-722.
- ECHR, McCann and Others v. the United Kingdom, Application No. 18984/91, 05.09.1995.
- ECHR, Strelitz-Kessler-Krenz v. Germany, Application Nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, 22.03.2001.
- ECHR, İlhan v. Turkey, Application No. 22277/9, 27.06.2000.
- ECHR, Salman v. Turkey, Application No. 21986/93, 27.06.2000.
- ECHR, Nachova and Others v. Bulgaria, Application No. 43577/98-43579/98, 06.07.2005.
- ECHR, Carabulea v. Romania, Application No. 45661/99, 13.07.2010.
- ECHR, Beker v. Turkey, Application No. 37866/03, 24.03.2009.
- ECHR, Makaratzis v. Greece, Application No. 50385/99, 20.12.2004.
- ECHR, Gül and Others v. Turkey, Application No. 4870/02, 08.06.2010.
- ECHR, Oğur v. Turkey, Application No. 21594/93, 20.05.1999.
- ECHR, Kurt v. Turkey, Application No. 24276/94, 25.05.1998.
- ECHR, Ertak v. Turkey, Application No. 20764/92, 09.05.2000.
- ECHR, Association X v. the United Kingdom, Application No. 7154/75, 12.07.1978.
- ECHR, Scialacqua v. Italy, Application No. 34151/96, 01.07.1998.
- ECHR, Calvelli ve Ciglio v. Italy, Application No. 32967/96, 17.06.2002.
- ECHR, Powell v. the United Kingdom, Application No. 45305/99, 04.05.2000.
- ECHR, Demiray v. Turkey, Application No. 27308/95, 21.09.2000.
- ECHR, Demiray v. Turkey, Application No. 27308/95, 21.09.2000.
- ECHR, Osman v. the United Kingdom, Application No. 28.10.1998.
- ECHR, Kılıç v. Turkey, Application No. 22492/93, 28.03.2000.
- ECHR, Opuz v. Turkey, Application No. 33401/02, 09.09.2009.
- ECHR, Yaşa v. Turkey, Application No. 22495/93, 02.09.1998.
- ECHR, Akkoç v. Turkey, Application No. 22947/93-22948/93, 10.10.2000.
- ECHR, Erdoğan and the Others v. Turkey, Application No. 26337/95, 25.04.2006.
- ECHR, Perk and the Others v. Turkey, Application No. 50739/99, 28.03.2006.
- ECHR, Soare and the Others v. Romania, Application No. 24329/02, 22.02.2011.
- ECHR, Kakoulli v. Turkey, Application No. 38595/97, 22.11.2005.
- ECHR, Dink v. Turkey, Application Nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.09.2010.
- ECHR, Abdullah Yılmaz v. Turkey, Application No. 21899/02, 17.06.2008.
- ECHR, Ergi v. Turkey, Application No. 66/1997/850/1057, 28.07.1998.
- ECHR, Keenan v. the United Kingdom, Application No. 27229/95, 04.03.2001.
- ECHR, Ataman v. Turkey, Application No. 74552/01, 05.03.2007.
- ECHR, Kilavuz v. Turkey, Application No. 8327/03, 21.10.2008.
- ECHR, Tanrıbilir v. Turkey, Application No. 21422/93, 16.11.2000.
- ECHR, X v. Germany, Application No. 10565/83, 09.05.1984.
- ECHR, Öneriyildiz v. Turkey, Application No.48939/99, 30.11.2004.
- ECHR, McCann and Others v. the United Kingdom, Application No. 18984/91, 05.09.1995.

- ECHR, L.C.B. v. United Kingdom, Application No. 23413/94, 09.06.1998.
- ECHR, Nachova and Others v. Bulgaria, Application No. 43577/98, 43579/98, 06.07.2005.
- ECHR, Tanrikulu v. Turkey, Application No. 23763/94, 08.07.1999.
- ECHR, Yaşa v. Turkey, Application No. 22495/93, 02.09.1998.
- ECHR, Makaratzis v. Greece, Application No. 50385/99, 20.12.2004.
- ECHR, Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey, Application No. 24014/05, 14.04.2015.
- ECHR, Kaya v. Turkey, Application No. 22535/93, 18.02.1998.
- ECHR, Kılıç v. Turkey, Application No. 22492/93, 28.03.2000.
- ECHR, Ertak v. Turkey, Application No. 20764/92, 09.05.2000.
- ECHR, Kelly and Others v. the United Kingdom, Application No. 30054/96, 04.08.2001.
- ECHR, Güleç v. Turkey, Application No. 21593/93, 27.07.1998.
- ECHR, Gül v. Turkey, Application No. 22676/93, 14.12.2000.
- ECHR, Kolyadenko and Others v. Russia, Application Nos. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05, 28.02.2012.
- ECHR, Budayeva and Others v. Russia, Application Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, 20.03.2008.
- ECHR, Khashiyev and Akayeva v. Russia, Application Nos. 57942/00 and 57945/00, 24.02. 2005.
- ECHR, Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, Application No. 56080/13, 19.12.2017.
- ECHR, Koku v. Turkey, Application No. 27305/95, 31.08.2005.
- ECHR, Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, Application No. 47848/08, 17.07.2014.
- ECHR, Çakıcı v. Turkey, Application No. 37715/11, 08.09.1999.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2014/4645, 18.04.2018.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2014/13163, 11.05.2017.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/2030, 26.06.2014.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2014/18274, 21.09.2017.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/6979, 20.05.2015.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/1943, 09.09.2015.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/1579, 15.10.2015.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2012/752, 17.09.2013.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/6581, 25.02.2015.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/1579, 15.10.2015.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2012/752, 17.9.2013.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/841, 23.01.2014.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2014/5042, 26.12.2017.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/1943, 09.09.2015.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2012/848, 17.07.2014.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2014/5042, 26.12.2017.
- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/6979, 20.05.2015.

Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu

Knowledge-Based Market Fraud Crime in Capital Market

Uğur AŞKIN*

Öz

Doktrinde 2499 sayılı mülga SPK döneminde “manipülasyon” olarak adlandırılan, 6362 sayılı SPK’da ise “Piyasa Dolandırıcılığı” şeklinde düzenlenen suç tipinin bilgiye dayalı olarak işlenmesi, çalışmamızda hem maddi hukuk hem de muhakeme hukuku açısından iki bölüme ayrılarak incelenmiştir. İlk bölümde sermaye piyasası ve piyasa dolandırıcılığı kavramları hakkında genel açıklamalarda bulunularak, bunların tanımına ve amacına değinilmiştir. İkinci bölümde ise, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu kapsamda öncelikle söz konusu suç tipinde korunan hukuki değer irdelenmiş, sonrasında suçun maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsuru ele alınmıştır. Devamında bu suçun özel görünüş şekilleri olarak teşebbüs, iştirak ve içtima konuları incelenmiştir. Ayrıca bu suçta öngörülen özel soruşturma usulü olan, soruşturma yapılabilmesi için Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulması ve bu başvurunun muhakeme şartı olması hususları ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Son olarak, bu suçun işlenmesi sonucunda uygulanacak yaptırıma değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası Kanunu, Sermaye piyasası, Manipülasyon, Piyasa dolandırıcılığı, Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı.

Abstract

In this study, the crime named in the doctrine as “manipulation” in the period of abrogated 2499 numbered CML (Capital Market Law) and “market fraud” at the time of CML numbered 6362 which is committed based on knowledge was examined in distinct two sections as substantive law and procedure law. In the first section, definition and purpose of the concepts of capital market and market fraud are addressed by giving general explanations. In the second part, knowledge-based market fraud crime is elucidated in detail. In this context firstly, the legal value protected in the crime in question was analyzed and then the objective and subjective elements of the crime and the unlawfulness element were assessed. Subsequently, special appearance forms of the crime such as attempt, participation, and joinder of crimes were examined. In addition, the special investigation procedures stipulated for this crime of making written application to Chief Public Prosecutor’s Office by Capital Markets Board in order to conduct an investigation and being cognizance condition element of this application features are enlighten in detail. Finally, it is mentioned which sanctions to apply in consequence of this crime committed.

* Ar. Gör., İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ugur.askin@inonu.edu.tr. (ORCID: 0000-0002-3842-8745).

Keywords: Capital Market Law, Capital market, Manipulation, Market fraud, Knowledge-based market fraud.

GİRİŞ

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 30.12.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 6362 sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6362 sayılı Kanun'un temelini, Avrupa Birliği'nin Katılım Öncesi Yardımı (*Pre-Accession Assistance*) niteliğindeki bir Eşleştirme Projesi (*Twinning Project*) oluşturur. Ancak 6362 sayılı SPK'nın hazırlanış amacının tek belirleyicisini, AB Müktesebatına uyum hedefi olarak değerlendirilmemelidir. Zira 6362 sayılı Kanunla düzenlenen tedbir ve yaptırım sisteminde yapılan reformların da üzerinde durulması gerekir¹.

Düzenlemelerin uygulanabilirliği, etkili ve caydırıcı bir yaptırım düzeninin oluşturulması ile sağlanır. 2499 sayılı SPK'daki düzenlenmelerin uygulanabilirliğinin sağlanmasına ilişkin eksiklikler, 6362 sayılı SPK ile giderilmeye çalışılmıştır. Bunun sağlanabilmesi için, 2499 sayılı Kanunda düzenlenen yaptırım sisteminin son on yıllık sonuçları değerlendirilmiş ve buradan çıkartılan sonuçlardan hareketle, sermaye piyasası suçlarına ilişkin bölümde önemli bir reform yapılmıştır. Özellikle ekonomik suça ekonomik ceza düşüncesi, 2499 sayılı SPK'daki yaptırım sisteminin tümüyle gözden geçirilmesini gerektirmiştir.

Doktrinde 2499 sayılı mülga SPK döneminde “*manipülasyon*” olarak adlandırılan suç tipi, 6362 sayılı SPK'da “*Piyasa Dolandırıcılığı*” şeklinde düzenlenmiştir². 6362 sayılı Kanun'un 107'nci maddesinde düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı suçu, AB uyum direktifleri doğrultusunda yeniden kaleme alınmıştır³. Böylelikle sermaye piyasası araçlarının⁴ fiyatlarına ek olarak bunların

1 6362 sayılı SPK'nın Genel Gereği, <http://mevzuat.spk.gov.tr/MevzuatGoster.aspx?nid=12>, Erişim Tarihi: 17.03.2018.

2 Türk hukukunda piyasa manipülasyonu suçu ilk kez 765 sayılı TCK'nın “Ticaret ve Sanayi ve Müzayedeye Hile ve Fesat Karıştırmak Cürümleri” başlıklı beşinci faslının 358'inci maddesinde düzenlenmiştir. O dönemde bu suçun özel bir şekli 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47'nci maddesi ile öngörülmüştü. Dolayısıyla 765 sayılı TCK'daki düzenleme ile 2499 sayılı SPK'nın 47'nci maddesi arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunmaktaydı. Bu durum 5237 sayılı TCK'nın 237'nci maddesinde “fiyatları etkileme” suçunun düzenlenmesiyle ortadan kaldırılmıştır. Zira maddenin yeni halinde sermaye piyasası araçlarında işlenen fiillere ilişkin herhangi bir ifade kullanılmamış ve maddenin gerekçesinde söz konusu fiilin SPK'da suç olarak düzenlendiği için madde metninden çıkarıldığı açıkça ifade edilmiştir. Bkz. **TERCAN, Erkan**, Transaction Based Market Manipulation Crime and the Discussion on the Suitability of the Action, 26 Banka Huk. Dergisi 163 (2010), s. 164.

3 2499 sayılı SPK'nın 47'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında; “*Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler, her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki bin günden beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar*” şeklinde düzenlenen bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, 6362 sayılı SPK'nın 107'nci maddesinin 2'nci fıkrasında; “*Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayıyanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar*” şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

4 6362 sayılı SPK'nın 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının “ş” bendinde sermaye piyasası araçları; “*Menkul kıymetler*

değerlerini ve yatırım kararlarını etkileyebilme amacıyla emir vermek de ilgili suç kapsamında değerlendirilmiştir.

I. Sermaye Piyasası ve Piyasa Dolandırıcılığı Hakkında Genel Açıklamalar

A. Sermaye Piyasası Kavramı

I. Sermaye Piyasasının Tanımı

Mali piyasalar, sermaye hareketlerinin doğrudan veya dolaylı olarak fon transferlerine sebep olduğu, bütün alışverişlerin gerçekleştiği piyasalardır. Bu piyasalar kendi içerisinde, para piyasaları⁵ ve sermaye piyasaları olmak üzere ikiye ayrılır⁶.

Sermaye piyasası kavramı ise, dar ve geniş olarak iki ayrı şekilde ifade edilir. Dar anlamda sermaye piyasası, fon ve kaynak temini sağlama mekanizmasıdır. Diğer bir ifadeyle, ekonomide finans sistemini kuran unsurlardan biridir⁷. Öte yandan geniş anlamda sermaye piyasası, zenginleşme amacıyla nitelikli finansal kaynak arayışı içinde olan kimselerle, güvenli yatırım fırsatlarını arayan tasarruf sahiplerinin arayışlarının kesiştiği noktada ortaya çıkan, geleneksel para piyasalarının alternatifi olan piyasalardır. Bu piyasa, döviz ve altın piyasası ile birlikte ülkedeki tüm piyasaların bir parçasıdır⁸.

2499 sayılı SPK'nın genel gerekçesinde sermaye piyasası; *“Yatırımcılar, tasarruf sahipleri ve bunlar arasındaki fon akımını sağlayan aracı kurum ve bankalar, yatırım ortaklıkları ve yatırım fonları gibi aracı ve yardımcı kuruluşlardan oluşan modern finansman sisteminin adıdır”* şeklinde tanımlanmıştır⁹.

ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

- 5 Kısa vadeli fon arzı ile talebinin karşılaşmasıyla oluşan piyasalara, para piyasaları denir. Bu piyasalar, fon arz ve talebinin vadesi en az 1 yıl olmasıyla diğer bir ifadeyle orta ve uzun vadeli fonlar yerine kısa vadeli fonların tercih edilmesiyle sermaye piyasalarından farklılaşır. Para piyasalarında bankalar önemli bir işleve sahiptir. Çünkü yatırımcılardan topladığı kısa vadeli fonları ihtiyaç sahiplerine faiz karşılığında vererek piyasasının akışını sağlar. Bkz. **BAYINDIR, Sinan**, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, İstanbul 2011, s. 23; **EGE, İlhan/EGE, Önder**, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması, Ankara 2017, s. 21.
- 6 **KILIÇ, Saim**, Sermaye Piyasası Düzenlemelerinde Fayda Maliyet Analizleri: Teoriler, Araçlar ve Türkiye Üzerine Ampirik Bir Çalışma, İstanbul 2008, s. 53; **ÖZGER, Emine Barut**, Sermaye Piyasası Kanununda Manipülasyon Suçu, Ankara 2017, s. 3.
- 7 **DURSUN, Selman**, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, İstanbul 2010, s. 7; **BAYSAL, İbrahim Onur**, Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 1; **BAYINDIR**, s. 23.
- 8 **EVİK, A. Hakan**, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon Suçları), Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 23; **GÜNDOĞDU, Aysel**, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2015, s. 21; **ÖZGER**, s. 3.
- 9 <https://sites.google.com/a/sermayepiyasasi.org/www/anasayfa/kurumlar/sermaye-piyasasi-kanunu/> sermaye-piyasasi-kanunu-gerekcesi, Erişim Tarihi: 16.02.2018.

2. Sermaye Piyasasının Amacı

Sermaye piyasasının en önemli görevlerinden biri, ülkede bulunan büyük veya küçük ölçekli yatırımları yönetmesi ve denetimini sağlamasıdır. Sermaye piyasası işlemleriyle, ülkenin ihtiyacı olan yatırım sermayesini elde etmek için tahvil ya da hisse senedi piyasalarda satışa sunulur. Böylelikle sermaye piyasaları ekonomiye kaynak oluşturarak yatırımların finansmanını oluşturur¹⁰.

Sermaye piyasası, küçük ölçekli tasarruf sahiplerinin tasarruflarını menkul kıymetlere yönelterek gelirin paylaşılmasında dengeyi sağlar. Böylelikle geliri tabana yayarak sosyal adaleti temin eder¹¹. Diğer taraftan sermaye piyasası büyük ölçekli yatırımlara kaynak sağlayarak yatırımları finanse eder. Öyle ki küçük ölçekli yatırımcının elinde bulunan tasarruf fazlasını, piyasaya kazandırarak büyük yatırımlar için fon oluşturmakta, ekonomik gelişmeye katkı sağlamaktadır. Ayrıca kaynak temini açısından zayıf şirketlere fon sağlayarak, bunların tekrardan piyasaya kazandırılmasında önemli bir unsurdur¹².

Sermaye piyasasının amacını ortaya koyabilmek için SPK'nın düzenleniş amacını incelemek gerekir. Bu doğrultuda 6362 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde SPK'nın düzenleniş amacı; *"SPK'nın getiriliş amacı, sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir"* şeklinde ifade edilmiştir¹³. Sermaye piyasası da bu amaçlara uygun olarak hareket etmelidir¹⁴. Bunun sonucunda sermaye piyasasında şeffaflık sağlanarak adil ve rekabetçi bir ortamda işlemler gerçekleştirilmelidir¹⁵.

10 MEMİŞ, Tekin/TURAN, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 29-30; BAYINDIR, s. 35.

11 Küçük ölçekli tasarruf sahipleri herhangi bir bilgileri ya da deneyimleri olmadan büyük yatırımlardan yararlanabilmektedir. Çünkü küçük ölçekli yatırımcı bu sayede faiz ya da kar payı elde edecek bunun yanında sahip olduğu sermaye piyasası aracındaki değer artışlarından yararlanacaktır. Böylelikle tek başına büyük bir öneme sahip olmayan küçük ölçekli tasarruflar bir araya gelerek, reel sektör için önemli bir finans kaynağı haline gelir. Bu durum ise gelir elde etmede adalete ve nihayetinde toplumun refah düzeyinin yükselmesini sağlar. Bkz. BAYSAL, s. 5.

12 MEMİŞ/TURAN, s. 30; BAYINDIR, s. 35.

13 6362 sayılı SPK'nın kanun tasarısının 1'inci madde için gerekçesi şu şekildedir; *"Kanunun amacına ilişkin bu madde hükmünde, uluslararası piyasalardaki gelişmeler dikkate alınarak ve ülkemiz sermaye piyasalarının yıllar içinde gösterdiği değişim paralelinde öne çıkan piyasa işleyiş esasları daha anlaşılır ve kapsamlı bir şekilde sayılmıştır. Diğer yandan piyasanın işleyişinin yanısıra gelişmesinin sağlanması hususu da Kanunun amaçları arasına dahil edilerek, ülkemiz sermaye piyasasının uluslararası anlamda rekabet gücünün artırılması amaçlanmış ve uluslar arası finans merkezi olma amacı desteklenmiştir. Yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla piyasanın düzenlenmesi ve denetlenmesi ise temel vizyon olarak konulmuştur."* Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KARACAN, Ali İhsan, Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar, I, İstanbul 2017, s. 14 vd.

14 *"2499 sayılı ve daha sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 1 inci maddesinde kanunun amacı düzenlenmiş olup, buna göre borsada işlem gören halka açık şirketlerin işlem gördüğü sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içerisinde çalışmasını, yatırımcıların hak ve yararlarının korunmasını sağlamaktır. Diğer bir deyimle söz konusu düzenlemeyle sermaye piyasasındaki hareketlerin ekonominin doğal işleyişine uygun biçimde sürmesini, bu piyasaya özellikle halka açık şirketlerin yönetimleri ve sermaye piyasasında çalışan kişiler ve alım yapan diğer aracı kurum ve şahıslar tarafından değişik yollarla yapılan piyasanın istikrarını, şirketler arasındaki serbest rekabeti bozan işlemleri denetlemek ve hisse alım satımı yoluyla piyasaya dahil olan yatırımcılarını bu tür hareketlerin etkisinden koruyarak bunların hak ve yararlarını korumak amacıyla düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır"* (Yarg. CGK, 2013/7-700 E., 2015/241 K., 23.06.2015 T.).

15 ÇETİN, Nusret, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Yatırımcıların Korunması, 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu İçerisinde Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 6-7 Haziran 2013, s. 437.

Sermaye piyasası hukukunun amacı ise, yapılacak düzenlemelerin piyasanın ihtiyaç ve işleyişini gözeterek yapılması, bu düzenlemelere uygun hareket edilip edilmediğinin denetlenmesi ve bunlara aykırı hareket edilmesi halinde esaslı yaptırımların uygulanmasına dayanır. Diğer bir ifadeyle sermaye piyasası hukukunun, piyasaya uygun düzenleme yapma, işlemlerin düzenlemelere uygunluğunu denetleme ve bunlara aykırılık halinde yaptırıma bağlama şeklinde görevleri vardır¹⁶.

B. Piyasa Dolandırıcılığı Kavramı (Manipülasyon)

I. Piyasa Dolandırıcılığının Tanımı

Fransızca “*manipulation*” sözcüğünden gelen manipülasyon Türkçede; yönlendirme, ekleme veya çıkarma yoluyla bilgileri değiştirme, varlıkları yapıcı açıklayıcı ve yararlı biçimde kullanma işi şeklinde anlamları bulunmaktadır¹⁷.

Doktrinde 2499 sayılı mülga SPK döneminde “*manipülasyon*” olarak adlandırılan suç tipi, 6362 sayılı SPK’da “*Piyasa Dolandırıcılığı*” şeklinde ifade edilmiş olup, esasında piyasa dolandırıcılığı ile manipülasyon kavramı aynı hukuki durumu ifade etmektedir.

Kelime anlamı bakımından piyasa dolandırıcılığı ise, “*oyun; entrika; hile; dalavere; hokkabazlık; piyasada yalan yanlış haberler yayarak ve faaliyette bulunarak piyasayı kendi çıkarları doğrultusunda yönlendirme*” şeklinde tanımlanabilir¹⁸.

Hukuki olarak piyasa dolandırıcılığı kavramı üzerinde doktrinde tanım birliği yoktur. Çünkü zaman içerisinde teknolojinin ilerlemesiyle manipülatif hareketler farklılaşmakta, kavramı kapsayacak tanımın yapılması güçleşmektedir¹⁹. Diğer bir ifadeyle, manipülatif hareketlerin tamamını içinde toplayan net bir tanım, zaman içerisinde ortaya çıkarak piyasa dolandırıcılığı suçunu meydana getiren bir kısım fiillerin tipiklik unsurunu karşılamaması nedeniyle cezasız kalmasına sebep olabilir. Hâlbuki Ceza Hukuku’nun suç işlenmesinin önlenmesi şeklindeki temel amacına ulaşabilmek için kanunilik ilkesine göre suç teşkil eden harekete tipiklikte açıkça yer verilmesi gerekir²⁰.

16 FISCHEL, Daniel R./ROSS, David J. “Should the Law Prohibit ‘Manipulation’ in Financial Markets?” *Harvard Law Review*, vol. 105, no. 2, 1991, pp. 503–553. JSTOR, JSTOR, www.jstor.org/stable/1341697, s. 504; YENİDÜNYA, A. Caner, *Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler*, İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi (12-14 Haziran 2012), Konferans Bildiri Kitabı, Nisan 2013, s. 85-86; MEMİŞ/TURAN, s. 31; ADIGÜZEL, Burak, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 13; GÜNDOĞDU, s. 23; Dursun’a göre, sermaye piyasasının işleyişi ile yatırımcıyı korumak şeklinde sermaye piyasası hukukunun iç içe geçmiş iki amacı bulunmaktadır. Bkz. DURSUN, *Gerçeğe Aykırılık*, s. 64-65.

17 <http://www.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 17.03.2018.

18 YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 775.

19 KORSMO, Charles R., *Mismatch: The Misuse of Market Efficiency in Market Manipulation Class Actions*, 52 *Wm. & Mary L. Rev.* 1111 (2011), s. 1136.

20 BAYINDIR, s. 55.

Genel olarak hukuki açıdan piyasa dolandırıcılığı, sermaye piyasasının fiyatlarını bilerek ve isteyerek yönlendirmek veya suni biçimde etkilemek suretiyle yatırımcılarda yanıltıcı kanaat uyandırarak yanlış yönlendirmeyi amaçlayan²¹ hareketleri ifade eder²².

2499 sayılı SPK'nın 47'nci maddesi manipülasyonu, “*yapay olarak sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satımını yapmak ve sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi vermek, haber yaymak, yorum yapmak ya da açıklamakla yükümlü olunan bilgileri açıklamamak*” şeklinde tanımlamaktaydı. Görüldüğü üzere manipülasyon tanımlarındaki ortak nokta, yatırımcının sermaye piyasasında karar alma sürecine ilişkin dışarıdan gelen yapay bir etkiyi barındırıyor olmasıdır. Diğer bir ifade ile manipülasyon piyasanın doğal fiyatlanmasına yapılan etkiyi ifade eder²³.

6362 sayılı SPK'nın 1'inci maddesindeki amaçlarından biri olan piyasada güvenli, sağlıklı ve dürüst işlemlerin yapılması, sermaye piyasasındaki fiyatların her türlü suni etkiden uzak, doğal oluşumuna bağlıdır. Bunun sağlanabilmesi ise piyasadaki fiyatlanmalara ilişkin manipülatif hareketlere karşı etkin ve caydırıcı şekilde mücadele etmekle mümkündür²⁴.

Belirtmek gerekir ki, piyasa dolandırıcılığı ve spekülasyon kavramları birbirinden farklıdır. Piyasa dolandırıcılığı ile sermaye piyasasında aldatıcı hareketler yapmak suretiyle fiyatlar aşırı yükseltilip alçaltılarak yatırımcı aldatılmaktadır. Böylelikle yüksek fiyat dalgalanmalarından bunu gerçekleştirenler haksız kazanç elde etmektedir. Fransızca “*spéculation*” kelimesinden gelen spekülasyon ise, en genel tanımıyla Türkçede vurgunculuk anlamına gelmektedir²⁵. Spekülatif faaliyetlerde, piyasa dolandırıcılığındaki gibi yapay yollarla sermaye piyasasının fiyatlanmalarına etkide bulunmadan yalnızca spekülörlerin piyasaya ilişkin elinde bulundurdukları bilgilerle kazanç sağlaması söz konusudur²⁶. Diğer bir ifadeyle, spekülasyon, piyasa koşullarını değerlendirmek suretiyle geleceğe yönelik fiyat tahminleri yapılması ve risk üstlenilmesi yoluyla para kazanmaya yönelik faaliyetlerdir. Neticede piyasa dolandırıcılığından farklı olarak yapay yollarla sermaye piyasasının fiyatlanmalarına etkide bulunulmaması nedeniyle spekülasyon suç değildir²⁷.

21 UĞURLU, **Erdoğan**, Yazılı Basının Hisse Senetleri Piyasası Üzerindeki Etkisi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002, s. 18; **BAYINDIR**, s. 54.

22 Diğer bir tanıma göre piyasa dolandırıcılığı; suni işlemle piyasayı etkileme, hileli vasıtalarla hisse senedi fiyatlarını kontrol etme, asılsız emirlerle piyasadaki menkul değerlerin fiyatlarının artmasına veya azalmasına sebep olma, hileli alım-satımlarla piyasayı olduğundan daha hareketli gösterilmesini sağlayarak fiyatları etkileme gibi anlamlarda kullanılmaktadır. Bkz. **EVİK**, s. 77.

23 **STOLOWY, Hervé/BRETON, Gaétan**, (2004) “Hesaplar Manipülasyonu: Bir Literatür Taraması ve Önerilen Kavramsal Çerçeve”, Muhasebe ve Finans İncelemesi, Vol. 3 Sayı: 1, s. 7 vd.; **FISCHEL/ROSS**, s. 504-505; **YÜCE, Aydın Alper**, Sermaye Piyasasında Manipülasyon, TBBĐ, S: 98, Ankara 2012, s. 366; **BAYSAL**, s. 24; **GÜNDOĞDU**, s. 148.

24 **KIRCA, İsmail**, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara 2000, s. 122; **KARACAN**, s. 23-24; **GÜNDOĞDU**, s. 23.

25 www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 18.02.2018.

26 **SAKİN, Sinan**, Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, International Journal of Legal Progress, 2016, s. 39; **BAYINDIR**, s. 56; **EVİK**, s. 83; **GÜNDOĞDU**, s. 148.

27 **EĞİLMEZ, Mahfi**, Spekülasyon ve Manipülasyon Nedir; ekonomide panik atak nasıl önlenir?, <http://t24.com.tr/>

2. Piyasa Dolandırıcılığının Amacı

Sermaye piyasasında piyasa dolandırıcılığına ilişkin hareketlerin üç amaç için yapıldığı görülmektedir. Bu amaçlardan birincisi sermaye piyasalarında yapay fiyat yükselmesini sağlayarak, elde bulunan sermaye piyasası araçlarını olduğundan daha yüksek fiyata satmaktır²⁸.

İkinci amaç, piyasa dolandırıcılığına ilişkin hareketlerle sermaye piyasası fiyatlarını sabit tutarak, sermaye piyasası araçlarının güvenilirliğini ve sürekliliğini sağlamaktır²⁹. Burada her ne kadar manipülatif hareketler piyasanın istikrarını sağlıyor gibi gözükse de fiyatlanmaların doğal akışına müdahalede bulunularak piyasa yönlendirilmektedir³⁰.

Üçüncü amaç ise, sermaye piyasalarında yapay fiyat alçalmasını sağlayarak, sermaye piyasası araçlarını olduğundan daha düşük fiyattan almaktır³¹. Böylece sermaye piyasasında, piyasa dolandırıcılığına ilişkin hareketlerle fiyatların düşmesini sağlayanlar aşırı derecede haksız kazanç elde etmektedir³².

3. Piyasa Dolandırıcılığının Türleri

Genel olarak piyasa dolandırıcılığı ikiye ayrılır. Bunlar; işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığıdır³³.

haber/mahfi-egilmez-anlattı-spekulasyon-ve-manipulasyon-nedir-ekonomide-panik-atak-nasil-onlenir,679116, Erişim Tarihi: 19.08.2018.

28 **STOLOWY/BRETON**, s. 12.

29 Manipülasyon, kamunun aydınlatılması ilkesine aykırılık teşkil ederek piyasaların şeffaflığını ve piyasaya kaynak sağlama imkânını ortadan kaldırmaktadır. Bu durum aynı zamanda ekonomik yatırım planları olan büyük şirketlerin pazara karşı hareketsiz kalmalarına, küçük ölçekli yatırım sahiplerinin ise piyasaya katılmamalarına sonuç vererek piyasanın gelişmesini engellemektedir. Bu durum ise yalnızca piyasanın iç koşullarını olumsuz etkilememekte, ülkenin milli ekonomisine de büyük zararlar vermektedir. Bkz. **EVİK**, s. 83; **GÜNDOĞDU**, s. 148.

30 **AYDIN, Zeynep**, Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyonlara İlişkin Müeyyideler, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 23.

31 Sermaye piyasasında yapay fiyat alçalmasının en önemli örneklerinden biri ABD merkezli Citigroup'un 2 Ağustos 2005 yılında yaptığı işlemlerdir. Bu tarihte iki dakikadan az bir sürede miktarı 11 milyar Euro'yu bulan 200'e yakın tahvilin satışı gerçekleştirilmiştir. Daha sonra satılan bu tahvilin 4 milyar Euro'luk bir kısmı daha düşük fiyatlardan geri alınmıştır. Citigroup'un yaptığı bu alım-satım işlemleri neticesinde euro piyasalarında sorunlar ortaya çıktığı için İngiltere'de bulunan Finansal Hizmetler Kurumu (Financial Services Authority) bir inceleme başlatmıştır. Bu kurum ulaştığı sonuçlar neticesinde Citigroup'a 4 milyonu ceza, 9.9 milyonu da bu işlemlerden elde edilen kar olmak üzere 13.9 milyon Euro'luk bir ceza kesmiştir. Bkz. **ÖZCAN, Rasim**, Hisse Senedi Piyasalarında Manipülasyon Stratejileri, İMKB Dergisi, Sayı: 49, İstanbul 2013, s. 21.

32 **EVİK**, s. 218; **AYDIN**, s. 23.

33 Doktrinde piyasa dolandırıcılığı; bilgi bazlı, işlem bazlı ve hareket bazlı olarak üçe ayıran yazarlar da mevcuttur. Bu ayırmda hareket bazlı piyasa dolandırıcılığı, sermaye piyasası araçları kullanılarak şirketin piyasa değerinin sürekli olarak alçaltılıp yükseltilmesine ilişkin işlemlerdir. Bkz. **KÜÇÜKKOCAOĞLU, Güray**, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda Gün İçi Getiri, Volatilite ve Kapanış Fiyatı Manipülasyonu, Ankara 2005, s. 58.

a. İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığında fiyatlar üzerinde değişiklik veya dalgalanma oluşturmak amacıyla alım-satım işlemleri yapılır³⁴. Bu suretle piyasadaki yatırımcıları yanıltıcı fiyatlar oluşturulur³⁵. Örneğin, piyasadaki bir menkul kıymet üzerinde manipülatif hareketlerle alım-satım işlemi yapılarak fiyatı etkilenebilir³⁶.

6362 sayılı SPK'nın 107'nci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda, suçun maddi unsurunu “*sermaye piyasası araçlarının alım ve satımını yapmak, emir vermek, emir iptal etmek, emir değiştirmek veya hesap hareketleri gerçekleştirmek*” oluşturur. Burada suçu oluşturan fiiller seçimlik hareketler şeklinde düzenlenmiş olup, bunlardan yalnız birinin gerçekleşmesi suçun oluşabilmesi için yeterlidir³⁷.

Sermaye piyasasındaki fiyatların doğal biçimde oluşmasına engel olacak şekilde piyasada alım-satım yapmanın, emir vermenin, verilen emri iptal etmenin veya değiştirmenin ya da hesap hareketleri gerçekleştirmenin, piyasada yanlış ve yanıltıcı izlenim oluşturabilecek nitelikte olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, belirtilen hareketlerin suçun maddi unsurunu oluşturabilmesi için bunların tek başına yapılması yeterli değildir. Alım ve satıma ilişkin bu hareketlerin aynı zamanda yapay ve hileli olması gerekir³⁸.

- 34 “...nın 02.06.2008 tarihli Denetleme Raporunda, ... Menkul Kıymetler isimli aracı kurumda pazarlama elemanı olarak çalışan sanık ...nın inceleme döneminde çok kısa bir süre önce 09.07.2007 tarihinde işe başlayıp 24.09.2007 tarihinde işten ayrıldığı, suça konu ... hisse senedinde işlem yaptığı ... Yatırım nezdindeki hesabın 24.05.2007 tarihinde açıldığı, sanığın... Temsilciliği'ne verdiği 31.10.2007 tarihli yazılı beyanında, çalıştığı aracı kurum portföy hesabının suça konu hisse senedinde yüklü miktarda işlem yapması nedeniyle kazanç sağlamak amacıyla kendisinin de yüksek tutarlı işlemler yaptığını, portföy hesabı yöneticilerini tanıdığını ve bu hesabı takip ederek kendisinin de yüksek tutarlı işlemler gerçekleştirdiğini belirttiği, sanığın işlem yaptığı yatırım hesabına ait ayrıntıları Denetleme Raporunda bulunan ses kayıtlarına göre inceleme döneminde en fazla işlem gerçekleştirilen 900300 numaralı ... Portföy Yönetim hesabına sanık tarafından talimat verildiğinin tespit edildiği, bozma sonrası kaldırılan 22.01.2015 tarihli bilirkişi raporunda “ sanığın tek başına gerçekleştirdiği işlemlerin manipülatif kalıp içermeyip diğer sanıklarla birlikte hareket ettiği konusunda somut bir verinin bulunmadığı ” belirtilmiş ise de, yukarıda bahsedilen yazılı beyanından portföy hesabı yöneticilerini tanıyıp hesabı takip ettiği ve inceleme döneminde 3.000.521 adet alış (tüm işlem miktarının %5,1'i) ve aynı miktarda satış işlemi yaparak elinde hisse stoku kalmayan sanığın gerçekleştirdiği alım-satım işlemlerinin, sermaye piyasasında miktar bakımından manipülasyon oluşturmaya yeterli düzeyde olduğunun anlaşılması karşısında, mahkumiyeti yerine yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...” (Yarg. 19. C.D., 2016/1046 E., 2016/18544 K., 25.05.2016 T.).
- 35 Sermaye piyasasındaki fiyatlar psikolojik etkenlerde dâhil olmak üzere birçok sebebe bağlı olarak değişebilir. Yatırımcılar herhangi bir araştırma yapmadan çevredeki diğer yatırımcıların yatırımlarından psikolojik olarak etkilenip, piyasada işlem yaparak fiyatları değiştirebilir. Bu nedenle piyasada işlem yapmak, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığının önemli bir unsurudur Bkz. MANAVGAT, Çağlar, *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları*, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2008, s. 89.
- 36 KÜÇÜKSÖZEN, Cemal, *Finansal Bilgi Manipülasyonu Nedenleri, Yöntemleri, Amaçları, Teknikleri, Sonuçları Ve İMKB Şirketleri Üzerine Ampirik Bir Çalışma*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2004, s. 33; ÖZCAN, s. 24-25.
- 37 DURSUN, Selman, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Suçlar ve Kabahatler Hakkındaki Yenilikleri Tebliği, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2013, www.selmandursun.com/?p, Erişim Tarihi: 20.03.2018; MEMİŞ/TURAN, s. 218; EVİK, s. 181; ADIGÜZEL, s. 329.
- 38 ÇALIŞKAN, M. M. Tuncer, *Borsa İstanbul'da Manipülasyon: 2001 – 2013 Yılları Arasında İşlem Yasaklılarının Profili*, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, Cilt: 13, Sayı:1, Ocak 2015, s. 382; EVİK, s. 177; ADIGÜZEL, s. 330.

İşlem bazlı piyasaya dolandırıcılığında bulunanlar, piyasada yapay fiyat oluşumunu sağlar. Bu tür piyasa dolandırıcılığının en klasik işleniş şekli, kendinden kendine işlemler (*wash sales*)³⁹ veya işlemden önce tarafların anlaşması suretiyle aynı fiyat ve miktardan girilen emirlerin karşılaşmasıyla (*matched orders*) ortaya çıkan işlemlerdir⁴⁰. Ancak piyasadaki bu manipülatif işlemlerin belirli bir çerçevede ele alınabilmesi mümkün değildir. Çünkü çok farklı tekniklerle bu hareketlerin gerçekleştirilebilmesi mümkün olup, teknolojik gelişmelerde buna olanak sağlamaktadır. Bu nedenle çok sıkı kontrol altında tutulan piyasalarda dahi işlem bazlı manipülatif hareketler olabilmektedir⁴¹.

Piyasadaki işlemlerin yatırımcılar nezdinde yalan veya yanlış kanaat uyandırması için bunların miktarı açısından bir alt veya üst sınır söz konusu değildir. Çünkü yapılan işlemin, söz konusu payın piyasasında fiyat hâkimiyetini sağlayacak düzeyde olması yeterlidir. Bu fiyat hâkimiyeti çok büyük miktarlarla sağlanabileceği gibi, bir adetlik alış işlemiyle de sağlanabilir⁴². Dolayısıyla işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşabilmesi için asıl olan miktar değil, fiyat hâkimiyetinin elde edilmesidir⁴³.

Suç tipinde belirtilen hareketin üzerinde gerçekleştiği konunun hareketten etkileniş şekli ve derecesine göre suçlar zarar ve tehlike suçları⁴⁴ olmak üzere ikiye ayrılır. İşlem bazlı piyasa

39 Kendinden kendine işlemler, hisse senetlerinin satışında alıcının ve satıcının aynı kişi olduğu diğer bir ifadeyle mülkiyetinde değişiklik doğurmayan sermaye piyasası hareketleridir. Bu suretle işlem yapılan hisse senedinin piyasasında işlemlerin arttığı izlenimi uyandırılarak fiyat artışıyla birlikte diğer yatırımcılar aldatılmaya çalışılır. Bkz. EVİK, s. 172.

40 KORSMO, s. 1120.

41 ŞENSOY, Deniz, Manipülasyon; Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s. 380; ÇALIŞKAN, s. 383; ÖZGER, s. 35.

42 "... Menkul Kıymetler isimli aracı kurumda pazarlama elemanı olarak çalışan sanık ...nın inceleme döneminden çok kısa bir süre önce 09.07.2007 tarihinde işe başlayıp 24.09.2007 tarihinde işten ayrıldığı, suçta konu ... hisse senedinde işlem yaptığı ... Yatırım nezdindeki hesabın 24.05.2007 tarihinde açıldığı, sanığın... Temsilciliği'ne verdiği 31.10.2007 tarihli yazılı beyanında, çalıştığı aracı kurum portföy hesabının suçta konu hisse senedinde yüklü miktarda işlem yapması nedeniyle kazanç sağlamak amacıyla kendisinin de yüksek tutarlı işlemler yaptığını, portföy hesabı yöneticilerini tanıdığını ve bu hesabı takip ederek kendisinin de yüksek tutarlı işlemler gerçekleştirdiğini belirttiği, sanığın işlem yaptığı yatırım hesabına ait ayrıntıları Denetleme Raporunda bulunan ses kayıtlarına göre inceleme döneminde en fazla işlem gerçekleştirilen 900300 numaralı ... Portföy Yönetim hesabına sanık tarafından talimat verildiğinin tespit edildiği, bozma sonrası aldırılan 22.01.2015 tarihli bilirkişi raporunda " sanığın tek başına gerçekleştirdiği işlemlerin manipülatif kalıp içermeyip diğer sanıklarla birlikte hareket ettiği konusunda somut bir verinin bulunmadığı " belirtilmiş ise de, yukarıda bahsedilen yazılı beyanından portföy hesabı yöneticilerini tanıyıp hesabı takip ettiği ve inceleme döneminde 3.000.521 adet alış (tüm işlem miktarının %5,1'i) ve aynı miktarda satış işlemi yaparak elinde hisse stoku kalmayan sanığın gerçekleştirdiği alım-satım işlemlerinin, sermaye piyasasında miktar bakımından manipülasyon oluşturmaya yeterli düzeyde olduğunun anlaşılması karşısında, mahkumiyeti yerine yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde beraatine karar verilmesi..." (Yarg. 19. C.D., 2016/1046 E., 2016/18544 K., 25.05.2016 T., emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 26.04.2018).

43 EVİK, s. 178; ÇALIŞKAN, s. 383.

44 Zarar suçlarında, hareketin yöneldiği suçun konusunda bir zararın ortaya çıkmış olması şartı aranır. Tehlike suçlarında ise, suçun konusu üzerinde bir zararın ortaya çıkması şartı aranmayıp zarar tehlikesinin meydana gelmiş olması neticenin kabulü için yeterlidir. Tehlike suçları da kendi içerisinde somut ve soyut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılır. Somut tehlike suçlarında hareketin suçun konusu üzerinde gerçekten bir tehlike oluşturup oluşturmadığı araştırılır. Soyut tehlike suçlarında ise hareketin suçun konusu üzerinde tehlike oluşturup oluşturmadığına bakılmaksızın icrai ya da ihmali hareketin yapılmasıyla suç oluşur. Bkz. ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 227.

dolandırıcılığı suçunda aranan netice, sermaye piyasasındaki fiyatların etkilenme tehlikesi olduğu için, bu suç tehlike suçudur⁴⁵. Zira bu suçun 6362 sayılı SPK'nın 107'nci maddesinin 1'inci fıkrasındaki düzenlenişinde suçun oluşabilmesi için, tipiklikte belirtilen hareketlerin yapılması sonucunda neticenin gerçekleşmesi şartı aranmamış, suçun konusu üzerinde tehlikenin meydana gelmesi yeterli görülmüştür. Böylelikle yasa koyucunun buradaki amacı, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının değişmesine yönelik yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandıracak şekilde hareket edenlerin cezalandırılmasıdır⁴⁶. Diğer bir ifadeyle yatırımcılar piyasa dolandırıcılarının yanlış veya yanıltıcı hareketlerine dayanarak işlem yapmasalar dahi suç tipinde belirtilen yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandıracak hareketlerin gerçekleştirilmesi, bu suçun oluşabilmesi için yeterlidir.

2499 sayılı Kanun'dan farklı olarak, 6362 sayılı Kanun'un 107'nci maddesinin 3'üncü fıkrası ile işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir. Buna göre, suç işleyen kişi pişmanlık göstererek beş yüz Türk Lirasından az olmamak kaydıyla, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı kadar miktarı soruşturmadan önce ya da soruşturma veya kovuşturma sırasında ödemesine göre farklı etkin pişmanlık hükümleri uygulanır. Böylelikle bu suçun işlenmesiyle elde edilen menfaatin yeniden ekonomiye kazandırılması amaçlanır. Aynı zamanda piyasa dolandırıcılığı suçuyla etkin ve caydırıcı şekilde mücadele edilmiş olur⁴⁷.

b. Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı, sermaye piyasasının araçlarının fiyatlarını doğrudan etkileyebilecek yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak veya rapor hazırlamak ya da bunları yaymak suretiyle piyasada yapay fiyat oluşturarak haksız çıkar sağlamaktır⁴⁸.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığında hedeflenen amaç, sermaye piyasası araçları ile ilgili piyasadaki yatırımcılara yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgiler verilerek sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemektir⁴⁹. Bu suretle sermaye piyasasındaki araçların arz-talep dengesi manipüle edilerek fiyatlar istenilen yöne çekilmektedir⁵⁰.

45 "6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 107/1. maddesinde düzenlenen piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşabilmesi için maddede düzenlendiği şekilde, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapılması, emir verilmesi, emir iptal edilmesi, emir değiştirilmesi veya hesap hareketlerinin gerçekleştirilmesinin yeterli olduğu, maddedeki tanıma göre tehlike suçu olarak düzenlenen bu suçun tamamlanabilmesi için, sayılan eylemler nedeniyle sermaye piyasası araçlarının değerinin etkilenmesi yani sonucun gerçekleşmesinin şart olmadığı..." (Yarg. 5. C.D., 2016/8614 E., 2016/8871 K., 09.11.2016 T., emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.09.2018).

46 EVİK, s. 182; ÇALIŞKAN, s. 383.

47 YILDIRIM, Evrim, *Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık*, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 241.

48 YENİDÜNYA, s. 86; KÜÇÜKKOCAOĞLU, s. 58-59; ÖZCAN, s. 24; ADIGÜZEL, s. 331; UĞURLU, s. 21; ÖZGER, s. 63; ÇETİN, s. 455.

49 Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı işlemlerine örnek olarak; medya mensuplarının piyasada manipülatif hareketlerde bulunan kişilerle anlaşarak asılsız haberler vermeleri, internette bilgi amaçlı kullanılan forumlara yanıltıcı mesajlar yazılması, internet üzerinden aldatıcı istenmeyen e-mail (spam) gönderilmesi verilebilir. Bkz. ÖZCAN, s. 26.

50 EVİK, s. 218; ŞENSOY, s. 377-378.

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı ile bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçlarını ortaya çıkaran hareketler farklı olmasına rağmen esasında her iki suç tipi sermaye piyasasında bilgi eksikliğine neden olarak piyasaya zarar verir. Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığında yanlış veya yanıltıcı bilgilerle oluşan manipülatif hareketler kolay anlaşılır. Ancak işlem bazlı piyasa dolandırıcılığında sermaye piyasası araçları üzerinde işlem yapılarak, fiyatlar olduğundan farklı veya yanıltıcı hale getirildiği için, bunların manipülatif hareketler olup olmadığı işlemin neticesine göre belirlenir⁵¹.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığında manipülatif hareketlerin temelini finansal bilgiler oluşturur. Buradaki finansal bilgi kavramı, sermaye piyasasındaki işletmelerin her türlü faaliyetlerinin sebep ve sonuçlarıyla ilgili bilgilerdir. Bu bilgiler, hem işletmenin kendi iç kararlarında hem de yatırımcıların piyasadaki hareketlerinde etkilidir. Öyle ki, işletmelerin kendi işleyişlerine ilişkin alacakları kararların yerindeliğinde finansal bilgilerin doğruluğu büyük önem arz eder. Aynı şekilde doğru finansal bilgiler sayesinde yatırımcılar güvenli sermaye piyasası araçlarına yönelir⁵².

II. Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu

A. Korunan Hukuki Değer

Korunan hukuki değer, bir ceza normu ile korunan diğer bir ifadeyle suçla ihlal edilen hak veya menfaattir⁵³.

Anayasa'nın 48'inci maddesinde; *“Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır”* ifadesi yer almaktadır. Bu suretle Devletin, sermaye piyasasının güvenli ve istikrarlı işleyişi için gerekli önlemleri alması gerekir.

Bu önlemlerden birini de bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu oluşturur. Zira bu suçla birlikte sermaye piyasasına yönelik yapılan açıklamaların eleştiri ve değerlendirmelerin gerçeği yansıtması, şirketlerin içerisinde buldukları durumu doğru ve etkin bir şekilde piyasaya yansıtmasını sağlanmaya çalışılır. Dolayısıyla gerçeği yansıtmayan bilgilerle yatırımcıların yanlış kararlar almasının önüne geçilerek sermaye piyasasının güvenilir ve şeffaflığı temin edilir. Bu durum aynı zamanda milli ekonomiye ilişkin doğabilecek zararların en aza indirilmesi sonucunu da ortaya çıkartır⁵⁴.

Ekonomik suçlardan biri olan bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda korunmak istenen hukuki değer, milli ekonominin ve yatırımcıların zarara uğramasının önlenmesidir. Öyle ki, yatırımcılar

51 MANAVGAT, s. 37; BAYSAL, s. 102; ÖZGER, s. 34.

52 KÜÇÜKSÖZEN, s. 37; YÜCE, s. 376; SAKİN, s. 41.

53 DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, I, 12. Baskı, İstanbul 1997, s. 333.

54 EVİK, s. 218.

yanlış veya aldatıcı bilgilerle piyasada hatalı kararlar alarak hem kendileri hem de ülke ekonomisi zarara uğramaktadır⁵⁵.

Bu suçla birlikte korunmak istenen hukuki değer sayesinde, kamunun aydınlatılması sağlanarak küçük veya büyük ölçekli yatırımcıların sermaye piyasasına ilişkin güvenleri pekiştirilir⁵⁶. Bu nedenle suçla korunmak istenen hukuki değerle kamunun aydınlatılması ilkesi⁵⁷ birbirini tamamlayan iki unsurdur. Zira manipülatif hareketler suç oluşturmakla birlikte ayrıca kamunun aydınlatılması ilkesini de ihlal etmektedir⁵⁸.

6362 sayılı SPK'nın amacı, sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması olup, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu da koruduğu hukuki değerle, bu amacın gerçekleşmesine yardımcı olur⁵⁹.

B. Suçun Unsurları

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, ekonomik suçlar arasında yer alır. Bu suç SPK'da düzenlenmiş olmasına rağmen uygulanacak genel hükümler bakımından TCK'ya tabidir. Çünkü TCK'nın 5'inci maddesinde; *"Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır"* denilmek suretiyle bu husus ifade edilmiştir⁶⁰. Ezcümle, söz konusu suç tipi her ne kadar SPK'da düzenlenmiş olsa da gerek suçun unsurları gerekse suçun özel görünüş şekilleri bakımından TCK'nın genel hükümlerine tabidir.

I. Maddi Unsurlar

a. Fiil

Suçun maddi unsurlarından olan fiil, kişinin isteğine ve iradesine uygun olarak belirli bir amaçla gerçekleştirilen, dış dünyada etki doğuran icrai veya ihmali insan davranışdır⁶¹.

55 **SADAK, Murat**, Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, İstanbul 2016, s. 66; **DURSUN**, Gerçeğe Aykırılık, s. 271-272; **BAYINDIR**, s. 58; **ÖZGER**, s. 65.

56 **EVİK**, s. 159; **DURSUN**, Gerçeğe Aykırılık, s. 271; **ÇALIŞKAN**, s. 384-385; **ÖZGER**, s. 65.

57 Kamuyu aydınlatma ilkesi, sermaye piyasasındaki yatırımcıların aldatılmalarını önleyip özel sermaye gücünün milli ekonominin gereklerine uygun hareket etmesini sağlayan iç ve dış denetimi kapsamına alan ilkelerin bütünüdür Bkz. **TEKİN/MEMİŞ**, s. 39; **EVİK**, s. 127; **EGE/EGE**, s. 96.

58 **EVİK**, s. 124-125; **ÇALIŞKAN**, s. 385; **ÖZGER**, s. 65.

59 **BAYINDIR**, s. 58; **SADAK**, s. 36.

60 **SADAK**, s. 14.

61 **ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 233; **ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2018, s. 173; **ÖZEN, Muharrem**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 144; **KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018, s. 101; **HAKERİ, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 160; **DEMİRBAŞ, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018, s. 224; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, s. 212.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun fiil unsurunu sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini ve yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, söylenti çıkarılması, haber verilmesi, yorum yapılması, rapor hazırlanması veya bunların yayılması oluşturur⁶². Bu fiillerin nitelik itibarıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı içeriğe diğer bir ifadeyle aldatıcı niteliğe sahip olması gerekir⁶³.

2499 sayılı mülga SPK'da "açıklamakla yükümlü olduğu bilgileri açıklamama" şeklindeki ihmali hareketle bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun işlenmesi mümkündür. Ancak 6362 sayılı SPK ile bu suçun işlenmesinde söz konusu ihmali harekete yer verilmemiş, buna karşılık söylenti çıkarmak ile rapor hazırlamak ya da bunları yaymak hareketleri madde metnine eklenmiştir⁶⁴. Bu nedenle bilgi bazlı piyasaya dolandırıcılığı suçu artık yalnızca icrai hareketlerle (yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak, rapor hazırlamak veya bunları yaymak) işlenebilir⁶⁵.

2499 sayılı mülga SPK'da sermaye piyasası araçlarının değerlerini etkilemek amacı ile hareket edilmesi bu suçu oluşturmaktaydı. Ancak 6362 sayılı SPK ile bu suçu oluşturan unsurlar

62 "... Park alışveriş merkezine ilişkin imar sorunları, satış süreci ve işletme sıkıntıları gibi hususlara yer verilmediği, izahnamenin bir eki olan ve ... Yatırım A.Ş. tarafından hazırlanan 13/01/2011 tarihli fiyat tespit raporunda ...Park alışveriş merkezinin sorunları nedeni ile alışveriş merkezi içerisinde kira geliri elde ediliyor görünen olan, bölüm ve dükkanların boşaltılmış veya terk edilmiş olduğuna ve çoğunluğundan herhangi bir kira geliri tahsilatı yapılamamasına rağmen bu durumun fiyat tespit raporunda dikkate alınmadığı ve sadece kira kontratlarına göre hareket edildiği, bu nedenle fiyat tespit raporunun da gerçeği yansıtmadığı, her ne kadar ... Park alışveriş merkezinin imar sorunları nedeni ile verilen yıkım kararı sonradan kaldırılmış olsa da önemli olan hususun alışveriş merkezinin yıkılması değil bu nedenle dükkanların boşaltılmış ve ... şirketinin elde edeceğini taahhüt ettiği kira gelirlerini elde edememesi olduğu, yine 04/02/2011 tarihli halka arz izahnamesi Sermaye Piyasası Kurulu tarafından onaylanmış ise de 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 6/1. maddesinin son cümlesinde yer alan "İzahnamenin onaylanması, izahnamede yer alan bilgilerin doğru olduğunun Kurulca tekeffülü anlamına gelmeyeceği gibi, söz konusu sermaye piyasası araçlarına ilişkin bir tavsiye olarak da kabul edilemez." şeklindeki düzenleme uyarınca izahnamenin onaylanması içeriğinin tamamen doğru olduğu anlamına gelmeyeceği, ...nın fiyat tespit raporunun hazırlandığı dönemde... Park alışveriş merkezinde bulunan kiracıların bir kısmının sözleşmeleri feshettikleri, bir kısmının habersiz şekilde alışveriş merkezini terk ettikleri, bir kısmının kira faturalarını iade ettikleri ve kira bedellerini ödemedikleri, buna rağmen... fiyat tespit raporunda söz konusu dükkanların dolu olduğu varsayılarak değerlendirme yapıldığı, somut olayda suç tarihinde yürürlükte bulunan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun "Piyasa dolandırıcılığı" başlıklı 107/2. maddesinde yer alan düzenleme gereğince şüphelilerin üzerine atılı suçu işlediklerine dair kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil bulunduğu gözetilerek..." (Yarg. 19. C.D., 2016/108 E., 2017/37 K., 09.01.2017 T., emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.09.2018).

63 MEMİŞ/TURAN, s. 216; EVİK, s. 219; ADIGÜZEL, s. 332; ÖZGER, s. 69.

64 2499 sayılı mülga SPK'da bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu oluşturan "açıklamakla yükümlü olduğu bilgileri açıklamama" şeklindeki ihmali hareketin, 6362 sayılı SPK ile kaldırılmasının olumsuz sonuçlarını önlemek amacıyla, 21/02/2014 tarihinde 28889 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nin 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında; "Kurulun özel durumların açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri kapsamında açıklamakla yükümlü olunan, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgilerin açıklanmaması piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir" şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Böylelikle kişilerin bilgi açıklamama unsurunun kanunda yer almamasından faydalanılarak cezai yaptırımdan kurtulmaları önlenmeye çalışılmıştır. Tebliğ için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140121-17.htm>, Erişim Tarihi: 10.09.2018).

65 DURSUN, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Suçlar ve Kabahatler Hakkındaki Yenilikleri Tebliği; MEMİŞ/TURAN, s. 217; SADAK, s. 68.

genişletilerek, sermaye piyasası araçlarının değerlerini etkileme amacına ilaveten bunların fiyatlarını ve yatırımcıların kararlarını etkileme amaçları da bu suçta konu edilmiştir⁶⁶.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun hangi hareketlerle işlenebileceği kanunda tek tek sayıldığı için, hareketin önemi bakımından bağlı hareketli bir suçtur. Diğer bir ifadeyle, bu suç yalnızca kanunda belirtilen sınırlı sayıda hareketin gerçekleştirilmesiyle işlenebilir. Ayrıca hareketin sayısı bakımından söz konusu suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Kanunda gösterilen hareketlerden birinin gerçekleştirilmesiyle bu suç oluşur. Somut olayda suçu oluşturan hareketlerden birden fazlasının gerçekleşmesi halinde ise, yine tek suç oluşmakla birlikte TCK m. 61 kapsamında temel cezanın belirlenmesinde bu husus nazara alınır. Nihayetinde 6362 sayılı SPK'nın 107'nci maddesinin ikinci fıkrasında sayılan bu suçu oluşturan sınırlı sayıdaki hareketlerin ele alınması gerekir.

- **Bilgi Vermek:** Bilgi; insan zekâsının çalışması sonucu ortaya çıkan düşünce ürünü, malumat, vukuf anlamına gelir⁶⁷. Bu suçu oluşturan hareketlerden biri olan bilgi vermek ise; borsalar veya menkul kıymetleri borsa işlemlerine açık olan şirketlerin parasal veya kişisel durumlarına ilişkin sermaye piyasası araçlarının değerlerini etkileyebilecek nitelikteki yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgilerin başkalarına aktarılmasını ifade eder⁶⁸. Bu bilgiler ilgili şirketin, finansal olarak güçlü başka bir şirketle ortaklık yapacağı veya yeni bir fon sağlandığı şeklinde olumlu nitelikte olabileceği gibi, şirketin zarar etmeye başladığı ya da şirkette grev veya lokavt kararı alınmak üzere bulunduğu şeklinde olumsuz bir yapıda da olabilir⁶⁹. Neticede bu suçu oluşturan bilgi vermek fiilinin konusunu, şirketin sermaye piyasası araçlarının değerlerini etkileyebilecek nitelikteki yalan, yanlış veya yanıltıcı herhangi bir bilgi oluşturur.

- **Söylenti Çıkarmak:** Söylenti; ağızdan ağıza dolaşan, kesinlik kazanmayan haber, rivayet anlamına gelir⁷⁰. 6362 sayılı Kanunla eklenen bu suçu oluşturan hareketlerden biri olan söylenti çıkarmak ise; şirketle ilgili söylentiler çıkartılarak yatırımcıların kararlarını etkilemek suretiyle piyasadaki arz ve talep dengesinden faydalanılarak fiyatların istenilen yöne çekilmesini ifade eder⁷¹. Yatırımcıların, şirketlerin kamuya duyurulan finansal tablo ve bunların analizi yerine

66 **KADIOĞLU, Eyüp**, Sermaye Piyasası Kanunu: Manipülasyondan Piyasa Dolandırıcılığına, Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar, Cilt: 25, Sayı:600, 2015, s. 79

67 www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 28.10.2018.

68 **EVİK**, s. 220; **DURSUN**, Gerçeğe Aykırılık, s. 312; **BAYINDIR**, s. 98; **BAYSAL**, s. 105; **ÖZGER**, s. 61.

69 "... A.Ş yetkilisi olan sanıklar H. G., A. S., ve N. D'nin ... A.Ş hisse senetlerine Sermaye Piyasasında değer kazandırmak amacıyla gerçekte mevcut olmayan hisse senedi satışını varmış gibi göstererek yanıltıcı bilgi haber yayarak, normal işleyişine müdahale niteliğindeki işlem nedeniyle haklarında 2499 sayılı yasanın 47/A-3 maddesine muhalefetten kamu davası açılmıştır. Ancak, hisse senedi satışı gerçekte var olmadığı halde olmuş izlenimi yaratılmak sureti ile hem gerçek dışı olarak yatırımcıyı aldatmaya ve hem de hisse senedi değerini etkileyecek nitelikte olduğunun belirtildiğinden cihetle, özel durum açıklamalarının gerçek dışı ve yatırımcıyı aldatmaya yönelik olup olmadığı, suçun unsurları da dikkate alınarak bu bilgilerin açıklanmasının yatırımcının tasarrufunu etkileyip etkilemeyeceği, belirtilen dönemlerde anılan şirketin İMKB'deki işlem hacmi de nazara alınarak Maliye, Ticaret ve Ceza Hukuku alanında uzman bilirkişilere, sanıkların buldukları durum ve konum itibarıyla sorumlulukları da irdelenerek hukuki durumlarının buna göre tayini gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir" (**Yarg. 7. C.D., 2000/6684 E., 2000/13586 K., 25.10.2000 T.** www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 20.09.2018).

70 www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 29.10.2018.

71 **DURSUN**, Gerçeğe Aykırılık, s. 314.

manipülatif amaçlı söylentileri nazara alarak hareket etmeleri, büyük zararlara uğramalarına neden olur. Bu asılsız söylentiler, şirketin karlılık düzeyinin arttığı şeklinde olumlu yapıda olabileceği gibi şirketin iflas etmek üzere olduğu şeklinde olumsuz yapıda da olabilir.

- **Haber Vermek:** Haber; bir olay, bir olgu üzerine edinilen veya iletişim ya da yayın organları aracılığıyla verilen bilgi anlamına gelir⁷². Bu suçu oluşturan hareketlerden biri olan haber vermek ise; sermaye piyasası araçlarının değerlerini etkileyebilecek nitelikteki genel veya özel bir bilginin yatırımcılara iletilmesini ifade eder. Haber verme fiili, medya aracılığıyla veya yüz yüze konuşmalarla gerçekleştirilebilir. Burada özellikle bu suçu oluşturan bilgi vermek fiili ile haber vermek fiilinin birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Bilgi vermek fiilinin kapsamını yalnızca şirketlerin mali yapısı ve ortakların kişisel ve ailevi durumu oluştururken, haber vermek fiilinin kapsamını ülkede ekonomik kriz olabileceği veya ülkeye karşı ambargo uygulanabileceği şeklindeki genel bir takım yazılı veya sözlü bilgiler oluşturur⁷³. Öte yandan haber verme fiili, basın mensupları açısından hukuka uygunluk sebebi gibi görünse de, esasında bu suçun oluşabilmesi için sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla hareket edilmesi şeklinde özel kast arandığı için, basın mensuplarında böyle bir amaç olmadığı sürece bu suç oluşmaz.

- **Yorum Yapmak:** Yorum; bir olayı belli bir görüşe göre açıklama, değerlendirme anlamına gelir⁷⁴. Bu suçu oluşturan hareketlerden biri olan yorum yapmak ise; bir olay ya da haber üzerinden sermaye piyasası araçlarının değerlerini etkileyebilecek nitelikteki yalan, yanlış veya yanıltıcı olan görüş açıklamalarıdır. Diğer bir ifadeyle bu suçu oluşturan yorum, gerçekleşmiş herhangi bir bilgiye sermaye piyasası araçlarının değerlerini etkileyecek şekilde yalan, yanlış veya yanıltıcı kanaatlerin eklenerek ifade edilmesidir⁷⁵. Buradaki yorum, şirketin karlılık durumuna ilişkin bilgilerin sermaye piyasası araçlarının değerlerini etkileyecek şekilde abartılarak yorumlanması örneğindeki gibi olumlu nitelikte olabilmesine karşılık, şirketin mali olarak zor durumda bulunmasını iflas ettiği şeklinde yorumlanması örneğindeki gibi olumsuz nitelikte de olabilir. Her iki ihtimalde de piyasadaki arz-talep dengesi bozularak fiyatlar istenilen yöne çekilmektedir.

- **Rapor Hazırlamak veya Bunları Yayımlamak:** Rapor; herhangi bir işte, bir konuda yapılan inceleme, araştırma sonucunu, düşünceleri veya tespit edilenleri bildiren yazı, yazanak anlamına gelir⁷⁶. Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu oluşturan seçimlik hareketlere 6362 sayılı Kanunla rapor hazırlamak veya bunları yaymak fiili dâhil edilmiştir. Böylece rapor hazırlayan veya bunları yayan kimselerin, bu fiilleri gerçekleştirirken yorum yapmadıkları şeklindeki savunmalarıyla cezadan kurtulmaları önlenmiştir. Burada faaliyet, denetim veya istatistiki raporlar bu seçimlik hareketin konusunu oluşturur. Dolayısıyla sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini ve yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı olarak bu tür raporların

72 www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 29.10.2018.

73 EVİK, s. 222; DURSUN, Gerçeğe Aykırılık, s. 314; BAYINDIR, s. 99; BAYSAL, s. 107-108; ÖZGER, s. 64.

74 www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 30.10.2018.

75 EVİK, s. 222; DURSUN, Gerçeğe Aykırılık, s. 315; BAYINDIR, s. 99; BAYSAL, s. 108-109; ÖZGER, 64.

76 www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 30.10.2018.

hazırlanması veya bunların yayılması, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu oluşturur. İfade edelim ki, bu seçimlik hareketin oluşabilmesi için hazırlanan veya yayılan raporların tamamen yanlış olması gerekmemektedir. Çünkü bu raporların doğruluk payı olsa bile, yapılış şekilleri itibarıyla başkalarını hataya düşürebilecek nitelikte olması, suçun oluşması açısından yeterlidir.

b. Fail ve Mağdur

Fail, suç tipindeki haksız eylemi gerçekleştiren kimsedir. Suç tiplerinde failerin belirtiliş şekillerine göre suçlar genel, özgü ve bizzat işlenebilen suçlar olarak ayrılır⁷⁷.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda failin vasfı bakımından önem arz eden herhangi bir unsur yoktur, herkes bu suçun faili olabilir. Bu nedenle söz konusu suç, failin belirtiliş şekline göre yapılan ayırmada genel suç sınıfında yer alır⁷⁸. Ancak ifade etmek gerekir ki, bu suç “bilgi vermek” fiiliyle işlenirse, özgü suç niteliği kazanır⁷⁹. Çünkü “bilgi vermek” fiilini yalnızca 6362 sayılı SPK’nın 15. maddesinde sayılan kişiler olan ihraççılar veya ilgili taraflar gerçekleştirebilir⁸⁰.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığının faili, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini ve yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan, rapor hazırlatan veya bunların yayılmasını gerçekleştiren kimselerdir⁸¹.

Tüzel kişilerin yetkililerinin bu suçun faili olabileceği 2499 sayılı SPK’nın 47/A-3. maddesinde açıkça, “gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler” şeklindeki ifadeyle ortaya koyulmuştu. Buna karşılık 6362 sayılı SPK’nın 107/2. maddesinde bu suçtan fail olabilecekler tek tek sayılmamış genel iştirak kuralları ile yetinilmiştir⁸².

Mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişi veya kişilerdir. Sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilir, tüzel kişiler mağdur değil suçtan zarar gören vasfındadır⁸³. Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun mağduru, yatırımcılardır. Devlet ise, burada zarar gören konumundadır. Elbette bu suçun işlenmesiyle milli ekonomi ve yatırımcılar zarara uğramaktadır⁸⁴.

77 ARTUK/GÖKCEN, s. 299; ÖZGENÇ, s. 205; ÖZEN, s. 177; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 114; HAKERİ, s. 139; DEMİRBAŞ, s. 492; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 211.

78 DURSUN, Gerçeğe Aykırılık, s. 327; BAYINDIR, s. 103; ÖZGER, s. 67.

79 EVİK, s. 219; ÖZGER, s. 68.

80 6362 sayılı SPK’nın 15’inci maddesinin birinci fıkrası; “Sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmeler, ihraççılarca veya ilgili taraflarca kamuya açıklanır” şeklindedir.

81 MEMİŞ/TURAN, s. 216; BAYINDIR, s. 103.

82 DURSUN, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Suçlar ve Kabahatler Hakkındaki Yenilikleri Tebliği; SAKİN, s. 72.

83 ARTUK/GÖKCEN, s. 312; ÖZGENÇ, s. 217; ÖZEN, s. 181; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 116; HAKERİ, s. 146; DEMİRBAŞ, s. 562; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 211.

84 BAYINDIR, s. 105.

c. Konu

Suçun konusu, kanuni tanımdaki hareketin yöneldiği, suçun üzerinde gerçekleştiği şeydir. Bu bir nesne olabileceği gibi bir insanın maddi veya manevi varlığı da olabilir⁸⁵.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun konusu SPK m. 107/2'de açıkça belirtilmemiştir. Söz konusu madde de geçen; “*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini ve yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi*” ifadesi, bu suçun konusunun yalnızca sermaye piyasası araçları olduğunu göstermez. Çünkü buradaki sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını ve değerlerini etkileyebilme ifadesi yalan, yanlış ve yanıltıcı bilgilerin niteliğini göstermek için kullanılmıştır. Bu durumda suçun konusunun sadece sermaye piyasası araçları ile sınırlandırılmaması gerekir. Kısaca, suçun konusunun sermaye piyasası araçlarından ibaret olduğu söylenemeyip, söz konusu hareketler çeşitli alanlara ilişkin konulara ait olabilir⁸⁶.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçundan farklı olarak suçun konusunun hareketten etkileniş şekline göre yapılan ayırmda zarar suçları arasında yer alır. Çünkü 6362 sayılı SPK'nın 107'nci maddesinin 2'nci fıkrasına 6637 sayılı Kanun'un⁸⁷ 11'inci maddesiyle, “*menfaat sağlayanlar*” ibaresi eklenmiştir⁸⁸. Böylelikle bu suçun oluşabilmesi için sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan kişilerin, bu hareketler neticesinde bir menfaat elde etmiş olması da gerekir⁸⁹.

d. Netice

Suçun maddi unsurlarından biri olan netice, hareketin dış dünyada ortaya çıkardığı değişikliktir. Suçun düzenlendiği normda netice gösteriliyorsa ceza hukuku bakımından bir önem taşır. Bu nedenle her suçta neticenin unsur olarak bulunması söz konusu değildir⁹⁰.

85 ARTUK/GÖKCEN, s. 315; ÖZGENÇ, s. 213; ÖZEN, s. 183; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 118; HAKERİ, s. 148; DEMİRBAŞ, s. 557; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 211.

86 DURSUN, Gerçeğe Aykırılık, s. 311; Doktrinde bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun konusuna ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun konusunu yalan, yanlış veya yanıltıcı nitelikteki bilgilerdir. Bkz. SADAK, s. 68; Diğer bir görüşe göre ise, bu suçun konusu sermaye piyasası araçlarıdır. Bkz. BAYINDIR, s. 107.

87 07.04.2015 tarihli ve 29319 sayılı Resmi Gazete.

88 2499 sayılı mülga SPK'da bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçundan menfaat temin edilmesi nitelikli hal olarak düzenlenmekteydi. Nitekim mülga SPK'nın 47'nci maddesinin son fıkrası; “*Birinci fıkranın (A), (B) ve (C) bentleri uyarınca verilecek para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olamaz*” şeklindedir.

89 6637 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde işlem bazlı piyasa dolandırıcılığında olduğu gibi bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu da tehlike suçlarındandı. Bkz. SAKİN, s. 66.

90 ARTUK/GÖKCEN, s. 271; ÖZGENÇ, s. 184; ÖZEN, s. 161; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 128; HAKERİ, s. 181; DEMİRBAŞ, s. 245; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 225.

Suçlar neticenin gerçekleşmesine göre sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olmak üzere ikiye ayrılır. Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu 6637 sayılı Kanun⁹¹ değişikliğinden önce sırf hareket suçu olarak nitelendirilmekteydi. Ancak SPK'nın 107'nci maddesinin 2'nci fıkrasında 6637 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle birlikte, suçun oluşabilmesi için yapılması gereken hareketlerin yanına "menfaat elde edilmesi" şartı da eklendi⁹². Böylece bu suçun oluşabilmesi için sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini ve yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, söylenti çıkarılması, haber verilmesi, yorum yapılması, rapor hazırlanması veya bunların yayılması hareketleri neticesinde menfaat sağlanması da gerekir. Dolayısıyla söz konusu suç tipi, hareketi neticeden ayrılabilen neticeli suç haline gelmiştir.

2. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru, gerçekleştirilen hareketle kişi arasındaki maddi olmayan, manevi bir bağı ifade etmektedir. Bir suçta yalnızca maddi unsurların gerçekleşmesi suçun oluşabilmesi için yeterli değildir, manevi bir bağın da bulunması gerekir⁹³.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu yalnızca kasten işlenebilen bir suç olup, taksirle işlenebilmesi mümkün değildir⁹⁴. Çünkü taksirli sorumluluk hali istisnai olduğu için kanunda açıkça suçun taksirli halinin düzenlenmesi gerekir (TCK m. 22/1). Nitekim söz konusu suç tipinin taksirle işlenişi 6362 sayılı SPK'da düzenlenmemiştir.

6362 sayılı SPK'nın 107'nci maddesinin 2'nci fıkrası suçu oluşturan hareketlerin "*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla*" yapılmış olması gerektiğini ifade ederek, suçun gerçekleşmesi için aynı zamanda saik unsurunu aramıştır. Dolayısıyla söz konusu suçun oluşabilmesi için bu hareketlerin bilerek ve istenerek yapılmasının yanında kişilerin sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileme şeklinde özel kastlarının⁹⁵ da bulunması gerekir⁹⁶. Böylece 6362 sayılı SPK m. 107/2'de bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşabilmesi için özel kast arayarak, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacı olmayan, iyiniyetli piyasa yorumcularına daha fazla hareket imkanı tanımaktadır⁹⁷.

91 7 Nisan 2015 tarihli ve 29319 sayılı **Resmi Gazete**.

92 Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin hareketleri gerçekleştiren kişilerin elde ettiği menfaatin parasal nitelikte olması gerekir. Zira bu suç, ekonomik suçlar arasında olduğu için elde edilen menfaatin parasal bir karşılığının olması gerekir. Bkz. **SAKİN**, s. 66.

93 **ARTUK/GÖKCEN**, s. 324; **ÖZGENÇ**, s. 236; **ÖZEN**, s. 188; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 145-146; **HAKERİ**, s. 224.

94 **DURSUN**, Gerçeğe Aykırılık, s. 328; **YENİDÜNYA**, s. 89; **BAYINDIR**, s. 114; **SAKİN**, s. 67.

95 Kural olarak bütün suçlarda bulunması gereken genel kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek icra edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Özel kast ise, suçun kanuni tanımında kişinin kastı dışında ayrıca belirli bir amaçla hareket etmesinin arandığı hallerdeki kasta denir. Bkz. **ARTUK/GÖKCEN**, s. 352; **HAKERİ**, s. 242; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, s. 262; **DEMİRBAŞ**, s. 386-387.

96 **YENİDÜNYA**, s. 89; **SADAK**, s. 68; Sermaye Piyasası Kurulu Basın Duyuruları, Yeni Sermaye Piyasası Kanununda Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığına İlişkin 07.01.2013 tarihli Açıklama, <http://www.spk.gov.tr/Duyuru/Dosya/20130107/1>, Erişim Tarihi: 21.03.2018.

97 Sermaye Piyasası Kurulunun 07.01.2013 tarihli Yeni Sermaye Piyasası Kanununda Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığına

2499 sayılı mülga SPK'nın 47/I.A-3 maddesinde⁹⁸ ise, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığını oluşturan hareketler genel hatlarıyla ifade edilerek, suçun oluşması için failde genel kastın haricinde ayrıca özel kast aranmamıştı. Bu nedenle 2499 sayılı Kanun'daki söz konusu düzenlemede, suçu oluşturan hareketleri gerçekleştiren kimselerin amacına bakılmaksızın bilginin “*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek*” nitelikte olması yeterli görülmüştü.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun olası kastla işlenebilmesi mümkün değildir⁹⁹. Çünkü eylemin belirli bir amaç veya saikle işlenmesinin arandığı suçlarda, fiil olası kastla gerçekleştirilemez¹⁰⁰. Nitekim bu suçta, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileme amacı aranır.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun kanuni tanımındaki hareketleri gerçekleştiren kimse; verdiği bilginin, yaydığı haberin veya yaptığı yorumun doğru olduğunu sanarak hareket etmesi halinde, suçun maddi unsurlarında hata hali söz konusu olur. Dolayısıyla burada kişi kasten hareket etmiş sayılmaz, bu suçun taksirli hali de mevcut olmadığı için cezai sorumluluğu doğmaz (TCK m. 30/1)¹⁰¹.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmesiyle birlikte karine olarak hukuka aykırılık unsurunun da gerçekleştiği kabul edilir. Bu nedenle ortaya çıkan hukuka aykırılık karinesini ortadan kaldıracak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı önem arz eder¹⁰².

6362 sayılı SPK'nın 108'inci maddesinde bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçlarına ilişkin hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir¹⁰³. Burada madde başlığı her ne kadar piyasa

İlişkin Açıklaması, bkz. <http://www.spk.gov.tr/Duyuru/Index/du001>, Erişim Tarihi: 21.03.2018.

98 2499 sayılı SPK'nın 47/I.A-3 maddesi şu şekildedir; “*Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*”

99 BAYINDIR, s. 115; SAKİN, s. 69.

100 ARTUK/GÖKCEN, s. 353; ÖZEN, s. 198; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 182-183; HAKERİ, s. 248; DEMİRBAŞ, s. 387; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 272.

101 EVİK, s. 246.

102 DURSUN, Gerçeğe Aykırılık, s. 331.

103 6362 sayılı SPK'nın bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı sayılmayan haller başlıklı 108'inci maddesi; “*Aşağıdaki hâller bilgi suistimali veya piyasa dolandırıcılığı sayılmaz: a) TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmi kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması b) Kurul düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay endirgeme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi c) Kurulun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi*” şeklindedir. Bu hukuka uygunluk sebeplerini kanun hükmünü icra (TCK m. 24/1) veya hakkın icrası (m. 26/1) hukuka uygunluk sebeplerine örnek olarak kabul etmek gerekir. Bkz. YENİDÜNYA, s. 89-90.

dolandırıcılığı suçunu kapsayacak şekilde olsa da, esasında bu ifadeden anlaşılması gereken işlem bazlı piyasa dolandırıcılığıdır. Çünkü SPK m. 108'de düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri incelendiğinde, bunların işlem bazlı olarak ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla buradaki hukuka uygunluk nedenleri bilgi suistimali ve işlem bazlı piyasa dolandırıcılığına ilişkindir.

İfade etmek gerekir ki, SPK'daki suçlar açısından hukuka uygunluk nedenleri bu Kanun'un 108'inci maddesinde ifade edilenlerden ibaret değildir. Diğer bir ifadeyle, genel hukuka uygunluk sebepleri de şartları mevcut olduğu sürece bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda pekâlâ uygulanabilir.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu oluşturan hareketler genel hukuka uygunluk sebeplerinden olan ifade özgürlüğü açısından değerlendirildiğinde, öncelikle kanun koyucunun buradaki amacının sermaye piyasası ile ilgili haberleri engellemek değil, milli ekonomiyi ve yatırımcıları korumak olduğu ifade edilmelidir. Dolayısıyla sermaye piyasası araçları ile ilgili bilgi verme yükümlülüğü altında bulunan kimselerin sermaye piyasasına ilişkin doğru açıklamalarda bulunması, bunların ifade özgürlüğü kapsamında kalması nedeniyle söz konusu suçu oluşturmaz¹⁰⁴.

Son olarak bu suçu oluşturan hareketler haber verme hakkı bakımından değerlendirildiğinde, bu hakkın söz konusu suçta hukuka uygunluk sebebi olabilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü bu hakkın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için verilen bilgilerin veya haberlerin, yapılan yorumların, hazırlanan raporların en azından gerçeği yansıtması gerekir. Fakat bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşabilmesi, yapılan yorum veya haberlerin yalan, yanlış veya yanıltıcı nitelikte olmasını gerektirdiği için, bu suçta haber verme hakkının hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir¹⁰⁵.

C. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Suçun kanuni tanımında belirlenmiş olan fiilin icrasına elverişli hareketlerle başlanmış olmasına rağmen bu fiille ilgili icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da icra hareketleri tamamlanmış olmakla birlikte, suç tipinde ayrı bir unsur olarak belirtilen hallerde neticenin gerçekleşmemiş olmasına teşebbüs denir¹⁰⁶.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu 6362 sayılı SPK'nın 107'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yapılan değişiklikle birlikte neticeli suç haline gelmiştir¹⁰⁷. Bu nedenle bu suçta hareket ve neticenin ayrılabilmesi mümkündür.

104 BAYINDIR, s. 122.

105 EVİK, s. 242-243.

106 ARTUK/GÖKCEN, s. 616-617; ÖZGENÇ, s. 485; ÖZEN, s. 325; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.414; HAKERİ, s. 497; DEMİRBAŞ, s. 460; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 447.

107 İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu ise, doktrindeki bir görüşe göre; sırf hareket suçu niteliğinde olduğu için

Kanunda belirtilen seçimlik hareketlerin yapılmasıyla birlikte menfaat sağlanamamış ise, bu suç teşebbüs aşamasında kalmış olur¹⁰⁸. Zira bu suçun oluşabilmesi için kanunda belirtilen hareketlerin yapılmasının yanında “menfaat sağlama” neticesinin de ortaya çıkması gerekir.

2. İştirak

Kanunda suç olarak düzenlenen bir fiilin, niteliği gereği tek kişi tarafından işlenebilmesine rağmen, birden fazla kişinin aralarında yaptıkları anlaşma gereği fiilin oluşumuna illi değere haiz katkıda bulunarak suçu birlikte işlemelerine iştirak denir¹⁰⁹.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu çok failli suçlardan olmadığı için, tek kişi tarafından müstakil faillik şeklinde işlenebileceği gibi birden fazla kişinin katılımıyla müşterek faillik şeklinde de işlenebilir. Dolayısıyla bu suçta iştirakin her çeşidinin ortaya çıkması mümkündür¹¹⁰.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, faillğin diğer bir çeşidi olan dolaylı faillik şeklinde de işlenebilir. Bu halde fail, bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle suçu işler, arka plandaki kişi suçun faili olarak sorumlu olur (TCK m. 37/2). Bu hususa, iyi niyetli üçüncü kişi vasfında olan medya mensuplarının yanlış bilgilendirilmesi suretiyle sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek bilgi, haber ya da yorumun yayın araçları vasıtasıyla kamuya duyurulması örnek olarak gösterilebilir¹¹¹.

İfade edelim ki, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun işlenişine sorumluluk statüsü bakımından şeriklik vasfıyla azmettiren ve yardım eden olarak katılmak mümkündür. Nitekim sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini ve yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan, rapor hazırlatan veya bunları yayan kimsenin, bu hareketleri gerçekleştirme hususunda hiçbir düşüncesi olmamasına rağmen bir başkası tarafından bu suçu işleme kararı verdirilebilir. Bu durumda bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna azmettirme söz konusu olup, bağlılık kuralı gereği fail ile birlikte azmettiren de bu suçun cezası ile cezalandırılır (TCK m. 38/1).

Söz konusu suçun işlenişine müşterek faillik boyutuna ulaşmayacak şekilde kasten maddi veya manevi nitelikte destekte bulunan kişi ise, bağlılık kuralı gereğince yardım eden olarak sorumlu

bu suçu oluşturan seçimlik hareketlerin yapılmayla birlikte suç tamamlanır. Bu nedenle icra hareketleri kısımlara ayırlamayan işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu teşebbüse elverişli değildir. Bkz. MEMİŞ/TURAN, s. 219; EVİK, s. 182; Diğer bir görüşe göre; sırf hareket suçu niteliğinde olan işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun icra hareketleri kısımlara ayrılabilirdiği için teşebbüse elverişlidir. Zira özellikle borsadaki alım ve satım işlemlerinde müşteri emrinin verilmesi, bu emrin borsaya aktarılması ve borsada karşıt emirlerle eşleşmesi şeklinde aşamalı söz konusu olduğu için, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin hareketlerin kısımlara ayrılabilmesi mümkündür. Bkz. DURSUN, Gerçeğe Aykırılık, s. 298.

108 SAKİN, s. 70.

109 ARTUK/GÖKCEN, s. 662; ÖZGENÇ, s. 517; ÖZEN, s. 343; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 446; HAKERİ, s. 545; DEMİRBAŞ, s. 497; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 513.

110 DURSUN, Gerçeğe Aykırılık, s. 337; EVİK, s. 248; BAYSAL, s. 139; ÖZGER, s. 81.

111 DURSUN, Gerçeğe Aykırılık, s. 338; ÖZGER, s. 81.

tutulur (TCK m. 39). Örneğin, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını etkilemek amacıyla yalan haber vermek isteyen kimseye, fiilin işlenişinde kullanılan bu nitelikteki haberleri oluşturan diğer bir kimse, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda yardım eden olarak sorumlu olur.

3. İçtima

Suçların içtimaı, işlenen her suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verilmeyip, bunların ya tek suç kabul edilerek cezalarının artırılmasına ya da işlenen suçlardan en ağır cezayı gerektireninden ceza verilmesine denir¹¹². Diğer bir ifadeyle içtima, aynı veya farklı nitelikteki birden fazla suçun tek bir kişide toplanmasını ifade eder.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu oluşturan seçimlik hareketlerin aynı olayda birden fazlasının gerçekleşmesi halinde, ortada yine tek suç vardır¹¹³. Çünkü seçimlik hareketli suçlarda, suçun oluşabilmesi için hareketlerden birinin yapılması yeterli olup, gerçekleşen diğer seçimlik hareketler cezalandırılmayan sonraki hareketler kapsamında kalır¹¹⁴. Fakat aynı olayda birden fazla seçimlik hareketin gerçekleşmesi, TCK'nın 61'inci maddesi gereğince temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşılmasını gerektirir.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu ile işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun birlikte işlenmesi mümkündür. Bu halde her bir suçun cezası ayrı ayrı verilerek gerçek içtima kuralı uygulanmalıdır¹¹⁵.

Bir suç işleme kararı kapsamında aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç söz konusu olur (TCK m. 43/1). Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun da zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür¹¹⁶. Örneğin, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini ve yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı haberlerin belirli aralıklarla tekrarlanması halinde, birden fazla kez bu suçu oluşturan hareketler ortaya çıkmasına rağmen zincirleme suç hükümleri uygulanarak, tek bir bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçundan artırılarak ceza verilir.

112 ARTUK/GÖKCEN, s. 723; ÖZGENÇ, s. 588; ÖZEN, s. 374; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 506-507; HAKERİ, s. 610; DEMİRBAŞ, s. 537; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 549.

113 Seçimlik hareketli suçların ortak özelliği kanunda belirtilen hareketlerin biriyle suçun işlenebilmesinin mümkün olmasıdır. Ancak failin kanunda belirtilen seçimlik hareketlerin birden fazlasını gerçekleştirmesi halinde, faile yine tek bir ceza verilir. Çünkü bu durumda suç oluşturan birden fazla seçimlik hareketin gerçekleşmesiyle ihlal sayısınca suçun bulunması görünüştedir. Esasında norm bir defa ihlal edilmiş olup, ortada tek suç vardır. Bkz. EVİK, s. 247.

114 DURSUN, Gerçeğe Aykırılık, s. 339.

115 EVİK, s. 247; BAYSAL, s. 140.

116 DURSUN, Gerçeğe Aykırılık, s. 342-343; BAYINDIR, s. 128.

D. Soruşturma Usulü

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, 6362 sayılı SPK'nın 115'inci maddesi uyarınca özel soruşturma usulüne tabidir¹¹⁷. Buna göre, bu suçtan dolayı soruşturma yapılabilmesi için Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulması gerekir¹¹⁸. Buradaki yazılı başvuru muhakeme şartı olup, başvuru olmaksızın kamu davası açılmaz¹¹⁹.

Kurul'un başvuru hususunda takdir yetkisi yoktur. Çünkü bu suçun işlendiğine ilişkin şüpheler varsa Kurul'un başvuruda bulunması gerekli olup, aksi takdirde TCK'nın 279'uncu maddesi (kamu görevlisinin suç bildirmemesi) kapsamında eylemi suç teşkil eder¹²⁰.

İfade edelim ki, Kurul'un yazılı başvurusu mevcut muhakeme şartlarından herhangi birinin kapsamına girmemektedir. Nitekim bu başvuru muhakeme şartları açısından ele alındığında; öncelikle bunun şikayet olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Çünkü SPK'daki suçlar şikayete tabi olmadığı gibi Kurul burada suçtan zarar gören konumunda da değildir. Öte yandan buradaki yazılı başvurunun izin olarak değerlendirilebilmesi de mümkün değildir. Çünkü iznin verilmesini Cumhuriyet savcılığı yetkili merciden ister. Oysa Kurul'un yazılı başvurusunda savcılığın herhangi bir istemi olmadan, Kurul kendiliğinden başvurur. Son olarak, bu başvurunun talep olarak değerlendirilebilmesi de mümkün değildir. Çünkü yetkili mercinin talebiyle Cumhuriyet savcısının kamu davası açması zorunludur. Buna karşılık Kurul'un yazılı başvurusu halinde Cumhuriyet savcısının böyle bir zorunluluğu bulunmamaktadır, pekâlâ kovuşturmayaya yer olmadığı kararı da verebilir.

117 6362 sayılı Kanun'un "Yazılı Başvuru ve Özel Soruşturma Usulü" başlıklı 115'inci maddesi; "Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır. Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada Cumhuriyet savcısı, Kurul meslek personelinden yararlanabilir. Bu suçlardan dolayı şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alınması sırasında Kurul meslek personelinin de hazır bulunması sağlanabilir. Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesi hâlinde, Kurul bu karara karşı itiraza yetkilidir" şeklindedir.

118 SPK'da düzenlenen suçlar bakımından özel kovuşturma usulünün öngörülmesinin iki amacı vardır. İlk olarak SPK'ya aykırı hareket edenlerin cezai kovuşturmasına hız kazandırmak amaçlanmıştır. İkincisi ise, halka açık şirketler ve diğer sermaye piyasası kurumları nezdinde Sermaye Piyasası Kurulunun etkinliği pekiştirilmiştir. Bkz. ŞENSOY, s. 391.

119 "2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 49 uncu maddesi gereğince, aynı yasanın 47 nci maddesinde öngörülen suçlar nedeniyle soruşturma yapılmasının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet Savcılığına yapılacak yazılı başvuruya olanaklı olup yazılı başvuruya binaen başlatılan soruşturma sonucunda verilecek kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı Sermaye Piyasası Kurulunun, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 173 üncü maddesi gereğince itiraza yetkili olduğu gözetilmeden itirazın esastan incelenmesi yerine Sermaye Piyasası Kurulunun itiraza konu kararda müşteki olarak gösterilmediğinden bahisle itirazın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 7. C.D., 2007/8269 K., 2008/760 K., 06.02.2008 T).

120 Sermaye Piyasası Kurulu, SPK'da düzenlenen suçların işlendiği hususunda bir şüpheye sahipse görevi C. Savcılığına yazılı başvuruda bulunmaktır. Burada Kurul'a böyle bir yetkinin verilmesinin sebebi, SPK'daki suçları oluşturmayan fiillere dahi savcılıkların doğrudan soruşturmaya başlamalarının önüne geçilmesini sağlayarak, Kurul'a bir süzgeç görevi vermektir. Bkz. YENİDÜNYA, s. 92.

Kurul'un yazılı başvurusunu, devletin, savcılığı dava açmağa mecbur bırakmayacak surette mahsus makamları vasıtası ile yaptığı şikâyet olarak tanımlanan "müracaat" şeklinde nitelendirilmek en doğru olanıdır. Zira bu müracaatın, dava zamanaşımı süresi haricinde herhangi bir süreye tabi olmadan yapılabilmesi ve geri alınabilmesinin mümkün olmaması ile savcılığı dava açmaya mecbur bırakmaması, Kurul'un yaptığı yazılı başvurunun özelliklerini yansıtmaktadır¹²¹.

Kurul'un yazılı başvuruyu hangi sürede yapacağı SPK'da düzenlenmemiştir. Ancak burada en geç bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun tabi olduğu sekiz yıllık dava zamanaşımı süresi içinde talepte bulunulması gerekir. Kurul yazılı olarak başvurduktan sonra artık bu başvurusunu geri alamaz.

Belirtelim ki, burada Kurul'a verilen yetki savcılık değil, adli kolluk yetkisi olarak değerlendirilmelidir. Çünkü Kurul yazılı başvuruyu savcılığa yapmaktadır¹²².

Sermaye Piyasası Kurulu'nun yazılı başvurusu üzerine kamu davası açılarak hazırlanan iddianame mahkemece kabul edilirse kovuşturma evresine geçilir. Bununla birlikte iddianamenin bir örneği Kurul'a tebliğ edilir ve aynı zamanda Kurul katılan sıfatını alır¹²³.

Kural olarak katılan sıfatının kazanılması, katılma talebinin yargılama makamınca olumlu karara bağlanması ile mümkündür. Ancak burada istisnai olarak Kurul'un başvurusu üzerine kamu davasının açılması halinde herhangi bir karara ihtiyaç duyulmaksızın, Kurul kendiliğinden katılan sıfatını kazanır. Bu suretle Kurul'un SPK'da düzenlenen suçlar bakımından etkinliği artırılmıştır.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin yapılan soruşturmada Cumhuriyet savcısı, Sermaye Piyasası Kurulu'nun meslek personelinden faydalanabilir. Diğer bir ifadeyle, bu suçtan dolayı Cumhuriyet savcısı, şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadelerini alırken Kurul meslek personelinden yararlanabilir ve bu kişileri hazır bulundurulabilir (SPK m. 115/3).

121 KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2010, s. 89; ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2018, s. 44; DURSUN, Gerçeğe Aykırılık, s. 133-134; Doktrindeki karşı görüşe göre ise, Kurul'un yaptığı yazılı başvuru şikâyet değil, "talep" olarak nitelendirilmelidir. Çünkü SPK'da düzenlenen suçlar şikâyete tabi olmadığı gibi bu suçların mağduru da Kurul değildir. Sonuç olarak SPK'nın 115'inci maddesinde geçen "yazılı başvuru" ifadesinin, "talep" muhakeme şartı olarak değerlendirilmesi gerekir. Bkz. ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/GEZER, Özge Sırma/KIRIT, Yasemin F. Saygılar/ÖZAYDIN, Özdem/AKCAN, Esra Alan/TÜTÜNCÜ, Efser Erden /ALTINOK VILLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 53; GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 78.

122 GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 78.

123 2499 sayılı mülga SPK'nın "usul hükümleri" başlıklı 49'uncu maddesi; "47'nci madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru ile Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır" şeklindedir. Burada dava açılmadan önce soruşturma evresinde Kurul'un yazılı başvuruda bulunmasıyla, aynı zamanda Kurul'un katılan sıfatını alacağı düzenlenmekteydi. Ancak 5271 sayılı CMK'nın 237'nci maddesi uyarınca katılan sıfatının, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinde hüküm verilmeye kadar kazanılabilmesi mümkündür. 6362 sayılı SPK'nın 115'inci maddesiyle bu husustaki CMK'ya aykırılık giderilmiştir. Bkz. ŞENSOY, s. 392.

Bu suçun soruşturması neticesinde Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi halinde, Sermaye Piyasası Kurulu bu karara karşı onbeş gün içinde, kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir (SPK m. 115/4).

Bu suçtan dolayı yargılama yapmaya Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleri yetkilidir (SPK m. 116).

E. Yaptırım

6362 sayılı SPK'nın 107'nci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlendiği üzere, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen kimseler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suç karşılığında öngörülen hapis cezası 1 yıldan fazla olduğu için, nitelik itibarıyla uzun süreli hapis cezasıdır (TCK m.49/2).

2499 sayılı mülga SPK'da bu suçun cezası, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası olarak belirlenmişti. Yeni SPK'da ise bu suçun hapis cezası süreleri önceki kanunla aynı şekilde düzenlenmesine karşılık adli para cezası beş bin güne indirilmiştir¹²⁴.

6362 sayılı SPK'nın 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle 2499 sayılı SPK tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak istisnai olarak 30.12.2012 tarihinden önce işlenen SPK kapsamında kalan suçlar için önceki ve sonraki yasaların cezaları tüm yönleriyle karşılaştırılmak suretiyle somut olaya uygulanarak, failin lehine olan kanunun uygulanması gerekir¹²⁵.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun bir tüzel kişiliğin yararına işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında SPK'nın 114'üncü maddesi uyarınca tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir (TCK m. 60).

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda SPK'nın 107'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında etkin pişmanlık halleri düzenlenmiştir. Buna karşılık bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda etkin pişmanlık halleri SPK'da yer almamıştır. İfade edelim ki, SPK m. 107/3'de düzenlenen etkin pişmanlık hallerinin bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna uygulanabilmesi mümkün değildir.

¹²⁴ SAKİN, s. 72; ÖZGER, s. 85; ÇETİN, s. 455.

¹²⁵ "Mahkeme kararının gerekçesinde 6362 sayılı Kanun'un sanık lehine olmadığından 2499 sayılı Kanuna göre cezalandırılmasına karar vermek gerektiği belirtilmesine rağmen hükmün 6362 sayılı Kanuna göre kurularak çelişkiye düşüldüğü gibi; Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 2014/3180 E., 2014/10522 K., sayılı; "Hükümden sonra 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve aynı gün yürürlüğe giren 30.12.2012 gün ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 139. maddesi ile 30.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu tümüyle yürürlükten kaldırılıp 6362 sayılı Kanunla suç teşkil eden eylemlerin unsurlarının ve yaptırımlarının yeniden düzenlendiğinin anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK'nın 7/2. maddesi uyarınca 2499 sayılı ve 6362 sayılı Kanunların bütün hükümleri ayrı ayrı olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle denetime olanak sağlayacak biçimde lehe olan yasa hükmünün belirlenmesinden sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi" gerektiğine ilişkin bozma kararına rağmen, 2499 ve 6362 sayılı Kanunların somut olaya ayrı ayrı uygulanarak hangisinin sanık lehine olduğunun tespiti yapılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması" (Yarg. 19. C.D., 2017/2307 E., 2017/3332 K., 12.04.2017 T.).

Çünkü bu maddede açıkça 107'nci maddenin 1'inci fıkrasında düzenlenen suç için (işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı) etkin pişmanlık halinin uygulanacağı vurgulanmıştır. Bu nedenle bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda etkin pişmanlık hali söz konusu değildir¹²⁶.

SONUÇ

6362 sayılı SPK'nın 1'inci maddesinde ifade edildiği üzere, Sermaye Piyasası Kanunu'nun getiriliş amacı; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf ve rekabetçi bir ortamda bulunması ve yatırımcıların haklarının korunması için sermaye piyasasının düzenlenerek, denetlenmesidir.

SPK'nın bu amaçlarının gerçekleştirilebilmesi, sermaye piyasasındaki fiyatların her türlü suni etkiden uzak, doğal oluşum içinde belirlenmesine bağlıdır. Bunun sağlanabilmesi ise, piyasadaki fiyatlanmalara ilişkin manipülatif hareketlere karşı etkin ve caydırıcı mücadeleyle mümkündür. Zira piyasadaki manipülatif hareketler, piyasadaki fiyat mekanizmasına müdahale ederek fiyatların doğal oluşumunu bozar.

Sermaye piyasasındaki fiyatların doğal oluşum içinde belirlenmesini sağlamak amacıyla manipülatif hareketlere karşı etkin ve caydırıcı şekilde yürütülen mücadelelerden biri de, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuyla yerine getirilir. Çünkü ekonomik suçlardan biri olan bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda korunmak istenen hukuki değer, milli ekonominin ve yatırımcıların zarara uğramasının önlenmesidir.

2499 sayılı SPK'da "açıklamakla yükümlü olduğu bilgileri açıklamama" şeklindeki ihmali hareketle bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun işlenmesi mümkündür. Ancak 6362 sayılı SPK ile bu suçun işlenmesinde söz konusu ihmali harekete yer verilmemiştir. Bu nedenle bilgi bazlı piyasaya dolandırıcılığı suçu artık yalnızca icrai hareketlerle (yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak, rapor hazırlamak veya bunları yaymak) işlenebilir.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu 6637 sayılı Kanun değişikliğinden önce sırf hareket suçu olarak düzenlenmekteydi. Ancak 6362 sayılı SPK'nın 107'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yapılan değişiklikle birlikte suçun oluşabilmesi için yapılması gereken hareketlerin yanına "menfaat elde edilmesi" şartı eklendi. Böylece bu suçun oluşabilmesi için sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini ve yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, söylenti çıkarılması, haber verilmesi, yorum yapılması, rapor hazırlanması veya bunların yayılması hareketleri neticesinde menfaat sağlanması da gerekir. Böylelikle buradaki hareketler neticeden ayrılabilirdi için, bu suç teşebbüse elverişli hale gelmiştir.

6362 sayılı Kanun'un 115'inci maddesi ile artık HSK tarafından sermaye piyasası suçlarına ilişkin asliye ceza mahkemelerinin ihtisas mahkemesi olarak yetkilendirilmesinin önü açılmış olsa da, ileri ki süreçte salt yetkilendirme ile mahkemelerin ihtisaslaşamayacağı ve getirilen düzenlemenin

126 YENİDÜNYA, s. 90; ŞENSOY, s. 392.

şu anki haliyle uyuşmazlıkların usul ekonomisi de dikkate alınarak zamanında çözüme kavuşturulmasında yeterli olamayacağı düşünülmektedir.

Kanaatimizce sermaye piyasası hukuku alanında hem ceza hem de hukuk ihtisas mahkemelerinin bir Kanun ile kurulması, sayılarının arttırılması ve buna paralel olarak (*basın savcılığı gibi*) ihtisas savcılıklarının da oluşturulması isabetli olur. Bu yöntem, soruşturma aşamasında uzman kişilerce delillerin tespitini, toplanmasını, değerlendirilmesini ve iddianamenin hazırlanmasını, kovuşturma aşamasında dosyaya bakacak hakime de ışık tutarak daha sağlıklı kararların alınmasını ve sermaye piyasası hukuku alanında içtihat oluşmasını sağlayacaktır. Böylece hem yatırımcının piyasaya duyduğu güven artacak hem de piyasa dolandırıcılığından uzak, güvenli bir ortamda yapılan yatırımlar neticesinde piyasa gelişerek ekonominin de büyümesine katkıda bulunulacaktır.

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, Burak**, Sermaye Piyasası Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018.
- AYDIN, Zeynep**, Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyonlara İlişkin Müeyyideler, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.
- BAYINDIR, Sinan**, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, İstanbul 2011.
- BAYSAL, İbrahim Onur**, Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- ÇALIŞKAN, M. M. Tuncer**, *Borsa İstanbul'da Manipülasyon: 2001 – 2013 Yılları Arasında İşlem Yasaklılarının Profili*, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, Cilt: 13, Sayı:1, Ocak 2015.
- ÇETİN, Nusret**, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Yatırımcıların Korunması, 6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu İşığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 6-7 Haziran 2013.
- DEMİRBAŞ, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018.
- DÖNMEZER, Sulhi/Sahir, ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, I, 12. Baskı, İstanbul 1997.
- DURUN, Selman**, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, İstanbul 2010.
- DURUN, Selman**, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Suçlar ve Kabahatler Hakkındaki Yenilikleri Tebliği, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2013.
- EGE, İlhan/EGE, Önder**, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması, Ankara 2017.
- EĞİLMEZ, Mahfi**, Spekülasyon ve Manipülasyon Nedir; ekonomide panik atak nasıl önlenir?, <http://t24.com.tr/haber/mahfi-egilmez-anlatti-spekulasyon-ve-manipulasyon-nedir-ekonomide-panik-atak-nasil-onlenir,679116>.
- EVİK, A. Hakan**, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon Suçları), Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- FISCHEL, Daniel R./ROSS, David J.** "Should the Law Prohibit 'Manipulation' in Financial Markets?" *Harvard Law Review*, vol. 105, no. 2, 1991, pp. 503–553. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/1341697.
- GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2018.
- GÜNDOĞDU, Aysel**, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2015.
- HAKERİ, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017.
- KADIOĞLU, Eyüp**, Sermaye Piyasası Kanunu: Manipülasyondan Piyasa Dolandırıcılığına, Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar, Cilt: 25, Sayı:600, 2015.
- KARACAN, Ali İhsan**, Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar, I, İstanbul 2017.
- KILIÇ, Saim**, Sermaye Piyasası Düzenlemelerinde Fayda Maliyet Analizleri: Teoriler, Araçlar ve Türkiye Üzerine Ampirik Bir Çalışma, İstanbul 2008.
- KIRCA, İsmail**, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara 2000.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018.
- KORSMO, Charles R.**, Mismatch: The Misuse of Market Efficiency in Market Manipulation Class Actions, 52 Wm. & Mary L. Rev. 1111 (2011).

- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2010.
- KÜÇÜKKOCAOĞLU, Güray**, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda Gün İçi Getiri, Volatilite ve Kapanış Fiyatı Manipülasyonu, Ankara 2005.
- KÜÇÜKSÖZEN, Cemal**, "Finansal Bilgi Manipülasyonu Nedenleri, Yöntemleri, Amaçları, Teknikleri, Sonuçları Ve İMKB Şirketleri Üzerine Ampirik Bir Çalışma", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2004.
- MANAVGAT, Çağlar**, Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara 2008.
- MEMİŞ, Tekin/TURAN, Gökçen**, Sermaye Piyasası Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- ÖZCAN, Rasim**, Hisse Senedi Piyasalarında Manipülasyon Stratejileri, İMKB Dergisi, Sayı: 49, İstanbul 2013.
- ÖZEN, Muharrem**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 2. Baskı, Ankara 2018.
- ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2018.
- ÖZGER, Emine Barut**, Sermaye Piyasası Kanununda Manipülasyon Suçu, Ankara 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/GEZER, Özge Sırma/KIRIT, Yasemin F. Saygılar/ÖZAYDIN, Özdem/AKCAN, Esra Alan/TÜTÜNCÜ, Efser Erden /ALTINOK VILLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018.
- SADAK, Murat**, Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, İstanbul 2016.
- SAKİN, Sinan**, Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, International Journal of Legal Progress, 2016.
- STOLOWY, Hervé/BRETON, Gaétan**, (2004) "Hesaplar Manipülasyonu: Bir Literatür Taraması ve Önerilen Kavramsal Çerçeve", Muhasebe ve Finans İncelemesi, Vol. 3 Sayı: 1.
- ŞAHİN, Cumhuriyet/GÖKTÜRK, Neslihan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2018.
- ŞENSOY, Deniz**, Manipülasyon; Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3.
- TERCAN, Erkan**, Transaction Based Market Manipulation Crime and the Discussion on the Suitability of the Action, 26 Banka Huk. Dergisi, S. 163 (2010).
- UĞURLU, Erdoğan**, Yazılı Basının Hisse Senetleri Piyasası Üzerindeki Etkisi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002.
- YENİDÜNYA, A. Caner**, "Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler", in: İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi (12-14 Haziran 2012), Konferans Bildiri Kitabı, (Editörler: A. Caner Yenidünya, Mustafa Erkan, Rayhan Asat) Nisan 2013.
- YILDIRIM, Evrim**, Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2.
- YILMAZ, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, 6. Baskı, Ankara 2016.
- YÜCE, Aydın Alper**, Sermaye Piyasasında Manipülasyon, TBBB, S: 98, Ankara 2012.
- www.tdk.gov.tr
- www.mevzuat.spk.gov.tr
- www.emsal.yargitay.gov.tr

Tanzimat Sonrası Vergi Reformlarının Anayasal Vergilendirme İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Evaluation of Post-Tanzimat Tax Reforms within the Frame of Constitutional Taxation Principles

Berrin GÜNAY*
Asım Furkan TEKİR**

Öz

Günümüz vergi hukukunun köklerini ve ruhunu özellikle Tanzimat sonrası olmak üzere geç dönem Osmanlı vergi reformlarında bulmak mümkündür. Bu tarihî devir, anayasal vergilendirme ilkelerinin nasıl bir değişim yarattığının aşama aşama gözlenebildiği bir gözlem alanı olarak esaslı bir önem ve elverişlilik arz etmektedir. Bu çalışma, işbu döneme günümüzde ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış olan anayasal vergilendirme ilkeleri ışığında bakmayı amaçlamıştır. Bu çerçevede, öncelikle vergilendirme ilkelerinin neler olduğu ortaya konulmaya çalışılmış, daha sonra klasik Osmanlı vergi sisteminin bu ilkeler bakımından ne durumda olduğu kısaca değerlendirilmiş, ardından vergi konusundaki Tanzimat döneminden Meşrutiyet dönemini de kapsayacak biçimde Cumhuriyete kadarki anayasal ve diğer hukukî düzenlemeler ve somut tarihî vakıalar ve gelişmeler yorumlanarak nihayetinde ilkelere ne ölçüde riayet edildiği hakkında bir sonuca varılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı Vergi Reformu, Tanzimat Dönemi, Meşrutiyet Dönemi, Anayasal Vergilendirme İlkeleri, Osmanlı Vergi Sistemi, Osmanlı-Türk Anayasa Tarihi, Vergi Hukuku, İslam Vergi Hukuku

Abstract

It is possible to find the roots and spirit of today's tax law in late Ottoman tax reforms, especially after Tanzimat. This historical period has great importance and convenience as an observation area where the principles of constitutional taxation can be observed step-by-step. This study aims to look at this period in the light of the principles of constitutional taxation that are defined comprehensively today. In this context, firstly, the principles of taxation were tried to be explained, secondly the traditional Ottoman tax system was shortly evaluated in terms of these principles, and then the constitutional and other legal regulations and concrete historical cases and developments from the Tanzimat period to the

* Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı; Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı; berringunay@sakarya.edu.tr

** Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı; İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı; furkan.tekir@marmara.edu.tr

Republic, including the Constitutional Monarchy period, were interpreted, and finally it has been tried to come to a conclusion on to what extent the principles are adhered.

Keywords: Ottoman Tax Reform, Tanzimat Period, Constitutional Monarchy Period, Principles of Constitutional Taxation, Ottoman Tax System, Ottoman-Turkish Constitution History, Tax Law, Islamic Tax Law

Giriş

Tarih boyunca vergi, devlet egemenliğinin en önemli araç ve göstergelerinden biri olma fonksiyonunu icra etmiştir. Bu fonksiyon gereğidir ki, vergi, devlet ve toplum arasındaki ilişkinin temel belirleyicisi niteliğini taşır. Bu geniş çerçeveden bakıldığında vergi temel ve çok yönlü bir sosyal bilimler konusudur ve vergiyi ve de vergi reformu konusunu hukukî ve usûlî bir mesele olarak ele almak tek başına yeterli olmayacak, bunun siyasi, iktisadi, malî, sosyolojik ve tarihi yönleriyle de desteklenmesi gerekecektir. Belirtilen bu yönlerden olan verginin tarihi incelemeleri, toplumun bugün gelinen noktaya hangi safhalardan geçerek ulaştığını izleme imkanı verir. Bu gelişim ve evrim safhalarının bilinmesi sonraki safhaların belirlenmesinde isabetin sağlanması adına büyük önem taşır. Örneğin, halihazırda uygulanan gelir ve kurumlar vergilerinin serüveni 1860'larda konulan temettü vergisiyle başlamış, 1926'ya kadar gelişim gösterdikten sonra kazanç vergisine evrilmiş ve nihayet gelir ve kurumlar vergisine dönüşmüştür.¹ Yine, Tanzimat dönemiyle standardize edilen ağnam vergisi gibi bazı geleneksel Osmanlı vergileri ve bu dönemde çıkarılan pek çok nizamname ve talimat Cumhuriyet döneminde de uzun süre varlığını sürdürmüş, bugünkü emlak vergisi ve damga vergisinin benzer nitelikte ilk uygulamaları Tanzimat dönemiyle başlamıştır.² Dolayısıyla, mevzubahis olunan vergisel yapı ve gelişmelere tarihe mal olmuş ve geçmişte kalmış hadiseler olarak değil hâlâ canlılığını koruyan kurumların kökleri ve ruhu olarak bakmak daha uygun olacaktır. Zira, günümüz vergi hukukunun bu gelişmelerin sonucu olduğu görülebilmektedir.

Bu çalışmada, yukarıda zikredilen bakış açısıyla, geleneksel Osmanlı vergi sisteminin modern vergilendirme ilkeleri çerçevesinde köklü bir şekilde değişime uğradığı Tanzimat Döneminden başlayıp, Meşrutiyet Dönemini de kapsayacak şekilde Cumhuriyete kadar devam eden Osmanlı'nın son yüzyılı ele alınmıştır. Zira bu tarihi devir, ilkelerin nasıl bir değişim yarattığının aşama aşama gözlenebildiği bir gözlem alanı olarak esaslı bir önem ve elverişlilik arz etmektedir. Bu çerçevede metod olarak, klasik mantıksal çıkarım ilkelerinden hareketle, öncelikle vergilendirme ilkelerinin neler olduğu ortaya konulmaya çalışılmış, daha sonra somut tarihi vergisel vakıalar ve gelişmeler belirtilerek ilkeler bunlara tatbik edilip ilkelere ne ölçüde riayet edildiği hakkında bir sonuca varılmaya çalışılmıştır. Böyle bir çalışmayla ulaşılmak istenilen, yapılan reformların yerindeliğini

1 YARAŞLI, Osman Genç, Türkiye'de Vergi Reformu, T.C. Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayın No: 2005/367, 2005, Ankara, s.6.

2 ŞENER, Abdüllatif, Sona Doğru Osmanlı: Osmanlı Ekonomisi ve Maliyesi Üzerine Yazılar, 1. Baskı, Birleşik Yayınevi, Ocak 2007, Ankara., s.133.

değerlendirmek değil (zira bu her dönemin kendi koşullarına göre değerlendirilmesi ilkesi gereğince hatalı olur), vergi alanındaki tarihi gelişmelerin doğru bir şekilde okunmasına hizmet ederek, gelecek çalışmalara ışık tutabilmektir.

I. ANAYASAL VERGİLENDİRME İLKELERİNE GENEL BAKIŞ

A. VERGİDE YASALLIK İLKESİ

Yönetilenlerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında özel önem, güvence ve istikrar isteyen konulara ilişkin olan ve bu korumayı pekiştiren yasallık ilkesi, hukuk devletinin gereklerinden ve temel ilkelerinden biridir.³ Anayasada bağımsız bir ilke olarak yer almayan ancak ilgili bulunduğu konularla birlikte düzenlenen yasallık ilkesi, yönetsel makamların yapacakları işlemlerde yasalarla belirlenen usûl ve esaslara uyma zorunluluğu getirmiştir.

Yasallık ilkesinin özel bir görünümü olarak karşımıza çıkan verginin yasallığı ilkesi, Anayasanın 73. maddesinde “vergi ödevi” başlığı altında düzenlenerek, yönetsel makamların keyfi, takdirî ve sınırsız ölçülere dayalı uygulamalarının önüne geçebilecek yasal bir düzenleme ile normatif düzeye taşınmıştır. Ancak bir normun sadece Anayasada düzenlenmesi, o normu tek başına adil kılmayacağı gibi o normun doğru uygulandığı anlamını da içermez.⁴ Şöyle ki, bir malî yükümün kişiye yükletilebilmesi için her şeyden önce bir vergi yasasını zorunlu kılar (yasadışı vergi olmaz ilkesi). Söz konusu vergi yasası liberal ve demokratik bir devletin parlamentosunun ürünü olmalıdır (temsilsiz vergi olmaz ilkesi). Ancak bir malî yükümün yasalastırılıp parlamento tarafından çıkarılması hukuka uygun olması için yeterli değildir. Bir hukuk devletinde bir malî yükümün kişiye yükletilebilmesi için vergiye ilişkin bütün kurucu unsurların yasadışı açıkça belirlenmesi gerekir. Yani vergi yasasının maddi içeriğinden bahsedebilmek için “belirlilik” ve “öngörülebilirlik” kavramları ele alınmalıdır. Böylelikle vergilendirme ile ilgili kurallar ve işlemler ne kadar açık, anlaşılabilir ve belirli olursa keyfilik o ölçüde önlenecektir. Ayrıca vergi yükümlülerinin hukukî güvenliklerinin sağlanabilmesi için kişisel vergi yükünün açık bir şekilde önceden hesaplanabilmesi ve öngörülebilmesi gerekir.⁵

3 GÜNEŞ, Gülşen, Verginin Yasallığı İlkesi, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, Mart 2008, İstanbul, s.6.

4 YALTI SOYDAN, Billur, “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa. Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:119, Ağustos 1998, s.82.

5 ÖNCEL, Mualla/ KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, Vergi Hukuku, 25. Bası, Turhan Kitapevi, 2016, Ankara, s.48. Vergilemede belirlilik ilkesinin Anayasa Mahkemesince yapılan tanımı ise şu şekildedir:

“Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Vergilemede belirlilik ilkesi, herhangi bir yükümlülüğün, muafiyet veya istisnanın, hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını, yasa kuralının, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılaacak şekilde düzenlenmesini gerektirir. Vergilendirme, mükellefler yönünden güvensiz bir sisteme dönüşmemelidir.” (AYM, E. 2016/1, K.2017/81, 29.3.2017, RG. 20.4.2017-30044)

Vergilerin yasalarla belirlenmesi bir taraftan bireyi devlete karşı korurken, öte yandan kamu giderlerinin karşılanması için devlete vergi toplama görevi yüklemiştir ve gerektiği durumlarda devletin cebri icra yoluyla vergileri toplama yetkisi bulunmaktadır.⁶

Anayasa 73,III “*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*” şeklindeki düzenlemeye göre yasallık ilkesi sadece vergiler için değil; resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler için de söz konusu olmaktadır. Daha genel bir ifade ile, yasallık ilkesi kamusal güce dayalı bütün yükümlülükler için geçerlidir.⁷

Anayasa 73,IV “*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir.*” biçimindeki düzenleme ise istisnâ bir ‘yetki devri’dir.⁸

Ayrıca Anayasa 167,II, “*...Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir.*” hükmü yasallık ilkesinin istisnasını oluşturur.⁹ Ancak Anayasanın Cumhurbaşkanına tanımış olduğu bu yetki, Anayasa 73,IV’de sayılan muaflık, istisna, indirim ve oran unsurlarına ilişkin olarak kullanılmalıdır; bunun dışında vergi yasası koyma ve/veya kaldırma yetkisi kullanılamaz.¹⁰

6 Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) m.54 – “*Ödeme müddeti içinde ödenmeyen amme alacağı tahsil dairesince cebren tahsil olunur...*”

7 GÜNEŞ, s. 19

8 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 16’ncı maddesiyle, bu fıkrada yer alan “Bakanlar Kuruluna” ibaresi “Cumhurbaşkanına” şeklinde değiştirilmiştir. Anayasa değişikliğinden önce kaleme aldığı eserinde Saban, bu yetki devrinin sınırlarının Anayasa tarafından açık bir şekilde belirlendiği, Bakanlar Kurulu bu istisnâ yetki devrini Anayasal sınırlar içinde kullandığı takdirde, Anayasa’nın 73,IV hükmünün temsilsiz vergi olmaz ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği görüşüne yer vermiştir. (SABAN, s.64)

9 Bukonuda Anayasa Mahkemesi, “*... Anayasa’nın 167. maddesinin ikinci fıkrası ile sözü edilen “ek malî yükümlülükler”in konulması ve kaldırılmasında Bakanlar Kurulu’na kanunla yetki verilmesi söz konusudur. Bir “ek malî yükümlülüğün konulması”, onun nevinin ve miktarının saptanması demektir. Türü ve miktarı belli olmayan bir yükümlülük konulamaz. Şu halde, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına düzenlenmesi amacıyla ek malî yükümlülükler koymaya yetkili kılınan Bakanlar Kurulu, ülke ekonomisi ne gibi ek malî yükümlülükler konulmasını gerektiriyorsa, bunun nevinin ve miktarını saptamada serbest olacaktır. Esasen, önceden bunların nelerden ibaret olacağını saymaya ve miktarını saptamaya olanak da yoktur. Başka ülkelerin alacağı önlemlere veya onların ekonomisinin gidişine ya da memleketimizdeki ekonomik olaylara bakılarak günü gününe alınacak tedbirlerle dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına düzenlenmesi sağlanacaktır...*” görüşündedir. Söz konusu kararın karşı oy gerekçesi;

“*...Ek malî yükümlülükler’e yer veren Anayasa’nın 167. maddesinin ikinci fıkrasının Bakanlar Kurulu’na verdiği yetki, yine yasayla olacaktır. Madde “kanunla” sözcüğünü açık-seçik vurgulamıştır. Yetki verilirken, yasanın tür, oran-düzey, koşul, sakınma, alma-toplama, izleme, geri verme, Bütçe’ye gelir yazılması nedenleri, fon oluşturulması ve özellikle fonun kullanılması konusunda temel kuralları kapsayacak, bu doğrultuda uygulama yapıp yapmamayı, ek malî yükümlülüğün konulup konulmaması, kaldırılıp kaldırılmaması gereğini Bakanlar Kurulunun özgürüsüne (takdirine) bırakacaktır. Yasa, Bakanlar Kurulu’na yasa niteliğinde kural koyup kaldırma yetkisinin kaynağı olmaz. Anayasa’nın 167. maddesinin amacı, “... ek malî yükümlülükler” gerekçip gerekmediği, gerekiyorsa yasalarla belli edilecek ilkelere uygun zamanlamaya göre bundan yürürlüğe koymayı ve kaldırmayı amaçlamıştır. Bir yasama başıboşluğuna Anayasa kuralının olanak vereceği düşünülemez.” şeklindedir. (AYM, E. 1995/50, K. 1996/19, 12.6.1996, RG. 21.04.2000-24027)*

10 BUDAK, Tamer, Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2010,

B. VERGİDE EŞİTLİK İLKESİ

Hukuk devletinde adaleti gerçekleştirmenin en temel araçlarından biri olan eşitlik ilkesi, geleneksel vergilendirme ilkelerindedir¹¹. Türkçe’de eşitlik sözcüğü, “eşit” sıfatından türetilmiş olup “kanunlar yönünden insanlar arasında ayırım bulunmaması durumu”nu ifade etmektedir¹². Adaletin gereği olan eşitlik, şekli anlamda eşitlik ve maddî anlamda eşitlik olmak üzere ikiye ayrılır. Şekli anlamda eşitlik yasa karşısında, maddî anlamda eşitlik ise yasa içinde eşitliktir. Yani herkesin ortak bir hukuk düzenine bağlılığı ve bu düzendeki yasaların uygulanması şekli anlamda eşitliği ifade ederken; maddî anlamda eşitlik ise, yalnızca eşit hukukî durumda bulunanlara eşit davranılmasıdır. Yasa koyucu, Anayasada belirtilen ayırım esasları çerçevesinde takdir yetkisini kullanarak yasal düzenlemede kişilerin, şeylerin veya durumların bazı özellikleri yönünden benzerliklerini ve farklılıklarını tayin ederek haklar ve ödevler, yetkiler ve sorumluluklar, yararlar ve yükümlülükler, fırsatlar ve hizmetler bakımından tasnif yapar.¹³

Anayasa’nın 10.maddesinde, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” hükmü içinde yer alan kanun önünde eşitlik, ayrımcılık yasağı ve yasa önünde eşitlik ilkesiyle birlikte düzenlemiştir.¹⁴

Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadı dönüşen kararlarında eşitlik ve/veya farklılık kavramları “hukuksal durum”la ölçülmekte; Anayasa m.10’da düzenlenen dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep gibi kavramlar farklılığın ölçüsü olarak kabul edilmemektedir. Hukuksal durumun ölçü olarak kullanılması keyfiliğin önüne geçmek için ön şarttır, bununla beraber keyfi olmayanın ölçüsü ise haklı nedendir.¹⁵ Buna göre, aynı hukuksal durumda olan kişiler aynı, farklı hukuksal durumda olanlar farklı kurallara tabi tutulur. Yani aynı durumda olanların farklı, farklı durumda olanların aynı ve/veya benzer koşullara tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Kısaca şöyle formüle etmek mümkündür: “aynı”lığın ya da “farklı”lığın ölçüsü “hukuksal durum”, “farklı hukuksal durum”un ölçüsü de “haklı neden”dir¹⁶. AYM ise, kamu yararı ya da haklı neden için “makul ve adil”, “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili olma” ölçütlerini arar ve bu üç ölçütten birinin yokluğu durumunda eşitlik ilkesine aykırılık tespiti yapar.¹⁷

İstanbul, s.73-75, GÜNEŞ, s.176-178, ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.17.

11 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.42.

12 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ad452ff0a2cd6.25639967, Erişim tarihi: 14.01.2018).

13 ATEŞ, Leyla, Vergilendirmede Eşitlik, Derin Yayınları, 2006, İstanbul, s.87-89.

14 SABAN, s.66.

15 YALTI SOYDAN, *Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta...*, s.85, AYM, E.2016/133, K.2017/155, 15.11.2017, R.G.11.1.2018 – 30298.

16 SABAN, s.66

17 SABAN, s.66. İNCEOĞLU, Sibel, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, İNCEOĞLU, Sibel (Ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde (ss.23-52), 3. Bası, Beta Yayınları, Ekim 2013, İstanbul, s.42.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağı üzerine kurulu olan 14. maddede düzenlenmiştir.¹⁸ İHAM ise, sözleşmedeki herhangi bir hakkın ihlal edilmesini ya da hakka müdahaleyi, ayrımcılık yasağı olarak okumaktadır.¹⁹

1982 Anayasası 73. madde vergi ödevi başlığındaki düzenleme, vergilendirmede eşitlik ile ilgili özel bir hüküm içermemektedir. *“Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür”* şeklindeki düzenleme kişinin malî gücüne göre vergi ödemesi ile ilgili kural getirmiştir.

Malî güç kavramı kişinin gelirini, servetini ve harcamasını içine alarak “ödeme gücü kavramı”nın²⁰ üstünde bir anlam ifade eder.²¹ Aynı zamanda verginin konusunu oluşturan bu ekonomik değerler toplamı ödeme gücünün kaynağı ve varlık koşulu niteliğindedir.²²

Malî güç başlı başına bir anayasal ilke olarak değerlendirilemez, ancak anayasal ilke okumalarında kullanmaya elverişli bir ölçektir.²³ Söz konusu düzenlemedeki “malî güç” bir eşitlik veya eşitsizlik ölçütüdür²⁴ ve *“verginin malî güce göre alınması, aynı zamanda eşitlik ilkesinin vergilendirmede uygulama aracıdır”*²⁵. Dolayısıyla ‘malî güç’ eşitlik ilkesi ile birlikte okunarak bir vergilendirme ilkesi oluşturulabilir.²⁶ Buna göre, vergide eşitlik ilkesi, malî gücü aynı olanların aynı, malî gücü farklı olanların ise ayrı oranda vergilendirilmesidir.²⁷ YALTI, farklı hukuksal durumların ‘haklı neden’ini *“hukuksal yapı ve nitelik farklılığı, vergi konusunda nitelik farklılıkları, kamu yararı ve malî politika, sosyal ve ekonomik kimi teknik gerekler”*²⁸ olarak açıklar.

C. VERGİDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Anayasada temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması hukuk devleti ilkesinin en tabii gereğidir.²⁹ Her ne kadar asıl amaç temel hak ve özgürlüklerin serbestisi olsa da istisnâ sınırla(n)

18 AİHS m. 14:

“Ayrımcılık yasağı

Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

19 SABAN, s.67. Ayrımcılık yasağı kavramı ve türleri için bkz. AŞÇI AKINCI, Nuray, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Dolaysız Vergilerde Ayrımcılık Yasağı, Beta Yayınları, Aralık 2013, İstanbul, s.5-14.

20 ÇAĞAN, Nami, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, İstanbul, s.199.

21 BUDAK, s.2.

22 YALTI SOYDAN, *Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta...*, s.93-94.

23 SABAN, s.70.

24 YALTI SOYDAN, *Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta...*, s.86

25 AYM, E. 1994/85, K. 1995/32, K.T. 13.7.1995, R.G. 28.9.1996-22771. Anayasa malî güce niceliksel bir değer atfeder. Kişi/kurum, zaman ve mekâna göre değişebilen bir kavram olan malî güç, vergi yükümlüsüne bağlı olması nedeniyle de súbjektiftir. (BUDAK, s.1)

26 SABAN, s.68

27 AYM T.9.2.2017, E. 2010/93, K.2012/20, R.G. 26.07.2013-28719.

28 YALTI SOYDAN, *Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta...*, s.85

29 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.46.

malar söz konusudur.³⁰ Devlet, ülkesi üzerindeki egemenliğinden kaynaklanan vergilendirme yetkisini kullanarak kişilerin çeşitli hak ve özgürlüklerini yasa ile sınırlandırabilir. Ancak sınırlandırmalar yasa ile yapılırsa da, devlet vergilendirme yetkisini malî amaç dışında ekonomik, sosyal ve kültürel amaçlarla da kullanabilir ve bu da hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını aşırı ve ölçsüz boyutlara taşıyabilir.³¹ Dolayısıyla, bu sınırlamaların da bir sınırı olup, pozitif hukuk düzleminde anayasal düzenlemelerle temel hak ve hürriyetleri sınırlandırmanın sınırları belirlenmiştir.³²

Anayasa madde 13'e göre, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"

Temel hak ve hürriyetlere müdahalenin sınırı bu madde ile ortaya konulmuştur. Buna göre, temel hak ve hürriyetlere müdahalenin söz konusu olabilmesi için o temel hak ve hürriyetlere müdahale sebeplerinin Anayasada açıkça yer alması gerekir.³³ Ayrıca bu sınırlamaların ancak yasalarla olacağı hükme bağlanmıştır. Yasa, sınırlama aracıdır; ancak Anayasaya uygunluk kaydı esastır.³⁴

Anayasa'nın yukarıda anılan 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlama ölçütlerinden biri olan "ölçülülük ilkesi"³⁵ ifadesi yer almaktadır. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında "sınırlamanın sınırı"ni teşkil eder ve hak ve özgürlüklere müdahalede bulunan kamu gücünün yargı yoluyla denetiminde önemli bir fonksiyona sahiptir.³⁶ Özgürlüğün kural,

30 **KARAKOÇ**, Yusuf, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat SOYER'e Armağan, Cilt 15/2013, Özel Sayı, 2014, İzmir, s.1280

31 **ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN**, s.46.

32 **SABAN**, s.71.

33 Anayasa Mahkemesinin hakkın doğasından kaynaklanan sınırlarının da bulunduğuna ilişkin içtihadı şu şekildedir: "*13. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Her temel hak ve özgürlüğün doğasından kaynaklanan sınırları da bulunmaktadır.*" (AYM, E. 2014/92, K. 2016/6, T. 28.1.2016, R.G. 03.03.2016-29642)

34 **KABOĞLU**, İbrahim Özden, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 8. Bası, Legal Yayıncılık, Ekim 2012, İstanbul, s.261.

35 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun"la yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasada açıkça belirtilmiştir.

36 **METİN**, Yüksel, Ölçülülük ilkesi Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ekim 2002, Ankara, s.20.

sınırlamanın ise istisna olması mantığından hareketle ölçülülük³⁷ ilkesinin amacı ve işlevi, kamu gücünü sınırlayarak temel hak ve özgürlükleri en üst düzeyde güvence altına almaktır³⁸.

Ölçülülük ilkesi; amaç, araç ve değer ölçütü (orantılılık) olarak üç unsurdan oluşmaktadır.³⁹ Burada yasa koyucu veya idare tarafından kullanılan araç, hedeflenen amaca ulaşmak için, yani sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli ve gerekli olmalıdır; ve kullanılan araçla erişilmek istenen amaç arasında ölçülü bir orantının varlığına ihtiyaç duyulmaktadır.⁴⁰ Ölçülülük ilkesinin normatif içeriğinin belirlenmesinde ise amaç ile araç arasında hukuka uygun bir ilişki aranmalıdır.⁴¹

1. Elverişlilik

Devletçe bireylere getirilen yükümlülükler kural olarak, kamu yararı amacı güder ve yasa koyucunun sınırlarını çizdiği yükümlülüklerde öngörülen tedbirler hedeflenen amaca erişmek için kullanılır. Dolayısıyla bireylere yükümlülük getiren devlet tedbirleriyle istenilen amaca ulaşılabiliriyorsa, alınan tedbirler meşrûdur. Elverişlilik ilkesinde yapılan bu araç-amaç ilişkisi değerlendirmesinde hangi hukukî değerlerin ne derece bir ağırlığa sahip olması gerektiği tamamen bağımsız bir şekilde sonuçlanır ve yapılan değerlendirmede şekli bir karşılaştırma söz konusudur.⁴²

2. Gereklilik

Sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığı konusunda belirleyici unsur olan ilke gereklilik ilkesidir.⁴³ Hedeflenen ve istenen amaca erişebilmek için aynı derecede elverişli birçok araç arasından en az müdahalede bulunan araçla müdahale edebilmek gerekir.⁴⁴ Daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilecekse, kullanılan araç gereksizdir. Burada elverişlilik denetiminden farklı olarak

37 İHAS Koruma Mekanizmasında “orantılılık (proportionality)” terimi ölçülülük ile aynı anlamda kullanılmaktadır. (TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınevi, Ekim, 2016, İstanbul, s.156.)

38 TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.156.; METİN, s.20.

39 RUMPF, Christian, Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, Anayasa Yargısı Dergisi, 10. Cilt, 1993, Ankara, s.47.

40 METİN, s.21.

41 RUMPF, s.47.

42 METİN, s.27.

43 YALTI, Billur, Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK, 35 ve Mükerrer 35, Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan, Cilt 1, s.523.

44 METİN, s.30, İNCEOĞLU (Ed.), s.39. Ayrıca bkz. AKAD, Mehmet/DİNÇKOL, Bihterin/BULUT, Nihat, Genel Kamu Hukuku, 13. Basım, Der Yayınları, 2017, İstanbul, s.309-310; UYGUN, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Kitap, 1992, İstanbul, s.162.

amaca ulaşmak için elverişli olduğu belirlenen araçların birbirleri ile mukayesesi yapılıdır. Diğer bir deyişle araç-arac kıyaslaması söz konusudur.⁴⁵

3. Orantılılık

Orantılılık, hedeflenen amaca ulaşmada araç ile yapılan sınırlamanın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ve devletçe öngörülen tedbirlerin kişilere ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesinde belirleyici ilkedir.⁴⁶ Orantılılık ilkesi yönünden yapılacak yargısal denetimde her durumda uygulanabilecek genel ve objektif nitelikli bir kıstas belirlemek mümkün değildir. Çünkü sınırlamada getirilen bir tedbirin orantılı olduğunu söyleyebilmek için somut olayın özellikleri dikkate alınmalı ve somut olaydaki bir tedbirde çatışan menfaatlerin makul bir denge içinde olup olmadığı araştırıldıktan sonra değerlendirme yapılmalıdır.⁴⁷ Böylece orantılılık ilkesiyle temel haklara müdahalenin ağırlığı ve bu müdahaleyi haklı yapan sebeplerin ağırlığı ölçülmektedir. Müdahalede başvuru araç, müdahaleye uğrayan kişilere katlanılması zor veya imkânsız yükler getiriyorsa ölçsüzlük söz konusu olacaktır. Bu nedenle her somut olayın özellikleri değerlendirilerek çatışan menfaatlerin makul bir denge içinde olup olmadığı araştırılmalıdır. Beklenen fayda ve katlanılan yükten daha az ise söz konusu denge bozulacağından başvuru araçtan vazgeçilmesi gerekmektedir.⁴⁸

Verginin, temel hak ve hürriyetlerden olan mülkiyet hakkına müdahale niteliğini taşımasından hareketle, yukarıda verdiğimiz sınırlandırma rejimini mülkiyet hakkı bakımından değerlendirmek mümkündür. Zira Devlet, ülkesi üzerindeki egemenlik gücüne dayanarak kamu yararı meşrû amacıyla kamu giderlerinin finansmanı için topladığı vergilerle bireyin mülkiyet hakkına müdahale eder. Ancak yapılan bu müdahalenin bir sınırı ve ölçüsü olmalıdır. Vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik bu sınırlamanın sınırı tespit edilirken, minimum sınırlama alanı ölçülülük ilkesi ile⁴⁹; bir hakkı daha fazla sınırlamanın mümkün olmadığı noktayı belirleyen maksimum sınırlama alanı AY. m.13 “hakkın özüne dokunmama” ölçütü ile belirlenmiştir.⁵⁰ Hakkın özü, – her hak ve özgürlük için ayrı ayrı gereklerle beraber – genel olarak; bir hak/ özgürlüğün “vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu özgürlüğü anlamsız kılacak

45 METİN, s.30-31.

46 YALTI, *Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı...*, s. 523, AYM, K.G. 18.10.2007, E. 2007/4, K. 2007/81, 08.12.2007-26724.

47 METİN, s.37-38.

48 TAYLAR, Yıldırım, “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Vergi Ziyat Cezasının Anayasa’ya Uygunluk Sorunu”, s.146 (http://www.maliyemepozyumu.org/wp-content/uploads/2017/10/Maliye_Sempozyumu_30_137_176.pdf, Erişim tarihi:14.01.2018).

49 YALTI, Billur/ÖZGENÇ, Selçuk, *Vergi Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı*, 1. Bası, Beta Yayınevi, Aralık 2005, İstanbul, s.83.

50 “Bu alan dokunulmaz çekirdek alandır: Mülkiyet hakkının kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmayı önleyici ve etkisini ortadan kaldırıci nitelikteki bir vergi mülkiyet hakkının özüne dokunur.” (YALTI/ÖZGENÇ, s.83).

olan asli çekirdeği” şeklinde açıklaması mümkündür. Aslında “hakkın özü” kriteri “demokratik toplum düzeninin... gerekleri kavramı içinde yer almaktadır...”⁵¹

Minimum sınırlama alanını belirleyen ölçülülük ilkesi, elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık unsurlarıyla amaç ile araç arasında dengeli, makul bir ilişkinin varlığını ifade eder.⁵² Bu anlamda, vergi hukukunda ölçülülük, yükümlülüğün “ağırlığı” kavramıyla ilgilidir.⁵³ Dolayısıyla vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkına getirilen sınırlama ölçülü olmalıdır. Aksi takdirde amaç ile araç arasında ölçülü bir ilişkiden söz edilemeyeceği gibi aşırı, ölçüsüz sınırlamalar hem anayasaya aykırılık teşkil edecek⁵⁴ hem de kişiler anayasal güvencelerden yoksun kalacaktır.

AY 73,I “Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.” şeklindeki düzenlemedeki “malî güç” kişinin “ödeme gücü”⁵⁵nü kavrayan bir ölçüttür ve malî güçle orantılı olan ölçülüdür. Buna göre ölçülü bir vergilendirme ancak malî gücü gözetme temelinde kurulabilir. Kamu yararı (amaç) ile yüklenen vergi (araç) arasındaki orantının dengesi malî gücü aşan aşırı bir yük ile yüklenmemesi ile sağlanabilir.⁵⁶

Yukarıda ifade edildiği gibi başlı başına bir anayasal ilke olarak değerlendirilemeyen bu ölçü, vergi yoluyla mülkiyet hakkına müdahalenin minimum sınırlama alanını belirler ve vergilendirmede AY. m.13’te belirtilen ölçülülük ilkesinin uygulama aracıdır. Vergi, yükümlünün malî gücü ile orantılı olmalıdır, malî gücü aşan oranda vergilendirme ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

II. TANZİMAT SONRASI VERGİ SİSTEMİNDE ANAYASAL VERGİLENDİRME İLKELERİNİN GÖRÜNÜMÜ

A. KLASİK DÖNEM OSMANLI MALİ YAPISI VE VERGİ SİSTEMİ

Klasik Dönem Osmanlı malî yapısı tekâlif-i şer’iyye (şer’î vergiler) ve tekâlif-i örfiyye (örfi vergiler) olmak üzere iki temel üzerine bina edilmiştir. Tekâlif-i Şer’iyye İslam hukuku esaslarına göre konulan ve tahsil edilen, tekâlif-i örfiyye ise İslam hukukunun izin verdiği ölçüde örfi esaslara göre konulan ve tahsil edilen vergilerden oluşur.⁵⁷ Bu nedenle önce İslam hukukunda

51 MUMCU, Ahmet/ KÜZECİ, Elif, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Yenilenmiş 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.260, Aktaran: SABAN, s.72.

52 YALTI/ÖZGENÇ, s.83, KARAKOÇ, s.1282.

53 YALTI/ÖZGENÇ, s.84.

54 AYM, 7.11.1989, 6/42, RG. 20484 6.4.1990, s.29/30.

55 “Gelirin asgari geçim düzeyini aşan bölüm olarak tanımlanmakla birlikte, asgari yaşam düzeyinin ne olduğu hakkında çok kesin bir tanım bulunmamaktadır. Mükelleflerin sosyal statülerine, beklentilerine ve alışkanlıklarına bağlı olarak, harcamaları da farklı olmaktadır. Dolayısıyla, herkes için yaşamın sürdürülmesine yetecek standart bir gelir düzeyi saptamak mümkün olmamaktadır.” SONSUZOĞLU, Elif, “Ödeme Gücüne Göre Vergileme İlkesi”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı, 1997, İstanbul, s.6.

56 YALTI/ÖZGENÇ, s.84.

57 İslam hukukçuları “Mallarında (yardım) isteyen ve (iffetinden dolayı isteyemeyip) mahrum olanlar için bir hak vardır.” (Zariyat suresi 19. Ayet) ayetini tekâlif-i örfiyyeye dayanak olarak kabul etmişlerdir.

var olan vergi sisteminin genel özelliklerini belirtip daha sonra Osmanlı Devleti'ndeki şer'î ve örfî vergilerin vergi sistemindeki yerine kısaca değinmek gerekmektedir.

1. İslam Hukukunda Vergi Anlayışı

Kur'an-ı Kerim'de sözü edilen malî yükümlülükler nasıl isimlendirilirse isimlendirilsin İslam hukukçuları tarafından genel olarak “zekât” ve “sadaka” kavramları altında toplanmış ve irdelenmişlerdir.⁵⁸ Bu kavramlardan “zekât” farz⁵⁹, yani zorunlu mâli mükellefiyeti ifade ederken, zekâtı da kapsayan “sadaka” kavramı ise daha çok gönüllülük esasına dayanan sosyal yardımları kapsamaktadır. Zorunlu olan zekâtı toplama yetkisi devlete verilmiş, mükellefiyetin yerine getirilmemesi halinde, Kur'an'da devletçe uygulanacak maddî bir yaptırım öngörülmemiş ise de İslam toplumunun sosyal ve hukukî sisteminin güvenlik ve korumasından mahrumiyetin yanı sıra uhrevî yaptırım da söz konusudur.⁶⁰ Ancak açık bir maddî yaptırım öngörülmemiş olması, “verginin yasallığı” ilkesinin zekâtta tezahürlerinin bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Öğretide “nass⁶¹ ve içtihad yoluyla konulmuş vergiler”den söz ediliyor olması, İslamda vergilerin yazılı olmasa da bir takım kurallara dayanılarak alındığını göstermektedir.⁶²

“Verginin belirgin olması” bakımından; Kur'an'da zekâtın farz oluşu ve sarf yönlerinin (kimlere dağıtılacağı) belirtilmiş olmasına karşın verginin dayandığı ilkelere, tarh ve tahsil usûlüne yer verilmemiştir. Verginin konusu, matrahı, oranı, yükümlülere gibi temel özelliklerinden “konu unsuru” ana çizgileriyle belirlenmiş, “yükümlüler” ise inananlar olarak gösterilmiştir. Ancak matrah, oran ve vergiyi doğuran olay tayin edilmemiştir.⁶³ Ayrıca laik hukuktan farklı olarak ilahî emirle konduğu için yasama faaliyetiyle değiştirilemez niteliktedir.⁶⁴

Kur'an'da vergilendirme ve vergi toplama yetkisi Hz. Peygamber'e verilmiş⁶⁵, verginin konusu dışında kalan kısmı (matrah ve oran) Hz. Peygamber tarafından saptanmıştır. Hz. Peygamber'in vefatından sonra da aynı usûl halifelerce devam ettirilmiştir. İslâm hukukunda, malî hukukla

58 Zekât, ihsan, mal verme, birr, infak, sadaka, it'am, fazlayı verme, Allah yolunda mal ve canla cihad Kur'an'da geçen malî yükümlülükleri ifade eden kavramlardır (GÜNEŞ, s.68)

59 “Bunları karşılamak, Müslümanların dini görevleri arasındadır (farz-ı kifaye). Her Müslümanın varlığı nispetinde mükellef bulunduğu bu malî göreve “garâmet-i mâliye” veya “teklif” yahut çoğulu olarak “tekâlif adı verilmektedir.” (AKGÜNDÜZ, s.700).

60 Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞAN, Suat, “Zekâtın Devlet Tarafından Toplanması Fihhîliği”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 28, 2016, s. 417-434. SİDDİKİ, Selim A., İslam Devletinde Malî Yapı, 4. Bası, Fikir Yayınları, 1968, İstanbul, s.18 vd.

61 “Nass, manasına açık bir şekilde delâlet eden ve kendisinden çıkarılan hüküm sözün asıl sevk sebebini teşkil eden, bununla beraber tevîl ve tahsis ihtimaline açık bulunan lâfızdır.” (ŞA'BAN, Zekiyüddin, İslam Hukuk İlminin Esasları, 25. Bası, Türkiye Diyanet Vakfı, Ekim 2016, Ankara, s.371).

62 GÜNEŞ, s.68-73.

63 Savaş ganimetlerinden 1/5 vergi alınması kuralı hariç.

64 GÜNEŞ, s.71, Vergi oranı Kur'an'da “fazla” kavramı ile saptanmış olup açık değildir. (Araf Suresi, 199. Ayet, Bakara Suresi 219. ayet) (GÜNEŞ, s.70-71)

65 “Onların mallarından, onları kendisiyle arındıracağın ve temizleyeceğin bir sadaka (zekât) al ve onlara dua et” (Tevbe Suresi, 103. Ayet).

ilgili hükümlerin icrâsı, doğrudan doğruya Halife veya Sultânın görevleri arasında sayılmıştır. Yani Halife veya Sultân, malî hukuk hükümlerinin icrâsını, kamu adına yapmakla mükelleftir. Halifenin veya Sultânın bu yetkisine “velâyet-i sadakât” adı verilmektedir.⁶⁶

Ancak halifenin yasa koyma yetkisi olmadığı için vergi ancak Şûrânın kararıyla konabilir. Zira Peygambere de Kur’anda adaletle idare ve şûrâ ile karar verme emredilmiş, halifeler de Peygamber’in halefi olduklarından bunu devam ettirmişlerdir. İslamdaki bu meşveret (danışma) ilkesi vergilerin halk onayı ile alınmasını sağlayan zamanın koşulları içerisinde “temsilsiz vergi olmaz” ilkesinin bir tezahürü niteliğindedir.⁶⁷ Diğer bir deyişle toplumun yine toplum tarafından vergilendirilmesi söz konusudur.

Öte yandan, İslâmda vergi anlayışının temelinde kişinin kendisi, eşi ve çocuklarının ihtiyaçlarından fazlasını ifade eden “fazla” kavramının⁶⁸ bulunuyor olması; üretimde veya üretilen mal ve servette emeğin payı arttıkça alınan verginin azalması, aksine emeğin payı azalıp sermayenin payı arttıkça verginin de artması⁶⁹; dolaylı vergilendirmenin mevcut olmayışı; zekâta konu olan mal veya servetin “artıcı” olması,⁷⁰ asgari geçim sınırı olarak düşünülebilecek nisab miktarına ulaşması ve elde edildikten sonra bir yıllık zaman geçmesi şartlarının bulunması; yoksul zimmîlerden cizye alınmaması ve haraç için de malî güce göre oran değişikliğine gidilmesi⁷¹ gibi özellikler mâli güç ölçütünün benimsendiğini⁷² ve bu bakımdan eşitlik ve ölçülülük ilkelerine önemli ölçüde temas edildiğini göstermektedir.

2. Osmanlı İmparatorluğu Dönemi Vergi Sistemi

Osmanlı Devletinde devletin siyasî ve hukukî yapısının her ne kadar dinî esaslara dayandığı gözlemlense de şer’î hukuk (Şer’î Şerif) dışında kalan idare ve teşkilat hukukunda padişah tarafından irade, ferman, emir, hat, hattı hümayun gibi değişik isimler altında da olsa; idarî,

66 AKGÜNDÜZ, s.699. KARAMAN, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, 1. Cilt, 7. Bası, İz Yayıncılık, 2012, İstanbul, s.157. İslam kaynaklarında, zekâtın kurumsal olarak devlet otoritesi altında toplanmasına ilişkin Kur’andaki deliller; Tevbe Suresi 103. Ayet’teki “al” emri, zekâtın sarf yerlerinde “zekât memurları” ifadesinin bulunması (Tevbe Suresi, 60. ayet), mallar üzerinde “hakkın” bulunması (Zâriyât, 51/19, Meâric, 70/24, En’âm, 6/141, İsra, 17/26, Rum, 30/38) olarak gösterilmektedir. Hz. Peygamberin ve Halifelerin uygulamaları da bunu destekler niteliktedir. (ERDOĞAN, s.418-420; SELÇUK, Mervan, Zekâtın Modern Anlamda Kurumsallaşması ve Türkiye için Uygulanabilir bir Model Önerisi, Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2016, s.79-88).

67 GÜNEŞ, s.71-73.

68 Araf Suresi, 199. ayet, Bakara Suresi 219. ayet. (bkz. 64 no.lu dipnot)

69 Örneğin, öşürün oranı emek yoğun üretim yapılan arazilerde yirmide bire düşürülmektedir. (SONSUZOĞLU, s.105-106)

70 Artma, çoğalma anlamına gelen “nemâ” şartı malın, sahibine kazanç ve fayda sağlar durumda olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEK, Ali/KARAMAN, Hayreddin/AYDIN, M. Âkif/ERKAL, Mehmed, İbadet ve Müesseses Olarak Zekât, İslâmî İlimler Araştırma Vakfı Yayınları:5, 1984, İstanbul.

71 FALAY, s.31-34.

72 SONSUZOĞLU, s.105-106.

askerî, cezaî ve malî hükümlerle tımar ve reyaya ilişkin hükümlerin yasalarla tedvin edildiği örfî bir hukuk sistemi (Kanun-ı Münif) mevcuttur.⁷³

Osmanlı Devleti'nin düzenli bir vergi sistemi tesis etme ve düzenli gelir sağlama bakımından istikrarlı bir yapı içerisinde olduğu söylenemez.⁷⁴ Devlet sınırları içerisindeki ayrı bölgelerde yerel özelliklere, ihtiyaçlara ve ananelere göre değişen heterojen bir malî yapı ve vergi yasaları mevcuttu.⁷⁵ Ancak bu yasalar yükümlünün ödeme gücü ve vergi adaleti gözetilerek hazırlanmakta ve vergi salmaları kadıların ve merkezin denetimine tabi kılınmaktaydı.⁷⁶ Dolayısıyla halkın ödeyeceği vergilerin, ne miktarda, ne zaman ve kime ödeneceği önceden bellidir, yani bir bakıma verginin belirliliği sağlanmaya çalışılmıştır.⁷⁷

Malî mevzuatta “araziye göre hukuk ve kanun dağınıklığı ilkesi” geçerli olduğu için tüm malî örgüte hâkim ana örgüt yasaları veya yeknesak yasal formüllerden söz etmek mümkün değildir. Tanzimat dönemine kadar ne verginin temel özelliklerine, ne de padişahın vergilendirme yetkisini sınırlandırmaya dair bir hükümle karşılaşmaktadır.⁷⁸ Benimsenmiş olan hukukun şahsiliği ve vergi yasalarının yöresel ve zümrevî (grupsal) olması ilkeleri; verginin genelliği, verginin adaletli ve dengeli dağılımı, verginin yasallığı gibi bir takım çağdaş hukuk devletine özgü ilkelerin uygulanmasına olanak vermemektedir.⁷⁹

Osmanlı'da uygulanan belli başlı şer'î vergiler öşür, haraç, ağnam resmi, cizye, pençik vergisi (ganimet), maden resmi, gümrük resmi, ihtisap resmi ve imtiyazlı eyaletlerden alınan maktu vergilerdi.⁸⁰ Osmanlı geleneksel vergi gelirlerinin büyük çoğunluğu “tekâlif-i şer'iyeye” den olan malî ve idarî birimlere verilmiş bulunan ve toprak ürünlerinden onda bir oranında alınan öşür (yahut çoğulu aşar) vergisinden sağlanır, bu vergiyi toplama vazifesi ise (mukataa denilen esasla) ya iltizam yöntemiyle topladıkları vergilerin bir kısmını hazineye verip arta kalanını kendilerine saklayan mültezimlere, ya da tüm gelirlerini kendilerine saklayıp buna mukabil ordu veya devlet yönetiminde görev alan tımar sahiplerine verilir. Bu temel gelir kaynağının yanı sıra “tekâlif-i

73 GÜNEŞ, s.74.

74 “Kuruluş ve yayılma yıllarında Osmanlı İmparatorluğu bir “vergi devleti” değildi. Yani esas itibarile uyruklardan egemenliğe dayanarak akçe olarak aldığı düzenli vergi gelirleriyle yaşayan bir devlet değildi. Genişleme yıllarında, merkezi gelirler daha çok baş eğdirilen devletlerden alınan haraçlardan ibaretti.” BULUTOĞLU, Kenan, Türk Vergi Sistemi, Üçüncü Basılış, Fakülteler Matbbası, 1970, İstanbul, s.1.

75 AKTAN, Coşku Can/DİLEYİCİ, Dilek/SARAÇ,Özgür, Vergi, Zülüm ve İsyân, Phoenix Yayınevi, Birinci Baskı, Eylül 2002, Ankara, s.112.

76 GÜNEŞ, s.75.

77 ÖNER, Erdoğan, Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet Döneminde Mâlî İdare, Genişletilmiş 2. Baskı, T.C. Maliye Bakanlığı Araştırma Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayın No:2005/369, 2005, Ankara, s.135.

78 VARGAN, Nezih, Türkiye'de Vergi Politikalarının Oluşumu (Cumhuriyet Dönemi), T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları, 1987, Eskişehir, s.5.

79 GÜNEŞ, s.76.

80 MUTLUER, M. Kamil/ÖNER, Erdoğan/KESİK, Ahmet, Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, Aralık 2013, İstanbul, s.73. Osmanlı Devleti'nde çeşitli isimler altında tahsil edilen şer'î vergilerin tam listesi için bkz. AKTAN/DİLEYİCİ/SARAÇ, s.70. Yine Osmanlı'daki şer'î ve örfî vergilerin konusu, mükellefi, matrahı ve oranı, ödeme zamanı ve tahsil edenini gösteren detaylı liste için bkz. ÖNER, s.137-144.

örfiyye”⁸¹ adı altında toplananan kentsel üretim ve tüketim vergileri, çarşı-pazardan alınan “ihtisab resmi”, imparatorluğa giren veya imparatorluktan geçiş yapan mallardan alınan “gümrük resmi” ve gayrimüslimlerden askerlikten muaf tutulmaları ve güvenliklerinin sağlanması karşılığı alınan “cizye” adlı insan başına vergiler de gelirlere katkı sağlardı. Buna karşılık kentlilerin büyük çoğunluğu vergiden muafı çünkü belediye örgütü mevcut değildi. Bu fonksiyonu millet olarak tabir olunan dinî topluluklar, esnaf ve sanatkâr loncaları ve vakıf gibi kurumlar icra eder, kendi imkanları çerçevesinde üyelerini vergilendirip karşılığında hizmet götürürlerdi. Ancak bu geleneksel sistem vergi gelirlerinin önemli bir kısmını hazinenin dışında tuttuğu için yarı-özerk statüdeki mültezim ve tımarlar tarafından keyfi olarak fazla vergi toplanabilmesi nedeniyle suiistimal edilmeye açıktı ve neticede bu tebaanın aşırı vergi yükü altında ezilmesi, devletçe ihtiyaç duyulan vergi gelirinin de karşılanamaması sonucunu doğurdu. Zaten Osmanlının son yüzyılında yapılan vergi reformunun da temel hedefi bu kronik sorunlara çözüm bulmaya çalışmaktı.⁸²

16. yüzyılın sonlarına kadar sorunsuz işleyen tımar (dirlik) sistemi Osmanlı idarî, askerî ve ekonomik politikası arasında denge ve ahengi sağlayan en önemli kurumlardan biridir. Tımar sistemi, padişahça belli bir bölgenin vergilerinin bir bölümünün tahsis edildiği kimsenin (sipahinin) Osmanlı ordusuna elde ettiği gelire göre belli ölçüde asker sağlamakla yükümlü olması esasına dayanıyordu. 16. yüzyılın sonlarında dış tehlikeler nedeniyle paraya olan ihtiyacın fazlaca artması nedeniyle devletin tüm gelirleri peşin para ile mültezimlere satılmıştı ve mukataa olarak anılan bu gelir bir yıllığına veya ömür boyu birine satılır, o kişi de masrafını çıkarmak için gelir kaynağını sonuna kadar zorlardı. Yani halk ödemesi gerekenden daha fazla bir yük altına sokulmuş oldu, bu da devlete güvensizliği ve sermaye birikimi sıkıntılarını beraberinde getirdi.⁸³

1808 yılında, yeni oluşan ayanlar ve derebeyleri ile merkezi hükümet arasında Sadrazam Alemdar Mustafa Paşa'nın başkanlığı altında bir toplantı yapılarak hem merkezi otoritenin etkinliğini artıran hem de bunun kötüye kullanımını önlemeyi amaçlayan bazı ilkelerin konulduğu “Sened-i İttifak” imzalanmıştır.⁸⁴ Vergilendirmeye ilgili olarak bu belgenin 3. maddesinde vergilerin padişahın emirlerinin infaz ve icrası doğrultusunda ayanların koruması altında telef ve hasara uğramadan toplanması, 7. maddede ise ahaliden, fakirlerden ve köylüden alınacak vergilerde adalete riayet ilkesine uygun davranılması düzenlenmiştir.⁸⁵ Bahsi geçen adalete riayet ilkesi iktidarı sınırlandırırken, aynı zamanda ayanların halkın temsilcileri olmamalarına rağmen

81 Osmanlı Devleti'nin çeşitli dönemlerinde tahsil edilen örfi vergilerin tam listesi için bkz. **AKTAN/DİLEYİCİ/SARAÇ**, sf.77. Osmanlı'daki örfi vergiler hakkında detaylı bilgi için bkz. **KAZICI**, Ziya, Osmanlılarda Örfi Vergiler ve Bu Vergilerin Kaynağı Olan Örfi Hukuk, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:4, 1986, İstanbul, ss.285-310.

82 **SHAW**, s.934-935.

83 **GÜNEŞ**, s.77.

84 **TANÖR**, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 28. Bası, Yapı Kredi Yayınları, Şubat 2017, Ankara, s.41 vd. **OKANDAN**, Recai G., Âme Hukukumuzun Anahatları (Türkiye'nin Siyasî Gelişmesi), Birinci Kitap (Osmanlı Devletinin Kuruluşundan Yıkılışına Kadar), Fakülteler Matbaası, 1971, İstanbul, s. 56.

85 Sened-i İttifak'ın tam metni için bkz. **AKYILDIZ**, Ali, “Sened-i İttifak'ın İlk Tam Metni”, İslam Araştırmaları Dergisi, Sayı: 2, 1998, s.209-222.

verginin onaylayıcıları gibi davranmaları ve bir bakıma verginin yasallığı ilkesinin temsilsiz vergi olmaz boyutunu gerçekleştirmeleriyle vergilendirme ilkelerinin de vücut bulmaya başladığının göstergelerinden birisidir. Ancak hukukî bir yaptırımı bulunmayan ve maslahat icabı kabul edilen bu belge uygulanmamış, ayanlık kurumu ile birlikte ortadan kalkmıştır.⁸⁶

B. TANZİMAT SONRASI VERGİ REFORMLARI VE REFORMLARIN İLKELER ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Tanzimat dönemi ve sonrasındaki vergi reformlarının hem anayasal düzeyde doğrudan veya dolaylı olarak vergi ilkelerinin normlaştırılması çabalarıyla hem de bunların özel olarak vergi çeşitlerinin ve uygulanma usûllerinin belirlenmesi girişimleriyle iki ana düzlemde gerçekleştirilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir. Bu bakımdan anayasal düzeydeki düzenlemeler ve vergi sisteminin düzenlenmesini ayrı olarak tasnif etmek daha fonksiyonel olacaktır.

I. Anayasal Belgelerde Vergilendirme İlkeleri

a. Tanzimat Dönemi

aa. Tanzimat Fermanı

Gülhane Hatt-ı Hümayunu, ya da idare ve teşkilatta reformları başlatan yeni bir dönemini açması niteliği itibarıyla sonradan anılacak ismiyle Tanzimat Fermanı, 3 Kasım 1839 tarihinde padişah adına Mustafa Reşit Paşa'nın Gülhanede okuyup ilan ettiği fermanıdır. Bu tarihî fermana göre, devleti yeniden kalkındırmak ve iyi bir yönetimi gerçekleştirebilmek için temeli can güvenliği, ırzın, namusun ve malın korunması, vergi salmada, askere çağırma ve askerde tutma sürelerinde eşitlik olan yeni yasalar ortaya konmalıdır. Hukukî niteliği itibarıyla bu belge maddî bakımdan yasadan ziyade bir yasama direktifi özelliğini taşıyan, padişah tarafından tek taraflı çıkartılan bir ferman yahut berat niteliğindedir. Bir diğer görüşe göre ise anayasal nitelikteki belgelerin biçimsel özelliklerini (bölümler, maddeler, sistematik) taşımadığı için ancak yeni düzeninin temel ilkelerinin açıklandığı bir beyanname niteliğindedir.⁸⁷

İltizam usûlünün yol açtığı adaletsizlikler belge metninde belirtilerek vergiyle ilgili hususların “*kavanini icabiye ile tahdit ve tebyin*” olunması, yani yasalarla sınırlanıp açıklanması gerektiği ifade edilmiştir. Yasama faaliyetinde bulunacak sürekli meclislerin öngörülmesi Sened-i İttifak'ta görülen boşluğu doldurur nitelikteydi. Devlet gelir ve giderlerini saptamak ve denetlemek üzere kurulan “Meclis-i Ahkâmı Adliye”, meclis üyelerinin padişah tarafından atanmaları ve görevlerine son verilmeleri, ayrıca yasalarının yürürlüğe girmesinin padişahın onayına tabi olması nedenleriyle demokratiklikten uzak bir görünüm arz ediyordu.⁸⁸ Buna rağmen, meşveret ilkesinin bir ifadesi olarak oluşturulan bu yasama ve idarî yargı kurumu ile Padişah arasındaki

86 GÜNEŞ, s.76-79. OKANDAN, s.56-58.

87 Bu ve diğer görüşler için bkz. TANÖR, s.92-93.

88 GÜNEŞ, s.80.

ilişkide Hükümdarla Parlamento arasında geçerli olan esasların hâkim kılınmaya çalışılmış olması yasallık ilkesi açısından önemli bir gelişme kabul edilebilir.⁸⁹

Geleneksel hukuk ile Avrupa hukukunun birlikte değerlendirilerek gerçekleştirilen bir kodifikasyon çabasına İslam ulusları tarihinde ilk defa Tanzimat ile başlanmıştır.⁹⁰ Bu ferman ile ilk defa yasa kavramı belirlemekte ve “kimseden ziyade şey alınmaması” ölçütü ile keyfi ve ağır vergilendirmenin önüne geçilmiştir, bu da verginin yasallığı ilkesinin, verginin belirgin olması boyutunun gerçekleştirilmesi için atılan bir adımdır. “Her ferdin emlak ve kudretine göre” uygun bir vergi belirlenmesi ifadesiyle de eşitlik ilkesinin malî güce göre vergilendirme boyutunun da vücut bulduğu görülmektedir. Fermanla gelen bu malî yenilikler birdenbire hazırlıksız uygulanması sebebiyle aksamaya uğradığı için tepki görmüş ve aksayan yönleri telafi edilerek vergi iltizamı usûlü yeniden yürürlüğe konmuştur.⁹¹

bb. Islahat Fermanı

Tanzimat Fermanı'ndaki temel hakları teyid eden, başta vergi olmak üzere eşitlik ilkesini getiren, gayrimüslimlerin durumu başta olmak üzere birçok alanda ıslahatı öngören 1856 tarihli Islahat Fermanı Tanzimat döneminin ikinci safhasının başlangıcı olarak kabul edilebilir. Paranın ıslahı, vergi tahsil yöntemlerinin düzeltilmesi gereğine, Tanzimat Fermanının uygulama probleminin tesiriyle tedricî surette doğrudan tahsil yöntemine gidilmesine ve iltizam usûlünün giderilmesine ve modern bütçe uygulamasına geçilmesine işaret ediliyordu.⁹² 1875 tarihli Adalet Fermanında da Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanında yer alan vergilendirmeye ilişkin hükümler yinelenmiştir.⁹³

cc. Değerlendirme

Söz konusu belgelerin hükümleri Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu koşullar nedeniyle uygulanamamıştır.⁹⁴ Tanzimat döneminde belgelerin manevî yaptırımının yanı sıra

89 OKANDAN, s.71-72; AKIN, İlhan F., Türk Devrimi Tarihi, Fakülteler Matbaası, 1976, İstanbul, s.28, ÖNER, s.253. Meşrutî usûllere göre çalışan bu meclis on beş yıl boyunca ana yasama organı olarak görev görmüş ve önerilerinin yüzde doksanından fazlası padişah tarafından hiçbir değişikliğe uğramadan kabul edilmiştir. Yargılama görevleri de olan bu mecliste yasama ve yürütme fonksiyonları da birbirinden ayrılmıştır. Daha sonrasında yargı görevleri Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'ye; yasama, kanun ve nizamları inceleyip tasarıları düzenleme ve aynı zamanda hükümet ile şahıslar arasındaki davalara bakma görevleri Şura-yı Devlet'e bırakılmış, Şura-yı Devlet Tanzimattan sonra da varlığını sürdürmüş, günümüz Danıştay'ının kurumsal kökenini oluşturmuştur. (ŞENER, Abdüllatif, Tanzimat Dönemi Osmanlı Vergi Sistemi, Birinci Basım, İşaret Yayınları: 39, Mayıs 1990, İstanbul, s.81-82; ayrıca bkz. TUNAYA, Tarık Zafer, Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (1876-1938), Birinci Kitap, Kanun-ı Esasî ve Meşrutiyet Dönemi (1876-1918), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, Mayıs 2009, İstanbul, s.46.)

90 GÜNEŞ, s.79.

91 GÜNEŞ, s.80-81. TANÖR, s.90.

92 ÇAKIR, Coşkun, Tanzimat Dönemi Osmanlı Maliyesi, Küre Yayınları, Birinci Basım, Ekim 2001, İstanbul, s.24.

93 GÜNEŞ, s.81. TANÖR, s.95 vd.

94 VARGAN, s.6.

sınırlandırılmış bir iktidar anlayışının yerleşmesi dönemin önemli kazanımlarındandır. Tanzimat döneminde yasama faaliyeti temsili bir nitelik arzemediği için temsilsiz vergi olmaz boyutunun eksikliği sebebiyle verginin yasallığı ilkesinin uygulama koşullarının mevcut olmadığı kabul edilebilir. Dönemdeki bu hukukî düzenleme çabalarına rağmen, herhangi bir hukukî metne dayanmaksızın vergi tahsiline devam edilmiştir.⁹⁵

b. Meşrutiyet Dönemi

aa. 1876 Kanun-ı Esasî'si

Tanzimat döneminde gerçekleştirilmeye çalışılan reformlardan istenen sonuçların alınamamış olması ülkenin aydın şahıslarını yeni çareler araştırmaya itmiş ve bu kesim meşrutî rejimin fikrî altyapısının hazırlığını yapmışlar ve 19. yüzyılın ikinci yarısında Osmanlı'nın parlamentarizme yönelmesini sağlamışlardır. Zira 1876 Anayasasına kadar yasama ve yürütme organları bağımsız kimlik taşımamışlardı, her iki yetki de devlet başkanı olan Sultan'ın şahsında bulunmaktaydı.⁹⁶

Kişî hak ve özgürlüklerinin geniş bir listesini ve ilkelerini içeren bu ferman-anayasa Türk toplumunun ilk yazılı anayasası olma özelliğini taşır. Ancak bu anayasa hükümdarın iktidarına gerçek bir sınırlama getirmez, zira çift meclisli yasama organında çıkarılan kanunların yürürlüğe girebilmesi için padişahın onayı gerekmektedir.⁹⁷ Hukukî güvenliğin ve yaptırımın olmadığı bu anayasada sınırlandırma Tanrı hukuku ile yapılmaya çalışılmıştır. Ancak yasaların, hiç olmazsa, kısmen temsili nitelik taşıyan bir parlamentoda tartışma konusu olabilme imkanı yasama faaliyeti alanında ortaya çıkan önemli bir gelişmedir.⁹⁸

1876 Kanun-ı Esasî 25. maddesinde düzenlenen “*Bir kanuna müstenit olmadıkça vergi rüsumat nâmu ile ve nâmu aherle hiç kimseden bir akçe alınamaz*” hükmüyle verginin yasallığı ilkesinin yasadışı vergi olmaz boyutu ilk defa bir anayasa hükmü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hüküm, “Umuru Maliye” başlıklı 96. Maddede belirtilen “*Tekâlifi Devletin hiçbirini kanun ile tâyin olunmadıkça vaz ve tevzi ve istihsal olunamaz*” hükmü ile de pekiştirilmiştir. Ayrıca kısmen de olsa temsili nitelikte bir yasama organının varlığı bu ilkenin temsilsiz vergi olmaz boyutunu da anayasal düzleme taşımıştır.⁹⁹ Bunların yanı sıra madde 20'nin “*Tekalif-i mukarrere nizamati mahsusasına tevfikân kaffê-i tebaa beyninde herkesin kudreti nisbetince tarh ve tevzi olunur*”¹⁰⁰ hükmündeki kudret malî güce işaret ederek ölçülülük ilkesinin ifadesi niteliğindedir.¹⁰¹ Ayrıca hemen ikinci maddesindeki İstanbul'un diğer Osmanlı belde ve şehirlerinden bir imtiyaz ve muafiyete sahip olmadığı belirtilerek Tanzimat'tan önce İstanbul halkının vasıtasız vergileri

95 ŞENER, *Tanzimat Dönemi...*, s.80.

96 OKANDAN, s.151 vd., s.209 vd. GÜNEŞ, s.82.

97 VARGAN, s.7

98 GÜNEŞ, s.83.

99 GÜNEŞ, s.82-83.

100 “*Kararlaştırılan yükümler kendi kanunlarına göre tüm uyruklar arasında herkesin kudreti oranında salınır ve bölüştürülür*”

101 BUDAK, s.47.

vermeme imtiyazının söz konusu olamayacağı ve İstanbul halkının da her türlü vergi ve resim ile mükellef olduğunun altı çizilmiş, bölgesel eşitliğin sağlanması adına önemli bir adım atılmıştır.¹⁰²

bb. 1909 Kanun-ı Esasî'si

Kanun-ı Esasî'nin II. Abdülhamit tarafından 93 Harbi bahanesiyle yürürlükten kaldırılması ve meclisin tatil edilmesinin ardından otuz yıl sonra iç olayların baskısı sonucu yeniden iadesi ve Meclisi yeniden toplantıya çağırması neticesinde toplanan meclis 1909 yılında Kanunu Esasî'de parlamentonun hükümdar karşısında yetkilerini güçlendiren ve temel hak ve hürriyetler listesini genişleten ve koruyan bir anayasa tadilatı yapmış ve daha üstün bir nitelikte anayasa ortaya koymuştur. Bir bakıma parlamenterizme geçiş büyük ölçüde gerçekleşmiştir.¹⁰³ Verginin yasayla alınacağı ile ilgili hüküm aynen korunmuştur, ancak yasama bakımından son söz nisbî de olsa yine padişahın olmasına rağmen parlamentonun yasama işlevinde biraz daha kişilik kazanmış olması verginin yasallığı ilkesinin temsilsiz vergi olmaz boyutunun giderek sağlamlaşması bakımından önem taşımaktadır. Fakat mütareke döneminde feshedilmesine kadarki dönemde Meclisin genel itibarıyla hâkim konumda olan İttihat Terakki Cemiyetinin güdümünde kalmış olması parlamentarizm yönünden olumsuz nitelikte gelişmelere neden olmuştur.¹⁰⁴

2. Vergi Sisteminin Yeniden Düzenlenmesi

Genel çerçeveden bakıldığında, Osmanlı İmparatorluğu'nun Tanzimat ile başlayan son yüzyıldaki vergi alanındaki reform politikasının dört temel hedefi olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, büyük düzeyde azalmış olan kamu gelirlerini artırabilmek için vergi yükünü asıl yüklenici olan tarım üreticilerinden kentli kesime, özellikle tüccar ve sanayicilere doğru kaydırmaktır. İkinci hedef, vergi mükelleflerine uyguladıkları keyfi ve adaletten uzak muamelelerle aşırı miktarda vergi toplayan ve hem üretimi hem de gelir akışını olumsuz etkileyen mütezimlerin aracılığından vazgeçip devlet hizmetinde ücretli olarak çalışan maaşlılarla doğrudan tahsilat sağlamaktır. Üçüncü hedef, geleneksel sistemin getirdiği bir takım ayrıcalıklardan faydalanan bazı kesimlere tanınan vergi muafiyeti ve istisnalarını kaldırmaktır. Dördüncü hedefi ise, çağdaş toplumdaki gibi gelir ile ödeme gücüne dayanan bir vergi sistemi oluşturmaktır.¹⁰⁵ Yani ana eğilim, “aynî ve bölgeci” sistemden “nakdî ve merkezîyetçi” bir sisteme geçiş¹⁰⁶ ve vergi sistemine basitlik ve sadelik kazandırmak¹⁰⁷ yönünde olmuştur.

102 MUTLU, Abdullah, Tanzimattan Günümüze Türkiye'de Vergileme Zihniyetinin Gelişimi, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Yayın No:2009/390, 2009, Ankara, s.62.

103 OKANDAN, s.328, s.434 vd.

104 GÜNEŞ, s.82. BUDAK, s.48. VARGAN, s.7. İkinci Meşrutiyet'teki vergi uygulamaları hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZTEL, Muharrem, II. Meşrutiyet Dönemi Osmanlı Maliyesi, 1. Baskı, Kitabevi, 2009, İstanbul.

105 SHAW, s.934-935.

106 FALAY, s.75.

107 ÖNER, s.288.

İlk reform hareketleri fiilen, Yeniçeri Ocağı'nın 1826 yılında II. Mahmut tarafından kaldırılması üzerine kurulan Asâkir-i Mansure-i Muhammediye birliklerinin giderlerini karşılayabilmek için kentli tüccar ve zanaatkarlardan tahsil edilmek üzere yeni istihsal vergileri konmasıyla başlamıştır. Ülke çapında tapu kadastro ve gelir tespiti yaptırarak artar oranlı vergilendirmeye geçmeyi amaçlayan II. Mahmut'un 1839 yılında öldüğünde zaten çok yavaş yürümekte olan tapu ve kadastro çalışmalarının hâlâ tamamlanamamış olması sebebiyle yeni uygulama yürürlüğe geçememiştir.¹⁰⁸

Nizam-ı Cedit dönemindeki bahsedilen hareketlenmeler sonrasında yarım kalan vergi reformu Tanzimat Döneminde 24 Ocak 1840'ta (19 Zilkade 1255) yayınlanan bir fermanla uygulamaya konmuş oldu. Tüm ülke çapındaki kadastro çalışmaları tamamlandığında hayvan başına alınan ağnam resmi ile gayrimüslimlerden kişi başına alınan cizye dışında tüm eski istihsal ve istihlak vergileri¹⁰⁹ kaldırılmış yerine esnaf ve sanatkârlara kârdan ödenmek üzere temettü vergisi konmuştur, ancak kadastro çalışmalarının o dönemde gelir tespiti yapmaması nedeniyle asla toplanamamıştır.¹¹⁰

a. Yeni Vergi Mevzuatının Oluşumu

Osmanlı Devletinde Tanzimat öncesinde Fatih Kanunnamesi ve Kanuni Sultan Süleyman'a ait kanunnameler başta olmak üzere bir takım düzenleme bakımından dağınık nitelikte kanunnamelere rastlanmaktadır. Ancak bir hukuk dalının tümünü kapsayacak şekilde bir kanunlaştırma hareketi ilk defa Tanzimat ile birlikte başlamıştır. Bu hareket hukuk alanında ikili bir durum meydana getirmiştir. Zira, kamu hukuku alanında daha çok Batı kaynaklı yenilik taraftarları, özel hukuk alanında ise İslam ve örf kaynaklı gelenek taraftarları baskın gelmişlerdir. Vergi hukuku da kamu hukuku niteliği dolayısıyla Batı etkisinde bir gelişim göstermiştir. Dönemin bu ikili yapısal durumu Tanzimat Fermanı incelendiğinde de görülebilmektedir. Gerçekten de Fermana, bir yandan Devletin eski kuvveti ve tebanın refahı şeriata bağlılıkla açıklanırken diğer yandan ise memleketin bozuk yapısı itiraf edilerek, bunun düzeltilmesi için birçok kanun çıkarılması gerektiği ifade edilmiştir.¹¹¹

Reform hareketi içerisinde vergi hukuku alanında pek çok düzenleme yapılmış, vergi sistemi bütün boyutlarıyla yeniden düzenlenmeye çalışılmıştır. Ancak vergi hukukuna dair yapılan bu düzenlemeler arasında "kanun" adını taşıyan bir hukukî metne rastlanılmamaktadır. Bu düzenlemeler daha çok; hazırlanış, onaylanış, yaptırım gücü ya da değiştirilme yöntemi bakımından önemli farklılıklar göstermeyen nizamnameler, talimatnameler veya iradeler olarak tanzim edilmişlerdir.¹¹²

108 SHAW, s.935.

109 Üretim ve tüketim vergileri.

110 SHAW, s.935.

111 ŞENER, *Tanzimat Dönemi...*, s.77-78. AKIN, s.29-30.

112 ŞENER, *Tanzimat Dönemi...*, s.79.

İlk zamanlarda, her ne kadar devletin bir resmî gazetesi mevcut olsa da, hukukî düzenlemelerin burada yayımlanması bir esasa bağlanmadığından, kaldırılan bazı vergilerin bazı bölgelerde uzun süre tahsil edildiği dahi görülmüştür. Bu uygulama verginin belirliliği açısından önemli bir zaafiyet oluşturmaktaydı. Neyse ki ilân ve resmî gazetede yayım esaslarıyla ve hukukî metinlerin Düsturlarda toplulaştırılmasıyla bu sorun da izale edilmiştir. Ancak bütün bu çabalara rağmen özellikle Tanzimatın uygulama alanı dışındaki yerler başta olmak üzere çeşitli bölgelerde herhangi bir hukukî metne dayanmaksızın geleneksel vergi tahsiline devam edildiği görülmekte, bu da yasallık ve eşitlik ilkeleri bakımından önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.¹¹³

Dağınık bir biçimde çeşitli nizamname, talimatname ve iradelere serpiştirilmiş olan vergi suç ve ceza hükümleri ve usûl kurallarına rastlanmaktadır.¹¹⁴ Ancak bu dağınıklık ve zamanaşımı diye bir kavramın henüz gelişmemesi hem idare hem mükellefler açısından oldukça güç bir durum oluşturmakta ve verginin belirliliği ilkesine riayeti zorlaştırmaktadır. Vergi uyumsuzlukları konusunda ise başlangıçta bir geriye gidiş görülmüş, mükellefler açısından idarî çözümden başka yargısal yol öngörülmemiştir. Halbuki önceki dönemlerde taşra idaresinden bağımsız olan kadılar nezdinde idareciler vergi konusunda da dava edilebilirdi. Daha sonradan oluşturulmaya çalışılan vergi yargısı işlevi gören meclislerin vali başkanlığında çalışması da sorunu çözememiştir. Ancak üst derece mahkemesi olarak Şûrâ-yı Devletin öngörülmesi hukuk devleti anayasal ilkesine bir nebze de olsa yaklaşılmasını sağlamıştır.¹¹⁵

b. Tahsil Usûlü (Tımar-İltizam-Muhassıllık)

Tanzimat Fermanında “hiçbir vakte semere-i nafıası görülmeyen iltizamat usul-i muzırrası” şeklinde bahsolunan iltizam usûlünün kaldırılması vaadi 1840 yılında Tanzimat’ın uygulandığı bölgelerde kaldırıldı ve muhassıllık¹¹⁶ denilen ücretli memurlar tarafından vergi tahsiline başlandı.¹¹⁷ Görev yaptıkları yer mülkî amirine karşı sorumlu olmayan¹¹⁸ bu ücretli tahsildarlar

113 “Hatta Tanzimattan çok sonra, Meşrutiyet döneminde hazırlanan 1325 (1909/1910) malî yılı bütçesinde, “tebligat veya mukarrerata veya teamüle müsteniden” tahsil olunan vergi ve gelirler “hasılât-ı müteferrika” adı altında yer alıyordu” (ŞENER, *Tanzimat Dönemi...*, s.79-80).

114 Hem görevini ihmal eden vergi görevlileri hem de mükellefler hakkında çeşitli cezai hükümler getirilmiştir. Mükelleflerle ilgili olanlara; vergilerini ödemeyip muhalefet edenlerin hapsedilerek zorlanacağı, öşür alınmadan harmanını kaldıranlardan ve gümrük kaçakçılarında öşür ve gümrük resminin iki kat olarak alınacağı, gümrüklerden eşya kaçırılmasına vasıta olan nakliyecilerin eşya müsadere edildikten sonra iki kat gümrük resmi tutarında ceza-yı nakdiye çarptırılacağı, aynı şekilde tuz ve tütün kaçakçılarında da çeşitli tutarlarda ceza-yı nakdi tahsil edileceği şeklindeki düzenlemeler örnek verilebilir. (ŞENER, *Tanzimat Dönemi...*, s.84-85)

115 ŞENER, *Tanzimat Dönemi...*, s.85-89. Fakat müsakkafat ve temettü vergilerinde olduğu gibi bazı vergi çeşitlerine karşı itiraz yolu yine idarî mercilerde bırakılmış, yargısal yol öngörülmemiş olması önemli bir eksiklik olarak devam etmiştir. (ÖNER, s.311, dipnot 641)

116 “Muhassıl ‘Emvâl-i emiriyeyi tahsile memur olan adam’ olarak tanımlanmaktadır.” Muhassıllık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKIR, s.42 vd.

117 YARAŞLI, s.10.

118 ÇAKIR, s.42.

topladıkları tüm vergiyi olduğu gibi devlete teslim ediyorlar böylelikle mültezimlerin aracılığı ortadan kaldırılmış oluyordu.¹¹⁹

Muhassıllık kurumunun getirilmesi vergide eşitliğin sağlanması açısından atılan önemli bir adımdır, zira mültezimler tebaadan farklı bölgelerde, ödemesi gereken vergi dışında çeşitli isimler altında keyfi vergiler almakta, bu da tebaanın ağır bir vergi yükü altında ezilmesine sebebiyet vermektedir.¹²⁰ Timar sistemi timar sahiplerinin uzun vadedeki karşılığını gözetmesi amacıyla reayayı kollaması sebebiyle 16. yüzyıla kadar iyi bir şekilde işlemişti. Ancak bu yüzyılda savaşların da etkisiyle artan malî ihtiyaç timar sistemiyle idare edilen kaynakların da mültezimlere ihale edilmesini sonuç vermiş ve sistemin temelli bozulmasına yol açmıştı. İltizam ihaleleri de üç yıl gibi kısa bir süreliğine yapıldığından mültezimlerin reayayı düşünme gibi bir kaygısı bulunmamaktaydı.¹²¹ Bu yöntemle toplanan vergiler spesifik (maktu) vergiler olduklarından, fiyat hareketlerine karşı da esneklikleri yoktu.¹²² Dolayısıyla ilkesel olarak ölçülü olduğu kabul edilemezdi.

Muhassıllar atandıkları yerlerde ilk iş olarak birer meclis kurmuşlardı. Yedi tabii üye¹²³ ve iki dereceli olarak ilgili bölgeden seçilen altı temsilci üye ile toplam on üç üyeden oluşan bu muhassıllık meclislerinin asıl amacı halkın yönetime katılması değil, Tanzimat reformlarının tabanda benimsenmesinin sağlanması, vergi gibi tepki doğurabilecek bir konuda halk temsilcilerinin de sorumluluğa ortak edilmesiydi.¹²⁴ Her ne kadar vergi salmada bir siyasal katılım söz konusu olmasa ve seçimler demokratik bir şekilde yapılamasa da¹²⁵ başta vergi tahrir, tevzi ve tahsili olmak üzere memleket işlerinin meclislerde müzakere ediliyor ve uygulamaya konuyor olması¹²⁶ adem-i merkezîyetçi bir temsil anlayışının uygulanmaya çalışıldığı ve bu uygulamanın yasallık ilkesine katkı sağladığı kabul edilebilir.

Ne var ki, bu uygulama neticesinde hazine gelirlerinde önemli ölçüde azalış görüldü. Muhassılların az sayıda olmaları ve topladıkları vergiden doğrudan yararlanmadıkları için mültezimler kadar hevesli çalışmıyor olmalarının yanı sıra eğitimsiz ve görevli oldukları bölge koşullarına yabancı olmaları da başarısızlığın önemli sebeplerindedir.¹²⁷ Bunun neticesi olarak ise aşarın mahallinde

119 SHAW, s.934-935.

120 SHAW, s.934-935.

121 YARAŞLI, s.10.

122 ÖNER, s.206.

123 "Tabii üyeler şunlardır: Kadı, müftü, zaptiye memuru, muhassıl, ve beraberindeki iki katip ile gayrimüslimlerin bulunduğu yerlerde metropolit" (ŞENER, Tanzimat Dönemi..., s.51)

124 ŞENER, Tanzimat Dönemi..., s.55.

125 "Nitekim bazen meclis seçimlerinin yapılmadığına, usûlsüz olarak üyelerin atamayla belirlendiğine dair kayıtlara rastlıyoruz. Hatta bir Fransız görgü tanığı, milletin bu meclislerde temsili diye birşeyin olmadığını, üyelerin her yerde farklı usûllerle belirlendiğini, örneğin Ankara'da Türk üyelerin eyalet valisi, diğer cemaatlere ait üyelerin de dinî reisleri tarafından tayin edildiğini belirtiyor. Bir çok yerde ise meclislere eski ayanlar hâkimdi." (ŞENER, Tanzimat Dönemi..., s.56).

126 ŞENER, Tanzimat Dönemi..., s.55.

127 SHAW, s.936; YARAŞLI, s.10. "... muhassıllar ve adamları tarafından aynı olarak toplanan, der-anbâr edilen, aşar bir çok yerde vasıta yokluğundan pazara getirilip paraya çevrilememiş, silolar olmadığı için çürüyüp mahvolmuş ve neticede bu en mühim gelir kaynağında ehemmiyetli bir azalma olmuştu." (YARAŞLI, s.10).

müdürler ve ileri gelenlere “maktû’an” ihalesi yoluna gidilmiş, yani bir bakıma farklı bir isim altında tekrar iltizam sistemine dönmüştür.¹²⁸

c. Yeni Kadastro

Kırım Savaşı'nın ardından (1853-1856) başlatılan başlıca malî reformlara yeni kadastro çalışmaları öncülük etti. Her ilde kurulan ve yöre eşrafından ve devlet memurlarından oluşan kadastro komisyonları kırsal kesimin yanı sıra kasaba ve kentlere de her arazi parçasını, her yapıyı, her birinin kullanım amacını ve sağladığı geliri tespit etti. Ayrıca her bireyin kimliği ve statüsü tespit edilerek herkese vergi nüfus tezkeresi verildi. Bu tezkereler kimlik kartı niteliğiyle hem mükellefe yıllık vergi yükümlülüğünü göstermesi hem de merkezî hükümete sağladığı denetim olanağı bakımından büyük bir gelişme olarak kabul edilebilir.¹²⁹ Zira bu çalışmalar neticesinde malî gücün tespiti hem eşitlik hem de ölçülülük ilkelerinin tesisine ön ayak olmuştur.

d. Ancemaatin Vergi

Tanzimatla birlikte vergiler “tekâlif-i bilâ-vasıta” ve “tekâlif-i bilvasıta” olarak sınıflandırılmıştır. Yani daha önce pek çok türü bulunan şer’î ve örfî tekâlif ayrımı tamamıyla kalkmış; bunun yerini Batı etkisiyle “dolaysız ve dolaylı vergiler” ayrımı almıştır.¹³⁰

Tanzimat dönemindeki en önemli reformlardan biri gelir üzerinden vergilendirmeye geçilmiş olmasıdır. Tanzimat Fermanındaki “bundan sonra memleket ahalisinden her ferdin emlak ve kudretine göre münasip bir vergi tayin olunarak kimseden ziyade şey alınmaması” hükmünde geçen “emlak ve kudretine göre” ifadesi malî güce göre vergilendirmenin ifadesi olmuş ve getirilen ancemaatin vergi¹³¹ ile uygulama alanı bulmuştur. Aslında bu vergiden önce 1839’da temettü vergisiyle gelirlerin vergilendirilmesi amaçlanmış ancak kadastro çalışmalarının kâr ve gelirleri değil de yalnızca serveti tespit üzerine yapılmasından dolayı toplanması mümkün olamamıştı. Ancak 1858-1860 yıllarında yapılan kadastro çalışmalarında bu eksik tamamlanmış, aynı yıl gelir, maaş ve ücretlere tatbik edilmeye başlanmış ve gerçek bir gelir vergisi niteliği kazanmıştır. Ancak kapitülasyonlar gereğince yabancıların bu vergiden muaf tutulması Müslümanları dezavantajlı bir konuma sokmuş ve eşitlik ilkesinin sağlanması bakımından önemli bir eksiklik olmuştur.¹³² Hatta yabancıların I. Dünya Savaşı yıllarına kadar bu verginin sonradan dönüştüğü

128 YARAŞLI, s.10. ÇAKIR, s.47-48.

129 SHAW, s.937.

130 ŞENER, *Sona Doğru...*, s.127; ÖNER, s.310. Tanzimat ve Meşrutiyet Dönemlerinde (1839-1922) Uygulanan Vergilerin konu, mükellef, matrah, oran, tahsil eden idare, ödeme zamanı ve açıklamalarını içeren tablo için bkz. ÖNER, s.291-298.

131 Dönemin hukukî metinlerinde yalnızca “vergi” yahut “komşuca alınan vergiler” olarak isimlendirilmiştir. (ŞENER, *Sona Doğru...*, s.116).

132 SHAW, s.938. Öyle ki, bu muafiyetten faydalanabilmek için Rum ve Ermeni tebaa başka ülkelerin vatandaşlığına geçmeye başlamışlardır. (SHAW, s.938)

vergi çeşitlerinden biri olan temettü vergisinin kapsamına alınmayışı Osmanlı Devleti'nin mali bağımsızlığını dahi tartışılacak noktaya getirmiştir.¹³³

Ancemaatin verginin getirilmesiyle kaldırılan örfi vergiler toplam vergi tutarının haneye veya erkek nüfusa eşit olarak paylaşılmasıyla hesaplanır (baş vergisi), ancemaatin vergi ise öngörülen vergi tutarının önce kazalara paylaşılıp, daha sonra bu kazalarda kişilerin ödeme güçleri göz önüne alınarak ödeme miktarları hesaplanıyordu.¹³⁴ Yani yine tevziî (dağıtılan) nitelikte fakat mükelleflerin malî gücüne göre tahsil edilecek¹³⁵ bu verginin ölçülülük ilkesi açısından atılmış önemli bir adım olduğunu düşünmek mümkündür. Malî gücün ölçüsü ise tebaanın emlak, arazi, hayvan varlığı ile kazançlarıdır. Buradaki amaç örfi vergileri baş vergisi olmaktan çıkarıp tahrir esaslı servet veya gelir vergisi oluşturmaktır.¹³⁶ Yirmi sene kadar uygulanan bu vergi uygulamadaki bazı problemler nedeniyle 1859 yılından itibaren tedricen kaldırılarak ileri bir aşamaya geçilmiş¹³⁷ ve ikinci bir yenilikle nisbî nitelikteki emlak, arazi ve temettü vergileri getirilmiştir. Günümüz emlak ve gelir vergilerinin ilk nüvelerini oluşturan bu yeni vergiler¹³⁸ konusu arazi ve binaların kıymeti ile sanat ve ticaret erbabının kazanç miktarı olan tahrir usûlüne dayanıyordu. Bu şekilde tevziî vergiden, matrahı tahrire dayandığı, verginin de nisbî olarak belirlendiği bir vergi çeşidine geçilmiş oldu.¹³⁹ Böylece, mükelleflerin ödeyecekleri vergi miktarını, mahallî ayan ve eşrafın etkisine açık bırakan ancemaatin vergiye nazaran, vergilemede belirlilik ilkesine daha fazla yaklaşıldığı kabul edilebilir.¹⁴⁰

e. Yeni Gayrimenkul Vergisi

Ancemaatin vergi yerine getirilen vergilerden birincisi olan emlak vergisiyle bina ve arazilerin tahrir olunan değerleri üzerinden binde dört ve ayrıca akar sağlayan (yani kira geliri getiren) emlakın yıllık gelirinden ek olarak yüzde dört vergi alınacaktır.¹⁴¹

Bu şekildeki kira gelirinin vergilendirmesi günümüz anlayışı içerisinde gayrimenkul sermaye iradı olarak kabul edilse de, söz konusu dönemde emlak vergisi içinde değerlendirilmiştir. İslam hukukuna göre sahibinin Müslüman olup olmadığına bakılmaksızın binaların herhangi bir vergiye tabi tutulmasına müsaade edilmemiştir.¹⁴² Bu binalar daha önceki dönemlerde arazinin

133 ŞENER, *Sona Doğru...*, s.118-119.

134 YARAŞLI, s.12.

135 "Bu verginin tevzi edilecek tutarını tespititte, kaldırılan örfi tekâlifin toplamı esas alınmış, mükellefler arasında paylaşılırken dikkate alınacak olan ödeme gücü de yapılan tahrir sonucu belirlenmiştir." (ŞENER, *Sona Doğru...*, s.116).

136 MUTLU, s.60.

137 ŞENER, *Sona Doğru...*, s.117.

138 ŞENER, *Sona Doğru...*, s.117.

139 YARAŞLI, s.12.

140 ŞENER, *Tanzimat Dönemi*, s.225.

141 YARAŞLI, s.12. Vergi oranları daha sonra arazide binde 4, binalarda binde 8 ve akarlarda binde 10 olarak düzenlenmiştir. (YARAŞLI, s.12)

142 MUTLU, s.57.

bir parçası sayılıyorken bina sayısındaki artış ile birlikte başlı başına bir ekonomik değer haline gelerek bağımsız bir vergi konusu oluşturmuştur.¹⁴³ Bu da vergileme zihniyetinde İslamî tonların ortadan kalkmaya başladığının ve seküler bir anlayışa geçildiğinin göstergesidir.¹⁴⁴

f. Temettü Vergisi

Gelir vergisi niteliğindeki bir diğer vergi temettü vergisidir. Temettü vergisi, tüccar ve esnafın tahrir ile belirlenen yıllık geliri üzerinden yüzde üç olarak alınacaktır.¹⁴⁵ Günümüzdeki gibi beyan esasında değil de tahrir esasına dayanan bu vergi, yukarıda sözü edilen gayrimenkul sermaye iradıyla birlikte gelir vergisi alanında önemli bir gelişme sağlamıştır. Ancak ücretler, sarraflık ve menkul sermaye iratları hâlen vergilendirilmemektedir. Ayrıca zirai kazançlar aşar vergisiyle gayrisafî olarak alınırken, hayvanlardan alınan ağnam resmide gelire dönüştürülmeye çalışılmıştır.¹⁴⁶

g. Cizye ve Bedel-i Askerî

Tanzimatla birlikte yapılan önemli değişikliklerden biri de cizye konusunda olmuştur. Esasen askerlik hizmetinin karşılığı olması sebebiyle bedel niteliğindeki cizye¹⁴⁷ Osmanlı'nın kuruluşundan itibaren elde ettiği bir kamu geliri idi. Gayrimüslim tebaadan ödeme güçlerine göre¹⁴⁸ cizyedarlar ve özel memurlar tarafından toplanan cizyenin başlangıçta bu tahsil usulünde değişikliğe gidilip cemaat önderlerinin vasıtasıyla toplanmaya başlanmıştır. Ancak bu da istenen sonucu vermemiş ve neticede 1856 Islahat Fermanı ile eşitliğe aykırı olması sebebiyle kaldırılmıştır. Ancak cizyenin askerlik hizmetinin karşılığı olduğu için ve kendilerine Müslümanlar karşısında büyük avantajlar¹⁴⁹ sağladığı için gayrimüslimler buna çok büyük tepki göstermişler ve neticede cizye herkese eşit uygulanacak şekilde isim değiştirilerek bedel-i askerî

143 ŞENER, *Sona Doğru...*, s.117-118.

144 MUTLU, s.58.

145 ŞENER, *Sona Doğru...*, s.118. Sonraları oran yüzde dörde ve yüzde beşe çıkarılmıştır. (YARAŞLI, s.12)

146 YARAŞLI, s.12-13, ŞENER, *Sona Doğru...*, s.118. Temettü vergisi hakkında detaylı bilgi için bkz. ŞAHİN, Harun, "Osmanlı Vergi Sisteminde Reform ve Temettü' Vergisi", Cumhuriyet Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2012, ss. 45-57.

147 Ayrıntılı bilgi için bkz. SİDDİKİ, s.110 vd.

148 "Gayrimüslim tebaa üzerine salınan geleneksel insan başına vergi, cizye, yalnızca hane reisi erkeklerden alınır, mükellefler servetlerine ve ödeme güçlerine göre üç gruba ayrılırdı; birinci grubu oluşturan zenginlerden yıllık 3600, orta gelirlilerden 1800, yoksullardan yılda 900 akçe cizye alınırdı. Dul kadınlar, öksüz ve yetimler ile din adamları vergiden muafı." (SHAW, s.936).

149 "II. Mahmut tarafından 1838'de kurulan ve Tanzimat'ın ilk yıllarında yeniden düzenlenen zorunlu askerlik hizmeti sisteminde bütün Müslüman erkekler yirmi yaşından kırk yaşına kadar en az beş yıl aktif askerlik (muvazzaf), iki yıl aktif yedeklik (ihtiyat), yedi yıl pasif yedeklik (redif) ve sekiz yıl yerel savunma kuvvetlerinde (müstahfiz) görev yapmak, düzenli eğitim görmek ve gereğinde silah altına alınmak zorundaydılar. Ama gayrimüslimler insan başına bir vergi ödemek şartıyla hep askerlikten muaf tutuldular." (SHAW, s.938-939).

olarak yeniden getirilmiştir. Bu şekliyle 1907'ye kadar sürmüş, 1908 Meşrutiyetiyle askerlik bütün tebaaya teşmil edildiği zaman tamamen kalkmıştır.¹⁵⁰

h. Aşar Vergisi

Osmanlı'da devletin en önemli gelir kaynağı olma özelliğini sürdüren¹⁵¹ aşar vergisi, müslim-gayrimüslim ayrımı gözetilmeksizin¹⁵² tarım ürünleri gayrisafı hasılatı üzerinden alınan bir vergi çeşididir.¹⁵³ Aşar vergisiyle ilgili Tanzimat'ın getirdiği en önemli yenilik vergi oranı konusunda olmuştur. Tanzimatın uygulandığı bölgelerde vergi oranı aslına uygun olarak onda bir oranında sabitlenerek bu şekilde tahsil edilmesine karar verilmiştir.¹⁵⁴ Aşar ile ilgili en önemli sorun niteliğindeki tahsil usûlü meselesi hakkında önceleri emanet usûlüyle muhassıllar tarafından tahsili yoluna gidilmiş olsa da bunun başarısızlıkla sonuçlanması üzerine iltizam ve iltizam benzeri maktuan ihale usûlüne dönülerek ikişer ve beşer yıllığına ihaleler yapılmıştır.¹⁵⁵ 1868'den itibaren iltizam görev ve düzenlemelerinin merkezî hükümetten valiliklere devriyle daha sıkı denetim sağlanmış ve suiistimaller büyük ölçüde engellenebilmiş, 1877'de II. Abdülhamit tarafından kurulan Aşar ve Ağnam Emaneti adlı yeni kurum ile de doğrudan bir tahakkuk ve tahsil sistemi oluşturuldu.¹⁵⁶ Tarımsal üretimi engellediği düşüncesiyle kaldırılması ve arazi vergisine geçilmesi Tanzimat döneminden itibaren tartışılan¹⁵⁷ aşar vergisi ancak 1925 senesinde tamamen ilga edilmiştir.¹⁵⁸ Özellikle vergi oranının sabitlenmesi ve muhassıllar vasıtasıyla doğrudan tahsil çabaları verginin belirliliğinin sağlanması açısından kayda değer bir gelişme olarak kabul edilmelidir.

i. Ağnam Resmi

Tanzimat sonrasında da uzun süre varlığını sürdüren geleneksel vergilerden bir diğeri ağnam¹⁵⁹ vergisidir. Koyun ve keçilerden alınan ağnam resmi geleneksel olarak öşür oranına uygun olarak onda bir oranında, yani on hayvandan birinin verilmesi şeklinde yahut mültezimler ya da tımar sahipleri tarafından toplam hayvan bedelinin kırkta biri miktarının nakit olarak ödenmesi şeklinde uygulanır, doğrudan çift sürmede veya ulaşımda kullanılan hayvanlar vergiye tabi tutulmazdı.¹⁶⁰ Ancak mültezimler yasa dışı olarak kendi namlarına ek vergiler tahsil ederek

150 YARAŞLI, s.12-13.

151 SHAW, s.938.

152 YARAŞLI, s.12-13

153 ŞENER, *Sona Doğru...*, s.121.

154 ŞENER, *Sona Doğru...*, s.120, MUTLU, s.63.

155 YARAŞLI, s.13, ŞENER, *Sona Doğru...*, s.121.

156 SHAW, s.938.

157 ŞENER, *Sona Doğru...*, s.121.

158 YARAŞLI, s.13.

159 "Ağnam" kelime anlamı olarak "koyunlar" demektir.

160 SHAW, s.935.

bu vergiyi de ağırlaştırmışlardır.¹⁶¹ Ağnam resmindeki ilk reformlar II. Mahmut döneminde oranının onda bir olarak sabitlenmesiyle başlamıştır. Tanzimatla birlikteyse tüm ek vergiler kaldırılıp hayvan başına alınacak beş kuruş ve ek vergiyi toplayan mübaşirler için de alınacak yirmi para (yarım kuruş) dışında başka ek vergi alınmayacaktı.¹⁶² Bu düz oranlı vergi eşitliğin sağlanması adına önemli bir adım niteliğindedir.

Tanzimat'ın ağnam resmi hakkındaki temel reformları ise 1858'den itibaren yapılan değişikliklerde kendisini göstermiştir. Bu değişikliklerle ağnam resmi hayvan servet üzerinden değil gelir üzerinden alınan bir vergi şekline dönüştürülmeye çalışılmıştır. Çünkü geleneksel olarak hayvanların boyut ve ağırlıkları ve satılmaya elverişliliğine bakılmaksızın hayvan başına sabit bir tutar olarak belirlenmekteydi. Değişikle birlikteyse artık köy ihtiyar heyetince bir koyun ve bir keçinin yılda yavrusu, sütü, ve yünü itibarıyla ne kadar tahsilat getireceği tespit edilmiş¹⁶³ ve Rumeli sancaklarında yüzde on, diğer bölgelerde ise yüzde 1,5-3,5 arasında değişen oranlarla tahsil edilmiş¹⁶⁴, daha sonraları ise hayvanların farklı bölgelerdeki gelir farklılıkları dikkate alınmamış, bölgelerarası farklılıklar azaltılmıştır.¹⁶⁵ 1880'de mali ihtiyaç sebebiyle ağnam resminin konusu genişletilerek taşımacılıkta kullanılmayan sütünde istifade edilen develer ve belli ölçüde camışlardan (mandalardan) da vergi alınmaya başlanmıştır.¹⁶⁶

Temelde ağnam resmi Tanzimatın getirdiği yeniliklerle gayrisafi hasılanın esas alındığı bir vergi niteliği kazanmış, ek vergilerden arındırılmış, nakden ve emaneten tahsil edilmiştir. Cumhuriyet dönemine kadar büyük değişikliğe uğramadan yürürlükte kalmış¹⁶⁷, Cumhuriyet döneminde ise Sayım Vergisi ve Hayvanlar Vergisi adı altında 1962 yılında kadar varlığını sürdürmüştür.¹⁶⁸

j. Diğer Çeşitli Vergiler

Tarık bedel-i nakdîsi (yol çalışma vergisi)¹⁶⁹ gibi eski vergi sisteminden kalan bazı muafiyet sahibi bölgelerin muafiyetleri kaldırılmış ve vergilendirmede eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır. Bunların yanı sıra damga resmi ve harçlar, madencilik vergisi getirilmiş, dolaylı vergilerden olan (tekâlif-i bilvasita) alkollü içkilerden alınan vergiler ve gümrük vergileri çağdaş anlamda yeniden düzenlenmiştir.

161 “Söz konusu yasadışı ek vergileri şöyle sıralayabiliriz: ağıl ve çit vergileri, önemli vadi, çukur ve ya köprülerden geçen hayvanlar için geçit vergisi, pazarda satılan davardan alınan kırkta bir oranındaki bâc-ı ağnam vergisi, kamu mezbahalarında kesilen hayvanlardan alınan vergiler...” (SHAW, s.935).

162 SHAW, s.935-936.

163 ŞENER, *Sona Doğru...*, s.121-122.

164 SHAW, s.938.

165 ŞENER, *Sona Doğru...*, s.121-122.

166 MUTLU, s.64. “Bir de domuzlar üzerinden alınan ‘canavar resmi’ vardır ki bu vergi genellikle ağnam resmiyle birlikte alınmıştır.” (ÇAKIR, s.52)

167 SHAW, s.938.

168 YARAŞLI, s.13.

169 “Osmanlıların yükselme devri boyunca belirli köyler orduya yalnızca yol yapım ve onarım hizmeti gören erkekler gönderir, bunun karşılığında gerek çalışanlar, gerekse köyleri her türlü ver giden muaf tutulurdu.” (SHAW, s.939).

III. SONUÇ

Klasik Dönem Osmanlı malî yapısı tekâlif-i şer'iyye ve tekâlif-i örfiyye olarak iki temel üzerine bina edilmiştir. Tekâlif-i şer'iyye alanında tamamen İslam hukuku ilkeleri geçerlidir. Modern anlamda olmasa da İslam vergi hukukunda bazı vergilendirme ilkelerinin tezahürü görülmektedir. Öğretide “nass ve içtihad yoluyla konulmuş vergiler”den söz ediliyor olması, İslamda vergilerin yazılı olmasa da bir takım kurallara dayanılarak alındığını göstermektedir. Bu bakımdan verginin yasallığının bir görünüm şekli oluşmuştur. Ayrıca nass niteliğindeki hükümlerde verginin konu unsuru ana çizgileriyle belirlenmiş, diğer unsurları ise Hz. Peygamber tarafından ve içtihat yoluyla tamamlanarak verginin belirginliği de büyük ölçüde sağlanmıştır. Ancak laik hukuktan farklı olarak bu hükümler yasama faaliyetiyle değiştirilemez niteliktedir. Kur'anda kamu hukukuna dair iki temel emirden ilki olan “adaletle idare” ilkesi soyut olarak eşitlik ve ölçülülük ilkelerine zemin hazırlamış, diğer emir olan “şûrâ ile karar verme” ilkesi ise “temsilsiz vergi olmaz” ilkesini hayata geçirmenin ilk adımları olmuştur. Ayrıca, zekât, cizye ve haraç toplanması için öngörülen şartların ve emek odaklı vergilendirmenin malî güç ölçüsünü gözettiği ve eşitlik ve ölçülülük ilkelerine temas edildiği kabul edilebilir.

Osmanlı Devletinde idarî örgüte, askerî, cezaî ve malî hükümlerle tımar ve reayaya ilişkin hükümlerin yasalarla tedvin edildiği bir örfî hukuk (Kanun-ı Münif) mevcuttur. Malî mevzuatta “araziye göre hukuk ve kanun dağınkılığı ilkesi” geçerli olduğu için tüm malî örgüte hâkim ana örgüt yasaları veya yeknesak yasal formüllerden söz etmek mümkün değildir. Ancak bu yasalar yükümlünün ödeme gücü ve vergi adaleti gözetilerek hazırlanmakta ve vergi salmaları kadıların ve merkezin denetimine tabi kılınmaktaydı. Tanzimat dönemine kadar ne verginin temel özelliklerine dair ne de padişahın vergilendirme yetkisini sınırlandırmaya dair bir hükümle karşılaşılmaktadır. Benimsenmiş olan hukukun şahsîliği ve vergi yasalarının yöresel ve zümrevî (grupsal) olması, verginin genelliği, verginin adaletli ve dengeli dağılımı, verginin yasallığı gibi bir takım çağdaş hukuk devletine özgü ilkelerin uygulanmasına olanak vermemektedir. 19. yüzyılda padişahı sınırlandırmaya ve adaletle riayete yönelik bazı girişimler olsa da (1808 Sened-i İttifak'ı gibi) bu belgelerin müeyyideden yoksun olması sebebiyle uygulama alanı bulunamamıştır. Ancak temsilsiz vergi olmaz boyutu bakımından parlamentonun öncüsü sayılan bu girişimler yine de değer taşımaktadır.

Tanzimat dönemiyle birlikte gerek Anayasal belge düzeyinde gerekse vergi sistemi düzenlemeleri bakımından geleneksel hukuk ve Avrupa hukuku birlikte değerlendirilerek bir kodifikasyona gidilmiş ve birçok reform gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Tanzimat Fermanıyla ilk defa yasa kavramı belirtmeye başlamış ve “kimseden ziyade şey alınmaması” ölçütü ile keyfi ve ağır vergilendirmenin önüne geçilmiştir, bu da verginin yasallığı ilkesinin bir yansıması olan verginin belirgin olması boyutunun gerçekleştirilmesi için atılan bir adımdır. “Her ferdin emlak ve kudretine göre” uygun bir vergi belirlenmesi ifadesiyle de eşitlik ilkesinin malî güce göre vergilendirme boyutunun da vücut bulduğu görülmektedir. Islahat Fermanı'yla başta vergi olmak üzere eşitlik ilkesi getirilmiş, Adalet Fermanıyla önceki düzenlemeler yinelenmiştir. Uygulamada büyük eksiklikler yaşansa da bu adımlar ileriki döneme öncülük etmiştir.

Türk toplumunun ilk yazılı anayasası olan 1876 Kanunu Esasisi ile yasadışı vergi olmaz boyutu ilk defa bir anayasa hükmü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca kısmen de olsa temsili nitelikte bir yasama organının varlığı bu ilkenin temsilsiz vergi olmaz boyutunu da anayasal düzleme taşımış 1909 değişiklikleriyle parlamentoya birlikte daha da güç kazanmıştır.

Anayasal düzeydeki düzenlemelerin uzantısı olarak, diğer alanlarda olduğu gibi vergi ve vergi hukuku alanında da ilk defa geniş çaplı ve kapsamlı bir kanunlaştırma hareketi başlatılmıştır. Vergi mevzuatının oluşumunda Kamu Hukuku alanında yaşanan Batı etkisi göze çarpmaktadır. Bu da hukuk düzeni içerisinde ikili bir durum yaratmıştır. İlk dönemlerde hukukî düzenlemelerin resmî gazetede yayımlanmaması sebebiyle verginin yasallığı ilkesinin belirlilik yönü zarar görmüş, kimi yerlerde de herhangi bir hukukî metne dayanılmaksızın vergi tahsiline devam edilmesi yasallık ve eşitlik ilkelerini zedelemiştir. Yine; vergi usûl, suç ve ceza hükümlerinin dağınıklığı ve zamanaşımının uygulanmaması, uyuşmazlık çözümünde yalnızca idarî çözüm yolu öngörülüp, Şûrâ-yı Devlet üst mahkemesi dışında bağımsız adli yargı mercileri öngörülmemiş olması belirlilik ve hukuk devleti ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Değişikliklerin diğer bir uzantısı vergi sisteminde olmuştur. Vergi gelirleri Tanzimatla, daha önce pek çok türü bulunan şer'î ve örfî tekâlif yerine daha sade bir şekilde sokularak bütçelerde "doğrudan doğruya alınan tekâlif" ve "bilvasita alınan tekâlif" olarak sınıflandırılmıştır. Şer'î ve örfî tekâlif ayrımı bütünüyle kalkmış; bunun yerini Batı etkisiyle dolaysız ve dolaylı vergiler ayrımı almış ve bu ayrım Tanzimat dönemi sonrasında da varlığını sürdürdürmüştür. İlk defa mükelleflerle devletin doğrudan doğruya temasta bulunmasını gerektiren esaslar getirilmiş, iltizam süreç içerisinde kaldırılarak vergi toplamak için muhassıl adı verilen maaşlı memurlar görevlendirilmiş, böylece mültezimlerin keyfî uygulamaları önlenmeye çalışılmıştır. Her çeşit araziden oranı ve ismi değişik olan her çeşit vergi "aşar vergisi" adı altında birleştirilmiş ve oranı sabitlenmiştir, böylelikle verginin belirliliği ve öngörülebilirliği sağlanmaya çalışılmıştır. Tekâlif-i örfiyye ve ihtisab resimleri ödeme gücü dikkate alınmadan toplandığı ve vergide ölçülülük ilkesine uymadığı için ilga edilerek yerine herkesin malî gücüne göre miktarı belirlenecek tek çeşit vergiler getirilmiştir. Ülke çapında tapu kadastro ve gelir tespiti yaptırılarak artan oranlı vergilendirmeye gidilmiştir. Pazar ve şehir istihsal vergileri yerine esnaf ve sanatkârlara kârdan ödenmek üzere temettü vergisi konmuştur, ne var ki tüm yabancılar, kapitülasyon anlaşmaları gereğince bu vergilerden muaf tutulduğu için eşitlik ilkesi tam olarak sağlanamamıştır. İslam hukukuna göre bina vergilendirilmezken bu dönemde getirilen emlak vergisiyle bina değeri üzerinden ve ayrıca kira geliri varsa bu gelir üzerinden vergilendirilmeye başlanmıştır. Bu da laik vergilendirme ve gelir vergisi alanında atılmış ilk adımlardandır. Aynı şekilde ağnam resmi de hayvan varlığı (servet) üzerinden değil, gelir üzerinden alınan bir vergi şekline dönüştürülmeye çalışılmış ve ek vergilerden arındırılarak sabitlenmiştir. Bununla birlikte, kişilerin ve illerin eşit vergilendirilmesi ilkesi açısından önemli zaafılar söz konusu olmuştur, özellikle İstanbul'un büyük oranda vergilerden muaf tutulması eşitlik ilkesi açısından önemli eksikliklerdendir. Bedel şeklindeki gelirlerden olan cizye isim değiştirilerek bedel-i askerî şeklinde hem müslüman hem de gayrimüslim tebaaya eşit şekilde uygulanmaya başlanmış, 1909'da ise tamamen kaldırılmıştır. Tarık bedel-i nakdîsi (yol çalışma vergisi) gibi eski vergi sisteminden kalan bazı muafiyet sahibi

bölgelerin muafiyetleri kaldırılmış ve vergilendirmede eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır. Bunların yanı sıra damga resmi ve harçlar getirilmiş, madencilik vergisi, alkollü içkilerden alınan vergiler, gümrük vergileri çağdaş anlamda yeniden düzenlenmiştir.

Sonuç olarak reform dönemindeki ana eğilim, “aynî ve bölgeci” sistemden “nakdî ve merkezîyetçi” bir sisteme geçiş ve vergi sistemine basitlik ve sadelik kazandırmak yönünde olmuştur. Genel olarak iltizam usûlünün bir türlü kaldırılamayışı, kişilerin ve bölgelerin eşit vergilendirilmesinde geri kalınması, yabancıların sahip olduğu vergi ayrıcalıkları temel ilkesel problemler olarak görölmektedir. Ancak vergi gelirlerinin büyük bölümünün dolaysız vergilerden meydana gelmesi, bedeni yükümlülüklerin büyük oranda ortadan kalkması, aşar dışındaki tüm vergilerin nakdîleştiği, tevziî vergilerin yerlerini nisbî vergilere bırakması çağdaş vergilendirme yolundaki önemli gelişmelerdir.

KAYNAKÇA

- AKAD**, Mehmet/**DİNÇKOL**, Bihterin/**BULUT**, Nihat, Genel Kamu Hukuku, 13. Basım, Der Yayınları, 2017, İstanbul.
- AKGÜNDÜZ**, Ahmet, Kamu Hukuku, 1. Cilt, İmsak Ofset Basım Yayım, 2011, İstanbul.
- AKIN**, İlhan F., Türk Devrimi Tarihi, Fakülteler Matbaası, 1976, İstanbul.
- AKTAN**, Coşku Can/**DİLEYİCİ**, Dilek, **SARAÇ/Özgür**, Vergi, Zulüm ve İsyân, Phoenix Yayınevi, Birinci Baskı, Eylül 2002, Ankara.
- AKYILDIZ**, Ali, “Sened-i İttifak’ın İlk Tam Metni”, İslam Araştırmaları Dergisi, Sayı: 2, 1998.
- AŞÇI AKINCI**, Nuray, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Dolaysız Vergilerde Ayrımcılık Yasağı, Beta Yayınları, Aralık 2013, İstanbul.
- ATEŞ**, Leyla, Vergilendirmede Eşitlik, Derin Yayınları, 2006, İstanbul.
- BUDAK**, Tamer, Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2010, İstanbul.
- BULUTOĞLU**, Kenan, Türk Vergi Sistemi, Üçüncü Basılış, Fakülteler Matbaası, 1970, İstanbul.
- ÇAĞAN**, Nami, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, İstanbul.
- ÇAKIR**, Coşkun, Tanzimat Dönemi Osmanlı Maliyesi, Küre Yayınları, Birinci Basım, Ekim 2001, İstanbul.
- EKİNCİ**, Ekrem Buğra, Hukukun Serüveni, 2. Bası, Artı Sanat Yayınevi, Ekim 2015, İstanbul.
- ERDOĞAN**, Suat, “*Zekâtın Devlet Tarafından Toplanması Fıkhiği*”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 28, 2016.
- FALAY**, Nihat, Maliye Tarihi (Ders Notları), 2. Baskı, Filiz Kitabevi, 1996, İstanbul.
- GÖKBUNAR**, Ali Rıza/ UĞUR Alparslan, Sümerlerden Türkiye Cumhuriyeti’ne Maliye Tarihi, 1. Bası, Beta Yayınevi, Temmuz 2016, İstanbul.
- GÖZLER**, Kemal, Hukuka Giriş, 5. Bası, Ekin Yayınevi, Ekim 2008, Bursa.
- GÜNEŞ**, Gülşen, Verginin Yasallığı İlkesi, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, Mart 2008, İstanbul.
- İNCEOĞLU**, Sibel (Ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Bası, Beta Yayınları, Ekim 2013, İstanbul.
- KABAOĞLU**, İbrahim Özden, Anayasa Hukuku Dersleri, 8. Bası, Legal Yayıncılık, Ekim 2012, İstanbul.
- KARAKOÇ**, Yusuf, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat SOYER’e Armağan, Cilt 15/2013, Özel Sayı, 2014, İzmir.
- KARAMAN**, Hayrettin, İslam Hukuk Tarihi, 9. Bası, İz Yayıncılık, 2012, İstanbul.
- KARAMAN**, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, 7. Bası, İz Yayıncılık, 2012, İstanbul.
- KAZICI**, Ziya, “Osmanlılarda Örfi Vergiler ve Bu Vergilerin Kaynağı Olan Örfi Hukuk”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:4, 1986, İstanbul, ss.285-310.
- METİN**, Yüksel, Ölçülülük ilkesi Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ekim 2002, Ankara.
- MUTLUER** Kamil/ **ÖNER** Erdoğan/ **KESİK** Ahmet, Teoride Ve Uygulamada Kamu Maliyesi, 3. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Aralık 2013, İstanbul.
- OĞURLU**, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Temmuz 2002, Ankara.
- OKANDAN**, Recai G., Âmme Hukukumuzun Anahatları (Türkiye’nin Siyasî Gelişmesi), Birinci Kitap (Osmanlı Devletinin Kuruluşundan Yıkılışına Kadar), Fakülteler Matbaası, 1971, İstanbul.

- ÖNCEL** ,Mualla/ **KUMRULU**, Ahmet/ **ÇAĞAN**, Nami, Vergi Hukuku, 25. Bası, Turhan Kitapevi, 2016, Ankara.
- ÖNER**, Erdoğan, Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet Döneminde Mâli İdare, Genişletilmiş 2. Baskı, T.C. Maliye Bakanlığı Araştırma Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayın No:2005/369, 2005, Ankara.
- ÖZEK**, Ali/**KARAMAN**, Hayreddin/**AYDIN**, M. Âkif/**ERKAL**, Mehmed, İbadet ve Müesseseler Olarak Zekât, İslâmî İlimler Araştırma Vakfı Yayınları:5, 1984, İstanbul.
- ÖZTEL**, Muharrem, II. Meşrutiyet Dönemi Osmanlı Maliyesi, 1. Baskı, Kitabevi, 2009, İstanbul.
- RUMPF**, Christian, Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, Anayasa Yargısı Dergisi, 10. Cilt, 1993, Ankara.
- SABAN**, Nihal, Vergi Hukuku, 6.Bası, Beta Yayınevi, Kasım 2014, İstanbul.
- SELÇUK**, Mervan, Zekâtın Modern Anlamda Kurumsallaşması ve Türkiye için Uygulanabilir bir Model Önerisi, Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2016.
- SIDDİKİ**, Selim A., İslam Devletinde Mali Yapı, 4. Bası, Fikir Yayınları, 1968, İstanbul.
- SONSUZOĞLU**, Elif, “Ödeme Gücüne Göre Vergileme İlkesi”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı, 1997, İstanbul.
- ŞABAN**, Zekiüddin, İslam Hukuk İlminin Esasları, 25. Bası, Türkiye Diyanet Vakfı, Ekim 2016, Ankara.
- ŞAHİN**, Harun, “Osmanlı Vergi Sisteminde Reform ve Temettü’ Vergisi”, Cumhuriyet Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2012, ss. 45-57.
- ŞENER**, Abdüllatif, Sona Doğru Osmanlı: Osmanlı Ekonomisi ve Maliyesi Üzerine Yazılar, 1. Baskı, Birleşik Yayınevi, Ocak 2007, Ankara.
- ŞENER**, Abdüllatif, Tanzimat Dönemi Osmanlı Vergi Sistemi, Birinci Basım, İşaret Yayınları: 39, Mayıs 1990, İstanbul.
- TANÖR**, Bülent, Anayasa Hukuku Meseleleri, Temel Hak Ve Hürriyetlerin Rejimi ve Anayasa Yargısı, Filiz Kitapevi, 1969, İstanbul.
- TANÖR**, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 28. Bası, Yapı Kredi Yayınları, Şubat 2017, Ankara.
- TANÖR**, Bülent / **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınevi, Ekim 2016, İstanbul.
- TUNAYA**, Tarık Zafer, Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938), Birinci Kitap, Kanun-ı Esasi ve Meşrutiyet Dönemi (1876-1918), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, Mayıs 2009, İstanbul.
- UYGUN**, Oktay, 1982 Anayasa’sında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Kitap, 1992, İstanbul.
- VARCAN**, Nezih, Türkiye’de Vergi Politikalarının Oluşumu (Cumhuriyet Dönemi), T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları, 1987, Eskişehir.
- YALTI**, Billur, Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK, 35 ve Mükerrer 35, Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan, Cilt 1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt 1, 2009, Ankara.
- YALTI**, Billur, Vergi Hukukuna Genç Yaklaşımlar, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, Mayıs 2013, İstanbul.
- YALTI**, Billur, Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik Esası, 1. Bası, Beta Yayınevi, Aralık 2011, İstanbul.
- YALTI**, Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, 1. Bası, Beta Yayınevi, Eylül 2006, İstanbul.
- YALTI**, Billur/**ÖZGENÇ** Selçuk, Vergi Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı, 1. Bası, Beta Yayınevi, Aralık 2005, İstanbul.

YALTI SOYDAN, Billur, “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa. Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:119, Ağustos 1998.

YARAŞLI, Osman Genç, Türkiye’de Vergi Reformu, T.C. Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayın No: 2005/367, 2005, Ankara.

Kriminolojik Açıdan: Akıl Hastalığı ve Suç

Mental Disorders and Crime: In Criminological Aspect

Candan YILMAZ*

Öz

Akil hastalığı ile suç arasındaki ilişki, hem tıp hem de hukuk doktrinleri açısından geçmişten günümüze araştırılan ve tartışılan bir konu olmuştur. Ancak hangi akıl hastalığının, Türk Ceza Kanunu'na göre tam akıl hastalığı ya da kısmi akıl hastalığı sayılacağı belli değildir. Makalede, isnat yeteneğine etki eden nedenler arasında yer alan ancak, Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanmamış ve açıklanmamış akıl hastalıklarının neler olabileceği ve kriminolojik açıdan bu hastalıkların hangi suçlara yol açabileceği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kriminoloji, Akıl Hastalığı, Suç, Ceza Hukuku, İsnat Yeteneği, Akıl Hastası Suçlu, Adli Psikiyatri, Ceza Sorumluluğu.

Abstract

The relationship between mental disorders and crime has always been a controversial issue and subject of study for both medicine and law from past to present. Nevertheless, in the Turkish Criminal Code, it is not certain which mental disorders are essential and which are partial. In this article, mental disorders which are regulated but not explained in the Turkish Criminal Code and crimes caused by mental disorders in a criminological way, are examined.

Keywords: Criminology, Mental Illness, Mental Disorders, Crime, Criminal Law, Culpability, Mentally Ill Criminal, Forensic Psychiatry, Criminal Liability.

I. GENEL OLARAK AKIL HASTALIĞI

Akil hastalığı, kişinin ayırt edicilik gücünü kaldıran ruhsal bozukluk, us sayrılığı olarak tanımlanmaktadır.¹ Psikopatoloji ise; akıl ve ruh sağlığını inceleyen bilim dalıdır.²

* Araştırma Görevlisi, Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D., candanyilmaz@sakarya.edu.tr

1 Türkiye Bilimler Akademisi: Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü (Sosyal Bilimler), Ankara 2011, s. 25.

2 <http://www.tdk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 10/01/2018).

Akıl hastalıklarının meydana gelmesinde birçok faktör rol oynar. Yaş, cinsiyet, iklim, kalıtım, sosyal faktörler (kültür, medeniyet, evlilik, meslek, tahsil, vb.), kişinin bünyesi ve karakteri, gebelik, hapis ve esaret, savaş, toksik maddeler, enfeksiyon hastalıkları, hormonlar ve ruhi faktörler; akıl hastalığının oluşmasına veya ilerlemesine neden olurlar. Bu nedenler bakımından akıl hastalıkları; en çok 20-40 yaş arasında, kadınlarda, hapis yatmış kişilerde, savaşa katılmışlarda, alkol veya uyuşturucu madde kullananlarda daha sık görülmektedir.³

Batının, deliliği akıl hastalığı olarak nitelendirmesi, yakın bir tarihte gerçekleşmiştir. Delinin, pozitif tıpta hakim söylem oluncaya kadar, “*şeytan çarpmış*” olarak görüldüğü bilinmektedir. Bugüne kadar da psikiyatrinin bütün tarihi, Ortaçağ’ın ve Rönesans’ın delisinde, büyü ve dinsel anlamların içerisinde sıkışıp kalmış, kendisini bilmeyen bir hastayı göstermeye çalışmıştır. Böylelikle, doğaüstü nedenlerle açıklanmaya çalışılan sapkınlığın yerine, insan doğasının bozukluğunun keşfedilmesi için; soğukkanlı, tıbbi ve bilimsel bir bakışın ortaya çıkması gerekmiştir. Olgusal bir yanılığa göre deliler, cin çarpmış kişiler olarak görülmekteydi ve yine yanlış bir önyargıya göre; cin çarpmış kişiler olarak tanımlanan insanlar da, aslında akıl hastalarıydı.⁴

18. Yüzyılın sonlarına kadar, akıl hastalarına karşı insanların tutumu ana hatlarıyla böyle kalmış; 19. Yüzyılın başından itibaren, tıp kendini eski geleneklerden, dini etkilerden ve dini otoritelerden kurtarmaya başlamıştır. Bu dönemden itibaren “*yalnız ilim ve ilmi metot insanı cehaletten ve ona bağlı olan sefaletten kurtarabilir*” inancı tıbbın her dalında yeni araştırmaları hızlandırmıştır.⁵ Fakat günümüzde de, akıl hastalığı hâlâ, sıklıkla incelenen ve araştırılan bir konu haline gelememiştir.

765 sayılı TCK döneminde, “*Esaslar*” başlıklı birinci kitabın, “*Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler*” başlıklı dördüncü babının altında düzenlenen 46. maddede “*şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığı*” olarak tanımlanan tam akıl hastalığı ve 47. maddede “*şuurunun veya hareketinin serbestisini ehemmiyetli derecede azaltacak surette akli maluliyet*” olarak betimlenen kısmi akıl hastalığı düzenlenmiştir.⁶ 5237 sayılı TCK’da ise, “*Genel Hükümler*” başlıklı birinci kitabın, “*Ceza Sorumluluğunun Esasları*” başlıklı ikinci kısmının, *Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlıklı ikinci bölümünün altında, 32. maddede düzenlenmiştir. Bu hüküm ile tam ve kısmi akıl hastalığı ayırımının kaldırıldığı iddia edilmiş olsa da⁷, birinci fıkra hükmünde yer alan “*işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi*” kavramı tam akıl hastalığını; ikinci fıkrada yer alan “*Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği*

3 Zati DOKUZ: Adli Psikiyatri (Akıl Hastalıkları ve Toksikomani Mevzuatımız), İstanbul 1966, s. 25-27.

4 Michel FOUCAULT: Akıl Hastalığı ve Psikoloji (Çev.: Emre BEYOĞLU), İstanbul 2014, s. 82-83.

5 Cevdet AYKAN: Akıl Sağlığı ve Hastalığı, Ankara 1969, s. 21.

6 <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm> (Erişim Tarihi: 14/04/18).

7 Doktrindeki görüşler için bkz. Erhan KOYUNCU: Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalarının Ceza Sorumluluğu, Konya 2016, s. 56-61, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=Br_XTptK8CZ70f0jGX9xEnOq1Kto72X9Xl-I5rhsbYQlZgEr37pO8MAfHjP9uXU, (Erişim Tarihi: 14/04/18).

azalmış olan kişi” kavramı, kısmi akıl hastalığını nitelemektedir.⁸ Makalede kullanılan tam ve kısmi akıl hastası kavramları, bu fıkralardaki anlama gelecek şekilde kullanılmıştır.

Belirtmek gerekir ki; kriminolojik yönden, hangi akıl hastalığının hangi suçlara yol açacağı, hangi hastalığın tam veya kısmi akıl hastalığı sayılacağı, akıl hastası suçluların hangi kurumlarda ne tip bir güvenlik tedbirine tabi tutulacakları, ucu açık bir tartışmadır. Adli tıp uzmanları ile ceza hukukçularının bir araya gelerek bu hususu aydınlatmaları gerekir.

Her ne kadar TCK'nın ilgili maddesinin gerekçesinde “*kusur yeteneği*” terimi kullanılmış olsa da⁹; kişinin işlediği fiilinin sorumluluğunu üstlenebilme erki, bu makalede “*isnat yeteneği*” olarak kullanılmıştır.¹⁰

II. AKIL HASTALIĞI SAYILAN BAŞLICA HALLER

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından 2016 yılında oluşturulan *Hastalıkların ve İlgili Sağlık Problemlerinin Uluslararası İstatistiksel Sınıflandırılması*¹¹ listesinin Akıl Hastalıkları ve Davranış Bozuklukları başlıklı beşinci bölümüne göre, kabul edilen hastalıklar şunlardır: semptomatik olanlar dahil tüm organik akıl hastalıkları; (alzheimer, demans, amnezi, deliryum, beyin hasarı ve fiziksel hastalık kaynaklı oluşan diğer ruhsal bozukluklar ile davranış ve kişilik değişiklikleri); psikoaktif madde kullanımı nedeniyle oluşan ruhsal ve davranışsal bozukluklar; şizofreni, şizotipal kişilik bozukluğu ve sanrısız bozukluklar; duygudurum bozukluğu; nörotik, stresle ilgili ve somatoform bozuklukları; fizyolojik bozukluklar ve fiziksel faktörlerle ilişkili davranışsal sendromlar; yetişkin kişilik ve davranış bozuklukları; mental retardasyon (zeka geriliği); genellikle çocukluk ve ergenlik dönemlerinde ortaya çıkan davranışsal ve duygusal bozukluklar ile son olarak, belirsiz diğer akıl hastalıkları.¹²

Suçlarla bağlantısı olduğu saptanmış önemli akıl hastalığı türlerini incelemek için öncesinde psikoz ve nevroz tanımını yapmak gerekir. Zira, akıl hastalığı tıp literatüründe genel olarak “*psikoz*” olarak adlandırılmaktadır.¹³ Psikoz terimi, gerçekle bağlantının koptuğu durumlarda zihinsel işlevi etkileyen sağlık sorunlarını tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır. Başlıca psikoz türleri; şizofreni, manik-depresif bozukluk, depresyon, uyurgezerlik, mani, melankoli, paranoya, demans, kleptomani vb. olarak sayılabilir.

8 Aynı görüşte bkz. Nevzat **TOROSLU** – Haluk **TOROSLU**: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2018, s. 413; Zeki **HAFIZOĞULLARI** – Muharrem **ÖZEN**: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 419; Doğan **SOYASLAN**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 416-417.

9 “*Kusur yeteneğini etkileyen bir neden olan akıl hastalığının varlığı durumunda, kişi işlemiş bulunduğu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamamakta veya işlediği fiille ilgili olarak irade yeteneği önemli ölçüde etkilenmektedir.*” Gerekçe bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/187.doc , (Erişim Tarihi: 14/04/18).

10 Aynı yönde bkz. Zeki **HAFIZOĞULLARI**: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler”, www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/FAIL.doc , (Erişim Tarihi: 14/04/18).

11 International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, (ICD-10).

12 Bkz. <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en#/V> , (Erişim Tarihi: 29/03/2018).

13 “*Akıl hastalığının psikiyatri ilmindeki ismi psikozdur. Yani bir kimsenin psikozlu olduğunu söylemek, sadece onun akıl hastası olduğunu ifade eder. Fakat hastalığın çeşidi ve derecesi hakkında bizi tenvir etmez.*”; bkz. DOKUZ: s. 18.

Psikozlar; organik (bedeni temelli veya semptomatik) ve coşkusal psikozlar olarak ikiye ayrılırlar. Bedeni psikozlar; menenjit gibi enfeksiyon hastalıkları, bitkinlik gibi iç hastalıklar, dimağ kaybı gibi beyin hastalıkları ve beyin tümörleri ve alkol ile uyuşturucu maddeden kaynaklanan beyin intoksikasyonlarıdır. Coşkusal psikozlar ise; bedeni hiçbir temeli bulunamayan, işlevsel olan bozukluklardır. Bunlar ise; şizofreni, paranoya ve mani-depresiftir.¹⁴

Nevrozlar, bedeni hastalıkların bir sonucu olmayıp, aksine, bilinçaltının da onlara katıldığı iç psikolojik usullerden kaynaklanır. Birtakım insanlar kuvvetli ruhi baskılar üzerine geçici veya bedeni rahatsızlıklar gösterebilirler. Bunlar, titreme, bayılma, konuşma kaybı, ağlama ve bağırma şeklinde gerçekleşebilir. Ruh hastalıkları ile uğraşanların kişilerin bir bölümü, bu tür hastalıklı tepkilerin bir çeşit savunma silahı olduğunu savunmuşlardır. Sonuç olarak altını çizmek gerekir ki, nevrozlar öğretisinin merkez kavramı, psikozlardan ayıran yanı; bilinçaltıdır.¹⁵

Nevrozları psikozlardan ayıran en önemli fark; gerçeklerle olan ilişkiler yönündendir. Nevrozluların gerçekle ilişkisi kopmamıştır; geçmişleri, şu anki durumları ve gelecekleri konusunda gerçeklerle ilişkilidirler. Buna karşılık psikozun etkisinde bulunanların gerçeklerle ilişkileri geniş ölçüde zayıflamış ve kesilmiştir. Yani, gerçeklerden uzak bir hayal dünyasında yaşarlar. Örneğin, psikozlu bir kişi, hastalanmadan önceki işi sorulduğunda doğru olarak cevaplandırırsa bile, daha sonra "*peygamber*" ya da "*komutan*" olduğunu ileri sürebilecektir.¹⁶

2010 yılında Amerika'da *Binswanger ve arkadaşlarının* 70.000 mahkum üzerinde yaptıkları araştırma sonucu; kadınların %44'ünün ve erkeklerin %22'sinin psikolojik rahatsızlığı olduğu ortaya konmuştur. Depresyon, bipolar bozukluk, travma sonrası stres bozukluğu, anksiyete ve diğer kişilik bozukluklarının, erkeklere oranla kadınlarda fazla olduğu belirtilmiştir. Ayrıca hem kadınların hem de erkeklerin yarısından fazlasının uyuşturucu bağımlılıkları gözlenmiştir. Benzer sonuçlar çıkaran *Butler ve arkadaşlarının* Avustralya çalışmasında, kadınların erkeklere oranla daha çok akıl hastalığı sahibi olduğu gözlemlenmiştir.¹⁷

Akıl hastalığının ne olduğunun; hangi hallerde isnat yeteneğini tamamen ortadan kaldırdığının veya önemli derecede azalttığına yahut önemli derecede ya da hiç etkilemediğinin tespiti sorunu aslen hukuki değil, "*fen ve uzmanlığı*" ilgilendiren, teknik ve bilimsel bir meseledir. Bu nedenle, TCK'da isnat yeteneğine etki eden akıl hastalıkları tek tek sayılmayıp, sadece fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini kaldıran ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini azaltan akıl hastalığı ifadesi kullanıldığından, bir akıl hastalığının cezai sorumluluğu kaldırıp kaldırmadığına yönelik tespitin, uzman psikiyatristlerce yapılması gerekmektedir.

Fakat doktrinde bir görüş; TCK'nın bu hususta hekimleri tamamen de serbest bırakmadığını, hekimlerin tetkiklerinde, "*algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini*" esas olarak bir rapor

14 Timur DEMİRBAŞ: Kriminoloji, Ankara 2014, s. 128.

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRBAŞ: s. 131.

16 Mitat ENÇ: Ruh Sağlığı Bilgisi, İstanbul 1984, s.123.

17 Hanne STEVENS: Crime and Mental Disorders (PhD Thesis), Department Of Economics And Business Aarhus University Denmark, Aarhus 2013, s. 19.

düzenleyeceklerini ifade etmiştir. Bu görüşe göre, neyin akıl hastalığı sayılıp sayılmayacağı ve bu hastalığın derecesinin ne olduğu, “algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini” ne şekilde, hangi derecede etkilediği konuları, uzmanlığa ilişkin ve tıp bilimini ilgilendiren bir problemdir ve hukukçular, bu konuda uzman hekimden alınan cevaba göre hareket etmelidir.¹⁸

Psikiyatrik bozukluklar içinde en sık görüleni; *depresyondur*. Sözlük anlamıyla, bunalım olarak Fransızca orijinalinden Türkçeye çevrilen depresyon¹⁹; anlık bir ruh hali, bir sendrom veya bir hastalık olarak karşımıza çıkabilir. Herkes zaman zaman sıkıntılar yaşayabilir; ancak, bazı kişilerde bu durum bir semptom halini alabilir ve çok daha azında da bu bir hastalık belirtisi oluşturabilir. Dünyanın neresinde yapılsa yapılsın tüm araştırmalarda, depresyonun kadınlarda erkeklere göre iki kat daha fazla görüldüğü ortaya çıkmıştır. Tedavi edilmeyen depresyon, kişiye doğrudan ya da dolaylı olarak birçok zarar vermekte, alkol ve madde kullanma eğilimini de arttırmaktadır. Depresyona bağlı intiharlar, ölüm sebepleri arasında üst sıralara tırmanmaktadır. Buna ek olarak, birçok medikal hastalığın oluşumuna katkıda bulunmakta ya da mevcut bir hastalığın kötüleşmesine neden olmaktadır. İnsanlar arası ilişkilerin iyice azaldığı, toplumsal ve ekonomik yapının kişileri yalnızlığa itecek şekilde dönüşüm gösterdiği günümüzde depresyon; gelişmek için kendine uygun ortam bulmakta zorlanmamaktadır. Zaten depresyonun kendisi de, insanlar arası ilişkileri bozduğu için sonsuz kısır döngü meydana gelmekte ve durum daha da kötüye gitmektedir.²⁰ Özellikle hırsızlık fiilini işleyenler arasında en fazla rastlanılan akıl hastalığının, depresyon olduğu bildirilmektedir.²¹

Halk arasında sara olarak bilinen *epilepsi*, beynin kortikal nöronlarındaki anormal ve aşırı elektriksel deşarj sonucu ortaya çıkan, ani, tekrarlayıcı, tanımlanabilen bir olayla tetiklenmemiş epilepsi nöbetleri ile karakterize bir durumdur.²² Epileptik nöbet; beynin kuvvetli ve ani elektriksel boşalımı sonucu oluşan kısa süreli ve geçici bir durumdur.²³ Sara nöbeti bazı hastalarda ani nöbet şeklinde, bazı hastalarda ise öncül “başlangıç gösterisi” sonrasında gelir.²⁴ Başlangıç gösterisi, birkaç saat veya birkaç gün öncesinden gelerek; kişide huy değişikliği, çabuk kızma, hoyrat olma, bir yerde duramama, mahzunlaşma veya aşırı bir neşe oluşturur. Bu safhadaki değişmelere sara empülsiyonları denir. Bu hastalar kasten yangın çıkarma, cinsel suçlar, hırsızlık veya yaralama suçlarını işlerler. Hakim, sanığın saralı olup olmadığı, suçun saranın etkisi altında mı işlendiği

18 Sulhi **DÖNMEZER**: Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 190 – 191.

19 Bkz. <http://www.tdk.gov.tr/> , (Erişim Tarihi: 29/03/2018).

20 Mert **SAVRUN**: “*Depresyonun Tanımı ve Epidemiyolojisi*”, İÜ. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Depresyon, Somatizasyon ve Psikiyatrik Aciller Sempozyumu, 02-03 Aralık 1999, İstanbul, s. 11-17, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/17/1701ms.pdf> , (Erişim Tarihi: 19/12/2017).

21 Yaşar **BİLGE**: “*Hırsızlık Fiillerinde Cezai Sorumluluk*”, s. 156. acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1137/1724.pdf, s. 155 , (Erişim Tarihi: 19/03/2018).

22 Gönül **AKDAĞ** – Demet **İLHAN ALGIN** – Oğuz Osman **ERDİNÇ**: “*Epilepsi*”, Osmangazi Tıp Dergisi, Y. 2016, S. 38 (Özel Sayı 1), s. 35.

23 Detaylı bilgi için bkz. <http://www.noronpsikiyatri.com/detay/epilepsi> , (Erişim Tarihi: 18/12/2017).

24 Epilepsi nöbetlerinin türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Yener **ÜNVER**: Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989, s. 20-26. https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=RjZwH00oMG4iNa5SgvlggxZV-WyytRZ98ewct_4I9XC1co7VjHnLm1Nr7WeNEcHTN , (Erişim Tarihi: 25/12/2017).

sorularını sormalı, eski dosyaları varsa incelemeli ve tanık dinlemelidir; zira saralılar ekseriyetle aynı suçu tekrar etmektedirler.²⁵ Akıl hastalıkları içerisinde muhtemelen en tehlikelisi, sara hastalarıdır. Zira beş dakika evvel sevgi dolu olan sara hastası, beklenilmeyen bir anda çıldırır ve en sevdiğine kıyar; yarım saat sonra her şeyden habersiz elindeki kana bakarak acı acı ağlar. Bu nedenle sara hastaları, askere alınmazlar; onlara silah vermek tedbirsizliklerin en büyüğüdür. Öncesinde askere alınmış kişilerden bazıları; mutfakta her gün sebze soydukları bıçağı hiçbir sebep olmaksızın arkadaşının karnına batırmış, et kıyılan balta ile rast geldiği eri öldürmüştür.²⁶

Şizofreni; kişilikte derinlere varan ve özellikle duyguluktaki, girişimcilikte, psikomotor faaliyette, sosyal davranışta ve insanlar arası ilişkilerde ortaya çıkan, düşünce içeriğinde bozulma, algı değişimleri (duygu yanılmaları), ben yaşantısında değişme, sıklıkla bedensel ve psikomatik belirtiler gösteren, bilinç durumu ile entelektüel yetenekleri genellikle değiştirmeyen bir bozukluklar topluluğu, psikozlar grubudur.²⁷ Şizofreninin alt tiplerinden “*Paranoid Tip*”te; düşünce bozuklukları (hezeyanlar, sanrılar) bulunmaktadır ve sıklıkla halüsinasyonlar görülür. Genellikle 30’lu yaşların başında ortaya çıkar. Şizofrenler şüphelidirler, çabuk irite olurlar, öfkeli dirler, sert ve saldırgan davranışlar sergileyebilirler. Hastalıklarını kabul etmezler, semptomlarını saklarlar, sansasyonel ve trajik suçlar işleyebilirler. Aşırı hareketlilik ve davranış bozuklukları, şizofrenide genel durumlardır. Başkalarına karşı şiddet nadirdir. Yine de şiddet riski olan vakalar dikkate alınmalı, özellikle halüsinasyonlar bulunuyorsa, vaka ciddi olarak değerlendirilmelidir.²⁸ Şizofreni hastaları, hastalıklarının etkisiyle suç işlerler. Suç işleniş tarzının basit ve absürt olması, kişinin suç işlemekten pişmanlık duymayı, suçu işlememiş gibi hareket etmesi sebeplerinden dolayı hastanın cezai sorumluluğunun olmadığı kabul edilebilir.²⁹

Araştırmalar, toplumdaki şizofreni vakası sayısının, genel nüfusun %1’ini teşkil ettiğini ortaya koymaktadır ve akıl hastanelerindeki vakaların %25’ini oluştururlar.³⁰ Şizofren hastalarının %20-50’sinin daha önce intihar girişiminde buldukları, diğer psikiyatri hastalarıyla karşılaştırıldığında intihar etmek için daha ciddi yöntemler kullandıkları belirlenmiştir. İntihar girişiminde bulunan şizofren hastaların %10-15’inin hayatını kaybettiği saptanmıştır.³¹ Şizofreni gelişme riski, kadın ve erkekte aynı olmakla birlikte erkeklerde bozukluk daha ağır seyrettiğinden, kolay tanı konulabildiği; kadınlarda ise tam aksine daha az tedavi arayışlarının olması nedeniyle, tanının gözden kaçırılmasına yol açtığı ve bu nedenle de erkeklerde risk yüksekmış gibi izlenim

25 Faruk EREM: Adalet Psikolojisi, Ankara 1971, s. 100 – 101.

26 Naci ŞENSOY: “Cezai Mesuliyeti Tamamen veya Kısmen Kaldırılan Akli Maluliyet”, İÜHFİM., C. 16, S. 3-4, Y. 1950, s. 626.

27 M. BAUER – G. BOSCH – H. FREYBERGER – H. HOSELBECK – G. HOFER – H. JANZ – K. P. KISKER – H. KRÜGER – D. LANGER – P. PETERSON – M. PFLANZ – M. RICHARTZ – K. ROSE – E. WULFF: PSİKİYATRİ – PSİKOSOMATİK – PSİKOTERAPİ (Çev.: Günsel KOPTAGEL – İLAL), Kırklareli 1985, s. 338.

28 Ruhi YAVUZ: “Şizofreni”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Türkiye’de Sık Karşılaşılan Psikiyatrik Hastalıklar Sempozyum Dizisi No: 62, T. Mart 2008, s. 53, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/62/6205.pdf>, (Erişim Tarihi: 19/01/2018).

29 BİLGE: s. 156.

30 Bkz. DEMİRBAŞ: 129.

31 Gümrah Duygu ATMACA – Gülgün DURAT: “Şizofreni Hastalarında İntihar ve Depresyon”, Düzce Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi, Y. 2016, S. 6(1), s. 51.

oluştugu ileri sürülmüştür.³² Kadınlara göre, erkek şizofreni hastalarında tamamlanmış intihar daha sık görülür.³³

1989 yılında yapılan bir çalışmada, İsveç'teki kasten öldürme suçlarının %28.4'ünün; 1996 yılında Finlandiya'da yapılan çalışmada %6.1'inin; 1998 yılında Avustralya'da yapılan çalışmada %7.2'sinin şizofreni hastaları tarafından işlendiği belirlenmiştir.³⁴

Paralizi Jeneral Progressif hastaları da, şizofreniler ile manyaklar arasında bir yer alarak, suçlu akıl hastaları sınıfına girerler. Kendi kişilikleri üzerinde hüküm verebilme yeteneğinin kalkması, düşünce ve irade baskısının azalması ve hatta kalkması, bunlara ek olarak yönsemelerin artması, bu rahatsızlığa sahip kişilerin hemen her türden suç işlemelerine sebep olur.³⁵

Yunanca *kleptomani*³⁶, kelime olarak "çalma deliliği" manasına gelir. Kleptomani, maddi değeri olmayan, kişisel kullanım için gereksinim duyulmayan nesnelere yönelik çalma dürtüsüne direnç gösterememe şeklinde ortaya çıkan, DSM IV (Amerikan Psikiyatri Birliği 2007) tanı sisteminde "Başka yerde sınıflandırılmamış dürtü kontrol bozuklukları" başlığı altında yer alan bir ruhsal bozukluktur.³⁷ Kleptomaninin yaygınlığı %0.6 olarak bilinmektedir.³⁸ Hırsızların ise %3.8-10'unun kleptoman olduğu bildirilmiştir. Belirtmek gerekir ki kleptomani hastalığı her yaştaki kişilerde görülebilir. Kadınlarda, erkeklere nazaran daha fazla rastlanılmaktadır. Hastanın önüne geçilmez gerilim hissiyle ve istekle impulsiv olarak lazım olmayan maddi kıymeti az eşyalardan defalarca çalıp saklaması söz konusudur. Yani kleptomani hastası sadece ihtiyacı olmayan maddi değeri düşük malları çalma eğilimindedir. Kleptomanın bu nitelikleri taşımayan hırsızlık suçunu işlemesi durumunda, isnat yeteneğinden yoksun olduğu sonucuna ulaşmak, doğru değildir. Başka bir ifadeyle; maddi değeri yüksek olmayan şeylerin konu olduğu hırsızlık suçunu işleyen fail, kleptomani hastalığının etkisiyle davranışı gerçekleştirmişse isnat yeteneğinin olmadığı söylenebilir; fakat, hastalığının etkisiyle meydana gelmesi mümkün olmayan; cinsel saldırı, adam öldürme gibi suçları işlediğinde, ceza hukuku açısından sorumsuzluktan söz edilemez.³⁹

32 Detaylı bilgi için bkz. Kenan EREN: "Şizofreni ve Cinsiyet Farklılıkları", İstanbul 2006, s. 15, http://www.istanbulsaglik.gov.tr/w/tez/pdf/psikiyatri/dr_kenan_eren.pdf, (Erişim Tarihi: 30/03/2018).

33 Bkz. EREN: s. 24.

34 Ayrıntılı bilgi için bkz. Paul E. MULLEN: A Review of the Relationship Between Mental Disorders and Offending Behaviours and on the Management of Mentally Abnormal Offenders in the Health and Criminal Justice Services, 2001, s. 10, <http://crg.aic.gov.au/reports/mullen.pdf>, (Erişim Tarihi: 05/04/2018).

35 Çetin ÖZEK: "Akıl Hastalığının Tesbiti ve Suç", Adli-Tıbbi Ekspertiz Dergisi, Y. 1958, S. 4(37), s. 29.

36 Gerçekte gerek duyulmayan maddeleri çalma dürtüsü, bkz. <http://www.tdk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 29/03/2018).

37 Pınar ÇETİNAY AYDIN – Buket Belkız GÜNGÖR – Leyla GÜLŞEREN: "Kleptomani Tedavisinde Naltrekson: Bir Olgu Sunumu", Türk Psikiyatri Dergisi, Y. 2012 S. 23(4) s. 284.

38 Abdullah AKPINAR – Cafer Çağrı KORUCU – Bilal TANRITANIR: "Kleptomaniye Olan Sosyal İşlevsellikteki Bozulma: Bir Olgu Sunumu", SDÜ Sağlık Bilimleri Dergisi, Y. 2014, C. 5, S. 2, s. 66.

39 Ferhan KANDEMİR – Bora BÜKEN – Erhan BÜKEN – Zerrin ERKOL: "Kleptomani (Çalma Deliliği)'ye Yol Açan Faktörler ve Ceza Sorumluluğu'nun Değerlendirilmesi", Düzce Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi Y. 2014, S. 4(2), s. 21-24. <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/duzcesbed/article/viewFile/1039000112/1039000082>, (Erişim Tarihi: 17/12/2017).

Günlük yaşam işlevlerinin sürdürülmesini engelleyen, ilerleyici bir beyin hastalığı olan *demans* (halk tabiriyle; bunama), zihinsel gücün tahribi veya yok olmasıdır. Öğrenme, bellek, dil fonksiyonları ve kişilik gibi zihinsel fonksiyonların bozulmasıyla karakterize olan, sosyal ve iş hayatını etkileyen, geri dönüşü olmayan, ilerleyici bir beyin hastalığıdır. Bu itibarla, demansın TCK'nın 32. maddesi hükmü anlamında bir akıl hastalığı sayılıp sayılmadığı ve isnat yeteneğini etkileyip etkilemediği konusunda, somut olaydaki demans hastası olan failin, bu hastalığın hangi aşamasındayken bu fiili işlediğinin tıbbi açıdan tespiti şarttır. Demansın, etkisine aldığı hastanın akli melekelerini ve buna bağlı olarak algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini derinden etkileyen ağır evresinde, bu hastalığın TCK m. 32/1 anlamında akıl hastalığı sayılması gerekmektedir. Nitekim, demansın TCK hükümleri ışığında akıl hastalığı sayıldığına ve isnat yeteneğini etkiler bir mahiyet arz ettiğine dair pek çok Yargıtay kararı bulunmaktadır. Doktrinde de, demans, isnat yeteneğine etki eden akıl hastalıkları arasında sayılmaktadır.⁴⁰ Hırsızlıklarda da demans saptanabilir. Hasta hırsızlık fiilini planlamadan, toplumsal saygınlığı ile bağdaşmayan ve ihtiyacı olmayan eşyaları toplayabilir. Hasta neyi, niçin çaldığını bilmez. Hırsızlık esnasında ve sonrasında, gizlilik için gerekli önlem ve tedbir almaz. Hırsızlık eylemini unuttuklarından dükkandan aldığı eşyanın parasını vermeden konfü (bilinç bulanıklığı) durumunda, mal ile dışarı çıkabilir. Çalma gerekçesi bulunamaz. Hırsızlık fiilinin maddi unsuru gerçekleşmediğinden bu fiillerin hırsızlık fiili olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilebilir.⁴¹ Fakat burada manevi unsurun oluşmadığının kabulü daha doğru olacaktır.

Duygudurum bozuklukları; nöbetler halinde ortaya çıkan, kişinin işlevselliğini ileri derecede bozan, nöbetlerin döngüsel veya dönemsel biçimde tekrarladığı sendromlar şeklinde tanımlanabilir. Duygudurum bozukluklarının birçok türü vardır. Bunlardan bazıları; birden çok nöbet türünü bünyesinde bulundurmasıyla tanınır. Bu nöbetlere ek olarak hezeyan ve halüsinasyon da görülebilir. Sürekli bir uyanıklık hali, öfke ve neşe dönemlerindeki dalgalanmalara üzüntü ve değersizlik halinin eşlik ettiği durumlar olabileceği gibi, çökkünlük ile fiziksel ve zihni süreçlerdeki yavaşlama hali ya da tersine; duygudurumda canlanma ile fizik ve zihni melekelerde artma olabilir.⁴² Bilinç genellikle bozulmaz ve bu tür hastalar toplumda yaşamayı devam ettirirler, hatta hoşsohbet oldukları için sevilirler. Bu hastalık tedavi edilebilir bir hastalık olmasına karşın tekrar nüksetmesi mümkündür. Bu hastaların cezaî sorumlulukları hastalığın geldiği aşamaya göre değişir. Nöbetler sırasında kişinin cezai sorumsuzluğu tamdır.⁴³

40 İdil Işıl GÜL: Demansın Hukuki Boyutları, 2012, <http://openaccess.bilgi.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11411/110Demans%C4%B1n%20Hukuki%20Boyutlar%C4%B1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 15/12/2017).

41 BİLGE: "Hırsızlık Fiillerinde Cezai Sorumluluk", s. 157.

42 Müfit UĞUR: "Duygudurum Bozuklukları", İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Türkiye'de Sık Karşılaşılan Psikiyatrik Hastalıklar Sempozyum Dizisi No: 62, Mart 2008 s. 60, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/62/6206.pdf>(Erişim Tarihi: 26/12/2017).

43 Sinan BAYINDIR: "Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Sonuçları", Legal Hukuk Dergisi, Mart 2011, <http://humanrightsandcriminallaw.blogspot.com.tr/2012/03/turk-ceza-hukukunda-akil-hastaligi-ve.html>(Erişim Tarihi: 11/12/2017).

Frenginin adli psikolojiyi ilgilendiren ve ruhi bozuklukları meydana getiren türü “*beyin frengisi*”dir. Ruhi bozukluk; huy değişikliği, çalışmaya isteksizlik, mahzunluk şeklinde kendisini gösterir. Frengi birçok ruhi hastalığın ilk sebebidir. Bu nedenle frenginin her türlü ruhi anomalisine sebebiyet verebileceği ihtimali düşünülerek, anormal suçlunun ehliyet araştırmasında frengi de değerlendirilmelidir.⁴⁴

Travma Sonrası Stres Bozukluğu (TSSB), kişide korku, çaresizlik ya da dehşete düşme tepkilerine neden olan ve travma sonrası gelişen ruhsal bir bozukluktur. Hastalık travmatik olayı yeniden yaşama, travmayla ilişkili uyaranlardan kaçınma ve aşırı uyarılmışlık belirtileriyle karakterizedir. Travmanın doğasına bağlı olarak değişmek üzere genel nüfusun yaklaşık %5 ile %9’unda TSSB gelişmektedir.⁴⁵ Kişinin buhran anıyla gelen krizindeki cezai ehliyeti, bilirkişiler tarafından tartışılarak belirlenmelidir.

Geri zekalıların değerlendirilmesinde zeka testleri kullanılmaktadır. IQ testi sonucu 91-110 arasında olanlar normal, 110’ün üstünde olanlar üstün zekalı kabul edilir. 65-90 arası, sınır zekalıdır. Genellikle, zeka testlerinde ölçüleri 65’in altında olanlar geri zekalı kabul edilmektedir. 70-50 arası *moron*, 20-50 arası *embesil* ve 20’nin altındakiler *idiot* olarak tanımlanır.⁴⁶ Embesillerin her türlü suçu basit gerekçelerle işledikleri bilinmektedir; örneğin, bir embesil kızdığı komşusunun evini yakabilir.⁴⁷ Zeka geriliklerinde hastalar çaldıklarının neye yaradığını ve ne yapacaklarını genellikle bilmezler. Çeşitli eşyaları toplarlar, parlak ve büyük eşya toplamaya eğilimlidirler. Pratikte zeka bölümü (IQ) değeri 50’nin altında olanların ceza sorumluluklarının olmadığı, IQ değeri 50-70 arasında olanların ise ceza sorumluluklarının önemli derecede azaltılabileceği kabul edilir.⁴⁸

Paranoya, yavaş gelişir ve zekada belirgin bir bozulma olmaz. Hasta düşmanları bulunduğunu, izlendiğini, kendisine komplolar kurulduğunu ve bunların nedeninin kendi üstünlüğü olduğunu düşünür. Tedavisi mümkün değildir. Bu insanlar öldürme, yaralama ve tehdit suçlarını işlerler.⁴⁹

Parafeni; paranoyanın halüsinasyonların da bulunduğu ve ön planda olduğu türüdür. Bu hastalıkta kişi; herkesten şüphelenmekte ve her şeyden aleyhte anlamlar çıkarmaktadır. Daha sonraki aşamada hayaller görülür. Bu hastalar adam öldürme, müessir fiil, tehdit gibi suçları işlerler.⁵⁰

Psikopatlar; doğrudan doğruya akıl hastası sayılmayan, ancak ruh hastalıklarından birçoğuna eğilimli olan kişilerdir. Her türlü suçu işlerler. İsnat yetenekleri tartışmalıdır, ancak psikopati,

44 EREM: s. 98,99.

45 Abdullah BÖLÜ – Murat ERDEM – Taner ÖZNER: “*Travma Sonrası Stres Bozukluğu*”, Anadolu Tıbbi Araştırmalar Dergisi, Y. 2014, S. 8/2, s. 98.

46 AYKAN: s. 206-207.

47 Mehmet Emin ARTUK – Ahmet GÖKCEN – A. Caner YENİDÜNYA: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 506.

48 BİLGE: s. 156.

49 DOKUZ: s. 62 vd.

50 DOKUZ: s. 60 vd.

yasanın aradığı anlamda bilinci veya irade özgürlüğünü kaldıran bir akıl hastalığı değildir.⁵¹ Bazı olaylarda tam olmayan akıl hastalığı sayılır.⁵²

Akıl hastalıklarından *paranoya* ve *parafreni*, her türünde tam akıl hastalığıdır. *Demans*, hafif hallerde kısmi, ağır hallerde tam akıl hastalığı sayılır.⁵³

Özetle; akıl hastalarıyla şiddet/suçluluk arasındaki ilişki, düşünüldüğü kadar kuvvetli değildir. Tipik bir akıl hastasının da yalnızca akıl hastalığı sonucu tehlikeli olacağı düşünülmemelidir.⁵⁴ Sanılanın aksine psikiyatrik hastaların suç işleme oranları, toplumda işlenen suçların genel ortalamasını geçmemektedir. Ancak ağır psikiyatrik hastaların işledikleri suçlar dramatik ve sansasyonel olduğundan, bu durum bütün psikiyatrik hastalara kolaylıkla genellenebilmektedir.⁵⁵

III. AKIL HASTALIĞI KAPSAMINDA OLUP OLMADIĞI TARTIŞMALI OLAN DURUMLAR

Hipnoz, uyurgezerlik ve canavarca his gibi durumların akıl hastalığı sayılıp sayılmayacağı, doktrinde tartışmalıdır.

Hipnotik telkinlerin vasfı, hipnotizmanın oluşması, herkes üzerinde olup olamayacağı, verilen telkinin kişi üzerindeki etkisi ve hipnoz etkisindeki kişinin cezai açıdan sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışılmıştır. Paris Okulu'na göre; hipnotizma patolojik bir haldir ve kişi, hipnoz durumu içerisindeyken işlediği suçlardan sorumludur. Nancy Okulu'na göre ise; hipnotizma patolojik bir hal, bir nevroz değil aksine, fizyolojik bir uyku halidir ve kişiler tekrar eden telkinlere uyarlar. Bu sebeple de uyutulan kişinin işlediği suçtan sorumluluğu olmaz. Diğer bir görüşe göre ise; hipnotik telkinlere direnemeyen kişiler işledikleri suçlardan sorumlu olmalıdır.⁵⁶

51 DOKUZ: s. 73 vd.

52 CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT: s. 378.

53 CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT: s. 378.

54 Mustafa Tören YÜCEL: *Kriminoloji*, İstanbul 2004, s. 73.

55 İbrahim BALCIOĞLU – Seyfi MEMETALİ – Raket ROZANT: “*Psikiyatrik Hastanın Suç İşlemesi: Ne Yapmalıyız?*”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Türkiye’de Sık Karşılaşılan Psikiyatrik Hastalıklar Sempozyum Dizisi No: 62, T. Mart 2008 s. 271, <http://www.cff.edu.tr/stek/pdfs/62/6227.pdf>, (Erişim Tarihi: 23/12/2017).

56 Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Güner Hande ULUTÜRK: *Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Kusur Yeteneğine Etkisi*, İstanbul 2009, s. 105, <http://acikerisim.bahcesehir.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1214/Türk%20ceza%20hukukunda%20akıl%20hastalığı%20ve%20kusur%20yeteneğine%20etkisi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 31/03/2018).

Türk doktrininde bazı yazarlar hipnozu, akıl hastalığı başlığı altında incelese de⁵⁷, başka bir görüşe göre hipnoz, geçici nedenler arasında kabul edilmelidir.⁵⁸ TCK'nın Geçici Nedenler başlıklı 34. maddesinde yer alan düzenlemenin gerekçesinde de; “*hipnotik telkin altına girmiş olan kişinin bu haldeyken hareket yeteneğinin varlığından söz edilemez*” denilmektedir.⁵⁹

Hipnoz; bakışla, sözle veya bazı yardımcı nesnelere kullanılarak, telkinle oluşturulan özel bir bilinç halidir. Bu trans halindeki kişi, çevreden gelen tüm uyaranlara kendini kapatır veya aldırılmazken; hipnoz yapan kişinin telkinlerini artmış bir dikkatle dinler, anlar ve gönüllü katılımı uygular. Hipnoza girmek istemeyen bir kişi kendisine söylenenleri reddedeceğinden, hipnoza girmeyecektir. Kısaca özetlemek gerekirse; hipnoz olan kişi, hipnozu yapan kişinin söylediği her şeyi duyar, anlar, hatta yargılar. Yapması istenilen şey, kişinin sosyal ve ahlaki değerlerine uygun değilse kabul etmez, uygulamaz ve ısrar edilirse kişi hipnozdan çıkar. Buna ek olarak; kendi kabulüyle hipnoz olan bir kişinin, hipnoz sırasında bilinçli kontrolü ortadan kalkmaz.⁶⁰ Bu açıklamalar ışığında kişinin bilinç kontrolü ortadan kalkmadığı için, ceza sorumluluğunun da kalkmayacağı düşünülebilir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus; iradi ile iradi olmayan hipnotize ayrımıdır. Kişi, iradesi dışında hipnotize edilmişse; bu durumda isnat yeteneğinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Ancak, hipnoz yoluyla kişiyi etkisi altına alan kişi iştirak kuralları uyarınca cezalandırılacaktır.⁶¹ Failin suç işlemek amacıyla hipnotizmanın etkisi altına girerek bir suç işlemesi halinde, ALİC kuralı (actio liberae in causa – sebebinde serbest hareketli suç) gereğince sorumlu olacaktır. Burada üzerinde durulması gereken bir ihtimal de, bir kimsenin tedbirsiz şekilde veya kendisine güvenerek hipnoz olmasıdır: Örneğin, bir gösteride gönüllü olarak hipnoz olan ve bunun etkisinden kurtulmadan aracıyla evine dönerken bir yayaya çarpan kişi, taksir kuralları gereğince sorumlu olacaktır.⁶²

Patolojik bir hal olan *uyurgezerlik*, doktrindeki bir görüşe göre; bir nevi akıl hastalığı, patolojik bir bozukluktur⁶³; doktrindeki başka bazı eserlerde de, akıl hastalığı sayılan haller başlığı altında sayılmaktadır.⁶⁴

57 Ramazan **APAÇIK**: Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi, İstanbul 1994, s. 61-62, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=sY7m19PfcL6F1NUw-cr80KhBRf-Cw3CV_4kbcc1Xn-zFDCKqZgnv19mouW1IFLqi, (Erişim Tarihi: 04/04/2018); Yasin **KOCAR**: İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Kaldıran veya Azaltan Nedenler, Ankara 2007, s. 112-113, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=-Z0vbUSugrhM9fXoGkRe6QxzMI92P2XmY3PLQoqe06UyxFua8nMbX8akFqXc_I-V-, (Erişim Tarihi: 04/04/2018).

58 Mehmet Emin **ARTUK** – Ahmet **GÖKCEN** – M. Emin **ALŞAHİN** – Kerim **ÇAKIR**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 554 vd.. “*Hipnotizma doğrudan doğruya akıl hastalığı olduğu kabul edilemez; geçici bir nedenden ötürü kusur yeteneğinin ortadan kalkmasıdır.*”; ULUTÜRK: s. 105.

59 Bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekece.doc, (Erişim Tarihi: 04/04/18).

60 Türkiye Psikiyatri Derneği web sitesi; <http://www.psikiyatri.org.tr/pagepublic.aspx?menu=2>, (Erişim Tarihi: 26/12/2017).

61 Sulhi **DÖNMEZER** – Sahir **ERMAN**: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, İstanbul 1997, s. 172.

62 Timur **DEMİRBAŞ**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 344-345.

63 **ARTUK** – **GÖKCEN** – **YENİDÜNYA**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 506.

64 Bkz. Sinan **BAYINDIR**: Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Sonuçları, <http://humanrightsandcriminallaw.blogspot.com.tr/2012/03/turk-ceza-hukukunda-akil-hastaligi-ve.html>, Erişim Tarihi: 31/03/2018); **APAÇIK**: s. 58;

Uyurgezerlik uyku sırasında ortaya çıkan anlamsız, amaçsız, karmaşık fiziksel hareketlerdir. Uykunun derin uyku (delta uykusu) aşamasıyla ilgili bir rahatsızlıktır. Bir uyurgezerlik nöbeti sırasında genellikle gözler açıktır, ancak bakışlar donuktur. Kişi bu sırada etrafıyla iletişim kurmaz. Yatağından kalkarak, anlamsız bir şekilde etrafında dolanır ve sıklıkla kendiliğinden yatağına döner. Nöbet genellikle dakikalar içinde kendiliğinden sonlanır ve hasta, ertesi sabah uyandığında gece olup bitenler hakkında tümüyle habersizdir. Önemle belirtmek gerekir ki; nöbet sırasında kişinin sergilediği davranışlar bazen kendisini veya çevresini ciddi olarak tehlikeye sokabilir.⁶⁵ Yani, uyurgezerlik halinde, kanunun suç saydığı fiiller de işlenebilir. Ender de olsa, uyurgezerlik halinde kasten öldürme suçunun dahi işlenmiş olduğu bilinmektedir. Çok cimri bir uyurgezerin, bu halde iken kendi parasını çalıp sakladığı, uyanınca da paranın nereye gittiğini izah edemediği görülmüştür. Bir başka hasta, rüya halinde saldırıya uğradığını görmesi üzerine, kendini korumak için etrafa bıçak sallamış; diğer bir hasta ise, yangını rüyasında görüp, yanında uyuyan karısını kurtarmak için pencereden atmaya çalışmıştır. Her ne kadar rüya içerisinde ne yaptığını bilir gibi gözükse de, o hale özgü olarak irade serbestisine sahip değildir. Bu nedenle uyurgezerlerin isnat yeteneğinin bulunmadığının kabulü gerekir.⁶⁶

Ancak, belirtmek gerekir ki, kast olmadığı halde soyut bir taksirin bulunması nedeniyle uyuyan kimseye; dikkatsizlik veya tedbirsizlik gibi bir kusur isnat edilmesi mümkünse, kişi bu konuda cezalandırılabilir. Örneğin, araba sürerken uyuyup, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet veren şoförün durumunda ya da küçük çocuğuyla birlikte yatan ve uyanırken gerekli tedbirleri almayan ve sonuç olarak uyku sırasında çocuğunun boğularak ölmesine neden olan annenin, dikkatsizlik ve tedbirsizlik nedeniyle cezalandırılması gerekir.⁶⁷

Canavarca his, 5237 sayılı TCK'nın 82. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde yer alan kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Madde metninde yer alan bu ifade; acımasızca, kötü, zalimane bir şekilde fiilin işlenmesini belirtmektedir.⁶⁸ Düzenlemenin gerekçesi şu şekildedir; “*Kişinin acıma hissi olmaksızın bir başkasını öldürmesi hâlinde canavarca hisle öldürme söz konusudur. Canavarca hisle öldürmenin arzettiği özellik, öldürmenin vahşi bir yöntemle gerçekleştirilmesidir. Kişinin yakılarak, uyurken kulağının içine kızgın yağ dökülerek ya da vücudu parçalanarak öldürülmesi, buna örnek olarak gösterilebilir.*”⁶⁹

Mülga TCK'nın 450. maddesinin 3. bendinde yer alan “*canavarca his sevki*”, orijinalini 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 366. maddesinin 3. bendinden alan eksik çeviridir.⁷⁰ Ancak

KOCAR: s. 112-113.

65 Başaran DEMİR: “*Uyku Bozuklukları*”, Türkiye Tıp Dergisi, Y. 2002, S. 9(3), s. 124.

66 EREM: 121-123.

67 Naci ŞENSOY: “*Akli Maluliyetin İlmî Cepheden Tetkiki*”, AÜHFED., C. 7, S. 1, Y. 1950, s. 172.

68 Mehmet Emin ARTUK – Ahmet GÖKCEN – A. Caner YENİDÜNYA: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2015, s. 158.

69 Bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekece.doc , (Erişim Tarihi: 04/04/18).

70 “*Per solo impulso di brutale malvagità*” terimindeki “sadece” anlamına gelen “solo” kelimesi olmaksızın çevrilmiştir. Bkz. Sami SELÇUK: “*Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Öldürme*”, Adalet ve Yaşayan Hukuk, Ankara 2009, s. 415.

akıl hastası bireyde bulunan canavarca hissin aynı anda hem ağırlaştırıcı neden oluşturup, hem de akıl hastalığı nedeniyle indirim sebebin oluşturup oluşturmayacağı doktrinde tartışılmıştır. Doktrinde bir görüş, canavarca hissin, nedensiz adam öldürme anlamına geleceği ve bu nedenle failin yalnızca akıl hastası olması gerektiğinden, bu durumun kanunda ağırlaştırıcı neden olarak yer almasının hatalı olduğunu savunmuştur.⁷¹ Fakat, haklı olan görüşe göre; akıl hastalığının birçoğu, canavarca olarak nitelendirilebilecek hisleri doğuracağından, bu iki kavramın birlikte uygulanması yerinde olmayacaktır.⁷² Esasen, canavarca hisle, yarı akıl hastalığı da, kaynak İtalyan kanuna göre yan yana gelemeyecektir; çünkü bu durumda “yalnızca” bu hisle suç işlenmemiş olacaktır.⁷³

IV. GÜNÜMÜZ KRİMİNOLOJİSİNE GÖRE SUÇ NEDENLERİNDE PSİKOLOJİK TEORİLER

A. GENEL OLARAK

Kriminolojik çalışmalar, başlarda bedene yönelmiş ve suçun nedenlerini bireylerin fizyolojik ve biyolojik yapısında aramışlardır. Ferri ve Lombroso doğuştan suçluluk teorisini ele almış; Di Tullio ve Kretschmer ise kişileri bedensel görünüşleri yönünden sınıflandırarak incelemiştir.⁷⁴

Son yapılan araştırmalar, soyaçekimin suçluluğa etkisinin oldukça az olduğunu ortaya koymaktadır. Ailenin psikolojik, kültürel ve sosyal etkileriyle, soyaçekim karıştırılmamalıdır. Ancak, soyaçekim ile bağlantılı veya travma sonucunda ortaya çıkan fizyolojik anomalilerin, bazı kişileri suça yöneltmiş olması mümkündür. Benzer olarak; beyin tümörleri, sara, kan kimyasındaki değişimler, iç salgı bezleri anomalileri, hipoglisemi gibi etmenler de suçluluk nedeni olabilir.⁷⁵

20. yüzyılın başlarından itibaren suçun nedenlerini bulmaya çalışan araştırmalar; bedenden, biyolojik faktörlerden, sıyrılarak, ruha yönelmişlerdir. Bu dönemde zeka ve suç arasında bağlantı kurulmaya çalışılmıştır. Düşük zekalı kişilerin ne suç oluşturan davranışları, ne de bunlara bağlanan yaptırımları anlayacak düzeyde oldukları için suç işledikleri iddia edilmiş ve bunu kanıtlamak üzere testler uygulanmıştır. 75 IQ normal zeka ile zeka geriliği arasındaki sınır çizgi olarak belirlenmiş ve hükümlülerin önemli bir kısmının bu sınırın altında olduğu tespit edilmiştir. Fakat zaman içinde, uygulanan testlerin yetersiz olduğu kanıtlanmıştır. Yine de psikiyatri ve psikoloji; organik akıl hastalıklarının, suçlu davranışa etkili olduğunu iddia etmektedir. Örnek olarak frenginin, merkezi sinir sisteminde yarattığı bozukluklar ve yaşlılık nedeniyle bunama verilebilir.

71 Görüş için bkz. SELÇUK: s. 419.

72 EREM: s. 116.

73 SELÇUK: s. 420.

74 Doğan SOYASLAN: Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), Ankara 2015, s. 69-73; Füsün SOKULLU AKINCI: Kriminoloji, İstanbul 2014, s. 154-168.

75 SOKULLU AKINCI: s. 167.

Genç suçlularda ise epileptik bazı bozukluklar tespit edilmiş ve ensefalitik enfeksiyonların da çocukların davranışları üzerinde önemli değişikliklere yol açabileceği vurgulanmıştır.⁷⁶

B. PSİKOLOJİK GÖRÜŞ

Psikolojik görüş, genel olarak akıl hastalıklarıyla suç arasındaki ilişkiyle ilgilenmiştir; böylece zeka yoksunluklarının, önemli bir suç nedeni olduğu kabul edilmiştir. Uygulanan zeka testleri, suçun, az zekalı kişilerin ürünü olduğunu ispat etmiştir. Bununla beraber son zamanlarda, ileri sürülen bütün bu iddialar bakımından çok önemli şüpheler öne sürülmektedir.⁷⁷

Yukarıda aralıkları belirtilmiş IQ derecelendirmesi, günümüzde de kullanılmaktadır.

C. PSİKİYATRİK GÖRÜŞ

Suçun nedeni olarak psikozlar, sara ve akıl hastalıkları üzerinde duran bu yön duygusal bozukluklara ve psikopatiye büyük önem vermiştir. Amerika'da psikiyatrik görüşü kuvvetle temsil eden yazar Healy olmuştur. Healy'ye göre kişilik ihtilafları insanın hareketlerinin sebepleri yönünden merkezi unsuru oluşturur: suçlu, çoklukla heyecan bozuklukları içinde bir kimsedir. Suçlu, arzularını başka faaliyetlerde bulunarak tatmin eder ve bunları kendisini suçla götüreceği yollarda bulur.⁷⁸

Psikiyatrik görüş, dikkatin suçlunun kişiliği üzerine yönelmesine neden olmuştur ve böylece kişiliğin derinliklerine inmek imkanını hazırlamıştır.

D. PSİKANALİTİK TEORİ

Psikanalitik görüş başlangıcını Freud'tan alır. Freud suçu, aynı nevrozlar gibi açıklamaktadır. Freudcu yaklaşım kişinin anne ve babasıyla ilişkileri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bir erkek çocuğunda bulunan babayı öldürme ve anneye sahip olma duygusu "*Oedipus Kompleksi*" olarak adlandırılır. Bu kompleks bilinç altında suçluluk duyguları oluşturur ve kişiyi mantık dışı davranışlara iter. Bazen depresyon, bazense aşırı alışveriş ya da diğer hukuka uygun fakat normal olmayan davranışlar olarak ortaya çıkar. Bazen de suçluda Oepidal dönemden kaynaklanan ve bilinç altına itilmiş suçluluk ve günahkarlık duygularını hafifletmeye yönelik, ceza görme isteği ağır basar ve suç işler. Yani, suçluluk duygusu suçtan önce vardır, bu duygu kişiyi suç işlemeye iter ve gerçek suç, onu rahatlatır. İç kargaşanın dışa vurulması bir suç şeklindeyse, psikanaliz yoluyla tedavisi mümkündür. Psikanaliz yönteminde; kişiler çok eskilerdeki travmalarını anımsar ve sorunları bu şekilde çözümlenir. Böylelikle suçlu davranışı da ortadan kaldırılabilir. Psikanalitik görüş, çok destekçi bulmasına karşın birçok kişi tarafından da, yetersiz olması gerekçesiyle

76 SOKULU AKINCI: s. 168.

77 DÖNMEZER: Kriminoloji, s. 73.

78 DÖNMEZER: Kriminoloji, s. 74.

eleştirilmiştir. Özellikle Freud'un ceza görebilmek için suç işlendiği görüşü, gerçeğe hiç de uygun gözükmemektedir.⁷⁹

E. SUÇLULUĞU AKIL ZAYIFLIĞINA BAĞLAYAN TEORİ

Lombroso'nun yolunu izlemekle beraber, suçluluğu fiziki yapıya değil, akıl sağlığına bağlayan bu okula göre; suçlu kendisindeki akli hal nedeniyle fiil ve hareketlerinin neticesini ve kanunun anlamını idrak edemez ve değerlendirme yapamaz. Bu teorinin temsilcilerinden sayılan Goddard, suçluların akıl zayıflığına uğramış olduklarını ve bütün akıl zayıflığına uğramış olanların da suçlu bulduklarını iddia etmiştir. Akıl hastalıkları biliminin gelişmesi bu teorinin hemen hemen ortadan kalkmasına sebep olmuştur.⁸⁰

V. AKIL HASTALIĞININ CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

İnsan yeteneğinden söz edilebilmesi için kişinin "anlama" ve "isteme" yeteneğine sahip olması gerekir. Bu yeteneklerin sadece birine sahip olmak, insan yeteneğinin var olduğu sonucunu doğurmaz. Akıl hastalıkları da bu anlama ve isteme yeteneklerini etkileyen psikolojik bozukluklardır.⁸¹ Fakat akıl hastalığının kabulü için anlama ve isteme yeteneklerinden her ikisinin de etkilenmiş olması şart değildir.⁸²

Akıl hastalığının insan yeteneğini etkileyebilmesi için birtakım şartların bir arada bulunması gerekir. Bunlar; failin akıl hastası olması, hastalığın suç işlendiği sırada mevcut olması, akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması yahut davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalması ve son olarak, algılama yetisinin kaybı ile akıl hastalığı ve işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.⁸³

4. Adli Tıp İhtisas Kurulu cezai sorumluluk raporu için; şahsın muayeneye gönderilmesini, soruşturma aşamasındaki adli dosyalarda suç tarihini, suçun vasfını belirten belgeleri, mahkeme tarafından iddianame oluşturulan dosyalarda iddianameyi, sanığın yahut şüphelinin sabıka kaydını, sanık, müşteki ve tanık ifadelerini, sanığa ait tüm tıbbi belgeleri, psikiyatrik tedavilerine ilişkin tüm tıbbi kayıtlarını, (ruh ve sinir hastalıkları hastanesi veya devlet hastanesi ya da özel hekim muayeneleri vb.) malulen emeklilik veya özürülük durumu mevcut ise buna ilişkin sağlık kurulu raporlarını, varsa askerlik dönemindeki tıbbi kayıt ve raporları, trafik kazası kafa travması ya da serebro vasküler hastalık (felç v.b.) geçirilmesi durumunda bunlara ilişkin tetkik ve tedavi kayıtlarını, mahkemenin şahısla ilgili aldığı diğer bilirkişi raporlarını talep etmektedir.⁸⁴

79 SOKULLU AKINCI: s. 169-172.

80 DÖNMEZER: Kriminoloji, s. 75.

81 Nur CENTEL – Hamide ZAFER – Özlem ÇAKMUT: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2011, s. 369.

82 Nevzat TOROSLU: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2014, s. 383.

83 Detaylı bilgi için bkz. KOCAR: s. 122 – 129. ARTUK – GÖKCEN – ALŞAHİN – ÇAKIR: s. 551.

84 Rapor Düzenlemede Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurul ve Dairelerinin İsteddiği Belge ve Materyaller; <http://www.atk.gov.tr/belgevemateryaller.pdf>, (Erişim Tarihi: 05/04/2018).

2015 yılında “*Ceza Sorumluluğunun Belirlenmesi İçin Gönderilen Kişilerin Değerlendirilmesi*” isimli bir çalışma yapılmıştır. Bu çalışmada Türkiye’nin en büyük adli psikiyatri kliniğinde bir yıl boyunca ceza sorumluluğunun değerlendirilmesi için gönderilen kişilerin sosyodemografik verileri, ceza sorumluluğu hakkında oluşan bilirkişi kanısı, tanısal dağılımları, işledikleri suçun niteliği değerlendirilmiştir. Toplam 332 kişinin tıbbi dosyaları geriye dönük olarak incelenmiştir. Sonuç olarak incelenen kişilerin 54.5%’inde suç tarihinde ceza sorumluluğunu etkileyecek bir akıl hastalığı veya zayıflığı saptanmadığından ceza sorumluluğunun tam olduğu; 39.5% kişinin suç tarihindeki psikiyatrik hastalıkları dolayısıyla ceza sorumluluğu olmadığı saptanmıştır.⁸⁵

Günümüzde tüm modern ceza kanunları akıl sağlığı yerinde olmayanları ya cezalandırmamakta, bunun yerine tedavi amaçlı güvenlik tedbirlerine başvurmakta ya da bu kimselerin cezalarında indirim gitmektedir.⁸⁶ Örneğin Danimarka Ceza Kanunu m. 16; akıl hastalarının ceza sorumluluklarının olmadığını belirtmektedir. 69. maddesinde ise; akıl hastalarına karşı özel güvenlik tedbirlerine başvurulabileceği yazmaktadır.⁸⁷ Yine Alman Ceza Kanunu’nun 20. maddesi⁸⁸, Portekiz Ceza Kanunu’nun 20. maddesi⁸⁹, Ukrayna Ceza Kanunu’nun 19. maddesi⁹⁰, Bulgaristan Ceza Kanunu’nun 40. maddesi⁹¹ ve Arnavutluk Ceza Kanunu’nun 17. maddesi⁹² akıl hastalarının cezai sorumsuzluklarını düzenlemiştir.

Burada sorun, bir kimsenin akıl hastası olup olmadığının değil, suçu işlerken, bilinçli davranış özgürlüğü içinde bulunup bulunmadığının saptanmasıdır. Tıbbın sağlayacağı bilgiler, yargıçlara yol gösterecektir. Ne var ki, adaleti gerçekleştirmek tıbbın değil, hukukun görevidir. Suçu işlerken bilinçli olmayan bir kişiye ceza verilmemesi ise, böyle bir kimseye ceza verilmesinin adalet anlayışına aykırı düşmesinden kaynaklanmaktadır.⁹³ Ancak, mülga TCK’daki “*şuur*” terimi⁹⁴ sık tartışılmaktaydı. Şuur; bir hareketi yaparken ne yaptığını bilmek manasına gelmemektedir. Bu anlamda olsaydı, suç işleyen birçok akıl hastasını, işledikleri suçlarından sorumlu tutmak gerekirdi. Çünkü birçok akıl hastası, hasta oldukları halde, fiil işlerken ne yaptıklarını bilmektedir. Mesela bir şizofren, bir adam öldürmüşse bunu nasıl yaptığını bilir ve sorulduğunda

85 Yasemin GÖRGÜLÜ – Aylin KÜÇÜK – Seçil UYSAL ÇETİNKAYA: “*Ceza Sorumluluğunun Belirlenmesi İçin Gönderilen Kişilerin Değerlendirilmesi*”, Anadolu Psikiyatri Dergisi, Y. 2015 S. 16, s. 270.

86 Haluk TOROSLU: *Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği*, Ankara 2015, s. 129.

87 Danimarka Ceza Kanunu’nun İngilizce metni bkz. https://www.unodc.org/tldb/pdf/Denmark_Criminal_Code_2005.pdf, (Erişim Tarihi: 27/12/2017).

88 Alman Ceza Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/german_criminal_code.pdf, (Erişim Tarihi: 27/12/2017).

89 Portekiz Ceza Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. www.legislationline.org/documents/id/17818, (Erişim Tarihi: 27/12/2017).

90 Ukrayna Ceza Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/16257/preview>, (Erişim Tarihi: 27/12/2017).

91 Bulgaristan Ceza Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. http://www.vks.bg/english/vksen_p04_04.htm, (Erişim Tarihi: 27/12/2017).

92 Arnavutluk Ceza Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. http://pbosnia.kentlaw.edu/resources/legal/albania/crim_code.htm, (Erişim Tarihi: 27/12/2017).

93 Çetin YETKİN: “*Akıl Hastalığı, Suçluluk ve Bir Sorun*”, Yasa Hukuk Dergisi, Y. 1978, S. 1(8), s. 1376.

94 765 sayılı mülga TCK m. 46’ya göre; “*Fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilemez*”.

da detaylıca anlatabilir, fakat bu kişi fiilinden sorumlu tutulmaz ve cezalandırılmaz. O halde bu madde hükmünde geçen şuur serbestisinden anlaşılması gereken şey; ne yaptığını bilmek değil, ahlaki şuurdur. Yapılan hareketi ahlaki bakımından değerlendirebilmektir. Çünkü bu şizofren, ne yaptığını bilmekle birlikte, yaptığının ne kadar vahim bir şey olduğunu bilmemektedir.⁹⁵ Kınanamayan bir irade kusurlu bir irade olamaz.⁹⁶

TCK'da akıl hastalığı yönünden herhangi bir isnat edilememe varsayımı söz konusu değildir. Akıl hastalığının süjenin anlama ve isteme yeteneğini etkileyip etkilemediğinin her olayda gerçekleştirilen fiilin türüne göre belirlenmesi gerekmektedir.⁹⁷

TCK, akıl hastalığıyla ilgili olarak herhangi bir tanımlama yapmamaktadır ve doktrinde “*akıl hastalığı*” ifadesinin isabetli olmadığı tartışılmaktadır. Isnat yeteneğini kısmi şekilde ortadan kaldıran ve klinik açıdan akıl hastalığı teşkil etmeyen bir durum söz konusu olduğunda, failin cezalandırılması kaçınılmaz olacaktır. Mülga TCK'nın ilgili hükümlerinde daha isabetli olarak “*akli maluliyet*” kavramına yer verilmişti. Bu konuda çıkabilecek sorunların önüne geçebilmek için, TCK açısından da yapılması gereken, akıl sağlığı kavramını, daha geniş bir şekilde akli maluliyet olarak anlamak ve klinik anlamda hastalık sayılmasa da bireyin anlama ve isteme yeteneğini kaldıran veya azaltan halleri de akıl hastalığına ilişkin madde kapsamında değerlendirmektir.⁹⁸

TCK'nın 32. maddesine göre; *tam akıl hastası* açısından güvenlik tedbirine hükmolunması zorunlu iken, *kısmen isnat edilebilir akıl hastası (kısmi akıl hastası)* olarak kabul edilen kişiler açısından güvenlik tedbirinin uygulanması hakim takdirine bırakılmaktadır. Akıl hastaları açısından uygulanacak güvenlik tedbiri, TCK m. 57'de düzenlenmiş⁹⁹, fiili işlediği sırada akıl

95 DOKUZ: s. 127.

96 Uğur ALACAKAPTAN: Suçun Unsurları, Ankara, 1970, s. 137.

97 Nevzat TOROSLU: s. 383.

98 Haluk TOROSLU: s. 130.

99 “(1) Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.

(2) Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliğinin ortadan kalktığına veya önemli ölçüde azaldığına belirtilmesi üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir.

(3) Sağlık kurulu raporunda, akıl hastalığının ve işlenen fiilin niteliğine göre, güvenlik bakımından kişinin tıbbi kontrol ve takibinin gerekip gerekmediği, gerekiyor ise, bunun süre ve aralıkları belirtilir.

(4) Tıbbi kontrol ve takip, raporda gösterilen süre ve aralıklarla, Cumhuriyet savcılığınca bu kişilerin teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri ile sağlanır.

(5) Tıbbi kontrol ve takipte, kişinin akıl hastalığı itibarıyla toplum açısından tehlikeliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapora dayanılarak, yeniden koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Bu durumda, bir ve devamı fıkralarda belirlenen işlemler tekrarlanır.

(6) İşlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkûm olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.

(7) Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu

hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedileceği; hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastalarının, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınacakları belirtilmiştir. Güvenlik tedbirinin süresine dair bir düzenlemeye yer verilmemiş, hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastasının, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabileceği belirtilmiştir.

Güvenlik tedbirleri, fail hakkında işlediği bir suçtan sonra tatbik edilir; fakat güvenlik tedbirlerinin türünü ve derecesini ne suç ne de failin mesuliyet derecesi belirler. Güvenlik tedbirlerinin esasını, türü ve derecesini, faildeki tehlikelilik hali belirler; güvenlik tedbiri, prensip itibarıyla tehlike halinin giderilmesi amacıyla uygulandığından bu konuda *“müddeti önceden belli olmayan hüküm”* usulünün uygulanması gerekir.¹⁰⁰

CMK m. 74'e göre; fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra resmi bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir.

Yani; failin şuurunun tetkik edileceği işleme; *“gözlem altına alma”* adı verilir. Gözlem altına alınma, beden muayenesinden farklıdır. Mülga CMUK m. 74/son, gözlem altında geçen sürenin cezadan ve muhafaza ve tedavi tedbirinin asgari süresinden indirilmesini öngörmekteydi. CMK'da bu hüküm alınmasa da TCK m. 63'e göre; *“hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir”*. Bu nedenle mahsup konusunun CMK 74'te düzenlenmesine esasen gerek de yoktur.¹⁰¹

SONUÇ

1989'da Dünya Psikiyatri Birliği Genel Kurulu'nda kabul edilen Atina Bildirgesi'nde belirtildiği üzere; *“Hastalar yüksek düzeyde uyum sağlamalarına yönelik tedavi ve bakım alma hakkına sahiptir. Tedavinin kalitesi uygun fizik koşullar, personel ve kaynak sağlanması ile bağlantılıdır. Bu prensipler olabildiğince geniş anlamda akıl sağlığı birimlerine kabul edilen akıl hastası suçlulara da uygulanmalıdır.”*¹⁰²

kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir.”

100 Sulhi DÖNMEZER – Sahir ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, C. II, İstanbul 1969, s. 630 vd.

101 Nurullah KUNTER – Feridun YENİSEY – Ayşe NUHOĞLU: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010, s. 989-993.

102 Yüksek Güvenlikli Servisler Hakkında Görüş ve Öneriler TPD Adli Psikiyatri Bilimsel Çalışma Birimi Raporu: <http://www.psikiyatri.org.tr/news.aspx?notice=55> (Erişim Tarihi: 27/12/2017).

Avrupa ülkelerinde suç işlemiş psikiyatri hastaları için ruh sağlığı hastaneleri dışında, özel yüksek güvenli adli psikiyatri hastaneleri de bulunmakta iken; Türkiye’de herhangi bir adli psikiyatri hastanesi bulunmamaktadır. Ruh sağlığı hastaneleri içinde sınırlı sayıda adli psikiyatri yatakları bulunsada dahi, bu yataklar modern konsepte uygun değildir. Ayrıca bu durum, hastanelerin ana görevi olan akut tedavi hizmetlerini engelleyen bir etki doğurmaktadır. Her ne kadar genel amaç, suç işlemiş akıl hastalarına uygulanacak yaptırımların belirlenmesi, bununla ilgili kurumların düzenlenmesi olsa da, öte yandan akıl hastalığı olanların suç işlemesinin, suç işlemiş akıl hastalarının da yeniden suç işlemelerinin önlenmesi ve bütün önlemlerin de bu amaçlar doğrultusunda alınmasının, ilke olarak edinilmesi gerekmektedir.¹⁰³

HSYK tarafından 18/10/2011 tarih ve 6 sayılı Genelge ile Türkiye’de henüz yüksek güvenli sağlık kurumlarının oluşturulmadığı ve bu nedenle TCK m. 57 uyarınca, koruma ve tedavi amaçlı olarak akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirinin uygulanmasına karar verilen ve infaz için sağlık kurumlarına gönderilen ilamların infazının yapılamadığı, koruma ve tedavinin düşük güvenli servislerde sürdürüldüğü belirtilmiştir.

Yüksek güvenli sağlık kurumları oluşturularak, suç işleyen akıl hastalarının bu kurumlarda ıslah edilmesi gerekir. Zira, akıl hastasını kuruma kapatma, ıslaha yöneliktir ve bu konuda belirlenen süre, iyileşme için gereken süre değil de, akıllı bir pişmanlığın sağlanması için gereken süredir.¹⁰⁴ Bu nedenle, kişinin sahip olduğu akıl hastalığı, her ne kadar iyileşmesi mümkün olmayan statüde olsa da, kişinin sağlık kurumunda ıslahı şarttır.

Doktrinde bir görüş¹⁰⁵, kişinin içinde bulunduğu baskılara göre bir tasnif yaparak akıl hastalarını; nevroitik, saykotik, psikopat (sosyopat) gibi sınıflandırmalara tabi tutmanın; psikiyatristler ve yargıçların, bir şeye isim verdikleri zaman sorunun çözüleceği yargılarından kaynaklandığını savunmaktadır. Bu görüşe göre; gerçekte her insan kendisine özgüdür ve insan, hareket ve karakteri yönünden statik değildir. Bu nedenle klasik psikiyatri görüşüne sahip psikiyatristlerin statik tiplerin varlığı faraziyesine dayanarak verdikleri isim sonucu tayin edilen ceza, suçluyu cezalandırmaktan ziyade, verilen ismi cezalandırmaktadır.

Bu nedenle doktrinde her ne kadar akıl hastalarını sınıflandırıp, belirli koşullarda bulunanlara, belirli güvenlik tedbirleri önceden belirlenmiş sürelerde uygulanmak istense de, her kişi açısından ayrı tayin edilecek bilirkişiler tarafından ehliyet değerlendirilmesi yapılması hukuka daha uygun olacaktır.

Bir suçlunun akıl hastası olup olmaması, ceza hukuku açısından oldukça önemli sonuçlar doğurmaktadır. Suç işleyen bir kimsenin akli durumunun tespiti, ona verilecek cezanın veya uygulanacak emniyet tedbirinin tayininde önemli rol oynamaktadır.

103 Medaim YANIK: “Türkiye Ruh Sağlığı Sistemi Üzerine Değerlendirme Ve Öneriler – Ruh Sağlığı Eylem Planı Önerisi”, Psikiyatride Olgular, Değerlendirmeler ve Varsayımlar, Özel Sayı Ekim 2007, s. 10 ve 49, http://www.rchpjournal.com/rchpdergi/rchp_ozelsayi_ekim_2007.pdf (Erişim Tarihi: 27/12/2017).

104 Michel FOUCAULT: Deliliğin Tarihi, (Çev.: Mehmet Ali KILIÇBAY), Ankara 2006, s. 187.

105 Mustafa Tören YÜCEL: “Akıl Malûliyeti ve Ceza Sorumluluk Testi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1971, s. 634, <http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/tekmakale/1971-5/4.pdf> (Erişim Tarihi: 30/12/2017).

Akıl hastası suçlarının, toplumdan tamamen tecrit edilmeksizin, tedavi ve müşahede altına alınması zorunludur. Aksi takdirde bu kişilerin tekrar suç işlemelerinin önlenmesi mümkün olmayacaktır.

Son olarak, yukarıda da belirtildiği üzere, tıp literatüründe yüzlerce türü bulunan akıl hastalıklarından hangilerinin cezai sorumluluğu tam, hangilerinin kısmi olarak kaldıracağı tespit edilmeli ve bu husus adli tıpçıların, hukukçuların ve kanun koyucunun işbirliği ile düzenlenmelidir.

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD.: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

B. : Bası

Bkz. : Bakınız

C. : Cilt

CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu

CMUK : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

Çev. : Çeviren

DSM IV : Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fourth Edition / Mental Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı

E. : Esas

f. : Fıkra

HSYK : Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

İİBF : İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İÜHFM. : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜ : İstanbul Üniversitesi

K. : Karar

m. : Madde

s. : Sayfa

S. : Sayı

SDÜ : Süleyman Demirel Üniversitesi

SÜ : Selçuk Üniversitesi

TCK : Türk Ceza Kanunu

TPD : Türkiye Psikiyatri Derneği

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Y. : Yıl

YYLT : Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi

KAYNAKÇA

- AKDAĞ Gönül – İLHAN ALGIN Demet – ERDİNÇ Oğuz Osman:** “Epilepsi”, Osmangazi Tıp Dergisi, Y. 2016, S. 38 (Özel Sayı 1), s. 35-41.
- AKPINAR Abdullah – KORUCU Cafer Çağrı – TANRITANIR Bilal:** “Kleptomanide Olağan Sosyal İşlevsellikteki Bozulma: Bir Olgu Sunumu”, SDÜ Sağlık Bilimleri Dergisi, Y. 2014, C. 5, S. 2, s. 66-67.
- ALACAKAPTAN Uğur:** Suçun Unsurları, Ankara, 1970.
- APAÇIK Ramazan:** Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi, İstanbul 1994, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=sY7m19PfcL6F1NUw-cr80KhBRf-Cw3CV_4kbc1Xn-zFDCKqZgnvl9mouW1IFLqi.
- ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – ALŞAHİN M. Emin – ÇAKIR Kerim:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.
- ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – YENİDÜNYA A. Caner:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015.
- ARTUK Mehmet Emin– GÖKCEN Ahmet– YENİDÜNYA A. Caner:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- ATMACA Gümrah Duygu – DURAT Gülgün:** “Şizofreni Hastalarında İntihar ve Depresyon”, Düzce Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi, Y. 2016, S. 6(1), s. 51-55.
- AYKAN Cevdet:** Akıl Sağlığı ve Hastalığı, Ankara 1969.
- BALCIOĞLU İbrahim – MEMETALİ Seyfi – ROZANT Raket:** “Psikiyatrik Hastanın Suç İşlemesi: Ne Yapmalıyız?”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Türkiye’de Sık Karşılaşılan Psikiyatrik Hastalıklar Sempozyum Dizisi No: 62, T. Mart 2008 s. 269-274, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/62/6227.pdf>.
- BAUER M.– BOSCH G.– FREYBERGER H.– HOSELBECK H.– HOFER G.– JANZ H.– KISKER K. P.– KRÜGER H.– LANGER D.– PETERSON P.– PFLANZ M.– RICHARTZ M.– ROSE K.– WULFF E.:** PSİKİYATRİ – PSİKOSOMATİK – PSİKOTERAPİ (Çev.: Günsel KOPTAGEL – İLAL), Kırklareli 1985, s. 338.
- BAYINDIR Sinan:** “Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Sonuçları”, Legal Hukuk Dergisi, Mart 2011, <http://humanrightsandcriminallaw.blogspot.com.tr/2012/03/turk-ceza-hukukunda-akil-hastaligi-ve.html>.
- BİLGE Yaşar:** “Hırsızlık Fiillerinde Cezai Sorumluluk”, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1137/1724.pdf.
- BOLU Abdullah – ERDEM Murat – ÖZNR Taner:** “Travma Sonrası Stres Bozukluğu”, Anadolu Tıbbi Araştırmalar Dergisi, Y. 2014, S: 8/2, s. 98-103.
- CENTEL Nur –ZAFER Hamide – ÇAKMUT Özlem:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2011.
- ÇETİNAY AYDIN Pınar, – GÜNGÖR Buket Belkız – GÜLSEREN Leyla:** “Kleptomani Tedavisinde Naltrekson: Bir Olgu Sunumu”, Türk Psikiyatri Dergisi, Y. 2012 S. 23(4) s. 284-286.
- DEMİR Başaran:** “Uyku Bozuklukları”, Türkiye Tıp Dergisi, Y. 2002, S. 9(3), s. 117-127.
- DEMİRBAŞ Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- DEMİRBAŞ Timur:** Kriminoloji, Ankara 2014.
- DOKUZ Zati:** Adli Psikiyatri (Akıl Hastalıkları ve Toksikomani Mevzuatımız), İstanbul 1966.
- DÖNMEZER Sulhi:** Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003.
- DÖNMEZER Sulhi:** Kriminoloji, İstanbul 1994.
- DÖNMEZER Sulhi– ERMAN Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C. II, İstanbul 1997.
- DÖNMEZER Sulhi– ERMAN Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, C. II, İstanbul 1969.

- ENÇ Mitat:** Ruh Sağlığı Bilgisi, İstanbul 1984.
- EREM Faruk:** Adalet Psikolojisi, Ankara 1971.
- FOUCAULT Michel:** Deliliğin Tarihi, (Çev.: Mehmet Ali KILIÇBAY), Ankara 2006.
- FOUCAULT Michel:** Akıl Hastalığı ve Psikoloji (Çev.: Emre BEYOĞLU), İstanbul 2014.
- GÖRGÜLÜ Yasemin – KÜÇÜK Aylin – UYSAL ÇETİNKAYA Seçil:** “Ceza Sorumluluğunun Belirlenmesi İçin Gönderilen Kişilerin Değerlendirilmesi”, Anadolu Psikiyatri Dergisi, Y. 2015 S. 16, s. 270-275.
- GÜL İdil Işıl:** Demansın Hukuki Boyutları, 2012, <http://openaccess.bilgi.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11411/110/Demans%C4%B1n%20Hukuki%20Boyutlar%C4%B1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- HAFIZOĞULLARI Zeki – ÖZEN Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- HAFIZOĞULLARI Zeki:** “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler”, www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/FAIL.doc.
- KANDEMİR Ferhan – BÜKEN Bora – BÜKEN Erhan – ERKOL Zerrin:** “Kleptomani (Çalma Deliliği)’ye Yol Açan Faktörler ve Ceza Sorumluluğu’nun Değerlendirilmesi”, Düzce Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi Y. 2014/4(2), s. 21-24. <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/duzcesbed/article/viewFile/1039000112/1039000082>.
- KOCAR Yasin:** İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Kaldıran veya Azaltan Nedenler, Ankara 2007, s. 112-113, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=-Z0vbSUgrhM9fXoGkRe6QxzMI92P2XmY3PLQoqe06UyxFua8nMbX8a kFqXc_I-V-.
- KOYUNCU Erhan:** Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalarının Ceza Sorumluluğu, YYLT, Konya 2016, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=Br_XTptK8CZ70f0JGX9xEnOq1Kto72X9Xl-I5rhsbYQlZgEr3J7pO8MA fHjP9uXU.
- KUNTER Nurullah – YENİSEY Feridun – NUHOĞLU Ayşe:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010.
- MULLEN Paul E.:** A Review of the Relationship Between Mental Disorders and Offending Behaviours and on the Management of Mentally Abnormal Offenders in the Health and Criminal Justice Services, 2001, <http://crg.aic.gov.au/reports/mullen>.
- ÖZEK Çetin:** “Akıl Hastalığının Tesbiti ve Suç”, Adli-Tıbbi Ekspertiz Dergisi, Y. 1958, S. 4(37), s. 15-29.
- SAVRUN Mert:** “Depresyonun Tanımı Ve Epidemiyolojisi”, İÜ. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Depresyon, Somatizasyon ve Psikiyatrik Aciller Sempozyumu, 02-03 Aralık 1999, İstanbul, s. 11-17, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/17/1701ms.pdf>.
- SELÇUK Sami:** “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Öldürme”, Adalet ve Yaşayan Hukuk, Ankara 2009, s. 415-436.
- SOKULLU AKINCI Füsün:** Kriminoloji, İstanbul 2014.
- SOYASLAN Doğan:** Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), Ankara 2015.
- SOYASLAN Doğan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- STEVENS Hanne:** Crime and Mental Disorders (PhD Thesis), Department Of Economics And Business Aarhus University Denmark, Aarhus 2013.
- ŞENSOY Naci:** “Cezai Mesuliyeti Tamamen veya Kısmen Kaldıran Akli Maluliyet”, İÜHFMD., C. 16, S. 3-4, Y. 1950, s. 615-658.
- ŞENSOY Naci:** “Akli Maluliyetin İlmî Cepheden Tetkiki”, AÜHFD., C. 7, S. 1, Y. 1950, s. 160-197.
- TOROSLU Nevzat – TOROSLU Haluk:** Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2018.
- TOROSLU Haluk:** Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, Ankara 2015.

TOROSLU Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2014.

Türkiye Bilimler Akademisi: Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü Sosyal Bilimler, Ankara 2011.

UĞUR Müfit: “*Duygudurum Bozuklukları*”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Türkiye’de Sık Karşılaşılan Psikiyatrik Hastalıklar Sempozyum Dizisi No: 62, Mart 2008, s. 59-84, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/62/6206.pdf>.

ULUTÜRK Güner Hande: Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Kusur Yeteneğine Etkisi, İstanbul 2009, s. 105, <http://acikerisim.bahcesehir.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1214/Türk%20ceza%20hukukunda%20akıl%20hastalığı%20ve%20kusur%20yeteneğine%20etkisi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

ÜNVER Yener: Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=RjZwH00oMG4iNa5SgvlggxZVWyYtRZ98ewct_419XC1co7VjHnLm1Nr7WeNEcHTN.

YANIK Medaim: “*Türkiye Ruh Sağlığı Sistemi Üzerine Değerlendirme ve Öneriler – Ruh Sağlığı Eylem Planı Önerisi*”, Psikiyatride Olgular, Değerlendirmeler ve Varsayımlar, Özel Sayı Ekim 2007, http://www.rchpjournal.com/rchpdergi/rchp_ozelsayi_ekim_2007.pdf.

YAVUZ Ruhi: “*Şizofreni*”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Türkiye’de Sık Karşılaşılan Psikiyatrik Hastalıklar Sempozyum Dizisi No: 62, T. Mart 2008 s. 49-58, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/62/6205.pdf>.

YETKİN İ. Çetin: “*Akıl Hastalığı, Suçluluk ve Bir Sorun*”, Yasa Hukuk Dergisi, Y. 1978, S. 1(8), s. 1368 – 1376.

YÜCEL Mustafa Tören: Kriminoloji, İstanbul 2004.

YÜCEL Mustafa Tören: “*Akıl Malûliyeti ve Ceza Sorumluluk Testi*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1971, s. 633-637, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1971-5/4.pdf>.

İnternet Kaynakları;

<http://crg.aic.gov.au>

<http://humanrightsandcriminallaw.blogspot.com.tr>

<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr>

<https://tez.yok.gov.tr>

<http://www.atk.gov.tr>

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>

<http://www.legislationline.org>

<http://www.noronpsikiyatri.com>

<http://www.tdk.gov.tr>

Adil Yargılanma Hakkı Işığında Denetim Muhakemesine Başvuru Hakkı

Right to Appeal in the Light of Right to Fair Trial

Neslihan CAN*

Öz

İlk kez Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) ile uluslararası düzleme girmiş olan denetim muhakemesine başvuru hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 7 No'lu Protokol'de cezai uyumsuzluklar için tanınmıştır. Protokol'e taraf olmasalar dahi iç hukuklarında denetim muhakemesi enstrümanları olarak kanun yollarını barındıran devletler, AİHS'e taraf oldukları takdirde adil yargılanma hakkının gereklerini kanun yolları safhasında da yerine getirmekle yükümlüdür. Bu makalede İnsan Hakları Komitesi ve AİHM kararları ile adil yargılanma hakkının alt ilkeleri ve gerekleri ile içi doldurulmuş görece olarak yeni olan denetim muhakemesine başvuru hakkı incelenerek yeri geldikçe insan hakları perspektifinden Türk ceza muhakemesi hukukunda eksik bulunan hususlar değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Denetim muhakemesine başvuru hakkı, Kanun yolları, Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları Komitesi

Abstract

Right to appeal is recognized in European Convention on Human Rights(ECHR) Protocol Number 7 for criminal matters,which came into the supranational platform for the first time by means of International Covenant on Civil and Political Rights.The states who are not party to the Protocol but party to European Convention on Human Rights are obliged to maintain the requisitions of fair trial in appellate process if they have as the instruments of legal remedies in domestic law.In this article the issues which are found deficient in Turkish criminal procedure law are reviewed from the perspective of human rights thereby reviewing right to appeal which is relatively new whose sub-principles and requisitions are filled by means of Human Rights Committee and ECHR judgments.

Keywords: Right to appeal, Remedy, Right to fair trial, European Convention on Human Rights, Human Rights Committee

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, neslihanca1@aydin.edu.tr.

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukukunun en önemli amaçlarından biri maddi gerçeğe ulaşmak olup muhakeme sürecinde bir insan olması hasebiyle hata yapma olasılığı bulunan hakim kararlarının denetlenmesi gereği, bu amacın temini ve maddi ve hukuki gerçeğe ulaşarak taraflar ve kamunun vicdanının tatmini¹ için kaçınılmazdır. Bu denetleme ihtiyacı da kanun yolları ile sağlanır.

Kanun yolları, yargılama makamlarınca verilen kararların, hukuka aykırı ya da maddi gerçeği yansıtmadığı iddiası ile kural olarak başka bir yargılama makamı tarafından yeniden incelenmesini sağlayan hukuksal çarelerdir².

Denetim muhakemesine başvurunun olası maddi ve hukuki hataların düzeltilmesi, hukuk prensibinin gelişmesi, başvurulacak hukukun standardizasyonu ve hukukun üstünlüğüne saygının gelişimi fonksiyonları olmakla beraber ayrıca ceza muhakemesi bakımından haksız mahkumiyet ve cezalara karşı güvence temin etme fonksiyonu da bulunmaktadır³.

Adil yargılama, yargılama makamları tarafından bir yükümlülük iken kişiler bakımından haktır ve bu hakkın gereklerine yalnız ilk derece mahkemesince değil, denetim muhakemesi süresince de yargılama makamlarınca da riayet edilmelidir.

Çalışmamızda ulusal düzeyde oldukça eski dönemlerden itibaren mevcut olsa da uluslararası düzeyde oldukça yakın bir geçmişi olan denetim muhakemesine başvuru hakkı, İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıflar yapılarak Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 7 No'lu Protokol ışığında incelenecek ve konuyla ilgili iç hukuk düzenlemelerine de yeri geldikçe değinilecektir.

I. DENETİM MUHAKEMESİNE BAŞVURU HAKKI

A. GENEL OLARAK

Ceza muhakemesinde görev alan yetkililerin muhtemel hatalarının bireylere zarar vermesini önlemek amacıyla kabul edilen hukuki çarelere denetim muhakemeleri denilmektedir⁴.

1 Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.529.

2 Benzer kanun yolları tanımı için bakınız: Cumhur Şahin/ Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2017, s.243; Nevzat Toroslu/ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 17. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2017, s.321; Nur Centel/ Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.793; Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.703; Feridun Yenisey/ Aysel Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.859; Ali Rıza Çınar, **Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.11.

3 Cassandra Burke Robertson, The Right to Appeal, **North Carolina Law Review**, Volume 91, Number 4, UNC Faculty Publications, North Carolina, 2013, s.1225 (Çevrimiçi) <http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4613&context=nclr> 22.05.2018.

4 Bahri Öztürk/ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Özge Sırma Gezer/ Yasemin F. Saygılar Kırıt/ Özdem

Bir yargı kararının kanun yollarına başvuruyla kararı veren makamdan başkaca bir yargı makamınca yeniden incelenmesi sanık ve toplum için bir güvencedir⁵ ve olası bir hata halinde ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşmayı da gerçekleştirmeye hizmet eder.

İlk derece mahkemesinin kararının bir üst mahkemece denetlenmesi esasında yargılama sürecinin devamı olduğu için non bis in idem kuralını ihlal etmeyecektir⁶.

Ceza mahkemelerince verilen kararların bir üst yargı merci tarafından incelenmesi esasen adil yargılanma hakkının teminine hizmet etse de AY ve AİHS'te düzenlenmemiştir. Bu hak, uluslararası düzeyde ilk kez MSHS m. 14/5'te "*Bir suçtan mahkum edilen herkes, mahkumiyet kararının ve verilen cezanın kanun uyarınca daha yüksek bir yargı yeri tarafından incelenmesi hakkına sahip olacaktır.*" şeklinde tanınmıştır. Daha etkili bir koruma sistemi öngören AİHS bakımından adil yargılanma hakkı 6. maddede tanınmakla birlikte ceza ve hukuk davalarında denetim muhakemesine başvurma hakkı kapsama dahil edilmemiş ve bu hak 1984 tarihinde imzaya açılan Ek Protokol 7'nin ikinci maddesinde tanınmıştır.

En genel manada denetim muhakemesine başvuru hakkının maddi gerçek tespiti ya da başvurulacak hukuk kuralı bakımından bir hata halinin giderilmesi şeklinde fonksiyonları bulunmaktadır. Yani öncelikli hedef, adli hataları gidermektir. Hata, hukuk uygulayıcıların yanlış kurala başvurusu, delil değerlendirmesi sırasında hataya düşülmesi biçiminde olabilir. Diğer bir fonksiyon adli makamlara duyulan güvenin artırılmasıdır. Ayrıca yargıçların kararlarının denetleneceği ihtimali karşısında keyfi karar vermelerini de önler⁷.

B. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA DENETİM MUHAKEMESİNE BAŞVURU HAKKI

MSHS 16.12.1966'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilmiş, 23.3.1976'da yürürlüğe girmiştir, Türkiye de 2003'ten beri bu Sözleşme'ye taraftır.

MSHS'nin "*adil yargılanma hakkı*" başlıklı 14. maddesinde akit devletlerin gereklerini temin etmekle yükümlü olduğu haklardan biri denetim muhakemesine başvuru hakkıdır ve bu hak, yalnız ceza davaları bakımından gündeme gelir⁸.

Maddede belirtilen "*hukuka göre*" ifadesi akit devletlerin iç hukukuna ilişkin bir meseledir. Devletlerin denetim muhakemesi görevini ifa edecek mahkemeleri ve kanun yollarına başvuru

Özaydın/ Esra Alan Akcan/ Efser Erden Tütüncü/ Derya Altınok Villemin/ Mehmet Can Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Editör: Bahri Öztürk, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.159.

5 Çınar, s.2.

6 John P. Dawson, **A History of Lay Judges**, Harvard University Press, Massachusetts, 1960 supra not 80,71.

7 Peter D. Marshall, **A Comparative Analysis of the Right to Appeal**, Duke Journal of Comparative and International Law, s.3 (Çevrimiçi) www.scholarship.law.duke.edu 17.05.2018.

8 Nitekim İnsan Hakları Komitesi 14. maddenin yalnızca birinci fıkrası bakımından medeni yargılama, denetim muhakemesine başvuru hakkının ise yalnız cezai yargılama, gündeme gelebileceğini *IP/Finlandiya* başvurusunda belirtmiştir. (Communication no.450/1991).

şartlarını belirlemekte dair takdir yetkisi mevcuttur. MSHS, devletlere birden çok dereceli kanun yolu öngörme yükümlülüğü yüklememiştir; ancak iç hukukta çok dereceli kanun yolları mevcutsa hükümlünün bunlardan her birine efektif şekilde erişimi mümkün olmalıdır.

Denetim muhakemesine başvuru hakkı akit devletlere delil yeterliliği, maddi ve hukukilik bakımından ilk derece mahkemesi hükmünü değerlendirmeyi yükler. Ancak ilk derece mahkemesindeki yargılamada delil durumu yeterli ise ve yeni maddi olgu ileri sürülmemişse incelemenin duruşmasız yapılması mutlak olarak bu hakkın ihlali niteliğinde değildir⁹.

Komite'ye göre *de novo* (yeni baştan) yargılama bu hakkın temini için elzem değildir. *Berry/Jamaika*¹⁰ başvurusunda temyiz aşamasında ilk derece yargılamasında mevcut olan delilin temyizde kabul edilebilirliğine sınırlama getirmenin hak ihlali olmadığı belirtilmiştir.

Denetim muhakemesine başvuru hakkının hangi davalarda, ne şartlarla kullanılacağı devletlerin iç hukuk meselesidir. *Salgar de Montejo/Kolombiya*¹¹ başvurusunda Kolombiya kanunlarına göre suçlar bakımından *delitos ve contravencioners* ayrımı gözetilerek yalnız *delitos* olarak tanımlanan suçlar için denetim muhakemesine başvuru hakkı tanınmasını Komite, bu hakkın ihlali mahiyetinde bulmuştur. Zira hapis cezasına mahkum edilen başvurusunun fiili *contravencioners* olarak tanımlansa da bu fiilin yaptırımı, iç hukuka göre yeterince ciddi olduğundan daha yüksek bir yargı yeri tarafından incelenmelidir.

*Lumley/Jamaika*¹² başvurusunda Komite, tek yargıç tarafından denetim muhakemesine başvuru talebinin reddi kararının temyiz mahkemesince onaylanmasının ardından getirdiği yorumla, re'sen (otomatik) temyiz olmamasının denetim muhakemesine başvuru hakkını ihlal etmediğini belirtmiştir.

*Henry/Jamaika*¹³ başvurusunda da Komite, başvurusunun hükmün bir örneğinin kendisine verilmemesi sebebiyle İngiltere Kraliyet Danışma Meclisi Yargı Komitesi'ne başvurusunun reddedilmesini, bu hakkın ihlali mahiyetinde bulmuştur. Komite getirdiği yorumla denetim muhakemesine başvuru hakkının etkin kullanılabilmesi için makul başvuru süresinin tanınması, hükme erişilebilirliğinin sağlanması ve hükmün gerekçeli olması gerektiğini belirtmiştir. Zira hak ihlali tespitinin yapıldığı *Henry/Jamaika* başvurusunda Portland Circuit Mahkemesi'nin kararı da Jamaika Temyiz Mahkemesi'ne götürülebilmekteydi ve Jamaika Anayasası'na göre Temyiz Mahkemesi'nin kararı içinse İngiltere Kraliyet Danışma Meclisi Yargı Komitesi'ne başvuru hakkı mahfuzdu. Nihayetinde Komite, Temyiz Mahkemesi'nce hükmün başvurucuya verilmemesinin ihlal niteliği taşıdığını ve fıkranın akit devletlere birden çok denetim mahkemesi organı ihdas

9 Ancak bazı durumlarda duruşmasız yapılması bu hakkın ihlali mahiyetindedir. *Domukovsky/ Gürcistan* başvurusunda duruşmasız ve yalnız hukukilik bakımından yapılan kanun yolu incelemesinde Komite bu minvalde bir yargısal denetimin hakkın gereğini tam olarak karşılayamadığını belirtmiştir. (Communication no.623-4, 626-7/1995).

10 Communication no.330/1998.

11 Communication no.64/1979.

12 Communication no.662/1995.

13 Communication no.230/1987.

etme yükümlülüğü yüklememekle birlikte halihazırdaki organlara başvuruyu kısıtlar biçimde davranmayı yasakladığına hükmetmiştir¹⁴.

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ EK 7 NO'LU PROTOKOL BAĞLAMINDA DENETİM MUHAKEMESİNE BAŞVURU HAKKI

AİHS Ek 7 No'lu Protokol'ün 2. maddesi denetim muhakemesine başvuru hakkını “*Mahkeme tarafından ceza gerektiren bir suç nedeniyle mahkum edilen herkes, mahkumiyetinin veya hükmolunan cezanın yüksek bir mahkeme tarafından yeniden incelenmesini sağlama hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanımı, kullanımının dayanakları dahil kanunla düzenlenir.*” şeklinde düzenlemiştir.

Protokol imzaya 22.11.1984'te açılmış ve 01.11.1988'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Protokol'ü 14.3.1985'te imzalamıştır. 10.3.2016 tarihli 6684 sayılı Kanunla onaylayarak da Protokol'e en son taraf olan devlettir. Almanya ve Hollanda imzalamasına rağmen onaylamamış, İngiltere ise hiç imzalamamıştır¹⁵.

Çalışmamızda “*right of appeal*” akit devletlerin farklı hukuk düzenleri gözetilerek denetim muhakemesine başvuru hakkı olarak ele alınacaktır.

Denetim muhakemesine başvuru hakkının sùjeleri, başvuru süreleri ve incelemenin kapsamı akit devletin takdirine, ulusal mevzuatlarında erişilebilir ve öngörülebilir şekilde düzenlenmek üzere iç hukuka bırakılmıştır¹⁶. AİHM pek çok kararında kanun yolunun kapsamı ve denetiminde hukukilik ya da maddi bakımdan devletlerin geniş takdir marjı olduğunu belirtse de bu, hakkın özünü ihlal etmemelidir ve meşru bir amaç gütmelidir; ihlal olup olmadığı her somut başvuruda ayrı değerlendirilmektedir. Ancak iç hukuk düzenlemesi ne şekilde olursa olsun kişinin bu hakka erişmesi gerekmektedir. *Gurepka/Ukrayna*¹⁷ kararında AİHM mahkemeye itaatsizlikten hakkında idari gözetim kararı verilen başvurucunun savcı ya da mahkeme başkanının kararı olmadan direkt denetim muhakemesine başvuramamasını ihlal olarak değerlendirmiştir¹⁸.

Maddenin kenar başlığından da anlaşılacağı üzere bu hak yalnızca cezai konular için tanınmıştır. “*Cezai konular*” ifadesi özerk şekilde yorumlanmalıdır. Bazı yazarlarca¹⁹ cezai konular, ceza yargılaması dışında kalan maddi anlamda ceza yaptırımını içeren halleri de kapsamaktadır. Bu cihetle karar idari bir otorite tarafından verilmişse de iki düzeyli bir bağımsız yargısal organ

14 Sarah Joseph/ Melissa Caston, **The International Covenant on Civil and Political Rights Cases, Materials and Commentary**, 3. Bası, Oxford University Press, London, 2013, s.507-51.

15 Çevrimiçi https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/conventions/treaty/117/signatures?p_auth=ewqdXSur 18.03.2018.

16 Philip Leach, **Taking A Case to the European Court of Human Rights**, 3.Bası, Oxford Press, London, 2011, s.448.

17 Application. no. 61406/00, para. 59.

18 Marshall, s.27.

19 Tolga Şirin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7. No'lu Protokol Hakkında Genel Bir Bilgilendirme, Çevrimiçi https://www.academia.edu/28122179/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_7_nolu_Protokol 13.03.2018.

denetimi gerekeceği ifade edilmiştir. Ancak madde metnindeki “*tribunal*” ifadesi AİHS madde 6/1’deki biçimi ile ele alınmalıdır. Bu çerçevede örneğin bir disiplin kurulu tarafından verilen ceza için Protokol’ün bu maddesiyle tanınan denetim muhakemesine başvuru hakkı gündeme gelmemektedir²⁰. Nitekim Protokol’ün açıklayıcı raporu da bu yöndedir.

*Krombach/Fransa*²¹ başvurusunda AİHM, akit devletlerin bu hakkın temini bakımından geniş bir takdir marjına sahip olduklarını belirtmiş ve başvurusunun hukuki açıdan yapılan temyiz incelemesinde yokluğunda karar verilmesini bu hakkın ihlali mahiyetinde görmemiştir²². Açıklayıcı rapor da mahkumiyet veya hükmolunan cezanın daha yüksek bir yargı yeri tarafından incelenmesinin maddi ve hukuki açıdan yahut salt hukuki açıdan yapılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Ayrıca denetim muhakemesine başvuru hakkını kullanmak için bir başvuru izninin öngörülmesi yahut zaman sınırlamalarının ve prosedürel sınırlamaların mevcut olması mümkündür²³. Ancak bu sınırlamalar meşru bir amaç için olup hakkın özünü ihlal etmemelidir. AİHM *Poitrinol/Fransa*²⁴ başvurusunda ceza hukukuna ilişkin meselelerde kanun yolu mercine müracaatın, ilgili hakkında tutuklama kararının veya böyle bir olasılığın varlığına bağlı hale getirilemeyeceğini belirtmiştir²⁵.

Akit devletler denetim muhakemesi aşamasında da AİHS m.6’da tanınmış adil yargılanma hakkının gereklerini temin etmelidir, esasen bu yükümlülük Protokol’e taraf olmayan devletler bakımından da hukuk düzenlerinde denetim muhakemesi öngörülmüşse yine adil yargılanma hakkı çerçevesinde gündeme gelmektedir. Nitekim Protokol’ün yürürlüğünden evvel AİHM’in önüne gelen *Delcourt/Belçika*²⁶ başvurusunda taraf devletin hukuk sisteminde temyiz bulunması nedeniyle bu aşamada da adil yargılanma hakkının temin edilmesi gerektiği tespiti yapılmıştır²⁷.

II. ADİL YARGILANMA HAKKININ DENETİM MUHAKEMESİNDE GÖRÜNÜMÜ

Bir suç isnadıyla ilgili davalarda AİHS m.6’nın koruması, şüphenin kişiye resmi olarak bildirilmesi veya kişinin isnattan ciddi manada etkilenmesi sonucunu doğuran koruma tedbirlerinin tatbiki ile başlayıp²⁸ hükmün kesinleşmesine kadar devam eder. Dolayısıyla kanun yolları aşamasında da AİHS’e taraf olan devletler bu hakkın gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür.

20 David Harris/ Michael O’Boyle, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2.Bası, Oxford Press, London, 2009, s.749.

21 Application no. 29731/96.

22 Harris/ O’Boyle, s.749.

23 Harris/ O’Boyle, s.749.

24 Application no.14032/88.

25 Hans-Meyer Ladewig, “Adil Yargılanma Hakkı” Çeviren: Özlem Yenerer Çakmut, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.255.

26 Application no.2689/65.

27 Karen Reid, **A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights**, 4. Bası, Sweet&Maxwell/ Thomson Reuters, London, 2011, s.126.

28 Dovydas Vitkauskas/ Grigoriy Dikov, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının**

Denetim muhakemesi görevini ifa edecek mahkemenin kanun yolları safhasında da adil yargılanma hakkının gereklerini gözeteceği muhakkak olmakla beraber kanun yolunun niteliğine ve kanun yolunun amacına göre 6. maddenin unsurlarının yargılamada tatbiki değişebilecektir.

Çalışmanın bu bölümünde adil yargılanma hakkından türeyen ve teminini sağlayan haklar ve prensiplerin denetim muhakemesinde ne şekilde karşılık bulunduğu incelenecektir.

A. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI

AİHS m.6/1'de herkesin bir mahkeme tarafından davasının görülmesini isteme hakkı olduğu belirtilmiştir. Protokol'e taraf olan devletler bakımından denetim muhakemesine başvuru hakkının fiiliyatta tesisi için ilk derece mahkemesi haricinde de yargısal makamlar ihdas edilecektir.

Mahkemeye ulaşmayı ciddi şekilde zorlaştıran ya da imkansız hale getiren çok kısa başvuru süresinin öngörülmesi, dava harçları, meşakkatli prosedürler gibi düzenlemeler mahkemeye erişim hakkını dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal edebilir²⁹. Mahkemelerin afaki meselelerle uğraşmasının ve gereksiz yargılama yükünün önüne geçmek için dava harcı öngörülmesi tabii ise de bu harçların mahkemeye erişim hakkını ihlal etmemesi gerekir. Ayrıca adli yardım müessesesi de işletilmelidir. Nitekim adli yardım talebinde bulunanın bu durumu incelenmeden önce temyizde bulunabilmek için kararda hükmedilen miktarın depozito olarak yatırılmasının istenmesi ve bu yatırılmadığı için temyiz talebinin reddini AİHM, m.6/1'in ihlali saymıştır³⁰.

Kanun yollarına başvuru için süre öngörülmesi hukuki belirlilik, kesinliğin temin edilmesi için gerekli olduğundan bir sürenin öngörülmesi adil yargılanma hakkını peşinen sınırlandırmaz. Ancak öngörülen süre koşullarının açıkça hukuka aykırı ve yanlış uygulanması durumunda kişilerin kanun yoluna başvuru hakkı yitirilmişse yine adil yargılanma hakkının ihlali gündeme gelir³¹.

B. HAZIR BULUNMA HAKKI

AİHS m.6/1'de herkesin cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan bir mahkeme tarafından davasının aleni surette dinlenmesini isteme hakkı olduğu belirtilmiştir. Aleni ve duruşmalı yargılanma hakkı aynı zamanda mahkemenin tarafsız ve bağımsız olduğuna dair izlenimi de artıracaktır³².

Korunması, Çeviren: Serkan Cengiz, 2. Bası, Avrupa Konseyi, Nisan 2018, s.28.

29 Abdullah Çelik, **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s.34.

30 İlyas Doğan, **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Bası, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s.550.

31 Çelik, s.35.

32 Yılmaz Aliefendioğlu, **Bağımsız ve Yansız Yargılanma (Adil Yargılanma Hakkı) Türkiye'de İnsan Hakları**, Hazırlayan: Oya Çiftçi, TODAİE Yayınları, Ankara, 2000, s.127.

Adil yargılanma hakkının gerekleri denetim muhakemesinin fonksiyonuna göre de farklılık gösterir, *Axen/Almanya*³³ kararında AİHM, temyiz mahkemesinin görevi hukuki bir incelemeden ibaretse duruşma yapılması, sanığın yapılan bu duruşmada bizzat hazır bulunması ya da avukatı ile birlikte duruşmada hazır bulunmasının gerekli olmadığını belirtmiştir³⁴.

Mahkeme sanığın denetim muhakemesi aşamasındaki duruşmasında hazır bulunma hakkı olup olmadığını incelerken, davada sanık aleyhine bir gelişmenin durumu ve temyiz mahkemesinin kararını vermede sanığa gerek duyup duymadığını da dikkate alır. *Kremzow/Avusturya*³⁵ başvurusunda AİHM, temyiz mahkemesinin yalnız hukukilik bakımından inceleme yapmasını ve başvurusunun avukatının duruşmaya katılmasına imkan verilmesini AİHS m.6/1'in ihlali olarak görmemiştir. Ancak AİHM, aynı olayda temyiz aşamasında başvurusunun mahkumiyet kararının ağırlaştırılarak ömür boyu hapis cezasına ve bu cezanın özel bir cezaevinde infaz edilmesine ilişkin karar görüşüldüğünden, başvurusunun varlığının önemli olduğunu belirtmiştir. Zira karakteri, akli durumu ve diğer hususların değerlendirilmesi dava açısından önemlidir ve avukatın yanında başvurusunun da duruşmada hazır bulunabilmesi gerekmektedir³⁶.

*Krombach/Fransa*³⁷ başvurusuna konu olayda Alman vatandaşı başvurusunun Paris Ağır Ceza Mahkemesi'nde üvey kızını kasten yaralaması ve istemeyerek ölümüne sebebiyet vermekten yokluğunda 15 yıl hapis cezasına mahkumiyetine karar verilmiş ancak yargılama sanığın yokluğunda yapıldığından Fransız Ceza Usul Kanunu Yargıtay'a başvurusuna olanak tanımamıştır. Fransız Hükümeti sanığın duruşmaya gelmemesi nedeniyle Yargıtay'a kanun yolu başvurusunda bulunamamasını Protokol 7 m.2'nin özüne zarar vermediğini gerekçe gösterse de AİHM sanığın yokluğunda yargılamanın yapılmasını, müdafinin olmayışını ve daha yüksek bir mahkeme tarafından mahkumiyetin incelenme hakkının olmamasını m.2'nin ihlali olarak değerlendirmiştir³⁸.

Türk hukuku bakımından istinaf aşamasında CMK madde 281/1'in ikinci cümlesinin ilga edilmeden önceki "*Tutuksuz sanığa yapılacak çağrıda kendi başvurusu üzerine açılacak davanın duruşmasına gelmediğinde davasının reddedileceği ayrıca bildirilir*" şeklindeki hükmü bu kapsamda değerlendirilmelidir. Duruşmaya gelmeyen sanığın, istinaf yoluna başvurmakta hukuksal bir yarar görmediği, o nedenle istinaf davasının reddedilmesinde bir sakınca bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır ve hukuka uygun karar verilmesinde kamunun menfaati de bulunmaktadır. Sanığın duruşmada bulunması da bu amaca ve kamunun menfaatine hizmet etmektedir. Bu nedenle ilgili maddenin isabetliliği bazı yazarlarca³⁹ da tartışmalıydı. Söz konusu fıkra, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi'nce

33 Application no.8273/78.

34 Hüseyin Turan, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.327-328.

35 Application no.23888/94.

36 Turan, s.327-328.

37 Application no.29731/96.

38 Leach, s.449.

39 Seydi Kaymaz, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *İÜHFİM*, Cilt

somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi (AYM) önüne getirilmiş ve Anayasa'ya (AY) uygunluğu tartışılmıştır. Olayda tutuksuz sanık; yapmış olduğu istinaf başvurusunda duruşmaya gelmemesi üzerine istinaf başvurusunun reddedilmesinin hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. İstinaf kanun yoluna başvurduğundan ilk derece mahkemesinin hükmünün kesinleşmediği ve masumiyet karinesinin ihlal edildiği gerekçesi ile ilgili fıkranın AY m.2, 10, 36. ve 40. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Sanığın geçerli bir mazeretinin bulunması halinde eski hale getirme müessesesinden yararlanmakla beraber duruşmaya gelmeyen sanığın müdafii vasıtası ile temsil edilip duruşmaya gelmemesi halinde de hüküm uygulama alanı bulup sanığın istinaf başvurusu reddedilecektir. AYM AY m.36'ya işaret ettikten sonra hak arama özgürlüğünün iki önemli ögesi olarak iddia ve savunma haklarını kısıtlayacak, bu hakların eksiksiz kullanımını engelleyecek ve adil yargılanmaya engel olacak kuralların AY m.36'ya aykırılık oluşturacağını belirtip maddi gerçeğe ulaşmak için savunma hakkının ve bu hakkın temini için müdafii yardımından yararlanmanın önemine vurgu yapmıştır.

AYM kanun yollarına başvurma hakkının adil yargılanma hakkının ve hak arama özgürlüğünün kapsamında olduğunu ve adil yargılanma hakkının güvencelerinin kanun yolu başvurusunda da sağlanması gerektiğini belirterek AİHM'in sanığın duruşmada bizzat hazır olmaması nedeniyle müdafinin de duruşmaya kabul edilmemesini ya da istinaf başvurusunun reddedilmesini adil yargılanma hakkının ihlali mahiyetinde gören *Neziraj/Almanya*⁴⁰ kararına atıf yapmıştır.

CMK 281/1 ve AY 141 davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması prensipleri arasındaki dengenin sağlanmasının kanun koyucunun takdirinde olduğu tespitinden sonra bunun adil yargılanma hakkının özüne dokunmaması gerektiğini belirtmiş ve nihayet duruşmaya gelmeyen sanığın kendisini bir müdafii aracılığıyla temsil etmesi olanağının kanunda düzenlenmemesi ile de savunma hakkının ihlal edildiği kabulünden hareketle AYM ilgili fıkrayı AY 36'ya aykırılıktan iptal etmiştir⁴¹.

Kanaatimizce de devlet ve kişi bakımından yargılama ve yargılanma hem bir hak hem de yükümlülüktür. Her ne kadar istinafa başvuru her durumda otomatik olmasa da kişi hakkında verilen hükme karşı denetim muhakemesine başvurma iradesini ortaya koyduktan sonra devlet bakımından bu hakkın kullanımına imkan sağlanmalıdır.

Türk hukuku bakımından temyiz aşamasında ise duruşma yapılması zorunlu değildir, ancak CMK 299'a göre 10 yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin bir temyiz incelemesi re'sen ya da sanık veya katılanın temyiz başvurusundaki istemi üzerine duruşmalı olarak yapılır. Duruşmalı incelemenin istisnası ise sanığın tutuklu olmasıdır. Kanaatimizce bu imkanın tutuklu ve tutuksuz sanık arasında ayırım gözetilerek tanınması isabetsizdir. Doktrinde bazı yazarlarca da belirtildiği gibi burada ekonomik gider ve sanığın kaçabileceğine yönelik güvenlik endişesi ile hareket edilmiştir; ancak sanıkların o an tutuklu olmaları, yerel mahkemenin o yönde karar vermesi

74, Sayı 1, 2016, s.118.

40 Application no.30804/07.

41 AYM, E:2017/49, K:2017/113, 14.6.2017.

veya önceki kararını Yargıtay incelemesi öncesi kaldırmamış olmasındandır⁴². Ayrıca tutuksuz sanık bakımından bu imkan varken bunun tutuklu sanık için sağlanmaması eşitliğe aykırıdır ve masumiyet karinesinin, hazır bulunma hakkının ihlali mahiyeti taşır. Tutuklu sanığa da bu imkan tanınmalıdır.

C. GEREKÇELİ KARAR HAKKI

Denetim muhakemesine başvuru hakkı ancak sanığın mahkumiyet ve cezanın gerekçesi hakkında makul süre içinde bilgilendirilmesi halinde etkili olabilir ve bu hak, gerekçeli karar hakkıyla da ilişki içindedir⁴³. *Hadjianastassiou/Yunanistan*⁴⁴ başvurusunda askeri sınırları açıkladığı gerekçesiyle askeri bir mahkeme tarafından mahkum edilen bir asker kişinin önce askeri üst mahkemeye, sonra da sivil temyiz mahkemesine başvurduğu bir davada, sanık haklarının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Askeri üst mahkeme kararını, sanığın huzurunda sözlü olarak özet açıklamıştır ve sanık kararın tam metnini aldığı sivil temyiz mahkemesine yaptığı başvurunun gerekçelerini genişletmesine izin verilmemiştir. Üst mahkeme de dahil olmak üzere ulusal mahkemelerin kararlarına temel olan gerekçeler yeterli açıklıkta gösterilmelidir. Aksi durumda sanığın temyiz mahkemesine başvururken kararın gerekçesini bilmemesi savunma hakkını da zedeleyecektir⁴⁵.

D. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Silahların eşitliği ilkesi dava boyunca iddia ve savunma makamlarının hak ve yükümlülükleri açısından aralarında eşitliğin gözetilmesi ve bu dengenin yargılama boyunca sürdürülmesi anlamına gelen içtihatlarla geliştirilmiş bir ilkedir⁴⁶.

AİHM'in yerleşmiş içtihatları uyarınca; ceza davasında sanık ile savcının eşit durumda olması gerektiği, savcılıkça mahkemeye sunulan tüm belgelerin sanığa da verilmesi gerektiği, temyiz incelemesinde kararın müzakeresi sırasında Yargıtay Başsavcısının bulunmaması gerektiği bu ilkenin gerçekleştirilmesi için dikkate alınan hususlardır⁴⁷. Ancak adil yargılanma hakkı ve bu kapsamdaki ilkelerin denetim muhakemesi aşamasında yargılamanın niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı gerçeği de kaçınılmazdır. Nitekim *Delcourt/Belçika*⁴⁸ başvurusunda AİHM,

42 Yener Ünver/ Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14.Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.789; Bu düzenlemeyi masumiyet karinesi ve eşitliğe aykırı görmemekle beraber ülkede tutuklama tedbirine ne denli kolay şekilde başvurulduğunu nazara alarak, maddede düzenlenen sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının efektif şekilde kullanılamayacağını savunan görüş için bkz: Özbek vd., s.765.

43 Uluslararası Af Örgütü, **Adil Yargılanma Hakkı**, Çevirenler: Fadil Ahmet Tamer/ Erol Kaplan, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s.254.

44 Application no.12945/87.

45 Uluslararası Af Örgütü, s.254.

46 Uluslararası Af Örgütü, s.151.

47 Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.292-293.

48 Application no.2689/65.

silahların eşitliği meselesini tartışmış ve bu kapsamda ihlal olmadığına hükmetmiştir. Başvurucu ilk derece mahkemesi ve Üst Mahkeme'nin kararına karşı Temyiz Mahkemesi'ne başvurmuş ve Temyiz Mahkemesi savcısı Mahkeme'nin kapalı müzakeresine katılıp kendi görüşlerini sunmuştur. AİHM'e göre başvurucu Temyiz Mahkemesi önündeki yargılama sırasında, birinci ve üst derece mahkemelerinin savcılıyla eşit muamele görmeyi talep hakkına sahiptir; ancak Temyiz Mahkemesi Savcılığı Adalet Bakanlığından bağımsızdır ayrıca Temyiz Mahkemesine bağlı Başsavcılığın alt derece mahkemelerindeki savcılıklar üzerinde çok sınırlı bir denetim yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkisi mahkemelerden verilen kararların kanuna uygunluğu konusunda görüş bildirmek ile sınırlıdır. Bu gerekçeler ışığında AİHM, başvuru konusu olayda Temyiz Mahkemesi danışmanı gibi hareket eden Başsavcılığın sanık lehine mütalaada bulunduğunu da göz önünde tutarak ihlal olmadığına hükmetmiştir⁴⁹.

Türk hukuku bakımından CMK m.278'in KHK 674/14 ile değiştirilmeden önceki halinde Cumhuriyet savcısı sunulması gereken belge ve delilleri ekledikten sonra tebliğname düzenleyecek idi. Bahsi geçen düzenleme; ülkemizde dar istinafin olması, duruşmanın istisnai olması ve duruşma açılmadan mahkemenin Cumhuriyet savcısının tebliğname ile sunduğu delillere dayanma ihtimalinin mevcut olması nedeni ile eleştirilmiştir. Zira mahkeme ancak huzuruna getirilmiş ve çelişme ilkesine göre huzurunda tartışılmış delillere göre karar verecektir. Bundan hareketle savcının delil ekleyememesi gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür⁵⁰. Bu görüşün hilafında istinafin maddi ve hukuki açıdan denetim olduğundan bahisle maddi gerçeğe ulaşmak için Cumhuriyet savcısının yeni delil araştırabileceği ve dosyaya ekleyebileceğini savunulmuştur. Ancak tebliğnamenin sanığa tebliğ edilmediği *Göç/Türkiye*⁵¹ başvurusunda AİHM, silahların eşitliğinin gereğinin yerine getirilmediğine hükmetmiştir. Nitekim bu hüküm değiştirilmiş ve tartışma güncelliğini yitirmiştir. Kanaatimizce bu değişiklik yerindedir, zira silahların eşitliği ilkesine göre, mahkemenin dikkate alacağı delillerin tüm tarafların tartışmasına açılması, savunma tarafına iddiaya cevap hakkı verilmesi yargılamanın kolektifliği prensibinin bir gereğidir.

E. HUKUKİ YARDIMDAN YARARLANMA HAKKI

AİHS m.6/3(c) etkili bir savunmayı kişinin bizzat veya bir avukat aracılığıyla yapma hakkını güvence altına almakta, bazı durumlarda devletin ücretsiz hukuki yardım sağlama yükümlülüğünü öngörerek bu hakkı güçlendirmiş bulunmaktadır. Hukuki yardım alma hakkı hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin avukata ödeme yapabilecek yeterli imkanı olmaması ve adaletin yararının gerektirmesi şartına bağlanmıştır.

*Artico/İtalya*⁵² başvurusunda, temyiz yoluna başvurmuş başvurucunun ücretsiz adli yardım talebi üzerine atanan avukat başvurucuya avukatlığını üstlenemeyeceğini bildirmiş, bunun

49 Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt 1, 1.Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2004, s.67-69.

50 Kaymaz, s.114.

51 Application no.36590/97.

52 Application no.6694/74.

üzerine başvuru Temyiz Mahkemesi Başkanına başka bir avukat görevlendirilmesi talebinde bulunmuştur; ancak adli yardımdan atanan avukatın atamayı reddetme hakkı bulunmadığı gerekçesiyle başvurucuya başka bir avukat tayin edilmemiştir. AİHM'e göre Sözleşme, hakları teorik ve hipotetik olarak değil, pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlar ve bu durum demokratik bir toplumda öncelikle yer verilen adil yargılanma hakkından türeyen savunma hakkı bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla başvurucuya yeni avukat tayin etmeme veya mevcut avukatın yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamamayı temyiz aşamasında AİHS m.6/3(c) bakımından ihlal olarak görmüştür⁵³.

*Pakelli/Almanya*⁵⁴ başvurusunda AİHM, ilk derece mahkemesi tarafından tayin edilmiş avukatın görevinin sadece o mahkeme önündeki muhakemeyi değil, temyiz yazılı aşamasını da kapsadığını belirtmiş ve hatta üst derece mahkemesinin gerekli gördüğünde özel bir atama yapabileceğini eklemiştir⁵⁵.

F. ALENİ YARGILANMA HAKKI

Duruşmanın aleniliği mahkemenin tarafsızlığı konusunda sanık ve toplumda kanaat uyandıracaksa da denetim muhakemesi aşamasında da bu hak muhakemenin fonksiyonuna göre değişebilecektir. Yalnızca alt derece mahkemenin kararının hukukilik bakımından incelendiği bir başvuruda aleniliğin hüküm bakımından sağlanması yeterlidir⁵⁶.

G. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

Makul sürede yargılanma hakkı davaların yargılanma makamları önünde sürüncemede kalmaması, ceza hukukunun kişinin temel hak ve hürriyetlerine en geniş müdahalede bulunması sebebiyle belirliliğin bir an evvel tesis edilmesi, adaletin gecikmemesi amacıyla adil yargılanma hakkının güvencelerinden biridir. Ceza davalarında makul süre, çoğu zaman olayın mahkeme önüne götürülmesinden önce, polis veya savcılık soruşturmasına başlandığı tarihte veya yetkili makam tarafından kişinin suç işlediğine dair iddianın resmi bildirim ile işlemeye başlar. Bu durumda başlangıç tarihi; gözaltına alınma tarihi, tutuklanma günü, soruşturmanın açıldığı gün, suç isnadı ile hazırlık soruşturmasının başladığı tarih olabilir.⁵⁷Ceza yargılamasının sona erdiği tarih, suç isnadının veya verilen cezanın kesinleştiği tarihtir. Bu ise son kanun yolunun sonuçlarına veya yazılı hükmün tebliğ edilme tarihine bakılarak belirlenir.

53 Doğru, s.368-369.

54 Application no.8398/78.

55 Doğru, s.602.

56 Reid, s.127.

57 Gözübüyük/Gölcüklü, s.304; Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, 2.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s.364.

Makul sürenin değerlendirilmesinde ölçütler dava konusunun niteliği, sanık sayısı, yargılama sırasında kişinin tutumu ve yargılama makamının tutumudur⁵⁸.

Ceza davasında sanık adli makamlarla işbirliği yapmak zorunda olmadığından kişinin, kendisine açık kanun yollarını sonuna kadar kullanması ve bu yüzden yargılamanın uzaması halinde makul sürenin aşılmasından kendisini sorumlu tutmak mümkün değilse de AİHM sanığın yargılamayı sürüncemede bırakma niyeti varsa bunu da dikkate alır⁵⁹.

III. DENETİM MUHAKEMESİNE BAŞVURU HAKKININ İSTİSNALARI

Denetim muhakemesine başvuru hakkının istisnaya tabi tutulacağı haller, AİHS Ek 7 No'lu Protokol m.2/2'de öngörülmüştür. Kanunla belirlenmiş hafif nitelikli suçlar bakımından kanun yoluna başvuru olanağının bulunmaması, kişinin ilk yargılamasının en yüksek mahkeme tarafından yapıldığı halde yahut beraat kararlarına karşı yapılan itirazın ardından mahkumiyet kararı verilmesi halinde kanun yoluna başvuru olanağının bulunmaması bu hakkın ihlaline sebebiyet vermemektedir.

Protokol hangi suçların hafif suçlar sayılacağını akit devletlerin iç hukukuna bırakmaktadır. Bakanlar Komitesi ise kriter olarak açıklayıcı raporda belirttiği üzere suçun yaptırımının özgürlüğü bağlayıcı ceza olup olmadığını dikkate almaktadır⁶⁰.

Suçun hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmediği kabulü için öngörülen bir para cezası ise hükümlünün bu cezayı ödeyememesi nedeniyle hapis cezasına çevrilmesi mümkün olmamalıdır⁶¹, aksi halde en nihayetinde suç hapis cezası gerektirdiğinden denetim muhakemesine başvuru mümkün olmalıdır.

İlk yargılamanın en yüksek mahkeme tarafından yapıldığı halde de denetim muhakemesini yapacak başka organ olmadığından bahisle ve bu tür hallerde incelikli bir inceleme yapılacağından hareketle istisna getirilmesi mümkündür.

Sanığın beraat kararına karşı denetim muhakemesine başvurulup da sanık hakkında mahkumiyet kararı verildiğinde zaten bu hak kullanıldığından 2.fıkra sınırlanabileceğini öngörmüştür.

Türk hukuku bakımından istinaf düzeyinde sınırlamalardan dikkat celbetmek istediğimiz hususa gelince aleyhine istinaf yoluna başvurulamayan kararlar CMK m.273/3'te sayılmıştır, devletlerin takdir marjı dikkate alındığında görece olarak önemli ihlallerin olmadığı durumlarda hukuki kesinliğin sağlanması bakımından CMK'da da belirtilen türden sınırlamalar mümkündür.

58 Gözübüyük/Gölcüklü, s.304.

59 Gözübüyük/Gölcüklü, s.304.

60 Council of Europe, **Explanatory Report to the Protocol No.7 to the Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**, Strasbourg, 22.11.1984, s.5, Çevrimiçi <https://rm.coe.int/16800c96fd> 13.03.2018.

61 Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2006, s.1225.

Ancak CMK m.272/3(a) değerlendirmesi denetim muhakemesine başvuru hakkı çerçevesinde yapılmalıdır. Maddeye göre hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç 3000 Türk lirası dahil adli para cezasına mahkumiyet hükümlerine karşı istinafa başvurulamayacaktır, *Kaymaz*'ın da belirttiği gibi Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CvGTİHK) m.106'yı dikkate alarak mevzuatta bulunan adli para cezalarının hapse dönüştürülmesi imkanı halinde sanığın özgürlüğünden mahrum kalabileceği endişesini taşıyor olup⁶² Protokol'ün açıklayıcı raporunu da göz önüne alarak mahkumiyet hallerinin hafif suç sayılmayacağını kanaatindeyiz.

Bu meyanda CMUK madde 305/2 1. bendinin Anayasa Mahkemesi'nce (AYM) iptali kararı dikkate şayandır.⁶³ Seferihisar Sulh Ceza Mahkemesi tarafından sanığın bir bankadan aldığı çek defterlerini yasal ihtara rağmen süresi içinde ilgili bankaya iade etmemesi üzerine açılan kamu davasında CMUK 305/1 maddesinde yer alan iki milyar liraya kadar para cezalarına dair olan hükümler temyiz olunamaz hükmü halen yürürlükte olup sanık hakkında suç tarihi itibarı ile 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanuna göre 350 YTL adli para cezası verileceği ve bu cezanın temyiz edilemeyeceği gerçeği karşısında Sulh Ceza Mahkemesi sanıkların işledikleri suçların türü ve alacakları ceza miktarına göre temyiz yoluna başvuramamaları ya da bu yolun kimi sanıklar için açık kimi sanıklar için kapalı olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, ayrıca itiraz konusu kuralla kişinin bir üst mahkemeye başvuru ve kararın denetlenmesini isteme hakkının elinden alınmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiği belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın (AY) Başlangıç'ı ile 2., 5., 10., 11., 12., 13., 36. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

AYM bir yargı yerinin verdiği kararda aykırılık olduğu savı ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümlenmek üzere yargı önüne getirilmesi kanun yoluna başvurmadır diyerek bu hakkı adil yargılanma hakkının kapsamı dahilinde görmüştür. AY'ye aykırılığı iddia edilen husus ceza mahkemelerince sonuç olarak hükmedilen iki milyar liraya kadar adli para cezasına ilişkin hükümlerin temyiz edilemeyeceğidir. İlgili hükümle verilen cezanın doğrudan ya da kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezası olup olmadığı dikkate alınmaksızın, yalnızca sonuç olarak hükmedilen ceza miktarını esas alınmıştır. AYM kanun koyucunun temyize başvurmada bir sınır koymasını Protokol m.2/2 kapsamında istisnaları da göz önüne alarak Yargıtay'ın iş yükünün artmaması ve sürecin tıkanmaması için hukuk devleti kavramıyla bağdaşır olduğunu belirtmekle beraber Protokol'deki "az önemli" tabirinin ilgili maddenin gerekçesinde suçun hapis cezasını gerektirip gerektirmediğine bakılarak saptanmasını belirtmesi karşısında iptali istenen kuralın hapis cezasından çevrili adli para cezası ve adli para cezası ayrımı gözetmemesini adil yargılanma hakkıyla bağdaşır görmemiştir ve hükümlü kişi hakkında hak yoksunlukları doğurabilecek bir suçun gündeme gelmesi karşısında hükmün temyiz edilememesini Protokol m.2/2 kapsamında hafif görmemiş; hukuk devleti kavramı, hakkaniyet ve adalet ilkeleri ile çatışır bulmuş ve yalnızca sonuç bakımından hükmedilen parasal sınırın altındaki hükümlere karşı temyiz yoluna başvurulamamasını AY m.2 ve 36'ya dayanarak iptal etmiştir.

62 Kaymaz, s.112.

63 AYM E:2006/65, K:2009/114 27.7.2009.

SONUÇ

Bu çalışmada uluslararası düzlemde görece olarak kendine yeni yer bulmuş olan denetim muhakemesine başvuru hakkı önce MSHS bağlamında İnsan Hakları Komitesi'nin kararları ardından daha etkin bir koruma sistemi öngören AIHM kararları ışığında ele alınmış ve esas olarak hakkın temelinde adil yargılanma hakkının unsurlarının mündemiç olduğu tespiti yapılmıştır. Maddi gerçeğe ulaşmak için olası bir hata halinde temel insan haklarına en geniş müdahalenin olduğu ceza hukuku ve muhakeme sürecinde hakim ve mahkemenin kararlarının gözden geçirilmesi ihtiyacı ile ortaya çıkan bu hakkın temini için adil yargılanma hakkının unsurlarının kanun yolları aşamasında da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Adil yargılanma hakkının alt unsur ve ilkeleri niteliğine uygun düştükçe kanun yolları aşamasında da uygulanır. Çalışmada bu alt unsur mahiyetinde hak ve ilkeler değerlendirilmiştir. Mahkemeye erişim hakkı özelinde hukuki kesinliğin sağlanması için dava harcı ve kanun yollarına başvuru süreleri öngörülse de bunun hakkın özünü zedelememesi ve kişilerin denetim muhakemesine başvuru olanağını teorik ve pratikte ortadan kaldırmaması gerekmektedir.

Sanığın hazır bulunma hakkı, kendini bizzat savunması suretiyle savunma hakkı ve vicahilik ilkesi gereği olup kanun yollarının maddi yahut hukuki bakımından yaptığı denetime göre değişebilmekle ve ilk derece yargılamasındaki kadar keskin olmamakla birlikte mevcut bulunmaktadır. CMK'da mevcut düzenlemeye göre temyiz aşamasında duruşma istisnai olmakla birlikte sanığın tutuklu olması halinde temyiz başvurusunun duruşmalı yapılmasına olanak tanınmaması, tutuklu-tutuksuz sanık arasında böyle bir ayırım gözetilmesi, hazır bulunma hakkının, eşitlik ilkesinin ve masumiyet karinesinin ihlali mahiyetinde görülmüştür.

Sanığın kanun yolları aşamasında savunma hakkından gereği gibi yararlanabilmesi ve uygun argümanlar öne sürebilmesi için başta ilk derece mahkemesi olmak üzere yargılama makamları bakımından gerekçeli karar hakkına riayet edilmesi gerektiği tespiti yapılmıştır.

İddia ve savunma taraflarının arasında eşitliğin sağlanması, birbirlerinin iddialarına karşılık verebilmeleri silahların eşitliği ilkesinin gereğidir, iddia makamının savunmanın karşılık verme olanağı bulunmayan tebliğname tertip edebilmesi minvalinde düzenlemeler bu ilkenin dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlalini teşkil etmektedir.

Sanığın savunma hakkını kendisinin seçtiği bir müdafî aracılığıyla da kullanması mümkündür, mali gücü elvermediğinde adli yardım müessesesi işletilmesi ve fiilen de kişinin müdafî yardımından faydalanmasına olanak tanınması gerektiği belirtilmiştir.

Mahkemelerin bağımsız ve tarafsızlığının fiilen tesisi ve adaletin kapalı kapılar ardında kalmasının önüne geçmek için muhakemenin türüne ve içeriğine göre aleni yargılanma adil yargılanma hakkının yine gereğidir.

Adaletin gecikmemesi, hukuki kesinliğin bir an evvel sağlanması için yargılama makamlarının yargılamayı sürüncemede bırakmaması, makul sürede yargılama yapılması da esasen adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarındandır.

Sözleşmelerde de belirtildiği gibi akit devletlerin hakkın temininde kanun yolu aşamasına göre hakkın kapsamı, başvuru süresi, başvuru süjelerinin tespiti ve istisnalar öngörülmesi bakımından takdir marjı varsa da bu takdir, hakkın özünü sınırlayacak bir iç hukuk düzenlemesine bürünmemelidir. Nitekim istisnaların kapsamını da uluslararası hukukta Ek 7 No'lu Protokol belirlemiştir. Türk hukuku bakımından CMK'da istinaf sınırının altında kaldığı için kanun yoluna başvurma olanağı bulunmayan hallerde adli para cezalarının hapse dönüştürülmesi şeklinde de infazı mümkün olup hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet halini teşkil ettiğinden CvGTİHK'da değişiklik yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Aliefendioğlu, Yılmaz: **Bağımsız ve Tarafsız Yargılanma (Adil Yargılanma Hakkı) Türkiye’de İnsan Hakları**, Hazırlayan: Oya Çitçi, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara, 2000.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Çelik, Abdullah: **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- Çınar, Ali Rıza: **Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Dawson, John P.: **A History of Lay Judges**, Harvard University Press, Massachusetsts, 1960.
- Doğan, İlyas: **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Bası, Astana Yayınları, Ankara, 2015.
- Doğru, Osman: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İÇtihatları**, Cilt 1, 1. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Gözübüyük, Şeref/ Gölcüklü, Feyyaz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 11. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2016.
- Harris, David/ O’Boyle, Michael: **Law of the European Convention on Human Rights**, 2. Bası, Oxford Press, London, 2009.
- İnceoğlu, Sibel: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, 2.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.
- Joseph, Sarah/ Caston, Melissa: **The International Covenant on Civil and Political Rights Cases, Materials and Commentary**, 3.Bası, Oxford University Press, London, 2013.
- Kaymaz, Seydi: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler, **İÜHFİM**, Cilt 74, Sayı 1, 2016.
- Kunter, Nurullah /Yenisey, Feridun /Nuhoglu, Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2006, s.1225.
- Ladewig, Hans-Meyer: “Adil Yargılanma Hakkı”, Çeviren: Özlem Yenerer Çakmut, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Proje Yöneticisi: Kayıhan İÇel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Leach, Philip: **Taking A Case to the European Court of Human Rights**, 3. Bası, Oxford Press, London, 2011.
- Marshall, Peter D.:A Comparative Analysis of the Right of Appeal, **Duke Journal of Comperative International Law**, (Çevrimiçi) www.scholarship.law.duke.edu, 16.03.2018.
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray /Bacaksız, Pınar /Tepe, İlker: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Gezer, Özge Sırma/Saygılar Kırıt, Yasemin F./ Özyaydın, Özdem/Alan Akcan, Esra/Erden Tüttüncü, Efser/ Altınok Villemin, Derya/ Tok, Mehmet Can: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Reid, Karen: **A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights**, 4.Bası, Sweet&Maxwell/ Thomson Reuters, London, 2011.
- Robertson, Cassandra Burke: The Right to Appeal,**North Carolina Law Review**, Volume 91,Number 4, UNC Faculty Publications, North Carolina, 2013 (Çevrimiçi) <http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4613&context=nclr> 22.05.2018.
- Soyaslan, Doğan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Şahin, Cumhuri/ Göktürk, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku II**,6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

- Şirin, Tolga: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek 7 No'lu Protokol Hakkında Genel Bir Bilgilendirme**, Çevrimiçi www.academia.edu 23.05.2018.
- Toroslu, Nevzat/ Feyzioğlu, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 17. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 2017.
- Turan, Hüseyin: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, 1.Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Uluslararası Af Örgütü: **Adil Yargılanma Hakkı**, Çevirenler: Fadıl Ahmet Tamer/ Erol Kaplan, İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14.Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Vitkauskas, Dovydas/ Dikov, Grigoriy: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması**, Çeviren: Serkan Cengiz, 2. Bası, Avrupa Konseyi, Nisan 2018.
- Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- AİHM Kararları: hudoc.echr.coe.int.

Kasten Öldürme Suçunun Yangın, Su Baskını, Tahrip, Batırma Veya Bombalama ya da Nükleer, Biyolojik veya Kimyasal Silah Kullanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK M. 82/1-c)

Wilfull Homicide in the First Degree Crime Committed as a Result
of Fire, Flood, Ravage, Defaming or Bombing or by Using Nuclear,
Chemical or Biological Weapon

Adem PALUT*

Öz

Yangın, su baskını, tahrip, batırma, veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle kasten öldürme suçu TCK'nın 82/1-c maddesinde yaptırma bağlanmıştır. Kasten adam öldürme suçunun nitelikli halleri içerisinde gerçekleştirilmesi en zor ve zahmetli olan nitelikli hal çalışma konumuz olan TCK'nın 82/1-c maddesidir. Bu nedenle bu nitelikli halin uygulaması da çok azdır. Ancak gelişen dünya düzeni ve teknolojik gelişmeler nedeniyle bu halin uygulaması her geçen gün artmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda bu nitelikli hal içerisindeki her bir eylem ayrı ayrı ele alınacak olup, bu hallerin uygulanmasındaki tereddütlü noktalara değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kasten adam öldürme, Teknolojik gelişmeler, Suç

Abstract

The crime wilfull homicide in the first degree crime committed as a result of fire, flood, ravage, defaming or bombing or by using nuclear, chemical or biological weapon was imposed sanction in 82/1-c numbered dam of Turkish Criminal Code. Committing the crime mentioned in 82/1-c article of Turkish Criminal Code is difficult and challenging. Therefore, the application of this qualified case is very low. But due to developing world order and technological developments, the application of this case is increasing day by day. That's why, in our study, each action within this qualified case will be told one by one, and the hesitant points in the implementation of these cases will be mentioned as well.

Keywords: Wilfull homicide, Techological developments, Crime

* Dr., Beykoz Hakimi (ab153419@adalet.gov.tr)

GİRİŞ

5237 sayılı TCK'nın 82/1-c maddesinde eylemler tek tek sayılmak suretiyle yangın, su baskını, tahrip, batırma, veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle kasten öldürme suçuna yer verilmiştir. Kanun koyucu yaşama hakkının korunması noktasında adam öldürme suçunun bu nitelikte genel tehlike oluşturan eylemlerle işlenmesini daha ağır bir eylem olarak kabul etmiş ve bu nitelikteki öldürme eylemlerini ağırlaştırılmış müebbet hapis ile cezalandırmıştır.

Bu madde kapsamındaki her bir eylem öldürme suçunun gerçekleştirilmesi için oldukça elverişli olmasına rağmen bu eylemlerin öldürme suçunda kullanılması oldukça zahmetlidir. Ancak gelişen teknolojik gelişmeler nedeniyle gelecekte bireysel öldürme eylemlerinde bu hallerin kullanılma sıklığının daha da artacağı görülmektedir. Bu nedenle çalışmamızda bu nitelikli halin genel kapsamına, nitelikli hal içerisinde bütün eylemlere ve içtima ilişkisine yer verilecek olup bu konulardaki tereddütlü noktalara değinilecektir.

I. GENEL OLARAK

TCK'nın genel tehlike yaratan suçlar bölümünde düzenlenen bazı suçların işlenmesi suretiyle öldürme eyleminin gerçekleştirilmesi, bu madde kapsamında nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye bakıldığında bu nitelikli halin oluşması için gerçekleşmesi zorunlu olan hallerin kazuistik metod benimsemek suretiyle tek tek sayıldığı, örnekleme yoluna gidilmediği görülmektedir.

765 sayılı kanununun 450/6. maddesinde de bu nitelikli hale yer verilmiş ancak bu maddedeki düzenleniş şeklinde sadece “*yangın, su baskını, gark gibi ...*” demek suretiyle daha genel bir ifade kullanılmış ve kanunumuzda yer alan tek tek sayma metodu yerine “*gibi*” ifadesi kullanmak suretiyle örnekleme yoluna gidilmiştir. Ayrıca nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle suçun işlenmesine 765 sayılı kanunda hiç yer verilmemiştir.

Alman CK'nın 211/2. maddesinde, bu düzenleme ile aynı amaç doğrultusunda benzer bir nitelikli hale yer verilmiş ancak, *toplum için genel tehlike yaratan araçlarla öldürme* eyleminden bahsedilerek genel bir düzenleme yapılmak suretiyle, öldürme suçundaki araçlar tek tek sayılmamıştır. Alman CK'nın 211/2. maddesi ile TCK'nın 82/1-c maddesi arasında bir karşılaştırma yapmak gerekirse, iki düzenlemenin de amacı, mağdur dışındaki sayısız belirsiz diğer kişiler ve dolayısıyla toplum adına genel tehlike yaratan faili daha ağır cezalandırmaktır. Fakat Türk Ceza Kanunu'nda bu nitelikli halin oluşması için kullanılacak araçlar tek tek sayılmışken, Alman kanun koyucu ceza kanununda böyle bir sayıma gitmemiş ve dolayısıyla teknolojik gelişmelerle daha uyumlu olabilecek, daha geniş uygulama alanı bulan bir norm ihdas etmiştir¹.

1 Olgun, Eser, Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi, Nur Centel'e Armağan, MÜHFHAD, C.19, S.2, 2013, s.1653.

Bazı yazarlar tarafından, belirsiz sayıda kişi için tehlike olabilecek yöntemlerle bir kimsenin öldürülmesi yönündeki eylemlerin tek tek sayılması eleştirilmektedir. Bu yazarlara göre, tek tek sayma metodu gibi kazıistik anlayışın bazı dezavantajları vardır. Örneğin, bir otoyol köprüsü üzerinden aşağıda hızla seyreden araçlara taş atmak suretiyle bir kimsenin öldürülmesi, otoyolda zincirleme kazalara yol açarak, belirsiz sayıda kimsenin ölümüne sebep olabilme dolayısıyla aslında ağır cezalandırılması gereken bir eylem iken, madde kapsamında sayılmadığından fail tasarlamının şartları yoksa basit kasten öldürmeden dolayı cezalandırılacaktır. Bu nedenle TCK'nın 82/1-c maddesinde yer alan düzenlemede “*eylemin genel için tehlikeli araçlarla işlenmesi*” kıstasının benimsenmesinin daha uygun olacağı ve mevcut madde yerine “*Genel için tehlikeli olabilecek ve kullanan tarafından hükmedilmemesi mümkün vasıtalarla suçun işlenmesi halinde ceza artırılır.*” şeklinde bir madde konulmasının daha yerinde olacağı ileri sürülmüştür².

Bazı yazarlara göre ise, bu nitelikli halin kaldırılması gerektiği, bu tür durumlarda esasen tasarlamının mevcut olduğu, ayrıca eziyet çektirerek öldürme nitelikli halinin de açık olduğu savunulmuş³ ve yine nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle öldürme söz konusu olduğunda, bu araçlar ancak planlı ve sistemli şekilde kullanılacağından ve birçok kişinin ölümüne yol açacağından TCK'nın 77. maddesi gereğince insanlığa karşı suçun oluşabileceği, dolayısıyla bu düzenlemeye gerek olmadığı görüşleri ileri sürülmüştür⁴.

Kanaatimizce bu nitelikli halin tamamen ortadan kaldırılması yönündeki görüşlere katılmak mümkün değildir, şöyle ki yukarıda da ayrıntısı ile açıkladığımız gibi tasarlayarak öldürme ve eziyet çektirerek öldürme gibi nitelikli hallerin oluşumu sıkı şekil şartlarına bağlıdır, genel güvenliği tehlikeye sokabilecek nitelikteki eylemlerin işlenmesi suretiyle meydana gelen çoğu ölüm hali tasarlama veya eziyet çektirme kapsamına girmeyebilir. Kanun koyucunun bu şekilde bir nitelikli hal öngörmesinin nedeni, öldürmenin genel tehlike yaratmak veya tehlikeli araçlar kullanmak suretiyle işlenmesi halinde, mağdurun savunma gücünün azalması ve kurtulma imkanının zorlaşması, bu durumda olan mağdurun sadece fiile değil, onun tarafından harekete geçirilen kuvvetlerle mücadele etmek zorunda bırakılmasıdır⁵. Bu nedenle bu düzenlemenin kaldırılması yönündeki görüşleri isabetli bulmuyoruz. Biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle öldürme söz konusu olduğunda, bu araçlar ancak planlı ve sistemli şekilde kullanılacağından ve birçok kişinin ölümüne yol açacağından TCK'nın 77. maddesi gereğince insanlığa karşı suçun oluşabileceği bu nedenle bu düzenlemeye gerek olmadığı yönündeki görüşe de katılmak mümkün değildir, şöyle ki TCK'nın 77. maddesinde düzenlenen suçta fiillerin, *siyasal, felsefi, irki veya dini*

2 Hakeri, Hakan, *Kasten Öldürme Suçları*, 2.Baskı, Ankara, 2007, s. 224. Benzer görüş için bkz. Otacı, Cengiz, *Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak İnsan Öldürme Suçu*, 1.Baskı, Ankara, 2008, s.498.

3 Erman, Sahir-Özek, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kişilere Karşı Suçlar*, İstanbul, 1994, s.48; Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12.Baskı, Ankara, 2017, s.123.

4 Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 15.Baskı, Ankara, 2017, s.154.

5 Erman-Özek, s.47; Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16.Baskı, İstanbul, 2001, s.66; Tezcan-Erdem-Önok, s.154; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11.Baskı, Ankara, 2016, s.131; Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, 1.Baskı, İstanbul, 1994, s.51; Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4.Baskı, Ankara, 2017, s.60.

saiklerle işlenmesi şartı aranmıştır, bu nedenle biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle öldürmelerde otomatik olarak TCK'nın 77. maddesinin oluştuğunu söylemek mümkün değildir.

TCK'nın 82/1-c maddesinde yer alan düzenlemenin değiştirilmesi yönündeki görüşe de değinecek olursak, kanaatimizce bu görüşe katılmak da mümkün değildir. Kanunda nitelikli hal kapsamına giren durumlar ayrıntılı olarak tek tek yazılmış ve nelerin nitelikli hal kapsamına gireceği belirtilmiştir. Kanun koyucunun madde metninde bu halleri ayrıntı olarak belirtmesinin sebebi başkaca bir genel güvenliği tehlikeye sokan halin boşlukta kalmasını engellemektir. Bu açıdan genel güvenlik açısından en tehlikeli olan haller kanun metnine alınmış, bunun dışındaki haller ise, bu derecede tehlikeli görülmediği için madde kapsamına alınmamıştır. Bu maddede sayılan haller yerine “*eylemin genel için tehlikeli araçlarla işlenmesi*” şeklinde genel bir ibareye yer verilmesi, suç kapsamını son derece genişletecek ve uygulamada çokça yorum farkına sebebiyet verecektir. Ayrıca bu nitelikteki geniş anlamlı ibarelerin kanun metnine konulması cezaların kanuniliği (TCK m. 2, AY m. 38) ve belirliliği prensibine de ters düşecektir. Bir eylemin suç olarak düzenlenmesi için yapılan düzenlemenin herhangi bir kıyas veya genişletici yoruma muhtaç olmayacak derecede açık, net ve belirli olması gerekmektedir, bundan kastedilen, kanunda yer alan her kavramın tanımının yapılarak madde metnine alınması şeklinde bir durum değil, sadece suç teşkil eden eylemlerin genel ifadeler yerine özel olarak belirlenmesidir. Nitekim TCK'nın genel tehlike yaratan suçlar başlığı içerisinde düzenlenmiş olan birçok suçta, genel tehlike yaratan hallerden hangisinin suç olduğu (yangın çıkarma, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel ve taşkın, silah kullanılması, patlayıcı madde kullanılması, radyasyon yayılması v.b) tek tek sayılmıştır, bunların kıyas yoluyla genişletilmesi de mümkün değildir⁶. Genel güvenliğin tehlikeye sokulmasının suç olarak düzenlendiği madde metninde, bu hallerin tek tek sayılmış olması ve genel söylemlerden kaçınılmış olması da birlikte düşünüldüğünde, TCK'nın 82/1-c maddesi düzenlemesinin yerinde olduğunu belirtmek gerekir. Aynı zamanda bu düzenlemede 765 sayılı TCK'da yer alan düzenlemeye paralel olarak “*gibi*” şeklinde bir ibareye yer verilmemiş olması da yerindedir, çünkü “*gibi*”, “*vs*” şeklinde kavramlar yukarıda belirttiğimiz kanunilik ilkesi ve belirlilik ilkesine son derece aykırı kavramlardır, bu açıdan 765 sayılı kanundaki düzenlemeden uzak durulması da yerinde olmuştur.

II. ÖLDÜRME EYLEMİNE ARAÇ OLAN HALLER

I. Yangın

Yangın kelimesi terim olarak “*zarara yol açan büyük ateş*” olarak tanımlanmaktadır⁷. Yangın kavramını tanımlamak için ısı, sıcaklık, yanma kavramlarının tanımının yapılması gerekir. Isı, bir maddenin bütün moleküllerinin sahip olduğu hareket enerjisinin toplamıdır. Sıcaklık, bir maddenin ortalama hızda bulunan bir molekülünün sahip olduğu hareket enerjisidir. Yanma

6 Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5.Baskı, Ankara, 2016, s.48; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.123; Otacı, s.500; Özen, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.92.

7 www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 01.06.2018).

ise, yanılabilir bir malzemenin bir oksitleyici ile birlikte genellikle duman yayılması veya kızıl parıltılar ya da alevlerle birlikte ortaya çıkmış bir tepkimedir⁸. Bu üç hal kendi arasında da scala olarak ısı, sıcaklık ve yanma olarak sıralanır. Yanmanın bir ileri seviyesi ise konumuzla ilgili olan yangındır. Yangın, ortamda çıkan ateşlenme sonucunda ortamda bulunan maddelerin yapısını değiştirecek şekilde zararlara neden olabilecek kontrol dışı yanma olayıdır⁹.

Yangın kavramı ateş kavramından farklıdır, her yangın içerisinde ateş mevcuttur, ancak her ateş yangın seviyesinde olmayabilir. Yangın ateşin daha zarar verici ve büyük halidir¹⁰. Yangın ile ilgili konumuzdan bağımsız olan yasal düzenlemelere bakıldığında Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmelik'te yangının A,B,C ve D sınıfı olmak üzere 4 sınıfa ayrıldığı görülmektedir¹¹. Kanaatimizce bu türlerin hepsi TCK'nın 82/1-c maddesi kapsamındadır.

Bu suçun oluşumu için yangın şarttır, ancak yangın boyutuna ulaşmasına rağmen yangının erkenden fark edilmesi nedeniyle söndürüldüğü olaylarda failin fiili icra aşamasına geçmiştir, ancak elde olmayan nedenlerle eylem tamamlanamamıştır. Bu nedenle failin yangın çıkarmak suretiyle öldürme eylemine teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir¹².

TCK'nın 82/1-c maddesi kapsamında kişinin sorumlu tutulabilmesi için kişinin yakılarak değil, yangın çıkarılarak öldürülmesi gerekir. Kişinin yakılması halinde bu kişinin üzerine benzin, tiner gibi yanıcı madde dökülerek veya başka surette ateşe verilmesi söz konusudur ve burada teknik anlamda bir yangından ziyade yakma suretiyle öldürme vardır ve bu durumlar genellikle TCK'nın 82/1-b maddesi kapsamında canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme olarak kabul

8 Bilim, Niyazi, Yangın Ders Notları Sunumu, s.5 www.konya.edu.tr (Erişim Tarihi: 01.06.2018).

9 Bilim, s.7.

10 Gökçen, Ahmet-Balci, Murat, Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları, 2.Baskı, Ankara, 2015, s.160; Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16.Baskı, Ankara, 2017, s.81.

11 Yangın türü: Yanmakta olan maddeye göre; 1) A sınıfı yangınlar: Odun, kömür, kâğıt, ot, doküman ve plastik gibi yanıcı katı maddeler yangını, 2) B sınıfı yangınlar: Benzin, benzol, makine yağları, laklar, yağlı boyalar, katran ve asfalt gibi yanıcı sıvı maddeler yangını, 3) C sınıfı yangınlar: Metan, propan, bütan, LPG, asetilen, havagazı ve hidrojen gibi yanıcı gaz maddeler yangını, 4) D sınıfı yangınlar: Lityum, sodyum, potasyum, alüminyum ve magnezyum gibi yanabilen hafif ve aktif metaller ile radyoaktif maddeler gibi metaller yangını oluşturur. (Bu ayırım Binaların Yangından Korunması Hakkındaki Yönetmelik'in tanımlar başlıklı 4. maddesinde yapılmıştır.)

12 "... sanık M. tarafından temin edilen içerisinde benzin bulunan pet şişe ile birlikte gece saat 02.30-03.00 sıralarında mağdurların oturdukları binanın 5. katına çıktıkları ve burada sanık A'nın pet şişe içerisinde bulunan benzini içerisinde mağdurların bulunduğunu bildiği halde dairenin kapısına dökerek ateşe verdiği, daha sonra sanıkların birlikte olay yerinden kaçtıkları, bu sırada gecenin geç saatleri olmasına rağmen tesadüfen uyanık durumda olan mağdurların yangını farkettileri ve yanmakta olan dış kapıyı açarak aynı binada oturan komşularından yardım istedikleri, mağdurların sesini duyan apartman sakinlerinin müdahalesi ile de yangının kısa sürede söndürüldüğü olayda; kullanılan aracın niteliği ve elverişliliği, olayın oluş saati, mağdurların kurtulma biçimi bir bütün halinde gözetildiğinde, TCK'nın 37. maddesi kapsamında fiil üzerinde birlikte hakimiyet kurarak işlemeyi kastettikleri suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayan ancak mağdurların yangını farketmeleri nedeniyle ellerinde olmayan nedenlerle eylemlerini tamamlamayan sanıkların, iddianame anlatımı ve sevk maddelerine göre sübut bulan eylemlerinin TCK'nun 82/1-c, 35. maddelerinde düzenlenen yangın çıkarmak suretiyle kasten öldürme suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu şeklinde verilen ilk derece mahkemesi kararı yargıtay tarafından onanmıştır. Y.1. CD, 06.06.2016, Esas No. 2016/1272, Karar No. 2016/2896." Aynı yöne benzer karar için bkz. Y.1. CD, 13.05.2015, Esas No. 2014/1594, Karar No. 2015/3134.

edilmektedir¹³. Yangın çıkarma durumunda ise ateşten çok ileri seviyede olan kişinin kendisi veya malvarlığı yönünden ya da genel anlamda tehlike derecesi büyük bir hal vardır¹⁴.

Uygulamada bazı yazarlarca kişinin yakılarak öldürülmesi gibi halin TCK'nın 82/1-b maddesi kapsamında olmaması gerektiği ve TCK'nın 82/1-b madde gerekçesinde verilen yakmak suretiyle öldürme halinin de yanlış bir örnek olduğu ileri sürülmektedir¹⁵. Ancak yukarıda yangın ve ateş kavramlarının ayrımında belirttiğimiz gerekçelerle bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz, nitekim Yargıtay da güncel birçok kararında bu nitelikteki hallerin TCK'nın 82/1-b maddesi kapsamına girdiğini belirtmektedir¹⁶.

Yangın her türlü araçla çıkabilir. Yakılmak istenen nesneye doğrudan doğruya ateş konulabileceği gibi, başka bir şeyin yakılması suretiyle de, söz konusu eşyaya ateşin sirayet etmesi¹⁷ ya da mağdurun bulunduğu ortama yanıcı maddenin bırakılarak bu maddenin tutuşturulması sonucu yangın sağlanabilir. Bunun dışında failin mağduru araç olarak kullanması da mümkündür¹⁸. Örneğin, evde bulunan doğalgazın açık bırakıldığı bir ortamda mağdurun kıvılcım oluşturacak bir harekette bulunması sağlanarak yangın çıkarılması halleri söz konusu olabilir.

TCK'nın 82/1-c. maddesinde yer alan düzenleme kapsamında failin sorumlu tutulabilmesi için failin kastının sadece yangın çıkarmak değil, mağduru öldürmeye de yönelik olması gerekir, bu kast doğrudan kast olabileceği gibi olası kast da olabilir. Failin amacı sadece yangın çıkarmak ise ve ölüm de bu yangının neticesi sonucu meydana gelmiş ise bu durumda failin taksirle, bilinçli taksirle ya da olası kastla adam öldürme eyleminden sorumlu tutulması gerekir¹⁹.

13 Nitekim TCK 82/1-b maddesi gerekçesinde “...Kişinin yakılarak, uyurken kulağının içine kızgın yağ dökülerek ya da vücudu parçalanarak öldürülmesi, buna örnek olarak gösterilebilir.” şeklinde belirtilerek canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürmeye yakma suretiyle öldürme halinin örnek gösterilmesi de bu durumu teyit emektedir.

14 “...Oluşa ve dosya kapsamına göre sanığın olay gecesi eşyle tartıştıktan sonra evdeki koltuğun üzerindeki döşek ile altındaki iki adet kilimin uç kısmını tutuşturduğu, yakma fiilinin yangın boyutuna ulaşmadan mahalle sakinlerinin yardımıyla söndürüldüğü anlaşılmakla; oluşan netice kişilerin sağlığı veya mal varlığı bakımından zarar tehlikesi doğurmayla elverişli hale gelmemiş olması karşısında, eyleminin TCK.nun 170/2. madde ve fıkrasında düzenlenen yangın tehlikesine neden olma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde TCK.nun 170/1-a, madde ve fıkrası uyarınca hüküm kurulması... Y.8.CD, 13.10.2016, Esas No. 2016/6968, Karar No. 2016/9604.”

15 Otacı, s.489; Artuç, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 1.Baskı, Ankara, 2008, s.32.

16 “...sanıkların birlikte T'nin el ve ayaklarını bağlayarak iple boğmaya çalıştıkları, bir süre uğraştıktan sonra ölmediğini görünce maktulün üzerine ve yattığı yere kolonya döküp ateşe verdikleri, maktul T'nin yanık ve karbonmonoksit zehirlenmesi sonucu hayatını kaybettiği olayda; Sanıkların eylemlerine uyan TCK'nun 82/1-b maddesi uyarınca canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme suçundan cezalandırılmaları ile yetinilmesi gerekirken, somut olayda öldürmenin genel tehlike yaratmak suretiyle yakarak işlenmesi halinin gerçekleşmediği gözetilmeden uygulanma koşulları bulunmayan TCK'nun 82/1-c maddesinin tatbikine karar verilmesi...Y.1. CD, 07.12.2015, Esas No. 2015/2039, Karar No. 2015/5975.” Aynı yönde benzer karar için bkz. Y.1.CD, 06.11.2013, Esas No. 2013/3041, Karar No. 2013/5969.

17 “...Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanıklar ile mağdur P. arasında husumet olduğu, sanıkların, zarar vermek amacıyla mağdur P'nin işlettiği gazinonun bodrum kısmında bulunan tahliye çıkış kapısına yangın hızlandırıcı maddeyi döküp tutuşturarak yangın çıkarmak suretiyle gazinoda bulunan eşyaları yakarak zarar verdikleri, gazinoda bekçi olarak çalışan ve vücudunda yer yer epidermis soyulmalar görülen, 1 ve 2. yanık alanları bulunan maktulün, karbonmonoksit intoksikasyonu sonucu öldüğü ... Y.1.CD, 12.02.2015, Esas No. 2014/4511, Karar No. 2015/511.”

18 Gökçen-Balci, s.160.

19 Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.122; Tezcan-Erdem-Önok, s.154; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler s.131;

Yangın çıkarma eylemi sonucunda failin hasmı olan kişinin ölümü yanında başkaca kişi veya kişilerin de ölmesi mutlak ve muhakkak ise üçüncü kişilerin ölümünden de failin doğrudan kastı varmış gibi sorumlu tutulması gerekir, çünkü neticenin “*mutlak ve muhakkak*” gerçekleşeceğinden söz ediliyorsa, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinden söz ediliyorsa, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmek, öngörülen neticeyi istememek gibi fiziki gerçekliklerle bağdaşmayan bir düşünce geçerli olmaz. Bu nedenle gerçekleşen ölüm sayısınca failin sorumlu tutulması gerekir²⁰. Örneğin, A şahsının hasmı olan B’yi öldürmek için içerisinde C ve D’nin de olduğu aracın kapılarını kilitleyip aracı benzin dökmek suretiyle ateşe vermesi sonucu çıkan yangında, B şahsının yanında C ve D şahıslarının da ölümüne sebebiyet vermesi halinde, A şahsının sadece B şahsını değil, C ve D şahsını öldürmekten de sorumlu tutulması gerekir, çünkü C ve D şahsının ölümü A’nın eyleminin mutlak ve muhakkak bir sonucudur, ancak bu olayda ölüm gerçekleşmeyip yaralama söz konusu olmuş ise bu durumda failin öldürmeye teşebbüsten sorumlu olması gerekir²¹.

2. Su baskını

Su baskını terim anlamı olarak “*sellerin ve eriyen kar sularının katılmasıyla kabaran akarsuların yataklarından taşarak çevreyi basması, taşkın, taşma, seylap*” olarak tanımlanmıştır²². Sel ise

Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Ankara, 2018. s.32; Koca-Üzülmez, s.61; Otacı, s.500; Özen, s.92; Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku, 6.Baskı, Ankara, 1962, s.368.

20 Otacı, s.500.

21 “... Dosya kapsamına göre; olay gecesi aralarında resmi evlilik bulunmayan dokuz yıldır birlikte yaşadığı maktule ile sanığın, sanığın telefonuna gelen mesaj nedeniyle tartıştıkları, sanığın evden ayrılarak motosikleti ile yakındaki petrol istasyonuna gidip 2,5 litrelik pet şişe ile benzin alıp eve geldiği, bu sürede maktulenin, sanığın kendisine saldırmamasından korkup önceki evliliğinden olan kızı M’yi uyandırıp sanığın bıçak almasından korkarak mutfaktaki bıçakları kontrol etmesini istediği, M’nin mutfığa baktığında sanığın bıçak almadığını gördüğü, bu esnada sanığın elinde benzin dolu pet şişe ile eve geldiği doğrudan mutfığa giderek çakmakları kontrol ettiği, fakat çakmakların yanmadığı, maktulenin kızı Muhlise’yi sanığı yatıştırması için sanığın yanına gönderdiği, sanığın mağdura kızarak “sen karışma boşuna dayak yeme” diyerek terslediği ve odaya girerek maktule Nail’e tekme tokat dövdüğü, bu sırada maktulenin ilk evliliğinden olan oğlu mağdur Abdulkadir’in sesler üzerine uyanarak olaya müdahale etmek istediği, sanığın mağdura bir tokat vurarak uzaklaştırdığı, sanığın elinde benzin dolu pet şişe ile yatak odasına gittiği, maktule ve mağdurların da sanığın arkasından odaya gittikleri, sanığın bu sırada sigara paketinin yanında bulunduğu çakmağı kontrol amacıyla yaktığı, bu sırada maktulenin yatağın kenarına oturduğu ve sanığa “yalvarırım bu saatte ele güne bizi rezil etme” diyerek yatıştırmaya çalıştığı, sanığın da elindeki pet şişeyi açarak içindeki benzini maktulenin oturduğu yatağın üzerine ve maktulenin çevresine doğru döktükten sonra şişenin içinde kalan son benzini de mağdurların çevresine ve üzerlerine gelecek şekilde odanın içine serpiştirdiği, maktule Nail’in bu sırada sanığın bileğinden tutarak çakmağı ateşlemesine engel olmak istediği, ancak sanığın daha güçlü olması nedeniyle maktuleyi yatağın üzerine iterek çakmağı yakarak maktulenin eteğinden tutuşturduğu, benzinin birden alev alması nedeniyle etrafın alev aldığı, maktule ile mağdurların üzerlerinin tutuştuğu, kaldırıldıkları hastanede maktulenin aldığı yanık yaraları nedeniyle öldüğü, mağdure Muhlise’nin % 30 oranında 2.derece yanığa maruz kalıp hayati tehlike geçirecek şekilde, mağdur Abdulkadir’in % 25 oranında 2.derece yanığa maruz kalıp hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığı olayda; suçun işleniş şekli, gerçekleştirdiği eylem sonucu mağdurların da öleceklerini bilen ve buna rağmen eylemini gerçekleştiren sanığın eyleme bağlı olarak ortaya çıkan kastı, mağdurlarda meydana gelen yaralanmanın niteliği birlikte dikkate alındığında, sanığın mağdurlara yönelik yangın çıkarmak suretiyle kasten öldürmeye teşebbüs suçlarından cezalandırılması yerine yazılı şekilde suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde olası kastla yaralama suçlarından hüküm kurulması... Y.1.CD, 21.04.2015, Esas No. 2014/540, Karar No. 2015/2574.”

22 www.tdk.gov.tr.(Erişim Tarihi: 01.06.2018).

“sürekli yağan yağmurdan veya eriyen kardan oluşan, geçtiği yerlere zarar veren taşkın su” olarak tanımlanmıştır²³.

Sel ve taşkın kavramları, su baskınının türleridir. Sel daha çok eğimin fazla olduğu yerde ani bastıran yağmur, su oluşumu veya eriyen karların oluşturduğu etki sonucu oluşan durumdur. Taşkın ise sele göre eğimin az olduğu yerde oluşan su baskını türlerinden biridir. Su baskını bu kavramların hepsini içine alan genel bir kavramdır. Sel, taşkın veya başka surette oluşan durumlar su baskınının içine girmektedir²⁴. Kanun koyucu bu suç tipinde özel türlere değinmeyerek en genel tabiri kullanarak tipikliği belirlemiştir.

Su baskını suretiyle öldürme eylemi ile kişiyi suda boğma suretiyle öldürme eylemlerinin birbiriyle karıştırılmaması gerekir. Kanaatimizce failin öldürme eylemini hasmı olan kişiyi deniz, göl veya küçük bir su birikintisinin içine atmak suretiyle ya da vücudunun belli bir kısmını bu su birikintilerine sokmak suretiyle gerçekleştirmesi hali, su baskını suretiyle öldürme kapsamında değildir. Bu madde kapsamında kastedilen durum, genel güvenlik için tehlikeli bir hal olan su baskını çıkarmak suretiyle ölüm eyleminin gerçekleştirilmesidir. Örneğin, A şahsının hasmı olan B şahsını sel sularının giderini değiştirerek, B şahsının oturmuş olduğu bodrum kata akışını sağlaması suretiyle, B şahsının oluşan su baskını neticesinde ölümüne sebebiyet vermesi halinde A şahsının, TCK'nın 82/1-c. (su baskını oluşturmak suretle) maddesinden dolayı sorumlu tutulması gerekir.

Bu madde kapsamında failin sorumlu tutulması için su baskını da failin oluşturup oluşturmayacağı düzenle metninden tam olarak anlaşılmamaktadır. Düzenleme metninde “*su baskını ... kullanmak suretiyle*” şeklinde belirtilerek su baskınının kullanılmasından bahsedilmiştir. Bu durumda sanığın kendisinin oluşturmadığı bir su baskını halinden yararlanarak hasmını öldürmesi durumunda sorumluluğunun ne şekilde olacağı net değildir. Örneğin, A şahsı şiddetli yağış nedeniyle oluşmuş olan su baskını fırsat bilerek hasmı olan B'yi bu baskın sonucu kapakların açılacağını bildiği barajın yatağına götürüp kapağın açılması ile hemen olay yerinden uzaklaşıp hasmı olan B'nin suya kapılmak suretiyle ölümüne sebebiyet vermesi durumunda, A şahsının sorumluluğu ne olacaktır?

Kanaatimizce bu nitelikli hallerin uygulanmasındaki amaçtan yola çıkılarak bu soruya cevap vermek gerekir. Bu nitelikli halin ihdas nedeni, failin hem öldürme hem de genel güvenliği tehlikeye sokma gibi iki önemli suça sebebiyet vermesidir. Bu kapsamda fail tek bir eylemle iki ayrı suça sebebiyet vermekte ancak, bu özel düzenleme nedeniyle TCK'nın 82/1-c maddesi kapsamından sorumlu tutulmaktadır. Bu açıdan öldürmeye yönelik eylemin dışında genel güvenliğin de bizzat failin eylemi nedeniyle tehlikeye sokulması gerekir. Yani su baskını halini de bizzat failin oluşturması gerekir. Failin iradesinden bağımsız olarak gerçekleşen genel güvenliğin tehlikeye sokulduğu bir olaydan yararlanarak, öldürme eylemini gerçekleştirmesi halinde, failin TCK'nın 82/1-c maddesinden sorumlu tutulmaması gerekmekte olup, vermiş olduğumuz

23 www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 01.06.2018).

24 Turoğlu, Hüseyin, Coğrafi Bilgi Sisteminin Temel Esasları, 2.Baskı, İstanbul, 2008, s.21.

örnekte failin TCK'nın 82/1-c maddesinden cezalandırılmaması gerekir²⁵. Nitekim düzenleme gerekçesinde de kasten öldürme suçunun genel tehlike yaratmak suretiyle işlenmesi halinde, hem genel tehlike yaratma suçunun hem de kasten öldürme suçunun birlikte gerçekleşmiş olduğu, ancak kanun koyucunun özel bir düzenleme yaparak failin kasten öldürme suçunun nitelikli halinden dolayı sorumlu tutulması gerektiği belirtilerek bu durum vurgulanmıştır.

Bu nitelikli halden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için failde hem genel güvenliği tehlikeye sokma kastı hem de öldürme kastı mevcut olmalıdır. Failde sadece genel güvenliği tehlikeye sokma kastı varsa ancak, ölüm bunun sonucunda meydana gelmiş ise failin somut duruma göre taksir, bilinçli taksir veya olası kastla adam öldürme suçlarından dolayı sorumluluğu yoluna gidilecektir²⁶.

Kanunumuzda bu nitelikli hale yer verilmiş ise de aslında gerçek hayatta bu şekilde bir nitelikli halin gerçekleşmesi çok istisnai bir durumdur. Bunun nedeni tek başına su baskını oluşturma gibi bir eylemin zaten hazırlanış itibariyle zor olan bir eylem olmasıdır, hasmını öldürmek isteyen failin daha sıradan bir metod kullanarak (Örneğin, Yangın çıkarmak suretiyle) eylemini gerçekleştirmesi çok daha kolaydır, dolayısıyla bu nitelikli hale ilişkin verilmiş içtihatlarla da rastlanılmadığından çalışmamızda yer verilememiştir.

3. Tahrip

Tahrip kelime anlamı olarak “*yıkma, kırıp dökme, harap etme, bozma*” anlamına gelmektedir²⁷. Tahrip kapsam olarak bu kavramların hepsinin üstündedir, kanaatimizce bu kavramın özellikle seçilmesinin nedeni, kanun koyucu tarafından en geniş tabire yer verilerek boşlukta kalan tahrip hallerinin cezasız kalmasına engel olmaktır. Doktrinde bir görüşe göre tahrip, bir insanın öldürülmesi şekli veya vasıtası olamaz, bu nedenle kanuna konulması yersizdir²⁸. Kanaatimizce aşağıda da belirteceğimiz üzere tahripin özellikle yıkma suretiyle öldürme eylemlerinde kullanılması mümkün olduğundan bu görüşe katılmamaktayız.

Tahrip hali içerisinde öldürme amacıyla başvurulabilecek ve en sık kullanma ihtimali olan yöntem, yıkma yöntemidir. Daha kesin ölümü sağlamak için fail, hasmının içerisinde olduğu yapıyı yıkma suretiyle öldürme eylemini gerçekleştirebilir, bu nedenle bu yöntem tahrip halleri içerisinde rastlanılması mümkün olan bir örnek olarak görülebilir. Tahrip kavramı kelime anlamı olarak çok geniş bir kavram olduğu için bu yöntem içerisine girecek halin genel güvenliği tehlikeye sokabilecek nitelikte olması gerekir. Ancak tıpkı su baskını suretiyle öldürme bahsinde de belirttiğimiz gibi, eğer bir failin amacı öldürme eylemini gerçekleştirmek ise failin bu eylemini

25 Örneğin A şahsının oturmakta olan mevki yakınlarında çıkmış olan bir yangına hasmı olan B'yi atmak suretiyle öldürmesinde de genel güvenliği tehlikeye sokan yangını çıkaran kişinin sanık olmaması nedeniyle A şahsının TCK'nın 82/1-c maddesinden değil, somut duruma göre TCK'nın 82/1-b veya TCK'nın 81/1. maddesinden sorumlu tutulması gerekir.

26 Gökçen-Balci, s.163; Otacı, s.501.

27 www.tdk.gov.tr.(Erişim Tarihi: 01.06.2018).

28 Otacı, s.501.

çok daha kolay ve zahmetsiz yöntemler varken, tahrip gibi gerçekleştirilmesi zor olan bir yöntem kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi zor bir ihtimaldir. Nitekim bu hususu, bu konuda verilmiş olan bir Yargıtay kararına rastlayamamız da desteklemektedir.

Tahrip suretiyle öldürme eyleminin gerçekleştirilmesi halinde, kanaatimizce tahribe konu olan olayı da bizzat failin gerçekleştirilmesi gerekir. Kanun koyucu genel güvenliği tehlikeye sokmak suretiyle ölümü gerçekleştiren faili cezalandırmaktadır. Failin, iradesi dışında gerçekleştirilen bir tahrip halinden faydalanarak hasmını öldürmesi halinde, failin TCK'nın 82/1-c maddesinden değil, somut duruma göre TCK m. 81'den veya m. 82'de yer alan başkaca nitelikli halden sorumlu tutulması gerekir. Örneğin, kentsel dönüşüm yapılmak suretiyle gerçekleştirilecek toplu yıkımdan haber ve bilgisi olan failin, hasmının daha önceden denetim yapılmayan bu alana gelmesini sağlayıp, gerçekleştirilen yıkım esnasında hasmının çöken binanın altında kalarak ölümüne sebebiyet vermesi halinde, tahrip halini bizzat gerçekleştiren kişi olmaması nedeniyle failin TCK'nın 82/1-c maddesinden değil, TCK'nın 81. maddesinden sorumlu tutulması gerekir.

Tahrip hali kapsamında failde çifte kast olması gerekir. Yani failin hem genel güvenliği tehlikeye sokma kastına sahip olması hem de öldürme kastına sahip olması gerekir. Failin öldürme kastı yoksa TCK'nın 82/1-c maddesi kapsamında sorumlu tutulması mümkün değildir²⁹.

Tahrip suretiyle öldürme nitelikli hali, etki alanı olarak geniş kitleleri etkilemesi muhtemel olan bir nitelikli haldir. Failin hedefinde olan kişinin yanında mağdur ile aynı yer ve mekanda bulunan kişilerin de bu eylemden etkilenmesi mutlak ve muhakkaktır. Bu nedenle fail, hasmı dışında başkaca kişilerin hasmının yanında olmasına rağmen, bu nitelikte geniş tahrip etkisine sahip eylemi gerçekleştiriyorsa, bu durumda failin gerçekleşen ölüm sayısınca sorumlu tutulması gerekir. Örneğin, A şahsının, hasmı olan B şahsını öldürmek için içerisinde B şahsı ile birlikte C şahsının da olduğu 5 katlı binayı çökertmek suretiyle B ve C şahsını öldürmesi halinde, A şahsının sadece hasmı olan B'yi değil, C şahsını da öldürmekten dolayı sorumlu tutulması gerekir.

4. Batırma

Batırmak, bir cismin sıvı veya yumuşak bir maddenin içine gömülmesi veya batmasını sağlayarak gerçekleşen bir eylemdir³⁰. Batırılan madde su, yağ, çamur gibi sıvı madde olabileceği gibi kum, toprak v.b yumuşak bir madde de olabilir. Batırma, terim anlamı olarak yukarıda ele aldığımız su baskını, tahrip gibi geniş anlamda kullanılan bir eylemdir³¹.

Her ne kadar madde kapsamı incelendiğinde batırma kavramının çok geniş anlama gelecek şekilde kullanılmış olduğu görülse de kanaatimizce burada kastedilen suda batırma olup; özellikle gemi,

29 Gökçen-Balcı, s.164; Artuk-Gökçen, s.83; Bayraktar, Köksal-Keskin Kızıroğlu, Serap-Yıldız, Ali Kemal-Memiş Kartal, Pınar-Altunç, Sinan-Bostan Bozbayındır, Gülşah-Erman, Barış-Eroğlu Erman, Fulya-Kurt, Gülşah-Sınar, Hasan, Özel Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar C.II, 1.Baskı, İstanbul, 2017, s.45.

30 www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 01.06.2018).

31 Bu nitelikli halin kanunda yer almasının gereksiz olduğu konusunda bkz. Otacı, s.501.

sandal, tekne gibi araçların batırılması suretiyle öldürme eylemlerinin amaçlandığını söylemek gerekir³².

Ölüme sebebiyet veren halin bu madde kapsamına girip girmediğinin tespiti, bu eylemin genel güvenliği tehlikeye sokabilecek bir eylem olup olmadığına göre hareket edilmek suretiyle tespit edilmelidir. Örneğin, failin hasmını öldürmek için, hasmının bizzat içinde bulunduğu aracı denize sürükleyerek, mağdurun içerisinde olduğu aracın suya batmasını sağlamak suretiyle mağduru öldürmesi ya da bizzat hasmının içerisinde olduğu geminin su almasını sağlamak suretiyle batmasını sağlayarak hasmının ölümüne sebebiyet vermesi halleri bu kapsama girmektedir.

Doktrinde bu nitelikli halin açıklanması kapsamında, failin hasmı olan mağdurun başını suya batırarak veya mağduru suya atarak ölümüne sebebiyet vermesi hallerinin bu nitelikli hal kapsamında olduğu belirtilmiştir³³. Ancak bu açıklamalara katılmak mümkün değildir, madde gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun bu eylemi nitelikli hal saymasına sebebiyet veren durum, failin öldürme eylemini genel tehlikeye sebebiyet veren eylemi işlemek suretiyle gerçekleştirmesidir. Failin bizzat bireysel olarak hasmı olan kişinin başını suya batırması veya bizzat hasmı olan kişiyi suya atması şeklindeki eylemler genel güvenliği tehlikeye sokmaktan ziyade, kişisel (özel) güvenliği tehlikeye sokma niteliğindeki eylemlerdir, kanunun aradığı şart öldürme eyleminin genel güvenliği tehlikeye sokucu nitelikte olan batırma tipi eylemlerle işlenmesidir. Bu nedenle verilen örneklerin bu nitelikli hal kapsamında olduğu yönündeki görüşe katılamamaktayız.

Yukarıdaki tehlike hallerinde de belirttiğimiz gibi bu nitelikli halde de failin, çifte kasta sahip olması, bu eylemin mutlak ve muhakkak sonucu olan öldürme eylemlerinden de sorumlu tutulması gerekir.

5. Bombalama

Bomba, terim anlamı olarak canlı cansız hedeflere atılan içi yakıcı ve yıkıcı maddelerle doldurulmuş, türlü büyüklükte patlayıcı madde olarak olarak tanımlanmışken³⁴, bombalama ise bombanın belli bir hedefe konulması, fırlatılması veya gönderilmesi olarak tanımlanabilir.

Bomba patlayıcı bir silahtır, genellikle savaşan birey ve teşkilatlarda kullanılır. Yakıttan çok daha fazla enerji çıkarma özelliğine sahiptir. Harekete geçmesi ve enerji yayması çok daha hızlı bir şekilde ve yüksek şiddette ses çıkarmasıyla gerçekleşir. Yayıdığı enerji yıkıcı etkisi olan şok dalgalar halinde ilerler. Patlayıcı madde olan bombanın bulundurulması ancak yetkili makamların izni ile mümkündür, aksi halde sanık TCK'nın 174/1. maddesi gereğince sorumlu olur.

32 Aynı yönde bkz. Otacı, s.501. Aksi yönde bkz. Gökçen-Balçı, 164.

33 Gökçen-Balçı, s.164.

34 www.tdk.gov.tr.(Erişim Tarihi: 01.06.2018).

Emniyet Teşkilatı Bomba İmha Tazminatının Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinde bomba kavramı tanımlanmıştır. Buna göre bomba, “öldürmek, tahrip etmek, zarar vermek, şeklini bozmak, ilgiyi başka yere çekmek, taciz etmek için standart ve standart dışı olup, elde mevcut veya temin edilebilen askeri, ticari, sanayi, zirai veya başka usullerle bir araya getirilmesi ve yerleştirilmesi ile yapılmış patlayıcı madde ve düzenekleri” şeklinde belirtmek suretiyle tanımlanmıştır³⁵.

Bu tanım da görüldüğü üzere bomba sadece öldürme amacıyla değil rahatsız etmek, zarar vermek veya ilgiyi başka bir yere çekmek amacıyla da kullanılabilir. Ses bombası buna örnek olarak verilebilir. Kanunumuzda kastedilen bombalama faaliyeti ise öldürmek amaçlı olduğu için burada kullanılacak bombanın öldürmeye elverişli olması gerekir. Örneğin, tahrip gücü son derece düşük olan bir bomba ile yapılan bombalama faaliyetinde, hedefteki şahsın herhangi bir zarar görmemiş olması halinde suçun elverişli araçla işlenmemiş olması nedeniyle sanık hakkında TCK'nın 82/1-c maddesi değil, somut duruma göre TCK'nın 170 veya 174. maddelerine göre işlem yapılması gerekir.

Öldürücü etkiye sahip olan bir bombanın kullanılması, genel güvenlik için de oldukça tehlikelidir, hatta bu tip eylemlerde olayla ilgisi olmayan kişilerin de genelde yaralandıkları veya hayatlarını kaybettikleri görülmektedir. Bu nedenle bombalama suretiyle gerçekleştirilen öldürmelerin daha ağır bir şekilde cezalandırılması yerinde bir düzenleme olmuştur.

Bombalama suretiyle öldürme halinde hedeflenen kişinin yanında veya yakınında başkaca bir kimsenin olması da mümkündür. Bu durumda bu kişilerin de bombalama eyleminden etkilenmeleri mutlak ve muhakkaktır. Her ne kadar failin TCK'nın 82/1-c maddesinden sorumlu tutulması için çifte kasta sahip olması aransa da hedeflenen kişi ile birlikte ölmesi mutlak veya muhakkak olan kişilerin de ölümünden failin sorumlu tutulması gerekir. Bu durumda gerçekleşen ölüm sayısı kadar öldürme eyleminden, failin sorumlu tutulması gerekir³⁶. Eğer bu kişiler eylemden dolayı ölmemiş, yaralanmışlar ise bu durumda failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerekir. Ancak burada diğer kişilerin bombalama eylemi sonucu ölümünün mutlak veya muhakkak seviyesinde olmasına dikkat edilmesi gerekir³⁷.

35 RG. Tarihi: 05.11.2008, RG. Sayısı: 27045.

36 Otacı, s.501.

37 “.. Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanık H'nin eşi mağdure N'nin aile içi anlaşmazlıklar nedeniyle çocukları ile birlikte ortak ikametini terk ederek kız kardeşi mağdure Hanife'nin evinde kalmaya başladığı, olay tarihinde gece saat 02:15 sıralarında sanık Hasan'ın mağdure H'nin evine el bombası atıp ayrıca uzun namlulu silahla evi kurşunlaması sonucu oğlu maktul M'nin öldüğü, mağdureler N, H ve E'nin yaralandığı, evdeki patlama ve buna bağlı yangın sonucu evinde zarar gördüğü olayda; sanığın eyleminin, oğlu maktul M'yi kasten öldürme, mağdureleri ise kasten öldürmeye teşebbüs ve mala zarar verme suçlarını birlikte oluşturduğu ancak TCK.nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca sadece en ağır cezayı gerektiren öldürme ve öldürmeye teşebbüs suçlarından dolayı cezalandırılması gerektiği gözetilmeden ayrıca TCK.nun 151/1, 152/2-a maddeleriyle mala zarar verme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi...Y.1.CD, 07.07.2014, Esas No. 2014/2274, Karar No. 2014/3741.”

Söz konusu nitelikli hal bizzat bombanın mağdurun bulunduğu alana atılması³⁸ ya da mağdurun bombanın olduğu alana gitmesinin sağlanması³⁹ suretiyle gerçekleşebileceği gibi, bizzat bombanın patlamasında mağdurun araç olarak kullanılması suretiyle de gerçekleştirilmesi mümkündür⁴⁰.

Bazen kullanılan bombanın etkisi ile yangın çıkması ya da bombanın tahrip gücünün yüksek olması nedeniyle tahribatın gerçekleşmesi halleri de söz konusu olabilmektedir. Bu nitelikli halin seçimlik hareketli olması nedeniyle, bu hallerden herhangi bir tanesinin ölüme sebebiyet vermesi yeterlidir, bu hallerden hepsinin gerçekleşmesi sadece cezanın üst sınırdan verilmesi sebebi olabilir, ancak madde hükmü sabit cezayı içerdiği için teşdid uygulaması da mümkün değildir. Ayrıca birden fazla sebebin gerçekleştiği bu hallerde, tüm nitelikli hallerin hükme yazılması gerekir⁴¹.

6. Nükleer, Biyolojik ve Kimyasal Silah Kullanma

a. Genel Olarak

Sivil halk üzerinde oldukça büyük ve yıkıcı etkiye sahip olan nükleer, kimyasal ve biyolojik silahlar insan, hayvan, bitki ve doğal çevrelerde uzun süreli tahribat yaratırlar. Bu tahribatlar geniş alanlara da yayılarak, özellikle insanlarda önemli bazı sağlık problemlerine yol açabilirler. Teknolojinin gelişmesi ile birlikte yaygınlaşan bu silahlar, kullanıldığı anda çok etkili sonuçlara neden olabilecek tarzda silahlardır⁴². Bu silahların yasaklanmasının sebebi tüm halkların güvenliğini sağlamaktır⁴³.

38 “... sen ölümü hak ettin, Allah senin yardımcın olsun sayın İ.. bey” diye biten nottan da anlaşıldığı üzere aralarında bir husumet bulunmakta olan E. Utaş, olay günü saat 18.15 sıralarında Alsancak Semti Cumhuriyet Bulvarı No: 371/B de bulunan Alsancak Cafe adli iş yerine nereden ve kimden temin ettiği tespit edilemeyen iki adet el bombası ile gelip bu el bombalarını tanıkların anlatımına göre o sırada cafede oturmakta olan maktül İ. Çifçi nin bulunduğu yere doğru “Oo bütün ağabeyler burada “ diyerek pimini çekerek attığını ve el bombalarını peş peşe patladığı...Y.1.CD, 15.03.2016, Esas No. 2015/1880, Karar No. 2016/1254.”

39 “...Sanık Memet Yıldırımın yolcu münübüsü koltuğu altına ve sahil yolu yürüş bandındaki çöp sepetlerine canlılar üzerinde öldürücü ve yaralayıcı cansızlar üzerinde yakıcı ,yıkıcı ve tahrip edici özelliğe sahip patlayıcı madde koymak ve patlatmak suretiyle 19 kişinin yaralanmasına neden olma eylemin kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturacağı hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması... Y.9.CD, 04.07.2011, Esas No. 2011/5648, Karar No. 2011/8611.”

40 “... Saniğin mağdur-müdahil tarafın kullandığı araziye, patladığında 50 metre çapındaki bölgede bulunan canlıları öldürücü güçte patlayıcı madde düzeneği hazırlayarak yerleştirdiği, bu düzeneğin ateşlemesini sağlamak için de tuzak olarak bir dal parçasını kabloya bağlayıp toprak üzerinde bıraktığı, mağdur-müdahil Gülbahar'ın da olay günü tarlasına çalışmak amacıyla gittiğinde bu dal parçasını görerek çekmesi üzerine füyelerin ateş aldığı yine bir kısım füyelerin de kısmen yandığı, ancak bidon içine koyduğu dinamitlerin patlamadığı, anlaşılma; bilirkişi ve ekspertiz raporlarına göre kullanılan malzemelerin patlayıcı nitelikte olması, düzeneğin patlamaya elverişli yapılması, tuzak olarak kullanılan dal parçasının çekilmesi nedeniyle füyelerin ateş alması, patlayıcı olarak kullanılan maddelerin miktarı hazırlanan düzeneğin de öldürmeye elverişli olması da nazara alındığında, saniğin eyleminin adam öldürmeye eksik teşebbüs niteliğinde olduğundan sanık hakkında adam öldürmeye eksik teşebbüs suçundan hüküm kurulması gerekirken suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması ...Y.1.CD, 31.10.2007, Esas No. 2007/1160, Karar No. 2007/7983.”

41 Gökçen-Balci, s.166.

42 Bayraktar-Kızıroğlu-Yıldız-Kartal-Altunç-Bozbayındır-Erman-Erman-Kurt-Sinar, s.46.

43 Gökçen-Balci, s.167.

Nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanma suretiyle öldürme eylemleri sonuca ulaşma bakımından çok etkili olmakla birlikte işleyiş şekli itibariyle oldukça zahmetlidir. Bu zahmet hem bu silahlara ulaşmanın zor ve maliyetli olmasından hem de bu silahların kullanılmasındaki zorluktan kaynaklanmaktadır.

Bu nitelikli halin insanlığa karşı suçlar ile karıştırılmaması gerekir, insanlığa karşı suçlar kapsamında da öldürme eylemi nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilebilir, ancak failin bu eylemi siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle işlemesi gerekmektedir.

Bu silahların kitle imha silahı olarak kullanılması çok daha tercih edilen bir durumdur. Bu nedenle bu silahların kullanılması halinde, failin hedeflediği kişi dışında başkaca kişilerin ölmesi de mutlak veya muhakkak olabilir, bu nedenle kanaatimizce failin bu ölümler bakımından da kasıtlı davranmış sayılarak, meydana gelen ölüm sayısınca sorumlu tutulması gerekir.

765 sayılı kanunda ayrıca zehirlemek suretiyle öldürme eylemi düzenlenmiş olmasına rağmen 5237 sayılı kanunda bu eyleme yer verilmemiştir. Hakeri'ye göre zehirleyerek öldürme eylemi bu kapsamda değildir. Yazar'a göre, kimyasal veya biyolojik silahın kullanılması suretiyle öldürme eylemi genel güvenliği tehlikeye sokması nedeniyle cezalandırılmaktadır, zehirlemeyi biyolojik silah olarak kabul etmek mümkün değildir. Yazar'a göre, örnek olarak bir ilçenin su deposuna zehir atılması gibi genel tehlikeli bir yöntemle öldürme suçunun işlenmesi durumunda, bu maddenin uygulanması mümkün değildir, çünkü bu madde sınırlı sayıda eylemi cezalandırmıştır, dolayısıyla bu eylemin nitelikli hal kapsamında görülmesi mümkün değildir⁴⁴. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir, ancak nükleer, kimyasal ya da biyolojik silah kullanma suretiyle meydana gelen zehirlenmeleri bu nitelikli hal kapsamında kabul etmek gerekir⁴⁵.

b. Nükleer Silah

Temel olarak atom çekirdeği üzerinde yapılan işlemlerle özel olarak elde edilen nükleer silahlar, yıkıcı gücünü patlama ve patlama sırasında yaydıkları ısı, ışık, radyasyon, enerji ve materyallerden alırlar. Bu çerçevede, atom çekirdeğinin parçalanması suretiyle yani nükleer *fizyon* yoluyla yapılan silahlar, elde edilen enerji temel olarak atomun çekirdeğinden (*nucleus*) geldiği için daha çok "atom bombası" olarak anılırken, birden çok atom çekirdeğinin birleştirilmesi yani nükleer *füzyon* yoluyla elde edilen silahlarsa elde edilen ve teorik olarak sınırsız olan enerji temel olarak hidrojen izotopları arasındaki etkileşimden geldiği için genellikle "termonükleer bombalar" ya da "hidrojen bombaları" olarak adlandırılmaktadır. Her durumda, en azından mevcut uluslararası hukuk düzenlemeleri çerçevesinde genel olarak nükleer silahlar başlığı altında ele alınabilecek bu silahlar, insani ve çevresel etkileri açısından en yıkıcı ve uzun süreli kitle imha silahı olarak bilinmektedir⁴⁶.

44 Hakeri, s.225.

45 Aynı yönde bkz. Gökçen-Balci, s.167.

46 Denk, Erdem, Bir Kitle İmha Silahı Olarak Nükleer Silahların Yasaklanmasına Yönelik Çabalar, Ankara Üniversitesi

Nükleer silahların en önemli özelliği, çok geniş bir bölgede canlı-cansız her şeyi tümünden yok etme kapasitesine sahip olması ve zararlı etkilerini çok uzun bir zaman dilimi içerisinde de gösterebilmesidir⁴⁷.

Nükleer silahların özellikle Hiroşima ve Nagasawaki'de kullanılarak yüzbinlerce insanın ölümüne sebebiyet vermesi nedeniyle dünyada tedirginlik oluşmuş bu nedenle Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesine İlişkin Andlaşma yürürlüğe sokulmuştur⁴⁸.

Nükleer silahlar içerisinde atom bombası, hidrojen bombası gibi silahlar girmektedir. Bu silahlar klasik silahlardan çok fazla farklılık arz etmektedirler ve etki dereceleri çok güçlüdür. Örneğin, bir megatonluk nükleer silah 300 kilometrekarelik bir alan içinde korumasız halkın yüzde doksanı öldürebilir⁴⁹.

Nükleer silahlar, üretiminin maliyetli olması, kullanımının dahi teknik bilgi ve uzmanlık istemesi ve kullanım imkanının zorluğu nedeniyle salt anlamda öldürme eyleminden ziyade, kitlesel anlamda etki doğurmak amacıyla tercih edilen silahlardır. Bu nedenle bu silahların bireysel adam öldürme eylemlerinde çok tercih edilen bir silah olmadığını belirtmek gerekir, nitekim bu konuda verilmiş olan bir içtahata rastlanılmaması da bu hususu teyit etmektedir.

Nükleer silah kavramı yerine uygulamada bazen nükleer bomba, atom bombası veya hidrojen bombası gibi tabirler kullanılmaktadır, kanun koyucunun bombalama suretiyle öldürme eylemiyle karışmasını önlemek adına bu düzenlemede silah ibaresini kullanması yerinde olmuştur. Her ne kadar bazen nükleer bomba ibaresi kullanılmakta ise de buradaki bombadan kastedilen iki ayrı atomun birleşmesi veya parçalanması sonucu oluşan enerji kullanılarak elde edilen silahtır, bu nedenle bu silahlar kullanılarak gerçekleştirilen öldürme eylemlerinin bombalama suretiyle öldürme eylemleri ile karıştırılmaması gerekir.

c. Kimyasal Silah

Dünyadaki silahlanmanın önüne geçmek amacıyla 13.1.1993 tarihinde Paris'te imzalanan ve 4/4/1997 tarihli ve 4238 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretimini, Stoklanması ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme hükümlerine paralel olarak kabul edilen 5564 sayılı Kimyasal Silahların Geliştirilmesi, Üretimi, Stoklanması ve Kullanımının Yasaklanması Hakkında Kanun'un 2/b maddesinde kimyasal silah tanımlanmıştır. Buna göre kimyasal silah *“toksik kimyasal maddeler ve bunların prekürsörlerini; toksik kimyasal maddelerin, savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımı sonucunda ortaya çıkacak olan zehirleyici nitelikleri yoluyla ölüme veya başka bir hasara yol*

Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.66, S.3, 2001, s.97; Bozbıyık, Arif-Hancı, Hamit-Özdemir, Çağlar-Demirkan, Özgür, Nükleer Silahlar: Üretimi ve Etkileri, Sürekli Tıp Dergisi, C.10, S.10, 2001, s.386.

47 Denk, s.98.

48 Söz konusu andlaşma Türkiye tarafından kabul edilmiş ve buna ilişkin kanun 28.11.1979 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

49 Bozbıyık-Hamit-Özdemir-Demirkan, s.386.

açmak üzere özel olarak tasarımı yapılmış olan herhangi bir cihazı, aparatı veya düzeneği; bu savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımıyla doğrudan doğruya ilişkili bir biçimde kullanılmak üzere tasarımı yapılmış olan herhangi bir cihazı, aparatı veya düzenek” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁰.

Kimyasal silahların nükleer silahlar kadar tehlikeli oldukları söylenebilir, ancak kimyasal silahlar yapıları ve binaları yok etmezler, tahrip edici silahlardan değillerdir. Bu silahlar sadece yaşamları sona erdirir. Nükleer silahlar daha yıkıcı ve kalıcı etkilere sahiptir. Nükleer silah çok az ülkede bulunmasına rağmen kimyasal silahların birçok ülkede bulunması mümkündür. Nükleer silahların dünya üzerinde iki kez kullanılmasına tanık olunmuştur. Bunlar Hiroşima ve Nagasavaki'deki olaylardır, ancak kimyasal silahların kullanımı çok kez olmuştur.

Kimyasal silahlar havanlar, füzeler ve diğer ajanlar kullanılarak dağıtılan zehirli kimyasal maddeleri içerir. Bu ajanlar zehirli kimyasalın havaya yayılmasına neden olan patlamalara neden olur. Bu silahların etkisi ortamdaki hava temizleninceye kadar devam eder. Kimyasal silaha örnek olarak şarbon, sarin gazı, klor gazı ve hardal gazı verilebilir⁵¹.

Kimyasal silahlar, üretiminin maliyetli olması, kullanımının dahi teknik bilgi ve uzmanlık istemesi ve kullanım imkanının zorluğu nedeniyle salt anlamda öldürme eyleminden ziyade kitlesel anlamda etki doğurmak amacıyla tercih edilen silahlardır. Bu nedenle bireysel adam öldürme eylemlerinde çok tercih edilen bir silah olmadığını belirtmek gerekir, nitekim bu konuda verilmiş olan bir içtihatata rastlanılmaması da bu hususu teyit etmektedir.

d.Biyolojik Silah

Biyolojik silah genel olarak insan, hayvan ve yararlı bitkileri öldürmek, tahrip etmek veya yaralama için hastalık yapıcı virüslerin, mikroorganizmaların ya da ürünlerin silah olarak kullanılmasıdır. Biyolojik silahlar hem canlı mikroorganizmaları (bakteriler, virüsler ve mantarlar) hem de mikroorganizmalar, bitkiler ve hayvanlarca üretilen toksinleri içermektedir. Genel itibariyle öldürücü olan bu virüsler bulaşıcı da olabilmektedir. Biyolojik silahlar genel itibariyle 4'e ayrılmakta olup bunlar bakteriler, mantarlar, virüsler ve protozoonlardır⁵².

Silah olarak kullanılabileceği düşünülen başlıca biyolojik maddeler, bakteri cinsinden şarbon, veba, tularemi ve Q fever; toksin cinsinden botulinum ve risin; virüs cinsinden de çiçek olarak sayılabilir⁵³.

Biyolojik silahlarla mücadele amacıyla da uluslararası düzenleme yapılmıştır. Türkiye'nin de tarafı olduğu Bakteriyolojik (Biyolojik) ve Zehirleyici Silahların Geliştirilmesi, Yapımı ve Stoklanmasının Yasaklanması ve Bunların İmhasına İlişkin Sözleşme'nin 1. maddesinde “Hiçbir

50 Otacı, s.502; Bakıcı, s.652; Gökçen-Balcı, s.169; Özdemir, Çağlar – Bozbiyık, Arif-Hancı, Hamit, Kimyasal Silahlar: Etkileri, Korunma Yolları, Sürekli Tıp Dergisi, C.10, S.8, 2001, s.298.

51 Özdemir-Bozbiyık-Hancı, s.298.

52 Otacı, s.502.

53 Gökçen-Balcı, s.169; Bakıcı, s.652.

surette elde bulundurulmayacak unsurlar; her türlü mikroplu etkenler veya diğer biyolojik elemanlar veya menşei ve üretim yöntemi ve çeşitleri ne olursa olsun toksinlerin önleyici, koruyucu ve diğer bariyerli gayeler için gerekli olduğunu doğrulamayan miktarları ile bu çeşit etken ve toksinlerin dostça olmayan amaçlarla veya silahlı çatışmalarda kullanılmasına yarayan silah, teçhizat ve atış araçlarıdır.” şeklinde belirtilmek suretiyle bu silahlar tanımlanmıştır.

Biyolojik silahlar maliyetlerindeki düşüklük ve etkilerindeki yükseklik nedeniyle “*yoksul adamın atom bombası*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁴. Bu durum biyolojik silahları nükleer silahlardan ayırmaktadır. Ayrıca etki derecesi ayarlanabildiği takdirde söz konusu silahlar tesir gücü bakımından da oldukça etkili olabilmektedir. Özellikle soykırım ve insanlığa karşı suçlar açısından bu silahlar düşünülebilir⁵⁵.

Dünya çapında teknolojinin getirmiş olduğu yenilik ile kitle imha silahlarının tehlikelilik arz etmesi nedeniyle biyolojik silahlar için de uluslararası mevzuat hükümleri devreye sokulmuştur.

Bu denli, tehlikeli olan bir silah ile öldürme eyleminin gerçekleşmesinin nitelikli hal sayılması gayet yerinde bir düzenleme olmuştur, söz konusu silah kitle imha silahı olduğu için kullanılması halinde bireysel etkiden çok kitlesel etki bırakabileceği bunun da genel güvenlik için son derece tehlikeli bir durum oluşturacağını söylemek gerekir.

III. TCK’NIN 82/1-c MADDESİ KAPSAMINDA FİKRİ İÇTİMA, BİLEŞİK SUÇ İLİŞKİSİ

Kasten adam öldürmenin TCK’nın 82/1-c maddesi kapsamında genel tehlike yaratmak suretiyle işlenmesi halinde artık zararın içerisinde eridiği kabul edilen tehlike suçundan değil, zarar suçundan (TCK m. 81) dolayı failin sorumlu tutulması gerekirdi, ancak kanun koyucu özel bir düzenleme yaparak failin nitelikli adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmasını düzenlemiştir.

TCK’nın 82/1-c maddesi kapsamında meydana gelen ölümlerde, failin ayrıca genel tehlike yaratan eyleminden sorumlu olup olmayacağı da önem arz etmektedir. TCK’nın 82/1-c maddesi gerekçesinde “*... kasten öldürme suçunun genel tehlike yaratmak suretiyle işlenmesi halinde, hem genel tehlike yaratma suçu hem de kasten öldürme suçu birlikte gerçekleşmiş olmaktadır. Fikri içtima hükümleri uygulanmak suretiyle bu durumda kişiye ağır cezayı gerektiren kasten öldürme suçundan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir. Ancak bu bent hükmüyle söz konusu durum, kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.*” şeklinde belirtilmek suretiyle kasten öldürme suçu ile genel güvenliği tehlikeye sokma suçu arasında fikri içtima hükümlerinin

54 1972 yılında, Amerika Birleşik Devletleri’nin Şikago kentinde, kentin su şebekesine içinde tifo etkeni bulunan 30-40 kg kadarlık bir bombanın bulaştırılmaya çalışıldığı ve bu bombanın bir lisenin laboratuvarında üretildiği düşünüldüğü bu tabirin yerinde olduğunu söylemek gerekir.

55 Otacı, s.503.

uygulanması gerektiği, failin farklı neviden fikri içtima hükümleri çerçevesinde ağır olan ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerektiği vurgulanmıştır.

Ancak bazı yazarlara göre, bu durumda içtima hükümleri değil, birleşik suç hükümleri söz konusudur, TCK'nın 82/1-c maddesine konu olan düzenleme, genel güvenliği tehlikeye sokma suçu ve adam öldürme suçlarının birleşimi suretiyle oluşmaktadır. Bu nedenle bileşik suç hükümleri söz konusudur⁵⁶.

Bu görüşten farklı olarak, bu durumda araç suç kanunda öngörülmediğinden bu suçlar arasında birleşik suç ilişkisi de bulunmadığından, nitelikli adam öldürme yanında, genel tehlike suçundan da failin cezalandırılması gerektiği gibi görüşler de ileri sürülmüştür⁵⁷.

Kanaatimizce TCK'nın 82/1-c maddesi, kasten adam öldürme ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması gibi iki ayrı suçun birleşmesi sonucu oluşmuştur. TCK'nın 42. maddesi hükmüne bakıldığında biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç (mürekkep suç) denir. TCK'nın 81. maddesi kasten adam öldürme suçunu yaptırma bağlamış, TCK'nın 82/1-c maddesi de genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçu ile birlikte işlenen kasten adam öldürme suçunu yaptırma bağlamıştır. Yani adam öldürme suçunun yanına unsur olarak genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu eklenmiş ve bu kapsamda yeni bir nitelikli hal ihdas edilmiştir. Dolayısıyla madde gerekçesinde belirtilen fikri içtimaya ilişkin açıklamalara katılmadığımızı belirlemek gerekir, Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında bu yönde içtihatla bulunmuştur⁵⁸. Bazen bu suçla beraber mala zarar verme suçunun da işlendiği görülmektedir. Örneğin, patlatılan bir bombanın sonucu olarak ölümün yanında, bombanın patlatıldığı mekanda mala zarar verme suçu da oluşabilmektedir, işte bu durumda farklı neviden fikri içtima hükümleri gereğince tek bir eylemle meydana gelen öldürme ve mala zarar verme suçlarından failin en ağır olanıyla sorumlu tutulması gerekir⁵⁹.

SONUÇ

Çalışmamızda genel olarak yangın, su baskını, tahrip, batırma, veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle kasten öldürme suçunu, bu suç kapsamında cezalandırılan eylemleri ve içtima ilişkisini açıkladık.

56 Hakeri, s.225; Otacı, s.499; Soyaslan, s.131; Toroslu, s.32; Otacı, s.499; Özen, s.92.

57 Tezcan-Erdem-Önok, s.154.

58 "... Sanıklar Memet Yıldırım ve Ulaş Arslan'ın eylemi sonucu kişilerin yaralanması suretiyle zarar meydana gelmesi ve 5237 sayılı TCK'nın 42. maddesi hükmü karşısında, bombalamanın öldürmeye teşebbüs ve yaralama fiilini ağırlaştırıcı neden sayan bileşik suç niteliğinde olup sanıkların yalnızca anılan Kanunun 82/1-c maddeleri gereğince cezalandırılmaları ile yetinilmesi gerektiği gözetilmeden, ayrıca TCK'nın 170/1-c maddesi uyarınca da mahkumiyetlerine karar verilmesi... Y.9.CD, 04.07.2011, Esas No. 2011/5648, Karar No. 2011/8611."

59 "...Molotof kokteyli atmak suretiyle, kasten insan öldürmeye teşebbüs ve mala zarar verme suçlarının oluşmasına neden olan sanıkların 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi hükmü karşısında sadece daha ağır cezayı gerektiren kasten insan öldürmeye teşebbüs etme suçundan sorumlu tutulmaları gerektiği gözetilmeden ayrıca mala zarar verme suçundan da mahkumiyetlerine karar verilmesi,...Y.9.CD, 02.11.2011, Esas No. 2011/9931, Karar No. 2011/282215."

TCK'nın 82/1-c maddesinde genel tehlike yaratan eylemlerden sadece bazılarını kullanmak suretiyle öldürme eyleminin gerçekleştirilmesi nitelikli hal sayılmıştır. Bu açıdan sadece belli derecede önem arz eden genel tehlike yaratan eylemlerin seçilmesi ve bunların açık bir şekilde madde metninde belirtilmesi yerinde olmuştur.

Madde metninde veya gerekçede yer alan yangın, su baskını, tahrip, batırma, bombalama ya da nükleer, kimyasal veya biyolojik silah kullanma şeklindeki eylemlerin tanımının yapılmaması yerinde olmuştur. Bu eylemlerin oluşma koşulları, uygulamanın bu konuda vereceği kararlarla zamanla şekillenecektir. Ayrıca bu nitelikli hal kapsamındaki öldürme eylemlerinde hem kasten öldürme suçu hem de genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçu oluşmaktadır. Ancak kanun koyucu bu iki suçu TCK'nın 82/1-c maddesi kapsamında tek suç olarak düzenleyerek bir bileşik suç ihdas etmiştir.

KAYNAKÇA

- Artuç, Mustafa**, Kişilere Karşı Suçlar, 1.Baskı, Ankara, 2008.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16.Baskı, Ankara, 2017.
- Bayraktar, Köksal-Keskin Kızıroğlu, Serap-Yıldız, Ali Kemal-Memiş Kartal, Pınar-Altunç, Sinan-Bostan Bozbayındır, Gülşah-Erman, Barış-Eroğlu Erman, Fulya-Kurt, Gülşah-Sınar, Hasan**, Özel Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar C.II, 1.Baskı, İstanbul, 2017.
- Bilim, Niyazi**, Yangın Ders Notları Sunumu, s.5 www.konya.edu.tr (Erişim Tarihi: 01.06.2018).
- Bozbiyık, Arif-Hancı, Hamit-Özdemir, Çağlar-Demirhan, Özgür**, Nükleer Silahlar: Üretimi ve Etkileri, Sürekli Tıp Dergisi, C.10, S.10, 2001.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt I, 4.Baskı, İstanbul, 2017.
- Denk, Erdem**, Bir Kitle İmha Silahı Olarak Nükleer Silahların Yasaklanmasına Yönelik Çabalar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.66, S.3, 2001.
- Dönmezer, Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16.Baskı, İstanbul, 2001.
- Erem, Faruk**, Türk Ceza Hukuku, 6.Baskı, Ankara, 1962.
- Erman, Sahir-Özek, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul, 1994.
- Gökçen, Ahmet-Balcı, Murat**, Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları, 2.Baskı, Ankara, 2015.
- Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5.Baskı, Ankara, 2016.
- Hakeri, Hakan**, Kasten Öldürme Suçları, 2.Baskı, Ankara, 2007.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4.Baskı, Ankara, 2017.
- Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara, 2016.
- Olgun, Eser**, Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi, Nur Centel'e Armağan, MÜHFHAD, C.19, S.2, 2013.
- Otacı, Cengiz**, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak İnsan Öldürme Suçu, 1.Baskı, Ankara, 2008.
- Önder, Ayhan**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, 1.Baskı, İstanbul, 1994.
- Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12.Baskı, Ankara, 2017.
- Özdemir, Çağlar - Bozbiyık, Arif-Hancı, Hamit**, Kimyasal Silahlar: Etkileri, Korunma Yolları, Sürekli Tıp Dergisi, C.10, S.8, 2001.
- Özen, Mustafa**, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1.Baskı, Ankara, 2017.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15.Baskı, Ankara, 2017.
- Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Ankara, 2018.
- Turoğlu, Hüseyin**, Coğrafi Bilgi Sisteminin Temel Esasları, 2.Baskı, İstanbul, 2008.
- www.tdk.gov.tr

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un İspat Yüküne İlişkin Getirdiği Düzenleme

Burden of Proof Regulation Which Has Been Introduced by the Law 6502, Consumer Protection Act

Serap HELVACI*
Fatma Zeynep ALTINER YOLCU**

Öz

Satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesinin temel şartlarından biri, alıcının, kendisine tanınan süre içinde, satın aldığı malı gözden geçirmesi ve bir ayıbın varlığını tespit ettiği takdirde, yine süre sınırlarına da uygun olarak satıcıya bildirimde bulunmasıdır. Çok kere, diğer tüm şartların varlığına rağmen, malı gözden geçirme ve/veya bildirimde bulunma hususunda üzerine düşeni yerine getirmeyen alıcı, bunun sonucunda ayıptan doğan haklarını kaybetmektedir. Borçlar Hukukumuzda durum böyle olmakla birlikte, 6502 S. TKHK tüketici lehine ispat yükü başlığı altında farklı bir düzenleme getirerek, tüketicinin lehine bir tutum benimsemiştir. Avrupa Birliği Direktiflerinden esinlenen bu hüküm, tüketici lehine taşıdığı önem nedeniyle, özellikle üzerinde durulması gereken bir hükümdür.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, Ayıp, Gözden Geçirme, Bildirim, İspat Yükü

Abstract

One of the basic conditions for the seller to be held accountable is that the purchaser shall review the goods purchased by him within the given time and if he detects the existence of a defect, he shall also notify the seller in accordance with the time limits. Many times, despite the existence of all other conditions, the buyer, who has not fulfilled his / her duties in reviewing and / or notifying the property, loses the rights arising from this. Although this is the case in our Law of Obligations, the 6502 TKHK has adopted an attitude in favor of the consumer by introducing a different regulation under the burden of proof in favor of the consumer. This provision, inspired by the European Union Directives, is a provision that should be elaborated upon especially because of its importance in favor of the consumer.

Keywords: Consumer, Defect, Review, Burden of Proof, Notification

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (tez danışmanı), shelvaci@marmara.edu.tr

** Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, fatma.zeynep@marmara.edu.tr

I. 6502 Sayılı TKHK'ndan Önceki Düzenlemelere Göre Alıcının/Tüketicinin Ayıptan Sorumlularına Hükümlerine Başvurabilmek İçin Yerine Getirmesi Gereken Külfetler

Ayıplı ifa halinde satıcının sorumluluğuna başvurabilmenin temel şartlarından biri de, alıcının malın ayıplı olup olmadığını anlamak için gözden geçirmiş olması ve bir ayıp var ise, bu ayıbı, kendisine tanınan uygun süreler içinde bildirmiş olmasıydı. 818 Sayılı Borçlar Kanunu yürürlük döneminde muayene ve ihbar külfeti olarak anılan bu külfetlerden, ihbar külfeti, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde "bildirimde bulunmak" olarak yer aldı. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.223 hükmünde ise muayene yerine "gözden geçirme" ve ihbar yerine "bildirim" kelimeleri tercih edilerek, söz konusu külfetlere yer verildi¹. Bu düzenlemelerin hukuki niteliği için doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüşse de, günümüzde hakim olan görüş külfet olarak nitelendirmektedir². Söz konusu kuralların amacı, sözleşmeyi ifa ettiği düşüncesinde olan satıcıyı, alıcı tarafından kötü ifada bulunduğu iddiası ile sorumlu tutulmak riskini belirsiz süre ile taşımak yükünden kurtarmaktır³.

- 1 Ticari Satışlar için de, benzer şekilde külfetler düzenlenmiştir. 6102 Sayılı TTK m.23/c hükmünde "malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse, alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda Türk Borçlar Kanunu'nun 223 üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır." düzenlemesinde söz konusu külfetlere yer verildiği görülmektedir. Biz çalışma konumuzun kapsamı itibarıyla, ticari satışlar açısından ayıptan sorumluluk için aranan külfetlere yer vermeyeceğiz.
- 2 Doktrinde, alıcıdan malı gözden geçirmiş olmasının ve varsa ayıbı bildirmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak gözden geçirme açısından borç ve yükümlülük kavramları üzerinde durulmuştur. Yine bildirimde bulunma zorunluluğunu önkoşul olarak nitelendiren yazarlar var ise de, baskın görüş her iki kurumu da külfet olarak kabul etmektedir. Bkz. Cevdet YAVUZ, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s.106 vd.; İpek YÜCER AKTÜRK, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012 s.67; C. Salih ŞAHİNİZ, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008, s.71 vd.; O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, İstanbul 2013, s.15; Aydın ZEVLİLER/Murat AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004, s.119; M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2017, N.62; Nalan KAHVECİ, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara 2014, s.222; Yılmaz ASLAN, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketicici Hukuku, İstanbul 2014, s.139; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.45; Aydın ZEVLİLER/Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2016, s.131; Hayrunnisa ÖZDEMİR, Türk Borçlar Kanunu'na ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Ankara 2013, s.203 vd.. Diğer görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YÜCER AKTÜRK, s.70 ve 72. Ayrıca, gözden geçirme ve bildirimde bulunma kurumlarının CISG çerçevesinde de külfet olarak nitelendirildiği yönünde bkz. Yeşim ATAMER, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılıkların Sonuçları, İstanbul 2005, s.222. Ayrıca külfetlere ilişkin açıklamalar yönünden doktrinde baskın görüş, söz konusu açıklamaları, tasavvur açıklaması olarak kabul etmektedir. Bkz. ANTALYA, BG C.I, s.85; YÜCER AKTÜRK, s.74; ASLAN, s.139.
- 3 ÖZDEMİR, s.204. Bu görüş doktrinde eleştirilmektedir. Satış sözleşmesinde öngörülen bu külfetler, satıcıyı sadece kusursuz sorumluluktan değil, kusur sorumluluğundan da kurtarmakta, kusurlu satıcının tazminat ödemekle yükümlü tutulmasına da engel teşkil etmektedir. Satıcının sebep sorumluluğundan sorumlu tutulduğunu öne süren bazı yazarlar sorumluluğunun bu şekilde sona ermesine karşı çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. YÜCER AKTÜRK, s.80. YÜCER AKTÜRK de, satıcının sorumluluğundan kurtulmasının işlem güvenliği amacı ile açıklanmasını eleştirmektedir. Özellikle tacir olmayanlar arasındaki satış sözleşmelerinde bu külfetlerin aranmasının adeta satıcının korunup alıcının mağdur edilmesine yol açtığını öne sürmektedir. Bkz. YÜCER AKTÜRK, s.81. Alıcının ayıptan doğan haklarını külfetlere bağlayan görüş, İsviçre Hukuku'nda da eleştirilmektedir. Eugen

Buna göre, 818 S. BK m. 198 “Müşteri kabz ettiği mebiin halini örf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz muayene etmek borcu ile mükellef olup mebi de bayiin tekeffül altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu derhal bayie ihbar etmesi lazım gelir.” Hükümü ile muayene etme ve ihbar etme külfetlerine yer vermiştir. TBK m. 223 hükmünde kavuştuğu yeni düzenlemesi ise, “Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır. Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılarda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır.” şeklindedir.

4077 S. TKHK ise, m.4, “Tüketici malın tesliminden itibaren otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlüdür” hükmü ile tüketicinin uymak zorunda olduğu külfet olarak bildirim külfetine yer vermiştir.

Gözden geçirme, malın veya eserin devir borçlusunun, borcunu ayıpsız olarak yerine getirip getirmediğinin tespitidir. Başka bir deyişle, ayıp nedeniyle sorumluluğun doğması için olumlu veya olumsuz olguların, somut olayda bulunup bulunmadığını belirleme faaliyetidir⁴. Ayıp bildirimini ise, ayıplı ifa nedeniyle talepte bulunmaya hakkı olan tarafın, bu haklarını ileri sürebilmekten mahrum kalmamak için, söz konusu ihlali sözleşmenin karşı tarafına bildirmesi olarak tanımlanabilir. Ayıp bildirim kavramı, var olan ayıpları bildirmek ve söz konusu malın kabul edilmediğini bildirmek üzere iki unsurdan oluşmaktadır⁵.

A. Külfetler Açısından Belirleyici Olan Ayıp Ayrımı

TBK'ya göre alıcının ayıptan sorumluluk hükümlerinden yararlanabilmesi ayıbın niteliğine göre farklılık göstermektedir. TBK m. 223 hükmü alıcı için gözden geçirme ve bildirimde bulunma külfetlerini düzenlerken ayıbın olağan gözden geçirme ile ortaya çıkabilmesi ihtimaline göre farklı sonuçlar bağlamıştır. Olağan gözden geçirme ile anlaşılabilir ayıplar ve olağan gözden

BUCHER, SJZ Dergisinde 1971 yılında yayınlanan “Benachteiligte Käufer” başlıklı makalesinde, alıcının külfetlere uymak fırsatını kaçırdığı takdirde, ayıptan doğan tüm haklarını kaçırmaya mahkum edilmesinin adaletsizliğini eleştirmiştir. Satıcıyı sorumluluktan kurtararak, alıcıyı mağdur eden denge, “satıcıyı haklı kılma çabaları” olarak nitelendirilmiştir. Buna göre fiili ve hukuki durumların açıklığa kavuşturulması amacına yöneldiği iddiası ile savunulan külfetler, taraflar arasında gerçekte mevcut olan maddi hukuki durumla bağdaşmamaktadır. Kötü ifade bulunan satıcının, alıcının bunu çabuk farkedip farketmediği hususunda erken bilgi sahibi olmasına dair menfaatinin korumak, alıcının mağdur edilmesini haklı kılacak bir menfaat söz konusu olmadığından, yerinde görülemez.

Söz konusu makalenin güncelleştirilerek çevirisi ve söz konusu eleştiriler için bkz. Eugen BUCHER/Vedat BUZ, Mağdur Edilen Alıcı, Türk İsviçre Borçlar Kanunu'nun İki Özelliğinin Öz Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR, BK. m.198) BK. 202/II (Art 205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU için Armağan, Ankara 2004, s.146 vd..

4 YÜCER AKTÜRK, s.42

5 Alain BIEGER, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, 2009, s.28, N.92; YÜCER AKTÜRK, s.51 vd; DEMİR, Tüketim Malları, s.33.

geçirme ile anlaşılacak ayıplar olarak ayırımında bulunan TBK m.223 hükmü, olağan gözden geçirme ile anlaşılacak ayıplar için, alıcıdan, gözden geçirme külfetinin yerine getirmesini beklemektedir⁶. Doktrinde, olağan gözden geçirme ile anlaşılacak ayıplar, açık ayıplar; olağan gözden geçirme ile anlaşılacak ayıplar ise, gizli ayıp olarak nitelendirilmektedir⁷.

Gözden geçirme külfetine göre şekillenen açık ayıp – gizli ayıp ayırımının yanında bir de aşikar ayıp olarak nitelendirilen ayıptan söz etmek gerekir. Aşikar ayıplar, herhangi bir gözden geçirmeye ihtiyaç duyulmaksızın, hemen göze batan ayıplardır. Aşikar ayıpların dayandırıldığı düzenleme, alıcıya külfetlerin yüklendiği hükümler değildir. Aşikar ayıplara işaret eden düzenleme TBK m.222 hükmüdür. TBK m. 222 hükmüne göre, satıcı satış sözleşmesi kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir. Aynı düzenleme, 818 S. BK m.197 hükmünde mevcuttur. Bu düzenlemenin temelinde ayıbı bilerek satış sözleşmesini yapan alıcının, satış konusu malı zımnen kabul ettiği düşüncesi yatmaktadır⁸.

4077 S. TKHK'nda m.4/V hükmünde ise, ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında ayıplı olduğu bilinerek satın alınan mallar hakkında ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağına işaret edilmiştir. Nitekim 6502 S. TKHK'nda m.10/II hükmünde, “Tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya ayıptan haberdar olmasının kendisinden beklendiği hallerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz. Bunların dışındaki ayıplara karşı tüketicinin seçimlik hakları saklıdır.” düzenlemesi ile benzer şekilde satıcının sorumluluğunu kaldıran aşikar ayıplara işaret etmiştir.

Alıcının olağan bir gözden geçirmeye dahi ihtiyaç duymaksızın anında gözüne batacak derece ortada olan bu ayıplar için satıcının sorumluluğunun sona ereceği hem TBK, hem de TKHK hükümlerince açıktır. Tüketicinin bilmesi gereken, yani ayıptan haberdar olmasının kendisinden beklendiği hallere olağan gözden geçirmeyle de anlaşılacak ayıpların da dahil olup olmadığı hususu ise doktrine göre yoruma muhtaçtır. Buna göre, TBK m. 222/II hükmünün; satıcının alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da, ancak böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmiş olması halinde sorumlu olacağına ilişkin hükmü, ancak alıcının sözleşmeden önce satılanı gözden geçirme imkanına sahip olması halinde mümkündür⁹. Doktrinde bir görüşe göre, TBK m. 222 hükmü, sadece gizli ayıpları dışarıda bırakmaktadır¹⁰.

6 TTK m.25/b.3 hükmünde de aynı hususta aşikar, açık ve gizli ayıp ayırımı olarak “teslim sırasında açıkça belli olan ayıplar”, “teslim sırasında açıkça belli olmayan ayıplar” ve “adi muayene ile meydana çıkmayacak ayıplar” olarak nitelendirmede bulunulmuştur. Bkz. ŞAHİNİZ, s.69 vd.. Bu tip ayıplara ilişkin külfetlerin yerine getirilmesi yönünden farklı sonuçlar bağlayan TTK, ayıplara ilişkin ayırımında ise, TBK sisteminden uzaklaşmamıştır.

7 BIEGER, s.28, N.93; Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s.136; Berk KAPANCI, Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul 2012, s.17.

8 Heinrich HONSELL, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationen Recht I, Art. 1-529 Or Basel 2007, Art 201 OR, N.11; BIEGER, s.85, N. 242; ŞAHİNİZ, s.58 vd.

9 YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.133.

10 Murat AYDOĞDU/Nalan KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s.159 vd.. Öye yandan, AYDOĞDU/KAHVECİ, TBK m.222 hükmünden hareketle aşikar ayıpları bilinen ayıplar ve açık ayıplar olarak kategorize etmiş ve TBK çerçevesinde ayıp ayırımını bilinen ayıplar, açık ayıplar, adi ayıplar, gizli ayıplar ve ağır kusurlu (hileli) ayıplar olarak sınıflandırmıştır. Bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s.175.

Doktrinde diğ er bir görü Ő e göre, olağ an dikkati gösterme ile yeterince dikkat gösterme kavramları birbirine karış tırılmaktadır. Bu görü ũ , 818 S. BK m. 197/II hükmünde, “mutad dikkat gösterme” yükümlülüğ ü ile m.198 hükmündeki muayene külfetinin birbirine karış tırılmasını eleş tirmektedir. Buna göre, BK m. 197/II hükmü, “muayene külfeti” yerine OR. Art. 200/II hükmüne uygun olarak alıcının satı ũ sözleşmesi yapıldığ ı sırada mutad dikkati göstermiş olmasına iş aret etmemesi karış ıklığ a neden olmaktadır. Oysaki iki kavram birbirinden tamamen farklıdır. Gözden geçirme külfeti satı ũ sözleşmesi kurulduktan sonra alıcının ayıptan doğ an haklarına baş vurabilmek için yerine getirmesi gereken bir külfettir. Yeterince dikkat gösterme ise satı ũ sözleşmesinden kurulması sırasında veya kurulmasından önceki bir sürece iş aret etmektedir¹¹.

TBK m.222 hükmüne benzer şekilde, 6502 S. TKHK m.10/II hükmü ağı sından da, doktrinde, tüketicinin de sözleşmenin kurulmasından önce malı incelemiş olması halinde ař ıkar ayıplara iliş kin sorumluluğ un sona ereceğ i savunulmaktadır¹². Yine, tüketicinin gözden geçirmeye gerek olmaksızın doğ rudan doğ ruya farkedebileceğ i yani ař ıkar ayıpların satıcının ayıptan sorumluluğ unu sona erdireceğ i kabul edilmektedir¹³.

B. TBK Hükümlerine Göre Alıcının Gözden Geçirme ve Bildirimde Bulunma Külfetleri

1. Gözden Geçirme Külfeti

Olağ an gözden geçirme ile anlaş ılabilecek ayıplar ve olağ an gözden geçirme ile anlaş ılamayacak ayıplar olarak ayırım da bulunan TBK m.223 hükmü, olağ an gözden geçirme ile anlaş ılabilecek ayıplar için, alıcıdan, gözden geçirme külfetinin yerine getirmesini beklemektedir¹⁴. Buna göre, alıcı, açık ayıplı bir malı teslim alırken farketmediğ i için teslim almış olsa bile, malı aldıktan sonra “iş in olağ an akış ına göre imkan bulur bulmaz” gözden geçirmeli ve bu sayede söz konusu açık ayıpları farketmelidir. Malı gözden geçirme yükümlülüğ ünü ifa etmediğ i için ayıpları vaktinde farkedemeyen alıcı, daha sonra, maldaki ayıpları farketse bile, gözden geçirme külfetini zamanında yerine getirmedeğ i için ayıptan sorumluluk hükümlerinden yararlanamayacaktır. Çünkü, bildirim külfetini zamanında yerine getirebilmesi, gözden geçirme külfetini de zamanında yerine getirmiş

11 ř AHİNİZ, s.60. Aynı yönde bkz. Alper GÜMÜŞ , Borçlar Hukuku Özel Hükümler – Kısa Ders Kitabı, İstanbul 2015, s.65. Yazar TBK m.222 hükmündeki düzenlemeyi “olağ an inceleme külfeti” olarak nitelendirmiş , gözden geçirme külfetinden farklılığ ına iş aret etmiş tir. Buna göre, alıcı, malı satın aldığ ı anda gözden geçirmek külfeti altında değ ildir. Ancak satılanı, satı ũ sözleşmesi kurulduğ u sırada, ağır bir çaba gerektirmediğ i ölçüde, özenli seçmek ve incelemekle yükümlüdür. Gözden geçirme külfeti ise, satılanın alıcıya teslimi ile birlikte doğ ar. Bkz. GÜMÜŞ , Borçlar Özel, s.66.

12 Sezer ÇABRİ, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ř erhi, Ankara 2016, s.192.

13 ÇABRİ, s.192. Defolu ürünlerde dahi, tüketicinin sözleşmenin kurduğ u sırada bildiğ i ayıp dış ındaki farklı niteliklerdeki ayıplardan satıcının sorumluluğ u sona ermez. Beyaz eş ya ürünün yüzeyi çizik olduğ u için defolu ürün olarak satılması örneğ inde, söz konusu malın motorunun çalış maması tüketicinin yine satıcının sorumluluğ una gidebilmesine yeterli olacaktır. Bkz. ÇABRİ, s.193.

14 TTK m.25/b.3 hükmünde de aynı hususta ař ıkar, açık ve gizli ayıp ayrımı olarak “teslim sırasında açıkça belli olan ayıplar”, “teslim sırasında açıkça belli olmayan ayıplar” ve “adi muayene ile meydana çıkmayacak ayıplar” olarak nitelendirmede bulunulmuş tur. Bkz. ř AHİNİZ, s.69 vd.. Bu tip ayıplara iliş kin külfetlerin yerine getirilmesi yönünden farklı sonuçlar bağ layan TTK, ayıplara iliş kin ayırım da ise, TBK sisteminden uzaklaş mamış tir.

olmasına bağlıdır. Bir başka deyişle, açık ayıplı bir mala ilişkin bildirimini zamanında yerine getirmiş alıcının, gözden geçirme külfetini de zamanında yerine getirdiği kabul edilir.

Gözden geçirme külfetinin yerine getirilmesi için “imkan bulunur bulunmaz” şartının getirilmiş olması nedeniyle, kural olarak kesin tespit edilmiş bir süre değildir. Bu nedenle, satılanın nitelikleri, ilgili ticaret dalı ve ayıbın durumu, bu sürenin tespiti için önem taşımaktadır¹⁵.

2.Bildirme Külfeti

Salt gözden geçirme külfetini yerine getirerek ayıpları farketmiş olması, ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilme yolunun açılması için yeterli değildir. Yine Kanun gereği (TBK m.223), gözden geçirme sonucunda tespit ettiği açık ayıpları, satıcıya uygun süre içinde bildirme külfetini de yerine getirmek zorundadır.

Bu külfet de, gerek BK’nda, gerek TBK’nda, gerekse 4077 S. TKHK’nda, aşağıda ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere, farklı farklı düzenlenmiştir. Buna göre, 818 S. BK’nda alıcı uygun süre yerine derhal ihbar etmek külfeti altında idi. TBK’nda, alıcıya bildirim için “uygun süre”nin tanınması ise yerinde bir düzenleme olarak kabul edilmektedir¹⁶. “Uygun süre” ifadesi, somut olayın niteliklerine göre hakimnin takdirine işaret etmektedir. Dolayısıyla, her somut olayda, olayın şartlarına ve malın özelliklerine göre farklı süreler, uygun süre olarak takdir edilebilir¹⁷.

Olağan gözden geçirme ile ortaya çıkarılmayacak ayıplar ise gizli ayıplardır. “Olağan gözden geçirme ile anlaşılamayacak” kriteri ile tanımlanan bu tip ayıplar için, alıcıya gözden geçirme külfeti de yüklenmemiştir. Ancak satıcının sorumluluğunu öğrenebilmesi, ayıbın varlığını öğrenmesine bağlıdır. Bu nedenle, gizli ayıplarda alıcının bildirme külfetini yerine getirmiş sayılabilmesi için, derhal bildirimde bulunmuş olması gerekir.

Satıcının ağır ayıp sorumluluğunu yüklenmesi karşısında, taraflar arasında dengeyi sağlamak adına tanınan bu külfetler, ayıplı ifa nedeniyle korunan alıcının, söz konusu külfetlere tanınan kısa süreleri kaçırmaması ile birlikte tüm ayıptan doğan haklarından yoksun kalmasına yol açmaktadır¹⁸. Öyle ki, bazı durumlarda alıcıların ayıp haklarından mahrum kalmasını somut olay adaleti açısından uygun bulmayan Yargıtay, ayıptan doğan haklarından mahrum kalan alıcıyı, TBK m.112 hükmü çerçevesinde korumaya çalışmıştır¹⁹. Yine yarışma kuralları gereğince alıcı

15 YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.136; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.164 vd..

16 ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.128, dn.275.

17 ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.128. AYDOĞDU/KAHVECİ, uygun sürenin belirlenmesinde takdirin hakime kaldığını belirterek, her olayda farklı sürelerin belirlenmesinin bir eleştiri konusu olduğunu belirtmiş, onun yerine 4077 S. TKHK’ndaki 30 günlük sürenin tercih edilmesinin yerinde olacağını öne sürmüştür. Bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s.167.

18 BUCHER/BUZ, s.146 vd..

19 Satış sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin ve bu düzenlemelerin içinde yer alan ayıptan sorumluluk hükümlerinin, TBK m. 112 ve diğer genel hükümlerin karşısından özel hüküm niteliği taşıması, doktrinde özel hüküm mevcut iken, genel hükümlere başvurulmasının mümkün olup olmadığı hususunda yoğun tartışmalara sebep olmuştur. Ancak baskın görüş, burada özel düzenlemeler ile genel düzenlemelerin yarışmasını kabul etmektedir. AYDOĞDU/

ayıptan doğan haklarına külfetleri zamanında yerine getirmediği için başvuramasa bile, somut olayda şartları varsa irade sakatlığı, haksız fiil gibi diğer hukuki kurumlara başvurabilmektedir. Ama bu yolların hiçbiri, kendisi için en elverişli şartları sunan ayıp hükümlerine başvurmak imkanından yoksun kalan alıcının kayba uğradığı menfaati karşılamaz. Örneğin, alıcı, ayıbın niteliğine göre daha elverişli olsa dahi, onarım hakkını tercih edebilme ya da ayıpsız olan ile değiştirme taleplerini kaybetmiş olacaktır.

C. 4077 Sayılı TKHK Hükümlerine Göre Alıcının Gözden Geçirme ve Bildirimde Bulunma Külfetleri

I. Gözden Geçirme Külfeti

4077 S. TKHK’nda bildirimde bulunma yükümlülüğüne yer verilmişse de, gözden geçirme yükümlülüğüne işaret eden herhangi bir ifadeye ilgili hükümlerde rastlanmamaktadır. Bu nedenle doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde bazı yazarlara göre, Kanunda yer almadığına göre tüketici satışları için gözden geçirme külfeti söz konusu değildir²⁰. Doktrinde karşı görüşteki yazarlara göre ise, TKHK m. 4/II hükmünde tüketiciye bildirim yükümlülüğü getirildiğine göre, tüketicinin söz konusu ayıplar için bildirimde bulunabilmesinin malı gözden geçirmesine de bağlı olduğu da göz önüne alınmalıdır. Buna göre çıkarılacak sonuç bildirim yükümlülüğü yönünden süreye tabi tutulmuş tüketicinin gözden geçirme külfetini de yüklenmiş olduğudur²¹. Doktrinde bir başka görüş ise, Kanunda gözden geçirme külfetinden söz etmese de, Borçlar Kanunu hükümleri uygulanarak tüketiciden gözden geçirme külfetini de yerine getirmesinin beklenmesi gerektiğini öne sürmektedir. Bu görüşe göre, TKHK ile korunması gereken tüketici, “normal ve dürüst” bir tüketicidir. Gözden geçirme külfetini yerine getirmeyen tüketici ise, “ihmkar, dikkatsiz, vurdumduymaz” tüketicidir²².

Yargıtay ise gözden geçirme külfetinin yerine getirilip getirilmemesini, herhangi bir uyuşmazlığın çözüm noktası olarak görmemiş, esas olarak bildirim külfetinin zamanında yerine getirilip getirilmemesi yönünden uyuşmazlıkları irdelemiştir. Bu durum doktrinde, özellikle 4077 S. TKHK’nun 13. Maddesinde düzenlenen zorunlu garantiye ilişkin düzenlemenin gözden geçirme külfetinin önemini azalttığı yönünde yorumlanmıştır. Tüketici malı gözden geçirme külfetini yerine getirmemiş olsa dahi, kendisine verilen garanti çerçevesinde malın onarılmasını talep

KAHVECİ, s.148, ANTALYA, Borçlar Genel, C.III, s.390; Selahattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, s. 440 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, N.331, dn.198; s. 325; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN/Abdülkadir ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2014., Bölüm 36, s.410, N.:40; Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2013, s.79.

ANTALYA’ya göre, TBK m.227/II hükmü alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkını açıkça belirttiğinden, ilgili hüküm, özel kuralın genel kuralın uygulanmasını engelleyeceğine dair prensibin uygulanmasına engel teşkil eder.

20 ASLAN, s.80 vd..

21 ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s.120 vd.; YÜCER AKTÜRK, s.138.

22 Şahin AKINCI, Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998, s.76.

etme imkanına sahip olduğunu bilmektedir. Hatta bazı durumlarda diğer seçimlik haklara başvurabilme imkanı da söz konusudur. Bu da tüketicinin gözden geçirme külfetini ihmal etmemek hususundaki tedirginliğini azaltmaktadır²³.

2.Bildirme Külfeti

4077 S. TKHK'nun tüketicie getirdiği külfete ilişkin tek düzenleme malın teslim tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlü olduğuna dair m.4/II hükmüdür. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 4077 S. TKHK'nun ilk düzenlemesinde ilgili düzenlemede 15 günlük süre öngörülmekteydi. 4822 S. Kanun ile TKHK'na getirilen yeni düzenlemelerde, bu hüküm de değişikliğe uğramıştır, yeni halinde bildirim süresi 30 güne çıkarılmıştır.

İkinci olarak belirtilmesi gereken nokta ise, söz konusu düzenlemenin, açık ayıp – gizli ayıp ayırımını gütmemesi nedeniyle, BK'nun ve TBK'nun ilgili düzenlemeleri ile örtüşmemesidir. 4077 S. TKHK'nun ilk düzenlemesinde, TKHK m.4/II hükmünde 15 gün içinde bildirilmesi gerektiğine işaret edilirken, devamında satılan malın ayıbı gizli nitelikte ise veya ayıp tüketiciden hile ile gizlenmişse, satıcının 15 gün içerisinde kendisine başvurulmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacağı ifade ediliyordu. Buna göre, TKHK'nundaki 15 günlük bildirim süresinin sadece açık ayıplar için öngörüldüğü sonucu çıkarılabilmekteydi. Gizli ayıplar yönünden ise, TKHK'nun ilgili düzenlemesi bildirim nasıl yapılacağına dair bir düzenleme içermemekteydi. Bu noktada doktrinde, TKHK'nun tamamlayıcısı olan Borçlar Kanunu'na gidilmesi, gizli ayıp için bildirim yükümlülüğünün ona göre yapılması gerektiği sonucu çıkarılmaktaydı²⁴.

4822 S. Kanun ile yapılan değişiklikle bildirimde bulunma süresi 30 güne çıkarılırken, satılan malın ayıbı gizli nitelikte ise veya ayıp tüketiciden hile ile gizlenmişse, satıcının süresi içerisinde kendisine başvurulmadığını öne sürememesine ilişkin düzenleme kaldırıldı.

Yargıtay'ın gizli ayıbın bu hükmün kapsamına girmediği yönünde karar verdiğini görmekteyiz. TKHK'nun m.4/II hükmünün ilk düzenlemesine göre verdiği bir kararında “Satılan malda açık ayıp bulunması durumunda, tüketici malı teslim aldığı tarihten itibaren onbeş gün içerisinde ayıp ihbarında bulunmak şartıyla, tercih haklarından birisini kullanabilecektir. Satılan malda gizli ayıp var ise, tüketici ayıp ihbarında bulunmak için onbeş günlük süre ile bağlı değildir” diye içtihatla bulunmuştur²⁵. Başka bir kararında ise gizli ayıplar için BK m. 198/II hükmüne gidilmesi gerektiğini, bu nedenle tüketicinin derhal bildirimde bulunması gerektiğini belirtmiştir²⁶.

4822 S. Kanunla yapılan değişiklik sonrası ise, bir kararında davacının hileye maruz kaldığını belirleyen Yargıtay, m.4 hükmünde 30 gün içerisinde bildirimde bulunmuş olması gerektiğini de belirtmiştir. Buna göre, somut uyuşmazlıkta 30 gün içinde bildirimde bulunmuş tüketicinin

23 ATAMER/BAŞ, s.31 vd..

24 ASLAN, Tüketici Hukuku, İstanbul 2006, s.137.

25 Yargıtay 13. HD. 8.3.1999 t., 1999/528 E., 1999/1657 K. (KAZANCI BİLİŞİM)

26 Yargıtay 13. HD. 10.12.2002 t, E.2002/10673, K.2002/13269 (KAZANCI BİLİŞİM)

tercih ettiği seçimlik hakkın yerinde olduğunu ifade etmiştir²⁷. Buna göre, kararın yorumundan tüketici 30 günlük süreyi kaçırmış olsaydı, hileye maruz kalmasına rağmen, ayıptan doğan haklarına ulaşamayacağı anlamı çıkmaktadır ki, kanaatimizce bu sonuç da kabul edilemez. Hile ile gizlenmiş ayıp değil de, gerçek anlamıyla gizli ayıpların söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda, Yargıtay da TKHK'nda herhangi bir düzenleme bulunmadığından hareketle 4077 S. TKHK m.30 hükmü gereği BK'na gidilmesini, bu nedenle ortaya çıkan ayıbın derhal bildirilip bildirilmediğine göre uyuşmazlığın çözümlenmesini tercih etmiştir²⁸.

Yukarıda verilen örneklerde de olduğu gibi, Yargıtay'ın kararlarında en önemli sorun, tüketiciye tanınan kısa bildirim süreleri ve bu süreleri kaçıran tüketicilerin, her türlü seçimlik haktan mahrum kalmasıdır. Bu da, aşağıda açıklamaya çalışacağımız, 6502 S. TKHK'nun m. 10/I hükmünde getirilen düzenlemenin önemini arttırmaktadır.

II. 6502 S. TKHK'nun Getirdiği Düzenleme (m.10)

A. TKHK m. 10/I Hükmü

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ise, m.10/I hükmü ile önceki düzenlemelerden farklı olarak, satış sözleşmesinin ifasından itibaren ilk altı ay içinde ortaya çıkan ayıplar için, söz konusu ayıbın teslim tarihinde var olduğunu kabul eden bir düzenleme getirmiştir.

Bu hükümle tüketici lehine bir karine düzenlenmiştir. İlk altı ay içinde tüketicinin malı ayıplı olduğunu ileri sürmesi, malın ayıplı olarak teslim edildiğine karinedir. Ancak, satıcı malın ayıplı olmadığını ispat ederek, tüketicinin kendisine yüklediği sorumluluktan kurtulabilir. Malın ayıplı olmadığını ispat yükü satıcıdadır. Bir başka deyişle, ispat yükünün satıcıda kabul edilmesi, tüketici tarafından altı ay içinde malın ayıplı olduğunun ileri sürülmesine bağlıdır.

6502 S. TKHK'nun 10/I maddesi, Avrupa Birliği'nin Tüketici Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilere İlişkin 25 Mayıs 1999 tarih, 1999/44/AB Sayılı Direktif'i esas alınarak düzenlenmiştir. 6502 Sayılı TKHK'nun konuya ilişkin 10. Maddesinin gerekçesinde bu husus: "Birinci fıkrada yapılan düzenleme ile 1999/44 sayılı AB Yönergesinin 5 inci maddesinin üçüncü paragrafına uygun olarak, tüketici lehine getirilmiş olan bir ispat kolaylığı benimsenmiştir. Buna göre teslimden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim anında var olduğu kabul edilir. Sözleşmeye aykırı bir malın ifa edilip edilmediği teslim anına göre saptandığından, tüketicinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi, ayıbın o anda var olduğunu, malın açık veya gizli bir ayıbı o anda taşıdığını ispat edebilmesine bağlıdır. Fakat özellikle malın bu ayıp nedeniyle telef olduğu hallerde, ispatın getirilmesi güçtür. Dolayısıyla Kanun, ilk altı ay için ispat yüküne yer değiştirmiştir." olarak ifade edilmiştir.

27 Yargıtay 13. HD. 1.7.2004 t., E.2004/2920, K.2004/10498. (KAZANCI BİLİŞİM)

28 Yargıtay 13. HD. 19.06.2013 t., E. 2012/25184, K. 2013/16764 (KAZANCI BİLİŞİM).

6502 S. TKHK'nun m.10/I hükmü düzenlenmeden önce, satıcının ayıptan sorumlu tutabilmesi için alıcının uyması gereken külfetlerde ispat, TMK m.6 hükmüne paralel olarak genel ispat kuralına tabiydi. Genel ispat kuralı gereğince, herkes, iddiasını ispat ile yükümlüdür. Buna göre, ayıptan sorumluluk açısından, malın kendisine ayıplı olarak teslim edildiği hususunda, alıcı ispatta bulunmak zorundaydı²⁹. Ancak, 6502 S. TKHK'nun ispat yüküne ilişkin düzenlemesi, bu kuralı tersine çevirmiş ve ispat yükünü öncelikle satıcıya yüklemiştir³⁰.

İspat yükünün satıcıya yüklenmesindeki amaç, tüketiciyi, ürün hakkındaki sınırlı bilgisi ve konumu nedeniyle ayıbın varlığını ispatta yaşadığı zorluklardan kurtarmaktadır. Bilgi ve güç açısından daha güçlü konumda olan satıcının, malı ne şartlarda ifa olarak sunduğunu ispatlamasının daha kolay olduğu düşünülmüştür³¹.

Kural olarak satıcıyı ispat ile yükümlü tutan Kanun Koyucu, yine gerekçede bazı hallerde ispat yükünün zayıflayacağına işaret etmiştir. Buna göre, "Bir malın altı ay boyunca sorunsuz çalışması, hayatın olağan akışına uygun olarak kabul edilmiş ve bu süre içinde mal yine de bozulmuşsa, kaynağında yani teslim anında var olan bir ayıbın yattığı sonucuna varılmıştır. Kuşkusuz satıcının bunun aksini ispat etmesi imkanı her zaman vardır. Diğer yandan, bazı mallar açısından tüketicieye bu tür bir ispat kolaylığı getirilmesinin satıcıyı mağdur edebilmesi söz konusudur. Örneğin doğası gereği çabuk bozulan, çürüyen veya yok olan mallar açısından bu tür bir karinenin kabulü, malın niteliği ile bağdaşmaz. Koltuk takımlarında sigara yanıkları gibi, ayıbın, tüketicinin kullanım hatasına dayanmasının çok daha muhtemel olduğu hallerde de, satıcının ispat yükü altında olması doğru olmaz. Bu açıdan hakimin, ayıbın ve malın niteliğini takdir ederek, ayıbın tespit anında var olduğu konusundaki ispat yükünün yine tüketicide olduğuna karar vermesi mümkündür." Aynı hususa Direktifi yorumlayan yazarlar da işaret etmektedir³².

TKHK m. 10/I hükmünün Direktif'ten esinlenmiş olması, Direktif'te yer almayan gözden geçirme yükümlülüğünün, TKHK'nun kapsamına da alınmamasına neden olmuştur. Direktif'in konuya ilişkin m.5/III düzenlemesi ise, CISG m.35/III hükmü esas alınarak düzenlenmiştir³³. Direktif m.5/III hükmüne göre, satılardaki sözleşmeye aykırılığın, malın tesliminden itibaren altı aylık süre içerisinde ortaya çıkmış bulunması halinde, söz konusu ayıp zaten, o malda teslim sırasında da mevcuttur. Direktif ilk altı ayda ayıbın varlığını karine olarak düzenlemiştir³⁴.

29 GIGER, Berner Kommentar, Art. 197, N.92 vd. Alıcı, satılanı ifa olarak kabul ettiği takdirde, artık satılanın ayıplı olduğunun ispatı alıcıya ait kabul edilmektedir. Ancak alıcı, malın ayıplı olması nedeniyle, malı teslim almaktan kaçınmışsa, ifa olarak teslim ettiği şeyin ayıplı olmadığını ispatının satıcıya ait olduğu kabul edilmekteydi, Bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s.73; ŞAHİNİZ, Ayıp, s.58.

30 Külfetlerin temelini işlem güvenliği amacına dayandıran görüş, bu amacın aynı zamanda ispat gücünün ortadan kaldırarak, satıcı lehine ispat kolaylığı sağladığını öne sürmektedir. Oysa, malın ayıpsız olduğunu ispatlaması gerekenin satıcı olduğu ileri sürülerek söz konusu görüş doktrinde eleştirilmekteydi. Bkz. YÜCER AKTÜRK, s.85.

31 Dirk STAUDENMAYER, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, s.2396.

32 Hans W. MICKLITZ, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, EuZW 1999, s.486.

33 Reinhold THODE, EG – Richtlinie zu Bestimmten Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter – Ihre Auswirkungen auf das Deutsche Werkvertragsrecht, ZfBR 2000, s.369. Söz konusu düzenlemede tüketiciler için iki aylık bildirim süresi tanınmıştır, BIEGER, s.15, N.46.

34 Susanne AUGENHOFER, Gewährleistung und Werbung, Wien 2001, s.74.

Direktif'te tüketiciye, satılacak sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği andan itibaren itibaren iki ay içerisinde satıcıya durumu bildirim külfeti de yüklenebileceği belirtilmiştir. Üye devletler, söz konusu külfeti iç hukuklarında düzenleyip düzenlememek konusunda serbesttir³⁵.

Direktif, bildirim süresine ilişkin düzenlemeye yer vermek amacıyla, üye ülkelere bildirim sürelerinin sınırı konusunda da düzenleme yapma serbestisi tanınmıştır. Bu hüküm de tüketicinin daha lehine olacak şekilde bir düzenleme öngörmek yolunu açık tutan, tüketiciyi tek taraflı koruyan nisbi emredici nitelikte bir hükümdür. Buna göre, iki aylık bildirim süresi düzenlemesine yer verildiği takdirde, uyuşmazlıklarda, zamanaşımı ile ilgili genel kurallar yine kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Bu hususta, Direktif 5/III maddesi tamamlayıcı işlev görmektedir³⁶.

Kanun Koyucu ise, bildirim yükümlülüğüne ilişkin olarak gerekçede, "Ayıplı malda tüketicinin seçimlik haklarından faydalanabilmesi için ayıbı belirli bir süre içinde ihbar etmesi yükümlülüğü kaldırılmıştır. AB Yönergesinin mecburi unsurları arasında yer almayan ihbar yükümlülüğü bugün örneğin Avusturya, Almanya, Çek Cumhuriyeti, Fransa, İngiltere, İrlanda, Letonya, Lüksemburg ve Yunanistan'da düzenlenmemiştir. Nitekim tüketicinin seçimlik haklarından birini kullandığı yönünde her halükarda bildirimde bulunması gereğinin olması, bunun öncesinde ayrıca bir de ayıbı ihbar etmesi zorunluluğunu anlamsız kılmaktadır. Özellikle ayıbın hangi anda tespit edildiği genelde tartışmalı olacağından, bu tespit anından itibaren işleyecek bir ayıbı ihbar süresinin de ne zaman sona erdiği uygulamada sorun oluşturmaktadır. Tüketici iki yıllık zamanaşımı süresi içinde ayıbı tespit ettiği sürece seçimlik haklarını da kullanabilecektir. Ayıbın çok erken bir safhada tespit edilmiş olmasına rağmen, tüketicinin uzun süre seçimlik hakkını kullanmamış olması, duruma göre Türk Medeni Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bir hakkın kötüye kullanılması itirazı ile karşılaşabilecektir. Tüketicinin ihbar için öngörülen süre içinde ayrıca hangi seçimlik hakkını kullandığını bildirme yükümlülüğü bugün de yoktur dolayısıyla ihbar yükümlülüğünün tüketiciyi, seçimlik haklarını kullanmak konusunda çabuk hareket etmeye zorlayacağı yönündeki bir argüman bugün için de yerinde değildir." olarak açıklanmıştır.

Görüldüğü üzere, 6502 S. TKHK'nda, ne gözden geçirme külfetine, ne de bildirim açısından iki aylık süreye ya da farklı bir süre düzenlemeye işaret eden herhangi bir ifadeye³⁷ yer

35 Güçlü hakların tanıdığı tüketicinin bildirimle ilişkin yükümlülüğünün düzenlenmesi gerektiği, bu bağlamda iki aylık süreye ilişkin düzenlemenin gerekli olduğu yönünde, Theofanis TACOU, Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder Mogelpackung? – Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, ZRP 2009, s.142. Yazar, bunun tüketici için bir yükümlülük değil, külfet olması gerektiğini de ifade etmektedir. Bkz. TACOU, s.142.

36 Yeşim ATAMER/Murat İNCEOĞLU, Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyum Sorunu, Otomotiv Distribütörleri Derneği, İstanbul 2012, s.11. Avrupa Birliği ülkelerinden Avusturya, Almanya, Çek Cumhuriyeti, Fransa, İngiltere, İrlanda, Letonya, Lüksemburg ve Yunanistan bildirim külfetine yer vermemeyi tercih ederken, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Hollanda, İspanya, İsveç, İtalya, Kıbrıs, Litvanya, Macaristan, Malta, Polonya, Portekiz, Slovakya ve Slovenya bildirim külfetini düzenlemiştir, ATAMER/İNCEOĞLU, s.11, dn.6.

Ortak Avrupa Satım Tüzüğü Taslağı m.106 hükmünde ise gözden geçirme ve bildirme külfetine yer verilmediği gibi, üye ülkelere aksine düzenleme getirme imkanı da tanınmamıştır. Bkz. ATAMER/İNCEOĞLU, s.12.

37 Bu nedenle tarafların da sözleşmede herhangi bir gözden geçirme ya da bildirim süresi öngörmeleri mümkün değildir. Bkz. İNCEOĞLU, s.176.

verilmemiştir³⁸. Gözden geçirme külfeti aranmadığı için, tüketici malı kontrol etmek zorunda değildir, malı kontrol etmeden kullanmaya başlayabilir. Ayıp, kendiliğinden ortaya çıkana kadar, tüketicinin ayrıca herhangi bir şey yapmasına gerek yoktur³⁹.

Her ne kadar bildirimden söz edilmese de, ispatın satıcıya yükleyen bir hükmün, satıcının haberi olmadığı bir hususta ispatta bulunabileceğini kabul ettiği düşünülemez. Ancak tüketicinin gözden geçirme külfetini yerine getirmediği hususunda bir savunma, satıcı açısından söz konusu olmayacağı gibi, ayıbın varlığına ilişkin özel bir bildirim yükümlülüğünde bulunulmadığına da dayanması mümkün olmayacaktır. Bu durumda tüketici, hangi seçimlik hakkını kullanacağını bildirirken, söz konusu ayıbın varlığını da, talebini yönelteceği tarafa belirtmiş olacaktır. Bu nedenle seçimlik hakkın kullanıldığı sırada fiilen bildirimde bulunulmuş olacak⁴⁰, ancak Kanun bunu bir külfet olarak tüketiciden beklemediğinden, aşağıda incelenen durumlar dışında bu hususa ayrı bir hukuki sonuç atfedilemeyecektir.

6502 S. TKHK m.10 düzenlemesi, gözden geçirme yükümlülüğü içermemesi doktrinde tartışmaya neden olmuştur. Açık ayıplar bakımından, otuz günlük sürenin de kaldırılmış olmasına rağmen, 6502 Sayılı TKHK m.83/I hükmünün, TBK hükümlerine yaptığı yollama gereğince TBK m.223 hükmünün uygulama alanı bulabileceği öne sürülmektedir. Buna göre, tüketiciye, TBK m.223/I hükmündeki olağan akışına göre gözden geçirme külfetinin yüklenmesinin uygun olmayacağı, ancak tüketicinin de ayıbı tespit ettiğinde uygun zamanda bildirmesi şartının aranabileceği belirtilmektedir. Bu hususta ayıbın çok erken bir safhada tespit edilmiş olmasına rağmen tüketicinin uzun zaman seçimlik haklarını kullanmamış olmasının TMK m.2 hükmü çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması sayılacağına TKHK m.10 hükmünün gerekçesinde gösterilmiş olması öne sürülmekte, hatta bu durumda TMK m.2 hükmünden önce TBK m.223/II hükmünün uygulama alanı bulması gerektiği de savunulmaktadır. Buna göre, tüketici uzun süre bildirimde bulunmadığı takdirde malı ayıpla kabul etmiş sayılmalıdır⁴¹. Öte yandan, doktrinde

38 Ş. Barış ÖZÇELİK, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taşınmazlarda Ayıptan Sorumluluk, AÜHFİD, 64 (4) 2015, s.1172. Getirilen düzenlemenin yerinde olduğu hususunda bkz. M. Murat İNCEOĞLU, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler – Tartışmalar), Derleyen M. Murat İNCEOĞLU, İstanbul Mayıs 2015, s.174.

39 ATAMER/İNCEOĞLU, s.11.

ÇABRİ'ye göre gözden geçirme külfetinin kaldırıldığına dair bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak, bildirim yükümlülüğünün kaldırılmasından çıkarılacak sonuç, gözden geçirme yükümlülüğünün de bulunmadığıdır. Bildirim külfeti bulunmadığı takdirde tek başına gözden geçirme külfeti de bir anlam ifade etmemektedir. Bkz. ÇABRİ, s.211.

40 ÖZEL, Tüketici, s.101; ASLAN, 6502 Sayılı Kanun, s.138. Ayıp bildirim külfetinin yerine getirilmesini arayan sistem doktrinde, tüketicinin hangi seçimlik hakkını kullandığını bildirme zorunluluğu var iken, bu anın öncesinde, ayrıca malın ayıplı olduğunun bildirilmesini aramanın anlamsız olduğu yönünde eleştirilmektedir. Bkz. ATAMER, Revizyon, s.92.

41 ATAMER/BAŞ, s.33. CUMALIOĞLU, Ayıplı Mal, s.27; İNAL, Tüketici Hukuku, s.991; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.131.

Tüketicinin makul sayılabilecek bir süre içinde başvurması gerektiğine işaret eden ÇABRİ'ye göre, bu tüketiciyi ayıptan doğan haklarını derhal kullanmaya zorlamak teşkil etmemelidir. Tüketici haklarını kullanmak için çabuk hareket etmek zorunda değildir. Ancak, hakkın kötüye kullanılması itirazı ile karşılaşmamak için, ayıptan doğan haklarının saklı olduğu ilişkin bir bildirimde bulunması yerinde olur. Bkz. ÇABRİ, s.211.

diğer bir görüŖe göre, tüketici için, TBK m.223 hükmüne göre, “uygun süre içinde” ayıp bildirimini yükümlünün aranması da kabul edilemez⁴².

Kanaatimizce de, tüketici açısından bildirim yükümlülüğünü aramak yerinde değildir. Direktif'e uyum sağlamak amacıyla getirilen bir düzenlemede iki aylık bildirim süresini hükümde yer vermek imkanı var iken dahi, tüketiciyi korumak amacıyla Kanun Koyucu tarafından tercih edilmediği göz önüne alınmalıdır. Bununla birlikte, gerekçede, ayıbı erken safhada tespit eden tüketicinin uzun süre seçimlik hakkını kullanmamasının hakkın kötüye kullanılması itirazı ile karşılaşabileceği belirtilmektedir. Hüküm, gerekçesi ile birlikte yorumlanarak, tüketicinin uzun süre ile bildirimde bulunmaması hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilse dahi, uzun süre kullanılmaması kriteri mümkün olduğu ölçüde tüketici lehine yorumlanmalıdır. Malı aldıktan bir ay sonra ayıbı farkedene tüketicinin, beşinci ayda malın ayıplı olduğunu ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması itirazı ile karşılaşabilir. Dolayısıyla, tüketicinin ayıbı ileri sürmekte gecikmesinin, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi için, iki aylık süre kesinlikle geçmiş olmalıdır. Bu sürenin ötesine geçen gecikmenin durumun somut şartlarına göre hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerekir.

Tüketicinin haberdar olmadığı gizli ayıplarda ise, satıcının sorumluluğunun devam edeceği hususunda zaten bir tereddüt duyulmamaktadır⁴³. Gizli ayıplar olağandışı bir gözden geçirme ile ortaya çıkabilecek nitelikte ayıplardır. TKHK, tüketiciye gözden geçirme külfeti yüklenmediği için, tüketici malın ayıplı olması nedeniyle seçimlik haklarından birini ileri sürdüğünde, satıcı malın ayıplı olmadığını ispat ile yükümlü olacak, ayrıca malda seçimlik hakkın kullanılmasına neden olan ayıp gizli ayıpsa, tüketicinin malın ayıplı olduğunu ileri sürdüğü tarih için hakkın ileri sürülmesini geç olması ve hakkın kötüye kullanılması itirazları da dinlenilmeyecektir.

Doktrinde ayrıca, TBK m.225 hükmüne göre, alıcının gözden geçirme ve bildirme sürelerine uymadığı durumlarda bile ağır kusuru olan satıcıların ve satıcılığı meslek edinmiş olan kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından sorumluluktan kısmen dahi kurtulmasının mümkün olmayacağı hükmünün, tüketici satışları için de uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Tüketici işlemlerinde satıcı zaten satıcılığı meslek edinmiş kimse olduğundan, istisnai durumlar dışında bu hükmün geniş uygulama alanı bulacağı düşünülmektedir. İstisnai durumlar olarak, doktrinde, o tür malın ilk defa satılıyor olması ya da malda ilk defa o türden bir ayıbın çıkması durumları gösterilmektedir ki⁴⁴, bu durumları da satıcı ispat edecektir.

42 Turgut ÖZ, Konusu Taşınmaz olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, 20-21-22 Kasım 2014, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, (Editörler: Av. Hakan TOKBAŞ, Prof. Dr. Fehim ÜÇİŞİK) s.148 vd.; İNCEOĞLU, s.175 vd.

43 İNCEOĞLU, getirilen düzenleme ile açık ayıp – gizli ayıp ayrımının kalktığını ileri sürmektedir. Bkz. İNCEOĞLU, s.174.

44 CUMALIOĞLU, Ayıplı Mal, s.27.

Alman Borçlar Kanunu'ndaki ispat yükü düzenlemesine işaret eden RUSCH, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de ayıbın kanıtlanması açısından, kesin kanıtlar aramayı önemli şüphe doğuran kanıtların alıcı tarafından gösterilmesini yeterli bulmasının alıcının yararına bir yaklaşım olduğuna işaret etmiştir, Arnold F. RUSCH, Verdacht Als Mangel, AJP 2012, s.48.

“Papağan kararı” diye bilinen Mahkeme kararında, alıcının aldığı Amazon papağanlarının özel bir virüs taşıması ve

Altı ay geçtikten sonra da, tüketicinin ayıptan doğan seçimlik hakkını ileri sürebilme imkanı vardır. Ancak, bu durumda TKHK m.10 hükmünün getirdiği ispat yükü yer değiştirecektir. Bu durumda tüketici, teslim sırasında ayıbın varlığını ispat etmek zorundadır. Açık ayıplı bir malda, söz konusu olan ayıp, olağan inceleme ile görülebileceğinden, bu ayıbın varlığını öne sürerek ayıptan doğan seçimlik hakkını ileri sürmek isteyen tüketicinin ispat yükümünün yanısıra, seçimlik hakkını ileri sürdüğü tarihin geç olmasının hakkın kötüye kullanılması itirazı ile karşılaşması tehlikesi de mevcuttur.

Burada eski TKHK döneminde doktrinde öne sürülen, gizli ayıpların geniş tutulması görüşü benimsenmelidir. Süresi içinde bildirilmemiş açık ayıpların hakkın kötüye kullanılmasına yol açmadıkları takdirde, süresi içinde bildirilmemiş olsa bile, gizli ayıp olarak nitelendirilmek suretiyle tüketicinin ayıptan doğan haklarının korunması savunuluyordu⁴⁵. 6502 Sayılı TKHK'nun uygulanmasında da, tereddüt halinde gizli ayıplı bir malın olduğu kabul edilmeli, tüketicinin olağandışı muayene ile ortaya çıkması mümkün olan bu ayıbı geç farketmesi olağan karşılanmalıdır. Tüketicinin seçimlik hakkını ileri sürmesine neden olan gizli ayıpsa, tüketici sadece malın gizli ayıplı olduğunu ispat edecektir.

Kanaatimizce, satıcı, ayıbın, tüketicinin haberdar olduğu ya da haberi olmamasının mümkün olmadığı nitelikte bir ayıp olduğunu ispat edemediği sürece, gizli ayıp niteliği taşıyan bir ayıp bulunmaktadır. Bu durumda karine gereği, satıcının, malı bu ayıpla birlikte teslim ettiğinin kabulü gerekir. Bu durumda satıcı, ancak, ayıbın teslim anında var olmadığını, sonradan alıcıdan kaynaklı olarak meydana gelen bir hasar niteliğinde olduğunu ispat etmek durumundadır.

Altı aylık süre Direktif'e göre teslim ile başlamaktadır. Direktif hasarın geçişine ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Bu doktrinde, hasarın geçişinin farklı bir zamanda olması ihtimalinin göz önüne alınmamış olması nedeniyle eleştirilmiştir⁴⁶. TKHK'nda da sadece teslimden söz etmektedir. Ancak kanaatimizce ayıba ilişkin sorumluluğu düzenleyen hükümlerin hasarın geçişini esas alması yerinde olurdu.

B. TKHK m.10/II Hükmü

Aşık ayıplı bir mal için tüketicinin seçimlik haklara başvurması ise mümkün olmayacaktır. TKHK m.10/II hükmü, tüketicinin sözleşmenin kurulduğu tarihte haberdar olduğu ya da haberdar olmasının kendisinden beklendiği⁴⁷ ayıplar için sözleşmeye aykırılığın söz konusu olmayacağını hükme bağlamıştır.

kısa süre içinde ölümlerinin gerçekleşmesinde, ölümlerin kuşların gelmesinden itibaren kısa süre içinde meydana gelmesinden hareket edilerek, ayıplı ifada bulunulduğuna kanaat getirilmiştir, ölümlerin sıklığı ve kuşların alıcıya ulaşmasından hemen sonra başlamış olması, kuşların hastalık taşıyıcısı olduğu sonucuna varmak açısından yeterli görülmüştür, Obergericht Thurgau, 10 Februar 2005, ZBO.2004.15, RBOG 2005, s.126 vd.

45 YÜCER AKTÜRK, s.204.

46 MICKLITZ, s.486.

47 Doktrinde bir görüşe göre, bu hüküm TBK m.222/II hükmüne denk gelmektedir. Bkz. GÜMÜŞ, Tüketici, s.100. Doktrinde başka bir görüşe göre, TBK m. 222 gözden geçirmekle anlaşılabilir ayıplara işaret etmektedir. Alıcının

Bu hüküm de yine Direktifle uyumludur. Direktif m.2/III hükmünde aynı husus belirtilmiştir. Buna göre tüketicinin bilmesi gereken ayıpların belirlenmesi kritik noktadır, bu hususta doktrinde, tüketicinin ağır ihmeline işaret edilmiştir. Burada tüketicinin herhangi bir çaba sarfetmeksizin, göz önünde olduğu için kolaylıkla farketmesi gereken ayıplar, bu nitelikte kabul edilmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi tüketicinin gözden geçirme zorunluluğu yoktur⁴⁸. Bu tip aşık ar ayıplar için tüketicinin sözleşmenin kurulduğu sırada malı görerek alma imkanına sahip olması gerekir. Malı görmeden sözleşmeyi kuran tüketici için, başka bir sebeple ayıba ilişkin bilgisinin bulunduğu ispat edilemediği takdirde, ayıp, aşık ar ayıp niteliğinde olsa dahi satıcının sorumluluğu devam edecektir⁴⁹.

C. TKHK m.10/III Hükümü

TKHK m. 10/III hükmünde Kanun Koyucu, “satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, üretici, ithalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgiyi içeren bir etiket” konulması mecburiyeti getirmiştir. TKHK m.10/III hükmünün ikinci cümlesinde, “Bu etiketin tüketiciye verilmesi veya ayıba ilişkin açıklayıcı bilginin tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde açıklama getirilmesi”nin zorunlu olduğu belirtilmiştir. İlgili hükmün devamında ise, teknik düzenlemeye uygun olmayan ürünlerin hiçbir şekilde piyasaya arz edilemeyeceğine ve bu ürünlere, Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümlerinin uygulanacağına işaret edilmektedir.

Satıcının defolu mallarda özü açıklayan bir etiket koyması, onu ayıptan sorumluluktan kurtaracaktır. Ayıptan kurtaracak nitelikteki etiket için malın ayıbına ilişkin bilgiyi içermesi ve tüketicinin rahatlıkla okuyacağı bir açıklama olması kriterleri öngörülmüştür. Bu kriterleri taşımayan etiket, satıcıyı ayıptan sorumluluktan kurtarmayacaktır⁵⁰. Genel olarak ürünün defolu olduğunun belirtilmesi, satıcıyı sorumluluktan kurtaran açıklayıcı bir etiket şartının yerine getirilmesi sayılmaz. Satıcı satış işlemleri tamamlandıktan sonra dilerse etiketi mal ile birlikte

yeterince gözden geçirmekle anlayabileceği ayıplar için satıcının sorumluluğu yoktur. TKHK’nda ise gözden geçirmekten bahsedilmeyip, sözleşmenin kurulduğu sırada açıkça ayıplı olduğu gözden geçirmeye dahi gerek kalmaksızın anlaşılabilen ayıplar için satıcının sorumluluğunun ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Bu nedenle TBK m.222 hükmüne eşdeğer kabul edilmemektedir. Bkz. ÇABRİ, s.213.

48 Hans W. MICKLITZ, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, EuZW 1999, s.486.

49 İNCEOĞLU, s.174. İNCEOĞLU’na göre, aşık ar ayıplar için dahi, tüketicinin ayıp hükümlerine başvurabilmesi mümkün olup, TKHK m. 10/II hükmü buna bir engel teşkil etmemektedir. Aşık ar ayıpların teslim anına göre değerlendirilmesi gerektiğini savunan İNCEOĞLU, söz konusu hükmün sözleşmenin kurulması sırasında tüketici tarafından bilinmesi gereken ayıplardan söz ettiğini ifade etmiştir.

Buna göre, haberdar olmasının kendisinden beklendiği haller ifadesinin teslim değil, sözleşmenin kurulduğu ana ilişkin olduğunu öne süren yazar, sözleşmenin kurulduğu anda tüketici tarafından bilinmesi gerekmeyen ama teslim anında farkedilmesi gereken ayıplar için satıcının sorumluluğunun devam edeceğini ifade etmektedir. Bkz. İNCEOĞLU, s.171

50 ZEVKLİLER/ÖZEL, s.166 vd..

tüketicie verecek, dilerse etiketi kendi uhdesinde tutup, tüketiciye aynı bilgileri fatura, fiş ya da satış belgesi ile birlikte sunabilecektir⁵¹.

Satıcının yükümlülüğü, aydınlatma yükümlülüğüdür. TKHK m. 10/II hükmü ile bu hüküm de birbirini tamamlar niteliktedir. Satıcının ayıbın varlığına ilişkin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde tüketici de ayıbı bilmediğini ya da bilecek durumda olmadığını ileri sürme imkanından mahrum kalacaktır⁵².

Doktrinde, etiket yükümlülüğünün varlığının arandığı hallerde, etiket konulmasa dahi, tüketicinin ayıbın varlığından haberdar olmasının, satıcıyı sorumluluktan kurtarmayacağı kabul edilmektedir⁵³.

Belli hususlarda ayıplı olduğu belirtilen bir malda, belirtilen ayıbın dışında başka ayıpların bulunması ihtimalinde, tüketici önceden belirtilen ayıplarda yer almayan bu ayıplar için de satıcının sorumluluğuna başvurabilir⁵⁴.

Doktrinde bir görüşe göre, bu fıkra, internet, televizyon vs. araçlar üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerde uygulama alanı bulmaz⁵⁵. Aksi görüşe göre ise, internetten satılan teşhir ürünlerinde malın ayıbına ilişkin açık bilgilere yer verilerek TKHK m.10/III hükmü uygulanmaktadır.

Teknik düzenlemeye uygun olmayan ürünler ise, güvensiz ürünler olduğundan, bu ürünlerin uygun açıklayıcı etiketle dahi satışa sunulması söz konusu olamaz⁵⁶.

III. 6502 S TKHK m.10 Hükmüne İlişkin Yargıtay'ın Yorumu

Belirtelim ki, 6502 Sayılı Kanun'un yürürlüğe giriş tarihi TKHK m. 87 hükmü ile 28.05.2014 tarihi olarak belirlenmesine rağmen, ayıba ilişkin uyumsuzluklarda, 2018 yılı itibariyle hala Kanun'un uygulandığı Yargıtay kararı yok denecek kadar azdır⁵⁷.

51 Alper GÜMÜŞ, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, İstanbul 2014 s.102; ÇABRİ, s.215. ÇABRİ'ye göre, bilginin verildiği hususunu ispat açısından, ayıbın fiş ve faturalarda gösterilmesi kolaylık sağlar. Aynı yönde, bkz. İNCEOĞLU, s.172.

Bilginin fiş, fatura ya da satış belgesi dışında ayrıca verildiği durumlarda, bu şekilde verildiğine dair bir ibarenin en azından ilgili belgelerde yer alması gerekir. Fiş ya da faturada, ayıba ilişkin bilgilerin ayrıca verildiğine dair ibarenin yer alması halinde aksini ispat tüketiciye ait kabul edilmeli, herhangi bir ibare konulmamışsa satıcı bilginin verildiğini ispatla yükümlü tutulmalıdır. Bkz. ÇABRİ, s.215.

52 ÇABRİ, s.214. ÇABRİ'ye göre, etiket yükümlülüğünün olduğu hallerde, tüketicinin sadece ayıbın bulunduğunu bilmesi satıcıyı sorumluluktan kurtarmaz. Tüketicinin genel olarak ayıbın varlığını bilmesi, mevcut ayıbın, maldan umduğu faydayı ne ölçüde etkileyeceğini bilmesi sonucunu doğurmaz. Bu nedenle Kanun Koyucu da, ayıba ilişkin ayrıntılı bilgi verilmesini mecburi tutmuştur.

53 ÇABRİ, s.214.

54 ZEVKLİLER/ÖZEL, s.167; ÇABRİ, s.212; İNCEOĞLU, s.172.

55 GÜMÜŞ, Tüketici, s.102.

56 GÜMÜŞ, Tüketici, s.102 vd.

57 ÖZÇELİK'e göre, yargı kararlarına yansıyan uyumsuzluklara esas teşkil eden sözleşmelerin, 6502 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce yapılması nedeniyle, 4077 sayılı Kanun'un uygulanmaktadır ve bu nedenle tüketiciler Kanun'da aranan bildirim kulfetini yerine getirmediği için ayıptan doğan haklarını kullanamamaktadır. Bkz. ÖZÇELİK, s.1172.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 19.04.2017 tarihli bir kararında⁵⁸ ayıplı bir konut teslimine ilişkin uyuşmazlıkta 6502 S. Kanuna göre tüketicinin ayıptan doğan taleplerine ilişkin hükme varmıştır. Bu ilginç kararda, Yargıtay, uyuşmazlığın gizli ayıbın varlığına ilişkin olduğunu ve 6502 S. TKHK’nda gizli ayıpların ne kadar sürede ihbar edileceğine dair bir hüküm bulunmadığını belirtmiştir. Bundan dolayı da, TKHK m. 83/I hükmü gereğince TKHK’nda hüküm bulunmayan durumlarda 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun tamamlayıcı görev üstleneceğine işaret etmiştir. Bu nedenle 6098 S. TBK m. 223 hükmü gereğince gizli ayıplar için derhal ihbar külfeti gereği dikkate alınarak, somut uyuşmazlıktaki tüketiciye TBK m. 223 hükmü çerçevesinde ayıbın niteliğine göre gözden geçirme ve bildirim külfeti yüklenmiştir.

Kanaatimizce, Yargıtay, Kanun gerekçesinde açıkça da işaret edilen Direktif’le uyum sağlamak amacına uygun bir düzenleme getirildiğini ve bildirim külfetinin TKHK m.10 hükmü ile bilinçli olarak kaldırıldığını gözden kaçırmıştır. TBK’nun tamamlayıcı görev üstlenmesi, ancak TKHK’nun özel olarak düzenlemediği hususlar için söz konusudur. Açık ya da gizli ayıplar için alışılagelen gözden geçirme ve bildirimde bulunma külfetleri ise TKHK’nda kaldırılarak yerine geçen “ispat yükü” adı altında bir düzenleme getirildiğinden, TBK’na gitmek mümkün değildir. Dolayısıyla Yargıtay’ın 6502 S. TKHK’nda gizli ayıpların ihbarına ilişkin hüküm bulunmadığından hareket ederek, TBK m.223 hükmünce derhal ihbar külfetini aramasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Öte yandan aynı Daire’nin çok çok kısa bir süre sonra verilen 24.04.2017 tarihli kararında⁵⁹, 6502 S. TKHK’nun ispat yükü başlıklı 10/I maddesi uyarınca teslim tarihinden itibaren ilk altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim tarihinde var olduğuna ve ispatın satıcıya ait olduğuna işaret edilmiştir. Dolayısıyla Yargıtay’ın daha yeni tarihli kararında, yerinde bir sonuca vardığını söylemek mümkündür.

58 Yargıtay 13. HD., 19.04.2017 t., E. 2016/13927, K. 2017/4724. (KAZANCI BİLİŞİM)

59 Yargıtay 13 HD., 24.04.2017 t., E.2017/4596, K.2017/4877. (KAZANCI BİLİŞİM)

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin, Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998.
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.
- ASLAN, Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, İstanbul 2014.
- ATAMER, Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılıkların Sonuçları, İstanbul 2005.
- ATAMER, Yeşim/İNCEOĞLU, Murat, Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyum Sorunu, Otomotiv Distribütörleri Derneği, İstanbul 2012.
- AUGENHOFER, Susanne, Gewährleistung und Werbung, Wien 2001.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- BIEGER, Alain, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Zürich 2009.
- BUCHER, Euchen/BUZ, Vedat: Mağdur Edilen Alıcı, Türk İsviçre Borçlar Kanunu'nun İki Özelliğinin Öz Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR, BK. m.198) BK. 202/II (Art 205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU için Armağan, Ankara 2004
- ÇABRİ, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016.
- DEMİR, Mehmet, Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme, AÜHFD, C.54, S.3, 2005.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- GIGER, Hans, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung: Kauf und Tausch-Die Schenkung, 1. Teilband, 1. Abschnitt (Gesamtband) Art 184-215, Bern 1979.
- GÜMÜŞ, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2013. (Borçlar, C.1)
- GÜMÜŞ, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, İstanbul 2015. (Borçlar Özel)
- GÜMÜŞ, Alper, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, İstanbul 2014. (Tüketici)
- HONSELL, Heinrich, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationen Recht I, Art. 1-529 OR, Basel 2007.
- İNCEOĞLU, M. Murat, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler – Tartışmalar), Derleyen M. Murat İNCEOĞLU, İstanbul Mayıs 2015.
- KAHVECİ, Nalan, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara 2014.
- KAPANCI, Berk, Satış Hukukunda Ayrıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2014.
- MICKLITZ, Hans W., Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, EuZW 1999.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2018.
- ÖZ, Turgut: Konusu Taşınmaz olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, 20-21-22 Kasım 2014, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, (Editörler: Av. Hakan TOKBAŞ, Prof. Dr. Fehim ÜÇİŞİK)
- ÖZÇELİK, Ş. Barış, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taşınmazlarda Ayrıptan Sorumluluk, AÜHFD, 64 (4) 2015.

- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Türk Borçlar Kanunu'na ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Ankara 2013.
- ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2014.
- RUSCH, Arnold F., Verdacht Als Mangel, AJP 2012. Hans W. MICKLITZ, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, EuZW 1999.
- STAUDENMAYER, Dirk, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999.
- ŞAHİNİZ, C. Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008.
- TACOU, Theofanis, Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder Mogelpackung? – Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, ZRP 2009.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- THODE, Reinhold, EG – Richtlinie zu Bestimmten Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter – Ihre Auswirkungen auf das Deutsche Werkvertragsrecht, ZfBR 2000.
- YAVUZ, Cevdet, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.
- YÜCER AKTÜRK, İpek, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012.
- ZEVKLİLER, Aydın/ AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2016.

Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi*

(Evaluation of the Principle of Transparency in General Terms and Conditions, its Appearance in TOC Article 20 ff. and Combined Applicability of TCC Article 55/1-f With TOC Article 20 ff. in Commercial Standart Contracts)

O. Gökhan ANTALYA**
E. Doğa DOĞANCI***

Öz

Genel işlem koşulları birçok yararlı fonksiyonlar içermesi yanında kötüye kullanılma riski de taşır. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımının sözleşmeler hukuku yanında rekabet hukukuna ilişkin bir yönü bulunmaktadır. Bu bağlamda saydamlık kuralı da genel işlem koşulu hukukunun gelişimi sırasında yaşanan en önemli yenilik ve prensiplerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu makalede ilk olarak saydamlık kuralının tanımı, fonksiyonları aktarılacak. Daha sonra saydamlık kuralının TBK m. 20 vd.'daki anlamı değerlendirilecektir. Makalemizin son bölümünde ise ticari standart sözleşmelerde TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nın birlikte uygulanabilirliği değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Genel İşlem Koşulları, Saydamlık Kuralı, Dürüstlük Kuralı, Haksız Rekabet, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, İçerik Denetimi, Saydamlık Denetimi, TBK m. 25, TTK m. 55/1 – f, Ticari Standart Sözleşmeler, Yanıltıcı Olma

* Bu makalenin “Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralı” ve “TBK m. 20 vd.'daki Görünümleri” başlıklı ikinci ve üçüncü bölümünde geçen açıklamalar ve çıkarımlar Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı kapsamında hazırlanan “Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi” isimli doktora tezinden üretilmiştir. TTK m. 55/1 – f'nin amaç ve unsurlarında saydamlık kuralının yeri, koşul rekabetinin değerlendirilmesi, RKHK'nu yönünden genel işlem koşullarının yol açacağı rekabet ihlalleri, RKHK ve TTK m. 55/1 – f'ye aykırılığın hukuki sonuçlarına ilişkin ayrı başlıklar altında aktarılacak açıklamalarımız ve değerlendirmelerimiz makalenin kapsamını daha da fazla genişleteceğinden makaleye alınmamıştır. TBK m. 20 vd.'daki saydamlık kuralına verilecek anlamın ve özellikle saydamlık denetimine ilişkin tespitlerin RKHK ve TTK m. 55/1 – f çerçevesinde yapılan incelemelere etkisi ve bunların karşılıklı etkileşimine ilişkin Bkz. ANTALYA, O. Gökhan/ DOĞANCI, E. Doğa, Saydamlık Kuralı Bağlamında Genel İşlem Koşulu Denetimi Yönünden Rekabet Hukukunda Koşul Rekabeti ve Rekabet İhlalinin Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, 2018, Cilt 16, S. 192 (I. Bölüm); 2019, Cilt 17, S. 192 (II. Bölüm), (Yayın aşamasında).

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

*** Dr., Sakarya Üniversitesi, ddoganci@sakarya.edu.tr.

Abstract

General terms and conditions include the risk of being abused in addition beneficial functions. Application of general terms against the principle of honesty has different perspectives regarding contract law and competition law. In this context the principle of transparency as generally accepted is the most important novelty and principle in the development of the law of general term. In this article first of all the definition, functions of the principle of transparency will be explained. Afterwards the meaning of the principle of transparency in TOC Article 20 ff. will be examined. In the last section of our articles combined applicability of TCC Article 55/1-f with TOC article 20 ff. in commercial standard contracts will be analyzed.

Keywords: General Terms And Conditions, Principle Of Transparency, Principle Of Honesty, Unfair Competition, Turkish Obligation Code, Turkish Commercial Code, Content Control, Transparency Control, TOC Article 25, TCC Article 55/1-f, Commercial Standard Contracts, Delusiveness

I. GİRİŞ

Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeleri ifade eden ve birçok alanda kullanılan ¹ standart sözleşmeler genel olarak rasyonelleştirme, detaylandırma, standartlaştırma, basitleştirme fonksiyonlarına sahiptir ². Öte yandan bunlar kullanıcı ³ tarafından kötüye kullanılma riskini de taşır ⁴. Söz konusu riske açık yasal düzenleme ile mehaz İsviçre Hukuku haksız rekabete ilişkin

- 1 ANTALYA, Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C:1, İstanbul, 2015, s. 398; AYDOĞDU, Murat, Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 22; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, § 23, N. 1; ANTALYA, O. Gökhan, Gerekeçeli ve Açıklamalı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2015, s. 24 (TBK Genel Gerekeçesi), s. 70 (TBK m. 20, Madde Gerekeçesi).
- 2 HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 5 vd.; ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 31 vd.; SCHNYDER, Anton K., Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Herausgeber (zus. mit A. Brunner und A. Eisner-Kiefer): Einführung in die Dogmatik der AGB nach Schweizerischen und europaischem Recht, s. 39- 81, Zürich 2014, s. 40 vd.; ULMER/HABERSACK, in: Ulmer/Brandner/Hensen H. D., AGB-Recht, Köln 2011, Einleitung, N. 4 vd.
- 3 TBK m. 20 f. 1'de "düzenleyen" ve TKHK m. 5 f. 2 ve 3' de "sözleşmeyi düzenleyen" şeklinde ifade edilmiştir. TTK m. 55 f. 1-f'de ise "kullanıcılar" olarak belirtilmiştir. Makalemizde terminolojik olarak "kullanıcı" tercih edilecektir. Bu yönde Mehaz Alman Hukuku'nda örneğin BGB § 305 f. 1 c. 1, f. 2, § 305c'de de kullanıcı ("Verwender") ibaresi kullanılmıştır. Kullanıcı ibaresinin tercih edilmesi gerektiği, bu şekilde sözleşmeyi sunanın genel işlem koşullarını üçüncü kişiye hazırlattırarak genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri dolanmanın önüne geçilebileceği vb. gerekçeler için hakkında örneğin Bkz. ALTOP, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 254-260, s. 257; CİVAN, Orhun Ersun, Genel İş Koşulları, İstanbul 2015, s. 17; AYDOĞDU, s. 35; HAVUTÇU, Tez, s. 15 vd.; YENİOCAK, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 107, 2013, s. 75- 96, s. 79. Başka bir görüşe göre ise "düzenleyici" ifadesinin tercih edilmesi gerektiği, zira bunun kullanıma anlamını da içerdiği hakkında Bkz. KOÇ, Nevzat, Değerlendirme Konuşması, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 89-92, s. 91.
- 4 KARA, Mustafa Sencer, Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 17, S. 1-2, s. 723- 744, 2013, s. 725; BAKIR, Ayhan, Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı, Ankara 2017, s. 15.

bir olgu olarak Haksız Rekabet Kanunu'nda özel bir düzenleme ile (UWG § 8) yaklaşmıştır. Mehaz Alman Hukuku ise bu konuya sözleşmeler hukukuna ilişkin bir mesele olarak Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) § 305 vd.'da yaklaşmıştır. Ancak açık bir yasal düzenleme olmamasına rağmen genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı kullanımının; İsviçre Hukuku'nda sözleşmeler hukukuna ilişkin ⁵, Alman Hukuku'nda ise haksız rekabete ilişkin bir yönü olduğu kabul edilmektedir. Özellikle 10.12.2015 tarihinde yürürlüğe giren Alman Haksız Rekabet Kanunu (AHRK)'da ⁶ hukuk ihlali adlı ("*Rechtsbruch*") haksız rekabet halini düzenleyen m. 3a hükmü belirtilebilir. Burada bütün katılanların menfaatine pazar davranışlarını düzenleyen kanun hükümlerine aykırı olması ve bu aykırılığın tüketicilerin, diğer piyasa katılımcılarının ve rakiplerin menfaatlerini hissedilir bir şekilde etkilemesi durumu haksız rekabet olarak kabul edilmiştir.

Türk Hukuku'nda bu durum sözleşmeler hukukuna ve haksız rekabet hukukuna ilişkin olarak iki eksenle ele alınmıştır. Sözleşmeler hukukuna ilişkin öncelikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 20 – 25 arasında genel işlem koşulu denetim mekanizması düzenlenmiştir. Ayrıca tüketici standart sözleşmelere, daha somut olarak kullanıcı tarafının tacir veya esnaf yer alırken müşteri tarafını tüketicinin ⁷ oluşturduğu sözleşmelere, ilişkin olarak 6502 sayılı TKHK m. 5'de haksız şartlar ele alınmıştır. Diğer taraftan dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımının haksız rekabete sebebiyet verebileceği kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Buna ilişkin esas olarak UWG m. 8'in eski hali esas alınarak (eUWG) ⁸ ihdas edilen 6102 sayılı TTK m. 55/ 1 – f'de özel bir haksız rekabet hali olarak öngörülmüştür.

- 5 UWG m. 8'e ilişkin 01. 07. 2012 tarihli değişiklikten önceki dönemde de İsviçre Hukuk öğretisi ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında kabul edilen kapsam, yorum ve içerik denetimleri şeklinde üçlü kontrol mekanizma hakkında örneğin Bkz. EHLE, Bernd/ BRUNSCHWEILER Andre, AGB Recht Schweiz/ Deutschland, Recht im Umbruch Ein rechtsvergleichender Überblick, s. 262-271, s. 263; BRUNNER, Alexander, Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Herausgeber (zus. mit A. Brunner und A. Eisner-Kiefer): Entwicklung des schweizerischen Recht der Allgemeinen Geschaeftsbedingungen, s. 13-39, Zürich 2014, s. 20 vd.; SCHNYER, s. 47 vd. İsviçre Borçlar Kanunu taslağında ((OR-Entwurf-2020) açık olmama kuralı (Art. 32) ve içerik denetimi (Art. 32) açıkça yer almaktadır. Söz konusu taslak hakkında açıklamalar için örneğin Bkz. VOGT, Hans-Ueli, Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013.
- 6 AHRK m. 3a (e. AHRK m. 4 N. 11) haricinde diğer haksız rekabet halleri yönünden dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımının değerlendirilmesi hakkında Bkz. HENNINGS, Stefan, Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung Unwirksamer Vertragsklauseln, Baden-Baden, 2017, s. 228 vd.; HOLTZ, Michael H., Die AGB- Kontrolle im Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2010, s. 71 vd.; SCHLAGELAMBERS, Jana, Die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen als unlautere Geschäftspraktik im europäischen und deutschen Recht, Göttingen 2011, s. 129 vd.
- 7 Tanımlar başlıklı TKHK m. 3 k)'da tüketici: "*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. Tüketici tanımı ve unsurları hakkında örneğin Bkz. ZEVKLİLER, Aydın/ ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s. 91 vd.; ASLAN, YILMAZ, Tüketici Hukuku, 5. Baskı İstanbul, 2014, s. 2 vd., 4 vd.; AKİBEK, Şebnem Ö., Milli Şerh, §1-3, s. 1 – 6, İstanbul 2016, § 3, s. 55 vd.
- 8 eUWG m. 8'de: "*özellikle kim yanıtıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine a) Doğrudan doğruya veya kıyas yoluyla uygulanabilecek yasal düzenlemeden önemli ölçüde sapan veya b) Sözleşmenin doğasına önemli ölçüde ters düşen hak ve yükümlülük dağılımı öngören önceden formüle edilmiş genel işlem koşullarını kullanırsa, haksız rekabet etmiş olur*" şeklinde ifade edilmiştir. UWG m. 8'in 01. 07. 2012 tarihinde yürürlüğe giren değişik yeni halinde ise: "*dürüstlük kurallarına aykırı nitelik taşıyan ve tüketiciler aleyhine, tarafların sözleşmeden doğan haklarını ve yükümlülüklerinin dağılımında önemli derecede ve adil olmayacak ölçüde oransızlık meydana getiren genel işlem koşulları*"nın haksız rekabet olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.

Genel işlem koşullarında saydamlık kuralı ise köken olarak Alman Federal Mahkemesi'nin 80'li yılların sonlarında verdiği kararlar sonucunda⁹ gerek öğretide¹⁰ gerekse devam eden yargısal içtihatlar¹¹ ile gelişmiştir. Saydamlık kuralı genel işlem koşulu hukukunun gelişimi sırasında yaşanan en önemli yenilik ve prensiplerinden biri olarak kabul edilmektedir¹².

Makalemizin ilk bölümünde saydamlık kuralının tanımı, fonksiyonları ve saydamlık kuralının TBK m. 20 vd.'daki yeri değerlendirilecektir. İkinci bölümde ise öğretide tartışmalı olan sözleşmenin her iki tarafının da tacir olduğu (ticari standart sözleşmelere) TBK ve TTK'daki düzenlemelerin birlikte uygulanabilirliğine ilişkin görüşler ve değerlendirmelerimiz aktarılacaktır.

II. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA SAYDAMLIK KURALI

A. Tanımı

Kavram olarak saydamlık veya şeffaflık, “açık seçik, belirgin olma durumu” gibi ifadelerle tanımlanmaktadır¹³. Genel işlem koşulu kullanımına ilişkin yasal metinlerde¹⁴ (BGB § 307 f. 1 c. 2, 93/ 13/ EWG sayılı Yönerge m. 5 f. 1, m. 4 f. 2; TKHK m. 5 f. 4, 7; TBK m. 23) ise saydamlık kuralı bir hükmün açık ve anlaşılır olması şeklinde ifade edilir.

Kullanıcı dürüstlük kuralı gereği genel işlem koşullarında müşterinin haklarını ve sorumluluklarını açık ve anlaşılır şekilde açıklaması gerekmekte olup, saydamlık kuralına aykırılığın tespitinde bu tür sözleşmeleri tipik olarak yapması beklenen ortalama üçüncü kişinin algılama imkanının belirleyicidir¹⁵. Ancak saydamlık kuralının sadece bir hükmün müşteri yönünde anlaşılır olmasının

9 BGH, ZIP 1988, s. 1530 vd.; BGH, ZIP 1989, s. 154 vd. (KOLLER, Ingo: “Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, In: Festschrift für ERNS STEINDORF zum 70. Geburtstag, Berlin-Newyork 1990, s. 667 – 686, s. 667-668;671-673)

10 EVERMANN, Manja: Die Anforderungen des Transparenzgebots an die Gestaltung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 93/13/EWG, Karlsruhe 2002, s.1; KÖNDGEN, Johannes, Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht-Bemerkungen zum “Hypothekenzins”- und zum “Wertstellungs – Urteil” des BGH”, NJW 1989, s. 943-952, s. 943; HEINRICH, Von Helmut, Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart, festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1995 (Hrsg. Von Friedrich Graf von Westphalen und Otto Sandrock), s. 157 – 177, s. 157. GOTTSCHALK, Eckart, Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen, Archiv für die civilistische Praxis, Heft: 4, 2006, s. 555-597, s. 555.

11 KREIENBAUM, Birgit: Transparenz und AGB-Gesetz, Berlin 1998, s. 194 vd.'daki Alman Federal Mahkemesi kararları incelemesi ve bunlara ilişkin görüşler.

12 DREXL, Josef, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen, Mohr Siebek, 1998, s. 356; FAHR, Peter: Inhaltskontrolle Transparenzgebot und § 8 AGBG Zur Abgrenzung kontrollfreier Preis – und Leistungsbestimmungen, Akademischer Verlag, München 1999, s. 1.

13 [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57fa9b4bd70867.50985689,\(08.10.2016'da ziyaret edildi\)](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57fa9b4bd70867.50985689,(08.10.2016'da ziyaret edildi)).

14 GOTTSCHALK, s. 557; JOPPICH, Tim Gero, Die Kodifikation des Transparenzgebots in § 307 BGB: Unter Besondere Berücksichtigung der Arbeitsvertragskontrolle, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 2009, s. 1.

15 COESTER, § 307, N. 170; BGH, Urt. v. 24.11.1988, Az.: III ZR 188/87, N. 26, 27 ; BGH, Urt. v. 17. 01. 1989, Az.: XI ZR 54/88, N. 21 (<https://www.jurion.de/Urteile,08.10.2016> tarihinde ziyaret edildi).

ötesinde sosyoekonomik etkileri de olduğu ve dürüstlük kuralının durumun gerektirdiği ölçüde geniş bir şekilde söz konusu hükmün ekonomik olumsuzluklarının ortaya konmasını zorunlu kıldığı vurgulanmaktadır¹⁶. Saydamlık kuralını ortalama bir müşteri için onun hak ve sorumluluklarının mümkün olduğunca açık ve anlaşılır şekilde ortaya konması¹⁷ ve dürüstlük kuralının gerektirdiği belli durumlarda bunun ötesinde durumun gerektirdiği ölçüde geniş bir şekilde hükmün ekonomik olumsuzluklarının ve dezavantajlarının fark edilebilmesi şeklinde tanımlayabiliriz.

B. Fonksiyonları

Saydamlık kuralının genel işlem koşulları kullanımına bağlı müşteri aleyhine oluşan bilgi asimetrisini dengelemeye hizmet ettiği belirtilmektedir¹⁸. Bu bağlamda genel işlem koşullarına saydamlık kuralı denetim araçları ile yapılacak müdahale sözleşme özgürlüğünün korunmasına hizmet eder¹⁹. Öte yandan saydamlık kuralı genel anlamda fiyatların açıklığına ve piyasa saydamlığına da katkı sağlar²⁰.

Saydamlık kuralı sözleşmenin kuruluş ve ifa aşamalarında sırasıyla kuruluş ve uygulama saydamlığı şeklinde ikili bir ayırmda aktarabileceğimiz uygulama fonksiyonu mevcuttur²¹. Her iki aşamada da saydamlık kuralı iletişim fonksiyonuna (*Kommunikationsfunktion*)²² sahiptir.

16 Krş. PFEIFFER, § 307, N. 234. Alman Federal Mahkemesi'nin de genel işlem koşulunun ortalama bir müşteri için anlaşılır olmasının ötesinde de etkileri olduğunu vurgulamaktadır. Bu konuda Bkz. BGH v. 10. 12. 2014 – IV ZR 289/13, WM 2015, 223; BGH v. 21.7.2 010 – XII ZR 189/08, NJW 2010, 3152 (3154); BGH v. 24. 2. 2010 – XII ZR 69/08, NJW-RR 2010 ,739 (740); BGH v. 16. 5. 2007 – XII ZR 13 /05 , NJW 2007, 2176; BGH v. 9. 5. 2001 – IV ZR 121/ 00 ve diğer kararlar (FUCHS, § 307, N. 325'den naklen).

17 RÖMER, Wolfgang, Zu den Grenzen des Transparenzgebots im Versicherungsrecht, in: Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 2004, s. 615 – 627, s. 616; PILZ, Knut, Missverständliche AGB, Ein Beitrag zum Verhältnis von Auslegung und Transparenzkontrolle untersucht am Beispiel Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Berlin 2011, s. 164 vd.

18 PILZ, s. 165; FUCHS, § 307, N. 326. Saydamlık kuralına ilişkin bilgi kuralı (*Informationsgebot*) nitelendirilmesi hakkında Bkz. BILLING, Tom, Die Bedeutung vom § 307 III 1 BGB im System der AGB – rechtlichen Inhaltskontrolle, München 2006, s. 46 vd.; HOYNINGEN – HUENE, Gerick von, Unwirksamkeit von AGB bei blosser Intransparenz? In: Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart festschrift für Reinhold Trinkner, Heidelberg 1995, s. 171 – 191, 171 vd.; FUCHS, § 307, N. 326.

19 CİVAN, s. 277. Nitekim genel işlem koşullarının saydam olması gerekliliğinin irade özerkliği esasından kaynaklandığı hakkında Bkz. KALEV Saare/ KARIN Sein, Transparenzgebot der AGB-Klauseln in den Verbraucherverträgen, Juridica International XIX, 2012, s. 59 – 67, s. 60.

20 HELLNER, Thorwald, Quo vadis AGB – Recht, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. Marz 1990, Berlin, New York 1990, s. 573 – 587, s. 585; KÖNDGEN, Johannes: “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht-Bemerkungen zum “Hypothekenzins-“ und zum “Wertstellungs – Urteil” des BGH”, NJW 1989, s. 943-952, s. 950; HEINRICHS, s. 163; BASEDOW, s. 1046.

21 WURMNEST, § 307, N. 55; PFEIFFER, § 307, N. 237; FASTERICH, Lorenz, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, Köln, 1992, s. 321 vd.; KOLLER s. 671 vd.; FUCHS, § 307, N. 326; COESTER, § 307, N. 176. Ancak söz konusu ayırımın tercih etmeyen bir görüşe göre sözleşmenin süresi, sona erdirilmesi ve sorumluluk gibi hususların duruma göre kuruluş ve uygulama saydamlığı altında değerlendirilmesi mümkün olabilir. Bu görüş için Bkz. Bkz. HEINRICHS, s. 166.

22 BASEDOW, Jürgen: “Transparenz als Prinzip des Versicherungsvertragsrecht”, VersR 1999, 1045 – 1088, s. 1046; ŞİMŞEK, Ayşe Firat, Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi, Ankara 2011, s. 68; GOTTSCHALK, s. 564.

Kuruluş saydamlığı sözleşmenin kuruluş sürecinde müşterinin sözleşmedeki hakları ve sorumluluklarını içeriğini ve kapsamını öğrenmesini, piyasadaki diğer seçenekler ile karşılaştırabilmesini, kullanıcı ile sözleşme yapıp yapmamaya veya piyasadaki başka bir kullanıcı ile sözleşme yapma kararı verebilme olanağına sahip olmasını ifade eder²³. Kuruluş saydamlığı saydamlık kuralının rekabete ilişkin fonksiyon, daha somut olarak sözleşme özgürlüğüne işlerlik kazandırmayla ilgilidir²⁴. Gerçekten de müşterinin sözleşmenin kuruluşundan önce makul bir karar verebilmesinin ve işleyen, fonksiyonel bir koşul rekabetinin olmaz ise olmaz şartı genel işlem koşullarının yeterli saydamlığa sahip olmasıdır²⁵. Öte yandan irade özerkliği etkisini sözleşmenin kuruluşu yanında, sözleşmenin adil bir şekilde uygulanması içinde gösterir²⁶. Bu bağlamda uygulama saydamlığı sözleşmenin uygulama aşamasında kendi hak ve sorumluluklarını fark etmiş olan müşterinin kullanıcıya karşı kendi haklarını korumasına imkan²⁷ ve kullanıcının sözde bazı haklarına karşı hareketsiz kalması riskinin sınırlanmasına katkı sağlar²⁸. Uygulama saydamlığının açılan davaları ve hukuki danışmanlığa duyulan ihtiyacı azaltmak suretiyle maliyetleri azaltan bir fonksiyon taşıdığı da belirtilmektedir²⁹.

Saydamlık kuralına ilişkin olduğu kabul edilecek denetim araçları da objektif ve soyut bir şekilde yürütülür. Saydamlık kuralı *toplumsal farkındalık yaratma fonksiyonu* ile sağduyulu, sorumluluk sahibi ortalama bir müşteriyi (ilgili alandaki müşteri modeli) dikkate almanın ötesinde sürekli uygulamaları ile toplumda farkındalık yaratarak bilgi modeline uygun bilinçli ve eleştirel müşterilerin oluşumuna katkı sağlamayı hedeflerken, kullanıcıları daha saydam genel işlem koşulları sunmaya yöneltir.

C. TBK m. 20 vd.'daki Görünümleri

Bu başlık altında TBK'da yer alan genel işlem koşulu denetim mekanizması araçlarını makalemizin kapsamını aşmamak adına genel hatları ile saydamlık kuralına yönünden değerlendireceğiz.

23 PFEIFFER , in: Wolf /Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, § 307, N. 236; KENT, Lerch D., Recht verstehen. Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht. (Die Sprache des Rechts. Studien der interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften: Erster Band). Berlin, New York: Walter de Gruyter 2004, s. 239 – 285, s. 276; ŞİMŞEK, s. 79; HAVUTÇU, Tez, s. 176.

24 Saydamlık kuralının tüketicinin karar verme gücünü ve rekabeti güçlendirerek onun müzakere gücündeki kaybı dengelediği hakkında Bkz. EVERMANN, s. 58 vd.; FUCHS, § 307, N. 326; KREINBAUM, s. 257. ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 169; CİVAN, s. 277.

25 STOFFELS, Marcus, in: Wolf/ Lindacher,/ Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, 6. Aufl., München 2013, N. 428 vd.; FUCHS, N. 326; COESTER, § 307, N. 315; EVERMANN, s. 59; JOBBICH, s. 177.

26 JOBBICH, s. 43; COESTER, § 307, N. 178.

27 ÇINAR, s. 169; CİVAN, s. 277.

28 FUCHS, § 307, N. 328; KOLLER s. 667, 677; SCHÄFER, s. 165 vd., 168; HEINRICH, Von Helmut: “Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, in: Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart, festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1995 (Hrsg. Von Friedrich Graf von Westphalen und Otto Sandrock), s. 157-177, s. 162 vd.; COESTER, § 307, N. 178.

29 KOLLER s. 177.

Çalışmamızda esas aldığımız ayrıma göre³⁰ genel işlem koşulu denetim mekanizması sırasıyla³¹ şu aşamalardan oluşmaktadır:

i) Ön denetim (TBK m. 20)

ii) Yazılmamış sayılma yaptırımına³² tabi genel kapsam denetimi

iia – İlişkilendirme denetimi (TBK m. 21 f. 1),

30 Türk Hukuku'nda esas aldığımız ve buna saydamlık denetimi şeklinde ilave bir aşama daha eklediğimiz ayrım için Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 414, 443 vd. Son zikredilen yazarın yapmış olduğu ayrımın genel işlem koşullarının öncesi ve sonrası aşamaları ile kanun sistematliğini dikkate aldığı hakkında Bkz. AYDOĞDU, s. 73. Bizce de genel işlem koşulu denetim mekanizmasını detaylı şekilde aktaran söz konusu ayrım incelemede netlik sağlaması yönüyle akademik çalışmalarda ve uygulamada esas alınmasının uygun olduğu düşüncesindeyiz. Katılmış olmadığımız aksi yönde bir görüşe göre ise çok aşamalı söz konusu ayrım karışıklığa yol açtığı gibi müşterinin korunmasına da katkı sağlamamaktadır. Bu görüş için Bkz. CİVAN, s. 161 vd., dp. 88. Ancak bize göre bilakis belirsizlikleri ayrı başlıklar altında özelleştirip değerlendirmek daha verimli ve etkin sonuçlara ulaşmaya katkı sağlar. Ayrıca müşteriler yönünden de benimsemiş olduğumuz ayrıma göre şematik ve sıralı bir incelemesi algıda seçiciliği ve farkındalığı arttırmaya katkı sağlar. Bu yönde örnek bir şema için Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 443 vd. Yine Alman Hukuku ilişkin daha az kapsamlı bir şema için örneğin Bkz. BROX/ WALTER, Schuldrecht, § 4, N. 69.

31 SCHLOSSER, Vorbem. zu § 305, N. 19; BÜYÜKSAGIS, Erdem, İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 675-711, s. 678; ATAMER, Sempozyum – I, s. 11; AYDOĞDU, s. 100.

32 Katılmış olduğumuz Türk Hukuku'nda sınırlı, mutlak olmayan esnek geçersizliği savunan bir görüşüne göre yazılmamış sayılma kesin hükümsüzlüğün yokluğa yaklaşan ağırlaştırılmış bir geçersizlik türü, kesin hükümsüzlükten daha ağır bir geçersizliktir. Söz konusu görüş için Bkz; ANTALYA, Gökhan/ TOPUZ Murat, Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015, s. 229, dp. 112; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 143 vd. Son zikredilen yazara göre kesin hükümsüzlükten farklı olarak yazılmamış sayılma yaptırımını sadece müşteri ileri sürebilir. Ayrıca yazılmamış sayılma onama veya dürüstlük kuralı ile düzeltilemez, tahvil ile başka bir işleme dönüştürülemez. Ayrıca söz konusu yaptırım yokluk yaptırımını ile de uyusmamaktadır, zira bundan farklı olarak yazılmamış sayılan genel işlem koşullarının sözleşmenin diğer düzenlemelerine etkisi TBK m. 22'de düzenlenmiştir (s. 143 vd.). Yazılmamış sayılmanın (kısmi) yokluk olarak anlaşılması şeklindeki görüş için örneğin Bkz. OĞUZMAN M. Kemal / Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, N. 510; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2014, s. 218 vd., 221; AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 5. Bası, Konya 2011, s. 124; NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul, 2015, N. 50a; ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTCU, Ayşe/ AYDOĞDU, Murat/ CUMALIOĞLU, Emre, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana ilkeler, İzmir 2013, s. 124; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, 7. Baskı, Konya 2012, s. 150; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, 14. Baskı, Ankara 2011, s. 114 vd.; ŞEKER, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 100, 137 vd. Yokluk görüşü içerisinde kanun koyucunun yazılmamış sayılmayı düzenlediği hükümlerde bir kanuni faraziyenin bulunduğu şeklinde görüşlerde yer almaktadır. Bu görüşlerden birinde göre söz konusu faraziye (varsayımı) genel işlem koşulları hakkında tarafların iradelerinin uyumadığı yönünde bir irade uyusmaması (*dissensus*) faraziyesi olarak kabul edilebilir. Bu görüş için Bkz. TOPUZ, Kapsam Denetimi, s. 1165; ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 230, dp. 113. Başka bir görüşe göre ise kullanıcının irade beyanının mevcut olmadığı kabulüne yönelik bir faraziye söz konusudur. Bu görüş için Bkz. Şeker, s. 100 vd. Yazılmamış sayılmanın (kısmi) kesin hükümsüzlük olarak anlaşılması şeklindeki görüş için örneğin Bkz. DOĞAN, Gül, 6098 sayılı Borçlar Kanunu Çerçevesinde genel işlem koşulları, Prof. Dr. Mustafa Dural' a Armağan, İstanbul 2013, s. 459 vd., s. 465 vd. KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 64; HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 63. Yazılmamış sayılmanın kendine özgü bir geçersizlik olarak anlaşılması yönündeki görüş için Bkz. YELMEN, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 104 vd.

- iib – Yürürlük denetimi (TBK m. 21 f. 1),
- iii) Yazılmamış sayılma yaptırımına tabi özel kapsam denetimi (TBK m. 21 f. 2), iv) Yorum denetimi ve bu kapsamdaki yorum ilkelerinden biri olarak açık olmama kuralı (TBK m. 23),
- iv) Yorum denetimi ve bu kapsamdaki yorum ilkelerinden biri olarak açık olmama kuralı (TBK m. 23),
- v) (Kısmi) Kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi “*kendine özgü bir denetim şekli olarak saydamlık denetimi*”³³ (TBK m. 25),
- vi) Yazılmamış sayılma yaptırımına tabi³⁴ (içerik denetiminin özel ve mutlak bir görünümü olarak³⁵) değiştirme yasağı (TBK m. 24³⁶),
- vii) (Kısmi) kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi³⁷ içerik denetimi (TBK m. 25). Saydamlık kuralı bu zikredilen aşamalarda farklı boyut ve kapsamlarda dikkate alınmaktadır³⁸.

Ön denetim aşamasının konusu bir genel işlem koşulunun varlığı tespiti oluşturur. Genel ve soyut nitelikteki³⁹ genel işlem koşullarının varlığının kabulü için bunların; sözleşmenin kurulmasından önceki bir aşamada hazırlanmış olmaları, ileride çok sayıda sözleşmede kullanma amacı ile hazırlanmış olmaları⁴⁰, kullanıcı tarafından tek başına hazırlanıp diğer tarafa sunulmaları ve müzakere edilmemiş olmaları gerekir⁴¹. Bu nitelikte sözleşme kayıtlarının sözleşmenin içeriğinde

33 Prof. Dr. Gökhan Antalya tarafından söz konusu denetim şeklinin adı “*Kendine Özgü Bir denetim Şekli Olarak Saydamlık Denetimi*” olarak önerilmiştir. Öğretideki başka bir çalışmadaysa saydamlık kuralı ile ilişkileri dikkate alınarak diğer denetim aşamaları geniş anlamda saydamlık denetimi (*Transparenzgebot/ kontrolle im weiteren Sinn*), BGB § 307 f. 1 c. 2 ise dar anlamda saydamlık denetimi (*Transparenzkontrolle im engeren Sinn*) olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bu görüş için Bkz. PILZ, s. 131. Makalemizde ise *Antalya*’nın önerdiği ismin söz konusu denetimin farklılığını ve özellikle içerik denetiminden ayrılan amaç ve fonksiyonlarını çok daha iyi vurguladığı için tercih edilmiştir.

34 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 442; EREN, s. 221; REİSOĞLU, s. 73 vd.; AKINCI, s. 112; ALTOP, Armağan, s. 260. Buna karşılık olan hukuk açısından TBK m. 24’ün yaptırımının kesin hükümsüzlük olarak anlaşılması gerektiği hakkındaki azınlıktaki görüş için Bkz. AYDOĞDU, s. 110.

35 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 441 vd.

36 TBK m. 25’de: “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine ... ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*” yer alan şeklindeki ifadede (klasik görünümü ile) içerik denetimini çıkarmaktayız.

37 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 441; Nomer, Borçlar Hukuku Genel, N. 50a; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel, s. 76; ATAMER, Sempozyum – II, s. 32 vd.; HAVUTÇU, Sempozyum, s. 3621 vd. İçerik denetimine aykırılık hukuki sonucu açıkça TBK’da düzenlenmemiştir. Ancak TBK m. 25’in madde gerekçesinden içerik denetimine aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu belirtilmiştir.

38 BASEDOW, s. 1045 vd.; GOTTSCALK, s. 565 vd.; JOBBICH, s. 45; PILZ, s. 164; EVERMANN, s. 39.

39 Genel ve soyut olma genel işlem koşulu kavramının niteliğinden çıkarılabilir zorunlu bir unsur olarak nitelendirilmektedir. Buna göre genel olmanın kimliği önceden belirli olmayan kişilerle sözleşme yapılmasını, soyutluğun da genel işlem koşullarının ileride aynı türde yapılacak sözleşmelerle ilgili olarak hazırlanmış olduğunu ifade ettiği hakkında Bkz. HAVUTÇU, Tez, s. 74, 80; CİVAN, s. 17, 27; AYDOĞDU, s. 57; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel, s. 69 vd.

40 Bu bağlamda ileride birden fazla sözleşmede kullanma amacının yeterli olduğu, buna karşı fiilen bunları kullanmış olmanın aranmadığı hakkında örneğin Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 416; ATAMER, Sempozyum – I, s. 16.

41 BROX/WALKER, § 4, N. 29 vd.; BASEDOW, § 305, N. 13 vd.; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 415 vd.; HAVUTÇU, Tez, s. 74 vd.; CİVAN, s. 17 vd.; ATAMER, Tez, s. 12 vd.; AYDOĞDU, s. 46 vd.; TOPUZ, Kapsam Denetimi, s. 1138 vd.

veya ekinde yer alması, burada kullanılan yazının niteliği, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kurumlarca hazırlanmış olmaları gibi hususlarda bunların genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesinin önüne geçmez⁴².

Ön denetiminin olumsuz bir unsuru olarak müzakere edilmemiş olma kavramının somutlaştırılmasına ilişkin kabul edilen içeriğe etki etme esasının⁴³ saydamlık kuralı ile ilişkisi vurgulanmalıdır. Buna göre müşterinin fiilen genel işlem koşullarının içeriğine etki edebilecek durumda bulunması⁴⁴ yanında, saydamlık kuralı yönünden ilgili alandaki ortalama bir müşteri yönünden tamamlayıcı hukuk kurallarından ayrılan sözleşme kaydının içeriği ve ayrıca bunu fiilen değiştirebileceği olgularının açık ve anlaşılır olması gerekir⁴⁵.

Kapsam denetiminde genel işlem koşullarının bir bütün olarak sözleşme içeriği haline gelip gelmediği değerlendirilir⁴⁶. Başka bir deyişle burada ilişkilendirme anlaşmasının hangi şartlar altında meydana geleceği ve bunun kapsamına hangi genel işlem koşullarının dahil olacağı incelenir⁴⁷. Öğretide özellikle ilişkilendirme denetimine ilişkin “*varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması*” unsurunu anlaşılabilirliğin ön aşaması olan soyut algılanabilirliğe ilişkindir⁴⁸. Soyut algılanabilirlik şartı da teker teker genel işlem koşullarına maddi içeriğine ilişkin olmayıp sözleşmenin tamamının veya bir kısmının bütününe yöneliktir⁴⁹.

Özel kapsam denetimine ilişkin kanunda ilgili genel işlem koşulunun içeriğine ilişkin ve objektif olan sözleşmenin niteliği ve işin özelliği kriterleri tercih edilmiştir⁵⁰. Özel kapsam denetiminin

42 GAUCH, Swisslex, s. 9; MATT, s. 104.

43 STOFFELS, N. 130; PALANDT/ GRÜNEBERG, § 310, N. 17; ATAMER, Sempozyum – I, s. 24 vd.; HAVUTÇU, Tez, s. 88; BÜYÜKSAGIS, s. 680 vd., 684 vd.; CİVAN, s. 33 vd.

44 PFEIFFER, § 305, N. 37, 38; CİVAN, s. 33 vd.; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 332.

45 FASTRICH, s. 273 vd.; BASEDOW, § 310, N. 3, 55.

46 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 418; CİVAN, s. 163; ÇINAR, s. 66 vd.

47 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 418; TOPUZ, Kapsam Denetimi, s. 1144, 1146; HAVUTÇU, Tez, s. 105.

48 TBK m. 21 f. 1'de geçen: “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları...*” ifadesi maddi menfaatlere dönük bir menfaat değildir. Nitekim burada geçen menfaatin maddi menfaate ilişkin olduğu yönünde katılmış olmadığımız görüş için örneğin Bkz. AYDOĞDU, s. 89. Söz konusu menfaat müşterinin genel işlem koşullarının bütünlüğünü soyut algılamasına ilişkin menfaattir. TBK m. 21 f. 1'in sözünde vurgulandığı üzere müşterinin (karşı tarafın) (soyut algılamasına ilişkin) menfaatine aykırı olan genel işlem koşulları kapsam denetimine tabi tutulur. Bu bağlamda kapsam denetimine aykırılık durumunda lehe olan genel işlem koşullarının da yazılmamış sayılması gündeme gelebilir. Lehe olan kayıtlarında kapsam denetimine tabi olduğu yönünde örneğin Bkz. KREINBAUM, s. 256; ATAMER, Sempozyum – I, s. 28; ŞİMŞEK, s. 212.

49 PRÄVE, s. 138; BASEDOW, s. 1046 vd.; BASEDOW, § 305, N. 73.

50 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 428; SİRMEN, A. Lâle, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011, BATİDER), Ankara 2011, s. 107 – 135, s. 116; AYDOĞDU, s. 104. Örneğin kira sözleşmesi sona erdikten sonra kiralananı kiracının satın alma yükümlülüğüne bağlayan bir kira genel koşulunun içerik yönünden olağandışı olduğu için ilişkilendirilmeyeceğine ilişkin bir örnek için Bkz. Begr. RegE zum AGB-Gesetz, BT-Drucks. 7/3919, s. 19 (zu § 3 AGBG) (GOTTSCHALK, s. 573, dp. 89'dan naklen). Bunun gibi örneğin TBK m. 21'in madde gerekçesinde geçen döviz hesabını belli bir yabancı para cinsinden açtıran kişiye hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile ödeme yapılmasına ilişkin genel işlem koşulları içerik olarak olağandışı niteliktedir. Bu konuda Bkz. ANTALYA, Gereçeli ve Açıklamalı TBK, s. 72 (TBK m. 21, madde gerekçesi); ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 428. İsviçre Federal Mahkemesi'nin içerik yönünden olağandışı nitelikteki genel işlem koşullarına ilişkin çeşitli örnek kararlar için Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 428; KAŞAK, Esra, Sözleşmenin

konusu ilgili genel işlem koşulu içeriğinin ilgili alandaki makul, ortalama bir müşteri için yabancı/şartlı nitelik taşıyıp taşımadığının güven teorisi çerçevesinde tespit edilmesidir⁵¹. İçerik yönünden olağandışı hakkında yapılacak değerlendirmede bir genel işlem koşulunun saydam olmasına rağmen olağandışı nitelikte olması mümkündür⁵². Öte yandan olağan bir içeriğe sahip olmakla birlikte bir genel işlem koşulunun saydam olmayacak bir şekilde değerlendirilmesi mümkündür⁵³.

Yorum denetiminde ise daha sonraki aşamalarda yürütülen saydamlık ve içerik denetiminin konusu tespit edilir. Genel işlem koşulları kendine özgü yorum ilkelerine tabidir⁵⁴. Bunlar arasında yer alan genel işlem koşullarının sözleşmenin kuruluşuna göre⁵⁵ olayın özelliklerinden soyutlanmış, objektif bir şekilde yorumlanması gereği vurgulanabilir⁵⁶. Burada hukuki bilgisi olmayan dürüst, makul, ortalama bir müşterinin algılama imkanı dikkate alınmaktadır⁵⁷. Kullanıcı yönünden de ilgili branşta yer alan kullanıcı tipi esas alınır⁵⁸.

TBK m. 23'de ise yorum ilkelerinden sadece açık olmama kuralı olarak ta nitelendirilebileceğimiz düzenleyen aleyhine (müşteri lehine) yorum ilkesi düzenlenmiştir⁵⁹. Bunun uygulanabilmesi için sözleşmenin kuruluş anında⁶⁰ iki anlamın tespit edilmiş olması gerekmektedir⁶¹. TBK m. 23'e diğer yorum kuralları tüketildikten sonra başvurulabilir⁶². Açık olmama kuralında öngörülen

Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6089 sayılı TBK m. 21/2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakülte Dergisi, C.3, S: 1, 2012, s. 415 vd., s. 423.

51 KOLLER, Thomas, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, 943 – 952, s. 947 vd.; HUGUENİN, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Schulthess 2006.

EHLE/ BRUNSCHWEILER, s. 265; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 427; TOPUZ, Kapsam Denetimi, s. 1151.

52 SCHLOSSER, § 305c, N. 5; LINDACHER/ HAU, § 305c, N. 40; ULMER/ SCHÄFER, § 305c, N. 23, 30.

53 SCHÄFER, s. 97; ŞİMŞEK, s. 160; KREINBAUM, s. 101.

54 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 430 vd.; CİVAN, s. 196 vd.; ÇINAR, s. 109 vd.

55 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 494; OĞUZMAN/ ÖZ, N. 598; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, § 32, N. 11.

56 Böylece saydamlık kuralı gibi hukuki güvenlik ve açıklığa katkı sağlayan objektif yorum, aynı zamanda genel işlem koşullarının amaçlarından olan standartlaşma, rasyonelleştirme, maliyetleri düşürme fonksiyonlarını gerçekleştirilmeye hizmet eder. Bu konuda Bkz. JOBBICH, s. 50; ULMER/ SCHÄFER, § 305c, N. 75; STOFFELS, N. 362.

57 Objektif yoruma öncelik verilmesinin irade beyanların yorumunda kullanılan güven teorisi ile uyumlu olduğu hakkında Bkz. CİVAN, s. 202. Objektif teorinin güven teorisini bir uygulamasından ibaret olduğu hakkındaki görüşe sahip yazarlar için Bkz. KAPLAN, İbrahim, Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2013, s. 40 vd., dp. 86

58 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 430.

59 Bu hüküm tarihi Roma hukukuna kadar giden Avrupa sözleşmeler hukukunun en temel ilkelerinden biri olan açık olmama/ belirsizlik kuralını (*Unklarheitsregeln*) yansıtmaktadır. TKHK m. 5 f. 4 c. 2'de de: "Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır" olarak ifade edilmiştir. Açık olmama kuralının Mevaz Alman Hukuku'nda ki uygulaması olan BGB § 305c f. 2'de benzer bir şekilde: "Genel işlem koşullarının yorumunda, şüphe halinde kullanan aleyhine olan anlam esas alınır" belirtilmiştir. Yine İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı (OR 2020) m. 32'de açık olmama kuralı: "Önceden düzenlenmiş, müzakere edilmemiş sözleşme koşullarından açık veya anlaşılır olmayanlar söz konusu bu koşulu önermiş olanın aleyhine yorumlanacaktır" şeklinde ifade edilmiştir.

60 PILZ, s. 146 vd.; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 494. Buna karşılık sigorta sözleşmelerinde sigorta konusu olayın (riskin) gerçekleştiği dikkate alınması gerektiği yönünde Bkz. SCHLOSSER, § 305c, N. 110.

61 BASEDOW, s. 1047; STOFFELS, N. 370; ULMER/ SCHÄFER, § 305c, N. 86.

62 LINDACHER/ HAU, § 305, N. 129; BAMBERG/ ROTH, 305c, N. 39; SCHLOSSER, § 305c, N. 106; ULMER/ SCHÄFER, § 305c, N. 62; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 497; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, § 32, N. 17. Örnek olarak kaza sigortası genel işlem koşullarında yer alan; "hastane için günlük ücret bedeli, sigortalının sağlık

kullanıcının aleyhine risk dağılımının gerekçesini sözleşmeyi hazırlama özgürlüğünü tek taraflı kullananın buna ilişkin sorumluluğu da taşıması gereği oluşturmaktadır⁶³. Öğretide objektif görüşün geçerli olduğu⁶⁴ açık olmama kuralının kapsamı tartışmalı olmakla beraber aslında saydamlık kuralına da hizmet ettiğine işaret edilmektedir⁶⁵. Açık olmama kuralının saydam olmamanın özel bir türünü düzenlediği belirtilmektedir⁶⁶. Bunun hukuki sonucu olan müşteri lehine olan yorum sonucunun geçerli olması kullanıcıyı daha temkinli hareket etmeye zorlar ve bu durum genel olarak sözleşmenin saydamlığına da katkı sağlar.

Bir sonraki denetim aşaması TBK m. 25'de yer alan kendine özgü bir denetim şekli olan saydamlık denetimidir. Saydamlık denetiminin asli uygulama alanı kuruluş saydamlığına ilişkindir. TBK m. 25' te "aleyhine" olma kavramına ilişkin tanımlama boşluğu nedeniyle oluşan kural içi boşluğun⁶⁷ doldurulmasında Alman Hukuku'nda savunulan "müşterinin menfaatine aykırı olma" durumunu geniş yorumlayan görüşten⁶⁸ Türk Hukuku'nda da yararlanılabileceği düşüncesindeyiz. Müşterinin aleyhine olma, diğer bir deyişle menfaate aykırılık/ aleyhine olma durumu hukuki olabileceği (*Rechtbezogene Unangemessenheit*) gibi, piyasaya dönük (*marktbezogene Unangemessenheit*) te olabilir⁶⁹. Piyasa dönük mağduriyet veya müşterinin kaybetmiş olduğu piyasa alternatiflerinin⁷⁰ kaybı tek başına bir genel işlem koşulunun geçersizliğine sebebiyet verebilir⁷¹.

Saydamlık denetiminin asli uygulama alanı kuruluş saydamlığına aykırılık olup, bunun içerisine maddi anlamda müşteri lehine olan genel işlem koşulları (lehe olan kayıtlar) da girmektedir⁷². Zira diğer genel işlem koşulu denetim araçlarından farklı olarak saydamlık denetiminde müşteriye doğrudan koruma fonksiyonu muhafaza etmeye ilişkin doğrudan bir amacı olmayıp dolaylı olarak bireyi koruma veya bireyüstü koruma (*überindividueller Ansatz/ marktbezogene Schutzfunktion*)

neniyle bu sözleşmede kaza sayılan hallerden biri dolayısıyla yatarak tedavi gördüğü her takvim günü için ödenir" şeklindeki kayıt sigortalının tedavi sırasında hastanede kısmen bulunduğu bir durumda; müşterinin tedavi gördüğü günlere ilişkin bedelin tamamını isteyebileceği, söz konusu günlerde zamanın büyük bir kısmını veya geceleri hastanede geçirmesi durumunda bedelin tamamını isteyebileceği; hastanede geçirdiği zamana göre orantısız olarak bedeli isteyebileceği; bu durumda kullanıcıya karşı ileri sürebileceği herhangi bir alacağı olmadığı gibi farklı şekillerde yorumlanabilecektir. Açık olmama kuralı gereği müşteri lehine aktardığımız ilk anlamda yorumlanacaktır. Söz konusu örnek için Bkz. PILZ, s. 151 vd.

63 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 432; HAVUTÇU, Tez, s. 152; ATAMER, Sempozyum – I, s. 36; CİVAN, s. 203.

64 ULMER/ SCHÄFER, § 305c, N. 92a; PALANDT/ GRÜNEBERG, § 305c, N. 16; ROTH, s. 2135; ŞİMŞEK, s. 248; PILZ, s. 147 vd. Buna karşılık subjektif veya karma görüş taraftarları yorum denetimindeki görüşleri ile tutarlı şekilde açık olmama kuralı ile ilgili olarak ta yapılan değerlendirmede somut müşterinin bakış açısından yola çıkmaktadırlar. Bu yönde Bkz. SCHLOSSER, § 305c, N. 124; LINDACHER/ HAU, § 305c, N. 134.

65 ULMER/ SCHÄFER, § 305c, N. 61; LINDACHER/ HAU, § 305c, N. 124; GOTTSCHALK, s. 575; SCHÄFER, s. 111; HEINRICH, s. 160 vd.; KREINBAUM, s. 63.

66 HEINRICH, s. 160 vd.; BASEDOW, s. 1047.

67 ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 251.

68 FUCHS, § 307, N. 331; SCHLOSSER, § 307, N. 175 vd.; KÖNDGEN, s. 950; HEINRICH, s. 163.

69 KÖNDGEN, s. 950; SCHLOSSER, § 307, N. 175.

70 FUCHS, § 307, N. 331.

71 SCHLOSSER, § 307, N. 174; FUCHS, § 307, N. 331.

72 PILZ, s. 211; FAHR, s. 122; EVERMANN, s. 66; JOBBICH, s. 14; KREINBAUM, s. 256 vd., 289.

fonksiyonu⁷³ ön plandadır. Yine saydamlık denetiminin uygulama alanı içerisinde kaçınılmaz saydam olmama durumu (*unvermeidbare Intransparenzen*)⁷⁴ olarak ta ifade edebileceğimiz halk dilinde karşılığı olmayan hukuki/ teknik kavramları içeren genel işlem koşulları⁷⁵ ile niteliği gereği karmaşık genel işlem koşulları⁷⁶ da girmektedir. Saydamlık denetiminin özel bir uygulama alanı da hukuksal düzenlemeyi tekrar eden genel işlem koşulları⁷⁷ oluşturur. İçerik denetimi dışındaki alanda⁷⁸ yer alan hukuksal düzenlemeyi tekrar eden kayıtların istisnai olarak kuruluş saydamlığı yanında uygulama saydamlığına ilişkin olmaları da yeterlidir.

Saydamlık denetimi içerik denetiminden önce uygulanır⁷⁹. İçerik denetimine kıyasla sözleşme özgürlüğünü daha az sınırlayan bir araç olarak saydamlık denetimi ölçülülük ilkesi gereği öncelikle uygulanır⁸⁰. Saydamlık denetiminin hukuksal düzenlemeyi aktaran genel işlem koşullarına ilişkin olan uygulama alanında ise bunun öncelikle uygulanması gereği söz konusu alanın içerik denetimi dışı kalan alanda yer almasından kaynaklanır.

Bu aşamalardan sonra müşteri aleyhine dürüstlük kuralına aykırılık kaldırılmamış ise inceleme konusu genel işlem koşulu irade serbestisi ilkesi ile en yoğun gerginlik ilişkisi içinde olan içerik denetimine tabi tutulur⁸¹. Öncelikle içerik denetiminin özel, mutlak bir uygulama hali olan değişiklik yasağına ilişkin TBK m. 24 uygulanır. Bu madde kapsamındaki kayıtlar saydamlık kuralına ilişkin aktardığımız maddi menfaat değerlendirilmesinin ön planda olduğu, uygulama saydamlığının dikkate alındığı belirli olmama ayırımının genel uygulama haline ilişkindir⁸².

İçerik denetiminde açık yarar dengesizliğine ilişkin olarak dürüstlük kuralına göre yürütülecek genel ve soyut değerlendirmede zamansal olarak sözleşmenin kuruluşu anındaki şartlar ve

73 Krş. KÖNDGEN, s. 943; FUCHS, Vorb. v. § 307, N. 326.

74 EVERMANN, s. 134 vd.

75 KREINBAUM, s. 69; ŞİMŞEK, s. 260.

76 GOTTSCHALK, s. 592; FUCHS, § 307, N. 348.

77 Bu husus BGB § 307 f. 3'de açıkça ortaya konmuştur. Burada yasal düzenlemelerden sapan veya onları tamamlayan genel işlem koşullarındaki hükümlere içerik denetiminin uygulanmayacağını ifade edilmiştir. Öğretide ileri sürülen; erkler ayrılığı, hakimin hukukla ve kanunla bağlılığı, tür kayıtların geçersiz olması varsayımında bunların yerine yine aynı içeriğe sahip hukuksal düzenlemelerin geçeceği ve dolayısıyla sonuç olarak gereksiz yere içerik denetimi yürütülmüş olacağı vb. gerekçelerde aynı sonucun Türk Hukuku'nda da geçerli olduğu, söz konusu istisnanın içerik denetimine içkin olduğu belirtilmektedir. Bu konuda Bkz. ATAMER, Tez, s. 217; HAVUTÇU, Tez, s. 79; SİRMEN, s. 173; CİVAN, s. 285

78 İçerik denetimine içkin olduğu düşündüğümüz (inceleme konusu hukuki işleme uygulanması gereken) hukuksal düzenlemeyi aktaran kayıtlar ile asli edimleri (ve bunlar arasındaki ilişkiyi) konu alan kayıtların içerik denetiminin konusu dışında kaldığı hakkında örneğin Bkz. ATAMER, Sempozyum – I, s. 54 vd.; CİVAN, s. 285 vd. Öte yandan esaslı edimlere ve edim – karşı edim dengesine ilişkin kayıtlar diğer genel işlem koşullarına ilişkin yürütülecek içerik denetiminde dikkate alınabileceği hakkında Bkz. ADELMANN, s. 104; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 436; ÇINAR, s. 182.

79 MORSBACH, Schmidt Susanne, Die Missbräuchlichkeitskontrolle Allgemeiner Geschäfts – und Versicherungsbedingungen in Verbraucherverträgen, Berlin 2011 s. 279; SCHMITT, Christoph/ ULMER, Detlef, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verträge für Unternehmen, Berlin Heidelberg 2010 s. 28 vd.; FASTRICH, s. 323; GOTTSCHALK, s. 565 vd.; BROX/ WALTER, Schuldrecht, § 4, N. 28 vd.; SCHLOSSER, § 307, N. 175.

80 FAHR, s. 100; JOBBICH, s. 39.

81 ULMER/ HABERSACK, § 305, N. 105; STOFFELS, N. 264.

82 FUCHS, § 307, N. 340; KREINBAUM, s. 147 vd.; PILZ, s. 171.

olgular dikkate alınacaktır⁸³. Burada sözleşme içi olgular⁸⁴ yanında sözleşme dışı olgularda somut olaydan soyut bir şekilde, “soyutlaştırılıp objektifleştirildiği” sürece dikkate alınır⁸⁵. Kanun koyucu TBK m. 25’te temel ölçüt olarak aldığı⁸⁶ dürüstlük kuralının somutlaştırılmasını öğretti ve uygulamaya bırakarak genel olarak TBK m. 20 vd.’daki genel yaklaşımı ile uyumlu olarak daha fazla dinamiklik ve esneklik sağlamıştır. Bu bağlamda bilinçli olarak bırakılan hüküm içi boşluğu⁸⁷ doldurulurken kıyasen yararlanılabilecek⁸⁸ TTK m. 55 f. 1 f’ de yer alan (ve bağlamda onunla içerdiği ölçütleri uyuşan⁸⁹ BGB § 307 f. 2) “*yasal düzenlemeye/ yasal düzenlemenin temel düşüncesine aykırılık ve ”sözleşmenin doğasına aykırılık” ölçütlerinden sapmanın ve bu sapmanın açıkça, önemli ölçüde olduğunun*⁹⁰ tespitinde dürüstlük kuralı belirleyici olur⁹¹.

İçerik denetimi bir hakkaniyet denetimi olup⁹² ön planda olan maddi menfaatlerin değerlendirilmesidir⁹³. İçerik denetiminde asıl amaçlanan anlaşılabilirliği sağlamak değil, sözleşme adaletini gerçekleştirmektir⁹⁴. Burada saydamlık denetiminden farklı olarak, genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmaması doğrudan onun geçersizliğine sebebiyet vermez⁹⁵. TBK m. 25’teki “*müşterinin durumunu ağırlaştırma*” unsuru bir genel işlem koşulunun uygulama saydamlığına ilişkin olguların açık yarar dengesizliği⁹⁶ seviyesine ulaşmamış olan bir maddi mağduriyetin etkisini arttırarak geçersizliğe sebebiyet verebileceğine⁹⁷ işaret eder. Bunun

83 SCHLOSSER, § 307, N. 100, 109 vd.; FUCHS, Vor. § 307, N. 110 vd.; PFEIFFER, § 307, N. 983.

84 Sözleşmenin bütüne ilişkin değerlendirme gereği hakkında örneğin Bkz. JOBBICH, s. 24; ŞİMŞEK, s. 221.

85 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 436 vd..

86 CİVAN, s. 248 vd.; ATAMER, Sempozyum – I, s. 41 vd.; SİRMEN, s. 122.

87 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 436; CİVAN, s. 258; ATAMER, Sempozyum – I, s. 42

88 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 439; AÇIKGÖZ, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013, s. 320 vd. ve dp. 513’teki yazarlar; ATAMER, Sempozyum – I, s. 43; YELMEN, s. 129 vd.

89 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 438.

90 BGB § 307 f. 1’de “*ölçüsüz menfaat ihlali/ mağduriyet*”, UWG § 8’de “*önemli derecede ve adil olmayacak ölçüde oransızlık*”, Yönerge m. 3’de: “*önemli ve haksız bir oransızlık*”, TKHK m. 5 f. 1’de: “*dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizlik*”, TTK m. 55 f. 1 – f (eUWG § 8)’in alt bendlerinde: “*...önemli ölçüde ayrılan...önemli ölçüde aykırı...*” olarak ifade edilmiştir.

91 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 437; HAVUTÇU, Tez, s. 171 vd. Yine içerik denetiminin yürütümünde dürüstlük kuralının çifte fonksiyonuna yapılan vurgu için örneğin Bkz. ÇINAR, s. 148

92 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 432; TOPUZ, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 187; HAVUTÇU, Tez, s. 41.

93 BASEDOW, s. 1049 vd.; PRÄVE, s. 142 vd.; GOTTSCHALK, s. 585 vd.

94 BASEDOW, s. 1049; KENT, s. 279; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 432.

95 Açık ve anlaşılır olmamanın ölçüsüz mağduriyete yönelik kuvvetli bir emare olarak değerlendirilebileceği hakkında Bkz. BAMBERG/ ROTH, § 307, N. 45. Uygulama saydamlığına sahip olmayan bir genel işlem koşulunun her zaman açık yarar dengesizliğine sebebiyet vermeyeceği hakkında örneğin Bkz. SCHLOSSER, § 307, N. 178; FUCHS, § 307, N. 333. Bir genel işlem koşulunun açık ve anlaşılabilirliğini klasik görünümü ile içerik denetiminde geçersizliğe sebebiyet verebilecek bağımsız bir ölçüt olarak değerlendiren görüşün örneğin Bkz. HAVUTÇU, Tez s. 176; ATAMER, Sempozyum – I, s. 49; BAŞ, Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural’ a Armağan, İstanbul 2013, s. 276, s. 296.

96 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 436; HAVUTÇU, Tez, s. 170; CİVAN, s. 249. TKHK m. 5 f. 1 (eTKHK m. 6 f. 1)’da yer alan “*aleyhine dengesizliğe neden olan*” ibaresinin yarar dengesine işaret ettiği hakkında Bkz. AYDOĞDU, s. 127. TBK m. 25’in sözünden de yarar dengesizliği kavramının çıkarılabileceği hakkında Bkz. ÇINAR, s. 29 vd.; AYDOĞDU, s. 127.

97 Krş. KENT, s. 278 vd.; BASEDOW, s. 1049 vd.; PRÄVE, s. 142 vd.; GOTTSCHALK, s. 585 vd.

içerik denetiminin yürütümünde toplama/ kuvvetlendirme etkisinin (*Summierungseffekt/ Verstärkereffekt*) özel bir uygulaması olduğundan bahsedilebilir⁹⁸.

III. Ticari Standart Sözleşmelerde TBK 20 vd. İle TTK m. 55 f. 1 f'nin Birlikte Uygulanabilirliği

Türk Hukuku'nda dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu sadece sözleşme hukuku yönüyle değil, ayrıca haksız rekabet hukuk anlamında da değerlendirilmiştir. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımının haksız rekabete sebebiyet vermesine ilişkin olarak TTK m. 55/ 1 – f'de özel bir haksız rekabet hali olarak:” *Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;*

1. *Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya*
2. *Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.*” şeklinde ifade edilmiştir.

TTK m. 55 f. 1 f'de haksız rekabetin bulunup bulunmadığının incelenmesi söz konusudur. Bu karşılık söz konusu hüküm kapsamında kapsam ve içerik denetimleri yürütülmez⁹⁹. Genel işlem koşullarının geçerli olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmaz¹⁰⁰. Söz konusu hükmün şartları mevcut ise haksız rekabete ilişkin TTK m. 56 vd'de yer alan cezai ve hukuki sonuçları uygulanması söz konusu olabilir. Makalemizin kapsamını genişletmemek adına söz konusu hükmün unsurları ve sonuçlarının hakkında daha fazla açıklama yapılmadan aşağıda TTK m. 55 f. 1 f'nin TBK m. 20. İle birlikte uygulanabilirliğine ilişkin görüşler ve değerlendirmelerimize yer verilecektir.

A. Görüşler

Öğretide özellikle (sözleşmenin her iki tarafının da tacir olduğu) ticari standart sözleşmelere¹⁰¹ TBK m. 20 vd.'nin uygulanabilirliği tartışmalıdır. Öğretide aşağıda daha detaylı aktaracağımız bir görüşe göre; TBK'dan farklı hukuki sonuçları öngören, haksız rekabet hali olarak özel bir şekilde TTK m. 55 f. 1 f'da düzenlenen bu tür sözleşmelere TTK'daki haksız rekabet hükümleri uygulanması gerekmekte olup, bunlara TBK m. 20 vd. uygulanmamalıdır¹⁰². Ayrıca söz

98 JOBBICH, s. 24 vd., 74. Toplama etkisinin normal uygulamasında iki ayrı genel işlem koşulu arasındaki etkileşim değerlendirilirken, burada aynı sözleşme kaydının farklı (şekli ve maddi) etkileri dikkate alınır. Toplama etkisi hakkında genel olarak örneğin Bkz. FUCHS, § 307, N. 155; STOFFELS, N. 486; PFEIFFER, § 307, N. 213.

99 PROBST, Art. 8, N. 67; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 410; ERTAN, Füsün Nomer, Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016, s. 354; UZUNALLI, s. 405.

100 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 411; ERTAN, s. 354.

101 Öğretide bir görüşe göre bu tür sözleşmeler terminolojik olarak dar ve teknik anlamda ticari standart sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Bu görüş için Bkz. AYDOĞDU, s. 37.

102 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 409 vd. Türk Hukuku'nda *Antalya* tarafından savunulan ilk görüşe genel kapsam, yorum ve içerik denetimlerinin, değiştirme yasağının ve (belirgin olmamakla beraber) ön denetim aşamasının tacirlere uygulanmaması yönünden katılıp, ilk görüşten farklı olarak geçersizlik yaptırımının da tacirlere uygulanacağını kabul eden görüş için Bkz. TOPÇUOĞLU, s. 18, 19, 29 vd., 30, 33 vd., 35. Son zikredilen yazar

konusu görüş çeşitli gerekçeler ile her iki tarafın tacir olduğu sözleşmelere de TBK m. 20 vd.'nın uygulanabileceğinin iddia edilebileceği, ancak bu durumda tacirlerin basiretli olması esası (TTK m. 20 f. 2) dikkate alınarak içerik denetiminde dürüstlük kuralına aykırılığın değerlendirilmesi gereğine işaret etmektedir¹⁰³.

Bir önceki görüşün işaret ettiği ve öğretideki çok baskın görüşün katıldığı yaklaşıma göre; TBK'da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler her türlü standart sözleşmelere ve bu kapsamda her iki tarafın tacir olduğu sözleşmeler için de uygulanabilir¹⁰⁴. Sıklıkla ilk zikredilen görüşünde vurguladığı gibi bu görüşü savunanlarca da tacirlerin basiretli olması hususu uygulanacak denetim aşamasında dikkate alınmalıdır¹⁰⁵.

Katılmış olduğumuz ve ilk görüşün de belirttiği üzere her iki tarafın tacir olduğu standart sözleşmelere TBK m. 20 vd.'nin uygulanıp uygulanmamasına ilişkin her iki görüşte aşağıda aktaracağımız gerekçeler ve kapsamda Türk Hukuku'nda savunulabilir. Ancak biz ilk zikredilen görüşün de belirttiği üzere daha ağır basan gerekçelerle her iki tarafın tacir olduğu ticari standart sözleşmelere TBK m. 20 vd.'nin doğrudan uygulanmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Buna karşılık savunduğumuz görüşe karşı buna katılmanın mümkün olmadığı şeklindeki eleştirinin¹⁰⁶ yerindeliğini aşağıda tartışacağız. Aşağıda ilk olarak son zikredilen görüş, daha sonra da katılmış olduğumuz ilk zikredilen görüşe ilişkin değerlendirmelerimizi aktaracağız. Son olarak ta katılmış olduğumuz görüşe saydamlık denetimi yönünden yapmış olduğumuz ve bu görüşle uyumlu olduğunu düşündüğümüz istisnayı ve buna ilişkin gerekçelerimizi aktaracağız.

Antalya'nın görüşüne özel kapsam denetiminin tacirlere uygulanmaması yönünden katılmamaktadır. Yazara göre; müşterinin (tacir sıfatı taşısın taşımaması) sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı genel işlem koşullarını bilmediği kabul edilecek ve bu tür kayıtlar yazılmamış sayılacaktır (s. 20, 29). Yazarın görüşüne göre sözleşmenin niteliği ve işin özelliği ölçütü TTK m. 55 f. 1 f'de zikredilmemişse de, buna aykırı genel işlem koşulları aynı zamanda dürüstlük kuralına da aykırı olup TTK m. 55 f c. 1 altında değerlendirilebilir (s. 29 vd.).

103 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 409, 411.

104 Bu yönde örneğin Bkz. HAVUTÇU, Ayşe, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Sayı: 2011 – 2, 2011, s. 29 – 42, s. 31 vd.; OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, C:1, N. 500; ERTAN, s. 369 vd.; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 328; EREN, s. 217; REİSOĞLU, s. 73; YELMEN, s. 70 vd.; AYDOĞDU, s. 165 vd.; YILMAZ, s. 141 vd.; ALTOP, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışınının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, Ali Çivi (Editör), İstanbul 2007, s. 141 – 155, s. 149; AKİBEK/ AYDOĞDU, Milli Şerh, § 5, s. 121 – 164, s. 125; KUNTALP, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 82; ATAMER, Sempozyum – I, s. 9 vd., 41 vd. Yargıtay'ın ticari standart sözleşmelere yönelik vermiş olduğu birtakım kararlarında da bu görüşe katıldığı görülmektedir. Bu yönde Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin kullanıcı ile tacir olan bir müşteri arasında yapılan bir enerji tedarik sözleşmesine ilişkin kararında (Yarg., 3. HD., 18. 12. 2014 tarihli, 2014 / 13539 E., 2014 / 16751 K.) şu açıklamaları yapmıştır: “...6098 sayılı TBK'nun uygulanması ile ilgili olarak kişi açısından bir sınırlama yapılmamıştır. Yani genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler tacirler yanında tacir olmayanlar (tüketiciler, alıcılar, müşteriler) içinde uygulanabilecektir...”; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin ticari kredi sözleşmesinde yer alan genel işlem koşullarına ilişkin bir kararında (Yarg., 11. HD., 15. 02. 2018 tarihli, 2016 / 13244 E., 2018 / 1134 K.) da: “...Taraflar arasında 30/12/2013 tarihinde düzenlenen Genel Kredi Sözleşmesine gelince, sözleşme tarihi itibarıyla Yeni Borçlar Kanunu'nun yürürlükte bulunduğundan, bu Kanun'un 20. vd. maddeleri uyarınca genel işlem şartları değerlendirmesi yapılarak, öncelikle bu komisyon oranının sözleşmeye yazılmamış sayılmasına gerekçesi gerektirmediği değerlendirilip, yazılmamış sayılmasına karar verildiği takdirde tamamlayıcı iç hukuk kuralları, örf ve adetler gözönüne alınarak oranın belirlenmesi...” şeklinde ifade etmiştir (http://www.hukukturk.com, 20.06. 2017 tarihinde ziyaret edilmiştir).

105 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 411; ERTAN, s. 367; AYHAN, Rıza/ ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2015, s. 152.

106 ATAMER, SEMPOZYUM – II, s. 103, dp. 2.

B. Değerlendirme

Her iki tarafın tacir olduğu ticari standart sözleşmelere TBK m. 20 vd.'nin uygulanabilirliğini savunan ikinci zikredilen görüş; TBK m. 20'nin sözünden doğrudan TBK m. 20 vd.'nin tacirlere de uygulanabileceği çıkarılamamakla beraber bu hükümlerin tacirlere uygulanmamasına ilişkin açık bir hükmünde öngörülmediğini, daha somut olarak hükmün sözünün aksi yönde olmadığını belirtmektedir ¹⁰⁷. Hatta TBK m. 20 gerekçesinde yer alan "müşteriler", "girişimci karşısında yer alan sözleşmenin diğer tarafı", "bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler" ifadelerinin ¹⁰⁸ dolaylı olarak bu görüşü desteklediğini ileri sürmektedirler ¹⁰⁹.

Ayrıca ikinci zikredilen görüşe ilave bir dayanak olarak sistematik yorum elemanından yararlanılabilir. Sistematik yorumda sadece bir hükmün bulunduğu kanun maddesi değil, diğer hukuk kuralları ile olan ilişkisi de araştırılır ¹¹⁰. Buna göre özel hukukun bütünlüğü ve hatta yeknasaklığı ilkesi ¹¹¹ gözetilerek TBK m. 20 vd.'da emredici bir şekilde düzenlenmiş ¹¹², genel nitelikte düzenlemelerin TTK'da bulunmaması bu görüşe gerekçe olarak sunulabilir ¹¹³.

Öte yandan ekonomik olarak güçlü bir bankanın müşterisi olan KOBİ gibi ekonomik açıdan zayıf konumda olan tacirinde aynı şekilde korunması, onların TBK m. 20 vd.'da öngörülen korumadan mahrum bırakılmamak gerektiği de belirtilmektedir ¹¹⁴. Bu konuda tacirler yönünden ceza koşulunun indirilmesi mümkün olmaması (TTK m. 22) ve buna göre TBK m. 182 f. 3 uyarınca indirim yapılmasının engellenmesi durumuna ilişkin görüş zikredilebilir. Öğretide ve uygulamada ¹¹⁵ şayet söz konusu ceza koşulunun ahlaka veya kişilik haklarına aykırı düşecek

107 ERTAN, s. 369.

108 ANTALYA, Türk Borçlar Kanunu, Genel Gerekçe, s. 24; TBK m. 20, Madde Gerekçesi, s. 70; TOPÇUOĞLU, s. 32 vd.

109 YILMAZ, s. 141 AYDOĞDU, s. 166.

110 ANTALYA/ TOPUZ, s. 293.

111 TMK m. 5'de: "Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır" olarak belirtilmiştir. TTK m.1'de de TMK'nın TTK'nn ayrılmaz bir parçası olduğu ortaya konmuştur. TMK, TBK, TTK ayrı düzenlenmiş ise de bunların bir bütün olarak değerlendirilip, birlikte yorumlanması gerektiği hakkında Bkz. Antalya, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 7 vd.

112 TBK m. 20 f. 1 c. 2'nin madde gerekçesinde: "...Bu düzenleme kapsamında... bunların emredici yasal düzenleme kapsamı dışında bırakılması önlenmek istenmiştir... genel işlem koşullarının tâbi olduğu emredici düzenleme açısından sözleşme ve koşulları hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması, uygulama farklılığı doğurmayacaktır". (ANTALYA, TBK m. 20, Madde Gerekçesi, s. 70, 71).

113 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 409.

114 HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 32; ATAMER, Tez, s. 56 vd.; AYDOĞDU, s. 34, 37 vd.; YILMAZ, s. 142; KARA, s. 727; ERTAN, s. 367.

115 Tacirin ekonomik olarak mahvı durumunda ceza koşulunun tamamen veya kısmen geçersiz sayılabileceği hakkında Bkz. Yarg. HGK, 20.03. 1974 tarihli, 1970/1053 E., 1974/222 K. sayılı kararı (<http://proxy2.marmara-elibrary.com/MuseSessionID=0212md31v/MuseProtocol=http://MuseHost=www.hukukturk.com/MusePath/yargitay-kararlar?EsasNo1=1970&EsasNo2=1053&KararNo1=1974&KararNo2=222&Merci=4056,06.06.2018> tarihinde ziyaret edilmiştir.). Buna karşılık Yargıtay'ın diğer bazı kararlarında ise ceza koşulunun indirilmesi için tacirin ekonomik mahvının daha da altında bir seviyeyi de yeterli görmektir. Bu konuda Yarg. 15. HD, 11.05. 2000 tarihli, 1999/4655 E., 2000/2324 K. sayılı kararında: "...tarafklar arasındaki sözleşmeye göre, işin belirtilen günde bitirilmemesi halinde iş bedelinin iki misli tazminatın ödeneceği hükmü, "ifaya ekli ceza" niteliğinde olup, bu ceza hükmü muhtemel zararın çok üstünde ise...Yüklenicinin iktisadan mahvına neden olmasa da, taşıdığı ... sakıncalarından dolayı Anayasa'nın 18. ve BK'nın 19. maddelerine aykırı olup, BK'nın 20/II. maddesi uyarınca butlan ile batıldır..."

şekilde tacir yönünden ağır olması durumunda TBK m. 27 uygulanarak ceza koşulunun tamamen veya kısmen geçersiz sayılmasının mümkün olabileceğine¹¹⁶ işaret edilmektedir. Buna göre söz konusu görüş te tacirlerin zayıf durumda kalabileceğine dikkat çekmekte olup, bu durumda TBK m. 20 f. 1'de geçen "*karşı taraf*" tacirleri de kapsayacak şekilde anlaşılmalı ve tacirlerde TBK m. 20 vd.'daki korumadan yararlanabilmelidirler¹¹⁷.

Söz konusu görüşü savunanlar; ticari standart sözleşmelerin zaten sıklıkla ön denetim aşamasında bireysel sözleşmeye dönüştüğünü, dolayısıyla bu tür sözleşmelere sıklıkla TBK m. 20 vd.'nın uygulanmayacağını belirtmektedirler¹¹⁸. Özellikle sözleşmenin her iki tarafını oluşturan tacirler ekonomik açıdan birbirine yakın güçte olmaları¹¹⁹ veya kullanıcının monopol benzeri bir durumda olması¹²⁰ gibi hallerde bireysel sözleşmeye dönüşün kabul edilebileceği belirtilmektedir. Öte yandan bu kayıtların ön denetim aşamasından geçip genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi durumunda ise TMK m. 1 gereğince normun koruma amacı ve tacirlerin basiretli olması esası dikkate alınır. Bu anlamda bu tür sözleşmelere genel kapsam denetiminin¹²¹ veya özel kapsam denetiminin uygulanmamasına¹²² ilişkin alt görüşlere de rastlanmaktadır. Genel kapsam denetiminin ticari standart sözleşmelere de uygulanabileceği kabul edilse bile her halde yukarıdaki gerekçeler ve ticari işlem hayatının gerekleri dikkate alınarak bunun çıtasının çok yüksek tutulması gerektiği söylenebilir¹²³. Aynı şekilde özel kapsam denetimi yönünden de tacirlerin yaptıkları ticari işlemlerin sıklığı ve çeşitliliği dikkate alınarak inceleme konusu olan genel işlem koşulu daha rahat bir şekilde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olmadığı kabul edilebilecektir¹²⁴. Aynı şekilde yukarıda belirtildiği üzere ticari standart sözleşmelere ilişkin içerik denetimi uygulanmasında tacirlerin basiretli olma ilkesi¹²⁵ veya taraflar arasındaki bilgi asimetrisinin sıklıkla daha az olduğu¹²⁶ gözetilerek dürüstlük kuralına açıkça aykırılık unsuru değerlendirilmelidir.

şeklinde ifade edilmiştir (<http://proxy2.marmara-elibrary.com/MuseSessionID=0212md31v/MuseProtocol=http/MuseHost=www.hukukturk.com/MusePath/yargitay-kararlari?EsasNo1=1999&EsasNo2=4655&KararNo1=2000&KararNo2=2324&Merci=4071>, 06. 06. 2018 tarihinde ziyaret edilmiştir).

116 OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 2, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 537 vd.; REİSOĞLU, s. 456 vd.; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 357; EREN, s. 1189 vd.

117 YILMAZ, s. 142; AYDOĞDU, s. 38

118 ATAMER, Sempozyum – II, s. 129 vd.; NOMER, N. 50a; BAŞ, s. 281, dp. 20; AYDOĞDU, s. 38.

119 AYDOĞDU, s. 38.

120 ATAMER, Sempozyum – II, s. 129.

121 NOMER, N. 50a. Nitekim mehz Alman Hukuku'nda BGB § 310 f. 1'de de genel kapsam denetiminin (BGB § 305 f. 2) yatırımcılara uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Benzer şekilde bir tacirin genel işlem koşulunun varlığını bilmediğini veya bunu fark etmediğini ileri süremeyeceği dolayısıyla tacir olan müşterinin TBK m. 21 f. 1'de geçen "*bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verme*" unsurunun gerçekleşmediğini ileri süremeyeceğini, öte yandan ispat yükü tacir olan müşteride olmak üzere "*içeriği öğrenme imkanı sağlanması*" unsurunun aranmaya devam edeceği hakkında Bkz. ERTAN, s. 373.

122 ERTAN, s. 373.

123 ATAMER, Sempozyum – I, s. 35

124 Krş. SCHLOSSER, § 305c, N. 8; LINDACHER/ HAU, § 305c, N. 27.

125 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C.1, s. 409, 411; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 23, N. 3; ATAMER, Sempozyum – I, s. 35; ERTAN, s. 367; AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 152.

126 AYDOĞDU, s. 38; ATAMER, Sempozyum – II, s. 117; BAŞ, s. 281.

Diğer taraftan her iki tarafın tacir olduğu ticari standart sözleşmelere TBK m. 20 vd. uygulanmaması şeklindeki birinci görüş¹²⁷ te, aşağıda belirteceğimiz üzere saydamlık denetimi istisna tutularak, çeşitli gerekçelerle savunulabilir. Bu yönde öncelikle TBK m. 20 f. 4'ün sözüne bakılabilir. TBK m. 20 f. 4'de: “*Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.*” şeklinde yer alan ifade zikredilebilir. Kanun koyucunun TBK m. 20 f. 1'de sadece “*karşı taraf*” (müşteri) ifadesi ile yetinirken TBK m. 20 f. 4'ü çok geniş bir şekilde düzenlediği dikkate alınarak, TBK'nın uygulama alanını sadece “*düzenleyen*” (kullanıcılar) yönünden genişletilmek istendiği çıkarılabilir¹²⁸.

Ayrıca amaca göre yapılacak bir yorumla varılacak sonuçlarda bu görüşle uyumludur. TBK m. 20 vd.'nin kuruluş amacı olan müşterinin yapısal zayıflığı tacirler yönünden mevcut olmadığı belirtilmektedir¹²⁹. TBK m. 20 vd.'da, saydamlık denetimi istisna tutulursa, ilgili alandaki objektif müşteri modelinde yapısal olarak zayıf bir müşteri esas alınmaktadır. Bu bağlamda söz konusu müşteri modeline ilişkin birtakım tespitlerimizi aktarabiliriz. Örneğin söz konusu müşteri modeli genel kapsam denetiminde genel işlem koşullarının varlığı hakkında kendisine bilgi verilmesi gereken, sözleşmeyi okumadan global olarak kabul etmeye hazır bir müşteriyi ifade eder. Öte yandan onun menfaatine aykırı olarak işin niteliğine ve özelliğine yabancı olan kayıtlar özel kapsam denetimi ile geçersiz sayılabilir. Hatta söz konusu müşteri modeli lehine sözleşme adaletinin sağlanması adına içerik denetimi ile sözleşmenin maddi menfaat içeriğine müdahale edilebilmektedir. Nihayet onun lehine esnetilmiş kısmi geçersizlik veya diğer denetim aşamalarında ise (dava taraflarının kullanıcı aleyhine sınırlandırıldığı bir esnek geçersizlik hali olan)¹³⁰ kesin hükümsüzlüğün yokluğa yaklaşan ağırlaştırılmış bir geçersizlik türü olarak yazılmamış sayılma yaptırımı uygulanabilmektedir¹³¹. Zaten kanun gerekçesinde de: “*ya kendisine dayatılan koşullarla sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edim veya hizmetten vazgeçmek zorunda kalacak... “evet, ama” seçeneğinden yoksun olacak...*”¹³² zayıf bir müşterinin esas alındığı vurgulanmaktadır.

Öğretide genel işlem koşullarının kullanımına ilişkin sakıncalar arasında; müşterinin zaman baskısı altında olduğu için bunları okumayacağı veya bilmeden imzalayacağı, okusa bile anlamayacağı, bunlara uyulmasının zorunlu olduğu şeklinde bir algının olduğu, bunları kabul edip etmeme yönünde seçim şansının olmadığı, müşterinin piyasada ekonomik veya fiili olarak zayıf

127 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 409 vd.

128 Yukarıda a. g. e., s. 409.

129 Yukarıda a. g. e., s. 410.

130 Esnek geçersizliğin halleri arasında yer alan, dava taraflarının sınırlandırılmasına ilişkin bir uygulama hali olarak yazılmamış sayılma hakkında Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 143 vd. Yine Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 43, N. 32. Genel olarak modern (esnek) geçersizlik teorisi hakkında Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 125 vd.; ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 218 vd.

131 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 143 vd.; ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 229, dp. 112. (Kısmi) Kesin hükümsüzlük, (kısmi) yokluk, sözleşme hükümlerinin sözleşme içeriğine dahil olmaması şeklindeki görüş, yeni bir geçersizlik türü yaratıldığı görüşü vb. görüşler ve değerlendirmeler için örneğin Bkz. ŞEKER, s. 137 vd.; YELMEN, s. 94 vd.; ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 229 vd.

132 ANTALYA, Gerekçeli ve Açıklamalı TBK, s. 24 (TBK Genel Gerekçesi); TBK m. 20, Madde Gerekçesi, s. 70.

durumunda olduğu belirtilmektedir¹³³. Belirtilenlerden son iki sakınca haricinde diğerlerinin tacirlerde bulunmadığı söylenebilir¹³⁴. Ancak son iki duruma ilişkin olarak ilk görüşün tacirler arası ilişkilere yönelik olarak gerekçelerinde; bunların birbirine yakın güçte veya monopol benzeri durumda bulunmaları, pazarlık güçleri gibi hususlar vurgulanmaktadır¹³⁵. Söz konusu olguların tespiti Borçlar Hukuku'nun ötesinde piyasa yapısı ve dinamiklerinin de dikkate alındığı TTK m. 55 vd. ve özellikle RKHK çerçevesinde daha kalıcı ve piyasadaki katılımcılara dönük bir değerlendirilme yapılması gerektirdiği göz ardı edilmemelidir¹³⁶. Aksi bir kabul ile tacirler arası ilişkilere sözleşme adaletini sağlamak adına yapılacak bir müdahalenin ticari piyasada dengeleri bozabileceği söylenebilir¹³⁷.

Katılmış olduğumuz görüşe karşı ilk zikredilen görüş yukarıda da ifa edildiği üzere tacirlerinde korunmaya ihtiyacı olabileceğini belirtmektedir¹³⁸. Tacirlerin de belli durumlarda korunması gerektiği kabul edilebilir. Ancak bunun nasıl olması gerektiği tacirler yönünden ticari hayatın gereklerine uygun olarak belirlenmelidir¹³⁹. Ticari hayatın esnekliği, hızı vb. taşıdığı özellikler yanında tacir olmanın hüküm ve sonuçları da özellik taşımaktadır. Bu bağlamda TTK'da çeşitli hükümlerde düzenlenen örneğin tacirlerin iflasa tabi olması, basiretli iş adamı gibi davranması, odalara ve birliklere kayıt olması, ticari ünvanı seçme ve kullanması, ticari iş karinesine tabi olması, ticari defter tutması, ticari örf ve adete tabi olması, ücret ve faiz isteme hakkına sahip olması belirtilebilir¹⁴⁰. Ayrıca iki tarafın tacir olduğu işlemlerde; bazı ihbar ve ihtarlarda belirli şekillere uyması, hapis hakkının kullanımında kendisine kolaylık tanınması, ticari satış ve mal değişim sözleşmelerinde özel hükümlere tabi olması gibi durumlar da sayılabilir¹⁴¹. Bu bağlamda yine TTK m. 1530'da öngörülen belli durumlarda sözleşmenin alıcıları veya KOBİ'lerin burada genel işlem koşullarının kullanılıp kullanılmadığından bağımsız olarak korunduğuna ve bu korumanın genel işlem koşulları ile ortadan kaldırılamayacağına işaret edilmektedir¹⁴².

133 AÇIKGÖZ, s. 212; ERTAN, s. 369 vd.

134 AYDOĞDU, s. 37 vd, 168; ERTAN, s. 370; ATAMER, Sempozyum – II, s. 120 vd., 126.

135 ATAMER, Sempozyum – II, s. 129; AYDOĞDU, s. 38.

136 Nitekim bizzat bu görüşü savunanlar somut olaydaki yapısal güç dengesizliklerin tespitinin RKHK çerçevesinde rekabet kurulu tarafından denetlendiğini belirtmektedir. Bu yönde Bkz. ATAMER, Sempozyum – I, s. 125 vd. Nitekim son zikredilen yazar RKHK çerçevesinde yapılacak müdahalenin yargısal müdahaleye kıyasla çok daha kalıcı ve genele dönük olduğunu ifade etmektedir (s. 126).

137 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 410.

138 YILMAZ, s. 142; KARA, s. 727; ATAMER, Sempozyum – II, s. 120 vd.

139 TOPÇUOĞLU, s. 36 vd.

140 Tacir olmanın hüküm ve sonuçları hakkında Bkz. BAHTIYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2012, s. 93 vd.; ÇEKER, s. 70 vd.; KIZIR, MAHMUT, Yargıtay kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, 2017, s. 245 – 282, s. 247

141 Yukarıda a.g.e'ler.

142 TOPÇUOĞLU, s. 36 vd. TTK m. 1530'da:” (1) Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz. (2) Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, alacaklı, kanundan veya sözleşmeden doğan tedarik borcunu yerine getirmiş olmasına rağmen, borçlu, gecikmeden sorumlu tutulamayacağı haller hariç, sözleşmede öngörülmesi bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer.

Nitekim TTK m. 55 f. 1 f'e aykırılığın hukuki sonuçları özel olarak düzenlenmiştir¹⁴³. TTK m. 56 vd'da hukuk sorumluluk yanında ceza yaptırımı da öngörülmüştür. Yine ticari hayatın gerekleri dikkate alınarak TTK m. 60'da daha kısa zamanaşımı süreleri öngörülmüştür¹⁴⁴. Buna karşılık TTK'da haksız rekabetin sonuçları arasında geçersizlik yaptırımı öngörülmemiştir¹⁴⁵.

(3) Mütemerrit borçlunun alacaklısı sözleşmede öngörülen tarihten ya da ödeme süresinin sonunu takip eden günden itibaren, şart edilmemiş olsa bile faize hak kazanır.

(4) Sözleşmede ödeme günü veya süresi belirtilmemişse veya belirtilen süre beşinci fıkraya aykırı ise, borçlu aşağıdaki sürelerin sonunda ihtara gerek kalmaksızın mütemerrit sayılır ve alacaklı faize hak kazanır:

a) Faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçlu tarafından alınması takip eden otuz günlük sürenin sonunda.

b) Faturanın veya eş değer ödeme talebinin alınma tarihi belirsizse mal veya hizmetin teslim alınması takip eden otuz günlük sürenin sonunda.

c) Borçlu faturayı veya eş değer ödeme talebini mal veya hizmetin tesliminden önce almışsa, mal veya hizmetin teslim tarihini takip eden otuz günlük sürenin sonunda.

d) Kanunda veya sözleşmede, mal veya hizmetin kabul veya gözden geçirme usulünün öngörüldüğü hallerde, borçlu, faturayı veya eş değer ödeme talebini, kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihte veya bu tarihten daha önce almışsa, bu tarihten sonraki otuz günlük sürenin sonunda; şu kadar ki, kabul veya gözden geçirme için sözleşmede öngörülen süre, mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz günü aşsın ve bu durum alacaklının aleyhine ağır bir haksızlık oluşturuyorsa, kabul veya gözden geçirme süresi mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz gün olarak kabul edilir.

(5) Sözleşmede öngörülen ödeme süresi, faturanın veya eş değer ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alındığı veya mal veya hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla altmış gün olabilir. Şu kadar ki, alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmamak koşuluyla ve açıkça anlaşmak suretiyle taraflar daha uzun bir süre öngörebilirler. Ancak alacaklının küçük yahut orta ölçekli işletme (KOBİ) veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hallerde, ödeme süresi, altmış günü aşamaz.

(6) Gecikme faizi ödenmeyeceğini veya ağır derecede haksız sayılabilecek kadar az faiz ödeneceğini, alacaklının geç ödeme dolayısıyla uğrayacağı zarardan borçlunun sorumlu olmayacağını veya sınırlı bir şekilde sorumlu tutulabileceğini öngören sözleşme hükümleri geçerlidir. Geçersizlik durumunda yedinci fıkra uygulanır.

(7) Bu madde hükümleri uyarınca alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin temerrüt faiz oranının sözleşmede öngörülmediği veya ilgili hükümlerin geçersiz olduğu hallerde uygulanacak faiz oranını ve alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderim tutarını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası her yıl ocak ayında ilan eder. Faiz oranı, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda öngörülen ticari işlere uygulanacak gecikme faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olmalıdır.

(8) Mal veya hizmet bedelinin taksitle ödenmesinin öngörüldüğü durumlarda, bu maddenin ödeme sürelerini düzenleyen hükümleri birinci taksit bakımından uygulanır. Her bir taksit tutarının ödenmeyen kısmı yedinci fıkrafta öngörülen oranda gecikme faizine tabidir. Alacaklının küçük veya orta ölçekli işletme veya tarımsal veya hayvansal üretici olup borçlunun büyük ölçekli işletme olduğu hallerde taksitle ödemeyi öngören sözleşme hükümleri geçerlidir." şeklinde ifade edilmektedir.

143 Haksız rekabete aykırılığın hukuki ve cezai yaptırımları hakkında örneğin Bkz. ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Adana 2013, s. 162 vd.; BAHTIYAR, s. 146 vd.; YILMAZ, s. 122 vd.; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 354 vd.; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ ERTAN, s. 566 vd.; BAKIR, s. 111 vd. Hukuki sorumlulukta açılacak davalara ilişkin TTK m. 56 f. 1'de: "Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse; a) Fiilin haksız olup olmadığının tespitini, b) Haksız rekabetin men'ini, c) Haksız rekabetin sonucu olan maddî durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlısı veya yanlıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını, d) Kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini, e) Türk Borçlar Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini, isteyebilir. Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir." şeklinde ifade edilmiştir.

144 TTK m. 60'da: "56 ncı maddede yazılı davalar, davaya haklı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, haksız rekabet fiili aynı zamanda 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gereğince daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise, bu süre hukuk davaları için de geçerli olur." şeklinde ifade edilmiştir.

145 KARA, s. 739; UZUNALLI, s. 413. İsviçre Hukuku'nda eUWG döneminde geçersizlik yaptırımının haksız rekabetin hukuki sonuçlarına yönelik kabul edilip edilmemesine ilişkin tartışmalar için örneğin Bkz. HENNINGER, Anton, Vom Umgang mit AGB, Swisslex Document: BR 2002 S. 137; EHLE/ BRUNSCHWEILER, s. 269; HAVUTÇU, TEZ, s. 206 vd.; YILMAZ, s. 106 vd. Son zikredilen yazar madde gerekçesinde kesin geçersizlik yaptırımının öngörüldüğü UWG

Bu bağlamda basiretli olması beklenen tacirlerin haksız rekabet hukukunda¹⁴⁶ (benimsenecek görüşe göre en azından doğrudan)¹⁴⁷ geçersizlik yaptırımı ile korunmaya ihtiyaçları olmadığı ileri sürülebilecektir¹⁴⁸.

Öte yandan ikinci zikredilen görüşü savunanlardan bazıları dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarına ilişkin olarak TTK ve TBK arasında özellik – genellik ilişkisi olmadığını belirtmektedirler¹⁴⁹. Diğer görüşe göre ise (ayrıca ikinci zikredilen görüşe katılanların bazıları) TTK m. 55 f. 1 f'ın TBK m. 20 vd.'na nazaran özel hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu bağlamda bunların hakların yarışmasına (TBK m. 60) tabi olmayacağı¹⁵⁰ belirtilmektedir¹⁵¹.

Öncelikle TTK ve TBK aynı gün, 01. 07. 2012 tarihinde, yürürlüğe girdiği dikkate alınarak aralarında söz konusu maddelere ilişkin değerlendirmede öncelik sonralık ilişkisi olmadığı, diğer bir deyişle sonraki kanunun zamansal üstünlüğü kuralının (*leges posteriores priores contrarias abrogant/ legi posterior derogat legi priori*)¹⁵² uygulanmayacağı söylenebilir. Söz konusu tespitten

döneminde de (2011 yılı değişikliğinden sonraki dönemde de) azınlık tarafından geçersizlik yaptırımının haksız rekabetin hukuki sonuçları ile uyumlu olmadığı, haksız rekabetin sözleşme taraflarını doğrudan korumak gibi amacı olmadığı şeklinde gerekçelerle eleştirildiğini belirtmektedir (s. 110).

146 Nitekim Haksız rekabetten farklı olarak RKHK m. 56'da :” *Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanununun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir.*” şeklinde geçersizlik yaptırımı öngörülmüştür.

147 Haksız rekabete aykırılık durumundan açılacak haksız rekabetin önlenmesi davasının amacı dikkate alınarak söz konusu bu davanın iptal davası olarak görülebileceği ve hakim bu bağlamda (piyasa ve ticari hayatın gereklerini de dikkate alarak) ilgili genel işlem koşulunun geçersizliğine hükmedebileceğine ilişkin İsviçre ve Türk Hukuku'nda savunulan görüş için örneğin Bkz. ATAMER, Tez, s. 195, dp. 293'te yer alan yazarlar; BAKIR, s. 122; YILMAZ, s. 108, 124 vd. Son zikredilen yazar mahkemenin iptal davası ile ilgili olarak vereceği hükmün sadece inceleme konusu madde ile sınırlı olacağından, söz konusu görüş TBK m. 25'e ilişkin kısmi kesin hükümsüzlük görüşü ile de tutarlıdır (s. 125). Ayrıca yazarın işaret ettiği üzere buradaki iptal davası doğrudan (kısmi) kesin hükümsüzlük (TBK m. 25) uygulanmasından daha çok etkilidir ve ticari hayatın gereklerine uygundur. Öncelikle haksız rekabetin önlenmesi davası ileriye etkilidir. Bu şekilde tacirlerin ileriye etkili olarak dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanmalarının önüne geçebilir. Ayrıca yazar haksız rekabetin önlenmesi davası yanında, davayı kazanan diğer tarafın istemi ile kesinleşen hükmün ilan edilmesini karar verilmesi imkanını (TTK m. 59) vurgulamaktadır. Böylece yaza piyasada sözleşmenin tarafı olmayan ancak kullanıcı ile sözleşme yapan diğer katılımcılarında bundan haberdar olmasının sağlanabileceği ve bunun kullanıcı üzerinde daha fazla caydırıcı etkisi olacağını belirtmektedir (s. 126). Mal veya hizmet tedarikini konu alan sözleşme kayıtlarının iptal davası ile istisnai olarak hükümsüz sayılmasına ilişkin görüşün benimsenmesi durumunda oluşan boşluğun nasıl doldurulacağına ilişkin TTK m. 1530 f. 4 ve 7'de özel hükümler öngörülmüştür. Bu anlamda ödeme süresi yukarıda atfını yapmış olduğumuz TTK m. 1530 f. 4'e göre ve yine faiz oranını ve alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderim tutarı TTK m. 1530 f. 7'deki esaslara uygun olarak belirlenecektir.

148 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 407.

149 YILMAZ, s. 144; AYDOĞDU, s. 165.

150 Hakların yarışmasının kabulü için (ilgili kanun hükümlerinin kendi unsurlarının mevcut bulunması yanında) iki kanun hükmü arasında özel hüküm – genel hüküm ilişkisi bulunmaması gerektiği hakkında Bkz. Yarg., İBK, 04. 06. 1958 T., 15 E., 16 K., N. 4 (www.hukukturk.com/MusePath/Sonuc.aspx?q=Esas%3a+1958%2f15%2c+-+Karar%3a+1958%2f6,16.06.2018) tarihinde ziyaret edilmiştir). Yine yasaların yarışması hakkında Bkz. KARACABEY, Ömer Faruk, Hakların Yarışması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 6, 1980, s. 666 – 685, s. 670 vd.

151 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 410 vd. Yine ikinci zikredilen görüşte olmakla beraber aynı tespit için Bkz. OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, C:1, N. 500. Ancak ikinci zikredilen görüşe katılan son zikredilen yazara göre öncelikle TTK m. 55 f. 1 f uygulanması gerekmekte olup, oluşan boşluklarda tamamlayıcı olarak TBK m. 20 vd.'na başvurulabilir.

152 ANTALYA/ TOPUZ, s. 308 vd.; DURAL/ SARI, N. 762; EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç

sonra bu konuda yapılacak değerlendirmede TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd. arasında özellik – genellik ilişkisinin mevcudiyeti ortaya konmalıdır¹⁵³. Buna olumlu cevap verilmesi durumunda ise özel kanunda düzenlenmeyen hususlarda genel kanunun uygulanacağı kabul edilir¹⁵⁴. Ancak özel kanunun genel kanunla çatışmasının ötesinde özel kanunun genel kanunun uygulamasını bertaraf ettiği için (*Lex specialis derogat legi generali*) kabulü için, daha somut olarak ticari standart sözleşmelere ilişkin TBK m. 20 vd.’nin maddi unsurları ile hukuki sonucu arasındaki bağlantının koştığı sonucuna varılabilmesi hükümlerin sözünden veya bunun açık olmaması durumunda anlamından bunun çıkarılabilmesini gerekir¹⁵⁵.

TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 25’de dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımı düzenlenmiştir¹⁵⁶. Söz konusu hükümlerin maddi unsurları birbiri ile örtüşmektedir. Daha önceki başlıkta da belirtildiği üzere TTK m. 55 f. 1 f c. 2’ de yer alan ölçütler TTK m. 55 f. 1 f c. 1’de yer alan dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımının somutlaştırılmasına hizmet eden, sıklıkla karşılaşılan özel bir uygulama örneğidir. Öte yandan maddi unsurları örtüşen TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 25’in hukuki yaptırımları birbirinden ayrılmış olduğu dikkate alınarak iki hukuk normu arasında özel – genel hüküm ilişkisinin kurulduğu söylenebilir¹⁵⁷. TTK m. 55 f. 1 f’de açıkça TBK m. 20 vd.’da yer alan denetim aşamalarının uygulanmamasına ilişkin bir kayıt bulunmamaktadır. Ancak TBK m. 20 vd.’da müşteriye doğrudan koruma fonksiyonu ön planda olan veya en azından vurgulanan çeşitli denetim aşamaları yer almaktadır. Bunların sözleşmenin her iki tarafının tacir olduğu ticari standart sözleşmelere uygulanmaması şu ana kadar aktarılan gerekçeler ve özellikle ticari hayatın gerekleri, tacirin basiretli olma hususları dikkate alınınca TTK m. 55 f. 1 f’in amaçları ile uyumludur.

Belirtmiş olduğumuz üzere TBK m. 20 vd.’in anlam ve amacı da aynı doğrultuda bu maddede yer alan “*sözleşmenin karşı tarafı*” ibaresinin tacirlerin dahil olmayacağı şekilde dar yorumlanmasını gerektirmektedir. Ayrıca özel hukukun farklı dalları birbirinden soyut düşünülmemelidir. Özel hukukun bütünlüğü ilkesi gereği de TBK m. 20 vd.’nin uygulama alanının belirlenmesinde; ticari standart sözleşmelere ilişkin TTK m. 55 f. 1 f’e dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması amacının önüne geçebilecek bir anlam yüklenmemesi gerekir. Söz konusu düzenlemelerde son soyutlamada ön planda olan hukuki işlem öğretisindeki terminoloji ile kurumsal olarak sözleşme özgürlüğü, rekabet hukuku terminolojisi yönünden ise rekabettir. Ancak TBK’da (saydamlık denetimi haricinde) vurgulanan müşteriye (doğrudan) koruma fonksiyonu iken, TTK’da ise piyasa fonksiyonudur. Genel standart sözleşmelerden farklı olarak ticari standart sözleşmelerde müşteriye doğrudan koruma fonksiyonu ön plana alınmamalıdır. Zira bu tür ilişkilerinde kanunun

Hükümleri, 4. Baskı, Ankara 1989, s. 182.

153 ÇAĞA, Tahir, Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder Mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 3, 1991, 366 – 375, s. 368 vd.

154 ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 309; DURAL/ SARI, N. 826; OĞUZMAN/ BARLAS, N. 278.

155 ÇAĞA, s. 368, 373 vd.; KARACABEY, s. 671.

156 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 409; YILMAZ, s. 144.

157 İki hukuk normu arasında özel hüküm – genel hüküm ilişkisinin kurulabileceği çeşitli ihtimaller için Bkz. ÇAĞA, s. 369 vd.

amacı tacir olan kişi yönünden sözleşme adaletini sağlamak değildir¹⁵⁸. Bu bağlamda örneğin bu tür sözleşmeler (benimsenecek görüşe göre en azından doğrudan) geçersizlik yaptırımının öngörülmemesine ilişkin kabulün TBK m. 20 vd.'da yer alan hükümler ile dolanılmaması gerektiği, bunun TTK m. 55 f. 1 f'nin amaçları ile uyumlu olmayacağı söylenebilir¹⁵⁹. Diğer taraftan genel standart sözleşmelere ilişkin olarak aynı gerekçeler dikkate alındığında TTK m. 54 vd. yanında TBK m. 20 vd.'nın uygulanabileceği, söz konusu düzenlemelerin birbirini tamamladığı ifade edilebilir¹⁶⁰.

Katılmış olduğumuz birinci görüşe karşı ileri sürülen ve ikinci zikredilen görüşe gerekçe gösterilen eleştirilerden başka biri de TTK'da genel işlem koşullarının tanımına yer verilmemiş olmasıdır¹⁶¹. Ancak bize göre burada kanun koyucu bilinçli olarak tanımlama boşluğu nedeniyle kural içi boşluk¹⁶² bırakmıştır. Bu durum hükmün maddi unsurunun yer aldığı ilk cümlesini sade ve soyut düzenlemek isteyen kanun koyucunun kanun yapma tekniğinden kaynaklanmakta olup¹⁶³, TBK m. 20 vd. hükümlerinin doğrudan uygulanmasına işaret etmemektedir.

Diğer taraftan TBK m. 20 f. 2, 4'de yer alan hususlar genel hukuk mantığını yansıtan, özellikle kanuna karşı hileyi önlemek üzere ihdas edilmiş genel nitelikteki hükümlerdir¹⁶⁴. Nitekim genel nitelikte, ön denetim ile sınırlı olmayan bir düzenleme dolanma yasağı (*Umgehungsverbot*) başlıklı BGB § 306'da düzenlenmiştir. Öte yandan başka bir dolanma yasağı olarak nitelendirilen ve hayatın olağan akışını yansıtan¹⁶⁵, hüküm içi boşluğun doldurulmasında yararlanılabilecek TBK m. 20 f. 3'in¹⁶⁶ karşıt anlamından; tarafların tartışarak kabul ettikleri sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu olarak nitelendirilemeyeceği çıkarılmaktadır¹⁶⁷. Şayet sözleşme tarafları sözleşmenin içeriğine etki etmişlerse¹⁶⁸ bu tür kayıtlar genel işlem koşulu olmaktan çıkar. Makalemizde daha önce belirtmiş olduğumuz üzere içeriğe etki etme esasının saydamlık kuralına yönelik şartlarının yanında aranan diğer bir şart müşterinin fiilen genel işlem koşullarının içeriğine etki edebilecek, bunu değiştirebilecek durumda bulunmasıdır¹⁶⁹. Söz konusu şartın değerlendirmesinde ise bu

158 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 410.

159 Krş. KUONEN, Nicolas, Le Conrole des Conditions Generales, L' Envol, Manque du Phenix, SJ, 2014 II, s. 29 vd. (YILMAZ, s. 110, dp.368'den naklen).

160 OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, C:1, N. 500; ALTOP, Armağan, s. 254; REİSOĞLU, s. 73.

161 ATAMER, Sempozyum – II, s. 103, dp. 2.

162 ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 251.

163 İsviçre Hukuku'ndaki benzer yaklaşım ve BGB § 305 f. 1 benzeri tanımlar için örneğin Bkz. MATT, s. 104; SCHNYDER, s. 40. Son zikredilen yazar zaten genel işlem koşulu kavramının kendisinden onun tanımının çıkarılabileceğini belirtmektedir (s. 40).

164 ALTOP, Armağan, s. 258; AYDOĞDU, s. 66 vd.; AKÇAAL, s. 54.

165 BASEDOW, MünchKomm., § 310, N. 53 vd.; ATAMER, Sempozyum – I, s. 25; HAVUTÇU, Tez, s. 84; ÇINAR, s. 25, 46 vd.

166 ÇINAR, s. 51; HAVUTÇU, Tez, s. 35; CİVAN, s. 39. TBK m. 20 f. 3'de genel işlem koşullarında yer alan bunların tartışıldığına ilişkin kayıtların tek başına onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacağı belirtmektedir.

167 ATAMER, Sempozyum – I, s. 21, 24 vd.; CİVAN, s. 35, 41.

168 STOFFELS, AGB Recht, N. 130; HAVUTÇU, Tez, s. 88; BÜYÜKSAGIS, s. 680 vd., 684 vd.

169 PFEIFFER, § 305, N. 37, 38; CİVAN, s. 33 vd.

şartın gerçekleştiğine, başka bir deyişle yapısal bir zayıflığın bulunduğuna ilişkin bir karine¹⁷⁰ tacir olan müşteri yönünden kabul edilmemelidir¹⁷¹.

Öte yandan katılmış olduğumuz görüşe karşı ileri sürülen başka bir gerekçede TTK m. 55 f. 1 f'nin işlevsiz ve tacir olan müşterileri koruma konusunda yetersiz olduğudur¹⁷². Gerçekten de bir kanun hükmünü yorumlarken dikkate alınması gereken yorum ilkelerinden biri de hukuk kurallarının düzeni sağlama fonksiyonu dikkate alınarak hukuki bir sorunu en iyi karara götürebilecek yorum yolunun tercihidir¹⁷³. Ancak TTK m. 55 f. 1 f hükmü saydamlık kuralı yönünden özellik taşımaktadır. Bize göre TTK m. 55 f. 1 f'nin unsurlarına saydamlık kuralına göre verilecek anlama göre bu hükme işlerlik kazandırılabilir. Şöyle ki genel işlem koşullarında saydamlık kuralının da kaynağı dürüstlük kuralıdır¹⁷⁴. TTK m. 55 f. 1 f'de de dürüstlük kuralı ibaresi geçmektedir. Dürüstlük kuralını kişilere tarafı oldukları hukuki ilişkilerde ortalama zekalı, makul, dürüst ve diğer kişilerde yaratılan güvene tutarlı şekilde davranma, kimseye zarar vermeme yükümlülüğü yükleyen bir kural olarak tanımlayabiliriz¹⁷⁵. TMK m. 5'ye göre TMK'nın ve TBK'nın genel nitelikli hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır¹⁷⁶. TTK m. 1'de de TTK'nın TMK'nın ayrılmaz bir parçası olduğu ortaya konmuştur¹⁷⁷. Bu anlamda TTK m. 55 f. 1 f'nin değerlendirilmesinde saydamlık kuralı esaslarının gözetilmesi gereği vurgulanmalıdır.

Yine TTK m. 55 f. 1 f c. 1'de yer alan “yanıltıcı olma” unsurunda saydamlık kuralı ile doğrudan bir bağlantı kurulmuş iken, “diğer taraf aleyhine kanuni düzenlemeden veya sözleşmenin niteliğinden önemli ölçüde sapma” unsurunda açık ve anlaşılabilirlik bunun belirlenmesine etki eden önemli olgulardan biri olarak değerlendirilmelidir. TTK m. 55 f. 1 f hükmü ona işlerlik kazandıracak bir şekilde yorumlanmalıdır. Bu anlamda öğretide katıldığımız olduğumuz yaklaşıma göre haksız bir ticari uygulama olarak kullanılma şartının sözleşme müzakerelerini de içine alacak şekilde geniş

170 TKHK m. 5 f. 3'ün birinci ve ikinci cümlesinde: “Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. “ şeklinde ifade edilmiştir. Müzakere etmeme karinesinin tüketici standart sözleşmeler yanında genel standart sözleşmelerde uygulanabileceği hakkında Bkz. ATAMER, Sempozyum – I, s. 25; HAVUTÇU, Tez, s. 84; ÇINAR, s. 25, 46 vd.

171 Nitekim Yargıtay'ın ticari standart sözleşmelerde masrafların fazla kesildiği iddiasına yönelik olarak ayrıntılı bir şekilde yazılmış tartışma kaydını müzakere edilme unsurunun varlığına ilişkin yeterli saydığı bir kararı için Bkz. Yarg., 11. HD, 2014/ 4733 E., 11174 K., 11.06. 2014 Tarih sayılı kararı. Söz konusu karar ve değerlendirmeler için örneğin Bkz. AYDOĞDU, s. 66, dp. 266, s. 307 vd.

172 ATAMER, Sempozyum – II, s. 103, dp. 2.

173 ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 295.

174 COESTER, § 307, N. 170; PFEIFFER, § 307, N. 234.

175 ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 356; HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 39; OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, N. 853; AKYOL Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İstanbul 1995, s. 6; KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 113; HATEMİ, § 14, N. 1; DURAL, Mustafa/ SARI, Suat., Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2013, N. 1221.

176 ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 77 vd.; EDİS, s. 243; DURAL/ SARI, N. 742 vd.

177 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 7 vd. Son zikredilen eserde vurguladığı gibi TMK, TBK, TTK ayrı düzenlenmiş ise de bunların bir bütün olarak değerlendirilip, birlikte yorumlanmalıdır (s. 8).

yorumlanmalıdır¹⁷⁸. Başka bir deyişle kullanıcının sözleşme yapmak üzere öneri ve hatta internet sitesinde genel işlem koşulu kullanılacağına işaret etmesi şeklindeki örnekte olduğu üzere öneriye davette bulunması yeterli görülmektedir¹⁷⁹. Ayrıca saydamlık kuralı esasları ile uyumlu olarak TTK m. 55 f. 1 f c. 2'de yer alan yanıltıcılık unsuruna objektif, soyut bir anlam verilmelidir¹⁸⁰. Nitekim 2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktif'te sözleşmenin karşı tarafı yönünden değerlendirmede genel ve soyutluk ortalama bir tüketici ölçütü ile zikredilmiş iken, kullanıcı yönünden bu durum mesleki özen gereklerinin yerine getirilmesi ölçütü ile vurgulanmıştır.

TTK m. 55 f. 1 f c. 2 yönünden bir genel işlem koşulunun TTK m. 55 f. 1 f c. 2 Nr. 1 ve 2'de yer alan yasal düzenlemeden veya sözleşmenin niteliğinden açıkça sapması (maddi mağduriyet varlığı) yeterli olmayıp yanıltıcı olma unsuru aranır¹⁸¹. TTK m. 55 f. 1 f c. 2'de yanıltıcı olma unsuru ile sözleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalenin sınırlanması amaçlanmıştır¹⁸². Bu şekilde haksız rekabetin amacı olan kurumsal olarak rekabet olgusunu vurgulanmaktadır. Ayrıca hükümde geçen “*yasal düzenlemeden veya sözleşmenin niteliğinden açıkça sapma*” ölçütünün değerlendirilmesinde bir sözleşme kaydının uygulama saydamlığı fonksiyonu yönüyle açık ve anlaşılabilirliği dikkate alınacak önemli olgulardan biridir.

TTK m. 55 f c. 2 kapsamında örneğin sızdırıcı sözleşme kayıtları yanında olağandışı sözleşme kayıtları¹⁸³, çok anlamlı sözleşme kayıtları, maddi mağduriyete ilişkin olduktan sonra¹⁸⁴ kesin/belirli olmayan kayıtlar, yanıltıcı genel işlem koşulları değerlendirilebilir. Ayrıca TTK m. 55 f c. 2'nin örnek bir uygulama olduğu, saydam olmama durumlarının bunlarla sınırlı olmadığı kabul edilmelidir. Böylece TTK m. 55 f c. 1 üzerinden, TTK m. 55 f c. 2'nin kapsamına girmediği kabul

178 HOLTZ, s. 128 vd.; HENNINGS, Stefan, Unlauterer Wettbewerb durch Verwung Unwirksamer Vertragsklauseln, Baden-Baden 2017, s. 119 vd.; YILMAZ, s. 76 vd. Öğretide “*kullanılması*” şartını dar yorumlayan bir görüşe göre ise söz konusu şarttan anlaşılması gereken genel işlem koşullarının bifiil kullanılmasıdır. Bu görüş için örneğin Bkz. GAUCH, Swisslex, s. 9; JUNG, Peter, Alexander, Die Systematische Stellung der offenen AGB – Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags – und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Herausgeber (zus. mit A. Brunner und A. Eisner-Kiefer): Entwicklung des schweizerischen Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, s. 129-167, Zürich 2014, s. 134; YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan, İzmir 2013, s. 3057 – 3098, s. 3069; KARA, s. 732; ERTAN, s. 376.

179 HENNINGS, s. 125 ve dp. 525'te yer alan Frankfurt ve Essen Eyalet Mahkemesi kaararları, 134 vd.

180 1986 tarihli UWG m. 8'in uygulamasında söz konusu unsurun subjektif olarak kullanıcının yanıltma amacının aranması şeklinde anlaşıldığı ve bu durumun ispatının güçlüğünün hükmü uygulanamaz hale getirdiği hakkında Bkz. FURRER, Andreas, Eine AGB – Inhaltskontrolle in der Schweiz?, Swisslex, Dokument: HAVE – Haftung und Versicherung, 2011, s. 324 vd., 2011, Swisslex, s. 1 vd.; STÖCKLI, Hubert: Der Neue Art. 8 UWG – Offene Inhaltskontrolle, Aber Nicht Für Alle, Baurecht (BR) 2011, s. 184 – 188, s. 185; HAVUTÇU, Tez, s. 202 vd.; UZUNALLI, s. 390; YAĞCIOĞLU, s. 3062. Nitekim bu yönde yanıltıcı olma unsurunu kaldıran yeni UWG Art. 8 in gerekçesindeki açıklamalar için Bkz. Botschaft UWG 2009, 6176 vd. (Stöckli, 185'den naklen; ERTAN, s. 384, dp. 851'den naklen).

181 UZUNALLI, s. 409 vd, 411.

182 FURRER, s. 324; UZUNALLI, s. 390 ve dp. 32'de yer alan İsviçre öğretisindeki yazarlar.

183 Buna karşılık sözleşmenin niteliğine veya işin özelliğine aykırı (olağandışı) nitelikte kayıtlarının dürüstlük kuralı altında (açıkça zikredilmemekle beraber) TTK m. 54 f. 2 veya TTK m. 55 f. 1 c. 1 kapsamında değerlendirilmesine ilişkin olarak Bkz. TOPÇUOĞLU, s. 29 vd.

184 EVERMANN, s. 139; PILZ, s. 173.

edilebilecek çeşitli saydam olmama durumlarının ele alınabilecektir. Bu anlamda TBK m. 25'te saydamlık denetiminin konusuna girdiğini düşündüğümüz kuruluş saydamlığına aykırılık, lehe olan kayıtlar, kaçınılmaz saydam olmama durumları, hukuksal düzenlemeyi tekrar eden kayıtlar, sözleşmenin bütününe ilişkin soyut algılanabilirliğe ilişkin kabul ettiğimiz içeriği öğrenme imkanının sağlanması altında değerlendirilebilecek olgular TTK m. 55 f. 1 f c. 1 çerçevesinde değerlendirilebilir.

Basiretli ve deneyimli olması beklenen tacirlerin genel işlem koşulu kullanımına ilişkin riskleri fark edebilmesi, bünyelerinde hukuki servis olma ihtimali, pazarlık imkanlarının daha fazla olması, oluşan zararları üçüncü kişilere yansıtılabilmeleri, ticari hayatta sık sık içerik olarak tekrarlanan işlemler, risklere karşı sigorta yaptırımları¹⁸⁵ gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta ta genel işlem koşuluna ilişkin düzenlemelerin kişi yönünden sınırlandırıldığı çeşitli örnekler¹⁸⁶ bulunmaktadır. Nihayet Türk Hukuku yönünden yukarıda şu ana kadar aktardığımız gerekçelerle her iki tarafın tacir olduğu ticari standart sözleşmelere TBK m. 20 vd.'nin uygulanmayacağı savunulabilecektir. Nitekim belirtebiliriz ki savunduğumuz görüşü tamamen kabul etmemekle beraber tacirlerin basiretli olmasından yola çıkarak belli denetim aşamalarının her iki tarafın tacir olduğu ticari standart sözleşmelere uygulanmamasına ilişkin görüşlere rastlanmaktadır.

Nihayet TBK m. 25'te yer aldığı kabul edilmesi durumunda saydamlık denetimi yönünden bir istisnanın katılmış olduğumuz ikinci zikredilen görüş ile uyumlu olduğu düşüncesindeyiz. Zira burada diğer denetim aşamalarından farklı olarak piyasa fonksiyonu ön plandadır. Burada esas alınan ilgili alandaki müşteri modeli de kapsam ve içerik denetiminden farklı olarak korunmaya ihtiyacı olan değil, bilinçli, sorumluluk sahibi, bilgiye ulaşma konusunda daha aktif olan bir müşteri ile somutlaşmaktadır¹⁸⁷. Saydamlık denetimi piyasa şartlarına müdahale ederek piyasa dengesini bozmamaktadır. Bilakis saydamlık denetimi ile yapılan müdahale rekabetin ön koşullarının oluşmasına hizmet etmektedir.¹⁸⁸ Bu bağlamda saydamlık denetimi ile TTK m. 54 vd.'nin birlikte uygulanabileceği, hatta birbirini tamamladığı söylenebilir. Zira bunlardan ilki rekabetin dürüst ve bozulmamış olması, diğer bir deyişle rekabetin niteliği ile ilgili iken¹⁸⁹, saydamlık denetimi daha ziyade yukarıda belirtildiği üzere kurumsal olarak sözleşme özgürlüğünün, başka bir deyişle niceliksel olarak rekabetin gerçekleşmesine yöneliktir.

Öte yandan yukarıdaki görüşümüze karşı saydamlık denetimine aykırılık durumunda geçersizliğin söz konusu olabileceği, ancak tacirlerin geçersizlik yaptırımı ile korunma ihtiyacı

185 Tacirlerin daha az korunma ihtiyacına ilişkin söz konusu gerekçeler için Bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 32; ATAMER, Yeşim M., Tacirin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunma Yolları, İstanbul Ticaret Odası Yayını, Nr. 2001 – 8, İstanbul 2001, 10.

186 HAVUTÇU, Tez, s. 54 vd.; ATAMER, Tacir, s. 16 vd.; AYDOĞDU, s. 33. Son zikredile yazar buna örnek olarak uygulama alanı tüketiciler ile sınırlı haksız rekabete ilişkin EU Yönerge ve UWG Art. 8 ile yine uygulama alanı tüketicilerle sınırlı Fransız Borçlar Kanununu göstermektedir (s. 33).

187 EVERMANN, s. 37; PFEIFFER, Verbraucher, s. 2.

188 FUCHS, § 307, N. 22 vd.; STOFFELS, AGB Recht, N. 428; SCHLOSSER, § 307, N. 315.

189 ŞİRİN, s. 40; ERTAN, s. 81, dp. 167'deki yazarlar.

olmadığı ilk bakışta ileri sürülebilir. Bununla beraber saydamlık denetiminde sözleşmenin tamamlanması aşamasında sıklıkla aynı sözleşme içeriğinin daha açık ve anlaşılır kabul etmek suretiyle ayakta kalabildiği görülmektedir. Başka bir deyişle bu durumlarda sözleşmedeki maddi menfaat dengesine müdahale edilmemekle birlikte yukarıda katıldığımız görüş ile söz konusu istisnai durumda da uyumlu sonuçlara varılmaktadır. Diğer taraftan son aktardığımız durum öğretide bazılarınca saydamlık denetiminin caydırıcılığını azalttığı şeklinde eleştirilmektedir¹⁹⁰. Ancak katılmış olduğumuz görüşe göre bu durumlarda da saydamlık denetimi caydırıcılık fonksiyonuna sahiptir. Saydamlık denetimi kullanıcı üzerinde itibar kaybına¹⁹¹ ve sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa dayanıp tazminat istemesi imkanına¹⁹² bağlı olarak daha saydam genel işlem koşulları sunma konusunda dolaylı bir baskı yaratmakta, piyasa şeffaflığını da arttırmaktadır.

Son durumda TBK m.25'te yer alan saydamlık denetimi ile TTK m. 55 f. 1 f'in birlikte uygulandığının kabulü durumunda, saydamlık denetiminin de özellikleri dikkate alınarak, söz konusu hükümler arası olası bir değer transferinin olup olmadığı tartışılabilir¹⁹³. İlk ihtimalde ticari standart sözleşmelerde TTK m. 55 f. 1 f'e ve bu bağlamda saydamlık kuralına aykırılığın aynı zamanda saydamlık denetimine doğrudan aykırı olup olmadığı değerlendirilebilir. Öncelikle bu durumda ilk olarak TTK m. 55 f. 1 f c. 1'de hükmün içeriğine ilişkin olmayan bir haksız rekabet söz konusu ise, bu durum dışsal bir olgu olarak diğer hususlar yanında saydamlık denetiminde dikkate alınabilir¹⁹⁴. Öte yandan TTK m. 55 f. 1 f c. 1'de hükmün içeriğine ilişkin bir saydam olmama durumu söz konusu olması ihtimali düşünülebilir. Burada saydamlık denetiminde piyasa fonksiyonu ön planda olduğu için TTK m. 55 f. 1 f ile arasında doğrudan bağlantı kurulup TTK m. 55 f. 1 f çerçevesinde saydamlık kuralına aykırılığın TBK m. 25'te saydamlık denetimine de doğrudan aykırı olabileceği ileri sürülebilir. Ancak daha önce ortaya koyduğumuz üzere saydamlık denetiminde piyasa fonksiyonu olan rekabete niceliksel yaklaşırken, haksız rekabet hukuku rekabete niteliksel görmektedir. En azından TTK m. 55 f. 1 f ile saydamlık denetiminin kısa dönemde yaklaşımları farklılaşmaktadır. Diğer taraftan haksız rekabet hukukunda geçersizlik yaptırımının öngörülmediği hususu dikkate alınarak haksız rekabetin kabulünün doğrudan kullanıcı ile müşteri arasındaki sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vermemesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹⁵. Ayrıca TBK'da yer alan saydamlık denetimi ile (her ne kadar inceleme konusu yine sözleşme de olsa) TTK m. 55 f. 1 f'de yapılacak değerlendirmede hakim dikkate alacağı olguların içinde buldukları hukuk disiplinin ve ona bağlı kabullerin etkisi ile farklı değerlendirilebileceğine işaret edilmektedir¹⁹⁶. Açıklanan gerekçelerle TTK m. 55 f. 1 f'e

190 FUCHS, § 307, N. 17; PILZ, s. 228

191 ARMBRUSTER, s. 446 vd.

192 SCHNYDER, s. 65; PILZ, s. 238; EVERMANN, s. 92

193 FUCHS, Vorb. v. § 307, N.95; HOLTZ, s. 81 vd., 130 vd.; COESTER, § 307, N. 53.

194 TTK m. 55 f. 1 f c. 1 kapsamında hükmün içeriğine ilişkin olmayan bir dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu mevcut olması durumunda artık TBK m. 25 anlamında geçersizlik te söz konusu olmayacağı hakkında Bkz. UZUNALLI, s. 400. Son zikredilen yazar bu duruma örnek olarak genel işlem koşulunu kullananın diğer tarafı mesleki niteliği konusunda yanılması ihtimalini vermiştir (s. 400).

195 COESTER, § 307, N. 53; HOLTZ, s. 81; FUCHS, Vorb. v. § 307, N. 95.

196 HOLTZ, s. 81 vd.

aykırılığın saydamlık denetiminde başlangıç noktası olarak alınması düşünülebileceği, ancak doğrudan geçersizliğe sebebiyet vereceği şeklinde bir genelleme yapılamayacağı düşüncesindeyiz. Genel standart sözleşmeler yönünden ise TBK m. 20 vd.'daki diğer denetim aşamalarında da yukarıdaki gerekçelere ilaveten ön planda (veya dengede) olanın bireyi (doğrudan) koruma fonksiyonu olduğu dikkate alınınca aynı sonuca varabiliriz¹⁹⁷.

İkinci ihtimalde saydamlık denetimine aykırı olma durumunun TTK m. 55 f. 1 f'e aykırı sayılıp doğrudan haksız rekabet teşkil edip etmeyeceğini durumu değerlendirebilir. Alman Hukuku'nda sözleşme hukukundaki bir denetim aracının inceleme sonucu ile haksız rekabet hukuku arasında değer transferi kurulabilmesi için söz konusu kanun hükmünün en azından dolaylı olarak pazar davranışlarını düzenleyen bir kural olarak değerlendirilmesi gerektiğinin kabul edildiğini¹⁹⁸ belirtmiştik. Saydamlık denetiminin koşul rekabetini koruma ve buna işlerlik kazandırma amaçları dikkate alınarak söz konusu şartın sağlandığını söyleyebiliriz¹⁹⁹. Ancak bu durumda benzer şekilde yukarıda ilk aktarmış olduğumuz ihtimale ilişkin belirttiğimiz gerekçelerle saydamlık denetimine aykırılığın TTK m. 55 f. 1 f'e ilişkin yapılacak değerlendirmede dikkate alınabileceği belirtilmektedir²⁰⁰. Yukarıda aktarılan gerekçeler yanında ayrıca hatırlanacağı üzere AHEK m. 3a'de piyasayı düzenleyen kanun hükümlerine aykırılık hakkında bunun yeterli olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca bu aykırılığın tüketicilerin, diğer piyasa katılımcılarının ve rakiplerin de menfaatlerini hissedilir bir şekilde etkilemesi gerekli olduğu belirtilmiştir. Ticari standart sözleşmelerde söz konusu asgari etkinin tespitinde “*aykırılığın ağırlık ve türünün, rekabete beklenen etkilerinin, rekabet (haksız rekabet) hukukunun koruma amacının dahil edilmesi*”²⁰¹ ve böyle bir değerlendirilme yapılabilmesi için de içtihatlarda geliştirilen “*aykırılıktan etkilenen piyasa katılımcılarının sayısı*”, “*hedeflenen rekabet avantajının büyüklüğü*” gibi objektif kriterlerin²⁰² dikkate edilebileceğine işaret edilmektedir.

Genel standart sözleşmeler yönünden ise saydamlık denetiminin haricinde TBK m. 20 vd.'da yer alan hangi denetim aşamasına aykırılığın (ve buna ilişkin değerlendirmelerin) piyasayı düzenleyen nitelikte kabul edilip te haksız rekabet incelemesinde dikkate alınabileceği tartışılabilir²⁰³. Buna

197 Krş. COESTER, § 307, N. 53; HOLTZ, s. 82.

198 SCHLAGELAMBERS, s. 143 vd., 145 vd.; HENNINGS, s. 150 vd.

199 Bu yönde Krş. FUCHS, Vorb. v. § 307, N. 90; SCHLAGELAMBERS, s. 148 vd.; HOLTZ, s. 134 vd., 156; HENNINGS, s. 191 vd.

200 HOLTZ, s. 82.

201 22. 08. 2003 tarihli AHRK'na ilişkin Hükümet Gerekçesi, BT – Drs, 15/ 487, s. 17, zu § 3 UWG, 2004 (HENNINGER, s. 266, dp. 1251'ten naklen).

202 HENNINGER, s. 266. Koşul rekabetinin işletilemeyeceğine ilişkin katılmış olmadığımız görüşe katılan (s. 58 vd.) son zikredilen yazara göre göre saydamlık denetimine aykırılık tacir olan müşteri yönünden genel işlem koşulunun içeriğini ilişkin hiç tereddüt yaratmıyor veya ufak tereddetler yaratıyorsa haksız rekabetin bulunmadığı sonucuna varılabileceğini belirtmektedir (s. 269). Ancak daha önce belirttiğimiz üzere katıldığımız görüşe göre koşul rekabeti işletilebilir olup, saydamlık denetimine konu olan içerik yönünden mağduriyetten bağımsız olarak piyasa menfaatinin aykırılıktır. Özellikle sözleşmenin kuruluşu sırasında bunun ihlalinin müşteri yönünde telafisiz bir zarara neden olduğu belirtilmektedir. Bu konuda Bkz. COESTER, § 307, N. 175; FUCHS, § 307, N. 332.

203 Buna ilişkin ileri sürülen görüşlerden bazıları şu şekilde sıralabiliriz: i) Söz Konusu Denetim Aşamalarının Hepsinin Piyasayı Düzenleyen Nitelikte Kabul Edilmesi Görüşü, ii) Bu Denetim Aşamalarının Hiçbirinin Piyasayı Düzenleyen Nitelikte Kabul Edilmemesi, iii) Farklaştırılmış Bir Bakış Açısı İle İlgili Duruma Göre i) veya ii)' den Birinin Söz

göre TBK m. 20 vd.'daki düzenlemelerin (bazıları denetim aşamalarında bireyi doğrudan koruma fonksiyonu ön planda olsa da) ve bunların hukuki sonuçlarına bağlı caydırıcı etkinin genel anlamda piyasası düzenleyici nitelikte kabul edilebileceğine ilişkin bir görüş²⁰⁴ ileri sürülebilir. Diğer taraftan bize göre söz konusu genel kabulden sakınarak TBK m. 20 vd.'da hangi denetim aşamasının dikkate alınacağına ilişkin farklılaştırılmış bir bakış açısı ile de hareket edilmelidir. Buna göre bir görüşe göre ilgili denetim aşamasında ön planda olan (müşteriyi dolaylı koruma/piyasa fonksiyonunun ön planda olup olmamasına göre) fonksiyon dikkate alınarak²⁰⁵ veya başka bir görüşe göre (koşul rekabetini gerçekleştirmeye hizmet ettiğini kabul ettiğimiz) saydamlık kuralını ne ölçüde gerçekleştirmeye hizmet ettiğinin kabul edilebileceğine göre²⁰⁶ bir değerlendirme yapılabilir.

Alman Hukuk öğretisindeki çok baskın görüş haksız rekabete ilişkin incelemede yasak kuralı²⁰⁷ olarak borçlar kanunundaki içerik ve saydamlık denetimlerinin²⁰⁸ dikkate alınabileceğini belirtmektedir²⁰⁹. Daha önce belirttiğimiz üzere bu durum doğrudan kurumsal olarak sözleşme özgürlüğüne işlerlik kazandırmayı amaçlayan saydamlık denetimi açısından doğaldır. Ayrıca müşteriyi doğrudan ve dolaylı koruma fonksiyonlarının her ikisine de sahip içerik denetimi için bunun en azından dolaylı piyasa etkileri olduğu kabul edilebileceğinden aynı sonuca varılabilir²¹⁰. Öte yandan içeriği öğrenme imkanı sağlama unsuruna da vermiş olduğumuz

Konusu Olabileceği Görüşü ve sonucu altında da; iiiia) İlgili Denetim Aşamasına Aykırılığın Çok Açık Olmasının Aranması Ölçütünü Arayan Görüş, iiib) Aykırılığın Gerçekleştiği Zaman Dilimi (benimsenecek görüşe göre sözleşmenin kuruluşunda veya uygulama aşamasında olması) Ölçütünü Arayan Görüş, iiic) Müşterinin Haklarını İleri Sürmesinin Engellenmesi Ölçütünü Arayan Görüş, iiid) Saydamlık Kuralına Aykırı Olma Ölçütünü Arayan Görüş. Söz konusu görüşler ve bunun değerlendirmesi için Bkz. HOLTZ, s. 130 vd., 137 vd.; SCHLAGELAMBERS, s. 145 vd. Ancak genel anlamda son zikredilen yazar, Saydamlık Kuralına Aykırılık Görüşü yanında Söz Konusu Denetim Aşamalarının Hepsinin veya Hiçbirinin Dikkate Alınması şeklindeki görüşlerin savunulabileceğini, zira AHRK m. 3a (eAHRK m. 4 N. 11)'nin sözünün açıkça incelenmesi gereken hukuksal düzenlemeyi ifade ettiğini, yoksa bunun etkilerinden bahsetmediğini belirtmektedir (s. 135 vd., 153 vd.). Ancak makalemizin kapsamını aşmamak adına Türk Hukuku yönünden TTK m. 54 vd'da bu tarz bir düzenleme bulunmadığından, hangi görüş veya görüşlerin benimsenmesi hususunda bu tarz bir sınırlamanın mevcut olmadığını belirtmekle yetiniyoruz.

204 SCHLAGELAMBERS, s. 148 vd.

205 Öğretide sıklıkla bu bağlamda içerik ve saydamlık denetimlerinin dikkate alınabileceğini belirtmektedirler. Ancak bunu içine genel ve özel kapsam denetimini de dahil edildiği görülmektedir. Bu konuda Bkz. HENNINGS, s. 191 vd., 198 vd.

206 Bu görüş için Bkz. FUCHS, Vorb. v. § 307, N. 90.

207 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 43 vd.

208 HENNINGS, s.196 vd.

209 HOLTZ, s. 153 vd.; SCHLAGELAMBERS, s. 148 vd.; HENNINGS, s. 192 vd., 194 vd. ve dp. 857'de yer alan yazarlar.

210 Krş. JUNG, s. 132; HOLTZ, s. 144 vd.; HENNINGS, s. 194 vd. Bu bağlamda içerik denetimini de piyasa etkilerine sahip olduğu ve bunun geniş anlamda pazar davranışlarını düzenleyen kurallar arasında kabul edilebileceğine ilişkin görüşe katılmaktayız. Söz konusu tespit ile birlikte aynı zamanda piyasa ekonomisinin en temel kurumlarından biri olarak sözleşme mekanizmasının düzgün işleyişinde kamu yararı olduğu ve bu anlamda içerik denetimi ile sözleşmeye yapılacak müdahalenin de ekonomik kamu düzeni ile yakından ilişkili olduğunu söyleyebiliriz. Kamu düzeninin artık kamu hukukuna ilişkin kurallardan ibaret olmadığı, hakim görüşün belirttiği gibi toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan özel hukuk kurallarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ve ayrıca Yargıtay'ın imar hukukundaki içtihatlarında görüldüğü üzere kamu hukukuna ait kuralların da kamu düzeni altında değerlendirilip özel hukuk ilişkilerinde değerlendirilebileceği hakkında Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 384 vd. Ekonomik kamu düzenine ilişkin olarak Bkz. TEKİNSOY, Özge Okay, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011, s. 149 vd.; ÖZKAN, Ahmet, Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, S: 4, Güz 2009, s. 82 vd. Ancak biz içerik denetiminin ekonomik kamu düzeni ile yakından ilişkili

olduğunu kabul etmekle beraber içerik denetimi ile sözleşmeye yapılacak müdahalede kamu düzeni kavramının kurumsal dayanak olmadığı düşüncesindeyiz. Bu yönde kamu düzeninin sözleşmenin dış/doğrudan sınırlarını teşkil ettiği, sözleşmenin dış sınırların altında bir sözleşme özgürlüğüne ayrırlığın genel işlem koşulu denetim mekanizmasına konu olabileceği hakkında Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 381, 405. Danıştay 3 Dairesi'nin 13.10.1980 tarihli ve E.1980/157, K.1980/181 sayılı kararında: “Anayasa hukukunda artık kamu düzeni deyimi ile yetinilmemekte, kamu düzeninin yanında ekonomik kamu düzeni de yer almaktadır. Ekonomik kamu düzeni sadece hukuk kavramlarını ihtiva etmemekte, ekonomi-hukuk işbirliğiyle düzeni saptamaktadır.” şeklinde ifade edildiği ve ayrıca Yargıtay'ın da bu kavramı tanımlamadan zikrettiği çeşitli kararları (Yarg. HGK, 05.07.1995 tarihli ve E.1995/9-474, K.1995/722 sayılı; Yarg. HGK, 31.01.1996 tarihli ve E.1995/9-960, K.1996/4 sayılı kararları) için Bkz. ÖZKAN, s. 81, dp. 19. TBK m. 25'de ise sözleşme özgürlüğü kurumunun açıkça kötüye kullanılması söz konusudur. Nitelik TBK m. 25'de ve madde gerekçesinde de açıkça dürüstlük kuralı (ve bununla bağlantılı olarak hakkın kötüye kullanılması) kurumsal dayanak olarak ortaya konmuştur. Bu konuda Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 401 vd.; ANTALYA, Türk Borçlar Kanunu, TBK m. 25, Madde Gerekçesi, s. 75. Yine içerik denetimine ilişkin kurumsal dayanak olarak aynı yönde örneğin Bkz. HAVUTÇU, Tez, s. 163 vd., 180 vd.; ATAMER, Tez, s. 168 vd.; ÇINAR, s. 132 vd. Yargıtay'ın farklı daireleri ise bu konudaki görüşlerini 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (TBK – UK) ve bu bağlamda TBK m. 20 vd.'nin (özellikle TBK m. 25'in) zaman bakımından geriye etkili olarak uygulanıp uygulanmaması ile ilgili olarak dile getirmektedirler. Ancak hemen aşağıda aktaracağımız Yargıtay'ın çeşitli dairelerinin, hatta aynı dairelerin farklı kararlarındaki görüşleri arasında farklılıklar vardır. TBK – UK m. 1 c. 1'de TBK'da yer alan kanun hükümlerinin kural olarak geçmişe etkili olmama kuralına tabi olduğu ortaya konmuştur. TBK – UK m. 2'de ise TBK'da yer alan kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralların geçmişe etkili olma kuralına tabi olmadığı belirtilmiştir. Yargıtay 3. Dairesi bir kararında (Yarg., 3. HD., 18. 12. 2014 tarihli, 2014 / 13539 E., 2014 / 16751 K.) içerik denetimine (TBK m. 25) ilişkin açıklamalarında bunun kamu düzenine ilişkin olduğunu şöyle ifade etmektedir: “... 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 1. maddesi, Türk Borçlar Kanununun zaman bakımından uygulanmasında genel kural olarak, geçmişe etkili olmama kriterini benimsemekle birlikte, anılan yasanın 2. maddesinde ise bu kuralın istisnalarına yer vererek, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın “Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kurallarının, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı” belirtilmektedir. Genel İşlem Koşullarının içerik denetimine yönelik olarak, TBK'nun 25. madde hükümlerinde kamu düzenini ilgilendiren hükümler olduğu kabul edilmelidir. Zira, bu kural hâkime doğrudan sözleşme içeriğine/müdahale etme imkânı veren kuraldır...”; Buna karşılık Yargıtay 11. Hukuk Dairesi çeşitli kararlarında (Yarg., 11. HD., 12. 02. 2014 tarihli, 2013 / 15438 E., 2014 / 2405 K.; Yarg., 11. HD., 11. 09. 2017 tarihli, 2016 / 5624 E., 2017 / 4182 K.): “...TBK'nın 20. maddesi anlamında genel işlem şartı olduğu ve anılan Yasa'da genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemenin kamu düzeni ile ilgili bulunduğu bu nedenle, 6103 sayılı Kanunu'nun 2. ve 7. maddeleri gereğince, somut olaya 6098 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin gerekçesi, 6098 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihinden önce yapılan sözleşmelere, anılan Yasa hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığından yerinde görülmesi de...” veya “...Mahkemece, kredi sözleşmesinin genel işlem şartları içerdiği gerekçesiyle davanın kabulü yönünde karar verilmiş ise de; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlük tarihinin 01.07.2012 olduğu, bu durumda kredi sözleşmesinin düzenlendiği tarih itibarıyla henüz yürürlüğe girmemiş olan 6098 Sayılı Kanun'un genel işlem şartlarına dair hükümlerinin somut olaya uygulanma kabiliyeti bulunmadığı gözetilmeksizin yazılı gerekçelerle davanın kabulü doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” veya Yargıtay 19. Hukuk Dairesi bir kararında (Yarg., 19. HD., 06. 03. 2017 tarihli, 2016 / 6062 E., 2017 / 1781 K.) daha açık bir şekilde: “... Mahkemece...6098 Sayılı borçlar kanununun 20-25. Maddelerinde düzenlenen genel işlem koşullarına dair hükümlerin 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğü ve uygulama şekli hakkında kanununun 3. Maddesi uyarınca... kamu düzenini ilgilendirdiğinden ve somut olaya uygulanması gerektiği düşünüldüğü... belirtilerek davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir...6101 Sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanununun 2.maddesi uyarınca kamu düzeni ve genel ahlaka dair bir kural niteliğinde bulunmaması sebebiyle geçmişe etkili şekilde somut olaya uygulanması da mümkün değildir.” şekline ifade etmektedir ((http://www.hukukturk.com, 10. 01.2018 tarihinde ziyaret edilmiştir). Yargıtay 6., 13., 21. Hukuk Daireleri'nin genel işlem koşulunu denetimini geçmişe etkili gördüğü, öte yandan Yargıtay 3., 11., 13., 19. 21. Hukuk Daireleri'nin genel işlem koşulunu denetimini geçmişe etkili görmediği çeşitli yayınlanmış ve yayınlanmamış kararları için Bkz. AYDOĞDU, s. 158 vd., dp. 786, 787; YELMEN, s. 74 vd., 75 vd. Bu konuda özellikle TBK – UK Adalet Komisyonu Raporu ve Muhalefet Şerhi'nde yer ifadeler dikkat çekicidir. TBK – UK Adalet Komisyonu Raporu'nda: “... Gerek intikal hukuku geleneğimizde, gerek Komisyonumuzda benimsenmiş şekliyle Tasarıya hakim olan ruh (ratio legis), “geriye yürüme konusunda ölçülü ve sınırlı bir yaklaşım’dır... Komisyon bu anlayış içinde, Tasarının kimi sözleşmeler yönünden “koruma” karakterli hükümleri bir bütün olarak geriye yürüten ikinci bölümünü Tasarı metninden çıkarmıştır. Sözü geçen hükümlerin çıkarılmaması yönündeki karşı görüşün sosyal bir içerik taşıdığına kuşku yoktur... Geçmişe etkililik... Özellikle sözleşme hukuku

anlam çerçevesinde anlaşılabilirliğin ön koşulu olduğu dikkate alınarak, bu unsura ilişkin yapılacak değerlendirmelerde haksız rekabete yönelik incelemede dikkate alınması şeklinde bir görüşte savunulabilir²¹¹. Son olarak TTK m. 54 vd.'de ticari uygulamaların veya davranışların esas alındığı

*yönünden, sözleşmelerin sözleşmelerine güvenmeleri sorunudur... Ne varki mutlak ve toptan geriye etki; hukuka güven, hukuki kesinlik ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaştırılmaz... Anayasa Mahkemesi daha önce bağlatılmış hükümlere yeni yasa ile dokunulmasını Anayasanın 2 ve 48 inci madde hükümlerine aykırı görmüştür... Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. Maddesi gerekçesinde de, "hürriyet temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti altına alınması tabiidir..." şeklinde ifade edilmiştir (ANTALYA, Türk Borçlar Kanunu, TBK. – UK Adalet Komisyon Raporu, Adalet Komisyon Raporu, s. 636 vd., 637 vd.'dan naklen). Muhalefet Şerhi'nde ise: "... Tasarının ikinci bölümünde özel durumlara ilişkin hükümlerde yer alan, 7 inci maddede genel işlem koşulları, ... tasarı metninden çıkarılmıştır. Kaldırılması istenen maddeler için iki ortak neden gösterilmektedir. Bunlardan biri, Anayasanın 48 inci maddesindeki sözleşme özgürlüğü, diğeri de Borçlar Kanununun zaman bakımından yürürlüğünün tasarının 1 inci maddesinde düzenlendiğidir... Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, Tasarı'nın 2. maddesi aracılığıyla, genel işlem koşulları ... derhal uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun genel ahlak ve kamu düzeni gerekçeleriyle ile açıklanan genel işlem koşulları... ilişkin hükümleri, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce akdedilmiş bulunan genel işlem koşulları içeren katılma sözleşmelerine ... derhal uygulanmalıdır denilebilecektir... Tüm çağdaş hukuk sistemlerinde, genel işlem koşullarına karşı katı koruma eğilimi vardır... Bu koruyucu düzenlemelerin Anayasamızın 48. Maddesine aykırı olduğu düşüncesine katılmak mümkün değildir..." (ANTALYA, Türk Borçlar Kanunu, TBK. – UK Adalet Komisyon Raporu, Muhalefet Şerhi, s. 640'dan naklen). Muhalefet ferhinde TBK m. 20 vd.'nin bireyi koruma fonksiyonu ön plana alınarak TBK. – UK m. 2 yönünden genel anlamda bu hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu belirtilmektedir. Adalet Komisyon Raporu'nda ise aslında bireyi koruma fonksiyonu ile TBK m. 20 vd.'nin geriye etkili bir müdahalesinin (hukuki kesinlik ve güvenlik yanında) özellikle kurumsal olarak sözleşme özgürlüğünü ve bu bağlamda serbest piyasa şartlarını zedeleyeceği vurgulanmaktadır. Adalet Komisyon Raporu'nda TBK m. 20 vd.'nin (en azından) "mutlak ve toptan olarak" geriye yürümeceği ve kamu düzenine ilişkin olmadığı belirtilmektedir. Başka bir deyişle subjektif tarihi bir yorum aracı olan Adalet Komisyon Raporu'nda yer alan ifadelerden yola çıkarak TBK-UK m. 2 ile sadece hüküm bazında, ilgili denetim aşamasına göre bir değerlendirme yapılabileceği görüşü ileri sürülebilir. Nitekim yukarıda aktarılan Yargıtay daireleri ve bu kararlarda geçen ilk derece mahkemeleri içerik denetimine yönelik farklı görüşler paylaşmaktadır. Öğretide denetim aşamalarına göre farklılaştırılmış bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Örneğin genel ve özel içerik denetimine ilişkin TBK m. 24 ve TBK m. 25'in kamu düzenine ilişkin normlar olarak kabul edilebilecek iken yadog ve yorum denetiminin bu şekilde değerlendirilemeyeceği hakkında Bkz. ATAMER, Sempozyum, s. 70 vd.; AYDOĞDU, s. 157 vd. Ancak son zikredilen yazarlar açık olmama kuralı yönünden sonucun değişmeyeceği, *contra profentem* ilkesinin eBK m. 18'e ilişkin olarak ta kabul edildiğini belirtmektedirler. Benzer bir şekilde kapsam denetimden farklı olarak, içerik denetiminin kamu düzeni altında değerlendirilebileceği, buna karşılık bireyi koruma fonksiyonu ön planda olan TBK m. 23'te yer alan açık olmama kuralı açısından ise somut olay bazında bunun içeriği dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği hakkında Bkz. YELMEN, s. 78 vd. TBK-UK'dan genel işlem koşullarının da yer aldığı özel durumlara ilişkin ikinci bölümün çıkarılmasının hukuk güveliğine son durumda ne ölçüde katkı sağladığı tartışılabilir. Ancak söz konusu durumun yerinde olduğundan bağımsız olarak makalemiz açısından önemli olan ve Adalet Komisyon Raporu'nda yer alan ifadelerden çıkarılabilecek husus sözleşmeye TBK m. 20 vd. ile yapılacak müdahalenin kurumsal olarak sözleşme özgürlüğünün korunması ve bunun zedelenmesi olgusu ile ilişkilendirilmesidir. Yukarıda aktarıldığı üzere kurumsal olarak sözleşme özgürlüğünün korunması ve etkin bir şekilde işleminin artık günümüzde ekonomik kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda içerik (ve saydamlık) denetimi (hatta soyut bir şekilde, TBK m. 20 vd.'da yer alan ilgili denetim aşamalarının anlam ve fonksiyonlarının dikkate alınmadığı, sadece Adalet Komisyonu'nun TBK-UK tasarısının genel işlem koşullarını da içeren ikinci bölümünü tasarı metninden çıkarma gerekçesinin karşıt anlamından yola çıkarak yapılacak yorumla diğer denetim aşamaları) ile sözleşmeye yapılacak müdahalenin ekonomik kamu düzenini dolaylı olsa da etkilediği ve bununla içerik denetimini geniş anlamda piyasa davranışı kuralı olarak değerlendirilmek için yeterli olduğunu söyleyebiliriz.*

211 Bunun ötesinde farklı gerekçelerle özel ve genel kapsam denetimine aykırılığın da haksız rekabet incelemesinde dikkate alınabileceği yönünde Bkz. HENNINGS, s. 198 vd. Ancak son zikredilen yazar bu sonuca özel ve genel kapsam denetimi sonucu ilişkilendirilmemiş olsa da fiili olarak müşteri ve diğer piyasa katılımcılarına etkisi olabileceği ve bu anlamda bunların da teknik olarak ticari davranış olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir. Buna karşılık herhangi bir gerekçe göstermeden özel ve genel kapsam denetimine ilişkin Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin piyasayı düzenleyici kabul edilemeyeceğine ilişkin tespit için Bkz. HOLTZ, s. 200.

ve bununda sözleşmenin kuruluşu yanında uygulama aşamasında da söz konusu olabileceği dikkate alınarak²¹²; içerik ve saydamlık denetimleri kapsamında saydamlık kuralının uygulama ve kuruluş saydamlığına yönelik uygulama fonksiyonlarına ilişkin değerlendirmelerden haksız rekabete ilişkin incelemede yararlanılabileceğini söyleyebiliriz.

V. SONUÇ

Makalemizde saydamlık kuralının tanımını, fonksiyonlarını ve saydamlık kuralının TBK m. 20 vd.'daki yerini, TBK m. 20 vd.'nın TTK m. 55 f. 1 f ile birlikte sözleşmenin her iki tarafının da tacir olduğu sözleşmelere uygulanabilirliğine ilişkin görüşleri ve değerlendirmelerimizi aktardık. Makalemizde varılan temel sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Saydamlık kuralı, ortalama bir müşteri için onun hak ve sorumluluklarını mümkün olduğunca açık ve anlaşılır şekilde ortaya konmasını ve belli durumlarda bunun ötesinde durumun gerektirdiği ölçüde geniş bir şekilde hükmün ekonomik sonuçlarının fark edilebilmesini ifade eder. Saydamlık kuralının uygulama halleri ise birbiriyle geçişli olmakla beraber; bunlar anlaşılır olmama, belirli olmama ve yanıltıcı olma ayrımında incelenebilir.
2. Saydamlık kuralı sözleşmenin kuruluş ve ifa aşamalarında sırasıyla kuruluş ve uygulama saydamlığı şeklinde ikili bir ayrımında aktarabileceğimiz uygulama fonksiyonlarına sahiptir. Ayrıca saydamlık kuralı hukuk güvelliğini arttırmasının yanında iletişim, piyasa saydamlığı, toplumsal farkındalık yaratma fonksiyonlarına da sahiptir.
3. Saydamlık kuralı TBK m. 20 vd.'da yer alan hükümlerin amaç unsuru ile uyumlu olduğu gibi burada yer alan denetim aşamalarında da farklı boyut ve kapsamlarda kendini göstermektedir. Özellikle TBK m. 25'te yer aldığını düşündüğümüz, içerik denetiminden önce (yorum denetiminden sonra) uygulama alanı bulan kendine özgü bir denetim şekli olan saydamlık denetimi vurgulanmalıdır. Buna göre menfaate aykırılık/ aleyhine olma durumu hukuki olabileceği gibi, piyasaya dönük te olabilir. Söz konusu mağduriyet tek başına açık yarar dengesizliğine sebep olabilir ve bu anlamda bir genel işlem koşulunun geçersizliğine sebebiyet verebilir. Saydamlık denetiminin asli uygulama alanına; kuruluş saydamlığına aykırı genel işlem koşulları, lehe olan kayıtlar, kaçınılmaz saydam olmama durumları girer. Saydamlık denetiminin özel uygulama alanını da hukuksal düzenlemeyi tekrar eden genel işlem koşulları oluşturur.
4. Saydamlık kuralı TTK m. 55 f. 1 f c. 2'nin unsurlarında kendini farklı yoğunluklarda göstermektedir. Bu anlamda öncelikle hükümde geçen dürüstlük kuralı yanında “yanıltıcı olma” unsurunda saydamlık kuralı ile doğrudan bir bağlantı kurulmuş iken, “diğer taraf aleyhine kanuni düzenlemeden veya sözleşmenin niteliğinden önemli ölçüde sapma” unsurunda bunun belirlenmesine etki eden önemli olgulardan biri olarak değerlendirilmektedir. Daha

212 SCHLAGELAMBERS, s. 45 vd.; 128 vd.; HENNINGS, s. 195; YILMAZ, s. 289 vd.; UZUNALLI, s. 387.

genel bir uygulama hali olan TTK m. 55 f. 1 f c. 1'de diğer saydam olmama halleri ele alınmaktadır.

5. TTK m. 55 f. 1 f'de yer alan kullanım unsurunu geniş yorumlayan görüşün benimsenmesi ve yanıltıcı olma unsuruna sübjektif bir anlam verilmemesi durumunda bu hükmün uygulaması çok daha işlevsel hale getirilebilir. Gerek TTK m. 55 f. 1 f c. 2'deki yanıltıcı olma unsuru ile maddi menfaatlere ilişkin açık yarar dengesizliğinin tespitinde, gerekse genel anlamda TTK m. 55 f. 1 f c. 1'de dürüstlük kuralına aykırılığın değerlendirilmesinde sözleşmenin her iki tarafına yönelik olarak ta soyut bir anlayış ölçütü belirleyicidir. Kullanıcı yönünden mesleki özen ölçütü, tacir veya tüketici olan müşteriler yönünden ise ilgili alandaki objektif, tipik ve ortalama, müşteri modeli ölçütü buna açıklık getirmektedir.
6. TBK'da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin her iki tarafın tacir olduğu, ticari standart sözleşmelere uygulanabileceği ve uygulanmayacağı şeklinde her iki görüşte savunulabilir. Ancak makalemizde daha ağır basan gerekçelerle TBK m. 20 vd.'na bu tür sözleşmelere uygulanmaması şeklindeki görüşe öncelik verilmelidir. Diğer taraftan TBK m. 25'te yer alan saydamlık denetimi yönünden bir istisnanın katılmış olduğumuz görüş ile uyumlu olduğu düşüncesindeyiz. Bu bağlamda saydamlık denetimi ile TTK m. 54 vd. birlikte uygulanabileceği, hatta birbirini tamamladığı söylenebilir. Zira bunlardan ilki rekabetin niteliği ile ilgili iken, diğeri daha ziyade niceliksel olarak rekabetin gerçekleşmesine yöneliktir. Bu kapsamda saydamlık denetimi ile de TTK m. 55 f. 1 f arasında, RKHK ile ilgili yapmış olduğumuz yukarıda tespiti benzer şekilde, birbirlerini her zaman doğrudan etkileyecekleri şeklinde bir genelleme yapılamamakla beraber karşılıklı bir değer transferi olduğunu söyleyebiliriz.

Kaynakça

- AÇIKGÖZ, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013.
- AKİBEK, Şebnem Ö., Milli Şerh, §1-3, İstanbul 2016.
- AKİBEK, Şebnem Ö./ AYDOĞDU, Murat, Milli Şerh, § 5, İstanbul 2016.
- AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 5. Bası, Konya 2011.
- ALTOP, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, Ali Çivi (Editör), İstanbul 2007, s. 141 – 155 (Sempozyum).
- ANTALYA, Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C:1, İstanbul, 2015 (Borçlar Hukuku Genel – I).
- ANTALYA, O. Gökhan/ TOPUZ Murat, Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015 (Medeni Hukuk).
- ANTALYA, O. Gökhan, Gerekçeli ve Açıklamalı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2015 (Gerekçeli ve Açıklamalı TBK).
- ANTALYA, O. Gökhan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 2. Baskı, İstanbul 2011 (TMK).
- ANTALYA, O. Gökhan/ DOĞANCI, E. Doğa, Saydamlık Kuralı Bağlamında Genel İşlem Koşulu Denetimi Yönünden Rekabet Hukukunda Koşul Rekabeti ve Rekabet İhlalinin Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, 2018, Cilt 16, S. 192 (I. Bölüm); 2019, Cilt 17, S. 192 (II. Bölüm) (Yayın aşamasında).
- ARIKAN, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:3–4, 2012.
- ASLAN, Yılmaz, Tüketici Hukuku, 5. Baskı İstanbul, 2014 (Tüketici Hukuku).
- ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 31 vd. (Tez).
- ATAMER, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu – 08.04.2011*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, 9-73, (Sempozyum – I).
- ATAMER, Yeşim M., Tacirin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunma Yolları, İstanbul Ticaret Odası Yayını, Nr. 2001 – 8, İstanbul 2001 (Tacir).
- ATAMER, Yeşim M., Genel İşlem Koşulu mu, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2013, s. 103 – 139 (Atamer, Sempozyum-II).
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, 7. Baskı, Konya 2012
- AYDOĞDU, Murat, Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014.
- AYHAN, Rıza/ ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2015.
- BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2012.

- BAKIR, Ayhan, Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı, Ankara 2017.
- BAŞ, Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural' a Armağan, İstanbul 2013, s. 276 – 303.
- BASEDOW, Jürgen: “Transparenz als Prinzip des Versicherungsvertragsrecht”, VersR 1999, 1045 – 1088.
- BILLING, Tom, Die Bedeutung vom § 307 III 1 BGB im System der AGB – rechtlichen Inhaltskontrolle, München 2006.
- BRUNNER, Alexander, Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Herausgeber (zus. mit A. Brunner und A. Eisner-Kiefer): Entwicklung des schweizerischen Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 2014, s. 13-39.
- BÜYÜKSAGIS, Erdem, İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 675-711.
- CİVAN, Orhun Ersun, Genel İş Koşulları, İstanbul 2015.
- ÇAĞA, Tahir, Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?, Türkiye barolar Birliği Dergisi, Sayı: 3, 1991, 366 – 375.
- ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Adana 2013.
- ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- COESTER, Michael, in: J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2013.
- DREXL, Josef: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen, Mohr Siebek, 1998.
- DURAL, Mustafa/ SARI, Suat., Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2013.
- EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara 1989.
- EHLE, Bernd/ BRUNSCHWEILER Andre, AGB Recht Schweiz/ Deutschland, Recht im Umbruch Ein rechtsvergleichender Überblick, BB International, 5/ 12, s. 262-271.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul, 2014.
- ERTAN, Füsün Nomer, Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016.
- EVERMANN, Manja: Die Anforderungen des Transparenzgebots an die Gestaltung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 93/13/EWG, Karlsruhe 2002.
- FAHR, Peter: Inhaltskontrolle Transparenzgebot und § 8 AGBG Zur Abgrenzung kontrollfreier Preis – und Leistungsbestimmungen, Akademischer Verlag, München 1999.
- FASTRICH, Lorenz, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, Köln, 1992.
- FUCHS, in: Ulmer, P.r/Brandner, H. E./Hensen, H. D., AGB-Recht, Köln 2011.
- GOTTSCHALK Eckart, Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen, Archiv für die civilistische Praxis, Heft: 4, 2006, s. 555-597.
- HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003 (Tez).
- HEINRICHS, Von Helmut: “Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, in: Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart, festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1995 (Hrsg. Von Friedrich Graf von Westphalen und Otto Sandrock), s. 157-177.

- HELLNER, Thorwald, Quo vadis AGB – Recht, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin, New York 1990, s. 573 – 587.
- HENNINGER, Anton, Vom Umgang mit AGB, Swisslex Document: BR 2002 S. 133.
- HENNINGS, Stefan, Unlauterer Wettbewerb durch Verwung Unwirksamer Vertragsklauseln, Baden-Baden 2017.
- HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2010.
- HOYNINGEN – Huene, Gerick von, Unwirksamkeit von AGB bei blosser Intransparenz? İn: Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart festschrift für Reinhold Trinkner, Heidelberg 1995, s. 171 – 191.
- HOLTZ, Michael H., Die AGB – Kontrolle im Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2010.
- JOPPICH, Tim Gero: Die Kodifikation des Transparenzgebots in § 307 BGB: Unter Besondere Berücksichtigung der Arbeitsvertragskontrolle, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 2009.
- JUNG, Peter, Alexander, Die Systematische Stellung der offenen AGB – Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags – und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Herausgeber (zus. mit A. Brunner und A. Eisner-Kiefer): Entwicklung des schweizerischen Recht der Allgemeinen Geschaeftsbedingungen, s. 129-167, Zürich 2014.
- KAPLAN, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2013.
- KARA, Mustafa Sencer, Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 17, S. 1-2, 2013s. 723 – 744.
- KALEV Saare/ KARİN Sein, Transparenzgebot der AGB-Klauseln in den Verbraucherverträgen, Juridica International XIX, 2012, s. 59 – 67.
- KARACABEY, Ömer Faruk, Hakların Yarışması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 6, 1980, s. 666 – 685.
- KAŞAK, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6089 sayılı TBK m. 21/2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakülte Dergisi, C.3, S: 1, 2012, s. 415 vd.
- KENT, Lerch D., Recht verstehen. Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht. (Die Sprache des Rechts. Studien der interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften: Erster Band). Berlin, New York: Walter de Gruyter 2004, s. 239 – 285.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, 14. Baskı, Ankara 2011.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, 3. Baskı, Ankara 2013.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011.
- KİZİR, MAHMUT, Yargıtay kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, 2017, s. 245 – 282.
- KREIENBAUM, Birgit: Transparenz und AGB-Gesetz, Berlin 1998.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- KOÇ, Nevzat, Değerlendirme Konuşması, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 89-92.
- KOLLER, Ingo: “Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, In: Festschrift für ERNS STEINDORF zum 70.Geburtstag , Berlin-New York 1990, s. 667 – 686.

- KOLLER, Thomas, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, 943 – 952, s. 947 vd.
- KÖNDGEN, Johannes: “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht-Bemerkungen zum “Hypothekenzins-“ und zum “Wertstellungs – Urteil” des BGH”, NJW 1989, s. 943-952.
- KUNTALP, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 79 – 107.
- MORSBACH, Schmidt Susanne, Die Missbräuchlichkeitskontrolle Allgemeiner Geschäfts – und Versicherungsbedingungen in Verbraucherverträgen, Berlin 2011.
- NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul, 2015.
- OĞUZMAN M. Kemal / Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- ÖZKAN, Ahmet, Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, S: 4, Güz 2009, s. 82 vd.
- PALANDT, Otto, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 61. Auflage, München 2002 (PALANDT/ İŞLEYEN).
- PFEIFFER, Thomas, in: Wolf/ Lindacher,/ Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, 6. Aufl., München 2013.
- PFEIFFER, Thomas, Was kann ein Verbraucher? – Zur Relelanz von Informationsverarbeitungskapazitäten im AGB – Recht und darüber hinaus, NJW, 2011, s. 1 – 7 (Verbraucher).
- PILZ, Knut, Missverständliche AGB, Ein Beitrag zum Verhältnis von Auslegung und Transparenzkontrolle untersucht am Beispiel Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Berlin 2011.
- POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, Ticarî İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012.
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- RÖMER, Wolfgang, Zu den Grenzen des Transparenzgebots im Versicherungsrecht, in: Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 2004, s. 615 – 627.
- SCHÄFER Jürgen, Das Transparenzgebot im Recht der Geschäftsbedingungen, Peter Lang Verlag, Frankfurt 1992.
- SCHMITT, Christoph/ ULMER, Detlef, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verträge für Unternehmen, Berlin Heidelberg 2010, s. 28 vd.
- SCHLAGELAMBERS, Jana, Die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen als unlautere Geschäftspraktik im europäischen und deutschen Recht, Göttingen 2011.
- SİRMEN, A. Lâle, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011, BATİDER), Ankara 2011, s. 107 – 135.
- STOFFELS, Marcus, AGB Recht, 3. Auflage, München 2015.
- ŞEKER, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- ŞİMŞEK, Ayşe Fırat, Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi, Ankara 2011.
- ULUSAN, İlhan: Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013.
- ULMER/HABERSACK, in: Ulmer/Brandner/Hensen H. D., AGB-Recht, Köln 2011.
- UZUNALLI, Sevilay, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, İÜHKM C. LXXI, S. 2, 2013, s. 383 – 420.

- ÜLGEN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ ERTAN, Füsün Nomer, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2015.
- TEKİNSOY, Özge Okay, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011, s. 149 vd.
- TOPÇUOĞLU, Metin, Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlalı ve Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 4, 2015, s. 3 – 69.
- WOLF, Manfred, in: Wolf, M./Lindacher, W./Pfeiffer, T.: AGB-Recht Kommentar, 5. Aufl, München 2009.
- WURMNEST, Wolfgang, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§ 241-432), 5. Auflage, München 2007.
- YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, İzmir 2013, s. 3057 – 3098.
- YELMEN, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.
- YILMAZ, Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukuku'nda Genel İşlem şartı Kullanımı, Ankara 2015.
- ZEVKLİLER, Aydın/ ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.

Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri

Transferring Property of Agricultural Lands

Alper UYUMAZ*
Onur İLHAN**

Öz

İnsanoğlunun topraktan ürün elde etmeyi öğrenmesi ile tarım devrimi gerçekleşmiştir. Bununla beraber, tarımsal arazilerin diğer insanlar ve canlılardan korunması ihtiyacı doğmuştur. Bu koruma ihtiyacı, daha önce göçebe yaşayan insanları, ekili alanlar etrafında ya da yakınında yaşamaya zorlamıştır. Bu da insanların yerleşik hayata geçmesinde önemli bir etken olmuştur. Yerleşik hayata geçişle özel mülkiyet anlayışı ortaya çıkmış ve insanlar belli malvarlıklarına en başta da tarımsal araziler ve çiftliklere sahip olmaya başlamıştır. Sanayi devrimi ile tarımın insan hayatındaki öneminin azalması sonucunda, insanlar büyük kentlerde yaşamaya başlamış, tarımsal araziler gitgide küçülmüş ve verimsizleşmiştir. Bunun üzerine, pek çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de tarımsal arazilerin ve toprağın korunması için kanunlar çıkarılmıştır. Böylece, kural olarak sınırsız bir aynı hak olan mülkiyet hakkı, bu kamusal amaç için sınırlandırılmıştır. Çeşitli mevzuat hükümleri ile bu tarımsal arazilerde mülkiyet hakkının devri ve kazanılması bir dizi kurala bağlanmıştır. Bu çalışma, bu mülkiyet hakkının devrine ve bu tarımsal arazilerin birleştirilmek suretiyle toplulaştırması prosedürüne ilişkindir.

Anahtar Kelimeler: Tarımsal Arazi, Toprağın Korunması, Arazi Kullanımı, Tarımsal İşletme, Mülkiyetin devri.

Abstract

Agricultural revolution was realized by force of finding out growing crops. At the same time, the need for protecting agricultural lands from other people or living beings came to exist. This need for protecting agricultural lands from others forced to people to live around and the close to agricultural lands who were living nomadic life before. This was an important cause for the transition to settled life. As soon as transition to settled life the concept of ownership has come in sight and people have had assets first and foremost they have had agricultural lands and plantations. As a result of the industrial revolution, the importance of agriculture for people fell away, people started to live in big cities and agricultural lands became small and infertile more and more. Thereupon, several codes were enacted in many countries as well as in our country for protecting these lands. Thereby, in principle, the right of property as a right in rem which is not unlimited has been limited. Also, the right of property on

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, alperuyumaz@selcuk.edu.tr.

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, ilhanonur70@gmail.com.

agricultural lands has been restricted by a series of codes. This study is about the transition of the right of property on agricultural lands and uniting procedure of them.

Keywords: Agricultural Land, Protection of Land, Land Use, Agricultural Enterprise, Transfer of Ownership.

I. GİRİŞ

Tarımsal araziler, insanlığın tarım toplumuna geçtiği tarihlerden beri, insan hayatının devamı için en önemli unsurlardan biri olmuştur. İnsanlığın, M.Ö. 32. yüzyılda tahıl yetiştirmeye başladığı ve tarımla uğraştığına dair pek çok delil bulunmaktadır¹. İnsanoğlunun tarımla uğraşmaya başlamasıyla beraber, yerleşik hayat düzenine geçilmiş, şehirler ve toplumlar oluşmuştur. Toplu hâlde yaşayan insanların kurallar oluşturmaya başlaması ile hukuk sistemleri meydana gelmiştir. Zamanla özel mülkiyet anlayışı da ortaya çıkmış ve insanlar belli malvarlıklarına sahip olmaya başlamıştır. Günümüzde de karma ve liberal ekonomilerin uygulandığı ülkelerde özel mülkiyet söz konusu olup, kişiler kendi malvarlıklarına sahiptir. Mal sahipleri, mallarıyla ilgili olarak, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde istedikleri gibi tasarrufta bulunabilmektedirler. Fakat özel mülkiyet uygulamasının söz konusu olduğu ülkelerde bile, belli bazı mallarla ilgili koruyucu önlemler getirilerek maliklerin tasarrufu sınırlanabilmektedir. İşte tarımsal araziler de bu açıdan bakıldığında farklı düzenlemelere tâbi tutulan taşınmazlardandır. Tarımın toplum ve ülke için taşıdığı büyük önem nedeniyle, ülkeler, tarımsal arazilerin kullanımı, işletilmesi, devri gibi hususlarda genel kurallardan ayrılarak farklı düzenlemeler getirebilmektedir. Türkiye’de de, tarımsal arazilerin mülkiyetinin devriyle ilgili, ana kurallardan ayrılan bazı farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Özellikle mirasa konu olan tarımsal arazilerin miras hukuku kuralları gereğince bölünerek parçalanması ve küçülmesi, tarımın yapılmasını zorlaştırdığından ekonomik verimliliği düşürmekte ve bu durum da hem arazi maliklerinin hem de ülkenin ekonomik durumunu olumsuz etkilemektedir. Bu çalışmada her şeyden önce tarımsal arazi ve tarımsal işletme kavramlarına değinilecek olup, bu kavramların içeriği açıklanmaya çalışılacaktır. Tarımsal arazi ve tarımsal işletmeden ne anlaşılması gerektiği belirlendikten sonra, mülkiyetin devri yollarına geçilecektir.

Tarımsal arazilerde mülkiyetin devri yolları, *miras yoluyla devir*, *iradî devir* ve *toplaştırma yoluyla devir* olarak üç başlık altında incelenebilir. Tarımsal arazilerin mülkiyetinin miras yoluyla devrinde, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile farklı düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerin amacı, tereke konusu olan tarımsal arazinin parçalanmasını önlemek ve ayrıca mirasçılardan birine mülkiyetin devrini sağlayarak arazinin bir bütün hâlinde işletilmesine hizmet etmektir. Çalışmada, bu konu, ayrı bir bölüm olarak incelenerek, tarımsal arazilerin mülkiyetinin miras yoluyla devri izaha çalışılacaktır. Ancak, yakın dönemde bu hususta monografik düzeyde çeşitli çalışmalar yayımlandığından konunun literatüre özgün bir

1 Uslubaş, Tolga/ Dağ, Sezgin, İlk Çağlardan Günümüze Dünya Tarihi Ansiklopedisi, İstanbul 2013, s. 3.

katkı sağlaması adına bu konu aşağıda bir başlık altında detaya girilmeden hukukî açıdan sorun arz edebilecek özellikleri bakımından ele alınmıştır.

Öte yandan, tarımsal arazilerin mülkiyetinin iradî yolla devri, teknik anlamda herhangi bir özellik arz etmemektedir. Bu sebeple, bu çalışmada tarımsal arazilerde mülkiyetinin iradî yolla devri, burada yapılan açıklamalar dışında ayrıca ele alınmamıştır. Ancak, hatırlatılmalıdır ki, Türk Medenî Kanunu anlamında bir taşınmaz olan tarımsal arazilerin satışı yapılarak mülkiyetinin devredilmesi, diğer taşınmazlarda olduğu gibi tapu siciline tescil edilmek suretiyle yapılacaktır (TMK. m. 705). Bu tescil, taşınmazların devrinin sebebe bağlılığı ilkesi gereğince, bir hukukî işleme dayanmalıdır². Tarımsal arazilerin mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmeler, resmî şekilde düzenlenmelidir (TMK. m. 706).

Tarımsal arazilerin, maliki tarafından iradî yolla satışında karşılaşılan en büyük kısıtlama, arazilerin büyüklüğü hususunda kendini göstermektedir. TKAKK. m. 8'e göre, "Asgarî tarımsal arazi büyüklüğü, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek Bakanlık tarafından belirlenir. Belirlenen asgarî büyüklüğe erişmiş tarımsal araziler, bölünemez eşya niteliği kazanmış olur." Asgarî büyüklüğe ulaşan bir tarımsal arazi, özel mülkiyete konu olsa bile, kanunun emredici hükmü gereği bölünemez eşya niteliğini kazanacağından, bölünüp parçalanarak satışa konu olamayacaktır. Bu araziye satmak isteyen malik, bir bütün hâlinde, asgarî tarımsal arazi büyüklüğünü sağlayacak şekilde arazinin mülkiyetini devretmelidir.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile gelen bir diğer kavram olan yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü de, tarımsal arazi maliki için dikkate alınması gereken önemli bir husustur. TKAKK. m. 8/A'da, il ve ilçelere göre farklı şekilde belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin, Kanun'a ekli (1) sayılı cetvelde gösterildiği ifade edilmiştir. Bir tarımsal arazi, bu listede yer alan büyüklüklerin altında ifraz edilemez, bölünemez. Ancak yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımları Bakanlık'ın izni ile satılabilecektir. Yine, bir tarımsal arazinin, bölündüğünde de yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünü sağlaması hâlinde, bölünerek mülkiyetinin devri mümkündür.

Tarımsal arazilerin küçük ve parçalı olarak işletilmesinin önüne geçilmesi adına, Kanun koyucu tarafından alınan tedbirlerden biri de arazi toplulaştırması işlemleridir. Bu çalışmada, literatüre katkı sağlaması bakımından tarımsal arazilerde arazi toplulaştırması yoluyla mülkiyetin devri konusu detaylı olarak incelenmeye çalışılmış, makalede ağırlıklı olarak bu konuya yer verilmiştir. Arazi toplulaştırması ile amaçlanan, arazilerin doğal ve yapay etkilerle bozulma ve parçalanmasının önlenmesi, parçalanmış arazilerde ise doğal özellikler, kullanım bütünlüğü ve mülkiyet hakları gözetilerek birden fazla arazi parçasının birleştirilerek ekonomik, toplumsal ve

2 **Oğuzman**, M. Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017, 358; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altıp**, Atilla, Eşya Hukuku, C. 1, 5. Baskı, İstanbul 1989, s. 654; **Ayiter**, Nuşin, Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1983, s. 107; **Akıntürk**, Turgut, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 463; **Gürsoy**, Kemal T./ **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 474; **Sirmen**, Lâle, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 313; **Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 492.

ekolojik yönden daha fonksiyonel arazilerin oluşturulmasıdır. Yine toplumsal ve makro ölçekte önemli bir konu olan bu müessese de çalışmada ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Arazi toplulaştırması ile ilgili düzenleme içeren birden fazla kanun mevcut olup, bunların usulleri ilgili başlık altında ele alınmıştır. Bu usullerden, mülga olup yürürlükten kalkan kısımlara da değinilecek ve karşılaştırma yapılabilmesi sağlanacaktır. Sonuç kısmında, konu hakkında mevcut durumla ilgili hukukî tespitler ve ideal hukuk önerilerine yer verilmiştir.

II. TARIMSAL ARAZİ VE TARIMSAL İŞLETME KAVRAMLARI

A) TARIMSAL ARAZİ KAVRAMI VE UNSURLARI

Arazi, sözlükteki anlamıyla “yeryüzü parçası, yer, toprak”tır³. 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin “ç” bendine göre, “Arazi; toprak, iklim, topografya, ana materyal, hidroloji ve canlıların değişik oranda etkisi altında bulunan yeryüzü parçasıdır.” Tarımsal arazi ise aynı maddenin “d” bendinde, “toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hâle dönüştürülebilen araziler” olarak ifade edilmiştir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, tarımsal arazi, tarım yapılan veya yapılmaya uygun olan, tarıma elverişli arazidir. Böylece, üzerinde ekim-dikim yapılan arazilerin dışında, orman hariç, mera, yaylak, kışlak ve ıslah yoluyla tarıma elverişli hâle getirilen topraklar da tarımsal arazi kavramının kapsamına dahil edilebilecektir⁴. Öğretide tarım arazilerine “*kültür arazisi*” adlandırması da yapılmaktadır. Kültür arazisi, hâlen üzerinde, emek, sermaye ve teknolojinin birleşmesiyle üretim yapılan arazilerdir⁵. Tarım arazisi ile tarımsal arazi kavramları eş anlamlı olduğundan, çalışma boyunca her ikisi de aynı anlamı karşılamak üzere kullanılacaktır.

Türkiye’nin arazi varlığı 77,8 milyon hektardır. Verilere göre bunun 38,226 milyon hektarı kuru ve sulu tarım arazisi; 14,617 milyon hektarı çayır ve mera; 21,537 milyon hektarı da orman arazisidir. Bunların haricinde kalan 4,9 milyon hektarlık arazi ise, yerleşim alanı, sanayi ve diğer amaçlarla kullanılan arazi ve su yüzeyinden oluşmaktadır⁶.

Türkiye’de tarım arazilerinin mülkiyeti, kamu ve özel mülkiyet olarak ikiye ayrılmaktadır. Tarım arazilerinin % 67’si kamu mülkiyetinde olup, devlet, belediye ve özel idarelerin tasarrufundadır. Özel mülkiyet kapsamında olan kısım ise % 33’lük kısımdan oluşmaktadır⁷. Bu bilgilere göre, Türkiye’de arazilerin büyük bir çoğunluğunun devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu görülür. Yine de, toplam arazi miktarının önemli bir bölümünü teşkil eden kuru ve sulu tarım arazileri

3 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b1141171c6f5736387992 (Et: 01.06.2018).

4 Ünal, Mehmet, Tarımsal Toprakların Miras Yoluyla Parçalanması ve Bunun Ekonomik Zararları, SÜHFD., C. 3, S. 1, 1990, ss. 103-108, s. 104.

5 Ünal, s. 104.

6 Eren, Fikret/ Başpınar, Veysel, Toprak Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 14.

7 Eren/ Başpınar, s. 18-19.

miktarı, tarımda kayda değer üretimler yapılacak kadar çok miktarda olup, ülke kalkınmasında ve ekonomisinde önemli bir yer arz etmektedir.

Tarımsal araziler, üzerlerinde yetişebilecek olan ürün türü, teknik yapısı, sulu veya kuru oluşuna göre çeşitli kriterler kullanılarak sınıflandırmaya tâbi tutulmaktadır. En sık karşılaşılan sınıflandırmalardan biri de, kültür bitkilerinin türüne göre yapılan sınıflandırmadır. Buna göre, tarım arazileri; tarla, bağ-bahçe, çayır-mera, orman ve sazlık ile su satırları şeklinde sınıflandırılmıştır⁸. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun ek (1) sayılı listesinde, yeter gelirli arazi ölçüleri belirlenirken yapılan sınıflandırmaya göre tarım arazileri; *kuru, sulu, dikili ve örtü altı araziler* olmak üzere dört grupta toplanmıştır.

Tarımsal arazinin unsurlarından ilki, bir yeryüzü, toprak yani arazidir. Ortada mevcut bir arazi olmalıdır ki bu arazinin tarımsal arazi kapsamına girip girmediği tartışılabilir. Bu arazi, niteliği gereği iklimsel ve topografik olarak tarım yapılmasına uygun olmalıdır. Dolayısıyla sadece, hâlen üzerinde tarım yapılan araziler değil, tarım yapılmasına uygun olan ve hatta imar, ihya, ıslah gibi usullerle tarıma elverişli hâle dönüştürülebilen araziler de tarım arazisi kapsamındadır.

Tarımsal arazinin unsurlarından bir diğeri de tarım faaliyetidir. Tarımsal arazi, üzerinde tarım faaliyeti yapılan veya yapılabilen arazidir. Tarım faaliyeti ise, bitkisel ve hayvansal⁹ üretim anlamına gelmektedir¹⁰.

B) TARIMSAL İŞLETME KAVRAMI VE UNSURLARI

1) Kavram

Tarım hukukundaki modern anlayış, klasik anlayıştan farklı olarak, tarım arazilerinden ziyade tarım işletmelerini esas almaktadır¹¹. İşletme, insan ihtiyaçlarını karşılamak için, emek, sermaye ve girişimci unsurlarından oluşan ve mal ya da hizmet üretmek amacı ile faaliyette bulunan ekonomik kuruluşlardır. İnsan ihtiyaçlarının çeşitlilik arz etmesine paralel olarak işletmeler de farklı alan ve sektörlerde kendini göstermektedir. Türlerine göre işletmeler; sanayi işletmeleri, banka işletmeleri, hizmet işletmeleri veya tarımsal işletmeler vb. şeklinde sayılabilir¹². Tarımsal işletmeler; toprak, araç-gereç, yapı, hayvan ve diğer sermaye unsurlarından oluşan, belirli bir

8 **Özay**, Osman Levent, Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 2015, s. 43.

9 Tarım faaliyetinden anlaşılan, genelde bitkisel ürün yetiştirme ve bu ürünlerin elde edilmesi olsa da, ziraat öğretisinde tarım, her türlü bitkisel ve hayvansal ürünlerin elde edilmesi ve bu ürünlerin yetiştiricileri tarafından işlenip değerlendirilmesi olarak da tanımlanmaktadır. Tarımsal faaliyet ise, bitkisel üretim, hayvansal üretim ve bu ürünlerin işlenmesini kapsayan tarımsal teknoloji olmak üzere başlıca üç kısımdan oluşmaktadır (**Oğuz**, Cennet/ **Bayramoğlu**, Zeki, Tarım Ekonomisi, 2. Baskı, Konya 2015, s. 11).

10 **Özay**, s. 38.

11 **Kılıç**, Mehmet, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Tarım Hukuku: Mevcut Durum, Son Gelişmeler ve Yaklaşımlar, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 9, S. 2, 2010, ss. 67-92, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/16/1506/16604.pdf> Et: 04.06.2018), s. 68.

12 **Eren/ Başpınar**, s. 164; **Özay**, s. 31; **Eren**, Fikret, Medeni Kanun ve Toprak – Tarım Reformu Kanunu Açısından Tarım İşletmelerinin Tahsis Şartları, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C. 1, 1975, ss. 149-191, s. 154.

büyükliğe sahip olup tarımsal üretimde bulunan ekonomik bütündür¹³. Görüldüğü gibi tarım işletmeleri, sadece tarım arazisinden oluşmayıp araç-gereç, köprü, istinat duvarı, işletmecinin konutu, hayvanlar ve hatta arı kovanları gibi diğer birçok unsuru da içeren bir bütünlük arz eder¹⁴. Öğretideki bir diğer tanıma göre tarımsal işletme, “çeşitli taşınır veya taşınmaz sermaye unsurlarını içeren, bu unsurların emek ve müteşebbis vasıtasıyla, tarımsal alanlarda üretim yapan ya da bu üretime ek olarak saklama, muhafaza, işleme gibi faaliyetlerde bulunan ekonomik birimlerdir¹⁵.”

Tarımsal işletmenin mevzuattaki tanımına bakıldığında; yürürlükteki kanun, tüzük ve yönetmeliklerde açık bir tarımsal işletme tanımının olmadığı görülür. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu m. 7’de, “...tarımsal işletme, çiftçilik yapılması için gerekli toprak, bina, tesis, alet, makine, bitkisel ve hayvansal üretim araçlarından bir veya birkaçı ile işgücünün birlikte kullanıldığı üretim birimidir.” şeklinde tanımlanmıştır. 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde, tarımsal işletmeyi tanımlamasa da tarımsal işletme gelirinden bahsetmiştir. Buna göre, tarımsal işletme geliri, “brüt gelirden değişken masraflar düşüldükten sonra kalan miktardır.” Bu şekilde bir tanımın yapıldığı yerde “tarımsal işletme” kavramının da açıkça tanımlanması, onun unsurlarını ve içeriğini belirleme noktasında kolaylık sağlayacağından daha isabetli olacaktır.

1) Unsurları

a) Tarım Faaliyeti

Tarım faaliyeti, bir tarımsal işletmeyi diğer işletmelerden ayırt eden en önemli özelliktir. Tarım faaliyetinden ne anlaşılması gerektiği, tarım ve toprakla ilgili düzenlemelerde yer almamakla beraber, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nda zirai faaliyet adı altında; “arazide, deniz, göl ve nehirlerde, ekim, dikim, bakım, üretme, yetiştirme ve ıslah yollarıyla veyahut doğrudan doğruya tabiattan istifade etmek suretiyle nebat, orman, hayvan, balık ve bunların mahsullerinin istihsalini, avlanmasını, avcılarını ve yetiştiricileri tarafından muhafazasını, taşınmasını, satılmasını veya bu mahsullerden sair bir şekilde faydalanılmasını ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Tarım faaliyetini tanımlayan bir diğer kanun olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 3’e göre; “Tarım faaliyeti: Kendi mülkünde, ortaklık veya kiralamak suretiyle başkalarının mülkünde veya kamuya mahsus mahallerde; ekim, dikim, bakım, üretme, yetiştirme ve ıslah yoluyla yahut doğrudan doğruya tabiattan istifade etmek suretiyle bitki, orman, hayvan

13 **Zevkiler**, Aydın, Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi, Ankara 1970, s. 73; **Eren/ Başpınar**, s. 164; **Cin**, Halil, Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 1979, s. 122; **Sağlam**, İpek, Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2010, s. 201-231, s. 204; **Ünal**, Kaya, Hukukun Temel Kavramları – İlkeleri ve Tarım Hukuku, Tokat 1997, s. 113; **Eren**, Tahsis, s. 154; **Bağatur**, Çağrı, Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi, TBBD., S. 3, 1999, ss. 858-878, s. 863; **Özay**, s. 32 vd.

14 **Özay**, s. 34.

15 **Özay**, s. 37.

ve su ürünleri elde edilmesini ve/veya bu ürünlerin yetiştiricileri tarafından; muhafazasını, taşınmasını veya pazarlanmasını” ifade eder. Görüldüğü gibi tarım faaliyeti denildiğinde ilk akla gelen bitkisel ve hayvansal üretimdir¹⁶.

Günümüzde tarım endüstrisinin de gelişimiyle beraber tarım faaliyeti homojenliğini kaybetmiş ve tarım faaliyeti gerçekleştiren işletmeler tarım girdilerinin üretimi, işlenmesi gibi farklı faaliyetlere de girişmişlerdir. Bu tip işleme faaliyetlerini sanayi işletmeleri de yaptığından, tarım işletmesi ile sanayi işletmesi arasındaki ayrımın belirlenmesi zorlaşmaktadır¹⁷. Tarım girdilerinin üretimi ve işlenmesini tarım faaliyeti kapsamına almayan bir görüşe göre tarım işletmelerinin tarımsal niteliği, asıl mesleği çiftçilik olanlar tarafından gelir sağlamak ve tarımsal üretimde bulunmak üzere işletme işletilmesidir. İşletmenin işletilmesinden maksat ise, toprak üzerinde ekim, dikim, bakım ve yetiştirme yoluyla bitki, hayvan, hayvan ürünleri üretiminde bulunmak ve bu ürünlerin üreticiler tarafından değerlendirilmesidir. Buna göre tarımsal işletmenin ve buna bağlı olarak tarımsal faaliyetin tipik özelliği bitkisel veya hayvansal üretimdir¹⁸.

Tarım ekonomisi öğretisinde ise, tarım faaliyeti; toprak ve tohumun birlikte kullanımı ile bitkisel hammadde ya da hayvan yetiştirilerek hayvansal hammadde elde edilmesi veya bu maddelerin farklı aşamalarda kullanılarak yarı ve/veya tam mamul elde edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹⁹.

Tarım faaliyetinin kapsamı yukarıda belirtildiği gibi ise de, üretimi yapılan ürünler işlenirken, bu ürünlerin dışardan temin edilerek işleme vb. bir faaliyete konu olması durumunda, bu tip işletmeler hukukî anlamda tarım faaliyeti icra etmemiş olacaklar ve işletmeleri de tarım işletmesi olarak nitelendirilemeyecektir²⁰.

b) Üretim Faktörleri

aa) Doğal Kaynaklar

Tarımsal işletmeler, tarım faaliyeti icra ederek üretim yapan, kâr amacı güden işletmelerdir. Her işletmede olduğu gibi tarımsal işletmeler de, üretim faaliyetini gerçekleştirebilmeleri için belli üretim faktörlerine sahip olmak zorundadır. Bu faktörlerden tarımsal faaliyetin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan en temel faktör, doğal (tabii) kaynaklardır. Doğal kaynakların içerisine başta toprak olmak üzere iklim ve biyolojik güçler girmektedir. Tarım faaliyetine etki eden bütün yeraltı ve yerüstü etkenleri doğal kaynak unsurunu oluşturmaktadır²¹.

16 Kılıç, Mehmet, Tarımsal Kira Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000, s. 33; Özyay, s. 38.

17 Özyay, s. 39.

18 Zevkililer, s. 79.

19 Kılıç, Kira, s. 33; Özyay, s. 39; Oğuz/ Bayramoğlu, s. 11; Çetin, Bahattin/ Tipi, Tolga, Tarım Muhasebesi, Geliştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2011, s. 15.

20 Özyay, s. 41.

21 Özyay, s. 42.

Tarımsal faaliyet için vazgeçilmez olan doğal kaynakların başında toprak unsuru gelmektedir. Toprak, diğer işletmeler için bir kuruluş sahası (zemin) olmaktan ibaret olsa da tarımsal işletmeler için, hem bir kuruluş sahası hem de üretimin bizzat yapıldığı alan olarak üretim faktörü şeklinde kendini gösterir²². Toprağı doğal kaynak faktöründen ziyade sermaye faktörünün bir alt unsuru olarak ifade eden görüşe göre; tarımsal işletmede sermaye unsuru ikiye ayrılmakta olup bunlardan ilki, insan etkisinden bağımsız olarak var olan doğal kaynaklar (toprak bu kısımda yer almakta), diğer grup ise insanın fikri ve bedeni çalışması sonucu ortaya çıkan hususlardır (alet, makine, bina vb.)²³.

Toprak kavramı, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu 3. maddesinin c bendinde; “Toprak: Mineral ve organik maddelerin parçalanarak ayrışması sonucu oluşan, yeryüzünü ince bir tabaka hâlinde kaplayan, canlı ve doğal kaynağı ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Toprakla karıştırılmaya müsait olup zaman zaman birbirlerinin yerine kullanılan bir diğer kavram olan arazi ise, TKAKK m.3 ç bendinde; “Arazi: Toprak, iklim, topografya, ana materyal, hidroloji ve canlıların değişik oranda etkisi altında bulunan yeryüzü parçası” olarak tanımlanmıştır. Tanımlardan anlaşılacağı gibi, arazi kavramı toprak kavramını kapsar ve diğer özelliklerle birlikte bir bütün meydana getirir. Bu bütün (arazi), toprakta olduğu gibi nakil ve çoğaltılma imkânlarından yoksundur²⁴.

Tarımsal işletmenin sahip olduğu toprak, işletilebilme niteliğine sahip olmasa da tarımsal işletmenin bir unsuru sayılır. Zira, toprak işletilmeye elverişli olmasa bile hayvancılık için elverişli bir alan olabilir²⁵. Tarımsal işletmenin sahip olduğu toprak, tarıma elverişli olan (tarım arazisi) ve tarıma elverişli olmayan toprak olarak ikiye ayrılarak incelenebilir. Tarıma elverişli olan arazi tarım arazisidir. Buradaki önemli husus, tarım arazisinin sadece hâlihazırda üretim yapılan yerleri değil, tarımsal üretim yapmaya uygun hâle getirilebilecek alanları da kapsadığıdır²⁶. Tarıma elverişli olmayan araziler ise, hâlen kültür altına alınmamış ya da üzerinde üretimde bulunulamayacak olan alanlardan meydana gelmektedir. TKAKK. m.3/i’de tarım dışı arazi olarak ifade edilen bu yerler, “Üzerinde toprak bulunmayan çıplak kayalar, daimi karla kaplı alanları, ırmak yataklarını, sahil kumullarını, sazlık ve bataklıkları, askeri alanları, endüstriyel, turizm, rekreasyon, iskân, altyapı ve benzeri amaçlarla plânlanmış araziler” olarak tanımlanmıştır. Bir tarım işletmesinde, tarım arazilerinin haricinde, çiftçinin oturduğu konut, ofis, depo gibi tarıma elverişli olmayan alanlar bulunması mümkündür. Fakat bu tip tarıma elverişli olmayan arazilerin miktarı, tarım arazilerinin miktarını aşmamalıdır²⁷. Aksi takdirde işletme, tarımsal işletme vasfını kaybedebilir.

22 Kılıç, Kira, s. 27 vd.; Özay, s. 42.

23 Kılıç, Kira, s. 27; Zevkililer, s. 73-74; Düren, Akın, Toprak Hukuku Dersleri, Ankara 1972, s. 88.

24 Özay, s. 43.

25 Zevkililer, s. 74; Sağlam, s. 203.

26 Özay, s. 43.

27 Zevkililer, s. 75; Düren, s. 89; Cin, s. 123; Özay, s. 46.

bb) Sermaye

İşletmelerin vazgeçilmez bir unsuru olan sermaye, tarımsal işletmelerde de, üretimin yapılabilmesi için gerekli olan bir unsurdur. Hangi tür işletme olursa olsun, sermaye olmadan, pazarlanabilecek veya kâr sağlanabilecek bir üretimin yapılması söz konusu olamaz²⁸. Sermaye unsuru, üretimde verimliliği artırmaya hizmet eden ve üretilmiş her türlü eşyadır. Bu tanımdan hareketle, “üretilmiş olma faktörü” sebebiyle toprağın sermaye unsuru içinde değerlendirilmeyip ayrı bir üretim faktörü olduğunu ileri sürenler bulunmaktadır²⁹.

Arazi (çiftlik) sermayesinden maksat, tarım arazisi, ıslah edilmiş toprak, binalar ve bitkilerdir. Arazi sermayesi, araziye bağlı olan unsurlardan oluşur. Bu tür sermayeye taşınmaz sermaye de denilebilir³⁰. Burada arazi sermayesinin kapsamında olan toprak sermayesinin ve bunun içinde değerlendirilen toprak ıslahının (meliyorasyon)³¹ tarımsal işletmeler için ne kadar önemli olduğu açık ve tartışmasızdır. Aydınlatılması gereken yön, arazi sermayesi kapsamına giren binaların neler olduğudur. Tarımsal işletmelerin üzerinde bulunan binaların işletme kapsamında sayılabilmesi için, bu binalar ile işletme arasında bir amaçsal bağ bulunmalıdır. Yani bu binalar işletmenin işletilme amacına uygun kullanılmalı veya işletmenin işletilmesini kolaylaştırmalıdır. Bu amaçsal bağ ekonomiktir³². Dolayısıyla ekonomik bütünlükten bahsedilebilmesi için, tarımsal işletme üzerinde bulunan arazi, bina veya tesislerin, dışarıdan bakıldığında bir bütün hâlinde, yan yana görülmesi gerekli değildir. Ayrı ayrı görünen bu taşınmazlar fonksiyonel olarak birbirini tamamlamaktaysa, aralarında fizikî bir uzaklık bulunması, onların iktisadî olarak tek bir işletme altında faaliyet göstermeleri gerçeğini değiştirmeyecektir³³. Tarımsal işletmelerdeki binalar, bu işletmede çalışan kişilerin ve işletmeye ait hayvanların barınmasına, işletmeye ait araç, gereç ve makinelerin depolanmasına yarar. Bu işletmede üretilen mallar, belli bir işleme aşamasından geçiyorsa, işleme faaliyetini gerçekleştiren işletmelerin, tarımsal işletmeye ait topraklar üzerinde kalan binaları da tarımsal işletmeye bağlı sayılır³⁴. Tarımsal işletmeden bağımsız olan ve işletmenin amacına uygun olarak kullanılmayan binalar tarımsal işletme kapsamına girmeyecektir³⁵. Tarımsal işletmelerin bünyesindeki binaların kapsamına yalnız toprağın üstünde olan binalar değil, aynı zamanda gübrelik, mahzen gibi yer altında inşa edilen yapılar da girmektedir. Ayrıca,

28 Çetin/ Tipi, s. 21; Özay, s. 46.

29 Özay, s. 47; Oğuz/ Bayramoğlu, s. 60.

30 Özay, s. 48.

31 Toprak ıslahı, tarım topraklarının fiziksel ve kimyasal yapısının iyileştirilmesi demektir. Toprak ıslahında; drenaj, havalandırma, su tutma, işlenebilirlik, renk önem taşımaktadır (Süzer, Sami, Toprak Islahı, <https://arastirma.tarim.gov.tr/ttae/Sayfalar/Detay.aspx?SayfaId=73>, Et: 04. 09. 2018). Toprak ıslahıyla ilgili ayrıca bkz., Bahtiyar, Metin, Toprak Islahı ve Zirai Drenaj, Atatürk Üniversitesi Zirai Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 1974, ss. 133-151, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/34673> Et: 04. 09. 2018; Angın, İlker, Tuzlu-Sodik Ve Sodik Toprakların Islahına Farklı Bir Yaklaşım: Yeşil Islah, Erzincan Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, C. 3, S. 1, 2010, ss. 103-116, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/68386> Et: 04. 09. 2018.

32 Zevkliler, s. 76-77; Kılıç (Kira), s. 30; Düren, s. 89.

33 Sağlam, s. 204.

34 Zevkliler, s. 77; Kılıç (Kira), s. 30

35 Zevkliler, s. 77; Düren, s. 90.

binalara su ve elektrik nakli amacıyla tesis edilen ve birden çok taşınmazın bütünleyici parçası veya eklentisi niteliğinde olan borular, teller, vb. eşyalar da bu kapsamdadır³⁶.

Arazi sermayesiyle ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus ise bitki sermayesidir. Bitki sermayelerinde önemli olan, diğer unsurlarda olduğu gibi toprağa bağlılıktır. Bitki sermayesinin arazi sermayesi kapsamında değerlendirilebilmesi için, toprağa bağlı olması ve hâlen ziraatının yapıyor olması gerekir. Bitkilerin ekimden önceki tohumluk halleri veya hasat sonrası toplanmış hâlleri arazi sermayesi içinde değil işletme sermayesi dahilinde değerlendirilir³⁷.

İşletme sermayesi ise, tarım faaliyetinde bulunulabilmesi için gerekli olan bir unsurdur. İşletme sermayesi; hayvanlar, aletler, makineler, malzeme ve mühimmatlar gibi varlıklardan oluşur³⁸. Bir tarım işletmesinde bu sayılanların hepsi birden bulunmak zorunda olmamakla beraber, işletme faaliyetinin görülebilmesi için bir veya birkaçının bulunması fiili bir zorunluluktur.

Tarımsal işletmelerin bitki ve hayvan gibi canlı sermayelere sahip olması ve bu sermayenin kendiliğinden verimli olması diğer işletmelere göre farklı bir özelliktir. Ayrıca tarımsal üretimin doğal ve biyolojik koşullara bağlı olması ve belirli bir zamanda elde edilebilmesi özelliği de sermayenin devir hızının diğer işletmelere göre daha düşük olmasına neden olmaktadır³⁹.

İşletme sermayesine dahil olan varlıklara bakıldığında ilk incelenmesi gereken hayvanlardır. Hayvanlar tarım işletmeleri açısından canlı demirbaştır. Bunlar, yarar sağlayan, irat getirisi olan, kendilerinden daha çok et, süt, yün, bal gibi ürünler elde edilebilen hayvanlardan oluşur⁴⁰. İşletme sermayesinin içinde yer alan ve cansız demirbaşlar olarak adlandırılan alet ve makine sermayesinin de, günümüzde yaygınlaşan makineli tarım uygulamaları sebebiyle önemi büyüktür. Bir diğer sermaye unsuru olan malzeme sermayesi ise; tarım ham maddeleri, toprakla bağlılığı olmayan tohumluk, hasattan elde edilen ve ambar gibi yerlerde muhafaza edilen ham maddelerden oluşur. İşletme sermayesinin en önemli unsuru olan para ise, diğer sermayelere dönüşümü ve likiditesi sebebiyle tarımsal işletmenin işletilmesi faaliyeti için hayati bir konumdadır. Doğa şartlarına bağlı olarak yapılan tarımsal faaliyet, süreklilik ve garanti üretim gibi niteliklerin bulunmamasından ötürü, belirli bir asgari para sermayesine sahip olmayı zorunlu kılar⁴¹.

cc) Emek

Emek (işgücü), insanların bedenî veya zihni çalışmalarını, planlı bir şekilde mal veya hizmet üretiminde kullanmalarıdır⁴². Emek, her işletmede olduğu gibi tarımsal işletmede de önemli bir unsur olarak yer alır. Tarımsal işletmelerdeki emek unsurunun diğer işletme türlerindeki

36 Özay, s. 49; Kılıç (Kira), s. 30.

37 Özay, s. 50; Düren, s. 90.

38 Özay, s. 50; Düren, s. 90; Oğuz/ Bayramoğlu, s. 61 vd.

39 Çetin/ Tipi, s. 135.

40 Zevkiler, s. 78; Özay, s. 51.

41 Özay, s. 52.

42 Özay, s. 52.

emek unsurundan farkı, emeğin genellikle işletmeci ve ailesi tarafından meydana getirilmesidir. Türkiye’de de tarımsal arazilerin işletmesi, aile çiftçiliği esasına dayandığından, aile bireylerinin üretim için harcadıkları emek, tarımsal işletmenin devamı için vazgeçilmez bir faktördür⁴³. Aile çiftçiliğinde emek unsuru, aile bireylerinin çalışmalarıyla oluşacağından, ücretsiz bir işgücü söz konusu olacaktır. Büyük ve uzmanlaşma gerektirmeyen tarım işletmelerinde ücretsiz işgücü yeterli olabileceken, orta ve büyük ölçekteki tarım işletmelerinde aile bireylerinin emeği yeterli olmayıp, dışarıdan işgücünün alınması gerekebilecektir⁴⁴.

Tarım işletmelerinde emeği meydana getiren işgücünü oluşturan kişiler, genellikle ekim, dikim, sulama, ilaçlama vb. gibi tarım faaliyetlerinin pek çok aşamasında uzmanlaşmış olup, bunları yerine getirebilecek yeterliliktedir. Yine tarım işletmelerindeki işgücünü diğer sektörlerdeki işgücünden ayıran bir diğer önemli özellik ise dönemselliktir. Tarım faaliyetlerinin yıl içindeki iş yoğunluğu dağılımı farklıdır. Özellikle ekim, dikim, hasat zamanı gibi dönemlerde işgücü ihtiyacı önemli ölçüde artarken, bitkilerin olgunlaşmasının beklendiği dönemlerde ise durağanlaşmaktadır⁴⁵. Bu sebeple tarımsal işletmelerde işgücü ihtiyacı da dönem dönem artarken bazı zamanlarda ise dışardan ek işgücüne ihtiyaç duyulmayacak seviyeye inmektedir.

dd) Girişimci (Müteşebbis)

Bir işletmede, üretim faktörleri olarak yukarıda sayılan diğer faktörleri kullanacak, işletme faaliyetinin nasıl olması, neler yapılması gerektiği, ne gibi risklerin alınacağı ve bunların karşılığında neler elde edilebileceği gibi hesapları yapan bir kişiye ihtiyaç vardır. İşte bu kişi, işletmeler açısından “girişimci” olarak adlandırılır. Girişimci, işletme faaliyetini oluşturan bütün unsurları bir araya getirerek kullanan karar verme mekanizmasıdır⁴⁶. Girişimcilik faktörü, orta ve büyük ölçekli tarım işletmelerinde, yönetim konusunda uzmanlaşmış kişiler tarafından yerine getirilmekte olup, bu tip işletmelerde risk alan faktör ile kararları veren mekanizma birbirinden ayrılarak uzmanlık sağlanmaktadır. Küçük tarım işletmelerinde ise, işletme sahibi hem risk hem de karar alma bakımından yetkilerin toplandığı bir girişimci olarak ifade edilebilir⁴⁷. Dolayısıyla işletmelerin başarısı da, küçük tarım işletmelerinde risk alıp kararı veren işletme sahibinin yetenek ve öngörülerine bağlıyken, orta-büyük ölçekli tarım işletmelerinde uzmanlardan oluşan yönetim kadrolarının bilgi, birikim ve tecrübelerine dayanmaktadır. Tarımsal işletmeyi işleten bir girişimciden bahsedebilmek için, bu işletmenin mülkiyetinin işletmeciye ait olması gerekmemektedir. Girişimcinin işletmeyi kiracı olarak da işletmesi, girişimci olarak kabul edilebilmesi açısından mümkündür⁴⁸.

43 **Tüzüner**, Özlem/ **Öz**, Kerem, Aile Çiftçiliğinin Türk Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi, Ulusal Aile Çiftçiliği Sempozyumu, Ankara 2014, ss. 140-147, s. 140.

44 **Özay**, s. 52; **Kılıç**, Kira, s. 34.

45 **Özay**, s. 53.

46 **Özay**, s. 54; **Oğuz/ Bayramoğlu**, s. 69.

47 **Özay**, s. 54.

48 **Zevkliler**, s. 72; **Sağlam**, s. 203, dn. 4.

III. TARIMSAL İŞLETMELERİN SINIFLANDIRILMASI

A) GENEL OLARAK

İşletmeler, belli kriterler esas alınarak türlerine göre ayrılıp gruplandırılmaktadır. Bu gruplandırmalar genelde işletmelerin, üretim araçlarının mülkiyetine, hukukî yapısına, üretim yapılarına, büyüklüklerine, teknik özelliklerine göre şekillenmektedir. Doğal, toplumsal ve ekonomik faktörlere bağlı olarak çeşitlilik arz eden hayvan türleri ve kültür bitkileri nedeniyle, tarımsal işletmeler farklı tiplerde ortaya çıkabilmektedir. Bu işletme tipleri, işletmelerin ekonomik ve teknik özelliklerine göre sınıflandırılabilceği gibi, entansite derecesine, üretim araçlarına ve teknik ilerlemenin kabulü durumuna göre de ayrıma tâbi tutulabilir⁴⁹.

Tarım işletmeleri sınıflandırılırken genellikle üç ana kriter esas alınmaktadır. Bunlar; işletme büyüklüğü, hukukî yapı ve işletme üretiminde hâkim olan üretim koludur⁵⁰. Bu sınıflandırmalardan en önemlisi de, işletme büyüklüğüne göre yapılan sınıflandırmadır.

B) TARIMSAL İŞLETMELERİN BÜYÜKLÜK BAKIMINDAN SINIFLANDIRILMASI

Tarımsal işletmeler büyüklüklerine göre, küçük, orta ve büyük tarım işletmeleri olarak üçe ayrılmaktadır. İşletme büyüklüğünün belirlenmesinde kullanılan ölçütlerin nelere dayanması gerektiği tartışmalı bir konudur. Tarım işletmelerini büyüklüklerine göre sınıflandırırken dikkate alınan kriterler iki ana grupta incelenebilir. Bunlardan ilki üretim girdisi özelliği gösteren kriterler, diğeri ise üretim değeri özelliği gösteren kriterlerdir. Üretim girdisi özelliği gösteren kriterler; arazi büyüklüğü, işgücü miktarı, hayvan varlığı, sermaye miktarı ve üretim masraflarının toplamıdır. Üretim değeri özelliği gösteren kriterler ise gayrisafı hasıla veya gayrisafı üretim değeri, satış değeri ve tarımsal gelirdir. Üretim girdisi özelliği gösteren kriterler genellikle belli bir ürün çeşidinde uzmanlaşmış işletmelerin büyüklüklerine göre sınıflandırılmasında kullanılırken, üretim değeri özelliği gösteren kriterler genel olarak tüm tarım işletmelerinin büyüklük sınıflandırılmasında kullanılabilir⁵¹.

Tarım işletmelerinin büyüklüklerinin belirlenmesinde tek bir unsurun ölçüt olarak alınması doğru sonuçlara ulaşmayı zorlaştırabilir. Teorik olarak bakıldığında, bir işletmedeki tüm unsurların (sermaye, işgücü, gelir değeri) birlikte değerlendirilmesi ile sonuca varılması en doğru yol olarak görünmektedir. Fakat bu şekilde bir yaklaşımın uygulanabilirliği, gerek hesaplama zorluğu gerekse zaman bakımından oldukça zordur⁵².

Tarım işletmelerini büyüklük bakımından sınıflandırırken, iki ölçüt esas alınarak işletme büyüklüğü tespit edilebilir. Bunlardan ilki olan üretim faktörlerinin esas alındığı belirlemede dikkate alınması gerekenler; arazi genişliği, çalışan işçi sayısı, toplam sermaye miktarı ya da

49 Çetin/ Tipi, s. 16.

50 Düren, s. 98 vd.; Çetin/ Tipi, s. 16; Özay, s. 55.

51 Çetin/ Tipi, s. 16-17; Özay, s. 55; Düren, s. 98; Oğuz/ Bayramoğlu, s. 121-122.

52 Özay, s. 56.

işletmenin toplam masraflarıdır. Bu ölçütler içerisinde de Türkiye açısından en çok kullanılan ölçüt arazi genişliğidir. Fakat bu usulde sadece arazinin genişliği dikkate alınıp toprağın verimliliğine bakılmamakta ve bu sebeple de farklı bölgelerde bulunan, gelirleri arasında önemli miktarda farklılık olan iki tarım işletmesi, sadece büyüklükleri benzer olduğu için aynı kategoride yer almaktadır⁵³. Buna rağmen, Türkiye’de tarımsal işletmeler büyüklüklerine göre sınıflandırılırken arazi genişliğinin kıstas olarak kullanılmasının sebebi, işletmelerin gelirlerinin net bir şekilde belirlenememesidir.

Tarım işletmelerini büyüklüklerine göre sınıflandırırken dikkate alınan bir diğer ölçüt, bu işletmelerin gelirleridir. Gelirlerin esas alınmasında üç farklı gelir türü kullanılmaktadır. Bunlar; üretim değeri (gayrisafi hasıla veya gayrisafi üretim değeri), satış değeri ve tarım geliridir. Üretim değerine göre yapılan sınıflandırmada, işletmeye ait üretim miktarları esas alınmaktadır. Buna göre, aynı tip ürünleri üreten işletmeler kıyaslanırken doğrudan üretim miktarı esas alınabilirken, farklı tür ürünlerin yetiştirildiği işletmelerde, ürünlerin parasal değerleri toplanarak karşılaştırma yapılabilir⁵⁴. Üretim değeri ölçütü, işletmelerin sınıflandırmasında bazı görüşlere göre tek ve iyi bir ölçüt olarak gösterilse de, gerek işletme kayıtlarının yetersizliği gerekse üretimde meydana gelebilen dalgalanmalar bu usulü olumsuz etkilemektedir⁵⁵. Satış değerine göre yapılan sınıflandırma ise, işletmede üretilen ve satışa çıkarılan ürünlerin satış tutarlarının esas alınmasıyla yapılan sınıflandırmadır. Bu usul, ürettiğinin büyük bir kısmını tüketen tarım işletmeleri açısından ölçü olarak kullanılamaz. Tarım gelirin net kıstas olarak kullanılması ise, işletmede üretilen her türlü ürünün değerinden işletmeye ait değişken masrafların çıkarılması sonucu ulaşılan net kâra göre kıyas yapılmasıdır⁵⁶. İşletme gelirlerine göre yapılacak sınıflandırma, işletme büyüklüklerini belirlemede öne çıkan en iyi ekonomik ölçüdür. Fakat işletme gelirlerine göre sınıflandırma yapılabilmesi için bazı verilere sahip olunmalıdır. Bu veriler işletmenin muhasebe kayıtlarına ulaşmayı gerektirir. Ancak gerek dünya genelinde gerek Türkiye’de tarımsal işletmeler için defter tutma zorunluluğu bulunmadığından söz konusu verilere net bir şekilde ulaşılamamakta ve bu sebeple de işletmeler gelir göstergelerinden ziyade arazi genişliklerine bakılarak sınıflandırmaya tâbi tutulmaktadır⁵⁷.

Tarım ekonomisi öğretisinde, tarımsal işletmeler büyüklüklerine göre, küçük, orta ve büyük işletmeler olarak sınıflandırılmaktadır. Bu şekilde yapılan sınıflandırma usulü klasik bir yöntem olmakla beraber hâlen, ticarî işletmelerde olduğu gibi tarımsal işletmelerde de kullanılmaktadır⁵⁸.

53 Kılıç (Kira), s. 34; Çetin/ Tipi, s. 17; Zevkililer, s. 82; Düren, s. 98; Özay, s. 56.

54 Özay, s. 58.

55 Özay, s. 58.

56 Özay, s. 58.

57 Çetin/ Tipi, s. 17; Özay, s. 56.

58 Önceden mülga 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu’nda da düzenleme alanı bulan bu husus, ilgili maddede şu şekilde belirlenmişti: “Arazi mülkleri, yüz ölçüsü bakımından küçük, orta ve büyük arazi olmak üzere üçe ayrılır: – Küçük arazi mülkü 500 dönüme kadar olan arazidir. – Orta arazi mülkü, 501’den 5.000 dönüme kadar olan arazidir. – Büyük arazi mülkü, 5.000 dönümü geçen arazidir.” (Düren, s. 98; Özay, s. 59; Kılıç, Kira, s. 34; Oğuz/ Bayramoğlu, s. 122).

Küçük tarım işletmeleri, genellikle arazinin miktar olarak az olduğu ve gelirin de buna paralel olarak yüksek olmadığı, küçük çapta işletmelerdir. Bu işletmeler Türkiye’de genellikle aileler tarafından işletilir ve tarım ekonomisi anlamında aile çiftçiliği kapsamında yer alır. Aile çiftçiliği⁵⁹ şeklinde yürütülen küçük ölçekli tarım işletmelerinde araziden ciddi anlamda faydalanılır ve genelde işler bizzat işletme sahibi ve ailesi tarafından yerine getirilir. Sürekli bir şekilde dışarıdan işgücü desteği sağlanması, bu tip işletmelerde görülmez. Kullanılan tarımsal yöntemler de diğer ölçekteki işletmelere göre daha basit ve ilkindir⁶⁰.

Orta ölçekli tarım işletmeleri ise küçük ölçekli işletmelere benzemekle beraber, işletmede çalışan aile bireyi sayısının fazla olduğu ve satışa daha dönük üretim yapılan işletmelerdir. Öğretideki bazı yazarlara göre, orta ölçekte tarım işletmeleri, büyüklük olarak en az iki çiftçi ailesini geçirebilecek çapta olan işletmelerdir⁶¹. Orta büyüklükteki tarım işletmelerinde, küçük işletmelere nazaran daha yoğun bir iş söz konusu olup, dönemsel olarak artan işgücü ihtiyacı, aile dışından sağlanan yabancı işgücü desteğiyle giderilmektedir⁶². Tarım işletmelerinde görülen ortaklık kurumu da daha çok orta ölçekli işletmelerde söz konusu olmaktadır⁶⁴.

Büyük ölçekte tarım işletmeleri, ticarî işletme niteliğinde olup tümüyle pazara yönelik üretim yapan, üretimle beraber işleme, depolama vb. faaliyetlerini de gerçekleştiren işletmelerdir⁶⁵. Bu tip büyük işletmelerde, işletme sahibi, belirli bir işgücü kadrosuna muhtaçtır ve daimi olarak işçi çalıştırmak durumundadır⁶⁶.

Tarımsal işletmelerin büyüklüklerine göre sınıflandırılmasında, yukarıda bahsedilen küçük, orta ve büyük işletme tiplerinin yanı sıra, bir diğer gruplandırma türü de yeter gelirli, optimal ve sürdürülebilir işletme şeklinde yapılan tanımlamalardır. Yeter gelirli tarımsal işletmeler, belirli bir nüfusa sahip çiftçi ailesinin, belli standartlara göre geçimini sağlamasına yetecek geliri veren

59 Aile çiftçiliği, bir aile tarafından yönetilen ve gerçekleştirilen, kadın ve erkekler dâhil olmak üzere, ağırlıklı olarak ailesel işgücüne dayalı tarım, ormancılık, balıkçılık, mercacılık ve su ürünlerine yönelik üretim faaliyetlerini organize etme yöntemi olarak tanımlanmaktadır. Aile çiftçiliği, çiftçiliğin yaygın şekilde görülen bir türüdür. Dünyada, 500 milyonun üzerinde ziraî işletmenin %98’inden fazlası ailelerden müteşekkildir. Aile çiftçiliği hem gelişen, hem de gelişmekte olan ülkelerde gıda üretimi sektöründe tarımın en etkin birimlerinden birisi olarak değerlendirilmektedir. Avrupa Birliği’nde tarımsal işletmelerin %95’inden fazlası aile çiftliklerinden oluşmaktadır. Ziraat öğretisindeki eğilim de, aile çiftçiliğinin korunması ve ön plana çıkarılması yönündedir. Asya, Afrika ve Latin Amerika’da yapılan çalışmalarda, köylü çiftçiliğinin, büyük ölçekli şirket tarımına oranla çok daha verimli olduğu ortaya çıkmıştır. Birleşmiş Milletler, 2014 yılını “Uluslararası Aile Çiftçiliği Yılı” ilan ederek aile çiftçiliğinin korunması ve geliştirilmesinden yana bir tutum takınmıştır (**Yıldırım**, Ali Ekber, Aile Çiftçiliği Yılı’nda Köyler Yok Ediliyor, <http://www.tarimdunyasi.net/2014/03/13/aile-ciftciligi-yilinda-koyler-yok-ediliyor/> Et: 04. 09. 2018; **Tüzüner/ Öz**, s. 143; **Toprak**, F. Eymen/ **İlkdoğan**, Uğur, Aile Çiftçiliği ve Avrupa Birliği Politikalarındaki Rolü, Ulusal Aile Çiftçiliği Sempozyumu, Ankara 2014, s. 158).

60 **Özay**, s. 60; **Düren**, s. 99; **Kılıç**, Kira, s. 34; **Zevkliler**, s. 82.

61 **Düren**, s. 100; **Özay**, s. 60-61.

62 **Kılıç**, Kira, s. 34; **Özay**, s. 61; **Zevkliler**, s. 82.

63 Bu ihtiyaç özellikle hasat mevsimi, çapalama, sulama zamanı gibi dönemlerde kendini göstermektedir.

64 **Özay**, s. 61.

65 **Özay**, s. 61.

66 **Zevkliler**, s. 82.

büyükükte ve tarımsal sürekliliğin sağlanabildiği işletmelerdir⁶⁷. Yaşayabilir işletme büyüklüğü kavramıyla ifade edilmek istenen, yeterli geliri sağlamakla beraber, ortaya çıkabilecek teknolojik ve ekonomik gelişmelere ayak uydurabilecek nitelikte bulunan işletmelerdir. Optimal işletme büyüklüğü kavramı ise değişik şekillerde tanımlanmakla beraber, esasen, işletmenin sahip olduğu üretim araç ve kaynaklarının en verimli olarak kullanılacağı bir büyüklüğü ifade etmektedir⁶⁸.

C) TARIMSAL İŞLETMELERİN HUKUKİ YAPILARI BAKIMINDAN SINIFLANDIRILMASI

Tarımsal işletmelerin hukukî yapıları bakımından sınıflandırılmasında dikkate alınması gereken esas konu, işletmelerin mülkiyetinin kaynağıdır. Tarımsal işletmeler, mülkiyetinin kaynağına göre, özel ve kamuya ait işletmeler şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁶⁹. Mülkiyeti kamuya ait olan işletmeler, kamu tüzel kişilerinince işletilen, kamu hukuku kurallarına tâbi işletmelerdir. Dolayısıyla, bu çalışmada mülkiyeti kamuya ait olan tarımsal işletmelerin durumundan ziyade, özel işletmelerin hukukî durumları incelenecektir. Mülkiyeti kamuya ait olmayan özel işletmeler ise, kendi içerisinde farklı ayrımlara tabi tutulmaktadır⁷⁰:

- Bunlardan ilki kişisel (zati) tarım işletmeleridir. Bu tip işletmeler Türkiye'nin tarım işletmelerinin çoğunu oluşturur. Kişisel tarım işletmelerinde işletmenin mülkiyeti kişilere aittir. Tarımsal işletmenin işletilmesi ise, işletme sahibi kişi ile onun aile üyeleri tarafından birlikte yerine getirilir.
- Bir diğeri, kira ile işletilen tarımsal işletmelerdir. Burada işletmeyi işleten, mülkiyet hakkına sahip değildir. O, işletmenin malikiyle aralarında yaptıkları sözleşme gereği, tarımsal işletmeyi kira hükümlerine göre işletir. Buna göre, kiracı işletmeyi kullanarak sağlayacağı faydaya karşılık, bedeli nakden veya aynı olarak belirlenen kira bedelini kiraya verene ödemek zorundadır.
- Tarımsal işletmelerde kullanılan bir diğerkurum da ortakçılık ve yarıcılıktır. Burada yine kirada olduğu gibi, işletmeyi işleten ortakçı veya yarıcının mülkiyet hakkı yoktur. Onları tarımsal işletmeyi işleterek elde ettikleri ürünlerin belli bir oranını malike verirler. TBK. m. 357/2'de düzenlenen ürüne katılmalı kiranın kanundaki tanımı, "kira bedelinin devşirilecek ürünün belli bir oranı olarak kararlaştırıldığı ürün kirası" şeklindedir. Bu oran sözleşmeyle kararlaştırılmamışsa, yerel âdete göre belirlenir. Türkiye'de yaygın bir şekilde uygulanan ortakçılık-yarıcılık kurumu ile ilgili Türk Borçlar Kanunu düzenlemesi, emredici bir hüküm olmayıp sözleşmenin içeriğini tarafların iradesine ve yerel adet uygulamalarına bırakmıştır. Borçlar hukukundaki sözleşme özgürlüğü ilkesine⁷¹ uygun olan bu düzenleme, ortakçı-yarıcı konumundaki kişilerin zayıf ekonomik durumlarından ötürü belli ölçüde mağdur olmalarına sebebiyet verebilecektir. Haliyle konuyla ilgili düzenlemenin kapsamı genişletilerek ortakçı-

67 Özay, s. 61; Çetin/ Tipi, s. 18.

68 Çetin/ Tipi, s. 18.

69 Düren, s. 101; Özay, s. 62; Çetin/ Tipi, s. 16.

70 Düren, s. 101 vd; Çetin/ Tipi, s. 19.

71 Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 16 vd.

yarıcı ve malik arasındaki ilişkinin, istisnai olarak emredici hükümlerle düzenlenmesi faydalı olabilir.

- Son olarak bir diğer durum ise, Türkiye’de pek görülmeyen tarımsal işletmelerin büyük işletmeler tarafından işletilmesi hâlidir. Bu işletmeler orta ve büyük ölçekte tarım işletmeleri olarak anılırlar. İşletme faaliyetinde ihtiyaç duyulan işgücü, kişisel işletmelerde olduğu gibi malikin kendisi ve ailesi tarafından değil, dışarıdan ücretli şekilde sağlanır. Büyük ölçekli işletmelerin işletilme faaliyeti, mülkiyet hakkı sahibi tarafından yürütülebileceği gibi, ortakçı-yarıcı veya kiracı aracılığıyla da yürütülebilir.

D) TARIMSAL İŞLETMELERİN ÜRETİM KOLU BAKIMINDAN SINIFLANDIRILMASI

Tarımsal işletmelerin üretim kolu bakımından sınıflandırılması, hangi tarım faaliyetini yerine getirdiğine göre değişmektedir⁷². Buna göre, tarım işletmeleri; bitkisel üretim işletmeleri, hayvansal üretim işletmeleri, tarım ürünleri teknolojisi alanında çalışan işletmeler ve genel tarım işletmeleri şeklinde dört ana grupta toplanabilir. Bitkisel üretim işletmeleri de, yetiştirilen kültür bitkilerinin ekiliş oranı veya bitki çeşidine göre; tarla ziraatı yapan işletmeler, meyve üretimi yapan işletmeler ve hayvansal üretimde bulunan işletmeler olmak üzere üç alt gruba ayrılır⁷³.

Tarımsal işletmelerin üretim koluna göre sınıflandırılmasında, genellikle söz konusu ürünlerin işletmenin toplam yıllık gayrisafi hasılası içindeki payları esas alınmaktadır. Bu payın yüzde kaçlık bir oran olması gerektiği ise, her ülke ve bölgenin özelliğine göre belirlenmelidir. Bu hususta yapılan bazı araştırmalarda belli oranlar belirlenmiştir. Gayrisafi üretim değerinin % 80’den fazlasının tek bir üretim dalına ait olması hâlinde bu işletme ihtisaslaşmış bir işletme olarak kabul edilip üretim koluna göre adlandırma yapılabilir. Buradaki % 80’lik oran, kimi araştırmalarda % 50 veya % 60 şeklinde de belirlenebilmektedir⁷⁴.

Yarı ihtisaslaşmış işletmeler ise; gayrisafi üretim değerine yaptıkları toplam katkı % 80’den az olmamak üzere, iki üretim faaliyetinden birinin en az % 10’luk kısmı oluşturduğu işletmelerdir. İki den fazla üretim kolunun hâkim olduğu işletmeler ise karışık veya genel işletmeler olarak adlandırılabilir⁷⁵.

Yukarıdaki bölümlerde bahsedildiği gibi, konu açısından incelenen tarım faaliyetinin kapsamı, tarım ürünlerini işleyerek üretim yapan sanayi ve tarım işletmelerini kapsamamaktadır. Çünkü bu şekilde ürün işleyerek kazanç elde eden işletmelerin tarımsal arazisi bulunmamaktadır⁷⁶.

72 Özyay, s. 62.

73 Çetin/ Tipi, s. 19.

74 Çetin/ Tipi, s. 20.

75 Çetin/ Tipi, s. 20.

76 Özyay, s. 62.

IV. TARIMSAL ARAZİLERDE MÜLKİYETİN MİRAS YOLUYLA DEVRİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Tarımsal arazilerin mülkiyetinin miras yoluyla devri, tarımsal arazilerin genel miras hukuku kuralları gereğince bölünerek paylaşılmasını engeller. Toprakların bütünlüğünü sağlar ve tarım ekonomisi prensiplerine uygun şekilde işletilmesine hizmet eder. Bu açılarından bakıldığında, tarımsal arazilerin miras yoluyla devri, ülke ekonomisi bakımından oldukça faydalı bir usuldür. Belki uygulamada bu sistemin sorunlu yanı mirasçıların tarımsal araziyi içlerinden birine tek başına vermek istememeleri olabilir. Bu hâlde de tüm mirasçıların, tarımsal arazileri beraber işletebilecek şekilde limited şirket kurup, arazileri bu ortaklığa devretmeleri imkânı vardır. Yine Kanun'un sunduğu bir diğer seçenek ise, aile malları ortaklığı/kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulmak suretiyle de tarımsal araziler, mirasçılar tarafından birlikte işletilebilecektir.

Tarımsal arazinin mülkiyetinin tek bir mirasçıya devri hâlinde, diğer mirasçıların miras paylarının ne olacağı konusu gündeme gelir. Tarımsal arazilerde mülkiyetin devri, terekenin aynen paylaşılması ilkesini engellese de, diğer mirasçıların terekeden eşit pay almaları ilkesini zedelememektedir⁷⁷. Bu hâlde ilk bakılması gereken, tarımsal arazinin mülkiyetini talep eden mirasçının miras payından fazla bir miktara sahip olup olmayacağıdır. Eğer tarımsal arazi, kendisine devredilecek mirasçının miras payına denk ise herhangi bir problem ortaya çıkmayacak ve diğer mirasçılar terekenin kalanından miras paylarını alabileceklerdir. Aksi takdirde, tarımsal arazi kendisine devredilen mirasçı, diğer mirasçılara paylarını ödemek durumunda kalacak ve birtakım uyuşmazlıklar meydana gelebilecektir⁷⁸.

Tarımsal arazinin mülkiyetinin mirasçılardan bir veya birkaçına devredildiği, diğer mirasçıların da paylarını terekede yer alan diğer mallardan karşılayamadıkları durumlarda, payların ödenmesi sorunu ortaya çıkar. Bu hâlde, tarımsal arazinin mülkiyeti kendisine devredilen mirasçı, diğer mirasçıların paylarını ihlal ettiğinden onlara bir ödeme yapmak zorundadır⁷⁹. Ancak, ödemenin yapılması, tarımsal arazinin mülkiyetinin mirasçılar tarafından kurulacak limited şirkete devri hâlinde söz konusu olmaz.

Diğer mirasçılara yapılacak olan ödemenin hukukî niteliğine bakılacak olursa, TKAKK. m. 8/D'den anlaşıldığı kadarıyla bu ödeme, miras payına istinaden yapılmaktadır. Ancak bu nitelendirme, tarımsal arazinin satışı haricindeki ihtimallerde söz konusudur. Tarımsal arazinin üçüncü kişiye satılarak mülkiyetinin devredilmesi hâlinde ise, bu satış sonucu elde edilen tutar, terekeye girer ve tarımsal arazinin yerini alarak ikame değeri oluşturur⁸⁰. Bu ödemenin hukukî niteliğiyle ilgili diğer görüş ise bunun bir tazminat olduğu yönündedir. Bu görüşe göre, diğer mirasçılara yapılan ödeme, onların terekedeki belirli bir maldan faydalanamamaları sebebiyle

77 Eren/ Başpınar, s. 185.

78 Özay, s. 195.

79 Zevkliler, s. 140; Aras, s. 147; Cin, s. 130; Bağatur, s. 870; Özay, s. 195; Erdoğan, Kemal, Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, SÜHFD., C.24, S.16, 2016, ss.123-179, (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/266497> Et: 28.06.2018), s. 167.

80 Zevkliler, s. 141; Aras, s. 148; Özay, s. 196; Erdoğan, s. 168.

ödenen bir tazminattır⁸¹. Bu görüş Alman hukuku kaynaklı olup, Türk-İsviçre hukuk sisteminin miras hukuku anlayışıyla tam olarak örtüşmemektedir. Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde, tarımsal işletme terekeye dahil ve terekedeki diğer mallarla beraber bir bütün oluşturur. Mirasçılar arasında paylaşım yapılanaya kadar, tereke üzerinde elbirliği mülkiyeti söz konusudur. Dolayısıyla, üzerinde elbirliği mülkiyeti bulunan tarımsal arazinin bir mirasçıya devredilmesi ve o mirasçının da diğer mirasçılara nakdi ödeme yapması, bu ödemenin mülkiyet kendisine devredilen mirasçının kendi malvarlığından yapılmış sayılmaz. Mülkiyeti devralan mirasçı ödemeyi, kendisine düşen miras payından fazlasına sahip olduğu için yapmaktadır. Bu sebeple yapılan ödeme terekeden çıkan malvarlığının karşılığını oluşturmaktadır⁸². Sonuç olarak, Türk hukuk sisteminin yapısına ve miras hukukunun temel mantığına daha uygun olan bu görüşe katılmak mümkündür. Mülkiyet kendisine devredilen mirasçının diğer mirasçılara yaptığı ödeme tazminat olmayıp, miras paylarının yerine geçen bir ödemedir.

TKAKK. m. 8/D, hükmü diğer mirasçılarının paylarının ödenmesi için kendisine devir yapılan mirasçıya altı aya kadar süre verilebileceği düzenlenmiştir. Hatta bu süre yeterli olmaz ise mirasçının talebiyle ek olarak altı ay daha süre verilebileceği ifade edilmektedir. Mirasçıya bedeli depo etmesi için verilen bu süreler boyunca tarımsal arazinin akıbetinin ne olacağı hükümde belirtilmemiştir. Bu süre içerisinde tarımsal arazi kim tarafından işletilecektir veya işletilmeyip atıl vaziyette mi kalacaktır? Bu sorulara verilebilecek cevaplarda, Kanun'un amacına uygun olması açısından, mümkün olduğunca tarımsal arazinin atıl vaziyette kalmaması yönünde hareket edilmesi gerektiği söylenebilir. Tarımsal arazinin, maddede belirtilen süreler boyunca atıl kalmaması için hâkim, TKAKK.m.8/G'yi kıyasen burada da uygulayabilir. Söz konusu maddeye göre, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük mirasçı bulunduğu hâkim, yeter geliri tarımsal arazilerin yönetimini dava sonuçlanana kadar ehil gördüğü mirasçılardan birine veya üçüncü bir kişiye tedbiren verebilir. Bu takdirde elde edilen gelir, işletme masrafları düşüldükten sonra mirasçılar arasında payları oranında dağıtılır. Bu hükme benzer şekilde hâkim, tarımsal arazilerin yönetimini ehil mirasçılardan birine ve uygun gördüğü üçüncü bir kişiye verebilir. Böylece, bedelin depo edilebileceği süre boyunca tarımsal arazi boş kalmayacak ve işletilmeye devam ederek üretim yapılabilecektir. Hâkimin verebileceği bir diğer karar da, mirasçılardan birinin istemiyle, paylaşmaya kadar miras ortaklığına bir temsilci atayabilmesidir (TMK.m.640/3). Bir diğer ihtimal ise, mirasbırakan tarafından atanmış bir vasiyeti yerine getirme görevlisi bulunmasıdır (TMK.m.550). Bu hâlde de hâkim, tarımsal arazinin yönetimi görevini vasiyeti yerine getirme görevlisine bırakabilecektir⁸³.

Maddenin getirdiği hükümle ilgili ortaya çıkabilecek bir diğer sorun da, mirasçı tarafından belirtilen tutarın depo edilmesinden sonra, devrin gerçekleşip mirasçılardan biri tarafından da

81 **Zevkliler**, s. 141.

82 **Zevkliler**, s. 142.

83 **Gönensay**, Samim/ **Birsan**, Kemaleddin, Miras Hukuku, İstanbul 1963, s. 159; **Oğuzman**, M. Kemal, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 163; **Dural**, Mustafa/ **Öz**, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2016, s. 451 vd.; **Ayiter**, Nuşin, Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1978, s. 92; **Ayiter**, Nuşin/ **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Miras Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1993, s. 129; **İmre**, Zahit/ **Erman**, Hasan, Miras Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2016, s. 170; **Öztaş**, s. 470.

kanun yoluna gidilmesi hâlidir. Bu süreçte, depo edilmiş olan tutar, diğer mirasçılara hüküm kesinleşinceye kadar ödenmeyeceği için zamanla değer kaybedebilir. Bunu engellemek adına da, söz konusu bedelin mahkeme tarafından vadeli mevduat hesabına yatırılması şeklinde hükümde değişiklik yapılması önerilebilir⁸⁴.

Tarımsal arazinin mülkiyeti mirasçılardan birine devredildiği takdirde, kendisine devir yapılan mirasçı mülkiyet hakkına tam olarak sahip olur⁸⁵. Bu mirasçının tarımsal araziyi kullanması da, TKAKK. m. 8'deki sınırlar dahilinde serbesttir. Malik, araziyi tarım yaparak kullanabileceği gibi, tarım dışı kullanım izni alması durumunda farklı amaçlarla da kullanılabilir. Özellikle, tarımsal arazinin bulunduğu bölgenin imara açılması hâlinde gerekli izni alıp tarım dışı bir arsa olarak kullanılabilir. Böyle bir ihtimalde de tarımsal arazinin değeri, devrin yapıldığı zamana göre epey artacaktır. İşte kanun, böyle bir ihtimalde, mirasçılar arasındaki dengeyi korumak adına TKAKK.m.8/C hükmünü getirmiştir. Buna göre, yeter gelirlili tarımsal arazi mülkiyetinin mirasçılardan birine devredilmesinden itibaren yirmi yıl içinde bu arazilerden tamamının veya bir kısmının tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi durumunda; devir tarihindeki arazinin parasal değeri tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre yeniden hesaplanır. Bulunan değer ile arazinin yeni değeri arasındaki fark, diğer mirasçılara payları oranında arazinin mülkiyetini devralan mirasçı tarafından ödenir (TKAKK.m.8/C-V). Hükümde eleştiriye açık olan husus, hükmün uygulama alanının sadece izne dayalı tarım dışı kullanımlar için olmasıdır. Hükümden çıkan anlama göre, sadece tarım dışı kullanım izninin alındığı zaman değer artış payı ödenecektir. Bu da hükmün kapsamını daraltmakta ve tarım dışı kullanım izni alınmadan tarımsal arazinin farklı amaçlarla kullanılıp yüksek bir değere sahip olması hâlinde, diğer mirasçılara değer artış payı ödenmek zorunda kalınmayacağı gibi sakıncalı bir durum ortaya çıkmaktadır⁸⁶. Esasen, amacı toprağın korunması olan bir kanunda, tarımsal bir arazinin, tarım dışı kullanımına idare tarafından izin verilebilmesinin düzenlenmiş olması isabetli değildir. Tarım dışı kullanım izni verilmeyerek, tarımsal arazilerin bu şekliyle kullanımlarına devam edilmesi, arazinin değeriyle ilgili aşırı fiyat değişikliklerini engelleyecek ve mirasçıların hakları açısından bir orantısızlığa neden olmayacaktır. Aynı zamanda, tarımsal arazilerin tarım dışı kullanılarak, ülke tarımına zarar vermesi de engellenmiş olacaktır. Fakat bazı durumlarda, tarımsal arazinin tarım dışı kullanımına izin verilmesi, kamu yararını gerektiriyorsa tarım dışı kullanım mümkün olmalıdır. Danıştay da bu görüşe katılmaktadır⁸⁷. Anayasa Mahkemesi de, önüne somut norm denetimi yoluyla gelen bir iptal davasında, Devlet'in görevinin tarımsal arazileri korumak

84 Özay, s. 198.

85 Kendisine tarımsal arazi devredilen mirasçının, mülkiyet hakkına tam anlamıyla sahip olduğu an, devrin mirasçılar tarafından iradî olarak yapılmış olması hâlinde tapuya tescil işleminin gerçekleştiği andır. Devir mahkeme kararıyla gerçekleşmişse, kararın kesinleştiği an, mirasçının mülkiyet hakkına tam olarak sahip olduğu an olarak kabul edilir.

86 Özay, s. 202.

87 D. 17. Daire, 22. 12. 2015, E. 2015/6020 K. 2015/6202, "...bir alanın tarım arazisi vasfının ortadan kaldırılmasının, söz konusu alanın tarım arazisi olarak kullanımına devam edilmesinden daha fazla kamusal yarar doğurduğu hâllerde, ilgili bölgenin tarımsal üretim amacı dışında kullanılmasına imkân sağlanmasına anayasal bir engel bulunmaktadırlar..." (Et: 15. 09. 2018, Kazancı İçtihat Bankası).

olduğunu belirtmiş, ancak kamusal yarar değerlendirilmesi yapılarak Kanun'da gösterilen şekilde tarım dışı kullanım izni verilebileceğini belirtmiştir⁸⁸.

Hükümle ilgili değinilmesi gereken bir diğer nokta süreyle ilgilidir. Değer artış payının ödenmesi gereken tarih, arazinin devrinden itibaren yirmi yıllık süreci kapsamaktadır. Oysa, tarımsal arazinin tarım dışı kullanılmasının önlenmesi amacıyla bu ödemenin süre şartına bağlanmaması daha yerinde bir düzenleme olurdu. Kanun'un ismi ve amacı "Toprak Koruma" olmasına rağmen, bu şekilde bir düzenleme yapılarak tarım dışı kullanım istisnasının yirmi yıl gibi bir süreye bağlanması ve ayrıca tarım dışı kullanım izni verilebileceğinin belirtilmesi, kanunun amacı ve ruhuyla bağdaşmamaktadır⁸⁹.

TMDY.m.11'de de mirasa konu tarımsal arazilerde değer artışı konusu düzenlenmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrasında, yirmi yıllık süre içerisinde tarım dışı kullanım nedeniyle meydana gelecek değer artışından diğer mirasçılardan yararlanabilmesi için, tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh konulacağı ifade edilmiştir. Teknik olarak hatalı bu ifadede anlatılmak istenen, şerh kaydının düşülmesi ise, bu kayıt ancak tapu kütüğünün şerhler kısmına düşülebilir. Değer artışıyla ilgili, hukukî veya fiilî bir belirtme yapılacaksa bunun yeri de beyanlar hanesidir. Burada maddenin amacına uygun olan, tapu kütüğünün şerhler kısmına düşülecek bir şerh kayıdır. Fakat şerhler ancak kanunda belirtilen durumlarda düşülebilen kayıtlardır⁹⁰. Dolayısıyla tapu kütüğüne şerh düşülecek bir durumun yönetmelikte değil kanunda düzenlenmesi isabetli olurdu. Söz konusu şerhin etkisi, yirmi yıllık süre içinde, tarımsal arazinin mülkiyetinin, diğer mirasçılardan muvafakatı alınmadan üçüncü kişiye devri hâlinde kendini gösterir. Üçüncü kişi, şerhli olan bu araziye aldığı zaman, söz konusu olan yirmi yıllık süre içinde, tarım dışı kullanım nedeniyle oluşacak değer artış payından diğer mirasçılara karşı sorumludur⁹¹.

Mirasçılar, terekedeki tarımsal arazilerin mülkiyetini, TKAKK. m. 8/C gereğince, kuracakları bir aile malları ortaklığı/ kazanç paylı aile malları ortaklığına devredebilirler. Böyle bir hâlde, ortaklardan biri, payını üçüncü bir kişiye satmak isterse, diğer ortaklar önalım hakkına dayanarak payı satın almak isteyebilir (TKAKK. m. 8/İ). Buradaki amaç, tarımsal işletmeye ait tarımsal arazilerin bölünmesinin önlenmesidir⁹². Fakat maddenin uygulamasında sorunlarla karşılaşılabilir. Şöyle ki, aile malları ortaklığı kurulması konusunda Türk Medeni Kanunu hükümlerine yapılan atıf gereğince, TMK. m. 372 ve devamı hükümlerine bakmak gerekmektedir. TMK. m. 379'a göre de, kurulan aile malları ortaklığına giren mallar üzerinde, ortakların elbirliği mülkiyeti söz konusudur. Yine TMK. m. 376'ya göre de, ortaklar, ortaklık devam ettiği süre

88 AYM. GK. 05. 03. 2015, E. 2014/147 K. 2015/25, "...Anayasa koyucu, tarım arazilerinin sınırlılığını gözeterek bunların korunmasına ve amacı dışında kullanımının engellenmesine yönelik tedbirler alınmasını bir ödev olarak Devlet'e yüklemiş ise de bunun mutlak bir yasaklamayı ifade ettiği ve tarım arazilerinin amaç dışı kullanımına hiçbir koşulda izin verilemeyeceği söylenemez..." (Et: 15. 09. 2018 Sinerji İçtihat Bankası).

89 Özyay, s. 202;

90 Sirmen, s. 205; Akıntürk, s. 313 vd.; Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir, s. 212 vd.; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 272; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 436 vd.

91 Özçelik, Barış, 5403 Sayılı Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Ve Değerlendirilmesi, GÜHFD., C. XIX, S. 1, 2015, ss. 87-110, s. 101.

92 Eren/ Başpınar, s. 188.

paylarını isteyemeyecekleri gibi, bu payları üzerinde tasarrufta da bulunamazlar. Hâl böyle iken, ortakların, diğer ortaklardan bağımsız şekilde payını devretmesi söz konusu olamayacağından, TKAKK. m. 8/İ'nin birinci fıkrasının uygulanması mümkün gözükmemektedir⁹³.

Maddenin ikinci fıkrasıyla gelen bir diğer yenilik, tarımsal arazilerin satılması hâlinde, sınırdaş arazi maliklerine de yasal önalım hakkı tanınmış olmasıdır. Bu hükümlerle beraber, Türk hukukunda ilk kez sınırdaş arazi maliklerine de önalım hakkı tanınmış olmaktadır. Burada amaçlanan, tarımsal arazilerin miktar olarak büyütülmesidir. Ancak tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş maliklerin önalım hakkı yoktur. Bu hükmün uygulanması, tarımsal arazinin sınırdaş malik olmayan üçüncü bir kişiye satılması durumunda ortaya çıkacaktır⁹⁴. Yargıtay, sınırdaş arazi maliklerinin önalım hakkını kullanabilmeleri için söz konusu sınırdaş tarımsal arazinin ya tamamına malik olmalarını ya da paylı mülkiyete tâbi ise bir arazi ise, tüm paydaşların birlikte önalım hakkını kullanabileceğini kabul etmektedir⁹⁵. Sınırdaş maliklerden birden fazlası söz konusu tarımsal araziye almak istediğinde ise, önalım hakkını hangi sınırdaş malikin kullanabileceğine hâkim karar verecektir. Hâkim bu kararı verirken, taşınmazın, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş malike devredilmesine karar vermekle yükümlü olup, bu konuda bir serbestliği söz konusu değildir (TKAKK. m. 8/İ-II). Birden fazla sınırdaş malikin taşınmazı, devredilecek taşınmazla birlikte tarımsal bütünlük arz ediyorsa hangisinin seçileceği açıkça düzenlenmemiştir. Böyle bir durumda da hâkim en uygun olan sınırdaş arazi malikini seçmeli ve devri ona yapmalıdır⁹⁶. Söz konusu ihtimalde hâkimin neye göre karar vereceğinin Kanun'da açıkça düzenlenmesi isabetli olurdu.

Önalım hakkının şartları ve kullanımıyla ilgili olarak Türk Medeni Kanunu hükümleri (732-735) uygulama alanı bulacaktır.

Burada, önem arz eden bir diğer sorun yan sınaî işletmelere ilişkindir. Yan sınaî işletme, varlığı, ana işletmenin varlığına bağlı olup, ondan ayrılması ekonomik yönden sakıncalı olan işletmedir. Yan sınaî işletmeden bahsedebilmek için ana işletmenin mevcut olması gerekir. Ana işletme ise bir tarımsal işletme olmalıdır⁹⁷. Yan sınaî işletmelerin türünün ne olacağı konusunda ise öğretide görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, yan işletmelerin sadece sınaî işletme olması gerekmeyip diğer işletmeler de, örneğin ticarî işletmeler, bu kapsamdadır⁹⁸. Buna göre ekmek fırını, değirmen, hayvan besleme barınağı gibi unsurlar da yan sınaî işletme kapsamında değerlendirilebilir⁹⁹. Bu görüşten yola çıkarak sınaî işletme, bir tarım işletmesi ile ekonomik birliktelik oluşturup

93 **Özçelik**, s. 103.

94 **Eren/ Başpınar**, s. 189.

95 Y. 14. HD. 26.04.2016, E. 2015/18958 K. 2016/5114, "...Madde hükmüne göre "sınırdaş tarım arazi malikleri" sınırdaş arazinin tüm malikleri yani paydaşlarıdır. Davaya konu olayda dosya içerisindeki tapu kaydına göre önalım hakkını kullanmak için bu davayı açan ...'ın sınırdaş taşınmazın 1/2 paylı maliki olduğu anlaşıldığından tek başına bu davayı açma olanağı bulunmamaktadır..." (Et: 15.09.2018 Sinerji İçtihat Bankası).

96 **Dural/ Öz**, s. 513; **İmre/ Erman**, s. 510.

97 **Zevkliler**, s. 152; **Aras**, s. 145; **Eren**, s. 157; **Özay**, s. 123; **Cin**, s. 129.

98 **Zevkliler**, s. 153.

99 **Cin**, s. 129; **Zevkliler**, s. 153; **Özay**, s. 123; **Aras**, s. 145.

tarımsal işletme niteliği olmayan işletmeler şeklinde tanımlanabilir¹⁰⁰. Diğer görüş ise, yan sınaî işletmelerin ancak sınaî işletme olabileceğini kabul etmektedir¹⁰¹.

Bir işletmenin yan sınaî işletme sayılabilmesi için, ana işletme olan tarımsal işletmeye bağlı olup onun eklentisi (teferruatı¹⁰²) sayılması şarttır. Sınaî işletme tarımsal işletmeden büyük ve önemliyse, tarımsal işletmeyle birlikte mülkiyetinin devredilmesi söz konusu olamaz¹⁰³. Tarımsal işletmenin bir kısmı veya bütünleyici parçası (mütemmim cüz'ü) sayılan işletmeler de yan sınaî işletme kapsamında değerlendirilemeyecektir. Yine ana işletme tarımsal işletme niteliğinde olmayıp yan işletme tarımsal işletme niteliğini taşırsa, burada da tarımsal araziyle beraber mülkiyetin devri söz konusu olamayacaktır¹⁰⁴.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 3. maddesinin 1-u bendine göre yan sınaî işletme; yeter gelirli tarımsal arazilere ait ürün depolama, koruma, işleme ve pazarlama gibi faaliyetlere yönelik tesisleri ifade etmektedir. Yan sınaî işletmeleri devriyle ilgili TKAKK. m. 8/H'ye göre, "Yeter gelirli tarımsal arazilere sıkı şekilde bağlı bir yan sınaî işletme mevcut ise yan sınaî işletme ile yeter gelirli tarımsal arazilerin mülkiyeti bir bütün olarak istemde bulunan ve ehil görülen mirasçıya gerçek değeri üzerinden devredilir." Maddedeki ifadeden anlaşıldığı üzere, yan sınaî işletmelerin mülkiyetinin tarımsal araziyle birlikte devredilebilmesi için, işletme ile arazi arasında sıkı bir bağlantının bulunması gerekmektedir. Ayrıca, bu sıkı bağlantının yanında, arazi ile işletmenin mülkiyetinin, ehil mirasçı tarafından talep edilmesi şartı aranmıştır. Ehil mirasçı tarafından talep şartı sisteminde de bulunmakta iken, işletme ve arazi arasındaki sıkı bağlantı şartı mülkiyetin devri sistemiyle yeni gelen bir şarttır. Bu sıkı bağlantının fizikî anlamda anlaşılması gerekir. Bundan anlaşılması gereken husus, tarımsal arazi ile yan sınaî işletme arasında ekonomik bütünlüğün bulunması gerekliliğidir¹⁰⁵. Kanunkoyucunun amacı da, bu hükümle beraber ekonomik bütünlük oluşturan tarımsal arazi ve yan işletmelerin birlikte devrinin sağlanarak bütünlüğün korunmasıdır¹⁰⁶.

Yan sınaî işletmelerin tarımsal arazilerle beraber devri için gerekli olan sıkı bağlantı ve talep şartları sağlandığında, bu işletmelerin mülkiyeti, gerçek değeri üzerinden devredilecektir. Hükümde "yeter gelirli tarımsal arazilere sıkı şekilde bağlı..." şeklinde bir ifade geçse de, buradan anlaşılması gereken sadece yeter gelirli tarımsal araziler değil, tüm tarım arazileriyle birlikte sıkı şekilde bağlı olan yan işletmelerin devrinin gerçekleştirilebileceğidir¹⁰⁷.

100 Özyay, s. 123.

101 Zevkililer, s. 152.

102 Buradaki teferruat kavramının, teknik anlamda teferruat olmadığı, teferruatın kapsamına ancak taşınır malların girdiği, ancak burada yan sınaî işletmelerin taşınmazlardan oluşabileceği ile ilgili olarak bkz., Zevkililer, s. 154; Sağlam, s. 217, dn. 74.

103 Örneğin, küçük bir arazi üzerindeki dev fındıkçılık tesisi (Sağlam, s. 217, dn. 75).

104 Zevkililer, s. 153; Aras, s. 145.

105 Özyay, s. 190; Eren/ Başpınar, s. 181.

106 Eren/ Başpınar, s. 181.

107 Özyay, s. 191.

Yukarıda ifade edilenler, iradî olarak yan sınaî işletmelerin tarımsal araziyle beraber devrini açıklamaktadır. Mirasçılar arasında bu konuda bir anlaşmazlık çıktığı takdirde, konu yargıya taşınacak ve sulh hukuk hâkimi, tarımsal arazi ve yan sınaî işletmenin ekonomik bütünlüğünü sürdürme imkânını ve mirasçıların kişisel durumlarını değerlendirerek, yan sınaî işletmelerin birlikte veya ayrı olarak devrine ya da satışına karar verecektir¹⁰⁸.

TKAKK. m. 8/H'nin 3. fıkrasına göre; “m. 8/C, 1-c bendi gereğince, mirasçılar arasında limited şirket kurulmuş ise, tarımsal arazi ile sıkı bağlantı içinde olan yan sınaî işletmelerin mülkiyeti de şirketin malvarlığına dahil edilecektir.” Burada da yukarıdaki durumla paralel olarak sıkı bağlantı şartı aranmaktadır. Hüküm ekonomik bütünlüğün sağlanmasına hizmet etmekte ise de, sadece limited şirket kurulması hâlinde değil, aile malları ortaklığı kurulması durumunda da geçerli olacak şekilde genişletilmelidir¹⁰⁹.

V. TARIMSAL ARAZİLERDE MÜLKİYETİN TOPLULAŞTIRMA YOLUYLA DEVRİ

A) GENEL OLARAK

Tarımsal arazilerin devri yollarından bir diğeri de toplulaştırma yoluyla yapılan devirlerdir. Arazi toplulaştırması, Toplulaştırma Tüzüğü¹¹⁰ m. 4/1, e bendinde; “Arazilerin doğal ve yapay etkilerle bozulmasını ve parçalanmasını önlemek, parçalanmış arazilerde ise doğal özellikleri, kullanım bütünlüğü ve mülkiyet hakları gözetilerek birden fazla arazi parçasının birleştirilip ekonomik, ekolojik ve toplumsal yönden daha işlevsel yeni parsellerin oluşturulmasını ve bu parsellerin arazi özellikleri ve alanı değerlendirilerek kullanım şekillerinin belirlenmesini ve arazi geliştirme hizmetlerinin sağlanmasını” ifade eder. Öğretide ise arazi toplulaştırması (arazi tevhid), “ekonomik üretime imkân vermeyecek şekilde parçalanmış tarım topraklarının birleştirilmesi ve gerektiğinde bunların büyütülüp genişletilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır¹¹¹. Toplulaştırma, amaç yönünden kamu yararının ağır bastığı, sadece malikleri değil toplumu ve devleti de etkileyen tarımsal arazilerin durumuyla ilgili olarak önlemler alma, arazilerin parçalanıp küçülmesini, yapılarının bozulmasını engelleme ve onları ekonomik açıdan daha verimli hâle getirmeye çalışma çabalarını içerir. Toplulaştırma ile beraber, ülke genelinde ulusal gelirin artmasına katkıda bulunulur ve bu yönde kişilerin ve çiftçi ailelerinin mülkiyetinde bulunan dağınık, parçalı araziler birleştirilerek arazi tasarrufu sağlanır. Ayrıca küçük tarım işletmelerinin arazilerinin genişlemesine de olanak sağlanmış olur¹¹². Arazi toplulaştırması dar anlamda, aynı kişi veya çiftçi ailesine ait olup dağınık vaziyette bulunan parçalı arazilerin düzgün şekiller hâlinde bir araya getirilerek birleştirilmesidir. Geniş anlamda ise, ekonomik tarım yapılması, toprak koruma

108 Eren/ Başpınar, s. 181.

109 Özey, s. 191.

110 24. 07. 2009 Tarih ve RG. 27298 No'lu Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması Ve Arazi Toplulaştırmasına İlişkin Tüzük (TT).

111 Eren/ Başpınar, s. 142.

112 Usta, Murat, Tarım Reformu ile Toplulaştırma Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2017, s. 45.

ve sulama önlemleri alınamayacak derecede parçalı, dağılmış arazilerin birleştirilerek çiftçilerin yaşam düzeylerinin artmasını sağlayacak teknik, ekonomik ve sosyal önlemlerin alınmasıdır¹¹³.

Toplulaştırma müessesesi, hukukî niteliği bakımından mal değişim sözleşmesi olarak görülebilir. Fakat, toplulaştırmanın, irade serbestisi ilkesine dayalı olarak gerçekleştirilen mal değişimi sözleşmesinden farkı, buradaki değişimin zorunlu olmasıdır. Arazi derecelendirmesi sonucunda arazi sahiplerine, eski toprakları karşılığında yeni toprak verilmesi, toplulaştırmanın zorunlu bir mal değişim sözleşmesi ilişkisi olduğunu gösterir¹¹⁴.

Türkiye’de toplulaştırma çalışmaları ilk kez 1961 yılında mülga Topraksu Genel Müdürlüğü tarafından, 7457 sayılı Kanun ve EMK. m. 678’e dayanarak yapılmıştır. Bu çalışmalardan sonra bir tüzük çıkarılması ihtiyacı doğmuş ve 27. 06. 1966 tarihinde ilk arazi toplulaştırma tüzüğü yürürlüğe konulmuştur. Bu tüzüğe göre, arazi toplulaştırması için proje hazırlandıktan sonra, arazi maliklerinin 2/3’nün kabulü ile proje uygulamaya konulmaktaydı. Türkiye’de arazi toplulaştırma çalışmalarının¹¹⁵ ilk uygulaması 1961 yılında, Konya ili Çumra ilçesinin Karkın köyünde Devlet Planlama Teşkilatı ile Birleşmiş Milletler Tarım Teşkilatı’nın (FAO) 1964 yılında Antalya civarında ortak yürüttükleri yatırım öncesi araştırma projesi içerisinde yapılmıştır¹¹⁶.

Toplulaştırma konusu, mevzuatta üç farklı kolda düzenleme alanı bulmuştur. Bunlardan ilki, arazi toplulaştırması ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler içeren 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu ve buna bağlı Uygulama Yönetmeliğidir¹¹⁷. Ayrıca Tarım Reformu Genel Müdürlüğü tarafından yürürlüğe konulan Teknik Talimat’ta¹¹⁸ da toplulaştırmaya ilişkin detaylı düzenlemeler yer almaktadır. Arazi toplulaştırması ile ilgili düzenlemelerin ikinci kolunu ise 5403 sayılı TKAKK. m. 17 ve buna dayalı olarak çıkarılan Toplulaştırma Tüzüğü¹¹⁹ ve Yönetmelik oluşturmaktadır. Fakat TKAKK. m. 17, 19. 04. 2018 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu maddenin yürürlükten kaldırılmadan önceki hâline göre, arazinin rasyonel kullanımını tesis etmek amacıyla, parsel büyüklüklerinin optimum ölçüde oluşması için isteğe bağlı veya zorunlu toplulaştırma yapılacağı belirtilmiştir. Aynı tarihte, TKAKK. m. 17’nin yürürlükten kaldırılmasıyla beraber, 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne Yürütülen İşler Hakkında Kanun’a¹²⁰, 7139 sayılı Kanun’un¹²¹ 7. maddesiyle eklenen ek madde 9, hâlen yürütülen ve bundan sonra yapılacak olan toplulaştırmalarda uygulanacak kuralları içermektedir. Fakat, uygulamada hâlen 5403 sayılı Kanun kapsamında toplulaştırmalar yapılabilmektedir. Artık, yürürlükteki yeni düzenleme olan 6200 sayılı Kanun’a

113 Usta, s. 45.

114 Aksoy, Suat, Tarım Hukuku, Ankara 1984, s. 304.

115 Türkiye’de Yıllara Göre Arazi Toplulaştırma Çalışmaları, Yıllara Göre Türkiye’de Tamamlanan Toplulaştırma Alanları, (<https://www.tarim.gov.tr/Konular/Arazi-Toplulastirma-ve-Tarla-Ici-Gelistirme/Projeler>, Et: 10. 08. 2018).

116 Usta, s. 43.

117 RG. No: 18796.

118 Haziran 2010 tarihli Teknik Talimat.

119 RG. No: 27298.

120 RG. No: 8592.

121 RG. No: 30405.

göre toplulaştırma yapılması gerekmektedir. TKAKK. m. 17'nin yürürlükten kalkmasıyla beraber ona dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuatın da yürürlüğü söz konusu olmamalıdır. Her ne kadar TKAKK. m. 17'ye dayanarak toplulaştırma yapılamayacak olsa da, bu usulle şimdiye kadar toplulaştırmalar yapılageldiği için, çalışmada bu usulden de bahsedilmiştir.

Bu çalışmada, arazi toplulaştırması ile ilgili prosedür ve kurallar incelenirken, üçlü bir değerlendirme yapılacak olup, 3083 sayılı Kanun, 5403 sayılı Kanun ve 6200 sayılı Kanun kapsamında yapılacak toplulaştırmalar, farkları ve benzerlikleriyle beraber incelenmiştir. Ayrıca, toplulaştırmanın düzenlendiği bu özel kanunlar haricinde, TMK. m. 755'te de genel bir hüküm olarak arazi toplulaştırmasının yapılabileceği ifade edilmiştir¹²². Buna göre arazi toplulaştırması iyileştirme işlerinden sayılır ve maliklerin rızasıyla yapılabilecekse, arazinin yarısından fazlasına sahip olunmak koşulu ile, maliklerin üçte ikisinin bu yönde karar vermeleri gerekmektedir. Bu karara diğer malikler de uymak zorundadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, bu konulara ilişkin özel kanun hükümlerinin saklı olacağı belirtildiğinden, toplulaştırmayla ilgili yukarıda bahsedilen iki kanun dikkate alınarak inceleme yapılması gerekir.

Toplulaştırma mevzuatıyla ilgili temel farklardan biri, toplulaştırmayı yapacak makamlar ve projelerin teklifinin verilmesinde kendini gösterir. 3083 sayılı Kanun'a göre yapılacak olan toplulaştırmalarda, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı¹²³ (Tarım Reformu Genel Müdürlüğü)'nin teklifi üzerine Cumhurbaşkanı¹²⁴ kararıyla uygulama alanı ilan edilen yerler kapsamında çalışılmaktadır. 5403 sayılı Kanun'a göre yürütülen toplulaştırma çalışmalarında ise Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı veya Toprak Koruma Kurulu'nun talebi üzerine alınacak Cumhurbaşkanı kararıyla proje sahası belirlenmekte veya il özel idareleri, belediyeler ve köyler ile tarımsal amaçla faaliyette bulunan kooperatifler, birlikler gibi tüzel kişilikler veya diğer kamu kuruluşlarının proje idaresi olarak özel arazi toplulaştırması yapmak istemeleri durumunda, isteklerinin uygun görülmesi hâlinde, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının teklifi ve Cumhurbaşkanı'nın kararıyla proje alanı belirlenip çalışmalara başlanmaktadır¹²⁵. Görüldüğü gibi, 3083 sayılı Kanun'da toplulaştırmayı talep edecek olanların kapsamı daha dar iken, 5403 sayılı Kanun'da özel toplulaştırma usulü de bulunduğundan toplulaştırma talep edip yürütecek olanların kapsamı daha geniştir. 6200 sayılı Kanun'a göre ise, toplulaştırmayı yapacak olan makam, Cumhurbaşkanı'nın kararı ile Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü' (DSİ.) dür. DSİ., toplulaştırmanın tüm aşamalarında yetkili olan tek idari kuruluştur (DHİK. Ek m. 9/2). DSİ. dışındaki kurum ve kuruluşlar, DSİ.'nin iznine tabi olarak proje idaresi sıfatıyla arazi

122 TMK. m. 755: "Su yollarını düzeltme, sulama, bataklık yerlerini kurutma, yol açma, orman yetiştirme, arazileri toplulaştırma gibi iyileştirme işleri, ancak ilgili maliklerin ortak girişimleriyle yapılabilecekse, arazinin yarısından fazlasına sahip bulunmak koşuluyla maliklerin üçte ikisinin bu yolda karar vermeleri gerekir. Diğer malikler de bu karara uymak zorundadır. Alınan karar, tapu kütüğünün beyanlar sütununda gösterilir. Bu konulara ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır.

123 Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçilmesiyle beraber bu Bakanlık'ın adı, Tarım ve Orman Bakanlığı olarak değiştirilmiştir.

124 Mevzuatta "Bakanlar Kurulu" ifadesi geçen yerlerde anlaşılması gereken, Cumhurbaşkanı'dır. (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçiş sebebiyle)

125 Usta, s. 46-47.

toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetlerini yürütmeye yetkilidir. Ayrıca 3083 sayılı Kanun'un 2/1, j bendinde, toplulaştırmayla alakalı konularda, ilgili veya uygulayıcı kuruluşun DSİ. olduğu belirtilmektedir. Böylece, toplulaştırmada yetkili olan kurumun DSİ. olduğu söylenebilir.

Toplulaştırma çalışmalarının farklı idareler tarafından üç ayrı Kanun'a dayanarak yapılması ihtimalinde ne olacağı sorusu akla gelebilir. Bu ihtimalde, 3083 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre, belli bir alan toplulaştırma için uygulama alanı ilan edilir ve bu alan Devlet'in hüküm ve tasarrufu veya özel mülkiyetinde olup kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere tahsis edilmemiş arazi uygulama kararının Resmi Gazetede ilanı ile birlikte uygulayıcı kurum olan Bakanlık' ın (ve dolayısıyla Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nün) tasarrufuna geçer. Aynı alan içerisinde 5403 sayılı Kanun'a göre de toplulaştırma yapılmak istenirse, bu çalışmayı yapacak olan Proje İdaresi ile uygulayıcı kuruluş arasında yetki sorunu ortaya çıkacaktır. Bu durumun çözümü, T.T.'nin 17. maddesinin 7. bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, aynı alan üzerinde birden fazla kurum ve kuruluş tarafından toplulaştırma yahut tarla içi geliştirme çalışmaları yapılması talebinde bulunulduğunda, bu çalışmaları yapacak olan kuruluş, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından belirlenecektir. Bir diğer çözüm yolu ise, 3083 sayılı Kanun kapsamında uygulama alanı ilan edilen yerin bu kapsamdan çıkarılması, 5403 sayılı Kanun hükümlerine göre toplulaştırma yapılabilmesidir¹²⁶. Fakat 5403 sayılı Kanun'a dayanarak toplulaştırma yapılamayacağından, 6200 sayılı Kanun gereğince toplulaştırmayı DSİ. yapacaktır. Bu konuda tek yetkili kurum olarak DSİ. belirlenmiştir. 3083 sayılı Kanun ve ikincil mevzuatı yürürlükten açıkça kaldırılmamakla birlikte, DHİK'te yapılan değişikliklerin, konuyla ilgili önceki mevzuatı yürürlükten kaldırdığı düşünülebilir. Ancak, 3083 sayılı Kanun'da toplulaştırma yapılacak bölge uygulama sahası ilan edilerek işlem yapıldığından, iki ayrı kanunun yürürlükte kalıp uygulanabilir olması düşünülebilir. Her hâlükârda, toplulaştırma konusunda yetkili makamın DSİ. olduğu iki Kanun'da da açıkça belirtilmiştir.

B) TOPLULAŞTIRMA TÜRLERİ

Toplulaştırma üç şekilde yapılabilir. Bunlar; isteğe bağlı toplulaştırma, zorunlu toplulaştırma ve özel toplulaştırmadır.

1) İsteğe Bağlı Toplulaştırma

Toplulaştırmanın bu türünde, arazilerin belirli bir büyüklüğü sağlaması ve belli sayıdaki arazi maliklerinin isteği üzerine toplulaştırma yapılır. 5403 sayılı Kanun'a dayanan Arazi Toplulaştırma Uygulama Yönetmeliği¹²⁷ m. 6 ve T.T. m. 16'ya göre, proje alanındaki arazinin yarısından fazlasına malik bulunan ve sayıca maliklerin yarısından fazlasını oluşturanların muvafakatı ile isteğe bağlı toplulaştırma yapılabilirdi. Burada aranan çoğunluk, nitelikli (mevsuf) çoğunluktur. Çift yönlü olan bu çoğunluk hem arazi miktarı yönünden hem malik sayısı yönünden bir değerlendirmeyi

¹²⁶ Usta, s. 46.

¹²⁷ RG. No: 30265.

gerekli kılar. Çifte çoğunluk sağlandığı takdirde maliklerin bu kararı, proje alanındaki bütün malikleri bağlar. İsteğe bağlı toplulaştırma, zorunlu toplulaştırmaya gerek kalmadan gidilebilen bir yol olup Kanunkoyucu tarafından da mevzuattaki düzenlemelerden anlaşıldığı üzere öncelikli bir yoldur¹²⁸.

İsteğe bağlı toplulaştırma 3083 sayılı Kanun ve buna dayanarak çıkarılan diğer mevzuatta da yer almaktadır. Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu Uygulama Yönetmeliği¹²⁹ m. 21 ve Arazi Toplulaştırması Teknik Talimatı m. 7' ye göre, toplulaştırma yapılacak proje alanındaki arazinin yarısından fazlasına malik bulunan ve sayıca maliklerin üçte ikisini (2/3) teşkil eden arazi sahibi çiftçilerin muvafakatı ile isteğe bağlı toplulaştırma yapılabilir. Bu karar, proje alanındaki tüm malikleri bağlar¹³⁰.

6200 sayılı DHİK ek madde 9'a göre ise, DSİ. tarafından Cumhurbaşkanı'nın kararıyla isteğe bağlı toplulaştırma yapılabilir. Ancak, ilgili madde olan ek madde 9'da, maliklerin ne kadarının istekte bulunabileceği belirtilmemiştir. Konuyla ilgili DSİ' nin çıkardığı güncel bir yönetmelik de yoktur. Dolayısıyla bu konuda bir boşluk söz konusudur. İsteğe bağlı toplulaştırmanın kabul edilebilmesi için belli bir malik çoğunluğu aramak yerinde olacaktır. Bu çoğunluk ise, 5403 sayılı Kanun kapsamında yapılan toplulaştırmalardaki gibi, arazinin yarısından fazlasına malik bulunan ve sayıca maliklerin yarısından çoğunu oluşturanların isteği şeklinde belirlenebilir.

Görüldüğü gibi, yapılacak toplulaştırmanın dayandığı mevzuata göre iki farklı çoğunluk sınırı öngörülmüştür. 3083 sayılı Kanun kapsamında uygulama alanı ilan edilip proje dahiline alınan bölgelerde arazi miktarının yarısını aşan ve maliklerin üçte ikisini oluşturan bir çoğunluk isteğe bağlı toplulaştırma için yeterli görülürken, 5403 sayılı Kanun kapsamındaki toplulaştırmalar için bu oran biraz daha düşürülerek arazi miktarının yarısı ve maliklerin yarısından oluşan bir çifte çoğunluk düzenlemesi yapılmıştır. Yürürlükte olan Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne Yürütülen Hizmetler Hakkında Kanun'a göre ise, isteğe bağlı toplulaştırmada herhangi bir çoğunluk öngörülmemiştir.

İsteğe bağlı toplulaştırmalarda, maliklerin verdiği muvafakatı sonradan geri alıp alamayacakları konusunda açık bir düzenleme yoktur. Malikler, çifte çoğunluğu sağladıkları takdirde, başta istemiş oldukları toplulaştırmadan daha sonra vazgeçebilirler mi? Burada akla ilk gelen, toplulaştırma maliklerin isteğiyle yapıldığından, gerekli çifte çoğunluk sağlandıktan sonra, toplulaştırmadan vazgeçebileceğidir. Fakat bu şekilde serbest bir vazgeçmenin kabul edilmesi, hem toplumsal bazı sorunlara yol açabilir hem de idare için maliyetli olan bu çalışmaların yarıda kalarak devletin zarara uğramasına neden olabilir. Bu sebeple isteğe bağlı toplulaştırmadan, tamamen serbest bir şekilde vazgeçmek mümkün olmamalıdır. Ancak, çifte çoğunlukla isteğe bağlı toplulaştırma talebi

128 Eren/ Başpınar, s. 147.

129 RG. No: 18796.

130 Usta, s. 51; Eren/ Başpınar, s. 147.

üzerine başlayan toplulaştırma çalışmalarında, henüz parselasyon planları hazırlanmamış ise bu aşamada isteğe bağlı toplulaştırmadan, yine çifte çoğunluk sağlanarak vazgeçilebilmelidir¹³¹.

2) Zorunlu Toplulaştırma

Zorunlu toplulaştırma, toplulaştırma türleri arasında ikincil bir niteliğe sahiptir. Toplulaştırmada öncelik, maliklerin rızasıyla isteğe bağlı yapılan toplulaştırmalardır. Fakat isteğe bağlı toplulaştırma yapılabilmesi için gerekli olan çifte çoğunluk sağlanamadığı takdirde, idare harekete geçerek zorunlu toplulaştırma yapabilmektedir. TRUY. m. 22' ye göre, isteğe bağlı toplulaştırma şartları sağlanamazsa, Bölge Müdürlüğünün teklifi ve Genel Müdürlüğün onayı ile zorunlu toplulaştırma yapılabilir. Talimat'ın 7. maddesinde de bu düzenlemeye paralel şekilde, Bölge Müdürlüğünün teklifi ve Genel Müdürlüğün onayı ile zorunlu toplulaştırma yapılabileceği öngörülmüştür. 5403 sayılı Kanun'a dayanan TT'nin m. 16'ya göre ise, Bakanlığın (Tarım ve Köyişleri Bakanlığı, yeni adıyla Tarım ve Orman Bakanlığı) veya kurulların (Toprak Koruma Kurulu) talebi üzerine kamu yararı gözetilerek isteğe bağlı olmaksızın, yani zorunlu toplulaştırma yapılabilir. 6200 sayılı DHİK. ek madde 9'a göre, maliklerin muvafakati aranmaksızın zorunlu toplulaştırma yapılabileceği düzenlenmiştir.

Zorunlu toplulaştırmaya "kanunî toplulaştırma" da denebilir¹³². Zorunlu toplulaştırmanın kabul edilmesinin amacı, isteğe bağlı toplulaştırmanın zorluklarının bertaraf edilebilmesidir. Çünkü toplulaştırma, her zaman, halk için kolay kabul edilebilir olmamakta, psikolojik tepki ve muhalefet ile karşılaşabilmektedir. Çiftçilerin çoğu, toplulaştırma sonucunda yeni bir toprağa sahip olacakları için, atalarından kalma veya hatıralarının bulunduğu eski toprağından vazgeçmeyi istememektedir¹³³.

Toplulaştırmanın zorunlu olması, kişilerin bu işleme karşı dava açamayacağı anlamına gelmemektedir. Toplulaştırma ister isteğe bağlı olsun isterse zorunlu olsun, bu karara karşı dava yoluna gidilebilir. Bunun için toplulaştırma kararının alınmasındaki prosedüre uyulmamış olması veya toplulaştırmanın amaç ve ilkelerine aykırı bir toplulaştırmanın olması yeterlidir. Burada iptalin istenebileceği yol, idarî yargı yoludur. İYUK m. 34 gereğince dava, taşınmazın bulunduğu yer idare mahkemesinde açılmalıdır¹³⁴.

3) Özel Toplulaştırma

Özel toplulaştırma, ilk kez TKAKK. m. 17/3 düzenlemesi ile gelmiştir. Fakat, TKAKK. m. 17, 19. 04. 2018 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre, il özel idareleri, belediyeler ve köyler ile tarımsal amaçlı faaliyette bulunan kooperatifler, birlikler gibi tüzel kişilikler veya kamu

131 Usta, s. 51.

132 Eren/ Başpınar, s. 147.

133 Aksoy, s. 304.

134 Usta, s. 55.

kuruluşları, hizmet konuları ile ilgili arazi teminini de kapsayacak şekilde yapacakları arazi toplulaştırması ve tarla içi geliştirme hizmetleri için, toplulaştırmanın gerekçesini ve isteğe bağlı olup olmadığını belirten raporla birlikte, toplulaştırmayı uygulayacak proje birimini kurula veya Bakanlığa bildirir. İstek uygun görülürse Bakanlığın teklifi ve Cumhurbaşkanı kararıyla proje alanı kesinleşir ve ilan edilir. Başvuruyu yapan proje idaresi, proje alanıyla ilgili her türlü çalışma ve değerlendirmeyi içeren raporunu onaylanması için Bakanlığa iletir. Toplulaştırma için yapılan bütün faaliyetler ve parsel planlarını içeren uygulama projesinin kesinleşmesi, Bakanlığın onayı üzerine olur¹³⁵ (TT. m. 17).

TKAKK. m. 17 hükmü yürürlükten kalktığından, özel toplulaştırma yapılmasının dayanağı olarak, DHİK ek madde 9/2 gösterilebilir. Bu maddeye göre DSİ., toplulaştırma yapmak isteyen kurum ve kuruluşlara izin vererek, onların proje idaresi sıfatıyla toplulaştırma yapmalarına imkân tanıyabilir.

Özel toplulaştırmanın bir şartı da, proje idaresinin, proje süresince gerekli teknik personeli istihdam etmek zorunda olmasıdır (DHİK. Ek m. 9/11). Bu şart, toplulaştırma yapabilecek kurum sayısı arttığı için, kurumların bu projeyi yürütebilmelerini sağlamak adına getirilmiş olup, gerekli teknik personel sayesinde projenin sonuna kadar sağlıklı şekilde ilerlemesini hedefler.

Özel arazi toplulaştırması yapan proje idaresi, kamu yatırımları için gerekli olan arazi miktarını toplulaştırma yolu ile karşılayabilir. Özel toplulaştırmada uyulması gerekli diğer usul ve esaslarda, Bakanlığın yaptığı toplulaştırma yani zorunlu toplulaştırma hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹³⁶.

C) TOPLULAŞTIRMA PROSEDÜRÜ

Toplulaştırma konusunda yürürlükteki mevzuata göre, iki ayrı prosedür bulunmaktadır. Bunlardan ilki, 3083 sayılı Kanun'a dayanarak yürütülen toplulaştırmalardır. Diğeri ise bu Kanun'dan daha sonra yürürlüğe giren 6200 sayılı Kanun'a dayanılarak yürütülen toplulaştırmalardır. Bu prosedürler birbirinden çok farklı olmamakla beraber, bu iki prosedür arasında bazı farklılıklar da söz konusudur. Bu çalışmada, önemine binaen yürürlükten kaldırılan 5403 sayılı Kanun'a dayanılarak yapılan toplulaştırmalarda izlenen prosedür de incelenmiştir. Bu bağlamda, farklı usullere dayanılarak yapılacak olan toplulaştırma, üç alt başlık altında incelenebilir.

1) 3083 Sayılı Kanun'a göre Toplulaştırma Prosedürü

Öncelikle 3083 sayılı Kanun'a dayanarak yapılan toplulaştırmalarda izlenecek prosedüre bakılacak olunursa; ilk işlem, bir mahallin uygulama alanı olarak ilan edilmesidir. Uygulama alanı belirlemeye yetkili makam ise (ilgili Bakanlığın teklifi üzerine) Cumhurbaşkanı'dır.

135 Eren/ Başpınar, s. 148.

136 Eren/ Başpınar, s. 148.

Cumhurbaşkanı'nın söz konusu kararı kamu yararı kararı sayılır ve Resmi Gazete'de ilan edilir. Bu ilan ile beraber, Devletin hüküm ve tasarrufu veya özel mülkiyetinde olup kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere tahsis edilmemiş arazi uygulayıcı kuruluş olan Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nün tasarrufuna geçer. Ayrıca, uygulamada az rastlansa da, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olan arazilerin ve diğer gayrimenkullerin, kamulaştırma ile Uygulayıcı kuruluşun tasarrufuna geçmesi mümkündür. Uygulama alanının ilanına ilişkin karara karşı iptal davası¹³⁷ açılabilir¹³⁸.

İkinci olarak yapılması gereken, toplulaştırma yapılacak yerlerin, sınırları belirtilmek kaydıyla, Bölge Müdürlüğüne¹³⁹ ilgili yerde ilan edilmesidir. Ayrıca, mahallin en büyük mülki amirine de, toplulaştırmanın yapılacağı bildirilir (TRUY. m. 23). Toplulaştırmanın ilanı ve mahallin en büyük mülki amirine bildirilmesi, nitelik itibarıyla hazırlık işlemleri olduğundan, açılacak herhangi bir davaya konu olamazlar¹⁴⁰. Fakat bu işlemler mahallinde ilan edildiğinden, itiraz etmek mümkündür. Toplulaştırma projeleri teknik talimatta belirtilen şekilde hazırlanır ve Bölge Müdürünün teklifi ve Genel Müdürü onayı ile kesinleşir. Bu aşamadan sonra, kesinleşen toplulaştırma kararına karşı idarî yargıda dava açılabilir. Genel Müdürlüğün onayı, toplulaştırmaya karşı açılacak iptal davaları için bir önkoşuldur¹⁴¹. Daha sonra dava açabilmek ve o hususlarla ilgili bir talepte bulunabilmek için önceden itiraz etmiş olmak şarttır¹⁴².

Toplulaştırma yapılacak yerlerin sınırları belirlenip mahallinde ilan edildikten sonra, proje alanındaki parseller, tapu kütüğüne şerh verilmesi için Bölge Müdürlüğüne mahalli tapu sicil muhafızlığına bildirilir. Şerh tarihinden sonra araziye devralan veya üzerinde herhangi bir hak iddia eden kimse, önceki malikin yükümlülüklerini aynen kabul etmiş sayılır (TRUY. m. 24). Bu şekilde bir şerhin tapu kütüğüne düşülmesi, devri tescile bağlı olan taşınmazlar için önemli bir tedbirdir. Bu şerh sayesinde, araziye devralmak isteyenler, arazinin toplulaştırma sahası içinde olduğunu görerek eski malikin yükümlülükleriyle beraber devralmış olacaklardır¹⁴³. Ayrıca buradaki şerh, sadece gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişiler tarafından değil, kamu hukuku kuralları tâbi bulunan idarî makam ve kurumlar tarafından da dikkate alınması gereken bir

137 İptal davası, idare tarafından alınan icrai kararlardan kişisel, meşru ve güncel bir menfaati ihlâl edilen kişinin, idarî yargıya başvurarak, bu kararın, yetki, şekil, sebep, konu, amaç yönlerinden mevzuata ve hukuka aykırılığından ötürü bozulmasını talep etmesi amacıyla açılan bir davadır (Çağlayan, Ramazan, İdarî Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 377; Kalabalık, Halil, İdarî Yargılama Usulü Hukuku, 11. Baskı, Konya 2016, s. 151; Gözübüyük, A. Şeref, 2. Baskı, Ankara 1973, s. 79; Kaplan, Gürsel, İdarî Yargılama Hukuku, Bursa 2016, s. 177). İptal davası sonucu verilen iptal kararı, işlemin varlığına son verir ve geçmişe etkilidir. Ayrıca iptal kararları genel etkilidir. Dolayısıyla davada taraf olmayanlar da bu karardan yararlanırlar (Çağlayan, s. 472 vd.; Kalabalık, s. 202; Gözübüyük, s. 143 vd.; Kaplan, s. 228 vd.).

138 Usta, s. 49-50.

139 Yönetmelik metninde Bölge Müdürlüğü ifadesi yer alsa da, Tarım Reformu Genel Müdürlüğü ve Bölge Müdürlükleri 639 sayılı KHK ile kapatıldığından ve Bakanlığa devredildiğinden, Bölge Müdürlükleri yerine İl Müdürlükleri yetkilidir. Ancak Tarım Reformu Genel Müdürlükleri kapatılsa da, ana hizmet birimi olarak hizmet vermeye devam ettiklerinden, yine onaylama işlemlerini yapabileceklerdir (Usta, s. 55, dn. 32).

140 Usta, s. 55.

141 Usta, s. 56.

142 Şanlıurfa İdare Mahkemesi, 29. 11. 2007, E. 2007/958 K. 2007/1547 (Usta, s. 56).

143 Usta, s. 58.

hususdur¹⁴⁴. Burada, tapu kütüğünde yapılan işlem, mülkiyet hakkına ilişkin bir kamu hukuku kısıtlamasıdır. Bu nedenle, öğretide hâkim olan görüş, burada ifade edilen şerhin teknik anlamda bir şerh olmadığı, beyan niteliğini taşıyan bir kayıt olduğu yönündedir. Bu kayıt, açıklayıcı bir kayıt olup, söz konusu kayıt yapılmadan önce de taşınmazın taksim ve ifrazı yasaktır. Bu yasağa rağmen yapılan taksim veya ifraz batıldır¹⁴⁵. Uygulama alanı ilanı ve şerhle beraber gelen kısıtlamalar mevcut olsa da, toplulaştırma arazi iadesi bakımından bekletilen mesele sayılmamaktadır¹⁴⁶. Böylece, toplulaştırma sürecinde idarenin maliklere iade edeceği arazi bulunmaktaysa, bu iadeyi derhal gerçekleştirmelidir. İdare, iade işlemini gerçekleştirmek için toplulaştırma çalışmalarının tamamlanıp paylaşılma işleminin yapılmasını bekleyemeyecektir.

İlan ve şerhten sonra yapılması gereken, arazinin derecelendirilmesinin yapılmasıdır. Derecelendirme işlemi, proje alanlarında değiştirilecek topraklar arasındaki denkleğin sağlanmasına hizmet eder. Derecelendirmede, belli kriterler¹⁴⁷ esas alınarak ortak bir denklik katsayısı¹⁴⁸ tespit edilir. Bu denklik katsayısı, çeşitli derecelerin birbirine dönüşümünü sağlamaktadır¹⁴⁹. Derecelendirme, proje alanlarında bulunan arazilerin fiziki yapısı, verimliliği, rayiç değeri, mülkiyet ve zilyetlik durumu ve diğer nitelikleriyle ilgili tespitlerdir. Bu tespitler, Derecelendirme Komisyonu¹⁵⁰ tarafından yapılır. Yapılan derecelendirme haritası, mülkiyet listeleri ve derecelerin birbiriyle denkleğini gösteren tablo, muhtarlık veya belediyede herkesin görebileceği yere on beş gün süreyle asılarak ilan olunur. Arazisi toplulaştırmaya konu olan malikler, derecelendirme haritası, liste ve tabloya karşı itirazlarını, ilan gününden itibaren yirmi gün içinde Derecelendirme Komisyonu Başkanlığına yazılı olarak yapabilirler. Bu süre içinde itiraz edilmezse, derecelendirme kabul edilmiş sayılır. Komisyon, itirazları inceler ve en geç on beş gün içinde karara bağlar. Bu karar ilgililere yazılı olarak ilan edilir. İlgililer bu karara karşı da ilan tarihinden itibaren on beş gün içinde Bölge Müdürlüğü kanalıyla Genel Müdürlüğe itiraz edebilirler. Genel Müdürlüğün otuz gün içinde vereceği kararla birlikte derecelendirme kesinleşmiş olur. Bu karar da aynı şekilde ilgililere ilan edilir (TRUY. m. 26). Uygulamada derecelendirmeye ilgili karşılaşılan en önemli sorun, ilandan sonra süresi içinde itiraz yapılmamasıdır. İtiraz yapılmayan hallerde derecelendirme kesinleşmekte ve daha sonra derecelendirmeye karşı iptal davası açılmamaktadır. Burada amaç, derecelendirmeye itiraz ile

144 D. 17. Daire 19. 04. 2016, E. 2015/11408 K. 2016/2936, "...arazi toplulaştırmasında yapılan dağıtımda tapu kayıtlarının esas alınması gerektiği, tapu kayıtlarında kamu yararı kararlarının şerh edilmiş olması ve Asliye Hukuk Mahkemesi kararlarıyla acele kamulaştırma işlemlerinin tamamlanmış olması karşısında davalı idarece arazi toplulaştırması uygulaması yapılırken söz konusu hususların dikkate alınması gerektiği..." (Et: 15. 09. 2018 Kazancı İçtihat Bankası).

145 **Eren/ Başpınar**, s. 150; **Usta**, s. 58.

146 **Usta**, s. 58.

147 Teknik Talimat m. 13.

148 Teknik Talimat m. 14.

149 **Eren/ Başpınar**, s. 152.

150 Derecelendirme Komisyonu, Teknik Talimat'ın 11. maddesine göre; "Proje alanlarında derecelendirme komisyonu biri Başkan olmak üzere beş üyeden oluşur. Komisyon Başkanı Bölge Müdürlüğünün teklifi ve Genel Müdürlüğün onayı ile tespit edilir.

idarî başvuru yolunun açık olması ve uyuşmazlıkların idarî yargıya intikal etmeden mahallinde çözümlenmesidir¹⁵¹.

Derecelendirmeye ilgili uygulama görülen uyuşmazlıklardan biri de sabit tesisler hakkındadır. Sabit tesis, Teknik Talimat'ta, "Ev, ahır, samanlık, ağıl, ambar, kuyu vb. yapılarla bağ, bahçe ve ağaçlık arazi" olarak ifade edilmiştir. Teknik Talimat m. 9 ve TRUY. m. 27'ye göre, toplulaştırma ilanından sonra proje alanında sabit tesis yapılamaz. Proje süresince izinsiz olarak yapılan sabit tesisler dikkate alınmaz ve uyuşmazlık hâlinde bunlar tazminata konu olamaz. Fakat başkasının arazisine yapılan yapıdan dolayı sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanıp uygulanmaması düşünülebilir¹⁵². Toplulaştırma ilanından sonra, arazi maliklerinden birinin, arazisine yapacağı sabit tesisler, toplulaştırma sonundaki paylaştırmada, araziler el değiştirebileceği için, başka bir arazi malikine devredilebilir. Bu hâlde, sabit tesisi yaptıran arazi maliki, Kanun hükmü gereği tazminat talebinde bulunamayacaksa da genel hükümlere göre sebepsiz zenginleşmenin şartları oluşmuşsa, iade talebinde bulunabilir. Parsel planlaması yapılırken, sabit tesisler, eski maliklerine verilecek şekilde hareket edilir. Ancak malikin birden fazla bu özellikte sabit tesisi var ise, malikin bunlardan biri etrafındaki toplulaştırma isteği dikkate alınır¹⁵³.

Teknik Talimat m. 21'e göre, toplulaştırma nedeniyle çiftçilerin zarar görmemesi ve çalışmaların aksamaması için, hasat zamanı dikkate alınarak, ekilecek ürün çeşitleri, kaplayacağı alan ve yeri gibi alınması gereken her türlü tedbirler köy ihtiyar heyeti ile birlikte proje mühendislerince tespit edilir. Alınan kararlar mahallinde alışılmış usullerle ilan edilir. Bu kararlara uymayanlar, herhangi bir zarar iddiasıyla tazminat talebinde bulunamazlar. Tescil işlemleri uzadığında veya zamanlama uygun olmadığında, çiftçilerin zirai üretim dönemini kaçırmaları mağdur olmamaları için, geçici yer teslimi yapılabilecektir (Teknik Talimat m. 21).

Proje alanında, mevcut yollardan hangilerinin korunacağı belirlenir ve sulama, drenaj, ulaşım şebekesi vb. tesislere ait projeler ilgili kuruluşlardan temin edilir. Bu projelere göre parsel boyları, sulama uzunluğu, ulaşım, drenaj, yerleşim yeri, mevcut kadastral ve kullanım durumları dikkate alınarak proje alanı çevresindeki tesislerle de uyum sağlayacak şekilde blok planlaması yapılır (Teknik Talimat m. 16).

Toplulaştırma alanlarında, tespit edilen ortak kullanım alanları için gerekli olan arazi miktarı belirlenir ve katılım payı kesinti oranı saptanır. Bu katılım payı yüzde onu geçemez. Katılım payı için herhangi bir bedel ödenmez. Toplulaştırma nedeniyle kapanan yollarla yol fazlalıkları, direkt olarak ortak kullanıma tahsis edilir (Teknik Talimat m. 17, TRK. m. 6).

151 Usta, s. 59.

152 Sebepsiz zenginleşme, haklı bir sebep olmadan başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşmedir. Sebepsiz zenginleşen kimse, bu zenginleşmeyi aleyhine zenginleştiği kimseye geri vermek zorundadır (Eren, Borçlar, s. 864; Nomer, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, s. 275; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016, s. 528; Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul 2015, s. 198; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 13. Baskı, İstanbul 2017, s. 311).

153 Usta, s. 62.

Blok planlarının hazırlanıp onaylanmasından sonra, arazi maliklerinden tercih alınacağı gün ve yer belirtilerek mahallinde ilan edilir. Çiftçi tercihleri malik bazında alınır. Tercih alımları sırasında, mülkiyet listeleri, güncel kullanım durumları ve sabit tesisler dikkate alınarak maliklerin yönlendirilmesine ve tercihlerin proje alanına yayılmasına çalışılır¹⁵⁴.

Kamu yatırımlarına gidecek arazi için şahıs arazisinden kesinti yapılacaksa oransal olarak hesaplanır ve şahısların değer sayısı varlıklarından düşülerek parsel planlamasında her işletmeye verilecek arazi miktarı bulunur. Kamu Ortak Kullanım Payı Kesintisi ise Kadastro parsellerinin değer sayıları toplamından, blokların değer sayısı toplamı çıkarılarak, kadastro parsellerinin değer sayısı toplamına bölümü ile elde edilen değerın 100 ile çarpılmasıyla bulunur. Kapanan yollar ve yol fazlalıkları, Kamu Ortak Kullanım Payı olarak öncelikle değerlendirilecektir (Teknik Talimat m. 19). Daha sonra ise, arazinin topografyası, sabit tesislerin durumu, güncel arazi kullanım durumu, derecelendirme haritası ve eski mülkiyet haritası dikkate alınarak, optimizasyon tekniklerine göre hangi işletmelerin hangi bloklara yerleştirileceği belirlenir. Gerekli görülürse, ilan yapılmadan önce taslak planlar üzerinde arazi malikleri ile görüşmeler yapılarak planlar netleştirilir (Teknik Talimat m. 19)¹⁵⁵. Yeni parselasyon planları ilan edildikten sonra, bununla ilgili dava açılacaksa, ilandan itibaren altmış günlük süre içinde idarî yargı yerlerinde dava açılmalıdır. Aksi takdirde dava açma hakkı düşer¹⁵⁶. Fakat Danıştay bir içtihadında toplulaştırma işlemlerinin sübjektif bireysel işlemler olduğunu belirterek, muhataplara tebligat yapılması gerektiğini ifade etmiştir. İlan yoluyla yapılan bildirimlerde, dava açma süresi başlangıcının katı olarak uygulanmaması gerektiğini kabul etmiştir¹⁵⁷. Toplulaştırmayla ilgili açılan bir iptal davasında, yeni parselasyonla ilgili bir memnuniyetsizlik dile getirilmiş, bir malik, sulama kanalına yakın olan eski tek parça arazisinin sulama kanalından uzağa verilerek mağdur edildiğini ve projenin iptalini talep etmiştir. Fakat mahkeme, toplulaştırmanın, toplulaştırma ilkelerine, kamu yararına ve mevzuat hükümlerine uygun olduğu sonucuna varmış ve davayı reddetmiştir¹⁵⁸.

Yukarıda sayılan tüm bu işlemlerden sonra, TRUY. m. 28 gereği uygulama ve tescil aşamasına geçilir. Projenin zemine uygulanmasıyla ilgili önlemler Bölge Müdürlüğü tarafından alınacaktır. Mülkiyet listeleri ve tasarruf krokisi, rölove ölçümlerinin yapılması için mahalli tapu sicil muhafızlıklarına gönderilir. Bu ölçümler sonucunda, projeye tahsis edilen yerler ile zeminde tespit edilen yerler arasında farklılık görülürse, fazla miktar için malik borçlandırılır, eksik miktar için kamulaştırılmış gibi işlem yapılır. Tahsis edilen parseller, malikleri adına resen tapuya tescil edilir

154 Usta, s. 68.

155 Yeni parselasyon planlamasında dikkat edilecek hususlar Teknik Talimat'ın 19. maddesinde belirtilmiştir.

156 Şanlıurfa İdare Mahkemesi, 27. 04. 2007, E. 2007/ 498 K. 2007/ 299, (Usta, s. 71).

157 D. 17. Daire, 24. 03. 2015, E. 2015/9249 K. 2015/841, "...Uyuşmazlığın mülkiyet hakkıyla ilgili olması, arazi toplulaştırmasının sübjektif bir işlem olması anlamında ilan tebliğın dava açma süresi başlangıcına esas alınamayacağı, işlemin teknik bir yönünün bulunması dikkate alındığında tüm unsurlarıyla davacılar tarafından öğrenilemediği, davalı idarelerce yapılan bilgilendirmelerin yetersiz olduğu ve davacıların bilgiye erişim hakkının tam anlamıyla sağlanmadığı, dava açma süresinin geçirildiği yorumunun mahkemeye erişim hakkının özünü ihlal edeceği görüldüğünden, işın esası incelenmek suretiyle karar verilmesi gerekirken davanın süre aşımı sebebiyle reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamıştır..." (Et: 15. 09. 2018, Kazancı İçtihat Bankası).

158 Kayseri İdare Mahkemesi, 29. 01. 2010, E. 2008/ 691 K. 2010/ 92, (Usta, s. 70).

ve eski sayfadaki bütün hak ve yükümlülükler yeni sayfaya aktarılır¹⁵⁹. Uyuşmazlıkların proje uygulamasına başlandıktan sonra çözülmesi hâlinde, haklı çıkan tarafa, mevcutsa arazi aynen iade edilir. Bunun iadenin gerçekleşebilmesi için projenin bütünlüğünün bozulmaması gerekir. Aynen iade mümkün değilse veya eşdeğer arazi verilemiyorsa, haklı çıkan tarafa, Yönetmelik hükümlerine göre kamulaştırma bedeli ödenecektir.

Dağıtılan arazilerle ilgili olarak, teknik, hukukî veya ekonomik zorunluluklar sebebiyle Genel Müdürlük tarafından gerek görülmesi hâlinde, gerçek ve tüzel kişilere ait arazi, sahiplerinin izniyle veya 3083 sayılı Kanun'un m. 1/1 g bendine göre uygulama alanı ilan edilen yerlerde Milli Güvenlik nedeniyle, arazi sahiplerinin izni aranmaksızın, Genel Müdürlük emrine geçen eşdeğer arazi ile değiştirilebilir (TRUY. m. 29).

Toplulaştırmada, ilanla birlikte çalışmalara başlanıldığında, DSİ. tarafından kanal ve sulama projeleri uygulamaya geçirilmektedir. DSİ. tarafından yapılan bu çalışmalarda arazi sahipleri, kamulaştırmaz el atma iddiaları nedeniyle uygulayıcı kuruluş olan Tarım Reformu Genel Müdürlüğü aleyhine dava açmakta ve idare aleyhine tazminat kararları verilmektedir. DSİ. tarafından gerçekleştirilen fiilî el atmalar sebebiyle Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nün sorumlu tutulabilmesi için, toplulaştırma ilanının yeterli görülmemesi ve buna rağmen projenin fiilen uygulanmaya başlaması gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleşmeden dava açıldığında, davanın husumet yönünden reddedilmesi gerekmektedir¹⁶⁰.

2) 5403 sayılı Kanun'a Göre Toplulaştırma Prosedürü

5403 sayılı Kanun'un 17. maddesi arazi toplulaştırmasını düzenlemiştir. Bu madde, 19. 04. 2018 tarihinde yürürlükten kalkmıştır. Bu maddeye dayanan Toplulaştırma Tüzüğü de 2018 tarihli 11861 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Geriye sadece bu kanuna dayanılarak çıkarılan Uygulama Yönetmeliği kalmıştır. Fakat bu yönetmelik de, 5403 sayılı Kanun'un mülga 17. maddesine dayandığından, yürürlükten kalkmış sayılır.

Uygulamada mevcut olan toplulaştırmalarda 5403 sayılı Kanun'a dayanarak çıkarılan Toplulaştırma Tüzüğü ve Uygulama Yönetmeliği hükümleri esas alınmaktaydı. 3083 sayılı Kanun kapsamında uygulama alanı ilan edilmeyen yerlerde, 5403 sayılı Kanun'a dayanılarak toplulaştırma yapılmaktaydı. Artık, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne Yürütülen Hizmetler Hakkında Kanun kapsamında toplulaştırma yetkisi DSİ'ye verildiğinden, bu Kanun'a dayanılarak toplulaştırma işlemleri yürütülmektedir.

159 3083 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, tescil edilen bu arazilerin, kanundaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, o bölge için tespit edilmiş oranlardan daha küçük parçalara rızaen veya hükmen bölünemeyeceğini düzenlemektedir. Ayrıca bu hususun tapu siciline şerh edilmesini öngörmektedir. Emredici bir hüküm olan bu maddeye göre, söz konusu yasak kanundan doğan bir tasarruf yetkisi kısıtlaması olduğundan, tapu siciline şerh edilmese bile hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır (Sağlam, s. 225, dn. 107).

160 Usta, s. 76.

TT.m.16'ya göre, arazinin yarısından çoğuna malik bulunan ve sayıca maliklerin yarısından fazlasını oluşturanların muvafakatı üzerine isteğe bağlı, Bakanlığın veya kurulların talebi üzerine kamu yararı gözetilerek isteğe bağlı olmaksızın, arazi toplulaştırması yapılmak üzere Cumhurbaşkanı kararıyla proje sahası belirlenir. Bu karar, kamu yararı kararı sayılır. Bu kararın Resmi Gazete'de ilanından sonra, toplulaştırma alanı sınırları da belirtilerek ilgili muhtarlık veya belediye ve mahallin en büyük mülki idare amirine bildirilir, karar o yerde alışılmış usuller ile ilan edilir. Alınan karar neticesinde proje bazında toplulaştırmayı yapacak olan makam, proje idaresidir.

Arazi toplulaştırması, kadastrosu yapılmış yerlerde uygulanır. Proje alanı içerisinde bir kısım alanın kadastro paftasının yenilenmesi gerekiyorsa, bu işlemler Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nce öncelikle yapılır veya yaptırılır. Proje alanı içerisinde kalan su yolları, dere yatakları, azmaklar vb. yerler, toplulaştırma ilanı ile birlikte proje idaresi tarafından kullanılır (TT. m. 18).

Arazi toplulaştırmasında öncelikli olan isteğe bağlı toplulaştırmadır. Bu sebeple projeyi yürütenlerce, proje kapsamındaki arazilerin malikleri ile yerel yönetim temsilcilerinin katıldıkları bir toplantı düzenlenir ve projeye giren işler ayrıntılı olarak açıklanır. Kamu ve bireysel yararları yönelik istekleri saptanır. Proje kapsamına girecek işler belirlenir ve burada varılan sonuçlar, o yerde uygun araçlarla duyurulur (TT. m. 19).

Toplulaştırma yapılmasına karar verilen yerlerdeki parsellerin tapu kütüğü sayfalarının beyanlar hanesine, konuyla ilgili şerh konulur (TT. m. 20). Uygulama Yönetmeliği m. 10'da ise, beyanlar hanesine belirtme koyulması gerektiği ifade edilmiştir. 3083 sayılı Kanun'da da toplulaştırmanın şerh edileceği belirtilmiş olup, bu durumun, teknik anlamda şerhi yansıtmadığı için bir kayıt, bir belirtme olarak kabul edilmesi gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Aynı yönde, Uygulama Yönetmeliği de, yapılacak işlemin beyanlar hanesine yapılacak bir belirtme olması gerektiğini ifade ederek aynı sonuca varmıştır. Bu belirtmeden sonra, toplulaştırma işlemleri tamamlanıp tapu siciline tescil edilinceye kadar, bu alandaki taşınmazlar üzerinde tescilsiz iktisap hâlleri hariç, malik ya da hak sahiplerinin talebine bağlı her türlü devir, temlik, ipotek ve satış vaadi, ifraz ve taksim, aynı ve şahsi haklar ile belirtme işlemleri proje idaresinin uygun görmesi hâlindeki talebi ve Bakanlık veya valiliklerin izni ile yapılır (UY. m. 10). TT. m. 20'de de benzer bir düzenleme yapılmış fakat, "tescilsiz iktisap halleri hariç" ifadesi kullanılmamıştır. Tescilsiz iktisap, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı hâllerdir. Taşınmazlarda kural olan tescil ilkesinin istisnalarından söz edilebilmesi için bunun kanun tarafından öngörülmüş olması gerekmektedir¹⁶¹. TMK. m. 705'te sayılan bu hâller; miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerdir. Buradan anlaşılacağı üzere, tescilsiz iktisap hallerinde genel anlamda bir iradî serbestlik yoktur¹⁶². Yukarıdaki maddede,

161 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 404; Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 244; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 474; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 496; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2017, s. 292; Ayiter, Eşya, s. 111; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 701; Esener/ Güven, s. 228; Akıntürk, s. 475; Sirmen, s. 341.

162 İşgal yoluyla ve olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanma hariçtir. Bu hâller, tescilsiz iktisap hâllerinden olmakla

“malik ya da hak sahiplerinin talebine bağlı” ifadesi kullanılarak, iradî şekilde yapılacak devir ve tescil işlemleri kast edilmiştir. Bunun haricinde kalan tescilsiz iktisap halleri, ilgili maddenin dışındadır. Dolayısıyla Yönetmelik’te bu hususun ayrıca belirtilmiş olmasının sakıncası olmadığı gibi Tüzük’te “tescilsiz iktisap halleri hariç” ifadesinin kullanılmamış olması önemli bir eksiklik olarak nitelendirilemeyecektir. Toplulaştırma belirtmesinden sonra araziyi satın alan malik, önceki malikin taahhütlerini aynen kabul etmiş sayılır (UY.m.10).

Tapu sicilinde toplulaştırmayla ilgili belirtme yapıldıktan sonra, proje alanıyla ilgili bazı önlemler alınmalıdır. Bu alanda, uygulamayı geciktirmemek için üç yılı geçmemek üzere, yapılacak bitkisel üretimin tür ve çeşidi, kapsayacağı alan çiftçilerin de görüşü alınarak proje birimince kararlaştırılır. Alınan bu karar, gerekçeleriyle birlikte yerel imkânlarla duyurulur. Tarımsal destek uygulamalarında, önerilen bitki desenlerini uygulayanlara öncelik verilir. Bu karara uyulmaması uygulamayı geciktirmez (UY.m.11). Projeye ilgili çalışmalara başlanacağı, mahalli ekim mevsiminden en az otuz gün önce yerel imkânlarla duyurulur. Uygulama sahasındaki çiftçilerin birinci seneki kayıpları için zarar, ziyan bedelleri ile daha sonraki yıllardaki kısıtlamalardan dolayı oluşan ürün kayıpları toplulaştırmayı yürüten idare tarafından karşılanır. Burada 3083 sayılı Kanun kapsamında yapılacak toplulaştırmalardan farklı olarak, proje sahasında yapılan çalışmalar nedeniyle çiftçilerin ilk seneki kayıpları ve sonraki senelerde yapılacak kısıtlamalardan dolayı oluşan zararlarının idarece tazmin edileceği öngörülmüştür.

Toplulaştırma çalışmalarının önemli bir aşaması olan arazilerin derecelendirilmesi işlemi, derecelendirme komisyonunca¹⁶³ yapılır. 3083 sayılı Kanun’dan farklı olarak burada arazi derecelendirme komisyonu altı asıl üç yedek üyeden oluşur¹⁶⁴. Komisyon üye sayısının çoğunluğuyla toplanır ve kararlarını da oy çokluğu ile alır. Burada diğer toplulaştırma usulünden farklı olarak, malikler, parsellerin yerlerinin değiştirilmesine yazılı olarak muvafakat ederlerse, arazi derecelendirme komisyonunun oluşturulmayacağı düzenlenmiştir (UY. m. 12).

Arazi derecelendirmesi çalışması, arazilerin belli özellikleri dikkate alınarak, toplulaştırma alanında bulunan arazilerin, aynı değerde yeni araziler şeklinde verilebilmesi için belli kıstaslarla incelenmesi ve puanlanması işlemidir. Parsellerin birim değerlerinin belirlenebilmesi için belirlenen katsayılar ile parsel alanları çarpılır. Bulunan değer üzerinden yeni parselasyon yapılır. Arazi derecelendirmede, arazi üzerindeki sabit tesisler dikkate alınmaz. Diğer kanunda da benzer şekilde, toplulaştırmanın ilanından sonra yapılacak sabit tesislerin dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir. Yine, iki usulde de benzer şekilde, üzerinde sabit tesis olan arazilerin mümkün

birlikte, mülkiyetin iradî olarak kazanıldığı durumlardır.

163 Bu komisyon şu kişilerden oluşur: a) Proje idaresince belirlenecek başkan dâhil biri ziraat mühendisi olmak üzere proje biriminden üç asıl bir yedek üye, b) Köylerde köy muhtarı veya belirleyeceği bir asıl bir yedek üye, belediyelerde, belediye başkanının belirleyeceği konusunda uzman bir asıl bir yedek üye, il özel idarelerinde valinin, büyükşehir belediyelerinde büyükşehir belediye başkanının belirleyeceği konusunda uzman bir asıl bir yedek üye, c) Proje alanında arazisi bulunan maliklerin kendi aralarından seçecekleri iki asıl bir yedek üye, olmak üzere altı asıl üç yedek üyeden oluşur (UY.m.12/2).

164 3083 sayılı Kanun kapsamında yürütülen toplulaştırma çalışmalarında derecelendirme komisyonu beş üyeden oluşmaktaydı.

olduğunca eski maliklerine verilmeye çalışılacağı, parsellerin yeniden düzenlenmesi ilkelerinde¹⁶⁵ yer almıştır (UY. m. 16/1, ç bendi).

Arazi derecelendirmeleri yapıldıktan sonra, parsellerin birim değeri cinsinden karşılıklarını gösterir mülkiyet listeleri ve derecelendirme haritaları, muhtarlık veya belediyece uygun görülecek yerlerde on beş gün süre ile asılarak ilan olunur ve yerel imkânlarla duyurulur (T.T. m. 24). Arazi malikleri ve diğer ilgililer, derecelendirme haritası ile liste ve tablolara ilişkin itirazlarını, ilan süresinin bitiminden itibaren on beş gün içinde yazılı olarak arazi derecelendirme komisyonuna yapabilirler¹⁶⁶. Komisyon, itirazları en geç on beş gün içinde karara bağlayarak ilgililere yazılı olarak bildirir ve yeniden on beş gün süre ile askıya çıkararak ilan eder. Tekrar itiraz etmek isteyen malik ve ilgililer, ilan süresinin bitiminden itibaren on beş gün içinde proje idaresine başvurabilirler. Proje idaresi otuz gün içinde karar verir ve bu karar kesindir. Süresi içinde itiraz edilmeyen arazi derecelendirmeleri ise kesinleşir.

Ortak kullanım alanı kesinti payı, parsel planlamasından önce belirlenir. Bu kesinti payı, proje alanındaki tüm arazilerden en fazla yüzde on oranında kesilir. Proje sahasında kamulaştırma yolu ile edinilen kamu idarelerine ait taşınmazlardan ilgili idarenin muvafakati alınmadan kesinti yapılamaz. Ortak kullanım alanı kesinti payı yerleşim birimi bazında hesaplanmakla birlikte, farklı mahallelerden oluşan köylerin, köy ve mezra anlaşmazlığının olduğu yerleşim birimlerinin, resmi olarak bölünmüş, ancak kadastro ayrılmamış yerleşim birimlerinin ve projenin uygulanmasında sorun teşkil edebilecek durumların olduğu zorunlu hâllerde farklı kesinti payı uygulanabilir (UY. m. 15/2). Bu şekilde, sayılan değişik durumlar sebebiyle, yapılacak kesinti payının da farklı olarak belirlenebilmesine imkân sağlanmıştır.

Proje idaresi tarafından, çevre ve doğanın korunması ve iyileştirilmesi dikkate alınarak proje alanı yeniden düzenlenir¹⁶⁷. Arazi derecelendirmeleri esas alınarak hazırlanan yeni parselasyon planları ve yeni mülkiyet listeleri, mahallinde on beş gün süre ile askıya çıkarılarak ilan edilir. Arazi malikleri ve diğer ilgililer ilan süresinin bitiminden itibaren on beş gün içinde proje idaresine itiraz edebilirler, itirazlar en geç otuz gün içinde karara bağlanır. Yeni parselasyon planı ve yeni mülkiyet listeleri Bakanlığın onayı ile kesinleşir. Kesinleşen parselasyon planlarına göre yeni parseller hak sahiplerine dağıtılır. Anlaşmazlıkların parselasyon planının onayından sonra sonuçlanması hâlinde, ilave alan ihtiyacı öncelikle tahsisli arazilerden, mümkün olmaması durumunda kamulaştırma bedeli ödenerek karşılanır. Fazla arazi verilmiş fazla miktar için rayiç bedeli malikten talep edilir. Malik, bu bedeli ödemekten imtina ederse, fazla miktar köy tüzel kişiliği adına hisseli olarak tescil edilir (UY. m. 17).

Son olarak, askı ilanı sonucunda kesinleşen parselasyon planı, araziye uygulanır. Uygulama sonucu meydana gelen yeni duruma ilişkin teknik dosya proje idaresince hazırlanarak kadastro

165 3083 sayılı Kanun kapsamında yayınlanan Teknik Talimat'taki ilkelerdir.

166 3083 sayılı Kanun'un toplulaştırma usulünde itiraz süresi yirmi gün olup, Bölge Müdürlüğü aracılığıyla Derecelendirme Komisyonu Başkanlığına yapılabiliyordu.

167 Bu düzenlemede uyulacak esaslar UY.m.16'da belirtilmiştir.

müdürlüğüne gönderilir, kadastro müdürlüklerince gerekli kontroller yapıldıktan sonra tescil edilmek üzere tapu müdürlüğüne gönderilir (UY. m. 18).

3) 6200 sayılı Kanun'a Göre Toplulaştırma Prosedürü

6200 sayılı Kanun' a göre yapılacak toplulaştırmalarda izlenecek usul, ek madde 9'da belirtilmiştir. Buna göre, arazi toplulaştırması ve tarla içi geliştirme hizmetlerini yapmaya yetkili makam DSİ'dir. Diğer kurum veya kuruluşlar da toplulaştırma yapabilmekte fakat bu, ancak DSİ'nin izni ve Cumhurbaşkanı kararıyla mümkün olabilmektedir. Cumhurbaşkanı'nın kararı, toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri yönünden kamu yararı kararı sayılır. Toplulaştırma yapılacak arazi üzerinde yapılacak uygulamalar için, maliklerin/hak sahiplerinin rızası veya izni aranmaz. Projenin yürütüldüğü alanlardaki tarımsal faaliyetleri kısıtlamaya da DSİ. veya proje idaresi yetkilidir.

Arazi toplulaştırmasıyla ilgili yapılacak duyurular, DSİ. veya özel toplulaştırmayı yapan proje idaresinin internet sayfasında ve ayrıca köy veya mahalle muhtarının çalışma yerinde otuz gün süre ile ilan edilir. Yapılacak bu ilanlar, ilgili gerçek kişilere, kamu ve özel hukuk tüzel kişilerine şahsen tebliğ edilmiş sayılır. Bu düzenlemeyle beraber, ilanın hükmü pekiştirilmiş olup, ilgililere tebliğ hükmünde sayılarak, usulsüz tebligat nedeniyle ortaya çıkabilecek problemler engellenmeye çalışılmıştır. Arazi toplulaştırmasının sonuçlarına ilişkin olarak, tescil tarihinden itibaren on yıl içerisinde dava açılabilir (DHİK.Ek.m.9). Bu düzenleme diğer kanunlara dayanan toplulaştırma usullerinde bulunmayıp yeni getirilen bir düzenlemedir. Böylece arazi maliklerine, toplulaştırma usulüyle ilgili olarak, altmış günlük süre içinde idarî yargıda açabilecekleri dava yanında, toplulaştırılan arazilerin tescilinden itibaren on yıllık süre getirilerek dava açma süresi uzatılmıştır. Fakat, eşya hukuku bağlamında düşünüldüğünde, söz konusu süre kural olarak hak düşümü ve zamanaşımı sürelerine tâbi olmayan mülkiyet hakkı bakımından sınırlandırıcıdır. Çünkü, özel mülkiyete tâbi tarımsal araziler üzerinde, maliklerinin mülkiyet hakkı söz konusudur. Mülkiyet hakkı bir aynı hak olduğundan, bu hakkın ihlâli hâlinde açılacak davalar, TMK.m.683 gereğince herhangi bir süreye tâbi olmayıp, kural her zaman açılabilir. Bu bilgiler ışığında, Kanunda öngörülen bu süreyi, mülkiyet hakkının hak düşümü ve zamanaşımı sürelerine tâbi olmaması ilkesini sınırlayan yeni bir kanunî istisna olarak ifade etmek mümkündür.

Arazi toplulaştırması sebebiyle kısıtlama getirilen alanlarda ürün ve bütünleyici parçalara verilecek zarar ile taşınmaz sahiplerine yeni parseller teslim edilene kadar kısıtlama getirilen alanlarda doğabilecek gelir kayıpları, arazi toplulaştırmasını yürüten DSİ. veya proje idaresi tarafından karşılanır. Arazi mülkiyetinin ihtilafı olması veya malikinin gelir kaybına ilişkin takdir edilen bedeli kabul etmemesi durumunda, DSİ. veya proje idaresi tarafından yetkili sulh hukuk mahkemesine başvurularak bedelin tespiti istenir. Mahkemece belirlenen bedel, üçer aylık vadeli hesaba yatırılarak taşınmaz üzerinde malikin iznine tâbi olmaksızın toplulaştırmaya ilişkin işlemlere devam olunur. Arazi toplulaştırmalarıyla ilgili açılacak davalar, mahkemelerde öncelikle incelenir (DHİK. Ek m. 9/8).

Toplulaştırmanın bu usulünde de, arazilerden yol, kanal, tahliye kanalı gibi kamunun ortak kullanacağı yerler için kesilecek olan ortak tesislere katılım payı, arazilerin en fazla yüzde onu kadardır. Yine, katılım payı için bedel ödenmeyecektir (DHİK Ek m. 9/ 11).

Toplulaştırma sahası içinde olup Hazine'nin özel mülkiyetinde ve Devlet'in hüküm ve tasarrufu altında bulunan araziler, toplulaştırma için değerlendirilmesi mümkün arazilerdence, DSİ'nin talebine dayanarak, arazinin vasfı ve kullanım şekline bakılmaksızın Maliye Bakanlığı'nca DSİ'ye veya proje idaresine tahsis edilir (DHİK. Ek m. 9/13).

Bu usulde de, toplulaştırma sahası içinde kalan arazilerin devriyle ilgili kısıtlama getirilmiştir. Buna göre, toplulaştırma sahası ilan edilen yerlerle ilgili Cumhurbaşkanı kararı Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra, süreç tamamlanıncaya kadar bu alanlardaki toplulaştırmaya konu arazilerin mülkiyet ve zilyetliğinin devir, temlik, ipotek ve satış vaadi işlemleri DSİ'nin veya proje idaresinin iznine bağlıdır (DHİK. Ek m. 9/14).

5403 sayılı Kanun'un mülga 17. maddesinin 6. fıkrasına benzer bir düzenleme, DHİK. Ek m. 9/15'te de kendine yer bulmuştur. DSİ. veya proje idaresi gerekli hâllerde asgarî tarımsal arazi büyüklüğünün altındaki tarımsal arazileri toplulaştırabilir veya bu madde kapsamında değerlendirmek üzere kamulaştırabilir. Arazi toplulaştırması uygulamalarında, tahsisli araziler asgarî tarımsal arazi büyüklüğünün altındaki araziler ile birleştirilerek asgarî büyüklükte yeni tarımsal araziler oluşturulabilir. Bu suretle oluşturulan araziler; öncelikle arazi toplulaştırmasına veya kamulaştırma konusu olan arazi maliklerine, bu kişiler satın almadığı takdirde, yeter geliri tarımsal arazi büyüklüğünde tarım arazisi bulunmayan yöre çiftçilerine rayiç bedeli üzerinden DSİ'nin veya proje idaresinin talebi üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen usul ve esaslara göre satılır. Bu maksatla yapılan kamulaştırma ve satımlara konu olan işlemler harçlardan, bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenecek kâğıtlar damga vergisinden müstesnadır. Bu düzenlemenin mülga maddedeki düzenlemeden farkı, ilgili işlemleri yapacak makamdaki değişikliktir. Önceden Bakanlık söz konusu toplulaştırma ve kamulaştırmayı yapabilirken artık DSİ. bu konuda yetkili kılınmıştır.

6200 sayılı Kanun'a dayanarak yapılan toplulaştırmalarla ilgili usullerin ayrıntılı düzenlemesi, DSİ'nin çıkaracağı Yönetmeliğe bırakılmıştır. Henüz çıkarılmayan Yönetmeliğin bir an önce çıkarılıp, uygulamadaki belirsizliğin giderilmesi gerekmektedir.

D) TOPLULAŞTIRMANIN HÜKMÜ

Görüldüğü üzere, üç farklı toplulaştırma usulünde de, izlenecek aşamalar büyük oranda birbirine benzemektedir. Toplulaştırmayla varılmak istenen amaç; dağınık, düzensiz ve parçalı arazilerin toplanarak, daha büyük ve düzgün biçimli, verimi yüksek, makineli tarıma uygun, rantabilitesi olan arazilere dönüştürülmesidir. Arazi derecelendirmesi sonucunda arazi sahiplerine, eski toprakları karşılığında yeni toprak verilmesinin hukukî niteliği, zorunlu bir mal değişim (trampa)

sözleşmesi ilişkisidir¹⁶⁸. Burada, arazilerin mülkiyetinde, taşınmaz üzerindeki haklarda, malik sayısında bir değişiklik kural olarak olmamaktadır. Yalnız hakkın konumu, yeri değişmektedir. Zorunlu değiş-tokuş (trampa) ilişkisi, isteğe bağlı toplulaştırmada iradî bir hâl alır. Fakat ister zorunlu ister isteğe bağlı toplulaştırma olsun, bu bir satış değildir¹⁶⁹.

Toplulaştırmayla beraber, kırsal alanın planlanması ve kırsal alandaki yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi, özellikle kentsel planlama ve tarım dışı sektörlere ilişkin politikaların yürütülmesine uygun koşullar yaratmaktadır¹⁷⁰.

VI. SONUÇ

Tarımsal arazilerin mülkiyetinin miras yoluyla devrinde, Kanunkoyucu, Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen ve mirasçılara serbesti tanıyan özgüleme sisteminden vazgeçmiş ve 5403 sayılı Kanun kapsamında mülkiyetin devri sistemine geçmiştir. Bu sistem sayesinde tarımsal arazilerin mülkiyetinin devri, sadece mirasçılardan bu konuda harekete geçmesine bırakılmayıp, azamî bir yıl üç aylık süre verilerek işlemin süruncemede kalmaması yönünde düzenleme yapılmıştır. Bir yıllık süre sonunda devir gerçekleşmezse, Bakanlık harekete geçecek üç aylık ek süre verecek, yine de devir gerçekleşmezse iradî devir prosedüründen yargısal devir prosedürüne geçilmiş olacaktır. Fakat burada ilgili maddedeki (TKAKK. m. 8/Ç) düzenleme, "...Bakanlık, ...dava açabilir." şeklinde olduğundan, sanki Bakanlığın dava açmada takdir yetkisi varmış gibi görünse de, Bakanlık dava açmakla yükümlüdür. Burada, idarenin bağlı yetkisi söz konusudur. Bu izaha göre, ilgili maddedeki *dava açabilir* şeklindeki ifadenin , "...Bakanlık,...dava açar." şeklinde değiştirilmesi daha uygun olur. Bu düzenlemeler sayesinde, mülkiyetin devri sisteminin uygulanabilirliğinin önceki özgüleme sistemine nazaran daha yüksek olduğu belirtilmeli, bu yeni sistemin Kanun'un amacına daha iyi hizmet edeceği için isabetli olduğu ifade edilmelidir.

Tarımsal arazinin mülkiyetinin miras yoluyla devri, özgüleme sisteminde olduğu gibi mirasın paylaşılması hükmündedir. Çünkü tarımsal arazinin mülkiyetinin bir veya birkaç mirasçıya devriyle beraber, arazi terekeden ayrılmakta ve arazi üzerinde devralan kişi mülkiyet hakkına sahip olmaktadır. Özgüleme sisteminde tarımsal işletmeler mirasçılardan bir veya birkaçına özgüleniyor iken, mülkiyetin devri sisteminde Kanun'da açıkça tarımsal arazilerin mülkiyetinin devredileceği ifade edilmiştir. Burada, ifadenin tarımsal işletmeleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi, hükmün amaca daha uygun hizmet etmesini sağlayacağından tercih edilebilir. Bu yönde, ilgili madde olan TKAKK. m. 8/B, "Mirasa konu tarımsal araziler ve işletmelerde mülkiyetin devri esastır." şeklinde değiştirilebilir.

Tarımsal arazilerde mülkiyetin devri sisteminin uygulanabilmesi için gereken objektif şartlardan biri, tarımsal arazi niteliğinin, mülkiyetin devri esnasında da devam etmesinin gerektiridir. Eğer

168 Aksoy, s. 311; Eren/ Başpınar, s. 153.

169 Aksoy, s. 311.

170 Gün, Sema, Kırsal Alanın Planlanması ve Toprak Toplulaştırması, Tarım Ekonomisi Araştırmaları Dergisi, C.1, S. 2, s. 60 (52-61), <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/136477> (Et: 15. 05. 2018).

arazi miras açıldığında tarımsal arazi iken mülkiyetin devri esnasında tarım dışı kullanılan bir arazi niteliğine dönüşmüşse, mülkiyetin devriyle ilgili hükümler uygulama alanı bulmayacak ve arazi, miras hukukunun genel prensiplerine göre paylaşılacaktır. Mülkiyetin devri sisteminin uygulanabilirliği açısından, tarım dışı kullanımların kötünietli olması durumunda; söz konusu arazi, mülkiyetin devri sistemi uygulanarak mirasçılardan bir veya birkaçına devredilmelidir. Bu şekilde bir düzenleme yapıldığında, kendisine terekedeki tarımsal arazi devredilmiş olan mirasçı da araziye tarım dışı amaçlarla kullanamamalıdır.

TKAKK. m. 8/C – II, b bendindeki düzenlemede, birden fazla ehil mirasçı olması ve bu mirasçıların miras dışı tarımsal arazilere sahip olması ihtimalinde hâkimin nasıl karar verebileceği düzenlenmiştir. Burada, hâkime sunulan iki seçenektен birisi, hâkimin, mirasçıların arazilerini yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak için tarımsal arazinin o mirasçılara devrine karar verebilmesidir. Asıl sorunlu olan husus, hâkime sunulan ikinci seçenekte ilgilidir. Buna göre, hâkim, arazilerin ekonomik olarak işletilmesine katkı sağlamak amacıyla hangi mirasçıya devredeceğine de karar verebilir. Bu ise, mevcut arazinin ve terekeden devri yapılan arazinin toplamının yeter gelirli arazi büyüklüğünün altında kalmasına yol açabileceğinden, Kanun'un amacıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla, maddeye, “yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü altına düşmemek kaydıyla” ibaresi eklenebilir.

TKAKK. m. 8/H'de, mirasçılar arasında limited şirket kurularak tarımsal arazilerin mülkiyetinin bu şirkete devredilmesi hâlinde, arazilere sıkı şekilde bağlı olan yan sınaî işletmelerin de devredileceği ifade edilmiştir. Bu hükmün genişletilerek, mirasçılar arasında aile malları ortaklığı kurulması durumunda da uygulanması tavsiye edilebilir.

Tarımsal arazilerin mülkiyetinin miras yoluyla mirasçılardan birine devri hâlinde, bu mirasçının diğer mirasçılara ödemesi gereken miktar, diğer mirasçıların miras paylarının karşılığını oluşturur. Bu ödeme, terekeden çıkan malvarlığının karşılığıdır ve fazlalık şeklinde olup diğer mirasçılara verildiğinden, mülkiyet kendisine devredilen mirasçının malvarlığından yaptığı bir ödeme sayılmaz. Tarımsal arazinin üçüncü kişiye satılması hâlinde ise, elde edilecek gelir terekeye girecek ve satılan arazinin yerini alacak olup, ikame bir değer olarak nitelendirilecektir. Payların ödenmesiyle ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus ise, TKAKK. m. 8/D'de sulh hukuk hâkiminin, mülkiyet kendisine devredilen mirasçıya, diğer mirasçıların paylarını ödeyebilmesi için vereceği altı aylık sürede tarımsal arazinin durumunun ne olacağının açıkça belirtilmemiş olmasıdır. Bu aşamada tarımsal arazinin atıl mı kalacağı yoksa devir yapılan mirasçı tarafından ya da diğer mirasçılarla beraber mi işletileceği açıkça belirtilmelidir.

TMDY. m. 11'in ikinci fıkrasında, yirmi yıllık süre içerisinde tarım dışı kullanım nedeniyle meydana gelecek değer artışından diğer mirasçıların yararlanabilmesi için, tapu kütüğünün beyanlar hanesine *şerh konulacağı* ifade edilmiştir. Terminolojik olarak sorunlu olan bu ifade ile anlatılmak istenen, bu hususta bir şerh kaydının düşülmesi ise, bu kayıt tapu kütüğünün beyanlar hanesine değil ancak şerhler kısmına yazılabilir. Öte yandan, değer artışıyla ilgili, hukukî veya fiilî bir belirtme yapılacaksa bunun yazılacağı yer de beyanlar hanesi olmalıdır. Burada maddenin

amacına uygun olan, bu açıklamaların tapu kütüğünün beyanlar kısmına yazılması olduğundan, ilgili ifade beyanlar hanesine *şerh konulması* değil *ilgili kaydın düşülmesi* olarak değiştirilebilir.

TKAKK. m. 8/C'deki eleştiriye açık olan kısımlardan biri, tarımsal arazinin tarım dışı kullanımı için yirmi yıllık bir süre verilmesidir. Amacı ve adı "Toprak Koruma" olan bir Kanun'un tarım dışı kullanım için imkân tanınması ve hatta yine maddedeki ifade ile "tarım dışı kullanıma izin verilmesi" isabetli değildir. Tarım dışı kullanım izni verilmeyerek, tarımsal arazilerin bu şekliyle kullanımlarına devam edilmesi, arazinin değeriyle ilgili fiyat değişikliklerini engelleyecek ve mirasçılarının hakları açısından bir orantısızlığa neden olmayacaktır. Aynı zamanda, tarımsal arazilerin tarım dışı kullanılarak, ülke tarımına ve üretime zarar vermesi de engellenmiş olacaktır. Ayrıca hükmün uygulanma alanı, lafzından anlaşıldığı kadarıyla tarım dışı kullanım izni verilen alanlarla ilgilidir. Buna göre, izinsiz bir şekilde tarım dışı kullanımda bulunulması hâlinde arazide bir değer artışı meydana geldiğinde, diğer mirasçılara değer artış payı ödenmeyecektir. Tarımsal arazilerin tarım dışı kullanımı imkânı devam edecek ise, hükmün bu anlama gelebilecek ifadesinde değişikliğe gidilerek diğer mirasçılara her hâlükârda değer artış payı ödenmesi yönünde genişletilmesi yerinde olur.

TKKAK. m. 8/D'de, sulh hukuk hâkiminin, kendisine mülkiyet devredilecek olan mirasçıya, diğer mirasçılarının miras paylarının bedelini mahkeme veznesine depo etmesi için altı aylık süre vereceği düzenlenmiştir. Tarımsal arazinin mülkiyetinin devri sürecinde, depo edilmiş olan tutar, diğer mirasçılara hüküm kesinleşinceye kadar ödenmeyeceği için zamanla değer kaybedebilir. Bunu engellemek adına da, söz konusu bedelin mahkeme tarafından bir vadeli mevduat hesabına yatırılmasını sağlayacak şekilde hükümde değişiklik yapılması önerilebilir.

Tarımsal arazilerin mülkiyetinin devrinde getirilen yeniliklerden biri de yasal önalım hakkıdır. Tarımsal arazi maliki arazisini üçüncü bir kişiye satmak istediğinde, sınırdaş arazi malikleri önalım hakkını kullanabileceklerdir. Birden fazla sınırdaş arazi malikinin araziye satın almak istemesi durumunda, hangisinin önalım hakkını kullanabileceğine hâkim karar verecektir. Hâkim, karar verirken arazinin, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine devredilmesine karar vermekle yükümlüdür. Yerinde olan bu düzenlemeyle, toprak bütünlüklerinin korunup daha büyük ve verimli tarım arazilerinin oluşması amaçlanmıştır. Fakat, birden fazla sınırdaş malikin taşınmazı, devredilecek taşınmazla birlikte tarımsal bütünlük arz ediyorsa hangisinin seçileceği, takdir hakkının nasıl kullanılacağı açıkça düzenlenmemiştir. Böyle bir durumda yapılması gereken, hâkimin en uygun olan sınırdaş arazi maliki adına devre karar vermesidir. İşte bu en uygun arazi malikinin belirlenmesinde, hâkimin neye göre karar vereceğinin Kanun'da açıkça düzenlenmesi önerilebilir.

TKAKK. m. 8/H'nin 3. fıkrasına göre; mirasçılar arasında limited şirket kurulması hâlinde, tarımsal arazi ile sıkı bağlantı içinde olan yan sınaî işletmelerin mülkiyeti de şirketin malvarlığına dahil edilecektir. Hüküm ekonomik bütünlüğün sağlanmasına hizmet etmekte ise de, hükmün sadece limited şirket kurulması hâline özgü olarak değil, aile malları ortaklığı kurulması hâlinde de geçerli olacak şekilde yeniden düzenlenmesi ihtimali düşünülebilir.

Arazi toplulaştırması ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer husus, toplulaştırma işlemlerinin birden fazla kanuna dayanılarak yapılmasının, bu kanunlardan hangisinin somut olayda uygulanacağı sorununu ortaya çıkmasıdır. Hâlen yürürlükte olan 3083 sayılı Kanun ve 6200 sayılı Kanun, toplulaştırma ile ilgili temel iki kanundur. 19.04.2018'den önce 6200 sayılı Kanun yerine 5403 sayılı Kanun uygulanmaktaydı. Bu Kanun'un, toplulaştırma ile ilgili olan 17. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla, bu maddeye dayanarak çıkarılan ikincil mevzuat da yürürlükten kalkmış sayılacaktır. Yeni düzenlemeyle toplulaştırma işlemlerinde yetki, 6200 sayılı Kanun kapsamında DSİ.'ye verilmiş olmakla beraber, DSİ. konuyla ilgili henüz bir yönetmelik çıkarmış değildir. Toplulaştırmanın daha sağlıklı ve ülke genelinde yeknesak uygulanabilmesi açısından, mevzuat birliğine gidilerek konunun tek bir çatı altında toplanıp, tek bir kanun ve bu kanuna dayanan yönetmelikte düzenlenmesi isabetli olur.

Şüphesiz, arazi toplulaştırmalarında öncelik verilmesi gereken isteğe bağlı toplulaştırmalardır. Maliklerin rızası ile yapılan toplulaştırmada hem işlemler daha rahat yapılabilecek hem de sonuçtan memnuniyet ve halkın toplulaştırmayı benimsemesi sağlanmış olacaktır.

İsteğe bağlı toplulaştırmada 3083 sayılı Kanun'da çifte çoğunluk belirtilmişken 6200 sayılı Kanun'da herhangi bir çoğunluk öngörülmemiştir. Bu hususun da netleştirilmesinde fayda vardır.

İsteğe bağlı toplulaştırmanın hukukî niteliğinin bir mal değişim sözleşmesi olduğu ifade edilebilir. Maliklerin eski, parçalı arazileri karşılığında onlara yeni ve daha düzgün biçimli arazilerin verilmesi ve bunun idare tarafından istenildiği takdirde zorunlu şekilde yapılabilmesi, söz konusu ilişkinin zorunlu bir mal değişim ilişkisi olduğunu gösterir. Maliklerin değişmemesi, sadece arazilerin değişmesi, tek kişiye mülkiyetin devrinin söz konusu olmaması, yapılan işlemle ilgili bir bedel öngörülmemesi, bunun bir satış işlemi olmadığını doğrulamaktadır.

Nihayet, tarımsal arazilerin mülkiyetinin iradî yolla devredilmesinde özellik arz eden husus, burada da yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri altında devrin yapılamayacağıdır. 5403 sayılı Kanun ile getirilen ve toprağın korunması amacını güden asgarî tarımsal arazi büyüklüğü ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü kavramları, tarımsal arazilerle ilgili iş ve işlemlerde göz önünde tutulması gereken öncelikli kavramlar olma özelliğindedir.

KAYNAKÇA*

- Akıntürk**, Turgut: Türk Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Aksoy**, Suat: Tarım Hukuku, Ankara 1984.
- Angın**, İlker: Tuzlu-Sodik ve Sodik Toprakların İslahına Farklı Bir Yaklaşım: Yeşil İslah, Erzincan Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, C. 3, S. 1, 2010, ss. 103-116, (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/68386> Et: 04. 09. 2018).
- Antalya**, O. Gökhan/ **Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, İstanbul 2015.
- Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder/ **Ayvaz Taşpınar**, Sema: Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016.
- Ayiter**, Nuşin/ **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1993.
- Ayiter**, Nuşin: Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1983 (**Ayiter**, Eşya).
- Ayiter**, Nuşin: Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1978 (**Ayiter**, Miras).
- Bağatur**, Çağrı: Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi, TBBD., S. 3, 1999, ss. 858-878.
- Bahtiyar**, Metin: Toprak İslahı ve Zirai Drenaj, Atatürk Üniversitesi Zirai Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 1974, ss. 133-151, (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/34673> Et: 04. 09. 2018).
- Berkin**, Necmeddin M.: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969.
- Cin**, Halil: Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 1979.
- Çağlayan**, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015.
- Çetin**, Bahattin/ **Tipi**, Tolga: Tarım Muhasebesi, Geliştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2011.
- Dural**, Mustafa/ **Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2016.
- Düren**, Akın: Toprak Hukuku Dersleri, Ankara 1972.
- Erdoğan**, Kemal: Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, SÜHFD., C.24, S.16, 2016, ss.123-179, (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/266497> Et: 28.06.2018).
- Eren**, Fikret/ **Başpınar**, Veysel: Toprak Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017 (**Eren**, Borçlar).
- Eren**, Fikret: Medeni Kanun ve Toprak-Tarım Reformu Kanunu Açısından Tarım İşletmelerinin Tahsis Şartları, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C. 1, 1975, ss. 149-191 (**Eren**, Tahsis).
- Eren**, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016 (**Eren**, Mülkiyet).
- Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2017.
- Gönensay**, Samim/ **Birsen**, Kemaleddin: Miras Hukuku, İstanbul 1963.
- Görgün**, Şanal: Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2016.
- Gözübüyük**, A. Şeref: İdarî Yargılama Usulü, 2. Baskı, Ankara 1973.
- Gün**, Sema: Kırsal Alanın Planlanması ve Toprak Toplulaştırması, Tarım Ekonomisi Araştırmaları Dergisi, C.1, S.2, ss.52-61, (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/136477> Et: 15. 05. 2018).
- Gürsoy**, Kemal T./ **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- Hatemi**, Hüseyin/ **Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul 2015.
- Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- İmre**, Zahit/ **Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2016.
- Kalabalık**, Halil: İdarî Yargılama Usulü Hukuku, 11. Baskı, Konya 2016.
- Kaplan**, Gürsel: İdarî Yargılama Hukuku, Bursa 2016.

* Bu çalışmada, aynı soyadını taşıyan yazarlar ile aynı yazarın farklı eserlerini birbirinden ayırmak için kullanılan kısaltmalar, ilgili eserlerin sonunda parantez içinde belirtilmiştir.

- Kılıç**, Mehmet: Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Tarım Hukuku: Mevcut Durum, Son Gelişmeler ve Yaklaşımlar, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 9, S. 2010, ss. 67-92 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/16/1506/16604.pdf> Et: 04.06.2018), (**Kılıç**, Tarım).
- Kılıç**, Mehmet: Tarımsal Kira Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2000, (**Kılıç**, Kira).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016.
- Kuru**, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder: Medenî Usul Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2014.
- Nomer**, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017.
- Nomer**, Haluk Nami/ **Ergüne**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2017.
- Oğuz**, Cennet/ **Bayramoğlu**, Zeki: Tarım Ekonomisi, 2. Baskı, Konya 2015.
- Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 13. Baskı, İstanbul 2017.
- Oğuzman**, M. Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017.
- Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1972.
- Özay**, Osman Levent: Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 2015.
- Özçelik**, Barış: 5403 Sayılı Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Ve Değerlendirilmesi, GÜHFD., C. XIX, S. 1, 2015, ss. 87-110.
- Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Özekes**, Muhammet: Medenî Usul Hukuku Temel Bilgiler, 9. Baskı, Ankara 2015.
- Sağlam**, İpek: Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2010, s. 201-231.
- Saymen**, Ferit H.: Ziraî Miras Hukuku, İÜİFM., C. 4, S. 4, 1944, ss. 355-388, (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/8763>, Et: 02. 08. 2018).
- Sirmen**, Lâle: Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017.
- Süzer**, Sami: Toprak Islahı (<https://arastirma.tarim.gov.tr/ttae/Sayfalar/Detay.aspx?SayfaId=73>, Et: 04. 09. 2018).
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Alttop**, Atilla: Eşya Hukuku, C. 1, 5. Baskı, İstanbul 1989.
- Toprak**, F. Eymen/ **İlkoğan**, Uğur: Aile Çiftçiliği ve Avrupa Birliği Politikalarındaki Rolü, Ulusal Aile Çiftçiliği Sempozyumu, Ankara 2014, ss. 158-165.
- Tüzüner**, Özlem/ **Öz**, Kerem: Aile Çiftçiliğinin Türk Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi, Ulusal Aile Çiftçiliği Sempozyumu, Ankara 2014, ss. 140-147.
- Uslubaş**, Tolga/ **Dağ**, Sezgin: İlk Çağlardan Günümüze Dünya Tarihi Ansiklopedisi, İstanbul 2013.
- Usta**, Murat: Tarım Reformu ile Toplulaştırma Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2017.
- Ünal**, Kaya: Hukukun Temel Kavramları-İlkeleri ve Tarım Hukuku, Tokat 1997.
- Ünal**, Mehmet: Tarımsal Toprakların Miras Yoluyla Parçalanması ve Bunun Ekonomik Zararları, SÜHFD., C. 3, S. 1, 1990, ss. 103-108.
- Üstündağ**, Saim: Medenî Yargılama Hukukunun Esasları, İstanbul 1973.
- Yıldırım**, Ali Ekber: Aile Çiftçiliği Yılı'nda Köyler Yok Ediliyor, (<http://www.tarimdunyasi.net/2014/03/13/aile-ciftciligi-yilinda-koyler-yok-ediliyor/> Et: 04. 09. 2018).
- Zevkliler**, Aydın: Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi, Ankara 1970.

Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı

“Legal Right Of Preemption In Joint Ownership And Within The Scope Of The Law On Soil Conservation And Land Use Law No. 5403”

Turan ŞAHİN*

Öz

Kişiler, maliki olduğu taşınmaz üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerine sahiptir. Ancak kanun koyucu malikin yetkilerini kullanırken çeşitli sınırlamalar da getirmiştir. Bu sınırlandırmalardan biri de MK m.732 ila 734 arasında düzenlenen paylı mülkiyette yasal önalım hakkıdır. Paylı mülkiyette, bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler. Yasal önalım hakkının kullanımının uygulamadaki yoğunluğu ve ihtilafların çeşitliliği dikkate alınarak bu çalışmayı yapma düşüncesi hâsıl olmuştur. Çalışmada yeri geldikçe güncel Yargıtay kararlarına da değinilecek ayrıca 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu kapsamında sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkı üzerinde de durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz, Sınırdaş Tarımsal Arazi Maliki, Paylı Mülkiyet, Tasarruf Yetkisi, Yasal Önalım Hakkı

Abstract

Persons have the authority to use, exploit and dispose on the real property that they own. However, the law maker also introduced various restrictions to the owner when using his/her powers. One of these restrictions is also the legal right of preemption in joint ownership that is regulated in Civil Code articles from 732 to 734. In joint ownership, in case of a share holder sells his/her share over the immovable property totally or partially to the third party, other share holders can use the legal right of preemption. The idea of doing this study emerged by taking the intensity of the use of the legal right of preemption in application and the diversities of the disputes in to consideration. In this study, also the actual decisions of the Supreme Court will be addressed when the occasion arises, further more the legal right of preemption of the owners of the border in agricultural and with in the scope of the “Soil Conservation and Land Use Law” No.5403.

Keywords: Immovable Property, Owner of the Bordering Agricultural Land, Joint Ownership, Disposal Power, Legal Right of Preemption

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, turansahin@kku.edu.tr

I.YASAL ÖNALIM HAKKININ TANIMI VE NİTELİĞİ

MK m.688'e göre; "Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir." Bir mal üzerindeki mülkiyet hakkının paylı olarak birden çok kimseye ait olması haline paylı mülkiyet denir¹.

Kanun koyucu MK m.732 ila MK m.734 arasında paylı mülkiyette yasal önalım hakkını düzenlemiştir. MK m.732'ye göre; "Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler."

Önalım hakkının tanımı gerek Medeni Kanun'da gerekse İsviçre Medeni Kanunu'nda² yapılmış değildir.

Doktrinde yapılan tanıma göre yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın paydaşlarından birinin payını bir üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşlara aynı şartlar altında bu payın alıcısı olabilme yetkisi veren yenilik doğuran bir hak³. TBK m.240-242 maddeleri arasında düzenlenmiş olan sözleşmeden doğan önalım hakkı, satış ve ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması halinde kullanılabilceğinden aynı esasın yasal önalım hakkında da uygulanabileceğinin kabulü gerekir⁴. TBK m.240 düzenlemesinden sonra yasal önalım hakkının gerek satış gerekse ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlemin yapılmasından sonra kullanılabilceğini ifade etmek mümkündür.

1 OĞUZMAN M.Kemal/ SELİÇİ Özer/ÖZDEMİR Oktay Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s.303; Ayrıca bkz. SİRMEN A.Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2014, s.310; MK m.688/1 paylı mülkiyeti birden çok kimsenin maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla malik olmaları şeklinde tanımlamaktadır. ERTAŞ Şeref, Eşya Hukuku, İzmir 2015, s.230.

2 RUEGG Jonas, Rechtsgeschäftliche Vorkaufs-rechte an Grundstücken, Zürich 2014, s.3, Nr. 6.

3 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.554; SİRMEN, s.471; ŞİPKA Şükran, Yargıtay Kararları Doğrultusunda Taşınmazdaki Değer Artışlarının Kanuni Önalım (Şufa) Bedeline Yansıtılması, MHAD. No:20, Y.1996, s.31; KÖYLÜOĞLU Egemen, Önalım Davası, Doktora Tezi, Ankara 2011, s.37; AYDOĞDU Murat, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara 2013, s.3; Bkz. MEIER-HAYOZ, Arthur, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, I. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband, Das Grundeigentum II, Art. 680 – 701 ZGB, Bern 1975, Art. 682, N.32-34; Bkz. EREN Fikret, Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, GÜHFD. C.XII, S.1-2, Y.2008, s.106-107; Bkz. ERKAN Umut Vehbi, Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı, YLT, Ankara 2006, s.19; Bkz. DEMİRTABAK Didem Akalp, Yasal Önalım Hakkı, YLT, İstanbul 2008, s.7; Bkz. ERTAŞ, s.392; Bkz. KİZİR Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Prof.Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHFHAD, II.Cilt, Y.2016, C.22, S.3, s.1776; Yasal önalım hakkının yenilik doğuran bir hak olduğu yönünde bkz. Yargıtay HGK. 26.09.1990 T. 1990/6-321 E. 1990/441 sayılı K. için bkz. www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm; Ayrıca Yargıtay İBK. 11.02.1959 T. 1958/10 E. 1959/12 sayılı K. için bkz. www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm; Yasal önalım hakkının aynı hak olarak kabul edildiği Yargıtay İBK. 20.06.1951 T. 1949/13 E. 1951/5 sayılı K. için bkz. www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm; Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 T. 2003/34 E. ve 2007/94 Sayılı Kararında; "Yasal önalım hakkı ise, yasadın kaynaklanır, sözleşme söz konusu olmadığı için, pay satın alan bütün üçüncü kişilere karşı hüküm doğurur ve aynı hak niteliğindedir" ifadesi geçmektedir. Kanaatimizce yasal önalım hakkı yenilik doğuran bir hak, taşınmazı iktisap eden üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir olması bu hakkı sadece kuvvetlendirir, yoksa aynı hak statüsüne taşımaz. Kaldı ki aynı haklarda sınırlı sayı ilkesi söz konusudur.

4 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.554; Ayrıca bkz. SİRMEN, s.471.

30.04.2014 tarihli 6537 sayılı Kanun'un 5.maddesi ile 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen 8/İ maddesinde⁵;

“8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer ortaklar önalım hakkına sahiptir.

Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.

Önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır.” denilmektedir.

5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen 8/İ maddesinin birinci fıkrası elbirliği mülkiyetinin kurulduğu hallerden olan aile malları ortaklığına ilişkin (MK m.373) bir düzenleme getirmektedir. Fıkırada “8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer ortaklar önalım hakkına sahiptir.” düzenlemesi vardır. Fıkırada anılan 8/C maddesi kapsamında; mirasçılar, terekede bulunan tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazinin mülkiyeti hakkında 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 373 üncü ve devamı maddelerine göre kuracakları aile malları ortaklığına veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devrini kararlaştırabilirler. **Bu sebeple kurulacak aile malları ortaklığında ortaklardan birinin payını üçüncü kişiye satması halinde diğer ortaklara önalım hakkı tanınmıştır.** Görüldüğü üzere kanun koyucu **elbirliği mülkiyeti hallerinden olan aile malları ortaklığında** da yasal önalım hakkı düzenlemesi yapmıştır. ÖZÇELİK'e göre; MK m.376/III gereği elbirliği ortaklığı olan aile malları ortaklığı devam ettiği sürece ortaklar paylarını isteyemeyecekleri gibi, bu payları üzerinde tasarruf işlemleri de yapamazlar. Dolayısıyla pay üzerinde zaten tasarruf edilemeyeceği için, m.8/İ – İ'de hiçbir zaman doğmayacak bir önalım hakkı öngörülmüştür⁶.

5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen 8/İ maddesinin ikinci fıkrasında ise tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir denilmektedir. İkinci fıkırada satılan taşınmazın paylı mülkiyete tabi olması şartı

5 Anılan madde için Anayasa Mahkemesi'ne 2014/133 Esas sayı ile iptal davası açılmış olup, iptal istemi 30.10.2014 tarih ve 2014/165 sayılı karar ile reddedilmiştir.

6 ÖZÇELİK Ş. Barış, 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi, GÜHFD., C.XIX, Y. 2015, S. 1, s.103; Benzer yönde bkz. YAVUZ Cevdet/ TOPUZ Murat, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler, MÜHFHAD., Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, (Özel Sayı), 2015, C.21, S.2, s.693; DOĞRAMACI Hayriye Şen, 6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, YÜHFD., C: XIII S.2, Y.2016, s.84.

aranmamaktadır⁷. Gerek paylı mülkiyete, gerekse elbirliği mülkiyetine konu tarımsal arazilerin, sınırdaş tarımsal arazi maliklerine de belli şartlarla yasal önalım hakkı tanınmıştır.

Burada tartışılması gereken bir mesele paylı mülkiyete tabi tarımsal arazinin tümünün satılması halinde mi sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakkını kullanabilecekleri yoksa bir veya birkaç payın satılması halinde de kullanılıp kullanılmayacağıdır. 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/İ maddesinin gerekçesindeki; "*Türk Medeni Kanunu'na göre önalım hakkına sahip ortakların bu hakkını kullanmaması halinde sınırdaş arazi maliklerine de önalım hakkı tanınarak, arazilerin büyümesi hedeflenmiştir.*" Şeklindeki ifadeden **bir veya birkaç payın satımında** önalım hakkına sahip paydaşların hakkını kullanmaması halinde **sınırdaş tarımsal arazi maliklerine de önalım hakkı tanınmıştır** sonucu çıkmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin iptali için açılan davada verdiği red kararında (30.10.2014 T. 2014/133 Esas ve 2014/165 sayılı Karar); "*5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin dava konusu ikinci fıkrasıyla tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi maliklerine önalım hakkı tanınmaktadır. Kuralda, tarımsal arazinin satılmasından söz edilmiş olup hissenin satılması ifadesine yer verilmediğinden, önalım hakkının sadece arazinin (parselin) bütünüyle satılması hâlinde mevcut olduğu, tarım parselinin hissesinin bir bölümünün satılması durumunda geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.*" denilmektedir⁸. Kanaatimizce paylı mülkiyete tabi tarımsal arazinin bir veya birkaç payın satılması halinde de sınırdaş tarımsal arazi malikleri yasal önalım hakkını kullanabilir. Nitekim 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/İ maddesi ile hedeflenen tarımsal arazilerin büyümesini sağlamaktır. Sınırdaş tarımsal arazi maliki satışa konu **tarımsal arazinin paydaşlarının önalım hakkını kullanmaması halinde** ancak önalım hakkını kullanabilir. Kendisi önalım hakkını kullanıp paylı mülkiyet düzenine girdikten sonra artık paydaş olarak her bir pay satışında doğrudan önalım hakkını kullanabilecektir. Bu durumda da tarımsal arazilerin büyümesi sağlanmış olacaktır.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/İ maddesinin ikinci fıkrasında; "*Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz*" denilmektedir. Peki, tarımsal arazinin paydaşlarından biri payını sınırdaş tarımsal arazi maliklerinden birine satsa diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilir mi? Kanaatimizce böyle bir durumda paydaşların yasal önalım hakkı vardır. Zira sınırdaş tarımsal arazi malikleri, 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin gerekçesinde ifade edildiği gibi; önalım hakkına sahip ortakların bu hakkını kullanmaması halinde önalım hakkına sahiptir.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/İ maddesinin ikinci fıkrasında; "*Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.*" Düzenlemesi mevcuttur. Kanunda tarımsal bütünlük kavramı tanımlanmamıştır. Satışa konu arazi ile önalım hakkını kullanan sınırdaş tarım arazisinde aynı

7 Yargıtay 14.HD. 04.04.2016 T. 2015/12473 E. 2016/4024 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

8 Bkz. ADIGÜZEL Recep, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdaş Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı, İBD. C.90, S.3, Y.2016, s.127.

türden tarımsal faaliyetin yapılıyor olması, satışa konu arazinin zeytinlik gibi dikili tarım arazisi olması önalım hakkı tanınmasını isteyen sınırdaş arazisinin bir zeytinlik olması halinde, tarımsal bütünlüğün varlığının kabulünün yerinde olacağı ifade edilmektedir⁹.

Yasal önalım hakkı paylı mülkiyette paya bağlı bir hak olduğundan paydaş bu hakka sahiptir¹⁰. Ancak 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun m. 8/İ, f.2 kapsamında tarımsal araziler bakımından, sınırdaş tarımsal arazi malikleri de yasal önalım hakkına sahiptir. Yargıtay verdiği bir kararda¹¹; "*Davacının maliki olduğu 1284 parsel sayılı taşınmaz ile davaya konu 1285 parsel sayılı taşınmazın sınırdaş oldukları dosya içerisindeki kadastro krokisinden anlaşılmaktadır. 5403 Sayılı Kanun'un 8/İ maddesi gereğince kullanılan önalım hakkı davasında davaya konu taşınmazın paylı mülkiyete tabi olması şartı aranmamaktadır. Bu sebeple davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*" değerlendirmesinde bulunmuştur.

Yasal önalım hakkının dolaylı mı yoksa doğrudan mı mülkiyet kısıtlaması olduğu meselesi tartışmalıdır. Bizimde katıldığımız bazı yazarlara göre yasal önalım hakkı ancak kullanıldığı zaman taşınmazın mülkiyetini devretme yükümlülüğü doğurduğundan, taşınmaz mülkiyetinin dolaylı kısıtlamasıdır¹². Bazı yazarlara göre ise yasal önalım hakkı kanun gereği özel nitelikli bir işleme gerek kalmadan doğrudan doğruya taşınmazı satma yükümlülüğü doğurduğundan taşınmaz mülkiyetinin doğrudan kısıtlaması niteliğindedir¹³.

II.YASAL ÖNALIM HAKKININ SINIRLARI

Yasal önalım hakkının kullanılabilceği ve kullanılamayacağı haller söz konusudur. Nitekim yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için buna imkân verecek bir hukuki işlemin (önalım olayının-*Vorkaufsfall*) gerçekleşmesi gerekir.

A.Hakkın Kullanılabileceği Haller

Yasal ön alım hakkı paydaş olmayan bir kişiye (tarımsal araziler bakımından sınırdaş olmayan bir kişiye) yapılan satış veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlemin varlığı halinde kullanılır. Aksi halde kullanım söz konusu olmaz.

9 Bkz. ADIGÜZEL, s.128.

10 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.554-555; Yasal önalım hakkı paylı mülkiyet hakkına bağlı olarak kanundan ötürü doğar ve kişiye değil paylı malik sıfatına bağlıdır. AKİPEK Jale G./AKINTÜRK Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s.553.

11 Yargıtay 14.HD. 04.04.2016 T. 2015/12473 E. 2016/4024 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

12 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.556; EREN, s.105-106; YÜCEL Sevtap, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, YLT, Eskişehir 2006, s.24.

13 SİRMEN, s.472; MEIER-HAYOZ, Art.682, N.34-36; Bkz. ERKAN Umud Vehbi, Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/ 34 ve K. 2007/ 94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.5, S.1, Y. 2014, s.275-276.

Yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için önalım hakkının doğumuna imkân veren önalım olayının gerçekleşmesi gerektiği, önalım olayının da iradi, ivazlı ve cüzi halefiyet şeklinde gerçekleşen bir işlem olduğu ifade edilmektedir¹⁴.

Satış sözleşmesi yasal önalım hakkının kullanılabileceği işlemlerin başında gelir¹⁵. Bu noktada satışın kanundaki şartlara uygun olarak kurulmuş, geçerli bir satış sözleşmesi olması gerekir.¹⁶

İhtiyari açık artırmalarda önalım hakkı kullanılabilir.

Gayrimenkul yatırım ortaklığına ait hisselerin bütünüyle devri halinde önalım hakkı kullanılabilir¹⁷.

TBK m.240'dan hareketle mal değişim (trampa) sözleşmesinin de ön alım hakkına imkân vermesi gerekir¹⁸. Mal değişim (trampa) sözleşmesinin önalım hakkına imkân vermediği görüşü de söz konusudur¹⁹. Yargıtay verdiği bir kararda²⁰; “*Önalım hakkı ancak satışlarda kullanılabileceğinden davalının 345/9056 payı trampa ile edindiği anlaşıldığından davacının önalım hakkı bulunmamaktadır.*” değerlendirmesi yapmıştır.

B.Hakkın Kullanılmayacağı Haller

Yasal önalım hakkının kullanımına imkân vermeyen hukuki işlemler söz konusudur.

I.Cebri Artırmalı Satışlar

MK m.733/1'de “Cebri artırmayla satışlarda önalım hakkı kullanılamaz.” düzenlemesi söz konusudur. Bundan başka TBK m.240/2'ye göre de taşınmazın cebri artırmayla satışında önalım hakkı kullanılamaz. Nitekim önalıma imkân veren işlemin (önalım olayının) iradi olması gerekir.

14 SİRMEN, s.472; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015, s.207; EREN, s.110.

15 AKİPEK/AKINTÜRK, s.553; SİRMEN, s.472; EREN, Özel Hükümler, s.207; Yasal önalım hakkı paydaşlardan birinin payını tamamen veya kısmen üçüncü bir kişiye (diğer paydaşa değil) satması halinde kullanılabilir. BURCUOĞLU Haluk, Türk Hukukunda Önalım Hakkına İlişkin Gelişmeler ve İsviçre Hukukunun Bu Gelişmelerdeki Etkileri Üzerine, (BREITSCHMID Peter/ANSAY Tuğrul) 110 Jahre Schweizerisches ZGB 80 Jahre Türkisches ZGB, Berlin 2008, s.120.

16 EREN, Özel Hükümler, s.207; SİRMEN, s.473; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.535.

17 ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA Emre K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2016, s.77.

18 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.538-539; Trampa sözleşmesinde karşı edimin neviyle belli mallar olması halinde önalım hakkının kullanılabilmesi yönünde bkz. WIEDERKEHR Alphons, Das Gesetzliche Vorkaufsrecht, Zürich 1936, s.120; Misli eşya ile yapılan trampa sözleşmelerinde önalım olayının meydana geldiği yönünde bkz. ERKAN, Yasal Önalım Hakkı, s.38.

19 Bkz. YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2012, s.130; MEIER-HAYOZ, Art. 681, N.172; GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2013, s.137; EREN, Özel Hükümler, s.210; EREN, s.114.

20 Yargıtay 14. HD. 26.09.2017 T. 2016/14805 E. 2017/6851 sayılı K. için bkz. emsal.yargitay.gov.tr ; Yargıtay verdiği bir başka kararda gerçekte satış olan işlemin önalım hakkının kullanımını engellemek için tapuda trampa şeklinde gösterilmesi halinde muvazaadan dolayı önalım hakkının varlığını ifade etmiştir. Bkz. Yargıtay HGK 23.10.2013 T. 2013/6-109 E. 2013/1476 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

Yargıtay verdiği bir kararda²¹; “Dava konusu taşınmazda hissedar olan Y.K.’nın Ankara 12.Sulh Hukuk Mahkemesinin 06.06.2007 tarihli ilamı ile kısıtlanarak kendisine kardeşi E.K.’nin vasi olarak atanmış olduğu, vasi tarafından kısıtlının ihtiyaçlarında kullanılmak üzere adına kayıtlı olan taşınmaz hissesinin satışı için vesayet makamından ve denetim makamından izin istenmesi üzerine Ankara 12.Sulh Hukuk Mahkemesinin 19.12.2008 tarihli ve Ankara 2.Asliye Hukuk Mahkemesinin 25.12.2008 tarihli ilamları ile talep yerinde görülerek kısıtlı adına olan **dava konusu hissenin pazarlık usulüyle satılmasına izin verildiği** ve kısıtlı adına kayıtlı olan 3/640 payın 06.01.2009 tarihinde pazarlık usulüyle davalı N.S’ye satılmış olduğu anlaşılmıştır. **Mahkemece her ne kadar Türk Medeni Kanunu 733/1.maddesi gereğince cebri satışlarda önalım hakkı kullanılmayacağından bahisle davanın reddine karar verilmiş ise de, kısıtlı adına olan payın vasi tarafından kısıtlının ihtiyaçlarında kullanılmak üzere satışı için verilen izin nedeniyle yapılan satış işlemi Türk Medeni Kanununun 733/1. maddesinde belirtilen cebri artırma ile satış niteliğinde bulunmadığından önalım hakkının kullanılmasına engel bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle mahkemece işin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.**” değerlendirmesi yapmıştır.

2. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Taşınmazın Şirkete Sermaye Olarak Konulması, Paydaşlar Arasındaki Satış, Payın Bağışlanması, Payın Kamulaştırılması, Payın Satış Vaadi, Taşınmazın Mirasın Paylaşımında Mirasçılardan Birine Özgülenmesi, Miras Hukukuna İlişkin Amaç ve Saiklerin Ağır Bastığı Durumlar

-Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde önalım hakkı kullanılamaz²². TBK m.240/1’de düzenlenen önalım hakkının taşınmazın satışından başka ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâllerinde kullanılabileceği hükmünün, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde önalım hakkı kullanılamaz yönündeki görüşün savunulabilirliğini güçleştirmekte olduğu ifade edilmektedir²³.

-Taşınmazın anonim veya limited şirkete aynı sermaye olarak konulmasında önalım hakkı kullanılamaz²⁴.

– Paydaşlar arasındaki satışta önalım hakkını kullanmak mümkün değildir. Ayrıca 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun 8/İ, f.2 kapsamında tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Bundan başka paylı mülkiyette paydaşlardan biri önalım hakkını kullanmışsa artık sınırdaş tarımsal arazi maliki önalım hakkını kullanamaz.

21 Yargıtay 6. HD. 11.05.2011 T. 2011/2047 E. 2011/6258 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

22 MEIER-HAYOZ, Art.681, N.159; EREN, Özel Hükümler, s.207; EREN, s.115; DEMİRTABAK, s.71; KÖYLÜOĞLU, s.86; AYDOĞDU, s.47.

23 ERTAŞ, s.394.

24 ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.77; EREN, Özel Hükümler, s.211; ÇAY Cengiz Topel, Yeni Türk Medeni Kanununun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi), YLT, İstanbul 2007, s.84; ÖZDEK Yasemin, Önalımda (Şuf’ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı, DÜHF. S.3, Y.1985, s.345.

– Payın bağışlanması halinde ivaz söz konusu olmadığından önalım hakkı kullanılamaz²⁵. Burada değerlendirilmesi gereken hususlardan biri payın gerçekte satış olduğu halde bağış gibi gösterilmesi bir diğeri de karma bağışlamadır.

Yargıtay verdiği bir kararda payın gerçekte satış olduğu halde bağış gibi gösterilmesinde önalım hakkının kullanılabilceğini ifade etmiştir²⁶. FEYZİOĞLU'na göre de; şufa (önalım) hakkı sahibi, davalının gerçekte bağış değil satış akdi yaptığını kanıtlaması durumunda satışın şekilsizlik sebebiyle batıl olduğu savunmasına itibar edilmeyecek ve şufanın (önalımın) gereği yürütülebilecektir²⁷. EREN ise muvazaalı satışlardan özellikle görünürdeki bağışlama arkasında yapılan gizli satış şeklinde nispi muvazaalı işlemlerde sözleşmenin niteliğinde muvazaalı olduğunu, görünürdeki işlem olan bağışlamanın muvazaalı olmasından, gizli işlem olan satışında resmi şekle uymadan yapılmasından dolayı geçersiz olduğunu, önalım olgusunun gerçekleşmediğini ve önalım davası açılmayacağını ifade etmiştir²⁸.

Karma bağışlama halinde satış karakterinin değil de bağışlama karakterinin ağır bastığı durumda önalım hakkı kullanılamaz²⁹.

– Payın kamulaştırılması halinde önalım hakkı kullanılamaz³⁰. Nitekim TBK m.240/2'ye göre kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hâllerinde önalım hakkı kullanılamaz.

-Payın satış vaa dine konu edilmesi halinde önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Bu konuda hâkim görüş, taşınmaz satış vaa dinin önalım olayı oluşturmadığıdır³¹. EREN'e göre Türk hukukunda satış vaa di borçlusunun borcunu ifa etmemesi halinde açılan davada hâkim tescile dahi karar verebildiğinden satış vaa di sözleşmesi önalım hakkının kullanımına imkân verir³².

25 Bkz.ERTAŞ, s.394; EREN, Özel Hükümler, s.210; AYDOĞDU, s.46; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.76; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.538; MEIER-HAYOZ, Art. 681, N.171; SİRMEN, s.472; AKİPEK/AKINTÜRK, s.554; KÖYLÜOĞLU, s.85-86; ÇAY, s.83; ÖZDEK, s.345; GÜNAY Erhan, Önalım Hakkı, Ankara 2016, s.19; Yargıtay HGK. 11.11.2009 T. 2009/6-427 E. 2009/492 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

26 Yargıtay 6.HD. 21.01.1986 T. 1985/14055 E. 1986/399 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

27 FEYZİOĞLU Feyzi N. Medeni Kanunun 50.Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, Medeni Kanun 50.Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, s.179.

28 EREN, Özel Hükümler, s.208; EREN, s.111.

29 EREN, Özel Hükümler, s.211; EREN, s.115; MEIER-HAYOZ, Art. 682, N. 63; GÜMÜŞ, s.137; ERKAN, Yasal Önalım Hakkı, s.66; DEMİRTABAK, s.70-71; KİZİR, s.1784.

30 EREN, Özel Hükümler, s.210; GÜMÜŞ, s.137; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.539.

31 GÜMÜŞ, s.137 ve dn.609'daki yazar; AYDOĞDU, s.48; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.76; KÖYLÜOĞLU, s.81; DEMİRTABAK, s.65; Pay satış vaa dinin önsözleşme olması ve kesin bir satış sözleşmesi olmaması sebebiyle önalım hakkı doğrudan kullanılamasa da alıcının açtığı cebri tescil davasındaki tescil kararı kesinleşmişse yasal önalım hakkı kullanılabilir. ERTAŞ, s.394.

32 EREN, Özel Hükümler, s.209; EREN, s.113; Aynı yönde bkz. ERKAN, Yasal Önalım Hakkı, s. 64; Yargıtay verdiği bir kararda; *"Davaya konu edilen pay davalıya satış vaa di sözleşmesiyle satılmış ve tapuda ferağ verilmemiş ise, bu sözleşmeye dayanan cebri tescil davaları sözleşmede gösterilen bedel esas alınarak açılır. Sözleşme borçlusu edimini yerine getirmedeği takdirde alacaklı tarafından açılan tescil davasına muhatap olur. Alınan cebri tescil kararının kesinleşmesi ile de mülkiyet satış vaa di alacaklısına geçer ve paydaşın o tarihte önalım hakkını kullanma yetkisi*

– Taşınmazın mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi ve buna benzer amaçlarla edinilmesi halinde TBK m.240/2 gereği önalım hakkı kullanılamaz. Bu bağlamda miras hukukuna ilişkin amaç ve saiklerin ağır bastığı durumlarda önalım hakkının kullanılmayacağını ifade etmek mümkündür. Yargıtay verdiği bir İçtihadı Birleştirme Kararında³³; “*Karı ve kocaya, evlada veyahut akrabaya yapılan devirlerde şeklen satış akdi bulunsa bile hakikatte satıştan gayri miras hukukuna müteferri maksatları veya hibe gibi mülahazaların hâkim bulunduğu ahvalde önalım hakkının kullanılmayacağı*” değerlendirmesini yapmıştır. Benzer yönde Yargıtay bir kararında³⁴; “*Paylı mülkiyet halindeki bir taşınmazın paydaşı payını karı-kocaya, evlada veyahut akrabaya temlik ederse şeklen satış olarak gösterilen bu aktin gerçekte satış olmayıp miras hakkına bağlı veya hibe gibi maksada yönelik işlem olduğu iddia ve ispat edilirse önalım hakkı ileri sürülemez. (27.03.1957 tarihli, 12/2 Sayılı YİBK.) Bu yöndeki savunmanın tanık dahil her türlü delille kanıtlanması mümkündür. Anılan İçtihadı Birleştirme Kararı sözleşmede taraf olan kişinin işlemde muvazaa savunmasında bulunamayacağı kuralının bir istinasıdır. Somut olaya gelince; davalılar temyiz dilekçelerinde edindikleri payı babalarından satın aldıklarını bildirmişlerdir. Mahkemece dava dışı pay satan K... sağ ise aile nüfus kayıt tablosu ölü ise mirasçılık belgesi getirtilerek davalılar ile pay satışı yapan kişinin akraba olmaları durumunda yukarıda bahsedilen Yargıtay içtihadı birleştirme kararı kapsamında inceleme yapılarak yapılan satışın gerçek satış olmayıp bağış niteliğinde olduğunun belirlenmesi halinde bu satışa karşı önalım hakkının kullanılmayacağından yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.*”

Temlikin akrabalar arasında satış şeklinde yapılmış olması halinde, hibe veya miras hukukuyla ilgili amacın bulunup bulunmadığı hususunun değerlendirilmesi gerektiği ve ispatı halinde temlikle önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

3. Önalım Hakkından Feragat

MK m.733/2’ye göre; “Önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanılmaktan vazgeçme, yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.” Madde kapsamında tüm satışlar için yapılan feragatin resmi şekilde³⁵ yapıp tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Belirli bir satış için önalım hakkından vazgeçme ise yazılı şekle tabidir.

doğar. Normal olarak satış vaadi sözleşmesindeki satış bedelinin önalım bedeli olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak sözleşmenin kurulduğu tarihle önalım davası arasında uzunca bir süre geçmiş ise bu durumda önalım bedeli önalım davasının açıldığı tarihteki pay değeridir.” Değerlendirmesini yapmıştır. Yargıtay 6. HD. 13.12.2011 T. 2011/12623 E. 2011/14393 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

33 Yargıtay İBK. 27.03.1957 T. 12/2 sayılı K. için bkz. RG. S.9687; Bir tarımsal arazi malikince tahmini mirasçılardan birine (çoğu kez oğluna) sağlığında satılmışsa artık bu durumda şeklen satış olsa da gerçekte öncelenmiş bir miras hukuku tasarrufu olduğundan önalım olayı oluşturmaz. GÜMÜŞ, s.137 ve dn.613’deki yazar; Yargıtay verdiği bir kararında ise baba oğul arasındaki temlikin satışa dayanması halinde önalım hakkı kullanılabilir sonucuna varmıştır. Yargıtay 6.HD. 20.03.1995 T. 1995/2783 E. 1995/2986 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

34 Yargıtay 14.HD. 05.06.2017 T. 2015/13803 E. 2017/4643 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

35 Resmi şekli kural olarak noterin yerine getireceğine dair bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.563; YÜCEL, s.83; ÇAY, s.63; Resmi şekil geçerlik şartı olup, tapu sicil müdürlüğü tarafından yapılmalıdır yönünde bkz. EREN, s.125.

Tüm satışlar bakımından önalım hakkından feragat veya belirli bir satış için önalım hakkından vazgeçme geçerli biçimde yapılmışsa artık önalım hakkının kullanımı söz konusu olmaz.

Yargıtay verdiği bir kararda³⁶; “Önalım hakkı sahibi paylı taşınmazdaki payın 3. şahsa satışından önce, satıştan sonra veya dava açıldıktan sonra bu hakkından vazgeçebilir **Belli bir şahsa karşı onalım hakkından feragat eden paydaş yeni bir satım yapılması halinde onalım hakkını kullanabilir. Medeni Kanununun 733. maddesi ve 16.5.1951 gün ve 19 / 6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereği belli bir şahsa karşı onalım hakkından feragatin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir... Davacı S. A., diğer davacı E. G.ün pay satın almasından sonra 8.8.2009 tarihinde düzenlediği adi yazılı feragatnameyle davacı E. G.ün A. A.’dan satın aldığı 24 / 96 paya yönelik olarak onalım hakkını kullanmaktan feragat ettiğini kabul ve taahhüt etmiştir. Her ne kadar belge adi yazılı olarak düzenlense de, belirli bir satışa dair olduğundan geçerli olup, bilirkişi raporu ile de belgedeki imzanın davacı S. A.’a ait olduğu tespit edilmiştir. Ortada belli bir şahsa karşı önalım hakkından feragat bulunduğundan Medeni Kanun’un 733 / 2 maddesi gereğince resmi şekilde yapılması ve tapu siciline şerh edilmesi gerekmektedir.” içtihadında bulunmuştur.**

Yargıtay verdiği bir başka kararda³⁷; “Davalı tarafından davaya konu taşınmazda, diğer paydaşın hissesini 6.5.2011 tarihinde satın almış, önalıma hakkına dair dava ise 22.6.2011 tarihinde açılmıştır. Davacıya payın satıldığına dair noterlikçe yapılmış bir tebligat bulunmamasına rağmen dava, satış tarihinden itibaren 3 ay içerisinde açıldığından süresindedir. Davalının da tapuda yapılan işlemin satış olduğunu açıkça kabul etmiş olmasına göre, satış işlemine karşı diğer paydaşın yasadaki kaynaklanan hakkını kullanması kötü niyetli olarak değerlendirilemez. **Davacıyla davalının, davacıya ait payın satışına dair görüşme yapmış olmaları, önalım hakkından feragat şeklinde yorumlanamayacağı gibi, davacının hakkını kötüye kullanılması olarak da kabul edilemez. Satışın gerçek olduğunu kabul eden davalı, davacının önalım hakkından feragat ettiğini, yazılı belge ile de ispatlayamamıştır.**” değerlendirmesi yapmıştır.

4. Dürüstlük Kurallarına Aykırılık ve Fiili Taksim

Hakların kullanılmasında uyulması gereken dürüstlük kuralları önalım hakkının kullanılmasında da söz konusudur. Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’de verdiği kararlarda önalım hakkının dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılamayacağı üzerinde durmuştur. Yargıtay birçok kararında fiili taksimin varlığı halinde dürüstlük kuralına aykırılığın söz konusu olduğunu ifade etmektedir.

Yargıtay verdiği bir kararda³⁸; “Önalım davasına konu payın dair bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış sebebiyle önalım hakkını kullanması **Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde yer alan dürüst davranma kuralı ile bağdaşmaz.**

36 Yargıtay 6.HD. 22.11.2011 T. 2011/11373 E. 2011/12630 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

37 Yargıtay 6.HD. 09.04.2012 T. 2012/1890 E. 2012/5525 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

38 Yargıtay 14.HD. 20.03.2017 T. 2015/17174 E. 2017/2116 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

Kötüniyet iddiası 14.02.1951 tarihli ve 17/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden nazara alınması gerekir. Bu gibi halde savunmanın genişletilmesi söz konusu değildir. **Eylemlî paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir.** Somut olaya gelince; davaya konu 1494 ada 13 no'lu parselde davacı 49/207, davalı ise 158/207 paya sahiptir. Davalının, davaya konu taşınmazın paydaşlarından toplamda 158/207 hisseyi 18.03.2011 tarihinde satış suretiyle edinmesi sonrası taşınmazda paydaş olduğu anlaşılmaktadır. Dinlenen tanık beyanlarına göre, **davaya konu 1494 ada 13 no'lu parselde portakal ağaçlarının bulunduğu yerin davacı tarafından kullanıldığı, davalıya satılan ve sebze ekilmek suretiyle kullanılan kısmın ise tel örgü ile çevrili haldeyken davalıya satıldığı anlaşıldığından fiili taksimin varlığı kabul edilmelidir. Bu durumda, davacının önalım hakkının kullanılması TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağından mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmektedir.** Denilmektedir.

Bölge Adliye Mahkemesi, davacının duruşmada alınan beyanı ile taşınmazın en az otuz yıldan beri herkesin kendi yerini kullandığını belirttiği, beyanını imzası ile onayladığı bir durumda fiili taksimin varlığından dolayı önalım hakkını kullanmanın MK m.2'de yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir³⁹.

Yargıtay HGK verdiği bir kararda⁴⁰; "Somut olayda, davacı vekili dava dilekçesinde önalım hakkına konu olan payın bulunduğu taşınmazın paydaşlarca rızaen taksim edildiğini ve paydaşların ayrı ayrı yerleri kullandıklarını belirtmiştir. Mahallinde yapılan keşif sonucu düzenlenen 08.12.2011 tarihli bilirkişi raporunda da davacının kullandığı yerler açıkça gösterilmiştir. **Önalım davalarında fiili taksime değer verilmesi için taksimin yazılı olarak yapılması ya da taşınmazın çok sayıda paydaşının bulunması halinde tüm paydaşları tarafından fiilen kullanılan bölümlerin olması gerekmez. Davacının kullandığı veya davalıya pay satan kişilerin kullandığı ayrı ayrı bölümler var ise satıcı zamanında kullanıma karşı çıkmayan, o yerde hak iddia etmeyen davacının önalım hakkını kullanması Türk Medeni Kanunu'nun 2.maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağından mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmektedir.**" Sonucuna varmıştır.

Fiili taksim halinde önalım hakkının kullanılamayacağını ifade etmek için ortada paydaşın veya paydaşların fiilen kullanımı ve bu kullanıma önceden bir itirazın olmaması gerekir. Fiili taksimin varlığı için yazılı bir sözleşmeye gerek olmayıp, fiili taksim tanık beyanlarıyla da ispat edilebilir. Fiili taksimin bulunup bulunmadığı (dürüstlük kurallarının uygulanması itiraz niteliğinde olduğundan) hâkim tarafından resen dikkate alınması gereken bir durum olup, davanın her aşamasında ileri sürülebilir.

39 İzmir BAM. 14.HD. 13.06.2017 T. 2017/569 E. 2017/507 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

40 Yargıtay HGK. 09.11.2016 T. 2014/14-1343 E. 2016/1036 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

Fiili taksimin satışın yapıldığı dönemde sürüyor olması gerekir. Nitekim fiili taksimin son bulunduğu bir durumda, davacının önalım hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez. Yargıtay bu konuda verdiği bir kararda⁴¹; “Satım tarihinden çok önce 2002 yılında paydaşların taksime ilişkin iradelerinin bozulduğu ve eyleme son verildiği, taksimin ortadan kalktığı sabit olduğundan, davacı kötü niyetli kabul edilemez. Önalım hakkını kullanmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır.” değerlendirmesi yapmıştır.

Yargıtay HGK, paylı malik olan idarenin payını, ihtiyari açık artırmayla sattığı satıştan haberdar olup bu satışa katılmayan paydaşın sonradan önalım hakkını kullanmasının dürüstlük kuralına aykırı olmadığını ifade etmiştir⁴².

Yargıtay verdiği bir kararda, taşınmazın paydaşları kullandıkları yerleri aralarında yapmış oldukları bir taksim sonucu değil kira sözleşmeleri ile tasarruf ettiğinden, uzun süredir aynı dükkânı kullanıyor olmalarının taşınmazın taksim edildiği anlamına gelmeyeceğini, taşınmaz ortak bir irade ya da fiili bir kullanım sonucu taksim edilmediğinden, davacının önalım hakkını kullanmasında bir usulsüzlük bulunmadığını belirtmiştir⁴³.

Yargıtay’ın verdiği bir başka kararda ise⁴⁴; “Davacı dava konusu taşınmazda paydaş olup 97/600 payının bir kısmını üzerinde bırakarak 10000/96143 payını dava dışı H’ye 05.09.2012 tarihinde 40.000.00 TL bedelle satmış ve H’nin ise aynı payı (1 Ay-13 gün sonra) aynı bedelle 18.10.2012 tarihinde davalı M’ye satması nedeniyle eldeki dava açılmıştır. **Uyuşmazlık, kısmen pay satışı yapan davacının aynı payın üçüncü bir kişiye satılması nedeniyle önalım hakkını kullanmasının hakkın kötüye kullanıldığını gösterip göstermeyeceği noktasında toplanmaktadır.** Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 14.02.1995, 1465/1605 sayılı emsal kararında belirtildiği üzere; Davacının önceden taşınmazda tek başına malik olması kanundan doğan önalım hakkını kullanmasına engel değildir. Olayımızda davacı taşınmazda paydaş olup kendi payından bir kısmını üçüncü kişiye satılmasında yasal bir engel olmadığı gibi artık kendisine ait olmayan bu payın üçüncü bir kişiye satılması halinde önalım hakkını kullanmasına engel bir durum da yoktur. Çünkü her pay satışından sonra bu hak yeniden doğar. Yasada daha önce pay satan bir kişinin yeni bir satışta önalım hakkı kullanamayacağına dair bir kısıtlama da getirilmemiştir. Açıklanan nedenlerle; **davacının daha önce rızası ile sattığı payın alıcı tarafından üçüncü bir kişiye satılması olayı davacının yasadan kaynaklanan önalım hakkını bertaraf etmediği gibi bu satışta davacının iyi niyetli ve kötü niyetli olarak kabulünü de gerektirmez.**” denilmektedir.

41 Yargıtay 6. HD. 07.12.2009 T. 2009/5751 E. 2009/10608 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

42 Yargıtay HGK. 20.03.2013 T. 2012/6-855 E. 2013/376 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

43 Yargıtay 6.HD. 23.06.2009 T. 2009/4270 E. 2009/6024 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

44 Yargıtay 14.HD. 24.11.2016 T. 2015/5446 E. 2016/9740 sayılı K.

III. YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

A. Genel Olarak

Yasal önalım hakkının alıcıya karşı dava açılarak kullanılması gerektiği MK m.734/1'de düzenlenmiştir⁴⁵. Önalım hakkı yenilik doğuran bir hak olduğundan eski MK döneminde tek taraflı bir irade beyanı ile kullanım noktasında bir engel söz konusu değildi. Ancak tek taraflı irade beyanı ile istenilen sonucun elde edilebilmesi çoğu zaman dava açmayı gerektirdiğinden önalım hakkının dava açılarak kullanılması kanun hükmü haline getirilmiştir⁴⁶.

B. Önalım Davası

Yasal önalım hakkının dava dışında kullanılması mümkün olmayıp dava açmak gerekir. Ön alım hakkı sahibi hakkını MK m.716/1'de düzenlenmiş olan *tescile zorlama davası* açarak kullanır⁴⁷.

I. Davanın Tarafları

a. Davacı

Önalım davasında davacı paydaşlardan biridir⁴⁸. Dava açan paydaşın, paydaşlığını davanın devamı süresince koruması gerekmekte olup, payını devretmişse dava konusuz kalır⁴⁹.

45 ERTAŞ'a göre önalım hakkının dava dışı kullanımı yasaklanmamış sadece önalım davası açma hakkı MK m.733/III'de yer alan hak düşürücü süreye tabi tutulmuştur. Bkz. ERTAŞ, s.399; Yasal önalım hakkının ve akdi önalım hakkının dava yoluyla kullanılma zorunluluğunun kaldırılması gerektiği yönünde bkz. GÜMÜŞ, s.142.

46 Bkz. MK m.734/1 gerekçesi.

47 SİRMEN, s.474; Uygulamada tapu iptali ve tescil davası terimi de kullanılmakta olup 'tapu iptal davaları' teriminin yerinde olmadığı, *tescile zorlama davası* teriminin yerinde olduğu yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZMEN Etem Sabâ/AYDIN Gülşah Sinem, Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/ Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası), İBD. C.88, S.6, Y.2014, s.179-215.

48 "Önalım hakkı paylı mülkiyet hakkından doğan ve mülkiyet hakkı ile iç içe bulunan bir haktr. Paydaşın önalım davası açmadan önce herhangi bir sebeple mülkiyet hakkını yitirmesi ya da taşınmazın paylı mülkiyete konu olma durumunun sona ermesi halinde önalım hakkı da sona erer. Dosyamızda davacıya ait payın dava tarihinden önce 29.01.2015 tarihinde davalı tarafından satın alındığı, davacının da duruşmadaki beyanından anlaşılmaktadır. Bu sebeple paydaş olmayan davacının aktif dava ehliyeti bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddi gerekirken..." Yargıtay 14.HD. 28.03.2017 T. 2016/17495 E. 2017/2469 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

49 "Davacı tarafından, davalının paylı mülkiyete konu taşınmazda 07.06.2011 tarihinde aldığı paya ilişkin olarak, 07.09.2011 tarihinde önalım davası açmıştır. Yargılama sırasında davaya konu payın 19.04.2012 tarihinde davalı tarafından davacıya devredildiği konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. HMK'nun 331 maddesine göre "Davanın konusuz kalması sebebiyle davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hâllerde, hâkim, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir ve hükmeder." Dosya kapsamına göre davacının davalıya yapılan satış nedeniyle önalım hakkı bulduğu, davanın da yasal süresi içerisinde açıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre davacının davanın açıldığı tarihte dava açmakta haklı olmasına göre, kendisini vekil ile temsil ettiren davacı lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre vekalet ücreti takdir edilmesi ve davacı tarafından yapılan yargılama giderlerinin davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılması doğru değildir." Yargıtay 6.HD. 30.01.2013 T. 2012/17084 E. 2013/1344 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

Yasal önalım hakkı ile sözleşmeden doğan önalım hakkı karşılaştığında MK m.731 gereği yasal önalım hakkı tercih edilmektedir⁵⁰. İsviçre Medeni Kanunu'nun 681.maddesinin 3.fıkrasında yasal önalım haklarının sözleşmesel önalım haklarına öncelikleri olduğu hükmü yer almaktadır⁵¹. BURCUOĞLU anılan hükmün çok fazla anlam ifade etmediğini, zira yasal önalım hakkı belli durumlarda kendiliğinden var olduğuna göre sözleşme ile kendisine önalım hakkı tanınacak kişinin her halde yasal önalım hakkının varlığını bilmek ve bu hakkın kendi hakkından daha önce var olduğunu kabul etmek zorunda olduğunu ifade etmiştir⁵².

Birden fazla paydaşın önalım hakkını kullanması halinde pay oranları ne olursa olsun her birinin önalıma konu olan payın aynı oranda (eşit olarak) alıcısı durumuna gireceği Yargıtay'ın 11.06.1947 tarihli 1947/5 E. 1947/18 K. sayılı İBK'da ifade edilmiştir⁵³. ERTAŞ'a göre⁵⁴ ise birden fazla paydaşın önalım hakkını kullanması halinde her paydaşın önalıma konu olan payı taşınmazdaki payı oranında iktisap etmesi gerekir.

Birden fazla paydaş ayrı davalarla önalım hakkını kullanmışlar fakat pay daha önce dava açan bir paydaş adına tescil edilmişse diğerleri, kendi paylarını ondan talep edebilme imkânına sahiptir⁵⁵.

Önalım davasında, davacının dayandığı payın elbirliği mülkiyetine konu olması halinde tüm ortakların birlikte dava açması veya birinin açtığı davaya diğerlerinin muvafakat etmesi gerekir⁵⁶.

Önalım olayına konu olan tarımsal arazinin sınırdaşı olan tarımsal arazi malikleri de 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/İ maddesi kapsamında davacı sıfatına sahip olabilir⁵⁷. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.

50 ERTAŞ, s.392.

51 Bkz. RUEGG, s.7, Nr. 20.

52 BURCUOĞLU, s.121.

53 Bkz. RG. 24.07.1947, S.6666; Benzer yönde bkz. SİRMEN, s.475-476; AYDOĞDU, s.59; AKİPEK/AKINTÜRK, s.555; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.563; GÜNAY, s.26; ÇAY, s.47; DEMİRTABAK, s.92; Yargıtay 14.HD. 13.12.2016 T. 2015/17457 E. 2016/10336 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

54 ERTAŞ, s.396; Benzer yönde bkz. MEIER-HAYOZ, Art. 682 N.79; EREN, s.119; ERKAN, s.281.

55 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.562, dn.1235; Ayrıca bkz. Yargıtay 1.HD. 22.09.1980 T. 1979/10995 E. 1980/10954 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

56 Yargıtay 14. HD. 20.06.2017 T. 2017/2532 E. 2017/5316 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

57 "5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 6537 sayılı Kanunla değiştirilen 8/i maddesinin ikinci fıkrasında tarımsal arazilerin satılması halinde sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin de önalım hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Madde hükmüne göre "sınırdaş tarım arazi malikleri" sınırdaş arazinin tüm malikleri yani paydaşlarıdır. Davaya konu olayda dosya içerisindeki tapu kaydına göre önalım hakkını kullanmak için bu davayı açan H.K.'nın sınırdaş taşınmazın 1/2 paylı maliki olduğu anlaşıldığından tek başına bu davayı açma olanağı bulunmamaktadır. Paylı malik tarafından açılan davanın kabulü ve taşınmazın adına tescili halinde yasanın öngörüldüğü mirasa konu tarımsal arazilerin toplulaştırılması amacı da sağlanmış olmayacaktır. Mahkemece, davanın bu gerekçe ile reddine karar verilmesi gerekirken 3 aylık hak düşürücü süre içerisinde dava açılmadığı gerekçesiyle reddi doğru görülmemiş ise de davanın reddi sonucu bakımından yerinde olduğundan hükmün belirtilen gerekçeyle onanması gerekmektedir." Yargıtay 14.HD. 26.04.2016 T. 2015/18958 E. 2016/5114 sayılı K. için bkz. emsal.yargitay.gov.tr; Kararda sınırdaş arazinin birden fazla maliki olması halinde bunların hepsinin birlikte önalım hakkını kullanması gerektiği ifade edilmektedir.

b. Davalı

Önalım davasının davalısı, kural olarak, önalıma konu olan payın alıcısıdır. (MK m.734/1) Burada satışın ardından hemen tescil yapıldığı için MK m.734/1 hükmü önalım hakkının **alıcıya** karşı dava açılarak kullanılacağını belirtmiştir⁵⁸. Oysaki satıştan sonra payın alıcı adına tescil edilmediği bir durumda önalım davasının **satıcıya** (kayıt onun adına gözüktüğünden) yöneltilmesi gerekir⁵⁹.

A, B ve C'nin paylı taşınmazın paydaşları olduğu bir durumda A, payını Ü'ye satmış ve Ü adına tescil yaptırmışsa diğer paydaşlar B ve C, Ü'ye karşı, yasal önalım hakkına dayalı önalım davası açabilirler. B önalım hakkını kullanınca B ve Ü arasında satış ilişkisi doğar, bu satış ilişkisinin şartları A ile Ü arasındaki satış sözleşmesinin şartlarıdır⁶⁰. Önalım hakkı kullanılmadan ve kullanma süresi geçmeden Ü payı X'e bağışlasa B, Ü'ye yönelteceği önalım hakkını X'e karşı da yöneltebilir. Ü'nün payı X'e sattığı bir durumda ise B ve C için yeni bir önalım hakkı imkânı doğacağından B, X'e karşı dilerse A ile Ü arasındaki birinci satışı dilerse Ü ile X arasındaki ikinci satışı dayanabilir, hangi satışı dayanmışsa o satışın şartları dikkate alınır⁶¹. B, Ü'ye karşı önalım hakkını dava yolu ile kullandıktan sonra taşınmazın Ü tarafından X'e bağışlandığı bir durumda X'e karşı kullanılacak bir önalım hakkı yoktur. B, ancak MK m.1010/f.1 uyarınca bir şerh verdirirse Ü'ye karşı olan mülkiyetin devrini talep hakkını güvenceye almış olur⁶². Yasal önalım

58 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.555-556; Bkz. SİRMEN, s.473; ERKAN, s.283; ÖZDEK, s.344; “Önalım hakkı müşterek mülkiyette pay satın alana karşı kullanılır, dava da onun aleyhine açılır. Satış tapuya tescil ile vaki olacağından tapu ile payı kim iktisap etmiş ise ona karşı önalım hakkı kullanılacaktır. Davadan önce birçok satış olmuşsa önalım davası en son satın alana karşı açılacaktır. Çünkü dava, önalıma konu paya dair tapu kaydının iptalini de amaçladığından kayıt sahibi aleyhine açılması zorunludur.” Yargıtay 14. HD. 04.05.2016 T. 2015/3167 E. 2016/5473 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

59 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.558; Bkz. SİRMEN, s.473; ERKAN, s.283.

60 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.558; Ayrıca bkz. SİRMEN, s.473-474.

61 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.559; Verilen örneklerde yasal önalım hakkı kullanılmadan pay tekrar devredildiğinden, yasal önalım hakkının eşyaya bağlı borç yaratma etkisi söz konusudur.

62 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.559; Ayrıca bkz. SİRMEN, s.474; Bkz. AYDOĞDU, s.92; Önalım hakkı kullanıldıktan sonra alıcının bunu tekrar üçüncü kişiye satması halinde önalım hakkı düşmez, payı devralana karşı önalım hakkı kullanılabilir. Ancak önalım hakkı kullanıldıktan sonra tapuya tedbir koydurulmamış ve alıcı bunu üçüncü bir kişiye bağışlamışsa, bağış halinde önalım hakkı kullanılamaz. Ancak bağışlanan üçüncü şahıs kötüniyetli ise ona karşı da önalım hakkı kullanılabilir. ERTAŞ, s.395; “Satın alınan şüfali payı sonradan hibe yapması, doğmuş olan ve süresinde açılan ön alım davasını bertaraf etmek kasdına yönelik bulunduğundan kendisini iyiniyetli kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle önalım davasının kabulü gerekir.” Yargıtay 6. HD. 05.10.1982 T. 7833/8436 sayılı K. için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.559, dn.1218; “Davalı M'nin dava konusu taşınmazın 528/972 payını 28.02.2005 tarihinde 13.000 TL'ye satın aldığı halde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 733. maddesi uyarınca davacı paydaşa pay satın aldığı noter kanalı ile bildirmeyerek üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmediği ve bu payı satın aldıktan kısa bir süre sonra da 29.09.2005 tarihinde eşine bağış göstererek, şüfa hakkının kullanımını engellemek için temlik ettiği anlaşılmaktadır. Davalı Şefika'nın, eşinin diğer paydaşa noter bildirimini yapmadığını ve eşinin kötüniyetli olduğunu bilebilecek bir konumda bulunduğu sabittir. Olayların gelişiminden, gerek davalı Mehmet'in, gerekse eşi Şefika'nın tarafı buldukları bağış işlemi kötüniyetli oldukları; asıl amaçlarının bağış işlemi yapmak olmayıp, şüfa hakkının kullanılmasının önlenmesi olduğu açık bir biçimde anlaşılmaktadır. Bu şekildeki kötüniyetli temliklerde salt araya bağış işleminin girmesi nedeniyle şüfa hakkının kullanılamayacağı kabul edilmesi durumunda, pay satın alanların şüfa hakkının kullanılmasını önlemek için kötüniyetli bir şekilde hemen satın aldıkları payı bir yakınlarına bağış yoluyla devrederek şüfa hakkının kullanılmasını olanağını büsbütün ortadan kaldıracakları; bu durumun da kanun koyucunun amacı ile bağdaşmayacağı kuşkusuzdur. O halde, somut olayda “muvazaalı şekilde

hakkının şerh edilmesi mümkün olmadığından “şerhin munzam etkisi” söz konusu olmaz. Ancak verilen örnekte yasal önalım hakkının kullanılmasına yönelik açılan davada ‘çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkemece verilen tedbir kararının şerhi’ söz konusu olup bu halde üçüncü kişilere karşı ileri sürülme gündeme gelir.

Yasal önalım hakkına dayalı olarak tescile zorlama davası açıldıktan sonra davalının satın aldığı payı tekrar satması halinde nasıl hareket edileceğine de bakmak gerekir. Dava konusunun devrinin düzenlendiği HMK m.125/1 uyarınca davanın açılmasından sonra davalı taraf, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, davacı isterse, devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder. Bu takdirde davacı davayı kazanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur. Davacı isterse, davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürür. Yargıtay verdiği bir kararda⁶³; “*Önalım hakkına konu payın dava sırasında bir başka kişiye veya satışı yapan paydaşa satılması halinde davacının HUMK.nun 186.maddesi hükmü uyarınca seçimlik hakkı olduğundan dilerse davayı yeni satın alan şahsa yöneltir, dilerse davasını tazminata dönüştürerek davalı hakkındaki davasını devam ettirir. Bu sebeple davacıya seçimlik hakkını kullanması için önel verilmelidir.*” şeklinde değerlendirme yapmıştır. Yasal önalım hakkına dayalı olarak tescile zorlama davası açıldıktan sonra, davalının satın aldığı payı tekrar satması halinde HMK m.125/1 uyarınca davacı dilerse, davayı yeni malike yönelterek payın adına tesciline karar verilmesini ister. Payı, dava devam ederken satın alan kişinin iyiniyetli olması halinde (MK m.1010/1 uyarınca çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkemece verilen tedbir kararı şerhi de yoksa) bu davanın kaybedilmesi riski mevcuttur. Bunun sebebi, yasal önalım hakkında kanun gereği eşyaya bağlı borç ilişkisi doğmasına rağmen kişisel hakların şerhindeki gibi tapu kütüğüne şerhe imkân veren bir kanun hükmü olmadığından *şerhin munzam etkisinin* olmamasıdır. Bu durumda davacının (önalım hakkı sahibinin) iyiniyetli yeni malikten bu davada taşınmazın mülkiyetini devralması (payın adına tescilini sağlama) imkânı yoktur. Ancak dava devam ederken gerçekleşen satışta, davacı olan paydaş yeni bir önalım hakkı kullanıp payı satın alan kişiye karşı ayrı bir önalım davası açabilir⁶⁴. Yargıtay bir kararında⁶⁵; “*Dava, TMK’nın 732 ve devamı maddeleri gereğince önalım hakkına dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Davalı L. dava konusu 17 parsel sayılı taşınmazın paydaşlarından H. K’tan 1/6 payı 4.2.2010 tarihinde satın almış ve davacı da bu paya yönelik olarak 2.6.2010 tarihinde L. P’ya karşı eldeki davayı açmıştır. Yargılama devam ederken taşınmaz üzerindeki tedbir kararının kalkması üzerine L. bu payı 21.7.2011 tarihinde S.â devretmiştir. Davacı bu şahsı 6.9.2012 tarihli dilekçesi ile davaya dâhil etmiş ve yargılama bu şahsa karşı devam ederek davanın kabulüne karar verilmiştir. Oysa tapu kaydı incelendiğinde dâhili davalı S.’in 21.9.2011 tarihinde üzerinde bulunan payın 34/777*

yapılan bağış olarak gösterilen işlemin; davacı yönünden geçersiz ve asil amacın davacının şüfa hakkını kullanımının engellenmesi olduğuna, bu nedenle yapılan ilk satış nedeniyle davacının şüfa hakkını kullanabileceğine” ilişkin yerel mahkemenin direnme kararı yerindedir. Bkz. Yargıtay HGK. 24.02.2010 T. 2010/6-94 E.2010/100 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

63 Yargıtay 6.HD. 05.12.2011 T. 2011/8856 E. 2011/13775 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

64 AYAN Mehmet, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Konya 2012, s.362, dn.1131.

65 Yargıtay 14.HD. 02.10.2013 T. 2013/10776 E. 2013/12665 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

payını kendi üzerinde bırakarak 75/259 payı İ. K.'a devrettiği anlaşılmaktadır. Dâhili davalı S.'ın üzerindeki bıraktığı pay dava konusu şufa payını da karşılamamakta, bu haliyle hükmün infaz kabiliyeti de bulunmamaktadır. **Bu nedenle mahkemece, dava konusunun üçüncü kişiye temlik re'sen dikkate alınmalıdır. Hâkim, davayı veya savunmayı değiştirme yasağının bir istisnası olan 6100 sayılı HMK'nın 125. maddesi uyarınca seçimlik hakkını kullanmak üzere diğer tarafa süre vermelidir...** Bu durumda mahkemece yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda davacıya 6100 sayılı HMK'nın 125.maddesi gereğince seçimlik hakkı hatırlatılması gerekirken..." değerlendirmesi yapmıştır.

2. Davanın Açılabilceği Süre

Önalım hakkının kullanılabilceği dolayısıyla yasal önalım hakkına dayalı tescile zorlama davasının açılabilceği süre MK'da hak düşürücü süre olarak düzenlenmiştir.

Yasal önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği⁶⁶ tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. (MK m.733/4) Alıcı veya satıcı tarafından yapılacak olan bu bildirim, noter aracılığıyla gerçekleşecektir. (MK m.733/3) Bildirim noter aracılığıyla yapılmadığı bir durumda anılan 3 aylık süre işlemeye başlamaz⁶⁷. Davalının satışın başka yollarla öğrenildiği (sürenin geçmiş olduğu) savunmasına da itibar edilmez. Noterce bildirim yapılmasa dahi her hal ve şartta iki yıllık süre içinde dava açılması gerekir. Aksi halde dava açma hakkı düşer ancak bu halde yasal önalım hakkı sahibinin alıcı ve satıcıdan tazminat talepleri gündeme gelir.

Üç aylık hak düşürücü süre pay satışının noter aracılığıyla bildirimini (tebliği) izleyen günden itibaren işlemeye başlar⁶⁸. İki yıllık süre ise herhalde satışın gerçekleşmesini izleyen günden itibaren işlemeye başlar⁶⁹. Yargıtay ise verdiği bir kararda⁷⁰; "TMK'nın 732. maddesi gereğince

66 Bildirim; önalım olayı, önalım olayının bedeli, ifa zamanı ve tarafları içereceği hususunda bkz. MEIER-HAYOZ, Art.681, N.208.

67 "Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer."Bu süre hak düşürücü bir süre olup mahkemece kendiliğinden göz önünde tutulmalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.09.2005 tarihli, 2005/6-358 Esas, 470 sayılı Kararının gerekçesinde de açıklandığı üzere üç aylık hak düşürücü sürenin başlaması için öğrenme yeterli olmayıp TMK'nın 733/3. maddesi uyarınca noter ihtarının tebliği gerekir." Yargıtay 14. HD. 13.11.2015 T. 2014/14384 E. 2015/10290 sayılı K.için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm; "Davalının davaya konu payı satın aldığı 21.10.2011 tarihinden sonra İzmir 10. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2012/809 Esas sayılı ortaklığın giderilmesine dair dava dosyasında davacının 14.12.2012 tarihinde dava dilekçesini tebliğ aldığı belirtilerek bu tebliğ tarihi dikkate alınarak hak düşürücü süre başlatılmıştır. Hak sahibinin Noter bildirim dışında başka bir şekilde satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü süre işlemeye başlamayacağından, hak düşürücü sürenin geçtiğinden söz edilemez. Dolayısıyla, istemin hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle reddi doğru değildir." Yargıtay 14. HD. 24.09.2014 T. 2014/6185 E. 2014/10334 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm; Ayrıca bkz. SİRMEN, s.475; Bildirim yapılmamış fakat önalım hakkı sahibi satışı öğrenmişse iki süre mi yoksa öğrenmeden itibaren üç aylık süre mi geçerli olacaktır? Öğrenmeden itibaren üç aylık süre uygulanmalıdır. Bildirimin amacı paydaşların satışı öğrenmesini sağlamaktır. ERTAŞ, s.397.

68 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZER, s.561.

69 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZER, s.561; Alıcı veya satıcı tarafından hak sahibine satışın ve içeriğinin ne olduğu bildirim yapılmadıkça kural olarak sürenin işlemeye başlamaması veya böyle bir bildirim yoksa iki yıllık sürenin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımı olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. AYDOĞDU, s.73.

70 Yargıtay 14.HD. 01.03.2016 T. 2015/14762 E. 2016/2545 sayılı K.için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

öналım hakkı payın satılması ile kullanılabilen bir hak olup bu hakkın kullanılabilmesi için satış sözleşmesinin kurulması yeterli değildir. Satış, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmesi ile geçerlilik ve aleniyet kazanır. Davacı, davaya konu payın davalı adına tescil edildiği 12.12.2011 tarihinden sonra 11.12.2013 günü bu davayı açtığından TMK'nın 733/ son maddesinde açıklanan iki yıllık hak düşürücü süre geçmiş değildir.” değerlendirmesi yapmıştır.

Hak düşürücü sürenin geçmesi itiraz niteliğinde olduğundan hâkim, somut olayda bu hususu kendisi resen dikkate alabileceği gibi davanın her aşamasında taraflarca da ileri sürülebilir.

Paydaşın ilk satışta önalım hakkını kullanmaması, kendisi pay sahibi kaldıkça ileride yapılacak olan satışlarda önalım hakkını kullanmasına engel olmaz⁷¹.

3. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Yasal önalım hakkına dayalı tescile zorlama davasında yetkili mahkeme HMK m.12'den hareketle, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. Görevli mahkeme ise HMK m.2/1 uyarınca asliye hukuk mahkemesidir.

4. Ön Alım Bedelinin ve Tapu Giderlerinin Depo Edilmesi

Yasal önalım hakkının kullanımına ilişkin davada davacı, dava dilekçesinde dava konusu payın adına tescilini talep etmek durumundadır.

MK m.734/2'ye göre; “Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür.”

Hükümden anlaşıldığı üzere hâkim tarafından **satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerinin** tespiti gerekmekte olup, tespit edilen bu bedelin hâkimin belirleyeceği yere, belirlendiği sürede, nakden depo edilmesi gerekmektedir. Aksi halde davanın reddi söz konusu olur.

Depo edilmesine karar verilecek satış bedeli payını satan veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemle devreden paydaşa, alıcının ödediği bedeldir. Bu bedel noktasında çeşitli ihtimallerin üzerinde durmak gerekir. Bu ihtimalleri; satış bedelinin önalım hakkının kullanımına engel olmak amacıyla yüksek belirlenmesi veya daha az tapu harcı ödemek amacıyla düşük belirlenmesi, önalım hakkının hak düşürücü sürenin dolmasına yakın bir zamanda kullanılması, önalım hakkının kullanımından önce veya sonra taşınmazın bir başkasına satılması şeklinde ifade etmek mümkündür.

71 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.562; Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.79.

– Satış bedelinin önalım hakkının kullanımına engel olmak amacıyla yüksek belirlenmesi halinde, bedelde muvazaa söz konusu olup davacı, (üçüncü kişi konumunda olduğundan) bu iddiasını her türlü delille (tanık) dâhil ispat edebilir⁷².

Daha az tapu harcı ödemek maksadıyla satış bedelinin düşük gösterildiği bir durumda, bedelde muvazaa söz konusudur. Yargıtay'ın bir kararında⁷³; “*Tapuda resmi şekilde yapılan pay satışının tarafı olan alıcı bu nedenle bedelde muvazaa yapıldığı, gerçek satış bedelinin daha yüksek olduğu iddiasında bulunamaz. Nitekim HGK'nun 28.3.2007 gün ve 2007/6-180-174 sayılı kararı da bu doğrultudadır.*” denilmektedir. Yargıtay HGK'nın yakın tarihli verdiği bir kararında⁷⁴; “*Davacı, dava konusu 1393 ada 1 parsel sayılı taşınmazda paydaş olduğunu, dava dışı İ. 11.05.2011 tarihinde dava konusu taşınmazdaki 1/3 payını davalıya 27.000,00 TL bedelle sattığını, tapudaki satış bedeli üzerinden önalım hakkını kullanmak istediğini belirterek davalı adına kayıtlı 1/3 payın iptali ile adına tescilini istemiştir. Davalı ise dava konusu payı gerçekte 93.000,00TL bedelle satın aldığını ancak tapuda satış bedelinin 27.000,00TL olarak gösterildiğini sonradan öğrendiğini, şufa hakkının ancak gerçek bedel üzerinden kullanılabileceğini ileri sürerek davanın reddini savunmuştur. Davalı, dava konusu taşınmazdaki 1/3 payın satışına ilişkin 11.05.2011 tarih 7471 yevmiye numaralı satış akdinin tarafı olduğundan ve hiç kimse kendi muvazaasına dayanamayacağından davalının bedelde muvazaa iddiasında bulunması açıkça hakkın kötüye kullanmasıdır. Bu itibarla, mahkemece dava konusu payın tapudaki satış bedeli olan 27.000,00 TL ile tapu harç ve masraflardan oluşan önalım bedelini depo etmek üzere davacıya uygun bir önel verilerek oluşacak sonuca göre işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekir*” denilmektedir.

Ancak Yargıtay HGK verdiği bir başka kararında ise⁷⁵; “*Şufa (önalım) hakkının kullanılması nedeniyle hak sahibi davacının bedele ilişkin yükümlülüğü hakka konu olan payın, hakkın kullanıldığı tarihteki (önceden kullanılmamışsa dava tarihi) değeri olmalıdır. Davalının, şufa hakkına konu edilen “satış tarihindeki gerçek değerinin sicilde gösterilen değer olmadığını” ve “satıştan sonra payın değerinin objektif veya enflasyon nedeniyle değiştiğini” ileri sürme hakkı vardır. Önalım bedelinin hakkın kullanıldığı tarihteki gerçek sürüm değerine göre belirlenmesinden bir takım kuşkulara ve duraksamalara kapılmaya yer olmamalıdır. Nasıl sözleşmeden kaynaklanan önalım hakkında, sicilde bedel gösterilmeyen veya yasal önalım hakkında, hak sahibi davacının bedelde muvazaa iddiası ileri sürdüğü veya satış yerine bağış işlemi yapılan durumlarda gerçek satış bedeli araştırılabilirse burada da yapılacak işlem aynı niteliktedir.*” yönünde değerlendirme yapmıştır. Kanaatimizce harcı az ödemek için satış bedelinin düşük gösterildiği bir durumda eksik harç idare tarafından tamamlanacağından bedelin düşük gösterildiği iddiasının dinlenmesi gerekir. Aksi durum davalı açısından hakkaniyete aykırı bir durum oluşturur.

72 İzmir BAM. 14.HD. 13.06.2017 T. 2017/569 E. 2017/507 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm; Benzer yönde Yargıtay 6.HD. 22.09.1994 T. 1994/8365 E. 1994/8865 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

73 Yargıtay 6. HD. 30.12.2008 T. 2008/12278 E. 2008/14329 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

74 Yargıtay HGK 10.06.2015 T. 2014/14-292 E. 2015/1544 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm; Benzer yönde İstanbul BAM. 7.HD. 07.02.2017 T. 2017/55 E. 2017/68 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

75 Yargıtay HGK. 05.05.1993 T. 1993/6-761 E. 1993/192 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

– Önalım hakkının hak düşürücü sürenin dolmasına yakın bir zamanda kullanılması halinde depo edilecek satış bedelinin, nasıl belirlenmesi gerektiği üzerinde de durmak gerekir. Bu halde Yargıtay kararlarında öne çıkan husus satışın hak sahibine noterce bildirilmediği bir durumda davalı kendi kusuruyla zararının artmasına yol açtığından önalım bedeli taşınmazın dava tarihindeki değerine göre değil tapudaki satış bedeline göre belirleneceğidir. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararda⁷⁶; “*Davalı alıcı, satışı noter aracılığı ile davacıya bildirmediğine göre, satış tarihi ile dava tarihi arasındaki sürenin geçmesine kendi eylemiyle sebebiyet verdiği için önalım bedelinin keşfen belirlenmesini isteyemez. Önalım hakkının, tapudaki satış bedeli ile bu pay satışı nedeniyle alıcı tarafından yapılan tapu, harç ve masraflar tutarı üzerinden tanınması gerekir.*” içtihadında bulunmuştur.

– Önalım hakkının kullanımından önce veya sonra taşınmazın tekrar bir başkasına satılması halinde, depo edilmesine karar verilecek satış bedeli ilk satıştaki bedel mi yoksa ikinci satıştaki bedel mi olması gerekir sorusuna da yanıt vermek gerekir. Önalım hakkı kullanılmadan ve kullanma süresi geçmeden, taşınmazın tekrar satılması halinde önalım hakkı sahibi, dilerse birinci satışa dilerse ikinci satışa dayanabilir⁷⁷. Önalım hakkının dava yolu ile kullanımından sonra taşınmazın tekrar satılması halinde Yargıtay verdiği bir kararda⁷⁸; “*Önalım hakkına konu edilen paylar davalı M.U. tarafından taşınmazın bir kısım paydaşlarından 16.12.2005 tarihinde 3.700 YTL, 29.12.2005 tarihinde 3.330 YTL bedelle ve 22.6.2006 tarihinde 3.900 YTL bedelle satın alındıktan sonra bu paylara yönelik davacı tarafından önalım davası açılması üzerine yargılama sırasında 4.10.2006 tarihinde toplam 4.000 YTL bedelle davaya dâhil edilen N.C.G’ye satılmıştır. Davacı tarafından N.C.G HMUK’nun 186. maddesi gereğince davaya dâhil edilmiştir... Davalı alıcı, satışı noter aracılığı ile davacıya bildirilmediğine göre satış tarihi ile dava tarihi arasındaki sürenin geçmesine kendisi sebebiyet verdiği için gerçek bedel belirlenerek bu değer üzerinden önalım bedelinin tespitini isteyemez. Önalım hakkının tapudaki satış bedeli, harç ve masraflar tutarı üzerinden tanınması gerekir. Yapılan her pay satışı ile önalım hakkı yeniden kullanılabilir hale geleceğinden ve dava konusu edilen paylar son olarak 4.10.2006 tarihinde 4.000 YTL bedelle dâhili davalı N.C.G’ye satıldığından mahkemece davacıya bu satış bedeli ve tapu harç ve masrafları üzerinden önalım bedelini depo etmesi için uygun süre ve olanak tanınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken keşfen belirlenen bedelin süresinde depo edilmediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.*” Değerlendirmesi yapmıştır. Kanaatimizce dava yeni malike karşı sürdürülebileceğinden ilk satıştaki bedelin depo edilmesine karar verilmesi mümkündür.

Depo edilmesine karar verilecek miktarın içerisinde satış bedelinin yanında tapu harç ve masrafları da girmektedir. Yargıtay verdiği bir kararda satın aldığı payın ipotekle kayıtlı olması

76 Yargıtay 6.HD. 16.04.2007 T. 2007/2017 E. 2007/4445 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm; Benzer yönde Yargıtay 6.HD. 19.09.2006 T. 2006/5698 E. 2006/8806 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

77 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.559; SİRMEN, s.474.

78 Yargıtay 6.HD. 30.12.2008 T. 2008/12278 E. 2008/14329 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

halinde ipoteğin kaldırılması için bedel ödeyen ve masraf yapan davalının ödediği ipotek bedeli ve masraflarının da depo edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁷⁹.

Depo kararının verilmesinden sonra hâkimin belirlediği bedelin nakden yatırılması gerekir. (MK m.734/2) Ancak Yargıtay HGK bir kararında⁸⁰; “*Hukuk Genel Kurulu’ndaki görüşmede, önalım hakkı sahibine satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini hakim belirleyeceği yere nakden yatırma yükümlüğü getiren söz konusu hükmün emredici nitelikte olup, olmadığı tartışılmış; yapılan değerlendirme sonucunda ağırlıklı görüş, anılan hükmün emredici nitelikte olmadığı, bir önalım davasında davalı tarafın açıkça muvafakat etmesi halinde, bu yükümlülüğün teminat mektubu sunulmak suretiyle de yerine getirilmesinin mümkün bulunduğu yönünde oluşmuştur. Görülmekte olan davada, davalı taraf, davacının satış bedelini ve tapu giderlerini karşılayan teminat mektubu sunmasına itiraz etmemiş, ancak, bu konuda açık bir muvafakatte de bulunmamıştır.*” Değerlendirmesi yapmıştır. Karardan hareketle davalı önalım bedelinin teminat mektubu şeklinde depo edilmesine muvafakat etmezse önalım bedelinin nakden yatırılması gerekir.

5. Dava Sonucu Verilen Kararın Etkileri

Önalım hakkı yenilik doğuran bir hak olup buna ilişkin açılan dava yenilik doğuran dava, dava sonucu verilen karar da yenilik doğuran bir karardır⁸¹.

Mahkemece verilen kararın kesinleşmesi ile birlikte davaya konu olan payın mülkiyeti davacıya (önalım hakkı sahibine) geçer. Bundan sonra yapılacak olan tescil, açıklayıcı tescildir⁸². Yargıtay’ın 1951 yılında verdiği İBK’da⁸³ şufa (önalım) hakkının kullanılması ile şufa (önalım) hakkı sahibinin alıcıya halef olacağını ve mülkiyeti de şufa (önalım) hakkının kullanılması ile kazanacağı ifade edilmişken, 1959 yılında verdiği İBK’da⁸⁴ mülkiyetin şufa (önalım) hakkının kullanılması ile beraber şufa (önalım) hakkı sahibine geçmeyeceği, yalnızca satış ilişkisi kurulacağı, önalım hakkı sahibinin mülkiyetin kendisine ait olduğu hususunda karar verilmesi için dava açması gerektiği ifade edilmiştir.

SONUÇ

Yasal önalım hakkı gerek satış gerekse ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bir işlemin yapılmasından sonra kullanılabilir bir haktır.

79 Yargıtay 6.HD. 24.01.2011 T. 2010/8834 E. 2011/442 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

80 Yargıtay HGK. 17.06.2009 T. 2009/6-221 E. 2009/265 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

81 EREN, Özel Hükümler, s.216; EREN, s.106-107; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.560; ERKAN, Yasal Önalım Hakkı, s.117; YÜCEL, s.95-96, 99; ÇAY, s.45; AYDOĞDU, s.78.

82 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.560; EREN, Özel Hükümler, s.217; EREN, s.124-125; SİRMEN, s.474; ERKAN, Yasal Önalım Hakkı, s.117; YÜCEL, s.101; ÇAY, s.46; DEMİRTABAK, s.105-106.

83 Yargıtay İBK. 20.06.1951 T. 1949/13 E. 1951/5 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

84 Yargıtay İBK. 11.02.1959 T. 1958/10 E. 1959/12 sayılı K. için bkz. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

30.04.2014 tarihli 6537 sayılı Kanun'un 5.maddesi ile 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen 8/İ maddesinde;

“8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer ortaklar önalım hakkına sahiptir.

Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.

Önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır.” denilmektedir. Anılan düzenleme sonrası gerek paylı mülkiyete, gerekse elbirliği mülkiyetine konu tarımsal arazilerin, sınırdaş tarımsal arazi maliklerine de belli şartlarla yasal önalım hakkı tanınmıştır. Bu düzenlemenin tarım arazilerinin büyümesini sağlamak açısından faydalı olduğunu ifade etmek mümkündür.

Sınırdaş tarımsal arazi maliki satışa konu tarımsal arazinin paydaşlarının önalım hakkını kullanmaması halinde ancak önalım hakkını kullanabilir.

Hakların kullanılmasında uyulması gereken dürüstlük kuralları önalım hakkının kullanılmasında da söz konusudur. Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri de verdiği kararlarda önalım hakkının dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılamayacağı üzerinde durmuştur. Yargıtay birçok kararında fiili taksimin varlığı halinde dürüstlük kuralına aykırılığın söz konusu olduğunu ifade etmektedir.

Fiili taksim halinde önalım hakkının kullanılamayacağını ifade etmek için ortada paydaşın veya paydaşların fiilen kullanımı ve bu kullanıma önceden bir itirazın olmaması gerekir. Fiili taksimin varlığı için yazılı bir sözleşmeye gerek olmayıp, fiili taksim tanık beyanlarıyla da ispat edilebilir. Fiili taksimin bulunup bulunmadığı (dürüstlük kurallarının uygulanması itiraz niteliğinde olduğundan) hâkim tarafından resen dikkate alınması gereken bir durum olup, davanın her aşamasında ileri sürülebilir.

Yasal önalım hakkının dava dışında kullanılması mümkün olmayıp, dava açmak gerekir. Açılacak olan dava MK m.716/1 uyarınca tescile zorlama davasıdır.

Yasal önalım hakkına dayalı tescile zorlama davası açıldıktan sonra davalının satın aldığı payı tekrar satması halinde davacının seçimlik hakkı olduğundan, dilerse davayı yeni satın alan şahsa yöneltir, dilerse davasını tazminata dönüştürerek davalı hakkındaki davasını devam ettirir.

Tescile zorlama davasında yetkili mahkeme HMK m.12'den hareketle, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. Görevli mahkeme ise HMK m.2/1 uyarınca asliye hukuk mahkemesidir.

Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce hâkim tarafından satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerinin tespiti gerekmekte olup, tespit edilen bu bedelin hâkimin belirleyeceği yere, belirlediği sürede, nakden depo edilmesi gerekmektedir. Aksi halde davanın reddi söz konusu olur. Davalı önalım bedelinin teminat mektubu şeklinde depo edilmesine muvafakat ederse önalım bedelinin bu şekilde depo edilmesi de mümkündür.

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL** Recep, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdış Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı, İBD. C.90, S.3, Y.2016, s.121-129
- AKİPEK** Jale G./AKINTÜRK Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009
- AYAN** Mehmet, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Konya 2012
- AYDOĞDU** Murat, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara 2013
- BURCUOĞLU** Haluk, Türk Hukukunda Önalım Hakkına İlişkin Gelişmeler ve İsviçre Hukukunun Bu Gelişmelerdeki Etkileri Üzerine, (BREITSCHEMID Peter/ANSAY Tuğrul) 110 Jahre Schweizerisches ZGB 80 Jahre Türkisches ZGB, Berlin 2008
- ÇAY** Cengiz Topel, Yeni Türk Medeni Kanununun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi), YLT, İstanbul 2007
- DEMİRTABAK** Didem Akalp, Yasal Önalım Hakkı, YLT, İstanbul 2008
- DOĞRAMACI** Hayriye Şen, 6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, YÜHFD Cilt: XIII S.2, Y.2016, s.69-94.
- EREN** Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015 (Özel Hükümler)
- EREN** Fikret, Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, GÜHFD. C.XII, S.1-2, Y.2008, s.103-126.
- ERKAN** Umut Vehbi, Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/ 34 ve K. 2007/ 94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.5, S.1, Y. 2014, s.269-294.
- ERKAN** Umut Vehbi, Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı, YLT, Ankara 2006 (Yasal Önalım Hakkı)
- ERTAŞ** Şeref, Eşya Hukuku, İzmir 2015
- FEYZİOĞLU** Feyzi N. Medeni Kanunun 50.Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, Medeni Kanun 50.Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, s.147-189.
- GÜMÜŞ** Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2013
- GÜNAY** Erhan, Önalım Hakkı, Ankara 2016
- KİZİR** Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Prof.Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHFHAD, II.Cilt, Y.2016, C.22, S.3,s.1773-1796.
- KÖYLÜOĞLU** Egemen, Önalım Davası, Doktora Tezi, Ankara 2011
- MEIER-HAYOZ**, Arthur, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband, Das Grundeigentum II, Art. 680 – 701 ZGB, Bern 1975
- OĞUZMAN** M.Kemal/ **SELİÇİ** Özer/ÖZDEMİR Oktay Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2017
- ÖZÇELİK** Ş. Barış, 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi, GÜHFD., C.XIX, Y. 2015, S. 1
- ÖZDEK** Yasemin, Önalımda (Şuf'ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı, DÜHFD. S.3, Y.1985
- ÖZMEN** Etem Sabâ/AYDIN Gülşah Sinem, Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası), İBD. C.88, S.6, Y.2014, s.179-215.
- RUEGG** Jonas, Rechtsgeschäftliche Vorkaufs-rechte an Grundstücken, Zürich 2014
- SİRMEN** A.Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2014

ŞIPKA Şükran, Yargıtay Kararları Doğrultusunda Taşınmazdaki Değer Artışlarının Kanuni Önalım (Şufa) Bedeline Yansıtılması, MHAD. C.20, Y.1996, s.31-39.

WIEDERKEHR Alphons, Das Gesetzliche Vorkaufsrecht, Zürich 1936

YAVUZ Cevdet/**ACAR** Faruk/**ÖZEN** Burak, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2012

YAVUZ Cevdet/**TOPUZ** Murat, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, (Özel Sayı), 2015, C.21, S.2, s.663-700.

YÜCEL Sevtap, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, YLT, Eskişehir 2006

ZEVKLİLER Aydın/**GÖKYAYLA** Emre K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2016

E-KAYNAKLAR

emsal.yargitay.gov.tr

www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm

Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesinin Niteliği, Tarafları ve Ömür Boyu Yenileme Garantisi

The Private Health Insurance Contracts: The Legal Character, The Parties and Lifelong Renewal Guarantee

Cüneyt SÜZEL*

Öz

Özel sağlık sigortası sözleşmesine ilişkin maddi hukuk kuralları ilk kez 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülmüştür. Kanunda öngörülen az sayıda özel hükümlerin özel sağlık sigortasının sorunlarına cevap verip vermediği tartışmalıdır. Bu kapsamda örnek olarak grup sağlık sigortalarını ve sağlık sigortası sözleşmesinde uygulamada sigorta şirketleri tarafından sözleşmeye konulan ömür boyu yenileme garantisi verilebilecektir. Bu boşluk Türk mevzuatında grup sağlık sigortaları için Sağlık Sigortası Genel Şartları, ömür boyu yenileme garantisi için Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği ile doldurulmaya çalışılmaktadır. Çalışmada Türk Ticaret Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği, Sağlık Sigortası Genel Şartları ve sigorta şirketlerinin özel şartları incelenecektir. Bu inceleme ile sağlık sigortasının tüketici işlemi olup olmadığı, sözleşme kurma mecburiyetinin bulunup bulunmadığı, emeklilik şirketlerinin hukuken bu sigorta sözleşmesini kurma imkânına sahip olup olmadığı ve ömür boyu yenileme garantisine hak kazanılma koşulları ve bu hakkın kapsamı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Sigortası Sözleşmesi, Ömür Boyu Yenileme Garantisi, Grup Sağlık Sigortası, Zorunlu Sigorta, Tüketici İşlemi

Abstract

Private health insurance contract has been regulated for the first time under Turkish Commercial Code, No: 6102. It is open to debate whether the relative articles cover the problems arising from health insurance contracts. Since the articles regulating health insurance contract are few in number, legal deficit arises relating to some outstanding issues such as group health insurance contracts and lifelong renewal guarantee clauses in health insurance contracts. This work will examine the articles relating to health insurance contracts stipulated in Turkish Commercial Code, Consumer Protection Act, Regulation on Private Health Insurance Contracts, General Conditions on Health Insurance and the specific conditions rendered by insurance companies and seeks answer to the questions respectively; whether health insurance contract is a consumer transaction, is it compulsory for insurance companies to conclude a health insurance contract, whether the relative insurance contract may be concluded

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Öğretim Üyesi, cuneyt.suzel@bilgi.edu.tr.

by pension companies, and what are the conditions and the scope of the lifelong renewal guarantee rendered by insurance companies.

Keywords: Health Insurance Contract, Lifelong Renewal Guarantee, Group Health Insurance Contract, Compulsory Insurance, Consumer Transaction

I. GİRİŞ

Sağlık sigortası sözleşmesine ilişkin maddi hukuk kuralları 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (“TTK”) m. 1511 ilâ 1519’da hastalık sigortaları ile aynı başlık altında düzenlenmiştir². Hükümlerin ihtiyaca cevap verip vermediği tartışmalı olmakla birlikte³ bu alandaki ilk kanuni düzenleme olması bakımından önem taşımaktadır. Sağlık sigortası sözleşmesine ilişkin daha kapsamlı düzenleme Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği⁴ ile getirilmiştir.

TTK’da sigorta sözleşmesinin adı “sağlık sigortası”dır. Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği’nin başlığında ve m. 1 ve m. 2’de ise sigorta sözleşmesi “özel sağlık sigortası” olarak nitelendirilmiştir. Bu yönde kullanım her ne kadar TTK’da yer almasa da, bu sigortayı, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁵ m. 60 vd.’de düzenlenen “Genel Sağlık Sigortası”ndan ayırt etmek için yerinde bir kullanımdır. Özel Sağlık Sigortası Yönetmeliği m. 2’de Yönetmeliğin kapsamı belirlenmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca Yönetmelik seyahat sağlık sigortasına uygulanmamakla birlikte özel sağlık sigortasının bir çeşidi olarak sunulan tamamlayıcı ve destekleyici sağlık sigortasına ilişkin düzenleme de getirmektedir. Tamamlayıcı ve destekleyici sağlık sigortaları her ne kadar özel sağlık sigortası sözleşmesi niteliğinde de olsa genel sağlık sigortası ile de kesişmektedir. Zira, sigorta sözleşmesi tamamlayıcı ve destekleyici ismini genel sağlık sigortasını tamamlamasından almaktadır.

Yürürlükteki mevzuat uyarınca sağlık sigortası sözleşmesini genel sağlık sigortası ve özel sağlık sigortası sözleşmesi olarak ikiye ayırmak mümkündür. Genel sağlık sigortasına ilişkin ilkeler Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile öngörülmüş olup, TTK’nın sağlık sigortasına ilişkin hükümleri bu ilişkiye uygulanmaz. Özel sağlık sigortasını ise kendi içinde üçe ayırmak mümkündür. Söz konusu ayırım sırasıyla, ihtiyari sağlık sigortası, tamamlayıcı ve destekleyici özel sağlık sigortası ile seyahat sağlık sigortası olarak yapılabilecektir. Bu çalışmanın

1 Kanun No: 6102, RG T: 14/2/2011, Sayı: 27846.

2 Sağlık sigortası sözleşmesinin Kanun’da sistematik olarak doğru yerde düzenlenmediği, sigorta sözleşmesinin pasif niteliğinde zarar sigortası olduğu ve zarar sigortasına ilişkin hükümlerde bu sigorta sözleşmesine yer verilmesinin isabetli olacağı hakkında bkz. **Mertol Can**, Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), Cilt I, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Dairesinde Hazırlanmış Yeni Bası, Ankara 2018, s. 207.

3 Türk özel sağlık sigortasına ilişkin TTK düzenlemesinin, bu sigortanın ülkemizdeki temel işlevinin ne olacağını saptayarak getirilmediği hakkında bkz. **Samim Ünan**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt III, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler, İkinci Bölüm: Can Sigortaları (Madde 1487-1520), s. 390.

4 RG T: 23/10/2013, Sayı: 28800. Yönetmelik hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Ünan**, Şerh, Cilt: III, s. 465 vd.

5 Kanun No: 5510, RG T: 16/6/2006, Sayı: 26200.

amacı özel sağlık sigortasının taraflarının, ömür boyu yenileme garantisine hak kazanma koşullarının ve bu garantinin kapsamının ortaya konulmasıdır. Çalışmada ayrıca sözleşmenin mevzuat çerçevesinde zorunlu sigorta niteliğinde olup olmadığı da ortaya konulacaktır. Seyahat sağlık sigortalarında ömür boyu yenileme garantisine ilişkin bir uygulama bulunmadığından söz konusu sigorta sözleşmesi için bu konuda herhangi bir değerlendirme yapılmayacaktır.

II. SAĞLIK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN TÜKETİCİ İŞLEMİ OLUP OLMADIĞI

Özel sağlık sigortasının ana teminatı kişinin hastalık yahut kaza sonrasında tedavi masraflarının karşılanmasıdır⁶. Seyahat sağlık sigortası ise seyahat edenleri seyahatleri sırasında maruz kalabilecekleri sağlık rizikolarına karşı koruyan sigorta sözleşmesidir⁷.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (“TKHK”)⁸, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsamına dâhil etmektedir [m. 2]. Tüketici ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır [m. 3 f. 1 b. (k)]. Tüketici işlemi tanımının içinde sigorta sözleşmesine de yer verilmiştir [m. 3 f. 1 b. (l)]. Tüketici işlemi mal ve hizmet piyasalarında ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden yahut onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan sözleşme olarak ifade olunmuştur⁹.

6 Özel sağlık sigortası sözleşmesinin teminatlarının açıklandığı en kapsamlı çalışma için bkz. **Ünan**, Şerh, Cilt: III, s. 404 vd. 6102 sayılı Kanun kapsamında diğer değerlendirmeler için bkz. **Can**, s. 208; **Fikriye Gonca Öcalan**, “Sağlık Sigortası”, Mustafa Topaloğlu/Mutlu Dinç (edt.), Sigorta Davaları, İstanbul 2018, s. 1519 vd. 6102 sayılı TTK öncesi dönem için bkz. **Işıl Ulaş**, Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, 2. Bası, Ankara 2002, s. 203 vd.; **Sevilay Eroğlu**, Hastalık Sigortası Sözleşmesinin Kurulmasında İhbar Külfeti, Ankara 2005, s. 15 vd.

7 Açıklama için bkz. **Öcalan**, s. 1512.

8 Kanun No: 6502, RG T: 28/11/2013, Sayı: 28835. Sigorta sözleşmelerinin TKHK kapsamında değerlendirildiği en kapsamlı çalışma için bkz. **Samim Ünan**, Sigorta Tüketici Hukuku, İstanbul 2016. Ayrıca bkz. **Rayegân Kender**, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku: Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi, Güncelleştirilmiş On Altıncı Baskı, İstanbul 2017, s. 118 vd.; **Evrin Akgün**, “6052 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Sigorta Sözleşmelerine Etkisi Üzerine Bir İnceleme”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2014, s. 2721 vd.; **Ahmet Karayazgan**, Sigortanın Mesafeli Satışı (E-Sigorta), İstanbul 2018, s. 157 vd.; **Dursun Saat**, “Tüketici İşlemi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmeleri ve Bu Kapsamda Sigorta Tahkim Komisyonunun Rolü”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, III. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 2455 vd.

9 TKHK anlamında tüketici işlemi değerlendirmesi için bkz. **Şebnem Akipek**, “Madde-3 Tanımlar”, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerh, edt: Hakan Tokbaş / Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s. 57-58; **Mustafa Alper Gümüş**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (madde: 1-46), İstanbul 2014, s. 9-10; **Ahmet Karakocalı / Ali Suphi Kurşun**, Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), İstanbul 2015, s. 14-29; **Murat Aydoğdu**, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 59-63; **Sezer Çabri**, 6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, s. 15-22; **Aydın Zevkçiler / Çağlar Özel**, Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2016, s. 79-88.

Tanım, TKHK’da tüketici işlemi olarak yer verilen sigorta sözleşmesi özelinde yeniden gözden geçirildiğinde sigorta şirketi¹⁰ yahut onun sözleşme kurmaya yetkili acentesi ile¹¹ ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi arasında kurulan sigorta sözleşmesi bir tüketici işlemi niteliğindedir. Sigorta sözleşmesini bir sigorta şirketi ile yahut onun sözleşme kurmaya yetkili acentesi ile kuran kişi sigorta ettirendir¹². Ancak, sağlık sigortasında sigortalı olabilir menfaati sözleşmeye konu edilen kişi sigortalı sıfatını alacaktır¹³. Diğer bir ifadeyle, sigorta ettiren sıfatı ile sigortalı sıfatının aynı kişi üzerinde birleşmesi her zaman söz konusu olmayabilecektir.

Bu bilgiler doğrultusunda, özel sağlık sigortası sözleşmesinin ve seyahat sağlık sigortası sözleşmesinin ticari yahut mesleki bir amaçla kurulan bir sigorta sözleşmesi olmadığını söylemek mümkündür. Bireysel sağlık sigortaları TKHK m. 3 f. 1 b. (I) anlamında tüketici işlemidir. Grup sağlık sigortalarında¹⁴, grup üyeleri sigortalılar lehine söz gelimi bir işyerinin kurduğu sağlık sigortalarında sözleşmeyi kuran kişinin ticari yahut mesleki bir amaçla hareket ettiğini söylemek mümkündür. İşyerinin çalışanları lehine kurduğu sağlık sigortasının, çalışanları için maaşın yanında tıpkı yemek masrafı gibi ek bir yan hak sağlanması amacıyla yaptırıldığı söylenebilecektir. Dolayısıyla, aslında sözleşmeyi sigorta ettiren sıfatıyla kuran kişi kurduğu sağlık sigortası anlamında tüketici değildir¹⁵.

TKHK m. 3 f. 1 b. (I) düzenlemesi “sözleşmeyi kuran kişi”nin mesleki yahut ticari amaçla hareket etmemesini aradığı için söze dayalı bir yorumla bu sigorta sözleşmesinin TKHK anlamında bir tüketici işlemi olmadığını söylemek mümkün olabilecektir¹⁶. Ancak, grup sağlık sigortasında söz

10 TKHK m. 3 f. 1 b. (I)’de yer verilen mal ve hizmet piyasalarında ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden tüzel kişiye karşılık gelmektedir.

11 TKHK m. 3 f. 1 b. (I)’de yer verilen “... adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi” ibaresine karşılık gelmektedir.

12 Sigorta ettiren sıfatının sağlık sigortası kapsamında değerlendirilmesi için bkz. aşa. IV B.

13 Sigortalı sıfatının sağlık sigortası kapsamında değerlendirilmesi için bkz. aşa. IV B.

14 Açıklama için bkz. aşa. IV B.

15 Grup sigortalarında sigorta sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilip edilmemesi bakımından sigorta ettirenin değil sigortadan faydalanan sigortalıların dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. **Ömer Özkan / Ahmet Karayazgan**, 6502 Sayılı Tüketici Kanununun Sigortacılık Faaliyetine Etkileri (AB Hukuku ile Karşılaştırmalı) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Yaşar Gürbüz’e Armağan, Cilt: XI, Sayı: 2 (2014), Cilt XII, Sayı: 1 (2015), s. 298.

16 AKGÜN, 4077 sayılı mülga TKHK tanımında yer alan “hizmeti kullanan yahut yararlanan kişiler” ibaresine 6502 sayılı TKHK m. 3’te yer verilmemesinden yola çıkarak yalnızca sigorta ettirenin TKHK anlamında tüketici sayılacağı, sigortalı, lehtar yahut zarar gören kişi sigorta sözleşmesinin tarafı olmadıklarından onların tüketici olup olmasının işlemin tüketici işlemi olup olmadığına etkisi bulunmadığı sonucuna varmıştır, bkz. **Akgün**, s. 2721-2722. ÜNAN ise, konunun tartışmaya açık olduğunu ve sigorta sözleşmesinden yararlanan kişinin tüketici olduğu ve bu hususun sigortacı tarafından bilindiği bir kurguda tüketiciyi koruyucu bazı hükümlerin asgari seviyede de olsa uygulanmasının savunulabileceği sonucuna varmıştır, bkz. **Ünan**, Sigorta Tüketici, s. 6. Sigortalı ve lehtarın sigorta sözleşmesinden kaynaklı hak ve yükümlülükleri bulunduğu ve sözleşmenin ilgisi oldukları, bu sebeple sigorta ettiren TKHK anlamında tüketici olmasa bile yararlanan kişinin tüketici olmasının işlemi tüketici işlemi olarak nitelendirilmesinde yeterli sayılması gerektiği hakkında bkz. **Karayazgan**, E-sigorta, s. 158. Sigortadan faydalanan kişilerin tüketici sayılmasının yeterli olduğu hakkında bkz. **Kender**, Hususi Sigorta, s. 120; **Rayegan Kender**, “Sigorta Hukukunda Tüketicinin Korunması”, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 2, 2011 – Cilt: IX, Sayı: 1, 2012, s. 10; **Zevkililer/Özel**, s. 83’te tüketici

konusu sözleşmeden doğan teminatları kullanma hakkı sigortalılara aittir. Sigorta sözleşmesinin teminatları da göz önünde tutulduğunda amaca dayalı yorumla, sigorta sözleşmesi özelinde TKHK m. 3 f. 1 b. (l) hükmünün lehine sigorta sözleşmesi kurulan kişi olarak anlaşılması ve sözleşmeden yararlanan kişinin TKHK m. 3 f. 1 b. (k) anlamında tüketici sıfatına sahip olması, sigorta sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi için yeterli olmalıdır¹⁷.

Sağlık sigortasının tüketici işlemi niteliğinde olması, sözleşmenin TKHK'nın uygulama alanına girmesi ve orada düzenlenen konulara tâbi olması anlamına gelecektir. Söz gelimi, tüketici sözleşmesindeki haksız şartlara ilişkin TKHK m. 5 düzenlemesi, satıştan kaçınmaya ilişkin m. 6 hükmü¹⁸, finansal hizmetlere ilişkin m. 49 düzenlemesi uygulama alanına girecektir¹⁹. Ne var ki, TKHK sigorta sözleşmesinin kuruluşu, tarafların hakları ve borçları ve külfetlerine ilişkin düzenleme içermemektedir. TKHK'da aksine düzenleme bulunmadığı hâllerde TTK'nın sigorta sözleşmesine ilişkin hükümleri sağlık sigortası hakkında şüphesiz uygulama alanı bulacaktır.

TKHK m. 73²⁰, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemelerini görevli kılmıştır. Hüküm sigorta sözleşmesi özelinde şu şekilde okunabilecektir: "sigorta sözleşmesi ile sigorta ettiren, sigortalıya yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevli kılınmıştır". Hüküm sözüne göre yorumlandığında, tüketici sigortası niteliğindeki bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların neredeyse tamamının tüketici mahkemesi önünde görülmesi sonucuna yol açacaktır²¹. Ancak, hükmün bu şekilde yorumlanmaması ve tüketici mahkemelerinin görevinin sınırı TKHK'da yer alan düzenlemelerle sınırlı tutulması amaca uygun olacaktır. Söz gelimi, özel sağlık sigortası sözleşmesinin özel şartlarında yer alan bir kaydın haksız şart niteliğinde olup olmadığı tüketici mahkemesinin görev alanına girecek iken, sigorta şirketinin tazminat ödemediği temerrüde düşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın Ticaret Mahkemeleri'nin görev alanına girmesi yerinde olacaktır²². Öte yandan Sigortacılık Kanunu ("SCK") m. 30 f. 14 uyarınca,

sözleşmesinde tüketicinin bir malı edinen ve kullanan veya hizmetten yararlanan konumunda olması gerektiği açıklanmıştır.

17 Türk mevzuatında yer alan "Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik" (RG T: 25/4/2014, Sayı: 28982) dikkate alındığında Türk mevzuatında sigorta sözleşmesini kuran kişinin değil, sözleşmeden yararlanan kişinin tüketici olmasının sigorta ilişkisinin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi şeklinde yorumlandığı da söylenebilecektir.

18 Bkz. aşa. III C.

19 Sigorta sözleşmesinin esaslı olarak TTK'da düzenlendiği, TKHK anlamında sigorta sözleşmesinin tüketici işlemi sayılmasının TKHK'nın tüm hükümlerinin sigorta sözleşmesine uygulanması anlamına gelmeyeceği, sigorta sözleşmesine uygulanabilecek olan TKHK hükümlerinin sayıca çok az olduğu hakkında bkz. **Kender**, Hususi Sigorta, s. 121. Sigorta sözleşmelerine TKHK hükümlerinin uygulanmasına gerek olup olmadığına yönelik değerlendirme için bkz. **Ünan**, Sigorta Tüketici, s. 3-4.

20 Hükümün sigorta sözleşmeleri dikkate alınarak değerlendirilmesi için bkz. **Ünan**, Sigorta Tüketici, s. 240; **Oğuz Caner**, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Özel Sigorta Sözleşmelerine Etkisi", Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2014, s. 2507; **Saat**, s. 2457 vd. TKHK m. 73 hakkında genel değerlendirme için bkz. **Ejder Yılmaz / Ertan Yardım**, "Madde-73: Tüketici Mahkemeleri", Millî Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerh, edt: Hakan Tokbaş / Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s. 1184 vd.; **Çabri**, s. 1039 vd.; **Zevkliler/Özel**, s. 490 vd.

21 Bu yönde bkz. **Zevkliler/Özel**, s. 490; **Çabri**, s. 1043; **Yılmaz/Yardım**, s. 1193; **Ünan**, Sigorta Tüketici, s. 240.

22 TKHK'da tüketici işlemi olarak kabul edilen taşıma sözleşmesi bakımından bu konu AKSOY tarafından kapsamlı

Mahkeme'ye ve TKHK'nın hükümleri uyarınca Tüketici Hakem Heyetine intikal etmemiş ve sigorta şirketine yöneltilen uyuşmazlıklarda Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru yolu açıktır. Söz konusu yargı yolu alternatif yargı yolu olduğu için ister tüketici işlemi olsun ister olmasın sigorta sözleşmesinden kaynaklanan ve sigorta şirketine yöneltilen talepler Tahkim Komisyonu önünde görülebilecektir²³.

III. SAĞLIK SİGORTASININ ZORUNLU SİGORTA OLUP OLMADIĞI

A. SİGORTACILIK KANUNU

Cumhurbaşkanı'nın²⁴, kamu yararı açısından gerekli gördüğü hâllerde zorunlu sigortalar ihdas edebileceği SCK m. 13 f. 1 c. 1'de öngörülmüştür²⁵. Özel sağlık sigortası Türk Hukuku'nda SCK m. 13 anlamında bir zorunlu sigorta değildir. Kişilerin Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu uyarınca sigortalı olup olmaması, özel sağlık sigortası edinmeleri bakımından bir önkoşul değildir. Diğer bir ifadeyle, özel sağlık sigortası, genel sağlık sigortasının alternatifi olarak yasa koyucu tarafından kurgulanmamış²⁶, tamamen isteğe bağlı kurulan bir sigorta sözleşmesi niteliğindedir.

B. SEYAHAT SAĞLIK SİGORTASI

Türk Hukuku söz konusu olduğunda seyahat sağlık sigortası da zorunlu bir sigorta değildir. Ancak, Türkiye'de yerleşik kişilerin yurtdışına seyahat etmelerinin ön koşulu bazı ülkeler için vize alınmasıdır. Örneğin, Schengen Vizesi edinilmesine ilişkin hususlar 810/2009 nolu AB Tüzüğü²⁷

bir şekilde değerlendirilmiş ve yazar taşıma ve sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların Asliye Ticaret Mahkemeleri'nde görülmesinin uygun olacağı sonucuna varmıştır, bkz. **Sami Aksoy**, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXXI, Sayı: 2, 2015, s. 328.

- 23 İstanbul Bilgi Üniversitesi tarafından 26/4/2014 tarihinde düzenlenen Yeni Tüketici Hukuku Konferansı'nda bu sorun tarafımdan gündeme getirilmiş ve tebliğ sunan Sayın Evrim Erişir, TKHK ile tüketici hakem heyetinin faaliyetine giren uyuşmazlıklarda sigorta tahkiminin kapatılmadığı görüşünde bulunmuştu, bkz. **M. Murat İnceoğlu (derleyen)**, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, İstanbul 2015, s. 138, 139'da yer alan genel görüşme tutanakları, aynı yönde **Saat**, s. 2468.
- 24 Sigortacılık Kanunu m. 13 f. 1 c. 1'de yer alan "Bakanlar Kurulu" ibaresi "Cumhurbaşkanı" şeklinde 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 182 nci maddesiyle değiştirilmiştir.
- 25 Zorunlu sigortaların nitelik ve özellikleri hakkında bkz. **Merih Kemal Omağ**, "Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış", "Zorunlu Sigortalar Paneli" (19 Kasım 1993), Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 1994, s. 10 vd.; **Kender**, Hususi Sigorta, s. 210; **F. Dilek Kabukçuoğlu Özer**, Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012, s. 13; **Samim Ünan**, "Yeni Zorunlu Sorumluluk Sigortaları Öngörülürken Dikkate Alınması Gerekliliği Olan Hukuk İlkeleri, Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış", "Zorunlu Sigortalar Paneli" (19 Kasım 1993), Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 1994, s. 42 ilâ 47, 53 vd.; **Tamer Bozkurt**, Sigorta Hukuku, İstanbul 2017, s. 89 vd. **Can**, s. 19 vd.
- 26 Bu yönde düzenleme için bkz. 2007 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (*Versicherungsvertragsgesetz*) m. 193 f. 3. Düzenleme hakkında kapsamlı bilgi için bkz. **Bach/Moser**, Private Krankenversicherung, Kommentar zu den MB/KK-und MB/KT, 5. Auflage, München 2015, s. 153 vd.
- 27 Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas, Official Journal of the European Union, 15/9/2009, L: 243/1.

ile düzenlemiştir. Tüzük m. 15 seyahat sağlık sigortasına ilişkindir. Buna göre, vize başvurusunda bulunan kişiler, tıbbi sebeplerle yurda iade edilme, acil tıbbi müdahale ve/veya hastanede acil müdahale yahut ölüm hâlinde oluşacak masraflar için²⁸ [m. 15 f. 1] asgari 30.000 EURO sigorta bedelli²⁹ [m. 15 f. 3] sağlık sigortası kurmak zorundadır. Vize başvurusunda sigorta sözleşmesinin bu teminatların hepsini içerip içermediği, özellikle tıbbi sebeple yahut ölüm hâlinde yurda iade teminatlarının yer alıp almadığı incelenmektedir. Bir kişinin sağlık sigortasının teminatının coğrafi sınırları yurtdışını kapsamaması hâlinde bile, çoğu sağlık sigortasında yurda iade teminatı öngörülmediği yahut ayakta tedavi ya da yatarak tedavide sigortalının belirli oranda tedavi masraflarına katılımı arandığı için, bu sözleşmeler AB Tüzüğü'nde öngörülen koşulları karşılamamakta ve Konsolosluklar tarafından kabul edilmemektedir.

Çoklu giriş Schengen vizesi başvurusu söz konusu olduğunda, ilk girişte kalınacak süre için sigorta sözleşmesi sunulması ancak başvuran kişinin vize başvurusu ile birlikte bir beyan formu imzalayarak sonraki girişlerinde de, bu sigorta sözleşmesini edinmesi gerektiğinin farkında olduğunu beyan etmesi aranmaktadır [m. 15 f. 2]³⁰.

Sigorta sözleşmesi edinme mecburiyetinden bazı meslek grupları (örnek olarak gemiadamları verilmiştir) ve diplomatik pasaport sahipleri muaf tutulmuştur. Buna göre, yeşil pasaport sahipleri, her ne kadar, bazı Avrupa Ülkeleri söz konusu olduğunda vizeden muaf olsalar da 30.000 EURO asgari bedelli seyahat sağlık sigortası kurmak zorundadır. Görüldüğü üzere, her ne kadar Türk Hukuku uyarınca seyahat sağlık sigortası bir zorunlu sigorta olmasa da söz konusu zorunluluk yabancı ülke mevzuatında olduğu ve ülkeye giriş için önkoşul olarak arandığı takdirde, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları bu sigortayı kurmak zorunda olacaktır. SCK m. 15 f. 2³¹ uyarınca Türkiye'de yerleşik kişiler bu sigortayı ister Türk Sigorta Şirketleri'nden isterlerse yabancı sigorta şirketlerinden edinebilecektir.

C. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN ANLAMINDA

TKHK'nın sigorta sözleşmesini tüketici işlemi olarak kabul etmesi TKHK hükümlerinin sigorta sözleşmesine de uygulanması sonucunu doğurmuştur. TKHK m. 6'nın³² başlığı

28 Hükümün resmi İngilizce metni şu şekildedir: “*Applicants for a uniform visa for one or two entries shall prove that they are in possession of adequate and valid travel medical insurance to cover any expenses which might arise in connection with repatriation for medical reasons, urgent medical attention and/or emergency hospital treatment or death, during their stay(s) on the territory of the Member States.*”

29 Hükümün resmi İngilizce metni şu şekildedir: “*The insurance shall be valid throughout the territory of the Member States and cover the entire period of the person's intended stay or transit. The minimum coverage shall be EUR 30 000.*”

30 Hükümün resmi İngilizce metni şu şekildedir: “*In addition, such applicants shall sign the statement, set out in the application form, declaring that they are aware of the need to be in possession of travel medical insurance for subsequent stays.*”

31 Sigortacılık Kanunu m. 15 hakkında bkz. **Kabukçuoğlu Özer**, s. 213; **Kender**, Hususi Sigorta, s. 218.

32 TKHK m. 6 f. 2 hakkında bkz. **Çağlar Özel**, “Madde-6: Satıştan Kaçınma”, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerh, edt: Hakan Tokbaş / Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s. 172 vd.; **Gümüş**, s. 77; **Çabri**, s. 148; **Zevkliler/Özel**, s. 135. Söz konusu hükmün ayrıntılı olarak incelendiği çalışma için bkz. **Ece Baş Süzel**, “Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:

“Satıştan kaçınma”dır. Hükmün ikinci fıkrası hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamayacağını öngörmektedir. Sigorta sözleşmesi TKHK m. 49 anlamında finansal hizmet sözleşmesidir. TKHK m. 6 f. 2’yi şu şekilde okumak mümkün olabilecektir: [sigortacı] sigorta sözleşmesi kurmaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınmaz³³.

Yukarıda özel sağlık sigortasının SCK m. 13 f. 1 c. 1 anlamında zorunlu sigorta olmadığı tespit edilmişti. Bir sigorta sözleşmesinin zorunlu sigorta sözleşmesi olarak kabul edilmesi, sigorta şirketine o branşta ruhsatı bulunması kaydıyla kendisine yapılan öneriyi kabul etme yükümlülüğü getirmektedir [SCK m. 13 f. 1 c. 2]. Görüldüğü üzere, TKHK m. 6 f. 2’nin isteğe bağlı sigorta sözleşmeleri bakımından sigorta şirketi hakkında vardığı sonuç, büyük ölçüde SCK m. 13 f. 1 c. 2 ile aynıdır. TKHK m. 6 f. 2’nin bu şekilde yorumlanması hâlinde isteğe bağlı olarak kurulan özel sağlık sigorta sözleşmesini sigorta şirketi haklı bir sebep olmaksızın kurmaktan kaçınmayacaktır. TKHK haklı sebebin hangi anlama geldiğini tanımlamadığı gibi gerekçesinde de herhangi bir açıklama yapmamıştır³⁴. TKHK m. 6 f. 2’nin değerlendirildiği çalışmalarda sözleşme özgürlüğünün özel hukukun asli ilkesi olduğu ve bunun da göz önünde tutularak haklı sebep istisnasının çok dar yorumlanmaması ve her somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerektiği öngörülmektedir³⁵. TKHK m. 6 f. 2’yi sigorta sözleşmesi özelinde değerlendiren çalışmalarda özellikle sağlık sigortası sözleşmesine yönelik açıklamalarda bulunulmuş ve sigorta şirketinin asli borcunun riziko taşımak olduğu göz önünde tutulduğunda rizikonun yüksek olmasının sözleşme kurmaktan kaçınmak için sigortacı lehine haklı sebep teşkil etmeyeceği sonucuna varılmıştır³⁶. TKHK m. 6 f. 2 sonuç olarak her ne kadar SCK m. 13 f. 1 c. 2 ile aynı yönde sonuç doğuruyor gibi gözükse de en önemli farkı sözleşmenin hangi koşullarla kurulacağına ortaya çıkar. Zira zorunlu sigortalarda ödenecek primi kontrol etme ve düzenleme yetkisi Hazine Müsteşarlığı’nın bağlı olduğu Bakan’a aittir [SCK m. 12 f. 1 c. 2]. TKHK m. 6 f. 2 uyarınca rizikonun yüksekliğinin her ne kadar sigortacının sözleşme kurma iradesine etki etmediği sonucuna varılsa da rizikonun yüksek olmasının doğrudan etkisi primin de yüksek olmasında kendisini gösterecektir³⁷. Ne var ki, bu husus sigorta şirketleri tarafından tüketicinin sözleşme kurmasını engelleyeceği bir araç olarak kullanılmamalıdır. Kanaatimce yürürlükteki mevzuat çerçevesinde ömür boyu yenileme garantisinin tanındığı bir sağlık sigortası sözleşmesindeki koruma TKHK m. 6 f. 2’den daha fazladır. Zira aşağıda da açıklanacağı üzere³⁸ sigorta şirketi bu yönde garantinin verildiği sigorta sözleşmelerinde hasar/prim oranında dahi prim artışına gidemeyecektir.

13, Sayı: 167-168, Temmuz-Ağustos 2018, s. 9 vd.

33 TKHK m. 6 f. 2’nin sigorta sözleşmeleri özelinde değerlendirildiği çalışmalar için bkz. **Ünan**, Sigorta Tüketicisi, s. 42 vd.; **Akgün**, s. 2732 vd.; **Özkan/Karayazgan**, s. 302; **Baş Süzel**, s. 23.

34 **Zevkliler/Özel**, s. 135; **Özel**, s. 173; **Baş Süzel**, s. 21.

35 **Zevkliler/Özel**, s. 135.

36 Bkz. **Ünan**, Sigorta Tüketicisi, s. 42; **Akgün**, s. 2734, **Baş Süzel**, s. 24.

37 Bkz. **Ünan**, Sigorta Tüketicisi, s. 42. Rizikonun fiyatlandırılabilirliği hâllerde, primin fahiş derecede artırılması ya da yeni kurulan sözleşmede fahiş prim belirlenmesinin, TKHK m. 6’dan doğan sözleşme kurma zorunluluğu kuralının dolanılması anlamına geleceği hakkında bkz. **Baş Süzel**, s. 27.

38 Bkz. aşa. V B 2 e.

IV. SAĞLIK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

A. SİGORTA ŞİRKETİ

1. Sigortacılık Kanunu Anlamında Hangi Grupta Yer Aldığı

SCK m. 5 f. 2 uyarınca sigorta şirketleri hayat ve hayat dışı sigorta gruplarından sadece birinde faaliyet gösterebilir³⁹. Bu gruplarda yer alan sigorta branşları Bakan tarafından belirlenir. Bu yönde belirleme Sigorta Branşlarına İlişkin Tebliğ⁴⁰ ile yapılmıştır. Tebliğ'in ekinde sigorta branşlarına yer verilmiş ve sigorta branşları, hayat dışı ve hayat grupları altında sıralanmıştır. Tebliğ'de sağlık, hastalık branşı ile birlikte aynı branş altında düzenlenmiş ve hayat-dışı grubun 2 nolu, hayat grubunun ise 7 nolu branşı olarak öngörülmüştür.

Sağlık branşı her iki grup altında da ortak branş olarak sayıldığından bugün Türkiye'de faaliyet gösteren ve sağlık branşında ruhsat almış olan hayat ve hayat-dışı grupta faaliyet gösteren sigorta şirketleri ile bu sözleşme kurulabilecektir⁴¹. Türkiye'de hayat grubunda faaliyet gösteren sigorta şirketi sayısı düşüktür⁴². Bunun asli sebebi Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'dur⁴³ ("Emeklilik Kanunu"). Zira, bu Kanun, Hayat Grubu'nda faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin kendisini emeklilik şirketi olarak değiştirmesine imkân vermiştir. Bugün Türkiye Sigorta Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği'nin ("TSB") resmî web-sitesine⁴⁴ bakıldığında ticaret unvanında "hayat ve emeklilik" yahut yalnızca "emeklilik" ibaresinin bulunduğu şirket sayısının yalnızca "hayat" bulunandan çok daha fazla olduğu görülmektedir.

Emeklilik şirketleri, sigorta şirketi olmamalarına rağmen Emeklilik Kanunu'nun 8'inci maddesindeki özel düzenleme sebebiyle bazı sigorta branşlarında ruhsat almak ve sigorta sözleşmesi kurmak imkânına sahiptir. Emeklilik Kanunu m. 8 f. 1 c. 2 uyarınca, Emeklilik şirketi emeklilik branşının yanında, hayat ve ferdi kaza sigortaları branşlarında da ruhsat alabilecektir. Hükmün sözünden de anlaşıldığı üzere emeklilik şirketi hayat branşı ve ferdi kaza branşında ruhsat alabilir. Hayat branşı, hayat grubunun 1 nolu branşı, ferdi kaza ise hayat grubunun 6 nolu, hayat-dışı grubun ise 1 nolu branşıdır. Görüldüğü üzere, Emeklilik Kanunu 8'inci maddesinde

39 Sigortacılık Kanunu m. 5 f. 2 hakkında bkz. **Kabukçuoğlu Özer**, s. 78 vd.

40 Sigorta Branşlarına İlişkin Tebliğ (2007/1), RG T: 11/7/2007, Sayı: 26579. Bu Tebliğ, Sigorta Branşlarına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2007/1)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (RG T: 1/10/2014, Sayı: 29136) ile değiştirilmiştir. Tebliğ hakkında bkz. **İrem Aral**, "Türk Hukuku ve Avrupa Birliği Direktifleri Uyarınca Hayat Dışı Sigorta Şirketlerinin Kurulma ve Faaliyete Geçme Aşamasında Denetimi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 3, 2008, s. 62; **Ahmet Karayazgan**, Ana Hatlarıyla Özel Sigorta Hukuku, İstanbul 2016, s. 59 vd.

41 2017 yılında sağlık branşında faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin hepsinin kâr ettiği ve toplam teknik kârın 355.145.075 TL olduğu görülmektedir, bkz. <https://tsb.org.tr/resmi-istatistikler> (e.t.: 3/10/2018).

42 TSB'nin resmî internet sitesinde yer alan 2017 yılı sonu istatistiklerinde sağlık sigortası kuran ve hayat grubuna dâhil şirketlerin Acıbadem Sağlık ve Hayat Sigorta A.Ş., BNP Paribas Cardif Hayat Sigorta A.Ş., Demir Hayat Sigorta A.Ş. ve Mapfre Yaşam Sigorta A.Ş. ile sınırlı olduğu görülmektedir, bkz. <https://tsb.org.tr/resmi-istatistikler.aspx?pageID=909> (e.t.: 3/10/2018).

43 Kanun No: 4632, RG T: 7/4/2001, Sayı: 24366.

44 <https://www.tsb.org.tr/> adresinde TSB/Üye Şirketler/Hayat ve Emeklilik Şirketleri sekmesinden bu bilgiye erişim mümkündür (e.t.: 3/10/2018).

sağlık branşına atıf yapmamıştır. Dolayısıyla, Emeklilik Şirketleri'nin sağlık sigortası kurmalarının mevzuat uyarınca mümkün olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Ne var ki, son zamanlarda basında çıkan haberlerde Emeklilik Şirketleri'nin de sağlık sigortası teminatı verebileceği belirtilmektedir⁴⁵. Bu bilginin yasal dayanağı araştırıldığında 19/8/2016 tarihli "29.09.2007 Tarih ve 2007/11 Sayılı Genelge'de⁴⁶ Değişiklik Yapılması Hakkındaki" Hazine Müsteşarlığı Genelgesi⁴⁷ ile bu hususun düzenlendiği görülmektedir. 2007/11 sayılı Genelge par. 10'da Emeklilik Kanunu m. 8 uyarınca emeklilik şirketlerinin kaza branşının (hayat grubu 6 nolu branşı) yanında hayat (hayat grubu 1 nolu branşı), evlilik/doğum (hayat grubu 2 nolu branşı), yatırım fonlu sigorta (hayat grubu 3 nolu branşı) ve sermaye itfa sigortası (hayat grubu 4 nolu branşı) branşında ruhsat alabileceği öngörülmektedir. Aynı paragrafın ikinci cümlesinde Emeklilik Şirketleri'nin hastalık/sağlık branşında faaliyet göstermesinin mümkün olmadığı ve bu branşta yer alan teminatların ek teminat olarak bile veremeyeceği açıklanmıştır. Müsteşarlık, 2016/30 Sayılı Genelgesi ile 2007/11 Sayılı Genelge par. 10'da değişikliğe gitmiştir. Genelge, par. 10 f. 1 uyarınca emeklilik şirketlerinin Emeklilik Kanunu m. 8 uyarınca hayat grubu sigorta branşlarında ruhsat alabileceği, hayat branşında ruhsatı bulunması kaydıyla, tehlikeli hastalıklar ve sürekli sakatlık teminatlarını başka bir koşul aranmaksızın verebileceklerini belirtmektedir. Müsteşarlık aynı Genelge'de açıkça Emeklilik Şirketleri'nin hastalık/sağlık branşında ruhsat almalarının imkân dâhilinde olduğunu belirtmektedir.

Emeklilik Kanunu m. 8'de emeklilik şirketlerinin yalnızca hayat yahut kaza branşında ruhsat alabilecekleri öngörülmüştür. Bu iki branş, hayat grubu branşlarından yalnızca ikisidir. Hayat grubunda toplam 7 branş vardır. Emeklilik Kanunu'nun sözünden emeklilik şirketlerinin diğer 5 branşta faaliyet gösteremeyeceği ve ruhsat başvurusunda bulunamayacağı açıktır. Ne var ki, Müsteşarlık, ilk olarak, 2007/11 nolu Genelgesi'nde yukarıda belirtildiği üzere hayat grubunun 2, 3 ve 4 nolu branşında da emeklilik şirketlerinin ruhsat alabileceğini öngörmüştür. Diğer bir ifadeyle, hayat grubunda yer alan hastalık/sağlık branşı dışındaki tüm branşlarda emeklilik şirketinin ruhsat başvurusunda bulunmasının ve faaliyete geçmesinin önü açılmıştır. Daha sonra, Müsteşarlık, 2016/30 Sayılı Genelgesi ile birlikte emeklilik şirketlerinin hastalık/sağlık branşında da ruhsat alabileceklerini düzenlemiştir. Diğer bir ifadeyle, bu düzenleme ile birlikte emeklilik şirketi, hayat grubunda yer alan tüm branşlardan ruhsat almak ve bu sigorta sözleşmelerini kurmak imkânına sahip olmuştur⁴⁸. Müsteşarlık, Emeklilik Kanunu'nun 8'inci maddesini "hayat grubu" olarak yorumlamıştır. Ne var ki, Emeklilik Kanunu açıkça hayat ve kaza branşı ifadesini

45 Örneğin Hürriyet Gazetesi'nin 23/10/2017 tarihli haberi için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/besciler-saglikci-oluyor-40619373> (e.t.: 3/10/2018).

46 2007/11 sayılı Genelge metni için bkz. <https://tsb.org.tr/genelge-teblig-ve-sektor-duyurulari.aspx?pageID=550#485> (e.t.: 3/10/2018).

47 2016/30 sayılı Genelge metni için bkz. <https://tsb.org.tr/images/Documents/Teknik/2016-30%20say%C4%B1%C4%B1%20genelge.pdf> (e.t.: 3/10/2018).

48 Nitekim sağlık sigortasına ilişkin 2018 yılı istatistikleri incelendiğinde FİBA Emeklilik ve Hayat A.Ş., Katılım Emeklilik ve Hayat A.Ş.'nin 2018 yılının ilk üç ayı içinde sağlık sigortası sözleşmesi kurdukları görülmektedir. 2018 yılının ilk üç ayı içinde toplam 584.016 özel sağlık sigortası sözleşmesi kurulmuş ve bunlardan 571.137 tanesi hayat dışı gruba ait sigorta şirketleri tarafından 12.879 tanesi ise hayat ve emeklilik şirketleri tarafından kurulmuştur, bkz. <https://tsb.org.tr/resmi-istatistikler> (e.t.: 3/10/2018).

kullanılmaktadır. Hayat branşı, hayat grubunun branşlarından yalnızca bir tanesidir. Kanaatimce, Emeklilik Kanunu m. 8'in açık düzenlemesi karşısında Müsteşarlık Genelgesi Kanun'a aykırıdır. Bir Genelge ile Kanun değişikliğine hukuken gitmek mümkün olmadığından Emeklilik Kanunu m. 8 değiştirilene kadar, Müsteşarlık uygulamasının Kanun'a aykırı olduğunu söylemek mümkündür.

2. Sigorta Sözleşmesinin Türkiye'de Kurulma Zorunluluğu

SCK m. 15 f. 1⁴⁹ uyarınca, Türkiye'de yerleşik kişiler, Türkiye'deki sigortalanabilir menfaatlerini, Türkiye'de faaliyette bulunan sigorta şirketlerine ve Türkiye'de yaptırmak zorundadır. Bu kuralın istisnası aynı hükmün ikinci fıkrasında düzenlenmektedir. Hükmün ikinci fıkrasının (d) bendinde kişilerin Türkiye haricinde bulunacakları süre için bu süre ile sınırlı olmak kaydıyla veya geçici olarak yurt dışında kaldıkları sırada yaptırabilecekleri sağlık sigortalarını yurtdışında yaptırmalarına imkân tanınmıştır. Türkiye'de yerleşik olan kişinin, yerleşim yeri Türkiye olarak kalıyor ve fakat bu kişi seyahat yahut başka bir amaçla geçici olarak yurtdışına gidiyorsa, yurtdışında bulunduğu süre boyunca yabancı bir sigorta şirketi ile sağlık sigortası kurabilecektir.

Kişilerin yurtdışında buldukları sürede seyahat sağlık sigortasını yahut sağlık sigortasını bir Türk sigorta şirketi ile kurmalarının önünde de bir engel yoktur. Zira, sigorta şirketlerinin sağlık sigortası özel şartları incelendiğinde bir sigorta şirketinin sağlık sigortasının coğrafi sınırını “*Bu sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan durumlarla ilgili harcamaların yapıldığı bölgedir (yurt içi/yurt dışı)*” şeklinde çizdiği görülmektedir⁵⁰. Ancak, aynı özel şartların devamında sigortalının sürekli ikamet ettiği ülkenin değişmesi hâlinde en geç bir ay içinde yazılı olarak sigorta şirketini durumdan haberdar etmesi gerektiği, daimi ikamet edilen ülkede değişiklik olmasının sigorta yılı içinde sigortalının sürekli ya da kesintili olarak üç aydan fazla başka bir ülkede yaşaması anlamına geldiği, sigorta sözleşmesi dönemi içerisinde, sürekli yatarak tedavi görme hâli hariç yurt dışında kesintisiz olarak üç aydan fazla ikamet eden sigortalıların teminatları, yurt dışında kaldığı üçüncü aydan itibaren duracağı, teminatların durduğu dönem içerisinde yurt dışında oluşacak tedavi masrafları için sigorta şirketinin tazminat ödemeyeceği belirtilmiştir. Öncelikle sigorta şirketi lehine riziko taşıma borcunun durduğu süre zarfında sigorta şirketi aslında riziko taşımadığından teminatın durduğu süreye karşılık gelen primi her hâlükârda iade etmelidir. Sigorta ettiren ve sigortalının sigorta sözleşmesinin yurtdışı teminatını kapsadığı düşüncesi ile sigorta sözleşmesini kurması hâlinde ve yukarıda yazılı özel şart hakkında sözleşmenin kuruluş aşamasında bilgilendirmediği hâllerde kanaatimce bu husus sözleşme kurma iradesine etki ettiği için gerekli şekilde bilgilendirilmemesi sebebiyle tazminat isteme hakkına sahip olmasına imkân verecektir⁵¹.

49 SCK m 15 düzenlemesi hakkında bkz. yuk. dn. 31'de yer verilen kaynaklar.

50 Bkz. Aksigorta Bireysel Sağlık Sigortası Özel Şartları, s. 5.

51 Sigorta sözleşmelerinde aydınlatma yükümlülüğü hakkında bkz. **Samim Ünan**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler (madde 1401-1452), İstanbul 2016, s. 186 vd.; **Kender**, Tüketicinin Korunması, s. 21 vd.; **Mehmet Özdamar**, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009 [Bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı için bkz. s. 187 vd., sorumluluğun niteliği için bkz. s. 292 vd.,

Sigorta ettiren / sigortalının yurtdışında buldukları süre için Türk sigorta şirketleri ile seyahat sağlık sigortası kurmaları hâlinde dikkat etmeleri gereken bir diğer husus Seyahat Sağlık Sigortası Genel Şartları⁵² uyarınca teminat dışında bırakılan hâllerdir. Söz gelimi, motosiklet kullanımı Seyahat Sağlık Sigortası Genel Şartları'nda teminat dışında bırakılmıştır⁵³, benzer yönde istisna kayak yapılması⁵⁴ bakımından da vardır. Yurtdışına motosiklet turuna giden bir kişi yahut kayak yapmaya giden kişi, motosiklet kullanımı sırasında kaza yapar ya da kayak yaparken düşüp bir yerini kırarsa oluşan tedavi masrafları kurulan seyahat sağlık sigortasının kapsamının dışında kalacaktır.

Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde verilen bir hakem kararında⁵⁵, sigortalının motosiklet seyahati için yurtdışına gittiği, Türkiye'de yerleşik sigorta şirketi ile seyahat sağlık sigortası kurduğu, motosiklet kullanımı sırasında kaza geçirdiği, oluşan sağlık masraflarının sigorta şirketi tarafından karşılanmadığı, kendisine bu hususun teminat dışında kaldığının sigorta şirketi tarafından sözleşmenin kuruluş aşamasında bildirilmediği, bilgilendirme yükümlülüğünün hiç yerine getirilmediği ve uğranılan zararın tazmini talepli dava yöneltilmiştir. Kararda, sigorta şirketinin bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davrandığı ve bu yükümlülüğünün yerine getirdiğini ispat edemediği belirtildikten sonra “...Seyahat Sağlık Sigortası Genel Şartları (r) bendinde “motosiklet kullanımının” doğrudan sigorta güvencesinden istisna edildiği, Sigortacı bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmiş olsaydı dahi, zararın tazmin edilmeyecek; karşılığında sigorta bedeli ödenmeyecek bir zarar olduğu, sigortalının bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle uğradığı zararın bilgilendirme yükümlülüğü nedeniyle alamadığı sigorta bedeli olmadığı, nitekim sigortalının motosiklet kullanımı sebebiyle uğradığı bu zararı bir başka sigortacıdan almasının da söz konusu olamayacağı, aksinin kabulü hâlinde sigortalının haksız zenginleşeceği, bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yapılması hâlinde sigortalının bu sigortayı yaptırmayacağı ihtimalinin ciddi bir olasılık olduğu” gerekçelerini⁵⁶ getirerek⁵⁷ ödenen primin iade edilmesine karar

yükümlülüğün ihlal edilmesinin sonuçları hakkında bkz. s. 351 vd.]; **Kübra Yetiş Şamlı**, “Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m. 1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, III. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 2977 vd.; **İrem Aral Eldeleklioğlu**, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1, 2012, s. 383 vd.

52 Seyahat Sağlık Sigortası Genel Şartları, Yürürlük Tarihi: 1/3/2006, Genel Şart metni için bkz. <https://tsb.org.tr/seyahat-saglik-sigortasi.aspx?pageID=516> (e.t.: 4/10/2018).

53 Genel Şartlar'ın genel istisna başlıklı 9'uncu maddesinin (r) bendinde motosiklet kullanımının teminat dışında bırakıldığı öngörülmüştür.

54 Genel Şartlar'ın genel istisna başlıklı 9'uncu maddesinin (p) bendinde “bununla ilgili bir teminat verilmesi konusunda açıkça mutabakata varılmadığı sürece kayak” faaliyetinin teminat dışında bırakıldığı görülmektedir. Ne var ki, motosiklet kullanımından farklı olarak kayak istisnasının başında “teminat verilmesi konusunda açıkça mutabakata varılmadığı sürece” ibaresi yer aldığından dolayı kayak rizikosunu teminat kapsamına dâhil edilebilecektir.

55 Sigorta Tahkim Komisyonu Uyuşmazlık Hakem Kararı, Karar Tarihi: 8/4/2016, Karar No: 2016.213.

56 Bkz. Karar, s. 12.

57 Kararda “sigortacının var olan düzenlemeler kapsamında bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde, medeni ceza/cezai tazminata (punitive damages) mahkum edilmesinin söz konusu olmadığı” belirtilmiştir (Karar, s. 11). Ancak, uyuşmazlıkta sigortalı tarafından hastane, ilaç, konaklama, Türkiye'ye yolculuk ve bunun yanında eşi ve çocuklarının seyahatleri gibi oluşan zararın ancak bir kısmı olan ve sigorta bedeline denk gelen 30.000 EURO talep

verilmiştir. Görüldüğü üzere kararda, Hakem Heyeti, bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmediğini kabul etmektedir. Hakem Heyeti'nin gerekçesine göre, sigortalı motosiklet kullanımının teminat dışında kaldığını bilseydi bile, Türkiye'de faaliyet gösteren hiçbir sigorta şirketinden bu teminatı edinemeyecek ve uğradığı tedavi masraflarını tazmin edemeyecekti. Bu gerekçe, Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta şirketleri bakımından yerinde gibi gözükse de⁵⁸ Hakem Heyeti'nin vardığı sonuç SCK m. 15 f. 2 uyarınca yerinde değildir. Seyahat sağlık sigortası, Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta şirketleri ile kurulması zorunlu olan bir sigorta sözleşmesi değildir. Motosiklet turuna katılan sigortalı, bu rizikonun teminat dışında kaldığını bilseydi⁵⁹, bu teminatı dünyanın herhangi bir yerinde faaliyet gösteren sigorta şirketinden edinebilme imkânına sahip olabilir yahut böyle bir motosiklet turuna çıkma planını yeniden gözden geçirebilirdi⁶⁰. Bu gerekçelerle Hakem Heyeti'nin kararının yerinde olmadığı sonucuna ulaşmak yerinde olacaktır. Görüldüğü üzere, Müsteşarlık tarafından belirlenen Genel Şartlar uyarınca teminat dışında tutulan hâllerde, sigortalı, daha iyi bir sigorta teminatını yabancı bir sigorta şirketinden elde edebilecekse, SCK m. 15 f. 2 açık hükmü çerçevesinde bu sözleşmeyi yurtdışında yerleşik bir sigorta şirketi ile kurmalıdır.

B. SİGORTA ETTİREN VE SİGORTALI SIFATI

TTK m. 1511'in madde başlığı sigortanın yaptırılmasıdır. Hüküm hastalık ve sağlık sigortalarına ilişkin ortak düzenleme içermektedir. TTK m. 1511, hastalık ve sağlık sigortalarının, sigortalı lehine yapılabileceğini; hastalık sigortalarında lehtar da belirlenebileceğini öngörmektedir⁶¹. Maddenin ikinci kısmı yalnızca hastalık sigortaları bakımından lehtar tayininin mümkün olacağını öngördüğünden sağlık sigortalarında yalnızca sigorta ettiren ve sigortalı sıfatlarının söz konusu olabileceği açıktır⁶². Nitekim hükmün gerekçesinde sağlık sigortasının ana teminatının tedavi giderleri olduğu, bunun mal varlığında meydana gelen bir azalmanın giderilmesine

edilmiştir (Karar, s. 6-7).

- 58 Tüm sigorta şirketlerinin aynı genel şartları uygulamasının sebebinin Hazine Müsteşarlığı'nın SCK m. 11'İ hatalı uygulaması olduğu hakkındaki görüş için bkz. **Ecehan Yeşilova Aras**, "Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması", İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 80, Sayı: 3, Eylül 2015, s. 463.
- 59 Sigorta genel koşullarının sözleşmenin kurulması öncesinde sigorta ettirene verilmemesi hâlinde sigorta genel koşullar içinde yer verilen teminatın kapsamının neleri kapsayacağını sigorta ettirene bu aşamada açıklanması zira teminatın kapsamının bildirilmesinin sigorta şirketine yüklenen bilgilendirme yükümlülüğünün asli amacı olduğu hakkında bkz. **Ünan**, Şerh, Cilt I, s. 229.
- 60 Sigortalının bilgilendirilmenin hiç ya da gereği gibi yapılmaması sebebiyle talep edebileceği zararlar bakımından gerekli koşullardan biri bilgilendirilmenin yerine getirilmemesi ile uğranılan zarar arasındaki uygun nedensellik bağıdır. Hakem Heyeti'nin kararına konu edilen uyumsuzlukta bilgilendirilmenin yapılmış olması hâlinde sigorta ettiren bu yönde teminatı içermeyen sigorta sözleşmesini Türkiye'de kurmayacak ve fakat dünyanın herhangi bir yerinde kurabilecektir. SCK m. 15 f. 2 açık hükmü çerçevesinde uygun nedensellik bağının bulunduğu ve Hakem Heyeti kararının yerinde olmadığını düşünmekteyim. Bilgilendirilmenin hiç ya da gereği gibi yapılmaması ile doğan zarar arasında nedensellik bağı bulunması gerekmesi hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Özdamar**, s. 355; **Yetiş Şamlı**, s. 2998 vd.; **Aral Eldeleklioğlu**, s. 397 vd.
- 61 Hüküm TTK m. 1520 f. 2 uyarınca emredicidir. Bu hükmün hangi sebeple emredici olarak düzenlendiğini anlamak mümkün değildir, bu yönde değerlendirme için bkz. **Ünan**, Şerh, Cilt: III, s. 391.
- 62 Hüküm hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. **Ünan**, Şerh, Cilt: III, s. 391 vd. Ayrıca bkz. **Can**, s. 207.

yönelik teminat olduğu belirtilmiştir. Açıkça gerekçede ifade olunmamışsa da sağlık sigortasının asli teminatı zarar sigortası niteliğindedir⁶³. Zira, Gerekçe’de sağlık sigortasında sigortalıdan başkasının lehtar olarak gösterilmesi amaca uygun düşmeyeceği açıklanmıştır.

Sigorta Hukuku’nda sigorta ettiren sıfatı sigorta sözleşmesini sigorta şirketi ile kuran kişiye aittir. TTK m. 1511 uyarınca sağlık sigortasının sigortalı lehine yapılacağına ilişkin düzenlemeden, bu sözleşmede sigortalı lehine menfaati olan kişinin sigortalı sıfatını kazanacağı anlaşılmaktadır.

Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği m. 6 f. 1 uyarınca sağlık sigortasının bireysel ya da grup sigortası⁶⁴ şeklinde düzenlenmesi mümkündür⁶⁵. Bireysel sağlık sigortası, bir kişinin kendi sigortalı lehine menfaatini sağlık sigortasına konu etmesi olabileceği gibi, bir başka kişinin sigortalı lehine menfaati de sağlık sigortası sözleşmesine konu edilebilir. İlk olasılıkta sigorta ettiren ve sigortalı sıfatı aynı kişiye ait olacakken, ikinci ihtimalde Borçlar Hukuku anlamında sigortalı yararına sigorta ettiren tarafından sigorta sözleşmesi kurulmaktadır.

TTK m. 1496’da grup sigortası düzenlenmektedir. Ancak, bu hüküm hayat sigortası sözleşmesine ait bir düzenlemedir. Sağlık sigortasına uygulanacak diğer hükümlerin sayıldığı TTK m. 1519’da, 1496’ncı maddeye atfı yapılmamıştır. Dolayısıyla, kanuni düzenleme bazında TTK m. 1496’nın sağlık sigortası sözleşmesine uygulanması olanaklı değildir⁶⁶.

Sağlık sigortasının grup sigortası şeklinde kurulabileceğini öngören Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği’nde grup sigortasının hangi anlama geldiği tanımlanmamıştır. Bu yönde düzenleme Sağlık Sigortası Genel Şartları⁶⁷ m. 18 par. B’de⁶⁸ yer almaktadır. Genel şartın grup sigortası tanımı olarak TTK m. 1496 f. 1 hükmünü birebir alıntılıdığı görülmektedir. Dolayısıyla, TTK m. 1496 f. 1 hükmünün dolaylı olarak sağlık sigortası sözleşmesine uygulandığını söylemek mümkündür.

Sigorta şirketi ile sigorta ettirenin en az on kişiden oluşan ve belirli kıstaslara göre kimlerden oluştuğunun belirlenmesi imkânı bulunan grup üyeleri lehine tek bir sağlık sigortası sözleşmesi ile kurdukları sözleşme grup sağlık sigortası olarak adlandırılmaktadır. Sözleşmeyi kuran kişi sigorta ettiren sıfatına sahip olurken, grup üyeleri sigortalı sıfatını alacaktır⁶⁹. Söz gelimi, bir avukatlık bürosu sahibi, işyerinde çalışan avukatlar lehine sigorta ettiren sıfatıyla tek bir

63 Sigortanın pasif zarar sigortası olduğu hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 391; Can, s. 207.

64 Türkiye’de sigortacılık uygulamasında grup sağlık sigortaları lehine, bireysel sağlık sigortaları aleyhine çark işlediği, grup sigortalarında kişi başına düşen prim ile bireysel sağlık sigortalarındaki prim arasında esaslı fark bulunduğu ve bu uygulamanın yerinde olmadığı hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 476.

65 Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği m. 6 hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 476-480.

66 Bu yönde bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 503.

67 Sağlık Sigortası Genel Şartları’nın 6102 sayılı TTK’nın yürürlüğü sonrasında değişikliğe uğrayan metni için bkz. <https://tsb.org.tr/saglik-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=513>. (e.t.: 3/10/2018).

68 Genel Şart’ın ilgili düzenlemesi şu şekildedir: “En az on kişiden oluşan, sigorta ettiren tarafından, belirli kıstaslara göre kimlerden oluştuğunun belirlenebilmesi imkanı bulunan bir gruba dahil kişiler lehine, tek bir sözleşme ile sigorta yapılabilir. Sözleşmenin devamı sırasında gruba dahil herkes sigortadan, grup sigortası sözleşmesi sonuna kadar yararlanır. Sözleşmenin yapılmasından sonra grubun on kişinin altına düşmesi sözleşmenin geçerliliğini etkilemez.”

69 Uygulamada grup sigortalılarının zorunlu katılımlı grup sigortalıları ve isteğe bağlı katılımlı grup sigortalıları olmak üzere iki şekilde kurulduğu hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 503-506.

sigorta sözleşmesi kurabilecektir. Gruba giriş ve gruptan çıkışın sigortalı sıfatına etkisinin ne şekilde olacağı değerlendirilmelidir. Diğer bir ifadeyle, bir kişinin gruba dâhil olması o kişinin kendiliğinden sigortalı sıfatını kazanması yahut gruptan çıkmasının kendiliğinden sigortalı sıfatını kaybetmesi sonucu doğurup doğurmadığı irdelenmelidir. Bu değerlendirmenin yapılmasının en önemli sebebi TTK m. 1519 uyarınca sağlık sigortasına zarar sigortası sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını kanun koyucu tarafından öngörülmüş olmasıdır. TTK m. 1453 f. 3⁷⁰ uyarınca mal sigortası niteliğindeki grup sigortalarında; mal girmesi ya da çıkması sebebiyle mal topluluğunda değişiklik meydana gelmiş olsa bile, sözleşme bütün hükümleri ile geçerli olacaktır. Maddeyi sağlık sigortası sözleşmesi özelinde şu şekilde okumak mümkündür: sağlık sigortası niteliğindeki grup sigortalarında, gruba giriş yahut gruptan çıkış sebebiyle, grup üyelerinde değişiklik meydana gelmiş olsa bile sözleşme bütün hükümleri ile geçerli olur. TTK m. 1453 f. 3'ün amacı topluluğa dâhil her eşyanın ayrı ayrı sözleşme kurularak sigorta kapsamına alınmasının zorunlu tutulmamasıdır. Diğer bir ifadeyle, bir eşyanın topluluğa dâhil olması ile birlikte eşya üzerindeki menfaat sahibinin o eşya bakımından da sigorta korumasından yararlanması amaçlanmaktadır. Hüküm sağlık sigortası özelinde bir kişinin gruba dâhil olmasıyla birlikte kişinin sigortalı sıfatına sahip olacağı, söz gelimi meydana gelen bir kaza sonrasında oluşan tedavi giderlerinin sigorta şirketi bakımından karşılanacağı şeklinde yorumlanabilir. Ne var ki, TTK m. 1453 f. 3 hükmünün grup sağlık sigortası için bu şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığı kanaatindeyim. Zira, Sağlık Sigortası Genel Şartları m. 18 par. B uyarınca, sigorta şirketi grup üyesini gruba dâhil olmadan önce bilgilendirmek ve gruba dâhil olduktan sonra 15 gün içinde de poliçe vermek yükümlülüğü altındadır. Sigorta şirketinin bir kişiye katılım sertifikası verebilmesi için ilgili kişi hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir. Aynı şekilde sigorta şirketi vereceği sigorta teminatının kapsamını belirleyebilmek adına gruba dâhil olan kişinin sağlık geçmişi hakkında bilgi sahibi olmak isteyebilecektir. Sigorta şirketi, gruba dâhil olan her kişi için sigorta ettirenden belirli bir prim talep edebilecektir. Bu sebeple, gruba dâhil olma, söz gelimi, sigorta ettirenin işyerinde işe başlama, tek başına o kişi için sağlık sigortası himayesinin başladığı anlamına gelmeyecektir. Örneğin 65 yaş üzeri bir kişinin bir işyerinde işe başladığı takdirde, her ne kadar o kişi aslında gruba dâhil olsa da sigorta şirketi bu kişi lehine sigorta himayesi vermekten kaçınabilecektir. Aynı şekilde tüm grup üyelerinin sigorta teminatlarının kapsamı da aynı olmayabilecektir. Grup üyelerinin sağlık geçmişi hakkında bilgi edinen sigorta şirketi daha önceden kanser hastalığı geçirmiş bir grup üyesine vereceği teminatta kanser ve kansere bağlı tüm hastalıkları teminat dışında tutabilmelidir.

Sağlık Sigortası Genel Şartları m. 18 par. C'de ise "Aile Sigortaları" düzenlenmiştir⁷¹. Bu sigorta sözleşmesi de tıpkı grup sigortası gibi birden fazla kişi lehine kurulan bir sigorta sözleşmesidir. Ancak, grup sigortasında aranan asgari sayı on kişi iken, aile sigortasında böyle bir asgari sayı öngörülmemektedir. Dolayısıyla, aile sigortasının en az iki kişiden oluşabileceği söylenebilecektir.

70 TTK m. 1453 f. 3 hakkında bkz. **Samim Ünan**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt II, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler, Birinci Bölüm, Zarar Sigortaları (Madde 1453-1486), İstanbul 2016, s. 3 vd.

71 Genel Şartlar m. 18 par. (C) düzenlemesi yalnızca "Aile bireylerinin dahil olduğu sözleşmelerde bağımlılar (eş, 18 yaşından küçük çocuklar ve bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler) için, aksi talep edilmedikçe, ayrı bir bilgilendirme formu ve poliçe veya katılım sertifikası verilmesi şartı aranmaz." ile sınırlıdır.

Genel şart hükmünde doğrudan aile sigortası tanımlanmamakla birlikte sigortalı sıfatına sahip olan kişinin “bağlımlılar” ibaresi ile belirlendiği söylenebilecektir. Genel şartlarda bu kişiler eş, 18 yaşından küçük çocuklar ve bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler olarak öngörülmüştür. Aynı şekilde Genel Şart uyarınca bu kişiler için aksi talep edilmedikçe ayrı bir poliçe yahut katılım sertifikası verilme şartının aranmayacağı da belirtilmektedir. Dolayısıyla, sigorta ettiren tek bir sigorta sözleşmesi ile kendisi ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler lehine sigorta sözleşmesi kurabilecek ve hem kendisi hem de sigorta sözleşmesini ispat eden sigorta poliçesinde ismen belirtilen kişiler sigortalı sayılacaktır.

TTK’da aile sigortasına ilişkin yasal bir düzenleme yoktur. Ancak, TTK m. 1517’de düzenlenen “yeni doğan bebeğin ve evlat edinilenin sigorta kapsamında olması”na⁷² ilişkin hükmün bir nevi bireysel sağlık sigortasını kendiliğinden aile sigortasına dönüştürdüğü söylenebilecektir. Zira, hükmün birinci fıkrası uyarınca doğum sırasında, ana babadan biri için yaptırılmış bir sağlık sigortasının bulunması hâlinde, aksi kararlaştırılmamışsa⁷³, doğumun tamamlanmasından itibaren bebek, ek prim olmaksızın sigortanın kapsamına girer. Takip eden cümlede ise doğumun en geç iki ay içinde bildirilmesinin gerekli olduğu ifade olunmuştur. Dolayısıyla, eşler kendileri için bir aile sigortası kurdukları takdirde, doğumun bildirilmesiyle birlikte, yeni doğan, kural olarak yapılacak tek taraflı bir bildirimle aile sigortasına dâhil olacaktır. Eşlerin ayrı ayrı bireysel sağlık sigortası sözleşmesi bulunduğu takdirde ise, eşlerden biri kural olarak yapacağı tek taraflı bildirimle yeni doğanı kendi sağlık sigortasının kapsamına dâhil edebilecektir. Bu olasılıkta bireysel sağlık sigortasının bir nevi aile sigortasına dönüştüğü söylenebilecektir. Yapılan bildirim sonrasında yeni doğan mevcut sigorta sözleşmesine sigortalı olarak dâhil olacağından kanaatimce zeyilname düzenlenmeli ve yeni doğanın da sigortalı olduğunu ispat eden poliçe sigorta ettirene gönderilmelidir. TTK m. 1517 f. 2 aynı sonucu evlat edinilen küçük için de öngörmektedir. Ne var ki, benzer sonuç, korunmaya muhtaç çocukların korunmalarını gerektiren süre içerisinde aile ortamında yetiştirilmesine yönelik koruyucu aile hizmeti⁷⁴ kapsamındaki küçükler için söz konusu değildir.

Seyahat sağlık sigortası söz konusu olduğunda bu sigorta sözleşmesi ya bir kişinin kendi menfaatini ya da üçüncü kişinin menfaatini konu ettiği sigorta sözleşmesi olarak kurulabilecektir. Seyahat eden kişi bir turizm firması ile seyahatini planladığı takdirde seyahat masraflarının içinde sigorta priminin de ödendiği ve turizm şirketinin seyahat sağlık sigortasını seyahat eden kişi lehine kurduğu görülmektedir. Bu olasılıkta turizm şirketi sigorta ettiren, seyahat edecek kişi ise sigortalı sıfatına sahip olacaktır.

72 TTK m. 1517 düzenlemesi hakkında bkz. Ünán, Şerh, Cilt: III, s. 447. Hükmün gerekçesinde mehz olarak Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’ndan alınmıştır. Hükmün 2007 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu m. 198 ile birlikte değerlendirilmesi hakkında bkz. Ünán, Şerh, Cilt: III, s. 454. Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu m. 198 hakkında bkz. **Bach/Moser**, s. 184.

73 Hüküm TTK m. 1520 f. 3 uyarınca sigorta ettiren ve sigortalı lehine emredicidir. Kanun’da öngörülen aksi kararlaştırılmamışsa ibaresinin olsa olsa yeni bebek için ek prim alınmayacağına aksinin kararlaştırılması olarak yorumlanması gerektiği hakkında bkz. Ünán, Şerh, Cilt: III, s. 451.

74 Türk mevzuatında bu husus Koruyucu Aile Yönetmeliği, RG: T: 14/12/2012, Sayı: 28497 ile düzenlenmiştir.

V. ÖMÜR BOYU YENİLEME GARANTİSİ

A. SİGORTA SÜRESİ⁷⁵

Sağlık sigortalarına ilişkin sigorta şirketlerinin internet sayfasında yer verilen özel şartlar incelendiğinde bu sözleşmenin bir yıl için kurulduğu görülmektedir. Sağlık sigortalarının bir yıllık süre için kurulması, süre sonunda sigorta şirketine bir sonraki dönem için sözleşme kurma ya da kurmama veya sözleşme içinde ortaya çıkan bazı rahatsızlıkları yeni dönemde teminat dışında bırakma imkânı vermektedir. Sigorta şirketi, sigorta sözleşmesini kursa bile bir önceki dönemde oluşan hastalıklara yeni dönemde düşük bir sigorta bedeli ile teminat verebilecektir. Zira, sigorta şirketlerinin internet sayfalarında yer verdikleri özel şartlarda da “*Ömür Boyu Yenileme Garantisi*” bulunmayan sigortalılar için, sigortacının her yıl yenileme döneminde risk değerlendirmesi yapma ve poliçeyi yenileyip yenilememe hakkı saklıdır.”; “*yenilemeler sırasında sigortacının özel şartlarda, teminatlarda, prim tutarlarında ve ödeme şekillerinde değişiklik yapma hakkı saklıdır.*” gibi kayıtlar yer almaktadır⁷⁶.

Sigorta süresinin belirli süreli kurulması ve beher yıl kurulan sigorta sözleşmesinin, uygulamada her ne kadar yenileme olarak adlandırılrsa da⁷⁷, bağımsız ayrı bir sigorta sözleşmesi olması, sigorta şirketinin her sigorta dönemi başında riziko değerlendirmesi yapmasına, sözleşmeyi kurup kurmamasına ve kuracaksa hangi şartlarla kuracağını belirlemesine imkân vermektedir. Özellikle sigorta dönemi içinde ortaya çıkan hastalıkların bir sonraki sigorta döneminde teminat dışında bırakılması yahut söz konusu rizikoya ilişkin sembolik bir sigorta bedelinin belirlenmesinin sigortalının aleyhine sonuç doğuracağı açıktır⁷⁸. Söz gelimi, bir yıllık sigorta sözleşmesinin on birinci ayında kanser teşhisi konulan bir kişinin her ne kadar ameliyat masrafları söz konusu poliçe döneminde karşılanacak olsa bile, kemoterapi ve radyoterapi gibi kansere bağlı diğer tedaviler, sigorta şirketinin yeni dönemde sözleşme kurarken bu rizikoyu teminat dışında bırakması hâlinde teminat dışında kalacak ve sigortalı tedavi görmek istediği hastanede bu sağlık hizmetini sigorta sözleşmesi kapsamında edinemeyecektir.

Sigorta ettirenin sözleşmenin kuruluş ve sözleşme sürecinde ihbar külfeti bulunmaktadır. Ne var ki, sağlık sigortasında sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen rizikoların teminat dışında bırakılıyor olması sağlık sigortasının kurulma amacına aykırı olduğu söylenebilecektir. Bu konunun kanun bazında düzenlenmesi yerinde olacaktır. Yapılabilecek önerilerden birisi, özel sağlık sigortasının süresiz sözleşme olarak kurulması olabilecektir⁷⁹. Süresiz kurulan sağlık

75 Bu başlık TTK m. 1410'da öngörülen sigorta süresine ilişkin düzenleme göz önünde tutularak kullanılmıştır.

76 Bu yönde bkz. Aksigorta Bireysel Sağlık Sigortası Özel Şartları m. 1.

77 Sağlık sigortası sözleşmelerinin bir yıl için kurulduğu ve bir sonraki dönem için kurulan sözleşmenin hukuken yenileme anlamına gelmediği hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 477.

78 Sigorta şirketinin sağlık sigortasında devam eden bir tedavi bakımından yeni dönemde sigorta ilişkisini devam ettirmeme hakkının bulunmaması gerektiği bu yönde kanuni düzenleme yapılması gerektiği hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 477.

79 Bu yönde bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 477. Çalışmada sağlık sigortasında sigorta şirketinin yenileme garantisi verme ya da vermeme konusunda seçim hakkının bulunmaması gerektiği savunulmaktadır. Nitekim Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu m. 195 f. 1'de bu yönde bir düzenleme vardır. Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu uyarınca

sigortası sözleşmesinde sigortacının ödenen tazminat prim oranında primi her yıl arttırabilmesi ancak bu artışın en fazla belirli bir yüzde ile sınırlanması menfaat dengesine uygun olacaktır. Sigorta sözleşmesinin süresiz kurulması, teminat kapsamının sigorta şirketinin tek taraflı iradesiyle daraltılmasının ya da sınırlandırılmasının önüne geçilmesine imkân verecektir. Türkiye’de bu sıkıntı nispeten aşağıda açıklanacak olan ömür boyu yenileme garantisi ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Ne var ki, açıklanacağı üzere ömür boyu yenileme garantisine hak kazanılma koşullarının mevzuat ile tamamen şirketlerin inisiyatifine bırakılması bu hakkın kazanılmasında objektif ölçütlerden uzaklaşılması anlamına gelmektedir.

B. ÖMÜR BOYU YENİLEME GARANTİSİ

I. Terim ve Tanım

TTK’nın sağlık sigortasına ilişkin hükümlerinde her ne kadar sigorta sözleşmesi kurma zorunluluğu gibi açık bir düzenleme yer almasa da, uygulamada sigorta şirketleri tarafından sigorta sözleşmelerine konulan özel şartlarda “yenileme garantisi” ya da “ömür boyu yenileme garantisi” şeklinde kayıtlara rastlanmaktadır. Uygulamada sözleşmelere konulan bu kayıtlara ilişkin hukuk kuralları Türk mevzuatında Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği ile düzenlenmiştir⁸⁰.

Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği m. 6 f. 1’de sözleşme türleri başlığı altında özel sağlık sigortası sözleşmesinin yenileme garantili yahut yenileme garantisiz şeklinde kurulabileceği öngörülmektedir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ve m. 7’de ise “ömür boyu yenileme garantisi”ne ilişkin düzenleme yer almaktadır. Yönetmelik m. 6 f. 1’de yenileme garantili, m. 6 f. 2’de ise ömür boyu yenileme garantili ibareleri kullanılmıştır. İki kullanım arasında esaslı fark, ilkinde yaşam süresi boyunca sözleşme kurma taahhüdü verilmemesi, ikincisinde ise sigortalının yaşamı boyunca sigorta şirketinin sağlık sigortası sözleşmesini yenileme garantisi vermesidir⁸¹. Zira Yönetmelik m. 6 f. 2 c. 2 ve c. 3’te “*Şirketçe, sözleşme yenilemelerine ilişkin bu Yönetmelikte bahsi geçen ömür boyu yenileme garantisinden farklı taahhütlerin verilmesi mümkündür. Bu durumda verilen yenileme taahhüdünün ömür boyu yenileme garantisinden farklılıkları konusunda bilgilendirme yapılır*”⁸² denilerek bu farka değinilmektedir⁸³. Dolayısıyla bir sigorta şirketi, bir sigorta ettiren ile söz gelimi beş yıl yenileme garantili yahut belirli bir yaşa kadar yenileme

sağlık sigortası sosyal sigortanın alternatifi olarak kurgulanmakta ve zorunlu sigorta olarak öngörülmektedir. Sigortanın süresiz kurulmasına yönelik düzenleme, sözleşmenin zorunlu sigorta olmasını tamamlayıcı niteliktedir, Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu m. 195 f. 1 hakkında bkz. **Bach/Moser**, s. 176.

80 Bu yönde düzenlemenin Kanun’da yapılması gerektiği, Yönetmelik düzenlemesinin sözleşme özgürlüğüne müdahale anlamı taşıdığı ölçüde hukuken geçerli sayılmasının mümkün olmadığı, Yönetmelik hükümlerinin olsa olsa sigorta şirketlerine yönelik kurallar olarak değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. **Ünan**, Şerh, Cilt: III, s. 465.

81 Bu ayırım için bkz. **Ünan**, Şerh, Cilt: III, s.477 vd.

82 Yönetmelik’te ömür boyu yenileme garantisinin sonuçları düzenlenmiştir. Bu hüküm yenileme garantili olup da yenilenen ömür boyu taahhüt edilmediği sağlık sigortası sözleşmeleri için uygulama alanı bulabilir.

83 Söz gelimi Acıbadem Sigorta Kişiyi Özel Sağlık Sigortası Özel Şartları m. 11.2’de açıkça “*Yenileme Güvencesi, T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından Resmi Gazete’de yayımlanan 28800 sayılı yönetmelikte belirtilen “Ömür Boyu Yenileme Garantisi” şartlarından farklı bir içeriğe sahiptir.*” kaydı yer almaktadır.

garantili bir sağlık sigortası kurabilecektir. Bu olasılıkta, sigorta şirketi, arka arkaya beş yıl sigorta sözleşmesi kurulmasından sonra, beşinci yılın sonunda yaptığı riziko değerlendirmesinde, sigorta sözleşmesinin teminatlarını daraltma yahut rizikonun yüksek olması sebebiyle yeniden sözleşme kurmama imkânına sahip olabilecektir.

Ömür boyu yenileme garantisi tanımı Yönetmelik m. 7 f. 1 c. 1'de yapılmıştır. Buna göre, özel sağlık sigortası sözleşmesinin aynı plan ile yenilenmesi taahhüdü, ömür boyu yenileme garantisidir. Tanımda yer verilen “plan” ibaresi⁸⁴ Yönetmelik m. 4 f. 1 b. (d)'de “*teminatları, teminat limitlerini ve teminatlar kapsamında Şirket'in ödeme yüzdesini veya sigortalı katılım payını gösterir poliçe üzerindeki veya eki bilgi*” olarak ifade olunmuştur. Her iki tanım birleştirildiğinde ömür boyu yenileme garantisi “*özel sağlık sigortasının poliçe yahut ekinde üzerinde yer verilen teminatlar, teminat limitleri ve teminatlar kapsamında Şirket'in ödeme yüzdesi ve sigortalı katılım payı ile yenilenmesi taahhüdü*” olarak tanımlanabilecektir.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere sigorta şirketi ömür boyu yenileme garantisinde bulunduğu sigortalısına, sigortalının bu hakkı kazandığı tarihteki sağlık koşulları ve o tarihteki sigorta teminatları ile yaşamı boyunca sözleşme kurma taahhüdünde bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, sigorta şirketi süreli kurulan sigorta sözleşmesinde sigorta dönemi sonunda riziko değerlendirmesi yapıp yeni sigorta döneminde daha önceden verdiği teminatları sınırlama yahut değiştirme hakkından feragat etmektedir. Aşağıda öncelikle ömür boyu yenileme garantisine hak kazanma koşulları açıklanacak daha sonra da bu garanti kazanıldıktan sonra sigorta şirketlerinin yükümlülükleri belirtilecektir.

2. Ömür Boyu Yenileme Garantisine Hak Kazanma Koşulları

a. Yönetmelik Düzenlemesi

Yönetmelik m. 6 f. 1 uyarınca sigorta şirketleri ömür boyu yenileme garantili yahut ömür boyu yenileme garantisiz özel sağlık sigortası kurma serbestisine sahiptir. Yönetmelik ömür boyu yenileme garantisine hak kazanma koşulları bakımından ise suskundur. Zira, sigorta şirketinin bu yönde bir ürün sunması hâlinde, ömür boyu yenileme garantisine ilişkin bilgi ve değerlendirme şartlarına kurulan ilk özel sağlık sigortasının özel şartlarında belirlenmesi gerektiği öngörülmüştür [m. 7 f. 1 c. 2]. Diğer bir ifadeyle Yönetmelik, sigorta şirketlerine ömür boyu yenileme garantisine hak kazanma koşullarını diledikleri gibi belirleme imkânı vermektedir⁸⁵. Ömür boyu yenileme garantisine ilişkin ilk özel sağlık sigortası sözleşmesinde öngörülen bilgilerin ve değerlendirme şartlarının bu hakkın kazanılması için geçecek sürede sigortalı aleyhine değiştirilmeyeceği Yönetmelik ile düzenlenmiştir [m. 7 f. 1 c. 3].

84 Plan tanımı hakkında değerlendirme için bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 480.

85 Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 479.

b. Ömür Boyu Yenileme Garantisine İlişkin Bilgilendirme Yükümlülüğü**aa. Ömür Boyu Yenileme Garantisine Hak Kazanma Şartları Bakımından Bilgilendirme**

Sigorta sözleşmelerinde sigorta şirketinin bilgilendirme yükümlülüğü farklı mevzuatlarda düzenlenmektedir. Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği m. 5'te de özel sağlık sigortası sözleşmesinde sigorta şirketinin bilgilendirme yükümlülüğü bakımından ayrı bir düzenleme yer almaktadır. Hükmün birinci fıkrasının ilk cümlesinde sigorta sözleşmelerinde bilgilendirmeye ilişkin diğer mevzuat düzenlemesine benzer şekilde sigorta şirketinin özel sağlık sigortası kurmak isteyenlere sözleşme kurma kararını etkileyecek hususlar hakkında bilgi vereceği düzenlenmiştir. Ömür boyu yenileme garantisine hak kazanılma koşullarının Yönetmelik m. 6 f. 3 uyarınca özel şartlar ve poliçede belirtileceği öngörülmüştür. Sigorta poliçesi ve onun eki niteliğindeki özel şartlar sigorta ettirene sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra verilir. Dolayısıyla, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinin kuruluşu aşamasında sağlık sigortasında ömür boyu yenileme güvencesi hakkında ayrıca bilgilendirilmesinin gerekli olup olmadığı hususu gündeme gelmektedir. Ömür boyu yenileme güvencesini kurulacak sigorta sözleşmesinin karşı tarafı olan sigorta şirketinin verip vermeyeceği, verecekse hangi koşullarda vereceği sigorta sözleşmesinin o sigorta şirketi ile kurulması kararını etkileyen hususlardan biri olduğu söylenebilir. Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği bu konuda sessizdir. Hazine Müsteşarlığı tarafından yayımlanan 8/4/2014 tarihli Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği Uygulama Esaslarına İlişkin 2014/4 sayılı Genelge⁸⁶ m. 5 f. 1'de yenileme garantisi verilip verilmediği, verildiği takdirde kapsamının bilgilendirme formunda açıklanması gerektiği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere sigorta şirketi özel sağlık sigortasının kuruluşu aşamasında ömür boyu yenileme garantisi hakkında sigorta ettireni bilgilendirmelidir. Bilgilendirme formu ile sözleşmenin kurulmasından sonra verilen poliçenin eki niteliğindeki özel şartlarda yer alan koşullar arasında sigortalı aleyhine bir farklılık bulunması hâlinde bilgilendirme mevzuatı kapsamında sigorta ettirenin sözleşmeden cayma yahut uğradığı zararının tazminini isteme hakkı olacaktır. Bilgilendirmenin sigorta sözleşmesinin kuruluşu aşamasında yapıldığı dikkate alındığında ömür boyu yenileme garantisinin koşullarının bilgilendirme formu ve sözleşmeyi ispat eden poliçede farklı düzenlemesi hâlinde ömür boyu yenileme garantisinin bilgilendirme formunda yer alan koşullarda kazanıldığı iddia edilmesi çok da mümkün gözükmemektedir.

bb. Ömür Boyu Yenileme Garantisi Değerlendirme Koşullarının Karşılanıp Karşılanmadığına Yönelik Bilgilendirme

Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği m. 7 f. 4'te ömür boyu yenileme garantisinin değerlendirme koşullarının karşılanıp karşılanmadığı hakkında sigorta şirketi tarafından yapılacak bilgilendirme düzenlenmiştir. Bu kapsamda bir bilgilendirme yükümlülüğünün doğması için öncelikle sigorta şirketi Yönetmelik m. 6 f. 1 anlamında sigorta ettiren ile kurduğu sigorta sözleşmesinde ömür boyu yenileme garantisine ilişkin koşulları belirlemiş olması ve özel şartlarda belirlenen

86 Genelge metni için bkz. https://tsb.org.tr/images/Documents/2014-4_genelge.pdf (e.t.: 3/10/2018).

bu koşulların belirli süre sonrasında karşılanması hâlinde özel sağlık sigortasının ömür boyu yenileceğini taahhüt etmiş olması gerekmektedir. Sigorta şirketinin, bu dönemde, sigortalısına her yıl ömür boyu yenileme garantisi değerlendirme şartlarına ilişkin yazılı yahut elektronik ortamda bilgilendirme yapması gerektiği öngörülmektedir. Bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hâlinde sigortalının ömür boyu yenileme garantisinin değerlendirme şartlarını karşıladığının kabul edilecektir [m. 7 f. 4 c. 2]⁸⁷.

Sigorta şirketi, aşağıda da açıklanacağı üzere ömür boyu yenileme garantisine ilişkin değerlendirme şartlarında sigorta sözleşmesinin belirli bir süre arka arkaya kurulmuş olması, tazminat/prim oranının belirli bir yüzdeyi geçmemiş olmasını ve bunlarla birlikte şirket tarafından teknik ve tıbbi bakımdan riziko değerlendirmesi yapılacağı, gerekirse sigortalının sağlık kontrolünden geçmiş olması gibi değerlendirme şartları getirmektedir. Sigorta şirketinin söz gelimi arka arkaya kendisi ile üç yıl sağlık sigortası kurulmasına ilişkin getirdiği bir ön koşul bulunduğu takdirde, sigorta şirketinin değerlendirme koşulları bakımından üç yıl boyunca sessiz kalması ve takip eden dördüncü yılda yeniden aynı sigortalı menfaatine aynı teminatlarla sözleşme kurulması hâlinde Yönetmelik m. 7 f. 4 c. 2 uyarınca değerlendirme koşullarının karşılandığı sonucu ortaya çıkacak ve sigortalı ömür boyu yenileme garantisine hak kazanacağı söylenebilecektir. Diğer bir ifadeyle, sigorta şirketinin sessiz kalması değerlendirme koşullarının karşılandığı yahut karşılanmasa da sigorta şirketinin ömür boyu yenileme garantisini söz konusu sigortalıya zimnen tanıdığı sonucuna yol açacaktır⁸⁸. Sigorta şirketinin daha sonra geçmiş dönemde prim/tazminat koşulunun karşılanmamış olduğu ve ömür boyu yenileme garantisinin verilmediğine yönelik itirazları bu açık düzenleme kapsamında dikkate alınmamalıdır. Bu hüküm sigorta şirketleri bakımından dikkat edilmesi gereken bir düzenlemedir. Sigorta şirketi söz gelimi ilk iki yıl risk değerlendirme koşullarını karşılayan sigortalısının son dönemde bu koşulları karşılamadığını düşünüyor yahut ömür boyu yenileme garantisi verilmesi için sigortalının sağlık kontrolünden geçmesini istiyorsa kanaatimce bunu dördüncü sözleşme kurulmadan önce sigortalıya bildirmeli, sigortalı sağlık kontrolünden geçtikten sonra hızlıca risk değerlendirmesi yapmalı ve dördüncü sigorta dönemi teklifini yöneltirken teminat dışında bıraktığı yahut teminatı belirli bir sigorta bedeli ile sınırladığı rizikoları belirtmelidir. Aksi takdirde ömür boyu yenileme garantisi, sigorta sözleşmesini ispat eden sigorta poliçesindeki hâliyle kazanılmış sayılmalıdır.

c. Ömür Boyu Yenileme Garantisine Hak Kazanma Koşulları

aa. Art Arda Aynı Şirket ile Sağlık Sigortası Kurma ve Tazminat Prim Oranı Belirlenmesi

Sigorta şirketlerinin özel şartları incelendiğinde, özel sağlık sigortasının ömür boyu yenilenmesi taahhüdüne ilişkin ilk kurulan sigorta sözleşmesindeki özel şartlarda, sigortalı ile art arda belirli

87 Hüküm hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 485-486.

88 Bu düzenlemenin sigorta şirketlerine gereksiz işlem yükü getirebileceği hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 486.

bir süre sözleşme kurulması koşulunun getirildiği görülmektedir. Bu sürenin bazı özel şartlarda üç yıl bazılarında ise dört yıl olarak belirlendiği görülmektedir⁸⁹.

Böyle bir süre öngörülmesinin asli amacı sigortalının sağlığının belirli bir dönem boyunca gözlemlenmesidir. Zira, çoğu özel şartlarda, bu süre zarfında tazminat prim oranının belirli bir oranın altında kalması ömür boyu yenileme garantisi verilmesinin değerlendirilmeye alınabilmesi için önkoşul olarak aramaktadır. Bazı özel şartlarda bu oran % 100 iken bazılarında % 80 olarak belirlenmiştir⁹⁰. Diğer bir ifadeyle, sigorta şirketi kendisi ile belirli yıl boyunca sağlık sigortası kuran sigortalısının sağlık harcamalarının belirli bir oranın altında kalmasını aramaktadır. Örnek olarak, sağlık sigortası kurulmuş ve fakat henüz ömür boyu yenileme garantisi verilmesi için bekleme sürecinde olan bir sigortalı bekleme süresinin üçüncü yılında kanser hastalığına yakalanır ve ameliyat masrafları ve sair masrafları sigorta şirketi tazmin ederse, tazminat prim oranı % 100'ün üzerinde kalacağı için bu koşul karşılanmayacak ve sigorta şirketi özel şartlardaki hüküm sebebiyle ömür boyu yenileme garantisi değerlendirmesine dahi geçmeyecektir. Bir başka örnek safra kesesi ameliyatı için verilebilir. Bu ameliyat kural olarak günümüzde nispeten kolay bir ameliyat olarak değerlendirilmesine rağmen ameliyatın özel bir hastanede yapılması, yatış masrafları ve tahlil masrafları gibi tıbbi harcamalar göz önünde tutulduğunda ameliyatın gerçekleştiği sigorta dönemi için tazminat – prim oranının % 100'ün üzerinde olacağı söylenebilir. Bu olasılıkta sigorta şirketi salt bu ölçüt karşılanmadığı için bu teminatı vermekten kaçınabilecektir.

Bazı sigorta şirketleri belirli bir süre arka arkaya kendisi ile sözleşme kurma zorunluluğunu bebekler için aramamaktadır. Bir sigorta şirketinin özel şartlarında “*şirket tarafından doğum giderleri ödenen ve sigorta kapsamına alınan bebeklere otomatik olarak Ömür Boyu Yenileme Garantisi verileceği*” belirtilmektedir⁹¹. Dolayısıyla, annenin doğum teminatı bulunuyor ve o sigorta sözleşmesi kapsamında doğum rizikosu gerçekleşirse bebek dünyaya geldikten sonra bebek için sağlık sigortası teminatı veren aynı sigorta şirketi bebeğe hayatı boyunca sağlık sigortası güvencesi verme taahhüdünde bulunmaktadır. Bebek aile sigortasına dâhil edilmiş ve fakat sigorta şirketi anne ve babaya ömür boyu yenileme garantisi vermemişse bu özel şart çerçevesinde bebeğin başka hiçbir koşul aranmaksızın ömür boyu yenileme garantisine hak kazandığını söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle, tek bir sigorta sözleşmesini ispat eden poliçe ile sağlık güvencesi edinen aile fertlerinden birinin yahut birkaçının bu garantiye hak kazanması diğer bazılarının ise hak kazanmaması söz konusu olabilecektir⁹².

89 Allianz Modüler Sağlık Sigortası Özel Şartları m. 9.2'de ve AkSigorta Bireysel Sağlık Sigortası Özel Şartları m. 10'da bu süre 3 yıl olarak öngörülmektedir. Anadolu Tamamlayıcı Sağlık Sigortası Özel Şartları m. 5'te ise bu süre 4 yıldır.

90 Aksigorta Bireysel Sağlık Sigortası Özel Şartları m. 10'da oran % 80, Anadolu Tamamlayıcı Sağlık Sigortası Özel Şartları m. 5'te ise % 100 olarak öngörülmüştür.

91 Örnek olarak bkz. Aksigorta Bireysel Sağlık Sigortası Özel Şartları m. 10.

92 Bu yönde bkz. Ünán, Şerh, Cilt: III, s. 481.

bb. Diğer Koşullar

Sigorta şirketleri sigortalısının sağlık durumunu kendisi ile arka arkaya kurulmasını aradığı süre içinde gözlemlediği gibi, bu sürenin dolmasından sonra ömür boyu yenileme garantisinin verilebilmesi için sigortalının tıbbi incelemeden geçmesinin aranabileceği de özel şartlarında yazmaktadır⁹³. Tıbbi incelemeden geçme ibaresinin kapsamı açık değildir. Zira, sigorta şirketi, söz gelimi, tansiyon ilacı kullanan bir sigortalının kalp hastası olup olmadığını anlayabilmek için doktor kontrolünden geçmesini arayabileceği gibi genel bir “check-up”tan da geçmesini isteyebilecektir. Sigortalının tıbbi incelemeden geçmesinde sigorta şirketinin menfaati, sigorta şirketinin ömür boyu yenileme garantisini verip vermeyeceği, verecekse hangi teminatlar ile vereceğini belirlemesi bakımındandır. TTK’nın hayat sigortasına ilişkin hükümleri arasında yer alan m. 1492’nin başlığı “Doktor incelemesi”dir⁹⁴. Hüküm uyarınca, sigorta ettiren ile sigortacı arasında, sigorta edilecek kişinin doktor incelemesinden geçmesi kararlaştırılmış olsa bile, sigortacı, sigortalıyı doktor incelemesi yaptırmaya zorlayamayacaktır. Sigorta ettiren ve sigortalı lehine emredici bir düzenleme olan bu maddenin amacı yahut yaptırımı çok açık değildir. Diğer bir ifadeyle, sigorta şirketi, doktor incelemesinden geçmeyen kişinin sırf bu incelemeden geçmemesini ileri sürerek sözleşme kurmama hakkına sahip olmayacak mıdır⁹⁵? Cevabın olumlu olması hâlinde, sigorta şirketinin sigorta sözleşmesini kurma iradesi sözleşmenin kuruluşu aşamasında sigorta ettiren tarafından yapılan yazılı beyana göre mi şekillenecektir? Bu soruların cevabı açık olmamakla birlikte, sağlık sigortasına uygulanacak diğer hükümlerin belirlendiği TTK m. 1519’da TTK m. 1492’ye atıf yapılmadığı için bu düzenlemenin özel sağlık sigortası sözleşmesine uygulanması mümkün gözükmemektedir. Ne var ki, her hâlükârda, sağlık sigortası sözleşmesini kurmak ile yapılan bu sözleşmede sigortalı lehine ömür boyu yenileme garantisi vermek farklı hususlardır. Ömür boyu yenileme garantisine hak kazanma koşulları Türk mevzuatında sigorta şirketlerinin takdirine bırakıldığına göre, sigorta şirketi kurduğu sigorta sözleşmesinde tıbbi kontrolden geçmek istemeyen sigortalısına ömür boyu yenileme hakkı vermeme imkânına sahip olacaktır.

Sigorta şirketi sigortalısının tıbbi incelemeden geçmesini talep ettiği takdirde bu masrafların kimin tarafından karşılanacağı sorusu gündeme gelmektedir. Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği m. 5 f. 5 uyarınca⁹⁶ sigorta şirketlerinin söz konusu tıbbi incelemenin masraflarına kimin katlanacağı hususunda sigorta ettireni bilgilendirmesi gerekmektedir. Sigorta şirketlerinin web-sitelerinde yer verilen özel şartlarda bu masraflardan sigortalının sorumlu olacağı kaydına yer verildiği gözlemlenmektedir.

93 Örnek olarak bkz. Aksigorta Bireysel Sağlık Sigortası Özel Şartları m. 10.

94 Hüküm hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 53-55.

95 Özellikle TKHK m. 6 kapsamında bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerektiği hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 54.

96 Düzenleme hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 475.

d. Ömür Boyu Yenileme Garantisi Tanınmasına Yönelik Değerlendirme

aa. Değerlendirme Ölçütleri

Sigorta şirketi, kendisi ile belirli süre sağlık sigortası sözleşmesi içinde bulunan sigorta ettiren/sigortalısına öngörülen süre sonunda ömür boyu yenileme garantisi verilir verilmeyeceğini değerlendirirken yukarıda açıklandığı üzere sigortalının arka arkaya kendisi ile kurduğu sözleşme ilişkisi içinde geçirdiği rahatsızlıkları göz önünde bulunduracak ve gerekirse tıbbi incelemeden geçmesini talep edecektir. Yapılacak değerlendirmede önem taşıyan diğer hususların sigorta ettirenin sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki yazılı beyanı ve sigortalının sağlık geçmişi olduğu söylenebilecektir.

Sigorta ettirenin sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki ihbar külfeti, TTK m. 1435 ilâ 1443 aralığında düzenlenmiştir⁹⁷. Beyan külfetinin ömür boyu yenileme garantisi bakımından öneminin ilk bakışta sigorta şirketinin risk değerlendirmesi yapması olduğu söylenebilecektir. Zira, sigorta şirketi ömür boyu yenileme garantisi verip vermeyeceğini, verecekse hangi koşullarla vereceğini bu beyan doğrultusunda değerlendirebilecektir. Ancak, sigorta şirketleri ömür boyu yenileme garantisi vermek için sigorta ettirenle birden fazla yıl arka arkaya sözleşme ilişkisi içinde bulunmayı aramaktadırlar. Diğer bir ifadeyle, sigorta ettiren sigorta şirketi ile ilk sözleşme ilişkisi içine girerken sağlık durumu ile ilgili yazılı beyanda bulunmakta ve sigorta şirketi söz konusu sigorta ettiren ile sözleşme kurma ya da kurmama yahut hangi koşullar ile kurma iradesini bu safhada göstermektedir. Sigorta ettiren, belirli bir hastalığını beyan etmiş ve buna rağmen sigorta şirketi söz konusu rizikoyu teminat dışında tutmamışsa, ömür boyu yenileme garantisi için şirket tarafından öngörülen süre sonunda şirketin risk değerlendirmesi yaparken bu rizikoyu teminat dışında bırakması yerinde olmayacaktır.

Sigorta ettirenin ihbar külfetinin önemi, ömür boyu yenileme garantisinin verilmesinde değil de, belirli bir rahatsızlığın daha sonradan bu garanti kapsamı dışında tutulmasında önem taşıyabileceği söylenebilecektir. Diğer bir ifadeyle, sigorta şirketi, sigorta ettirene ömür boyu yenileme garantisi hakkı vermiş olmasına rağmen, sigorta ettiren sözleşmenin kuruluş aşamasında rahatsızlığını sigorta şirketinden saklamış ise ve sigorta şirketi böyle bir rahatsızlığın ömür boyu yenileme garantisi tanınmasından önce var olduğunu ispat ederse, sigorta şirketi bu rizikodan kaynaklanan masrafları tazmin etmeyebilecek⁹⁸ ve sözleşmeden cayabilecektir.

Bu sonuç bakımından tek istisnanın sigorta ettirenin özel sağlık sigortası sözleşmesinin kuruluşu aşamasında sigorta şirketine sağlık geçmişine erişim hakkı tanınması olduğu söylenebilecektir. Sigorta ettirenin sağlık geçmişine erişim iznine yönelik maddi hukuk düzenlemesi Özel Sağlık

97 Sigorta ettirenin sözleşmenin kuruluş aşamasındaki ihbar külfeti için bkz. **Zehra Şeker Ögüz**, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi, İstanbul 2010; **İbrahim Ağsakal**, Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları, Ankara 2015; **Ünan**, Şerh, Cilt: I, s. 402-463; sağlık sigortasının kuruluşu aşamasında teklifnameda yer alan sorular hakkında bkz. **Öcalan**, s. 1526-1529.

98 Bu yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2013/12030 E., 2014/1112 K. sayılı karar; Sigorta Tahkim Komisyonu 6/1/2015 tarih, 2014/4995 sayılı kararı.

Sigortaları Yönetmeliği m. 5 f. 3 ve f. 4'te yer almaktadır⁹⁹. Hüküm uyarınca sigorta şirketi, sigortalının yazılı onayını alarak sigortalının sağlık geçmişine erişim hakkına sahip olabilecektir. Hüküm sigorta şirketine, sigortalının sağlık geçmişi bakımından Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi, Sosyal Güvenlik Kurumu, Sağlık Bakanlığı ve sigortalıyı tedavi eden kişi ve kuruluşlardan bilgi edinebilme hakkı vermektedir. Dolayısıyla, sigorta sözleşmesinin kuruluşu aşamasında, sigorta şirketi sigortalının sağlık durumu bakımından risk analizi yapma imkânına sahip olmaktadır. Sigortalının mevcut bir rahatsızlığının sistemde gözükmesi ve fakat sağlık geçmişine erişim hakkını edinen sigorta şirketinin bu imkânı gereği gibi kullanmaması hâlinde daha sonradan bu rahatsızlığın teminat dışında bırakılması yahut tazmin edilmemesinin ne kadar yerinde olduğu tartışmaya açıktır. Aynı şekilde bu bilgiler ömür boyu yenileme garantisinin verilmesi aşamasında yapılacak risk değerlendirmesinde de önem taşıyacaktır.

bb. Değerlendirme Sonucu

Sigorta şirketi, yaptığı risk değerlendirmesi sonrasında değerlendirme koşullarının karşılanmadığı kanaatine varırsa kurmayı önerdiği bir sonraki sözleşmede ömür boyu yenileme garantisi taahhüdünde bulunmayacaktır. Ne var ki, bu husus aynı zamanda sigorta şirketinin sigorta ettirenle sağlık sigortası kurmayacağı anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle, sigorta şirketi, koşullar karşılanmadığı takdirde, ömür boyu yenileme taahhüdü olmaksızın özel sağlık sigortası kurma teklifinde bulunabilecektir. Sigortalının sözleşmede öngörülen süre (söz gelimi son 3 ya da 4 yıl) içinde prim/tazminat oranını karşılamaması yukarıda da açıklandığı üzere başka hiçbir ek değerlendirme yapılmaksızın yenileme garantisi tanınmamasına yol açabilecektir. Sigorta ettirenin bu taahhüdü elde edememesine rağmen yine de aynı sigorta şirketi ile sözleşme yenilemesi hâlinde ömür boyu yenileme garantisi değerlendirmesine yeniden girmesi için ne kadar süre beklemesi gerektiği sorusu gündeme gelmektedir. Söz gelimi, şirket üç yıl arka arkaya kendisi ile sigorta sözleşmesi kurulmasını arıyorsa, bu üç yılın yeni baştan başlayıp başlamayacağı tartışılmalıdır. Kanaatimce bu soruya verilecek cevap olumsuz olmalıdır. Sigortalı, aynı sigorta şirketi ile bir sözleşme dönemi daha geçirdikten sonra sigorta şirketi ömür boyu yenileme garantisi talebini dönem sonunda yeniden değerlendirmelidir. Değerlendirme yapılırken bu sefer son sözleşme tarihinden geriye dönük üç yılı değerlendirmeye almalı ve o üç yılın prim/tazminat oranına bakmalıdır.

Sigorta şirketi yaptığı risk değerlendirmesi sonrasında ömür boyu yenileme garantisi vermekle birlikte garantinin verildiği sigorta sözleşmesinde sigorta teminatlarını daraltabilir, bazı teminatları kapsam dışında bırakabilir yahut belirli bir sigorta bedeli ile sınırlayabilir. Söz gelimi, arka arkaya sigorta sözleşmesi kurulması istenen süre içinde sigortalının maruz kaldığı bir rahatsızlık teminat dışında bırakılarak yahut belirli bir sigorta bedeli ile sınırlandırılarak sigorta şirketi ömür boyu yenileme garantisi verebilecektir. Nitekim bu husus Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği m. 7 f. 2 c. 2'de öngörülmüştür. Ancak, belirli bir hastalığın teminat dışında bırakılması yahut teminatın belirli bir sigorta bedeli ile sınırlandırılması şirket tarafından daha

99 Düzenleme hakkında bkz. Ünán, Şerh, Cilt: III, s. 471-475.

önceden belirlenen ömür boyu yenileme garantisine ilişkin değerlendirme şartlarına uygun ve objektif ölçütlere dayanılarak gerçekleştirilmelidir.

e. Ömür Boyu Yenileme Garantisinin Kapsamı

Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği, ömür boyu yenileme garantisi edinilmesi koşullarına karışmamakla birlikte, bu teminatın edinilmesinden sonraki döneme ilişkin sonuçları düzenlemektedir. Ömür boyu yenileme garantisinin kapsamı aşağıda açıklanmaya çalışılacaktır.

Sonuçlardan en önemlisi, garantinin elde edilmesinden sonraki sigorta sözleşmelerinde sigorta şirketlerinin sigortalı aleyhine teminatın kapsamında daraltmaya gidemeyecek olmasıdır [Yönetmelik m. 7 f. 3 b. (a)]. Başka bir ifadeyle, sigorta şirketi, sigortalısını, ömür boyu yenileme garantisinin kazanıldığı tarihteki sağlık durumu ile sigortalamaktadır. Sigortalı, ömür boyu yenileme garantisine hak kazandıktan sonra, önemli bir hastalığa yakalanırsa, sigorta şirketi, bu rizikonun sözleşme kurma iradesine önemli şekilde etki ettiğini ve rizikonun ağırlaştığını ileri sürerek sigorta sözleşmesini kurmama yahut ağırlaşan rizikoları teminat dışında bırakma imkânına sahip olmayacaktır¹⁰⁰. Sigorta ettirenin ömür boyu yenileme garantisine hak kazanmadan önce sigorta şirketine sağlık durumu hakkında yanılıcı beyanda bulunmuş olması ve bu hususun sigorta şirketi tarafından ispat edilmiş olması tek istisna olarak gözükmektedir.

Ömür boyu yenileme garantisinin bir diğer önemli sonucu sigortalının garantiyi elde etmesinden sonra kuracağı sigorta sözleşmelerinde sigorta şirketinin sigorta teminatının sigorta bedelini [limit] düşüremeyecek olmasıdır [Yönetmelik m. 7 f. 3 b. (a)]¹⁰¹. Zira, böyle bir garantinin bulunmadığı sigorta sözleşmelerinde, sigorta sözleşmesi içinde söz gelimi kanser hastalığına yakalanan bir sigortalının sigorta dönemi sonunda yeniden aynı sigorta şirketi ile sözleşme kurmak istemesi hâlinde kanser ve kansere bağlı hastalıkların düşük bir sigorta bedeli ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Ancak, ömür boyu yenileme garantisi elde edildiği takdirde sigorta şirketi sigorta bedelinde indirimde gitme imkânına sahip olmayacaktır.

Ömür boyu yenileme garantisinin bir diğer önemli sonucu sigortalı katılım payının artırılmaması olarak açıklanmaktadır [Yönetmelik m. 7 f. 3 b. (a)]. Katılım payı olarak uygulamada adlandırılan husus sigorta hukuku anlamında sigorta bedelinin olay başına belirli bir yüzdesinin sigortalı tarafından karşılanması anlamına gelmektedir. Ayakta tedavi teminatı olarak adlandırılan yatış olmaksızın tedavi masraflarının ödenmesine yönelik sigorta teminatında sigortalı katılım payı istisnasız kararlaştırılmaktadır. Ömür boyu yenileme garantisinin kazanıldığı sigorta sözleşmesi döneminde örneğin % 10 katılım payı poliçede öngörülmüşse bu oranın sigortalı aleyhine sonraki dönemlerde yukarı çekilmesi söz konusu olmayacaktır. Sigorta şirketi rizikonun yüksek olmasını katılım payının yukarı çekilmesi için bahane olarak gösteremeyeceği gibi, katılım payının sabit kalması karşılığında sağlık harcamasının yüksekliliği sebebiyle de primi arttıramayacaktır. Sigorta şirketleri sigorta sözleşmelerinin özel şartlarında anlaşmalı ve anlaşmalı olmayan hastane

100 Hükmün değerlendirmesi için bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 484.

101 Hüküm hakkında bkz.. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 484.

ayrımına gitmekte ve anlaşmalı olmayan hastanelerde sigortalı payını diğerine göre daha yüksek tutmaktadırlar. Yönetmelik m. 7 f. 3 b. (b) uyarınca sigorta şirketleri sigorta sözleşmesinin özel şartlarında ömür boyu yenileme garantisi hakkı tanıdıktan sonra sigorta özel şartlarında da sigortalı aleyhine değişikliğe gidemeyecektir. Sigorta şirketinin anlaşmalı hastane listesini süreç içinde değiştirmesi ve anlaşmalı olan bir hastaneyi bu listeden çıkartması dolaylı olarak sigortalının katılım payının artması anlamına gelen bir özel şart değişikliğidir¹⁰². Sigortalının düzenli ve sürekli gittiği doktorun anlaşmalı hâle gelmeyen bir hastanede çalışması kendisinin katılım payının artmasına sebebiyet verecektir. Sigorta şirketinin bu olasılıkta söz konusu sigortalı bakımından katılım payını ömür boyu yenileme garantisinin verildiği tarihteki şekliyle uygulaması gerektiğini söylemek mümkün olabilecektir.

f. Ömür Boyu Yenileme Garantisinin Prime Etkisi

Yukarıda da açıklandığı üzere sigorta şirketi ömür boyu yenileme garantisi tanıdığı sağlık sigortası sözleşmesinde sigortalının sözleşme dönemi içinde ortaya çıkan hastalıklarını bir sonraki sigorta döneminde teminat dışında bırakamayacak yahut teminatları belirli bir sigorta bedeli ile sınırlandıramayacaktır. Söz gelimi, uzun süre mücadele gerektiren kanser hastalığı sigortalı için önemli bir teminattır. Sigorta şirketi bu teminatı sözleşme dışında bırakamayacağı için hastalıkla mücadele sürecinde düzenli olarak tazminat ödeyecektir. Sigorta sözleşmesinin süreli olması, ömür boyu yenileme garantisi bulunsa bile her yıl yeniden sözleşme kurulmasına sebebiyet verecektir. Rizikonun ağırlaşması olarak kabul edilebilecek olan bu durum doğrudan sigorta ettirenin prim ödeme borcuna etki edecektir. Sigorta şirketinin ödediği ve ödemesi muhtemel sağlık giderlerini prime yansıtması olağan bir uygulama olmakla birlikte ömür boyu yenileme garantisini sigorta ettiren aleyhine işlevsiz kılma olasılığı söz konusudur. Zira, rizikonun ağırlaşması yüksek prim artışına sebebiyet vermişse sigorta ettiren her ne kadar ömür boyu yenileme garantisi bulunsa da sözleşme kurmaktan istemeyerek olsa da imtina edebilecektir. Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği bu sakıncanın önüne geçme amacını taşıyan bir düzenleme içermektedir. Ömür boyu yenileme garantisi kazanıldıktan sonraki dönemde kurulacak olan sağlık sigortası sözleşmelerinde sigorta şirketlerinin hastalık ek primi uygulayamayacağı öngörülmüştür [m. 7 f. 3 b. (c)]. Yönetmelik ayrıca ödenen tazminatların sözleşme primi oranına bağlı olarak ek prim uygulamayacağını da düzenlemektedir [m. 7 f. 3 b. (d)]. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, ömür boyu yenileme garantisi hakkı tanınan sigortalının bu garantiye sigortalının hak kazandığı tarihteki sağlık durumu baz alınarak sigorta sözleşmesinin kurulduğu, rizikonun sonradan ağırlaşması hâlinin sigorta şirketi tarafından prime yansıtılmasının önüne geçilmesi amacının bulunduğunu söylemek mümkündür.

102 Söz gelimi Allianz Modüler Sağlık Sigortası Özel Şartları m. 7.5'te "Sigortacı, Network'ler dahilindeki Anlaşmalı Sağlık Kurumlarında değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Network'ler dahilindeki Anlaşmalı Sağlık Kurumları ile Sigortacı arasındaki sözleşmenin sona ermesi durumunda, ilgili Network'te yer alan sağlık kurumlarına özel uygulamalar otomatik olarak son bulur." düzenlemesi yer almaktadır.

3. Grup Sigortasında Ömür Boyu Yenileme Garantisi

Yukarıda da açıklandığı üzere grup sigortalarında¹⁰³ sigorta ettiren grup üyeleri yararına sağlık sigortası sözleşmesi kuran kişi, sigortalı ise grup üyeleridir. Uygulamada sigorta şirketlerinin kurdukları grup sigortalarında da, özel şartlarda öngörülen koşulların karşılanması kaydıyla, ömür boyu yenileme garantisi teklifinde buldukları görülmektedir. Grup sigortalarında ömür boyu yenileme garantisinin koşulları grubun tamamı için değil her grup üyesi için ayrı ayrı değerlendirilecektir. Diğer bir ifadeyle, grup üyelerinden bir kısmı özel şartlarda öngörülen koşullar karşılandığı için ömür boyu yenileme garantisine hak kazanabilecekken, bazı grup üyeleri bu hakkı kazanamayabilecektir.

Grup sigortalarında ömür boyu yenileme garantisi kazanan sigortalı bakımından ortaya çıkması muhtemel bazı sorunlar irdelenmelidir. Bu sorunlardan ilki, grup üyesinin gruptan ayrılması hâlinde ömür boyu yenileme garantisinin akıbetinin ne olacağıdır. Örneğin, işyeri tarafından kurulan sağlık sigortası kapsamında ömür boyu yenileme garantisi elde eden sigortalının işyeri değişikliği sebebiyle gruptan çıkması hâlinin sigorta sözleşmesine etkisi değerlendirilmelidir. Grup üyesi, ömür boyu yenileme garantisine hak kazandığı sigorta sözleşmesinin sigorta ettireni yani tarafı değildir. Grup sigortasına ilişkin maddi hukuk düzenlemesi TTK'nın hayat sigortalarına ilişkin hükmü olan m. 1496'da yer almaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere sağlık sigortalarına uygulanacak diğer hükümleri düzenleyen maddede TTK m. 1496'ya atıf yapılmadığı için bu hükmün sağlık sigortası sözleşmesine uygulanması mümkün değildir¹⁰⁴. Hükmün kıyas yoluyla uygulanması önerisinin yapılması ise yukarıda yer verilen sorunu çözmeyecektir. Zira, TTK m. 1496 f. 3 uyarınca sözleşme süresi içinde gruptan ayrılma hâlinde grup sigortası ile sağlanan teminat, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, sigortalı tarafından sigorta ettiren sıfatıyla bireysel olarak devam ettirilebilecektir. Diğer bir ifadeyle, grup sigortasının gruptan ayrılma ile birlikte bireysel sağlık sigortası sözleşmesine dönüşmesi mümkündür. Ne var ki, TTK m. 1496 f. 3 düzenlemesi yedek ticari bir düzenlemedir. Hükmü, TTK m. 1520'de yer verilen emredici hükümler arasında sayılmamaktadır. Hükmün yedek ticari hüküm olduğu sözünden de anlaşılmaktadır, zira maddede açıkça sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa ibaresi yer almaktadır. Sonuç olarak, TTK m. 1496 kıyas yoluyla özel sağlık sigortası sözleşmesine uygulandığı takdirde, sigorta sözleşmesi özel şartları ile grup sağlık sigortasının bireysel sağlık sigortasına dönüşmesi engellenebilecektir. Bu sonuç, ömür boyu yenileme garantisi hakkını elde eden sigortalının gruptan ayrılmakla birlikte bu hakkı yitirmesi sonucunu doğuracaktır¹⁰⁵. TTK'nın sağlık sigortasına ilişkin hükümlerinde grup sağlık sigortasına yönelik düzenleme yoktur.

Türk Hukuku'nda bu sorun Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği ile çözülmeye çalışılmaktadır. Yönetmelik m. 9 f. 2'de¹⁰⁶ grup sözleşmesinden ömür boyu yenileme garantisi olarak ayrılan kişi veya kişilerin özel şartlarda belirtilen süre içinde başvurmasını kaydıyla sigortalılıklarını şirketin

103 Grup sağlık sigortaları hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 503-506.

104 Grup sağlık sigortası sözleşmesi bakımından yasal boşluk bulunduğu hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 503.

105 Hükmün sağlık sigortası sözleşmesine uygulanamayacağı hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 489.

106 Düzenleme için bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 489.

aynı planı içerir yoksa en yakın planı içerir bireysel tarifelerden biriyle devam ettirebilecekleri yazılıdır. Hüküm bir mevzuatta bulunması yerinde olmayan bir yüklem olan “ettirilebilirler” ile bitmektedir. Söze dayalı yorum ile “ettirilmeyebilirler” şeklinde de hükmün okunması mümkündür. Düzenlemenin “ettirilirlen” şeklinde okunması, korunmak istenen menfaat göz önünde tutulduğunda yerinde olacaktır. Bu doğrultuda değerlendirme yapıldığında ömür boyu yenileme garantisi hakkı kazanılmış grup sigortasının ömür boyu yenileme garantili bireysel sağlık sigortasına dönüşmesi için şu koşulların karşılanması gerekmektedir: [1] sigortalının grup sağlık sigortası kapsamında ömür boyu yenileme garantisi hakkı kazanmış olması, [2] sigortalının gruptan ayrılması, [3] sigortalının grup sağlık sigortası özel şartlarında öngörülen süre içinde aynı sigorta şirketi ile bireysel sağlık sigortası kurmak için başvurması.

Yönetmelik bireysel sağlık sigortasına geçiş için gereken süreyi düzenlememekte ve bu hususu sigorta şirketlerinin takdirine bırakmaktadır¹⁰⁷. Uygulamada sigorta sözleşmesi özel şartlarında bu sürenin bir ay olarak kararlaştırıldığı görülmektedir. Kanaatimce bir aylık süre, işten özellikle kendi isteği dışında çıkartılan kişinin sağlık sigortasının akıbetini düşünmesi için çok kısadır. Zira, özel şartlarda da açıkça belirtildiği üzere bu sürede başvurulmaması sigortalının grup sağlık sigortasından elde ettiği hakları, diğer bir ifadeyle, ömür boyu yenileme garantisini kaybetmesi anlamına gelecektir. Bu sürenin Türk mevzuatında açık bir şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Yönetmelik hükmü, gruptan ayrılma sebebiyle grup sağlık sigortasının bireysel sağlık sigortası sözleşmesine çevrilmesi önerisini sigorta şirketinin reddedemeyeceği şeklinde yorumlanmalıdır. Hüküm uyarınca sigorta şirketleri ya grup sağlık sigortası planına eş değer bir bireysel sağlık sigortası yahut en yakın planı içeren bireysel sağlık sigortası önerisinde bulunmalıdır. Yönetmelik m. 4 f. 1 b. (d)’de “plan”; teminatları, teminat limitlerini ve teminatlar kapsamında Şirket’in ödeme yüzdesini veya sigortalı katılım payını poliçe üzerindeki bilgi şeklinde tanımlanmıştır. Kanaatimce, Yönetmelik m. 9 f. 2 düzenlemesi sigortalının aleyhine yorumlanmamalıdır. Grup sağlık sigortası teminatı, teminat limiti, katılım payını karşılayan bireysel sağlık sigortasının sigorta şirketi tarafından verilememesinin mümkün olmadığı söylenmelidir. Sigorta şirketleri bu geçişi söz gelimi ayakta tedavi teminatını içermeyen yahut yatarak tedavi teminatına katılım payı uygulayan bir sigorta sözleşmesine dönüştürme aracı olarak kullanmamalıdır.

Grup sağlık sigortasının bireysel sağlık sigortasına yukarıda açıklandığı şekilde dönüşmesi hâlinde grup sağlık sigortası sözleşmesinin sigortalısı bireysel sağlık sigortası sözleşmesinde hem sigorta ettiren hem de sigortalı sıfatını kazanacaktır. Diğer bir ifadeyle, prim ödeme borçlusu hâline gelecektir. Grup sağlık sigortalılarında, sigorta şirketi birden fazla sigortalıya teminat verdiği için sigortalı başına düşen prim miktarı bireysel sağlık sigortasına göre daha azdır. Bu sebeple, grup sigortasından ayrılma ile bireysel sigortaya geçişte primin artması kaçınılmazdır¹⁰⁸ ve bu durum yukarıda açıklanan Yönetmelik m. 7 f. 3’e aykırılık oluşturmaz.

107 Öngörülen sürenin TKHK m. 6 f. 2 karşısında sözleşme kurma zorunluluğunu devre dışında bıraktığı ölçüde geçersiz sayılması gerektiği hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 490.

108 Bu yönde bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 486.

Gruptan ayrılma sonrasında mevcut haklarla bireysel sağlık sigortasına geçilmesi hâlinde, ömür boyu yenileme garantisine sahip sigortalı hakkında sigorta şirketi yeniden risk değerlendirmesi yapma imkânına sahip olmamalı ve sigortalı ile ömür boyu yenileme garantisi hakkını elde ettiği tarihteki teminatlarla bireysel sağlık sigortası sözleşmesi kurmalıdır. Aksi yorum ömür boyu yenileme garantisi hakkının içini boşaltacaktır.

Ömür boyu yenileme garantisinin kazanıldığı gruptan ayrılan sigortalı, yeni bir iş yerinde işe başlamış ve bu işyeri de çalışanları lehine grup sağlık sigortası kuruyorsa, eski grubunda ömür boyu yenileme garantisi hakkı bulunan sigortalının bir imkânının daha bulunduğu söylenebilecektir. Özel Sağlık Sigortası m. 9 f. 3'te Yönetmelik adlandırmasıyla "geçiş işlemleri" düzenlenmektedir¹⁰⁹. Sigortalı, sağlık sigortası sözleşmesini bir başka sigorta şirketi ile mevcut poliçesinde sahip olduğu tüm hak ve yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla kurma imkânına sahip olacaktır. Geçiş işlemi denilmesinin nedeni yeni sigorta şirketinin sigortalıyı bir önceki sigorta şirketi ile kurmuş olduğu sağlık sigortasındaki hakları ile kabul edecek olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, eski sigorta şirketinde kazanılan ömür boyu yenileme garantisini bir diğer sigorta şirketi başka koşul aramadan kendisi ile sağlık sigortası sözleşmesi kurulması karşılığında tanıyabilecektir. Yönetmelik m. 9 f. 3 b. (a) uyarınca yeni sigorta şirketi geçişi kabul etmek zorunda olmadığı gibi, geçiş koşullarını da kendisi belirleyebilecektir. Örneğin bir işyerinden ayrılıp başka bir işyerine geçen kişi, yeni işe başladığı işyerinin bir başka sigorta şirketi ile grup sağlık sigortası kurması hâlinde bir önceki sigorta şirketinden kazandığı ömür boyu yenileme garantisi ile gruba dâhil edilmesi önerisinde bulunabilecek ve sigorta şirketinin kabul etmesi hâlinde mevcut hakları ile geçiş sağlanacaktır¹¹⁰. Bu olasılığın gerçekleşmesi şüphesiz sigortalının menfaatine olacaktır. Zira, bir başka sigorta şirketinin grubuna mevcut haklarıyla birlikte dâhil olmakla birlikte, dâhil olduğu grup sağlık sigortalısının sigorta ettireni olmayacak, prim ödeme borçlusu hâline gelmeyecektir.

Sigorta ettirenin taksitle kararlaştırılmış primi dönem içinde ödememesi, prim ödeme borcunda temerrüde sebebiyet verecek ve sigorta şirketi TTK m. 1434 f. 3 uyarınca sigorta sözleşmesini feshetme imkânına sahip olabilecektir¹¹¹. Grup sigortalarında sigorta ettiren, sigortalı grup üyeleri lehine sigorta sözleşmesi kurar. Sigortalının sağlık sigortasında ömür boyu yenileme garantisi hakkını kazanması olasılığında primin zamanında ödenmemesi sebebiyle sigorta sözleşmesinin feshedilmesinin olumsuz sonuçları sigortadan yararlanan sigortalının üzerinde doğacaktır. TTK'nın genel hükümleri arasında m. 1431 f. 4'te¹¹² bu hususa ilişkin sigorta ettiren/sigortalı lehine emredici bir düzenleme yer almaktadır. Hüküm uyarınca, başkası lehine yapılan sigortada, prim borcu için sigorta ettiren aleyhine yapılan takibin semeresiz kalması hâlinde, sigortalı, bu durumun kendilerine bildirilmesi hâlinde, prim ödemeyi üstlendikleri takdirde sözleşme bu kişilerle devam edecek, aksi takdirde sigorta şirketi sigorta ettirene karşı sahip

109 Düzenleme hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: III, s. 491 vd.

110 Bu hususun irdelendiği karar için bkz. 18/2/2011 tarih, 2011/125 K. sayılı Sigorta Tahkim Komisyonu Hakem Heyeti kararı.

111 TTK m. 1434 f. 3 hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: I, s. 376 vd.; İrem Aral, "Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3, 2007, s. 117 vd.

112 Hüküm hakkında bkz. Ünan, Şerh, Cilt: I, s. 340 vd.

olduğu hakları kullanabilecektir. Hüküm uyarınca, ödenmemiş prim borcu için sigorta ettiren aleyhine takip yapılması ve bunun semeresiz kalmış olması gerekmektedir. Diğer bir koşul ise, bu hususun sigortalıya bildirilmiş olmasıdır. Hükümün TTK m. 1434 ile birlikte uygulanması çeşitli yorum sorunlarına sebebiyet vermektedir. Zira, TTK m. 1434 f. 3 uyarınca sigorta ettirenin izleyen prim ödeme borcunu zamanında ödememesi ve sigorta şirketinin hükümde öngörülen resmî şekil koşullarına uygun bildirimde bulunması sonrasında, kanun uyarınca tanınan on günlük süre içinde bu borç sigorta ettiren tarafından ödenmezse sözleşme kendiliğinden ileri etkili sona erecektir. TTK m. 1434 f. 4'te yer alan takip yargı yolu olarak anlaşıldığı takdirde TTK m. 1431'in yalnızca sigorta şirketinin primin aynen ifasını talep ettiği hâllerle mi sınırlı kalacağı tartışması gündeme gelecek ve kanaatimce TTK m. 1431 f. 4'ün uygulamada içi boşalacaktır. Zira, sigorta şirketi fesih seçeneğini seçtiği bir kurguda sözleşme kanunda öngörülen süre sonunda sigortadan yararlanan sigortalı için de sona erecektir. Kanaatimce, TTK m. 1431'de yer verilen "takip" ibaresinin TTK m. 1434'te resmî şekilde yapılması öngörülen bildirim de kapsamı gerektiği sonucuna varılmalıdır. Bu süre içinde sigorta ettiren prim ödeme borcunu yerine getirmezse, sigorta şirketi üçüncü kişi yararına kurulan sigorta sözleşmelerinde bu hususu sigortalıya da bildirmeli ve prim ödeme borcu onun tarafından da yerine getirilmezse sözleşme ileriye etkili olarak sona ermelidir. Aksi yorum, TTK m. 1431 f. 4'ün son kısmında yer alan "aksi hâlde, sigortacı sigorta ettirene karşı sahip olduğu hakları kullanır" ibaresinin uygulama alanı kalmamasına sebebiyet verecektir. TTK m. 1431 f. 4'te sigorta şirketi tarafından sigortalıya "bildirildiği takdirde" ifadesine yer verilmiştir. Hükümün sözünden bildirim yapıp yapılmamasının sigorta şirketinin takdirine bırakılan bir seçenek olduğu izlenimi doğmaktadır. Ancak, hükümün TTK m. 1452 f. 3 anlamında emredici niteliği de göz önünde tutulduğunda, sigorta şirketinin sigortalıya bu yönde bir bildirim yapmadan sözleşmeyi feshetme hakkının bulunmadığı sonucuna varılmalıdır.

Grup sağlık sigortalarında, sigortalının prim borcunu ödeyerek sigorta ettirenin yerine geçmesi yine bazı yorum sorunlarını beraberinde getirmektedir. Nitekim, yüz kişiden oluşan bir gruba ilişkin sağlık sigortasında sigortalılardan bazıları prim borcunu üstlenmek isteyebilecekken diğerleri bunu istemeyebilecektir. Bu olasılıkta, prim borcunu üstlenmek isteyen sigortalıların kendileri için sigorta ettiren tarafından ödenen primi ödeyerek sözleşme ilişkisine devam etme imkânına sahip oldukları sonucuna varılmalıdır. Ancak bu olasılıkta grup sigortası bireysel sağlık sigortasına dönüşecektir. Bu dönüşüm sonrasında sigorta dönemi sona erene kadar grup sigortasından bireysel sigortaya geçiş sebebiyle primi arttırma imkânı olup olmadığı da bir başka tartışma konusu olacaktır. Bu sorun için önerilebilecek çözüm, tıpkı gruptan ayrılmalarda olduğu gibi sigorta sözleşmesinde öngörülen süre içinde mevcut haklarla sigorta şirketi ile grup sağlık sigortasının sigortalısının bireysel sağlık sigortası kurması olacaktır. Bu sonucun benimsenmesi hâlinde ise TTK m. 1434 f. 3 uyarınca sözleşmenin feshedilmesi grubun sona ermesi olarak yorumlanacak ve grubun sona ermesinden sonra grup üyelerine mevcut haklarıyla bireysel sigorta sözleşmesine geçme imkânı tanınacaktır. Bu olasılıkta Yönetmelik açık hükümü uyarınca başvurunun sigortalı tarafından yapılması gerekecektir. Görüldüğü üzere, yukarıda açıklanan

hukuki sorunun yürürlükteki mevzuat hükümleri uyarınca cevabının kolayca bulunması mümkün değildir. Bu hususun mevzuat değişikliği yapılarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

4. Sigorta Şirketi Değişikliğinin Ömür Boyu Yenileme Garantisine Etkisi

Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği m. 9 f. 3'te sigortalının kazandığı tüm hak ve yükümlülüklerin sağlık sigortası branşında ruhsatı bulunan başka bir sigorta şirketine hangi koşullarla geçebileceği düzenlenmiştir. Bu hükme yönelik bir üst başlıkta grup sigortaları bakımından değerlendirme yapılmıştır. Yukarıda yer verilen açıklamalar bireysel sağlık sigortaları için de geçerlidir.

VI. SONUÇ

Çalışmada, Türk mevzuatı ve bazı sigorta şirketlerinin sağlık sigortası sözleşmesi özel şartları değerlendirilerek; özel sağlık sigortasının tüketici işlemi olup olmadığı, sigorta şirketinin sözleşme kurma mecburiyetinin bulunup bulunmadığı, sağlık sigortası sözleşmesinin tarafları ve sigorta sözleşmesinde yer verilen ömür boyu yenileme garantisine hak kazanma koşulları ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Varılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilecektir:

- [1] Özel sağlık sigortası TKHK anlamında bir tüketici işlemidir. TKHK m. 3 f. 1 b. (l) hükmünün sigorta sözleşmesi özelinde lehine sigorta sözleşmesi kurulan kişi olarak anlaşılması ve sözleşmeden yararlanan kişinin TKHK m. 3 f. 1 b. (k) anlamında tüketici sıfatına sahip olması, sigorta sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi için yeterli kabul edilmelidir. Bu sonuç özellikle grup sağlık sigortaları bakımından önem taşımaktadır.
- [2] Sağlık sigortası sözleşmesi SCK m. 13 f. 1 anlamında zorunlu bir sigorta değildir. Ancak, sağlık sigortasının TKHK anlamında tüketici işlemi olduğu göz önünde tutulduğunda TKHK m. 6 f. 2'nin sigorta sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulacağı ve sigorta şirketinin sağlık sigortası sözleşmesi kurmaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınamayacağı kanaatine varılmaktadır. Rizikonun yüksek olması TKHK m. 6 f. 2 anlamında her ne kadar haklı bir sebep sayılmasa da bu durum doğrudan prime yansıtacaktır.
- [3] Hazine Müsteşarlığı, 2016/30 Sayılı Genelgesi ile birlikte emeklilik şirketlerinin hastalık/ sağlık branşında da ruhsat alabilmelerinin yolunu açmıştır. Bu sonucun sigorta piyasası ihtiyaçları bakımından yerinde olduğu savunulabilecektir. Ancak, hukuki değerlendirme yapıldığında Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu m. 8 f. 1 c. 2'ye aykırılık söz konusudur. Genelge sonrası hastalık/sağlık branşında emeklilik şirketlerinin ruhsat aldığı da göz önünde tutulduğunda Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu m. 8 f. 1 c. 2 düzenlemesinin değiştirilmesi yerinde olacaktır.
- [4] Grup sigortaları TTK'nın hayat sigortasına ilişkin hükümleri arasında olan m. 1496'da düzenlenmiştir. Bu hükme TTK m. 1519'da atıf yapılmadığından hüküm sağlık sigortası sözleşmelerine uygulanmayacaktır. Grup sigortası Sağlık Sigortası Genel Şartları'nda

düzenlense de yeterli bir düzenleme değildir. TTK 6. Kitabı'nın genel hükümleri ve m. 1519'da yapılan atıftan dolayı zarar sigortasına ilişkin hükümleri sağlık sigortası sözleşmesine uygulanacaktır. Ne var ki, bu hükümlerin uygulanması grup üyelerinin yararına kurulan sağlık sigortasında çalışmada da değinildiği üzere sigortalının aleyhine sonuç doğurmaya müsaittir. Bu sebeple, TTK'da sağlık sigortasına ilişkin hükümlerde grup sağlık sigortasına ilişkin özel düzenlemelere yer verilmesi önerilebilecektir.

- [5] Sağlık sigortası sözleşmeleri özel şartlarında yer bulan ömür boyu yenileme garantisine ilişkin TTK'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konu, Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Ancak Yönetmelik düzenlemesi ömür boyu yenileme hakkının edinilmesi koşullarının belirlenmesini sigorta şirketlerinin takdirine bırakmış ve yalnızca bu garantinin edinilmesinden sonraki süreci düzenlemiştir. Öncelikle ömür boyu yenileme garantisinin TTK'da düzenlenmesi gerekmektedir. Yapılacak düzenlemede mevcut Yönetmelik hükümlerinin aksine bu garantiye hak kazanma koşullarının asgari seviyede de olsa belirlenmesi önerilebilecektir. Bir başka öneri ise sağlık sigortası sözleşmesinin süresiz sözleşme olarak düzenlenmesi, sigorta şirketinin haklı bir sebep olmaksızın bu ilişkiye son verememesi ve primin her yıl yapılan sağlık harcaması da göz önünde tutularak ve fakat üst bir seviye öngörülerek arttırılabilmesine yönelik mevzuat değişikliğine gidilmesidir. Bu olasılıkta sözleşme süresiz kurulduğu için ömür boyu yenileme garantisi kurumuna ihtiyaç kalmayacaktır. Sözleşmenin süresiz kurulması hâlinde sigorta dönemi içinde meydana gelen rahatsızlıkların sigorta şirketlerince teminat dışında bırakılmasının yahut düşük bir sigorta bedeli ile sınırlandırılmasının da önüne geçilecektir.

KAYNAKÇA

- Ağsakal, İbrahim**, Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları, Ankara 2015.
- Akgün, Evrim**, “6052 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Sigorta Sözleşmelerine Etkisi Üzerine Bir İnceleme”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2014, s. 2721 vd.
- Akipek, Şebnem**, “Madde-3 Tanımlar”, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerh, edt: Hakan Tokbaş / Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s. 40 vd.
- Aksoy, Sami**, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXXI, Sayı: 2, 2015, s. 305 vd.
- Aral, İrem**, “Sigorta Sözleşmelerinde Prim Ödeme Borcu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3, 2007, s. 117 vd.
- Aral, İrem**, “Türk Hukuku ve Avrupa Birliği Direktifleri Uyarınca Hayat Dışı Sigorta Şirketlerinin Kurulma ve Faaliyete Geçme Aşamasında Denetimi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 3, s. 55 vd.
- Aral Eldeleklioğlu, İrem**, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1, 2012, s. 383 vd.
- Aydoğdu, Murat**, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- Bach/Moser**, Private Krankenversicherung, Kommentar zu den MB/KK-und MB/KT, 5. Auflage, München 2015.
- Baş Süzel, Ece**, “Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 167-168, Temmuz-Ağustos 2018, s. 9 vd.
- Bozkurt, Tamer**, Sigorta Hukuku, İstanbul 2017.
- Can, Mertol**, Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), Cilt I, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Dairesinde Hazırlanmış Yeni Bası, Ankara 2018.
- Caner, Oğuz**, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Özel Sigorta Sözleşmelerine Etkisi”, Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2014, s. 2501 vd.
- Çabri, Sezer**, 6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016.
- Eroğlu, Sevilay**, Hastalık Sigortası Sözleşmesinin Kurulmasında İhbar Külfeti, Ankara 2005.
- Gümüş, Mustafa Alper**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (madde: 1-46), İstanbul 2014.
- İnceoğlu, M. Murat (derleyen)**, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, İstanbul 2015.
- Kabukçuoğlu Özer, F. Dilek**, Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012.
- Karakocalı, Ahmet / Kurşun, Ali Suphi**, Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), İstanbul 2015.
- Karayazgan, Ahmet**, Ana Hatlarıyla Özel Sigorta Hukuku, İstanbul 2016.
- Karayazgan, Ahmet**, Sigortanın Mesafeli Satışı (E-Sigorta), İstanbul 2018.
- Kender, Rayegân**, “Sigorta Hukukunda Tüketicinin Korunması”, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 2, 2011 – Cilt: IX, Sayı: 1, 2012, s. 1 vd.
- Kender, Rayegân**, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku: Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi, Güncelleştirilmiş On Altıncı Baskı, İstanbul 2017.
- Omağ, Merih Kemal**, “Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış”, “Zorunlu Sigortalar Paneli” (19 Kasım 1993), Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 1994, s. 10 vd.

- Öcalan, Fikriye Gonca**, “Sağlık Sigortası”, Mustafa Topaloğlu/Mutlu Dinç (edt.), Sigorta Davaları, İstanbul 2018, s. 1511 vd.
- Özdamar, Mehmet**, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009.
- Özel, Çağlar**, “Madde-6: Satıştan Kaçınma”, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerh, edt: Hakan Tokbaş / Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s. 172 vd.
- Özkan, Ömer / Karayazgan, Ahmet**, 6502 Sayılı Tüketici Kanununun Sigortacılık Faaliyetine Etkileri (AB Hukuku ile Karşılaştırmalı), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Yaşar Gürbüz'e Armağan, Cilt: XI, Sayı: 2 (2014), Cilt XII, Sayı: 1 (2015), s. 288 vd.
- Saat, Dursun**, “Tüketici İşlemi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmeleri ve Bu Kapsamda Sigorta Tahkim Komisyonunun Rolü”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, III. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 2453 vd.
- Şeker Ögüz, Zehra**, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi, İstanbul 2010.
- Ulaş, Işıl**, Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, 2. Bası, Ankara 2002.
- Ünan, Samim**, Yeni Zorunlu Sorumluluk Sigortaları Öngörülürken Dikkate Alınması Gerekliliği Olan Hukuk İlkeleri, Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış, “Zorunlu Sigortalar Paneli” (19 Kasım 1993), Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 1994, s. 42 vd.
- Ünan, Samim**, Sigorta Tüketici Hukuku, İstanbul 2016.
- Ünan, Samim**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt III, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler, İkinci Bölüm: Can Sigortaları (Madde 1487-1520).
- Ünan, Samim**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler (madde 1401-1452), İstanbul 2016.
- Ünan, Samim**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt II, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler, Birinci Bölüm, Zarar Sigortaları (Madde 1453-1486), İstanbul 2016.
- Yılmaz, Ejder / Yardım, Ertan**, “Madde-73: Tüketici Mahkemeleri”, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerh, edt: Hakan Tokbaş / Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s. 1184 vd.
- Yeşilova Aras, Ecehan**, “Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 80, Sayı: 3, Eylül 2015, s. 447 vd..
- Yetiş Şamlı, Kübra**, “Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m. 1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, III. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 2977 vd.
- Zevkliler, Aydın / Özel, Çağlar**, Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2016.

Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa

Defective Services in Consumer Law

Ece BAŞ SÜZEL*

Öz

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamı, eski Kanun'a kıyasla genişletilmiş ve hizmet sözleşmeleri adı altında, bir işin görülmesine yönelik sözleşmelerin de kapsama dahil olduğu kabul edilmiştir. Buna örnek olarak, vekâlet sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, taşıma sözleşmesi, kira sözleşmesi ve eser sözleşmesi gösterilebilir. Bu sözleşmelerin bazılarında ayıplı ifa söz konusu olabilecektir. Ancak bazılarında ise, bir sonuç taahhüdü bulunmadığından, ayıplı ifadan söz edilemez. TKHK m. 15, ayıplı ifa halinde tüketicinin sahip olduğu hakları düzenlemektedir. Ancak bunların işin niteliğine ne kadar uygun olduğu tartışılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Ayıplı hizmet, Tüketici Sözleşmeleri, Sigorta Sözleşmesi, İnşaat Sözleşmesi, Esaslı İhlal, Onarım Hakkı, Tazminat

Abstract

As against the old Consumer Protection Code, the new Code numbered 6502 has been widened the scope of application and service contracts, such as contracts of mandate, insurance contract, contracts of carriage, rental contract and contract of work are included. For some of these examples, defective performance is indeed possible. However, for others, defect can not arise since there is no outcome which could be defined as defective. Consumer Protection Code Article 15 is regulated the rights of the consumer in case of a defective performance. However it must be argued that if those rights are compatible with the nature of the service contracts.

Keywords: Defective Services, Consumer Contracts, Insurance Contracts, Construction Contracts, Fundamental Breach, The Right of Repair, Damages

* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ece.bas@bilgi.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-1769-2915>.

I. TKHK'YA GÖRE İŞ GÖRME SÖZLEŞMELERİNDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

A. TKHK M. 3'ÜN DAR YORUMLANMASI

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (d) bendine bakıldığında, hizmet, “*Bir ücret ya da menfaat karşılığı yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işlemi*” olarak tanımlanmıştır.¹ Dolayısıyla bu tanım lafzen yorumlandığında, bir iş görme sözleşmesi söz konusu olmasa bile, mal sağlamanın dışında kalan her türlü tüketici işleminin “hizmet” olarak nitelendirildiği ve bunun sonucunda TKHK m. 13-16 arasında yer alan kurallara tâbi olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Örneğin, düzenleme nedeniyle, iş görme niteliği taşımayan sigorta sözleşmesi² de bu kapsamda değerlendirilecektir. Nitekim m. 3(1) bendi de bu sözleşmeleri örnekseme yolu ile saymaktadır. Hükme göre, tüketici işlemi “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” ifade etmektedir.

Bununla birlikte, TKHK m. 3'ün geniş tanımının mutlaka amaca göre daraltıcı bir yorumla uygulanması gerekmektedir. Bir sözleşme türünün, TKHK kapsamında olduğunun kabul edilmesi, o sözleşmeye ilişkin her uyuşmazlığın Kanun kapsamında olduğu anlamına gelmez.³ Zira TKHK, tüketici ile tacir arasındaki her sözleşmede tüketiciyi koruma anlayışı benimsemiş bir kanun değildir.⁴ Tüketicinin korunması gereken haller özel olarak belirlenmiş ve kurallara bağlanmıştır. Örneğin tüketicinin kurduğu tatil sözleşmelerinden, otelle yapılan bir sözleşmede tüketicinin özel olarak korunması ihtiyacı yokken; paket tur sözleşmesinde bu ihtiyaç varsayılmış ve mesele özel kurullarla sıkıca düzenlenmiştir. Ayrıca TKHK'nun, sözleşme özgürlüğüne müdahale eden sınırlayıcı ve istisnai nitelikte kurullar getiriyor olması da, onun dar yorumlanması için bir başka sebeptir.⁵

Eser sözleşmeleri de örneğin kural olarak TKHK'nın kapsamdadır. Ancak eser sözleşmesine ilişkin her mesele TKHK'da düzenlenmediği dikkate alınmalıdır. Yargıtay'a konu olan bir olayda, uyuşmazlık, eser sözleşmesi kapsamında fazladan ödenen bedelin iadesine ilişkindir.⁶ Bu mesele TKHK'da özel olarak düzenlenmediği için kapsam dışı bırakılması gerekirken, Yargıtay aksi yönde karar vermiştir. Bu yerinde olmayan ve her uyuşmazlığı TKHK kapsamına sokma eğiliminde olan uygulamanın bir an önce değiştirilmesi gerekir. Zira kanun koyucunun amacı da tüm eser

1 Aslında bu husus, eski TKHK m. 4/A ile de düzenlenmekteydi. Bununla birlikte, “mal sağlama harici tüm işlemler” yeni kanun ile kapsama dahil edilmekle, uygulama alanı genişlemiş ve dolayısıyla önemi artmıştır.

2 Sigorta sözleşmesi, sonucu tesadüfe bağlı bir sözleşmedir. Bu konuda bkz. *M. Aydoğdu/N. Kahveci*, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3.Baskı, Ankara 2017, s. 47; *H. Tandoğan*, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul 2008, s. 6-7.

3 Aynı yönde, *Kırca*, Yorum, s. 357, s. 360; *Havutçu*, Tüketici İşlemleri, s. 16.

4 *Kırca*, Yorum, s. 357; *Kırca*, Kapsam, s. 290; *Havutçu*, Tüketici İşlemleri, s. 16.

5 *Kırca*, Yorum, s. 358.

6 Aksi yönde, Y15HD 16.5.2016, E. 2015/4211, K. 2016/2813 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

sözleşmesine ilişkin genel kuralları ortadan kaldırmak değildir ve olamaz.⁷ Buna ek olarak, TKHK'da Yargıtay'a konu olan meseleyi çözebilecek özel bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Benzer şekilde, TKHK m. 3 kapsamında olan vekâlet sözleşmesi için de Yargıtay da aynı yanılığ içinde.⁸ Karara konu olayda, uyuşmazlık emlakçı ile yapılan tellâllık sözleşmesinden⁹ doğan komisyonun ödenmemesi, yani temerrüt haline ilişkindir.¹⁰ Bu mesele TKHK'da özel olarak düzenlenen bir konu olmadığından, işlemin tüketici işlemi olduğunun tespiti ve Tüketici Mahkemesi'nin görevli kılınması anlamlı değildir.¹¹ TKHK kapsamına girmeyen bir uyuşmazlık olduğunda, genel görevli mahkemenin ve genel hükümlerin, somut olay için BK kurallarının uygulanması gerekirdi.¹² TKHK'nın başka uygun kurallarının vekâlet sözleşmesine uygulanması ise söz konusu olabilecektir. Örneğin vekâlet sözleşmesinin, mesafeli yolla kurulması mümkündür ve bu durumda mesafeli yolla kurulan sözleşmeler açısından sağlanan koruma, vekâlet sözleşmesi için de sağlanacaktır.¹³ Benzer şekilde tellâllık sözleşmesinin de mesafeli yolla kurulması mümkündür.¹⁴ Buna ek olarak, anılan sözleşmelerde haksız şart denetimi de TKHK kapsamında yapılabilecektir.¹⁵

Bundan başka, TKHK m. 3'ün kapsamına sigorta sözleşmeleri de kural olarak girer. Ancak sigorta uyuşmazlığına TKHK'da uygulanabilecek bir hüküm varsa bu uyuşmazlık tüketici uyuşmazlığı olarak nitelendirilebilir; örneğin sigorta sözleşmesi mesafeli yolla kurulmuş ise TKHK m. 49 ve Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte, sadece sözleşmenin bir tarafının tüketici olması, TKHK'nın uygulanması için yeterli değildir. Yargıtay kararlarında gözden kaçan nokta tam olarak budur. Yargıtay'a konu olan bir olayda, zorunlu mali sorumluluk sigortası nedeniyle zarar gören üçüncü kişiye ödeme yapan sigorta şirketi, bu ödeme için sigorta sözleşmesinin tarafı olan kişiye rücu etmektedir.¹⁶ Bu kişi, teknik olarak tüketici olarak nitelendirilebilirse de, bu dava TKHK kapsamında çözümlenebilecek bir dava değildir. Zira rücu tazminat talebi TKHK kapsamında özel olarak düzenlenmiş bir mesele değildir.

Taşıma sözleşmeleri açısından da Yargıtay, bir kararında valizi kaybolan kişinin ve başka bir kararında bileti olmasına rağmen yer olmadığı gerekçesiyle uçağa alınmayan kişinin manevi

7 Bu yönde, *Kırca*, Yorum, s. 367; *Kırca*, Kapsam, s. 291 vd.

8 Y13HD, 19.12.2016, E. 2016/28995, K. 2016/23763; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

9 Bu sözleşmenin vekalet benzeri bir iş görme sözleşmesi olduğu yönünde, BGH, 7.7.2016 – I ZR 30/15 (OLG Schleswig), NZM 2017, Heft 4, s. 127 vd.

10 Benzer diğer kararlar için, Y11HD 23.11.2015, E. 2015/13176, K. 2015/12409, Y13HD 2.2.2015, E. 2014/47409, K. 2015/2172 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

11 Aynı yönde, *Kırca*, Yorum, s. 365; *Havutçu*, Tüketici İşlemleri, s. 16.

12 Uyuşmazlık, başka bir sebeple TKHK kapsamına girdiği için görevli mahkeme Tüketici Mahkemesi olsa bile, temerrüt hakkında Borçlar Kanunu kurallarının uygulanması gerekmektedir.

13 *N. Härting*, Anwaltsverträge im Fernabsatz, NJW 2016, Heft 40, s. 2937 vd.; *Kırca*, Yorum, s. 364.

14 BGH, 7.7.2016 – I ZR 30/15 (OLG Schleswig), NZM 2017, Heft 4, s. 127 vd.

15 *Havutçu*, Tüketici İşlemleri, s. 16.

16 Y20HD 4.5.2016, E. 2016/2888 K. 2016/5125 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

tazminat talebini bir tüketici talebi olarak değerlendirmiştir.¹⁷ Oysa manevi tazminat özel olarak TKHK'da düzenlenmiş bir mesele değildir. Bu uyumsuzluk, TKHK kapsamında düzenlenen paket tur sözleşmesinden kaynaklanmış olsaydı, işte o durumda taşıma sırasında kaybolan valiz nedeniyle doğan manevi tazminat talebi TKHK kapsamında sayılabilirdi. Zira Paket Tur Yönetmeliği m. 13 bu tür zararların talep edilebileceğini özel olarak düzenlemektedir. Eski TKHK zamanında ise Yargıtay'ın yaklaşımı, taşıma sözleşmelerinin özel olarak TTK'da düzenlenmesi sebebiyle, bu sözleşmeleri tüketici işlemi saymamak yönündeydi.¹⁸ Esasen Yargıtay'ın bu dar yorumunun daha yerinde olduğunu ifade etmek gerekir.

B. TKHK'DA KULLANILAN “HİZMET SÖZLEŞMESİ” İFADESİNİN YORUMLANMASI

TKHK m. 13 – 16 arasında “Ayıplı Hizmetler” başlığı altında, aslında “iş görme sözleşmelerinde” ayıp hali düzenlenmektedir. Hizmet ifadesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hizmet sözleşmesini ve İş Kanunu'nda düzenlenen iş sözleşmesini çağrıştırmaktadır. Ancak TKHK'nın kastettiği, şüphesiz, anılan iki sözleşme de olamaz.¹⁹ Zira, hizmet sözleşmesi işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle hizmet ifa etmeyi, işverenin de zamana veya yapılan işe göre ona ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Tabiiyet ilişkisi içinde çalışan hizmetli/ işçinin korunması ayrı hükümlere tâbidir. Oysa kanun koyucu aslında “ayıplı hizmet” ifadesi ile tüketici için bir mal tesliminin yapılmadığı ve fakat bir işin görüldüğü hallerde kötü ifa sorununu ele almak istemiştir. Dolayısıyla çalışmanın başlığı buna uygun seçildiği gibi, aşağıda da hizmet yerine iş görme kavramı tercih edilecektir.

Hiç şüphesiz ayıp ifadesinin iş görme sözleşmeleri açısından kullanılması ve TKHK m. 13 ve devamında yer alan kuralların uygulama alanının bu derece genişletilmesi isabetli olmamıştır.²⁰ Bu nedenle hükmün teleolojik redüksiyona tâbi tutulması gerekir. Zira bazı iş görme sözleşmeleri açısından ayıplı ifa işin niteliği gereği söz konusu olmayacaktır. Bu tür sözleşmelerde, ancak ve ancak geniş anlamıyla gereği gibi ifa etmeme gündeme gelebilir. Aşağıda önemli görülen bazı iş görme sözleşmeleri özelinde bu değerlendirme yapılacaktır.

İş görme sözleşmelerine ilişkin AB mevzuatında da bazı düzenlemeler mevcuttur.²¹ Ancak bu düzenlemeler, iş görme sözleşmelerinde ayıba ilişkin kurallar içermemektedir. Bu bakımdan aşağıda yapılan değerlendirmede mehzaz AB hukukuna başvurmak mümkün olmamıştır. Bundan başka, Alman hukukuna bakıldığında da bu konuda özel bir düzenleme bulunmadığı

17 Y11HD 18.4.2016 E. 2016/3631, K. 2016/4225 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

18 Y11HD 23.9.2014, E. 2014/10710, K. 2014/14307; Y11HD 4.7.2012, E. 2012/9513, K. 2012/11823 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bu yönde, *Gümüş*, Şerh, s. 10; *Karakocalı/Kurşun*, s. 15.

19 *Gümüş*, s. 135; *Çabri*, s. 29; *İnceoğlu*, Konferans, s. 207; *Makaracı Başak*, s. 514; *Aydoğdu*, Şerh, s. 345; *İnal*, s. 97-98; *Kara*, s. 805.

20 *İnceoğlu*, Konferans, s. 207, dn. 144. Aksi yönde, *Karakocalı/Kurşun*, s. 75-76; *Aydoğdu*, Dersler, s. 44.

21 Örneğin, Directive 2006/123/EC of The European Parliament and of The Council of 12 December 2006 on services in the internal market. Ayrıca bu konuda bir öneri olduğu da ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. *Reich/Micklitz/Rott/Tonner*, s. 274.

görülmektedir. Bu açıdan, her sözleşme kendi kapsamında değerlendirilmiştir. Örneğin Türk hukukunda ayıplı iş görme kapsamına giren devre tatil sözleşmeleri açısından şu tür bir çözüm getirilmiştir. Bu sözleşmeler, eğer aynı hakkı konu ediniyorlarsa, bir tür satım sözleşmesi olarak nitelendirilmekte ve tüketici mevzuatında satım sözleşmesinde ayıp hükümlerine başvurulması gerektiği savunulmaktadır.²² Her ne kadar bu sözleşmelerde, temizlik, yemek ya da diğer hizmetler bulunsun da, bunlar birer yan edim olarak nitelendirilmekte ve sözleşmenin niteliğini değiştirmede ifade edilmektedir.²³ Eğer şahsi hakkı konu edinen bir devre tatil sözleşmesi varsa, kötü ifa için, genel kural olan Alman Medeni Kanun'u § 280 ve § 281'in uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.²⁴ Bu bakımdan aşağıda yapılan değerlendirmelerde Alman hukukundan da faydalanmak mümkün olmamıştır.

C. ÖZEL BAZI SÖZLEŞME TÜRLERİ AÇISINDAN TKHK M. 13-16 HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI MESELESİ

I. Genel Olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TKHK m. 3, (1) bendinde eser, taşıma, sigorta, vekâlet sözleşmelerinin yanı sıra, "her türlü sözleşme ve hukuki işlem" ifadesi kullanıldığı için, TKHK kapsamına *sui generis* iş görme sözleşmeleri de girecektir.²⁵ Örneğin, mobil telefon ya da internet aboneliği sözleşmesi veya dil kursu; spor salonu üyeliği; paket tur sözleşmesi²⁶; profesyonel site yöneticileri²⁷ ile yapılan sözleşmeler de, yukarıda açıklanan sınır dahilinde tüketici işlemi sayılabilecektir.²⁸ Bununla birlikte, TKHK m. 3, (1) bendinde vekâlet, sigorta gibi bazı sözleşmelerin anılmış olması, bunlara mutlaka TKHK m. 13-16 hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılmayacaktır.²⁹ Aksinin kabulü, tüketici hukukunun tüm sözleşme hukukuna müdahale ettiği, bir diğer deyişle, sözleşme özgürlüğünü özüne dokunacak şekilde ölçsüz olarak sınırlandırdığı anlamına gelir.³⁰ Zira her iş görme sözleşmesinde, tüketicinin zayıf konumda olduğunun ve korunmaya ihtiyacı olduğunun kabulü anlamlı değildir.

Konunun bazı sözleşmeler açısından özel olarak ele alınmasında fayda vardır. Aşağıda yapılan değerlendirmelerde kullanılacak temel kriter, sözleşmenin bir sonuç taahhüdü içerip içermediğidir. Zira sonuç taahhüdü içermeyen sözleşmeler açısından, işin doğası gereği "ayıptan"

22 BeckOK BGB/Eckert, BGB § 481 N. 28, MünchKomm/Franzen, § 481 BGB, N. 7.

23 BeckOK BGB/Eckert, BGB § 481 N. 28.

24 BeckOK BGB/Eckert, BGB § 481 N. 33.

25 Makaracı Başak, s. 512; Gümüş, Şerh, s. 9; İnceoğlu, Konferans, s. 207; Türkmen, s. 3400; Havutçu, Tüketici İşlemleri, s. 16.

26 Ancak söz konusu hükümler hiç şüphesiz TKHK m. 51'de özel bir düzenleme bulunmadıkça uygulama alanı bulacaktır.

27 Zira profesyonel site yöneticileri, Kat Mülkiyeti Kanunu m. 38 gereği vekil gibi sorumlulardır. Vekâlet sözleşmesinin kapsamda olduğuna bir şüphe bulunmadığından, bu sözleşme de kapsamdadır.

28 İnceoğlu, Konferans, s. 208; Çabri, s. 286; Aydoğdu, Şerh, s. 342.

29 Kırca, Yorum, s. 373.

30 Kırca, Yorum, s. 374.

söz edilemeyecektir.³¹ Bu sözleşmeler, geniş anlamıyla, gereği gibi ifa edilmemişlerse, kural olarak sadece BK m. 112 veya varsa özel hüküm gereği sorumluluk doğacaktır.

2. Vekâlet Sözleşmesi

Öncelikle vekâlet sözleşmesini ve bunun önemli görünümlerinden biri olan avukatlık sözleşmesini incelemek gerekir. Doktrinde bir görüş, tüketici ile akdedilen avukatlık sözleşmesine TKHK m. 13-16'nın uygulanabileceği ifade etmektedir.³² Gerçekten de, bir tarafını tüketicinin oluşturduğu, örneğin kiracının tahliye davasına ya da eşlerin boşanma davasına ilişkin olarak avukatlarla yapılan sözleşmelerin TKHK m. 3 kapsamına girdiği düşünülebilir. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere, bu sözleşmelerin TKHK kapsamında olması ayrı, TKHK m. 13-16'nın bu sözleşmeye uygulanıp uygulanmayacağı ise ayrı bir sorundur ve aşağıda açıklanacak nedenlerle vekâlet sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğa gidilmesi mümkün görünmemektedir.

Bilindiği üzere, vekâlet sözleşmesinde bir sonuç taahhüdü bulunmamaktadır. Asıl ve tek borç işin özenli görülmesidir. Vekâlet sözleşmesinde gereği gibi ifa etmeme halinde özen borcuna aykırılık nedeniyle, ancak tazminat borcu doğacak, ayıp hükümleri uygulanmayacaktır.³³ Zira ayıp hükümlerinin uygulanabilmesi için, söz konusu sözleşmenin sonuç taahhüdü içeriyor olması gerekir. Bu bakımdan, vekâlet sözleşmesinde "gereği gibi ifa etmeme", ayıplı ifa anlamı taşımamaktadır.³⁴

Ayıp hükümlerinin vekâlet sözleşmesine uygulanmasının teorik olarak doğru olmayacağı bir yana, bu kuralların uygulanması pratik açıdan da uygunsuz sonuçlara yol açacaktır. Örneğin, müvekkil indirim hakkını kullanmak istediğinde, ayıp oranı nasıl belirlenecektir? Ayıplı edimin değeri belirlenmeden indirim miktarı da belirlenemeyeceğinden, bu hakkın kullanılması mümkün görünmemektedir. Benzer şekilde çoğu durumda işin yeniden görülmesi de talep edilemeyecektir. Sözleşmeden dönme de bu durumda uygun bir yaptırım olmayacaktır. Zira iş çoktan görülmüş ve bitmiştir.

Buna ek olarak avukatla yapılan sözleşmenin kötü ifası halinde, BK'da yer alan vekâlet sözleşmesi kuralları gerekli korumayı zaten sağlamaktadır ve bunun dışında tüketiciye ayrıca bir hak tanımaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Tüketicinin, vekâlet sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi olasılığı için, tüketici olmaktan kaynaklanan korunması gereken özel bir menfaati yoktur.

Aynı husus doktorla yapılan vekâlet sözleşmesi açısından da geçerlidir. Burada da bir sonuç taahhüdü olmadığından, gereği gibi ifa yapılmamış olsa da bir ayıptan söz edilemez. Bu bakımdan, TKHK m. 13-16'nın, doktorla yapılan vekâlet sözleşmelerine uygulanması da anlamsız sonuçlara

31 *Kırca*, Yorum, s. 377.

32 *Havutçu*, Tüketici İşlemleri, s. 16.

33 Bu yönde, *Makaracı Başak*, s. 523; *Kırca*, Yorum, s. 377.

34 Bu kavramların her zaman örtüşmeyeceği hakkında, *Tiryaki*, s. 60; *Makaracı Başak*, s. 522. Dar anlamda ve geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme hakkında bkz. *Eren*, Borçlar Genel, s. 1045 vd.

yol açacaktır.³⁵ Örneğin doktorun yanlış tedavisi sonucunda, onarım ya da indirim mi talep edilecektir? Normalde ayıbın piyasada yarattığı değer azalmasına göre belirlenen indirim miktarı, yanlış tedavi kurgusunda nasıl belirlenecektir? Bu soruların bir cevabı yoktur. Bununla birlikte, doktorun yaptığı işlemde bir sonuç taahhüdü varsa, bu sözleşme vekâlet değil, eser sözleşmesi olarak değerlendirileceğinden, bu durumda ayıplı ifadan söz edilebilir.³⁶ Örneğin estetik operasyonlar gibi hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olduğu kabul edilen sözleşmeler açısından, ayıplı iş görme kuralları uygulama alanı bulabilecektir.³⁷ Yargıtay da aynı görüştedir.³⁸

Vekâlet benzeri bir sözleşme olan, emlakçıyla kurulan tellallık sözleşmesinin de ayıplı ifası, yukarıdaki gerekçelerle söz konusu olamaz. Bu sözleşme ya olması gerektiği şekilde ifa edilir ya da özen borcuna aykırı ifa edilmek suretiyle bir tazminat borcu doğurur.

Sonuç olarak, vekâlet sözleşmesi, TKHK m. 3 kapsamında kanunun uygulama alanına dahil edilmiş ise de TKHK m. 13-16'nın bu sözleşme açısından uygulanması mümkün değildir.

3. Sigorta Sözleşmesi

TKHK m. 3, (1) bendi bağlamında TKHK kapsamında sayılmakla birlikte, ayıplı iş görme düzenlemelerinin uygulama alanı bulmayacağı bir diğer sözleşme ise sigorta sözleşmeleridir. Sigorta sözleşmelerinde, işin doğası gereği bir risk söz konusu olmaktadır. Risk gerçekleştiğinde sigorta şirketinin tazminat ödeme borcu doğar. Bu sözleşmede borca aykırılık ancak geç ifa etme şeklinde gerçekleşebilir. Zira sigorta şirketinin borcu bir para borcudur ve para borcunun hiç ifa edilmemesi (kusurlu imkânsızlık) ya da kötü ifası olmaz.³⁹ Kötü ifa söz konusu olamayacağı için, ayıp hükümlerinin prensip olarak uygulanamaması gerekir.

Bununla birlikte, geç ifa, aşağıda açıklanacağı üzere TKHK m. 13 kapsamında “ayıp” olarak nitelendirilmektedir. Yalnızca bu kapsamda ayıp hükümlerinden başvurulabileceği düşünülebilir. Ancak geç ifanın ayıp kapsamında değerlendirilmesinin aslında bir anlam taşımadığı aşağıda açıklanacaktır. Sonuç olarak sigorta sözleşmelerinde, işin ayıplı görülmesi söz konusu olamayacağından TKHK m. 13 ve devamı kuralları bu sözleşmelere uygulanmaz.⁴⁰

35 *Makaracı Başak*, s. 530.

36 *Aydoğdu/Kahveci*, s. 761. Aksi yönde, *Yavuz/Acar/Özen*, s. 989.

37 *Petek*, s. 983.

38 Y3HD 26.11.2015, E. 2015/17110, K. 2015/19069, Y3HD 18.11.2015, E. 2015/16701, K. 2015/18344 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Oysa eski TKHK zamanında estetik operasyonlarla ilgili verilen kararlar, eser sözleşmesinin kapsam dışında olması nedeniyle görevsizlik yönündeydi. Y15HD 23.11.2005, 7386/6293, Tutumlu, s. 482-483; Y3HD., 24.1.2013, E. 2012/22501, K. 2012/1065 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bu konuda bkz. *Petek*, s. 983 vd.

39 *Ünan*, s. 49. Ancak yazar, “*Sigortacılık alanında hizmetin ayıplı olduğu hallerin aldatıcı, yanıltıcı reklam yapılması bağlamında gündeme gelebileceği düşünülebilir*” demektedir. Gerçekten de bu gibi hallerde ayıplı ifa düşünülebilirse de, kanaatimce hile hükümlerinden, aldatıcı reklam kurallarından ya da genel işlem koşulu denetiminden faydalanmak uygun çözüm olacaktır. Örneğin reklamlarda vaat edilene aykırı bir sigorta koşulunun şartırtıcı olduğunu kabul etmek mümkün olabilir.

40 Doktrinde sigorta sözleşmelerinin TKHK kapsamında hiç yer almaması gerektiği, zira TK ve sigortacılık mevzuatında yer alan kuralların çok daha ileri ve ayrıntılı olduğu da ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. *F. D.*

4. Taşıma Sözleşmesi

Taşıma sözleşmeleri de TKHK m. 3 (I) bendinde sayılmıştır. Bu sözleşmeler açısından TKHK 13 vd. hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmelidir. Sigorta sözleşmesinden farklı olarak, taşıma sözleşmelerinde kural olarak ayıp söz konusu olabilir; zira bir sonuç taahhüdü vardır.

Peki acaba TKHK'da yer alan ayıplı iş görme kuralları, taşıma sözleşmesine ne kadar uygundur? Doktrinde TKHK m. 15'te anılan hakların taşıma sözleşmeleri açısından uygulanmasının yerinde olmayacağı ifade edilmektedir.⁴¹ Buna örnek olarak bagajı kaybolan yolcunun indirim talep etmesinin anlamsızlığı gösterilmektedir.⁴² Zira bilet ücreti büyük olasılıkla kaybolan eşyanın değerinden daha az olacağı için gerekli tatmin sağlanmış olamayacaktır. Daha önemlisi, taşıma sözleşmelerinin TTK'da ayrıntılı şekilde düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda, hangi hükümlerin uygulanması gerektiği sorunu gündeme gelecektir. Nitekim taşıma hukuku kuralları emredici olup, sıkı düzenlemeler getirmektedir.⁴³ Hem TKHK'nun hem de TTK'nın birer özel kanun olduğu kabul edildiğinde, hangi kanunun uygulanacağı sorusunun cevabı, sonraki kanunun, önceki kanunu ortadan kaldırma amacı taşıyıp taşımadığına bağlı olarak değişecektir.⁴⁴ Aşağıda yapılan değerlendirme sonucunda, TKHK'nun TTK'nın taşıma hükümlerini ortadan kaldırmayı amaçladığına ilişkin bir yorum yapmak güç görünmektedir. Nitekim kötü ifa halleri bile TTK'da ayrı ayrı düzenlenmiş ve uygun yaptırımlara bağlanmıştır.⁴⁵ Oysa TKHK kuralları tüm iş görme sözleşmeleri için düzenlenmiş genel kurallardır. Tüketici lehine yorum ilkesi de esas olarak mutlak TKHK'nun uygulanmasını değil, lehe kanunun uygulanmasını emreder.

Nitekim TTK'da taşıyıcının sorumluluğunun sadece ayıpla sınırlı olmaması, tüketiciyi daha koruyucu nitelikte kuralların var olduğuna işaret etmektedir.⁴⁶ Öncelikle, taşıyıcının sorumluluğu TK m. 882 ve m. 916 gereği uluslararası sözleşmelerle uyumlu şekilde sınırlandırılmıştır. Oysa TKHK m. 13-16 bu tür bir özel sınırlamadan bahsetmemektedir. Bu açıdan, TTK'nın ilgili hükümlerinin daha özel bir düzenleme getirdiği ve bu meselede öncelikle uygulanması gerektiği söylenebilir.⁴⁷

Kabukçuoğlu Özer, Sigortacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Ed. Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık, İstanbul 2015, s. 440. Aksi yönde, H. Öztürk, Sigortacılık Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ses Çözümleri ve Makaleleri, Düzenleyiciler: Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık, Ankara 2013, s. 393 vd.

41 S. Aksoy, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi, Batider Cilt XXXI, Haziran 2015, Sayı 2, s. 322.

42 Aksoy, s. 322.

43 TK'da yer alan kuralların emredici oluşu, tek başına TKHK'nun uygulanmasına engel teşkil etmez. Bu açıdan Aksoy, s. 323'te yapılan açıklamalara katılmak mümkün görünmemektedir.

44 Kırca, Yorum, s. 353-354.

45 Aksoy, s. 324-325.

46 Aksoy, s. 324.

47 Aksoy, s. 323.

TKHK'da yer alan kuralların taşıma sözleşmesine özgü olmamasının yarattığı bir sorun daha vardır. Taşıma ilişkisi, kimi zaman sözleşmenin tarafı olmayan bir alıcıyı da içerdiğinden, TKHK m. 15'te anılan hakların kimin tarafından kullanılabilceği sorusu gündeme gelecektir. Oysa TTK m. 871 gereği, sözleşmenin tarafı olmayan alıcı (örneğin tüketici), hasar ya da geç ifa halinde, gönderenin taşıma sözleşmesinden doğan istem haklarını taşıyıcıya karşı ileri sürebilecektir. Gerçekten de sözleşmenin tarafı olmayan kişinin TKHK m. 15'te sayılan hakları ileri sürebilmesi mümkün görünmemektedir. Bu açıdan da TTK kuralları daha avantajlı görünmektedir. Buna ek olarak, TTK m. 864 ve 895 tüketiciyi korumaya özel olarak yönelen ek düzenlemeler getirmektedir. Örneğin TTK m. 895 gereği, ev eşyasının taşınmasında, ambalajlama ve işaretleme külfeti taşıyıcıya yüklenmiştir. Bundan başka, TKHK m. 4(3)'ün getirdiği, ek bedel talep edilemeyeceği kuralı, TTK m. 912 ve m. 1250'de zaten vardır.⁴⁸

Sonuç olarak kanaatimce, TKHK m.13-16 hükümlerinin, olsa olsa TTK'da somut olaya uygulanabilecek bir kural olmadığı kurguda gündeme gelmesi yerinde görünmektedir. Öncelikli olarak uygulanacak kurallar TTK'da taşıma sözleşmesi için özel olarak getirilmiş kurallardır. Yargıtay da güncel bir kararında şu ifadelerle aynı sonuca ulaşmaktadır: *“Dava, yurtiçi karayolu ile yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine dair olup, mahkemece, maddi tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir. Ancak, taraflar arasındaki uyuşmazlığın 6102 Sayılı TTK'nın dördüncü kitabının beşinci kısmında düzenlenen “yolcu taşıma”ya dair hükümlere göre çözülmesi gerekmektedir. Bu durumda, mahkemece, anılan husus gözetilerek, davalının kaybolan bagajdan sorumlu olup olmadığı, sorumlu ise sorumluluk sınırını ve sorumluluğu sınırlama hakkının kaybedilip kaybedilmediği hususları araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde sadece 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine göre karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”*⁴⁹

5. Kira Sözleşmesi

Doktrinde bir görüş kira sözleşmesinin, mal sağlama sözleşmesi olduğunu ve TKHK kapsamında sayılsa bile, ayıplı mallara ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁰ Bununla birlikte diğer bir görüş, her ne kadar kira sözleşmesi TKHK m. 3(l) kapsamında değerlendirilebilse de, ayıp konusunda kira sözleşmesinin BK ile yeterince korunduğu gerekçesiyle TKHK kapsamında olmaması gerektiğini yerinde olarak ifade etmektedir.⁵¹ TKHK'da genel olarak getirilmiş ayıp hükümlerine kıyasla, kira hukukunda var olan ayıp hükümleri, kira sözleşmesine daha uygun ve özgüdür. Hatta öyle ki TKHK m. 13-16'nın yorumunda bazı hallerde kira hukukunda var olan kurallardan kıyasen faydalanma olasılığı aşağıda değerlendirilmektedir. Zira özellikle sürekli edimli sözleşmeler açısından TKHK m. 13-16'ya kıyasla kira kurallarının yapısı daha uygundur.

48 Aksoy, s. 325.

49 Y11HD 6.2.2017, E. 2016/890, K. 2017/586, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

50 Gümüş, Şerh, s. 109.

51 İnceoğlu, Konferans, s. 156; Kırca, Yorum, s. 377; Gökyayla, s. 24.

Bu bakımdan TKHK ayıp kuralları, kira kurallarına kıyasla özel hüküm niteliği taşımaz.⁵² Bu nedenle bir tarafın tüketici olduğu kira sözleşmelerinde ayıba ilişkin uyumsuzluklarda, kiracıyı TKHK m. 16'daki seçimlik haklara kıyasla daha etkin şekilde koruyan kira hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bununla birlikte kira sözleşmesinde haksız şart kullanılması gibi TKHK'da özel olarak düzenlenen bir mesele olduğunda, taraflardan birinin tüketici, diğerinin tacir olduğu olasılıkta, bu sözleşmedeki uyumsuzluğun tüketici uyumsuzluğu olarak nitelendirilebileceğini hatırlatmak gerekir.⁵³

6. Eser Sözleşmesi

a. Ayıplı Mal-Ayıplı İş Görme Ayrımı

Eser sözleşmesi de kural olarak TKHK m. 3(l) kapsamındadır. Bununla birlikte, doktrinde, her eser sözleşmesinin m. 13-16 hükümlerine tâbi olmayacağı haklı olarak ifade edilmektedir.⁵⁴ Bu görüşe göre, eser sözleşmesinde bir malın mülkiyetinin devri taahhüdü ön plandaysa, bu durumda, iş görülmesine değil, mal teslimine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmalıdır.⁵⁵ Nitekim hazır mal alınması ile sipariş üzerine hazır edilen malın alınması arasında fark yoktur.⁵⁶ Eski TKHK zamanında da bu tür uyumsuzluklarda Yargıtay ayıplı mala ilişkin kuralları uygulamaktaydı.⁵⁷ Örneğin Yargıtay'a konu olan somut olayda, inşaat sözleşmesinde vaad edilen havuz, kafe ve benzeri alanların yapılmamış olması bir ayıp olarak nitelendirilmiş ve ayıplı mal teslimi kuralları uygulanmıştır.

Buna karşılık bir kıyafetin kuru temizlemeye verilmesi, halının temizletilmesi⁵⁸ veya bozuk eşyanın tamire bırakılması, klima montajı⁵⁹ örneklerinde olduğu gibi, eser sözleşmesi bir malın mülkiyetinin devri taahhüdü içermiyorsa, ayıplı iş görmeye ilişkin hükümler uygulanmalıdır.⁶⁰

52 *Kırca*, Yorum, s. 363.

53 *Zevkliler/Gökyayla*, s. 219 vd.

54 *Gümüş*, Şerh, s. 131; *İnceoğlu*, Konferans, s. 208.

55 *İnceoğlu*, Konferans, s. 208; *Tiryaki*, s. 56; *Gümüş*, Şerh, s. 131; *Öz*, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 175; *Çabri*, s. 30.

56 Aynı şekilde, CISG m. 3 de uluslararası ticari satımlar için, uygulama alanını genişletmiştir. Nitekim kişinin henüz var olmayan bir malı üretip satması ile henüz üretmeden vadeye bağlı olarak satması arasında bir fark yoktur. Bu konuda bkz. *Y. M. Atamer*, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 38-39.

57 Eski TKHK uygulanırken bu yönde verilen bir karar için bkz. Y13HD 22.4.2015, E. 2014/20089, K. 2015/13015 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Her ne kadar kararda ihbar külfetine uyulmadığı için ayıptan doğan sorumluluğa başvurulamayacak olsa da, uygulanan kural 4077 sayılı TKHK m. 4 olmuştur. Yargıtay daha eski tarihli kararlarında ise eser sözleşmesinin tüketici işlemi sayılmaması gerektiği yönünde karar vermektedir. Y20HD 19.9.2003, E. 2003/1599, K. 2003/5663; Y15HD 12.10.2004, E. 2004/967, K. 2004/5022; YHGK 24.9.2003, E. 2003/15-458, K. 2003/493 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

58 YHGK 25.2.2004, E. 2004/15-83, K. 2004/98, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

59 Y15HD 6.12.2016, E. 2016/5633, K. 2016/5021 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

60 *Gümüş*, Şerh, s. 131; *İnceoğlu*, Konferans, s. 208; *Makaracı Başak*, s. 515; *Çabri*, s. 287.

Gerçekten de TKHK'da ayıp konusunda, "satım sözleşmesi-iş görme sözleşmesi" ayırımına gidilmemiş, "ayıplı mal-ayıplı hizmet" şeklinde bir ayırım benimsenmiştir.⁶¹ Dolayısıyla bu Kanun açısından önemli olan sözleşmenin hukuki niteliği değil, sözleşme konusunun mal teslimine mi yoksa bir iş görmeye mi ilişkin olduğudur. Sonuç olarak eser sözleşmesi, mal teslimine ilişkinse, ayıplı mal (TKHK m. 8-12); iş görmeye ilişkinse ayıplı iş görme (TKHK m. 13-16) kuralları uygulama alanı bulmalıdır.⁶²

Yargıtay ise bir kararında, ayıplı hizmet ifadesindeki "hizmet" kavramını, hizmet sözleşmesi olarak yorumlamış ve eser sözleşmesine ayıplı hizmet kurallarının uygulanamayacağı yönünde karar vermiştir.⁶³ Yargıtay'ın bu kararına katılmak mümkün değildir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, "hizmet" ifadesi ile kastedilen, hizmet sözleşmesi değildir; bir iş görmenin sunulduğu sözleşmelerdir ki bunun başında (bir malın tesliminin söz konusu olmadığı) eser sözleşmesi gelmektedir.

Bazı sözleşmelerde ise hem bir işin görülmesi hem de mal teslimi söz konusu olabilir. Bu durumda, ayıplı mala ilişkin hükümlerin mi yoksa ayıplı iş görmeye ilişkin hükümlerin mi uygulanması gerektiği sorusu gündeme gelecektir.⁶⁴ Eğer işin görülmesi edimi ile mal teslimi edimi birbirinden ayrılabilen edimler ise, hangi edim ayıplı ise, buna ilişkin kurallara başvurmak gerekir. Bununla birlikte, sözleşmede ayıplı ifa edilen edim, diğer edimi de ciddi şekilde etkiliyorsa; bir diğer deyişle bu iki edim birbirinden ayrılamıyorsa, ayıptan doğan haklar her iki edim için de kullanılabilir.⁶⁵

Bu konuyu örneklerle açıklamakta fayda vardır. Yeni kurulan bir abonelik sözleşmesinde internet hizmetini sağlamak için, modem, tacir tarafından verilmişse ve modemin mülkiyeti tüketiciye geçmiş ise, modemdeki arıza internet hizmetinin sağlanmasını da engelleyeceğinden, artık modem için sözleşmeden dönülmesi halinde, ancak bu modeme bağlı kullanılan internet hizmeti için de sözleşmeyi sonlandırmak mümkün olabilecektir.⁶⁶ Eski Kanun zamanında verilen bir

61 İnceoğlu, Konferans, s. 154; Makaracı Başak, s. 515; Gökyayla, s. 22.

62 Yargıtay ise, klima montajının ayıplı şekilde ifa edilmesini konu edinen bir kararda, görev bakımından yerinde bir karar vererek uyumsuzluğun TKHK kapsamında olduğunu ifade etse de, uygulanacak hükümlere atf yaparken BK m. 470 vd. kurallarından bahsetmiştir. Y15HD 6.12.2016, E. 2016/5633, K. 2016/5021 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Oysa TKHK'da var olan özel kuralların (TKHK m. 13-16) uygulanması gerekirdi. Ancak karar yalnızca görev açısından değerlendirildiğinden, sonuç olarak hangi kuralların mahkeme tarafından uygulandığı ve ne sonuca varıldığı bilgisine erişmek mümkün olmamıştır.

63 Y15HD 2.5.2017, E. 2016/2080, K. 2017/1864, Lexpera. Kararda bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da tüketicinin taraf olduğu eser sözleşmesinden değer uyumsuzluklarla ilgili ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Üçüncü kısımda yer alan ayıplı mal ve hizmetlerle ilgili düzenlemeler satım ve hizmet sözleşmelerindeki ayıplarla ilgilidir. Eser sözleşmesi ve eserdeki ayıplarla ilgili ayrı bir düzenleme bulunmadığından 6502 Sayılı Kanun'un ... vd. maddelerinin eser sözleşmesinden doğan ihtilaflarda uygulanması mümkün değildir. Hal böyle olunca 6502 Sayılı Kanun'un 83/... maddesi hükmü karşısında eser sözleşmesi ile ilgili tüketici işlemleri ve uyumsuzluklarında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 vd. maddelerinde yer alan eser sözleşmesine dair hükümlerin uygulanması gerekecektir."

64 İnceoğlu, Konferans, s. 209.

65 İnceoğlu, Konferans, s. 209; Aydoğdu, Şerh, s. 342-343.

66 İnceoğlu, Konferans, s. 209. Hatta bu mesele, abonelik sözleşmeleri açısından kanun ile düzenlenmektedir. Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 18 gereği, "Verilen hizmetle birlikte bir malın mülkiyetinin veya kullanım hakkının

Yargıtay kararına konu olayda, davacı davalıdan bilgisayar satın almış, davalı ayrıca üç yıl süre ile internet hizmeti vermeyi taahhüt etmiştir.⁶⁷ Daha sonra internet hizmetinde aksaklık yaşanmıştır. Bu durumda, bilgisayarda bir ayıp olmadığından, yalnızca internet hizmetinin kötü ifasına ilişkin yaptırımın talep edilebileceği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Zira bilgisayar pekâlâ bir başka internet servis sağlayıcısının sunduğu internet ile de aynı işlevi gösterecektir.⁶⁸ Bununla birlikte, modem bozuk olduğunda, modemin tamir edildiği süre boyunca internet hizmetinden de faydalanılamayacağı için iş görme edimine ilişkin indirim hakkı kullanılabilir.

b. İnşaat Sözleşmesi

Eser sözleşmesinin bir türü olan, arsa payı karşılığı inşaat ve inşaat sözleşmesi ayrıca ele alınmalıdır. Yargıtay'ın yeni TKHK zamanında verilen kararları, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa veren kişinin, bu işlemi tüketici saikiyle yapmadığı, yatırım amacıyla yaptığı ve bu nedenle tüketici olmadığı yönündedir.⁶⁹ Bu bakımdan uygulamada, ayıp meselesine sıkça rastlanacak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri TKHK'dan dışlanmış görünmektedir. TKHK m. 3(1), her tür sözleşmeyi kapsama alarak TKHK'nın kapsamını, lafzen de olsa fazla genişletmiştir. Bu bakımdan Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini kapsam dışında bırakması yerinde olmuştur. Zira bu sözleşme şekle bağlı bir sözleşmedir; değeri de büyük olduğundan kişinin yeteri kadar düşünmesi zaten gerekir. Bu kişinin ayrıca bir de "tüketici" olarak korunması ihtiyacı yoktur. Zaten BK'da var olan ayıptan doğan sorumluluk kuralları yeterli korumayı sağlar.

Benzer şekilde, Yargıtay, arsa payı karşılığı olan bir sözleşmede değil de bir inşaat sözleşmesi sonucunda müteahhitten altı tane bağımsız bölüm teslim davacının, tüketici sayılmaması gerektiği yönünde karar vermiştir.⁷⁰

Kentsel dönüşüm sözleşmeleri açısından da Yargıtay bu sözleşmelerin, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkındaki Kanun kapsamında kurulduğunu ve bu nedenle kentsel dönüşüm sözleşmelerinin TKHK kapsamında olmadığı yönünde karar vermektedir.⁷¹ Bu bakımdan bu tür bir sözleşmede de ayıp meselesi TKHK m. 13-16 kapsamında değil, BK kuralları kapsamında çözümlenecektir.

Sonuç olarak Yargıtay'ın inşaat sözleşmelerini kapsam dışında bırakan bu dar yorumu yerinde görünmektedir. Zira ifade edildiği üzere, bu sözleşmeler zaten hacim olarak büyük, şekle bağlı

devredildiği abonelik sözleşmelerinde hizmet sağlayıcısı da malın ayıbından sorumludur.

67 Y13HD 25.11.2002, E. 2002/9489 K. 2002/12654 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

68 Bu sözleşmedeki edimlerin, sözleşmeyi kuran iradeler açısından da birbirinden bağımsız değerlendirildiği kurgudan söz edilmektedir. Bir diğer deyişle, örneğin internet hizmeti satın alındığı için promosyon olarak bilgisayar tüketiciye verilmişse, internete ilişkin sözleşmeden dönme beyanı, bilgisayarın da iadesini gerektirecektir.

69 Y23HD 15.12.2016, E. 2015/9390, K. 2016/5411; Y23HD 6.2.2017, E. 2017/363, K. 2017/251; Y23HD 1.12.2016, E. 2016/7417, K. 2016/5234; Y20HD 20.9.2016, E. 2016/8260, K. 2016/8063; Y23HD 21.4.2016, E. 2015/1823, K. 2016/2550; Y13HD 20.10.2015, E. 2015/29195, K. 2015/30488 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

70 Y13HD 18.3.2015, E. 2015/5232, K. 2015/8680 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

71 Y15HD 24.11.2015, E. 2015/5085, K. 2015/5987 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

ve bu sayede kişiyi düşünmeye sevk eden sözleşmelerdir. Bu kişilerin bir de tüketici olarak korunmasına ne maddi hukuk ne de usul hukuku açısından gerek vardır. Ancak bu görüş, şüphesiz, her taşınmaz işleminin kapsam dışında kalması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Örneğin taşınmaz kredisi veya ön ödemeli konut satışında tüketicinin özel sebeplerle korunma ihtiyacı vardır.

II. İŞ GÖRME SÖZLEŞMELERİNDE AYIPTAN SORUMLULUK

A. GENEL OLARAK

TKHK m. 13-16'nın uygulama alanı bulabilmesi için, ortada öncelikle bir ayıbın söz konusu olması gerekir. Bilindiği üzere, ifa engelleri sisteminde, hiç ifa etmeme, gereği gibi ifa etmeme ve geç ifa etme temel sözleşmeye aykırılık türleridir.⁷² Ayıp ise, bir gereği gibi ifa etmeme hali olmakla birlikte, genel kurallarda değil, bazı sözleşme tipleri bakımından özel olarak düzenlenmiştir. Eski TKHK m. 4 ve 4/A'da da gerek mal teslimi gerekse iş görme edimlerinin ayıplı ifası nedeniyle yaptırımlar öngörülmüştür. Hiç ifa etmeme ya da geç ifa etme "ayıp" oluşturmadığı için de bu yaptırımlara tâbi tutulmamıştır.⁷³

Buna karşılık TKHK m. 13(1)'e bakıldığında, aynı m. 8(3)'de olduğu gibi, yukarıda açıklanan temel prensipten sapıldığı görülmektedir. Söz konusu hükme göre, "*Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.*" Düzenlemede açıkça ifade edildiği üzere, geç ifa yani temerrüt hali, bir ayıp olarak kapsama alınmıştır ve bunun sonucunda temerrüt halinde de ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Düzenlemenin sorunlu olduğu açıktır. Gerekçeye bakıldığında neden geç ifanın ayıp kapsamına alındığı hususunda bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Gerekçe yoksunluğu, bu tercihin bilinçli olarak yapıldığı konusunda şüphe uyandırmaktadır. Geç ifanın kapsama alınmasının yarattığı sorunlara aşağıda değinilecektir.

Bunun yanı sıra iş görme sözleşmesinin hiç ifa edilmemesi de (kusurlu ifa imkânsızlığı) bir ayıp teşkil etmez. Benzer şekilde, sözleşmenin kurulup kurulmadığı konusu da ayıpla ilgili değildir.⁷⁴

72 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Y. M. Atamer, İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s. 217-260

73 Eski TKHK m. 4'ün, geç ifa ya da hiç ifa etmeme halini dışladığı açıkça kabul edilmekteydi. C. Yavuz, Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1295.

74 Örneğin sağlayıcı, tüketici ile arasında hiçbir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen bir servis sağlamış ve bunun karşılığında tüketiciden sözleşme bedeli talep ediyorsa, burada bir ayıplı iş görmeden söz edilemez ve TKHK 13-16 hükümleri uygulama alanı bulmaz. Ancak yukarıdaki halden farklı olarak, bu şekilde bir servis sağlanması, TKHK m. 7 kapsamında sipariş edilmemiş hizmet kapsamında değerlendirilebileceğinden, hala bir tüketici uyuşmazlığı olacaktır.

TKHK m. 13 anlamında ayıptan sorumluluk için ayıbın varlığı yeterlidir. Bir diğer deyişle, ayıbın tacire ihbar edilmesi yükümlülüğü yoktur.⁷⁵ Ancak şüphesiz tüketicinin açıkça bildiği ayıplar için ayıplı mala ilişkin olan TKHK m. 10(2) kıyasen uygulama alanı bulmalıdır.⁷⁶ Sonuç olarak, sözleşmenin kurulduğu anda tüketici iş görmeyen ayıplı olduğunu ya da olacağını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, ayıptan doğan hakları kullanamayacaktır. Örneğin, bir bilgisayarın tamirinde orijinal ve sıfır parça kullanılmaması ayıp teşkil edebilecekken; ikinci el parçalarla tamir yaptığını duyuran bir tamirciyle kurulan sözleşmede, sıfır parça kullanılmaması nedeniyle tacirin ayıptan doğan sorumluluğuna başvurulamayacaktır.

Son olarak, ayıptan kimin sorumlu tutulacağı meselesine değinmek gerekir. Ayıplı maldan doğan sorumluluktan farklı olarak, ayıplı iş görmeden yalnızca sağlayıcı sorumludur. Bununla birlikte TKHK m. 30(4)'de düzenlenmiş olan bağlı kredilerde kredi verenin de dönme ve bedelden indirim taleplerinin muhatabı olabileceğine ilişkin kural ayıplı iş görme hakkında da uygulanacaktır.⁷⁷ Ancak kredi verenin bu sorumluluğunun bir yıl ile sınırlanmış olduğuna dikkat çekmek gerekir. Ayrıca seçimlik haklar açısından bir farklılık söz konusu olacaktır. Kredi verenden, işin niteliğine uygun olarak, sadece kısmen veya tamamen bedelin iadesinin istenebilecek; buna karşılık kendisinden bir tazminat talep etmek mümkün olmayacaktır.

B. TKHK M. 13 UYARINCA AYIP KAVRAMI

I. Geç İfa

Yukarıda ifade edildiği üzere, aslında geç ifa (temerrüt), teknik olarak bir ayıp değildir. Bununla birlikte, TKHK m. 13(1)'in lafzı açıkça temerrüt halini de bu kapsamda düzenliyor görünmektedir. Aşağıda yapılan değerlendirme sonucunda görülecektir ki aslında TKHK m. 13-16, geç ifa hali için uygulanabilir kurallar içermemektedir.⁷⁸ Kanun'un bu yaklaşım pek çok soruna yol açmaktadır. İlk sorun, yukarıda ifade edildiği üzere, hukuk tekniği açısındandır.⁷⁹

Daha önemlisi, bu tanımlama pratik açıdan da bazı sorunlara yol açmaktadır.⁸⁰ Zira ayıp halinde seçimlik haklar, geç ifa değil, kötü ifa olgusuna uygun şekilde düzenlenmektedir. Bilindiği üzere, ayıp halinde dört seçimlik hak mevcuttur: i) işin yeniden görülmesi, ii) ortaya çıkan

75 İnceoğlu, Konferans, s. 211.

76 Bu yönde, Yavuz, Armağan, s. 1298.

77 İnceoğlu, Konferans, s. 218.

78 Doktrinde *Makaracı Başak* bu düzenlemenin temelini tıpkı CISG'de olduğu gibi tek bir ifa engelleri sistemi yaratmak olabileceğini ifade etmektedir. *Makaracı Başak*, s. 517-518. Gerçekten de tek bir ifa engelleri sistemi yaratmanın pek çok faydası vardır. Ancak kanun koyucunun amacının bu olduğu varsayılabilir, kanun koyucunun ifa engellerini yeniden sistematize etmeye başlamak için yanlış bir başlangıç noktası seçtiğine dikkat çekmek gerekir. İfa engelleri hukukunu yeniden sistematize etmek hakkında bkz. *Atamer*, Armağan, s. 317 vd.

79 İnceoğlu, Konferans, s. 162, s. 210; Şenocak, s. 31; Havutçu, Tüketici İşlemleri, s. 17; Sirmen, Yeni TKHK, s. 160; Şenocak, s. 31; Cumahoğlu, s. 22; Öz, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 176; Gökyayla, s. 23. Doktrinde bir diğer görüş ise, geç ifanın bu kapsama alınmasının tüketici menfaatine olduğunu ifade etmektedir. *Akcaal/Uyumaz*, s. 267. Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

80 *Cumahoğlu*, s. 23; Öz, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 177; İnceoğlu, Konferans, s. 162.

eserin ücretsiz onarımı, iii) bedel indirimi, iv) sözleşmeden dönme. Bu seçimlik haklardan örneğin onarım hakkının temerrüt halinde ne şekilde kullanılabileceği anlaşılamamaktadır. Zira onarılması gereken iş henüz görülmemiştir. İndirim de kural olarak ayıbın etkisi oranında yapıldığından, gecikmenin ne kadarlık bir indirim sağlayabileceğini tespit etmek de mümkün görünmektedir.⁸¹ Gecikilen süre için indirim istenmesi de anlamlı değildir. Zira bu süreçte ifa olmadığından, tacir zaten bir ödemeye hak kazanmayacaktır. Bu bir indirim değildir. İfanın geç başlaması bir zarara yol açıyorsa, bu zaten gecikme tazminatı olarak temerrüt kuralları dahilinde istenebilecektir. Bundan başka, işin yeniden görülmesi seçimlik hakkı da kullanılamayacaktır, zira henüz görülmüş bir iş olmadığına göre, bu işin “yeniden” görülmesi de mümkün değildir. Nitekim temerrüt halindeyken, işin görülmesini talep edebilmek için temerrüt olgusu zaten yeterlidir.

Aynı şekilde, sözleşmeden dönme hakkı da temerrüt söz konusu olduğunda zaten BK m. 125-126 gereği sahip olunan bir haktır.⁸² Görünür tek fark, BK kurallarına göre tüketicinin dönme hakkını kullanması için mehil tayin etmesi gereğidir.⁸³ Esasen bu tüketici açısından uygulamada ciddi bir dezavantaj yaratmaz. Bir kesin vade varsa, zaten mehil tayinine gerek kalmayacaktır. Süre böyle bir önem teşkil etmiyorsa da tüketici bir mehil tayin edebilir. Nasıl olsa temerrüt olgusunun gerçekleşmesinden itibaren verilen bu mehil için de gecikme tazminatı talep edebilecektir. Dolayısıyla görüldüğü üzere, mehil tayin etmek tüketici haklarını zedelemez. Bundan başka, aşağıda açıklanacağı üzere ayıptan doğan zamanaşımı süresi iki yıldır. Oysa temerrütten doğan haklar BK hükümlerine göre kullanıldığında, zamanaşımı süresi tüketici açısından daha elverişli olacaktır. Bu açıdan da temerrüt halinde, ayıp hükümlerine dayanmak tüketici açısından bir avantaj yaratmaz.

Bu değerlendirme sonucunda görüldüğü üzere geç ifanın ayıp olarak nitelendirilmesi sonucu tüketiciye getirilen ayrı ve/veya avantajlı bir koruma söz konusu değildir.⁸⁴ Bu bakımdan geç ifanın ayıp kapsamında TKHK’da düzenlenmesi boşan dönen bir kuraldan öteye gitmez.

Doktrinde bir görüş, geç ifa meselesinin, burada yer almasının anlamsızlığına vurgu yaparak, düzenlemenin bir hukuki sonucu bulunmadığını ve bu nedenle hiç uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir.⁸⁵ Bir diğer görüş ise, düzenlemeyi eleştirmekle birlikte, açık lafzı nedeniyle geç ifayı TKHK m. 13 kapsamında kabul edip, “ayıp” olarak nitelendirmenin yaratacağı tek farkın,

81 İnceoğlu, Konferans, s. 162; Cumaloğlu, s. 23; Öz, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 177.

82 İnceoğlu, Konferans, s. 162; Cumaloğlu, s. 23.

83 Cumaloğlu, s. 23; Gümüş, Şerh, s. 91; Öz, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 177.

84 Hatta eser sözleşmeleri özelinde durum daha nettir. Zira geç ifa, eser sözleşmesi için özel olarak düzenlenmiştir. Genel hükümlerin dışında, bir eser sözleşmesi söz konusu olduğunda, BK m. 473 gereği, “Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.” Görüldüğü üzere, bir özel kuralla, henüz teslim günü gelmeden sözleşmeden dönme imkânı tanınmıştır. Bu hükmün, TKHK’na kıyasla, tüketiciyi daha çok koruyacağı dahi söylenebilir. Doktrinde bir görüş ise bu tür borca aykırılığın da TKHK m. 13 kapsamında olacağını savunmaktadır. Akçaal/Uyumaz, s. 267; Makaracı Başak, s. 517.

85 Kırcı, Yorum, s. 379-380.

görevli mahkeme açısından meydana geleceğini ifade etmektedir.⁸⁶ Kanaatimce bu konuda TKHK'da yer alan geç ifa kurallarının, bir hukuki sonucu bulunmadığını ve bu nedenle BK kurallarının uygulanması gerektiğini kabul etmek yerinde görünmektedir. Bununla birlikte, mesele tüketici mahkemesi görevi kapsamında kabul edilecektir.

2. Ayıplı İfa

a. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere ayıp esasen kötü ifanın özel bir görünümüdür. TKHK m. 13(1)'de yer alan geç ifaya ilişkin ifade bir kenara bırakılacak olunursa, ayıbın genel tanımına da uygun bir şekilde, ayıplı hizmet "(...) taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir" şeklinde tanımlanmaktadır.⁸⁷ Hükmün ikinci fıkrasında tanım daha somutlaştırılmıştır. Söz konusu hükme göre, "Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır". Bu tanımlar ayıplı mal tanımı ile aynıdır.

Böylece işin görülmesi, vaat edilen subjektif nitelikleri veya objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıyor ise bu durumun bir ayıp olarak nitelendirilmesi gerekecektir.⁸⁸

Bundan başka, bu tür sürekli edimli iş görme sözleşmelerinde, ayıpsız ifa borcunun, tıpkı kira sözleşmelerinde olduğu gibi tüm sözleşme süresi için devam ettiğini hatırlatmak gerekir. Bu bakımdan örneğin on yıllık akdedilen devre tatil sözleşmesinde, tesisin üç yılın sonunda aynı özellikleri taşımaması, çevre düzenlemesinin vaat edilen şekilde yapılmaması, binaların bakımının yapılmaması, havuzun kapanması, ortak alanların bakımsız olması da birer ayıp teşkil edecektir.

Son olarak, TKHK m. 13(2) ayıbın maddi, hukuki veya ekonomik olabileceğini belirtmiştir. Bu kural malumun ilanı niteliğindedir. Örneğin, araba tamiri yapılırken, gerekli ayarlamaların düzgün şekilde yapılmaması nedeniyle arabanın çok benzin tüketmesi bir ekonomik ayıp olarak düşünülebilir. Ancak ayıbın bu kategorilerden hangisine dahil olduğu uygulanacak yaptırımlar açısından hiçbir fark yaratmayacaktır.⁸⁹

⁸⁶ İnceoğlu, Konferans, s. 162-163.

⁸⁷ Her ne kadar hükümde sözleşmede vaat edilen nitelikler ile objektif olarak sahip olunan özellikler (lüzumlu vasıflar) "ve" bağlacı ile bağlanmışsa da, bunların birinde eksiklik, ifanın ayıplı olması için yeterli olacaktır. Bir diğer deyişle, bu bağlacın "veya" olarak okunması gerekir. Aynı yönde, Makaracı Başak, s. 516; Gümüş, Şerh, s. 131; Çabri, s. 288.

⁸⁸ M. Aydoğdu, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, 2013, s. 1-62, s. 27-28; Yavuz, Armağan, s. 1293.

⁸⁹ Atamer/Baş, s. 26; İnceoğlu, Konferans, s. 211; Aydoğdu, Şerh, s. 343. Bu ayrımlar için bkz. Aslan, s. 122-125; Aslan, Dersler, s. 94-96; Zevkililer/Özel, s. 156-158; Aydoğdu, Dersler, s. 124-126.

b. Nitelik Vaadine Aykırılık

Görülen iş, tacirin sözleşmede vaat ettiği nitelikleri taşımıyorsa, ayıp söz konusu olacaktır. Nitelik vaadi, tacir ile kurulan sözleşmede yer almakta ise, bu vaade aykırılığın ayıp teşkil edeceği açıktır. Tacirin internet sitesinde ya da bir reklamında veya ilanında yer alan özellikler de TKHK m. 13(2)'nin açık hükmü karşısında nitelik vaadi sayılmaktadır. Zira kanun koyucu, bu reklam/ ilanda yer alan bilgi temelinde tüketicinin sözleşmeyi kurduğunu varsaymaktadır.⁹⁰ Dolayısıyla iş görmenin, yapılan reklamın aksine bir nitelik taşınması ayıp oluşturacaktır. Örneğin tüketiciyle kurulan bir devre tatil sözleşmesinde, tesisin, katalogda yer alan özellikleri taşımaması, denize uzak olması, görsellerin tesisin gerçek halini yansıtmaması bir ayıp olarak nitelendirilecektir.⁹¹ Bundan başka, Bölge Adliye Mahkemesi'ne konu bir olayda, sünnet düğününde, sözleşmede yer almasına rağmen havai fişek atılmaması ve yemek servisinin yapılmaması da ayıp olarak değerlendirilmiştir.⁹² Benzer şekilde bir hac organizasyonunda (paket tur sözleşmesinde) tüketicinin, broşürde gösterilene kıyasla daha kötü şartlara maruz bırakılması da ayıp olarak nitelendirilmiştir.⁹³

Reklam ve ilanın mutlaka sözleşmenin tarafı olan sağlayıcı tarafından düzenlenmesine gerek yoktur. Örneğin bir kuru temizleme markasına ilişkin yapılan reklam, tüm o kuru temizleme markasını kullanan tacirler açısından bir nitelik vaadi teşkil edecek ve buna aykırı ifa, ayıplı ifa sayılacaktır.

Ancak reklamların işin doğası gereği bir miktar abartı içerdiği de göz önünde bulundurulduğunda, reklam ve ilanlarda yer alan hususların nitelik vaadi olabilmesi için iş görmenin somut bir özelliğinin ifade edilmiş olması gerekir.⁹⁴ Örneğin kuru temizleme şirketi, yaptığı reklamlarda, çimen lekesini istisnasız çıkarttıklarını iddia ediyorsa, bu bir nitelik vaadi sayılabilecektir. Bu durumda, lekenin kuru temizlemede çıkartılmamış olması, ayıp teşkil edecektir. Benzer şekilde, internet hizmet sağlayıcılarının reklamlarında, internet hızına ilişkin vaatler sıklıkla görülmektedir. Bu vaade aykırılık da bir ayıp teşkil edecektir. Bununla birlikte, bir tamir hizmeti sunulmasına ilişkin reklamda, tamirin "birinci sınıf makinalarla" yapıldığı yönündeki beyan veya "bu bölgede en iyi kuru temizleme hizmetini biz veriyoruz" şeklindeki bir beyan, bir nitelik vaadi teşkil etmeyecektir.⁹⁵ Zira bu örneklerde yeteri kadar somutlaşma yoktur ve yukarıda da ifade edildiği üzere reklam işin doğası gereği bir miktar abartı içerebilir. Bu bakımdan reklam veya ilanlarda yer alan açıklamanın abartı içerdiğinin tüketici tarafından rahatça anlaşılabilirliği hallerde nitelik vaadinden söz edilemeyecektir.⁹⁶

90 TKHK m. 13'ün gerekçesi. Bu yönde, *Atamer/Baş*, s. 24; *Aydoğdu*, Şerh, s. 353; *Kara*, s. 826.

91 Y13HD 12.5.2003, E. 2003/2749, K. 2003/5860, www.tuketicihukuku.org.

92 BAM 3HD 26.1.2017, E. 2017/28, K. 2017/36 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

93 Y13HD 10.3.2016, E. 2015/4704, K. 2016/7455 Lexpera.

94 *İnceoğlu*, Konferans, s. 160; *Aslan*, s. 131.

95 Mal satımına ilişkin olarak, "birinci sınıf motor" tabirinin bir nitelik vaadi teşkil etmeyeceği yönünde, *Göle*, s. 152. Benzer örnekler için, *Aslan*, s. 131.

96 *Atamer/Baş*, s. 24; *Gümüş*, Şerh, s. 89; *Cumalıoğlu*, s. 27; *Makaracı Başak*, s. 516, dn. 33; *Göle*, s. 152; *İnceoğlu*, Konferans, s. 159; *Aslan*, Dersler, s. 99. Bu tür durumlarda reklamın aldatıcı sayılmayacağı yönünde, *Göle*, s. 79; *İnal*

Kanun koyucu, TKHK m. 14(2) ile tacire sorumluluktan kurtulma imkânı tanımıştır.⁹⁷ Buna göre tacir aşağıda yazılı üç husustan birini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Bunlardan ilki, kendisinden kaynaklanmayan reklam yolu ile yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının kendisinden beklenemediğini ispat etmesidir. Bu kurtuluş imkânının var oluş nedeni, sözleşmenin tarafı sağlayıcı ile reklâmı yapanın aynı kişiler olmaması olasılığıdır.⁹⁸ Gerçekten sağlayıcıdan bu reklâmı bilmesi beklenemez ise, bu taahhüt ile kendisinin bağlı tutulması uygun değildir.⁹⁹ Ancak örneğin ülke çapında yayın yapan televizyonlarda veya ulusal gazetelerde yer alan reklamlardan sağlayıcının haberdar olması gerektiği kabul edilmelidir.¹⁰⁰ Bundan başka otelin sıklıkla çalıştığı paket tur organizatörünün internet sitesinde yaptığı reklamlar açısından da, otelin bu reklamları kendisi yapmadığı için sorumluluktan kurtulması kanaatimce zor olacaktır. Bu bakımdan bu istisnanın uygulanması sıklıkla gündeme gelmeyecektir.

İkinci olarak tacir yapılan açıklamanın içeriğinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte düzeltilmiş olduğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir. Bu düzeltme, sözleşmeye konulacak açık bir kural, sözleşmenin kurulması anında yapılmış açık bir uyarı veya eşdeğer etkide bir reklam aracılığı ile yapılabilir.¹⁰¹ İlk olarak, sözleşmeye kural konması halinde, bu kuralın genel işlem koşulu olmaması gerekir.¹⁰² Aksi halde reklamdaki içeriğin düzeltilmişinden söz edilemez. İkinci olarak, sözleşme kurulmadan önce tacir bir uyarıda bulundu ise, bu yönde bir uyarı yapıldığını ispat külfeti tacir üzerindedir. Sözlü yapılmış uyarılar açısından bunu ispat etmenin zorluğu ortadadır. Bu bakımdan tacirler açısından bu yol önerilmemektedir. Son olarak, yapılan reklamın, önceki reklamlarla “eşdeğer etkide” olması gerekir. Bununla kastedilen, reklamın etki alanıdır. Örneğin ulusal televizyonda yayımlanan bir reklamın karşısında, tacirin el ilanına reklam bastırıp iş yeri önünde dağıtması, eş değer etkide olmayacaktır. Ancak yeni reklamın tüketici tarafından mutlaka görülmüş olması da gerekmez. Tüketicinin haberdar olma imkânına sahip olması yeterlidir.¹⁰³

Son olarak tacir, yapılan açıklama ile tüketicinin iş görme sözleşmesini akdetme kararı arasında bir nedensellik bağının bulunmadığını ispat edebilir.¹⁰⁴ Gereğe göre, “*ilgili reklamın hiç ulaşmadığı bir bölgede kurulan bir hizmet sözleşmesi açısından bu imkan mevcuttur*”. Ancak iletişimin bu kadar arttığı günümüzde bu olgunun gerçekleşmesinin güçlüğü yadsınamaz.¹⁰⁵ Bugün gerek yazılı gerek de görsel basında yer alan neredeyse tüm reklamlar internet ortamında da yer almaktadır. Kaldı ki internet ortamında yer almasa bile, bir reklamın görselinin bir tüketici

Baysal, s. 28; *Şahinci*, s. 50.

97 Doktrinde bir görüş, sorumluluktan bu tür kurtuluş imkânı getirilmesinin tüketici aleyhine olduğunu ileri sürmektedir. *Akçal/Uyumaz*, s. 268.

98 *İnceoğlu*, Konferans, s. 160.

99 *Atamer/Baş*, s. 24; *Yavuz*, Ayıplı İfa, s. 60; *Aydoğdu*, Şerh, s. 353-354.

100 *Yavuz*, Ayıplı İfa, s. 61; *İnceoğlu*, Konferans, s. 160.

101 Aynı yönde, *Çabri*, s. 300.

102 *İnceoğlu*, Konferans, s. 160.

103 *İnceoğlu*, Konferans, s. 161; *Gümüş*, Şerh, s. 136; *Çabri*, s. 301.

104 Esasen böyle bir düzenleme bulunmadan önce de doktrinde, bir reklamın ayıptan doğan sorumluluğu meydana getirebilmesi için, reklamın, sözleşmenin yapılmasında etkili olması gereği ifade edilmekteydi. *Göle*, s. 152.

105 Bu yönde, *Çabri*, s. 301.

tarafından ülkenin diğer bir bölgesinde yer alan tüketiciye iletilmesi de kolay ve mümkündür. Ayrıca sözleşme reklamın ulaşmadığı bir bölgede kurulmuş olsa bile, tüketicinin bulunduğu bölgeye reklam ulaşmış olabilir.¹⁰⁶ Bu nedenlerle son istisnanın değerlendirilmesinde çok dikkatli olunması gerekir. Doktrinde bir görüş, tüketicinin sübjektif kullanma amacı bakımından reklamlarda bildirilen niteliklerin önemsiz olması halinde de bu istisnanın söz konusu olacağını ifade etmektedir.¹⁰⁷ Gerçekten de teorik olarak bu durumda nedensellik bağının kesildiği ileri sürülebilir. Ancak tacirin, tüketicinin sübjektif kullanma amacını ispat etmesi çok güç görüldüğünden, pratik olarak istisnanın devreye girmesi zor görünmektedir.¹⁰⁸ Bundan başka, reklamın sözleşmenin kurulmasından sonra yapılması halinde de nedensellik bağının bulunmadığı açıkça ortadadır.¹⁰⁹

Görüldüğü üzere kanun koyucu, bu konudaki ispat yükünü tacire yüklemekte ve riski onun üzerinde bırakmaktadır. Bu yaklaşım yerindedir zira tüketicinin nedensellik bağının varlığını ya da tacirin bu reklamdan haberi olduğunu ispatlaması çok daha zordur.¹¹⁰

c. Lüzumlu Vasıflarda Eksiklik

TKHK m. 13(2) uyarınca ayıp teşkil eden bir diğer hal, tüketicinin işin görülmesinden makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran eksikliklerin bulunmasıdır. İşin görülmesinin, objektif olarak sahip olması gereken özelliklerinin ve tüketicinin işin görülmesinden “makul olarak” beklediği faydanın neye göre belirleneceğini birtakım kriterlere bağlamak yerinde olur. Zira her bir tüketicinin kendi sübjektif beklentisi dikkate alınmayacaktır.¹¹¹ Bunu belirlerken, sözleşme koşulları, fiyat ve benzer sözleşmelerdeki nitelikler dikkate alınır.¹¹² Örneğin kuru temizlemeden gelen gömleğin temiz ve ütülü olması, temizleme talimatına uygun şekilde temizlenmiş olması¹¹³, inşaat sözleşmesi sonucu teslim edilen dairenin camlarının takılmış olması, devre tatil tesisinde havuzun temiz olması gibi hususlar, taraflar sözleşmede özel olarak kararlaştırmasa bile, objektif olarak ifadan beklenen menfaattir.

Hizmetten makul şekilde beklenen faydaların “önemli ölçüde azalması”, BK m. 219’den farklı ve fakat ayıplı mala ilişkin TKHK m. 8(2)’ye paralel olarak aranmamış gözükmektedir. Buna evin boyanmasına ilişkin sözleşmede, boya işleminin olması gerektiğinden farklı olarak, evin bir köşesinin dalgalı ve lekeli görünmesi örnek gösterilebilir. Görüldüğü üzere, tüketicinin makul

106 *Cumaloğlu*, s. 26; *Aydoğdu*, Şerh, s. 354.

107 *Cumaloğlu*, s. 26.

108 *İnceoğlu*, Konferans, s. 161, dn. 16.

109 *Gümüüş*, s. 137; *Çabri*, s. 301; *Aydoğdu*, Dersler, s. 166; *Aydoğdu*, Şerh, s. 354.

110 Ayıplı mallara ilişkin olarak aynı yönde, *Y. M. Atamer*, Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 – Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri, Batider, Cilt. XXIV, 2007, Sayı.1, s. 85.

111 *Çabri*, s. 295; *Gümüüş*, Şerh, s. 133.

112 *İnceoğlu*, Konferans, s. 211. Eser sözleşmesi açısından, aynı yönde bkz. *Yavuz/Acar/Özen*, s. 1028-1029; *Tandoğan*, Cilt II, s. 161.

113 Bu yönde, Y13HD 3.4.2013, E. 2013/3231, K. 2013/8572, www.kararara.com.

olarak beklediği fayda, önemli ölçüde azalmasa da bu bir ayıp teşkil edecektir.¹¹⁴ Ayıbın önemli olup olmadığı, yalnızca tüketicinin kullanabileceği haklar açısından etkili olacaktır.¹¹⁵

III. AYIP HALİNDE TÜKETİCİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

A. GENEL OLARAK

Görülen işin ayıplı olması halinde tüketicinin sağlayıcıya karşı ileri sürülebileceği dört seçimlik hakkı vardır. Bu seçimlik haklar, işin yeniden görülmesi, ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedel indirimi ve sözleşmenin sona erdirilmesi olarak, ayıplı mal teslimine paralel şekilde düzenlenmiştir. Bu dört seçimlik haktan her birine ek olarak, Borçlar Kanunu'nun genel ilkeleri çerçevesinde tazminat da talep edilebilir.¹¹⁶ Her ne kadar aşağıda anılan seçimlik haklar, çoğu durumda tatmin edici olsa da bazı hallerde tüketicinin bu seçimlik hakların kullanılması suretiyle giderilemeyen bir zararı olabilir. Örneğin Yargıtay'a konu olan bir olayda, tüketici havuzunu tamir ettirirken, bu işin ayıplı görülmesi nedeniyle eve su sızmaya başlamıştır.¹¹⁷ Tüketici bu olayda, işin yeniden görülmesi ve evin zarar görmesi nedeniyle tazminat talep etmiş ve bu talebi kabul edilmiştir.

Hakların kullanılmasında seçim hakkı kural olarak tüketicidedir. Bu seçim hakkının işlevselliğini sağlamak ve etkinliğini korumak için, TKHK m. 15(1) gereği, seçimlik hakların kullanılmasında tüketicieye hiçbir masraf yüklenemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Zira tüketicieye belli bir seçimlik hakkı kullanırsa, bir miktar para ödemesi gerektiği söylenirse, tüketici o hakkı kullanmaktan kaçınacaktır. Oysa kanunun amaçladığı bu değildir. Seçimlik hakkın kullanılması neticesinde bir masrafın ortaya çıkması halinde buna sağlayıcı katlanacaktır. Bununla birlikte, hakların kullanılmasında, hakkın niteliğinden ya da ayıbın öneminden kaynaklı bazı sınırlamalar söz konusu olabilir. Bu sınırlara aşağıda değinilecektir.

Tüketicinin haklarına geçmeden önce, ayıptan doğan sorumluluğun, sözleşme ile ortadan kaldırılamayacağını, yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının kesin hükümsüz olacağını hatırlatmak gerekir.¹¹⁸ Zira bu kurallar, tüketici lehine nispi emredici kurallardır.¹¹⁹ Bir diğer deyişle tacirin sorumluluğunu artırmak mümkün olabilir; ancak azaltmak mümkün olmayacaktır.

114 *Atamer/Baş*, s. 26-27; *İnceoğlu*, Konferans, s. 159. Aksi yönde, *Gümüüş*, Şerh, s. 90.

115 *Atamer/Baş*, s. 26-27; *İnceoğlu*, Konferans, s. 159; *Çabri*, s. 296; *Aydoğdu*, Dersler, s. 144; *Aydoğdu*, Şerh, s. 355.

116 *Yavuz*, Ayıplı ifa, s. 174; *Zevkliler/Özel*, s. 192; *Çabri*, s. 304; *Karakocalı/Kurşun*, s. 77; *Aydoğdu*, Dersler, s. 180. Bununla kastedilen, tazminat talebinin kusur ve zarar prensiplerine dayanıyor oluşudur. Tazminat kapsamına manevi zararların tazmini de girmektedir. Örneğin devre tatil sözleşmesinde, tatil zamanının boşa harcanması nedeniyle manevi tazminat talebi Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Y13HD 27.4.2016, 2015/7203, 2016/11733; Y13HD 8.9.2015, 2014/36444, 2015/26620, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bununla birlikte bu tazminat TKHK'da özel olarak düzenlendiği için BK m. 112 kapsamında talep edilmeyecektir.

117 Y15HD 8.12.2015 E. 2015/5292, K. 2015/6243 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

118 *İnceoğlu*, Konferans, s. 173, s. 211; *Aydoğdu*, Dersler, s. 117; *Karakocalı/Kurşun*, s. 76; *Cumaloğlu*, s. 25; *Aydoğdu*, Şerh, s. 359. Aksi yönde, bazı şartlarla sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceğine ilişkin olarak, *Özel*, s. 114; *Aslan*, s. 147. Ayrıntılı bilgi için *N. Başalp*, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.

119 *Sirmen*, Tüketici Hukukunun Amacı, s. 2468; *Aydoğdu*, Dersler, s. 117; *Aydoğdu*, Şerh, s. 359.

B. İŞİN YENİDEN GÖRÜLMESİ VE ÜCRETSİZ ONARIM HAKKI

I. Haklar ve Sınırları

İşin yeniden görülmesi ve ücretsiz onarım hakkı, ayıp sonucunda ileri sürülen birer aynen ifa talebidirler.¹²⁰ Bu haklar, birbirine benzer oluşu ve aynı sınırlara tabi olması nedeniyle tek başlık altında incelenecektir.

Ayıp halinde tüketici, ayıplı görülen işin yeniden görülmesini talep edebileceği gibi, onarım da talep edebilir. Örneğin tüketici, tamir ettirdiği klimanın su akıtmaya devam etmesi halinde, işin yeniden görülmesini veya evini tümünden boyatan tüketici, bir duvarın dalgalı boyanmış olması halinde, sadece o duvar için onarım talep edebilir. Bu haklar, her ne kadar tüketicinin serbestçe seçimine bağlı olsa da, bu seçim düşünüldüğü kadar “serbest” değildir. Zira bu hakların kullanılmasında, MK m. 2 hükmünden de çıkarılabilecek olan bazı sınırlamalar, TKHK m. 15(2)’de somutlaştırılmıştır. Bunun nedeni, kanun koyucunun, seçim hakkını tüketiciye vermekle birlikte, bazı hallerde sağlayıcı ile tüketici arasındaki dengeyi korumak istemesidir. Hükme göre, işin yeniden görülmesi ve onarım hakkı sağlayıcı için “**orantsız güçlük**” yaratmamalı ve “**fiilen mümkün**” olmalıdır. Görüldüğü üzere, burada ilki subjektif, ikincisi objektif olmak üzere iki sınır getirilmiştir.

İlk olarak, bu seçimlik hakkın kullanılmasının, “**orantsız güçlük**” yaratıp yaratmadığının tespitinde hangi kriterlerden faydalanılabileceği hususunda, 1999/44 sayılı AB Yönergesi m. 3’de ayıplı mal için getirilen kriterler, işin ayıplı görülmesine ilişkin olarak da iç hukuka yansıtılmıştır. Hükümün ikinci cümlesine bakıldığında, “*hizmetin ayıpsız değerine, ayıbın önemine ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceğine*” dikkat edilmesi gerektiği yerinde olarak ifade edilmektedir. Sonuç olarak, işin yeniden görülmesi veya ücretsiz onarım orantsız ise, tüketici diğer haklarını kullanmalıdır.

Örneğin tüketicinin, parkelerine sistire yaptırmak için bir sözleşme akdettiğini ve sistirenin yapıldığı alanda küçük bir bölümün gerektiği gibi yapılmamış olduğunu varsayalım. Bu durumda, işin tümünden yeniden görülmesini talep etmek orantılı bir giderim talebi olmayacaktır. Zira ayıp önemli ve büyük olmadığından, görülen işin ayıpsız değeri ile ayıplı değeri arasındaki fark da büyük değildir. Bu nedenle tüketici onarım ya da indirim haklarından birini kullanarak rahatlıkla tatmin edilebilir. İşin yeniden görülmesi suretiyle de tatmin edilebilirse de bu yol tacir açısından aşırı bir masrafa yol açacaktır. Gerçekten de bu durumda tüketicinin işin yeniden görülmesi talebi kabul edilmeyecektir. Buna karşılık ayıbın büyük olması nedeniyle, onarımın çok maliyetli olacağı bir kurguda, tüketici artık onarım hakkını kullanamayacaktır. Tüketici burada artık dönme ya da işin yeniden görülmesi haklarından birini kullanabilir.

120 *Atamer/Baş*, s. 35; *Türkmen*, s. 3390-3391, *Buz*, s. 170 vd.; *Çabri*, s. 307. Mukayeseli veriler için bkz. *Y. M. Atamer*, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, 363, dn. 434. Bu hakkın yenilik doğuran hak olduğu yönünde bkz. *Gümüş*, Şerh, s. 115; *Aydoğdu*, Dersler, s. 180; *Aslan*, 169-170; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 154; *Eren*, Borçlar Özel, s. 647; Y13HD, 28.4.2010, 15622/5824 (*Yavuz*, Ayıplı İfa, s. 57).

İkinci olarak, işin yeniden görülmesi ve onarım “*fiilen mümkün*” olmalıdır. Bununla kastedilen örneğin teknik açıdan veya zamansal olarak ifanın anlam taşınması ve mümkün olmasıdır. Örneğin bir düğünde orkestra, istenen şarkılardan çok farklı şarkılar çalmış ise, düğünün yeniden yapılması söz konusu olmayacağından, işin yeniden görülmesi talep edilemeyecektir. Bu halde makul yaptırım olarak indirim karşımıza çıkacaktır.

Onarım hakkının kullanılmasının fiilen mümkün olması ile kastedilen ise, işin doğası gereği, öncelikle onarılabilecek bir “şey”in var olması gereğidir.¹²¹ Zira ayıplı iş görülmesi durumunda, her zaman bir mal içeren sonuçtan bahsedilemeyebilir. Örneğin internet hizmeti geçen iki ay boyunca ayıplı şekilde ifa edilmiş ise, ayıplı ifa edilen döneme ilişkin bir onarım söz konusu olamayacaktır. Zira ortada onarılabilecek bir şey yoktur. Oysa bahçenin bakımı, ağaçların budanması, aracın tamir edilmesi, duvarın boyanması gibi bir şeyle ilgili iş görmeyi konu eden sözleşmelerde onarım hakkı kullanılabilir. Zira ortada “*onarılabilir bir şey*” vardır.

Ancak bu noktada sözleşmenin, imal edilecek de olsa bir malın mülkiyetinin nakline ilişkin olması halinde, ayıplı malların satımına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağına dikkat çekmek gerekir.¹²² Bu nedenle TKHK m. 15(1)’e dayanan onarım talebi ile, çoğu zaman malın mülkiyetinin zaten tüketiciye ait olduğu ihtimallerde karşılaşılabilecektir. Yukarıda örnek verilen bahçenin bakımı, ağaçların budanması, aracın tamir edilmesi, duvarın boyanması hallerinde esasen durum böyledir. Benzer şekilde, kumaşın tüketici tarafından terziye verilmesi suretiyle diktirilen bir perde ya da elbisenin de onarımı söz konusu olabilecektir.

2. Seçilen Hakların Yerine Getirilmesinde Süre Sınırı

Tüketici işin yeniden görülmesi ve ücretsiz onarım hakkını seçerse, TKHK m. 15(4) gereği bu talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren makul bir sürede, ancak en fazla otuz gün içerisinde yerine getirilmesi gerekir. Sürenin hesabında cumartesi günleri de dikkate alınmaktadır.¹²³ Somut olayın koşullarında makul süre otuz günden kısa ise, bu süre içinde talebin yerine getirilmesi gerekir.¹²⁴ Dolayısıyla düzenleme, tacirin talebi yerine getirmek için her durumda otuz günü vardır şeklinde anlaşılmalıdır. Tacirin mümkün olan en kısa sürede talebi yerine getirmesi gerekir; otuz gün sadece üst sınırdır.¹²⁵

Makul sürede ve en fazla otuz gün içinde tüketicinin talebi yerine getirilmezse, kural gereği tüketici bir başka hakkını kullanmayı seçebilir. Ancak bunun TKHK m. 15(4)’te ayrıca yazılmasına esas olarak gerek yoktur. Zira işin yeniden görülmesi ve ücretsiz onarım hakkı, zaten aynen ifa temelli taleplerdir. Bu bakımdan tüketicinin her zaman (bu sırada otuz gün içinde

121 Makaracı Başak, s. 529; Gümüş, Şerh, s. 142; Şahin/Kızır, s. 77; Çabri, s. 311; Aydoğdu, Şerh, s. 362.

122 Bu yönde bkz. İncoğlu, Konferans, s. 208.

123 Kara, s. 382; İncoğlu, Konferans, s. 217.

124 İncoğlu, Konferans, s. 217.

125 İncoğlu, Konferans, s. 217; Gümüş, Şerh, s. 144.

de) bu hakkı kullanmaktan vazgeçip, diğer hakları ileri sürmesi mümkündür.¹²⁶ Ancak yine de kanun koyucunun bu hususa vurgu yapması, bu hakların yenilik doğuran hak olduğunu ileri süren görüşün pratik etkisini ortadan kaldıracığından, yerinde görünmektedir.

Otuz gün içinde tüketicinin bu talebi yerine getirilmezse, kanaatimce tüketici yine de onarım veya işin yeniden görülmesi haklarında ısrarcı olabilir. Bu kural, tüketicinin mutlaka bir başka hakkı tercih etmek zorunda olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Doktrinde bir görüş, otuz günün sonunda, işin yeniden görülmesi ve onarım hakkının, birer yapma borcu olduğundan yola çıkarak BK m. 113'e başvurmak suretiyle bu hakların kullanılmasında ısrarcı olunabileceğini ifade etmektedir.¹²⁷ Gerçekten de tüketicinin BK m. 113'e başvurması mümkündür. Ancak şart değildir. Tüketici otuz günden sonra hala tüketici mevzuatı kapsamında bu hakları talep edebilecektir.

C. Ayıp Oranında Bedel İndirimi

Bir ayıp söz konusu olduğunda, bazen tüketici görülen işi, ayıplı hali ile kabul etmeye hazır olabilir. Yalnızca iş ayıplı görüldüğü için artık tüketicinin o sözleşmeye biçtiği değer azalmıştır. Bu durumda, tüketici bedel indirimi talep edebilecektir. Bu talep, bağlı kredi verene karşı da ileri sürülebilir (TKHK m. 30(4)). Tüketici bu hakkı kullanmışsa, TKHK m. 15(3) gereği, bu indirim miktarı kadar iadenin "derhal" yapılması gerekir.

Bu indirim ayıp oranında gerçekleşir. Satım sözleşmesi için doktrinde hâkim görüş indirim oranının nispi yöntemle bulunması gerektiğini savunmaktadır.¹²⁸ Eser sözleşmeleri açısından da aynı hesaplama yönteminin uygun olacağı kabul edilmektedir.¹²⁹ Diğer bir ifadeyle ayıp, sözleşmeden beklenen faydayı ne oranda azaltmış ise o oranda indirim yapılmalıdır. Bu hesaplama basittir: görülen işin objektif olarak ayıpsız değeri ile ayıplı değerinin birbirine oranı, indirim yapılması gereken orana denk gelir. Bu oran, sözleşme bedeline uygulanarak, indirim miktarı bulunur.¹³⁰ Bu formül şu şekilde ifade edilebilir:

$$\text{Ödenecek indirilmiş ücret} = \frac{\text{Sözleşme bedeli X Ayıplı değer}}{\text{Ayıpsız değer}}$$

126 *İnceoğlu*, Konferans, s. 217; *Atamer/Baş*, s. 35-36. Aksi yönde, *Aydoğdu*, Dersler, s. 174. Bununla birlikte Aydoğdu s. 180'de, onarım ve yeniden ifanın aynen ifa temelli; dönme ve indirimin yenilik doğuran haklar olduğunu ifade etmektedir. Benzer şekilde bkz. *Aydoğdu*, Şerh, s. 365. Onarım ve yeniden ifa talep etmek, aynen ifa temelli talepler ise, neden bu haklardan vazgeçilip, diğer seçimlik hakların kullanılamayacağı anlaşılmalıdır.

127 *Çabri*, s. 309-310.

128 *Özel*, s. 119; *Şenocak*, s. 34; *Gümiş*, Şerh, s. 113; *Aslan*, s. 194-195.

129 *Yavuz/Acar/Özen*, s. 1039; *Aydoğdu/Kahveci*, s. 776; *Eren*, Borçlar Özel, s. 650. Aynı yönde, Y15HD 16.2.2017, E. 2016/492, K. 2017/717, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

130 *Atamer/Baş*, s. 45; *Yavuz*, Ayıplı ifa, s. 172-173; *İnceoğlu*, Konferans, s. 182; *Şenocak*, s. 34; *Çabri*, s. 315; *Aydoğdu*, Dersler, s. 172.

İndirim hakkının kullanılmasına Kanun bir sınırlama getirmiş görünmemektedir. Bununla birlikte, bazı hallerde, ayıplı değer öyle düşüktür ki, talep edilecek indirim bedeli, neredeyse sözleşme bedeli kadar olacaktır. İşte bu durumda, MK m. 2'de genel bir ilke olarak kabul edilmiş olan dürüstlük kuralının bu hakkın kullanılmasına bir sınır getirebileceği göz önünde bulundurulmalıdır.¹³¹ Böyle bir durumda ayıp çok büyük olduğundan, sözleşmeden dönme ya da işin yeniden görülmesi haklarının kullanılması uygun olacaktır.

D. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

1. Dönme mi Fesih mi?

İşin ayıplı şekilde görülmesi halinde, TKHK m. 15, tüketicinin sözleşmeden dönebileceğini ifade etmektedir. Bu talep, bağlı kredi verene karşı da ileri sürülebilir (TKHK m. 30(4)). Kanun her ne kadar “sözleşmeden dönme” ifadesini kullanmışsa da doğru ifade sözleşmenin sona erdirilmesi olmalıdır. Zira satım sözleşmesinden farklı olarak, bir iş görme sözleşmesi söz konusu olduğunda, her zaman ani edimli bir sözleşme ve bunun sonucunda dönme hakkının var olacağını kabul etmek doğru değildir.

Ani edimli bir sözleşme söz konusu olsa bile, hükmün uygulama alanı çoğunlukla eser sözleşmeleri alanına yoğunlaşacağı için, bu sözleşmenin ifasının süreye yayılıyor olmasından kaynaklanan sakıncalar gündeme gelebilecektir. Bu açıdan, eser sözleşmesinde sözleşmeden dönme hakkının nasıl kullanıldığını kısaca hatırlamak gerekir. Bilindiği üzere, eser sözleşmesinde, dönme hakkının yol açtığı tasfiyenin sözleşme taraflarına zarar vermemesi için bu hak çok sınırlı hallerde özgülenmiştir.¹³² BK m. 475'e göre, ancak eserin iş sahibinin kullanamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak düzeyde ayıplı olduğu hallerde sözleşmeden dönme hakkının varlığı kabul edilir. TKHK'da ise bu tür bir sınırlama açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle, işin ayıplı görülmesi durumunda, sözleşmenin sona erdirilmesi hakkının nasıl kullanılacağı, bu hakkın kullanılmasının sözleşme üzerindeki etkisi ve tasfiyenin nasıl gerçekleşeceği ani edimli olsa da ifanın süreye yayıldığı eser sözleşmeleri ve sürekli edimli sözleşmeler açısından sorunlu görünmektedir.

Kanun koyucunun düzenlemede “dönme” ifadesini kullanmaktaki kastı, şüphesiz sürekli edimli sözleşmelerde de geriye etkili şekilde sözleşmeyi sona erdirmek değildir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere bir iş görme sözleşmesi, ani edimli olabileceği gibi, sürekli edimli de olabilir. Örneğin, bir arabanın tamir edilmesi, evin boyanması örneklerinde iş görme sözleşmeleri ani edimli iken; internet hizmeti verilmesi sürekli edimli bir sözleşme olacaktır. Bu ifade zaafının nedeni, ani edimli satım sözleşmelerine özgü ayıp hükümlerinin ayıplı iş görme konusuna aynen aktarılması olsa gerekir. Örneğin bir sürekli sözleşme olan abonelik sözleşmesinde, iş yalnızca on

131 Aynı sınır, TKHK m. 83'ün yaptığı atıf sayesinde, BK m. 227 son fıkranın kıyasen uygulanması sayesinde de uygulanabilir. *Çabri*, s. 316.

132 *Yavuz/Acar/Özen*, s. 1036-1037; *Eren*, Borçlar Özel, s. 648; *Tandoğan*, Cilt II, s. 181 vd.; *Aydoğdu/Kahveci*, s. 775-776; *M. A. Gümüş*, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2012, s. 61-62; *Zevkililer/Gökayla*, s. 519-520.

ay gereği gibi ifa edildikten sonra, bir ay ayıplı olarak görülürse, tüketicinin sözleşmeden dönerek tüm abonelik bedellerinin iadesini talep etmesi doğal olarak kabul edilemez bir sonuçtur. Bu yönde bir yorumun, kanun koyucunun amacını aşan ve adaletli olmayan bir yorum olacağı ortadadır.¹³³

Bu nedenle hüküm yorumlanmaya muhtaçtır. Doktrinde bir görüş, bu hakkın dönme hakkı olduğundan yola çıkılarak, işin görüldüğü ve tamamlandığı durumlarda bu hakkın kullanılamayacağını ileri sürmektedir.¹³⁴ Bir diğer görüş ise, genel prensipten hareket ederek, bu hükmün sürekli sözleşmelerde fesih anlamına gelecek şekilde yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir.¹³⁵ Gerçekten de ilk bakışta, bu çözüm anlamlı görünmektedir. Ancak fesih hakkı, sözleşmeyi, fesih beyanının ileri sürülmesinden itibaren yani ileriye dönük olarak sona erdirir. Bu da tüketicinin, ayıplı ifanın gerçekleştiği dönem için bedel ödemesi ve/veya ödediği bedeli geri alamaması anlamına gelebilir. Zira anılan dört hak, kümülatif olarak kullanılmaz; seçimlik haklardır. Bu bakımdan tüketici hem sözleşmenin feshini hem de ayıplı ifa edilen dönem için bedel indirimi talep edemeyecektir. Tüketicinin bir zararı yoksa, tazminat da talep edemeyecektir. Örneğin internet hizmetinin geçmiş iki ayda sorunlu olması nedeniyle tüketici sözleşmeyi feshetmek istese, ayıplı ifa edilen iki ay için tam bedel ödemek durumunda kalacaktır. Tüketici bu süreçte tatilde olduğu için internete ihtiyaç duymadı ise veya cep telefonundaki interneti kullandı ve bu ona ek bir maliyet yaratmadı ise, bir zararı olmadığından tazminat da talep edemeyecektir.¹³⁶

Oysa, sürekli edimli bir sözleşme olan kira sözleşmesinde, kiracı hem sözleşmeyi feshedip hem de ayıplı ifa edilen dönem için bedel indirimi talep edebilmektedir (BK m. 305-306). Zira anılan kurallarda hakların birbirine eklenecek şekilde kullanılmasına açıkça izin verilmiştir. Tüketicinin de tıpkı kiracı gibi “korunması gereği” göz önünde bulundurulduğunda, kira hukukunda öngörülen çözümün tüketiciler açısından da uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusu değerlendirilmelidir. Her ne kadar bu yaklaşım çözüm odaklı olsa da kanunun açık hükmü karşısında buna olumsuz cevap vermek gerekir.¹³⁷ Zira kira hukukunda, fesih ve ayıplı dönem için talep edilen indirim bedeli “yığılabilen” taleplerdir.¹³⁸ Oysa TKHK m. 15'e göre, “*Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda, tüketici hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir.*” Görüldüğü üzere, kira hukukundan farklı olarak, tüketici hukukunda seçimlik haklar açıkça yığılmayacak şekilde düzenlenmiştir. Böylelikle sözleşmeden dönme ifadesi, sürekli sözleşmeler için “fesih” olarak okunsa bile, bir zorlama yorum daha yapılarak, fesih ile ayıplı dönem için bedel indirimi hakkını yığılan talepler olarak

133 Aynı yönde, *İnceoğlu*, Konferans, s. 213.

134 *Zevkliler/Özel*, s. 193.

135 *Gümüş*, Şerh, s. 140; *Makaracı Başak*, s. 527; *Aydoğdu*, Şerh, s. 363.

136 Böyle bir durumda, sağlayıcıya karşı ileri sürülebilecek sebepsiz zenginleşme temelli bir talebin de yeterli koruma sağlamayacağını vurgulamak gerekir.

137 *İnceoğlu*, Konferans, s. 213.

138 *İnceoğlu*, Kira, Cilt I, s. 166.

kabul etmek zor görünmektedir. Olması gereken hukuk açısından uygun çözümün bu yönde olacağı açık ise de maddenin lafzı karşısında, bu yorumu kabul etmek kolaylıkla mümkün olmasa gerekir.¹³⁹

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş ise, sözleşmenin ani ya da sürekli edimli olduğuna bakılmaksızın baştan itibaren sözleşmeyi sona erdirecek şekilde dönme hakkının kullanılması gerektiğini; ancak görülen işi iade edemeyecek tüketiciden, elde ettiği yararı (yani bir kullanma karşılığını) iade etmesinin uygun bir çözüm olacağı ifade edilmektedir.¹⁴⁰ Bunun sonucunda, tüketicinin elde ettiği yarar, sağlayıcının iade edeceği bedelden düşülecektir. Kanaatimce bu da sürekli edimli sözleşmelerin hukuki niteliği ile bağdaşmayan, zorlama bir çözüm olarak görünmektedir.

Bu konuda doktrinde önerilen bir diğer çözüm önerisi ise, “dönme” hakkının kullanılmasının, sözleşmenin en baştan itibaren değil, ayıplı ifadan itibaren sona erdirilmesi anlamını taşıyacağını kabul etmektir. Gerçekten de bu görüş diğerlerine nazaran daha isabetli görünmektedir. Zira çözüm, hükmün hem lafzı ile hem de ruhu ile uyum içindedir. Buna göre, örneğin 1.1.2015 yılından beri devam eden bir abonelik sözleşmesinde, 1.12.2015-1.1.2016 tarihleri arasında ayıplı ifa söz konusu olsun. Bu kurguda tüketici dönme hakkını kullandığında, sözleşme, ilk ayıplı ifa zamanı olan 1.12.2015 itibarıyla sona erecektir. Böylelikle, hem tüketici sözleşmeyi en baştan itibaren geçersiz kılmamış ve tüm abonelik bedellerinin iadesini istememiş olacak ve sağlayıcıyla arasındaki menfaat dengesi bu yolla sağlanmış olacak; hem de tüketici ayıplı dönem için bedel ödemek zorunda kalmayacak ve korunmuş olacaktır.¹⁴¹ Esasen bu çözüm, Türk hukukunda, başka alanlarda zaten var olan bir çözümdür. Örneğin, BK m. 230 gereği, birden çok mal satışında kısmi dönme mümkündür. Burada olan da zaten zamansal açıdan kısmi dönmedir.

Son olarak ifaya henüz başlanmamış ani veya sürekli edimli bir sözleşme söz konusu ise, dönme hakkı, herhangi bir sorun yaratmadan kullanılabilir.¹⁴² Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir olayda, tüketici 2009 yılında akdettiği devre tatil sözleşmesi sonrasında, tesise gittiğinde, tesisin çok farklı olduğunu görmüş ve devre tatil hakkını kullanmayı reddederek dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, tüketicinin sözleşmeden dönme talebini kabul etmiş ve bedelin iadesine karar vermiş ve Yargıtay da bu kararı onamıştır.¹⁴³

2. Hakkın Sınırları

Tüketicinin dönme hakkını ne zaman, hangi koşullar altında kullanabileceği konusunda Kanun'da bir düzenleme yoktur. Örneğin ücretsiz onarım ve işin yeniden görülmesi haklarına getirilen

139 Bu yönde, *İnceoğlu*, s. 213 vd. Bununla birlikte *Makaracı Başak*, kira sözleşmesine ilişkin kuralların kıyasen uygulanmasının daha uygun bir çözüm olacağını savunmaktadır. *Makaracı Başak*, s. 528.

140 *Özel*, s. 131; *Tiryaki*, s. 112.

141 *İnceoğlu*, Konferans, s. 212 vd.

142 *Makaracı Başak*, s. 527.

143 Y13HD, 3.3.2016, 2017/2401, 2016/6543, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

sınırlar bu hak için getirilmemiş görünmektedir.¹⁴⁴ Dolayısıyla, ayıbın önemine bakılmaksızın sözleşmenin sona erdirilmesi hakkının tüketiciye tanınmış olduğu düşünülebilirse de bu sonucun kabulü uygun olmayacaktır. Zira bazı hallerde, ayıbın mahiyeti, dönme hakkını haklı göstermeyebilir.¹⁴⁵ Bu gibi hallerde dönme hakkı kullanılamamalıdır.

Her ne kadar bu yönde açık bir düzenleme TKHK'da bulunmasa da, MK m. 2 gereği dürüstlük kuralı, tüketicinin bu hakkı kullanmasına her zaman sınır teşkil edebilecektir. Esasen satım sözleşmesine ilişkin BK m. 227¹⁴⁶ ve eser sözleşmesinde ayıba ilişkin BK m. 475(1)'de yer alan sınırların da temeli dürüstlük kuralıdır. Bu bakımdan, örneğin parke döşenmesine ilişkin bir sözleşmede, iş görülürken parkelerden bir ikisinin çizilmesi halinde sözleşmeden dönme hakkı kullanılamamalıdır.¹⁴⁷ Zira bu tür küçük bir ayıbın giderilmesi başka yollarla mümkündür ve dönme hakkının kullanılması tacir açısından aşırı güçlük doğuracaktır.

3. Hakkın Sonuçları

Sözleşme sona erdirildiği için, taraflar arasındaki ilişki bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Bunun sonucunda, tacirin bedel iadesi borcu doğacaktır. TKHK m. 15(3) gereği, bu iadenin tüketiciye derhal yapılması gerekir. Bedel iadesi borcu, faizi de içerir. Doktrinde bir görüş “derhal” ifadesi yerine, bir hafta gibi somut bir belirlemenin yapılmasının daha uygun olduğunu ifade etmektedir.¹⁴⁸ Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira öncelikle bu iadenin en kısa sürede gerçekleşmesi gerekir. Bu bakımdan uygun ifade gerçekten derhal olacaktır. Buna ek olarak, bu tür somut süreler belirlemek, her somut olay için uygun olmayan sonuçların doğmasına neden olur. Zira bir sözleşme için bir hafta içinde yapılan iade “derhal” yapılmış sayılabilirken; diğer bir sözleşme için iadenin ikinci gün hala yapılmamış olması halinde geç kalınmış sayılabilir.

Dönme hakkı kullanıldığında, bazı durumlarda tüketicinin de bir bedel ödeme borcu doğabilir. Zira işin ayıplı görülmesi sonucunda, kullanım tamamen ortadan kalkabileceği gibi bunun aksi de mümkündür. Ayıp kullanımı tamamen ortadan kaldırdıysa, ayıplı ifa edilen dönem için tüketicinin bir kullanım karşılığı ödemesi söz konusu olmaz. Ancak bazı hallerde, tüketici ayıba rağmen, ifadan bir menfaat sağlamış ise, ayıplı ifaya rağmen kısmen de olsa bedel ödemesi, sağlayıcı ile tüketici arasındaki menfaat dengesini kurmaya hizmet eder.¹⁴⁹ Her ne

144 Benzer sınırlamalar, ayıplı mallar ve BK'da düzenlenen eser sözleşmesi için de söz konusudur. Bkz. *Yavuz/Acar/Özen*, s. 1036-1037; *Eren*, Borçlar Özel, s. 648. Buna göre eser sözleşmesinden ancak “eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aykırı olduğu ölçüde” sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir.

145 *Atamer/Baş*, s. 46; *İnceoğlu*, Konferans, s. 188; *Zevkliler/Aydoğdu*, s. 138; *Çabri*, s. 319.

146 BK m. 227'nin neden TKHK m. 83'ün yaptığı atıfla doğrudan uygulanmasının uygun olmadığı hakkında bkz. *Atamer/Baş*, s. 47.

147 Doktrinde bir görüş, “dönme hakkının önemli ayıplara özgü olmadığını ama MK m. 2'nin sınır olduğunu” ifade etmektedir. *Kara*, s. 730. Esasen önemli olmayan bir ayıp halinde dönme hakkının kullanılamayacak olmasının temeli zaten genel olarak MK m. 2'dir. Bu bakımdan bu görüş, esasen farklı bir görüş değildir.

148 *Akçaal/Uyumaz*, s. 269-270.

149 İş görme sona erdikten sonra, kısmen var olan ayıp söz konusu olduğunda dönme hakkının kullanılamayacağı yönünde, *Aydoğdu*, Şerh, s. 366. Oysa yukarıda ifade edildiği üzere, bu tür bir durumda, tüketicinin ayıpsız kısım

kadar bu yönde açık bir kural bulunmasa da ilke kıyası yapmak suretiyle bu sonuca ulaşmak mümkündür.¹⁵⁰ İlke kıyasında kullanılacak ilk kural, iş görme sözleşmesinin bir özel görünümü olan paket tur sözleşmeleri için var olan, Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 12(3)'tür. Kural gereği, sözleşmeden dönme anına kadar ifa edilen edimler için, hizmetten faydalanıldığı oranda uygun bir karşılık talep edilebilir. Bundan başka, satımda dönmenin sonuçlarını düzenleyen BK m. 229(1)'den de faydalanmak mümkündür.¹⁵¹ Sonuç olarak tüketicinin sözleşmeden döndüğü, ayıplı ifa edilen aylar için, ifadan sağladığı menfaat karşılığında bir kullanım bedeli ödemesi gerekir. Nasıl ki tacirin iade borcu kapsamında faiz vardır; bu kullanım karşılığı kapsamında da faizin bulunacaktır.¹⁵²

IV. SEÇİMLİK HAKLARIN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI

A. Kural

İşin ayıplı görülmesinden doğan taleplerin tâbi olduğu zamanaşımı süresi TKHK m. 16'da düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, “*Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı hizmetten sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, hizmetin ifası tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir*”.¹⁵³ Bu bakımdan örneğin bir eser sözleşmesi söz konusu olduğunda, BK m. 147 gereği beş yıllık zamanaşımının uygulanması söz konusu olacaktır.¹⁵⁴

Görüldüğü üzere iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç anı, işin görüldüğü tarih olarak belirlenmiştir. Ancak işin görüldüğü tarihten ne anlaşılması gerektiği açık değildir, zira işin görülmesi çoğu zaman bir zamana yayılmaktadır.¹⁵⁵ Dolayısıyla bu ifadenin yorumlanması gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir kerelik bir iş görme söz konusu ise, örneğin tamirci, tüketiciye ait arabayı tamir edecekse, zamanaşımı ifa tarihi itibarıyla başlayacaktır. Ancak iş görme sürekli veya belli aralıklarla ifa ediliyorsa veya ani edimli sözleşme olmasına rağmen uzun süreye yayılmış bir imalat süreci varsa, acaba ifa tarihi ne zaman sayılmalıdır?

İlk olarak, **iş görme sürekli veya belli aralıklarla devam ediyorsa**, örneğin bir spor salonu üyeliği veya dergi aboneliği söz konusu ise, zamanaşımı şüphesiz ilk ifa tarihinde başlamayacaktır. Burada

in için bir kullanım karşılığı ödemek suretiyle sözleşmeyi sona erdirmeye imkânını elinden almak için bir sebep bulunmamaktadır.

150 Serozan, Medeni, s. 146 vd.

151 Nitekim ayıplı mal tesliminde kullanım karşılığını temellendirmek için TKHK m. 83'ün atfı sayesinde, doğrudan BK m. 229'dan faydalanılmaktadır. Burada teknik olarak kıyas yoluna başvurulmasının nedeni ise BK m. 229'un ayıplı mal teslimine özgü bir kural olmasıdır.

152 Bu yönde ve faiz oranı hakkında bkz. *Atamer/Baş*, s. 48-49.

153 Zamanaşımı konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. *Türkmen*, s. 3389 vd.

154 *Türkmen*, s. 3403; *Aydoğdu*, Şerh, s. 379; bu yönde eski tarihli bir karar için bkz. Y15HD 16.12.2002, E. 2002/5727, K. 2002/5883, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

155 *İnceoğlu*, Konferans, s. 219.

zamanaşımı ayıplı iş görmenin ifa edildiği tarihte başlar.¹⁵⁶ Aksi halde, örneğin bir abonelik sözleşmesi 1.1.2016'te ayıpsız olarak ifa edilmeye başlanmışsa, sürenin bu ifa tarihinden itibaren başladığının kabulü, tacire, iki yıl sonra serbestçe sözleşmeyi ayıplı ifa edebilirsin demekle aynı sonucu doğurur. Esasen burada ayıplı mal kurallarının aynen alınmasının doğurduğu aksak bir sonuç ile karşı karşıya kalınmıştır.¹⁵⁷ Bir mal teslimi söz konusu olduğunda, gerçekten de malın teslimi, yani ifa ile zamanaşımının başlaması anlamlıdır. Zira ayıplı kural olarak teslim anında gizli de olsa var olduğu kabul edilir. Hatta bu şekilde, “an farkıyla” hasardan ayrılır. Oysa sürekli edimli bir sözleşmede, ifa bir kere gerçekleşmez. Her ay tüketicinin kapısına dergi bırakılacaktır ve her ay bırakılacak olan derginin ayıpsız olması gerekir. Tıpkı kira sözleşmelerinde olduğu gibi, sonradan ortaya çıkan ayıp kavramı vardır ve tacirin (ve kiraya verenin) borcu, sözleşme süresi boyunca ayıpsız ifadır. Bu bakımdan, kuralda geçen “*hizmetin ifası tarihinden*” itibaren ifadesi, ilk ifanın başladığı ana değil, sürekli edimli sözleşme açısından, her bir ifa için yeniden başlayacak şekilde anlaşılmalıdır. Bu sonucu somutlaştırmak gerekirse, bahsedilen abonelik sözleşmesinde, ilk üç ay dergilerin düzgün şekilde tüketiciye teslim edildiğini ve fakat dördüncü ayda gelen teslimatta, derginin ıslak ve okunamaz bir halde teslim edildiğini varsayalım. İşte bu kurguda ayıplı ifanın başlangıç tarihi olan dördüncü aydan itibaren zamanaşımı süresi başlayacaktır. Beşinci ve altıncı aylarda da edim ayıplı olarak ifa edilmeye devam ediyorsa, zamanaşımı süresi, her ayıplı ifa için yeniden başlayacaktır.

İkinci olarak, **ani edimli olmakla birlikte eser sözleşmelerinde**, işin görülmesi bir süre alır. Hukuk tekniği açısından da, “hizmetin ifası tarihi”, tacirin işe başladığı an değildir. Zira bu sözleşmede ifa tarihi aslında teslim tarihidir. Bu bakımdan, örneğin tüketici evinin bahçesindeki havuzu tamir ettiriyorsa, bu havuzun ayıplı olması halinde zamanaşımı süresi, havuzun tamir edilmeye başlandığı an itibarıyla değil, tamamlanıp teslim edildiği tarihte başlayacaktır.

B. Zamanaşımı Süresinin Sözleşmeyle Değiştirilmesi

Bu zamanaşımı süresinin tarafların anlaşması suretiyle kısaltılması mümkün değildir.¹⁵⁸ Zira daha önce de ifade edildiği üzere, bu kurallar tüketici lehine nispi emredici niteliktedir. Sözleşmede bu yönde var olan bir kural, kesin hükümsüz olacak ve yerine yasal zamanaşımı süresi uygulama alanı bulacaktır. Ancak hükümde yer alan “*Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde*” ifadesinden de açıkça anlaşılabilirdiği üzere, sürenin sözleşmeyle uzatılmasına bir engel bulunmamaktadır.¹⁵⁹ Doktrinde bir görüş, bu sürenin en fazla on yıla kadar uzatılabileceği görüşündedir.¹⁶⁰ Sürenin tüketicinin pazarlık gücü göz önünde bulundurulduğunda daha fazla uzatılması gerçekçi olmasa da, kanaatimce teorik olarak sürenin

156 *Türkmen*, s. 3401; aynı yönde *Çabri*, s. 330.

157 Bu düzenin yaratacağı sorunlara esasen eski TKHK zamanından beri doktrinde dikkat çekilmekteydi. Bkz. *Serozan*, *Tüketiciyi Koruma Yasası*, s. 596.

158 *Türkmen*, s. 3396; *Zevkliler/Özel*, s. 202; *Çabri*, s. 330.

159 *İnceoğlu*, *Konferans*, s. 219; *Gümüş*, *Şerh*, s. 147.

160 *Gümüş*, *Şerh*, s. 147; *Türkmen*, s. 3396; *Zevkliler/Gökyayla*, s. 139; *Cumaloğlu*, s. 28.

on yıldan fazla şekilde belirlenmesi mümkündür.¹⁶¹ Örneğin tacir bunu bir pazarlama unsuru olarak kullanıyorsa, on yıldan daha uzun süre belirlenmesine engel görünmemektedir.

C. Kısa Zamanaşımının Uygulanmayacağı Haller

Tüketici ile sağlayıcı arasındaki bilgi asimetrisi nedeniyle tüketiciyi koruyan bir kural da zamanaşımına ilişkin olarak düzenlenmiştir. TKHK m. 16(2) uyarınca, “*Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz*”.¹⁶² Bu hüküm, söz konusu talep haklarının hiçbir zamanaşımına tabi olmayacağı şeklinde değil, sağlayıcının kısa zamanaşımı sürelerinden yararlanamayacağı şeklinde yorumlanmalıdır.¹⁶³ Diğer bir ifadeyle düzenlemede anılan hallerde, tüketicinin talep haklarının BK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tâbi olacağını kabul etmek gerekir. Bundan başka, önemle hatırlatmak gerekir ki, “hile ile gizlenmiş” ayıp, “gizli ayıp” değildir.¹⁶⁴

D. Bağlı Kredilerde Kredi Verene Yönelilecek Taleplerde Zamanaşımı

Tüketici iş görme sözleşmesini kurarken bir bağlı kredi almışsa, iş görme sözleşmesindeki ayıp, bağlı kredi sözleşmesinin de kaderini etkileyecektir. TKHK m. 30(4) gereği, kredi veren ayıp halinde, tüketicinin dönme veya bedelden indirim hakkını kullanması durumunda, sağlayıcı ile müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Ancak, kredi verenin sorumluluğu bir yıllık zamanaşımı ile sınırlandırılmıştır.¹⁶⁵

161 *Akcaal/Uyumaz*, s. 266-267; *Aslan*, s. 182; *Yavuz*, Satım, s. 159.

162 Ağır kusur ile kastedilen, kast ve ağır ihmaldir. Hükümün lafzında yer alan “hile” ifadesi, kastın içinde zaten hilenin bulunduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir. *İnceoğlu*, Konferans, s. 219; *Gümiş*, Şerh, s. 150; *Öz*, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 194. Bununla birlikte doktrinde bir görüş hilenin ağır kusur içinde yer almadığını ve bu nedenle hile ve ağır kusur ifadesinin yerinde olduğunu belirtmektedir. *Aydoğdu*, Şerh, s. 381. Oysa ağır kusur, kast ve ağır ihmali kapsayan bir kavramdır ve içinde hileyi barındırır.

163 *Aydoğdu*, Şerh, s. 379; *Gümiş*, Şerh, s. 149; *İnceoğlu*, Konferans, s. 219; *Cumalıoğlu*, s. 28; *Öz*, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 194; *Türkmen*, s. 3406; *Aydoğdu*, Dersler, s. 191; *Gökayla*, s. 26. BK kapsamındaki eser sözleşmesi için aynı yönde, *Yavuz/Acar/Özen*, s. 1032-1033; *Eren*, Borçlar Özel, s. 654; BK kapsamındaki satım sözleşmeleri için aynı yönde, *Eren*, Borçlar Özel, s. 153; *Tandoğan*, Cilt I/1, s. 201.

164 *Atamer/Baş*, s. 59; *Türkmen*, s. 3406.

165 Bu sınırlandırmanın gerekçesinin anlaşılacağı yönünde, *İnceoğlu*, Konferans, s. 219.

Kaynakça

- Akcaal, Mehmet/ Uyumaz, Alper**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m.1-16) İlişkin Bir İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, Yıl 2013, s. 241-276
- Aksoy, Sami**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi, Batider Cilt XXXI, Sayı 2, 2015, s. 305-336
- Aslan, Yılmaz**, Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Ekin, Bursa 2015
- Aslan, Yılmaz**, Tüketici Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 6. Baskı, Ekin, Bursa 2016 (*Dersler*)
- Atamer, Yeşim M.**, İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s. 217-260 (*Armağan*)
- Atamer, Yeşim M.**, Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 – Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri, Batider, Cilt. XXIV, Sayı.1, s.81-106 (*Batider*)
- Atamer, Yeşim M.**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005 (*CISG*)
- Atamer, Yeşim M./Baş, Ece**, Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk, İstanbul Barosu Dergisi 2014, Cilt.88, Özel Sayı
- Aydoğdu, Murat**, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet, Ankara 2015 (*Dersler*)
- Aydoğdu, Murat**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, 2013, s.1-62 (*Ayıplı İfa*)
- Aydoğdu, Murat**, Madde 13-14-15-16 Ayıplı Hizmetler, Milli Şerh, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner (eds.), Aristo Yayınevi, İstanbul 2016 (*Şerh*)
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Adalet, Ankara 2017
- Başalp, Nilgün**, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011
- Buz, Vedat**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005
- Cumalıoğlu, Emre**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Satıcının Ayıplı Maldan Sorumluluğunun Şartları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Kasım 2014, Cilt 9, Özel Sayı, s. 20-29
- Çabri, Sezer**, 6502 sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet, Ankara 2016
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. baskı, Yetkin, Ankara 2015 (*Borçlar Genel*)
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. baskı, Yetkin, Ankara 2016 (*Borçlar Özel*)
- Gökyayla, Emre**, TKHK ve TBK Hükümleri Çerçevesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TKHK ve Uygulamadaki Sorunlar, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, (Ed. Esra Hamamcıoğlu/Özge Uzun Kazmacı/M. Ertan Yardım/Argun Karamanhoğlu/Zeliha Gizem Sayın) Ankara 2016, s. 21 vd.
- Göle, Celal**, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983
- Gümüş, M. Alper**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde: 1-46), İstanbul 2014 (*Şerh*)
- Gümüş, M. Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2012 (Borçlar)

- Havutçu, Ayşe**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı, Terazi Aylık Hukuk Dergisi Kasım 2014, cilt 9, Özel Sayı, 8-19 (*Tüketici İşlemleri*)
- İnal, Tamer**, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014
- İnal, Emrehan/Baysal, Başak**, Reklam Hukuku ve Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008
- İnceoğlu, M. Murat**, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, M. Murat İnceoğlu (Ed.), İstanbul 2015
- Kabukçuoğlu Özer, Fatma Dilek**, Sigortacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Ed. Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık
- Kara, İlhan**, Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara 2015
- Karakocalı, Ahmet/Kurşun, Ali Suphi**, Tüketici Hukuku (6592 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), Aristo, İstanbul 2015
- Kırca, Çiğdem**, 6502 Sayılı TKHK'daki Düzenlemelerin Yorumlanması ve Görevli Mahkeme, Yargıtay Dergisi, Nisan 2017, Cilt 43, Sayı 2, s. 343-418 (*Yorum*)
- Kırca, Çiğdem**, Tüketicinin Korunmasına İlişkin Modeller, TKHK'nun Amacı ve Avrupa Birliği Tüketici Yönergelerinin Kapsamı, Yargıtay Dergisi, Nisan 2017, Cilt 43, Sayı 2, s. 285-342 (*Kapsam*)
- Makaracı Başak, Aslı**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Ayıplı Hizmet Hükümlerinin Uygulama Alanı, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2016, Cilt 11, Sayı 145-146, s. 507-537
- Mansel, Heinz-Peter**, Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungsrechts: Kaufrecht in Europa nach der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 204 (2004)
- Öz, Turgut**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanmasında Borçlar Kanunu Hükümlerinin Yeri ve Rolü, Tüketici Hukuku Konferansı, (Ed. Hüseyin Can Aksoy), Ankara 2016, s. 175-195 (*Ayıba Karşı Tekeffül*)
- Özel, Çağlar**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2016
- Öztürk, Hanife**, Sigortacılık Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ses Çözümleri ve Makaleleri, Düzenleyiciler: Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık, Ankara 2013
- Norbert Reich/Hans-W. Micklitz/Peter Rott/Klaus Tonner**, European Consumer Law, 2nd edition, Cambridge 2014
- Petek, Hasan**, Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s. 969-1017
- Serozan, Rona**, Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, Cilt XV, Sayı 173/4, 1996, s. 579-598 (*Tüketiciyi Koruma Yasası*)
- Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2015 (*Medeni*)
- Sirmen, Lâle A.**, Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Olarak Değerlendirilmesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Kasım 2014, Cilt.9, Özel Sayı, s. 156-162 (*Yeni TKHK*)
- Sirmen, Lâle A.**, Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt 8, Özel Sayı 8, 2013 (*Tüketici Hukukunun Amacı*)

- Şahin, Eda**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı Hizmetin Hukuki Niteliği, Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk ve Tüketicilerin Seçimlik Hakları, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:XX, Sa.1-2, Haziran 2016, s. 85-124
- Şahin, Turan/Kızır, Mahmut**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 89, Ocak 2014, s. 68-78
- Şahinci, Dilek**, İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklamverenlerin Sorumluluğu, Seçkin, Ankara 2011
- Şenocak, Zarife**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Kasım 2014, Cilt.9, Özel Sayı, s. 30-37
- Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul 2008 (*Cilt I/1*)
- Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II – İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1987 (*Cilt II*)
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993
- Türkmen, Ahmet**, Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal Ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı Ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı 2014, 2015, s. 3389-3448
- Ünan, Samim**, Sigorta Tüketici Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016
- Yavuz, Cevdet**, Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000 (*Armağan*)
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, Beta, İstanbul 2014
- Yavuz, Cevdet**, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Yayınevi, İstanbul 1989 (*Satım*)
- Yavuz, Nihat**, Ayıplı İfa, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014 (*Ayıplı İfa*)
- Zevkililer, Aydın/Gökyayla, K. Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014
- Zevkililer, Aydın/Özel, Çağlar**, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016

Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir ?

What is the Relationship Between Penalty Clauses and the Debtor's Fault in Breach of His/Her Obligation?

Hüseyin Can AKSOY^{*,**,***}

Öz

İsviçre hukukunda ceza koşulunun borçlunun kusuruna bağlı olduğu konusunda neredeyse görüş birliği bulunmaktadır. Türk hukukunda ise ceza koşulu ve kusur arasındaki ilişki tartışmalıdır. Zira kimi yazarlar, cezanın yalnızca borçlunun kusuruyla borca aykırı davrandığı hallerde istenebileceğini kabul ederken, diğer bir görüşe göre cezanın istenebilmesi borçlunun kusuruna bağlı değildir. Bu görüşlerden hangisinin kabul edilmesi gerektiğinin tespiti, Türk Borçlar Kanunu'nun 180/2 ve 182/2 maddelerinin, hazırlık çalışmalarını da dikkate alarak, sözüyle ve özüyle yorumlanmasını gerektirir. Kanımızca, bu yorum neticesinde varılacak sonuç, taraflarca aksine anlaşma yapılmadıkça, borçlunun sözleşmeyle belirlenen cezayı ödeme borcunun kusurundan bağımsız olduğudur.

Anahtar Kelimeler: Ceza koşulu, Kusur, Götürü tazminat, İmkansızlık, Fer'ilik

Abstract

In Swiss law, there is almost consensus that enforcement of penalty clauses require debtor's fault. However the relationship between penalty clause and fault is controversial in Turkish law. Some scholars accept that penalty can only be required when the debtor is held responsible for breach of his/her obligation, whereas others argue that enforcement of penalty clauses is not bound to the debtor's fault. Making a preference between these views requires an interpretation of the wording and purposes of Article 180/2 and 182/2 of the Turkish Code of Obligations by considering its historical background. We argue that unless otherwise agreed by the parties, the debtor's obligation to pay the penalty is independent of his/her fault.

Keywords: Penalty clause, Fault, Liquidated damages, Impossibility, Accessoriness

* Dr. Öğr. Üyesi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, hcaksoy@bilkent.edu.tr

** Bu çalışma Türkiye Bilimler Akademisi tarafından sağlanan GEBİP Ödülü ile desteklenmiştir.

*** Bu çalışma Bilim Akademisi tarafından sağlanan BAGEP Ödülü ile desteklenmiştir.

GİRİŞ

Ceza koşulu, borçlu ile alacaklı arasında hukuki işlemle belirlenen ve borçlunun borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya ödemeyi üstlendiği ekonomik değer taşıyan bir edimi¹ konu alır. ² İsviçre hukukunda öğretinin büyük kısmı ve Federal Mahkeme, sözleşme cezası³ olarak isimlendirilen bu edimin, yalnızca borçlunun kusuruyla borca aykırı davrandığı hallerde talep edebileceğini kabul etmektedir.⁴ Türk hukukunda ise ceza koşulu ve borçlunun kusuru arasındaki ilişki tartışmalıdır. Zira kimi yazarlar⁵, cezanın yalnızca borçlunun kusuruyla borca aykırı davrandığı hallerde istenebileceğini kabul ederken, diğer bir görüşe göre⁶, sözleşmeyle belirlenen cezanın istenebilmesi, borçlunun kusuru şartına bağlı değildir. ⁷

Ceza koşulunun ifası için borçlunun kusurlu olması gerektiğini savunan yazarlar görüşlerini üç temel gerekçeye dayandırmaktadırlar: (i) Cezayı aşan zararlara ilişkin Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 180/2 hükmünün, kusur şartını ortadan kaldırmaksızın, yalnızca borca aykırılık hallerine ilişkin kusur karinesine istisna teşkil eden ve ispat yükünü tersine çeviren bir hüküm olduğu⁸; (ii) TBK m. 182/2 hükmünün, TBK m. 136'daki, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halinde borcun sona ereceğini ifade eden hükmün tekrarından ibaret olduğu⁹; ve (iii) TBK m.

- 1 Taraflarca kararlaştırılan ceza genellikle bir miktar para olmakla birlikte bu zorunlu değildir. Ekonomik değeri olan bir verme borcu, yapma borcu veya kaçınma ya da katlanma borcu da ceza olarak belirlenebilir. Oğuzman/Öz, II, N. 1576; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 32; Bentele, s. 96, dn. 454.
- 2 Fischer, s. 55; Eren, s. 1205; Birinci Uzun, s. 137. Bu bağlamda, ceza ödeme borcu, borçlunun borca aykırı davranması geciktirici koşuluyla bağlıdır. Keller/Schöbi, s. 93; Schwenzer, N. 71.01; Fischer, s. 56; Oğuzman/Öz, II, N. 1565; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1367; Eren, s. 1207; Nomer, N. 235.1.
- 3 Ceza koşulu ile şartlarının oluşması halinde borçlunun sözleşmede yer alan ceza koşulu nedeniyle ödemesi gereken ceza (sözleşme cezası) farklı kavramlardır. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1366; Oğuzman/Öz, II, N. 1561.
- 4 BGer 4A.174/2011, 4.1 (17.10.2011); Bucher, s. 526; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3792a; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 2; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 8; Berger, N. 1792; Schoch, s. 39; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 161, N. 4; Dietzi, s. 15. Aksi görüşte bkz. Keller/Schöbi, s. 95. Pellanda ise kusur şartını ceza koşulunun fer'i niteliği ile ilişkilendirir. CHK OR-Pellanda, Art. 160, N. 24. Schwenzer ise ifa etmeme ve gereği gibi ifa etmeme halleri arasında ayırım yaparak, – taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça – ifa etmeme için belirlenen ceza koşulu için borçlunun kusurunun aranması gerektiğini ifade eder. Schwenzer, N. 71.08.
- 5 Tunçomağ, Cezai Şart, s. 101 vd; Kılıçoğlu, s. 812; Nomer, N. 237.1; Oğuzman/Öz, II, N. 1616; Bilge, Cezai Şart, s. 108; Ekinci, s. 22; Kahraman, s. 83; Kocaağa, s. 233; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 58; Günay, s. 29; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 348. Yargıtay'ın bu yöndeki kararı için bkz. Yarg. 11 HD, 12.3.1981, E. 1981/893, K. 1981/1083.
- 6 Cansel/Özel, s. 726; Birinci Uzun, s. 150; Eren, s. 1211.
- 7 Ceza koşulunun borçlunun kusuru şartına bağlanması, Kıta Avrupası hukukuna yabancı değildir. TBK ve mehz kanundan farklı olarak, Alman Medeni Kanunu (BGB) ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlunun kusurunu aramıştır. Zira § 339'a göre ceza koşulu yalnızca borçlunun temerrüdü halinde talep edilebilir. Bu bağlamda, Alman hukukunda, kusur temerrüdün bir şartı kabul edildiğinden (§286(4) BGB), ceza koşulunun talep edilebilmesi borçlunun kusurunu zorunlu kılar. Tartışmalı olmakla birlikte, yapmama borçlarının ihlali halinde ise ceza koşulunun istenebilmesi için bu yükümlülüğün ihlal edilmiş olması yeterlidir (§339 BGB). Benzer şekilde Hollanda Medeni Kanunu'nda da (m. 6:92-3) ceza koşulunun yalnızca borca aykırılığın borçluya atfedilebilir bir sebeple meydana gelmesi halinde istenebileceği ifade edilmiştir.
- 8 Bilge, Cezai Şart, s. 109; Kılıçoğlu, s. 813; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 59; Kocaağa, s. 318; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 278; Sanlı, s. 352 dn. 1142.
- 9 Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 58; Kocaağa, s. 232; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 278; Bilge, Cezai Şart, s. 108; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 359; Günay, s. 119.

182/2 hükmünün, kapsam itibarıyla borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık hali ile sınırlı olmayıp, her türlü borca aykırılık halinde uygulanacağı¹⁰.

Çalışmamızda, yukarıda yer alan üç görüş değerlendirilecek ve ceza koşulu ile borçlunun borca aykırı davranıştaki kusuru arasındaki ilişki irdelenecektir.¹¹ Bu bağlamda, mesele yalnızca olması gereken hukuk açısından ele alınmayacak, TBK m. 180 ve 182 hükümlerinin, kusuru olmaksızın borca aykırı davranan bir borçludan ceza koşulu istenmesine imkan verip vermediği sorusuna yanıt aranacaktır.

Bilindiği üzere Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 1, kanunun sözüyle ve özüyle değiştiği tüm konularda uygulanacağını ifade etmiş olup, kanunun ruhu (özü) ile bağdaşmayan bir lafzi yorum kabul edilemez.¹² Kanunun ruhunun tespit edilebilmesi için başvurulması gereken araçlardan bir tanesi ise kanunun hazırlık çalışmalarınıdır.¹³ Zira, kanun hazırlanırken görüşülen tasarılar, meclis ve komisyondaki görüşme tutanakları ve gerekçe kanunun ruhunun anlaşılmasına yardımcı olabilir.¹⁴ TMK ve TBK bakımından Türk kanun koyucusunun çalışmalarına İsviçre hukuku dayanak teşkil ettiğinden, TMK ve TBK'nın maddeleri yorumlanırken mehz kanunlara ilişkin hazırlık çalışmalarından da yararlanılması gerekir.¹⁵ Bu nedenle, çalışmamızda yeri geldikçe İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) ilgili hükümlerinin hazırlık çalışmalarına ve gelişim sürecine de yer verilecektir.

I. TBK m. 180/2 hükmü yalnızca ispat yükünü ters çeviren bir düzenleme midir?

TBK m. 180/2'ye göre, "Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşılırsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez." Türk ve İsviçre hukuk öğretisinde hakim görüş, bu hükmün borca aykırılık hallerine ilişkin kusur karinesine istisna teşkil eden ve ispat yükünü tersine çeviren bir hükümden ibaret olduğudur.¹⁶ Ancak kanımızca hükmün anlamı bundan ibaret değildir.

10 Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3792a; Bentele, s. 78 vd.; Bucher, s. 526; Kılıçoğlu, s. 813; Oğuzman/Öz, II, N. 1616; Kocaağa, s. 233; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 360; Ekinci, s. 23.

11 Ceza koşulunun üç türü bulunur: seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve dönme cezası. Dönme cezası işlevleri bakımından seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulundan farklıdır. Zira, ceza koşulunun, borçlu üzerinde borcu ifa baskısı kurma işlevi, dönme cezasında söz konusu olmaz. Aksine, dönme cezası, borçluya borcunu ifadan kaçınma imkanı tanıyan bir kurumdur. Bu niteliği ile dönme cezası, alacaklının değil, borçlunun menfaatindedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 353; Kocaağa, s. 145; Akıntürk/Ateş, s. 166; Kayar, s. 187. Ceza koşulunun türleri hk. bkz. Oğuzman/Öz, II, N. 1590vd.; Eren, s. 1208 vd.; Günay, s. 78 vd.; Kocaağa, s. 133 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 266 vd. Bu nedenle dönme cezası gerçek anlamda ceza koşulu değildir. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3810; Oğuzman/Öz, II, N. 1607; Eren, s. 1210; Kocaağa, s. 144; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1376. Gerçek anlamda ceza koşulu olmayan dönme cezası, çalışmamızın kapsamı dışındadır.

12 Oğuzman/Barlas, N. 244; YİBGK, 9.3.1955, E. 1954/22, K. 1955/2; YİBGK, 4.2.1959, E. 1957/14, K. 1959/6.

13 Oğuzman/Barlas, N. 254 vd.; Dural/Sarı, N. 817.

14 Oğuzman/Barlas, N. 254; Dural/Sarı, N. 817; Hatemi, §7, N. 21; BGE 116 II 525 E. 2a.

15 Oğuzman/Barlas, N. 254; Dural/Sarı, N. 817.

16 Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3817; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 161, N. 5; KUKO OR-Pietruszak, Art. 161 N. 3; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 59; Kocaağa, s. 318; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 278; Bilge, Cezaî Şart, s. 109; Sanlı, s. 352 dn. 1142.

A. Hakim görüşe göre TBK m. 180/2'nin yorumu

Türk hukuku ile benzer şekilde İsviçre hukukunda hakim olan görüşe göre, TBK m. 180/2 hükmüne karşılık gelen İBK m. 161/2 hükmü, yalnızca ispat yüküne ilişkin bir düzenleme getirmekte ve genel ispat kuralından ayrılmaktadır.¹⁷ Bilindiği üzere, haksız fillerden farklı olarak, borca aykırılık hallerinde borçlunun kusurlu olduğu karineten kabul edilmekte ve borçlu kusuru bulunmadığı ispatlayamadıkça alacaklı tazminata hak kazanmaktadır.¹⁸ Ancak İBK m. 161/2, cezayı aşan zararlar bakımından, bu genel kuraldan ayrılarak alacaklıya, borçlunun kusurunu ispat külfeti yüklemiştir.¹⁹ O halde, cezayı aşmayan zararlar bakımından alacaklı, yalnızca borçlunun borca aykırı davrandığını ispatlayacak, borçlu karineten kusurlu kabul edilecektir.²⁰ Ancak, kanunun borçluyu borca aykırı davranıştan kusursuz olarak sorumlu kabul ettiği hallerde borçlu, kusuru olmasa dahi ceza koşulunu yerine getirmelidir.²¹

Borçlunun kusuruna ilişkin ispat yükünün alacaklının üzerinde olması İsviçre borçlar hukukuna yabancı değildir. Gerçekten de eski İBK'nın (eİBK) birçok maddesinde, belirli sonuçların doğması alacaklı tarafından borçlunun kusurunun ispatlanması şartına bağlanmıştı.²² Ancak bu düzenlemelerden, İBK m. 161/2 hükmü dışında kalanlar, mevcut İBK yürürlüğe konduğu sırada ortadan kaldırılmış ve borçlu tarafından aksi kanıtlanmadıkça borçlunun kusurlu sayılacağı esası benimsenmiştir.

Genel kuraldan sapan eİBK m. 180/2 düzenlemesinin yeni İBK'da da muhafaza edilmiş olması İsviçre öğretisinde eleştirilmektedir.²³ Buna göre, söz konusu kural alacaklıyı borçlu karşısında

17 Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3817; BSK OR-Ehret/Widmer, Art. 161, N. 5; KUKO OR-Pietruszak, Art. 161 N. 3.

18 Genel kural kusura dayalı sorumluluk olmakla birlikte, yardımcı kişilerin fillerinden sorumluluk ve beklenmedik halden sorumluluk gibi, borçlunun kusuru olmaksızın dahi sorumlu olacağı kimi istisnai haller kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3817. Ceza koşulu bakımından borçlunun kusurunu arayan yazarlar dahi, borçlunun yardımcılarından fillerinden sorumlu olduğu durumlar ile temerrüdü sırasında beklenmeyen halden sorumlu olduğu durumlarda cezanın yerine getirilmesi gerektiğini kabul ederler. Bkz. Bentele, s. 80.

19 Bu hüküm yedek hüküm niteliğinde olup taraflarca aksine anlaşma yapılabilir. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3817a; Bucher, s. 531; KUKO OR-Pietruszak, Art. 161 N. 3.

20 Tunçomağ, Cezai Şart, s. 105; Oğuzman/Öz, II, N. 1618.

21 Oğuzman/Öz, II, N. 1619; Nomer, N. 237.1; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 60; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 279. Kanunun borçluyu kusursuz olarak sorumlu kabul ettiği hallerde, cezayı aşan zarara ilişkin olarak ispat yükünü alacaklıya yükleyen kuralın uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Oğuzman/Öz, II, N. 1623; Eren, s. 1211; Nomer, N. 240.

22 Bkz. eİBK m. 103/1, m. 121, m. 124 ve – İMK m. 161/2 hükmüne karşılık gelen – m. 180/2. Örneğin, İBK m. 106'ya (TBK m. 122) benzer şekilde eİBK m. 121, gecikme faizini aşan zarara uğrayan alacaklının, bu aşkın zararının tazminini talep edebileceğini düzenlemiştir. Bu talep, niteliği itibarıyla bir tazminat talebi olduğundan borçlunun kusurunu gerekli kılar. Ancak İBK'nın eski ve yeni hükümleri arasında ispat yüküne ilişkin önemli bir fark mevcuttur. İspata ilişkin genel kural uyarınca, İBK m. 106 hükmü borçlunun kusurlu olduğunu varsaymakta ve aşkın zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulmak isteyen borçlunun, kusuru bulunmadığını bizzat ispatlaması gerektiğini ifade etmişti. Ancak eİBK m. 121, borçlunun kusurunu ispatlama külfetini aşkın zararın tazminini isteyen alacaklıya yüklemiştir. İBK'nın kabulü sırasında kanunun genel ispat düzenlemesinden sapan eİBK m. 121'deki kuraldan vazgeçen kanun koyucu, ceza koşuluna ilişkin olarak ise farklı bir tercihte bulunmuştur. Sonuç itibarıyla, tıpkı eİBK m. 180/2 hükmü gibi İBK m. 161/2 de cezayı aşan zararının tazminini talep eden alacaklının, borçlunun kusurunu ispatlaması gerektiğini kabul etmiştir.

23 ZK-Oser/Schönenberger, Art. 161, N. 4; Berger, N. 1796; Bucher, s. 530 dn. 41; BSK OR-Ehret/Widmer, Art. 161, N.

dezavantajlı bir duruma düşürdüğünden, ceza koşulunun alacaklının durumunu iyileştirme amacına aykırıdır.²⁴ Örneğin, özellikle zararın ceza miktarını belirgin ölçüde aştığı hallerde, borçlunun kusurunu ispatlayamayan alacaklı, ceza koşulu ile amaçlanan güvenceden mahrum kalacaktır.²⁵

İsviçre öğretisinde, İMK m. 161/2'nin alacaklı bakımından sebep olduğu bu dezavantajlı durumu aşmak için çeşitli yollar önerilmektedir. Örneğin, kimi yazarlar kusurun ispatına ilişkin standardı düşürmeyi, hatta borçlunun kusurlu olduğunu karineten kabul etmeyi önermektedirler.²⁶ Bazı yazarlar ise borçlu ve alacaklı arasında, olağan ispat yükünün geçerli olacağına ilişkin örtülü bir anlaşmanın yapıldığını kabul etmeyi önermektedirler.²⁷

B. Hakim görüşe eleştirel bakış

TBK m. 180/2 hükmünün, genel ispat yükünden ayrılan bir düzenlemeden ibaret olduğunun kabul edilebilmesi, hükmün *ratio legis*'ini açıklayabilmeyi gerekli kılar. Zira kanun koyucunun genel kuraldan sapan bir düzenleme yapmayı belirli bir nedenle istemiş olması gerekir. Oysa bu görüşü savunan yazarlar dahi hükmün *ratio legis*'ini açıklamakta güçlük çekmekte, hatta hükmün ispat yükünü açıkça alacaklıya yükleyen lafzını aşmaya çalışmaktadırlar.

Kanımızca TBK m. 180/2 hükmünden anlaşılması gereken, ceza koşuluna ilişkin istemin borçlunun kusurundan bağımsız olduğudur. Hükümde, meydana gelen zararın ceza tutarını aşmış olduğuna dayalı bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, ceza tutarını aşan zararların istenebilmesi için borçlunun kusurunun varlığı gerekir. Hüküm ayrıca kusura ilişkin ispat yükünü de alacaklıya yüklemiştir. Hükmün zıt anlamına göre ise, alacaklının uğradığı zarar ceza tutarını aşmıyorsa, cezanın talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmez. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, hükümde cezayı aşan zarar bakımından kusura ilişkin ispat yükünün neden borçluya yüklendiği de açıklanabilir hale gelir. Ancak bunun nedenlerinin açıklanabilmesi için ceza koşulu ve tazminat arasındaki ilişki ortaya konmalıdır.

I. Ceza koşulu tazminat mıdır?²⁸

TBK m. 180/1'e göre, "Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir." Bu nedenle, ceza koşulunu talep edebilmek için alacaklının zararını ispatlaması gerekmez.

5; Huguenin, N. 1267; von Tuhr/Escher, s. 283-284; Dietzi, s. 134. Bu düzenlemenin isabetli olduğu görüşünde bkz. BK-Becker, Art. 161 OR, N. 3; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 347.

24 von Tuhr/Escher, s. 284.

25 Bucher, s. 530, dn. 41; Huguenin, N. 1267. Becker'e göre hükmün *ratio legis*'i şu şekildedir: ceza koşulu sözleşme ile düzenlendiğinden, ceza tutarının belirlenmesi sürecine alacaklı da dahil olmuştur. Bu nedenle, olağanüstü bir durumun varlığını alacaklı kanıtlamalıdır. Keza kusur dahil olmak üzere, somut olayda ceza koşuluna ilişkin şartların varlığını da alacaklı ispatlamalıdır. BK-Becker, Art. 161, N. 3.

26 Guhl/Schnyder, §56, N. 10; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 161, N. 4; Schoch, s. 58; Dietzi, s. 136.

27 Bucher, 531, dn. 42.

28 Öğretilde, ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin başlıca üç görüş mevcuttur: (i) tazminat, (ii) ceza ve (iii)

²⁹ TBK m. 182 ise, tarafların ceza miktarını serbestçe belirleyebileceklerini belirtmekle birlikte, hakime aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirme görevi vermiştir. O halde, aşırı olmadığı sürece, kararlaştırılan cezanın somut olayda istenebilecek olan tazminat miktarından fazla olması mümkündür. Cezanın zarardan bağımsız olması, ceza koşulunun işlevinin tazminat olmadığını ortaya koymaktadır.

Tazminatın aksine ceza koşulu alacaklının hiçbir zarara uğramadığı hallerde dahi istenebilirse de, ceza ve tazminat yığılmalı şekilde talep edilemez: ceza, tazminattan düşülmelidir. ³⁰ Bu açıdan, ceza koşulu ve tazminat arasında bir ilişki olduğu ve ceza koşulunun kimi hallerde borçlunun zararını da kapsadığı görülür. Buna rağmen, ceza koşulunun hukuki niteliği tazminat değildir. Cezanın tazminattan düşülmesinin sebebi, kimi hallerde ceza koşulu ve tazminatın aynı menfaati korumayı amaçlamalarıdır. Ancak bu tür bir kesişme mümkün olmakla birlikte zorunlu değildir.³¹ Alacaklının zarara uğramadığı hallerde dahi ceza koşulunu talep edebilmesi ceza koşulunun tazminat olarak nitelendirilmesini engeller.

Sözleşmelerde, borca aykırı davranan borçlunun alacaklıya önceden belirlenen bir miktar para ödeyeceğine ilişkin hükümlere sıklıkla rastlanır. Ancak bu hükümlerin tamamı ceza koşulu olmayıp sözleşmelerine bu tür bir kayıt koyan taraflarca götürü tazminat düzenlemesi yapılmış olması mümkündür. Bir sözleşmede, bu iki kurumdan hangisinin söz konusu olduğunu tespit etmek için öncelikle tarafların iradesine bakılmalıdır.³² Bu iradenin tespiti kimi hallerde zor olmakla birlikte, taraflarca yapılan düzenlemenin amacı ayırt edici olur. Bu bağlamda, borca aykırılık halinde ortaya çıkması muhtemel zarar miktarı ile sözleşmede kararlaştırılan tutar arasındaki fark önemli bir ölçüt kabul edilir.³³ Zira, ceza koşulu, borca aykırılık neticesinde ortaya

sigorta. Bununla birlikte, ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin görüşler bunlarla sınırlı değildir. Bazı yazarlar (Tunçomağ, Cezai Şart, s. 30; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 342; Günay, s. 37; Günay, Borçlar, s. 141; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 52) ceza koşulunun bir götürü tazminat niteliği taşıdığı görüşündedirler. Ayrıca, ceza koşulunun ceza ve tazminatın birleşiminden oluştuğu görüşü de savunulmaktadır. Bu görüş hk. bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 24; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 49; Günay, s. 35. Ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin görüşler için bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 21 vd; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 46 vd; Günay, s. 30 vd.

²⁹ BGE 122 III 420, E. 2a; BGE 109 II 462, E. 4a; BGE 102 II 420, E. 4; BGE 95 II 532, E. 5; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 4; ZK-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art 160-163, N. 12; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 2; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 160, N. 1; von Tuhr/Escher, s. 277; Berger, N. 1780; Riemer, s. 443; CHK OR-Pellanda, Art. 160, N. 5; Huguenin, N. 1251; Guhl/Schnyder, §56, N. 2; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3814. Borca aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararın ispatı masraflı ve zahmetli olduğundan, alacaklıya tanınan bu imkan son derece önemlidir. Berger, N. 1780; Schwenzer, N. 71.02.

³⁰ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3816; Bucher, s. 530; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 75.

³¹ İfaya eklenen ceza koşulu ile müspet tazminat bir arada istenebilir. Zira bu halde ceza koşulu alacaklının ifadaki menfaatini karşılamadığından ceza koşulu ve ifa birlikte istenebilir. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 78; Kapanacı, s. 670. Ancak Buz tarafından isabetle açıklandığı üzere, gereği gibi ifa etmeme halleri arasında bir ayırım yapılması gerekir. Her ne kadar TBK m. 179/1, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesini sözleşmenin hiç ifa edilmemesi ile bir tutmuş ve borçlunun, kural olarak, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebileceğini ifade etmişse de, Buz, bunun editoryal bir hatadan kaynaklandığını, ceza ve tazminatın aynı menfaati koruduğu ayıplı ifa hallerinin TBK m. 179/2'nin kapsamına sokulması gerektiği ifade eder. Bkz. Buz, s. 493 vd. Yazara göre, akdın müspet ihlali hallerinde ise tarafların iradesi ve ceza koşulunun amacına bakılarak ceza ve tazminatın yığılmalı olarak istenip istenemeyeceğine karar verilmelidir. Buz, s. 503.

³² Parlak Börü, s. 224; Birinci Uzun, s. 155; Erdem, s. 122.

³³ Erdem, s. 123; Kapanacı, s. 679.

çıkması – sözleşme kurulduğu sırada – muhtemel görülen zararın üzerindedir.³⁴ Bu niteliği ile ceza koşulu, borçluya borca uygun davranma yönünden baskı kurar.³⁵ Götürü tazminat ise borçlunun borca aykırı davranması halinde alacaklının uğraması muhtemel tipik zarar nedeniyle borçlu tarafından ödenecek tazminat miktarının sözleşmenin kuruluşu aşamasında belirlenmesidir.³⁶ Böylelikle alacaklı zararın miktarını ispat yükünden kurtulur.³⁷ Borçluyu borca aykırı davranıştan caydırmayı özel olarak amaçlayan ceza koşulundan farklı olarak, götürü tazminat, alacaklının zararını tazmin etme amacı taşır.³⁸ O nedenle, götürü tazminat alacaklının zarara uğramasını gerektirir.³⁹ Yalnızca, ispat yükü yer değiştirmiş, alacaklı zararını ve bunun miktarını ispat külfetinden kurtulmuştur.⁴⁰ Benzerliklerine rağmen, ceza koşulu götürü tazminattan farklı bir hukuki kurum olup borçlunun zararını tazmin etmeyi amaçlamaz.⁴¹

İBK'nın hazırlık çalışmaları da ceza koşulunun tazminat niteliğinde olmadığını ortaya koymaktadır. Yürürlüğe girmesinden önce İBK'nın tasarısı 1908 ve 1909 yıllarında gerçekleştirilen üç oturumla bir uzman komisyonu tarafından gözden geçirildi.⁴² İBK'nın hazırlık çalışmaları, bu aşamada kanunda ceza koşulunun tanımlanmasından özellikle kaçınıldığını ortaya koymaktadır. Zira önceki tasarılar da ceza koşulunun ikili (cezalandırıcı ve tazmin edici) karakterinin özellikle

34 Cooter/Ulen, s. 321; Birinci Uzun, s. 159.

35 ZK-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art 160-163, N. 12; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 4; von Tuhr/Escher, s. 277; Berger, N. 1780; Schoch, s. 56; Bentele, s. 12; Dietzi, s. 12; Erdem, s. 123; Birinci Uzun, s. 160. Borçlu çoğu kez alacaklının zararını aşan tutardaki ceza koşulunu ödememek için borca uygun davranmayı tercih edecektir. Bu bağlamda, borçlunun, ceza koşulunu kusuru bulunmasa dahi ifa etmek zorunda olması, aksi halde göstermeyeceği ölçüde yüksek özen göstermesini sağlar. Jhering, s. 9. Bu özenin, olması gereken özenen daha yüksek düzeyde olduğu görüşünde bkz. Sanlı, s. 353. Götürü tazminatın ise ilk planda borçlu üzerinde baskı kurma amacı taşımadığı; fakat sonuçları itibarı ile dolaylı olarak bu tür bir etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Erdem, s. 116; Kapanacı, s. 666, 677.

36 Parlak Börü, s. 197; Kabakhoğlu Arslanyürek, s. 40; Kocaağa, s. 176.

37 Parlak Börü, s. 207; Kabakhoğlu Arslanyürek, s. 40.

38 Vitkus, s. 154. Anglo-sakson hukuk sisteminde, götürü tazminata ilişkin sözleşmesel düzenlemeler geçerli olmakla birlikte, genel eğilim ceza koşuluna ilişkin düzenlemeleri istisnai haller dışında geçersiz saymaktır. De Geest/Wuyt, s. 141; Goetz/Scott, s. 554 vd; Harwood, s. 1350; Vitkus, s. 154; Hatzis, s. 383; Cooter/Ulen, s. 321. Her ne kadar, sözleşmede yer alan ve borca aykırılık durumunda borçlunun alacaklıya bir miktar para ödeyeceğini öngören hükümlerin ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğunu tespit etmek kimi hallerde zor olsa da, anglo-sakson mahkemeleri genellikle sözleşmede belirlenen miktar ile borca aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararı kıyaslamaktadırlar. Hatzis, s. 385; Vitkus, s. 155.

39 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3851; Bucher, s. 525; Bentele, s. 19; Erdem, s. 108; Kapanacı, s. 660; Birinci Uzun, s. 148; Kahraman, s. 82; Kocaağa, s. 180. Bununla birlikte, zararının miktarını ispatlaması gerekmesine dahi, götürü tazminatı talep edilebilmesi için alacaklının zararın varlığını ispatlaması gerekip gerekmediği hususu öğretilde tartışmalıdır. Bu konudaki farklı görüşler için bkz. Parlak Börü, s. 222, dn. 99;

40 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3851; Oğuzman/Öz, II, N. 1566a.

41 Götürü tazminat TBK'da düzenlenmemiştir. Bizim de katıldığımız hakim görüş, ceza koşulu ve götürü tazminatın farklı hukuki nitelik ve amaçları olan ayrı hukuki kurumlar olduğu yönündedir. Bu yönde bkz. Bentele, s. 19; Parlak Börü, s. 219; Kapanacı, s. 675; Erdem, s. 121; Kocaağa, s. 176. Kimi yazarlar ise ceza koşulu ve götürü tazminat ayrımına karşı çıkmaktadırlar. Bu yazarlardan bazıları (Sarı, s. 303), götürü tazminat olarak isimlendirilen anlaşmaların da ceza koşulu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunurken, bazı yazarlar ise (Tunçomağ, Cezaî Şart, s. 30; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 342; Günay, s. 37; Günay, Borçlar, s. 141; İkinci, Ceza Koşulu, s. 52) ceza koşulunun bir götürü tazminat niteliği taşıdığı görüşündedirler. Ceza koşulu ve götürü tazminat arasındaki farklar hk. bkz. Volker, s. 495 vd.

42 Bühler, s. 156.

vurgulandığı bir tanım yer almaktaydı (m. 1185). Ancak uzman komisyonu üyelerinden Bruestlein'in ceza koşulunun yalnızca ispat yükünün ters çevrildiği bir tazminat talebi olduğu ve ceza işlevinin tanımdan çıkarılması yönündeki önerisi,⁴³ birçok üyenin (Planta, Hoffmann, Jsler) itirazına yol açtı. Tartışmalar neticesinde ceza koşuluna ilişkin tanımın tasarıdan tamamen çıkartılmasına karar verildi.⁴⁴ Bruestlein'in önerisinin reddedilmesi, ceza koşulunun işlevinin – en azından sadece – tazmin işlevi olmadığını ortaya koymaktadır.

2. İspat yükünün alacaklıya yüklenmesinin ratio legis'i nedir?

Kanımızca, alacaklının zararı ceza tutarını aşılırsa, cezayı aşan kısmın tazmini için borçlunun kusurunun aranması isabetlidir. Zira, ceza koşulu ve tazminat iki farklı kurum olup, cezayı aşan zarara ilişkin istem niteliği itibarıyla bir tazminat istemidir. Hukukumuzda tazminatın kural olarak kusur şartına bağlanmış olması nedeniyle bu talep bakımından borçlunun kusuru gerekir. Ancak TBK m. 180/2, bu tazminat istemi bakımından yalnızca borçlunun kusurunu aramakla kalmamış, borca aykırılık hallerine ilişkin genel ilkeden saparak ispat yükünü de alacaklıya yüklemiştir. Ceza koşulunun kusur şartını gerektirmediği kabul edilebilmesi için, TBK m. 180/2 hükmünün getirdiği bu istisnanın da anlamlandırılması gerekir.

TBK m. 180/2 ispat yükünü borçluya yükleyerek borçlu ve alacaklının menfaatlerini en iyi şekilde dengelemektedir. Sözleşmenin müzakeresi aşamasında taraflarca kararlaştırılan cezanın, alacaklının zararından ve borçlunun kusurundan bağımsız olarak istenebilmesi alacaklının menfaatinedir. Diğer bir deyişle, alacaklı, kendisi zarara uğramamış olsa ve –TBK m. 182/2'de belirtilen istisna saklı kalmak kaydıyla – borçlu kusuru olmaksızın borca aykırı davranmış olsa dahi ceza koşulunu elde edebilir. Bu nedenle, alacaklı, müzakere aşamasında serbestçe kararlaştırılan cezanın üzerinde bir tutar talep ediyorsa, tazminat niteliğindeki bu tutarın elde edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerektiği gibi buna ilişkin ispat da alacaklının üzerinde olmalıdır. İspat yüküne ilişkin bu kural, böylelikle alacaklının menfaatine ağır basan teraziye borçlu lehine dengeler.

Bu görüşü destekleyen bir diğer husus ise çoğu halde ceza ve tazminatın yığılmalı şekilde talep edilememesidir. Örneğin, seçimlik ceza koşulu kararlaştıran taraflar, müzakere aşamasında ceza miktarını serbestçe belirlerken, aslında alacaklının zararının da bu tutar içinde yer aldığını varsaymaktadırlar. Böylelikle, müzakere aşamasında belirlenen ceza miktarı alacaklının zararını da kapsar. Borçlu ise bu riski maliyet kalemi olarak bedele yansıtır. Ancak cezayı aşan zararlar, borçlunun sözleşme bedeliyle üstlendiği riskin kapsamı dışında kalır. Bu nedenle, ceza miktarını alacaklı lehine şartlarla ödemeyi kabul eden borçlunun, cezayı aşan tutar bakımından koruma altında olmak konusundaki haklı beklentisi, kusura ilişkin ispat yükünün yer değiştirmesiyle kanun hükmüyle karşılanmış olur.

43 Protokoll der Expertenkommission, Bd. II, 7. Sitzung, Montag, den 12 Oktober 1908, s. 5.

44 Protokoll der Expertenkommission, Bd. II, 7. Sitzung, Montag, den 12 Oktober 1908, s. 7.

II. TBK m. 182/2 hükmü, TBK m. 136 hükmünün tekrarından mı ibarettir?

TBK m. 182/2 hükmü, aksi kararlaştırılmadıkça, borcun borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkansız hale gelmesi durumunda, cezanın istenemeyeceğini ifade etmektedir. ⁴⁵ Kimi yazarlar⁴⁶, bu hükmün TBK m. 136'daki, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halinde borcun sona ereceğini ifade eden hükmün tekrarından ibaret olduğu görüşündedirler. Buna göre, hükmün zıt anlamından, borçlunun sorumlu olmadığı diğer borca aykırılık hallerinde ceza koşulunun istenebileceği anlamı çıkartılamaz. Aksi taktirde, bu hüküm her türlü borca aykırılık durumunu kapsayan TBK m. 112 ile çelişir.⁴⁷ Kanımca, bu görüş kabul edilemez. TBK m. 182/2'de yer alan düzenleme TBK m. 136'nın tekrarından ibaret değildir. Zira, TBK m. 136 uyarınca borcun sona ermesi, fer'ilik ilkesinden kaynaklanmaz.

Ceza koşulu, niteliği itibariyle fer'idir.⁴⁸ Bu nedenle, ceza koşulunun doğması, varlığını sürdürmesi ve hukuken ileri sürülebilmesi yönünden teminat altına aldığı asıl alacağı bağlıdır.⁴⁹ Daha somut bir ifadeyle, ceza koşulunun geçerliliği geçerli bir asıl alacağın varlığını zorunlu kılar. ⁵⁰ Asıl alacak geçersiz, sona ermiş veya hukuken ileri sürülemez ise ceza koşulu da bundan etkilenir. ⁵¹ Örneğin, bir sözleşme şekil kurallarına, ahlaka veya hukuka aykırıysa veya irade sakatlığı nedeniyle iptal edilirse ceza koşulu da geçersiz olur. ⁵² Asıl borç için söz konusu olan başlangıçtaki imkansızlık ceza koşulunun da geçersizliğine yol açar.⁵³ Asıl borç, ibra, yenileme veya takas gibi sebeplerle sona ererse ceza koşulu da sona erer. ⁵⁴ Benzer şekilde, asıl borcun

45 TBK m. 182/2: "Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez."

46 Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 58; Kocaağa, s. 232; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 278; Bilge, Cezaî Şart, s. 108; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 359; Günay, s. 119.

47 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, hükmün zıt anlamından çıkarılan sonucun genel kurala uygun düşmesi gerektiğini; fakat hükmün zıt anlamından, borçlunun kusuru olmasa dahi ceza koşulunun istenebileceği anlamı çıkarmanın (TBK m. 112'de yer alan) genel kurala aykırılık teşkil edeceğini savunurlar. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 360. Oysa, TBK m.112'de belirtilen genel kural, tazminat istemlerinin borçlunun kusuruna bağlı olduğudur; ceza koşuluna dayalı istemlerin değil.

48 Keller/Schöbi, s. 92; Schwenger, N. 71.03; Fischer, s. 60; Bucher, s. 523; von Tuhr/Escher, s. 278; Tunçomağ, Cezaî Şart, s. 7; Günay, s. 23; Kocaağa, s. 66; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 13; Kılıçoğlu, s. 803; Kayıhan, s. 333; Kayar, s. 186; Uygur, s. 1075.

49 Schwenger, N. 71.03; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 7; Bühler, s. 168; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 160, N. 3; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 5; Schoch, s. 17.

50 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3835; von Tuhr/Escher, s. 278; Huguenin, N. 1254; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 5; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 163, N. 4; CHK OR-Pellanda, Art. 160, N. 8; Bucher, s. 523; BK-Becker, Art. 160, N. 9; ZK – Oser/Schönenberger, Art. 163, N. 2; Berger, N. 1784; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 13; Kocaağa, s. 65.

51 KUKO OR-Pietruszak, Art. 160, N. 5.

52 Bucher, s. 523; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 7; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 160, N. 4; Kocaağa, s. 157.

53 Berger, N. 1785; Oğuzman/Öz, II, N. 1582; Akkayan Yıldırım, s. 368, dn. 41; Kocaağa, s. 77; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 59; Yarg. 13. HD., 29.5.1984, E. 1984/2594, K. 1984/4113.

54 CHK OR-Pellanda, Art. 160, N. 10; von Tuhr/Escher, s. 279; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 7; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 160, N. 4; Berger, N. 1786; Akkayan Yıldırım, s. 367.

zamanaşımına uğraması ceza koşulunun da zamanaşımına uğramasına yol açar.⁵⁵ Keza, asıl alacağın devri halinde kural olarak ceza koşulu da devralana geçer.⁵⁶

TBK m. 182/2 hükmündeki, “Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez” ifadesi de fer’i haklara ilişkin fer’iliğin tek yönlü karakterini yansıtır. Zira ceza koşulu asıl borca bağlıysa da asıl borç ceza koşuluna bağlı değildir.

Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halinde cezanın istenememesini ceza koşulunun fer’iliği ile ilişkilendirdiğimizde, hükümde yer alan “aksi kararlaştırılmadıkça” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği sorusu gündeme gelir. Acaba burada kastedilen, ceza koşulunun borçlunun kusuruna bağlı olduğu kuralına taraflarca istisna getirilebilecek olması mıdır? Kanımızca hükümde bahsedilen, borçlunun bağımsız bir garanti taahhüdünde bulunabilecek olmasıdır.⁵⁷ Daha açık bir ifadeyle, borçlu, sonraki imkansızlığın meydana gelmesinde kusuru olmasa dahi cezayı ödemeyi üstlenebilir. Bu nedenle, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık hallerinde TBK m. 136 uyarınca borç sona erse dahi, ceza talep edilebilir. O halde, burada ceza koşulunun kusura bağlılığına ilişkin bir istisna değil, ceza koşulunun fer’iliği ilkesine ilişkin bir istisna söz konusudur. Bu açıdan bakıldığında, TBK m. 182/2’de yer alan düzenleme TBK m. 136’nın tekrarıdır ibaret değildir. Zira, TBK m. 136 uyarınca borcun sona ermesi, fer’ilik ilkesinden kaynaklanmaz.

III. TBK m. 182/2’yi tüm borca aykırılık hallerini kapsar şekilde yorumlamak mümkün müdür?

Her ne kadar TBK m. 182/2, borcun borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan *imkansızlaşması* halinde ceza koşulunun istenemeyeceğinden bahsetmekteyse de, Türk-İsviçre öğretisinde hükmün kapsamını her türlü ifa engelini kapsar şekilde genişletme eğilimi mevcuttur.⁵⁸ Diğer bir ifadeyle, imkansızlığa ilaveten, borçlunun kontrolü dışında bir sebeple

55 BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 160, N. 4; BK-Becker, Art. 160, N. 11; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3841; Schwenzer, N. 71.06; Berger, N. 1786.

56 Bkz. TBK 189/1 OR; Bucher, s. 523; Schwenzer, N. 71.07; Berger, N. 1787; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 160, N. 5; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160, N. 5; CHK OR-Pellanda, Art. 160, N. 10; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 7; Huguenin, s. 1254; Kocaağa, s. 158. Ancak ceza muaccel hale geldiğinde fer’i niteliği sona erer. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160, N. 6; CHK OR-Pellanda, Art. 160, N. 11; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 17; Kocaağa, s. 160; Günay, s. 29.

57 Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3822; BK-Becker, Art. 163, N. 4; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 163, N. 9; Bucher, s. 527; Guhl/Schnyder, §56, N. 3; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 N. 4. TBK m. 182/3 (İBK m. 163/3) dahil olmak üzere ceza koşuluna ilişkin hükümler borçlu tarafından garanti verilen hallerde de kıyasen uygulanacaktır. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3848; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 N. 4; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 163, N. 9. Ceza koşulunun, garanti dahil olmak üzere benzer kurumlardan farkları için bkz. Bucher, s. 524 ff.

58 Bentele, s. 78 vd.; Bucher, s. 526; Kılıçoğlu, s. 813; Kocaağa, s. 233; Ekinci, s. 23. Örneğin, Berger ve Bucher, İBK m. 163/2 hükmüne atıfta bulunarak, ceza koşulunun bağlandığı borca aykırı davranışta borçlunun kusuru yok ise cezanın yerine getirilmeyeceğini ifade ederler. Berger, N. 1792; Bucher, s. 526. Bentele ise tüm ifa engellerine uygulanan İBK m. 97 (TBK m. 112) hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla, İBK m. 163/2 (TBK m. 182/2) hükmünün genişletilmesini ve kapsamının genişletilmesini savunmaktadır. Bentele, s. 78 vd. Türk hukukunda, Kılıçoğlu, Kocaağa ve Ekinci ise TBK m. 182/2 hükmünün tüm borca aykırılık hallerini kapsar şekilde (geniş)

temerrüt veya gereği gibi ifa etmeme meydana geldiğinde de cezanın istenemeyeceği ileri sürülmektedir.⁵⁹

Kanımızca TBK m. 182/2'nin kapsamını tüm ifa engellerini kapsar şekilde genişletmek mümkün değildir. Öncelikle, Türk ve İsviçre hukuk sistemleri, çeşitli eleştirilere rağmen hala Roma hukukunun imkansızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmemeye ilişkin üçlü ayırımı benimsemektedir. Bu nedenle, kanun koyucu bir hükümde “imkansızlık” ifadesini kullanmış ise bundan genel olarak “borca aykırılık” anlamının çıkarılması mümkün değildir.

TBK m. 182/2 hükmünün tarihsel gelişim süreci ve kanunun hazırlık çalışmaları da hükümde kastedilenin imkansızlık hali olduğunu destekler. Hükümde yer alan “imkansızlık” ifadesi 1881 tarihli İBK'dan mirastır. 1881 tarihli İBK, 4 tasarı ve çeşitli değişiklikler neticesinde kabul edilmişti.⁶⁰ Üçüncü tasarıda, ceza koşulu ile ilgili hükmün (m. 76) sonuna bir fıkra eklenmesi ve borçlunun ceza koşulunu ödeme yükümlülüğüne bir istisna getirilmesine karar verilmişti.⁶¹ Yeni eklenen bu hükümde, mücbir sebebin ifayı *engellediği* (“verhindert” worden) hallerde ceza koşulunun istenemeyeceği ifade edilmekteydi.⁶² Aslında hükümde yer alan “engellemek” ifadesi, bu haliyle imkansızlığa ilaveten diğer borca aykırılık hallerini de kapsayacak genişlikteydi. Ancak, dördüncü tasarıda hükmün kapsamı değiştirilerek mücbir sebepten kaynaklanan, alacaklının yol açtığı veya alacaklının şahsında gerçekleşen kaza nedeniyle meydana gelen *imkansızlık* hallerinde ceza koşulunun istenemeyeceği kabul edildi (m. 202).⁶³ Bu hüküm 1881 tarihli İBK'nın yasalaşan 181. maddesinde de muhafaza edildi.⁶⁴

1881 tarihli İBK, yerini günümüzde yürürlükte olan 1908 tarihli İBK'ya bıraktığında, imkansızlığın sebebine ilişkin liste İBK m. 163/2 hükmüne alınmaksızın yalnızca imkansızlığa yapılan atıf muhafaza edildi. Böylelikle, TBK m. 182/2'de de yer alan ve borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan ifanın imkansızlaşması halinde ceza koşulunun yerine getirilmeyeceğini ifade

yorumlanması gerektiği görülmüştür. Kılıçoğlu, s. 813; Kocağa, s. 233; Ekinci, s. 23.

59 Örneğin, Huguenin, hükmün kapsamının imkansızlıkla sınırlı tutulması durumunda, bir kaza nedeniyle borcun ifası imkansızlaşan bir borçlunun, kusuru olmaksızın ifada geciken veya ayıplı ifada bulunan bir başka borçludan daha avantajlı bir duruma sokulacağını ifade etmektedir. Huguenin, s. 1262.

60 Bkz. Bühler, s. 146 vd.

61 Bühler, s. 149.

62 Art. 76/4: “Wenn der Schuldner nachweist, dass er durch höhere Gewalt an der Erfüllung, beziehungsweise der gehörigen Erfüllung, *verhindert* worden ist, so ist die Konventionalstrafe nicht zu bezahlen.” Bkz. Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels – und Wechselsrechtes, (Art. 64 der Bundesverfassung.), Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16. Bis 21. Mai 1876 und vom 18. September bis 7. Oktober 1876; Buchdruckerei Jent & Reinert, Bern 1877.

63 Art. 202: “Die Conventionalstrafe kann nicht gefordert werden, wenn durch dieselbe ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigt werden soll, oder wenn die Erfüllung des gesicherten Versprechens durch den Gläubiger oder durch Zufall in der Person des Gläubigers oder durch höhere Gewalt *unmöglich* geworden sein.” Bkz. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Theil, Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen der Kommission im September 1877 und September/Okttober 1878, R.F. Haller-Goldschach, Bern 1878.

64 BBI 1881 III 109: Art. 181: “Die Konventionalstrafe kann nicht gefordert werden, wenn durch dieselbe ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigt werden sollte, oder wenn die Erfüllung des Vertrages durch den Gläubiger oder durch einen in der Person des Gläubigers eingetretenen Zufall oder durch höhere Gewalt *unmöglich* geworden ist.”

eden hüküm yürürlüğe kondu.⁶⁵ Bununla birlikte, hükümde, taraflarca bunun aksine anlaşma yapılabileceği de kabul edildi. Diğer bir deyişle, tarafların, ifa borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansızlaşması halinde dahi cezanın yerine getirileceği konusunda anlaşabilecekleri ifade edildi. Hükümün gelişim sürecine bakıldığında görüldüğü üzere, TBK m. 182/2 hükmünü hiçbir aşamada tüm borca aykırılık hallerini kapsayacak şekilde ele alınmamıştır.

IV. Borçlunun sorumlu olmadığı borca aykırılık hallerinin ceza koşuluna etkileri ve bunların değerlendirilmesi

A. Borçlunun sorumlu olmadığı borca aykırılık hallerinin ceza koşuluna etkileri

Yukarıda açıklandığı üzere, ceza isteminin borçlunun kusuru şartına bağlı olmadığı kabulü halinde, ceza koşulunun akıbeti kusurun varlığı ile ilişkilendirilemez. Bu bağlamda, ceza koşulunun akıbeti, ceza koşulunun fer'i niteliği dikkate alınarak her bir borca aykırılık türü bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

I. Başlangıçtaki imkansızlık

TBK m. 27, başlangıçtaki imkansızlığı kesin hükümsüzlük sebebi olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda, sözleşme kurulduğu sırada borcun ifası objektif olarak imkansız ise borçlunun imkansızlığın meydana gelmesindeki kusurundan bağımsız olarak kesin hükümsüzlük söz konusu olur.⁶⁶ Bu nedenle, başlangıçtaki imkansızlık, fer'i nitelikteki ceza koşulunun da kesin hükümsüzlüğüne yol açar. Borçlunun kusursuz olduğu durumlarda dahi gerçekleşen bu sonuç ceza koşulunun fer'iliğinden kaynaklanır.

Borçlu, sözleşmeyi kurduğu sırada ifanın imkansızlığından haberdar ise *culpa in contrahendo* nedeniyle sorumlu olur.⁶⁷ Ancak *culpa in contrahendo*ya dayalı tazminat talebi, ifadaki menfaati karşılamaz. Zira bu tazminat asli edimin yerine getirilmemesi nedeniyle değil, imkansızlığı bile

65 Bu ifadesi ile hükmün kapsamına, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık, alacaklının şahsında meydana gelen kaza ve mücbir sebep hallerinin girdiğine ilişkin görüş birliği vardır. Ancak borçlunun şahsında gerçekleşen kazanın sonuçları öğretide tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre (Bu yönde bkz. BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 163, N. 6; von Tuhr/Escher, s. 281, dn. 30; Bucher, s. 527; Günay, s. 121), borçlunun şahsında gerçekleşen kaza (örneğin, borçlunun ifayı engelleyen hastalığı) cezanın istenmesine engel değildir. Aksi görüşteki diğer bazı yazarlar ise (BK-Becker, Art. 163, N. 4-5; Schoch, s. 4; Dietzi, s. 87) hükmün kapsamına borçlunun şahsında gerçekleşen kaza durumunun da girdiği görüşündedirler. Şüphesiz borca aykırılığa alacaklının sebep olduğu hallerde, ceza koşulunun istenmeyeceği kabul edilmelidir. Kocaağa, s. 236; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 280; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 61; Tunçomağ, Cezaî Şart, s. 104; Günay, s. 123. Nitekim, ceza koşulu geciktirici şarta bağlıdır. TBK m. 175/2'ye göre, taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılacağından, ceza koşulu da istenememelidir.

66 Serozan, § 14, Nr. 21; Altunkaya, s. 238; Aksoy, s. 71.

67 BK-Weber, Art. 97 OR, N. 109; Schwenzer, N. 64.06; Kramer, N. 218; Bucher, s. 249; Serozan, § 14, Nr. 21; Altunkaya, s. 239; Oğuzman/Öz, I, N. 295.

bile sözleşmeyi kurma nedeniyle ödenir.⁶⁸ Bu nedenle, sözleşme kesin hükümsüz, asli edim (asıl borç) ve bunu güvence altına alan ceza koşulu ise baştan itibaren geçersizdir.⁶⁹

2. Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık

TBK m. 136'ya göre, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşması durumunda borç sona erer. Asıl borcun sona ermesi ise ceza koşulu dahil olmak üzere asıl borca bağlı (fer'i) hakların sona ermesine yol açar (TBK m. 131/1). Daha somut bir ifadeyle, bu gibi hallerde alacaklı ceza koşulunu talep edemez. Ancak bunun sebebi, borçlunun kusurunun bulunmaması değil, asıl borcun sona ermesiyle birlikte fer'i nitelikteki ceza koşulunun da sona ermesidir.⁷⁰

3. Borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkansızlık

Borçlunun sonraki imkansızlıktan sorumlu olduğu hallerde asli edim sona ermeyip, tali edime, yani tazminata dönüşür.⁷¹ Daha açık bir ifadeyle, asıl borç, imkansızlığa rağmen sona ermez. Bu nedenle, ceza koşulu da varlığını korurur. Bu nedenle, alacaklı imkansızlığa rağmen ceza koşulunu talep edebilir.

4. Temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme

TBK m. 179/2, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının borcun ifası ve cezayı yığışmalı olarak talep etmesine izin verir. Kanımızca bu gibi hallerde, ceza koşulu borçlunun kusurlu olup olmadığından bağımsız olarak talep edilebilmelidir. Zira asıl borç geçerliliğini korumaya devam ettiğinden, ceza koşulu da geçerlidir. Bu gibi hallerde, borçlunun kusurunun yokluğu, alacaklının tazminat talebine engel olursa da cezanın istenmesine engel değildir. Zira ceza koşulu niteliği itibariyle tazminat değildir.

Benzer bir yaklaşım, gereği gibi ifa etmeme halleri bakımından da geçerli olur. Bu gibi hallerde asıl borç geçerliliğini koruduğundan, fer'i hak niteliğindeki ceza koşulu da varlığını sürdürür. Bu nedenle, borcun gereği gibi ifa edilmediği hallerde, borçlunun herhangi bir kusur bulunmasa dahi cezanın yerine getirilmemesini haklı kılan herhangi bir sebep yoktur.

68 Serozan, § 14, N. 21; Altunkaya, s. 242.

69 Ancak Federal Mahkeme'ye göre, ceza koşulunun, *culpa in contrahendodan* kaynaklı bir istemi güvence altına almak üzere kararlaştırılmış olması da mümkündür. Bu halde, geçerli bir sözleşmenin bulunmamasına rağmen ceza koşulu talep edilebilir. BGE 140 III 200. Detaylı bilgi için bkz. Altınok Ormancı, s. 121 vd.

70 Bu görüşte Keller/Schöbi, s. 95; Eren, s. 1211.

71 BSK-Wiegand, Art. 97 OR, N. 47; Schwenzer, N. 64.20; Aksoy, s. 83.

B. Borçlunun sorumlu olmadığı farklı türdeki borca aykırılık hallerinin ceza koşuluna etkilerinin değerlendirilmesi

Ceza isteminin borçlunun kusurundan bağımsız olduğunun kabul edilmesi halinde, ceza koşulunun fer'iliği nedeniyle cezanın istenemeyeceği başlangıçtaki imkansızlık ve borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halleri dışında, borca aykırı davranan borçlu ceza koşulunu ödemek zorunda kalacaktır. Diğer borca aykırılık hallerinde ise borçlu kusuru olmasa da cezayı ödemekten kaçınmayacaktır. Şüphesiz borca aykırılığa alacaklının sebep olduğu hallerde, ceza koşulunun istenemeyeceği kabul edilmelidir.⁷² Nitekim ceza ödeme borcu, borçlunun borca aykırı davranması geciktirici koşuluna bağlıdır.⁷³ O halde, taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılacağından, ceza koşulu da istenememelidir (TBK m. 175/2).

Peki, kanun koyucunun, borçludan kaynaklanmayan bir sebep imkansızlığa yol açtığında, borçluyu ceza ödeme borcundan kurtarıırken, aynı sebebin yalnızca temerrüde yol açtığı hallerde borçluyu cezayı ödemeye mecbur bırakması adil midir? Kanımca, bu sorunun yanıtlanması için ceza koşulunun hukuki niteliği üzerinde durulmalıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, ceza koşulu niteliği itibariyle tazminat olarak kabul edilemez. Her ne kadar İBK'nın hazırlık çalışmaları sırasında, ceza koşulunun ikili (cezalandırıcı ve tazmin edici) karakteri üzerinde durulmuş ise de, kanımca ceza koşulunun niteliği tek başına veya tazmin ile birlikte ceza da değildir.⁷⁴ Zira ceza görüşü meseleyi borçlu açısından ele alır. Oysa ki ceza koşulu kararlaştırılan tarafların, borca aykırı davranması halinde borçluyu cezalandırmak gibi bir amaçları yoktur. Sözleşme yapan rasyonel tarafların her ikisi de kendi menfaatine hareket ederek ceza koşulunu kararlaştırırlar.

Alacaklının zararından ve borçlunun kusurundan bağımsız olan ceza koşulu her iki tarafın da menfaatinedir. Ceza koşulu kararlaştırılması neticesinde alacaklı, borca aykırılık durumunda çoğu durumda zararının üzerinde olan bir miktar paraya kolaylıkla kavuşmayı garanti ederken, borçlu ceza koşulu sayesinde kendisi için kârlı olacağını düşündüğü bir sözleşmeyi yapmak için

72 Kocağa, s. 236; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 280; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 61; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 104; Günay, s. 123.

73 Keller/Schöbi, s. 93; Schwenzer, N. 71.01; Fischer, s. 56; Oğuzman/Öz, II, N. 1565; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1367; Eren, s. 1207; Nomer, N. 235.1.

74 Sözleşmeyle kararlaştırılan cezanın, borçlunun zararından bağımsız olması, ceza koşulunun ceza niteliği ve cezalandırma işlevi ile ilişkilendirilmektedir. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 2; von Tuhr/Escher, s. 277; Bentele, s. 11; ZK-Oser/Schönenberger, Art 161, N. 1; Berger, N. 1793. Buna göre, borca aykırı davranan borçlu, alacaklı hiçbir zarara uğramasa dahi cezayı yerine getirmek zorunda bırakılarak cezalandırılmaktadır. Her ne kadar, burada bahsedilen "ceza" ceza hukuku anlamındaki cezadan farklıysa da (ZK-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art 160-163, N. 2; von Tuhr/Escher, s. 277, dn. 4; Schoch, s. 31), öğretilerde kimi yazarlar, ceza koşulunun cezalandırıcı niteliği gereği borçlunun kusuruyla borca aykırı davranışının aranması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşte bkz. Schoch, s. 39; Huguenin, N. 1262; Tunçomağ, s. 558. Kimi yazarlar ise borçlunun kusurunun, ceza koşulunun mutlak bir şartı olmadığı görüşündedirler. Bkz. Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art 160-163, N. 20; Bentele, s. 78 vd. Örneğin, Bentele'ye göre, borçlu ve alacaklı aralarında yapacakları anlaşma ile ceza koşulunun borçlunun kusurlu olmadığı hallerde dahi ödeneceğini kabul edebilirler. Ancak bu yönde bir anlaşma bulunmadığı sürece cezanın istenebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekir. Bentele, s. 78 vd.

alacaklıyı ikna edebilecek, çoğu durumda da üstlendiği riski bir maliyet kalemi olarak sözleşme bedeline yansıtacaktır. Bu nedenle, borçlu, alacaklının zararından ve kendisinin kusurundan bağımsız olarak cezayı ödemeyi kabul etmekten imtina etmeyecektir.

Ceza koşulunun sigorta işlevi vardır ve somut sözleşmede ceza koşulunun işlevi, taraflarca cezaya indirgenmediği sürece sigorta işlevi göz ardı edilmemelidir.⁷⁵ Jhering'e göre, borca aykırı davranması halinde ceza koşulu ödemeyi kabul eden bir kimsenin, bu tür bir sonucun gerçekleşmesine ilişkin riski üstlendiği kabul edilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, borçlunun borca aykırı davranmakta kusuru olmasa dahi ceza yerine getirilmelidir.⁷⁶ Bu bağlamda,

Ceza koşulunun sigorta işlevi taşıdığı görüşü öğretide çeşitli sebeplerle eleştirilmektedir. Kimi yazarlar, özellikle, ceza koşulunun sigorta işlevi taşıdığı varsayımsal olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadırlar.⁷⁷ Buna göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, borçlunun alacaklıya borcun ifasına ilişkin bir garanti verme amacı taşıdığı kabul edilemez.⁷⁸ Kanımızca tam aksine, ceza koşulunun, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça sigorta işlevine sahip olduğu kabul edilmelidir.

Ceza koşulunun borçlunun kusurundan bağımsız olarak yerine getirilmesi, ilk bakışta borçlunun zararına görünse de, durum aslında bunun tam tersidir. Jhering isabetli olarak ceza koşulunun borçlunun kusurundan bağımsız olmasının, paradoksal biçimde ceza koşulunu taahhüt eden tarafı (borçluyu) koruduğunu savunur. Örneğin, ceza koşulunun sigorta işlevi, küçük firmaların büyük firmalarla rekabet edebilmelerini sağlar.⁷⁹ Zira borçlu, ceza koşulunu potansiyel alacaklılara güvenilirliğini göstermek bakımından bir işaret olarak kullanabilir.⁸⁰ Keza, alacaklı, ifaya büyük önem veriyor ve risk almak istemiyorsa, borçlunun kusuru olmaksızın dahi borcunu yerine getirmediği hallerde kararlaştırılan cezayı elde etmek isteyecektir.⁸¹ Özellikle, alacaklının, borçlunun ifasına subjektif değer atfettiği hallerde, borca aykırılık nedeniyle meydana gelmesi olası zarar miktarının üzerinde bir ceza kararlaştırılabilir.⁸² Bu halde, borçlu da sözleşmede kararlaştırılan bedele yansıtılmak suretiyle bu riski üstlenmek isteyebilir.⁸³

75 Jhering, s. 7. Bu çalışmanın amacı ceza koşulunun işlevini belirlemek değildir. Zira ceza koşulu yalnızca tazminat, ceza ve hatta sigorta olarak nitelendirilemez. Ancak ceza koşulunun işlevleri arasında sigortanın da yer aldığı kabul edilmelidir.

76 Jhering, s. 6.

77 Dietzi, s. 17-18; Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 27; Günay, s. 34; Ekinci, *Ceza Koşulu*, s. 49.

78 Dietzi, s. 17-18; Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 27.

79 Jhering, s. 8.

80 Mackaay, s. 477; Cooter/Ulen, s. 322.

81 Sanlı, s. 353.

82 Nitekim ceza koşulu her türlü borç bakımından kararlaştırılabilir. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 4; Oğuzman/Öz, II, N. 1567; Akkayan Yıldırım, s. 366; Kocaağa, s. 73; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 23. Hatta alacaklının ifaya atfettiği duygusal değer dahi ceza koşulunun kapsamına sokulabilir. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 4; BGE 73 II 158, 161.

83 Bkz. Goetz/Scott, s. 562; Hatzis, s. 390; Cooter/Ulen, s. 322.

Borçlu, alacaklıya kıyasla, ifaya engel olan sebep hakkında daha fazla bilgi sahibidir. Zira bu tür olaylar borçlunun işletmesinde, faaliyetinde ve yakın çevresinde meydana gelir.⁸⁴ Ayrıca, borçlu, alacaklıya ifayı engelleyecek her türlü kusurlu fiilden kaçınmayı taahhüt etmiştir. Bu nedenle, borcun kararlaştırılan şekilde yerine getirilmesi için her türlü ayarlamayı yapmakla yükümlüdür. Bu nedenle, sözleşme veya ceza koşulu ile kendisini güvenceye aldığını düşünen alacaklının korunması gerekir.⁸⁵

Görüşümüzü destekleyen bir diğer husus ise ceza koşulunun gecikme faizi ile kıyaslanması ile açıklanabilir. Tıpkı ceza koşulu gibi gecikme faizi de fer'i niteliklidir ve alacaklının zarara uğrayıp uğramadığından bağımsız olarak talep edilebilir. Ayrıca gecikme faizi de borçlunun kusurundan bağımsızdır.⁸⁶ Ancak iki kurum arasında önemli bir fark bulunur. Gecikme faizi, taraflarca özel olarak kararlaştırılmamış olsa dahi kanun gereği istenebilir.⁸⁷ Oysa ceza koşulunun istenebilmesi için mutlaka sözleşmede kararlaştırılmış olması gerekir.⁸⁸ Bu nedenle, sözleşmede ceza koşulunun özel olarak kararlaştırılmış olması alacaklının kendisini güvenceye almaya verdiği önemi, borçlunun ise risk almayı kabul ettiğini gösterir. Sonuç itibarıyla, ceza koşulunu özel olarak sözleşmeye koyduran bir alacaklı, gecikme faizini sözleşmeye koydurmayan bir alacaklıdan daha dezavantajlı bir konuma sokulmamalıdır. Daha somut bir ifadeyle, gecikme faizi için borçlunun kusurlu olması şartı aranmıyorsa, ceza koşulu için evleviyetle aranmamalıdır.

Kanun koyucunun, borçludan kaynaklanmayan bir sebebin imkansızlığa yol açtığı hallerde, borçluyu ceza ödeme borcundan kurtarıırken, aynı sebebin yalnızca temerrüde yol açtığı hallerde borçluyu cezayı ödemeye mecbur bırakmasının adil olup olmadığı meselesine dönersek, burada herhangi bir adaletsizlik yoktur. Zira bu durumu adaletsiz bulan taraflar en başından ceza koşulu kararlaştırmamayı tercih edebilirler. Böylelikle borçlu kusur şartını gerektiren tazminat ödeme riskinden fazlasını üstlenmemiş olur. Ancak tam aksine taraflar, kanundaki düzenlemenin bir adım ötesine geçerek, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halinde dahi cezanın ödeneceğini de kararlaştırabilirler (TBK m. 182/2). İrade özerkliği üzerine kurulu olan borçlar hukukunda, bu durumların hiçbirisinin adaletsiz olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir.

SONUÇ

Ceza koşulu ile borçlunun borca aykırı davranmakta kusurlu olması arasındaki ilişki tartışmalıdır. Hakim görüş, esas itibarıyla TBK m. 180/2 ve 182/2 hükümlerinden yola çıkarak ceza koşulu ile üstlenilen cezanın talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerektiğini savunmaktadır. Oysa her iki hükümden de çıkan sonuç bunun tam aksi yöndedir.

84 Dietzi, s. 131.

85 Dietzi, s. 132.

86 Kocağa, s. 189; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 126.

87 Kocağa, s. 190; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 126.

88 TBK m. 179/1: "Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa..."

Ceza koşulu ile belirlenen cezanın, yalnızca borçlunun kusuruyla borca aykırı davrandığı hallerde istenebileceği görüşü, esas itibariyle ceza koşulunun tazminat ile ilişkilendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Zira hukukumuzda, tazminatın kural olarak borçlunun kusuruna bağlı olması nedeniyle, cezanın istenebilmesi bakımından da aynı ilkenin geçerli olması gerektiği düşünülmektedir. Ne var ki, ceza koşulu niteliği ve işlevleri itibariyle tazminattan farklıdır.

Ceza koşulu, bir sözleşmenin tarafları arasında kararlaştırılan ve borçlu üzerinde borcunu kararlaştırılan şekilde ifa etme yönünde baskı kuran bir düzenlemedir. Bu niteliğiyle ceza koşulunun alacaklıyı koruduğu açıktır. Bu nedenle, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, ceza koşulunun sigorta işlevi gözden kaçırılmamalı, borçlunun kusuruyla veya kusuru olmaksızın borca aykırı davranması halinde ceza koşulunun ödeneceği kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Beta, İstanbul 2108.
- Akkayan Yıldırım, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi – Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 357-414.
- Aksoy, Hüseyin Can: Impossibility in Modern Private Law, Springer, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London 2014.
- Altınok Ormancı, Pınar: “İsviçre Federal Mahkemesi’nin ATF 140 III 200 Kararı Işığında Şekle Aykırı Sözleşmelerde Yer Alan Ceza Koşulunun Geçerliliği”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 139-140, 2016, s. 121-142.
- Altunkaya, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Yetkin, Ankara 2005.
- Becker, Hermann: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Stämpfli, Bern 1945. (BK-Becker)
- Bentele, Roland: Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Diss. Freiburg 1994.
- Berger, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli, Bern 2008.
- Bilge, Necip: Cezai Şart, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1957.
- Birinci Uzun, Tuba: “Götürü Tazminat”, Yetkin, Ankara 2015.
- Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich 1988.
- Bühler, Theodor: Haft – und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht (Hans Peter / Emil W. Stark / Pierre Tercier (Ed.)), Universitätsverlag Freiburg, Freiburg 1982, 143-178.
- Buz, Vedat: “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung”, Aktuelle Juristische Praxis, 04/2017, 490-504.
- Çağlayan Aksoy, Pınar: Asgari Alım Taahhüdü İçeren Bayilik Sözleşmelerinde Cezai Şart – Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 16.01.2013 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, No. 131, 261-294.
- Cansel, Erol / Özel, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkiler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 713-733.
- Cooter, Robert / Ulen, Thomas: Law and Economics, Addison-Wesley, Boston 2012.
- De Geest, Gerrit / Wuyts, Filip: “Penalty Clauses and Liquidated Damages”, Encyclopedia of Law and Economics (Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest (eds.)), Edward Elgar, Cheltenham 2000,

- 141-161, <http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/4610-penalty-clauses-and-liquidated-damages.pdf>.
- Dietzi, Walter: Die Konventionalstrafe und ihr Verhältnis zum Schadenersatz nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1935.
- Dural, Mustafa / Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, Filiz, İstanbul 2017.
- Erdem, Mehmet: “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi, Ankara 2009, s. 97-123.
- Ehrat, Felix R. / Widmer, Markus: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2015. (BSK OR-Ehrat/Widmer)
- Ekinci, Hüseyin: “Cezaî Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 8, 2007, s. 21-28.
- Ekinci, Hüseyin: Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Seçkin, Ankara 2015. (Ekinci, Ceza Koşulu)
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara 2016.
- Fischer, Thomas: Vertragliche Pausalierung von Schadenersatz, Schulthess, Zürich 1998.
- Gauch, Peter / Schlupe, Walter R. / Schmid, Jörg / Emmenegger, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich 2014.
- Goetz, Charles J./ Scott, Robert E.: “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on the Enforcement Model of Efficient Breach”, *Columbia Law Review*, C. 77, S. 4, 1977, s. 554-594.
- Guhl, Theo / Schnyder, Anton K.: “§56. Die Konventionalstrafe”, in: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels – und Wertpapierrechts, (Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druet) Schulthess, Zürich 2000.
- Günay, Cevdet İlhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri, Yetkin, Ankara 2016. (Günay, Borçlar)
- Günay, Cevdet İlhan: Cezaî Şart (BK m. 158-161), Turhan, Ankara 2001.
- Harwood, William S.: “Liquidated Damages: A Comparison of the Common Law and the Uniform Commercial Code”, *Fordham Law Review*, C. 45, N. 7, 1977, s. 1349-1381.
- Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuk’a Giriş, On İki Levha, İstanbul 2017.
- Hatzis, Aristides N.: “Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law”, *22 International Review of Law and Economics*, 2003, 381-406.
- Huguenin, Claire: Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess, Zürich 2014.
- Jhering, Rudolph von/Bähr Otto: Zwei Rechtsgutachten in Sachen der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen die Unternehmung des grossen Tunnels (Favre), Meyer’sche Buchdruckerei, Luzern 1884. (Jhering)
- Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin: Ceza Koşulu – Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, On İki Levha, İstanbul 2018.
- Kahraman, Zafer: Saf Garanti Taahhütleri, Vedat, İstanbul 2017.
- Kapancı, K. Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması Ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz, İstanbul 2013, s. 655-683.
- Kayar, İsmail: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Detay, İstanbul 2013.
- Kayihan, Şaban: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2016.
- Keller, Max / Schöbi, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehre des Vertragsrechts, Helbing & Lichtenhahn, Basel and Frankfurt am Main 1982.

- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan, Ankara 2016.
- Kramer, Ernst A.: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2009.
- Kocaağa, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Yetkin, Ankara 2018.
- Mackaay, Ejan: Law and Economics for Civil Law Systems, Edward Elgar, Cheltenham 2013.
- Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2017.
- Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Vedat, İstanbul 2017.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat, İstanbul 2017. (Oğuzman/ Öz, I)
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Vedat, İstanbul 2017. (Oğuzman/ Öz, II)
- Oser, Hugo / Schönenberger, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1 – 183, (A. Egger, Arnold Escher, Robert Haab, H. Oser (Ed.)), Schulthess, Zürich 1929. (ZK-Oser/Schönenberger)
- Parlak Börü, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, 2017, s. 195-228.
- Pellanda, Katja Roth: CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, (Andreas Furrer, Anton K. Schnyder (Ed.)), Schulthess, Zürich 2016. (CHK OR-Pellanda)
- Pietruszak, Thomas: Kurzkomentar Obligationenrecht, Heinrich Honsell (Ed.), Helbing Lichtenhahn, Basel 2014. (KUKO OR-Pietruszak)
- Riemer, Hans Michael: Konventionalstrafen in Gestalt von Verfall – oder Verwirkungsklauseln, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht (Hans Peter / Emil W. Stark / Pierre Tercier (Ed.)), Universitätsverlag Freiburg, Freiburg 1982, 443-452.
- Sanlı, Kerem Cem: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, XII Levha, İstanbul 2017.
- Sarı, Suat: “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, On İki Levha, İstanbul 2011, s. 299-304.
- Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Filiz, İstanbul 20016.
- Schoch, Walter: Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Stämpfli & Cie, Bern 1935.
- Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Stämpfli, Bern 2016.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: Tekinay Borçla Hukuku Genel Hükümler, Filiz, İstanbul 1993.
- Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha, İstanbul 2016.
- Tunçomağ, Kenan: “Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 1, S. 4, 1962, 558-568.
- Tunçomağ, Kenan: “Türk Hukukunda Cezai Şart”, Baha Matbaası, İstanbul 1963. (Tunçomağ, Cezai Şart)
- Uygur, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt – I, Seçkin, Ankara 2013.
- Vitkus, Simas: “Penalty Clauses within Different Legal Systems”, Social Transformation in Contemporary Society, 2013 (1), 153-162.

- Volker, Beuthien: "Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe", Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, s. 495-516.
- von Tuhr, Andreas / Escher, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Schulthess, Zürich 1974.
- Weber, Rolf H.: Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Stämpfli, Bern 2000. (BK-Weber)
- Wiegand, Wolfgang: Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing Lichtenhahn, Basel 2015. (BSK-Wiegand)
- Wuffli, Daniel: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Frankhauser (Ed.)), Orell Füssli, Zürich 2016. (OFK OR-Wuffli)

Sigorta Acentelerinin Ücret Hakkı

Commission Right of Insurance Agents

Sema AYDIN*
Sergül BALSEVER**

Öz

Çalışmamız, sigorta acentelerinin ücret isteme hakkının incelenmesini konu edinmiştir. Bu hususa ilişkin olarak her ne kadar Sigortacılık Kanunu ve Sigorta Acenteleri Yönetmeliği'nde bazı düzenlemeler mevcutsa da yeterli olduğu söylenemez. Türk Ticaret Kanunu'nun genel olarak acenteye ilişkin düzenlemeleri arasında acentenin ücret hakkına 113 ilâ 116. maddelerinde detaylı olarak yer verilmiştir. Söz konusu hükümlerin sigorta acentelerine uygulanabilirliğinin incelenmesi hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Acente, sigorta acenteleri, ücret hakkı

Abstract

The subject of this study is to analyze the commission right of insurance agents. Despite the fact that there are some regulations about this topic by Insurance Code and Insurance Agents Regulation, it is not said to be practicable. The commission right of agent have been regulated in detail under articles 113 to 116 of Turkish Commercial Code. The aim of this study is to carefully scrutinize the applicability of these articles to insurance agents.

Keywords: Agent, insurance agents, commission right

GİRİŞ

Tacirler, işletme faaliyetini yürütürken, ticari işletmelerinin merkezi dışında geniş müşteri kitlelerine ulaşmak için üçüncü kişilerin yardımına ihtiyaç duyarlar. Bunun için tacirin şube açma veyahut kendi adına eleman (pazarlamacı) istihdam etme yöntemlerine başvurması mümkündür. Ancak tacir için yeni bir şube açmak hem masraflı bir yoldur hem de işletmenin iş hacmi buna uygun olmayabilir. İstihdam edilen elemanın kararlaştırılan yer ya da bölgede faaliyetleri olumlu bir netice vermese bile, tacir, kararlaştırılan ücreti ödemek zorundadır. İşte

* Dr. Öğr. Üyesi, Yıldız Teknik Üniversitesi, İİBF İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, aydinsema@yahoo.com

** Arş. Gör., Yıldız Teknik Üniversitesi, İİBF İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, sergulturkoglu@gmail.com

bu noktada verilecek ücretin, gösterilecek faaliyetin başarıya ulaşması ya da faaliyetin olumlu sonuç vermesi şartına bağlı olması tacire ekonomik açıdan avantajlar sağlayacaktır. Ürettiği mal ve hizmeti daha geniş müşteri kitlesine ulaştırmak ancak bunu daha az maliyetle gerçekleştirmek isteyen tacir, faaliyetini ayrı bir işletme işletmek suretiyle, meslek edinerek ve bağımsız olarak icra eden acentelerden istifade edebilir.

Türk Ticaret Kanunu (TTK)¹ md. 102 uyarınca acente, bağımsız bir tacir yardımcısıdır, kendisine ait bir ticari işletmesi bulunmaktadır ve tacir ile aralarında yapılacak acentelik sözleşmesi uyarınca tacire ait mal ve hizmetlerin satılmasına aracılık etmek (aracı acente) ya da doğrudan doğruya tacir adına sözleşme yapmak (sözleşme yapan acente) üzere belli bir yer ya da bölgede sürekli olarak faaliyet göstermektedir. Sigorta acentesi de sigortacılık alanında faaliyet gösteren özel bir acente türüdür.

Sigorta, aynı veya benzer tehlikelere maruz bulunan kişiler topluluğunda rizikonun gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak ihtiyacın belli bir para (prim) karşılığında giderilmesine yönelik olarak bağımsız bir hukuki talep hakkına sahip olunmasıdır (TTK md. 1401). Sigortacılık ise bu alanda gösterilen faaliyetleri ifade eden bir kavramdır. Sigorta şirketleri, sigorta acenteleri aracılığıyla sigorta hizmetlerini ve ürünlerini daha geniş müşterilere ulaştırma imkanına kavuşurlar. Sigorta acenteleri de, sigorta şirketlerinin kurmak istedikleri sigorta sözleşmeleri konusunda müşterileri ikna etmek, sigorta sözleşmelerinin şartları ve özellikleri hakkında bilgilendirmek ve sözleşmeyi hazır hale getirmek, sigorta sözleşmelerinin akdedilmesinden sonra ihbar ve ihtar gibi beyanları yapmak, kabul etmek ve primleri tahsil etmek hususlarında faaliyet gösterirler.

Sigorta acentesi, sigorta şirketi ile üçüncü kişi (sigorta ettiren) arasında sigorta sözleşmesinin akdedilmesi için çaba harcar ve ancak başarıya ulaştığında müvekkili olan sigorta şirketinden faaliyetinin karşılığı olarak ücrete (komisyon) hak kazanır. Sigorta acentelerinin ücret hakkına ilişkin olarak Sigortacılık Kanunu (SK)² ve Sigorta Acenteleri Yönetmeliğinde (SAY)³ kapsamlı ve yeterli düzenlemeler bulunmamaktadır. Buna karşın acentenin ücret hakkı, TTK md. 113 ve TTK md. 116 hükümleri arasında dört farklı maddede sırasıyla ücrete hak kazandıran işlemler, ücrete hak kazanma zamanı, ücretin miktarı ve ücretin ödenme zamanı şeklinde düzenlenmiştir. 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nda (eTTK) acentenin ücret hakkına ilişkin hükümlerinin yetersizliği, içerdiği boşlukların uygulamada yarattığı güçlükler ve bu boşlukların yargı kararlarıyla her zaman doldurulamaması hususları⁴ göz önüne alınarak TTK ile bu konuda köklü değişiklikler yapılmış ve kapsamlı düzenlemeler öngörülmüştür.

Sigorta acentelerinin ücret isteme hakkı çalışmamızın konusunu teşkil etmektedir. Bu bağlamda öncelikle sigorta acentelerinin ücret hakkının hukuki dayanağı, sonrasında sırasıyla ücrete hak kazandıran işlemler, ücrete hak kazanma zamanı, ücretin miktarı ve ücretin ödenme zamanı,

1 RG. 27846 S. ve 14.02.2011 T.

2 RG. 26552 S. ve 14.06.2007 T.

3 RG. 28980 S. ve 22.04.2014 T.

4 Bkz. TTK md. 113 hükmünün gerekçesi

TTK'nın acenteliğe ilişkin hükümleri ile SK ve SAY hükümleri kapsamında ele alınacaktır. Özellikle TTK'nın acenteliğe ilişkin genel hükümlerinin sigorta acenteleri hakkında uygulanabilirliği irdelenecektir.

I. SİGORTA ACENTELERİNİN ÜCRET HAKKININ HUKUKİ DAYANAĞI

Sigorta acentelerinin ücret hakkına ilişkin mevzuatımızda yer alan düzenlemeler incelendiğinde Sigortacılık Kanunu ve Sigorta Acenteleri Yönetmeliği'nde çeşitli hükümlere rastlanılmaktadır. Sigortacılık Kanunu md. 23/18 hükmü ile TTK'nın acentelere ilişkin hükümlerinin sigorta acenteleri hakkında da uygulanacağı açıkça vurgulanmıştır. SAY md. 15/1 hükmünde sigorta şirketleri ile sigorta acenteleri arasında düzenlenen sigorta acenteliği sözleşmelerinde yer alacak hususlar arasında ücret hakkıyla ilgili olabilecek "...(d) *branş bazında ödenecek komisyon ve sağlanacak diğer menfaatlere ilişkin usul ve esaslar, (e) tarafların hak ve yükümlülükleri (f) poliçe düzenlenmesine, primin tahsiline ve sigorta şirketine intikaline ilişkin hükümler...*" şeklinde bentler sayıldıktan hemen sonra aynı hükmün ikinci fıkrasında "*Acentelik sözleşmelerinde TTK, SK, SAY ve diğer ilgili mevzuata aykırı olmamak kaydıyla Yönetmeliğin birinci fıkrasında sayılan hükümlere ilave hükümler yer alabilir.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu bağlamda sigorta acentelerinin ücret hakkı konusunda TTK hükümlerinin de dikkate alınacağına tereddüt yoktur.

Acentenin ücret hakkının dayanağı müvekkil ile aralarında kurulmuş olan sözleşme ilişkisidir. TTK md. 102 uyarınca; acente ile müvekkil arasında bir sözleşme ilişkisi bulunması gerekmektedir. İlgili madde uyarınca acente, tacir ile aralarındaki sözleşmeye dayalı olarak aracılıkta bulunur ya da tacir adına sözleşme yapar, dolayısıyla acentenin alacağı ücret, aracılık etme ya da sözleşme yapma faaliyetinin bir karşılığıdır⁵. Acenteye ücrete hak kazandıran işlemlerin düzenlendiği TTK md. 113 hükmü incelendiğinde; ilgili maddenin birinci fıkrası uyarınca acentenin, "*acentelik ilişkisinin devamı süresince*" kendi çabasıyla veya kazandırdığı üçüncü kişilerle kurulan işlemler için ücret isteyebileceği ve yine aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca acenteye belli bir bölge veya müşteri çevresi bırakılmışsa, "*acentelik ilişkisinin devamı süresince*" bu bölgedeki veya çevredeki müşterilerle kendi katkısı olmadan kurulan işlemler için de ücret isteyebileceği, dolayısıyla acentenin bu nitelikteki işlemler nedeniyle ücret isteyebilmesinin ön koşulunun acente ile müvekkil arasında kurulmuş bir sözleşme ilişkisinin varlığını zorunlu kıldığını söyleyebiliriz. TTK md. 113/3 hükmü ise acentelik ilişkisinin bitmesinden sonra kurulan işlemler için de acentenin belli koşullarda ücret isteme hakkı bulunduğunu düzenlemiştir. Bu hüküm acentenin ücrete hak kazanabilmesi için sözleşmenin varlığının gerekmediği şeklinde yorumlanamaz, zira acente ile müvekkil arasında başlangıçta bir acentelik ilişkisi kurulmalı ki bitmesinden sonra kurulan işlemlerden bahsedilsin.

5 Kınacıoğlu Naci, Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara, 1963, s. 57; İmregün Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 12. Bs., 2001, s. 137; Kayıhan Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 5. Bs., Ankara, 2018, s. 129; Alışkan Murat/Gençtürk Muharrem, "Acentenin Komisyon Hakkı, Özellikle TTK'nun 129. Maddesine Göre Komisyona Hak Kazanma Anı Bakımından Aracı Acente ile Sözleşme Yapan Acente Arasında Fark Olup Olmadığı Sorunu", Bilgi Toplumunda Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 1, 2003, s. 20.

Acenteyi düzenleyen TTK hükümleri incelendiğinde acentelik sözleşmesinin herhangi geçerlilik şartına bağlanmadığı ancak bazı hallerde yazılı olma koşulunun arandığı görülmektedir. Kanunda yazılı olma koşulunun arandığı haller; tekel hakkının kaldırılması (TTK md. 104), acentenin bizzat teslim etmediği malların bedelini kabzetmesi ve bedelini bizzat ödemediği malları teslim alması (TTK md. 106), müvekkil adına sözleşme yapma yetkisinin verilmesi (TTK md. 107) ile sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşmalarının yapılması (TTK md. 123) şeklindedir. Yazılı olma koşulunu arayan bu hükümler, genel olarak acentelik sözleşmesinin de yazılı yapılması gerektiği şeklinde yorumlanamaz⁶. Zira TBK md. 12 hükmünde, kanunda aksi öngörülmedikçe, sözleşmelerin geçerliliğinin hiçbir şekle bağlı olmadığı öngörülmüştür. Sigorta şirketi ile sigorta acentesi arasında akdedilecek sözleşmenin şekle tabi olup olmadığı hususunda SK ve SAY'da da herhangi bir düzenleme bulunmadığından, sigorta acenteliği sözleşmelerinin geçerliliği şekle tabi değildir⁷. Bununla birlikte taraflar arasında acentelik sözleşmesinin kurulduğunu ispat edebilmek bakımından acentelik sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının önemi yadsınamaz.

Sigorta acentelerine acentelik yetkisinin özel bir vekaletnameyle verileceği; acentelik yetkisi verilen vekaletnamelerde faaliyette bulunulacak sigorta dalları ve bu dallar kapsamında tanınacak yetkilerin belirtileceği; vekâletnamelerin usulü dairesinde tescil ve ilan ettirileceği; acentelik yetkilerinin kapsam ve sınırında yapılacak değişiklikler ile bu yetkilerin kısmen veya tamamen kaldırılmasının da aynı merasime tabi olduğu düzenlenmiştir (SAY md. 14/1)⁸.

Sigorta şirketleri tarafından acentelik yetkisi verilecek olanların levha kaydının bulunması zorunludur⁹. Levha kaydı bulunmayanlara sigorta acenteliği yetkisi verilemez ve acentelik sözleşmesinin tesciline ilişkin işlemlerde levha kaydı görülmeden kayıt yapılmaz (SAY md. 14/3). Önemle belirtmeliyiz ki levhaya kayıtlı olma, o gerçek veya tüzel kişinin sigorta acenteliği faaliyetinde bulunabileceğini gösterir, yoksa sigorta acentesi olduğunu değil¹⁰. Diğer bir deyişle, sigorta acentesi niteliğinde olup olmamayı TTK md. 102 ile SK md. 2 hükümlerindeki acente tanımının unsurları belirler, levhaya kayıtlı olma ise sadece sigortacılık faaliyetine başlama bakımından belirleyicidir.

Acentelik ilişkisi, her iki tarafa borç yükleyen ve haklar sağlayan bir sözleşmedir¹¹. Acentenin temel hakkı olan ücret hakkı, sözleşmenin karşı tarafı müvekkil bakımından da aynı zamanda

6 Kaya Arslan (Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Nomer-Ertan N. Fusun), Ticari İşletme Hukuku, 5. Bs., İstanbul, 2015, s. 774, N. 1674; Kaya Arslan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Acentelik, İstanbul, 2016, s. 9, N. 04b.

7 Yazıcıoğlu Emine, Sigorta Aracıları Hukuku-I, İstanbul, 2010, s. 125.

8 TTK ve SK hükümlerinde sigorta acenteliği sözleşmelerinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlanmadığı halde, Yönetmelik hükmü ile özel vekaletname şartının yanı sıra içerik ve tescil şartı getirilmesi normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple Yönetmelik hükmü ile getirilen tüm koşulları geçerlilik şartı olarak değil de ispat şartı olarak anlamak hukuk tekniği bakımından daha isabetli olacaktır.

9 Sigorta acenteliği yapacak gerçek ya da tüzel kişilerin Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından düzenlenen ve faal olarak çalışanlara ilişkin kayıtları gösteren levhaya kayıt olmaları gerekmektedir. Levhaya kaydedilmeden önce Hazine Müsteşarlığından uygunluk belgesi almaları da gerekmektedir (SAY md. 10).

10 Yazıcıoğlu, s. 104.

11 Kaya (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Nomer-Ertan), 2015, s. 809, N. 1796; Kaya Mustafa İsmail, Acentelik Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 182; Kayıhan, s. 129; Alışkan/Gençtürk, s. 19-20. Sigorta acenteliği sözleşmesinde

temel borç niteliği taşır. Nitekim müvekkilin borçlarının sıralandığı TTK md. 120/1/e bendinde de, ücret hakkı kanun koyucu tarafından zikredilmiştir. Müvekkilin borçları sayıldıktan hemen sonra, bu maddeye aykırı şartların acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersiz olacağına dair nispi emredici bir düzenleme öngörülmüştür (TTK md. 120/2). Bu hükümlerle getirilen, acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersizlik yaptırımının, konumuzun kapsamı olan ücret hakkıyla ilişkisi irdelenmelidir. Emredici olan husus, acentenin istemeye hak kazandığı ücretin onun tarafına ödenmesi olgusudur, yoksa acentenin ücret hakkının koşullarını belirleyen kanun hükümlerinin sözleşme ile aksinin hiç kararlaştırılmayacağı değildir¹². Dolayısıyla taraflar arasında yapılacak acentelik sözleşmelerinde ücrete hak kazandıran işlemler, ücrete hak kazanma zamanı, ücretin miktarı ve ücretin ödenme zamanına ilişkin olarak kanuni düzenlemelerden ayrılan çeşitli değişiklikler yapılabilir. Örneğin, taraflar, TTK md. 113'de sayılanlar dışındaki işlemlerin de ücrete hak kazandıracaklarını düzenleyebilecekleri gibi, TTK md. 113'de sayılan bazı işlemler nedeniyle acentenin ücret hakkının doğmayacağını kabul edebilirler.

Sigorta acentelerinin ücret hakkının hukuki dayanağını da sigorta şirketi ile sigorta acentesi arasında akdedilen sigorta acenteliği sözleşmesi oluşturmaktadır. SAY md. 15/1 hükmünde sigorta acenteliğinde bulunacak hususlara yer verilmiştir¹³. TTK ve SK'nın emredici hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla sözleşme serbestisi çerçevesinde oluşturulan sigorta acenteliği sözleşmeleri, sigorta acentesinin ücret hakkı bakımından belirleyici olacaktır.

II. SİGORTA ACENTELEİNE ÜCRET HAKKI KAZANDIRAN İŞLEMLER

Genel olarak acentenin ücrete hak kazandığı işlemler, TTK md. 113'te düzenlenmiştir. İlgili madde, acentenin ücret hakkına ilişkin temel ilkeleri ortaya koymaktadır. TTK md. 113/1'de; acentelik ilişkisinin devamı süresince, acentenin kendi çabasıyla veya aynı nitelikteki işlemler için kazandırdığı üçüncü kişilerle kurulan işlemler için ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir. TTK md. 113/2'de; kendisine belli bir bölge veya müşteri çevresi bırakılan acentenin hiçbir katkısı olmaksızın tekel bölgesi içinde yapılan işlemler için ücrete hak kazanacağına yer verilmiştir. Her iki hâlde; ücret hakkı önceki bir acenteye ait olduğu ölçüde doğmayacaktır. TTK md. 113/3'te;

edimler arasında bir değişimin söz konusu olmadığı, bu sebeple eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olduğu yönünde bkz. Yazıcıoğlu, s. 129.

12 Kaya, Şerh, s. 139-140, N. 04. Kaya, Acentelik, s. 184, dn. 9.

13 *Acentelik sözleşmesi*

Md 15/1: Aşağıda belirtilen hususlar sigorta şirketleriyle acenteler arasında yapılacak acentelik sözleşmelerinde düzenlenir.

a) Sözleşmenin tarafları.

b) Sözleşmenin süresi, yenileme ve fesih şartları.

c) Acenteye verilen yetkinin sigorta branşları itibarıyla kapsamı ve coğrafi sınırı.

ç) Levha kayıt numarası veya 13 üncü maddedeki kurum ve kuruluşlar için kayıt numarası.

d) Branş bazında ödenecek komisyon ve sağlanacak diğer menfaatlere ilişkin usul ve esaslar.

e) Tarafların hak ve yükümlülükleri.

f) Poliçe düzenlenmesine, primin tahsiline ve sigorta şirketine intikaline ilişkin hükümler.

g) Hesap mutabakatına ilişkin hükümler.

ğ) Tesis edilecek teminata ilişkin hükümler.

acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra kurulan işlemlerde hangi şartlar altında ücrete hak kazanılacağı düzenlenmiştir. TTK md. 113'ün son fıkrasında ise; müvekkilin talimatları doğrultusunda acentenin tahsil ettiği paralar için tahsil ücretine hak kazanacağı belirtilmiştir. Tahsil komisyonuna ilişkin bu düzenleme, 6102 sayılı TTK ile getirilmiş bir yeniliktir.

Yeni bir sistem getirilerek tümüyle değiştirilen acentenin ücret hakkına ilişkin hükümler (TTK md. 113-116), emredici nitelikte olmayıp, yedek hüküm niteliğindedir¹⁴. Sigorta şirketi ile sigorta acentesi, ücrete hak kazanma koşullarına, ücretin miktarına, ücretin ödenme zamanına ilişkin TTK'da yer alan düzenlemelerin aksini öngörebilirler. Daha önce ifade ettiğimiz gibi TTK md. 120'de yer alan düzenleme bu noktada ayrı önem arz etmektedir¹⁵. İlgili hükme göre acente aleyhine kazanılmış olan ücretin ödenmesine ilişkin sözleşme yapılamaz. Ancak henüz ücrete hak kazanılmadan, nasıl kazanılacağına dair koşullar, ücretin ödenme zamanı ile miktarına ilişkin şartlar sigorta şirketi ile sigorta acentesinin karşılıklı anlaşmasıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde düzenlenebilir.

Bu noktada gündeme gelebilecek diğer bir soru, acaba acentelik sözleşmesinde ücret hakkı hiç düzenlenmemişse acente ücrete hak kazanabilecek midir? Acentenin ücret hakkının varlığı, acentelik sözleşmesinde bu yönde açık bir düzenlemenin bulunmasına bağlı değildir. Zira TTK md. 20 hükmü uyarınca acentenin meslek olarak yürüttüğü acentelik faaliyeti kapsamında yaptığı iş ya da görmüş olduğu hizmet karşılığında, tacir sıfatı sebebiyle ücret isteme hakkı mevcuttur. Bu husus acentenin tacir sıfatına bağlanan bir sonuçtur ve sözleşme ile kararlaştırılmış olması gerekmez¹⁶.

A. SİGORTA ACENTESİNİN KENDİ ÇABASIYLA VEYA KATKISIYLA KURULAN İŞLEMLER

Acente, TTK md. 113/1 gereğince acentelik ilişkisinin devamı süresince (i) kendi çabasıyla veya (ii) katkısı sonucu kurulan işlemler nedeniyle ücrete hak kazanır. İlk varsayım olan acentenin kendi çabası sonucu ortaya çıkan yani faaliyetinin ürünü olan işlemler, acentenin ücrete hak kazandığı en klasik haldir. İkinci varsayım olan aynı nitelikteki işlemler için herhangi bir şekilde müşteri olarak kazandırılan üçüncü kişiler ile müvekkilin yaptığı işlemler sebebiyle ücrete hak kazanılması ise acenteyi korumak için getirilmiştir¹⁷.

Acente sadece çabası sonucu değil, etkisi/katkısı neticesinde kurulan işlemler için de ücrete hak kazanır¹⁸. O hâlde sigorta acentesi, bizzat aracılık faaliyeti yapmasa veya sigorta şirketi adı ve

14 Kaya, Şerh, s. 139-140, N. 04.

15 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. yukarıda "II. Sigorta Acentelerinin Ücret Hakkının Hukuki Dayanağı"

16 Kaya, Şerh, s. 141, N. 08.

17 Bkz. TTK md. 113/1 hükmünün gerekçesi.

18 Bu husus, mülga TTK'da düzenlenmediği hâlde yabancı hukuk mevzuatlarında (AlmTK. 87/1; İsvBK. 418g/1) düzenlenmiş ve öğreti tarafından tartışma konusu edilmiştir. (Tartışmalar için bkz. Kayhan, s. 132-133) Hükmün kabulüyle hukukumuzda bulunan bir eksiklik giderilmiştir. Maddelerin Türkçe çevirileri için bkz. Kaya, Şerh; s. 136-137.

hesabına üçüncü kişi ile bizzat sözleşme kurmasa dahi, üçüncü kişinin (sigorta ettiren), sigorta şirketi ile doğrudan veya başkasının aracılığıyla sigorta sözleşmesi akdetmesine dolaylı etki/katkıda bulunmuşsa ücrete hak kazanır. Bu husus gerekçede “*Mesela, acente kendi bölgesinde bulunsun bulunmasın bir grubu veya kişiyi müvekkili ile (belli bir sözleşme temelinde değil, genel olarak) iş yapmaya ikna edebilir veya onun bu konudaki olumsuz kanaatini değiştirmesinde, direncinin kırılmasında rol oynayabilir.*” şeklinde örneklendirilerek açıklanmıştır¹⁹. Acenteyi, acentenin müşteri bulma çabasını, acentenin müşteri portföyünü korumak amacıyla getirilmiştir. O hâlde sigorta acentesinin ilk kez bulduğu ve işlem yaptığı müşterilerle, acentelik ilişkisi sürerken daha sonra sigorta şirketinin, sigorta acentesinin katkısı olmaksızın aynı türden başka sigorta işlemleri²⁰ akdetmesi halinde; sigorta acentesi yine ücrete hak kazanabilecektir. Sigorta ilişkilerinde sigorta acentesinin sürekli yeni müşteriler kazandırmasının olağan olmadığı, daha ziyade sürüp giden sigorta sözleşmelerinin yenilenmesinin söz konusu olduğu²¹ dikkate alındığında, katkı nedeniyle ücrete hak kazanma halinin sigortacılık sektörünün ihtiyaçlarına tam anlamıyla cevap verdiğini söyleyebiliriz. Özetle, acente kendisinin kazandırdığı ancak katkısı olmaksızın kurulan sigorta sözleşmeleri için ücret talep edebilecektir.

Aynı nitelikteki devam eden işlemler için acentenin ücret isteme hakkına sahip olmayacağı yönünde acentelik sözleşmesine hüküm konulabilir. Her ne kadar katkı sebebiyle kazanılan ücret hakkının aksinin öngörülebileceği TTK’da açıkça belirtilmese de²², acentenin ücret hakkını şekillendiren hükümlerin yedek hukuk kuralı olmasının doğal bir sonucu olarak, aynı nitelikte devam eden işlemler için acentenin ücrete hak kazanmayacağı kararlaştırılabilir. Bu hususta ayrıca ek koşullar getirilmesi de mümkündür²³.

Sigorta acentesi, sigorta şirketi ile sigorta ettiren arasında kurulan işlemin kendi katkısı veya çabası sonucu doğduğunu ispatla yükümlüdür²⁴. Dolayısıyla acente işlemin, kendi çabası veya katkısı ile kurulduğunu sigorta şirketine ispatladığında ücrete hak kazanır.

Gerek çaba gerekse katkı nedeniyle sigorta acentesinin ücret hakkının doğması için; öncelikle sigorta şirketi ile aralarında geçerli bir sigorta acenteliği ilişkisinin/sözleşmesinin bulunması ve daha sonra acentenin çabası ya da katkısı sonucu müşteri (sigorta ettiren) ile sigorta sözleşmesinin kurulması gerekir.

19 Bkz. TTK md. 113/1 hükmünün gerekçesi.

20 Özellikle farklı sigorta türlerinden sözleşme akdedilmesi hallerinde acentenin dolaylı katkısı ile akdedilen sigorta sözleşmesi arasındaki nedensellik bağına bakılarak somut olay nezdinde bir değerlendirme yapılmalıdır.

21 Ayan Özge, Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Ankara, 2008, s. 228; Karaege Özge, Acentenin Ücret Hakkı, Ankara, 2016, s. 277.

22 Oysa İsvBK. md. 418g/1 hükmünde katkı nedeniyle kazanılan ücret hakkının aksinin kararlaştırılabileceği açıkça ifade edilmiştir.

23 Kaya Mustafa İsmail, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentenin Ücrete Hak Kazandığı Haller ve Ücrete Hak Kazanma Zamanı”, Batider, 2008, C. 24, s. 25-26; Kaya, Acentelik, s. 201-202.

24 Kaya, Şerh, s. 142, N. 10; Kaya, Ücret Hakkı, s. 24; Kaya, Acentelik, s. 200 ve s. 201 dn. 72.

1. Sigorta Acenteliği İlişkisinin Varlığı ve Devamı

Sigorta acentesinin TTK md. 113/1 uyarınca; kendisine ücret hakkı kazandıran hükümden yararlanabilmesi için sigorta şirketi ile aralarında hukuken geçerli bir acentelik sözleşmesinin bulunması gerekmektedir. Zira “...*acentelik ilişkisinin devamı süresince...*” şeklinde hükmün açık lafzı da bu durumu teyit eder niteliktedir²⁵.

Sigorta acentesi SK md. 2/1/1 hükmünde tanımlanmıştır. Anılan hükme göre sigorta acentesi “*Ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimî bir surette sigorta şirketlerinin nam ve hesabına sigorta sözleşmelerine aracılık etmeyi veya bunları sigorta şirketleri adına yapmayı meslek edinen, sözleşmenin akdinden önce hazırlık çalışmalarını yürüten ve sözleşmenin uygulanması ile tazminatın ödenmesinde yardımcı olan kişiyi*” ifade eder. TTK md. 102 hükmünde yer alan acentenin genel tanımından farklı olarak, sigorta sözleşmesinin akdinden önce hazırlık çalışmalarının yürütüleceği ve sözleşmenin uygulanmasıyla üçüncü kişiye tazminatın ödenmesine yardımcı olunacağı ayrıca ifade edilmiştir. Burada söylenenler esasen sigorta acentesinin vereceği hizmetin detaylandırılmış halinden başka bir şey değildir²⁶.

Uygulamada sigorta acenteleri (A) acenteleri grubu ve (B) acenteleri grubu şeklinde ikiye ayrılırlar. (A) acenteleri, sigorta şirketini temsilen sözleşmeye yapmaya yetkili olanları; (B) acenteleri ise aracı nitelikte olanları ifade eder²⁷.

Sigortacılık alanında acentenin özellik arz eden bir takım görev ve yetkileri bulunmaktadır. Öncelikle acente, müvekkili sigorta şirketinin menfaatlerini korumakla yükümlüdür, sigorta sözleşmelerinin yapılması için üçüncü kişilerle temas kurmalı ve onları ikna etmelidir. Diğer yandan ise acente, üçüncü kişileri (sigorta ettiren) sigortanın şartları hakkında aydınlatmakla yükümlüdür²⁸. Sigorta sözleşmesinin kurulmasından sonra da acentelik ilişkisinin niteliğine göre, kanuni ihbarların yapılması, primlerin tahsili ve diğer işlemler için acente görevli kılınabilir.

2. Hukuken Geçerli Sigorta Sözleşmesinin Varlığı

Sigorta acentesinin çabası ve katkısı sonucunda ücrete hak kazanabilmesi için, acentelik ilişkisinin devamı sırasında, sigorta şirketi ile üçüncü kişi (sigorta ettiren) arasında irade özgürlüğü

25 Yargıtay 11. HD, 21.10.2016 tarih ve 961/8319 sayılı kararında, acentenin ücreti hak kazanabilmesi için, akdettiği ya da aracılık ettiği işlemlerin acentelik ilişkisinin devamı esnasında vuku bulması gerektiğini belirtmiştir. (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin Kararları (2015-2016), İstanbul, 2018, s. 255)

26 Kender Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 12. Bs., İstanbul, 2013, s. 120. TTK md. 102 hükmündeki acente tanımına rağmen SK'da ayrıca bir tanıma yer verilmesinin gereksiz olduğu yönünde bkz. Kayıhan, s. 53.

27 Kender, s. 121; Çeker Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, 6. Bs., Adana, 2013, s. 45; Kayıhan, s. 54; Kaya, Acentelik, s. 25; Karaege, s. 266-267; Narbay Şafak/Güllüce Muhammed Ali, “Türk Hukukunda Sigorta Acenteleri”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C. 22 S. 3, s. 1976.

28 Kender, s. 118 ve 122; Yazıcıoğlu, s. 35 vd, s. 157.

çerçevesinde kurulmuş, sakatlanmamış ve hukuken geçerli bir sigorta sözleşmesinin varlığı şarttır²⁹. Dolayısıyla kurucu unsurlarda eksiklik nedeniyle yoklukla malul; hukuka, ahlaka, emredici hükümlere aykırılık veya şekle aykırılık gibi nedenlerle bir şekilde butlanla malul sigorta sözleşmeleri acenteye ücret hakkı kazandırmaz³⁰. Kabili iptal sigorta sözleşmeleri bakımından ise irade sakatlıkları sebebiyle sözleşme iptal edildiğinde, sigorta şirketi acentenin ücret talebini geri çevirecek veyahut ödediği ücretin iadesini talep edecektir. Örneğin sigorta acentesinin, sadece ücret hakkı elde etmek için hesap ve kart bilgilerine sahip olduğu müşterisinin imzasını taklit ederek hukuka aykırı olarak akdettiği sigorta sözleşmesi ücret hakkı kazandırmaz; şayet bu işlem nedeniyle bir şekilde ücret almışsa, sözleşmenin geçersizliği halinde aldığı ücreti iade etmek durumunda kalır.

Sigorta acentesinin faaliyeti ile kurulan işlem arasında bir nedensellik ilişkisi bulunmalıdır³¹. Başka bir deyişle; sigorta sözleşmesi, sigorta acentesinin çabası veya katkısı sonucu akdedilmiş olmalıdır. Acentenin faaliyetinin, işlemin kurulmasında gerekli olan tek ya da en önemli sebep olmasını aramamak gerekir³². Sigorta sözleşmesinin kurulmasında başka etkenlerin varlığı acentenin ücret hakkına engel olmamalı, sigorta acentesinin çabasının objektif olarak bulunması yeterli kabul edilmelidir³³. Acentenin doğrudan çabasıyla değil de, dolaylı etkisi/katkısı ile kurulan işlemlerde ise; nedensellik bağı varsayım olarak kabul edilmektedir³⁴.

Sigorta şirketi ile sigorta ettiren arasında ön sözleşme akdedilmesi veya sözleşme vadinin gerçekleşmesi durumunda sigorta acentesi doğrudan³⁵ ücrete hak kazanamayacaktır³⁶. Görüldüğü üzere, sigorta acentesinin ücrete hak kazanabilmesi için sadece çaba göstermesi yeterli değildir, başarıya ulaşması aranmaktadır. Söz konusu başarı ise sözleşmenin hukuken geçerli bir şekilde kurulmasıdır. Bunun yanı sıra sigorta şirketi, sigorta acentesinin zararına yönelik olarak ve kasıtlı bir şekilde sözleşmeyi kurmazsa, sigorta acentesi bu durumu ispat etmek koşuluyla tazminat talep edebilecektir³⁷.

Müvekkil ile müşteri arasındaki sözleşmesinin, koşula bağlanması halinde, acentenin ücrete ne şekilde hak kazanacağını incelemekte yarar bulunmaktadır. Sözleşme geciktirici koşula bağlanmış

29 Kaya, Şerh, s. 144, N. 10a; Kaya, Acentelik, s. 192-193.

30 Buna ek olarak Yargıtay 11. HD, 21.10.2016 tarih ve 961/8319 sayılı kararında, acentenin destekleyici faaliyetleri kapsamında sayılabilecek olan formların doldurulmasına yönelik yazılım veya çeviri eylemi gibi işlemlerin ücret hakkı kazandırmayacağı vurgulanmıştır. (İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, s. 254)

31 Kınacıoğlu, s. 59; Kaya, Şerh, s. 143-144, N. 10a; Kaya, Ücret Hakkı, s. 23; Kaya, Acentelik, s. 197-198; Kayıhan, s. 131; Alışkan/Gençtürk, s. 22. Yargıtay 11. HD, 21.10.2016 tarih ve 961/8319 sayılı kararında, acentenin faaliyeti ile işlemin kurulması arasında, gerek aracılık etme ve gerekse akdetme bakımından nedenselliğin bulunmasını ücrete hak kazanma şartı olarak karşımıza çıktığını belirtmiştir. (İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, s. 255)

32 Kaya, Şerh, s. 143-144, N. 10a; Kaya, Ücret Hakkı, s. 23; Kaya, Acentelik, s. 198.

33 Kaya, Şerh, s. 143-144, N.10a; Kaya, Ücret Hakkı, s. 23; Kaya, Acentelik, s. 198.

34 Kınacıoğlu, s. 60; Kaya, Ücret Hakkı, s. 25; Kaya, Acentelik, s. 201.

35 Acentenin bu ihtimalde doğrudan ücrete hak kazanmayacak olmasına karşın, TTK md. 113/3 kapsamına giren ön sözleşme ve sözleşme vaatlerinde dolaylı olarak ücrete hak kazanabileceği hakkında bkz. Kaya, Şerh, s. 144, N. 11.

36 Bkz. TTK md. 113/1 hükmünün gerekçesi.

37 Kaya, Şerh, s. 145, N. 14.

ise; kural olarak sözleşmenin hüküm ifade etmesi, koşulun gerçekleştiği andan itibaren başlar (TBK md. 170). Dolayısıyla geciktirici koşul, gerçekleşene kadar ya da sözleşme hüküm ifade edene kadar acente ücret talebinde bulunamayacaktır³⁸. Koşula bağlı sözleşmenin hüküm ifade etmesi geciktirici koşulun gerçekleşmesine bağlı olmakla birlikte, sözleşmenin yapılmasıyla hukuki işlem doğmuştur ve taraflar geciktirici koşul gerçekleşinceye dek sözleşmedeki borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür. Başka bir deyişle; henüz şartın konusunu teşkil eden geciktirici olgunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmemektedir ve bu belirsizlik aşamasında bile taraflar birbirine bağlıdır³⁹. Bu sebeple geciktirici şarta bağlı sigorta sözleşmeleri bakımında sigorta şirketi, şartın gerçekleşmesini engelleyici veya geciktirici bir tavır ve harekette bulunursa sigorta acentesi ücrete hak kazanacaktır. Zira şarta bağlı sözleşmelerde taraflardan biri şartın gerçekleşmesini dürüstlük kuralına aykırı şekilde engellerse şart gerçekleşmiş gibi sözleşme sonuç doğuracaktır (TBK. md. 175). Öte yandan taraflar şart yokmuş gibi borçlarını ifa ederlerse veyahut geciktirici şartın kesin olarak gerçekleşmeyeceğinin anlaşılmasından sonra sözleşme ile bağlı olduklarını beyan ederlerse, acente yine ücrete hak kazanacaktır⁴⁰.

Sözleşme bozucu şarta bağlanmış ise; yapılan işlem hukuki etkisini derhal doğurur ancak bozucu şart gerçekleşirse işlem hükümsüz olur⁴¹. O hâlde sigorta sözleşmesi geçerli şekilde sigorta şirketi ile sigorta ettiren arasında kurulduğunda sigorta acentesi ücrete hak kazanır ancak bozucu şart gerçekleşir ve sözleşme hükümsüz olursa, acente ücret talebinde bulunamaz. Bozucu şart gerçekleşinceye kadar acentenin almış olduğu ücreti iade mecburiyeti olduğunu belirten görüşe⁴² karşın; acentenin görevinin esasen sözleşmeye aracılık etmek olduğu ve bozucu şartla birlikte aracılık etmiş olduğu sözleşmenin hükümsüz kalması halinde kendisine ücret ödenmesinin hakkaniyete uygun olduğu görüşü de savunulmaktadır⁴³.

B. SİGORTA ACENTESİNİN TEKEL HAKKINA DAYALI İŞLEMLER

Acenteye belli bir bölge veya müşteri çevresi bırakılmışsa, acentelik ilişkisinin devamı süresince bu bölgedeki veya çevredeki müşterilerle kendi katkısı olmadan kurulan işlemler için acentenin ücret isteyebilir (TTK md. 113/2). Söz konusu hüküm hem aracı hem de sözleşme yapan acenteler için caridir⁴⁴.

38 Kaya, Şerh, s. 144, N. 12; Kaya, Ücret Hakkı, s. 21; Kaya, Acentelik, s. 194.

39 Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Mustafa, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bs., İstanbul, 1993, s. 333.

40 Kaya, Ücret Hakkı, s. 21; Kaya, Acentelik, s. 194.

41 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 330.

42 Karayağçın Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bs., C. 1, Ankara, 1960, s. 417; Karayağçın Yaşar, Ticaret Hukuku, 3. Bs., Ankara, 1968, s. 526; Kaya, Şerh, s. 144, N. 12; Kayıhan, s. 140.

43 Kaya, Ücret Hakkı, s. 21; Kaya, Acentelik, s. 195.

44 Poroy/Yasaman, s. 253; Kayıhan, s. 135.

Tekel hakkı hem müvekkil hem de acente bakımından çift yönlü münhasırlık sağlar. Müvekkil, yazılı olarak aksi kararlaştırılmadıkça, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı ile ilgili olarak birden fazla acente atayamayacağı gibi acente de aynı yer veya bölgede, birbirleriyle rekabette bulunan birden çok ticari işletme hesabına acentelik yapamaz (TTK md. 104). Kanunda ilke olarak *tek acente-tek müvekkil* kuralı tesis edilmiştir⁴⁵ ancak hüküm emredici nitelikte olmadığı için taraflar aksini yazılı olarak kararlaştırabileceklerdir. Dolayısıyla yazılı olarak tekel hakkı kaldırılan bir sigorta acentesinin bölgesi veya çevresinde sigorta şirketi doğrudan ya da dolaylı olarak müşteri ile işlem yaparsa artık acente ücrete hak kazanamayacaktır, meğerki acente TTK md. 113/1 veya md. 113/3 uyarınca ücrete hak kazansın⁴⁶. TTK md. 104 hükmü sigorta acenteleri hakkında da geçerli olup, sigorta acentesinin tekel hakkı, faaliyet alanı olarak belirlenen yer ve acentelik yetkisi verilen branş veya branşa dahil sigorta türleri ile sınırlıdır⁴⁷.

Tekel hakkına dayalı olarak kurulan işlemler ile acentenin çabası veya katkısı arasında bir nedensellik ilişkisi aranmaz, işlemin tekel hakkı kapsamına girmesi yeterlidir⁴⁸. Nitekim maddenin gerekçesinde de bu husus; “...*hükümün öngörülmesinin temelindeki düşünce tekel bölgesi içinde yapılan işlemlerin tümünde acentenin etkisi ve başarısının bulunduğu varsayımı değil, o işlemi zaten aracı veya sözleşme olarak acentenin gerçekleştireceği şeklindeki nesnel adalet kavramından kaynaklanan kabuldür...*” şeklinde belirtilmektedir.

Sigorta acentesinin tekel hakkına dayalı olarak ücret talep edebilmesi için öncelikle, belli bir yer ya da bölgede, belli bir faaliyet yetkisine ilişkin tekel hakkına sahip olması gerekir. İkinci olarak kendisine ayrılan yer veya bölgede bulunan müşterilerle ve yine kendisine tahsis edilen faaliyet alanı (görev ve yetkisi) kapsamında, kendi katkısı olmadan doğrudan ya da başka bir sigorta acentesi vasıtasıyla sigorta sözleşmesi kurulmuş olmalıdır. Acentenin tekel hakkına dayalı olarak ücrete hak kazanması, emredici nitelikte bir hüküm olmadığı için acentelik sözleşmesinde bu hakkın kaldırılmamış ya da kısıtlanmamış olması gerekmektedir. Şartlar sağlandığında sigorta acentesi, tekel hakkına dayalı olarak akdedilen sigorta sözleşmeleri için ücret talep edebilecektir.

Acenteye münhasır kılınan belli bölge veya müşteri çevresi içindeki kişinin nasıl tespit edileceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, işlem kurulan kişinin, acentenin tekelinde bulunan belirli bölge veya müşteri çevresi içinde ikamet ediyor veya ticari faaliyetini sürdürüyor olması gerekmektedir⁴⁹. Diğer görüşe göre ise; işlem yapılan kişinin acenteye tahsis edilen bölge içinde ikamet ediyor olma koşulunu aramak isabetli değildir, söz konusu kişinin o bölgede fiili olarak bulunması yeterlidir⁵⁰. Kanaatimizce müşterinin acenteye tahsis edilen bölge içinde

45 Teoman Ömer (Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan/Nomer-Ertan N. Fusun), Ticari İşletme Hukuku, 3. Bs., İstanbul, 2009, s. 630, N. 1948; Kaya, Şerh, s. 45, N. 04.

46 Kaya, Şerh, s. 146, N. 15a.

47 Kender, s. 124, dn. 124; Yazıcıoğlu, s. 202.

48 Kınacıoğlu, s. 60; Kaya, Şerh, s. 145, N. 15; Kaya, Ücret Hakkı, s. 29; Kaya, Acentelik, s. 206.

49 Kınacıoğlu, s. 60; İmregün, s. 134; Kaya, Şerh, s. 146, N. 15b; Kaya, Ücret Hakkı, s. 31; Kaya, Acentelik, s. 209; Yazıcıoğlu, s. 204.

50 Franko Nisim, “Acentanın Ücret Hakkı (TTK. Mad. 128-131)”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 165; Kayıhan, s. 134.

ikamet etme koşulu, acentenin tekel hakkına dayalı olarak ücrete hak kazanabilmesinde şüphesiz yol göstericidir. Ancak bu unsuru katı bir şekilde aramak doğru olmayacaktır. Diğer bir anlatımla, acenteye ayrılan bölge veya çevre içinde medeni hukuk anlamında yerleşim yerine sahip olmasa dahi faaliyetlerini sürdürmesi, işlemin, acentenin tekelinde bulunan bölgede ya da müşterilerle yapılması acentenin tekel hakkına dayalı olarak ücrete hak kazanmasında yeterli olacaktır. Bunun yanı sıra; geçici veya tesadüfen acentenin tekel bölgesinde bulunan üçüncü kişilerle sigorta şirketinin doğrudan veya başkaları aracılığıyla işlem kurması halinde sigorta acentesi ücrete hak kazanamayacaktır.

Acentenin tekel hakkı kapsamında hak kazandığı ücretin miktarı belirlenirken, acentenin normal faaliyeti sonucu (aracılık ettiği veya akdettiği sözleşmeler) müvekkilden talep ettiği ücretten farklılaştırılması geçerlidir⁵¹. Zira tekel hakkına dayalı olarak ücret elde eden acente bizzat aracılık ettiği veya sözleşme akdettiği faaliyetlerine nazaran herhangi bir olağan masraf altına girmemektedir. Bu sebeple olağan masraflar düşüldükten sonra acenteye tekel hakkı kapsamında hak kazandığı ücret ödenmelidir. Nitekim TTK. md. 117 hükmü uyarınca, acente sadece yaptığı olağanüstü masrafları müvekkilden talep edebilir, bunun sonucu olarak da olağan, zorunlu masrafları acente bizzat karşılamak zorundadır, meğerki aksi sözleşme ile kararlaştırılmış olsun⁵². Masrafların olağan veya olağanüstü olduğuna dair niteleme somut olay bazında değerlendirilecektir⁵³.

Öte yandan müvekkilin acentenin tekel hakkı bölgesinde veya müşteri çevresinde doğrudan kurduğu işlemler açısından bazen dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğabilir. Müvekkilin acentenin bölgesinde yapacağı işlem hakkında acenteden yardım istemesi, aracılık faaliyeti talep etmesi halinde; acente ne de olsa ücret kazanacağı düşüncesiyle işi savsaklarsa, pasif kalırsa, acentenin ücret talebi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir⁵⁴. Bu durumda müvekkil acentenin yükümlülüklerine uygun hareket etmediği gerekçesiyle ücret ödemekten kaçınamaz ancak acentelik ilişkisinin TTK md. 121 uyarınca feshi açısından haklı sebep doğmuş olacaktır⁵⁵.

Tekel hakkı ihlal edilen sigorta acentesinin, kazandığı ücreti aşan bir zararı olursa, ücretin yanı sıra tazminat hakkı da doğar⁵⁶.

51 Kaya, Şerh, s. 146, N. 15d; Kayıhan, s. 135.

52 Arkan, s. 230-231; Kaya, Şerh, s. 182-183, N. 3.

53 Yargıtay 11. HD, 09.06.2016 2015-14273/6361 sayılı kararında, taraflar arasındaki ticari ilişkinin niteliği ve yaklaşık 2 yıl devam ettiği, davacının uzun yıllardır ticaretle uğraştığı da dikkate alındığında fesih masrafının ve kuruluş masrafı adı altında talep edilen, bir tacirin ticari işletme açabilmek için yaptığı yasal masraflar olarak kabul edilebilecek "ipotek masrafı, yerel gazete ilanı, sözleşme noter tasdiki, ticaret sicil gazetesi ilanı gibi" zarar kalemlerinin davalıdan talep edilmesinin mümkün olmayacağı yönünde hüküm tesis etmiştir. (İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, s. 258)

54 Kaya, Ücret Hakkı, s. 30; Kaya, Acentelik, s. 207.

55 Kaya, Ücret Hakkı, s. 30; Kaya, Acentelik, s. 207.

56 Poroy/Yasaman, s. 256; Kayıhan s. 136.

ETTK döneminde acentenin tekel hakkı kapsamında ücrete hak kazanmasının tamamlayıcısı olarak, müvekkile doğrudan doğruya yaptığı işlemleri derhal acenteye bildirme borcu yüklenmiş idi (eTTK md. 128). Ancak mevcut TTK'da bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır.

C. SİGORTA ACENTELİĞİ İLİŞKİSİNİN BİTMESİNDEN SONRA KURULAN İŞLEMLER

Acentenin ücrete hak kazanmasında genel kural; işlemin, acentelik ilişkisi devam ederken kurulmasıdır. Ancak hakkaniyet ilkesinin bir gereği olarak, acentelik ilişkisinin bitmesinden sonra da kurulan işlemler açısından bazı şartlara bağlı olarak acentenin ücrete hak kazanması mümkündür. Bu durum aynı zamanda ücret hakkının, acentelik ilişkisi sona erse bile acenteyi takip ettiğinin yani sübjektifliğinin bir göstergesidir⁵⁷. Acentelik ilişkisinin sona ermesinden sonra acentenin ücrete hak kazandığı durumlarda nedensellik ilişkisi kesilmemiştir, acentenin faaliyetinin etkisi devam etmektedir⁵⁸. Acentenin faaliyeti ile kurulan işlem arasında nedensellik bağıını ispat yükümlülüğü yine acente üzerindedir.

SK md. 23/15 hükmü uyarınca, “*Sigorta acentesi, acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde, sigorta ettirenlerle yaptığı veya kısa bir süre⁵⁹ içinde yapacağı işlerle ilgili sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği komisyona hak kazanır.*” Bu düzenleme, TTK md. 113/3 hükmüyle paralellik taşımaktadır⁶⁰. SK eski tarihli özel kanun niteliğinde olup TTK ise yeni tarihli genel kanun niteliğindedir. Her ne kadar eski tarihli özel kanun ile yeni tarihli genel kanun hükümlerinin çatışma ihtimali akla gelse de burada TTK md. 113/3 hükmü acentelik sözleşmesinin bitmesi halinde acentenin elde edeceği ücret hakkına ilişkin olarak SK md. 23/15 hükmüne nazaran oldukça ayrıntılı ve onunla çelişmeyen aksine konuyu detaylandıran düzenlemeler içerdiğinden, kanaatimizce herhangi bir kanun çatışmasından bahsedilemez. O halde TTK hükümleri, sigorta acentelerinin, acentelik ilişkisi sona erdikten sonraki ücret taleplerine SK hükümleriyle birlikte uygulanacaktır.

Acente, acentelik sözleşmesi sona ermiş olmasına rağmen, sonradan kurulan işlemlerden ötürü TTK uyarınca bazı şartlar altında ücrete hak kazanabilecektir: (i) Acente, işleme aracılık etmişse veya işlemin yapılmasının kendi çabasına bağlanabileceği ölçüde işlemi hazırlamış ve işlemde acentelik ilişkisinin bitmesinden sonra uygun bir süre içinde kurulmuşsa ücrete hak kazanacaktır (TTK md. 113/3/a). Görüldüğü gibi acentenin aracılık ettiği veyahut altyapısını hazırladığı işlemin acentelik sözleşmesinin bitmesinden sonra makul süre içinde kurulmuş olması durumunda ancak acente ücrete hak kazanabilecektir. Bu ihtimalde acentenin sigorta şirketi ile müşteri arasında kurulan işleme ya aracılık etmiş olması ya da en azından işlemin altyapısını

57 TTK md. 113/1/son cümle ve 113/2/son cümle uyarınca; acente ister kendi çabası veya dolaylı katkısı sebebiyle ücrete hak kazansın ister tekel hakkına dayanarak ücret hakkı elde etsin, bu ücret hakkı önceki acenteye ait olduğu hâlde ve ölçüde doğmayacaktır düzenlemeleri, hakkaniyet ilkesinin düzeltici rol oynadığı diğer hallerdir. Kaya, Şerh, s. 147, N. 16.

58 Kayıhan, s. 137.

59 Burada bahsi geçen kısa sürenin en fazla bir ay olması gerektiği yönünde bkz. Çeker, s. 51.

60 Aynı yönde bkz. Narbay/Güllüce, s. 1989. Ayrıca karş. Karaege, s. 295-298.

hazırlamış olması gerekmektedir. (ii) İkinci hâl ise, acentenin çabası veya katkısı sebebiyle ya da tekel hakkına dayalı olarak ücret isteyebileceği bir işleme ilişkin icabın, acentelik ilişkisi sona ermeden önce acenteye veya müvekkile ulaşmasıdır (TTK md. 113/3/b).

1. Sigorta Sözleşmesine Aracılık Etme Veya Sözleşmenin Kurulmasını Hazırlama Ve Sözleşmenin Uygun Sürede Kurulması Gereği

Aracılık etme zaten acentenin olağan faaliyetidir. Sözleşmenin alt yapısını hazırlama faaliyeti ise acentenin kendi çabasına bağlanabileceği ölçüde ancak ücret hakkı kazandıracaktır. Hükmün gerekçesinde işlemin türüne göre sonuca etkili katkıdan söz edilerek, acentenin, sonuca etkili olmayan katkısının varlığı dışlanmıştır⁶¹. Ne ölçüde acentenin ücrete hak kazanacağına dair sınırı, kanun koyucu "...işlemin yapılmasının kendi çabasına bağlanabileceği ölçüde..." şeklinde çizmiştir. Bu ölçüyü ve sonuca etkisini ispatla acente mükelleftir⁶². Bu ihtimalde acentenin ücrete hak kazanabilmesi için gereken diğer koşul, acentelik ilişkisinin bitmesinden sonra sözleşmenin makul süre içinde kurulmasıdır.

Sigorta acenteleri de sigorta şirketleri ile aralarında bulunan acentelik ilişkisinin bitiminden sonra kurulan ve kurulmasına aracılık ettikleri ya da altyapısını hazırladıkları sigorta sözleşmeleri için ücrete hak kazanabilecektir. Sigorta acentesinin aracılık ettiği veya altyapısını hazırladığı sigorta sözleşmesi kurulmazsa ücret hakkının doğmayacağı açıktır.

TTK md. 113 hükmü emredici nitelikte olmadığı için taraflar acentelik sözleşmesi ile aksini kararlaştırabileceklerdir. Dolayısıyla sigorta acenteliği sözleşmesi ile, acentelik ilişkisi devam ederken sigorta acentesinin aracılık ettiği ya da katkı sağladığı sigorta sözleşmelerinin, acentelik ilişkisinden sonra kurulması halinde ücrete hak kazandırmayacağına açıkça kararlaştırılması mümkündür. Bu ihtimalde acente ücrete hak kazanamayacaktır.

Acentelik ilişkisi sona erdikten sonra işlemin kurulması gereken uygun süre belirlenirken somut olayın özellikleri, ticari veya genel örf adet kuralları, işin türü, kapsamı ve sektör uygulamaları göz önünde bulundurulmalıdır⁶³. Sigortacılık sektörü bakımından uygun süre belirlenirken TTK md. 1405'te yer alan otuz günlük süre de dikkate alınmalıdır⁶⁴. Uygun süreyi belirlemek son derece muğlak bir husus olduğundan taraflar, sözleşme ile acentelik ilişkisinin sona ermesinden itibaren belli bir süre şartı da öngörebilirler⁶⁵.

61 Bkz. TTK md. 113/3 hükmünün gerekçesi.

62 Kaya, Şerh, s. 147, N. 18; Kaya, Ücret Hakkı, s. 34; Kaya, Acentelik, s. 214.

63 Kaya, Şerh, s. 148, N. 18b; Arkan, s. 227-228; Kaya, Ücret Hakkı, s. 34-35; Kaya, Acentelik, s. 217.

64 Karaege, s. 298.

65 Kaya, Ücret Hakkı, s. 34, dn. 100; Kaya, Acentelik, s. 216 ve dn. 141.

2. Sigorta Ettirenin İcabinin Acentelik İlişkisinin Sona Ermesinden Önce Ulaşması Gereği

TTK md. 113/3/b'de; acentenin ücret isteyebileceği nitelikteki bir işleme ilişkin olarak üçüncü kişinin icabı, acentelik ilişkisinin sona ermesinden önce acenteye veya müvekkile ulaşmışsa, acentenin ücret isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Maddede acentenin ücret isteyebileceği nitelikteki işlemler, acentenin kendi çabası/katkısı ile kurulan işlemler ile tekel hakkına dayanan işlemler olarak sayılmıştır. Acenteye ücret hakkı kazandıran TTK md. 113/1 ve 2'de düzenlenen hükümlerin özelliği incelendiğinde; müşteri ile yapılan hukuki işlemin acentelik ilişkisi devam ederken kurulduğu durumları düzenlemiş olmasıdır. Fakat müşteri, acentenin acentelik ilişkisi süresince çaba sarf ettiği, katkı sağladığı ya da tekel hakkı nedeniyle ücret hakkı olan bir işlemde, sözleşme yapma önerisini acenteye ya da müvekkile iletmış ancak tam bu sırada acentelik sözleşmesi sona ermiş olabilir. İşte bu noktada hakkaniyeti tesis etmek adına TTK md. 113/3 hükmü devreye girecektir.

Maddede söz edilen icap (sözleşme yapma önerisi), borçlar hukuku uyarınca işlemin – konumuz özelinde sigorta sözleşmesinin – tüm esaslı unsurlarını barındırıyor olmalıdır⁶⁶. İcabın, müvekkile (sigorta şirketine) veya acenteye varmasından ne kadar süre sonra sözleşmenin kurulması gerektiği yasada düzenlenmemiştir. Bu bağlamda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; şayet acentelik ilişkisi sona ermeden önce icap yapılmışsa, ilişkinin sona ermesinden ne kadar sonra kurulursa kurulsun acente ücrete hak kazanır, yani makul bir sürede icabın ulaşmış olması aranmaz⁶⁷. Diğer görüş ise; bu genellemenin isabetli olmadığını, makul sürenin somut olayın koşullarına ve işin niteliğine göre belirlenmesi gerektiğini savunmuştur⁶⁸.

3. Ücretin Paylaşılması

Acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra kurulan bir sözleşme dolayısıyla sonraki acente, hal ve şartlara göre hakkaniyet gereğiyle uygun bir ücret alacaktır (TTK md. 113/3/son cümle). Nitekim önceki acente, acentelik ilişkisi sona ermeden önceki faaliyetleri nedeniyle ücrete hak kazanırken; sonraki acente de işlemin tamamlaması nedeniyle hal ve şartlara göre ücret hakkına sahip olabilecektir.

Benzer bir hüküm TTK md. 113/1 ve 2'de bulunmaktadır. Daha önce de ayrıntılarıyla belirttiğimiz gibi TTK md. 113/1 ve 2'de acentelik ilişkisi devam ederken acentenin katkısıyla/çabasıyla kurulan ya da tekel hakkı kapsamında kurulan işlemlerde ücret hakkı düzenlenmiştir. Ancak aynı fıkraların devamında acentelik ilişkisi devam eden acentenin madde kapsamındaki hususlarda ücrete hak kazanacağı ifade edilirken, kendisinden önceki acentenin aynı işlemler nedeniyle ücret hakkı olduğu ölçüde ücret hakkının doğmayacağı belirtilmiştir. Burada, acentelik ilişkisi sona eren acente ile acentelik ilişkisi devam eden acente arasındaki ücret ilişkisi düzenlenmiştir.

66 Arkan, s. 228; Kaya, Şerh, s. 148, N. 19.

67 Kaya, Ücret Hakkı, s. 35; Kaya, Acentelik, s. 217-218.

68 Kaya, Şerh, s. 149, N. 20.

İki veya daha fazla acente birbirini izleyerek faaliyette bulunmuş ise, sonraki acentenin ücret hakkı, önceki acentenin ücret hakkı bulunduğu ölçüde doğmayacaktır.

Bunun yanı sıra; gerek müvekkil (sigorta şirketi) gerekse sonraki acente, müşterinin icabının ulaşmasını veyahut işlemin (sigorta sözleşmesinin) kurulmasını engelleyici, önceki acenteyi zarara uğraticı tavrılardan kaçınmalıdırlar. Önceki acentenin ücrete hak kazanması hileli davranışlarla engellenirse nasıl bir sonuca varılacağı kanunda düzenlenmemiştir. Bu noktada, geciktirici şartın gerçekleşmesine engel olunmasına dair çözüm getiren TBK md. 175'in kıyas yoluyla önceki acentenin ücrete hak kazanmasına da uygulanması gerektiği vurgulanmıştır⁶⁹. Böylece müvekkil (sigorta şirketi) veya sonraki acente tarafından, müşterinin (sigorta ettiren) icabının ulaşmasına veya sigorta sözleşmesinin kurulmasına engel olunarak, önceki acente zarara uğratılırsa, artık önceki acente için işlem geçerli şekilde kurulmuş kabul edilerek ücret hakkı doğacaktır⁷⁰. Öte yandan önceki acentenin uğradığı zararını tazmin ettirme hakkı saklıdır.

4. Tahsil Komisyonu

Gerek aracı acente gerekse sözleşme kurmaya yetkili acente olsun hiçbirinin müvekkil ile müşteri arasından akdedilen işlemlerden doğan edimleri tahsil etmek gibi yasal bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁷¹. Nitekim bu husus TTK md. 106 hükmünde “*müvekkilinin özel ve yazılı izni veya vekâleti olmadan acente, bizzat teslim etmediği malların bedelini kabule ve bedelini bizzat ödemediği malları teslim almaya yetkili olmadığı gibi bu işlemlerden doğan alacağı yenileyemez veya miktarını indiremez.*” şeklinde vurgulanmıştır. Ancak acenteye, aracılık ettiği veya akdettiği sözleşmelerdeki bedeli, müvekkilinin talimatına uygun olarak tahsil etmesine karşılık olarak belli bir tahsil komisyonunun ödeneceği kararlaştırılabilir (TTK md. 113/4).

Tahsil hususunda yapılan yetkilendirme, acentelik ilişkisinin kurulması sırasında yapılabileceği gibi sonradan da yapılabilir. TTK hükümlerine paralel olarak Sigorta Acenteleri Yönetmeliği md. 17 hükmünde de sigorta sözleşmesi akdetme ve/veya prim tahsil etme yetkisinin sigorta şirketlerine ait olduğu; bu yetkinin, acentelik vekâletnamesinde belirtilmek kaydıyla ancak sigorta acentelerine devredilebileceği; sigorta şirketleri tarafından sözleşme yapma ve/veya prim

69 Kaya, Şerh, s. 149, N. 21.

70 Arkan, s. 228; Kaya, Şerh, s. 149, N. 21.

71 Yargıtay 11. HD, 06.06.2016 tarih ve 2015-9203/6240 sayılı kararında, davalı acentenin yükümlülüğünün ödenen primleri maddede belirtildiği şekilde davacıya aktarmaktan ibaret olduğu, söz konusu maddenin ödenmeyen primlerin tahsili konusunda acenteye bir yükümlülük yüklenmediği, bu nedenle davanın ödenmeyen primlerin tahsiline ilişkin olduğu, dava konusu (tahsil edilmeyen) sigorta primlerinden davalı acentenin sorumluluğunun mevcut olmadığı, zira taraflar arasında akdedilen acentelik sözleşmesinde ve bu sözleşmeye ek olarak yapılan sözleşmede tahsil edilemeyen primlerden dolayı hangi tarafın sorumlu olacağına ilişkin bir hükmün bulunmadığı, aynı şekilde ilgili yönetmelik (SAY) ve SK düzenlemelerinin de bu hususu düzenlemediği, acentenin borçlarına ilişkin TTK hükümleri incelendiğinde acentenin akdettiği sözleşmeler dolayısıyla prim tahsil etme yükümlülüğünün bulunmadığı, davalı acentenin tahsil edilemeyen primler dolayısıyla herhangi bir borcu bulunmamasından dolayı bu borcun teminatı olarak diğer davalı gerçek kişi tarafından verilen ipotegün paraya çevrilmesi yoluyla girişilen takibin de hukuka uygun olmadığı yönünde hüküm tesis etmiştir. (İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, s. 253-254)

tahsil etme konularında yetkilendirilmemiş acentelerin ise poliçe düzenleyemeyeceği ve/veya prim tahsilâtı yapamayacağı vurgulanmıştır⁷².

Acenteye ücrete hak kazandığı işlemlerle ilgili olarak tahsil yetkisi verilebileceği gibi, acentenin ücrete hak kazanmadığı işlemlere ilişkin tahsil yetkisi de verilebilir⁷³. Diğer bir deyişle, acenteye tahsil yetkisi verilecek hususlar sadece acentenin bizzat aracılık ettiği veya akdettiği işlemlerle sınırlı değildir.

Prim tahsil etme konusunda yetkilendirilmiş sigorta acentesine tahsil komisyonu ödenir. Ancak tarafların anlaşarak hükmün aksini kararlaştırmaları da mümkündür⁷⁴. Bunun yanı sıra acentelik ilişkisi sona erdikten sonra önceki yetkiye binaen yapılan tahsiller hakkında komisyon istenip istenmeyeceği kanunumuzda düzenlenmemiştir. Oysa bu hususta İsviçre BK'da yer alan düzenleme bizim hukukumuz açısından da yol gösterici olabilecek niteliktedir. Acentelik sözleşmesinin sona ermesi ile acentenin tahsil yetkisi ve sona ermeden sonraki tahsillerden doğan talep hakları sona erer (İsvBK. md. 418I)⁷⁵.

Eski Kanun döneminde doktrinde yapılan eleştiriler⁷⁶ dikkate alınarak tahsil komisyonu, hukukumuzda ilk kez pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ancak aynı eleştirilerin konusunu teşkil eden tekeffül komisyonuna ise kanunumuzda yer verilmemiştir. Tekeffül komisyonu, müşterinin ediminin yerine getirileceğine dair acentenin müvekkile ayrıca bir garantide bulunması halinde söz konusu olacak ödemedir⁷⁷. Diğer bir deyişle; acente müvekkile karşı müşterinin ediminin ifa edileceğine ilişkin bir tekeffülde bulunur, bu tekeffülünün karşılığında da altına girmiş olduğu risk için komisyon talep eder. Tekeffül komisyonu için de taraflar anlaşmış olmalı ve garanti yükümlülüğü müşteri veya işlem bazında özelleştirilmiş olmalıdır⁷⁸.

III. ÜCRETE HAK KAZANMA ZAMANI

Acentenin ücrete hak kazanma zamanı TTK md. 114'te düzenlenmiş olup bu hüküm sigorta acenteleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu hükme göre sigorta acentesi, kurulan işlem yerine getirildiği anda ve ölçüde ücrete hak kazanacaktır. Böylece sigorta acentesine ücret hakkı kazandıran işlem ile ücret hakkının doğduğu zaman birbirinden ayrı iki olgu olarak

72 Yargıtay 11. HD, 09.11.2015 tarih ve 4603/11715 sayılı kararında, acentenin müşteri ile müvekkil arasında takas-mahsup işlemi yapmasının tahsilat olarak değerlendirileceği ve acenteye komisyon ücreti ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. (İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, s. 256)

73 Kaya, Şerh, s. 151, N. 23a.

74 Kaya, Şerh, s. 151, N. 13b; Kaya, Ücret Hakkı, s. 36; Kaya, Acentelik, s. 221.

75 Aynı yönde bkz. Kaya, Acentelik, s. 221-222.

76 Kınacıoğlu, s. 61; Karayalçın, Ticaret Hukuku Dersleri, s. 417; Karayalçın, Ticaret Hukuku, s. 526; Kayıhan, s. 130; Alışkan/Gençtürk, s. 23-24.

77 Karayalçın, Ticaret Hukuku, s. 526; Kınacıoğlu, s. 61; Franko, s. 167; Kaya, Şerh, s. 151, N. 24; Kaya (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Nomer-Ertan), 2015, s. 806.

78 Kaya, Şerh, s. 151, N. 24.

düzenlenmiştir⁷⁹. Ücrete hak kazanma zamanı bakımından benimsenen “ifa anı ve ölçüsü ilkesi” hem aracı hem de sözleşme yapan acenteler bakımından caridir.

Kural olarak, sigorta sözleşmesinden doğan edim ifa edildiği anda ve ölçüde, sigorta acentesi ücrete hak kazanır; ancak, sigorta şirketi ile sigorta acentesi acentelik sözleşmesine koyacakları hükümle bu kuralı – sigorta şirketinin ifası noktasında acentenin avans hakkı ile sigorta ettirenin ifası noktasında acentenin ücret hakkı saklı kalmak kaydıyla – değiştirebileceklerdir. Örneğin, sigorta şirketi ya da sigorta ettiren arasında sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla acentenin ücret hakkını kazanacağı, sigorta sözleşmesinden doğan borçların yerine getirilmesinden önce acentenin ücrete hak kazanacağı ya da sigorta sözleşmesinden doğan borçların kısmen ifasında acentenin tam ücrete hak kazanacağı kararlaştırılabilir⁸⁰. Dolayısıyla TTK md. 114 hükmü tek yönlü ve kısmen emredicidir (=nispi emredici).

TTK md. 114 uyarınca, sözleşmeden doğan edimin müvekkil (sigorta şirketi) veya müşteri (sigorta ettiren) tarafından ifa edilmesi, kısmen ifa edilmesi, ifa edilmemesi veya ifa edilmeyeceğinin kesinleşmesi ihtimallerinde, acentenin ücret hakkı açısından farklı sonuçlar doğmaktadır.

A. SİGORTA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN EDİMLERİN İFASI

Sigorta acentesinin ücret hakkı elde edebilmesi için taraflardan en az birinin acentenin aracılık ettiği ya da bizzat akdettiği sözleşmeden doğan edimi ifa etmesi gerekmektedir. Hangi tarafın ifa ettiğinin ise sigorta acentesinin ücrete hak kazanmasında kural olarak bir önemi bulunmamaktadır⁸¹. Müvekkilin edimini ifa ettiği durumda, aksi acentelik sözleşmesinde öngörülmemiş ise müşterinin ifası beklenmez. O hâlde sigorta sözleşmesi taraflarından birinin yani sigorta şirketi ya da sigorta ettirenin, kısmen veya tamamen edimini ifa etmesi halinde, ifa ölçüsünde sigorta acentesinin ücret hakkı doğacaktır.

İfa ile anlatılan, sözleşmeden kaynaklanan temel edimin yerine getirilmesi olup sözleşmeden beklenen tüm ekonomik menfaatin gerçekleşmesi şart değildir⁸². Hükmün gerekçesinde ise ifa ile kastedilenin “*aracılık edilen ilişkiden doğan borçların yerine getirilmesine yönelik hareketlerin başlaması*” olduğu ifade edilmiştir. İfanın yapıp yapılmadığının tespitinde şüphesiz, müvekkil ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşmenin türü, niteliği ve sözleşmenin içeriğindeki ifaya ilişkin düzenlemeler dikkate alınacaktır. Bu bağlamda sigorta ilişkisi incelendiğinde, sigorta ettirenin prim borcunu ödemesiyle sigorta sözleşmesinin ifa edildiği kabul edilmektedir⁸³. O hâlde sigorta acentesinin aracılık ettiği ya da akdettiği sigorta sözleşmesi bağlamında sigorta sözleşmesinin tarafı olan üçüncü kişi (sigorta ettiren) bu sözleşmeden doğan prim ödeme borcunu ifa ettiği anda ve ölçüde sigorta acentesi ücrete hak kazanacaktır.

79 Bkz. TTK md. 114 hükmünün gerekçesi; Kaya, Şerh, s. 157, N. 09.

80 Arkan, s. 229; Kaya, Şerh, s. 156, N. 05.

81 Arkan, s. 228; Kaya, Şerh, s. 158, N. 10a; Kaya, Ücret Hakkı, s. 38; Kaya, Acentelik, s. 223.

82 Kaya, Şerh, s. 158, N. 10a; Kaya, Ücret Hakkı, s. 38; Kaya, Acentelik, s. 225.

83 Arslanlı Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3. Bs., İstanbul, 1960, s. 186; Karaege, s. 282.

Hükümün kısmı emredici niteliğinin gereği olarak, sigorta ettirenin prim borcunu ifa etmesiyle sigorta acentesinin ücrete hak kazanacağına dair düzenlemenin aksi acentelik sözleşmesinde öngörülemez. Buna mukabil sigorta şirketinin edimini ifa etmesiyle acentenin ücrete hak kazanacağına dair düzenlemenin aksi, avans hakkı müstesna kalmak koşuluyla, acentelik ilişkisinde kararlaştırılabilir. Sözleşme konusu edimi kimin ifa ettiğinin, acentenin ücret hakkı açısından bu şekilde farklı sonuçlar doğurmasının sebebi, müşterinin edimini ifa etmesi ile müvekkilin beklediği ekonomik yararın elde edilmiş olması ve acentenin sonuca yönelik başarısıdır⁸⁴.

Acentelik sözleşmesine konacak hükümlerle, müvekkilin edimini ifa etmesi ile acentenin ücret hakkı elde edeceği ek koşullara bağlanabileceği gibi bu durumda acentenin avansı aşan miktarda ücrete hak kazanacağı da kanımızca kararlaştırılabilir, ancak avans hakkını kaldıracak düzenleme yapılamaz⁸⁵. TTK md. 114 uyarınca acente, ifayı izleyen ayın son günü avans hakkını talep edebilecektir. Avansın miktarı, somut olayın koşullarına, işin niteliğine, örf ve adete göre belirlenir. Taraflar, ödenecek avansı, ücretin belli bir oranı olarak acentelik sözleşmesine hüküm koymak suretiyle önceden belirleyebilirler.

B. SİGORTA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN EDİMLERİN KISMEN İFASI

Acente tarafından aracılık edilen veya bizzat akdedilen sözleşmeden doğan edim kısmen ifa edilirse, acente kural olarak ifa edilen kısımla orantılı olarak ücrete hak kazanacaktır. Sigorta sözleşmeleri bakımından kısmi ifanın özel önemi bulunmaktadır. Zira sigorta ettiren, prim ödeme borcunu sigorta şirketine tek seferde veya taksitle ödeyebilecektir (TTK md. 1430). Primin taksitler halinde ödeneceğinin kararlaştırıldığı durumda, sigorta acentesi kısmi ifa halinde cari olan genel acentelik hükümleri uyarınca, ödenen her prim taksiti ölçüsünde ücrete hak kazanacaktır.

C. SİGORTA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN EDİMLERİN İFA EDİLMEMESİ VE İFA EDİLMEMEYECİĞİNİN KESİNLEŞMESİ

1. Sigorta Ettirenin İfası Bakımından

Üçüncü kişinin yani sigorta ettirenin edimini yerine getirmeyeceğinin kesinleşmesi ile acentenin ücret hakkı düşer, sigorta şirketi tarafından acenteye ödenmiş tutarlar varsa iade edilir (TTK md. 114/2). Hükümün uygulanabilmesi için sigorta ettirenin edimini ifa etmeyeceğinin objektif ölçütlere göre kesin bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir⁸⁶. Sigorta ettirenin edimini ifa

84 Kaya, Şerh, s. 161, N. 14; Kaya, Ücret Hakkı, s. 40; Kaya, Acentelik, s. 227; Kayıhan, Acentelik, s. 149.

85 Kaya, Şerh, s. 160-161, N. 13a. Kaya, Ücret Hakkı, s. 39; Kaya, Acentelik, s. 226.

86 Kaya, Şerh, s. 161, N. 16; Kaya (Ülgen/Helvacı/Kendigelien/Nomer-Ertan), 2015, s. 802.

etmeyeceği yönünde güçlü kanaatin oluşması yeterli değildir. İade talebinin hukuki dayanağı ise acentelik ilişkisidir, sebepsiz zenginleşme hükümleri değildir.⁸⁷

Bunun yanı sıra sigorta ettirenin edimini ifa etmemesi hususunda haklı bir gerekçesinin bulunmaması gerekmektedir. Kanımızca; sigorta sözleşmesinden doğan borcun sigorta şirketi tarafından gereği gibi ifa edilmemesi veya ödemezlik def'i gibi nedenler söz konusu ise; sigorta sözleşmesinden doğan borcun müşteri tarafından ifa edilmemesinden değil, sözleşmeden doğan edimin müvekkilden (sigorta şirketi) kaynaklanan nedenlerle yerine getirilmemesinden söz edilir⁸⁸. TTK md. 114/3 hükmünün yani müvekkile (sigorta şirketine) yüklenen sebeplerle sözleşmenin yerine getirilemediği hallerde acentenin ücret isteyebileceğine ilişkin düzenlemenin karşıt anlamından çıkan sonuç da görüşümüzü desteklemektedir. Dolayısıyla sigorta şirketinin ifasına rağmen sigorta ettirenin kendinden kaynaklanan bir sebeple edimini ifa etmemesi ihtimalinde ancak TTK md. 114/2 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

2. Sigorta Şirketinin İfası Bakımından

Müvekkilin yani sigorta şirketinin kural olarak sözleşmeden doğan edimini kısmen, tamamen yahut öngörüldüğü şekilde yerine getirmeyeceği kesinleşse bile acente ücrete hak kazanacaktır. Sigorta şirketinin edimini yerine getirmemesi ancak kendisine yüklenemeyen bir sebepten kaynaklanıyor ise, o hâlde ve ölçüde sigorta acentesinin ücret hakkı düşecektir (TTK md. 114/3). Müvekkile yüklenemeyen sebeplere hükmün gerekçesinde Alman mahkeme kararlarından; aracılık edilen sözleşme kurulduktan sonra yürürlüğe konulan idari kısıtlamalar, müvekkilin üretim tesislerinin mücbir sebeple yok olması, ithalat yasağı, üçüncü kişinin ödeme güçlüğü veya iflası gibi örnekler verilmiştir. Buna karşılık; hammadde veya işgücü eksikliği, müvekkilin iş yoğunluğu, müvekkilin sözleşmenin yerine getirilmesinde temerrüde düşmesi, müşteriyle üçüncü kişinin anlaşarak sözleşmeyi yerine getirmeden sona erdirmesi, müvekkilin ödeme güçlüğü veya iflası hallerinin müvekkile yüklenemeyen sebepler olduğuna Alman yargı kararlarında hükmedilmiştir⁸⁹.

Müvekkilin edimini kısmen veya tamamen yerine getirmemesi ile karşılaştırıldığı gibi ifa etmemesi arasında herhangi bir ayırım yapılmayıp hepsi aynı sonuca bağlanmıştır. O hâlde sigorta şirketinin, sigorta sözleşmesinden doğan edimini hangi sebebe dayanarak yerine getirmedığının kural olarak bir önemi bulunmamaktadır, meğerki kendisine yüklenemeyen bir sebep bulunsun. Bu noktada kanun koyucu tarafından ikili bir ayırım yapılmıştır. Şayet sigorta şirketine yüklenebilen bir sebepten ötürü sigorta sözleşmesinden doğan edim ifa edilmemiş ise, sigorta acentesi ücrete hak kazanacaktır.

İspat açısından ise sigorta acentesi, öncelikle sigorta şirketi ile sigorta ettiren arasında hukuken geçerli bir işlemin kurulduğunu ve sigorta şirketinin kısmen, tamamen veya gereği gibi

87 Kaya, Şerh, s. 161, N. 16 ve s. 164, N. 19; Kaya, Ücret Hakkı, s. 42; Kaya, Acentelik, s. 231.

88 Kaya, Şerh, s. 162, N. 16a; Kaya, Ücret Hakkı, s. 41 ve dn. 136; Kaya, Acentelik, s. 229 ve dn. 209.

89 Bkz. TTK md. 114/3 gerekçesi

sigorta sözleşmesinden doğan edimi ifa etmediğini ispatlayarak ücret talebinde bulunacaktır. Sigorta acentesinin, sigorta sözleşmesinden doğan edimin ifa edilmemesinde sigorta şirketine yüklenebilen bir sebebin varlığını ispat etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşılık sigorta şirketi, sigorta sözleşmesinden doğan edimin kendisine yüklenemeyecek sebeplerle ifa edilemediğini ispat ederek sigorta acentesinin ücret hakkının düştüğünü ileri sürecektir⁹⁰.

Tüm bu veriler ışığında sigorta acentesinin ücret hakkının doğumunun; akdedilen sigorta sözleşmesinden doğan edimin sigorta şirketi tarafından yerine getirilmesi geciktirici koşuluna ve sigorta ettirenin edimini ifa etmeyeceğinin kesinleşmesi (sigorta şirketine yüklenemeyen sebeplerle) bozucu koşuluna bağlı kılındığı sonucuna varılmaktadır⁹¹.

IV. ÜCRETİN MİKTARI

Acentenin elde edeceği ücretin miktarı acentelik sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılabilir. Sözleşmede bu konuda bir düzenleme yapılmamışsa ücretin miktarı, acentenin bulunduğu yerdeki ticari teamüle, teamül de mevcut değilse hâlin gereğine göre o yerdeki asliye ticaret mahkemesince belirlenir (TTK md. 115).

Taraflar acentelik sözleşmesinde ücrete ilişkin düzenleme yapma hususunda serbestiye sahiptirler fakat acentelik faaliyetinden soyut ve acentenin bağımsızlığını zedeleyen nitelikte bir ücret tayini, örneğin sabit bir ücret esasının öngörülmesi kabul edilemez⁹².

Ücretin miktarı, taraflar arasında kararlaştırılmamışsa, acentenin bulunduğu yerdeki ticari teamüle göre tespit edilecektir. Teamül, fiili bir itiyat (alışkanlık) olup, objektif hukuk kuralı niteliğinde değildir⁹³. TTK md. 2 hükmü uyarınca teamül, kanunda aksine bir hüküm yoksa ve ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, mahkemenin yargısına esas olamaz; ancak irade açıklamalarının yorumunda dikkate alınabilir. Diğer bir deyişle teamül, açık hüküm olmak ya da örf ve âdet olarak kabul edilmek şartıyla hükme esas alınabilir⁹⁴. Bu noktada kanun koyucu tarafından acentenin ücret hakkını tayinde teamüle istisnai bir işlev⁹⁵ yani hukuk kaynağı olarak değerlendirilme imkânı tanınmaktadır.

90 Kaya, Ücret Hakkı, s. 44; Kaya, Acentelik, s. 226-227.

91 Arkan, s. 229, dn. 2; Kaya, Şerh, s. 162, N. 16a; Kaya, Ücret Hakkı, s. 37; Kaya, Acentelik, s. 223.

92 Kaya, Şerh, s. 167, N. 01. Acentenin talep hakkına sahip olduğu ücretin, acentenin yaptığı veya aracılıkta bulunduğu sözleşmelere göre hesaplanacak belli bir yüzde oranı olarak tespit edildiği yönünde bkz. Sumer Ayşe, Ticaret Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2018, s. 103-104.

Yargıtay 11. HD, 05.05.2015 tarih ve 2013-16303/6368 sayılı kararında, acentelik sözleşmesinde, acente için sabit bir komisyon oranı benimsenmeyip, yasada belirtilen oranlara atf yapılmış olduğu gibi, davacı tarafça [acente], davalı tarafından [müvekkil] yapılan komisyon oranlarına ve bu oranlar üzerinden yapılan ödemelere 12 yıl boyunca itiraz edilmeyerek, bir başka deyişle uzun süre uygulanan komisyon oranları benimsendikten sonra, sözleşmenin feshi ile birlikte eksik ödeme yapıldığından bahisle talepte bulunulmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir. (İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, s. 257-258)

93 Arkan, s. 103; Ülgen (Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer-Ertan), 2015, s. 106, N. 192, Poroy/Yasaman, s. 104.

94 Arkan, s. 103; Ülgen (Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer-Ertan), 2015, s. 106, N. 192, Poroy/Yasaman, s. 105.

95 Kaya, Şerh, s. 167, N. 03.

Ücretin miktarını tayine ilişkin acentelik sözleşmesinde bir hüküm yoksa ve bir teamül de yoksa, belirleme yetkisi asliye ticaret mahkemelerindedir. Mahkeme ücretin miktarı tespit ederken öncelikle bu konuda bir ticari teamülün bulunup bulunmadığını tespit etmeli varsa bu ticari teamül uyarınca ücreti belirlemelidir⁹⁶. Eğer bu konuda bir ticari teamül bulunmamaktaysa somut olayın özelliği, yapılan işin niteliğini dikkate alınarak mahkemece uygun bir ücret belirlenecektir. Mahkemenin ticari teamülü araştırmadan halin icabına göre karar vermesi kanımızca yerinde değildir.

Sigorta acentelerinin ücret miktarına ilişkin olarak SK'da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Sigorta Acenteleri Yönetmeliği md. 15/d hükmünde, sigorta şirketleriyle acenteler arasındaki acentelik sözleşmelerinde düzenlenmesi gereken hususlar arasında "branş bazında ödenecek komisyon ve sağlanacak diğer menfaatlere ilişkin usul ve esaslar" a yer verilmiştir. Ancak bu bir zorunluluk olarak görülmediğinden⁹⁷ TTK'nın ücret miktarına ilişkin hükmü sigorta acenteleri için de uygulanacaktır.

Acente, yükümlülüklerini yerine getirmek için yaptıklarından ancak olağanüstü giderlerin ödenmesini isteyebilir (TTK md. 117). Bu hüküm emredici nitelikte olmayıp aksi kararlaştırılabilir. Taraflar arasında acentelik sözleşmesinde aksine bir düzenleme yapılmamışsa, sigorta acentesi olağan masraflarını sigorta şirketinden aldığı ücretle karşılayacaktır ve ücretin miktarı tespit edilirken sigorta acentesinin olağan masrafları dikkate alınmayacaktır. Sigorta acentesi ancak acentelik sözleşmesinde özel bir hüküm varsa olağan masraflarını isteyebilir, olağanüstü masrafların talep edilebilmesi için ise sözleşmede bu yönde özel bir düzenleme bulunması gerekmez. Hangi masrafların olağan, hangilerinin olağanüstü sayılacağına tespiti de bu noktada önem arz etmektedir. Acentenin, acentelik faaliyetini icra ederken yaptığı kırtasiye, ulaşım, kira, yanında çalıştırdığı kişiler için yaptığı genel giderler olağan masraflar olarak değerlendirilebilir, buna karşın müvekkilin talimatıyla yapılan masraflar ile gümrük ve nakliye masrafları olağanüstü masraflar arasında sayılabilir⁹⁸. Acentelik sözleşmesinde sigorta şirketi acentenin olağan masraflarını ödemeyi (tamamen ya da kısmen ya da belli bir oran nispetinde) taahhüt etmişse ücretin miktarı tayin edilirken bu masraflar da dikkate alınır. Şayet acentenin ücret hakkı, tekel hakkının ihlalden doğmuşsa, işlemin doğrudan acente tarafından yapılmamış olması nedeniyle ücretin miktarı tespit edilirken acentenin kurtulduğu masrafların düşülmesi gerekmektedir⁹⁹.

V. ÜCRETİN ÖDENME ZAMANI

Acentenin hak kazandığı ücretin, doğum tarihinden itibaren en geç üç ay içinde ve her hâlde sözleşmenin sona erdiği tarihte ödenmesi gerekmektedir (TTK md. 116). Bu hüküm emredici

96 Öğretide ücretin mahkeme tarafından tespitinin, ticari teamül bulunmaması haline münhasır olduğu belirtilmektedir. Franko, s. 168. Kanımızca bu husus doğru olmakla birlikte taraflar bu konuda bir teamülün varlığı ya da uygulanacak olan teamül hükmü hakkında anlaşmaya varamazlarsa mahkeme öncelikle ticari teamülün bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Ticari teamülün bulunması, hâkimin halin icabına göre ücreti belirleme yetkisini ortadan kaldırır.

97 Karaege, s. 294. Acentelik ücretinin serbestçe kararlaştırılabilmesi kuralının istisnasını, sigorta acenteliği sözleşmesinin oluşturduğu yönünde bkz. Bahtiyar Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2017, s. 225.

98 Karayalçın, Ticaret Hukuku, s. 528.

99 Kayıhan, s. 136; Alışkan/Gençtürk, s. 33.

nitelikte olmayıp aksi kararlaştırılabilir, fakat kararlaştırılan hükümler acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersiz sayılacaktır (TTK md. 116/3). O hâlde sigorta şirketi ile sigorta acenteleri arasında yapılacak acentelik sözleşmelerinde, acentenin lehine olmak koşuluyla kanuni hükümlerden ayrılmak mümkündür. Örneğin, sigorta acentesinin hak kazandığı ücretin üç aydan daha kısa bir sürede ödenebileceğine ilişkin hükümler konulabilecektir.

SAY md. 18/1 hükmü uyarınca, sigorta şirketleri ve acentelerinin, hesap ve kayıt düzenlerini üçer aylık dönemler itibarıyla mutabakat çalışmasına uygun olacak şekilde oluşturmaları ve en geç ilgili dönemi takiben bir ay içinde mutabakat sağlamaları gereklidir. SAY'ın getirmiş olduğu üçer aylık hesap ve kayıt düzeni yükümlülüğü sigorta acentelerine ödenecek ücretin zamanını tayin bakımından önem taşımaktadır. Mutabakat çalışmasına uygun olarak oluşturulan üç aylık hesap ve kayıtlara, o süre zarfında acentenin hak kazandığı ücret hakkı da yansıtılacaktır. Diğer bir deyişle acentenin aracılık ettiği veyahut bizzat akdettiği sigorta sözleşmesinden doğan edimin ifa edildiği (yani sigorta ettiren tarafından prim borcunun ödenmesi) an doğan ücret hakkına, o tarihten itibaren en geç üç ay içerisinde ödenecek şekilde hesap ve kayıtlarda yer verilmelidir.

Acentenin ücret hakkına ilişkin aydınlanma hakkı (=bilgi alma ve inceleme hakkı) TTK md. 116/2 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir¹⁰⁰. Bu düzenleme sigorta acenteleri hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu hükme göre, acente, ücret istemi, muacceliyeti ve hesaplanması bakımından önemli olan bütün konular hakkında müvekkili sigorta şirketinden bilgi isteyebilir; müvekkil de bu bilgileri vermek zorundadır. Ayrıca acente, ücrete bağlı işlemlere ilişkin defter kayıtlarının suretlerinin de kendisine gönderilmesini müvekkilinden isteyebilir (aktif bilgi alma hakkı)¹⁰¹. Müvekkil, defter suretini vermektan kaçınırsa ya da defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenler varsa, acente, ticari defter ve belgelerin ilgili kısımlarını ya kendisi ya da bir uzman aracılığıyla incelenebilir (inceleme hakkı). Müvekkil buna izin vermezse, sorunu mahkeme duruma en uygun şekilde karara bağlar (bilgi alma davası açma hakkı).

Son olarak sigorta acenteleri, aracılık ettikleri prim tutarları ve tahakkuk eden komisyonu çalıştıkları sigorta şirketleri bazında takip eder. Sigorta şirketleri, acenteler ile akdettikleri sözleşmenin uygulanmasını etkileyen hususlara ilişkin olarak acentelik sözleşmesinde belirlenen dönemler halinde acenteye bilgi verir (SAY md. 18/2).

SONUÇ

Bağımsız tacir yardımcılardan biri olan acente, tacirin, ürün veya hizmetlerini geniş müşteri kitlelerine ulaştırmak için tercih ettiği ekonomik bir seçenektir. Bu sebeple sigortacılık sektöründe de sigorta şirketleri tarafından sigorta acenteleri oldukça yaygın olarak tercih edilmektedir.

100 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Karasu Rauf, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Müvekkilin Acenteye Bilgi ve Belge Verme Yükümlülüğü", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, 2014, s. 113-127; Karasu Rauf, "Acentenin Ücreti İle İlgili Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, 2013, s. 61-74.

101 Öğretide müvekkile yüklenen bu külfetin çok ağır ve lüzumsuz olduğu, hatta defter kayıtlarının suretinin çıkarılmasının bazen imkânsız olduğu ifade edilmiştir. Karayalçın, Ticaret Hukuku, s. 527.

Müvekkil sigorta şirketi ile sigorta acentesi arasındaki ilişki sözleşmesel olup, sigorta acentesinin en temel haklarından biri olan ücret hakkının da hukuki dayanağını teşkil eder. Acentelik sözleşmesi kural olarak şekle tabi değildir ve Kanunda bazı özel hallerde (TTK md. 104, 106, 107, 123) yazılı şeklin şart koşulması, acentelik sözleşmesinin bu hallerde tamamının şekle tabi olduğu şeklinde de yorumlanamaz. Sigorta acenteliği sözleşmesi hakkında sigortacılık alanına özgü mevzuatta (SK ve SAY hükümlerinde) herhangi bir geçerlilik şartı öngörülmediğinden, sigorta acenteliği sözleşmesi de herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Sigorta acenteliği yetkisinin verilmesine ilişkin SAY md. 14 hükmünde öngörülen levhaya kayıt olmak gibi şekli prosedürler ise, acentelik sözleşmesinin kurulması bakımından değil, acentelik faaliyetine başlanılması bakımından belirleyicidir.

SK md. 13/15 ile SAY md. 15/2 hükümlerinde sigorta acenteleri hakkında TTK hükümlerinin uygulama alanı bulacağına dair yollamalar yapılmıştır. Bu bağlamda çalışmamızın konusunu teşkil eden sigorta acentelerinin ücret hakkına, acentenin ücret hakkının genel olarak düzenlendiği TTK 113 ila 116 hükümlerinin sigorta acentelerinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı tereddütsüzdür.

TTK md. 113 hükmü acentenin hangi hallerde ücrete hak kazanacağına üç ayrı fıkrada ayrıntılı olarak yer vermiştir. İlk olarak, sigorta acentesi, acentelik ilişkisinin devamı müddetince, kendi çabasıyla veya dolaylı etki/katkısıyla üçüncü kişilerle (sigorta ettiren) kurulan sigorta sözleşmeleri için ücrete hak kazanacaktır (TTK md. 113/1). Söz konusu sigorta sözleşmesinin sakatlanmamış ve hukuken geçerli olması gerekir.

İkinci olarak, kendisine belli bir bölge veya çevre tahsis edilmiş olan yani tekel yetkisi tanınmış sigorta acentesi, kendisinin katkısı olmaksızın kurulan sigorta sözleşmeleri için de ücrete hak kazanır (TTK md. 113/2).

Üçüncü olarak ücrete hak kazandıran hal ise, acentelik ilişkisinin sona ermesinden sonra kurulan işlemlere ilişkindir. Sigorta acentesi, acentelik ilişkisi hitama erdikten sonra, kurulan sigorta sözleşmesine aracılık etmiş veya sözleşmenin yapılması kendi çabasına bağlanabildiği ölçüde sözleşmeyi hazırlamışsa ve sigorta sözleşmesi de uygun bir sürede kurulmuş ise ücrete hak kazanır. Uygun sürenin tespitinde sigorta sözleşmesinin türü ve niteliği dikkate alınarak somut olay bazında değerlendirme yapılmalıdır. Yine acentelik ilişkisi bittikten sonra kurulan sigorta sözleşmeleri bakımından acentenin ücrete hak kazanacağı diğer hal, TTK md. 113/1-2 fıkraları uyarınca sigorta ettirenin icabının, acentelik ilişkisinin bitmesinden önce müvekkil sigorta şirketine veya sigorta acentesine ulaşmış olmasıdır.

Kanun koyucu, eTTK döneminde dile getirilen tahsil komisyonuna ilişkin eleştiriler ışığında TTK md. 113/4 hükmünde bu hususu pozitif dayanağa kavuşturmuştur. Acente, kural olarak bizzat teslim etmediği malların bedelini kabule ve bedelini bizzat ödemediği malları teslim almaya yetkili değildir (TTK md. 106). Fakat acenteye müvekkille olan mutabakat sonucunda bir tahsil yetkisi verilmişse, bu durumda müvekkilinin talimatına uygun olarak tahsil ettiği paralar için tahsil komisyonu isteyebilecektir (TTK md. 113/4). Bu hüküm sigorta acenteleri hakkında da

uygulama alanı bulacaktır. Prim tahsil etmeye yetkilendirilen sigorta acentesine tahsil komisyonu verilebileceği gibi, tahsile rağmen acenteye komisyon ödenmeyeceği de kararlaştırılabilir.

Acentenin ücrete hak kazanma zamanı, müvekkil ile akdedilen sözleşmenin “ifa anı ve ölçüsü ilkesi” dikkate alınarak düzenlenmiştir. Böylece kanun koyucu ücrete hak kazandıran işlem ile ücret hakkının doğduğu zamanı iki farklı olgu olarak tayin etmiştir. Akdedilen sözleşmenin taraflarından müvekkilin veya üçüncü kişinin ifasının acentenin ücrete hak kazanması bakımından kural olarak bir önemi bulunmamaktadır. Sigorta ilişkisi bakımından konu incelendiğinde ise sigorta ettirenin prim borcunu ödemesiyle sigorta sözleşmesi ifa edilmiş olacaktır ve sigorta acentesi o anda ifa ölçüsünde ücrete hak kazanacaktır.

Üçüncü kişinin yani sigorta ettirenin edimini yerine getirmeyeceği kesinleşirse, sigorta acentesinin ücret hakkı düşer ve ödenmiş tutarlar acentelik ilişkisi kapsamında geri verilir. Sigorta ettirenin edimini ifa etmemesi, haklı bir gerekçeye dayanmamalıdır. Buna mukabil sigorta şirketinin edimini yerine getirmeyeceği kesinleşirse, acente ücret isteyebilir, meğerki sigorta şirketine izafe edilemeyen bir sebepten ötürü ifa yapılamasın. Özetle sigorta acentesinin ücret hakkının doğumu; akdedilen sigorta sözleşmesinden doğan edimin sigorta şirketi tarafından yerine getirilmesi geciktirici koşuluna ve sigorta ettirenin edimini ifa etmeyeceğinin kesinleşmesi (sigorta şirketine yüklenemeyen sebeplerle) bozucu koşuluna bağlı kılınmıştır.

Acentenin hak kazandığı ücretin miktarı taraflar arasında kararlaştırılmadığı takdirde, tamamlayıcı nitelikteki TTK md. 115 hükmü gündeme gelecektir. Bu durumda ücretin miktarı acentenin bulunduğu yerdeki ticari teamüle, teamül de mevcut değilse halin icabına göre Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından belirlenir. Sigorta acentelerinin ücret hakkının belirlenmesinde sigortacılık sektörünün niteliği ve teamülleri, sigorta sözleşmesinin türü gibi hususlar hâkim tarafından dikkate alınacaktır.

Acentenin hak kazandığı ücretin ödenme zamanı, yine tamamlayıcı nitelikteki TTK md. 116 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, ücretin doğum tarihinden itibaren en geç üç ay içinde ve herhâlde sözleşmenin sona erdiği tarihte ödenmesi gerekmektedir. Sigorta şirketleri ve acenteleri bakımından getirilen üçer aylık hesap ve kayıt düzen yükümlülüğü, ücretin ödenme zamanını tayinde ayrıca göz önünde bulundurulacaktır.

Son olarak ücret istemine ilişkin olarak acente lehine aktif bilgi alma hakkı, inceleme hakkı ve bilgi alma davası açma hakkı şeklinde aydınlanma hakları öngörülmüştür (TTK md. 116/2). Bahsi geçen haklar sigorta acenteleri bakımından da cari olmakla birlikte, sigorta şirketlerine, acenteler ile akdettikleri sözleşmenin uygulanmasını etkileyen hususlara ilişkin olarak acentelik sözleşmesinde belirlenen dönemler halinde acenteye bilgi verme yükümlülüğü yüklenmiştir (SAY md. 18/2).

KAYNAKÇA

- Alışkan Murat/Gençtürk Muharrem, “Acentenin Komisyon Hakkı, Özellikle TTK’nun 129. Maddesine Göre Komisyona Hak Kazanma Anı Bakımından Aracı Acente İle Sözleşme Yapan Acente Arasında Fark Olup Olmadığı Sorunu”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Beta Yayınları, C. 1, İstanbul, 2003, s. 19-43.
- Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 24. Bs., Ankara, 2018.
- Arslanlı Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3. Bs., İstanbul, 1960.
- Ayan Özge, Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Ankara, 2008.
- Bahtiyar Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- Çeker Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, 6. Bs., Adana, 2013.
- Franko Nisim, “Acentanın Ücret Hakkı (TTK. Mad. 128-131)”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 164-174.
- İmregün Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 12. Bs., Filiz Kitabevi, 2001.
- İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanunu’na İlişkin Kararları (2015-2016), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Karaege Özge, Acentenin Ücret Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Karasu Rauf, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Müvekkilin Acenteye Bilgi ve Belge Verme Yükümlülüğü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, 2014, s. 113-127.
- Karasu Rauf, “Acentenin Ücreti İle İlgili Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, 2013, s. 61-74.
- Karayaçın Yalçın, Ticaret Hukuku, 3. Bs., Ankara, 1968.
- Karayaçın Yalçın, Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bs., C. 1, Ankara, 1960.
- Kaya Arslan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Acentelik, Beta Yayınları, İstanbul, 2016 (Anılış: Şerh).
- Kaya Mustafa İsmail, Acentelik Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014 (Anılış: Acentelik).
- Kaya Mustafa İsmail, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentenin Ücrete Hak Kazandığı Haller ve Ücrete Hak Kazanma Zamanı”, Batider, 2008, C. 24, s. 17-48 (Anılış: Ücret Hakkı).
- Kayıhan Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 5. Bs., Umuttepe Yayınları, Ankara, 2018.
- Kender Rayegan, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 12. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Kınacıoğlu Naci, Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1963.
- Narbay Şafak/Güllüce Muhammed Ali, “Türk Hukukunda Sigorta Acenteleri”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C. 22 S. 3, s. 1963 vd.
- Poroy Reha/Yasaman Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 13. Bs., İstanbul, 2010.
- Sumer Ayşe, Ticaret Hukuku Ders Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Mustafa, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Ülgen Hüseyin/Teoman Ömer/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan/Nomer-Ertan N. Fusun, Ticari İşletme Hukuku, 3. Tıpkı Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009 (Anılış: 2009).
- Ülgen Hüseyin/ Helvacı Mehmet/ Kendigelen Abuzer/ Kaya Arslan/ Nomer-Ertan N. Fusun, Ticari İşletme Hukuku, 5. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015 (Anılış: 2015).
- Yazıcıoğlu Emine, Sigorta Aracıları Hukuku-I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Uluslararası Ticaret ve Yatırım Hukuku Bakımından Tütün Ürünlerinin Düz Paketlenmesi Meselesi

The Issue of Plain Packaging of Tobacco Products Under International Trade and Investment Law

Talat KAYA*

Öz

Dünya Sağlık Örgütü bünyesinde kabul edilen Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi sonrasında başta Avustralya olmak üzere, birçok ülke tarafından tütün ürünlerinin düz paketlenmesine yönelik düzenlemeler kabul edilmiştir. Düz paket düzenlemeleri ile tüm tütün mamullerinin ilgili otorite tarafından belirlenecek standart bir renkte paketlenmesi zorunlu kılınmaktadır. Ayrıca, paket üzerinde marka ve ürün adının ilgili otorite tarafından belirlenecek belli bir yazı tipi stili ve boyutunda yer alması dışında logolarının, marka tasvirlerinin, renklerin ve tanıtım metinlerinin tütün ürünleri ve perakende paketleri üzerine konulması yasaklanmaktadır. Tütün firmalarının uygulamanın başta fikri mülkiyet hakları olmak üzere ulusal ve uluslararası düzeyde ticaret ve yatırım kurallarını ihlal ettiği ileri sürülmüş ve düz paket uygulamasına geçen ülkelere karşı dava süreçleri başlatılmıştır. Söz konusu davaların önemli bir kısmı tamamlanmış olmakla birlikte, halen süren davalar da bulunmaktadır. Bu davalar ile ileride açılması muhtemel davaların sonuçları, düz paket uygulamasının dünya çapında geleceğini belirleyecektir.

Anahtar Kelimeler: Düz Paketleme, Dünya Sağlık Örgütü, Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, Marka Hakkı, Uluslararası Ticaret ve Yatırım Hukuku

Abstract

Following the Framework Convention on Tobacco Control adopted under the auspices of the World Health Organization, many countries around the world, including Australia, have adopted regulations for plain packaging of tobacco products. Plain packaging regulations require all tobacco products to be packaged in a standard color to be determined by the relevant authority. In addition, it is prohibited to place logos, brand descriptions, colors and texts on tobacco products and retail packages, except the brand and variant name, in a specific font style and size also to be determined by the relevant authority. Tobacco companies argue that plain packaging regulations violate national and international trade and investment rules, especially those of intellectual property rights. In this regard couple of lawsuits have been initiated against the countries that have adopted plain packaging regulations. A significant portion

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, talat.kaya@asbu.edu.tr.

of these cases have been completed, though there are still ongoing cases. The outcome of these cases and possible future lawsuits will determine the future of plain packaging implementation worldwide.

Keywords: Plain Packaging, World Health Organization, Framework Convention on Tobacco Control, Trademark Rights, International Trade and Investment Law

GİRİŞ

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) verilerine göre, dünya genelinde tütün ürünlerinin kullanımına bağlı hastalıklar nedeniyle yılda altı milyona yakın insan hayatını kaybetmektedir¹. Bu bağlamda, tütün kullanımı ile mücadele, birçok ülkenin öncelikli sağlık konularının başında gelmektedir. Reklam ve sponsorluk yasağı, tütün mamulleri üzerindeki vergi oranlarının arttırılması, belirli bir yaşın altındaki kişilere tütün ürünlerinin satışının yasaklanması, tütün paketleri üzerine görsel ve yazılı sağlık uyarılarının iliştilmesi, kapalı alanlarda tütün ürünlerinin kullanımının yasaklanması, tütün mamulleri içerisinde katkı maddelerinin kullanımına izin verilmemesi ve tütün mamullerinin kapalı dolaplara konularak satılması zorunluluğu bu kapsamda alınan tedbirlerden bazılarıdır.

Tütün kullanımı ile mücadele için son dönemde atılan bir adım ise sağlığın korunması amacıyla alınan bir önlemin sınırları ve hukuka uygunluğu konusunda ciddi tartışmaları gündeme getirmiştir. Düz paket olarak adlandırılan bu uygulama ile tüm tütün mamullerinin ilgili otorite tarafından belirlenecek standart bir renkte paketlenmesi zorunlu kılınmaktadır. Paket üzerinde marka ve ürün adının ilgili otorite tarafından belirlenecek belli bir yazı tipi stili ve boyutunda yer alması dışında logolarının, marka tasvirlerinin, renklerin ve tanıtım metinlerinin tütün ürünleri ve perakende paketleri üzerine konulması yasaklanmaktadır.

Düz paket uygulaması ilk olarak Avustralya tarafından 2012 yılında uygulamaya konulmuştur². Avustralya'nın ardından Fransa, Macaristan, Yeni Zelanda, İrlanda, Birleşik Krallık, Norveç, Slovenya ve Uruguay tarafından tütün ürünlerinin düz paketlenmesini zorunlu kılan yasalar kabul edilmiştir³. Kanada, Belçika, Hindistan, Kolombiya, Tayland, Panama ve Malezya gibi ülkelerin ise kısa zaman içerisinde düz paket uygulaması konusunda adım atmaları beklenmektedir⁴. Benzer şekilde, Türkiye tarafından 27 Ocak 2015 tarihli ve 29249 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2015/1 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile yürürlüğe konulan Ulusal Tütün Kontrol Programı

- 1 WHO, Tobacco, The Problem, http://www.who.int/nmh/publications/fact_sheet_tobacco_en.pdf; son erişim tarihi 15 Eylül 2018.
- 2 Australia, Tobacco Plain Packaging Act 2011, No 148, 2011; <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00892>; son erişim tarihi 20 Aralık 2017; WHO, Plain Packaging of Tobacco Products: Evidence, Design and Implementation, 2016, s. 1.
- 3 Framework Convention on Tobacco Control (FCTC), Implementation Database, Updates, <http://untobaccocontrol.org/impldb/updates/> son erişim tarihi 1 Eylül 2018.
- 4 Baschuk B., WTO Tobacco Ruling Opens Door to New Plain-Packaging Laws, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-06-28/wto-tobacco-ruling-opens-door-to-new-plain-packaging-laws> son erişim tarihi 2 Temmuz 2018.

Eylem Planı (2015-2018) “A.5 Reklâm, Promosyon ve Sponsorluk” başlığının 1.1. maddesi uyarınca düz paket uygulaması konusunda gerekli mevzuat değişikliklerinin 2015 yılı içerisinde yapılması öngörülmüştür⁵. Düz paket uygulamasına karşı uluslararası düzeyde başlatılan hukuki süreçler nedeniyle Türkiye uygulaması biraz ötelenmiş olmakla birlikte, 15 Kasım 2018 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından kabul edilen 7151 sayılı “Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile düz paket uygulamasına geçilmesi kararlaştırılmıştır. Kanun Cumhurbaşkanlığı’nın Onayı sonrasında 5 Aralık 2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁶.

Düz paket uygulaması DSÖ bünyesinde kabul edilen Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi (TKÇS)’nin⁷ 11. ve 13. maddeleri ile anılan maddelerin uygulama rehberlerine dayandırılmakla birlikte; tütün firmalarınca uygulamanın başta fikri mülkiyet hakları olmak üzere ulusal ve uluslararası düzeyde ticaret ve yatırım kurallarını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Bu kapsamda, düz paket uygulamasını ilk yürürlüğe koyan Avustralya’ya karşı anayasaya aykırılık iddiası ile ulusal düzeyde dava açılmış; uluslararası düzeyde de Avustralya ile Hong Kong arasında geçerli olan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşması ile Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşmalarına dayalı olarak hukuki süreçler başlatılmıştır⁸.

Avustralya’nın ardından ise Birleşik Krallık’a karşı ulusal düzeyde dava açılmıştır. Birleşik Krallık’a karşı açılan dava, ulusal düzeyde açılmış olmasına karşılık, Avrupa Birliği (AB) hukuku ve uluslararası hukuka aykırılık iddialarını da içermektedir⁹. Benzer şekilde düz paket düzenlemesini kabul etmiş Fransa ve İrlanda gibi diğer ülkelerde de ulusal ve uluslararası hukuka

5 Ulusal Tütün Kontrol Programı Eylem Planı, için bkz. <http://www.saglik.gov.tr/Eklenti/420,ulusal-tutun-kontrol-programi-eylem-planipdf.pdf?0> son erişim tarihi 6 Aralık 2016.

6 Resmi Gazetede Yayımlanan Kanunun son hali için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181205.htm> son erişim tarihi 5 Aralık 2018. Anılan Kanun’un 24. Maddesi şu şekildedir:

“4207 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “yüzde altmışbeşinden” ibaresi “yüzde seksen beşinden” şeklinde değiştirilmiş, fıkraya aşağıdaki cümleler eklenmiş ve beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Türkiye’de üretilen veya ithal edilen tütün ürünleri; markanın yazım şekli, yazı karakteri ve boyutu, paket üzerindeki konumu, paketlerin rengi, diğer yazı, ibare ve şekiller dâhil olmak üzere aynı şekilde tasarlanmış düz ve standart paket biçiminde piyasaya arz edilir. Marka, paketin sadece bir yüzeyine ve bu yüzeyin yüzde beşini aşmayacak şekilde yazılır. Paketlerin üzerine markanın logosu, simgesi veya sair işaretleri konulamaz. Bu kurallar birden fazla paketi bir arada bulunduran tütün ürünleri kutuları için de geçerlidir.”

“(5) Bu Kanunda belirtilen uyarı yazıları, resim, şekil veya grafik mesajlarıyla, paket üzerinde yer verilen markanın yazım şekli, yazı karakteri ve boyutu, paket üzerindeki konumu, paketlerin rengi, paket üzerinde yer verilen uyarı mesajları, diğer zorunlu yazı, ibare ve şekiller dâhil olmak üzere tek tip olarak tasarlanmış düz ve standart paketler ile ilgili hususlar Sağlık Bakanlığının uygun görüşü alınarak Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir.”

7 <http://www.who.int/fctc/about/en/> son erişim tarihi 15 Kasım 2018.; Halihazırda 181 ülkenin taraf olduğu TKÇS, Türkiye tarafından da 28 Nisan 2004 tarihinde imzalanmış ve 30 Kasım 2004 tarihli 5261 sayılı Uygun Bulma Kanunu’na istinaden 25 Aralık 2004 tarih ve 25681 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2004/8235 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştır.

8 Tütün firmalarınca Avustralya’ya karşı başlatılan hukuki süreçler hakkında ayrıntı bilgi aşağıda “Avustralya’nın Düz Paket Uygulaması ve Uygulama Aleyhine Açılan Davalar” başlığı altında verilecektir.

9 Birleşik Krallık’ta başlatılan dava süreci hakkında ayrıntılı bilgi aşağıda “Birleşik Krallık’ın Düz Paket Uygulaması ve Uygulama Aleyhine Açılan Dava” başlığı altında verilecektir.

aykırılık iddiaları ile davalar açılmıştır¹⁰. Öte yandan, Uruguay'ın düz paket uygulamasına geçmeden önce kabul ettiği ve düz paket düzenlemesine kıyasla daha az kısıtlayıcı bir düzenleme olan tek sunum zorunluluğu, İsviçre ile Uruguay arasındaki YKTK Anlaşması'nı ihlal ettiği gerekçesi ile Dünya Bankası altında faaliyet gösteren Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) kapsamında dava edilmiştir¹¹.

Bu çerçevede, söz konusu davalar ile ileride açılması muhtemel davaların sonuçları, dünya çapında düz paket uygulamasının geleceğini belirleyecektir. Bu bağlamda, DSÖ Genel Müdürü'nün düz paket uygulamasına karşı Avustralya iç hukukunda açılan dava sonrasında, diğer ülkelerin düz paket uygulamasına geçme konusunda sırada beklediğini ve davaları dikkatlice izlediğini belirtmiş olması dikkat çekicidir¹².

Konunun diğer bir boyutunu ise, alkol, çips ve şeker gibi sağlık üzerinde olumsuz etkileri bulunan ürünlerin de düz paketlenmesine yönelik uygulamaların kabulü ihtimali oluşturmaktadır¹³. Endonezya gibi alkol konusunda halihazırda bu yönde adım atmaya hazırlanan ülkelerin bulunması, bu ihtimalin küresel bir akıma dönüşmesi olasılığının çok da uzak olmadığını göstermektedir¹⁴. Bu durum, uluslararası ticaret ve yatırım hukuku bakımından yeni hukuki tartışmaların da habercisidir.

Düz paket uygulamasının uluslararası ticaret ve yatırım hukukuna uygunluğunu uluslararası düzeyde açılmış davalar temelinde incelemeyi amaçlayan bu çalışma, konuyla ilgili olarak ülkemizce alınan ve alınması muhtemel önlemler konusunda yaşanacak tartışmalara da ışık tutmayı hedeflemektedir¹⁵. Bu kapsamda, çalışmanın ilk bölümünde düz paket kavramı ve uygulamanın

10 İrlanda'da başlatılan dava süreci, Birleşik Krallık'ta başlatılan dava sürecinden önemli ölçüde etkilenmiştir. İrlanda Yüksek Mahkemesi (Ticaret Bölümü) Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin ABAD'dan aldığı ön karar ışığında, Kasım 2016'da dava kapsamında karar vermeye gerek bulmamıştır. Fransa'da açılan davada ise, Birleşik Krallıkta açılan davada öne sürülen argümanlara yakın iddialar dile getirilmiş ve Fransız Danıştay'ı Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi ile benzer sonuçlara ulaşarak davayı reddetmiştir. Bu kapsamda, tekrardan kaçınmak amacıyla İrlanda ve Fransa'da açılan davalar bu incelemede ele alınmayacaktır. İrlanda Yüksek Mahkemesi ve Fransa Danıştay kararları için sırasıyla bkz: JTI Ireland Ltd – v – Minster for Health & ors, [2015] IEHC 481 http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/68C14CFE270_C72D80257E93005048D8; Conseil d'État, 9ème – 10ème chambres réunies, 23/12/2016, 399117, https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?sessionId=909FE3026DF103CAEE31B9B74DA97760.tpdila09v_3?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000033685128&fastReqId=737113321&fastPos=71; son erişim tarihi 27 Temmuz 2017.

11 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), <https://www.italaw.com/cases/460>, son erişim tarihi 27 Temmuz 2017.

12 Statement by WHO Director-General, Dr Margaret Chan, WHO welcomes landmark decision from Australia's High Court on tobacco plain packaging act, 15 August 2012, http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2012/tobacco_packaging/en/ son erişim tarihi 26 Aralık 2017.

13 Lee-Zogbessou J., Food and drink industry could lose billions if plain packaging rule hits, <https://www.packaging-gateway.com/news/food-drink-industry-plain-packaging-rule/> son erişim tarihi 5 Eylül 2018.

14 Schreiber A., Indonesia considering new labeling rules for alcoholic beverages, 07-Jul-2014 <https://www.packaging-gateway.com/news/food-drink-industry-plain-packaging-rule/> son erişim tarihi 1 Ocak 2018

15 Düz Paket uygulamasının Türk hukuku bakımından ortaya çıkarabileceği sorunlar hakkında bir çalışma için bkz. İzgi G., Düz Paketleme (Plain Packaging) Uygulamasının Fikri Müllkiyet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, *Ankara Barosu Fikri Müllkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Yıl: 16 Cilt: 17 Sayı: 2015/2, Ankara, 2015, s. 42-55.

tarihsel geçmişi ele alınacaktır. İkinci bölümde, düz paket uygulamaları nedeniyle ortaya çıkan hukuki tartışmalar genel bir bakış açısıyla incelenecektir. Çalışmanın üçüncü bölümü, düz paket düzenlemesini ilk olarak kabul eden ve hukuki tartışmaların merkezinde bulunan Avustralya uygulamasına ayrılacaktır. Bu kapsamda, Avustralya'nın düz paket uygulamasına kısaca bakılacak ve uygulamaya karşı uluslararası ticaret ve yatırım hukuku kapsamında başlatılan davalar ele alınacaktır. Bu bölümde, konu bütünlüğünün sağlanması amacıyla matuf olarak, Avustralya'ya karşı ulusal düzeyde açılan davaya da kısaca değinilecektir. Çalışmanın dördüncü bölümünde düz paket uygulamasına karşı Birleşik Krallık'ta açılan davaya göz atılacaktır. Çalışmanın beşinci bölümünde ise düz paket düzenlemesine kıyasla daha az kısıtlayıcı bir düzenleme olan Uruguay'ın tek sunum zorunluluğuna karşı başlatılan tahkim davası ele alınacaktır. Tek sunum zorunluluğu, teknik olarak düz paket uygulaması olmasa da, düz paket uygulamalarının temel aldığı TKÇS hükümlerine dayanmakta ve markanın kullanımına kısıtlamalar getirmektedir¹⁶. Bu bakımdan tek sunum zorunluluğuna ilişkin tahkim davasında öne sürülen iddia ve savunmalar düz paket düzenlemelerine ilişkin davalarda öne sürülenler ile benzerlik arz etmektedir. Bu çerçevede, konunun uluslararası ticaret ve yatırım hukuku bakımından bir bütün olarak anlaşılması açısından söz konusu davanın genel olarak incelenmesi gerekli görülmüştür. Çalışmanın sonuç bölümünde ulusal ve uluslararası uygulamalar ışığında düz paket uygulamasının gelecekte nasıl şekilleneceğine ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

I. DÜZ PAKET KAVRAMI VE UYGULAMANIN TARİHSEL GEÇMİŞİ

“Düz paket” kavramının kelime anlamı, bir ürünün paketinin standart bir renkte olmasını çağırırsa da, tütün ürünleri bakımından düz paket uygulaması; kavramın kelime anlamının çok daha ötesinde geniş bir çerçeveyi ifade etmektedir¹⁷. Tütün ürünleri bakımından düz paket uygulaması, paketin rengine ilave olarak, paketin şekil ve boyutu, paket üzerine konulacak marka ve ürün adının yazım stili ve boyutu ile paket içindeki ürünlerin rengine kadar pek çok hususu konu edinmektedir. Düz paket düzenlemeleri ayrıca, düz paket mevzuatı içerisinde veya başka bir mevzuat ile tütün ürünlerinin paketleri üzerine zorunlu sağlık uyarılarının konulmasını şart koşturmaktadır. Bununla birlikte, düz paket uygulamalarının sadece nihai tüketicilerin ulaştığı ürünler için geçerli olduğu, bunun dışında tacirler arasında toptan yapılan satışlar ile sevkiyat paketlerinin bu kapsamda değerlendirilmediği vurgulanmalıdır¹⁸.

Tütün ürünlerinin düz paketlenmesine yönelik ilk öneriler 1980'li yıllara kadar geriye gitmektedir. Nitekim, 1986 yılında Kanada Tıp Derneği¹⁹, 1989 yılında Yeni Zelanda Zehirli

16 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), para. 108, 125 <https://www.italaw.com/cases/460>, son erişim tarihi 27 Temmuz 2017.

17 Liberman J; Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 39 No 2& 3, s. 361.

18 İzgi, s. 27.

19 Physicians for a Smoke-Free Canada, *The Plot Against Plain Packaging*, http://www.smoke-free.ca/pdf_1/plotaga-

Maddeler Kurulu²⁰, 1991 yılında ise Birleşik Krallık Sigara ve Sağlık Hareketi²¹ ilgili ülkelerin sağlık bakanlıklarına tütün ürünlerinin düz paketlemesine yönelik düzenlemede bulunma çağrısı yapmışlardır. Bununla birlikte, tütün ürünlerinin düz paketlenmesine yönelik hükümetler düzeyinde mevzuat çalışmaları DSÖ bünyesinde 2003 yılında kabul edilen ve 2005 yılında yürürlüğe giren TKÇS sonrasında başlatılmıştır²².

TKÇS, tütün kullanımının başta gelişmekte olan ülkeler olmak üzere, dünya çapında sağlık üzerinde oluşturduğu tehdidin bertaraf edilmesi ve tütün ürünlerinin kullanımının azaltılması amacına yönelik olarak, diğer hususların yanı sıra “tütün ürünlerinin paketlenmesi ve etiketlenmesi” ile “tütün reklamı, promosyonu ve sponsorluğu”na ilişkin konuları ele almaktadır. TKÇS'nin “Tütün ürünlerinin paketlenmesi ve etiketlenmesi” başlıklı 11. maddesi tütün ürünlerinin paket ve etiketlerinde “...tütün ürününün özellikleri, sağlığa etkileri, tehlikeleri ve emisyonları ile ilgili yanlış, aldatıcı, yanıltıcı veya hatalı izlenim oluşturacak ve belirli bir tütün ürününün, doğrudan veya dolaylı olarak, diğer tütün ürünlerinden daha az zararlı olduğu izlenimini uyandıracak, ‘düşük katranlı’, ‘hafif’, ‘ultra-hafif’ ya da ‘yumuşak’ vb. gibi bir tanım, ticari marka, figür veya başka işaretin” kullanılmayacağını ve “...tütün ürünlerinin her bir paket ve ambalajında ve bu ürünlerin dış paketleme ve etiketlerinde tütün kullanımının zararlı etkilerini anlatan ve diğer uygun mesajları veren sağlık uyarılarının...” bulundurulmasını öngörmektedir.

TKÇS'nin “Tütün reklamı, promosyonu ve sponsorluğu” başlıklı 13. maddesi ise; sözleşme taraflarının “...tütünle ilgili her türlü reklam, promosyon ve sponsorluğa karşı kapsamlı yasaklar...” getirmesini, ilgili taraf ülkenin anayasası veya anayasal ilkeleriyle çatışması nedeniyle kapsamlı bir yasaklama getirememesi halinde ise “...tütün reklamı, promosyonu ve sponsorluklarına kısıtlamalar...” getirmesini, bunun da mümkün olmaması halinde, en azından tütün ürünlerinin sağlığa etkileri ve tehlikeleri hakkında yanıltıcı veya hatalı bir izlenim bırakabilecek şekilde tanıtıcı reklam, promosyon ve sponsorluğu yasaklanmalarını ve diğer önlemleri almaları gerektiğini hükme bağlamaktadır. Söz konusu hüküm bir anlamda, “doğrudan uygulanan kurallar” olarak da ifade edilen, ilgili ülkenin sosyal, politik veya ekonomik yapılanmasının korunması için uyulması zorunlu olan bir takım kurallar ile çatışmayan tarzda gerekli önlemlerin alınmasını tavsiye etmektedir²³.

instplainpackaging-apr1'.pdf, s 1. son erişim tarihi 10 Ocak 2017.

20 Action on Smoking and Health. The Big Fight Begins. 1989 June. British American Tobacco Records. <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/rhww0205>, son erişim tarihi 10 Ocak 2017.

21 Action on Smoking and Health. Ending an Epidemic: A Manifesto for Tobacco Control. 1991 October. British American Tobacco Records. <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/thhy0210>; son erişim tarihi 10 Ocak 2017.

22 <http://www.who.int/fctc/about/en/> ; son erişim tarihi 15 Temmuz 2017.; Halihazırda 181 ülkenin taraf olduğu TKÇS, Türkiye tarafından da 28 Nisan 2004 tarihinde imzalanmış ve 30 Kasım 2004 tarihli 5261 sayılı Uygun Bulma Kanunu'na istinaden 25 Aralık 2004 tarih ve 25681 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/8235 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştır.

23 Doğrudan uygulanan kurallar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal H., Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 8.vd.

TKÇS'nin 11. ve 13. maddeleri tütün ürünlerinin paketlenmesi ve reklamı konusunda kapsayıcı hükümler içermekle birlikte, taraf ülkelerin düz paket uygulamasına geçmesi konusunda açık bir yükümlülük öngörmemektedir. Bununla birlikte, TKÇS'nin uygulanmasına yönelik olarak taraf ülkelerin 2007, 2008, 2010 ve 2012 yıllarında gerçekleştirdikleri konferanslar neticesinde bazı maddelerin uygulanmasına yönelik rehberler kabul edilmiştir. Bu çerçevede, 2008 yılında gerçekleştirilen konferansta 11. ve 13. maddelerin etkin uygulanmasına ilişkin kabul edilen rehberlerde tütün ürünlerinin düz paketlenmesi açık olarak tavsiye edilmiştir²⁴.

TKÇS'nin 11. ve 13. maddelerine ilişkin rehberlerin ilgili bölümleri, öz olarak, düz paket uygulamasının tütün ürünlerinin çekiciliğini azaltma, paketlerin tanıtım ve teşvik fonksiyonunu engelleme, paketlerde kullanılan tasarım teknikleri yoluyla bazı ürünlerin daha az zararlı olduğu yönünde oluşan algıyı önleme ve sağlık uyarılarının etkisi ve fark edilebilirliğini artırma fonksiyonlarını ifa edeceğini vurgulamaktadır²⁵. Rehberde yer verilen tavsiye doğrultusunda Avustralya başta olmak üzere birçok ülke tarafından tütün ürünlerinin düz paketlenmesini zorunlu kılan yasalar kabul edilmiş, Türkiye dahil bir kısım ülkeler ise, düz paket uygulamasına geçilmesi konusunda adım atmaya başlamışlardır²⁶.

II. DÜZ PAKET UYGULAMASINA İLİŞKİN HUKUKİ TARTIŞMALARA GENEL BİR BAKIŞ

Düz paket uygulaması konusunda tartışmalar, paketlerin şekli ve boyutu veya sağlık önlemlerinin içeriği ve kaplayacakları alanın büyüklüğünden kaynaklanmamıştır. Tartışmalar daha ziyade, tütün ürünlerinin birbirinden ayırt edilmesini sağlayan marka ve coğrafi işaretler ile dizaynların kullanımının yasaklanması veya kısıtlanması nedeniyle ortaya çıkmıştır²⁷. Nitekim aşağıda incelenecek davalarda görüleceği üzere, tütün firmaları temel olarak düzenlenmiş bir alanda

24 TKÇS'nin 11. ve 13. maddelere ilişkin rehberlerin düz paketleme ile ilgili bölümleri sırasıyla aşağıdaki gibidir:

Madde 11

Taraflar, marka ve ürün adlarının standart renk ve yazı tipi stilinde (düz paketleme) yazılması dışında paketlerdeki logoların, renklerin, marka imajlarının veya promosyon bilgilerinin kısıtlanması veya yasaklanmasına yönelik tedbirleri almayı düşünmelidir. Bu durum, sağlık uyarılarının ve mesajlarının fark edilebilirliğini ve etkililiğini artırabilir, paketin bunlar üzerindeki dikkati çekmesini önleyebilir ve bazı ürünlerin diğerlerinden daha az zararlı olabileceğini düşündürebilecek endüstri paketi tasarım tekniklerini engelleyebilir.

Madde 13

Paketleme ve ürün tasarımı, reklamcılık ve tanıtımın önemli unsurlarıdır. Taraflar, paket üzerindeki reklam veya promosyonun etkilerini ortadan kaldırmak için düz paketleme şartlarını benimsemeyi düşünmelidirler. Paketler, sigara taneleri veya diğer tütün ürünleri, ürünleri çekici hale getiren tasarım özellikleri de dahil olmak üzere herhangi bir reklam veya tanıtımı içermemelidir.

Söz konu metinlerin çevirisi yazar tarafından yapılmış olup, metinlerin İngilizcesi için bkz. WHO Framework Convention on Tobacco Control, Guidelines for Implementation, 2013 Edition, s. 63-64 ve 99-100; http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80510/1/9789241505185_eng.pdf?ua=1 son erişim tarihi 8 Aralık 2016.

25 WHO Framework Convention on Tobacco Control, Guidelines for Implementation, s. 63-64 ve 99-100; WHO, Plain Packaging, Evidence, Design and Implementation, 2016, s. 8.

26 FCTC, Implementation Database, Updates, <http://untobaccocontrol.org/impldb/updates/>, son erişim tarihi 1 Eylül 2018.

27 Alemanno A./Bonadio E., Do You Mind My Smoking? Plain Packaging of Cigarettes Under the TRIPS Agreement, *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, Vol. 10, No. 3, 2011, s.456-457.

faaliyet göstermeye itiraz etmemekte, buna mukabil düz paket düzenlemelerinin, ürünlerinin diğer ürünlerden ayırt edilmesini sağlayan fikri mülkiyet haklarını ihlal ettiğini öne sürmektedirler. Bu kapsamda tütün firmaları mülkiyet hakkının ihlali, fikri mülkiyetin dolaylı kamulaştırılması ve uluslararası yükümlülüklerin ihlali gibi pek çok iddia ortaya atmışlardır.

Düz paket uygulamasını savunanlar ise, paketleme ve ürün tasarımının, reklamcılık ve tanıtımın en önemli unsurları olduğunu; bu anlamda paketlerin ürünleri çekici hale getiren tasarım özellikleri de dahil olmak üzere herhangi bir reklam veya tanıtımı içermemesi gerektiğini vurgulamaktadırlar²⁸. Bu kapsamda, düz paketlemenin insanları tütün ürünlerini kullanmaya başlamamaya, kullananları ise bırakmaya teşvik ettiğini, böylelikle insan sağlığının korunmasına katkı sağladığını öne sürmektedirler. Düz paket uygulamasını savunanlar diğer bir anlatımla, insan sağlığının korunması konusunda devletin düzenleme hakkının bulunduğunu, firmalara ait olan fikri mülkiyet hakları ve diğer hakların devleti düzenlemede bulunma hakkından yoksun bırakamayacağını iddia etmektedirler.

Düz paket düzenlemelerini savunanlar bu doğrultuda, uygulamanın insan sağlığının korunmasına katkı sağladığını gösteren pek çok bilimsel çalışmanın bulunduğuna dikkat çekmektedirler. Düz paket uygulamasının bahse konu amaçlara ulaşılmasına ne ölçüde katkı sağladığına ilişkin nicel ve nitel veriler önlemin uluslararası ticaret ve yatırım anlaşmalarına uygunluğu bakımından şüphesiz önemli bir rol oynayacaktır. Uygulamayı savunanlar son olarak düz paket düzenlemelerinin fikri mülkiyet haklarını ihlal etmediğini, sadece sağlığa zararlı olan bir ürünün satış koşullarını düzenlediklerini öne çıkarmaktadırlar.

III. AVUSTRALYA'NIN DÜZ PAKET UYGULAMASI VE UYGULAMA ALEYHİNE AÇILAN DAVALAR

A. Avustralya'nın Düz Paket Uygulaması

Avustralya düz paket uygulamasına geçmeyi ilk olarak 1992 yılında düşünmüş, bununla birlikte tütün firmalarının yoğun çabaları ve konuyla ilgili detaylı incelemenin gerekli olması nedeniyle 1995 yılına gelindiğinde bu girişimden vazgeçmiştir²⁹. 2005 yılında DSÖ bünyesinde TKÇS'nin kabul edilmesi sonrasında ise, düz paket uygulamasına geçilmesi Avustralya'da yeniden tartışılmaya başlanmıştır. Konuyla ilgili olarak Avustralya Sağlık Bakanlığı tarafından kurulan Görev Gücü 2008 yılında yayımladığı rapor ile tütün ürünlerinin düz paketlenmesini tavsiye etmiştir³⁰. 2009 yılında konuyla ilgili olarak kamu danışmaları başlatılmış ve tütün firmaları dahil

28 Alemanno/Bonadio, s.456; Australian Government National Preventative Health Taskforce, Australia: The Healthiest Country by 2020, s. 181, <https://extranet.who.int/nutrition/gina/sites/default/files/AUS%202009%20National%20Preventative%20Health%20Strategy.pdf>, son erişim tarihi 20 Temmuz 2018.

29 Mitchell A. D.; Australia's Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility, Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy, 2010, s. 412; Physicians for a Smoke-Free Canada, The Plot Against Plain Packaging, 2008, s 22-23; http://www.smoke-free.ca/pdf_1/plotagainstplainpackaging-apr1.pdf. son erişim tarihi 1 Temmuz 2018.

30 Australian Government National Preventative Health Taskforce, Australia: The Healthiest Country by 2020, s.

olmak üzere ilgili taraflar danışma sürecine katılmıştır. Tütün firmaları bu dönem içerisinde düz paket uygulamasının öngörülen kamu sağlığı hedeflerine ulaşma konusunda yararlı olmayacağını, bu konuda yeterli kanıtın bulunmadığını ve uygulamanın hukuksuz olacağını öne sürmüştür.

Öte yandan, 2009 yılı başından önerinin yasalaştığı 2011 yılı sonuna kadar Avustralya parlamentosunda konuyla ilgili olarak farklı görüşleri bulunan siyasi partiler arasında tartışmalar yaşanmışsa da, 21 Kasım 2011 tarihinde Düz Paketleme Yasası kabul edilmiştir³¹. Aynı tarihte Düz Paketleme Yasası'nın getirdiği düzenlemelere uyum sağlanması amacıyla Markalar Kanununda Değişiklik Getiren Yasa da kabul edilmiştir³². 2011 Aralık ayında ise uygulamanın detaylarına yönelik Düz Paketleme Yönetmeliği kabul edilmiştir³³.

Avustralya, Düz Paketleme Yasası'nın amaç bölümünde, düzenlemenin halk sağlığının korunması ve TKÇS'de yer alan yükümlülüklerle uyum sağlamak gayesiyle hazırlandığını açıklamıştır. Yasada düzenleme ile tütün ürünlerinin çekiciliğinin azaltılması, paket üzerindeki sağlık uyarılarının etkinliğinin artırılması ve tütün ürünlerinin zararlı etkileri konusunda yanıltıcı mesajların verilmesinin engellenmesi yoluyla halk sağlığının korunması amacına ulaşılmasının hedeflendiği özel olarak vurgulanmıştır. Bu amaçlara matuf olarak düz paketleme düzenlemeleri ile her bir sigara tanesi ve puro gibi tekil tütün ürünlerinin şekli ve üzerlerinde yer alacak işaretlerden, ürünlerin perakende paketlerine kadar tüm hususlar ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Düzenleme öz olarak, tekil sigara tanelerinin beyaz bir kağıda sarılmasını öngörmekte ve bunların üzerinde ürüne ait bir numara dışında, her türlü şekil veya yazının bulunmasını yasaklamaktadır. Sigara paketlerinin ise iç ve dış yüzeylerin mat koyu kahverenginde olması öngörülmüş, paket üzerinde marka ve ürün adının *Lucida Sans* yazı stilinde, sırasıyla 14 ve 10 punto büyüklüğünde yazılması dışında, her türlü logo, marka tasviri, renk, şekil ve tanıtım metninin yer alması yasaklanmıştır. Puro gibi benzeri diğer tütün ürünleri bakımından da benzer yükümlülükler getirilmiştir.

Avustralya ayrıca, Düz Paketleme Yasası ve Yönetmeliği'nin 2010 tarihli Rekabet ve Tüketici Yasası ile birlikte uygulanmasını şart koşmuştur³⁴. Anılan yasa kapsamında kabul edilen ve 1 Aralık 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe konulan standart uyarınca tütün ürünleri paketlerinin ön yüzünün en az yüzde yetmiş beşinin, arka yüzünün ise en az yüzde doksanınin sağlık uyarıları ile diğer uyarılar için ayrılması zorunlu kılınmıştır.

20, <https://extranet.who.int/nutrition/gina/sites/default/files/AUS%202009%20National%20Preventative%20Health%20Strategy.pdf>, son erişim tarihi 20 Temmuz 2018.

31 Tobacco Plain Packaging Act 2011, No. 148; Avustralya'nın Düz Paketleme Yasası 2013, 2016 ve 2018 yıllarında kısmi olarak değiştirilmiş olmakla birlikte, yasanın özünde bir değişiklik olmamıştır. Yasanın güncel son hali için bkz. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00450> son erişim tarihi 15 Kasım 2018.

32 Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Act 2011, No. 149 <https://www.legislation.gov.au/Details/C2011A00149> son erişim tarihi 15 Kasım 2018.

33 Tobacco Plain Packaging Regulations 2011, Avustralya tarafından kabul edilen Düz Paketleme Yönetmeliği, 2012 yılından sonra kısmi olarak değiştirilmiş olmakla birlikte, özünde bir değişiklik olmamıştır. Düz Paketleme Yönetmeliği'nin güncel son hali bkz. <https://www.legislation.gov.au/Details/F2013C00801> son erişim tarihi 12 Kasım 2018.

34 Avustralya, Düz Paketleme Yasası, Bölüm 4 ve 21.

Öte yandan, düz paketleme düzenlemelerinin hazırlık aşamasında tütün firmalarınca getirilen eleştiriler Avustralya'yı düz paket düzenlemelerini hazırlarken ihtiyatlı davranmaya sevk etmiştir. Öyle ki; uygulamanın ulusal ve uluslararası hukukta dava konusu yapılacağı öngörülerek, bu yönde iki tedbir alınmıştır. Bu kapsamda ilk olarak, Yasanın 28. bölümünde düz paketleme düzenlemeleri nedeniyle ticari markanın kullanılmamasının, markanın ilgili mevzuat uyarınca tescilini engellemeyeceği gibi; var olan bir kaydın silinmesi veya tescil başvurusunun reddedilmesini de gerektirmeyeceği açıklanmıştır. Benzer şekilde, Yasanın 29. bölümünde düz paketleme düzenlemeleri nedeniyle bir tasarımın kullanılmamasının, söz konusu tasarımın iptalini gerektirmediği gibi tasarımla ilgili lisans verilmesini de engellemeyeceği vurgulanmıştır.

Yasa ikinci olarak 15. bölüm ilk paragrafı ile düz paket düzenlemesi nedeniyle marka veya diğer işaretlerin kullanılmamasının, adil karşılığı olmayan mülkiyet iktisabı oluşturması halinde uygulanmayacağını belirtmiştir. 15. bölümün ikinci ve üçüncü paragrafları ile konuya biraz daha açıklık getirilerek, düz paket düzenlemesi nedeniyle marka veya diğer işaretlerin kullanılmamasının adil karşılığı olmayan mülkiyet iktisabı oluşturması halinde, marka veya işaret sahibinin marka veya işaretini kullanabileceğini, ancak bu kullanımın ileride yeni düzenlemelere tabi olacağı vurgulanmıştır. Keza düzenlemelerin haksız iktisap oluşturmayan bölümlerinin de aynı şekilde uygulanmasına devam edileceği açıklanmıştır.

Yukarıda bahsi geçen iki tedbirin temel olarak düz paket düzenlemelerinin tümünden iptalinin önüne geçilmesi ve ileride açılması muhtemel davalarda savunma amaçlı kullanılmak üzere alındığı değerlendirilmektedir. Nitekim aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere ulusal ve uluslararası hukukta açılan davalarda bu hususlara yer verilmiştir.

B. Avustralya'nın Düz Paket Uygulamasına Karşı Açılan Davalar

1. Avustralya Yüksek Mahkemesi'nde Açılan Dava

Düz paket uygulamasının sadece Avustralya ile sınırlı kalmayacağını, kabul edilmesi halinde dünya çapında birçok ülkeye sirayet edeceğini öngören tütün firmaları düzenlemenin kabul edilmesinin hemen akabinde ulusal ve uluslararası dava süreçlerini başlatmışlardır. Bu kapsamda, 2011 yılı Aralık ayı içerisinde Japan Tobacco International (JTI) ve British American Tobacco (BIT) firmaları yasanın Avustralya Anayasası'na aykırılığı iddiası ile Avustralya Yüksek Mahkemesi'nde dava açmıştır³⁵. Avustralya pazarında faaliyet gösteren diğer iki önemli firma Phillip Morris ve Imperial Tobacco davalara müdahil olarak katılarak diğer firmaları desteklemiştir.

Davanın doğrudan Yüksek Mahkeme'de açılması Avustralya Anayasa'sından kaynaklanmaktadır. Avustralya Anayasası'na göre; Avustralya devletinin³⁶ davacı veya davalı olarak yer aldığı veya

35 High Court of Australia, British American Tobacco Australasia Limited and Ors v. the Commonwealth of Australia, Case No: S389/2011; J T International SA v. Commonwealth of Australia Case No: S409/2011, Date of Order: 15 August 2012, Date of Publication of Reasons: 5 October 2012.

36 Avustralya'nın Birleşik Krallık Uluslar Topluluğu üyesi olması nedeniyle, Anayasa metninde Avustralya devleti için Commonwealth ifadesi kullanılmaktadır. Avustralya Anayasası için bkz. [https://www.legislation.gov.au/ Details/](https://www.legislation.gov.au/Details/)

anayasanın uygulanması veya yorumlanmasının konu olduğu durumlarda Yüksek Mahkeme yargı yetkisini haizdir³⁷. Bu çerçevede, tütün firmaları “Parlamento’nun yasa yapma yetkisine sahip olduğu bir konuda, eyalet veya kişilere ait mülkiyetin adil karşılığı verilerek iktisap edebileceğini” düzenleyen Anayasa’nın 51(xxxi) bölümüne dayalı olarak dava açmışlardır. Söz konusu hüküm bir yandan açık bir ifade ile Parlamento’ya adil karşılığı verilmek üzere mülkiyetin iktisabı yetkisi verse de, diğer yandan yasama yetkisine bir sınır koymaktadır. Bu anlamda sınırı aşan yasaların, tazminat hakkı tanınarak canlandırılması mümkün olmayacak, geçersiz sayılması gerekecektir³⁸.

Bu çerçevede, tütün firmaları düz paketleme uygulaması ile marka, patent, tasarım, telif hakkı gibi geniş bir yelpazedeki fikri mülkiyet haklarının adil karşılığı olmaksızın iktisap edildiğini iddia etmişler ve yasanın iptalinden tazminat istemine kadar pek çok talepte bulunmuşlardır. Bununla birlikte, davanın esasını alternatifli iki talep oluşturmuştur. Bu kapsamda, firmalar Düz Paketleme Yasası’nın 15. bölümü uyarınca yasanın kendi mülkiyet haklarına uygulanmamasını veya Anayasa’ya göre geçersiz sayılmasını talep etmişlerdir³⁹.

Yüksek Mahkeme yapmış olduğu incelemede; ilk olarak taraflar arasında firmalara ait fikri mülkiyet haklarının varlığı, tütün ürünlerinin sağlığa zararlı maddeler olduğu, bunların kullanılmasının bırakılmasının sağlık üzerindeki riskleri azalttığı ve Avustralya’nın TKÇS’ye taraf olduğu konusunda ortak bir mutabakatın bulunduğunu belirlemiştir⁴⁰. Vakıalar üzerindeki bu mutabakat sonrasında ise mahkeme, davacı firmaların fikri mülkiyet haklarının adil karşılığı verilmeden iktisap edilip edilmediğini araştırmıştır. Mahkeme konuyla ilgili olarak, *bedrock principle* (temel ilke) olarak tanımladığı ilke uyarınca, iktisabın varlığından söz edebilmek için; devlet veya başka bir kişinin mülkiyet hakkına dair faydayı iktisap etmesi gerektiğini vurgulamıştır⁴¹. Mahkeme; somut olayda düz paketleme düzenlemesinin, devletin sağlık harcamalarını azaltmasına ve paketler üzerinde yer alan sağlık uyarılarını vatandaşlara iletmesine katkı sağlasa da, küçük ve önemli olmayan bu kazanımların, mülkiyet hakkının iktisabı anlamına gelmeyeceğinin altını çizmiştir. Yüksek Mahkeme iktisabın olmaması nedeniyle, Yasa’nın Anayasa’ya aykırılık içermediği gibi, Yasa’nın 15. bölümü nedeniyle uygulanmamasından da söz edilemeyeceğine karar vermiştir⁴².

Yüksek Mahkeme kararı içerisinde, bu incelemeye ışık tutacak bir takım tespitlerin bulunduğu vurgulanmalıdır. Bu kapsamda, Yüksek Mahkeme ilk olarak dava konusu yapılan fikri mülkiyet haklarının doğaları gereği negatif haklar olduğunu; bu anlamda hak sahibinin devletten üçüncü

C2005Q00193 son erişim tarihi 1 Mayıs 2018.

37 Avustralya Anayasası, Bölüm 75(iii) ve 76 (i).

38 Liberman, s. 367.

39 High Court of Australia, British American Tobacco Australasia Limited and Ors v. the Commonwealth of Australia, Case No: S389/2011; J T International SA v. Commonwealth of Australia Case No: S409/2011, para. 17, 20, 24 ve 26.

40 Liberman, s. 369.

41 High Court of Australia, British American Tobacco Australasia Limited and Ors v. the Commonwealth of Australia, Case No: S389/2011; J T International SA v. Commonwealth of Australia Case No: S409/2011, para. 169.

42 a.g.e., para. 189.

kişilerin haksız kullanmalarını engellemesini talep edebileceğini, bunun ötesinde devletin marka hakkı sahibine kullanma hakkı tanıma yükümlülüğünün bulunmadığını açıklamıştır⁴³. Mahkeme ikinci olarak Anayasa'nın 51(xxxi). bölümünün mülkiyet hakkına ilişkin menfaatleri konu almakla birlikte, her ticari kaybın mülkiyet hakkının iktisabı anlamına gelmeyeceğinin altını çizmiştir⁴⁴. Bu kapsamda, düz paketleme düzenlemesi nedeniyle tütün firmalarının ticari anlamda bir takım kayıplarının olabileceğini, ancak bunun mülkiyet hakkı iktisabı olmadığını vurgulamıştır⁴⁵. Mahkeme üçüncü olarak yasanın firmalara ait fikri mülkiyet haklarının özüne dokunmadığını, bu hakların yine firmalara ait olduğunu, ancak sağlığa zararlı bir ürünün satış koşullarını düzenlediğini öne çıkarmıştır⁴⁶. Mahkeme son olarak, Avustralya'nın TKÇS'ye taraf olduğunu tespit etmişse de, kararının temel dayanağını iktisap üzerine kurması nedeniyle, bu hususu derinlemesine ele almamış, bir anlamda usul ekonomisi uygulamıştır. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin iktisap incelemesi zayıf olmuş olsa idi, Avustralya'nın uluslararası yükümlülüklerini daha detaylı olarak incelemiş olacağı tahmin edilmektedir⁴⁷.

2. Yatırım Tahkimi Davası

Avustralya pazarında faaliyet gösteren iki tütün firmasının ulusal düzeyde başlattığı davaya paralel olarak, bu kez pazarda faaliyet gösteren diğer bir firma olan Philip Morris Asia (PM Asia) tarafından Düz Paketleme Yasası'nın kabul edildiği gün, Avustralya ile Hong Kong arasında 1993 yılında akdedilen YKTK Anlaşması'na dayanılarak tahkim davası başlatılmıştır⁴⁸. Merkezi Hong Kong'da bulunan davacı PM Asia, Düz Paketleme Yasası ve Yönetmeliği'nin Avustralya'daki iştiraki olan Philip Morris Australia (PM Australia)'ya ait fikri mülkiyet haklarını dolaylı olarak kamulaştırdığını ve PM Australia'yı markalı ürün üreten bir üreticiden, sıradan ürün üreten bir üreticiye dönüştürdüğünü iddia etmiştir⁴⁹. Davacı bunun sonucu olarak Avustralya'daki yatırımlarının değerinin ciddi olarak düştüğünü ileri sürmüş ve Avustralya'nın düz paketleme uygulamasını kaldırmasını veya askıya almasını talep etmiş, ayrıca uğradığı zarar nedeniyle 4 milyar doların üzerinde bir tazminat isteminde bulunmuştur⁵⁰.

Davalı Avustralya devleti ise, uluslararası çapta faaliyet gösteren Philip Morris International (PMI)'nin, düz paketleme uygulamasının yasalaşmasının hemen öncesinde, Avustralya kanunlarına uygun olarak Avustralya şirketi olarak kurulan PM Australia'yı, PM Asia altında yeniden yapılandırıldığını; bu işlemin yatırım olmadığını ve sırf tahkim yargısına gitmek için gerçekleştirildiğini ileri sürerek, konu (*ratione materiae*) ve zaman (*ratione temporis*) bakımından

43 a.g.e., para. 36,248 ve 348.

44 a.g.e., para. 47, 295 ve 357.

45 a.g.e., para. 47, 295 ve 357.

46 a.g.e., para. 44.

47 Liberman, s. 378-380.

48 Notice of Arbitration, Philip Morris Asia Limited v. the Commonwealth of Australia, 21 November 2011, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf> son erişim tarihi 20 Temmuz 2017.

49 a.g.e., para. 1.5.

50 a.g.e., para. 1.7.

yetki itirazında bulunmuştur⁵¹. Avustralya, yetki itirazının hakem heyeti tarafından kabul görmemesi halinde ise, PM Asia'nın tahkim başvurusunun, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesini talep etmiştir⁵².

Hakem heyeti, 17 Aralık 2015 tarihinde yayımladığı "Yetki ve Kabul Edilebilirlik" kararı ile davanın esasına girmemiş ve uyuşmazlığı, yetki ve hakkın kötüye kullanılması itirazları çerçevesinde karara bağlamıştır⁵³. Hakem heyetinin bahse konu hususlarda karar verebilmek için konuyla ilgili detaylı bir kronolojik inceleme yapması gerekmiştir. Bu çerçevede, kararda düz paketleme düzenlemesinin geçmişi, konu hakkında PMI ile Avustralya hükümeti arasında gerçekleşen yazışmalar ile PMI'nin küresel çapta ve özellikle Asya bölgesindeki şirketlerini yeniden yapılandırma süreci detaylı olarak ele alınmıştır. Kronolojik incelemede, özellikle PMI'nin 2009 yılında Avustralya hükümeti tarafından başlatılan kamu danışmaları sürecine katıldığına ve tasarının yasalaştığı 2011 yılı sonuna kadar öneri hakkındaki olumsuz görüşlerini farklı vesileler ile Avustralyalı yetkililere aktardığına değinilmiştir. İncelemede ayrıca, bu dönem zarfında PMI'nin, PMI Australia'nın yeniden yapılandırılması ve olası tahkim süreci konusunda hukuk danışmanlarından pek çok görüş aldığı üzerinde durulmuştur. İncelemede son olarak, PMI'nin 2010 yılı Eylül ayında başlattığı uluslararası grup şirketlerini yeniden yapılandırma planı çerçevesinde, Avustralya hükümetinden aldığı yabancı yatırım izni de dahil olmak üzere gerekli işlemleri tamamlayarak 2011 yılı başında PMI Australia'yı PM Asia altında yeniden yapılandığına ve nihayet, Düz Paketleme Yasası'nın kabul edildiği gün olan 21 Kasım 2011 tarihinde PMI Asia'nın tahkim bildirimini Avustralya hükümetine ilettiğine vurgu yapılmıştır.

Hakem heyeti yapmış olduğu kronolojik inceleme sonrasında, Avustralya'nın konu ve zaman yönünden yetki itirazları ile hakkın kötüye kullanılması iddialarını ele almıştır. Konu bakımından yetki konusunda, Avustralya, PM Australia'nın yeniden yapılandırılma süreci çerçevesinde PM Asia tarafından iktisap edilmesi işleminin, Hong Kong ve Avustralya arasındaki YKTK Anlaşması çerçevesinde yatırım olmadığını iddia etmiştir. Avustralya özellikle PMI'nin yatırım izni başvurusunda; PM Australia'nın yeniden yapılandırılmasının temel motivasyonu olan tahkime gitme niyetinin saklandığını ve bu nedenle verilen iznin geçerli olmadığını öne sürmüştür. Konuyla ilgili olarak hakem heyeti yapmış olduğu detaylı inceleme neticesinde Avustralya tarafından verilen yabancı yatırım izninin geçerli olduğuna hükmetmiş ve Avustralya'nın konu yönünden yetkisizlik iddiasını reddetmiştir⁵⁴. Bununla birlikte, incelemenin vakaya özgü ve ülkemiz dahil üçüncü ülkeler bakımından etkisinin göreceli olarak kısıtlı olması nedeniyle, konu yönünden yetki konusuna ilişkin açıklamalar yukarıda yer verilenler ile sınırlı tutulacaktır.

51 Response to the Notice of Arbitration, Philip Morris Asia Limited v. the Commonwealth of Australia, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0666.pdf>, para. 29-32, son erişim tarihi 21 Temmuz 2017.

52 a.g.e., para. 29-32.

53 Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case no. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf son erişim tarihi 21 Temmuz 2017.

54 a.g.e., para. 515-523.

Zaman yönünden yetki konusunda ise, Avustralya yeniden yapılandırma yoluyla PM Asia'nın PM Australia'ya tahkim sürecinin başlatılmasının hemen öncesinde iktisap ettiğini ve bu sürecin temel motivasyonunun tahkime gitmek olduğunu iddia ederek, hakem heyetinin tahkimin başladığı tarihten önce ortaya çıkan uyuşmazlıklar üzerinde zaman bakımından yetkisinin bulunmadığını öne sürmüştür. PM Asia buna karşılık ilk olarak Hong Kong-Avustralya YKTK Anlaşması'nda yatırım tanımının sadece sahip olunan varlıkları değil aynı zamanda kontrol edilen varlıkları da kapsadığını vurgulayarak; PM Australia'nın yeniden yapılandırılması öncesinde dahi 2001 yılından itibaren yönetim fonksiyonları ile stratejik ve bütçeye dair kararlar bakımından PM Asia tarafından kontrol edildiğini öne sürmüştür⁵⁵. Hakem heyeti, PM Asia'nın PM Australia'ya iktisabından önce, PMI'nin küresel düzeydeki politikalarının bir parçası olarak, PM Australia üzerinde harcama, temettüler, markalaşma ve pazarlama stratejisi konuları açısından bir takım rolünün ve denetim yetkisinin olduğunu, ancak bunun Anlaşmada yer alan "kontrol" şartını kapsamadığını belirlemiştir⁵⁶.

Hakem heyeti bu çerçevede, PM Asia'nın YKTK Anlaşması'nda tanımlanan "yatırım" varlığına PM Australia'ya iktisap ettiği Şubat 2011 tarihinde kavuştuğunu açıklamıştır. Bu belirleme sonrasında, hakem heyeti bu tarih itibarıyla zaman bakımından yetkili olup olmadığını araştırmıştır. Konuyla ilgili içtihadı atf yaparak zaman bakımından yetkisini belirlemeye çalışan hakem heyeti, anlaşmanın ihlaline dayanan bir dava sebebine bağlı olarak açılan davada; yatırımın, ihlalin olduğu tarihten önceki bir zamanda edinilmesi gerektiğini açıklamıştır. Somut olayda hakem heyeti, iddia olunan ihlalin 21 Kasım 2011 tarihinde kabul edilen Düz Paketleme Yasası ile gerçekleştiğini belirlemiştir. Bu çerçevede, hakem heyeti, Şubat 2011 tarihinde gerçekleşen iktisap sonrasında PM Asia'nın YKTK Anlaşması çerçevesinde korunan bir yatırıma sahip olduğuna ve iddia olunan ihlalin 21 Kasım 2011 tarihinde vuku bulduğuna atf yaparak zaman bakımından yetkili olduğuna hükmetmiştir⁵⁷.

Konu ve zaman bakımından yetkisini bu şekilde belirleyen hakem heyeti, bir sonraki aşamada tahkime başvurmanın hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini araştırmıştır. Bu konuda hakem heyeti, ilk olarak ülke içinde var olan bir varlığın yeniden yapılandırılması suretiyle YKTK Anlaşması çerçevesinde korunan bir yatırım haline getirilmesinin bizatihi kendisinin (*per se*) yasa dışı olmayacağını; buradaki eşğin uluslararası yatırımların korunmasına ilişkin sistemin suiistimali suretiyle kötüye kullanılıp kullanılmadığı olduğunu açıklamıştır⁵⁸. Konuyla ilgili olarak tahkim yargılamalarında oluşan içtihadı da atıfta bulunan hakem heyeti, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusundaki değerlendirmenin,

55 a.g.e., para. 190-200 ve 227-237; Öte yandan, "yatırım" tanımına dair Hong Kong-Avustralya YKTK Anlaşması'nın 1(e) maddesinin İngilizce orijinal metni aşağıdaki gibidir: "investment" means every kind of asset, owned or controlled by investors of one Contracting Party and admitted by the other Contracting Party subject to its law and investment policies applicable from time to time...

56 a.g.e., para. 508-509.

57 a.g.e., para. 533.

58 a.g.e., para. 539-540.

yeniden yapılandırmanın, uyuşmazlığın çıkacağına makul olarak öngörüldüğü bir zamanda gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği kriteri çerçevesinde yapılması gerektiğini belirlemiştir⁵⁹.

Söz konusu kriter çerçevesinde somut olayı değerlendiren hakem heyeti, PMI'nin 2009 yılından beri Avustralya hükümetinin gündeminde bulunan düz paketleme önerisine karşı çıktığına, hükümet ile yaptığı yazışmalarda uygulamanın firmayı mülkiyet hakkından mahrum bıraktığına ve bu nedenle oluşabilecek hukuki süreçlere vurgu yaptığına değinmiştir⁶⁰. Hakem heyeti, uygulamanın yasalaşmasının ciddi bir zaman aldığını ve hükümetin parlamentoda aranılan çoğunluğa ulaşip ulaşamayacağı konusunda bir takım belirsizlikler yaşandığını tespit etmiş, ancak özellikle 2010 Nisan ayından itibaren uygulamanın yasalaşacağı konusunda ilgili çevrelerde makul bir beklentinin oluştuğuna vurgu yapmıştır⁶¹.

Bu şartlar çerçevesinde hakem heyeti, yeniden yapılandırmanın hemen akabinde uyuşmazlığın başlatılmasının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi için makul bir kanaatin oluştuğunu, aksini göstermek için davacının yeniden yapılandırmanın uyuşmazlığın başlatılmasından bağımsız olarak gerçekleştiğini ortaya koymak durumunda olduğunu belirtmiştir⁶². Davacı bu konuda yeniden yapılandırmanın PMI'nin küresel stratejisinin bir parçası olduğu, 2001 yılından beri geçerli olan yönetim kontrolü ile sahiplik statüsünün uyumlaştırılmasının hedeflendiği, yeniden yapılandırmanın sağlayacağı vergi avantajı ve nakit akışının kolaylaştırılması gibi argümanları ileri sürmüştü de, hakem heyeti bunları ikna edici bulmamıştır⁶³. Hakem heyeti, ayrıca PMI ve hukuk danışmanları arasında yatırım anlaşması çerçevesinde gündeme getirilebilecek iddialar konusundaki görüşlerin hacmi ve zamanlamasını özellikle dikkate almıştır⁶⁴.

Bu değerlendirmeler kapsamında, hakem heyeti PMI'nin düz paketleme tasarısının yasalaşacağını, sadece bir ihtimal olarak değerlendirmedeğini, gerçek anlamda öngördüğünü vurgulamıştır. Hakem heyeti, yeniden yapılandırmanın, tek motivasyonu olmamakla birlikte, temel amacının YKTK Anlaşması çerçevesinde bir uyuşmazlık başlatmak olduğunu belirlemiş ve bunun hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirdiğini açıklamıştır⁶⁵. Bu bağlamda, hakem heyeti uyuşmazlığı kabul etmemiş ve kendini uyuşmazlığın esasına girme konusunda yetkili görmeyerek davayı reddetmiştir⁶⁶.

Avustralya her ne kadar tahkim davasını kazanmış ise de, davanın usulden kazanıldığı vurgulanmalıdır. Diğer bir anlatımla, uluslararası tahkim açısından sağlığın korunması gibi bir alanda devletin düzenlemede bulunmasının uluslararası firmaların fikri mülkiyet hakları ve diğer

59 a.g.e., para. 538-554

60 a.g.e., para. 555-563.

61 a.g.e., para. 566-569.

62 a.g.e., para. 570.

63 a.g.e., para. 572-581.

64 a.g.e., para. 582-584.

65 a.g.e., para. 585-588.

66 a.g.e., s. 186.

haklarına müdahale olup olmadığı ve daha da ötesi bu müdahalenin bir tür dolaylı kamulaştırma olup olmadığı konusu açıktadır.

Kanaatimizce, Avustralya örneğinin aksine sonradan bir iktisap olmadan başlangıçtan beri pazarda olan yabancı bir yatırımcıya ait fikri mülkiyet hakkının, devletin düzenlemesi nedeniyle zarar görmesi ve bu durumun dolaylı bir kamulaştırma olduğu iddiasının uluslararası tahkim davalarında her zaman gündeme gelmesi imkan dahilindedir⁶⁷. Nitekim, bu yönde bir iddia aşağıda incelenecek olan *Philip Morris v. Uruguay* tahkim davasında gündeme getirilmiş, ancak hakem heyeti tarafından reddedilmiştir. Davada, markanın kullanımına kısıtlama getirdiği iddia olunan tek sunum zorunluluğunun düz paketleme düzenlemesine kıyasla daha az kısıtlayıcı olduğu ve sınırlı bir alanda da olsa (paket yüzeyinin % 20'si) markanın olduğu gibi kullanımının mümkün olduğu vurgulanmalıdır.

Bu bakımdan, düz paket düzenlemeleri ile markanın kullanımına getirilen yasaklama ve kullanımın ağır bir biçimde kısıtlandığı durumların dolaylı kamulaştırma teşkil edip etmediği henüz kesin olarak karara bağlanmamıştır. Bununla birlikte, kanaatimizce bütün firmaları tarafından gündeme getirilmesi muhtemel bu iddia hakem heyetleri kabul edilmeyecektir. Düz paketleme uygulamasının bu incelemede konu edilen mahkeme kararları ışığında, doğrudan veya dolaylı kamulaştırmadan ziyade, halk sağlığına zararlı olan bir ürünün satış koşullarının düzenlemesi olarak ele alınacağı düşünülmektedir.

3. DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması Kapsamında Açılan Davalar

Avustralya'nın düz paket uygulamasına karşı son olarak DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması (AHM) altında, beş ülke (Ukrayna-DS 434⁶⁸, Honduras DS – 435, Dominik Cumhuriyeti-441, Küba – 458 ve Endonezya – 467) tarafından 2012 ve 2013 yıllarında dava süreci başlatılmıştır⁶⁹. Avustralya'ya karşı başlatılan anlaşmazlıkların danışma aşamasında taraflar

67 Belirtmek gerekir ki, sağlık gibi devletin düzenleme hakkının bulunduğu bir konuda, uluslararası firmaların tahkim yoluna başvurmaya başlamaları topyekün olarak anlaşmalara dayanan tahkim sisteminin meşruiyet bakımından eleştirilmesine neden olmuştur. Bu konu için bkz. Collins D., *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge University Press, 2017, s. 261-262.; Ayrıca, meşruiyet yanında şeffaflık, içtihat tutarsızlık, maliyet, menfaat çatışması gibi konular üzerinden ikili yatırım anlaşmaları ve yatırım tahkimi sistemine yöneltilen eleştiriler ve sistemden duyulan rahatsızlık öyle bir noktaya ulaşmıştır ki; aralarında Hindistan, Endonezya ve Güney Afrika gibi önemli gelişmekte olan ülkelerin bulunduğu bir takım ülkeler ikili yatırım anlaşmalarını feshetmeye başlamışlardır. Bu konuda bkz. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, son erişim tarihi 3 Ağustos 2018.

68 Ukrayna 29 Mayıs 2015 tarihinde yapmış olduğu başvuru ile Panel sürecinin askıya alınmasını talep etmiştir. Sonraki 12 aylık dönem içinde Panel sürecini yeniden canlandırmadığı için Ukrayna bakımından 30 Mayıs 2016 tarihi itibarıyla dava düşmüştür. WT/DS434/17, *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging Lapse of Authority for the Establishment of the Panel*, Note By the Secretariat, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=229717_132459,128156,127737,124459,124313_99405,82941,88093,96905&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True, son erişim tarihi 1 Eylül 2018.

69 DTÖ AHM, devletler arasında ortaya çıkan ticari anlaşmazlıkları tahkim sürecine benzeyen bir işleyiş ile çözme

arasında gerçekleştirilen görüşmelerden olumlu bir sonuç alınamayınca; tüm anlaşmazlıkları ele almak üzere 5 Mayıs 2014 tarihinde tek bir panel⁷⁰ kurulmuştur⁷¹. *Avustralya-Düz Paketleme* paneline Türkiye'nin de dahil olduğu 35 ülke üçüncü taraf (müdahil) olmuştur. Panel anlaşmazlığın çözümüne ilişkin raporunu 2016 yılının başında yayımlayacağını açıklamış, daha sonra davanın karmaşıklığını gerekçe göstererek raporunu 2016 yılı sonunda yayımlayacağını ilan etmiştir. Bununla beraber, raporun yayımlanma tarihi müteaddit sefer ertelenmiş ve nihayet 28 Haziran 2018 tarihinde rapor açıklanmıştır⁷². Öte yandan, panel raporu 19 Temmuz 2018 tarihinde Honduras, 23 Ağustos 2018 tarihinde ise Dominik Cumhuriyeti tarafından temyiz edilmiştir. Dolayısıyla, rapor Endonezya ve Küba bakımından kesinleşmiş, Honduras ve Dominik Cumhuriyeti bakımından ise temyiz süreci sonrasında kesinleşecektir.

Avustralya-Düz Paketleme panel raporu oldukça kapsamlı olmakla birlikte, raporun özünü sağlığın korunması gibi kamusal bir amaçla marka başta olmak üzere fikri mülkiyet haklarının kullanımının ne ölçüde kısıtlanabileceği konusu oluşturmaktadır. Bu hususa ilişkin iddia ve savunmalar ise esas olarak Ticarete Teknik Engeller Anlaşması (*Agreement on Technical Barriers to Trade* – TTE Anlaşması) ile TRIPS Anlaşması kapsamında geliştirilmiştir. Aşağıda söz konusu anlaşmalar etrafında gündeme gelen temel tartışma konuları üzerinde durulacak, yalnızca Küba tarafından Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) altında gündeme getirilen tali iddialara değinilmeyecektir⁷³.

hedefleyen yarı yargısal (*quasi-judicial*) bir anlaşmazlık çözüm mekanizmasıdır. Kural olarak gizli yürüyen AHM danışma, panel ve temyiz olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır. Taraflar arasında dostane çözüm yollarının aranmasını öngören ve takip edilmesi zorunlu olan danışma aşamasında anlaşmazlıkla ilgili bir çözüm bulunamaz ise, yargılama safhasına geçilmektedir. Yargılama aşamasında anlaşmazlık panel denilen ve genellikle üç kişiden oluşan bir heyet tarafından karara bağlanmaktadır. Panel kararı ise tarafların talebine bağlı olarak temyiz edilebilir ve Temyiz Organı tarafından panelin yapmış olduğu hukuki hatalar ele alınır. AHM kapsamında başlatılan her bir anlaşmazlık bir numara almakta ve DTÖ'de davalar davalı ülke ve davanın kısa adı ile anılmaktadır. Birden fazla ülke tarafından başlatılan anlaşmazlıklarda aynı konuların ele alınacak olması halinde ise yargılama aşamasında davalar birleştirilebilmekte ve konu tek bir panel tarafından ele alınabilmektedir. DTÖ AHM hakkında daha fazla bilgi için bkz. Kaya T., DTÖ Anlaşmalarının İç Hukukta Uygulanması, Legal Yayıncılık, 2015, s. 59-71. Sarıbeyoğlu M., Uluslararası Ekonomi Hukuku Açısından Dünya Ticaret Örgütü Gümrük Birliği ve Türkiye, Türkmen Kitabevi, 2010, s. 81-190; Van den Bossche P.; *The Law and the Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2005, s. 172-306.

70 DTÖ uygulamasında panel kavramı hem dava hem de yargılamayı yapan heyet anlamında kullanılmaktadır. Bu kapsamda belli bir anlaşmazlığı ele almak üzere kurulan spesifik bir heyeti ifade etmek için kullanılan "Panel" ifadesinde "p" harfi büyük olarak yazılacak, bunun dışındaki kullanımlarda "p" harfi küçük olarak yazılacaktır.

71 WTO, Procedural agreement between Australia and Ukraine, Honduras, the Dominican Republic, Cuba and Indonesia, WT/DS434/12, WT/DS435/17, WT/DS441/16, WT/DS458/15, WT/DS467/16, 28 April 2014, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=124313&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True, son erişim tarihi 10 Nisan 2018.

72 Panel Reports Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WT/DS435,441,458,467/R, (Panel Raporu)

73 Küba tarafından GATT Madde IX:4 kapsamında gündeme getirilen, ithalatçı ülkenin ithal ürünlerin menşe bakımından işaretlenmesini öngörmesi halinde, bunu söz konusu ürünün değerini önemli ölçüde azaltmadan yapmasına yönelik hükmün ihlal edildiği iddiasının Panel tarafından reddedildiği bu vesile ile vurgulanmalıdır. bkz. Panel Raporu, para. 7.2960-3069.

a. TTE Anlaşması Kapsamında Gündeme Gelen Temel Tartışma Konuları

TTE Anlaşması, DTÖ üyesi ülkelerin, güvenlik, ihracatta kaliteyi temin etme, insan, hayvan, bitki hayat ve sağlığı ile çevreyi koruma ve aldatıcı uygulamaları önleme amaçlarıyla benimseyecekleri teknik mevzuat, standart ve uygunluk değerlendirme esaslarının tabi olacağı şartları düzenlemektedir⁷⁴. Anlaşma bir yanda DTÖ üyelerinin bu tür düzenlemeleri ihdas etmelerinin hakları olduğunu teyit etmekte, aynı zamanda bunların uluslararası ticarete gereksiz ticari engeller yaratmasının önüne geçmeyi hedeflemektedir⁷⁵.

Avustralya-Düz Paketleme davasında; TTE Anlaşması kapsamında aşağıda yer verilen sorular temel tartışma konularını teşkil etmiştir: i) TTE ve TRIPS anlaşmaları aynı olaya uygulanabilir mi? Uygulanır ise aralarında çatışma riski doğar mı? ii) Düz paket düzenlemeleri TTE Anlaşması'nın konu edindiği birer teknik mevzuat mıdır? iii) Düz paket düzenlemeleri birer teknik mevzuat ise, TTE Anlaşması'nın 2.2. maddesi⁷⁶ uyarınca ticareti gereğinden fazla kısıtlamakta mıdır? iv) Düz paket düzenlemeleri TKÇS'nin 11. ve 13. maddelerinin uygulama rehberlerine dayanmaları nedeniyle, Avustralya "uluslararası standarta dayanma ve dolayısıyla ticareti gereğinden fazla kısıtlamama" karinesinden yararlanabilir mi? v) Düz paket düzenlemeleri ile ulaşılmak istenen halk sağlığını koruma amacına, ticareti daha az kısıtlayan alternatif önlemler ile ulaşılabiliyor mu?

Bu tartışma zemini etrafında Panel ilk olarak TRIPS ile TTE Anlaşmaları arasındaki ilişkiyi ele almış ve düz paket düzenlemelerinin TTE Anlaşması kapsamında da incelenip incelenmeyeceğini araştırmıştır. DTÖ Anlaşmaları arasındaki ilişki konusunda kapsamlı bir analiz sonrasında Panel, bir konunun birden fazla DTÖ Anlaşması tarafından düzenlenebileceğini ve bu anlamda anlaşmaların eş zamanlı ve kümülatif olarak bir olaya uygulanabileceğini vurgulamıştır⁷⁷. Panel anlaşmazlık kapsamında Avustralya tarafından özel olarak gündeme getirilen TRIPS Anlaşması'nın 20. ve TTE Anlaşması'nın 2.2. maddeleri arasındaki ilişkiyi ise daha yakından

74 TBT Anlaşması EK 1'inde teknik mevzuat, standart ve uygunluk değerlendirme esasları kavramları şu şekilde tanımlanmıştır: Teknik Mevzuat: Ürün/mamul karakteristiklerini veya bunlarla ilgili işleme veya üretim/imalat metodlarını ve bunlara uygulanan idari hükümleri kapsayan, uygulanması zorunlu belgelerdir. Bu belge, aynı zamanda, belirli bir ürün, işleme veya üretim/imalat metodu için ambalajlama, markalama veya etiketlemeye ilişkin terminolojiyi, sembollerini ve talimatları tamamen veya kısmen içerebilir. Standart: Yetkileri tanınan bir kuruluş tarafından, ürün veya ilgili işleme ve üretim metodları için ortak ve tekrarlanagelen kullanımlar amacıyla oluşturulan kuralları, yöntemleri ve özellikleri içeren belgedir. Bu belge, aynı zamanda, belirli bir ürün, bir işleme veya bir üretim metodu için ambalajlama, markalama veya etiketlemeye ilişkin terminolojiyi, sembollerini ve talimatları kısmen veya tamamen içerebilir. Uygunluk değerlendirme Esası: Dolaylı veya dolaysız olarak, teknik yönetmeliklerin veya standartların gerekliliklerini yerine getirildiğinin tespiti için doğrudan veya dolaylı olarak kullanılan esastır. TBT Anlaşması'nın Türkçe metni için bkz. 4067 Sayılı Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, RG, T: 29 Ocak 1995 Sy.: 22186

75 Kaya, s. 33-34.

76 TTE Anlaşması'nın 2.2 maddesi şu şekildedir: Üyeler, teknik düzenlemelerin, uluslararası ticarete konu ve etki olarak gereksiz bir engel yaratmayacak şekilde hazırlanmalarını, kabul edilmelerini ve uygulanmalarını temin edeceklerdir. Bu amaçla, teknik düzenlemeler hiç bir zaman belirlenmiş hedefin dışına çıkmayacaklar ve uluslararası ticaret için öngörülenden daha fazla bir kısıtlayıcılık taşıyamayacaklardır. Sözü edilen amaçlar: milli güvenliğin sağlanması; yanlışlıkların önlenmesi; insan, hayvan, bitki hayatı ve sağlığının veya çevrenin korunmasıdır. Bu tür risklerin tayininde, diğerleri arasında, ilgili elemanlar olarak, mevcut bilimsel ve teknik bilgi, ilgili işleme teknolojisi ve malların amaçlanan nihai kullanıma şekilleri dikkate alınabilir.

77 Panel Raporu, para. 7.75-107.

ele almıştır. Zira, Avustralya düz paket düzenlemeleri ile tütün mamullerinin paketleri için öngörülen şekil ve boyut gibi fiziksel gereklilikler dışındaki konuların, TTE Anlaşması kapsamında incelenmesine itiraz etmiştir. Avustralya markanın kullanımı ve kullanıma yönelik kısıtlamaların TTE Anlaşması'nın konusu olmadığını, davacılarca iddia olunan kısıtlamaların TRIPS Anlaşması'nın 20. maddesi kapsamında incelenmesini talep etmiştir⁷⁸. Avustralya'nın bu talebinin arkasında, markanın kullanımına getirilen sınırlamanın; TRIPS Anlaşması'nın 20. maddesinde yer verilen "hakkaniyet testi" ile TTE Anlaşması 2.2 maddesi yer verilen "gereklilik testi"ne kıyasla daha kolay savunulması imkanı yatmıştır⁷⁹. Konuyla ilgili olarak Panel, söz konusu hükümlerin çatışmadan ziyade birbirlerini tamamlayıcı olduklarını, TTE Anlaşması'nda öngörülen şartların oluşması halinde düz paket düzenlemeleri ile markanın kullanımına getirilen sınırlamaların TRIPS Anlaşması'na ilave olarak TTE Anlaşması etrafında da incelenebileceğini belirtmiştir⁸⁰.

Bu belirleme sonrasında Panel düz paket düzenlemelerinin teknik mevzuat olup olmadığını açıklığa kavuşturmuştur. Panel teknik mevzuat olma kriterleri – i) belli bir ürün ya da ürün grubuna uygulanma, ii) işaretleme, ambalajlama veya etiketleme de dahil olmak üzere ürünün özelliğini ortaya koyma ve iii) uyumun zorunlu olması – çerçevesinde yaptığı değerlendirme sonucunda düz paket düzenlemelerinin teknik mevzuat olduğu sonucuna varmıştır⁸¹.

Müteakip aşamada ise Panel düz paket düzenlemelerinin ticareti gereğinden fazla kısıtlayıp kısıtlamadığı konusunu, uluslararası standart karinesi iddiasını da göz önüne alarak ele almıştır. Panel incelemesine, düz paket düzenlemelerinin tütün ürünlerinin kullanımını ve tütün ürünlerine pasif olarak maruz kalmayı azaltma gibi meşru bir kamu sağlığı amacı için kabul edildiğini tespit ederek başlamıştır⁸². Panel devamlı, düz paket düzenlemelerinin TTE Anlaşması'nın 2.5. maddesi uyarınca uluslararası standart karinesinden yararlanıp yararlanamayacağını araştırmıştır. Zira, TTE Anlaşması 2.5. maddesi uyarınca bir önlem uluslararası bir standarta dayanıyor ise, ticareti gereğinden fazla kısıtlamadığı otomatik olarak kabul edilmektedir⁸³. Bu bağlamda, Avustralya tarafından düz paket düzenlemelerinin dayandığı TKÇS'nin 11. ve 13. maddelerinin uygulama rehberlerinin uluslararası standart olduğu iddia edilmiştir. Panel ise, uygulama rehberlerinin; TKÇS'den bağımsız bir doküman olmamaları ve her iki rehberin düz paket uygulaması için farklı esneklikler getirmesi, bu bakımdan ortak ve tekrarlanan tek bir kullanıma sahip olmamaları nedeniyle TTE Anlaşması Ek 1.2'sinde yer alan "standart" tanımına uymadığı tespitini yapmıştır⁸⁴. Bu tespit sonrasında Panel, Avustralya'nın uluslararası standarta

78 Panel Raporu, para. 7.21.

79 Carvalho N. P., The TRIPS Regime of Trademarks and Designs, Kluwer, 2nd ed, 2011, s. 424; WHO, s. 45; Voon T./ Mitchell, A.D., Implications of WTO Law for Plain Packaging of Tobacco Products, Melbourne Legal Studies Research Paper No. 55, 2011, s. 15-16; Panel Raporu, para. 7.2327-7.2337; Gereklilik ve hakkaniyet testlerine ilişkin açıklamalar TBT Anlaşması 2.2. ile TRIPS Anlaşması 20. maddeleri altında aşağıda yapılacaktır.

80 Panel Raporu, para. 7.105-7.107

81 a.g.e, para. 7.108-7.183.

82 a.g.e, para. 7.216-7.251.

83 Kaya, s.34.

84 Panel Raporu, para. 7.396-7.397.

dayanma ve dolayısıyla ticareti gereğinden fazla kısıtlamadığı karinesinden yararlanamayacağına karar vermiştir⁸⁵.

Uluslararası standart karinesini bu şekilde reddeden Panel son aşamada, düz paket düzenlemelerinin Anlaşmanın 2.2. maddesi kapsamında ticareti gereğinden fazla kısıtlayıp kısıtlamadığını araştırmıştır⁸⁶. Bu noktada Panel, düz paket düzenlemelerin tütün ürünlerinin kullanımını ve Avustralya pazarına ithal edilen tütün ürünlerinin hacmini azaltması nedeniyle ticaret üzerinde kısıtlayıcı bir etki doğurduğunu tespit etmiş, ancak düzenlemelerin kamu sağlığının korunması gibi meşru bir amacın gerçekleşmesine katkı sağladıklarına ve hayata geçmemeleri halinde doğacak risklerin büyüklüğüne işaret etmiştir⁸⁷. İnceleme kapsamında Panel ayrıca i) sosyal kampanyaların artırılması, ii) vergi oranlarının yükseltilmesi, iii) paketlerin piyasaya sürülmeden aldaticılık ve kullanımı özendirme bakımından ön izin mekanizmasına tabi tutulması ve iv) tütün ürünlerine ulaşma yaşının 18'den 21'e çıkarılması şeklinde davacılar tarafından önerilen alternatif önlemlerin düz paket düzenlemeleri ile öngörülen amacı karşılamadığına, bunların esasen birbirlerini tamamlayıcı olduklarına karar vermiş ve netice itibarıyla düz paket düzenlemelerini TTE Anlaşması'na aykırı bulmamıştır⁸⁸.

b. TRIPS Anlaşması Kapsamında Gündeme Gelen Temel Tartışma Konuları

Avustralya-Düz Paketleme davasında, TRIPS Anlaşması ile ilgili olarak gündeme gelen temel tartışma konuları ise şu şekilde sıralanabilir: i) Düz paket düzenlemeleri ile markanın menşe ülkede tescilli olduğu şekilde korunmasına kısıtlama mı getirilmektedir? ii) Tütün ürünlerinin niteliği, bu ürünlere ilişkin markaların tescili için bir engel midir? iii) Düz paket düzenlemeleri ile marka sahibinin üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkı kısıtlanmakta mıdır? iv) Tütün ürünlerine ilişkin markaların kullanımı özel gereklilikler ile haksız olarak engellenmekte midir? v) Düz paket düzenlemeleri haksız rekabete karşı etkin koruma sağlamakta mıdır? vi) Düz paket düzenlemeleri coğrafi işaretlere tanınan korumayı geriye mi götürmektedir?

Yukarıda yer verilen ilk dört sorunun cevabı TRIPS Anlaşması çerçevesinde marka hakkının içeriği ve "kullanım"ın niteliği konusunda Panel'in benimsediği yaklaşımdan yakından etkilenmiştir. *Avustralya-Düz Paketleme* davasının bir anlamda özünü de belirleyen bu konuyla ilgili olarak aşağıda önce marka hakkının içeriği ve kullanımın niteliği konusunda kısa bir analiz yapılacak, sonrasında Panel'in söz konusu sorular temelindeki incelemesinin ayrıntılarına geçilecektir. Söz konusu analiz, tartışmaların detaylarının anlaşılmasına da hizmet edecektir.

TRIPS Anlaşması'nda açıkça marka hakkının markayı tescil ettirme ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkını içerdiği belirtilmiştir⁸⁹. Bu hususta doktrinde ve düz paketleme

85 a.g.e, para. 7.402.

86 a.g.e, para. 7.418-7.419.

87 a.g.e, para. 7.1255.

88 a.g.e, para. 7.1726-1732.

89 TRIPS Anlaşması Madde 15 ve 16.

davasına katılan davacı ve davalı ülkeler arasında bir tereddüt oluşmamıştır⁹⁰. Bununla birlikte, Anlaşmada, markanın hak sahibine kullanım hakkı tanıdığı şeklinde açık bir hükmün bulunmaması kullanımın niteliği konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Söz konusu görüşleri dört başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar; kullanımın pozitif hak olduğu⁹¹; kullanımın marka hakkı içinde zımni olarak yer aldığı⁹², marka sahibinin kullanım konusunda meşru bir menfaatinin olduğu ve marka sahibinin kullanım konusunda bir ayrıcalığa sahip olduğu⁹³ görüşleridir.

Markanın hak sahibine kullanım şeklinde bir pozitif hak sağladığı görüşü, markanın ekonomik değerinin kullanımdan ileri geldiği düşüncesinden hareket etmektedir. Bu görüşte olanlara göre marka sahibi tescil işlemini devletten sadece sertifika almak için yapmamakta, piyasaya sürdüğü ürün ve hizmet ile markası arasında bir bağ kurarak, rakipleri karşısında rekabet avantajı elde etmeye çalışmaktadır⁹⁴. Bu görüşte olanlar markayı kullanma hakkının mutlak bir hak olmadığını, daha üstün bir hak veya menfaatin olması halinde sınırlandırılabilirliğini kabul etmektedir⁹⁵. Bununla birlikte kullanıma toptan bir yasak getirilmesinin, kamulaştırmaya benzer bir sonuç doğuracağını ve tazminat yükümlülüğüne sebep olacağını öne sürmektedirler⁹⁶. Markanın hak sahibine kullanım şeklinde bir pozitif hak sağladığı görüşü; dolaylı olarak devletin sağlık gerekçesiyle de olsa düzenlemede bulunma hakkının bir sınırı olduğu düşüncesini içermektedir⁹⁷.

Kullanımın marka hakkı içinde zımni olarak yer aldığı görüşünü savunanlar ise markanın temel fonksiyonunun ayırt edicilik fonksiyonu olduğuna dikkat çekerek, kullanım olmaksızın markanın kâğıt üzerinde kalacağını ve fikri mülkiyet koruması ile ulaşılmak istenen amaca ulaşılamayacağını iddia etmektedirler⁹⁸. Bu görüşte olanlar ayrıca, kullanıma getirilen yasaklama veya kısıtlamalarının markanın sağlamış olduğu tescil ettirme ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme haklarını da zayıflatacağını savunmaktadırlar. Yine aynı görüşte

90 Davison M./Emerton P., Rights, Privileges, Legitimate Interests, and Justifiability: Article 20 of TRIPs and Plain Packaging of Tobacco, *American University International Law Review*, 29 No. 3, 2014, s. 521; Frankel S./ Gervais D. "Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPs Agreement," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 46, No. 5, 2013, s. 1193; Kur A., The Right to Use One's Own Trade Mark: A Self-Evident Issue or a New Concept in German, European and International Trade Mark Law?, *European Intellectual Property Review*, 1996, s. 201-202; Mitchell, s. 415-416.

91 Kur, s. 201-202;

92 Frankel/ Gervais, s. 1195.

93 Davison/Emerton, s. 508; Bonadio E. On the Nature of Trademark Rights: Does Trademark Registration Confer Positive or Negative Rights?, *The New Intellectual Property of Health – Beyond of Plain Packaging Alemanno A./ Bonadio E. (eds.)*, Cheltenham: Edward Elgar, 2016, s. 45.

94 Kur, s. 199.

95 Kur, s. 200.

96 Kur, s.200.

97 Correa C. M., Is the Right to Use Trademarks Mandated by the TRIPs Agreement?, South Centre Research Paper 72, 2016, s. 8.

98 Gervais D., Analysis of the Compatibility of Certain Tobacco Product Packaging Rules with the TRIPs Agreement and the Paris Convention, Report of 30 November 2010, s. 10-12, <https://www.jti.com/sites/default/files/key-regulatory-submissions-documents/expert-reports/intellectual-property/1-gervais.pdf> son erişim tarihi 1 Ekim 2018

olanlara göre; TRIPS Anlaşması'nın genel ruhu içerisinde anlaşmada geçen meşru menfaat kavramı, marka sahibine asgari bir kullanım hakkı tanımaktadır⁹⁹.

Kullanım niteliği hakkındaki üçüncü görüş ise, kullanımın bir hak olarak nitelendirilemeyeceği, bununla birlikte marka sahibinin kullanım konusunda meşru bir menfaatinin olduğu görüşüdür¹⁰⁰. Bu görüşün temelinde, markalara ilişkin TRIPS Anlaşması hükümlerinin lafzi metinleri yatmaktadır. Nitekim, TRIPS Anlaşması'nın 15. ve 16. maddeleri markayı tescil ettirme ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkının varlığını açık olarak ortaya koymuş iken, marka sahibinin kullanım hakkının var olup olmadığı konusunda sessiz kalmıştır. Öte yandan, marka sahibinin bahse konu haklar dışında marka üzerinde bir takım meşru menfaatlara sahip olduğu, istisnalara ilişkin 17. maddeden açık olarak anlaşılmaktadır¹⁰¹. Ayrıca markanın kullanımının haksız olarak kısıtlanamayacağına dair 20. madde hükmü bu görüşü destekler mahiyettedir.

Kullanımın niteliği hakkında son görüş, hak sahibinin markayı kullanma konusunda bir ayrıcalığa sahip olduğu görüşüdür¹⁰². Bu görüşe göre; tescil ile birlikte marka sahibi üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkı yanında kullanım konusunda bir ayrıcalık kazanır¹⁰³. Bununla birlikte, bu ayrıcalık üstün bir hakkın veya kamu sağlığı gibi meşru bir menfaatin varlığı halinde ortadan kaldırılabilir veya kısıtlanabilir¹⁰⁴. Bu görüşte olanlar diğer bir anlatımla, kamu sağlığı gibi meşru bir amaç nedeniyle kullanım ayrıcalığının her zaman kaldırılabileceğini ve bu nedenle devlet bakımından tazminat gibi bir sorumluluğun doğmayacağı düşüncesindedirler.

Yukarıda yer verilen görüşler çerçevesinde *Avustralya-Düz Paketleme* davasına bakıldığında ilk olarak, Küba hariç olmak üzere, davacı ülkelerin kullanımı pozitif bir hak olarak nitelemedikleri görülmektedir. Bu husus Panel tarafından kayda da geçirilmiştir¹⁰⁵. Davacı ülkeler buna mukabil, tescil ettirme ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme konusunda kullanımın marka hakkı içinde zımni olarak var olduğunu iddia etmişler ve bu hakların içeriğinin belirlenmesi sırasında kullanımın bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmüşlerdir¹⁰⁶. Davacı ülkeler markanın kullanımına getirilebilecek kısıtlamaları konu alan TRIPS Anlaşması 20. maddesi kapsamında ise, marka sahibinin markasını kullanma konusunda meşru bir

99 Frankel/ Gervais, s. 1197; Gervais, s. 11 ve 19; Lalive, Memorandum from Lalive to Philip Morris International Management SA, Why Plain Packaging is in Violation of WTO members' International Obligations under TRIPS and the Paris Convention, 23 Temmuz 2009, para. 20-21. <http://www.tobaccolabels.ca/wp/wp-content/uploads/2013/12/Philip-Morris-Intl-Why-Plain-Packaging-is-in-Violation-of-WTO-Members%E2%80%99-International-Obligations-2009.pdf>, son erişim tarihi 3 Eylül 2018.

100 Carvalho N. P., "The TRIPS Regime of Trademarks and Design", Second Edition, Kluwer Law International, 2011, s. 348.

101 Carvalho, s. 348

102 Davison/Emerton, s. 520.

103 a.g.e., s. 520.

104 a.g.e., s. 579-580.

105 Panel Raporu, para. 7.1966.

106 Davacı ülkelerden Küba ise markanın kullanım konusunda sahibine asgari bir hak tanıdığını ileri sürmüştür.

menfaatinin olduğunu öne sürmüşlerdir¹⁰⁷. Davalı Avustralya ise, kullanımın marka hakkı içinde zımni olarak yer aldığı, diğer bir anlatımla, marka sahibinin markasını tescil ettirme ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme haklarını değerlendirirken kullanımın bir unsur olarak değerlendirilmesi görüşüne şiddetle karşı çıkmıştır¹⁰⁸. Avustralya buna mukabil, marka sahibinin markasını kullanma konusunda meşru bir menfaatinin olduğunu kabul etmiş, ancak sağlığın korunması gibi haklı bir gerekçe ile ilişkilendirildiği sürece markanın kullanımının kısıtlanabileceğini öne sürmüştür¹⁰⁹.

Panel markanın tescili ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme konularında Avustralya'nın yaklaşımını benimsemiştir. Nitekim, Panel, TRIPS Anlaşması'nın 2.1. maddesinin yollamada bulunduğu Paris Konvansiyonu'nun¹¹⁰ Beşinci Mükerrer 6. maddesinin markanın menşe ülkesindeki haliyle tescili ve tescil edildiği şekilde iç hukukta korunmasına münhasır olduğunu açıklamıştır¹¹¹. Panel'e göre, maddede geçen koruma ifadesi, kullanım konusunda asgari bir hakkı içeriyor şeklinde yorumlanamaz¹¹².

Tescil konusunda davacı ülkeler ayrıca, Avustralya'nın tütün ürünlerinin niteliği nedeniyle bazı işaretlerin marka olarak tesciline engel getirdiğini ve bu durumun TRIPS Anlaşması'nın 15.4. maddesini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Davacı ülkeler TRIPS Anlaşması'nın 15.4. maddesine yönelik iddialarını TRIPS Anlaşması'nın 15.1. maddesi ile ilişkilendirerek yapmışlardır. TRIPS Anlaşması'nın 15.4. maddesi bir ürünün niteliğinin bu ürüne ilişkin markanın tesciline engel oluşturmayacağını öngörmektedir. Anlaşmanın 15.1. maddesi ise marka olarak tescil edilebilecek işaretleri tanımlarken, ayırt edici olmayan işaretlerin de kullanım yoluyla ayırt edicilik özelliği kazanmaları halinde tescil edilebileceklerini öngörmektedir. Bu kapsamda davacı ülkeler, tütün mamullerine ilişkin paketler üzerinde herhangi bir işaretin kullanımının yasaklanmış olması nedeniyle, ayırt edici olmayan işaretlerin kullanım yolu ile ayırt edicilik özelliğini kazanamayacağını ve söz konusu işaretlerin tütün ürünlerinin niteliği gereği marka olarak tescil edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir¹¹³. Bu iddialar hakkında Panel, TRIPS Anlaşması 15.4. maddesinin marka olarak tescil edilebilecek işaretleri konu aldığını, ayırt edici olmayan işaretlerin henüz marka olarak tescil edilme vasfına erişemedikleri için bunların madde 15.4 kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir¹¹⁴. Diğer bir anlatımla Panel, TRIPS Anlaşması'nın

107 Panel Raporu, para. 7.2300 ve 7.2316.

108 a.g.e., para 7.1795, 7.1955, 7.2076.

109 a.g.e., para 7., 7.1955, 7.2076.

110 Uluslararası alanda fikri mülkiyetin korunmasına dair ilk uluslararası anlaşma olan Paris Konvansiyonu en genel anlamda patent, marka, endüstriyel tasarımlar, faydalı modeller, hizmet markaları, ticaret ünvanı ve coğrafi işaretlerin korunmasına ilişkin temel ilke ve kuralları ortaya koymaktadır. Türkiye anılan Konvansiyon'a 1925 yılında taraf olmuştur. Paris Konvansiyonu ve akid devletler hakkında daha detaylı bilgi için bkz. <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/> son erişim tarihi 3 Aralık 2018.

111 Panel Raporu, para. 7.1765.

112 a.g.e, para. 7.2329 ve 2339.

113 a.g.e, para. 7.1859, 7.1875.

114 a.g.e, para. 7.1873, 7.1883.

15.1. ve 15.4. maddelerinin ayırt edici olmayan işaretlerinin kullanımına yönelik bir yükümlülük öngörmediğini belirtmiştir¹¹⁵.

Düz paketleme düzenlemelerinin, marka sahibinin üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkını kısıtlayıp kısıtlamadığı konusunda ise davacı ülkeler, markanın kullanımına getirilen kısıtlama nedeniyle tescilli ve tanınmış markaların ayırt edicilik fonksiyonunun azaldığını öne sürmüşlerdir. Markaların ayırt edicilik fonksiyonunun azalmasının ise, TRIPS Anlaşması 16.1. ve 16.3. maddelerinin öngördüğü şekilde orijinal marka ile taklit markanın karıştırılma olasılığının ispatını güçleştirdiğini, bu durumun marka sahibinin üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkına zarar verdiğini iddia etmişlerdir¹¹⁶. Davacı ülkeler diğer bir anlatımla, TRIPS Anlaşması'nın 16.3. maddesinin doğrudan kullanım hakkı şeklinde pozitif bir hak tanımamakla birlikte, kullanımın üçüncü kişilerin haksız kullanımını engelleme şeklinde ifade edilen negatif hakkın bir unsuru olduğunu beyan etmişlerdir¹¹⁷.

Bu iddialara karşılık Panel, TRIPS Anlaşması'nın 16.1. maddesi ile marka sahibine, üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme şeklinde negatif münhasır bir hak tanıdığını, ancak hakkın kapsamının kullanımı içerecek şekilde pozitif bir hak olarak tanımlanmadığına vurgu yapmıştır¹¹⁸. Panel kullanımın, üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkının bir unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiği iddiasını da reddetmiştir. Panel'e göre, markanın "ayırt edicilik fonksiyonu" ile TRIPS Anlaşması'nın 16.1. maddesinde ifadesini bulan "karıştırılma olasılığı" kavramları birbirinden farklıdır. TRIPS Anlaşması'nın 16.1. maddesi ile üye ülkelere yüklenen yükümlülük, orijinal marka ve taklit marka arasında karıştırılma olasılığının varlığı halinde, marka sahibine ihlali engelleme hakkının tanınması ile sınırlıdır. Söz konusu hüküm bunun ötesinde devletlere markaların ayırt ediciliğini sürdürme veya ayırt edicilik fonksiyonlarını korumak için marka sahibine kullanım şeklinde bir fırsat tanıma yükümlülüğünü içermemektedir¹¹⁹.

Netice itibariyle Panel, kullanımı tescil ettirme ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme haklarının birer unsuru olarak değerlendirilmesine yönelik davacıların iddialarını reddetmiştir. Kanaatimizce davacıların bu iddiaları, 15 ve 16. maddelerin amacına aşar şekilde yorumlanması yoluyla oluşturulmuştur. Zira TRIPS Anlaşması içerisinde, diğer iki hakka açık olarak yer verilmiş iken, Anlaşmanın müzakeresi ve yazımı sırasında imkan olmasına rağmen kullanım bir hak olarak tanımlanmamıştır¹²⁰. Ayrıca, kullanım diğer iki hakkın içeriğinin belirlenmesi konusunda da açık veya zımni bir unsur olarak da sayılmamıştır. Bu nedenle, Panel'in davacıların TRIPS Anlaşması 15. ve 16. maddeleri altında öne sürdükleri iddiaları reddetmesi nispeten kolay olmuştur.

115 a.g.e, para. 7.1874, 7.1894.

116 a.g.e, para. 7.1916, 7.1894.

117 a.g.e, para. 7.1966.

118 a.g.e, para. 7.1974, 7.1978.

119 a.g.e, para. 7.2031, 7.2123.

120 Bonadio, s. 48; Davison/Emerton, s. 547.

TRIPS Anlaşması'nın ihlali konusunda tartışmaların odağını, kullanımın bizatihi kendisinin konu olduğu 20. maddenin ilk cümlesi oluşturmuştur. "Diğer Koşullar" başlıklı 20. maddenin ilk cümlesi şu şekildedir: "Bir markanın ticari kullanımı, bir başka marka ile birlikte kullanma, özel bir biçimde kullanma veya bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerinkinden ayırma özelliğine zarar verecek şekilde kullanma gibi özel koşullarla haksız yere engellenmeyecektir..." TRIPS Anlaşması'nın 20. madde ilk cümlesinde yer alan yükümlülük unsurlarına ayırıldığında ise bahse konu hükmün ihlali için davacı ülkenin; i) markanın kullanımı konusunda özel bir gereklilik, ii) özel gerekliliğin markanın ticari kullanımına kısıtlama getirmesi ve iii) kısıtlamanın haksız olması koşullarının varlığını ispat etmesinin gerektiği görülmektedir¹²¹.

İlk koşul kapsamında 20. madde örnek olarak üç tür özel gereklilikten bahsetmektedir. Bunlar, başka marka ile birlikte kullanma, özel bir biçimde kullanma ve bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerinkinden ayırma özelliğine zarar verecek şekilde kullanma şeklinde sıralanabilir. Düz paketleme düzenlemelerinin markayı özel bir şekilde kullanma mecburiyeti getirdiğinin açık olması ve bu konuda taraflar arasındaki mutabakat nedeniyle, Panel bu koşulun varlığını kolaylıkla tespit etmiştir¹²². Nitekim, düz paketleme düzenlemeleri uyarınca, yazı ile ifade edilen markaların belli bir yazı stili ve büyüklüğünde yazılması gerekirken, şekil ve yazıdan oluşan markalar sadece yazı olarak kullanılabilir. Sadece şekilden oluşan markalar ise hiç kullanılmayacaktır.

20. maddenin ihlali için üzerinde durulması gereken ikinci unsur, ticari kullanım unsurudur. Düz paketleme düzenlemelerinin markanın ticari kullanımına kısıtlama getirdiğinin de açık olması nedeniyle Panel, bu koşulun varlığını da kolaylıkla tespit etmiştir¹²³. Öte yandan, düz paketleme düzenlemelerinin, sadece şekilden oluşan markaların kullanımını tümünden yasaklaması nedeniyle, kısıtlama kavramının toptan yasaklamayı da kapsayıp kapsamadığı konusunda davacı ve davalı ülkeler farklı görüşler ileri sürmüştür. Bu noktada Panel, kullanıma getirilen kısıtlamalar yanında tümünden yasaklamanın da madde içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹²⁴. Panel'in bu tespitinin isabetli olduğu vurgulanmalıdır. Aksine bir durum, yani kısıtlamanın 20. madde kapsamında değerlendirilmesi, buna mukabil toptan yasaklamanın madde içerisinde değerlendirilmemesi amacı aşan bir yorum olacak ve yasaklamayı ödüllendirmek anlamına gelecektir¹²⁵.

20. maddenin ihlali konusunda ele alınması gereken son koşul, haksız kısıtlama kavramıdır. Bu konuda davacılar haklı bir kısıtlamadan bahsetmek için kısıtlama ile ulaşılmaması istenen amacın öneminin ortaya konulmasının yanısıra, amaç ve önlem arasındaki mantıksal bağlantının, diğer bir anlatımla, önlemin amaca katkısının somut olarak ispatlanması gerektiğini iddia etmişlerdir. Davacılar bunlardan daha önemli olarak ise, kısıtlama ile ulaşılmaması istenen amaca ticareti daha

121 Panel Raporu, para. 7.2156.

122 a.g.e, para. 7. 2241.

123 a.g.e, para. 7. 2287-2292.

124 a.g.e, para. 7. 2234-2239.

125 Frankel/ Gervais, s. 1173-1174.

az kısıtlayıcı bir önlem ile ulaşılmasının mümkün olması halinde önlemin haksız olacağını iddia etmişlerdir (gereklilik testi-*necessity test*)¹²⁶. Davalı Avustralya ise, GATT 1994 gibi diğer DTÖ Anlaşmalarında bulunan gereklilik testinin TRIPS Anlaşması'nın 20. maddesinde yer almadığını, başka bir deyişle, önlem ile kamu sağlığının korunması amacı arasında mantıksal bir bağın kurulması halinde önlemin haksızlığından söz edilemeyeceğini savunmuştur¹²⁷.

Bu konuda Panel ne davacı ülkelerin ne de davalı Avustralya'nın yaklaşımını tümünden benimsemiştir. Panel orta bir yol izleyerek TRIPS Anlaşması'nın 20. maddesi kapsamındaki kısıtlamanın haklı olup olmadığı incelemesini; i) kısıtlamanın niteliği ve kapsamı, ii) kamusal çıkarlar da dahil olmak üzere markanın kullanımına özel gereklilik şeklinde getirilen kısıtlamanın nedenleri ve kısıtlanma nedenlerinin kısıtlamayı haklı göstermek için yeterli desteğe sahip olup olmadığı şeklinde ifade ettiği üç kriter temelinde yapmıştır¹²⁸. Bu kriterler temelinde Panel, düz paketleme düzenlemeleri ile tütün ürünlerine ait markaların kullanımına getirilen yasaklama ve kısıtlamaların çok kapsamlı ve ağır olmakla birlikte, halk sağlığının korunması gibi yüksek bir amaca hizmet etmesi nedeniyle makul olduklarını belirlemiştir. Bu noktada, davacı ülkeler TRIPS Anlaşması 20. maddesi lafzında geçen "bir markanın (*a trademark*)" ifadesinin; yasaklama ve kısıtlama kararlarının her bir bireysel marka için ayrı ayrı incelemeyi gerektirdiğini ve bu anlamda düz paketleme düzenlemeleri ile getirilen toptan yasaklama veya kısıtlama kararlarının 20. maddeye aykırı düştüğünü öne sürmüşlerdir¹²⁹. Panel bu iddiayı reddetmiş; yasaklama ve kısıtlamaların belirli bir markanın özelliğinden ziyade, bir marka sınıfına veya belirli duruma özgü olması durumunda, incelemenin marka bazında yapılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir¹³⁰.

Kısıtlanma nedenlerinin kısıtlamayı haklı göstermek için yeterli desteğe sahip olup olmadığı konusunda ise Panel, bu noktada önlem alan ülkenin belirli bir takdir yetkisinin olduğunu ancak bu durumun ticareti daha az kısıtlayan alternatif önlemlerin göz ardı edilmesini gerektirmediğini belirtmiştir¹³¹. Panel, düz paketleme düzenlemelerinin Avustralya'nın tütün kullanımı ile mücadele için almış olduğu kapsamlı önlemlerin bir parçası olduğunu, davacı ülkelerce ticareti daha az kısıtladığı iddiasıyla, TTE Anlaşması kapsamında da öne sürülen dört alternatif önlemin düz paketleme düzenlemeleri ile ulaşılması istenen hedefe aynı katkıyı sağlayamayacağını açıklamıştır¹³². Söz konusu incelemenin TTE Anlaşması altında yapılmış olması nedeniyle Panel TRIPS Anlaşması altında ayrı bir inceleme yapmamıştır. Bununla birlikte, Panel'in Avustralya'nın düz paket düzenlemeleri ile ulaşmak istediği kamu sağlığının korunması hedefini zikrederken TKÇS'nin 11. ve 13. maddelerine ilişkin uygulama rehberlerine vurgu yaptığı not edilmelidir¹³³.

126 Panel Raporu, para. 7. 2303-2305, 2311, 2319, 2325, 2326.

127 a.g.e, para. 7. 2332-2336.

128 a.g.e, para. 7. 2430.

129 a.g.e, para. 7. 2443-7.2467.

130 a.g.e, para. 7. 2505.

131 a.g.e, para. 7. 2598.

132 a.g.e, para. 7. 2600.

133 a.g.e, para. 7. 2596.

Davacı ülkelerin TRIPS Anlaşması kapsamındaki diğer bir iddiası ise düz paketleme düzenlemelerinin haksız rekabete karşı etkin koruma sağlamadığı iddiasıdır. Davacı ülkeler bu iddialarını TRIPS Anlaşması'nın 2.1. maddesi ile bünyesine kattığı Paris Konvansiyonu'nun Birinci Mükerrer 10. maddesine dayandırmışlardır. Söz konusu madde, üye ülke vatandaşlarının mal ve ticari faaliyetleri hakkında dürüstlük kurallarına aykırı şekilde yanlış, yanıltıcı ve karışıklığa meydana verecek haksız davranışlara karşı Anlaşma tarafı ülkelerce etkin tedbirlerin alınmasını öngörmektedir¹³⁴. Davacı ülkeler bu noktadan hareketle düz paket düzenlemelerinin tütün ürünlerinin paketlerini tekipleştirmesi nedeniyle haksız rekabet ortamı yarattığını ve firmaları haksız rekabet oluşturacak davranışta bulunmaya zorladığını iddia etmişlerdir¹³⁵.

Bu iddialara karşı Panel ilk olarak, haksız rekabete ilişkin davranışların piyasada faaliyet gösteren piyasa aktörlerinden kaynaklanabileceğini, düz paketleme düzenlemelerinin piyasa aktörlerini bu tür davranışlara zorladığına dair davacı ülkelerce herhangi bir delil ortaya konmadığını açıklamıştır¹³⁶. Panel ikinci olarak düz paketleme düzenlemelerinin, belli bir yazı stili ve büyüklüğünde olmakla birlikte, marka ve ürün adının paketler üzerinde yer almasına izin vermesi nedeniyle, tüketiciler nezdinde ürünlerin cinsi, üretim yöntemi ve özellikleri konusunda bir karışıklığın oluşmayacağını belirtmiştir¹³⁷. Bu çerçevede, Panel davacıların haksız rekabet iddialarını reddetmiştir¹³⁸.

Davacı ülkeler haksız rekabete ilişkin iddialarını TRIPS Anlaşması 22(b) hükmü kapsamında coğrafi işaretler için de tekrarlamışlardır. Panel ise, markalara ilişkin olarak yaptığı değerlendirmeyi coğrafi işaretler bakımından da yineleyerek davacıların iddialarını reddetmiştir¹³⁹. TRIPS Anlaşması kapsamında son olarak Honduras, Dominik Cumhuriyeti ve Küba, düz paketleme düzenlemeleri ile TRIPS Anlaşması 24.3. maddesi kapsamında coğrafi işaretlere tanınan korumanın geriye götürüldüğünü iddia etmişlerdir. Söz konusu ülkeler TRIPS Anlaşması'nın 24.3. maddesi uyarınca, üye ülkelerin coğrafi işaretlere tanıdıkları korumayı Anlaşma'nın yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Ocak 1995'teki durumdan daha geriye götürmemeyi taahhüt ettiklerini, Avustralya'nın ise düz paketleme düzenlemeleri ile aksine bir durum yarattığını

134 Paris Konvansiyonu'nun Birinci Mükerrer 10. Maddesi şu şekildedir:

- 1) Birlik ülkeleri, vatandaşlarına haksız rekabete karşı etkili bir koruma sağlamakla yükümlüdürler.
- 2) Ticari ve sınai hususlarda dürüst uygulamalara aykırı bir rekabet davranışı, bir haksız rekabet davranışını oluşturur.
- 3) Özellikle aşağıdaki hususlar yasaklanacaktır:
 1. bir rakibin (ticarethanesi) kuruluşu, malları, veya sınai veya ticari faaliyetleri ile ilgili olarak herhangi bir şekilde bir karışıklığa yol açacak tipteki bütün davranışlar;
 2. ticari faaliyet esnasında ortaya atılan, bir rakibin ticarethanesini, mallarını veya sınai ya da ticari faaliyetlerini itibardan düşürecek cinsten sahte iddialar;
 3. ürünlerin cinsi, üretim yöntemi, özellikleri, amaca uygun olmaları veya miktarı gibi hususlarda, ticari faaliyet esnasında ortaya atılan kamuyu yanıltabilecek ibareler veya iddialar. Paris Konvansiyonu'nun İngilizce metni için https://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=287556 son erişim tarihi 1 Aralık 2018.

135 Panel Raporu, Para 7. 2685-2689.

136 a.g.e, para. 7.2698-2699, 7.2787-2795.

137 a.g.e, para. 7.2721-2724, 7. 2759-2765.

138 a.g.e, para. 7.2796

139 a.g.e, para. 7.2862-2870.

öne sürmüşlerdir¹⁴⁰. Bu konuda Panel, TRIPS Anlaşması'nın 24.3. maddesi ile öngörülen yükümlülüğün bireysel coğrafi işaretlere ilişkin genel korumayı ifade ettiğini, davacı ülkelerin ise 1 Ocak 1995 öncesinde Avustralya'da koruma sağlanan böylesi bir coğrafi işaretin varlığına ilişkin bir delil öne süremediklerini kaydetmiştir¹⁴¹.

Bu çerçevede, Panel DTÖ AHM kapsamında çok nadir olarak görülen bir şekilde *Avustralya-Düz Paketleme* davasını, tüm iddialar bakımından bir taraf (Avustralya) lehine sonuçlandırmıştır. Bu durum, bir yandan ticaret kurallarının sağlığın korunması için alınan önlemlere engel teşkil etmeyeceğini teyit etmiş, diğer yandan DSÖ altında kabul edilen TKÇS ile DTÖ kapsamında yer alan anlaşmalar arasında bir uyumsuzluğun olmadığını göstermiştir. Aksine bir durum, yani DTÖ kuralları, TKÇS'nin onay verdiği uygulamaları yasaklar şeklinde yorumlansaydı bu farklı rejimler arasında bir çatışma doğabilirdi.

Öte yandan, Panel'in marka hakkının açık veya zımnî pozitif kullanım hakkı şeklinde bir hak içermediğine karar vermesi önem taşımaktadır. Panel'in marka sahibinin markasını kullanma konusundaki meşru menfaatinin sağlığın korunması gibi kamusal bir gerekçe ile tümünden yasaklanması veya ağır bir şekilde kısıtlanmasının makul olduğuna karar vermesi ise önemli sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Bu noktada özellikle, Panel'in TRIPS Anlaşması 20. maddesinde geçen "bir markanın" ifadesini, kısıtlamanın belirli duruma özgü olması halinde değerlendirmenin marka bazında yapılmasına gerek olmadığı şeklinde yorumlaması dikkat çekicidir. Bu nedenle, Panel raporu kamu sağlığı, kamu ahlakı, bitki ve hayvan hayat ve sağlığı ile çevrenin korunması gibi amaçlar etrafında belli bir sektöre ilişkin markaların kullanımına yasaklar veya ağır kısıtlamalar getirilmesine kapı aralamıştır. Bu kapsamda, düz paket uygulamalarının yakın bir gelecekte alkol, cips ve şeker gibi sağlık üzerinde olumsuz etkileri olan ürünler bakımından küresel bir akıma dönüşmesi uzak olmayan bir ihtimaldir.

Böylesi bir küresel akımın doğmaması bakımından, DTÖ Temyiz Organı'nın ticaret ve sağlık kuralları arasında daha dengeli bir orta yolu bulup bulmayacağı ise merak konusudur. Temyiz Organı, Honduras ve Dominik Cumhuriyeti'nin başvuruları üzerine TRIPS Anlaşması 20. maddesi kapsamında "hakkaniyet testini" yeniden inceleyecektir¹⁴². Bu bağlamda özellikle, davacı ülkeler tarafından dile getirilen "alternatif önlemler" in ticareti daha az kısıtlayarak halk sağlığının korunması amacını sağlayıp sağlamayacağı konusu ele alınacaktır. Temyiz Organı'nın raporunu normal olarak temyiz tarihinden itibaren 60 ve en geç 90 gün içinde açıklaması gerekmektedir¹⁴³.

140 a.g.e, para. 7.2873-2874.

141 TRIPS Anlaşması 24.3 madde hükmü şu şekildedir:

Herhangi bir Üye bu Bölümü uygularken, DTÖ Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten hemen önce bu Üye'nin ülkesinde mevcut olan coğrafi işaretlerin korunmasını azaltmayacaktır.

142 WTO, WT/DS435/23, s. 1-2; WTO, WT/DS441/23, s. 2-3;

143 DTÖ kapsamında görev yapan Temyiz Organı üyeliğine atama yapılması konusunda son dönemde ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) DTÖ Temyiz Organı'nda görev yapan üyelerin yeniden atanmalarını ve yeni atamaları sürekli engellemektedir. Normal olarak yedi üyeden oluşması gereken Temyiz Organı'nda halihazırda üç üye bulunmaktadır. Temyiz Organı üye sayısının üçten aşağı düşmesi halinde ise söz konusu organ fiilen görev yapamaz hale gelecek ve *Avustralya – düz paketleme* davası da dahil olmak üzere, temyize götürülen

IV. BİRLEŞİK KRALLIK'IN DÜZ PAKET UYGULAMASI VE UYGULAMA ALEYHİNE AÇILAN DAVA

Avustralya'dan sonra, düz paket uygulamasına geçen ilk ülkelerden bir tanesi Birleşik Krallık olmuştur¹⁴⁴. Avustralya örneğinde olduğu gibi, Birleşik Krallık'ın da, düz paket düzenlemesine geçmesinde TKÇS birincil derecede rol oynamıştır. Nitekim, TKÇS'nin kabulünden hemen sonra AB tarafından, üye ülkelerin TKÇS'de öngörülen yükümlülüklerle uyumunun sağlanması yanında; AB pazarında tütün ürünlerinin üretimi, sunumu ve satışı ile ilgili koşulların uyumlaştırılması amacıyla 2014/40 sayılı AB Direktifi hazırlanmıştır¹⁴⁵. Direktifte diğer hususların yanı sıra, tütün paketlerinde yer verilecek sağlık uyarılarının minimum boyutu (%65), mentol gibi karakteristik lezzet veren sigaraların satımının yasaklanması, elektronik sigaraların piyasaya arzı öncesinde ulusal otoritelere bildirim konuları ele alınmış, ayrıca üye ülkelerin sağlığını koruması amacıyla daha sıkı önlemler alabilecekleri düzenlenmiştir¹⁴⁶. Bu çerçevede, Birleşik Krallık Direktifin düzenlediği alanlara ilişkin uyumlaştırma yanında, halk sağlığının korunması amacıyla Direktifte öngörülen yükümlülüğün ötesine geçerek, 2015 yılının Mart ayında Düz Paket Tüzüklerini kabul etmiştir¹⁴⁷.

Tüzüklerin kabulünün hemen sonrasında ise BAT, Phillip Morris, JTI ve Imperial Tobacco'dan oluşan büyük tütün firmaları Birleşik Krallık Sağlık Bakanlığı'na karşı dava açmışlardır¹⁴⁸. Dava, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nde (İdare Mahkeme Bölümü) ulusal düzeyde açılmışsa da; davacılar uygulamanın iç hukuk yanında DTÖ hukuku, AB hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve AB Temel Haklar Şartı'nı ihlal ettiğini öne sürmüşlerdir. Firmalar dava kapsamında pek çok iddiada bulunmuş, Yüksek Mahkeme ise inceleme kolaylığı açısından söz konusu iddiaları 17 grup altında toplamıştır¹⁴⁹. Bu inceleme ile ilgili olan iddialar aşağıdaki

davaların ne zaman sonuçlanacağı belirsiz hale gelecektir. DTÖ Temyiz Organı hakkında daha detaylı ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm son erişim tarihi 1 Aralık 2018.

144 WHO, s.1.

145 2014/40 Sayılı AB Direktifi için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0040&from=EN>, son erişim tarihi 3 Aralık 2018. Birleşik Krallık halihazırda AB'den çıkmak konusunda müzakereler sürdürmektedir. Bununla birlikte, Birleşik Krallık tarafından 26 Haziran 2018 tarihinde kabul edilen Çekilme Yasası ile, AB'den ayrılmadan önce kabul edilen direktiflerde dahil olmak üzere AB mevzuatına dayalı olarak kabul edilen düzenlemelerin yürürlüğünü sürdüreceğini kararlaştırmıştır. bkz. European Union (Withdrawal) Act 2018, Clause 2. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/pdfs/ukpga_20180016_en.pdf son erişim tarihi 3 Aralık 2018.

146 Direktifin mentollü sigaraların satışına getirdiği yasak Polonya tarafından dava yoluyla, elektronik sigaralara ilişkin bölümleri ise, yine Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nde bir tütün firması tarafından açılan dava nedeniyle anılan mahkeme tarafından ön karar yoluyla ABAD'a taşınmıştır. Düz paket davasında olduğu gibi; ABAD söz konusu davalar kapsamında yapılan iddiaları da redderek Direktifin AB hukukuna uygun olduğunu teyit etmiştir. Söz konusu davalar hakkında daha fazla bilgi için bkz. ECJ, Republic of Poland v European Parliament and Council of the European Union, Case C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323 ve ECJ, Pillbox (UK) Ltd v Secretary of State for Health; Case C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324.

147 The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015, No. 829, https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/829/pdfs/uksi_20150829_en.pdf son erişim tarihi 1 Eylül 2018.

148 *British American Tobacco UK Ltd and others v. Secretary of State for Health*, [2016] EWHC 1169 (Admin) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2016/1169.html> son erişim tarihi 10 Temmuz 2018.

149 a.g.e., s. 14-15.

şekilde sıralanabilir: i) Düz Paket Tüzükleri yasal değildir, zira Tüzüklerin dayanağını teşkil eden 2014/40 sayılı AB direktifinin kendisi AB hukukuna aykırılık taşımaktadır. ii) Düz Paket Tüzükleri, Topluluk Marka Tüzüğü yanında Tütün Ürünleri Direktifinde öngörülenin ötesine geçerek AB yetkisi altına giren bir hususu düzenlemiş, dolayısıyla yetki aşımında (*ultra vires*) bulunmuştur. iii) TRIPS Anlaşması ihlal edilmiştir. iv) Düz Paket Tüzükleri orantılı bir düzenleme değildir. Zira, düzenleme halk sağlığını korumak için uygun olmadığı gibi, halk sağlığını koruma amacına ticareti daha az kısıtlayıcı bir önlem ile de ulaşılması mümkündür. Düzenleme ayrıca, mülkiyet hakkının kısıtlanması ile kamu sağlığının korunması amacı arasında adil bir denge kurmamıştır. v) Mülkiyet hakkı ihlal edilmiş ve tazminat ödenmemiştir.

Davacıların Düz Paket Tüzüklerine dayanak teşkil eden direktifin AB hukukuna aykırı olduğu iddiasını da öne sürmeleri sebebiyle Yüksek Mahkeme uyuşmazlık hakkında karar vermeden önce, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'a ön karar başvurusunda bulunmuştur. Yüksek Mahkeme'nin, ABAD başvurusunda temel olarak iki husus ön plana çıkmıştır. Bu hususlardan ilki, tütün paketleri üzerinde yer alacak sağlık uyarılarının boyutu ve konumu da dahil olmak üzere, paketlerin şekline ilişkin gerekliliklerin AB hukukunun orantılılık ve katmanlı yetki¹⁵⁰ (*the principles of proportionality and subsidiarity*) ilkelerine uygun olup olmadığı hakkında iken; diğeri üye ülkelerin Direktif ile düzenlenmeyen bir alanda daha sıkı kurallar getirmesinin yetki aşımı olup olmadığına ilişkindir.

AB hukuku bakımından, ABAD Ön Kararı'nı 4 Mayıs 2016 tarihinde açıklamıştır¹⁵¹. ABAD Ön Kararı'nda ilk olarak, direktifin uygulanmasındaki ana amacının AB çapında tüketicileri tütün ürünlerinin kullanımdan doğan risklerden korumak olduğunu vurgulayarak, direktif ile markanın kullanımına getirilen sınırlamaların orantılılık ve katmanlı yetki ilkelerine uygun olduğuna karar vermiştir¹⁵². ABAD ayrıca, üye ülkelerin direktif ile düzenlenmeyen bir alanda daha sıkı kurallar getirmesinin yetki aşımı olmadığını tespit etmiştir¹⁵³. Katmanlı yetki ve yetki aşımı konularının AB hukukuna özgü meseleler olması yanında, Yüksek Mahkeme'nin Düz Paketleme Tüzüklerinin yasallığına ilişkin incelemesine de konu olması nedeniyle, ABAD'nın bu hususlara ilişkin kararı ayrıca incelenmeyecektir. Keza, orantılılık iddiasının da Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi kararında daha geniş bir çerçeveden ele alınması ve Yüksek Mahkeme'nin

150 Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliği Antlaşması'nın 5 maddesi AB'nin yetkilerinin kullanım esaslarını belirlemektedir. Anılan madde yetkiye ilişkin diğer ilkelerin yanısıra orantılılık ve katmanlı yetki ilkelerinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, AB'nin yetkilerinin kullanılması, katmanlı yetki ve orantılılık ilkelerine tabidir. Katmanlı yetki ilkesi gereğince, Birlik, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, sadece, öngörülen eylemin amaçlarının üye devletler tarafından merkezi düzeyde veya bölgesel ve yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği ve fakat söz konusu eylemin boyutu ya da etkileri itibarıyla Birlik düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebileceği durumlarda harekete geçer. Orantılılık ilkesi gereğince ise, Birlik eyleminin içeriği ve şekli, Antlaşmalar'ın amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olanı aşamaz. Avrupa Birliği Antlaşması ile Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın Türkçeye çevrilmiş metinleri için bkz. <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> son erişim tarihi 1 Aralık 2018.

151 ECJ, Philip Morris Brands SARL and Others v. Secretary of State for Health, C-547/14, EU:C:2016:325.

152 ECJ, C-547/14, para. 164-228.

153 ECJ, C-547/14, para. 84.

kararını ABAD kararı ışığında açıklaması nedeniyle, bu husus da aşağıda Birleşik Krallık Yüksek Mahkeme kararı kapsamında ele alınacaktır.

19 Mayıs 2016 tarihinde açıklanan Yüksek Mahkeme kararında ilk olarak Düz Paketleme Tüzükleri ve onlara dayanak teşkil eden AB direktifinin yasallığı meselesini uluslararası hukuk, AB hukuku ve iç hukuk bağlamında ele almıştır. Yüksek Mahkemeye göre, bu iddiaların temelinde, bir tür mülkiyet hakkı olan markanın kullanımının kısıtlanamayacağı düşüncesi yatmaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme uluslararası hukuk, AB hukuku ve iç hukukun, üye ülkelere, sağlığın korunması amacıyla, sağlığa zararlı ürünlerin üreticilerine ait olan haklara müdahale teşkil etse de; önleyici tedbirler alma konusunda geniş bir takdir yetkisi tanıdığına dikkat çekmiş ve Düz Paketleme Tüzükleri ve onlara dayanak teşkil eden AB direktifinin yasal olmadığı iddialarını reddetmiştir¹⁵⁴.

Yüksek Mahkeme, düz paketleme düzenlemelerinin orantılılığı konusunda ise, ilk olarak orantılılık testinin güncel deliller temelinde yapılmasının gerektiğini belirtmiştir. Bu noktada ayrıca, karar alıcıların belli bir takdir yetkisine sahip olduklarının kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁵⁵. Mahkeme devamla, davacılar ve davalı Birleşik Krallık tarafından sunulan deliller temelinde; düz paketleme düzenlemelerinin sağlığın korunması için uygunluğu ve gerekliliği ile kamu sağlığının korunması ve özel mülkiyet hakkı arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı kriterleri bağlamında konuyu ele almıştır. Önlemin uygunluğu konusunda davacı firmalar, mevcut delillerin niceliksel bir veri sunmadığını, düz paketleme düzenlemelerinin tütün ürünlerinin kullanımını azaltmadığını, aksine tüm ürünleri tek tipleştirerek fiyatlar üzerinde aşağı yönlü bir baskı uyguladığını, dolayısıyla, markalı ürünlerin aleyhine olarak tütün ürünlerinin kullanımının artacağını iddia etmişlerdir¹⁵⁶. Davalı Birleşik Krallık ise, tam tersine gerek niteliksel gerek Avustralya'da düz paketleme uygulamasına geçildikten sonra üretilen niceliksel kanıtların, tütün ürünlerinin kullanımında düşüş olduğunu gösterdiğini ileri sürerek, düz paketleme düzenlemelerinin sağlığın korunması konusunda uygun bir araç olduğunu öne sürmüştür¹⁵⁷. Yüksek Mahkeme, Birleşik Krallık tarafından sunulan delillerin önlemin sağlığın korunması için uygunluğunu gösterdiğini belirterek, orantılılık testinin ikinci aşaması olan gereklilik kriterini ele almıştır¹⁵⁸.

Yüksek Mahkeme gereklilik kriteri kapsamında ise, sağlığın korunması amacına ticareti daha az kısıtlayıcı bir önlem ile ulaşıp ulaşılamayacağını araştırmıştır. Bu konuda davacı firmalar, vergilerin yükseltilmesi gibi yollarla tütün ürünlerinin kullanımının kısıtlanabileceğini iddia etmişlerse de; Mahkeme alternatif olarak sunulan önlemleri, tütün ürünlerinin kullanımının kısıtlanmasında katkı sağlayabilecek önlemler olarak değerlendirmiş; ancak bunların düz

154 *British American Tobacco UK Ltd and others v. Secretary of State for Health*, para. 251-275.

155 a.g.e., para. 408.

156 a.g.e., para. 406-407.

157 a.g.e., para. 489-511.

158 a.g.e., para. 649.

paketlemenin yerine geçemeyeceğini belirterek, firmaların iddialarını reddetmiştir¹⁵⁹. Orantılılık konusunda mahkeme son olarak, özel mülkiyet ile kamu sağlığının korunması konusunda adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakmıştır. Bu konuda mahkeme düz paketleme düzenlemeleri nedeniyle firmaların bir takım ticari kayıplar yaşayabileceğini belirtmiş; bununla birlikte kamu sağlığının korunmasının yüksek önemine vurgu yaparak, önlemin adil olduğuna hükmetmiştir¹⁶⁰. Bu çerçevede, bahsedilen bu üç kriter temelinde Yüksek Mahkeme düz paketleme düzenlemelerini orantılı bulmuştur.

Yüksek Mahkeme kararına konu olan diğer bir husus ise, markanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Temel Haklar Şartı ve iç hukuk kurallarına aykırı olarak kamulaştırdığı iddiası ve tazminat talebidir. Mahkeme bu konuda ilk olarak, markanın bir mülkiyet çeşidi olduğunu vurguladıktan sonra marka hakkının niteliği ve bu çerçevede kullanım kavramı üzerinde durmuştur. Mahkeme kullanım konusundaki değerlendirmenin, pozitif veya negatif haklar şeklinde şekilsel bir değerlendirmeden ziyade, içerik bakımından yapılmasının daha uygun olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme pratikte markanın ekonomik değerinin, kullanım ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme fonksiyonlarından kaynaklandığını, bu çerçevede, markanın ticari değerinin; tüketicilerin zihninde tanınırlık, kimlik ve ün bakımından oluşturulan bağdan kaynaklandığını ifade etmiştir¹⁶¹.

Mahkeme kamulaştırma iddiası ile ilgili olarak, doğrudan veya dolaylı kamulaştırmadan söz edilebilmesi için, mülkiyetin veya mülkiyete bağlı hakların devlete geçmesi veya mülkiyetin hak sahibi tarafından fiilen kullanılamaz hale gelmesi gerektiğini belirtmiştir. Somut olayda ise, mülkiyetin devlete geçmediğine ve marka sahibinin tescil ettirme, üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme haklarını elinde bulundurduğuna vurgu yapmıştır¹⁶². Ayrıca yazıdan oluşan markaların belli bir stilde ve boyutta yazılması şart koşulmuş olsa da; ayırt edicilik fonksiyonunu devam ettirdiklerini öne çıkarmıştır¹⁶³. Bu çerçevede, Mahkeme düz paketleme düzenlemelerinin markanın ticari anlamda kullanımını önemli ölçüde azaltmış olmakla birlikte; bunun doğrudan veya dolaylı kamulaştırma sayılmayacağını, yapılan işlemin kullanımın kamu yararına düzenlenmesi olduğuna karar vermiştir¹⁶⁴. Mahkeme, kural olarak mülkiyet hakkı kamu yararını düzenlese dahi tazminat ödenebileceğini; bunun için kamu yararı ve özel mülkiyetin korunması arasındaki adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Mahkeme yukarıda yer verilen orantılılık değerlendirmesine atıfta bulunarak, somut olayda kamu sağlığının korunması ile mülkiyet hakkının kullanımının kısıtlanması arasındaki adil dengenin doğru kurulduğunu belirterek tazminat talebini de reddetmiştir¹⁶⁵.

159 a.g.e., para. 650-679.

160 a.g.e., para. 680-711.

161 a.g.e., para. 744.

162 a.g.e., para. 785.

163 a.g.e., para. 786.

164 a.g.e., para. 784-788.

165 a.g.e., para. 791-799.

Yüksek Mahkemenin tütün firmalarının taleplerinin neredeyse tamamını reddetmesi nedeniyle, konu tütün firmaları tarafından Temyiz Mahkemesi'ne taşınmış, ancak Temyiz Mahkemesi 30 Kasım 2016 tarihli kararı ile Yüksek Mahkeme'nin kararını onamıştır¹⁶⁶. Bunun üzerine tütün firmaları Temyiz Mahkemesi kararını bir üst yargı mercii olan Yüce Mahkeme'ye (*Supreme Court*) taşımak isteseler de bu istek, Yüce Mahkeme'nin 11 Nisan 2017 tarihli kararı ile reddedilmiş ve Birleşik Krallık bakımından karar kesinleşmiştir¹⁶⁷.

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin, bu incelemeye ışık tutacak tespitlerine bakıldığında ise, şu hususların öne çıktığı görülmektedir. Her şeyden önce Birleşik Krallık Mahkemesi kararında marka hakkının pozitif veya negatif hak şeklinde şekilsel ayrımı yerine, içerik olarak ne anlam ifade ettiği üzerinde durmuştur. Mahkeme işlevsel açıdan markanın ekonomik değerinin kullanım ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme fonksiyonlarından kaynaklandığını vurgulamış, ancak sağlığın korunması amacıyla markanın kullanımına müdahale edilebileceğine ve bu çerçevede ülkelerin düzenlemede bulunma konusunda geniş bir takdir yetkisi olduğuna dikkat çekmiştir. Doğrudan ve dolaylı kamulaştırma iddiaları konusunda ise; Mahkemede hakim olan kanaatin mülkiyet hakkının kullanımından yoksun bırakma yerine, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak düzenlenmesi olduğu görülmektedir. Bu nedenle, gerek tazminat gerek yetki aşımı iddiaları orantılılık değerlendirmesi temelinde reddedilmiştir. Son olarak Avustralya Yüksek Mahkemesi'nde görülen davanın aksine, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nde açılan davada ulusal hukuka ilave olarak AB hukuku ve uluslararası hukuka vurgu yapıldığını ve düz paketleme düzenlemelerinin AB hukukunun yanısıra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TKÇS ve TRIPS Anlaşmalarına uygun olduğuna karar verildiği vurgulanmalıdır.

V. URUGUAY'IN TEK SUNUM ZORUNLULUĞU VE UYGULAMA ALEYHİNE AÇILAN YATIRIM TAHKİMİ DAVASI

Latin Amerika ülkeleri arasında en yüksek tütün kullanım oranına sahip olan ülkelerden birisi olan Uruguay, tütün kullanımı ile mücadele kapsamında 2008 ve 2009 yıllarında iki düzenleme kabul etmiştir. 2008 yılında, Uruguay Sağlık Bakanlığı tarafından kabul edilen tek sunum zorunluluğu düzenlemesi bir marka ailesi altında tek bir ambalajın ve tek bir ürün adının kullanılmasını zorunlu hale getirmiştir. Hakem heyeti kararına da konu olduğu şekilde tek sunum zorunluluğu şu örnekle somutlaştırılabilir: “Marlboro Red,” “Marlboro Gold,” “Marlboro Blue” and “Marlboro Green (Fresh Mint)” yerine sadece “Marlboro Red” kullanılması gibi¹⁶⁸. Uruguay tarafından 2009 yılında kabul edilen ve 80/80 Tüzüğü olarak adlandırılan düzenleme ise, daha

166 R *British American Tobacco and others* v *Secretary of State for Health* [2016] EWCA Civ 1182

167 The Supreme Court, *Permission to Appeal Decision*, <https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-decision-12-april-2017.html>, son erişim tarihi 12 Nisan 2017.

168 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>, para. 10.

önce tütün paketlerinin en az % 50'sini kapsamaması mecburi olan sağlık uyarılarının boyutunun % 80'e çıkarılmasını zorunlu kılmıştır.

Görüldüğü üzere, 80/80 Tüzüğü ile birlikte uygulanan tek sunum zorunluluğu, markanın kullanımı açısından düz paket düzenlemesinden daha az kısıtlayıcı bir düzenlemedir. Zira, tek sunum düzenlemesi ile tütün firmalarına tek sunum şeklinde de olsa, paketin % 20'sinde yer alan kısımda markalarını kullanma olanağı tanınmıştır. Buna mukabil, markanın kısıtlayıcı kullanımı tütün firmalarınca yeterli bulunmamış, konu iç hukukta dava edilmesinin yanısıra, 2010 yılında Philip Morris¹⁶⁹ tarafından Uruguay aleyhine Uruguay ile İsviçre arasındaki YKTK Anlaşması'na dayalı olarak ICSID tahkim süreci başlatılmıştır¹⁷⁰. Philip Morris bahse konu düzenlemelerin YKTK Anlaşması'nın yatırımların kullanılmasında ve yatırımlardan istifadenin engellenmesi (madde 3.1), adil ve eşit muamele ve adaletten yoksun bırakma (madde 3.2), kamulaştırma (madde 5) ve taahhütlerin yerine getirilmesi (madde 11) hükümlerini ihlal ettiğini öne sürmüş ve ihlaller nedeniyle 22.267 milyon dolar tazminatın ödenmesini talep etmiştir. Uruguay ise, söz konusu düzenlemelerin uluslararası yükümlülüklerine uygun olarak kamu sağlığını korumak amacıyla egemenlik hakkının kullanımına ilişkin düzenlemeler olduğunu savunmuş ve davacının iddiasının reddedilerek, katlanmış olduğu masrafların ödenmesini talep etmiştir¹⁷¹. Uruguay söz konusu düzenlemelerin tütün firmaları arasında herhangi bir ayırımı içermediğini de not etmiştir.

Hakem heyeti bu kapsamda ilk olarak, kamulaştırma iddiasını ele almıştır. Firmaya ait mülkiyete el koyma veya mülkiyetin başka bir şekilde devlete geçirilmemiş olması nedeniyle, Philip Morris tarafından dolaylı kamulaştırma iddiasında bulunulmuştur¹⁷². Hakem heyeti, dolaylı kamulaştırmadan söz edilmesi için yatırımın değerinin önemli ölçüde azalması veya yatırımcının yatırımını kullanma veya yararlanmadan önemli ölçüde yoksun kalması gerektiğini açıklamıştır. Hakem heyeti buna mukabil, 80/80 Tüzüğü'nün markanın kullanımına kısıtlama getirirse de, % 20'lik alanda markanın hala tanınabilir şekilde kullanılabilir olduğunu belirtmiştir. Tek sunum zorunluluğunun ise, Philip Morris'in yatırımlarının toplam değerinde "ciddi bir azalmaya" neden olmadığını vurgulamıştır. Bu çerçevede Hakem heyeti, Philip Morris'in dolaylı kamulaştırma iddiasını reddetmiştir.

Hakem heyeti, incelemesini burada tamamlama imkanına sahip iken, bir adım daha öteye giderek Philip Morris'in dolaylı kamulaştırma iddiasını Uruguay'ın halk sağlığını koruma amacıyla

169 a.g.e., para. 12. Söz konusu tazminat talebine faiz ve masraflar dahil değildir. JTI tazminat talebine ilave olarak bu kalemler için de ödeme talep etmiştir.

170 Dava teknik olarak üç davacı (Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland) ("PMB"), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) ("PMP") ve Abal Hermanos S.A. ("Abal") tarafından açılmış olsa da; bunlar esas itibarıyla Philip Morris firmasının alt kuruluşları veya % 100 iştirakleridir. Bu nedenle, hakem heyeti kararında üç davacı kısaltılmış olarak Philip Morris şeklinde adlandırılmıştır. Bu çalışmada da hakem heyetinin kullanımına uygun davacıların tümü "Philip Morris" olarak adlandırılacaktır.

171 Philip Morris v. Uruguay, award, para. 13.

172 a.g.e., para. 91.

düzenleme yetkisinin bulunduğu (polis yetkisi doktrini)¹⁷³ gerekçesi ile de reddetmiştir¹⁷⁴. Hakem heyeti, Uruguay'ın bu yetkisini ulusal ve aralarında TKÇS'nin de bulunduğu uluslararası yükümlülükleri temelinde iyi niyetle, ayrımcı olmayan bir tarzda ve orantılı şekilde kullandığını açıklamıştır¹⁷⁵. Bir sonraki aşamada, Philip Morris'in, düzenlemelerin YKTK Anlaşması'nın yatırımcılara adil ve eşit muameleyi öngören 3.2. maddesini ihlal ettiği iddiası ele alınmıştır. Adil ve eşit muamele yükümlülüğünün, uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak, devletin yatırımcılara asgari bir koruma standardını sağlaması gerektiğine işaret ettiğini ve her bir ihlal iddiasının olay bazında incelenmesi gerektiğini açıklayan hakem heyeti, bu bakımdan Uruguay düzenlemelerini keyfilik, meşru beklenti ve hukuki istikrar kriterleri etrafında incelemiştir¹⁷⁶. Keyfilik kriteri altında, hakem heyeti tek sunum zorunluluğunu öngören düzenlemeyi iyi niyetli olarak gerçek bir halk sağlığı sorununu makul bir tarzda ele alma girişimi olarak değerlendirmiştir. 80/80 düzenlemesini aynı şekilde iyi niyetli bir girişim olarak değerlendiren hakem heyeti, halk sağlığının korunması amacıyla sağlık uyarılarının boyutunu ayarlama konusunda ulusal otoritelerin geniş bir takdir yetkisini haiz olduğunu değerlendirmesine eklemiştir. Meşru beklenti ve hukuki istikrar kriterlerini birlikte ele alan hakem heyeti, düzenlemelerin yatırımcının meşru beklentisini ihlal etmediğini, zira devletin halk sağlığı da dahil olmak üzere kamu çıkarını gözetmek için kabul edilebilir bir değişiklik marjı içerisinde hareket ettiğini açıklamıştır.

Hakem heyeti Philip Morris'in, yatırımların kullanılmasının ve yatırımlardan istifadenin engellendiği iddiasını ise adil ve eşit muamele yükümlülüğü altında yapmış olduğu analiz kapsamında reddetmiştir¹⁷⁷. Philip Morris'in Uruguay'ın YKTK Anlaşması'nın 11. maddesi kapsamında markanın kullanımı ve korunması konusunda üstelenmiş olduğu taahhütlerini yerine getirmediği iddiasına ilişkin olarak ise hakem heyeti, 11. maddenin ev sahibi devletin yatırım sözleşmesi gibi bir yolla yatırımcıya karşı üstlenmiş olduğu spesifik yükümlülüklerle ilişkin olduğunu, bunun ötesinde söz konusu yükümlülüğün, ev sahibi devletin yasalar ile üstlenmiş olduğu genel yükümlülükleri içermediğini açıklamıştır¹⁷⁸. Hakem heyeti bu kapsamda, Uruguay'ın markalara ilişkin düzenlemelerinin genel fikri mülkiyet hukukunun bir parçası olduğunu, marka hakkının kapsamının yürürlükteki yasalara tabi olacağını ve değişebileceğini, ancak yasalarda yer verilen düzenlemelerin 11. madde kapsamında sözü edilen spesifik yükümlülük olarak değerlendirilemeyeceğini açıklamıştır¹⁷⁹. Hakem heyeti son olarak,

173 Philip Morris v. Uruguay, award, para. 287-300. Polis yetkisi doktrini milletlerarası yatırım hukukunda devletin “düzenleyici yetkisi”ne işaret etmektedir. Anılan doktrin uyarınca, devletin normal şartlar altında tazmin edilebilir bir mahrumiyet oluşturan düzenlemeleri, devletin düzenlemede bulunma yetkisi nedeniyle tazmin edilmez. Devletin Düzenleyici Yetkisi konusunda ayrıntılı bir analiz için bkz. Naçacıoğlu Erden H.Z., Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma, On İki levha Yayınları, 2015, s.330-365.

174 Erdem E., Güncel Philip Morris v Uruguay Kararı, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/guncel-philip-morris-v-uruguay-karari/> son erişim tarihi 10 Temmuz 2018.

175 Philip Morris v. Uruguay, award, para. 302-307.

176 Erdem E., Güncel Philip Morris v Uruguay Kararı, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/guncel-philip-morris-v-uruguay-karari/> son erişim tarihi 10 Temmuz 2018.

177 a.g.e., para. 444-446.

178 a.g.e., para. 418.

179 a.g.e., para. 481-482.

Philip Morris'in adaletten yoksun bırakma iddiasını ele almıştır. Hakem heyeti bu konuda yargı sisteminin "açık kusur" veya "sistemik adaletsizliği" gösterir açık kanıtların olması gerektiğini, Uruguay'ın düzenlemeleri ile ilgili olarak iç hukukta yaşanan bir takım çelişkili karar veya süreçlerin adaletten yoksun bırakma sayılacak ağır olmadığına karar vermiştir¹⁸⁰.

Bu inceleme bakımından hakem heyeti kararının en önemli bölümü, dolaylı kamulaştırmaya ilişkin varmış olduğu sonuçtur. Karar iki bakımdan önem taşımaktadır. İlk olarak hakem heyeti, paketin kısıtlı bir alanında olsa (% 20) markanın kullanılabilir olduğuna dikkat çekmiştir. İkinci olarak, tek sunum zorunluluğunun Philip Morris'in yatırımlarının değerinde "ciddi bir azalmaya" neden olmadığı belirlemesini firmanın Uruguay'daki yatırımını bir bütün olarak değerlendirmek suretiyle yapmıştır. Diğer bir anlatımla, firmaya ait markaların ayrı ayrı değerlendirilmesi yerine firmanın yatırımını bir bütün olarak değerlendirilmiştir. Hakem heyetinin bu iki konu üzerindeki değerlendirmesi, düz paket düzenlemeleri ile ilgili açılacak yeni bir tahkim davasında şüphesiz göz önüne alınacaktır. Bu bakımından, tütün firmaları tümünden yasaklamanın ve ağır kısıtlamanın dolaylı kamulaştırma olduğu argümanını daha güçlü bir şekilde öne çıkarmaya gayret edecekler ve ilgili ülkede yatırımların değerinin önemli ölçüde azaldığını ispat etmeye çalışacaklardır.

SONUÇ

Düz paket uygulamalarına karşı uluslararası ticaret ve yatırım hukuku kapsamında bugüne kadar açılan davaların tamamı tütün firmalarının aleyhine sonuçlanmış ve konuyla alakalı önemli bir içtihat oluşmuştur. Söz konusu içtihat uluslararası ticaret ve uluslararası yatırım hukuku kanadında birbirini teyit eder şekilde oluşmuştur. Halihazırdaki içtihat, sağlık gibi kamusal amaçlar ile markaların kullanımının tümünden yasaklanması veya ağır bir biçimde kısıtlanmasına yönelik düzenlemelerin yapılmasına imkan tanımaktadır.

Bununla birlikte, düz paketleme düzenlemelerinin uluslararası ticaret ve yatırım hukukuna ilişkin kurallara uygunluğu konusunda iki husus hakkında henüz tam bir netlik yoktur. Bunlardan ilki uluslararası yatırım hukuku bakımından düz paket düzenlemelerinin dolaylı kamulaştırma teşkil edip etmediği konusudur. *Philip Morris v. Uruguay* tahkim davasında Hakem heyeti, davaya konu tek sunum zorunluluğunun dolaylı kamulaştırma olmadığına karar vermiş ise de, kararda marka sahiplerinin tütün ürünleri paketlerinin % 20'lik kısmında markalarını kullanma imkânına sahip olduklarının belirtilmesi dikkat çekicidir. Bu bağlamda, şekil markalarını tümünden yasaklayan, yazıdan oluşan markaların kullanımını ise ağır bir biçimde kısıtlayan düz paket düzenlemelerinin dolaylı kamulaştırma oluşturup oluşturmadığı konusunda henüz bir karar yoktur. Bu bakımından düz paket düzenlemelerine ilişkin yeni bir tahkim davasının gündeme gelmesi ihtimal dahilindedir.

İkinci olarak, DTÖ kapsamında düz paket düzenlemelerine karşı başlatılan süreç bir kısım davacılar bakımından kesinleşmemiştir. Honduras ve Dominik Cumhuriyeti'nce başlatılan

180 a.g.e., para. 498-503, 516-536, 552-581.

temyiz sürecinde TRIPS Anlaşması 20. maddesi yeniden ele alınacaktır. Bu noktada Temyiz Organının, panel yorumundan başka bir yorumu benimsemesine olanak sağlayacak hukuki altyapı mevcuttur. Bu bakımından, DTÖ Temyiz Organının uluslararası ticaret bakımından hayati önemi haiz markaların ayırt edicilik fonksiyonunu göz önüne alarak markanın kullanımını tümünden sınırlamayan ancak kamu sağlığını da koruyan bir karar alması az da olsa ihtimal dahilindedir.

Düz paket düzenlemelerine karşı yeni bir yatırım tahkimi davasının başlatılmaması ve DTÖ Temyiz Organının Panel kararını onaması halinde ise, düz paket düzenlemelerini kabul eden ülke sayısının hızla artması ve düz paket uygulamasının tütün sektörü açısından bir standart haline gelmesi çok uzun bir zamanı almayacaktır. İlerleyen zaman içerisinde ise, düz paket düzenlemelerinin alkol, cips ve şeker gibi sağlık üzerinde olumsuz etkileri bulunan ürünlere teşmili tartışılacaktır. Bu nedenle yeni hukuki tartışmaların ve dava süreçlerinin ortaya çıkmasını beklemek yanıltıcı olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- 4067 Sayılı Dünya Ticaret örgütü Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, RG, T.: 29 Ocak 1995 Sy.: 22186.
- Action on Smoking and Health. The Big Fight Begins. 1989 June. British American Tobacco Records. <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/rhww0205>, son erişim tarihi 10 Ocak 2017.
- Action on Smoking and Health. Ending an Epidemic: A Manifesto for Tobacco Control. 1991 October. British American Tobacco Records. <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/thhy0210>; son erişim tarihi 10 Ocak 2017.
- Alemanno A./Bonadio E., Do You Mind My Smoking? Plain Packaging of Cigarettes Under the TRIPS Agreement, *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, Vol. 10, No. 3, 2011, ss.450-475.
- Australian Government National Preventative Health Taskforce, Australia: The Healthiest Country by 2020, (Australian Government Health Taskforce), <https://extranet.who.int/nutrition/gina/sites/default/files/AUS%202009%20National%20Preventative%20Health%20Strategy.pdf> , son erişim tarihi 20 Temmuz 2018.
- Austarlia, Tobacco Plain Packaging Act 2011, No 148, 2011; <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00892>; son erişim tarihi 20 Aralık 2017.
- Baschuk B., WTO Tobacco Ruling Opens Door to New Plain-Packaging Laws, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-06-28/wto-tobacco-ruling-opens-door-to-new-plain-packaging-laws> son erişim tarihi 2 Temmuz 2018.
- Bonadio E., On the Nature of Trademark Rights: Does Trademark Registration Confer Positive or Negative Rights?, *The New Intellectual Property of Health – Beyond of Plain Packaging* Alemanno A./Bonadio E. (eds.), Cheltenham: Edward Elgar, 2016, ss.43-68.
- British American Tobacco UK Ltd and others v. Secretary of State for Health, [2016] EWHC 1169 (Admin), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2016/1169.html> son erişim tarihi 10 Temmuz 2018.
- Carvalho N. P., “The TRIPS Regime of Trademarks and Design”, Second Edition, Kluwer Law International, 2011.
- Collins D., An Introduction to International Investment Law, Cambridge University Press, 2017
- Conseil d’État, 9ème – 10ème chambres réunies, 23/12/2016, 399117, https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do;jsessionid=909FE3026DF103CAEE31B9B74DA_97760.tpdlila09v_3?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000033685128&fastReqId=737113321&fastPos=71; son erişim tarihi 27 Temmuz 2017.
- Correa C. M., Is the Right to Use Trademarks Mandated by the TRIPS Agreement?, South Centre Research Paper 72, 2016.
- Davison M./Emerton P., Rights, Privileges, Legitimate Interests, and Justifiability: Article 20 of TRIPs and Plain Packaging of Tobacco, *American University International Law Review* 29 No. 3, 2014, ss. 505-580.
- ECJ, Republic of Poland v European Parliament and Council of the European Union, Case C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323.
- ECJ, Pillbox (UK) Ltd v Secretary of State for Health; Case C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324.
- ECJ, Philip Morris Brands SARL and Others v. Secretary of State for Health, C-547/14, EU:C:2016:325.
- FCTC, Implementation Database, Updates, <http://untobaccocontrol.org/impldb/updates/>, son erişim tarihi 1 Eylül 2018

- Erdem E., Güncel Philip Morris v Uruguay Kararı, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/guncel-philip-morris-v-uruguay-karari/> son erişim tarihi 10 Temmuz 2018.
- Frankel S./ Gervais D., “Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 46, No. 5, 2013 ss. 1149-1214.
- Gervais D., Analysis of the Compatibility of Certain Tobacco Product Packaging Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention, Report of 30 November 2010, <https://www.jti.com/sites/default/files/key-regulatory-submissions-documents/expert-reports/intellectual-property/1-gervais.pdf> son erişim tarihi 1 Ekim 2018.
- İzgi G.; Düz Paketleme (Plain Packaging) Uygulamasının Fikri Mülkiyet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Yıl: 16 Cilt: 17 Sayı: 2015/2, Ankara, 2015, ss. 25-57.
- High Court of Australia, British American Tobacco Australasia Limited and Ors v. the Commonwealth of Australia, Case No: S389/2011.
- JTI Ireland Ltd – v – Minster for Health & ors, [2015] IEHC 481 <http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/68C14CFFE270C72D80257E93005048D8>.
- JT International SA v. Commonwealth of Australia Case No: S409/2011, Date of Order: 15 August 2012, Date of Publication of Reasons: 5 October 2012.
- Kaya T., DTÖ Anlaşmalarının İç Hukukta Uygulanması, Legal Yayıncılık, 2015.
- Kur A., The Right to Use One’s Own Trade Mark: A Self-Evident Issue or a New Concept in German, European and International Trade Mark Law?, *European Intellectual Property Review*, 1996, ss. 198-203.
- Lalive, Memorandum from Lalive to Philip Morris International Management SA, Why Plain Packaging is in Violation of WTO members’ International Obligations under TRIPS and the Paris Convention, 23 Temmuz 2009, <http://www.tobaccolabels.ca/wp/wp-content/uploads/2013/12/Philip-Morris-Intl-Why-Plain-Packaging-is-in-Violation-of-WTO-Members%E2%80%99-International-Obligations-2009.pdf>, son erişim tarihi 3 Eylül 2018 .
- Lee-Zogbessou J., Food and drink industry could lose billions if plain packaging rule hits, <https://www.packaging-gateway.com/news/food-drink-industry-plain-packaging-rule/> son erişim tarihi 5 Eylül 2018.
- Liberman J.; Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 39 No 2& 3, 2013, ss. 361-381.
- Mitchell A. D.; Australia’s Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility, *Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy*, 2010, ss. 405-426.
- Nalçacıoğlu Erden H.Z., Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma, On İki levha Yayınları, 2015.
- Notice of Arbitration, Philip Morris Asia Limited v. the Commonwealth of Australia, 21 November 2011, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf> son erişim tarihi 20 Temmuz 2017
- Özdemir Kocasakal H., Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001
- Panel Reports Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WT/DS435,441,458,467/R, (Panel Raporu).
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal

- Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), <https://www.italaw.com/cases/460>, son erişim tarihi 27 Temmuz 2017.
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>
- Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case no. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw_7303_0.pdf, son erişim tarihi 21 Temmuz 2017.
- Physicians for a Smoke-Free Canada, The Plot Against Plain Packaging, 2008, http://www.smoke-free.ca/pdf_1/plotagainstplainpackaging-apr1.pdf. son erişim tarihi 1 Temmuz 2018.
- 2014/40 Sayılı AB Direktifi için Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0040&from=EN>, son erişim tarihi 9 Nisan 2017.
- R *British American Tobacco and others*) v *Secretary of State for Health* [2016] EWCA Civ 1182.
- Response to the Notice of Arbitration, Philip Morris Asia Limited v. the Commonwealth of Australia, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0666.pdf>, son erişim tarihi 21 Temmuz 2017.
- Sarıbeyoğlu M., Uluslararası Ekonomi Hukuku Açısından Dünya Ticaret Örgütü Gümrük Birliği ve Türkiye, Türkmen Kitabevi, 2010.
- Schreiber A., Indonesia considering new labeling rules for alcoholic beverages, 07-Jul-2014 <https://www.packaging-gateway.com/news/food-drink-industry-plain-packaging-rule/> son erişim tarihi 1 Ocak 2018.
- Statement by WHO Director-General, Dr Margaret Chan, WHO welcomes landmark decision from Australia's High Court on tobacco plain packaging act, 15 August 2012., <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2012/tobaccopackaging/en/> son erişim tarihi 26 Aralık 2017.
- The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015, No. 829, https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/829/pdfs/uksi_20150829_en.pdf son erişim tarihi 1 Eylül 2018.
- The Supreme Court, Permission to Appeal Decision, <https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-decision-12-april-2017.html>, son erişim tarihi 12 Nisan 2017.
- UNCTAD, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, son erişim tarihi 3 Ağustos 2018.
- Ulusal Tütün Kontrol Programı Eylem Planı, <http://www.saglik.gov.tr/Eklenti/420,ulusal-tutun-kontrol-programi-eylem-planipdf.pdf?0> son erişim tarihi 6 Aralık 2016.
- Van den Bossche P.; The Law and the Policy of the World Trade Organization, Cambridge University Press, 2005.
- Voon T./ Mitchell, A.D., Implications of WTO Law for Plain Packaging of Tobacco Products, *Melbourne Legal Studies Research Paper* No. 55, 2011.
- WHO, Framework Convention on Tobacco Control, Guidelines for Implementation, 2013 Edition, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80510/1/9789241505185_eng.pdf?ua=1 son erişim tarihi 8 Aralık 2016.
- WHO, Tobacco, The Problem, http://www.who.int/nmh/publications/fact_sheet_tobacco_en.pdf; son erişim tarihi 15 Eylül 2018.
- WHO, Plain Packaging of Tobacco Products: Evidence, Design and Implementation, 2016, FCTC, Implementation Database, Updates, <http://untobaccocontrol.org/impldb/updates/> son erişim tarihi 1 Eylül 2018.

WTO, WT/DS435/23

WTO, WT/DS441/23

WT/DS434/17, Australia–Certain Measures Concerning Trademarks and other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging Lapse of Authority for the Establishment of the Panel, Note By The Secretariat, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FESearch/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=229717,132459,128156,127737,124459,124313,99405,82941,88093,96905&-CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True, son erişim tarihi 1 Eylül 2018.

WTO, Procedural agreement between Australia and Ukraine, Honduras, The Dominican Republic, Cuba and Indonesia, WT/DS434/12, WT/DS435/17, WT/DS441/16, WT/DS458/15, WT/DS467/16, 28 April 2014, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=124313&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True, son erişim tarihi 10 Nisan 2018.

<https://www.ab.gov.tr>

www.legislation.gov.au/

www.who.int/fctc/about/en/

<https://www.wipo.int>

Alman Hukukunda Elektronik Tapu Sicilinin Gelişimi ve Oluşumu

The Development and Formation of Electronic Land Register in German Law

İpek ÇEVİK*

Öz

İlgili makale öncelikle Alman hukukunda elektronik tapu sicil kavramının ortaya çıkışı ve tarihi gelişimi ile ilgili bilgi vermektedir. Ayrıca elektronik tapu sicil kavramını Alman hukuku mevzuatı açısından değerlendirilmekte ve elektronik tapu sicilinin oluşumu ile ilgili olarak takip edilen usul ve esasları incelenmektedir. Bu çerçevede, tapu sicilinin aleniyeti ilkesi ve kişilik hakları kapsamında özel hayatın gizliliği uyarınca menfaat dengesinin, elektronik tapu sicili düzenlemesi bakımından ne şekilde ele alındığı ortaya konmakta ve son olarak da Türk hukukundaki durum açısından karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Tapu Sicili, Veri Bankası Tapu Sicili, TAKBİS, Alman Hukuku, Eşya Hukuku, Aleniyet İlkesi, Özel Hayatın Gizliliği.

Abstract

The article demonstrates the historical development of electronic land register in German law and thoroughly analyses the notion of electronic land register according to German legislation. Furthermore, the article explains the basic rules and principles, regarding the formation of an electronic land register within German law. Moreover, the conflict between the principle of publicity and the right to privacy or more specifically the right to self-determination in relation to electronic land register is discussed and the German legal approach to this conflict of interest is examined. Finally, the legal situation on electronic land register in Turkish law is generally evaluated in comparison to German law.

Keywords: Electronic Land Register, Database Land Register, German Law, Property Law, Principle of Publicity, Right to Privacy, Right to Self-determination, Turkish Law, TAKBİS.

* Ar. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı. Haydarpaşa Yerleşkesi Tıbbiye Caddesi Üsküdar/İstanbul, ipek.cevik@gmail.com.

I. GİRİŞ

Gelişen teknoloji ile birlikte bilişim çağını yaşadığımız bu dönem içinde, bilgisayarların ve bilgisayar programları pek çok alanda hayatımıza etki etmektedir. İletişimin elektronik ortamda ilerlemesi, belgelerin elektronik ortamlarda oluşturulması, saklanması ve paylaşılabilmesi yanında, çeşitli programlar vasıtası ile gerekli belgelere/bilgilere elektronik ortamda daha hızlı bir şekilde ulaşılması sebebiyle, yapılan işlemlerin de elektronikleşmekte olduğu görülmektedir.

Bilgi ve belgelere daha hızlı ulaşımın sağlanması, veri bankaları benzeri programlarda daha sistematik bir biçimde saklanabilir ve erişilebilir olması, işlemleri daha kolay ve hızlı bir hale getirmektedir. Bu nedenle pek çok alanda olduğu gibi tapu sicilinin tutulması anlamında da elektronikleşme bilişim çağının bir gereği olarak önem taşımaktadır.

Almanya yanında Avusturya ve İsviçre gibi ülkeler teknolojinin semerelerinden yararlanmak anlamında, birçok alanda olduğu gibi tapu sicili anlamında da elektronikleşmeyi tercih etmişlerdir. Klasik tapu sicilinden elektronik tapu siciline geçiş ile sınırlı kalmayıp, hukuki işlemlerin resmi olarak elektronik ortamda yapılmasını da düzenleyerek, teknoloji hızının ve kolaylığının hukuki ilişkilere de aktarılması sağlanmıştır; sonuç olarak gelişen çağa ayak uydurulması hedeflenmiştir.

Alman hukukunda, klasik tapu sicili dışında bilgi işlem teknolojilerinden faydalanarak bir tapu sicili oluşturulması 70'li ve 80'li yıllarda gündeme gelmiş, ancak finansal açıdan yük oluşturacağı için bu alandaki planlar daha öncesinde sonuçsuz kalmıştır¹.

1993 öncesinde yapılan tapu sicilini bilgisayar destekli yürütme denemeleri, gerek zamanın teknolojisinin yeterli olmaması gerekse bilgisayar destekli tapu siciline geçiş düzenlemesinin eyaletler tarafından kabule zorlanması ve sicilin kadaastro ile ilişkili olarak yapılması zorunluluğu gibi nedenler süreç açısından bir takım engeller oluşturmuştur. Ayrıca ilgili birimlerin yeniden yapılandırılmasının gerekmesi ve bu yüzden iş yükünün aşırı artması, sürecin ilerlemesinde çeşitli güçlüklerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur².

Bu ilk bilgisayar destekli tapu sicili oluşturma aşamasında eyaletler tarafından çeşitli elektronik sicil projeleri denenmiştir. SOLUM, MAGB ve FOLIA gibi projeler tapu sicilini bilgisayar destekli hale getirme çalışmalarına katkı sağlamıştır³. Ancak hukuki bağlayıcılık açısından bilgisayar ortamına aktarılan veriler, sadece klasik tapu sicilini destekleyici ve ona yardımcı fonksiyona sahiptir, bu anlamda elektronik verilerin herhangi bir hukuki bağlayıcılığı söz konusu olmamıştır⁴.

Doğu Almanya ile olan birleşmeden sonra, doğunun ve batının ayrı olduğu dönemde tapu kütüğü ile ilgili konularda düzenlemelerin birbirinden çok farklı olmasından dolayı, Doğu Almanya'nın tapu sisteminden de etkilenerek, tapu ve kadaastro sicilleri açısından yeknesaklığı sağlamak amacı ile 1993 yılında Tescil İşlemlerinin Hızlandırılması Kanunu

1 BÖHRINGER, BWNNotZ 1994, s. 25.

2 SCHMIDT-RÄNTSCH, VIZ 1997, s. 84.

3 SPRAU, MittBayNot 1987, s. 118 vd.

4 SCHMIDT-RÄNTSCH, VIZ 1997, s. 84; HOLZER, NJW 1994, s. 483.

(Registerverfahrenbeschleunigungsgesetz= RegVVBG)⁵ çıkarılmıştır. Bu kanun ile sanayileşme ve bilişim döneminde artış gösteren tescil kayıt işlemlerinin, modern teknikler aracılığı ile daha kolay bir şekilde yürütülmesi hedeflenmiştir.

Bu yasa ile eski projelerin aksine tapu sicilinin bilgisayar tekniği ile desteklenmesi değil, sicilin temel olarak elektronik ortamda yürütülmesinin önü açılmıştır. Bu elektronik düzenlemenin amacı mahkemelerin işlerinin ve diğer tapu sicili ile ilgili işlemlerin kolaylaştırılması, tapu sicili durumu ile ilgili bilgiye daha hızlı ulaşım sağlanması, tapu sicil müdürlüğü dışındaki yerlerden ilgili verilere ulaşım sağlanarak, tescil işlemlerinin hızlandırılması ve ilgililerin hukuki durumlarına dair resmi belgeleri daha hızlı bir şekilde edinmeleri amaçlanmıştır⁶.

Tescil İşlemlerinin Hızlandırılması Kanunu kapsamında tapu sicili ve diğer sicilleri elektronik sistemde yürütme imkanı oluşturulmuştur. Buna bağlı olarak **Tapu Sicili Tüzüğü'ne (GBO)** yeni bir kısım eklenmiş ve 7. kısım içeriğinde, 126-134 paragrafları arasında mekanik olarak tutulan tapu sicili hükümleri düzenlenmiştir.

§ 126 GBO uyarınca elektronik tapu sicili tutulması, Eyalet hükümetlerinin kararına bırakılmış ve tapu sicilinin elektronik olarak tutulması kararının bir tüzük ile alınması gerektiği, bu kararın alınmasını takiben Tapu Sicil Tüzüğü'nün (GBO) ilgili hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. GBO elektronik tapu sicili yürütülmesi ile ilgili genel mahiyette hükümler içerirken, daha detaylı düzenlemeler ise **Tapu Sicili Uygulama Yönetmeliği'nde (GBV)**⁷ § 61 ve devamında getirilmiştir.

Son olarak teknolojik ilerlemeleri de göz önünde bulunduran kanun koyucu 2013 yılında elektronik tapu sicili kavramını daha da esneterek, sadece elektronik tutulan tapu sicilini değil, ayrıca **Veri Bankası Tapu Sicili (Datenbankgrundbuch)** kavramı ile de elektronik tapu sicilinin, veri bankası şeklinde tutulabilmesi için de gerekli düzenlemeyi kanun ile oluşturmuştur. **Veri Bankası Tapu Sicilinin Uygulamaya Geçirilmesi hakkında Kanun (DaBaGG)**⁸ 1. maddesinin 14. bendi, veri bankası tapu siciline dair tanımı, elektronik ya da mekanik olarak tutulan tapu sicili kavramına ek olarak tanımlamıştır. Bu kanun ile de Tapu Sicili Uygulama Yönetmeliği'nde (GBV) §§ 71a, 76a uyarınca da veri bankası tapu sicilinin oluşturulmasını düzenleyen hükümler oluşturulmuştur.

Görüldüğü üzere elektronik tapu sicili kavramı Alman hukukunda teknolojik gelişmelerin hızı ve uygulanabilirliğine göre zaman içinde oluşturulmuş ve yine teknolojik gelişmelere göre de uyarlanmasına devam edilmiştir. Elektronik tapu siciline geçiş bu anlamda aşamalı olarak ilerlediği için bu makale çerçevesinde öncelikle mekanik olarak yürütülen elektronik tapu sicili kavramı ve sonrasında da Veri Bankası Tapu Sicili kavramı ve buna ilişkin özel düzenlemeler

5 RegVVBG v. 20.12.1993, BGBl I.2182

6 BREDEL, MittBayNot, 1997, s. 72.

7 Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung BGBl. S. 1114.

8 Gesetz zur Einführung eines Datenbanksgrundbuchs, 1.10.2013, BGBl. 3719.

incelenecek; son olarak da Türk hukukundaki durum ve Alman hukukunda elektronik tapu silinin gelişimi ışığında yapılması gerekenler hakkında değerlendirmeler ortaya konacaktır.

II. ELEKTRONİK ORTAMDA TUTULAN TAPU SİCİLİ

A. ELEKTRONİK TAPU SİCİLİ

GBO'nun elektronik tapu siciline dair 7. kısmının başlığı *mekanik yürütülen tapu sicili*⁹ olarak adlandırılmış ve 126. paragrafın ise başlığı *otomatik veri olarak yürütülme*¹⁰ şeklinde düzenlenmiştir.

§ 126 GBO hükmü uyarınca elektronik tapu sicilinin oluşturma yetkisi eyaletlere verilmiş, ancak detaylı kavram açıklaması Tapu Sicili Uygulama Yönetmeliği'nin (GBV) 62. paragrafında ortaya konmuştur.

Bu yönetmelik uyarınca elektronik tapu sicili, yani mekanik olarak tutulan tapu sicilinden çıkması gereken anlam, *bunun için belirlenmiş olan veri deposuna kaydedilen ve sürekli olarak değiştirilmeden okunabilir biçimde, tapu kütüğü sayfası içeriğinin görüntülenebilir olması* durumudur.

Bu ifade ile tapu sicilinin düzenlemesine dair bir değişim söz konusu değildir. Klasik tapu sicilinde yer alan bölümler aynı şekilde elektronik tapu sicili içinde de bulunmaktadır¹¹.

GBO'nun 126. paragrafı elektronik tapu siciline geçişi, eyaletlerin isteğine bağlı olarak düzenlemesi ve bir zorunluluk getirmemesi sebebiyle sicilin sistematik düzeninde de bir değişim öngörmemiştir. Ayrıca sicilin içerik düzeninin değiştirilmesinin çok daha fazla masrafa ve zaman kaybına yol açacağı gerekçesiyle, öncelik olarak sadece tapu sicilinin aynı düzende elektronik ortama geçirilmesinin önü açılmıştır.

Elektronik tapu siciline geçiş sırasında bir çok eyalet daha önce elektronikleştirme çalışmaları sırasında kullanılmış olan, Bayern Eyaleti'nde geliştirilen SOLUM-Star projesini temel almıştır. Eyaletler elektronik tapu siciline geçişte serbest oldukları gibi, kullanacakları programı seçmekte de serbesttirler; ancak elektronik tapu siciline, çıkaracakları tüzük ile geçmeye karar veren eyaletler, yukarıda da bahsi geçtiği üzere, GBO ve GBV'nin ilgili emredici hükümlerini uygulamak zorundadırlar¹². Bu anlamda elektronik tapu sicilinin oluşturulması ve yürütülmesi için seçilen elektronik programın tüzük ve yönetmelikte istenen temel şartları taşıması gerekmektedir.

Elektronik tapu siciline geçme serbestisi eyaletler arasında farklı zamana yayılacağı için, klasik tapu sicilinden, uygulamada elektronik tapu siciline geçme zamanını da eyaletler yine kendi

9 "Das maschinell geführte Grundbuch"

10 "Führung als automatisierte Datei"

11 BÖHRINGER, BWNotZ 1994, 25; BT-Dr. 12/5553, 12.08.1993, s. 74.

12 SCHMIDT-RÄNTSCH, VIZ 1997, s. 84.

planlamalarına göre yönetebileceklerdir. Bütünü ile elektronik tapu siciline geçmeye hazır olan eyaletler, öncelikle klasik tapu sicili olan kağıt tapu sicilini resmi olarak kapatmaları gerekmekte ve bunun hukuki dayanağını oluşturmak için de, elektronik tapu sicilinin klasik tapu sicilinin yerini aldığına dair ilgili tüzüğün yürürlüğe sokulması gerekmektedir (Anlegungsverordnung)¹³.

Bayern Eyaleti'nin¹⁴ SOLUM¹⁵-STAR projesi temel alınarak yapılan düzenleme uyarınca seçilen program ile temelde iki tür elektronik kayıt yapılması gerekmiştir.

- 1) Kodlu kayıt (CI codierte Informationen – Speicherung)
- 2) Kodsuz kayıt – (NCI –Speicherung) olarak belirlenmiştir.

İlk kayıt metodunda, veri depolarına kodlanarak girilmiş bilgiler veya kayıtlar söz konusu iken; ikinci metot, yani kodsuz kayıt metodunda, klasik tapu sicili sayfaları tarayıcılar yardımı ile kodlanmamış olarak veri deposuna aktarılmaktadır. Veri deposunda resim halinde saklanabilen sicil sayfalarının WORM-Tekniği (Write once – read multiple: bir kere yaz – çok kez oku) ile saklandığı için elektronik program resim üzerinde değişim yapılmasına imkan vermemektedir¹⁶. Bu nedenle yeni kayıtlar kodlanmış olarak resimlerle birlikte veri deposuna işlenmekte ve ilgili sicil sayfası hakkında bilgi alınması gerektiği zaman, sonradan işlenmiş bilgiler, önceki taranan sicil sayfası ile birlikte tapu sicilindeki son durumu gösterebilmektedir¹⁷.

Güncel olarak Almanya'da bütün eyaletler elektronik tapu sicilini resmi şekilde yürürlüğe sokmuşlardır ve uygulama elektronik tapu sicili sistemi üzerinden ilerlemektedir.

B. VERİ BANKASI TAPU SİCİLİ

Almanya elektronik tapu siciline geçmekle beraber, bu tapu sicilinin sadece klasik tapu sicilinin elektronik versiyonu olması ve gelişmekte olan teknolojinin ise daha hızlı olması ve format açısından elektronik hukuki işlemlere olanak sağlaması nedeniyle, tapu sicilinin de sürekli olarak gelişmekte olan teknolojiye ayak uydurmasını hedeflemektedir. Bu bağlamda elektronik tapu sicili geliştirilerek, veri bankası tapu siciline (Datenbankgrundbuch) geçiş için adımlar atılmış ve bu sicil türünün geliştirilip uygulamaya sokulabilmesi için projeler başlatılmıştır.

20.09.2013 tarihinde **Veri Bankası Tapu Sicilinin Uygulamaya Geçirilmesi hakkında Kanun (DaBaGG)** yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile öncelikle § 126 GBO'da yer alan elektronik tapu sicili kavramının yanına ek olarak, veri bankası tapu sicili kavramının tanımı getirilmiştir.

13 SCHMIDT-RÄNTSCH, VIZ 1997, s. 85.

14 Bayern Eyaleti tarafından 14.6.1996 tarihinde yürürlüğe giren tüzük ile Bayern için merkez tapu sicil depolama birimini (ZGBS: Zentrale Grundbuchspeicherstelle für Bayern) oluşturulmuştur.

15 Latince yer, zemin anlamında kullanılmaktadır.

16 BREDL, MittBayNot 1997, s. 74, Bu nedenle SOLUM-STAR projesinde her taranan sicil sayfasına bir ön sayfa eklenmekte ve bu sayfaya optik karakter tanıyıcı (OCR: optical character recognition) sisteminin okuyabileceği şekilde sicil sayfasına ait numaralar yazılmaktadır; tanıma sistemi ile de gerekli sicil sayfaları, numaralarının koordinatları belirlenerek sonraki kayıtlar için hızlıca ulaşılabilir hale getirilmiştir.

17 HOLZER, NJW 1994, 481, 484; BT-Dr. 12/5553, 12.08.1993, s. 75.

Bu tanım uyarınca tapu sicilinin, *içeriklerin mantıki bağlantısı ile yapılandırılmış formda*¹⁸ oluşturulması durumunda, veri bankası tapu sicili olarak da yürütülebileceği belirtilmiş olup, bu sicilin elektronik tapu sicilinin bir alt türünü oluşturması hususu, ilgili kanun (DABaGG) gerekçesinde belirtilmiştir¹⁹.

Aynen elektronik tapu sicilinde olduğu gibi, veri bankası tapu siciline geçiş de eyaletlerin kararına bırakılmıştır. Buna göre her eyalet kendi kapasitesi çerçevesinde ilerleyebilme olanağına sahiptir. Bu çerçevede Federal Anayasa'nın 91c maddesi uyarınca oluşturulan bilişim sistemleri planlama kurulunca (IT-Rat), E-Devlet-Stratejisi kapsamında dijital tek bir veri bankası tapu sicilinin oluşturulması hedeflenmiştir; bu doğrultuda Federal devletin 36 milyon tapu sicil sayfasına ait 400 milyon sayfalık hacmi olan verilerin, yapılandırılmış şekilde daha verimli online bilgi erişimi için hazırlanması amaçlanmıştır²⁰. Bu pilot proje çalışmaları yürütme anlaşmasını 16 eyaletin tümü imzalamış ve öncelikli olarak 6 eyaletin önderliğinde proje komisyonu oluşturulmuştur, Bayern Eyaleti ise projenin yöneticisi olarak öngörülmüştür.

Elektronik tapu sicili her ne kadar elektronik ortamda klasik tapu siciline ait verileri göstermekte ise de, birbiri ile ilişkili verilerin, örneğin yardımcı sicillerdeki bilgilerin ayrı ayrı incelenmesinin söz konusu olması nedeniyle zaman kaybına yol açmaktadır. Bu sorunu çözmek adına bütün ilişkili kayıtların ülke çapında tek bir veri bankasında toplatılması amaçlanmaktadır. Bu şekilde tapu sicil kayıtlarının daha sistematik bir düzende tutulması ve tapu kadastro ile ilgili ayrıntılı bilgilere daha kolay erişim sağlanarak, işlemlerin daha hızlı hale getirilmesi öngörülmüştür²¹.

§ 80 GBV uyarınca, farklı tapu sicil sayfalarındaki çeşitli haklar ve derece tabelaları ile ilgili bilgilerin bir araya getirilip incelenmesi ve güncel kayıt bilgilerinin gösterilmesi gibi çeşitli konularda tapu sicilindeki bilgilere daha kolay ulaşım sağlanması amaçlanmıştır²². Bunun yanında sadece bir tapu sicil müdürlüğü bölgesi için değil, bütün federal devlet için farklı şekilde bilgilerin inceleme imkanının sunulması hedeflenmiştir.

Veri bankası tapu sicili halihazırda proje aşamasındadır. Elektronik tapu sicilinde olduğu gibi eyaletler veri bankası tapu siciline geçiş zamanını seçme konusunda yetkilidirler, ancak ortak proje yürütme anlaşmasına bütün eyaletler imzalamıştır. Veri bankası tapu sicil programı geliştirme çalışmalarını bu anlamda her eyalet desteklemektedir. Ancak elektronik tapu sicilinin tarihi gelişiminde olduğu gibi, veri bankası tapu sicili de zaman içinde belli bir sistemin oturması ile yürürlüğe girecektir.

Veri bankası tapu sicili projesinin temeli de yine bir kanuni düzenlemede somutlaştırılmıştır. § 134a GBO hükmü bu amaç için geliştirilecek proje alt yapısını hazırlamaktadır. Veri bankası tapu siciline geçiş için güncel tapu sicili verilerinin ilgili veri bankası programına aktarımının sağlanması

18 "Das Grundbuch in strukturierter Form mit logischer Verknüpfung der Inhalte (Datenbankgrundbuch)"

19 BT-Dr. 17/12635, 06.03.2013, s. 29.

20 WIGGERS, FGPrax 2013, s. 235.

21 ZEISER, BeckOK GBO, GBV N. 70 vd.

22 SCHNEIDER, ZWE 2014, s. 350 vd.

gerekmektedir. Bu kapsamda ilgili tapu sicil tüzüğü (GBO) “göç programı” (Migrationsprogram) adı altında veri bankası tapu sicilini geliştirmeyi hedefleyen bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu program tapu sicil verilerinin yeniden yapılandırılmış kayıtlar olarak dönüştürülmesini ve depolanmasını destekleyici şekilde olacaktır.

Programın geliştirme aşamasında kullanılacak verilerin, gerçek tapu sicil verileri olması gerektiği ileri sürülmüştür, ancak bu şekilde uygulamada ihtiyaç duyulacak çeşitli beklentilere uygun bir veri bankası tapu sicilinin oluşturabileceği belirtilmiştir; bunu takiben ilgili eyaletlerin adalet bakanlıklarına § 134a I GBO uyarınca, gerçek tapu sicil verilerini, programı geliştirenlere sunabilmesine dair yetki verilmiştir. Bu verilerin program geliştiriciler tarafından nasıl kullanılacağı, verilerin korunması hükümleri çerçevesinde § 134a 2-5 arası fıkralarda detaylandırılmıştır.

Bu kapsamda verilerin sadece program geliştirme amacı ile kullanılacağı belirtilmiş ve verilerin güvenliğinin denetlenmesi için, proje kapsamında eyaletler arasında ortaklaşa kabul edilen yürütme anlaşması uyarınca seçilen bir merkezi eyalet adalet bakanlığı yetkilendirilmiştir. Bu anlamda ilgili idare, veri güvenliği ve korunması adına program geliştiricilerle birlikte hareket etmektedir. Veri güvenliği konusunda sorumluluk da belirlenen bu idari merkezin üzerindedir.

Program geliştiricilerin hizmetine sunulan verilerin tapu sicilinin çapraz bir kesidini oluşturması gerektiği belirtilmiştir, bu nedenle uygulamada ortaya çıkan farklı kayıtların (farklı yazı tipleri, ya da resim olarak oluşturulan kodsuz kayıtlar gibi) sistemde tanımlanmasını sağlayacak tapu sicil verilerinin paylaşılması gerektiği belirtilmiş, fakat sadece bu amaç için yeteri kadar sayıda verinin paylaşılması gerektiğinin de altı çizilmiştir. Her eyalet için kendi tapu sicilinin maksimum % 5 oranında bir paylaşımının söz konusu olacağı belirtilmiştir.

Paylaşılan verilerin pilot programın geliştirilmesi ve işleyişini test etmek için kullanılacağı ve gerekli denemeler yapıldıktan sonra, daha fazla ihtiyaç olmadığı takdirde verilerin silinmesi gerektiği belirtilmiştir.

Eyaletler bir tüzük ile veri bankası tapu sicilini uygulamayı seçtikleri takdirde, Tapu Sicili Uygulama Yönetmeliği'nin (GBV) 71a ve 76a paragraflarındaki veri bankası tapu sicilini oluşturmaya dair özel hükümlerin ve ayrıca yönetmeliğin diğer maddelerindeki veri bankası tapu siciline ait hükümlerin uygulanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu hükümler uyarınca sicildeki verilerin nasıl oluşturulacağı, sicilin nasıl yürütüleceği düzenlenmiştir.

Bu projenin tamamlanması için §150 (6) GBO uyarınca 31.12.2020 tarihine kadar süre öngörülmüştür. Veri bankası tapu sicili geliştirme projesi çerçevesinde ek bir veri tabanı oluşturularak işlemlerin elektronik ortamda daha hızlı bir şekilde sürmesi hedeflenmektedir. Veri bankası tapu sicilinin işlemleri hızlandırma amacını gerçekleştirmek için tapu müdürlüklerinin, başka tapu sicil müdürlüğü yetkisinde olan tapu sicil işlemleri ile ilgili yetkilerinin de genişletilmesine olanak sağlayan § 127 I (3) ve (4) GBO hükümleri getirilmiştir.

Bu hükümlerin genel olarak uygulamaya sokulabilmesi için veri bankası tapu sicilinin eyaletler tarafından uygulamaya sokulması gerekmektedir. Aynı şekilde tapu sicili için oluşturacak veri bankasının yeknesak bir program olması da önem taşımaktadır. Bu nedenle işlemlerin hızlanması ve işlem güvenliğinin sağlanması adına federal devletin tüm eyaletlerince kullanıma sokulacak tek bir veri bankası tapu sicili programı gerekmektedir. Temel elektronik tapu sicilinde olduğu gibi zaman içinde geliştirilen veri bankası tapu sicili programı eyaletlerce uygulamaya sokularak, eski elektronik tapu siciline ait sayfaların resmi şekilde kapatılması gerekecektir. Veri bankasına aktarılmış olan elektronik sicil sayfalarına ise sicil sayfasının veri bankası olarak yeniden yapılandırılmış olduğu ve sayfanın kapatıldığı tarih şerh olarak düşülecektir (§ 71a (4) GBV) .

III. VERİ GÜVENLİĞİ

§ 126 GBO'da elektronik ortamda tutulabilecek tapu sicili türlerini sayıldıktan sonra, diğer hükümlerinde ilgili tapu verilerinin otomasyonuna ait asgari güvenlik önlemlerinin esasları belirlenmiştir. Bu hükümler 1993 yılında elektronik tapu sicili yürürlüğe sokulduğunda getirilmiştir, aynı güvenlik koşulları eyaletlerin kendi kararları ile veri bankası tapu siciline geçmesi durumunda da geçerlidir.

§ 126 GBO'da düzenlenen konu veri güvenliğidir. Bu anlamda verilerin teknik nedenlere dayanarak kaybolmaması, örneğin elektrik kesintisi ya da dış etkenler sebebiyle ya da veri hırsızlığı yani "hacklemek" gibi nedenlerle verilerin çalınmasının önlenmesi önem arz etmektedir (§ 65 GBV).

Bu nedenle § 126 GBO'nun 1. fıkrasının 1-3 bentleri, bu veri güvenliğini sağlamak adına ortaya konması gereken minimum standartlara dikkat çekmektedir. Bu alınması gereken minimum güvenlik önlemleri §§ 64-66 GBV'de belirtilmiştir. § 64 GBV uyarınca mekanik olarak korunan verilerin ulusal ve uluslararası kabul edilen teknik standartlara uygun olması gerektiği belirtilmiş, ancak özellikle hangi teknolojinin kullanılması gerektiği ifade edilmemiş, bunun yerine bu alanda gelişen ilgili teknolojinin takip edilmesi ve sistemin gerektiğinde uyarlanması hedeflenmiştir²³. Devamında ise elektronik tapu sistemi açısından olması gereken temel fonksiyonlar § 62 f. 2 GBV'de aşağıdaki gibi sıralanmıştır.

- 1) İlk olarak sistemi kullanacak kişilerin tanımlanması ve tanımlanan kişilerin kimliklerinin doğrulanması (Tanıma ve doğrulama);
- 2) Sisteme giriş yetkisinin uygun şekilde yönetilmesi (Yetki yönetimi);
- 3) Bu hakların geçerliliğinin sistem tarafından kontrol edilmesi (Yetki kontrolü);
- 4) Elektronik tapu sicilinde yapılan değişikliklerin ya da kayıt edilen beyanların delil güvenliği anlamında bir protokole bağlanması (Delil Tespiti);
- 5) Temel alt sistemlerin bir güvenlik riski olmadan, gerektiğinde yeniden geri oluşturulması (Geri Dönüştürme);

23 WILSCH, BeckOK GBO, § 126 N. 2.

- 6) Sistemin teknik hataları nedeniyle, saklanan verilerde oluşan tahriflerin gerekli kontrol mekanizmaları ile zamanında tespiti (Tahrif edilemezlik);
- 7) Sistemin hatasız bir şekilde işlemesi ve ortaya çıkan sistem hatalarının gecikmeden rapor edilmesi (Hizmetin güvenilirliği);
- 8) Elektronik tapu sicilinden ya da sicile olan veri değişiminin ya da oluşturan genel iletişim ağlarına aktarılacak verilerin güvenliğinin sağlanması (Aktarım güvenliği).

Bu temel güvenlik standartlarının desteklenmesi için de § 66 GBV her işgünü sonunda elektronik tapu sicilinin yedek bir kopyasının oluşturulması gerektiğini ve asıl elektronik tapu sicili herhangi bir şekilde zarar gördüğünde, yedek kopyanın da zarar görmeden hızlı bir şekilde erişilebilir olması gerektiğini belirtmektedir. Bu anlamda uygulamada sadece işgünü sonunda değil, gün içinde de birkaç kez güncel yedek bir kopyanın oluşturulup saklanması güvenlik açısından gerekli görülmektedir.

§ 126 GBO'nun 1.fıkrasının 2. bendi ise oluşturulan kayıtların *derhal* elektronik veri halinde görülmeye açık hale getirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır; bu anlamda girilen kaydın usulüne uygun olarak onaylanmasından itibaren birkaç dakika içinde kayıtların *sürekli olarak değiştirilmeden okunabilir* olması gerekmektedir. Ancak kayıtları belleğe depolama emrinin organizasyona ait nedenler yüzünden hemen verilmesi mümkün olmayacağından, tapu sicil memurunun emri verdiği günün akşamı ya da takip eden gecesi ilgili kayıtların *sürekli olarak değiştirilmeden okunabilir* şekilde veri deposuna yükletilip kaydedilmesi öngörülmüştür, tapu memurlarının elektronik sicile ulaşabilmesi ve hukuki işlemlerin devam edebilmesi adına bu usul uygulama açısından daha pratik görülmüştür²⁴.

Elektronik tapu siciline geçilmesi ile beraber aleniyet ilkesi yanında ayrıca kişilik hakkı kapsamında yer alan kişisel verilere ne şekilde ve kimler tarafından ulaşılacağı da detaylı olarak belirtilmiştir. Bu anlamda kişilik hakkı kapsamında özel hayatın gizliliği çerçevesinde verilere ulaşım sırasında Federal Anayasa'nın (Grundgesetz GG) 2. maddesinin 1. fıkrası kapsamında bir güvenlik duvarının oluşturulması gerektiğinin altı çizilmiştir²⁵.

Bunun devamında verilerin güvenliği ile ilgili dikkat edilmesi gereken unsurları daha baskın şekilde vurgulamak için § 126 I (3) GBO'da, Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un (BDSG)²⁶ 9. paragrafının ekinde yer alan teknik ve organizasyon tedbirleri, birebir Tapu Sicil Tüzüğü'nün (GBO) ekine aktarılmıştır.

İlgili ekte yer alan güvenlik önlemleri özellikle sisteme erişim ve sistemi kullanım haklarının düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Elektronikleştirilmiş kişisel verilerin korunmasına dair temel tedbirler aşağıdaki gibi sıralanmıştır.

24 BT-Dr. 12/5553, 12.08.1993, s. 78.

25 WILSCH, BeckOK GBO, § 12.

26 BDSG Bundesdatenschutzgesetz.

- 1) Veri işleme alanına yetkili kişiler dışında kimsenin girmemesine dair önlemlerin alınması gerektiği (Erişim Kontrolü);
- 2) Veri depolarının izinsiz okunmaması, değiştirilmemesi ya da kopyalanmaması (veri Deposu Kontrolü);
- 3) Veri deposuna izinsiz kayıt girişi yapılmaması, kayıtlı kişisel veriler hakkında izinsiz bilgi alınmaması, değiştirilmemesi, ya da silinmemesi (Kayıt Kontrolü)
- 4) Bilgi işlem sisteminin veri transferine yardımcı yöntemlerle izinsiz kişilerce kullanılmaması (Kullanıcı Kontrolü)
- 5) Bilgi işlem sisteminde kullanım ya da erişim yetkisi olan kişilerin sadece yetkisi dahilinde kalan verilere ulaşmasının sağlanması (Erişim Kontrolü)
- 6) Kişisel verilerin hangi alanlarda veri transferi yöntemleri ile iletilebileceği ve kontrolünün sağlanması (İletme Kontrolü)
- 7) Sisteme girilen kişisel verilerin ne zaman ve kim tarafından girildiğinin, girildikten sonra belirlenebilir olması (Kayıt Kontrolü)
- 8) Kişisel bilgilerin işlenmesine dair görevin verilmesi durumunda, verilen görevin talimatlarının sınırları içinde kalındığının kontrol edilmesi (Görevlendirme Kontrolü)
- 9) Kişisel verilerin aktarımında ya da veri taşıyıcıları/depolarının taşınmasında verilerin izinsiz okunmaması, kopyalanmaması, değiştirilmemesi ya da silinmemesinin sağlanması (Taşıma Kontrolü)
- 10) İlgili idari makam içinde ve yönetime dair organizasyon önlemlerinin verilerin korunabilmesi için beklenen şartları sağlaması (Organizasyon Kontrolü).

§ 126 (2) GBO ayrıca asıl sicile yardımcı sicillerin de elektronik ortamda tutulmasını gerektiğini belirtmektedir²⁷. Bunun dışında kadastroya ve ilgili ölçümlere ait yardımcı sicillerin de tapu sicil müdürlüğünün kullanımına açık olacağı ve aynı şekilde kadastro vb. işler için gereken tapu sicil müdürlüğünün tuttuğu yardımcı sicillerin de kullanılabilirliği öngörülmektedir. Bu şekilde aynı yardımcı sicilin birden fazla ayrı şekilde tutularak zaman kaybına yol açmamak, bu sayede masraf kaybının azalması hedeflenmektedir²⁸. Ayrıca § 127 GBO hükmü de kadastro ve tapu ile ilgili verilerin bir bütünlük oluşturması amacıyla alakalı verilerin iki sistem içinde paylaşımını öngörmektedir.

§ 126(3) GBO ise tapu sicil verilerinin tutulması ve işlenmesi konusunda yetkili tapu sicil müdürlüğü tarafından başka bir merkezi idari birim ya da kamu tüzel kişisi görevlendirilerek, usulüne uygun şekilde tapu sicili yönetimini sürdürecektir dış veri işleme mekanizması oluşturulabilmesi açısından yetki vermektedir. Ancak bu durumda Tapu Sicili Uygulama Yönetmeliği (GBV) § 90 uyarınca ilgili eyaletin tapu sicil müdürlüğünün sorumluluğu sürmektedir.

27 GBO § 12a malik ve taşınmaz çizelgeleri gibi.

28 BT-Dr. 12/5553, 12.08.1993, s. 78.

IV. TAPU SİCİLLERİ VE KADASTRO ARASINDA ENTEGRASYON SAĞLANMASI

§ 127 GBO hükmü ise tapu ve kadastron arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Bu anlamda eyaletler tapu ve kadastron arasında bütünlük oluşturmak için gerekli yetki düzenlemesini işbu hükme göre yapabilmektedirler. Tapu ve kadastron yürütülmesi karşılıklı etkileşim içinde devam etmekte ve karşılıklı olarak tutulan elektronik veriler, otomatik olarak iki tarafça kolaylıkla çağırılıp incelenebilmektedir. Bu yetki özel olarak § 86 GBV'nin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenmiştir. Bu durum § 133 GBO'da yer alan verilere online erişimden farklı olup, özel kanuni düzenleme ile verilere erişim sağlanmaktadır²⁹. Bu erişim ile beraber tapu sicil müdürlüğüne veri kaydetme yetkisi de verilmiştir, ancak bu yetki sınırlandırılmıştır. Bu sınır taşınmaz numaraları ile ilgili değişimleri içermektedir, taşınmazın sınırlarına dair ya da benzeri maddi açıklamalar bu yetki alanı içerisinde değildir; dolayısıyla sadece hukuki içerik değişimleri açısından kayıt yetkisi söz konusudur³⁰.

Elektronik tapu sicili açısından tapu ve kadastron müdürlükleri arasında veri erişiminin sağlanması ile birlikte yazı ile talep edilmesi gereken bilgilerin otomatik olarak taraflarca erişilebilir hale gelmesi nedeni ile idari açıdan iş yükünün ve masrafın azalması sağlanmıştır. Bu anlamda girilen yanlış verilerin düzeltilmesi açısından ilgili genel kurallara atf yapılmaktadır. Bu anlamda aleniyet kazanmamış veriler müdürlükçe re'sen düzeltilirken, aleniyet kazanmış verilerse düzeltme işlemleri ile ilgili hükümlere göre (§§ 13, 22 I GBO) ya da müdürlük itiraz usulüne göre düzeltilmektedir (§ 53 I GBO)³¹.

Elektronik tapu sicili oluşturulmasında idari organizasyon açısından verimliliği arttırmak adına aynı zamanda klasik tapu sicili uyarınca var olan ilan yükümlülüğü (§ 55 GBO) elektronik tapu sicilinin doğası ve uygulamaya konma amacı gereği ortadan kalkmış olup, yapılan duyurular sadece bilgilendirme amacı taşımaya yönelik hale gelmiştir³².

GBO § 127 1. fıkrasının 1 ve 2. bentleri sadece elektronik tapu sicili döneminde yürürlükte iken, 3 ve 4. bentler veri bankası tapu sicili ile birlikte gelmiş hükümlerdir. Bu anlamda belli bir eyalette yer alan tapu müdürlüklerinin aynı eyaletteki diğer tapu müdürlüklerinin yetki alanında bulunan taşınmazlar ile ilgili hukuki işlem tesis etmesi gibi yetkiler düzenlenmiştir.

§ 127 fıkra 1 bent 3 GBO uyarınca tapu müdürlüklerine, kendi bölgeleri dışındaki taşınmazlar ile ilgili bir düzeltme söz konusu olduğunda, bu düzeltme işlemini elektronik ortamda kayda geçirebilme yetkisi verilmiştir. Bu şekilde iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda belirli tescil, terkin, tadil talepleri söz konusu olduğunda her müdürlük yetki alanındaki taşınmaz için ayrı başvuru yapılması değil, tek bir başvurunun yapılması işlemleri hızlandırmaktadır³³.

29 FRENZ, DNotZ 1994, s. 165.

30 WILSCH, BeckOK GBO, § 127, N. 1 vd.

31 HOLZER, NJW 1994, s. 484.

32 BT-Dr. 12/5553, 12.08.1993, s. 80.

33 WILSCH, BeckOK GBO, § 127, N. 4

Benzer şekilde § 127 fıkra 1 bent 4 GBO yine işlemlerin daha hızlı ve verimli ilerlemesini sağlamak adına belirli durumlarda bir eyalet içinde tek tapu sicil müdürlüğünün yetkili olacağı konuları düzenlemektedir. Farklı tapu müdürlüklerine bağlı birden fazla taşınmazı ilgilendiren işlemler söz konusu olduğunda, tek bir tapu sicil müdürlüğünün bütün işlemler için yetkili olacağını belirtmiştir. Toplu hakların tescili, silinmesi veya değiştirilmesi söz konusu olduğunda, resmi olarak başvuruda bulunulmuş olan ilk tapu sicil müdürlüğünün yetkili sayılması söz konusudur. Bu şekilde işlemlerin tek elden ve daha hızlı bir şekilde kaydı mümkün olmaktadır.

§ 127 fıkra 1 bent 3 ve 4 GBO için özellikle belirtmek gerekir ki, bu hükümlerin amacına uygun bir şekilde uygulanması, tapu sicili işlemlerinin resmi olarak elektronik hukuki işlemler şeklinde yapılabileceğinin eyaletlerce kabulüne bağlıdır³⁴.

§§ 135-141 GBO bu anlamda elektronik hukuki işlemler başlığı altında, elektronik ortamda tapu müdürlüklerine resmi başvuru şekillerini açıklamıştır. Elektronik tapu sicili kapsamında, yine eyaletlerin tüzük ile elektronik hukuki işlemleri resmi şekil olarak kabul edilebileceği ilgili kanun (ERVGBG)³⁵ ile hükme bağlanmıştır. Bu bölüm altında elektronik belgelerin tapu müdürlüklerine elektronik olarak ulaşma zamanına dair detaylar, elektronik formun içerikleri, evrakların elektronik ortama transferi, bu elektronik belgelerin incelenmesi, çağırılması ve resmi nüshasının oluşturulması gibi konular düzenlenmiştir.

Hukuki işlemlerin tapu sicilleri açısından daha hızlı bir şekilde ilerleyebilmesi için eyaletlerin elektronik hukuki işlemlerin resmi şekilde uygulamaya sokmuş olmaları gerekmektedir. Bunun ötesinde bazı işlemlerin amacına uygun şekilde uygulamaya sokulabilmesi için ayrıca veri bankası tapu siciline de geçilmiş olmasının gerekliliği belirtilmiştir³⁶. Eyaletler gerektiğinde noterlerin sadece elektronik ortamda hukuki işlemleri yürütmesi gerektiğine karar verebilmektedir. 4 Eyaletin noterler için elektronik işlemleri zorunlu kıldığı görülmektedir³⁷. Taşınmaz satış işlemlerinin noterlerde gerçekleştirilmesi ve noterlerin gerekli tescil işlemlerini elektronik belgeler aracılığı ile tapu müdürlüklerine resmi olarak iletme imkanlarının olması, hukuki işlemlerin daha hızlı yürütmesi ve iş yükünün azaltılması açısından verim sağlanması gibi olumlu sonuçları ortaya çıkarmaktadır³⁸.

V. ELETRONİK TAPU SİCİLİNİN OLUŞTURULMASI

Klasik tapu sicilinden elektronik tapu siciline resmi olarak geçiş § 128 GBO'da düzenlenmiştir. Verilerin veri deposuna kayıt edilmiş olması ile geçiş otomatik olarak kendiliğinden

34 BT-Dr. 17/12635, 06.03.2013, s. 22.

35 ERVGBG (Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register – und kostenrechtlicher Vorschriften), 11.08.2009, BGBl. I s. 2713.

36 BT-Dr. 17/12635, 06.03.2013, S. 21.

37 BÜTTNER/FROHN, DNotZ-Sonderheft 2016, s. 158, Badem-Württemberg, Sachsen, Schleswig-Holstein ve Rheinland-Pfalz eyaletleri.

38 GASSEN/MÖDL, ZRP 2009, s. 79 vd; MEYER/MÖDL, DNotZ 2009, s. 755 vd.

sağlanmamaktadır, bunun için veriler elektronik ortamda aktarıldıktan sonra verilen onay neticesinde yürürlüğe sokulabilmektedir³⁹. Ancak elektronik tapu sicili oluşturulurken eyaletlere iş yükünden ve zamandan tasarruf etmek amaçlı üç farklı yöntem § 67 GBV ve devamında gösterilmiştir.

Bu yöntemler sırasıyla şu şekilde düzenlenmiştir: 1) **Kaydın değiştirilerek yazılması** (§ 68 GBV) 2) **Kaydın yeniden oluşturulması** (§ 69 GBV) 3) **Kaydın dönüştürülmesi** (§ 70 GBV).

1. Kaydın değiştirilerek yazılması (Umschreibung) şeklindeki aktarımlarda, klasik tapu sicilinde güncel içerikler veri olarak elektronik ortamda yeni bir sayfa oluşturularak aktarılmakta, silinmiş olan tescil kayıtlarının aktarımına istisnai olarak gerek duyulmaktadır. Bu aşamada güncel haklar için geçerli olan kayıtlar hariç gerekli olmayan kayıtların geçirilmemesi (veya silindi şeklinde bir ibare konması) ve bir anlamda kayıtların düzenlenmesi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle de en fazla zaman ve çalışma gerektiren yöntem olarak ortaya çıkmaktadır. Avantajlı yönü ise veri bankası tapu siciline geçiş bakımından kolaylık sağlamasıdır.

2. Kaydın yeniden oluşturulması (Neufassung) yöntemi ise ilk yöntemin alt kategorisini oluşturmaktadır. Güncel olan bütün kayıtlar kodlu olarak elektronik ortama aktarılabilen ve silinmiş olan kayıtlar ise geçirilmemektedir. Bu yöntem ile yeni bir kütük sayfası oluşturulmaktadır.

3. Kaydın dönüştürülmesi (Umstellung) yöntemi ise en çok zaman tasarrufu sağlayan yöntem olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda güncel ve silinmiş olan eski kayıtlar ile ilgili bir hukuki durum düzenlemesi yapılmamakta, sadece ilgili tapu sicili kayıtları elektronik fotokopi ile bir veri deposuna aktarılmaktadır.

Elektronik tapu siciline geçişte bu üç yöntemden birinin seçimi eyaletlere bırakılmıştır. Seçilen yöntem ile elektronik ortama aktarılan veriler, hepsinin aktarımı bitip gerekli kontroller yapıldıktan sonra verilen onay ile resmi olarak o zamana kadar olan kütük sayfasının yerini almaktadır. Bütünlük ve doğruluk esaslarına uygun olarak kayıtların elektronik ortamda depolanmış olması ve gerektiğinde de veri deposundan erişilebilir olması gerekmektedir. Bu koşulların incelendiğinin ve bu şekilde de düzenlenen elektronik tapu sicilinin yürürlüğe girmesine onay verildiğinin de kayıt altına alınması gerekmektedir.

Elektronik tapu sicilinin düzenlenmesinin daha hızlı bir şekilde ilerlemesini sağlamak için kanun koyucu genel olarak bir bölgeye ait tapu kütüğünün tümünün tamamlanmasını aramamakta, bireysel kütük sayfalarının tek başlarına elektronik ortama aktarılarak etkili bir şekilde yürürlüğe sokulabileceğini belirtmektedir⁴⁰. Bu anlamda usulüne uygun olarak veri deposuna kayıt edilmiş ve onaylanarak erişime mümkün kılınan veriler, eski klasik tapu sicil sayfasının yerine geçmektedir. Dolayısıyla ilgili bölgeye ait taşınmazlara ilişkin bütün kayıtların elektronik ortama aktarılana kadar beklenmesi zorunluluğu söz konusu değildir⁴¹.

39 BT-Dr. 12/5553, 12.08.1993, s. 80 vd.

40 BT-Dr. 12/5553, 12.08.1993, s. 80.

41 HOLZER, NJW 1994, s. 484.

Onay ile erişim iznine açılan elektronik tapu kütüğü sayfası resmi olarak yürürlüğe sokulduktan sonra, § 128 II GBO uyarınca klasik tapu kütüğündeki taşınmaza ait sayfanın resmi olarak kapatılması ve durumu belirten kaydın da yetkili kişilerce imzalanması gerekmektedir. Bu usul tek bir sayfa için ya da bir tapu kütüğü bandı için de geçerli olabilmektedir.

Eğer ki veri bankası tapu sicilinin kullanımı söz konusu ise, bu kapsamda veri bankası tapu sicili söz konusu olduğunda oluşturulacak verilerin sadece § 69 GBV uyarınca *kaydın yeniden oluşturulması* yöntemi ile işlenmesi gerekliliği § 71a GBV'de belirtilmiştir. Veri bankası tapu sicilinin doğası gereği, taşınmaz sayfasındaki bilgilerin yeni teknik veriler halinde, yeniden yapılandırılmış olarak sisteme sunulması gerekmektedir.

VI. TESCİL KAYITLARININ HUKUKİ GEÇERLİLİĞİ

§ 129 GBO tapuda oluşturulan tescil kayıtlarının hukuki geçerliliği ile ilgili hükümleri içermektedir. Elektronik tapu sicilinde bir kaydın hukuken geçerli olabilmesi için § 128 GBO uyarınca usulüne uygun olarak düzenlenip, onay verilmiş şekilde açılan elektronik tapu sicili sayfasına ait kayıtların öncelikle *veri deposuna yüklenerek kayıt edilmiş* olması ve ikinci olarak da *sürekli olarak değiştirilmeden okunabilir olması* gerekmektedir.

Klasik tapu sicilinde gereken imza, elektronik tapu sicilinde farklı bir şekil almaktadır. Tescil kayıtlarını değiştirmeye yetkili kişi adına verilmiş özel elektronik imza ile (§ 75/I GBV) ilk önce aynı işgününe ait kayıtlar çalışma belleğine kayıt edilmektedir. Burada amaç belgelerin kim tarafından imzalandığının takip edilmesi ve doğruluk bakımından da denetlenebilir olmasını sağlamaktır; yani klasik tapu sicilinde olduğu gibi tapu sicilinin güvenli şekilde yürütülmesinin sağlanması hedeflenmiştir⁴².

Ancak ne atılan elektronik imza ne de bu kayıt işlemi tek başına tescil kayıtlarının hukuki etkisinin doğmasına ve dolayısıyla kayıtların tek başına yürürlüğe girmesini sağlamaz. Hukuki etkisinin doğacak şekilde yürürlüğün gerçekleşmesi için aynı işgünü içinde oluşturulan tescil kayıtlarının toplu halde mesai bitiminde tapu kütüğü için oluşturulmuş ana belleğe kayıt edilmesi gerekmektedir. Bu asıl kayıt işlemine kadar yetkili tapu memuru daha önce ara kaydını oluşturmuş olduğu tescil kayıtlarını değiştirebilir ya da geri alabilir⁴³. Bu asıl kayıt işleminin aynı gün yapılması öngörülmüş ise de, daha geç bir tarihte yapılmasını engelleyen bir hüküm yoktur. Elektronik tapu sicilinde ilgili günün tescil kayıtlarının toplu halde, *sürekli olarak değiştirilmeden okunabilir olacak* şekilde yüklenmesi artık o kayıtların hukuki etkisinin doğması sonucunu doğurur. Kural olarak toplu halde geçerli kayıtları elektronik tapu siciline aktarılmış olması aransa da, § 126 GBO bu işlemin *derhal* yapılması gerektiğini vurguladığı için ilgili tescil kayıtlarının anında geçerli bir şekilde elektronik tapu siciline kayıt edilip, sürekli olarak değiştirilmeden okunabilir bir biçimde görüntülenmesine engel bir hüküm söz konusu değildir⁴⁴.

42 SCHMIDT-RÄNTSCH, VIZ 1997, s. 87.

43 HOLZER, NJW 1994, s. 484; WILSCH, BeckOK GBO, § 129 N.2.

44 BT-Dr. 12/5553, 12.08.1993, s. 82.

§ 129 (I) GBO 2. cümlesinde bu ana belleğe kayıt edilen tescil kayıtlarının, aynı zamanda kaydeden kişi tarafından hem doğruluk ve bütünlük açısından incelemesinin yapılması gerektiğini⁴⁵ hem de kayıtların içeriğinin olduğu gibi görüntülenebilir olduğu durumunun kontrol edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Ancak kontrol yükümlülüğünün yetkili kişi tarafından yerine getirilmemiş olması, uygun şekilde hukuki etkili hale gelen tescil kayıtlarına herhangi bir etki yapmaz⁴⁶.

Esas olarak elektronik tapu siciline değiştirilmeden okunacak şekilde kayıt edilip, toplu işleme yürürlüğe sokulmuş kayıtların, bilgisayar tarafından aynı günün tarihini alması, klasik tapu sicilinde imza atılıp geçerli bir tescil kaydı haline gelmesi durumunu oluşturur. Bilgisayar sistemi tarafından otomatik olarak verilen tarih kaydın geçerlilik tarihidir. Daha önceki bir tarih bu durumda oluşturulamaz. Elektronik sistemin getirisi olarak, daha önce § 44 GBO uyarınca yetkili memur izni ile tescil kaydını oluşturan uygulayıcı memurun görev ayrımı ortadan kalkarak, § 74 GBV uyarınca sadece yetkili memurun işlemi yürütmesi mümkün hale gelmektedir. Bu durumda iki imza yerine sadece tek bir elektronik imza ile işlemler yapılabilmektedir.

SOLUM-Star projesi örnek olarak alındığında, tescil kaydı oluşturmaya ya da değiştirmeye yetkili memur, oluşturduğu kayıtları öncelikle taslak olarak kaydetmektedir; bu taslak halindeki tescil kayıtları henüz incelemeye açmadığı için geçerlilik kazanmamıştır. Daha sonra toplu ya da seri şekilde yapılan kayıt ile geçerli hale gelmektedir. Sistemde bu taslak kayıtların, asıl kayıt işlemi için incelemeye sunulmasına kadar bekletilmesi mümkündür. İlgili kayıtlar elektronik imza ya da dijital imza ile korunmaktadır. Bu imza içeriğinde tescil kaydına dair bir takım bilgiler yer almaktadır: yetkili kişi, tescil kayıt tarihi, kayıt içeriği ve yetkiliye ait elektronik anahtar⁴⁷ gibi. Kayıtların doğruluğunu ispatı açısından bu detayların elektronik imzada bulunması gereklidir. Tapu kütüğü sayfası sadece görüntülenmek istendiğinde, yetkilinin elektronik imzası da aynı anda görüntülenmemekte, elektronik imzanın doğruluğu özel bir incelemeye tabi tutularak ortaya çıkmaktadır⁴⁸. Ancak imzası bulunan yetkili ismin kayıtlarda gözükmesi gerektiği, ancak bu şekilde kullanıcılar açısından güvence oluşturacağı, ayrıca belgenin kontrolü sırasında da ismin gözükmesinin kolaylık sağlayacağı belirtilmiştir⁴⁹. Elektronik imza her ne kadar belgenin güvenliğini ve doğruluğunu sağlasa da, sisteme girilen kayıtların hukuki geçerliliği açısından bir şart oluşturmamaktadır; bu etki ancak yapılan elektronik tapu sicili kaydının ilgili sisteme kayıt edilerek saklanması ve ve tekrar görüntülenebilir olması ile ortaya çıkmaktadır⁵⁰.

VII. ELEKTRONİK TAPU SİCİLİNİN İNCELENMESİ

§ 132 GBO ise elektronik tapu sicilinin incelenmesini düzenlemektedir. Elektronik tapu sicili oluşturulurken, klasik tapu sicili ilkeleri bağlı kalmış ve sadece elektronik sicile geçiş

45 FRENZ, DNotZ 1994, s. 162.

46 WILSCH, BeckOK GBO, § 129 N.4.

47 BREDL, MittBayNot 1997, s. 75.

48 SCHMİDT-RÄNTSCH, VIZ 1997, s. 87; BREDL, MittBayNot 1997, s. 75.

49 SCHMİDT-RÄNTSCH, VIZ 1997, s. 87; BREDL, MittBayNot 1997, s. 75; BT-Dr. 12/5553, 12.08.1993, s. 83.

50 WILSCH, BeckOK GBO, § 130 N.4.

hedeflenmiştir⁵¹; bu nedenle § 12 GBO uyarınca haklı bir ilginin/menfaatin (berechtigtes Interesse) olduğu durumlarda inceleme izni verilmektedir. Bu haklı menfaat ise ilgili olgular hakkında makul bilgi verilmesini gerektirmektedir. Elektronik tapu sicilinde yer alan kayıtların incelenmesi ile ilgili düzenleme § 131 ve § 132 GBO'da ortaya konmuştur.

İnceleme istemi söz konusu olduğunda farklı şekilde inceleme yapılabilmektedir. Bu anlamda ilgili tapu kütüğü sayfasını tapu sicil müdürlüğünün bilgisayar ekranında görüntüleme (wiedergabe) şeklinde olabileceği gibi çıktı (Ausdruck) alma şeklinde de olabilir. İlgilinin tapu sicil sayfasını kendisinin online görüntülemesi için gereken teknik şartların mevcut olması aranır; bunun için inceleme izni verilen tapu sicil sayfası dışında inceleme sınırı aşılmamalı ve tapu sicil sayfasından herhangi bir değişiklik yapılamamalıdır (§ 79 GBV)⁵².

Klasik tapu sicilinde yer alan nüsha (Abschrift) talep etme durumu, elektronik tapu siciline çıktı (Ausdruck) talebi olarak düzenlenmiştir. Klasik tapu sicilindeki *Onaylı nüsha* (beglaubigten Abschrift) yerini ise *resmi çıktı* (amtlicher Ausdruck) kavramı almıştır. Basit çıktı söz konusu olduğunda kayıtların görüntülediği tarih olması yeterliyken, tescil kayıt durumu gösteren bilgi de yer alabilir (§ 78 III GBO). Resmi çıktılar söz konusu olduğunda ise herhangi bir imza şartı aranmamaktadır, basılan çıktı için resmi mühür gerekmektedir; bu mühür bilgisayar çıktısı alırken de basılabileceği gibi form halinde resmi çıktı alımı da mümkündür⁵³. Bu mühürlü resmi çıktı hukuki işlemler açısından etki doğurmaktadır⁵⁴.

§ 132 GBO 2. cümlesi uyarınca ilgili kişilerin inceleyebileceği taşınmazlar açısından, inceleme talebinin sunulduğu tapu sicil müdürlüğüne ait bölge dışında kalan taşınmazlar ile ilgili tapu sicili bilgilerinin de incelenmesine izin verilmesi söz konusu olabilir.

Bu anlamda elektronik tapu sicilinin en önemli yeniliklerinden biri online-veri çağırımı olmuştur. Bu durumda § 133 GBO uyarınca tapu sicil verilerinin veri aktarımı yolu ile otomatik prosedür çerçevesinde edinilmesinin yolu açılmıştır⁵⁵. Bu prosedür uyarınca da gerçekleştirilmesi gereken bazı temel şartlar vardır. Yine klasik tapu sicilinde olduğu gibi § 12 GBO uyarınca online veri aktarımı ile incelemede haklı bir menfaatin/ilginin var olması gerekmektedir (§ 133 I 1 GBO) ve inceleme aşamasında inceleme yetkisinin sınırları aşılmamalıdır. Diğer şart ise veri aktarımının bir protokol çerçevesinde kontrolünün sağlanabilir olmasıdır (§ 133 I 2 GBO). Bu protokol ilgili tapu sicil müdürlüğü ve ilgili tapu sayfasını ve verinin kimin tarafından aktarıldığının bilgisini içermelidir⁵⁶. Bu güvenlik şartlarının temelinde yatan amaç elektronik tapu sicilinde kurumsal kontrolün kaybedilmemesi, ve tapu sicilinin incelenmesi söz konusu olduğundan § 12 GBO şartlarına uyulmasının sağlanmasıdır⁵⁷.

51 WILSCH, BeckOK GBO, § 132 N 1.

52 FRENZ, DNotZ 1994, s. 163.

53 BT-Dr. 12/5553, 12.08.1993, s. 83; SCHMIDT-RÄNTSCH, VIZ 1997, s. 87.

54 WILSCH, BeckOK GBO, § 131 N 2 vd.

55 HOLZER, NJW 1994, s. 485.

56 WILSCH, BeckOK GBO, § 133 N. 3.

57 BT-Dr. 12/5553, 12.08.1993, S.84.

Bu protokol uyarınca online tapu verilerine ulaşımı sağlayabilecek ilgililer sayılmıştır. § 133 II GBO uyarınca mahkemeler, idari merciler, noterler, resmi ölçüm yapan mühendisler, aynı hak sahipleri, aynı hak sahipleri tarafından görevlendirilmiş temsilciler, Berlin Devlet Bankası ilgili kişiler olarak belirtilmiştir. Burada belirtilen ilgililer sınırlı sayıda, ancak ulaşım sağlayabilecekleri siciller sınırlandırılmamıştır, bu durumda yardımcı sicilleri de inceleme yetkisine sahiptirler.

Yukarıda sayılan kişi ve kurumlara ek olarak ayrıca sınırlı şekilde verilere ulaşım imkanı sağlanan kişiler de belirtilmiştir. § 82 II GBV uyarınca taşınmaz üzerinde bir hak söz konusu ise ya da malikin vermiş olduğu izin ile cebri icra durumunda da belirli kişilerin sınırlı şekilde verileri görüntüleyebilme yetkisi bulunmaktadır. Bunlar malik tarafından yetki verilmiş kişiler olabileceği gibi Bankalar, Sigorta şirketleri, cebri icrayı yürüten kişiler de olabilir. Taşınmaz üzerinde hak sahibi olan kişiler de aynı şekilde elektronik tapu sicili verilerine sınırlı ulaşım sağlayabilmektedirler. Bunun dışında tedarik firmaları (Enerji, gas, telekomünikasyon ve su gibi) aynı şekilde sınırlı inceleme yetkisine sahip olabilmektedir. Bu kişilerin inceleme yapması için haklı menfaatlerini kodlanmış şekilde sistem üzerinde açıklamaları gerekmektedir. Asıl tapu sicili dışında yardımcı sicillere de ulaşmaları söz konusu değildir. Bunların dışında apartman yönetiminin menfaati daha daha üstün gözükmediği için online inceleme izni alabilmeleri uygun görülmemiştir.

Elektronik tapu sicili açısından verilerin otomatik olarak çağırımı ve görüntülenmesi prosedürü çerçevesinde § 133 II GBO olması gereken temel şartları ortaya koymuştur.

- İlk olarak aynı hak sahiplerinin korunması gereken menfaatleri de dikkate alınarak, çok sayıda belge aktarımı ve ivedilik ihtiyacı açısından uygun görülmesi söz konusu ise, bu durumda karşı karşıya gelen menfaatlerin dengesinin gözetilmesi gerekmektedir.
- Ayrıca usulüne uygun bir bilgi işlem sisteminin temel şartlarının içerik alan tarafça sağlanması gerekmektedir. (§ 126 GBO olması gereken temeli açıklamaktadır.)
- Elektronik tapu sicilini yürüten taraf açısından ise teknik anlamda bu prosedürün kurulmasının mümkün olması ve tapu sicilinin düzgün ve güvenli bir şekilde yürütülmesine bir engel teşkil etmemesi aranmaktadır.

Otomatik görüntüleme prosedürünün kurulması için ilgili eyalet adalet bakanlığından onay alınması gerekmektedir. Alınan bu onay ayrıca bütün eyalet için de geçerli olmaktadır. Ancak § 133 III GBO uyarınca verilen bu onay yukarıda sayılan şartların mevcudiyetini sürdürmemesi halinde geri alınabileceği gibi, bu inceleme izninin kötüye kullanılması durumunda da geri alınabilir. Bu haller için haklı bir menfaat olmadan inceleme, haklı bir menfaatin aldatıcı ve yanlış ortaya konması ya da inceleme izninin görev dışında bir amaç için kullanılması sayılabilir⁵⁸. Verilen onayın geri alınması yine onay veren merciinin takdirine bırakılmıştır.

58 WILSCH, BeckOK GBO, § 133 N. 17

§ 133a GBO uyarınca da idari iş yükünü hafifletmek amacı ile ayrıca noterlere de 3. kişilerin tapu sicilini noter aracılığı ile inceleyebilmesinin yolu açılmıştır. Noterlere, aleniyet ilkesi çerçevesinde, aynı şekilde haklı bir menfaatin söz konusu olduğu hallerde, 3. kişilere tapu sicili ile alakalı bilgi verme yetkisi verilmiştir. Sözlü ve yazılı şekilde bilgi verilebileceği gibi, ayrıca tapu sicil müdürlüğü tarafından resmi çıktıya denk olan onaylı nüshanın da verilmesi mümkündür. Bunun dışında noterler tarafından tutulması gereken protokol koşulları daha minimum düzeyde düzenlenmiştir. Kanunun sınırsız inceleme yetkisi verdiği kurumlar ve kişilerin incelemelerinin protokole bağlanması gerekliliği yoktur, aynı şekilde taşınmaz malikin de incelemesi protokole bağlanmamaktadır. Diğer üçüncü kişilere verilen bilgiler ve onaylı nüshalar ise protokole bağlanmak durumundadır. Taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi olan kişiler de aynı şekilde bu protokoller hakkında bilgi edinme hakkına sahiptir⁵⁹. Noterden edinilen belgelerin hatalarından dolayı sorumluluk noterlerde değildir, verilerin elektronik olarak sistem üzerinden çağırılmasından dolayı sorumluluk tapu sicil müdürlüğüne aittir.

VIII. ONLINE İNCELEME VE VERİ GÜVENLİĞİ

§§ 133 ve 133a GBO kapsamında tapu sicil verilerini elektronik ortamda inceleme ve araştırma yetkisi verilen kişiler tapu sicil kayıtlarını değiştirme yetkisine haiz değillerdir⁶⁰. Ancak bazı kişilere ve kurumlara verilen inceleme hakkı her ne kadar aleniyet ilkesi kapsamında uygulanabilir olsa da, kişinin mutlak hakkı olan malvarlığı hakkının, özel hayat kapsamına girmesi ve kişinin özel hayatına ait olan bilgilerin nasıl kullanılacağı ve kim ile paylaşılacağına dair kararın kendisine olmasını gerektirir. Bu nedenle elektronik tapu sicilini aleniyet ilkesi ile bağlantılı olarak online incelenmesi, kişilik haklarının ihlaline yol açmamalıdır.

Yukarıda da belirtildiği üzere elektronik tapu sicilinde online inceleme hakkı sınırsız değildir. Sadece belirli kurumlara ve kişilere elektronik tapu sicilini inceleme yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin verilmesinde ortaya çıkan kamusal menfaatler göz önünde bulundurulurken, diğer taraftan da taşınmaz malikin menfaatleri ve kişisel bilgilerinin kullanımını belirleme hakkının dahil olduğu self-determinasyon hakkı ile ilgili çatışmalar ilgili hukuki düzenlemeler yapılırken dikkate alınmalıdır. Tapu sicil müdürlüğü her ne kadar online inceleme yetkisi verilen kişileri güvenlik adına protokole bağlamış olsa da, bu yetkinin geçerliliği müdürlük tarafından sonradan kontrole tabi tutulmaktadır. Bu şekilde tapu sicil kayıtlarını online inceleme yetkisi çerçevesinde (§ 133 I (1) ve (2) GBO) sınırsız bir şekilde bilgilere ulaşım imkanı sağlanmıştır. Bu anlamda da ilgili bilgilerin amacı dışında kullanımını engelleyecek bir mekanizmanın yokluğu risk arz etmektedir. Bu durum da şekli anlamda aleniyet ilkesini (§§ 891-893 BGB) zedelemektedir. § 12 GBO uyarınca inceleme talep eden kişinin hukuki ilişkide yer alması söz konusu olan taşınmaz ile ilgili hukuki bir alakasının bulunması gerekmektedir. Bu hukuki bağ ise haklı bir menfaatin varlığı ile ortaya konmaktadır. Ancak yetkili kurum ve noterlere bu online olarak verilen inceleme yetkisi, onlara haklı bir menfaat olmadan tapu sicil kayıtlarını inceleme yetkisi vermemektedir.

59 BÖHRINGER, DNotZ 2014, s. 21 vd.

60 BAŞPINAR, AÜHF 2008, s. 109 vd.

Tapu sicil müdürlüğü yine aynı şekilde haklı menfaatin olmadığı durumlarda incelemeye engel olmak durumundadır. Ancak güvenlik protokolünün sonradan gözden geçirilmekte olması, tapu sicilini kısmen açık bir sicil haline getirmiştir⁶¹.

§ 133 (5) GBO uyarınca taşınmaz malikine ya da benzeri aynı hak sahiplerine ait verilerin kimler tarafından incelendiğine ait protokoller malik tarafından incelenebilir ve kim tarafından bilgilerine ulaşıldığı belirlenebilir. Ancak devleti ilgilendiren güvenlik ve benzeri konular söz konusu olduğunda buna ait protokol bilgilerinin gizli tutulması söz konusu olabilmektedir. Bu protokollerin saklanma süreleri kanunda 2 yıl olarak öngörülmüştür.

§ 133a GBO özel olarak noterlerin tapu sicil kayıtlarını inceleme yetkisini düzenlemektedir. Bu özel madde ile de haklı bir menfaat ya da ilgisi (§ 12 GBO) olan kimselere noterler tapu sicil kaydı ile ilgili bilgi verebilmektedirler. Bunun yanında resmi çıktı dengi onaylı belgeleri de ilgilere verebilmektedirler⁶². Yukarıda değinilen veri güvenliği hususundaki bilgiler aynı şekilde noterler için önem arz etmektedir. Noterler tapu sicil kayıtlarının incelenmesini bir protokole bağlamak durumundadırlar ve talep halinde aynı hak sahibinin bu protokolü inceleme hakkı mevcuttur. Daha önce noterlerin tapu sicil kayıtlarını elektronik olarak inceleme yetkisi resmi işleri ile alakalı durumlarda söz konusu olduğu açıkça belirtilmiş iken, tapu sicil kayıtlarını inceleme hakkı olan kişilerin talepleri doğrultusunda noterlerin nasıl davranacağı konusunda hukuki bir netlik olmadığından, 2013 yılında getirilen bu özel madde ile de bu konu açıklığa kavuşturulmuştur⁶³. Bu şekilde noterlerin de elektronik tapu sicil kayıtlarını ilgililere sunma yetkisi sayesinde iş yükünün dağılım ile hafifletilmesi amaçlanmıştır. Ancak sadece ilgisini kanıtlayanların noterlerde incelemesi söz konusudur, bunun dışında kamu yararı ve bilimsel amaçlar ile incelemeye izin verme yetkisi tapu sicil müdürlüklerinde bulunmaktadır⁶⁴. Ayrıca noterlere verilen bu inceleme yetkisinin genişletilmesi çerçevesinde ve noterlerin resmi suret vermeleri söz konusu olduğundan, hukuki işlemlerin daha hızlı bir şekilde yürütülmesine bu hüküm ile zemin hazırlanmıştır.

IX. SONUÇ VE TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRMELER

Alman hukukundaki elektronik tapu sicilinin gelişimi ve düzenlenmesinde görüldüğü üzere, elektronik tapu siciline geçiş bir anda olmamış, bu geçişe alt yapı sağlayacak pilot projelerin yavaş yavaş uygulamaya sokulması ve bu projelerin uygulamaya geçirilirken çeşitli kanunların, Tapu Sicil Tüzüğü'nü (GBO) ve Tapu Sicili Uygulama Yönetmeliği'ni (GBV) değiştirerek, elektronik tapu sicilinin hukuki gelişimi açısından yasal dayanak oluşturduğu görülmektedir. Elektronik tapu siciline geçilirken de, veri bankası tapu siciline geçilirken de çeşitli pilot projelerin gerçek hayattaki tapu sicili sistemini ve ihtiyaçlarını destekleyici olup olmayacağı, verilerin güvenilirliği

61 HOLZER, NJW 1994, s. 484 vd.

62 BÖHRINGER, DNotZ 2014, s.16.

63 BT-Dr. 17/13136, 17.04.2013, s. 20.

64 BÖHRINGER, DNotZ 2014, s. 17 vd.

ve kişisel veri niteliğinde bilgilere kimler tarafından, hangi koşullarda ulaşılabileceği, gelişen teknolojinin de dikkate alınarak elektronik tapu sicilinin en verimli şekilde uygulamaya geçirilmesi hedeflenmiştir.

Bu alt yapı çalışmaları yapılmadan, tapu sicilinin yürütülmesi için gerekli asgari güvenlik önlemleri alınmadan, klasik tapu sicilinin resmi şekilde yürürlükten kaldırılması ve yerine elektronik tapu sicilinin yürürlüğe sokulması hukuki güvenlik açısından bir risk teşkil etmektedir. Dolayısıyla aleniyet ve tapuya güven ilkesi çerçevesinde hangi sicilin resmi sicil olduğunun net bir şekilde belirtilmesi ve bunun usul ve esaslarının da ilgili tüzük ve yönetmelikler çerçevesinde detaylı düzenlenmesi önem taşımaktadır.

Yukarıda da görüldüğü üzere, Alman hukuku kapsamında tapu sicil kayıtları elektronik ortama aktarılırken minimum güvenlik önlemlerinin çerçeveleri çizilmiş, aktarma yöntemlerinin ne şekilde olabileceği ve çeşitli aktarım teknikleri detaylı bir biçimde öngörülmüştür. Bu detaylı düzenlemelerin yansira verilere hangi kişi ve kuruluşların, hangi koşullarda erişebileceği ve bu erişimin sınırları yine yasal düzenlemelerle net bir şekilde çizilmiştir.

Bu sınırları kanun ile net bir şekilde çizilmiş olmasının önemi tapu sicili kayıtlarının aleniyet ilkesi uyarınca ne derece kamuya açık olması gerektiğinin sınırları, kişilik haklarının korunması gerektiği durumlarda belirginleşmektedir. Teknoloji ile birlikte kamuya açıklık ilkesinin daha genişlediğini görülmekte⁶⁵, ancak yine de kişilik hakları kapsamında özel hayatın gizliliği ile ilgili konunun önemi neticesinde, tapu sicil verilerinin de elektronik ortamda kimlerle paylaşılabilceğinin ve bu inceleme araştırma yetkisinin kimler tarafından, hangi çerçevede kullanılabilceğinin çerçevesi yine kişisel hakların korunması gerekliliği düşüncesi ile ilgili kanunlarda düzenlenmiştir.

Çeşitli kurum ve kişiler açısından kişisel veri niteliğinde olan tapu sicil verilerine sınırsız erişim, araştırma ve inceleme yetkisinin verilmesinde, bu tür bilgilere gündelik işleyiş açısından sürekli şekilde ihtiyaç duyulması dolayısıyla, bilgiye daha hızlı ulaşımın sağlanması kamu menfaati için gerekli görüldüğü hallerde, özel hayatın gizliliğinin korunmasının sınırları bir nevi yumuşatılmıştır. Buna rağmen kişilerin ilgili düzenlemeler çerçevesinde, kimlerin bilgilerine ulaştığını, ilgili protokolleri inceleyerek takip etme ve verilen yetkinin amacı dışında kullanımı söz konusu olduğunda bu durumu ortaya çıkarma imkanları vardır.

Noterlerin elektronik tapu siciline etki eden resmi işlemleri yapabilmesi ve resmi elektronik işlemlerin geçerli hale gelmesi, neticesinde yapılan her işlemin daha hızlı bir şekilde hukuki geçerlilik kazanması, gelişen teknolojiye ve bilime ayak uydurulmasının zorunlu hale geldiği gerçeğini ortaya koyar. Alman hukuku bu nedenle sadece elektronik tapu siciline geçildiğinde gelişimi noktalamamış, daha ileri teknoloji ile veri tabanı tarzında sistemlerin akıllı bağlantıları ile bilgilere kategorik olarak ulaşılmasının, böylece işlem veriminin ve hızının da gelişen teknoloji ile doğru orantılı olarak artmasının önünü açmıştır. Teknoloji ilerledikçe ve toplum tarafından

65 HERBERT, MDR 2013, s. 436.

benimsenip, kullanımı daha yaygın ve kolay uygulanabilir hale geldikçe, bu gelişimin bir sistematığe oturmuş olan çeşitli hukuki ilişkileri etkilememesi gibi bir yaklaşım hayatın olağan akışına aykırı olur. Bu nedenle de Alman hukuku, elektronik tapu sicilinde alınması gereken minimum önlemler açısından dahi güncel teknolojik ilerlemeleri dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

Ancak bu teknolojik gelişmelere uyumlu geçiş sırasında tapu sicilinin yürütülmesi gibi sistemler değiştirilmeye çalışılırken, ön planda hukuk güvenliği tutulmuş ve elektronik tapu siciline geçiş için gereken temel usul ve esaslar uzun yıllar süren çalışma ve biriken tecrübe ile ortaya konmuştur; dolayısıyla da gerek hukuki işlemler, gerek aleniyet ilkesi, gerekse de kişilik haklarına ait temel alanların belli ölçüde sınırlanması konusunda belirli ilkeler önceden belirlenerek, çeşitli menfaat çatışmalarının çözümü kanuni düzenlemeler ile öngörülü bir şekilde aşılmaya çalışılmıştır.

Alman hukukunda elektronik tapu siciline geçişte yaşanan gelişmeler ve bu geçişin sistematikliğinin hukuk güvenliği açısından önemi Türk hukuk sisteminde elektronik tapu sicili konusunda da aydınlatıcı olmalıdır.

Türkiye’de, Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi (TAKBİS) çerçevesinde, tapu sicil verilerinin elektronik ortamda tutulmaya başlanmasına geçiş öncelikle temel kanuni dayanak yokluğunda, sonrasında ise sadece mülga Tapu Sicil Tüzüğü’nün 6. maddesi⁶⁶ uyarınca, genel bir hüküm ile gerçekleşmiştir. Elektronik veri aktarımına, yeterli usul ve esaslar belirtilmeden geçilmeye başlanmıştır. Bu anlamda Alman hukukunda olduğu gibi, verilerin nasıl aktarılacağı, nasıl sunulacağı ve güvenliği, elektronik verilerin hukuki geçerliliğinin koşulları ve benzeri konular detaylı düzenlenmeden bir elektronik tapu sicilinden çok, klasik tapu sicilinin bilgisayar destekli olarak yürütülmesi anlamında bir etkisi söz konusu olmuştur⁶⁷.

2013 senesinde yürürlüğe girmiş olan Tapu Sicil Tüzüğü’nün (TST) ise 3. bölümde, *Tapu Sicilinin Elektronik Ortamda Tutulması* başlığı altında TAKBİS hükümlerinin düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenlemeler çerçevesinde yine elektronik tapu sicilinin tutulması ve verilere erişim anlamında temel güvenlik önlemlerinin neler olduğu, verilerin hangi usul ve esaslara göre elektronik ortama aktarılacağı düzenlenmemiştir. Bu verilerin doğru olarak aktarılması ve bu aktarımın kontrolünün detaylı usule bağlanması, aleniyet ilkesi kapsamında tapu sicil kayıtlarını doğru olması gerekliliği önemli bir konudur; aksi halde devletin sorumluluğunun doğması söz konusu olur.

Bunun yanı sıra aleniyet ilkesi ve özel hayatın gizliliği konularında nasıl bir dengenin sağlandığı çok net değildir. Alman hukukunda verilere hangi kişi ve kuruluşların, hangi sınırlamalar kapsamında erişim sağlayabileceği kanunla düzenlenmiştir. Ancak TST madde 14 uyarınca düzenlenen elektronik ortamda verilere erişim hakkı konusundaki düzenlemenin geniş tutulduğu, mahkemeler, cumhuriyet başsavcılıkları, icra ve iflas müdürlükleri ile kamu kurum

66 07.6. 1994 tarih ve 21953 sayılı mülga Tapu Sicil Tüzüğü Md. 6: *Genel Müdürlük gerekli gördüğü yerlerde sicillerin bir kısmını ya da tamamını karteks şeklinde veya bilgisayar ortamında tutturmaya yetkilidir.*

67 BAŞPINAR, AÜHFD 2008, s. 112 vd.

ve kuruluşlarının yanında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile taşınmaza ilişkin konularda faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişiler denerek, genel müdürlük tarafından sözleşme ya da protokol ile verilecek olan erişim hakkının, özel hayatın gizliliği kapsamında nasıl sınırlandırılması gerektiği hakkında düzenlemeler yapılmamıştır. Bu amaçla Tapu ve Kadastro Verilerinin Paylaşımı Hakkında Yönetmelik⁶⁸ ile verilerin paylaşımı konusunda dikkat edilmesi gereken esaslar belirtilmiştir. Tapu ve kadastro paylaşım sistemi (TAKPAS) uyarınca sözleşme ve protokoller çerçevesinde tapu sicili veri paylaşımının temel nitelikleri sayılmış, Yönetmeliğin 6. maddesinde ise TAKPAS'ın işletilmesinde, paylaşılmasında ve kullanılmasında, özel hayatın gizliliği konusundaki ilgili mevzuatın esas alınacağı belirtilmiştir. Ancak yine aynı şekilde kişi ve kuruluşlara verilecek erişim hakkına niceliksel bir sınırlama getirilmemiş, nitelik olarak görevleri ile ilgili olması halinde verilere erişim hakkına sahip olacakları vurgulanmıştır. Bu anlamda erişim hakkına sahip kişi ve kuruluşların, sadece yetkileri çerçevesinde elektronik tapu sicil kayıtlarına ulaşabileceği vurgulanmıştır.

Yine aynı yönetmelik uyarınca verilerin güvenliği ile ilgili genel düzenlemeler yapılarak, genel müdürlüğün bu konuda yetkili olduğu belirtilmiştir. Verilerin hangi esaslara göre korunacağını ve her erişim hakkına sahip kişi ve kuruluşun, minimum uygulaması gereken güvenlik standardının ne olacağı, verilerin zarar görmesi ya da kaybı (Savaş, doğal afet vb.) riskine karşı nasıl ek önlemlerin alınması gerektiği konularında da, örneğin yedek hafıza deposunun oluşturulması gibi, detaylı düzenlemeye ihtiyaç vardır. Verilere erişimde güvenliğin sağlanması ve erişimin kimler tarafından nasıl kullanıldığını takip için TST md. 15 uyarınca bütün sorgulama ve sorgulayan bilgileri kayıt altına alınmakta ve iki yıl süre ile saklanmaktadır. Ancak yine özel hayatın gizliliği kapsamında, taşınmaz üzerinde hak sahibi olan kişilerin bu protokollerini inceleme hakkına dair herhangi bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir. Anayasa ile koruma altına alınan kişilik haklarının, kamu menfaati çerçevesinde sınırlandırılması konusunda⁶⁹ yapılacak düzenlemelerin de detaylı, net olması ve konunun taşıdığı önem bakımından, kanuni düzenleme olarak yürürlüğe konması gerekir.

TAKBİS oluşumu ele alındığında elektronik tapu siciline ait verilerin, sicilin elektronik ortamda tutulmaya başlandığı tarihte aktif olan ve bu tarihten sonra oluşan bilgileri içerdiği görülmektedir (TST Md. 12 (2), TAKPAS Yönetmelik Md. 5 (2)). TAKBİS kapsamında elektronik ortama aktarılan veriler dikkate alındığında sadece pasif kayıtlara, elektronik ortam aracılığı ile ulaşılmadığı görülmektedir. Pasif kayıtlara ihtiyaç halinde klasik tapu sicilinin incelenmesi söz konusudur. Bunun dışında, TST madde 12 – (1) *Tapu kayıtlarının elektronik ortamda tutulması hâlinde, ana ve yardımcı siciller TAKBİS içerisinde saklanır ve yönetilir. TAKBİS'te saklanan ve*

68 7.03.2015 tarih ve 29288 sayılı Yönetmelik.

69 AYM, 19.10.1968, E. 1963/336, K. 1967.29, "Anayasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrası hükmü gereğince, özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Bu hüküm, maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, özel hayatın dokunulmazlığı ilkesi, bir kişinin bedeninin bütünlüğüne dokunmama, var olan özgürlüğünü engellememe kuralı yanında, o kişinin maddece ve madde dışı alanda sürüp gitmesi demek olan özel hayat ile aile hayatının dokunulmazlığını anlatır. Kişinin mal durumu da özel hayatındandır. Bunun da gizliliğine dokunulmamak gerekir. Fakat her temel hak gibi bu temel hak da Anayasa'nın 11. maddesi hükmünce, özüne dokunmamak şartı ile, kamu yararı ve kamu düzeni gereği kanunla sınırlanabilir."

güvenliği sağlanan taşınmaza ilişkin bilgiler, sicilde esas alınır, diyerek, elektronik tapu sicilindeki bilgilerin esas alınması ifadesinde, elektronik tapu sicilinin resmi sicil olması konusunda bir açıklık yoktur. Ayrıca, klasik tapu sicili ile elektronik tapu sicili arasında çelişkili ve hatalı bilgiler söz konusu olduğunda, hangisinin resmi olarak dikkate alınacağı konusunda da bir netlik söz konusu değildir. Alman hukukunda herhangi bir tapu sayfası elektronik ortama aktarıldığında, klasik tapu sicili sayfasının resmi şekilde kapatılması öngörülmüş ve elektronik tapu sicilinin bu şekilde tek resmi tapu sicili olması sağlanmıştır. Türk hukukundaki düzenlemeler söz konusu olduğunda, elektronik ortama aktarılmış tapu sicil sayfalarının akıbeti konusunda bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir, bu nedenle klasik tapu sicili hukuken varlığını ve geçerliliğini sürdürmekle beraber, elektronik tapu sicil bilgilerinin de sicilde esas teşkil edeceği hususu hukuken net değildir. Bu nedenler ile Almanya'da olduğu gibi, Türk hukuku açısından elektronik tapu sicilinin, klasik tapu sicilini ikame edecek şekilde yürürlükte olduğunu söylemek mümkün değildir.

Veri bankası şeklinde hazırlanmış ve Türkiye'deki bütün tapu sicil müdürlüğü bölgelerini kapsamına alarak genişlemeyi planlayan proje, bir yandan geliştirilmekte, diğer yandan da usul ve esasları detaylı bir biçimde oluşturulmadan, yeterli denemeler yapılmadan yürürlüğe sokulmaktadır. Ancak klasik tapu sicil sayfalarının yürürlüğü de paralel olarak devam etmektedir. Bu anlamda tapu sicili bir anlamda Bilgisayar Destekli Tapu Sicili olarak uygulamada devam etmektedir.

Elektronik tapu sicilinin kullanıma sokulmasındaki amaçların gerçekleştirilmesi için resmi işlemlerin de elektronik imza ile elektronik işlemler olarak yapılabilmesinin imkanları geliştirilmelidir. Almanya'da noterlerin taşınmaz satışı ile ilgili işlemleri yaparak gerekli tescil başvurularını tapu müdürlüklerine elektronik ortamdan iletme imkanlarının olması, hukuki işlemlerin çok daha hızlı ilerleyebilmesini sağlamaktadır. Türk Hukuku açısından 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca *Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez* şeklinde yapılmış olan düzenlemenin de, elektronik hukuki işlemleri daha uygulanabilir hale getirmek amacı ile yeniden düzenlenmesi gerekliliği söz konusudur. Tapu müdürlüklerine hangi şekilde ve kimler tarafından elektronik belgelerin gönderilip, hangi koşullarda resmi bir işlemin söz konusu olacağını, noterlere tapu sicili ile ilgili elektronik işlemler kapsamında verilebilecek yetki sınırlarının da düzenlemeye tabi tutulması, elektronik tapu sicilinin amacına uygun ve verimli bir şekilde kullanıma sokulmasını saplayacaktır. Elektronik tapu sicilinin, internet aracılığı ile taşınmaz konusunda bilgi alınması kolaylaştırıcı fonksiyonu yanında, tapu müdürlüklerinin çeşitli işlemlerini kendi aralarında elektronik ortamda yürütebilmesi imkanını sağlaması⁷⁰, elektronik işlemler aracılığı ile tapu siciline çeşitli resmi elektronik başvuru yollarının oluşturulması ile elektronik tapu sicilinin hukuki işlemlere daha fazla hız ve verim katabilme imkanı vardır.

70 Tapu Müdürlüklerince Yetki Alanı Dışında Kayıtlı Bulunan Taşınmazlarla İlgili Tapu İşlemlerinin Yapılmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 30.04.2011 Resmi Gazete Sayısı: 27920.

Ancak elektronik tapu sicilinin getirdiği tüm avantajlardan yararlanabilmek için teknik anlamda güvenlik risklerinin de çok dikkatli usul ve esaslar çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Diğer yandan, hukuki açıdan tapu sicilinin aleniyeti ilkesi karşısında kişilik haklarını ilgilendiren alanlarda menfaat dengesinin hassas olması hususu da değerlendirmeye alınmalıdır. Bu tür teknik ve hukuki konular, elektronik tapu sicilini, resmi anlamda klasik tapu sicilinin yerini alması açısından, kolay uygulanabilir olmaktan uzaklaştırmaktadır. Bu nedenlerden dolayı, çeşitli pilot projeler aracılığı ile edinilen tecrübeler değerlendirilip, yeterli derecede teknik ve hukuki altyapı oluşturulduktan sonra, elektronik tapu sicilinin uygulamaya sokulması gerekmektedir.

Alman hukukundaki gelişim ve elektronik tapu sicili oluşumu dikkate alındığında, elektronik tapu sicilinin resmi sicil halini alması uzun zaman süren çalışmalara dayalı tecrübeler ile gerçekleşmiştir. Bu tecrübelerle ilgili olarak, elektronik tapu sicili kayıtlarının oluşturulması ve güvenliğini konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilerek, teknik açıdan güvenlik riski en aza indirilmeye çalışılmıştır. Ayrıca çeşitli elektronik işlemlerin kanunla düzenlenmiş ve resmi şekilde uygulanabilir olması, elektronik tapu sicilinden gerçek anlamda alınan yararın artmasını sağlamış, dolayısıyla iş yükü azaltılarak, hız ve verim arttırılmıştır. Bu nedenle elektronik tapu sicili kavramının sistematik bir yasal düzenleme kapsamında uygulamaya geçirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde elektronik kayıtların hukuken geçerli sayılmasının şartları ve geçerli elektronik işlemlerin usulleri düzenlenerek, elektronik tapu sicilinin, klasik tapu sicili yerine geçen resmi sicil olması için gerekli hukuki dayanak oluşturulmuş olacak ve hukuk güvenliği açısından da netlik sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA

- BAŞPINAR**, Veysel, Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler, AÜHFĐ 3/2008, 97-132.
- BÖHRINGER**, Walter, Neue Entwicklungen im Grundbuchbereich, insbesondere beim "Computer-Grundbuch", BWNotZ 2/1994, 25-27.
- BÖHRINGER**, Walter, Isolierte Grundbucheinsicht durch Notar für Dritte, DNotZ 1/2014 16-39.
- BREDL**, Walther, SOLUM-STAR – Das maschinell geführte Grundbuch, MittBayNot, 2/1997, 72-78.
- BÜTTNER**, Walter/**FROHN**, Matthias, Elektronischer Rechtsverkehr in Grundbuchsachen, DNotZ-Sonderheft 1/2016, 157-166.
- FRENZ**, Norbert, Ein Jahrhundert-Gesetz für die freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 3/1994, 153-168.
- GASSEN**, Dominik /**MÖDL**, Robert, Der elektronische Rechtsverkehr in Grundbuchsachen, ZRP 3/2009, 77-80.
- HERBERT**, Grziwotz, Das Recht auf Grundbucheinsicht, MDR 8/2013, 433-436.
- HOLZER**, Johannes, Das Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz, NJW 8/1994, 481-488.
- MEYER**, Matthias/**MÖDL**, Robert, Die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs im Grundbuchverfahren, DNotZ 10/2009, 743-760.
- SCHMIDT-RÄNTSCH**, Jürgen, Das EDV-Grundbuch, VIZ 2/1997, 83-88.
- SCHNEIDER**, Wolfgang, Verwalter und Grundbuch, ZWE 10/2014, 349-353.
- SPRAU**, Hartwig, Rationalisierung im Grundbuchbereich, MittBayNot 3/1987, 117-121.
- WIGGERS**, Frauke, Das Gesetz für Einführung eines Datenbankgrundbuchs und seine Auswirkungen für die Praxis, FGPrax 6/2013, 235-238.
- WILSCH**, Harald, Beck'scher Online Kommentar GBO, Hrsg: HÜGEL, Stefan, 33. Ed. München 2018.
- ZEISER**, Andreas, Beck'scher Online Kommentar GBO, GBV, Hrsg: HÜGEL, Stefan, 33. Ed. München 2018.

Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansıması

The Historical Evolution of Consumer Protection and its Reflections to Turkish Law

Fatma Zeynep ALTINER YOLCU*

Öz

Günümüzde ulusal ve uluslararası hukuk alanında pek çok yasal düzenlemeye etki eden faktör olarak karşımıza çıkan tüketicinin korunması kavramı, tarihsel olarak incelendiğinde, söz konusu kavramın çok eski çağlarda dahi yasal düzenlemelerde varlık gösterdiği görülmektedir. Ancak asıl etkisini 19. Yüzyıl Sanayi Devrimi ile gösteren bu kavramın tarihi gelişimini ve Türk Hukuku'nda Kanun Koyucu'nun harekete geçmesini sağlayan kilometre taşı olarak nitelendirebileceğimiz safhalarını ortaya koymaya çalıştık.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, Tüketicinin Korunması, Sanayi Devrimi, 6502 Sayılı Kanun, Tarihsel Gelişim

Abstract

The concept of consumer protection which is seen as a factor that influences many national and international legislations is seen to be present in legal regulations in ancient times, when it is analyzed historically. We tried to set forth the historical evolution of this concept which shows its true impact with the 19th Century Industrial Revolution, and the phases which may be considered as major milestones that has put the Law Maker into act in the Turkish Law

Keywords: Consumer, Consumer Protection, Industrial Revolution, the Law that numbered 6502, Historical Evolution

I. 19. YÜZYIL ÖNCESİNDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

Tüketicinin korunması kavramı, esas olarak, 19. yüzyıl Sanayi Devrimi ile birlikte seri üretimin artması nedeniyle, hukuk alanında sahneye çıkmıştır. 19. yüzyıla kadar tüketicilere sunulan mal ve hizmetler sayı ve çeşit açısından sınırlıydı. Tüketici, sunulan bu mal ve hizmetleri, herhangi

* Ar. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, fatma.zeynep@marmara.edu.tr

bir dış müdahale ile etki altında kalmaksızın, salt kendi imkanlarına ve ihtiyaçlarına göre rahatça inceleyip benzer ürünlerle kolayca kıyaslayabiliyordu. Bu sayede, kararlarını sağlıklı şekilde verebiliyordu. Genellikle tüketici ile satıcı birbirlerini iyi tanıyorlardı. Satıcının kişiliği, mal ve hizmetlerin de kalitesi için teminat görevi görüyor ve tüketicinin mal ya da hizmet nedeniyle zarara uğradığı hallerde de aralarındaki bu güven ilişkisi, sorunların daha kolay çözülmesini sağlıyordu.

Ancak, hukuki ilişkilerin henüz günümüz dünyası kadar karmaşık hale gelmediği o yüzyıllarda bile, tüketiciyi korunması kavramının bir ihtiyaç niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır. Öyle ki, bu açıdan tarihimize baktığımızda, lonca uygulamalarının ya da padişah fermanlarının, bir dereceye kadar, tüketicinin korunması yönünden bir ihtiyaca işaret ettiğini görmekteyiz¹. Nitekim benzeri lonca teşkilatlarına batılı ülkelerde rastlanmaktadır².

Hatta çok daha eski çağlarda, Hammurabi Kanunlarında, Sümerlerde, Hititlerde, Roma, Yunan ve eski Hint Kanunlarında, yiyeceğin saflığının korunması ve ölçülerde dürüstlüğün sağlanmasına ilişkin düzenlemelerin bulunması da, tüketicinin korunması kavramıyla ilişkilendirilmektedir³.

Roma Hukuku döneminde alıcı, herşeyden önce satın aldığı şeyin iyi ve kusursuz olmasını talep etmeye hakkına sahipti. Ius civile döneminde, satıcının ayıptan sorumluluğu, malda varlığını ya

1 İpek Yolu gibi dünyanın en eski ve büyük ticaret yollarından biri üzerinde hükümlerlik sürmüş Türk Devletlerinde ticaret gelişirken, elbette günümüz hukukunda tüketicinin sorunları olarak görülen hususlarda da bazı gelişmeler olmuştur. Selçuklu Devletinde Ahilik teşkilatı ile korunan meslek ahlakı, Türk topraklarında yaşayanlar için önemli bir koruma unsuru iken; kervanların geçtiği güzergahlarda güvenliğin sağlanması ve konaklama başta olmak üzere ticari faaliyetleri yürütebilmeleri için ihtiyaçların karşılanmasına yönelik getirilen önlemler de ayrıca dikkat çekicidir.

Osmanlı Döneminde ise bu kurumların da ötesine geçerek Nizamnameler ile tüketicinin korunması alanını da ilgilendiren hükümler getirildiği görülmektedir. Bilhassa II Bayezid Döneminde ilk Standartlar Kanunu, ilk Belediye Kanunu, ilk Tüketiciyi Koruma Kanunu, ilk Gıda Kanunu niteliğinde Nizamnamelerin getirildiği bilinmektedir, bkz. Emrah CENGİZ, Tüketicinin Korunması, İstanbul 2007, s.19 vd.; Yılmaz ASLAN, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, İstanbul 2014, s.58.

Halk arasında, üretici ile tüketici arasındaki denge, üçlü bir sistem üzerinden sağlanıyordu. Kadılar ve ihtisap ağalarının temsil ettikleri Devlet, loncalar, gedikler gibi meslek kuruluşlarından oluşan esnaf örgütlenmesi ve tüketici temsilcisi durumundaki şehrin ileri gelenlerinden oluşan bu sistem, Cumhuriyet öncesi hukukumuzda tüketicinin korunmasını sağlayan sosyal sistemi meydana getiriyordu.

İhtisap adı verilen kontrol teşkilatı, şehrin temizlik işlerinin yanısıra esnafın eksik mal tartması, yiyecek maddelerine hile karıştırması gibi tüketicilerin aldatıldığı konularda denetimi sağlama görevini de yerine getiriyordu. Selçuklular zamanında idari teşkilatta kurulan "İhtisap Divanı"nda, halkı korumak adına dile getirilmesi gereken önemli bir noktadır. Nitekim Selçuklu Sultanı tarafından yiyecek içecek ve yakacak maddelerinin kalitelerinin denetimine ilişkin ferman yayımlandığı da bilinmektedir. Ayrıca devleti temsil eden kadıların da koydukları kurallar yine halkın, üretim, pazarlama, tartı, ölçü ve fiyatlar açısından da korunmasını sağlamaktadır. Bkz. Murat AYDOĞDU, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Kapıdan Satışlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir 1998, s.4.

2 Celal GÖLE, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983, s.5 vd.; Reha POROY, Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.518; Çağlar ÖZEL, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1998, s.5.

3 Betül TİRYAKİ, Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007; s.21 vd.; Tuğçe ORAL, Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması, Prof. Dr. Erdal ONAR'a Armağan, Ankara 2013, s.1475; POROY, s.518; ASLAN, 6502 Sayılı Kanun, s.2.

da yokluğunu bizzat taahhütte bulunduğu özellikler sebebiyle doğmaktaydı. Satılanın ayıplarını bildiği halde susan satıcı da yine, alıcının bu nedenle uğradığı zararları gidermek durumundaydı. Daha sonraları çarşı pazarı kontrol etmekle görevli aedilis curulislerin bilhassa köle ve hayvan satışlarında halkı bilgilendirmekle görevlendirilmişti. Bu görevlilerin satıcıları denetlemeye başlaması, satıcıların köle ve hayvanlardaki ayıplar hakkında alıcıları bilgilendirmekle yükümlü tutulması dahi, yine tüketicinin korunması ile ilişkilidir⁴.

19 Haziran 1215 tarihinde imzalanmış olan Magna Carta Libertatum da şarap, bira, mısır ve kumaş konusundaki ölçü birimlerinin Londrada yeknesak hale getirilmesi, tüketicilerin korunması açısından ilk somut adım olarak kabul edilmektedir⁵.

1693 yılında Württemberg’de şarabı tatlandırmak ve uzun süre saklamak amacıyla kurşun içerikli katkı maddelerinin katılmasını yasaklayan Dük Eberhard Ludwing fermanı da, tüketicinin korunması açısından, başka bir adım olarak karşımıza çıkmaktadır⁶.

II. 19. YÜZYIL SANAYİ DEVRİMİ İLE BİRLİKTE GELİŞEN TÜKETİCİNİN KORUNMASI

A. GENEL OLARAK

19. yüzyıl öncesine dair tüm bu münferit olaylar, tüketicinin korunması açısından birer kıvılcım olarak nitelendirilmelerine rağmen, tüketicinin korunması olgusunun esas olarak alevlenmesi 19. yüzyıla rastlamaktadır. Bunun nedeni, 19. yüzyılda yaşanan Sanayi Devrimidir. Kapitalist ekonomi öncesinde üretim sistemleri, bireysel üretimin zorunlu yaşamsal ihtiyaçları karşılamaından ibaret iken, sanayi devrimiyle birlikte artan üretim, tüketimi salt “ihtiyaç” olgusundan ayırmıştır. Tüketimin bizzat kendisini bir ihtiyaç haline getirmiştir. Dolayısıyla 19. yüzyılda seri üretimde görülen artış, doğal olarak tüketimin de artmasına neden olmuştur⁷. Tüketimdeki bu artış da, tüketim fiilinin öznesi olan kişinin faaliyetini ve yaşadığı sorunları hukuksal anlamda inceleme gereğini doğurmuştur. Yine Sanayi Devrimiyle birlikte, üretim tarafında faaliyet gösteren kişilerin, teknolojinin imkanlarından da faydalanarak, toplumdaki ihtiyaçları karşılamak üzere, daha karmaşık ürün ve hizmetleri piyasaya sürmeye başlamışlardır. Bu karmaşık ürün ve hizmetler de, söz konusu mal ve hizmetlerden yararlanacak kişilerin, bu mal ve hizmetlerin içerikleri hakkında bilgisiz kalmaları ve sağlıklı kararlar verememeleri sonucuna yol açmıştır. Bir yanda para ve bilgi yönünden güçlü, deneyimli ve örgütlü olan girişimciler, diğer yanda ise mal ve hizmetten yararlanan kişi durumunda, karşı tarafa göre bilgi yönünden daha zayıf ve ihtiyaçları

4 Seyfullah EDİS, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s.2 vd.; Cevdet YAVUZ, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s.6. Ayrıca bkz. Fatma Zeynep ALTINER YOLCU, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde, Konut Satışlarında Satıcının Aayıptan Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s.172 vd..

5 TİRYAKİ, s.22; ORAL, s.1475.

6 ORAL, s.1475 vd..

7 ASLAN, 6502 Sayılı Kanun, s.2.

nedeniyle bağımlı durumda olan kişiler yer almaktadır⁸. Öyle ki, çoğu durumda bu kişiler, esasen teknoloji ve üretimin ulaştığı başdöndürücü gelişimi nedeniyle, çoğu zaman satın aldığı malın özellik ve kalitesine ilişkin bilgisi dahi bulunmayan, şartların arzettiği tehlike ve zararların farkında olmayan, malın kendisine sunulmasının ve reklamlarının etkisine kapılan kişidir. Bu etki altında sağlıklı bir irade ile karar veremeyecek durumda olan kişinin zarara uğrama riski, göz ardı edilemeyecek kadar büyüktür.

Taraflar arasındaki bu dengesizlik gittikçe büyürken, uyumsuzluklara uygulamak üzere başvurulmuş hukuk normlarının özünde eşit tarafları düzenleyen hükümleri, bu dengesizliğin meydana getirdiği hukuki sorunları çözmek ve dengeyi yeniden sağlamak açısından zayıf kalmaktaydı. Hukuk normlarının bu açıdan yetersizliği, gittikçe daha fazla göze batmaya başlamıştır. Özellikle, tarafların aralarındaki ilişkilerin sözleşme nitelikli olması nedeniyle, uyumsuzluklarda Borçlar Kanunları uygulama alanı bulmuştur. Ancak, tarafların eşitliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri üzerine inşa edilmiş olan Borçlar Kanunlarının normları, bu noktada, zayıfın korunması açısından yetersiz kalmıştır⁹. Borçlar Hukukunun eşitlikçi yapısı, bir yandan Ticaret Kanunu hükümleri ile tacirlere konumları gereği özel hükümlerin uygulanmasını gerekli kılarken, mal ve hizmet sunan konum itibarıyla güçlü tarafın karşısında tüketici olarak nitelendirilecek alıcıların da ayrıca korunmasını gerektirmiştir¹⁰.

8 Yılmaz ASLAN, Tüketici Hukuku, İstanbul 2006, s.1 vd.; Aslı MAKARACI, Taşınır Mallara İlişkin Kampanyalı Satım Sözleşmesi, Ankara 2007, s.17 vd.; Yeşim ATAMER, Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını, Tüketicinin Korunması Semineri, Ankara 2007, s.21 vd.; Emrah KULAKLI, Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, İstanbul 2009, s.6; Lale SİRMEN, Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Aydın ZEVKLİLER'le Armağan, C.III, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi Vol 8 Özel Sayı, s.2466, TİRYAKİ, s.27.

9 Adrian STAEHELIN, Der Schutz der Schwächeren Vertragspartei Überarbeitete Fassung der am 14.2.1977 gehaltenen öffentlichen Antrittsvorlesung, BJM 1978, s.1, Cengiz İLHAN, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2006, s.XV, Yeşim ATAMER, Tüketici Hukukunun Gelişimi, s.21; MAKARACI, s.18. Başta İsviçre Borçlar Kanunu dolayısıyla da Türk Borçlar Kanunu olmak üzere Avrupa ülkelerinin hukuk sistemlerindeki borçlar kanunu düzenlemelerinin sözleşme özgürlüğü ve sözleşmeye sadakat ilkeleri temelleri üzerinde inşa edilmiş kurallar bütünü oldukları görülmektedir. Birey açısından istediği kişi ile istediği şekil ve içerikte bir sözleşmeyi meydana getirebilmeyi mümkün gören bu anlayış, zaman içerisinde tarafların pazarlık gücünün eşit olmaması sonucu, dengelerin bozulmasıyla iyimser bir bakış açısı olarak kalmıştır. Yalnızca ekonomik açıdan güçlü olanın sözleşmenin içeriğini belirleme imkanının bulunduğu, güçsüz olan tarafın ise bu içeriğe boyun eğdiği gerçeği karşısında, İsviçre Borçlar Kanunu'nun sözleşme içeriğinin sadece ahlaka aykırılık, kamu düzeni ve gabin hükümleri ile sınırlandırıldığı, iradenin sağlıklı olmasının ayırt etme gücünden yoksunluk, yanıltma, hile veya tehdit hallerine göre değerlendirildiği düzenlemeleri, maddi anlamda sözleşme adaletini sağlamak için yeterli değildir. Sözleşme özgürlüğünü korumak adına, getirilen hükümlerin çoğunluğunun sadece tarafların sözleşmede bir hususa ilişkin düzenleme getirdikleri durumlarda çözüm getirmek amacıyla yedek hükümlerden meydana gelmesi, sözleşmede güçlü olanın pek çok hususu düzenlemiş bulunduğu durumlarda zayıfı korumak yönünden yetersiz kalmıştır. Bkz. ATAMER, Tüketici Hukukunun Gelişimi, s.21 vd.

Bu hususta 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu genel işlem koşulları alanındaki düzenlemeler, sözleşme serbestisini kendisine koruyucu kalkan edinen güçlü tarafın, tek tarafı olarak sözleşmenin içeriğini belirlemek suretiyle zayıf olana şartları kabul ettirmesi suretiyle "kurulan" sözleşmelerde yeniden dengeyi sağlamak adına atılmış önemli bir adımdır, ancak tarih gelişiminde tüketicinin korunması olgusunu gerektiren diğer hukuki işlem uyumsuzluklarında düzenlemelere duyulan ihtiyaç yine TKHK ile çözümlenecektir.

10 Hasan Seçkin OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Uygulama Alanı), AÜHFED, C.50, S.1, 2001, s.56.

Tüketicinin korunması gerekliliği ekseninde, dengeyi yeniden sağlamak amacıyla özel hukuki bir korumaya duyulan bu ihtiyaç, yasa koyucuları da yeni düzenlemeler yapmaya yöneltmiştir¹¹. Ancak, bu hususta yasal düzenlemelerin ulusal ya da uluslararası mevzuatlarda yer alması, çok daha yakın tarihlerde gerçekleşmiş olup, öncesinde yine bir dizi önemli olay ve faaliyet tüketicilerin korunması gereklerine işaret etmiş ve Yasama faaliyetlerine de ışık tutmuştur. Bu açıdan, 1850'de İngiltere'de tüketicilerin ilk tüketim kooperatifini kurması önemli bir adımdır. J.F. Kennedy'nin 15 Mart 1962 tarihli ABD Kongresine sunduğu bildirimde, sağlık ve güvenlik hakkı, aydınlatılma hakkı, pazarda özgürce seçme ve temsil edilme hakkı olarak saydığı dört tane tüketici hakkı, tüketici hukuku açısından önemli kilometre taşı olarak nitelendirilebilir¹².

Hareketlerin başlangıç noktası olarak kabul edilen İngiltere'de, tüketicinin korunmasına yönelik yasal düzenlemeler ise ancak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gerçekleştirilmiştir. Tüketici hukuku açısından diğer bir önemli somut adım da İsveç tarafından "Tüketici Ombudsman"ı olarak adlandırılan bir kurum kurularak üretici ve tüketiciler arasındaki sorunların çözümünde bağımsız bir hakem kuruluşu oluşturulmasıyla atılmıştır¹³. Yine Uluslararası Tüketici Birlikleri Örgütü (International Organization of Costumer's Union (IOCU)) da tüketicileri korumak amacıyla yaptığı çalışmalar ile adından söz ettirmiştir. 1960'da Hollanda'nın La Haye kentinde düzenlenen bir konferans ile kurulan örgüt, merkezi Londra olmak üzere bünyesinde yüzseksenden fazla örgüt barındırarak çalışmalarına devam etmiştir¹⁴. Bir başka önemli çalışma ise Fransız bir kurum olan Henri Capitant Derneği'nin 1973 yılında Kanada'da düzenlediği uluslararası kongredir.

- 11 Sadece tüketicinin korunması hususunda değil, zayıfın korunmasının gerekliliği hissedilen her tür hukuki ilişkide kanun koyucu, hukuk devletinin görevi gereği olarak, dengeyi sağlamak amacıyla özel düzenlemeler getirmiştir. Kiracıyı koruma amacı güden düzenlemeler, iş hukuku zayıfı koruma amacı güden düzenlemelerin en önemlileridir. Kanun koyucular, hukuki ilişkilerin tarafları arasında adaleti ve eşitliği sağlamaya yönelik olarak getirdikleri düzenlemelerin toplumsal adaleti sağlamaya yetmediği, gücünün zayıfa kendi koşullarını kabul ettirdiği bir ortamda adalet ve eşitlikten söz edilemeyeceğini dikkate almışlardır. Bunun sonucu olarak, sözleşmenin zayıf tarafını korumayı sözleşme özgürlüğüne tercih etmek durumunda kalmış ve nisbi emredici kurallar getirmişlerdir. Bkz. OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri, s.57, İLHAN, s.XVI. OZANOĞLU bu tip düzenlemelere sosyal koruma normları olarak nitelemektedir. Bkz. OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri, s.57. Yazar esasen tüketicinin korunması için düzenlenen tüm normların sosyal, koruyucu içerikli ve emredici nitelikli olduğu, böylece sosyal norm–sosyal koruyucu içerikli norm ayrımının gerekli olmadığı kanaatinde, OZANOĞLU, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, s.11, dn.13.
- 12 Ümit GEZDER, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998, s.7; Hayrunnisa ÖZDEMİR, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, AÜHFD 2004, s.61. Kennedy'nin açıklamasından önce de Amerikada tüketici hukukuna etki edecek yasal düzenlemeler mevcuttu. 1872 Postada Aldatma Yasası; 1906 Gıda Maddeleri ve İlaç Yasası, Et Denetimi Yasası, 1914 Federal Ticaret Yasası, 1938 Yünlü Mamuller Etiketleme Yasası bu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir; ORAL, s.1477. Kennedy'nin koyduğu ilkeler ise tüketicinin korunması açısından genel ilkeler koyması açısından önem taşımaktadır. ASLAN, 6502 Sayılı Kanun, s.37. Amerikada sonraki yıllarda 1969 yılı Tüketiciyi Koruma Kredi Kanunu, 1972 Tüketici Mal Güvenliği Kanunu gibi yasal düzenlemelerle tüketicinin korunması güçlendirildi, ORAL, s.1477.
- 13 TİRYAKİ, s.23; ORAL, s.1475. İsviçre'de de 70'li yıllardan itibaren "Reklamlardaki Adaleti Denetlemek için İsviçre Komisyonu", "Doğrudan Satış Yapan Firmalar Hakkındaki Şikayetlere dair Organizasyon" gibi benzer organizasyonlar oluşturulmuştur. Walter HALLER, Der Ombudsmann – Erfahrungen im Ausland, Folgerungen für die Schweiz (Am 21. Oktober 1971 vor dem Zürcherischen Juristenverein gehaltener und durch Anmerkungen ergänzter Vortrag), ZBI 73/1972, s.179, dn.3; Christoph ROHNER, Probleme des Rechtsschutzes, ZBI 92/1991, s.486; STAEHELIN, s.21.
- 14 ORAL, s.1477.

Bu kongrede Belçika, Fransa, Hollanda, İsviçre, İtalya, Kanada ve Türk sistemleri incelenerek tüketicinin korunmasına ilişkin sorunlar medeni hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku, devletler hukuku ve idari hukuk boyutlarıyla tartışılmıştır. Kongre, Türkiye'nin tüketicinin korunmasına ilişkin uluslararası bir çalışmada yer almış olması nedeniyle, hukukumuz açısından ayrıca özel bir öneme sahiptir¹⁵.

Birleşmiş Milletler tarafından yapılan çalışmalarda da, tüketicilerin temel gereksinimlerinin karşılanması, güvenlik ve güven duyma, mal ve hizmetlerin özgürce seçilmesi, bilgi edinme, eğitilme, tazminat isteme, sesini duyurma ve sağlıklı çevrede yaşama gibi evrensel tüketici hakları ortaya konulmuştur¹⁶.

Ulusal Hukuk alanlarındaki çalışmaların yanısıra uluslararası bir hukuk niteliğindeki Avrupa Birliği Hukukunda da tüketicinin korunması üzerinde önemle durulmaktadır. Avrupa Birliğini kuran Roma Antlaşmasında tüketiciyi doğrudan koruyan bir düzenleme bulunmamakla birlikte¹⁷, 1972 Paris Zirvesi'nde tüketicinin korunması yeni bir hedef olarak belirlenmiş ve yine Maastricht Antlaşmasında tüketicinin korunması hakkında özel bir düzenlemeye yer verilmiştir¹⁸. Bu Antlaşmayı takiben, Amsterdam Antlaşması¹⁹ ve Lizbon Antlaşması²⁰ da,

15 POROY, s.514.

16 Mustafa TAŞKIN, Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı, Ankara Barosu Dergisi, 1997/1, s.32; ORAL, s.1478.

17 Avrupa Birliğinde tüketicinin korunması açısından yapılan düzenlemelerdeki gecikmenin nedeni Roma Antlaşmasında ilk aşamada tüketicinin korunmasının varılmak istenen hedefler arasında gösterilmemesi olduğu öne sürülmektedir. Bkz. ÖZDEMİR, s.61.

Paris Antlaşması ile birlikte tüketicinin korunması amacıyla "Tüketicilerin Korunması ve Çevre Genel Yönetimi" ve "Tüketici Danışma Komitesi" kurulmuştur.

Tüketiciyi Koruma Birinci (1975-1979) ve İkinci (1981-1986) Programları üye devletlerin gelişme hızındaki düşüş ve işsizlik oranında artışın, kaynakları zaten sınırlı olan tüketici kesiminde maddi olanaksızlıklara yol açması, aynı ekonomik şartların kamu güçlerini de tüketici korumak açısından yapılması gereken harcamalarda kısıtlı olmaya itmesi gibi etkenler nedeniyle Avrupa Birliği tarihinde başarıyla uğramış politikalar. 1989 yılında başlayan Üçüncü Program ve bu programında tam olarak istenilen noktaya ulaşmakta yetersiz kalması nedeniyle (1993-1995) tarihleri arasında kapsayan Dördüncü Programlar ile Topluluk mevzuatı, özellikle tüketicinin korunması amacı için pek çok düzenleme getirmek suretiyle önemli gelişim göstermiştir.

2000-2006 yıllarını kapsayan Beşinci Programıyla Avrupa Birliğinde tüm tüketicilerin haklarının korunmasından artık söz edilebilir hale gelmiş ise de, tüketici sorunlarının çeşitliliği nedeniyle tüketici hukuku henüz gelişme ivmesini yitirmiş değildir. Bkz. ASLAN, 6502 Sayılı Kanun, s.39 vd.

18 1992 yılında imzalanan Maastricht Antlaşması, tüketicinin korunması kavramının ilk defa özel bir düzenleme olarak Avrupa Birliği mevzuatına alındığı antlaşma olarak kabul edilmektedir. Öngörülen düzenlemede tüketicinin korunması amacının gözetilmesinin yanısıra, Birliğe, tüketicinin korunması alanında özel bir hareket yetkisi de tanınmaktaydı. Buna göre tüketici politikası açısından, Ortak Pazar politikası ve üye devletlerin tüketici politikalarının desteklenmesi olarak iki ilke benimsendi. Ortak pazarın desteklenmesi amacıyla tüketiciyi koruyan düzenlemeler yapılabileceği ve tüketicilerin daha iyi korunabilmesi için üye devletlerin, Avrupa Birliği mevzuatının öngördüğü kurallardan daha lehe kuralları düzenleyebileceği kararlaştırıldı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep DÖNMEZ, Avrupa Birliğinde Tüketici Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri ve Tüketicinin Korunması Modelleri, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, MÜHF HAD, Y.2016, C.22, S.3 (Özel Sayı), s.956.

19 1997'de imzalanarak 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması'nda tüketicinin sağlık ve güvenliğinin korunması, bilgilendirme hakkının desteklenmesi, eğitimi ve tüketiciyi koruma örgütlerinin oluşturulması gibi özel tüketici hakları sayılmıştır. Avrupa Birliği Direktiflerinin önemi vurgulanmıştır. Bkz. DÖNMEZ, s.957.

20 2009'da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması da, tüketicinin korunması alanında üye devletlerin ve Birliği yetkisine vurguda bulunmuştur ve Lizbon Antlaşması ile kabul edilen Avrupa Birliği Anayasası da, Birlik politikalarının

Avrupa Birliği Hukuku'nda tüketiciyi koruyucu nitelikli düzenlemeler açısından Avrupa Birliği politikasını belirleyici öneme sahip antlaşmalar olarak büyük önem taşımaktadır. Bu genel nitelikli antlaşmaların yanısıra başta Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (CISG) olmak üzere tüketicinin korunması hususunda düzenlemeler içeren pek çok tüzük, direktif, karar ve görüşler de tüketici hukukunun gelişmesinde önemli rol oynamıştır ve bu açıdan etkileri günümüzde de sürmektedir²¹.

Ulusal hukuklar düzleminde ise İsviçre²², Almanya, Belçika, Fransa gibi ülkelerde de tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemeler genel kanunlarda yapılan değişiklikler ya da ek maddelerle getirilen düzenlemeler ile sağlanmaya çalışılmıştır. Tüketicinin korunması amacıyla sırayla 1962 yılında Amerika Birleşik Devletleri, 1968 yılında Japonya, 1971 yılında İsveç ve Almanya, 1973 yılında Meksika ve Fransa, 1979 yılında Avusturya, 1981 yılında İsrail ve Portekiz, 1983 yılında Lüksemburg, 1984 yılında İspanya, 1991 yılında Yunanistan kanunlaştırma faaliyetlerinde bulunmuştur²³.

B. TÜRK HUKUKUNDA TÜKETİCİNİN KORUNMASI KAVRAMININ GELİŞİMİ ve TÜRK HUKUKUNDAKİ YANSIMASI

Tüketicinin korunması kavramına iç hukuklarında çeşitli yasal düzenlemeler ile yer veren ülkeler arasında, Türkiye 1995 yılında sıralamada yerini almıştır²⁴. Ülkemizde, tüketicilerin korunması amacıyla özel bir kanun çıkarılması tercih edilmiştir²⁵. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'dan (TKHK) evvelki dönem için, Türk Medeni Kanunu'na ek olarak çıkarılan 864 sayılı Tatbikat Kanunu'nun 43. maddesiyle 4 Ekim 1926'da yürürlükten kaldırılan Mecelle Kanunu'ndaki bazı hükümler de tüketici hukuku ile ilişkilendirilebilirse de, tüketicinin korunması

yüksek bir tüketici koruması temin edeceğini garanti altına almıştır. Hüküm Avrupa Birliği vatandaşları için korumanın temel bir hak teşkil ettiği yönünde yorumlanmamakla birlikte, yine de tüketicinin korunması açısından garanti olarak nitelendirilmektedir. Bkz. DÖNMEZ, s.957 vd..

21 Avrupa Topluluğu'nda 1970'li yıllarda tüketicinin korunması hakkındaki hedefler beş ana başlıkta toplanmaktaydı. Bunlar tüketicinin ayıplı mal ve hizmetlere karşı korunması, tüketicinin aldatıcı reklamlara karşı korunması, tüketicinin haksız sözleşme şartlarına karşı korunması, tüketicinin fahiş fiyatlara karşı korunması ve çeşitli tüketici taleplerinin karşılanmasıdır. İlerleyen yıllarda topluluk, tüketicinin korunması açısından, tüketicilerin sağlık ve güvenliklerinin ileri düzeyde korunması, topluluğun pazarında sağlanacak yararların artırılabilmesinde ortaya çıkacak fırsatların çoğaltılması ve topluluğun izlediği diğer politikalarda tüketici haklarına daha fazla yer verilmesi başlıkları altında daha genel amaçlara yönelmiştir. Bkz. ORAL, s.1478.

22 Medeni ve Borçlar Kanunlarımızın mehası olması itibariyle, İsviçre Hukukunun tüketici hukuku alanındaki düzenlemelere bakış açısını gözetmekte fayda görmekteyiz.

1994 yılında İsviçre'de Avrupa Birliği Hukuku ile uyum sağlamak amacıyla, Ürün Sorumluluğu Yasası (Produkt haftpflichtgesetz, PrHG), Paket tur Yasası (Paushalreisegesetz, PRG), Tüketici Kredisi Yasası (Konsumkreditgesetz, KKG) kabul edilmiş, kapıdan satışlarda cayma hakkına ilişkin de özel bir düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenmiş olup bu düzenlemeler tüketici yasaları olarak kabul edilmektedir. Bu yönden Avrupa Birliği Hukukunun İsviçre Hukukunu da etkisi altına aldığı söylenebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Claire HUGUENIN, Konsumentenrecht im OR im Spannungsfeld Zwischen Regulierung und Deregulierung, SJZ 91/1995, s.417.

23 ORAL, s.1478.

24 ORAL, s.1478.

25 ÖZEL, s.26; TİRYAKİ, s.23 vd.; MAKARACI, s.18, dn. 7; OZANOĞLU, Taksitle Satım, s.15, dn.30.

olgusunun, gerçek anlamda hukuki düzenlemelere konu olması üzerine yapılan çalışmaların esas olarak 1970 ve sonrası dönemde başladığı kabul edilmektedir²⁶.

Tüketicinin korunması için yasal düzenlemeler açısından gerçek anlamda temelin atılması olarak kabul edebilecek hüküm Anayasamızın 172. Maddesidir. İlgili Hükümde, devletin tüketicileri korumak hususunda görevli olduğunun kabul edilmesi ile birlikte²⁷ önem kazanan tüketici sorunları²⁸, 23 Şubat 1995 tarihinde kabul edilen 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile birlikte ayrıntılı yasal düzenlemeye kavuşmuştur. 4077 Sayılı Kanun'da ilk büyük değişiklik yapan Kanun, halk arasında Promosyon Kanunu olarak bilinen 4226 Sayılı Kanun'dur²⁹. 14 Mart 2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan ve 4822 Sayılı Kanun ile 4077 Sayılı Kanun'un bütününe yayılan yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bunun sonucu olarak, büyük ölçüde değişikliklere uğrayan Kanun³⁰, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın çeşitli yönetmelikleri ile birlikte önemli bir uygulama alanına sahip olmuştur³¹. 4822 Sayılı Kanun'un amacı Avrupa

26 YAVUZ, s.7. Cumhuriyetin ilk yıllarında tüketicileri dolaylı da olsa ilgilendiren hükümler içeren İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu, Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Belediyeler Kanunu, Ticarete Tağşişin Men'i ve İhracatın Murakabesi ve Korunması Hakkında Kanun, Hususi Hastaneler Kanunu, Endüstriyel Mamulatin Maliyet ve Satış Fiyatlarının Kontrolü ve Tesbiti Hakkında Kanun ve Pazarlıksız Satış Mecburiyetine Dair Kanunları da bu alandaki çalışmalara örnek olarak saymak gerekir. Bkz. POROY, s.548 vd.; TİRYAKİ, s.26.

27 Sezer ÇABRİ, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s.831. ÖZMUMCU, Anayasanın ilgili maddesinin tüketicinin korunması kapsamında yasal nitelikli ilk somut gelişme olduğuna işaret etmektedir.

28 82 Anayasası öncesinde tüketici ve sorunları ilk kez 1970 yılında bir seminerde ele alınmış, daha sonra Ticaret Bakanlığı tarafından tüketicilerin korunması amacıyla bir daire kurulmuş, ancak bu daire 1974 yılında kapatılmış, 15 Kasım 1971 yılında Tüketicinin Korunması için Ticaret Konusu Mal ve Hizmetlerle İlgili Faaliyetlerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı, Meclis'e sevk edilmiş ancak bu tasarı da sonrasında kadük olmuştur. Söz konusu Tasarı'nın, tüketiciyi korumaktan çok Devletin ticari hayata müdahalesini genişletme amacı taşıdığı öne sürüldüğünden, Tasarı'nın kanunlaşmaması hukukumuz açısından önemli bir kayıp sayılmamaktadır. 1980 yılında yine tüketicinin korunması ile ilgili "Ticarete Dürüstlüğün Korunması Hakkında Kanun" adı altında bir tasarı hazırlanmış olup bu tasarıda da tüketicinin korunmasına ilişkin bölümler bulunmakla birlikte bu tasarı da kanunlaşmamıştır. Bkz. Haluk TANDOĞAN, Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması, Ankara 1977, s.9 vd.; POROY, s.523, dn.:9; MAKARACI, s.19.

29 Aydın ZEVLİLER/Çağlar ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s.32.

30 Aydın ZEVLİLER, Türkiye 'de Tüketici Sorunlarının Özel Bir Yasa ile Düzenlenmesi, Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sempozyumu, s.2. 4822 sayılı kanun 4077 sayılı Kanun'da ilk kez değişiklik getirilen düzenlemeler değildir. 4226 sayılı Kanun ile 1997 yılında bazı hükümler değiştirilmiş, daha sonrasında 4822 sayılı Kanun'la getirilen değişiklikler ile birlikte, 6502 sayılı Kanunla yeni bir kanun düzenlenmesine kadar yürürlükte kalan son şeklini almıştır.

31 Abdülkerim YILDIRIM, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler, Gazi ÜHFD, C.XVII, 2013, S.1-2, s.1016. Yapılan değişiklikler genellikle memnuniyetle karşılanmakla birlikte yine de bazı yönlerden yetersiz kalmaktaydı. Örneğin düzenleme yapılırken 2000/31/EC sayılı E-Ticaret Yönergesi ile 2002/65/EC sayılı Mesafeli Sürüm Yoluyla Tüketiciyi Sunulan Finansal Hizmetlere İlişkin Yönerge hükümleri göz ardı edilmesi nedeniyle "AB Mevzuatına Uyum" çalışmaları amacına tam olarak ulaşamadığı öne sürülmekteydi. Bkz. YILDIRIM, Tüketicinin Korunması, s.1017.

Tüketicinin korunması sorununun yasal bir düzenlemeye kavuşmasından önceki döneme ilişkin olarak, kanun boşluğu sebebiyle TMK m. 1 hükmü çerçevesinde boşluğu doldurmakla yükümlü olan hakim 818 sayılı BK m. 19-20 hükümleri çerçevesinde tüketiciyi korumak adına sözleşmeye sınırlayıcı düzenlemeler getirmesi gerekliliği hususunda bkz. TANDOĞAN, s.12.

Birliği mevzuatına uyumun sağlanmasıdır. Ancak, söz konusu düzenlemeler, uluslararası hukuk alanında son derece hızlı gelişim gösteren bu hukuk alanındaki gelişim hızına ancak belli bir noktaya kadar ayak uydurabilmiştir.

Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlama amacı, başka Kanun değişiklikleri için de önemli bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır³². Nitekim, 4077 sayılı TKHK'nun yürürlüğü süresince, 27.5.2004 tarihinde 5179 sayılı Kanun ile, 21.02.2007 tarihinde 5582 sayılı Kanun ile ve son olarak 23.01.2008 tarihinde 5728 sayılı Kanun ile küçük çaplı bazı değişiklik ve ilaveler yapılmışsa da yine de Avrupa Birliği'ne uyum sağlamak açısından istenilen seviyeye ulaşılamamıştır³³.

03.10.2005 tarihinde Türkiye ile Avrupa Birliği arasında başlayan tam üyelik müzakereleri, Avrupa Birliği Hukuku kapsamında, her alanda uyumlaştırma çalışmalarını yoğunlaştırdığı gibi, tüketici hukuku alanında da çalışma yapılmasını gerektirmiştir³⁴. 19 Aralık 2007'de müzakerelere açılan "Tüketicinin ve Sağlığının Korunması" faslında, kapanış kriteri Avrupa Birliği Mevzuatına tam uyum sağlanması olmuştur. Nitekim bu kriter, 4077 Sayılı Kanun'da da değişiklik yapılması gereğini doğurmuştur³⁵. Aynı amaçla, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde bulunan Tüketici ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü ile Alman Beslenme, Tarım ve Tüketici Bakanlığı'nın ortak yürüttüğü bir AB eşleştirme projesi çerçevesinde, mevzuat tekrar değerlendirilerek, özellikle AB Direktifleri ile uyum sağlanması gereken hususlar belirlenmiştir. Avrupa Birliği'nin tüketicinin korunması mevzuatında yer alan on üç Direktif, bir Tüzük ve iki Tavsiye Kararının

32 Özellikle Türkiye ile Avrupa Birliği arasında kurulan ortaklık rejimi ve Ocak 1997 tarihinde yürürlüğe giren Gümrük Birliği'nin serbest dolaşım alanında mevzuat ve hukuk politikası açısından Avrupa Birliği ile uyumu gerektirdiği yönünde bkz. Lale SİRMEN, Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Genel Olarak Değerlendirilmesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.9, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı, Kasım 2014, s.156.

33 ZEVKLİLER/ÖZEL, s.32 vd; YILDIRIM, Tüketicinin Korunması, s.1017.

34 2004 yılından itibaren Avrupa Birliği Komisyonları tarafından düzenlenen ilerleme raporlarında Türk Hukuku'nda Avrupa Birliği Yönergelerine uyum sağlanmadığının altı çizilmekteydi. En son, Avrupa Birliği Komisyonu'nun, Avrupa Parlamentosu'na ve Konseyi'ne sunduğu 10.10.2012 tarihli "Genişleme Stratejisi ve Başlıca Zorluklar 2012-2013 Türkiye Hakkında İlerleme Raporu ((Com (2012) 600))" 'nda Türkiye'de tüketicinin korunması alanında sınırlı ilerleme kaydedildiği ve Türkiye'de tüketicinin korunması olgusunun halen zayıf olduğu belirtilmişti. İsviçre'nin de Avrupa Birliği'ne üye olmamakla birlikte ulusal hukuk düzenlemelerinde Avrupa Birliği düzenlemelerini dikkate alması ve Türk Hukuku ile İsviçre Hukuku arasındaki paralelliğin bozulmak istenmemesi de yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulduğuna işaret ediyordu. Bkz. Tamer İNAL, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Höre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, Ankara 2014, s.79.

Tüm bu kriterler Türk Kanun Koyucusu'nu harekete geçirmiş ve nitekim bu dinamiklere kanun gerekçesinde de yer verilmiştir: "Ancak bu düzenlemelerinin tümünün, Avrupa Birliği (AB) mevzuatı ile tam uyum sağlanması için gözden geçirilmesi ve kısmen yeniden kaleme alınması ihtiyacı özellikle AB-Türkiye tarama toplantıları çerçevesinde kendini göstermiştir. Kanun değişikliğine gidilmesinin en temel amaçlarından birisi, AB'nin son dönemde çıkardığı ve henüz mevzuatımıza aktarılmamış olan, 2002/65/AT sayılı Finansal Hizmetlerin Mesafeli Satışı, 2005/29/AT sayılı Haksız Ticari Uygulamalar, 2008/48/AT sayılı Tüketici Kredileri Sözleşmeleri, 2008/122/AT sayılı Devre Tatil, Uzun Süreli Tatil Ürünü, Yeniden Satım ve Değişim Sözleşmeleri, 2001/83/EU sayılı Tüketici Hakları Yönergelerinin iç hukukumuza aktarılması olmuştur. Diğer taraftan, bu Tasarı hazırlanırken tüketicinin korunması alanında AB tarafından çıkarılmış olan bütün Yönergeler incelenmiş ve iç hukukumuzdaki değişiklikler ona göre şekillendirilmiştir."

35 Mehmet AKÇAAL/Alper UYUMAZ, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m.1-16) İlişkin Bir İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, 2013, s.243.

iç hukukumuzda aktarılması için en iyi çözüm olarak, kanunun yeniden kaleme alınmasına karar verilmiştir³⁶.

Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum sağlama amacı ile yeni Kanun maddeleri için taslak hazırlanırken, bir dizi üye ülkenin yanı sıra İsviçre Mevzuatı da dikkate alınmıştır. İsviçre de, Avrupa Birliği üyesi olmamasına rağmen, İsviçre Kanun Koyucusu da yasama faaliyetleri sırasında Avrupa Birliği Direktifleri'ni özellikle tüketici alanına ilişkin düzenlemeleri gözetmektedir. Öte yandan tüketici ile ilgili sorunların büyük ölçüde Borçlar Hukuku'nun da sorunları olması İsviçre Hukuku'nu da gözardı etmememizin temel nedenidir³⁷.

6502 Sayılı Kanun kapsamına alınan Direktifler'de Direktif'in esneklik payının elverdiği ölçüde, Türk Borçlar Kanunu sistematığına uyum sağlayacak şekilde aktarılmasına özen gösterilmiş, bu nedenle de bire bir tercüme ile yetinilmemiştir. Yine Avrupa Birliği Direktifleri'nin de sık sık revize edildiği dikkate alınarak 6502 Sayılı Kanun tasarısında sadece en önemli, en temel unsurlara yer verilmiştir³⁸.

36 YILDIRIM, s.1018.

37 ZEVKLİLER/ÖZEL, s.35.

Avusturya, Yunanistan, Türkiye tüketiciyi korumak amacıyla getirilen özel düzenlemeleri tek bir kanunda toplama yolunu tercih ederken, İsviçre'de ihtiyaca göre farklı kanunlara getirilen ek düzenlemeler ya da farklı farklı kanunların çıkarılması suretiyle, tüketici hukunun şekillendiği görülmektedir. Avrupa Birliği ülkelerinin Avrupa Hukukunda pek çok direktifle getirilen farklı farklı düzenlemeleri iç hukuklarına aktarırken sistematik problemi yaşadıkları söylenebilir. Bu sorun aynı zamanda borçlar kanunu ile tüketici hukuku alanında getirilen düzenlemeler arasındaki sınırın belirlenmesi açısından da önem taşımaktadır.

Bu sorunu yaşayan ülkelerden biri olan Almanya, Avrupa Birliği Direktiflerini Alman Medeni Kanunu (BGB)'na taşıma yolunu tercih etmiştir. Avrupa Birliği Direktiflerinin Alman Medeni Hukukuna aktarılması hususunda ayrı ve özel bir yasa çıkarma Ticaret Kanunu'nun (HGB) maddeleri ile birlikte düzenleme veya genel bir çerçeve program oluşturarak tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin hepsini bir arada düzenleme gibi alternatifler Alman hukukçularını meşgul etmiştir. Özellikle 1999 yılındaki tüketici satım sözleşmelerine ilişkin Yönergenin iç hukuka nasıl taşınacağı sorusu açısından BGB hükümlerine entegre edilmesi tercihi, bu husustaki tutumu belirleyici rol oynamıştır. Bu tercihte en önemli etken, satım hukuku gibi borçlar kanununun en temel düzenleme alanlarından birinin BGB dışında ayrıca bir düzenleme olarak getirilmesinin, tacirler arasındaki (HGB) Ticaret Kanunu'na konu olan satım sözleşmeleri dışındaki BGB alanına giren sözleşmelerin büyük çoğunluğunun da tüketicilerin taraf olduğu satım sözleşmeleri olması dikkate alındığında, BGB'nin tamamen içinin boşalması sonucuna yol açacağı hususundaki endişedir. BGB'deki satım hükümlerinin salt adi satım sözleşmelerine uygulanacak işlevsiz hükümler haline gelmesi yerine BGB'de yapılan revizyon çalışmaları ile Alman Medeni Kanun'unun Avrupa Birliği Yönergelerine uygun bir yasa haline getirilmesi tercih edilmiştir.

Benzer sorunun diğer üye ülkelerde de tartışılmasına yol açması, Avrupa Birliği alanında da ortak ilkeler belirlenmesi hususunda çalışmalar yapılması açısından bir itici güç oluşturmuştur. Bkz. ATAMER, Tüketici Hukukunun Gelişimi, s.29 vd.; Rona SEROZAN, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler), İÜHFİM C.IVIII, S.1-2, s.233 vd.; Mehmet DEMİR, Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme, AÜHFİM 2005, s.24, dn.11

Aday ülkelerden Türkiye ise Direktiflerle uyumlu bir ayrı düzenleme olarak Tüketici Kanunu'nun düzenlenmesini tercih etmiştir. Çok kısa bir zaman öncesinde 01.07.2012 tarihinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmiş olmasının hemen hemen bir yıl sonra 28.05.2013 tarihinde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi, üstelik eski TKHK'dan farklı olarak tüketici işlemi tanımının Borçlar Kanunu'nun uygulama alanının büyük çoğunluğu ile kesişecek şekilde kapsam olarak genişletilmiş olmasının, Türk Hukukunda da aynı tartışmaları tetikleyeceğini tahmin etmek hiç de zor değildir.

38 ZEVKLİLER/ÖZEL, s.35.

SİRMEN, Kanun sistematığını mevzuatta değişiklik yapma zorunluluğuna göre sık sık değişikliğe uğrama riskini tek başına yüklenmesi açısından eleştirmektedir. Tüketiciyi ilgilendiren sorunların dinamik yapısı göz önüne

Bu belirlenen hususlar çerçevesinde, Mayıs 2007’de Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na bir taslak sunulmuş, Bakanlık’da bu taslak üzerinde çalışarak Nisan 2008 yılında kamuoyu ile yeni tüketici kanunu taslağını paylaşmıştır. Gelen eleştiriler ve yeni AB Direktifleri doğrultusunda Mayıs 2009’da yeni bir taslak kamuoyuna sunulmuş³⁹, bu taslak üzerinden yapılan çalışmalar sonucunda nihayet 07.11.2013 tarihinde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) olarak yasalaşmış olup, 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmesi kabul edilmiştir⁴⁰. Toplam 9 kısımdan ve 88 madde ile bir geçici maddeden oluşan 6502 Sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi Resmi Gazete’de yayımından itibaren altı ay sonrasına ertelenmiştir⁴¹.

6502 Sayılı TKHK m. 1 “Amaç” başlığı altında “*Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir.*” hükmü ile tüketicinin sağlık, güvenlik ve ekonomik çıkarlarını korumayı hedeflediğinin altını çizmiştir ve kamu yararının korunmasına da vurgu yapılmıştır⁴². Özellikle, tüketici lehine nisbi emredici düzenlemeler içeren⁴³ TKHK düzenlemelerinin ağırlıklı olarak tüketicinin ekonomik çıkarlarını gözetilen düzenlemeler olduğu söylenebilir⁴⁴. Bu çerçevede, 6502 S. TKHK’nda tüketicinin korunmasına ilişkin borçlar hukuku nitelikli düzenlemelerin yanısıra piyasayı denetlemeye ilişkin idari önlemlere de yer verildiği görülmektedir⁴⁵.

Kanun’un 83. Maddesinde, 6502 Sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı ve taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme bulunmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve 6502 sayılı Kanun’un görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm çerçevesinde 4077 Sayılı Kanun yürürlüğünde m.30 hükmü gereği Borçlar Kanunu hükümlerinin tamamlayıcılık görevi devam edecek ve 6098 Sayılı TBK hükümleri de yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un düzenleme getirmedeği hususlarda uygulama alanı bulacaktır. TKHK’nun

ahındığında, ilgili Kanun’un sık sık değiştirilme ihtiyacının doğacağını, buna karşılık Avrupa Birliği’nde konuların özel olarak ayrı direktiflerle düzenlenip, üye devletlerin de bu Direktifleri ayrı ayrı kanunlaştırarak iç hukuka aktarma yoluna gittiklerini belirtmektedir. SİRMEN’e göre, temel tüketici hakları çerçevesinde tüketicinin korunmasının ana ilkelerini ve genel yollarını açıklayan bir Kanun’un tercih edilmesi gerekirdi. Bkz. SİRMEN, Değerlendirme, s.156 SİRMEN, ayrıca Kanun’da dili açısından kısa ve açık, anlaşılabilir cümlelere yer vermek yerine uzun cümleler kullanılmasını da eleştirmektedir. Kanun’un gerekçesini ise daha anlaşılır bulmakla birlikte çok hükümde maddenin tekrarı olarak verilmesini de işlevsiz olarak kabul etmektedir. Bkz. SİRMEN, Değerlendirme, s.156 vd.

39 Yeşim ATAMER, Tüketici Kredisi Hukukunda Reform Projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyum, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları, Türk – İsviçre Hukuk Günleri, İstanbul 2010, s.243 vd.; YILDIRIM, s.1017.

40 28.11.2013 tarih, 28835 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

41 AKÇAAL/UYUMAZ, s.243.

42 Murat AYDOĞDU, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s.15 vd.

43 Sezer ÇABRİ, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010, s.4.

44 TİRYAKİ, s.27.

45 ZEVKLİLER/ÖZEL, s.38. Bu hükümlerin, tüketici hukukunun kamu yararını gözetilen hükümleri olduğu yönünde bkz. AYDOĞDU, Tüketici, s.18.

uygulama alanını belirleyen önemli düzenlemelerden biri de 6502 S. TKHK m.3/1 hükmünde getirilen tüketici işlemi tanımıdır. İlgili hükme göre tüketici işlemi, “mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem” olarak tanımlanmaktadır. Bu hüküm, m.83 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde taşımacılık ve sigorta sözleşmesi gibi sözleşmelerin Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş olan sözleşmeleri dahi, tüketici işlemi sayılmak için diğer kriterleri taşıdığı takdirde⁴⁶, TKHK’nun uygulama alanına sokmuştur⁴⁷. 6502 Sayılı TKHK’nun, eski TKHK’na nazaran genişleyen uygulama alanının, doktrinde heyecan ve tereddütle karşılandığını belirtmek gerekir⁴⁸. Kanun’un kapsamının genişlemesinin tüketiciyi daha iyi koruyup korumayacağı ya da sistemin tıkanmasına ilişkin doktrindeki endişeleri haklı çıkarıp çıkarmayacağını ise zaman gösterecektir. Umulan sonuç, tüketicinin daha iyi korunması olmakla beraber, sistemin tıkanması riski ile karşı karşıya kalmak, ne yazık ki, daha muhtemel görünmektedir.

46 Ayrıntılı bilgi için bkz. ALTINER YOLCU, s.55 vd.

47 AYDOĞDU, Tüketici, s.16.

48 Ayşe HAVUTÇU, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.9, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı, Kasım 2014, s.8 vd.; Şükran EROĞLU, 6502 Sayılı Yasa Tüketiciyi Koruyacak mı?, İstanbul Barosu Dergisi C:88, S.1, İstanbul 2014, s.15. 6502 S. TKHK’nun tüketici işlemi kavramını genişletmesinin yerinde olduğu yönünde, Murat AYDOĞDU, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayrıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, DEÜHFD, C.15, S.2, 2013. s.7.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet/UYUMAZ, Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m.1-16) İlişkin Bir İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, 2013.
- ALTINER YOLCU, Fatma Zeynep, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde, Konut Satışlarında Satıcının Ayıptan Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- ASLAN, Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, İstanbul 2014. (Kısaca: 6502 Sayılı Kanun)
- ASLAN, Yılmaz, Tüketici Hukuku, İstanbul 2006. (Tüketici Hukuku)
- ATAMER, Yeşim, Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını, Tüketicinin Korunması Semineri, Ankara 2007. (Tüketici Hukukunun Gelişimi)
- ATAMER, Yeşim, Tüketici Kredisi Hukukunda Reform Projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyumu, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları, Türk – İsviçre Hukuk Günleri, İstanbul 2010. (Kısaca: Tüketici Kredisi)
- AYDOĞDU, Murat, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Kapıdan Satışlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir 1998. (Kapıdan Satışlar)
- AYDOĞDU, Murat: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, DEÜHFD, C.15, S.2, 2013. (Genel Bakış)
- AYDOĞDU, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015. (Tüketici)
- CENGİZ, Emrah, Tüketicinin Korunması, İstanbul 2007.
- ÇABRİ, Sezer, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016. (Tüketici)
- ÇABRİ, Sezer, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010. (Konut)
- DEMİR, Mehmet, Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme, AÜHFD 2005.
- DÖNMEZ, Zeynep, Avrupa Birliği'nde Tüketici Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri ve Tüketicinin Korunması Modelleri, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, MÜHF HAD, Y.2016, C.22, S.3 (Özel Sayı).
- EDİS, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.
- EROĞLU, Şükran, 6502 Sayılı Yasa Tüketiciyi Koruyacak mı?, İstanbul Barosu Dergisi C:88, S.1, İstanbul 2014.
- GEZDER, Ümit, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998.
- GÖLE, Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983.
- HALLER, Walter, Der Ombudsmann – Erfahrungen im Ausland, Folgerungen für die Schweiz (Am 21. Oktober 1971 vor dem Zürcherischen Juristenverein gehalten und durch Anmerkungen ergänzter Vortrag), ZBI 73/1972.
- HAVUTÇU, Ayşe, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.9, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı, Kasım 2014.
- HUGUENIN, Claire, Konsumentenrecht im OR im Spannungsfeld Zwischen Regulierung und Deregulierung, SJZ 91/1995.
- İLHAN, Cengiz, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2006. (Tüketicinin Korunması)

- İNAL, Tamer, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Höre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, Ankara 2014. (Tüketici Hukuku)
- KULAKLI, Emrah, Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, İstanbul 2009.
- MAKARACI, Aslı, Taşınır Mallara İlişkin Kampanyalı Satım Sözleşmesi, Ankara 2007.
- ORAL, Tuğçe, Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması, Prof. Dr. Erdal ONAR'a Armağan, Ankara 2013.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Uygulama Alanı), AÜHFD, C.50, S.1, 2001, s.55-90. (Tüketici Sözleşmeleri).
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999. (Taksitle Satım)
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, AÜHFD 2004.
- ÖZEL, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1998.
- ÖZMUMCU, Seda, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan.
- POROY, Reha, Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978.
- ROHNER, Christoph, Probleme des Rechtsschutzes, ZBI 92/1991.
- SEROZAN, Rona, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler), İÜHFM C.LVIII, S.1-2.
- SİRMEN, Lale, Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Aydın ZEVKLİLER'e Armağan, C.III, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi Vol 8 Özel Sayı. (Tüketici Hukukunun Amacı)
- SİRMEN, Lale, Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Genel Olarak Değerlendirilmesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.9, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı, Kasım 2014. (Değerlendirme)
- STAEHELIN, Adrian, Der Schutz der Schwächeren Vertragspartei Überarbeitete Fassung der am 14.2.1977 gehaltenen öffentlichen Antrittsvorlesung, BJM 1978.
- TANDOĞAN, Haluk, Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması, Ankara 1977.
- TAŞKIN, Mustafa, Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı, Ankara Barosu Dergisi, 1997/1.
- TİRYAKİ, Betül, Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007.
- YAVUZ, Cevdet, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989.
- YILDIRIM, Abdülkerim, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler, Gazi ÜHFD, C.XVII, 2013, S.1-2.
- ZEVKLİLER, Aydın, Türkiye 'de Tüketici Sorunlarının Özel Bir Yasa ile Düzenlenmesi, Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sempozyumu.
- ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.

Senatus Consultum Ultimum: Eski Roma'da Olağanüstü Yönetim Kararı

Senatus Consultum Ultimum: Decree on State of Emergency in Ancient Rome

Selahattin EREN*

Öz

Senatus consultum ultimum, halk ayaklanması gibi devlete yönelik iç tehditleri ortadan kaldırmak amacıyla, konsül başta olmak üzere üst düzey magistra'ları sınırsız askerî yetkilerle donatan senato kararıdır. Olağanüstü durumlarda son çare olarak alınan senato kararının yürürlüğe girmesiyle, iç tehdit olarak görülen kişiler, halk düşmanı ilan edilmek suretiyle, halk meclislerinde halka başvuru hakkı (*provocatio*) söz konusu olmaksızın, her türlü yöntemle ortadan kaldırılabilir. Bu bakımdan senato kararı, Romalıların vatandaşlık hakkının ve anayasanın geçici süreliğine askıya alındığı olağanüstü yönetim biçimini hayata geçiren bir hukukî işlemdir.

Anahtar Sözcükler: Senatus Consultum Ultimum, Olağanüstü Yönetim, Sıkıyönetim, Yasal Savunma Hakkı, Senato

Abstract

Senatus consultum ultimum is the decree of the Roman senate, which provides higher magistrates, particularly consuls, unlimited military powers in order to eliminate internal threats against the *res publica*. With the entry into force of the senatorial decree, which is used as last resort in case of emergencies, people considered as internal threats and declared as public enemies could be eliminated by all means. They were not protected by the right of *provocation*, the right to appeal to the Roman people. In this regard, the senatorial decree establishes an emergency government which temporarily suspend the right of city of Roman citizens and the constitution.

Keywords: Senatus Consultum Ultimum, State of Emergency, Martial Law, Right of Self-defense, Senate

* Araştırma Görevlisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, selahattin.eren@marmara.edu.tr

GİRİŞ

Olağanüstü hâl, sıkıyönetim, savaş ve seferberlik hâli gibi, modern hukuk sistemlerinde bulunan olağanüstü yönetim biçimlerinin kökeni, her zaman Eski Roma'da aranmıştır. Bu bağlamda gerek siyaset bilimciler gerek anayasa hukukçuları, Eski Roma'da klasik diktatörlük, Sulla ve Caesar'ın diktatörlükleri, *iustitium*, *triumviri* ve *decemviri*'nin yanı sıra *senatus consultum ultimum* kurumlarını incelemişlerdir.

Yazılı olmayan ve örf-âdetlerden oluşan Eski Roma Anayasası'nın tamamının ya da bir kısmının geçici süreliğine askıya alındığı bu hâller, kuşkusuz yaklaşık bin sekiz yüz yıl sonra uygulanmaya başlanmış olan modern olağanüstü yönetim biçimlerinin aynası olamaz. Ancak modern olağanüstü yönetim biçimlerinin var oluş amacı ve toplumsal işlevini anlamakta yardımcı olabilir.

Eski Roma'da olağan anayasal düzenin sağladığı güvencelerin askıya alındığı hâller arasında, diktatörlük ile *senatus consultum ultimum* öne çıkmaktadır. Diktatörlük kurumunun hukukî rejimini ortaya koymuştuk.¹ Bu çalışmanın konusunu oluşturan *senatus consultum ultimum*, Roma'nın en büyük siyasî gücü olan Senato'nun devlete yönelik iç tehditleri ortadan kaldırmak amacıyla aldığı olağanüstü yönetim kararıdır.

Bu çalışmada sırasıyla *senatus consultum ultimum* kavramının kökeni, kurumun ortaya çıkışı ve diktatörlükle ilişkisi, hukukî niteliği, anayasal konumu, kararı uygulayan kişiler, sonuçları ve *tumultus* ile *iustitium* kurumlarıyla ilişkisi, İlk İmparatorluk dönemindeki rolü incelenmiştir.

I. Senatus Consultum Ultimum Kavramı

Devlete (*res publica*) yönelik bir tehdidi ortadan kaldırmak amacıyla üst düzey *magistra*'ları sınırsız askerî yetkilerle donatan senato kararına, *senatus consultum ultimum* ("nihai senato kararı") denmektedir. "Son", "nihai", "kesin" gibi anlamlar taşıyan "*ultimum*" sözcüğü, bu bağlamda, senato kararının, olağanüstü durum karşısında son çare olarak alındığını ifade etmektedir. Modern zamanlarda tercih edilen bu kavram, Romalı ünlü devlet adamı Caius Iulius Caesar'dan alınmıştır:

Caesar, Bellum Civile, I.5:

Decurritur ad illud extremum atque ultimum senatus consultum, quo nisi paene in ipso urbis incendio atque in desperatione omnium salutis sceleratorum audacia numquam ante descensum est.

Durumun önemi gereği, yangın ya da kimsenin can güvenliği kalmaması halleri dışında daha önce hiç başvurulmayan nihai senato kararı gerekiyordu.²

1 Selahattin Eren. "Roma Diktatörlüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S. 2, Aralık 2017, s. 167–220.

2 Latince metinler, Türkçeye kaynakçada yer alan eserler kapsamında yazar tarafından çevrilmiştir.

Romalı hatip ve devlet adamı Marcus Tullius Cicero'nun ifadesinden yola çıkarak, senato kararı *senatus consultum de re publica defendenda* ("devletin savunulması hakkında senato kararı") olarak da adlandırılmaktadır: *Quod L. Opimius consul verba fecit de re publica, de ea re ita censuerunt, uti L. Opimius consul rem publicam defenderet*³ ("Konsül L. Opimius'un devletin içinde bulunduğu durum hakkında verdiği rapor üzerine, senatörler, konsül Opimius'un devleti savunmasına karar verdiler").

Senato kararının geleneksel *formula*'sı şu şekildedir: "*Consules darent operam ne quid detrimenti res publica caperet*"⁴ ya da "*videant consules ne quid res publica detrimenti capiat*"⁵ ("konsüller devlete zarar gelmesini engellesinler"). Plutarkhos ise daha ayrıntılı ve açıklayıcı bir *formula* önerir: *Ἐκ τούτου πάλιν εἰς τὸ βουλευτήριον ἀπελθόντες, ἐψηφίσαντο καὶ προσέταξαν Ὀπιμίῳ τῷ ὑπάτῳ σφῆξιν τὴν πόλιν ὅπως δύναιτο καὶ καταλύειν τοὺς τυράννους*⁶ (Senato toplandı ve Opimius'u şehri kurtarmak ve tiranları yok etmek için elinden gelen her şeyi yapmakla görevlendiren bir karar aldı).

Formula'da belirtildiği gibi, kararın amacı devlete herhangi bir zarar gelmesini önlemektir.⁷

II. Kurumun Ortaya Çıkışı ve Diktatörlükle İlişkisi

Senatus consultum ultimum ilanı üzerine ortaya çıkan olağanüstü yönetim biçimi, Eski Roma'nın yazılı olmayan anayasasının en başından beri doğal ve ayrılmaz bir parçası değildir. Kurumun ilk kez uygulandığı MÖ II. yüzyıldan önceki dönemde, devlete yönelik iç tehditleri ortadan kaldırmak amacıyla öngörülmüş olan asıl kurum diktatörlüktür. Tehdit karşısında askerî komutada ve siyasi yönetimde birliği sağlamak için "*dictator seditionis sedandae causa*" unvanıyla atanan diktatör, tehdit ortadan kalkana dek ve her halde en çok altı aylığına tüm yürütme gücünü tek elde toplardı.⁸ MÖ III. yüzyıl dolaylarında, Roma diktatörünün işlemleri *provocatio*⁹ (halka başvuru) ve *tribunus plebis intercessio*'suna¹⁰ (veto) tâbi kılındıktan sonra, bu olağanüstü makam sınırsız yetkilerini kaybetmiş ve konsüller ile hemen hemen aynı sınırlamalara tâbi kılınmıştır. Böylece olağanüstü durumlarda, konsüllükten başka bir makamın yaratılması anlamsız hale gelmiştir.

3 Cicero, Philippicae, VIII.14. Plutarkhos da bu cümleyi Yunanca'ya çevirerek aktarır: *σφῆξιν τὴν πόλιν ὅπως δύναιτο καὶ καταλύειν τοὺς τυράννους*. Bkz. Plutarkhos, Caius Gracchus, 14.

4 Caesar, Bellum Civile, I.5 ve 7; Sallustius, Historiae, I.67; Bellum Catilinae, 29.

5 Cicero, In Catilinam, I.2; Titus Livius, Periochae, CIX.

6 Plutarkhos, Caius Gracchus, 14.

7 Bkz. Augustus, Res Gestae, I.1; Cicero, Philippicae, VIII.14.

8 Ayrıntılı bilgi için bkz. Theodor Mommsen. **Le droit public romain**, Çev. Paul Frédéric Girard, Paris, 1984, C. 3, K. 2, s. 161-197; Eren, s. 167-220.

9 *Provocatio ad populum* ("halka başvuru") ya da kısa adıyla *provocatio*, üst düzey *magistra*'ların vatandaşlar hakkında verdikleri ölüm cezası başta olmak üzere ceza kararlarına karşı halk meclisleri nezdinde gerçekleştirilen bir başvuru yoludur. Halk meclisleri vatandaş hakkında verilen cezayı ortadan kaldırma yetkisine sahipti. Bu bakımdan *provocatio*, üst düzey *magistra*'ların vatandaşlara yönelik yaptırım uygulama yetkisininin (*coercitio*) sınırını oluşturmaktadır.

10 *Intercessio* ya da *auxilium*, *tribunus plebis*'lerin bir *magistra*'nın kararına karşı sahip olduğu veto hakkıdır. Bu hakkın kullanımıyla, pleblerin menfaatine aykırı kararların yürürlüğe girmesi engellenmiş olurdu.

Her ne kadar diktatörlüğü ihdas eden yasa (*lex de dictatore creando*) yürürlükten kaldırılmamış olsa da, MÖ 202 yılından sonra bir daha diktatör atanmamıştır.¹¹ Bu tarihten sonra meydana gelen Sulla ve Caesar'ın diktatörlükleri, klasik diktatörlükten farklı bir hukuki dayanağa sahip olup, devlet kurumlarını yeniden inşa etmeye yönelik birer kurucu iktidardır.

Diktatörlük kurumunun tarihin tozlu raflarına kaldırılmıştır; ancak kurumun var oluş sebebi olan devletin güvenliğine yönelik iç tehditler ortadan kalkmak şöyle dursun, tam tersine giderek artmıştır. MÖ II. yüzyılın ortalarına gelindiğinde Roma, derin bir ekonomik, toplumsal ve siyasal krize girmiştir. Başlangıçta Latium bölgesinde sıradan bir şehir devleti olan Roma, diğer İtalik halklar ve büyük rakibi Kartacalılar karşısında elde ettiği zaferlerin ardından, Akdeniz havzasındaki tartışmasız en büyük güç haline gelmiştir. Küçük bir şehir devletin yayılmacı bir güç haline gelmesini sağlayan bitmek bilmeyen askerî seferler, ordunun omurgasını oluşturan küçük köylülüğün toprağından uzak kalmasına ve yüklü bir borç altına girmesine neden olmuştur. Topraklarını, büyük çoğunluğu senatörlerden meydana gelen büyük toprak sahiplerine devrederek mülksüzleşen yüz binlerce topraksız köylü, egemen sınıfların dağıttığı kırıntılar sayesinde hayatta kalabilmek için Roma başta olmak üzere büyük kentlere göç etmiştir. Bu toplumsal olgu, çocuklarından başka hiçbir zenginliğe sahip olmayan yeni bir toplumsal sınıfın doğuşunun habercisidir: *proletarii*. Yüzyıllar sonra Karl Marx bu sözcüğü, kapitalizm altında ücret karşılığında emek gücünü satan işçi sınıfı için kullanacaktır.

Devletin içinde bulunduğu büyük toplumsal ve ekonomik kriz koşullarında, Senato'da temsil edilen büyük toprak sahibi ve tutucu aristokrasinin (*nobilitas*), ülkeyi eskisi gibi yönetmesi imkânsız hale gelmiştir. Üstyapıdaki kaçınılmaz değişime direnen aristokratik parti *Optimates* ("en iyi adamlar"), üretim ilişkilerini köklü biçimde değiştirmeyi amaçlayan köle isyanlarının yanı sıra, öfkeli topraksız ve işsiz yığınların desteğini alan reformist aristokrazi ile yeni sermaye sınıfının ittifakı olan *Populares*'in ("halkçılar") önderliğinde meydana gelen halk ayaklanmalarını tetiklemiştir.

MÖ II. yüzyıla gelindiğinde, uzlaşma ve taviz vermeye niyetli olmayan Senato aristokrasisinin böyle bir ayaklanmaya verdiği yanıt, üst düzey *magistra*'ları iç tehdidi yok etmek için gereken her şeyi yapmakla görevlendiren bir senato kararı çıkarmak olmuştur. Böylece, diktatörlüğün bir zamanlar sahip olduğu anayasal baskı kurumu işlevini, *senatus consultum ultimum* üstlenmiştir.¹² Wright'ın belirttiği gibi¹³, nihai senato kararı, geçmişte konsüllerden birinin atadığı diktatöre verilen sınırsız askerî yetkilerin, konsüller başta olmak üzere üst düzey *magistra*'lar arasında paylaştırılmasından ibarettir. Bu bakımdan Senato'nun görevlendirdiği *magistra*'lar, anayasal

11 MÖ 202 sonrasına ait metinlerde diktatörlükten söz edilmektedir. Nitekim zamanlarında yürürlükte olan anayasal kurum ve *magistra*'ları sayan Cicero (MÖ 106-43) ve Varro (MÖ 116-27), konsüllerden söz ettikten sonra, diktatörlük kurumunu açıklarlar. Bkz. Cicero, *De Legibus*, III.3.6; Varro, *De Lingua Latina*, VI.93.

12 Diktatörlüğün anayasal baskı kurumu niteliği için bkz. Eren, s. 198 vd. Ayrıca bkz. Thomas Marris Taylor. **A Constitutional and Political History of Rome From the Earliest Times to the Reign of Domitian**, Londra, 1910, s. 231; Clinton L Rossiter. **Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies**, Princeton, 1948, s. 27.

13 Claire Wright. "Going beyond the Roman dictator: a comprehensive approach to emergency rule, with evidence from Latin America", **Democratization**, C. 19, S. 4, Ağustos 2012, s. 718.

statü açısından diktatörle benzer bir konuma sahiptirler.¹⁴ Bu nedenle *senatus consultum ultimum* ilanı üzerine ortaya çıkan olağanüstü yönetim biçimi, farklı bir hukukî dayanağa sahip olsa da, diktatörlük kurumunun devamı niteliğindedir.¹⁵

Görüldüğü gibi, aristokrasi, halk isyanını bastırmak amacıyla, uzun bir aradan sonra yeniden bir diktatör atamayı tercih etmemiş ve yepyeni bir kurum yaratma yoluna gitmiştir. Romalıların geçmişte benzer durumlarda tek adam yönetimine sıkça başvurmuş olmalarına rağmen, bu olağanüstü halde bir diktatör atamayı hiç düşünmemiş olmaları şaşırtıcıdır.¹⁶ Willems'in belirttiği gibi¹⁷, bunun nedeni aristokrasinin, yüzyıllarca halka yönelik bir baskı aygıtı olarak kullanılan diktatörlük kurumunun yaptığı sınıfsal çağırışından çekinmiş olmasıdır.

Öte yandan, Titus Livius (III.4.9)¹⁸, MÖ 464 yılında konsül Spurius Furius'un Aequi halkına karşı yenilgiye uğraması üzerine, Senato'nun konsüllerden diğeri olan Postumius'u devlete hiçbir zarar gelmemesi için her türlü tedbiri almakla görevlendirdiğini yazar ve senato kararını "*senatus consultum ultimum*" olarak adlandırır. Ne var ki Romalı tarihçinin tespiti yerinde değildir. İlk olarak, devlete yönelik iç ve dış tehditleri ortadan kaldırmak için diktatörlük kurumunun mevcut olması, bu dönemde nihai senato kararına başvurulmuş olması olasılığını oldukça zayıflatmaktadır.¹⁹ İkincisi, nihai senato kararı hiçbir zaman dış düşmanlara karşı kullanılmamış, her zaman halk ayaklanması ya da iktidar krizleri sırasında gündeme gelmiştir.²⁰ Üçüncüsü, başka hiçbir kaynakta, MÖ II. yüzyıldan önce nihai senato kararından söz edilmemektedir. Milat dolaylarında yaşamış olan Romalı tarihçi, eserini vakanüvislerin yıllıklarından yola çıkarak yazarken, edindiği bilgileri kendi yaşadığı dönemin kurumları ışığında yorumlamış olmalıdır. Hukukçu olmayan Titus Livius'un hukukî nitelermelerinde mutlak bir doğruluk aramak yanıltıcı olabilmektedir. Yazarın saydığı, konsülün yerine getirmesi gereken görevler (vatandaşları silah altına almak, yeni ordu kurmak, müttefiklerden asker istemek), tarihsel olayda halk ayaklanmasını bastırmak üzere bir nihai senato kararından çok, bir başka devlet ile olan muharebenin kaybedilmesi üzerine, orduyu takviye etmek için seferberlik (*tumultus*) ilân edildiğini göstermektedir.²¹

14 Mommsen, VII.3, s. 472; Pierre Willems. *Le Sénat de la République romaine*, Louvain, 1883, II, s. 247.

15 Robert J. Bonner. "Emergency Government in Rome and Athens", *The Classical Journal*, C. 18, S. 3, Aralık 1922, s. 144-152, s. 147.

16 Appianus da aynı düşüncededir. Bkz. *Bellum Civile*, I.16.

17 Willems, II, s. 247-248.

18 Hernici halkından konsülün ve ordusunun yenilgisinin haberi alındı. Senato'nun korkusu o kadar büyük oldu ki olağanüstü bir tehlike belirtisi olan bir karar çıkararak, diğerkonsül Postumius'u "devlete herhangi bir zarar gelmesini engellemek" ile görevlendirdi. Konsülün silah kuşanabilecek herkesi seferber etmek için Roma'da kalması; onun yerine Titus Quinctius'un müttefiklerden oluşan bir orduyla birlikte cepheye yardıma gönderilmesi ve bu ordunun kurulması için Latinler, Hernici ve Antium kolonisinden Quinctius'a "*subitarius*" dediğimiz yedek askerî birlikler istenmesinin en bilge davranış olacağına karar verildi.

19 Willems'e göre diktatörlük kurumunun varlığı, MÖ V. yüzyılda *senatus consultum ultimum* ilanını gereksiz kılmaktadır. Bkz. Willems, II, s. 248 n°2.

20 Willems, II, s. 252.

21 Aynı doğrultuda bkz. Mommsen, II.1, s. 373 n°1.

III. İlk *Senatus Consultum Ultimum*

İlk nihai senato kararının ne zaman ilan edildiği tartışmalıdır. MÖ 133 yılında Tiberius Gracchus ve yoldaşlarının ölümüyle sonuçlanan olaylar dizisinde mi, yoksa MÖ 121'de bu kez kardeş Caius Gracchus'un katline yol açan gelişmeler sonucunda mı ilan edilmiştir?

Toprak reformu konusunda aristokrazi ile sert bir mücadeleye girişen *Populares* hareketinin lideri Tiberius Gracchus, güvenliğinden endişe eder ve dokunulmazlıktan yararlanmak amacıyla yeniden *tribunus plebis* olmak için seçimlere katılmaya karar verir. Plutarkhos'un aktardığına göre²², seçim günü Capitulus'a giden Gracchus, Senato'nun kendisini ortadan kaldırmak için adamlarını kalabalığın içine yerleştirdiğini haber alır. Bunun üzerine korumaları (*lictors*) ve yoldaşları, *tribunus plebis*'i korumak için silahlarını çekerler. Bu hareketin nedenini soran binlerce taraftarına sesini duyuramayan Tiberius, ellerini başına götürerek, güvenliğinden endişe ettiğini açıklamaya çalışır. Ne var ki Tiberius'un bu hareketi, taç işareti olarak algılanır ve kendisini kral seçtirmek istediği söylentisi yayılır. Haberi alan Senato acilen toplanır ve konsülden devleti kurtarması ve "tirani" ortadan kaldırması için her türlü önlemi almasını ister. Konsülün bunu reddetmesi üzerine, senatör Scipio Nasica önderliğindeki senatörler ve maiyetleri Capitulus'a giderek Tiberius Gracchus ve yoldaşlarını katlederler.

Kaynaklarda Scipio Nasica ve senatörlerin, *senatus consultum ultimum* denilen bir karara dayanarak Tiberius Gracchus'u öldürdüklerine ilişkin bir veri bulunmamaktadır. Olayı aktaran Appianus²³, Plutarkhos²⁴, Valerius Maximus²⁵, Titus Livius²⁶ ve Cicero²⁷ gibi yazarlardan hiçbiri, nihai senato kararından söz etmezler. Buna karşın Valerius Maximus, Tiberius Gracchus'un *inimicus patriae* (vatan haini) ve *hostis iudicatus* (devlet düşmanı) ilan edildiğini; Tiberius'un ölümünden sonra Senato'nun konsülleri "suç ortakları" nı açığa çıkarmakla görevlendirdiğini yazar. Plutarkhos ise olaydan sonra Senato'nun, Tiberius'un dostlarını yargılama olmaksızın öldürdüğünü belirtir. Her iki metinde "*senatus consultum ultimum*"dan söz edilmemesine rağmen, "düşman" kavramının kullanımı ve yargılamasız ölüm cezası verilmesinden anlaşılabilir ki en nihayetinde nihai senato kararı alınmıştır. Ancak bu karar, Gracchus'un ölümünün ardından, Nasica başta olmak üzere katliama karışan kişilerin sorumluluğunu bertaraf etmek ve daha sonra *Populares* olarak adlandırılacak hareketin diğer önderlerini ortadan kaldırmak amacıyla çıkarılmıştır.²⁸ Doğrudan nihai senato kararına dayanarak öldürülen ilk kişiler, Tiberius Gracchus ve maiyeti değil, bu olaydan yaklaşık bir yıl sonra onun arkadaşları olmuştur.

22 Tiberius Gracchus, 17-20.

23 Bellum Civile, I.16.

24 Tiberius Gracchus, 18.

25 IV.7.1.

26 Periochae, 58.

27 Philippicae, VIII.14.

28 Willems, II, s. 248; Frank Frost Abbott. *A History and Description of Roman Political Institutions*, The Athenaeum Press, Boston, 1997, s. 241.

IV. Senatus Consultum Ultimum'un Hukukî Niteliği

Mommsen ve Willems gibi Romanistlere kadar uzanan klasik görüşe göre senato kararı; çıkarılma nedeni ve amacına uygun olarak, *magistra*'ları yalnızca devlete yönelik iç tehdidi ortadan kaldırmak için gerekli tüm önlemleri almakla görevlendirirdi. Söz konusu iç tehdit bir halk ayaklanması ya da askerî darbe olduğundan, Senato'nun verdiği yetki bunun güç kullanılarak bastırılmasına yönelik askerî bir yetkiydi. Bu bakımdan Senato kararından doğan yetki, *magistra*'ların sahip olduğu kamu gücüne yönelik geleneksel ayrıma göre, her şeyden önce lejyon kurma ve ordulara komuta etme yetkisine karşılık gelen *imperium*²⁹ idi. Sallustius kurumun askerî niteliğini açıkça ortaya koyar:

Sallustius, *Bellum Catilinae*, XXIX:

Itaque, quod plerumque in atroci negotio solet, senatus decrevit darent operam consules ne quid res publica detrimenti caperet. Ea potestas per senatum more Romano magistratui maxuma permittitur: exercitum parare, bellum gerere, coercere omnibus modis socios atque civis, domi militiaeque imperium atque iudicium summum habere; aliter sine populi iussu nullius earum rerum consuli ius est.

Senato, çok ciddi durumlarda hep olduğu gibi, devlete hiçbir zarar gelmemesi için konsüllerin gereken önlemleri almasını kararlaştırdı. Roma âdetlerine göre Senato tarafından bir *magistra*'ya verilen yetki en büyüğüydü: Ordu kurmak, savaş yapmak, müttefik ve vatandaşları itaate zorlamak ve içeride (Roma'da) ve dışarıda sınırsız *imperium* ve yargı yetkisine sahip olmak. Aksi halde konsül, halkın rızası olmadıkça, bu ayrıcalıklardan hiçbirine sahip değildir.

Olağan anayasal düzende, ordulara komuta etme yetkisine sahip olan konsül ve *praetor*'lar, bu askerî yetkiyi, yalnızca Roma sınırları dışında askerî seferlerde kullanabilirlerdi. Nitekim askerî yetkiyi ifade eden *imperium militiae* kavramının, Roma sınırları içindeki en büyük kamu gücü ve coğrafi bir niteleme olan *imperium domi*'ye ("içerdeki *imperium*") karşıt olarak kullanılması; askerî yetkinin, coğrafi bakımdan sınırsız olmadığını ve yalnızca hiçbir hak ve hukuka sahip olmayan dışarıdaki düşmanlara (*hostis*) yönelik öngörüldüğünü göstermektedir.

O halde olağan anayasal düzende, *imperium* sahibi konsül ve *praetor*'ların bu askerî yetkiyi, Roma vatandaşlarına karşı kullanması anayasaya aykırıydı. Vatandaşlık hakkı (*ius civitatis*), sahibinin

29 Seçimle belirli bir süreliğine göreve gelen ve icra organı gibi hareket eden üst düzey devlet görevlilerinin (*magistra*) yetkileri, geleneksel olarak, *imperium* ve *potestas* olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulurdu. Kural olarak yalnızca konsül, prokonsül, diktatör ve *praetor*'un sahip olduğu *imperium*; en büyük kamu gücüydü. *Imperium*'un sağladığı yetkiler ikiye ayrılırdı: *Imperium militiae* ve *imperium domi*. İlki lejyon kurma, ordulara komuta etme gibi Roma dışındaki; ikincisi ise halk meclislerini ve Senato'yu toplantıya çağırma ve bunlara başkanlık etme, yasa teklifinde bulunma gibi Roma sınırları içinde kullanılan yetkileri içerirdi. Ancak sözcük anlamı "komuta" olan *imperium*, her şeyden önce askerî bir yetkiyi ifade ederdi.

Roma Anayasası'nın tanıdığı hukukî korumadan yararlanmasını sağladı. *Provocatio* hakkı (*ius provoctionis*), vatandaşın yaşam hakkına ve vücut dokunulmazlığına yönelik en büyük anayasal güvenceydi: Bir *magistra* tarafından hakkında verilen bir ceza kararı bulunan her vatandaş, halk meclislerine başvurarak, bu kararın ortadan kaldırılmasını isteme hakkına sahipti.

Senatus consultum ultimum, vatandaşlık ve *provocatio* hakkının sağladığı hukukî korumayı ortadan kaldıran bir karardı. Bu bakımdan Senato kararı, esasen yalnızca Roma dışında mevcut olan sınırsız askerî yetkinin, Roma sınırları içinde vatandaşlara karşı kullanılmasını sağladı. Dolayısıyla Senato'nun verdiği *imperium*, anayasal çerçevede olağan bir askerî yetki değildi. Tıpkı öncülü olan diktatörlük kurumu gibi, *senatus consultum ultimum* ile ortaya çıkan olağanüstü yönetim biçimi, savaş hukukunun vatandaşlara uygulanmasından ibaretti.

Bütün bu hususlardan, nihai senato kararına ilişkin iki temel sonuç ortaya çıkmaktadır. Birincisi, bu karar *provocatio* hakkı başta olmak üzere vatandaşların sahip olduğu birtakım anayasal güvenceleri geçici olarak askıya alınması sonucunu doğururdu. İkincisi, kararda belirtilen *magistra*'lara Roma sınırları içinde sınırsız askerî yetki verilirdi. Bu bakımdan nihai senato kararının ilânı ile meydana gelen durum, Eski Çağ'a özgü bir olağanüstü yönetim biçimiydi.³⁰

Kararın geleneksel *formula*'sında belirtildiği gibi, üst düzey *magistra*'lara verilen sınırsız askerî yetkiler genel bir nitelik taşırdı: Devleti savunmak ya da devletin zarar görmesini önlemek. Senato kararında bu amacın hangi yöntemlerle gerçekleştirileceği ya da olağanüstü yönetimin ilân edilmesine neden olan halk düşmanlarının kimliği özel olarak belirtilmezdi.³¹ İç karışıklığı ortadan kaldırmak için kullanılacak yöntemler, tamamen konsüllerin takdirine bırakılırdı. Halk düşmanlarının kimliği ise konsüllerin senato kararına dayanarak çıkardığı bir beyannamede (*edictum*) ayrıca gösterilirdi. Örneğin; MÖ 121'de konsül Opimius, senato kararından sonra bir beyanname yayınlayarak, Caius Gracchus ve arkadaşlarını halk düşmanı ilân etmiştir (*hostis declaratio*).³² İlk kez MÖ 87 yılında, olağanüstü yönetim ilân eden senato kararında belirli kişiler (Marius, babası ve on kişi daha) halk düşmanları olarak saptanmıştır.³³ Hatta senato kararıyla, koşula bağlı olarak birtakım kişiler halk düşmanı ilân edilebilirdi. Örneğin; iç savaş sırasından

30 Bu kurum, askerî niteliği gereği, günümüz sıkıyönetimi ile benzerlik taşımaktadır. Nitekim öğretilerde doğrudan sıkıyönetim olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Mommsen, II.1, s. 373; Evan Taylor Sage. "The Senatus Consultum Ultimum", *The Classical Weekly*, C. 13, S. 24, Nisan 1920, s. 186. Kuşkusuz Roma'ya özgü bu yönetim biçimi ile modern hukuk sistemlerindeki sıkıyönetim gibi olağanüstü yönetim biçimleri arasında tam bir paralellik söz konusu değildir. Örneğin; modern sıkıyönetimde kolluk yetkilerinin askerî makamlara geçmesi söz konusudur. Oysa Eski Roma'da askerî makam-sivil makam ayrımı, Eski Çağ'da günümüzde olduğu kadar keskin değildir. Ordulara komuta etme yetkisine sahip *magistra*'lar doğrudan halk tarafından seçilen devlet adamlarıydı. Nitekim öğretilerde *senatus consultum ultimum*'un genel bir olağanüstü yönetim ilânı; genellikle nihai senato kararının ardından alınan, vatandaşların silah altına alındığı *tumultus* kararının ise sıkıyönetim ilanı olduğu iddia edilmiştir. Bkz. Bonner, s. 148. Ancak *tumultus*'un eli silah tutan her vatandaşın askere alınması ve askerlik muafiyetlerinin askıya alınmasından ibaret olduğu da savunulmuştur. Bkz. Mommsen, VII.3, s. 479. Bu nedenle *senatus consultum ultimum*'u sıkıyönetim, *tumultus*'u seferberlik ile bağdaştırmak isabetli olacaktır. *Tumultus* için bkz. dipnot 85.

31 Mommsen, VII.3, s. 476.

32 Plutarkhos, Caius Gracchus, 17.3. Konsül Opimius, Gracchus ve yandaşlarıyla çarpışmadan önce, Caius ya da Fulvius'un başını getirecek olana ağırlığınca altın vaat eder.

33 Titus Livius, Periochae, 77; Valerius Maximus, Factorum ac dictorum memorabilia, I.5.5; Plutarkhos, Sylla, 10.

belirli bir tarihe kadar isyancıların ordusundan ayrılmayanların, halk düşmanı sayılacağına ilişkin bir senato kararı çıkarılmıştır.³⁴ Yine Senato, Catilina'nın katlinde parmağı olan herhangi birine suçlama yöneltecek herkesin halk düşmanı ilân edileceğine ilişkin bir karar almıştır.³⁵

Yukarıda ana hatlarıyla özetlenen, nihai senato kararını anayasanın sağladığı birtakım güvencelerin geçici olarak askıya alındığı bir olağanüstü yönetim biçimi olarak tanımlayan klasik görüş tartışmaya açılmıştır. Hugh Last'a³⁶ göre *senatus consultum ultimum*, hukuken herhangi bir bağlayıcılığı olmayan, devleti kurtarmak için konsüllere yönelik tavsiye niteliğinde bir karardır: "Karar hukuken hiçbir hüküm doğurmazdı: kararın, anayasayı değiştirmek ya da askıya almak bakımından hiçbir anlamı yoktu. Senatörler tarafından kabulünden sonra bile, bir vatandaşı yargılama ve halka başvuru olmaksızın ölüme mahkûm etmek, eskiden olduğu gibi *provocatio* yasalarına aykırıydı".³⁷ Bir başka deyişle, nihai senato kararı, konsüllerin sahip olduğu yetki ve sorumluluk konularında herhangi bir değişiklik yapmayan, yalnızca konsüllerin Senato'nun siyasî desteğini aldığını gösteren bir danışma kararıdır.

Ne var ki Eski Çağ yazarlarının tanıklıkları, nihai senato kararını hukuk alanında hiçbir değişiklik yapmayan basit bir danışma kararına indirgeyen bu yaklaşımı çürütmektedir. Değindiğimiz gibi Sallustius kendi deyişle "çok ciddi durumlarda" Senato'nun konsüllere olağan anayasal düzende sahip olmadıkları büyük yetkiler verdiğini açıkça ifade eder ve konsüllerin sınırsız askerî yetkilerinin kaynağının senato kararı olduğunu ortaya koyar.³⁸ Plutarkhos ise MÖ 122'de nihai senato kararı üzerine Caius Gracchus ve yandaşlarını öldüren konsül Opimius'un "diktatör yetkilerine sahip ilk konsül" olduğunu yazar.³⁹

Sallustius ve hukukî tespitleri her zaman yerinde olmayan Plutarkhos'un bu açık ifadeleri güvenilir olmayabilir. Ancak hukukçu kişiliğiyle bilinen Cicero'nun kaleminden çıkan metinlerde de bu yazarlarınkıyla benzer bir değerlendirmeye rastlamak mümkündür. Her ne kadar Cicero nihai senato kararının konsüllere sınırsız askerî yetkiler verdiğini açıkça ifade etmese de, eserleri nihai senato kararının önemi hakkında bir ipucu vermektedir. MÖ 63 yılının konsülü Cicero, Catilina'nın devlete yönelik olası komplosuna karşı senatörlere, nihai senato kararı almaları için adeta yalvarır; bu uğurda, edebiyat tarihine Catilina Söylevleri olarak geçen uzun bir söylev verir.⁴⁰ Yalnızca tavsiye niteliğindeki bir karar için bunca çaba sarf edilmiş olması akla uygun değildir. Bonner'in⁴¹ savunduğu gibi, bu davranış biçimini, Senato'nun siyasî desteği olmaksızın

34 Sallustius, *Historiarum Fragmenta*, IV.52.

35 Cassius Dio, *Historiae Romanae*, XXXVII.42.

36 Hugh Last, "Caius Gracchus", **The Cambridge Ancient History IX: The Last Age of the Roman Republic**, 1. Basım, Cambridge, 1932, s. 84 vd. Benzer bir görüş için bkz. Gregory K. Golden, **Crisis Management during the Roman Republic: The Role of Political Institutions in Emergencies**, Cambridge University Press, 2013, s. 104-149.

37 Last, s. 84.

38 *Bellum Catilinae*, XXIX.

39 Caius Gracchus, 18.

40 *In Catilinam*, IV.6.

41 Bonner, s. 148.

girişeceği bir eylemin olası sonuçlarından çekinen Cicero'nun temkinli mizacıyla açıklamak tatmin edici değildir.

Mitchell'in⁴² ortaya attığı bir diğer görüşe göre, nihai senato kararı, mevcut tehdidin bertaraf edilmesi bakımından o denli önemlidir ki karar üzerine meydana gelen hukukî durumda; yetki konsüllere değil, bütünüyle Senato'ya aittir. Konsüller ve diğer *magistra*'lar, yalnızca Senato'nun devleti korumak için almış olduğu önlemleri uygulamak; onun iradesine uygun işlemleri yerine getirmekle görevlidir. Senato karar organı ("deliberative body"), konsüllük ise yürütme organıdır ("executive body"): "Özetleyecek olursak, Cicero *senatus consultum ultimum*'un, tehlikeli iç buhranlarda devletin egemenlik yetkisinin geçici olarak Senato tarafından üstlenildiği bir olağanüstü yönetim biçimi olduğunu savunmuştur".⁴³ Dolayısıyla senato kararı üzerine ortaya çıkan durum, anayasayı geçici olarak askıya alınarak, Senato'nun tüm yetkileri elinde topladığı bir tür olağanüstü yönetimdir.

Olağanüstü durumlarda bütün egemenlik yetkisinin Senato'ya ait olduğu yönündeki düşünceye, Cicero'nun şu metninde geçen "*summum imperium*" ve "*summum consilium*" ifadeleri kanıt olarak gösterilmiştir:

Cicero, *Pro Rabirio Perduellionis Reo*, 1:

*Quam ob rem si est boni consulis, cum cuncta auxilia rei publicae labefactari conuelli que uideat, ferre opem patriae, succurrere saluti fortunisque communibus, implorare ciuium fidem, suam salutem posteriorem salute communi ducere, est etiam bonorum et fortium ciuium, quales uos omnibus rei publicae temporibus exstitistis, intercludere omnis seditionum uias, munire praesidia rei publicae, **summum in consulibus imperium, summum in senatu consilium** putare; ea qui secutus sit, laude potius et honore quam poena et supplicio dignum iudicare.*

Makamına layık bir konsül, Devletin üzerinde kurulu olduğu temellerin kazıldığını ve söküldüğünü gördüğünde, vatani korumalı, herkesin selameti ve serveti için savaşmalı, vatandaşların güvenini kazanmalı, herkesin selametini kendi selametinin önüne koymalıdır; buna karşın ayaklanmaya giden her yolu kapamak, devletin surlarını güçlendirmek, tüm *imperium*'un konsüllere ait olduğuna ve tüm *consilium*'un Senatoda barındığına inanmak ve son olarak bu tür özlü sözlere itaat eden insanları ceza ve işkenceyi değil, saygıyı ve onuru hak eden insanlar olarak görmek, devlet her tehlikeye düştüğünde yaptıkları gibi, iyi ve cesur vatandaşların ödevidir.

42 Thomas Noel Mitchell. "Cicero and the Senatus 'consultum ultimum'", *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, C. 20, S. 1, 1971, s. 54

43 Mitchell, s. 55.

Sözcük anlamı “danışma, tavsiye, öğüt” olan *consilium*, hukukî kavram olarak senato kararları için kullanılırdı. Nitekim Senato'nun yasa hükmünde olmayan danışma kararları bakımından kullanılan “*senatus consultum*” deyimini, “senatonun tasviyesi” anlamına gelirdi. *Imperium*'un konsüllere, *consilium*'un senatörlere ait olduğunu yazan Sallustius'tan, olağanüstü durumlarda bütün egemenliğin Senato'ya geçtiği ve bu kurulun karar organı olduğu sonucunu çıkarmak oldukça abartılıdır. Sallustius bu ifadeyle, tüm yetkinin konsüllerde olduğunu, fakat bu yetkilerin konsüllere Senato tarafından verildiğini kasteder.

V. Anayasal Konumu

Nihai senato kararının hukukî niteliğine ilişkin tartışma, bu kararın anayasal konumuyla doğrudan ilgilidir. Kararın hukukî niteliğine dair farklı teoriler, yazarların kararın anayasaya uygunluğu konusundaki görüşleri çerçevesinde şekillenmiştir. Nihai senato kararının hukuken bağlayıcılığı bulunmayan bir danışma kararı olduğu yönündeki teori, anayasanın vatandaşlara sağladığı temel güvence olan *provocatio* hakkının, Senato tarafından hiçbir şekilde sınırlanamayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Buna karşın kararın konsülleri sınırsız askerî yetkilerle donattığı görüşü, olağanüstü tehditler halinde Senato'nun *provocatio* hakkını askıya alan kararın anayasaya uygun olduğu kabulünden yola çıkmaktadır. Bu nedenle nihai senato kararının anayasal konumu ile hukukî niteliği birlikte düşünülmelidir.

Roma hukukuna göre, düşmana sığınan, onun tarafına geçen ya da ülkesine karşı silahlanan Romalının vatandaşlık hakkı sona ermez; anayasal güvencelerden yararlanmaya devam ederdi.⁴⁴ MÖ 271'de *tribunus plebis* makamında bulunan M. Fluvius Flaccus, Rhegium (ῥηγιον) kentini savunmak için görevlendirilen ve yarı vatandaş statüsündeki Campani halkının, kenti işgal edip yerlileri kılıçtan geçirmesi üzerine ihanetten dolayı Roma'da infaz edilmesine, bu kişilerin *provocatio* hakkı bulunduğu gerekçesiyle karşı çıkmıştır.⁴⁵ Yarı vatandaşların *provocatio* hakkı bulunmazdı.⁴⁶ Ancak *tribunus plebis*'in yarı vatandaşlar için dahi böyle bir girişimde bulunmuş olması, ülkesine ihanet eden vatandaşların *provocatio* hakkına sahip olduğunu göstermektedir.⁴⁷

Senatus consultum ultimum'un ilk kez çıkarıldığı MÖ II. yüzyıldan önceki dönemde, her Romalının vatandaşlık hakkının sağladığı güvencelere sahip olduğu düşüncesi zemin kaybetmeye başlamıştır. Şehirde yangın çıkaran kundakçının, suç nedeniyle vatandaşlık hakkını yitirip devlet düşmanı haline geldiği, herkesin onu her türlü yöntemle etkisiz hale getirme hakkı bulunduğu kabul edilmiştir.⁴⁸ Ancak, yasal savunma (meşru müdafaa) hakkına dayanan bu kural, MÖ II. yüzyıla kadar, her zaman ikincil meselelerde söz konusu olmuştur. Mommsen'in savunduğu üzere⁴⁹, muhtemelen zehirleme, çete faaliyeti ve cinayetlere karışan kişilerin de vatandaşlık hakkı

44 Mommsen, VII.3, s. 472.

45 Valerius Maximus, II.7.15; Titus Livius, Periochae, 12.

46 Mommsen, VII.3, s. 472.

47 Mommsen, VI.2, s. 190 n°4.

48 Bkz. Caesar, Bellum Civile, I.5.

49 Mommsen, VII.3, s. 472.

ortadan kalkardı. Ancak bu dönemde, politik bir nedenle vatandaşlık hakkının kaldırılıp, bir kimsenin “halk düşmanı” (*hostis publicus*) ilân edilmesine rastlanmamaktadır.

Belirttiğimiz gibi, MÖ II. yüzyılın ortalarından itibaren gelişen büyük toplumsal krize bağlı olarak *Optimates-Populares* mücadelesi şiddetlenip, kitlesel halk seferberlikleri meydana geldiğinde, o zamana dek yalnızca politik olmayan meselelerde başvurulmuş bu uygulama, toplumsal ve politik olayların bastırılması için kullanılmaya başlanmıştır. Böylece *senatus consultum ultimum* çıkararak, siyasî rakiplerin halk düşmanı ilân edilmesinin önü açılmıştır.

Siyasî rakipleri vatandaşlıktan çıkararak nihai senato kararı kuşkusuz anayasaya, vatandaşların *provocatio* hakkını güçlendiren MÖ 122 tarihli *lex Sempronia de capite civis Romani*'ye aykırıydı.⁵⁰ Senato'ya böyle bir karar alma yetkisi veren hiçbir hukukî kaynak mevcut değildi. Vatana ihanet, komploculuk ve zehirleme gibi kamuya karşı suç işlediği düşünülen vatandaşlar hakkındaki kovuşturmayı Senato yürütürdü.⁵¹ Hatta Senato sahip olduğu yetkileri bir *magistra*'ya devredebilirdi; ancak böyle bir yetki, *provocatio* hakkı başta olmak üzere vatandaşların özgürlüğüne ilişkin maddî anlamda anayasal hüküm teşkil eden bir yasa (*lex Sempronia*) değiştirecek şekilde devredilemezdi.⁵² Öte yandan Senato'nun bir devlete savaş ilân etme yetkisi yoktu; bu yetki yasama erkine yani halk meclislerine aitti.⁵³ Savaş ilân etme yetkisine sahip olmayan bir organın, bireyin vatandaşlık hakkını elinden alıp onu düşman ilân etmesi düşünülemezdi.

Nitekim MÖ 133 yılının konsülü ve ünlü hukukçu P. Mucius Scaevola, Tiberius Gracchus ve onun yoldaşlarının ortadan kaldırmasını isteyen Senato'ya, “şiddeti teşvik etmeyeceğini, usule uygun yargılama olmaksızın hiçbir vatandaşın canına kıymayacağını” bildirerek, bu isteğin anayasaya aykırılığını ileri sürmüştür.⁵⁴ Benzer şekilde, muhalefet partisi *Populares* de Senato'nun kararının anayasaya aykırı olduğunu ifade etmiştir. Tiberius Gracchus ve onun yoldaşlarının katlinden sonra halkçı muhalefetin liderliğine yükselen Caius Gracchus, bir daha kimse ağabeyinin akıbetini paylaşmasın diye, *provocatio* hakkını güçlendiren iki yasa (*leges Semproniae*) önerisinde bulunmuştur. Birincisi, halk tarafından görevden alınan bir *magistra*'nın bir daha benzer bir göreve seçilememesine; ikincisi ise bir vatandaşın yargılamaksızın vatandaşlıktan çıkararak *magistra*'nın yargılanması için halk mahkemelerinin kurulmasına ilişkindir.⁵⁵ Ancak bu girişimden sonuç elde edilememiştir. MÖ 121'de bu kez Caius Gracchus ve arkadaşları, nihai senato kararının hedefi olmuşlardır. Senato aristokrasisinin ayrıcalıklarının elinden alan bir dizi yasa çıkararak Gracchus, üç bin yandaşıyla beraber katledilmiş, başı kesilerek Senato'ya götürülmüştür.⁵⁶

50 Abbott, s. 241; Richard Wellington Husband. “The Prosecution of Catiline's Associates”, *The Classical Journal*, C. 9, S. 1, Ekim 1913, s. 23; Taylor, s. 326.

51 Polybius, *Historiae*, VI.13.

52 Willems, II, s. 256.

53 Willems, II, s. 257.

54 Bkz. Plutarkhos, Tiberius Gracchus, 18; Appianus, *Bellum Civile*, I.16.

55 Bkz. Plutarkhos, Caius Gracchus, 4. Halk mahkemelerinin kurulmasını öngören ikinci öneri yasalaşmamıştır.

56 Bkz. Plutarkhos, Caius Gracchus, 18; Appianus, *Bellum Civile*, I.26.

Gracchus kardeşlerin ardından, *senatus consultum ultimum*'a karşı yapılan hiçbir hukukî itiraz sonuç vermemiştir. MÖ 121'de Caius Gracchus'u katleden konsül Opimius, görevinden ayrıldıktan sonra yargılanmış ve beraat etmiştir.⁵⁷ MÖ Saturninus'un katline karışan Rabirius hakkında ihanet suçlamasında bulunulmuş; ancak halk meclisleri cezayı onayamadan süreç sona ermiştir.⁵⁸ Uygulama devam etmiş ve MÖ 133-49 döneminde en az yedi kez olağanüstü yönetim ilân edilmiştir. İlerleyen zamanlarda Senato'da güç elde eden *Populares*, bu kurumu kendi menfaatine kullanmayı ihmal etmemiştir. Halkçı general ve devlet adamı Marius'un ölümünden sonra, MÖ 83 yılında aristokratik karşıdevrimin önderi Sylla halk düşmanı ilan edilmiş ve konsüller Norbanus ve Scipio, beş yüz bin kişilik bir orduyla Sylla'nın üzerine yürümüşlerdir.⁵⁹ Böylece nihai senato kararı ile olağanüstü yönetim ilanı, olağanüstü iç karışıklıklarda başvuru anayasal bir teamül haline gelmiştir.⁶⁰ Eski Roma'da anayasa sabit ve değişmez değildir; tam aksine ihtiyaçlar doğrultusunda değiştirilen ve geliştirilen bir hukuk kaynağıdır.⁶¹ Nitekim Caesar, Catilina'ya karşı ve daha sonra kendisine karşı nihai senato kararı çıkarıldığında, Senato'nun bu yetkisinin anayasaya uygunluğuna değil, yalnızca kararın yerindeliliğine itiraz etmiştir.⁶²

Başlangıçta anayasaya aykırı olduğuna kuşku bulunmayan bu kurumun zaman içinde anayasal bir teamül haline gelmesinde iki etken önemli rol oynamıştır. İlk olarak, rejimi tehdit eden olaylar karşısında olağanüstü yönetim ilanı alışımlı bir uygulamaya dönüşmüştür. Roma'nın derin ekonomik ve toplumsal çelişkilerinin yarattığı krizler dizisi, bu uygulamaya süreklilik kazandırmıştır. İkincisi ve belki de en önemlisi, belirttiğimiz gibi, aristokrasi ve muhalif siyasî hareket dahil olmak üzere toplumda *senatus consultum ultimum*'un kriz anlarında başvurulması gereken bir kurum olduğu düşüncesi taban bulmuştur. Bu ortak inancın en büyük nedeni, içinde yaşadığı toplum içinde kişisel güvenliği ve yaşamı güvence altına alınan bireyin, toplumsal düzen ve devletin yok olması üzerine bu güvencenin sona ereceğine yönelik endişesidir. Bu bakış açısı, daha büyük ve bir bakıma kutsallık atfedilen bir yapının çıkarlarını bireysel çıkarlardan daha üstün tutma eğilimi yaratmıştır.

Hukukî zeminde ise bu kurum; mücbir sebep (*vis maior*), zorunluluk (*necessitas*) ve yasal savunma kavramlarına dayandırılarak meşrulaştırılmıştır.⁶³ Romalıların düşüncesine göre devletin güvenliği tehdit eden bir mücbir sebebin varlığı halinde, bu tehdidi ortadan kaldırmaya yönelik bütün girişimler meşru ve hukuka uygundur. Nitekim MÖ 100 yılında *tribunus plebis* L. Appuleius Saturninus'un katline karışan Caius Rabirius'u savunan Cicero, onun nihai senato kararı üzerine, devleti korumak için hareket ettiğini belirtir (*summum auxilium maiestatis atque*

57 Cicero, Brutus, 128.

58 Valerius Maximus, XXXVII.26.

59 Appianus, Bellum Civile, I.9.82.

60 Mommsen, VII.3, s. 474.

61 Andrew Lintott. **The Constitution of the Roman Republic**, Oxford, 1999, s. 7.

62 Caesar, Bellum Civile, I.7; Sallustius, Historiae, 51.43. Catilina Olayı sırasında Caesar, nihai senato kararının alınmasını itiraz etmez; yalnızca ölüm cezasının uygulanmamasını, komploya karışanların tüm mallarına el koyulmasını ve tutuklanmasını ister.

63 Mommsen, II.1, s. 372-373.

imperi).⁶⁴ Devletin güvenliği için alınacak herhangi bir önlemin normatif hukuka (*lex Sempronia*) aykırı olması da bu gerçeği değiştiremezdi. Yine Cicero her vatandaşın *provocatio* hakkına sahip olduğunu kabul ettikten sonra, anayasanın açıkça ihlal edilmesini şu şekilde açıklar: *At vero C. Caesar intellegit legem Semproniam esse de ciuibus Romanis constitutam; qui autem rei publicae sit hostis, eum ciuem esse nullo modo posse*⁶⁵ (Caesar'a gelince, Sempronia yasasının Roma vatandaşlarının yararına çıkarıldığını anlıyor; ancak devlete düşmanlık eden bir kimse hiçbir şekilde vatandaş değildir). Benzer şekilde MÖ 133'te, anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle, Tiberius Gracchus'a yönelik senato kararına uymayacağını açıklayan konsül P. Mucius Scaevola'ya, önde gelen aristokratlardan Scipio Nasica'nın yanıtı şöyle olmuştur: *quoniam' inquit 'consul, dum iuris ordinem sequitur, id agit, ut cum omnibus legibus Romanum imperium corruat, egomet me privatus voluntati vestrae ducem offero* (Madem ki konsül yasalara uyarak Devletin yasalarla birlikte yok olmasına neden olacak, ben sıradan bir kişi olarak önderiniz olmak için kendimi öneriyorum).⁶⁶ Görüldüğü gibi, normatif hukukun her zaman toplum ve devletin menfaatine olmayacağı kabul edilmiştir. Bu düşünce tarzını en iyi Cicero ifade etmiştir: *Salus populi suprema lex esto* (Halkın selameti en üstün yasa olmalıdır).⁶⁷

VI. Kararı Uygulayan Kişiler

Senato, iç tehdidi ortadan kaldırma görev ve yetkisini, genellikle o sırada Roma ya da İtalya'da bulunan bütün üst düzey *magistra*'lara verirdi. Nitekim MÖ 49 yılında Rubicon'u geçerek ordusuyla başkent üzerine yürüyen Caesar'a karşı alınan senato kararında; konsül, *praetor*, *tribunus plebis* ve şehrin yakınındaki prokonsüller (*proconsules ad urbem*) görevlendirilmiştir.⁶⁸ Kurumun askerî niteliği gereği, ordulara komuta etme yetkisini içeren *imperium*'a sahip *magistra*'ların görevlendirilmesi doğaldır.

Bu noktada *tribunus plebis*'leri ayrı bir yere koymak gerekir. Hiçbir askerî yetkiye sahip olmayan ve Senato aristokrasisi ile halk kesimleri arasında politik ve hukukî bir denge sağlamak amacıyla görev yapan bu *magistra*'lar, uygulamada askerî süreçten bütünüyle dışlanırlardı.⁶⁹ Nitekim ilk kez *senatus consultum ultimum*, topraksız geniş kitlelerin desteğini alan *tribunus plebis* Tiberius Gracchus'un hayata geçirmeye çalıştığı toprak reformunu önlemek amacıyla çıkarılmıştır. Dolayısıyla, aristokrasi karşısında halkı temsil eden *tribunus plebis* makamı, en azından kurumun başlangıç döneminde, senato kararının bizzat hedef aldığı "iç tehdit" idi.⁷⁰

64 Cicero, Pro Rabirio Perduellionis Reo, II.

65 Cicero, In Catilinam, IV.5.

66 Valerius Maximus, III.2.17. Plutarkhos ise Scipio'nun konsülü, devlete ihanet etmekle suçladığını ve yasaları savunmak isteyenlerin kendisini takip etmesini istediğini aktarır. Bkz. Plutarkhos, Ti. Gracchus, 19-20.

67 Cicero, De Legibus, III.3.8.

68 Caesar, *Bellum Civile*, I.5.

69 Mommsen, VII.3, s. 475.

70 MÖ 133-100 döneminde nihai senato kararıyla halk düşmanı ilân edilen Tiberius Gracchus, Caius Gracchus ve Lucius Appuleius Saturninus *tribunus plebis* makamındaydılar.

Anayasaya sadakat göstermeyerek olağanüstü yönetimin gereğini yapmayan ya da ayaklanmaya katılan *magistra*'ların görevlerini askıya alınır (circumscribere).⁷¹ Örneğin MÖ 63 yılında Catilina'ya karşı olağanüstü yönetim ilân edildiğinde, o sırada *tribunus plebis* makamında bulunan Caesar ve mevkidaşı Metellus Senato tarafından görevden el çektirilmişlerdir.⁷² Caesar bir süre sonra görevine iade edilmiştir.

Kural olarak bütün üst düzey *magistra*'ların görevlendirilmesi, nihai senato kararının, Roma devlet yapısında *magistra*'lar arasındaki hiyerarşik düzeni askıya aldığı anlamına gelmemektedir. Devlet hiyerarşisinin en tepesindeki konsüller, devlet güvenliğine yönelik iç tehdidi ortadan kaldırmak amacıyla, görevli diğer *magistra*'lara önderlik ederlerdi. Bütün *magistra*'lar, konsüllerin emir ve talimatlarıyla bağlı olup; onun koordinasyonu ve denetiminde hareket ederlerdi. Konsüllerin halk ayaklanmasının bastırılmasındaki rolü o denli önemliydi ki, Romanist gelenekte Senato'nun yalnızca konsülleri görevlendirdiği dahi hatalı biçimde ifade edilmiştir. Bu yanlış bir tarihsel kaynaktan ileri gelmektedir. Catilina Komplosu (MÖ 63) olarak tarihe geçen olaylar dizisini aktaran Romalı yazar ve tarihçi Sallustius, Senato'nun yalnızca konsülleri açıkça görevlendirdiğini yazar.⁷³ Ancak Mommsen'in belirttiği gibi⁷⁴, *praetor* ve prokonsüllerin süreçte etkin rol oynaması, bu *magistra*'ların da Senato tarafından görevlendirildiğini göstermektedir.⁷⁵

Olağanüstü yönetimde konsüllerin belirleyici rolü, konsüllerden birinin Roma'da bulunması ya da görevde yalnızca bir konsülün bulunması varsayımında, diktatörün rolü ile oldukça benzerdir.⁷⁶ Böyle bir varsayımda konsül, tıpkı diktatör gibi, sınırsız yetkilere sahip bir tek adam konumundadır. Belirttiğimiz gibi Yunan yazar Plutarkhos, Caius Gracchus ve yandaşlarını yargılamaksızın öldürten Opimius'un, "diktatör yetkilerine sahip olan ilk konsül" olduğunu yazar.⁷⁷ Diğer *magistra*'lar ise konsüle bağlı olarak çalışırlardı.

Belirttiğimiz gibi, *senatus consultum ultimum*, konsüller başta olmak üzere yalnızca üst düzey *magistra*'ları sınırsız askerî yetkilerle donatırdı. Ancak devlete yönelik bir saldırının söz konusu olduğu bir mücbir sebep durumunda, her vatandaş topluma yönelik saldırıya karşı kişisel güç kullanma hakkına sahipti.⁷⁸ Böyle bir saldırıya karşı bireysel güç kullanımının hukuka uygun olması, her vatandaş ve toplumun hukuka aykırı bir saldırı karşısında kendisini savunmasının doğal olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle bu hakkın hukukî dayanağı yasal savunma ya da meşru müdafaa kurumudur. Dolayısıyla, her ne kadar senato kararında vatandaşlar görevlendirilmemiş olsa da, herkes devlete yönelik tehdidi ortadan kaldırmak için

71 Willems, II, s. 254.

72 Suetonius, Caesar, 16; Cassius Dio, *Historiae Romanae*, XXXVII.43.

73 Bkz. Sallustius, *Bellum Catilinae*, 29: *senatus decrevit darent operam consules ne quid res publica detrimenti caperet*. Cicero ve Cassius Dio da benzer bir tablo çizerler. Bkz. Cicero, *Philippicae*, VIII.14; Cassius Dio, *Historiae Romanae*, XXXVII.48.

74 Mommsen, VII.3, s. 475 n°3.

75 Bkz. Sallustius, *Bellum Catilinae*, 42.

76 Mommsen, VII.3, s. 476.

77 Plutarkhos, Caius Gracchus, 18.

78 Mommsen, VII.3, s. 470.

güç kullanabilirdi. Bu doğrultuda başkasına zarar veren bir fiil, hukuka aykırı kabul edilmez; zarar verenin sorumluluğu söz konusu olmazdı.

VII. Sonuçları, Tumultus ve Iustitium ile İlişkisi

Nihai senato kararının en önemli sonucu, belirttiğimiz gibi, kararda ya da daha sonra *magistra*'lar tarafından çıkarılacak bir beyannameye gösterilen kişilerin vatandaşlık haklarının ellerinden alınmasıdır. Böylece söz konusu kişiler, *provocatio* hakkı başta olmak üzere anayasal güvencelerini yitirirler; Roma devletinin “düşmanı” (*hostis*) olarak nitelendirirlerdi. Savaş hukukuna tâbi kılınan bu kişileri yakalamak ve öldürmek gerek üst düzey *magistra*'ların gerek her vatandaşın hak ve ödeviydi.⁷⁹ Bu bakımdan nihai senato kararı, askerî yetkinin Roma sınırları içinde kullanılmasına olanak veren bir olağanüstü yönetim ilânıydı.

Dolayısıyla *magistra*'ların vatandaşlara yaptırım uygulama yetkisi anlamına gelen *coercitio*, iç karışıklık ortadan kalkana dek sınırsızdı. Bir başka deyişle *magistra*, söz konusu kişiler hakkında öldürme dahil olmak üzere uygun gördüğü her türlü cezayı vermekte özgürdü. Galya'nın yönetiminden alınmasını talep ettiği için sürgün ettiği eski konsül Marcellus'u bağışlayan Caesar'a seslenen Cicero, onun merhametini överken, savaş hukukunun ölüm dahil her türlü cezayı içerdiğini belirtir: *Nam cum ipsius victoriae condicione omnes victi occidissetus, clementiae tuae iudicio conservati sumus* (Zaferin yasalarına göre hepimiz can vermeliydik; merhametiniz sayesinde canımız bağışlandı).⁸⁰

Olağan anayasal düzende, hakkında usule uygun bir yargı kararı olmaksızın bir vatandaşın öldürülmesi suç teşkil eder; böyle bir eylemde bulunan *magistra*'ların görev sürelerinin bitiminde halk meclisleri karşısında cezaî sorumluluğu söz konusu olurdu. Anayasal teamül haline geldikten sonra, nihai senato kararı, yargı kararı olmaksızın devleti tehdit eden vatandaşların ortadan kaldırılmasını hukuka uygun hale getiren bir karar olmuştur. Böylece söz konusu kişilerin sorumluluğuna gitmek mümkün olmazdı. Nitekim ilk nihai senato kararı, *tribunus plebis* makamında bulunan halkçı lider Tiberius Gracchus'un aristokrasinin önde gelenlerinden senatör Cornelius Scipio Nasica ve arkadaşları tarafından katledilmesinin ardından, ilgili kişilerin yargılanmasını önüne geçmek amacıyla çıkarılmıştır.⁸¹

İç tehdidin ortadan kaldırılması amacıyla, *senatus consultum ultimum* ile aynı anda ya da onun sonrasında birtakım ek kararlar da alınırdı.⁸² Olağanüstü yönetime bağlı olarak alınan bu kararlar, seferberlik (*tumultus*) ve kamu işlerinin askıya alınması (*iustitium*) kararlarıydı. Gracchus kardeşlerden sonraki dönemde bu kararlar, yalnızca söz konusu tehdidin bir Roma

79 Mommsen, VII.3, s. 477.

80 Cicero, Pro Marcello, IV.12.

81 Valerius Maximus, IV.7.1.

82 Willems, II, s. 247.

vatandaşının herhangi bir ordunun başında olması ve devlet düşmanı (*hostis rei publicae*) ilân edilmesi halinde alınmıştır.⁸³

Devlete yönelik askerî bir tehdit halinde nihai senato kararının ardından, *tumultus*⁸⁴ kararı alınır; devlet düşmanlarını ortadan kaldırmak amacıyla halk silahlanmaya çağırılırdı (*populum Romanum ad arma vocare*). Bu kararı, Roma'da bulunanlar arasındaki hiyerarşik önceliğe göre belirlenen üst düzey *magistra*'lardan biri uygulardı. Karar üzerine askerlikten muafiyetler ikinci bir karara dek askıya alınır, teçhizatını karşılayamadığı için askerliğe elverişli olmayan mülksüz kesimler (*proletarii*) devlet bütçesinden silahlandırılarak askere alınır, bütün askerî izinler iptal edilirdi.⁸⁵ Vatandaşlar, olağan günlük giysileri olan *toga* yerine, *sagum* denilen askerî üniformalarıyla sokağa çıkarlardı. Buna *sagum sumere* ya da *saga sumere* (*sagum*⁸⁶ giymek) denirdi.⁸⁷

Seferberliğe bağlı olarak⁸⁸, yargı faaliyeti başta olmak üzere devletin olağan işleyişi ve özel işler iç tehdit ortadan kalkana dek askıya alınırdı. Kamu yaşamının askıya alınmasını ifade eden bu hâle *iustitium* denirdi.⁸⁹ *Iustitium* kavramı, *ius* (hukuk) ve *sistere* (durmak) sözcüklerinin bileşiminden meydana gelmiştir. *Iustitium*'un amacı, devleti tehdit eden tehlikeyi bertaraf etmek için ilân edilen seferberliği kolaylaştırmaktı.⁹⁰

83 Abbott, s. 240; Willems, II, s. 246.

84 Sözcük anlamı "ayaklanma, karışıklık, düzensizlik" olan *tumultus*, savaş hâli dışındaki silahlı tehditler ve olağanüstü yönetimin ilânına neden olan olay anlamında kullanılırdı. Bkz. Alfred Ernout ve Alfred Meillet. **Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine: Histoire des Mots**, Paris, 2001, s. 707. Cicero'nun yazdığı gibi, hukukî kavram olarak, vatandaşların silah altına alındığı seferberlik hâli anlamında kullanılırdı: *potest enim esse bellum, ut tumultus non sit, tumultus esse sine bello non potest* (*tumultus* olmadan savaş olabilir; ama savaş olmadan *tumultus* olamaz). Bkz. Cicero, *Philippicae*, VIII.1.2. Her savaşta mutlaka seferberlik ilân edilmez; ancak seferberlik mutlaka iç ya da dış savaşa yönelik ilan edilirdi. Ancak öğretilerde *tumultus*, hatalı biçimde sıkıyönetime benzetilmiştir. Bkz. Ayrıntılı bilgi için bu çalışmada bkz. dipnot 19.

85 Titus Livius, *Periochae*, LXI; Cicero, *De Oratore*, II.30.130; *Philippicae*, VIII.1.2; Caesar, *Bellum Civile*, I.7.

86 *Sagum* (*toga* sözcüğünden yola çıkarak *saga* da denir), Galya kökenli, omuzlardan sırta kadar uzanan ham yünden yapılmış bir pelerindir. Sivil kıyafet olan *toga*'ya karşıt olarak, askerî kıyafet anlamında kullanılırdı. *Toga* barışı, *saga* ise savaşı temsil ederdi. Bkz. Charles Victor Daremberg ve Edmond Saglio. **Dictionnaire des antiquités grecques et romaines**, IV², Paris, 1873, s. 1008; William Smith. **A Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, Londra, 1875, s. 1002.

87 Titus Livius, *Periochae*, LXXII; Cicero, *Philippicae*, V.12.

88 Titus Livius başta olmak üzere kaynaklarda *tumultus* ve *iustitium* kavramları birbirleriyle doğrudan bağlantılı ele alınmıştır. *Iustitium*, *tumultus*'un bir sonucu olarak ifade edilmiştir. Genellikle her iki karar aynı anda alınır.

89 Öğretilerde *iustitium*'a ilişkin iki farklı teori ileri sürülmüştür. İlk olarak, *tumultus* ilânı üzerine savaş hazırlıklarının kolaylaştırmak amacıyla, yargı faaliyeti başta olmak üzere askerî işler dışında kalan her türlü devletin olağan işleyişinin askıya alınmasına ilişkin geçici bir önlem olduğu savunulmuştur. Bkz. Emil Middell. **De iustitio deque aliis quibusdam iuris publici Romani notionibus**, Minda, 1887. İkincisi, hukuk düzeninin askıya alındığı ve *magistra*'lara sınırsız yetkilerin verildiği, başlı başına bir olağanüstü yönetim ilânı olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Adolph Nissen. **Das Iustitium: Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte**, Leipzig, 1887. Nissen'in bu görüşü Eşref Küçük ve Abdurrahman Saygılı. "Roma Hukukunda İstisna Halinin Paradigmatik Biçimi Iustitium Kurumu", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, 2014, s. 259-282. İmparatorluk döneminde bu kavram, imparatorların ölümünün ardından ilan edilen "ulusal yas" (*luctus publicus*) anlamına kavuşmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. William Seston. "Les Chevaliers romains et le 'iustitium' de Germanicus", **Revue historique de droit français et étranger** (1922-), Dördüncü seri, C. 29, 1952, s. 159-177.

90 Willems, II, s. 244.

Yargı faaliyetinin durduğu bu dönemde, *magistra*'nın vatandaşlığı elinden alınan bir kimse hakkında vermiş olduğu ceza kararı, herhangi bir başvuru yolu bulunmadığından kesindi.⁹¹ Bu nedenle ceza derhal infaz edilebilirdi.

VIII. İlk İmparatorluk Döneminde *Senatus Consultum Ultimum*

Senatus consultum ultimum'un ilân edilmesine neden olan politik ve toplumsal ortamın ortadan kalkması, kurumun kullanım alanının değişmesine neden olmuştur. MÖ I. yüzyılın sonunda ordunun desteğiyle, dış düşmanlara boyun eğdiren bir fatih olarak iktidarı ele geçiren Caesar'ın varisi Octavianus, zor yoluyla elde ettiği iktidarını, muhafazakâr aristokrasiyi yenilgiye uğratmak için kullanmamış; tam aksine egemen sınıfı yeniden birleştirmiştir. Cumhuriyet kurumlarını hukuken muhafaza etmiş ve Senato'nun yetkilerini iade etmiş olmasına rağmen, iktidarda kaldığı süreçte farklı makam ve unvanlarla gücü fiilen elinde tutmuştur. İç savaş zaferiyle elde ettiği itibar, Caesar'ın varisi olması nedeniyle halkçı gelenekten geliyor olması ve orduya dayanarak çizmiş olduğu kriz içindeki Roma'ya istikrar kazandırabilecek yegâne güçlü lider imajı, Octavianus'un halkın desteğini almasına yol açmıştır. Böylelikle tek adam haline gelen ve kutsala yakın bir anlama gelen "Augustus" unvanını alan Octavianus, düzeni sağlamış ve halk ayaklanmaları çağını kapatmıştır.

İlk İmparatorluk (*Principatus*) döneminde *senatus consultum ultimum*'un hukukî rejimi, şart ve sonuçları değişmemiştir.⁹² Ancak olağanüstü yönetimin ilanında önemli rol oynayan Senato'nun bu dönemde politik ağırlığının azalması ve *princeps*'in⁹³ ("birinci yurttaş") gölgesinde kalması sonucunda, nihai senato kararının kullanım şekli ve alanı, Cumhuriyet Dönemi'ne göre farklılaşmıştır. Bu dönemde *senatus consultum ultimum*, genellikle iki hâlde ilân edilirdi.

Birincisi, senato kararıyla *imperium*'u elinden alınarak devrilen imparator "halk düşmanı" ilân edilirdi.⁹⁴ İmparatorun devrilmesine yol açan hareket hukukî bir dayanağa sahip olurdu. Böylece harekete katılan devlet görevlileri ve vatandaşların sorumluluğuna gidilemezdi.

İkincisi, imparatorlar siyasi muhaliflerini ortadan kaldırmak amacıyla nihai senato kararından yararlanırlardı. Olağan yargı sürecine kıyasla, senato kararıyla bir muhalifin vatandaşlık hakkından mahrum bırakılarak infazı, çok daha kolay ve hızlı bir yoldu.⁹⁵

91 Mommsen, VII.3, s. 482.

92 Mommsen, VII.3, s. 482.

93 İmparatorluk döneminde imparatorlar için kullanılan *princeps* ("birinci") kavramı, Cumhuriyet döneminde de var olan ve *cursus honorum*'un dışında kalan bir makam olan *princeps senatus*'tan gelir. *Princeps senatus* ise *ensor* tarafından seçilen, senatörler arasında önceliğe sahip olan kişidir.

94 *Magistra*'ların önde geleni ve en geniş yetkilere sahip olan *princeps*'in sahip olduğu *imperium*'un kaynağı halkın iradesiydi. Halkın iradesini temsil ettiği kabul edilen Senato, *imparator*'u görevden alabilirdi. Bu bakımdan nihai senato kararı, halk tarafından imparator olarak görevlendirilen bir kimsenin aynı şekilde görevden alınmasına yol açan ve onun *imperium*'unu elinden alan bir idarî karardı. Bu bakımdan büyük Romanist Mommsen, imparatorun görevden alınmasına ilişkin senato kararını, günümüz İdare Hukukunun temel ilkelerinden biri olan "yetkide paralellik" ilkesiyle bağdaştırmıştır. Bkz. Mommsen, II, s. 445.

95 Mommsen, VII.3, s. 482.

Principatus döneminde nihai senato kararı, devlet ve dolayısıyla egemen sınıfın çıkarlarının tehdit edildiği iç karışıklıklarından çok, iktidarı paylaşan odaklar arasındaki güç mücadelelerinde iktidar değişikliğini sağlamak amacıyla kullanılmıştır. Bu dönemde *senatus consultum ultimum*, toplumsal kriz koşullarında aristokrasinin politik egemenliğini muhafaza etmesi amacıyla ilan edilen bir olağanüstü yönetim biçimi değil, egemen sınıf ve yönetici zümrenin kendi içindeki mücadelelerde politik bir araç niteliği kazanmıştır. Bir başka deyişle, halk ayaklanmaları çağı kapandığında nihai senato kararı, saray ve ordu entrikalarının sonucunda ilan edilmeye başlanmıştır.

SONUÇ

Nihai senato kararı anlamına gelen *senatus consultum ultimum*, Eski Roma'da devleti tehdit eden olağanüstü iç karışıklarda, konsüller başta olmak üzere üst düzey *magistra*'ların tehdidi ortadan kaldırmak amacıyla sınırsız askerî yetkilerle donatan senato kararıdır.

Her şeyden önce bu karar, olağan yargılama ve halka başvuru süreci söz konusu olmaksızın, vatandaşların halk düşmanı olarak ilan edilip, ölüm cezasına mahkûm edilmesi anlamına gelirdi. Anayasanın vatandaşlara sağladığı bu iki büyük güvenceyi askıya alan bu karar, bir olağanüstü yönetim biçiminin hayata geçirildiğini ilan ederdi. Askerî niteliği, kurumun Eski Çağ'a özgü bir sıkıyönetim olduğuna işaret etmektedir.

Nihai senato kararı ilanı üzerine meydana gelen hukukî durum, Klasik Roma diktatörlüğün devamı niteliğindedir. Tarihsel süreçte halk ayaklanmalarına karşı devletin ve aristokrasinin başvurduğu asıl hukukî kurum, diktatörlük olmuştur. Ancak sınıf mücadelesi sonucunda, MÖ III. yüzyıldan itibaren itibar ve ayrıcalıklarını yitirmeye başlayan diktatörlük kurumuna bir daha başvurulmamıştır. Böylece olağanüstü iç tehditler sırasında bir zamanlar Senato'nun kararına dayanarak konsüllerden birinin atadığı diktatöre verilen sınırsız askerî yetkiler, bu kez konsüller başta olmak üzere üst düzey *magistra*'lara senato kararıyla verilmeye başlanmıştır.

Nihai senato kararı esasen anayasaya aykırıydı; zira Senato'ya bir vatandaşın yargılanma ve halka başvuru haklarını elinden alma yetkisi veren hiçbir hukukî kaynak mevcut değildi. Nitekim tarihsel süreçte, kararın hedefi olan muhalif siyasî hareketin üyeleri defalarca bu kararın anayasaya aykırılığını ileri sürmüşler; hatta böyle bir karara dayanarak bir vatandaş yargılama ve halka başvuru söz konusu olmaksızın öldüren *magistra*'lar cezai sorumluluğuna gidilmiştir. Olağan anayasal düzenin iç tehdidi etkisizleştirmekte yetersiz kaldığı bu durumlarda, egemen sınıf ve devlet, elinde tuttuğu politik ve ekonomik güç sayesinde anayasaya aykırı bir önleme tarihsel süreçte defalarca başvurmuşlardır. Cicero gibi dönemin önemli hukukçuları, bu anayasaya aykırı kurumu; yasal savunma, mücbir sebep ve zorunluluk ilkelerine dayandırarak meşrulaştırmaya çalışmışlardır. Daha sonra *Populares* partisinin de kendi çıkarları doğrultusunda başvurduğu nihai senato kararı, herhangi bir pozitif hukuk dayanağı bulunmamasına rağmen, hukuka uygunluğu konusunda tartışma bulunmayan bir anayasal teamül haline gelmiştir.

KAYNAKÇA

- Abbott, Frank Frost. **A History and Description of Roman Political Institutions**, The Athenaeum Press, Boston, 1997.
- Bonner, Robert J. "Emergency Government in Rome and Athens", **The Classical Journal**, C. 18, S. 3, Aralık 1922, s. 144-152.
- Daremberg, Charles Victor ve Edmond Saglio. **Dictionnaire des antiquités grecques et romaines**, IV², Paris, 1873.
- Eren, Selahattin. "Roma Diktatörlüğü", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, S. 2, Aralık 2017, s. 167-220.
- Ernout, Alfred / Alfred Meillet. **Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine: Histoire des Mots**, Paris, 2001.
- Golden, Gregory K. **Crisis Management during the Roman Republic: The Role of Political Institutions in Emergencies**, Cambridge University Press, 2013.
- Husband, Richard Wellington. "The Prosecution of Catiline's Associates", **The Classical Journal**, C. 9, S. 1, Ekim 1913, s. 4-23.
- Küçük, Eşref ve Abdurrahman Saygılı. "Roma Hukukunda İstisna Halinin Paradigmatik Biçimi Iustitium Kurumu", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, 2014, s. 259-282.
- Last, Hugh. "Caius Gracchus", **The Cambridge Ancient History IX: The Last Age of the Roman Republic**, 1. Basım, Cambridge, 1932, s. 40-101.
- Lintott, Andrew. **The Constitution of the Roman Republic**, Oxford, 1999.
- Middell, Emil. **De iustitio deque aliis quibusdam iuris publici Romani notionibus**, Mindae, 1887.
- Mitchell, Thomas Noel. "Cicero and the Senatus 'consultum ultimum'", **Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte**, C. 20, S. 1, 1971, s. 47-61.
- Mommsen, Theodor, **Le droit public romain**, Çev. Paul Frédérick Girard, Paris, 1984.
- Nissen, Adolph. **Das Iustitium: Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte**, Leipzig, 1887.
- Rossiter, Clinton L. **Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies**, Princeton, 1948.
- Sage, Evan Taylor. "The Senatus Consultum Ultimum", **The Classical Weekly**, C. 13, S. 24, Nisan 1920, s. 185-189.
- Seston, William. "Les Chevaliers romains et le 'iustitium' de Germanicus", **Revue historique de droit français et étranger (1922-)**, Dördüncü seri, C. 29, 1952, s. 159-177.
- Smith, William. **A Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, Londra, 1875.
- Taylor, Thomas Marris. **A Constitutional and Political History of Rome From the Earliest Times to the Reign of Domitian**, Londra, 1910.
- Willems, Pierre. **Le Sénat de la République romaine**, II, Louvain, 1883.
- Wright, Claire. "Going beyond the Roman dictator: a comprehensive approach to emergency rule, with evidence from Latin America", **Democratization**, C. 19, S. 4, Ağustos 2012, s. 713-734.

ANTİK KAYNAKLAR

- Appianus. **Roman History, Volume III: The Civil Wars, Books 1-3.26**. Çev. Horace White. Loeb Classical Library 4. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1913.
- Caesar. **Civil War**. Ed. ve Çev. Cynthia Damon. Loeb Classical Library 39. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.

- Cassius Dio. **Roman History, Volume I: Books 1-11.** Çev. Earnest Cary, Herbert B. Foster. Loeb Classical Library 32. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1914.
- Cicero. **On the Republic. On the Laws.** Çev. Clinton W. Keyes. Loeb Classical Library 213. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1928.
- Cicero. **Philippics 1-6.** Ed. ve Çev. D. R. Shackleton Bailey. Göz. Geç. John T. Ramsey, Gesine Manuwald. Loeb Classical Library 189. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.
- Cicero. **Philippics 7-14.** Ed. ve Çev. D. R. Shackleton Bailey. Göz. Geç. John T. Ramsey, Gesine Manuwald. Loeb Classical Library 507. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.
- Cicero. **In Catilinam 1-4. Pro Murena. Pro Sulla. Pro Flacco.** Çev. C. Macdonald. Loeb Classical Library 324. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1976.
- Cicero. **On the Orator: Books 1-2.** Çev. E. W. Sutton, H. Rackham. Loeb Classical Library 348. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1942.
- Cicero. **Pro Milone. In Pisonem. Pro Scauro. Pro Fonteio. Pro Rabirio Postumo. Pro Marcello. Pro Ligario. Pro Rege Deiotaro.** Çev. N. H. Watts. Loeb Classical Library 252. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1931.
- Cicero. **Pro Lege Manilia. Pro Caecina. Pro Cluentio. Pro Rabirio Perduellionis Reo.** Çev. H. Grose Hodge. Loeb Classical Library 198. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1927.
- Cicero. **Brutus. Orator.** Çev. G. L. Hendrickson, H. M. Hubbell. Loeb Classical Library 342. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1939.
- Plutarkhos. **Lives, Volume X: Agis and Cleomenes. Tiberius and Gaius Gracchus. Philopoemen and Flamininus.** Çev. Bernadotte Perrin. Loeb Classical Library 102. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1921.
- Plutarkhos. **Lives, Volume IV: Alcibiades and Coriolanus. Lysander and Sulla.** Çev. Bernadotte Perrin. Loeb Classical Library 80. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1916.
- Polybius. **The Histories, Volume I: Books 1-2.** Çev. W. R. Paton. Göz. Geç. F. W. Walbank, Christian Habicht. Loeb Classical Library 128. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.
- Res Gestae Divi Augusti.** Çev. Frederick W. Shipley. Loeb Classical Library 152. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1924.
- Sallustius. **The War with Catiline. The War with Jugurtha.** Ed. John T. Ramsey. Çev. J. C. Rolfe. Loeb Classical Library 116. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.
- Sallustius. **Fragments of the Histories. Letters to Caesar.** Ed. ve Çev. John T. Ramsey. Loeb Classical Library 522. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.
- Suetonius. **Lives of the Caesars, Volume I: Julius. Augustus. Tiberius. Gaius. Caligula.** Çev. J. C. Rolfe. Giriş K. R. Bradley. Loeb Classical Library 31. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1914.
- Titus Livius. **History of Rome, Volume II: Books 3-4.** Çev. B. O. Foster. Loeb Classical Library 133. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1922.
- Titus Livius. **History of Rome, Volume XIV: Summaries. Fragments. Julius Obsequens. General Index.** Çev. Alfred C. Schlesinger. Index Russel M. Geer. Loeb Classical Library 404. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1959.
- Valerius Maximus. **Memorable Doings and Sayings, Volume I: Books 1-5.** Ed. ve Çev. D. R. Shackleton Bailey. Loeb Classical Library 492. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.
- Varro. **On the Latin Language, Volume I: Books 5-7.** Çev. Roland G. Kent. Loeb Classical Library 333. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1938.

Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu

Landowner's Liability

Yasemin YILMAZ*

Öz

Taşınmaz malikinin sorumluluğu Türk Medeni Kanunu (TMK) md.730'da düzenlenmiş bir kusursuz sorumluluk halidir. Anılan hükümde ikili bir ayırım yapılarak taşınmaz malikinin sorumluluğu düzenleme alanı bulmuştur. Türk Medeni Kanunu md.730/f.1'de taşınmaz mülkiyetinin yasal kısıtlamalara aykırı olarak kullanılması halinde sorumluluk, TMK md.730/2'de ise taşınmaz mülkiyetinin yasal sınırları içerisinde hukuka uygun bir şekilde kullanılması sonucunda meydana gelen kaçınılmaz taşkınlıklardan sorumluluk hali düzenlenmiştir.

Sorumluluğun şartları TMK md.730/f.1 kapsamında taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalara aykırı olarak kullanması, bunun sonucunda bir kimsenin zarar görmesi veya zarar tehlikesi ile karşılaşması ve malikin bu kullanımı ile zarar veya zarar tehlikesi arasında uygun nedensellik bağının bulunması şeklinde iken; TMK md.730/f.2 kapsamında ise taşınmaz malikinin yerel âdete uygun ve kaçınılmaz nitelikteki davranışının olması, bununla bir kimseye zarar verilmesi ve bu davranış ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması biçimindedir.

Taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalarına aykırı davranması halinde, yani TMK md.730/f.1 hükmü gereğince sorumluluğun doğduğu durumlarda bundan zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kişiler durumun eski hale getirilmesi, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesi için dava açabilecekken, TMK md.730/f.2 kapsamında, yani taşınmaz malikinin yerel âdete uygun kaçınılmaz taşkınlıklarından bir zararın doğması halinde ise zarar gören kimse bunun uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilecektir.

Çalışmamızda öncelikle taşınmaz malikinin sorumluluğuna dair genel açıklamalara yer verilip akabinde sorumluluğun hukuki niteliği, şartları, sorumluluğun doğması halinde hangi taleplerin ileri sürülebileceği ve zamanaşımı hususları incelenecek ve son olarak da karıştırılması en olası sorumluluk çeşidi olan yapı malikinin sorumluluğu ile ortak ve farklı yönleri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, Kusursuz Sorumluluk, Objektif Sorumluluk, Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi, Taşınmaz Mülkiyetinin Taşkın Kullanılması, Kaçınılmaz Taşkınlık, Yapı Malikinin Sorumluluğu.

* Hakim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi, yasemin.yilmaz.09@hotmail.com.

Abstract

Landowner's liability is a strict liability situation which is arranged in Turkish Civil Code (TCC) art.730. In the aforementioned provision the landowner's liability is edited by making a bilateral distinction. While liability in situation of using derogatorily to legal restrictions of land property is arranged in TCC art.730/1, situation of liability from inevitable excesses that occurred as a result of using in accordance with the law in legal limits of land property is regulated in TCC art.730/2.

While liability's conditions within the scope of TCC art.730/1 are shaped like using derogatorily to legal restrictions of landowner's property right, in consequence of this, suffer of a person or facing with the risk of suffer and involving of proper causality between suffer or the risk of suffer with owner's this using, conditions of liability but within the framework of TCC art.730/2 are shaped like including of landowner's suitable to local custom and inevitable behaviour, suffer of a person with this way and containing of proper causality between this behaviour and suffer.

While in situation of using derogatorily to legal restrictions of landowner's property right, namely in situations occurring of liability in accordance with the provision of TCC art.730/1, people who are suffered or faced with risk of suffer from this way can prosecute an action for restoring of situation, compensating of risk and suffer, in content of TCC art.730/2, namely in case of occurring a suffer from landowner's suitable to local custom inevitable excesses, a person who is suffered can demand of equalization with a proper compensation it.

In our study firstly general descriptions about the landowner's liability will be explained then matters that liability's legal character, its conditions, claiming what kind of demands in situation occurring of responsibility and timeout will be examined and finally mutual and different dimensions with liability of construction owner which kind of responsibility that has the most confusing potential will be discussed.

Keywords: Landowner's Liability, Strict Liability, Objective Liability, Principle Equalization Of Sacrifice, Using Excess Of Land Property, Inevitable Excess, Liability Of Construction Owner.

GİRİŞ

Hukukumuzda sorumluluğun doğabilmesi için kural olarak failin kusurlu olması gerektiği anlayışı benimsenmiş olmakla birlikte istisnai olarak bazı durumlarda kusursuz sorumluluk hallerinin de olabileceği öngörülmüştür. Kusursuz sorumluluk halleri genel olarak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda¹ (TBK) (*'Hakkaniyet Sorumluluğu'* (TBK md.65), *'Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu'* (TBK md.66), *'Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu'* (TBK md.67), *'Yapı Malikinin Sorumluluğu'* (TBK md.69) vb. şekilde) düzenlenmiş olmasının yanı sıra birçok kanunda da (*Motorlu (Kara) Araçları İşletenlerin Hukuki sorumluluğu* (2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK²) md.85), *Çevreyi Kirletenin Sorumluluğu* (2872 Sayılı Çevre Kanunu (ÇK³) md.28), *Sivil Hava Araçlarını İşletenlerin Hukuki Sorumluluğu* (2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK)⁴ md.134) vb. şekilde) bu sorumluluk çeşidine yer verilmiştir. Çalışma konumuz olan *'Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu'* ise 4721 Sayılı TMK⁵ md.730'da düzenleme alanı bulmuş bir kusursuz sorumluluk halidir.

1 R.G. T.04.02.2011, S.27836.

2 R.G. T.18.10.1983, S.18195.

3 R.G. T.11.08.1983, S.18132.

4 R.G. T.19.10.1983, S.18196.

5 R.G. T.08.12.2001, S.24607.

I-TAŞINMAZ MALİKİNİN SORUMLULUĞUNA GENEL BAKIŞ

Mülkiyet hakkı gerek Anayasa (AY)⁶ (md.35) ve birçok kanuni düzenleme ile iç hukukta gerekse de AİHS ve ek protokolleri⁷ (md.2) ile uluslararası hukukta düzenleme alanı bulmuş temel haklardandır. Mülkiyet hakkı hukukumuzda genel olarak AY md.35'te, özel hukuk açısından da TMK 683 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Anayasa md.35'te herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmış, özel hukuk açısından ise TMK md.683/f.1'de bir şeye malik olan kimsenin hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

Mülkiyet hakkı malike en geniş yetkiler veren hak olsa da sınırsız bir hak değildir. Gerçekten de AY md.35'te bu hakkın kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı öngörülmüş ve ayrıca özel hukuk açısından da başta TMK (md. 737, 738, 742, 743, 744, 751, 752,753 vb.) olmak üzere birçok kanunda mülkiyet hakkı kısıtlamalarına ilişkin çeşitli düzenlemeler öngörülerek bu hak sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamalara aykırı davranılması ise belirli şartlar dâhilinde malikin sorumluluğunu doğurmaktadır.

Çalışma konumuz olan taşınmaz malikin sorumluluğu TMK md.730'da düzenlenmiştir. Gerek maddenin kenar başlığından gerekse de içeriğinden anlaşılacağı üzere TMK md.730 kapsamında malikin sorumluluğu sadece taşınmazlarla sınırlı olup taşınır mallar sebebiyle bir kimsenin uğramış olduğu zarar bu madde kapsamına girmemektedir.

Ayrıca belirtmelidir ki, kamu tüzel kişilerinin özel mülkiyetine tabi taşınmazları bakımından TMK md.730 hükmünün uygulanabileceğine tereddüt yoksa da idarenin kamu malı niteliğinde olan orta ve hizmet malları için TMK md.730'un uygulanabilirliği tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre taşkınlık sayılan eylem idarece yürütülen kamu hizmetinden kaynaklanıyorsa idarenin sorumluluğu idari yargıda idare hukuku kurallarına göre belirlenmelidir⁸.

Önemle belirtmelidir ki taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları mülkiyetin doğrudan doğruya kısıtlamaları ve dolayısıyla kısıtlamaları şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmakta⁹ ise de çalışmamızda sadece malikin, taşınmaz mülkiyetinin doğrudan kısıtlamalarına aykırılığı halindeki sorumluluğu inceleme konusu yapılacaktır. Nitekim mülkiyetin doğrudan doğruya kısıtlamaları malikin yetkilerini kısıtlamakta olup malikin, buna aykırılık sebebiyle zarara uğrayan veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimseye karşı TMK md.730 uyarınca sorumluluğu doğabilmektedir. Diğer taraftan taşınmazın dolayısıyla kısıtlamalarında ise kanun bir kişiye taşınmaz malikine karşı bir

6 R.G. T.09.11.1982, S.17863 (Mükerrer).

7 Ek Protokol No:1.

8 **Selahattin Sulhi Tekinay**, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, C.2/1, İstanbul, 1988, s.130-131; **M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, 2017, s.603; **Şeref Ertaş**, Eşya Hukuku, 11. Baskı, İzmir, 2014, s.420; **Mehmet Ayan**, Eşya Hukuk II: Mülkiyet, 9. Baskı, Ankara, 2016, s.433-434.

9 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.447-448.

yenilik doğuran hak tanımakta ve bu hakkın kullanılması halinde malik o kişi lehine mülkiyeti devir veya bir sınırlı aynî hak borcu altına girmektedir (*Örneğin*, yasal önalım hakkı (TMK md.732), geçit irtifakı isteme hakkı (TMK md.747)) ve bu hallerde malike yükletilen yükümlülük eşyaya bağlı borç ilişkisi doğurmaktadır¹⁰. Yukarıda da belirttiğimiz üzere mülkiyetin dolayısıyla kısıtlamalarına aykırılık hali çalışmamızda incelenmeyecektir.

Türk Medenî Kanunu md.730 çerçevesinde taşınmaz malikinın taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kullanırken hukuk düzeninin kendisine yüklediği yasal kısıtlamalara (özellikle özel hukuk nitelikli ödevlere ve kısıtlamalara ve bunların başında da komşuluğa ilişkin sınırlamalara) uygun hareket etmesi gerekmektedir. Mülkiyet hakkını kullanırken kendisine yükletilen ödevlere uygun hareket etmeyen yani hakkının sınırlarını aşan malik, bununla bir kimseye zarar vermiş veya zarar verme tehlikesiyle karşı karşıya bırakmış ise bu davranışı sebebiyle sorumlu olacaktır. Gerçekten de taşınmaz malikinın sorumluluğunun düzenlendiği TMK md.730'a göre, taşınmaz malikinın mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı olarak kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilecektir.

Türk Medenî Kanunu md.730 kapsamında taşınmaz malikinın sorumluluğunun doğabilmesi için kural, malikin mülkiyet hakkını yasal kısıtlamalara aykırı bir şekilde, yani taşkın olarak kullanması olsa da, bazı hallerde malikin hareketi mülkiyet hakkının yasal sınırları içerisinde kalmasına ve hukuka aykırı olmamasına rağmen malik bundan kaynaklanan zararlardan da sorumlu olabilmektedir. Ancak burada sorumluluğun doğabilmesi için kullanımın yerel âdete uygun ve taşkınlığın da kaçınılmaz olması gerekmektedir. Bu hallerde malikin taşınmaz mülkiyetini kullanması hukuka uygun olmasına rağmen fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince bundan zarar gören kimsenin zararını tazmin etme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Ayrıca belirtmelidir ki TMK md.730 hükmü sistem ve nitelik açısından komşuluk hukukuna ilişkin bir hükümdür. Gerçekten de TMK md.730'un konuluş sebebi komşuluk ilişkileri ve hukukuna ait hükümlere aykırılığı bir yaptırıma kavuşturmadır¹¹. Bu nedenle her ne kadar hükmün kapsamı tartışmalı olsa da genel olarak bu düzenleme kapsamında zarar görecektir olanlar komşular olduğundan anılan hükümden komşular yararlanır.

10 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.448-449.

11 **Fikret Eren**, Mülkiyet Hukuku, 4.Baskı, Ankara, 2016, s.460; **Yıldız Abik**, "Taşınmaz Malikinın Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIV, S. 3-4, 2010, s.145-186, s.146.

II-TAŞINMAZ MALİKİNİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Taşınmaz malikinin TMK md.730'a dayanan sorumluluğu Yargıtay içtihatları¹² ve doktrinde¹³ kabul edildiği üzere kusursuz sorumluluk hali olduğundan malikin taşkınlık niteliğinde olan davranışlarında kusurlu veya kusursuz olması sorumluluğun doğup doğmadığı noktasında önem arz etmemektedir. Gerçekten de TMK md.730'a göre sorumluluğun söz konusu olabilmesi için taşınmaz malikinin kusurlu olması aranmamaktadır.

Burada sorumluluk için kusur aranmaz ise de davacının karşılaştığı zarar veya zarar tehlikesi ile mülkiyet hakkının taşkın kullanılması, ödevlere aykırı davranılması arasında uygun nedensellik bağının varlığını ispat etmesi gerekir. Ancak diğer sorumluluk hallerinde olduğu gibi nedensellik bağını kesen mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru TMK md.730 açısından da taşınmaz malikini sorumluluktan kurtaracaktır.

Ayrıca TMK md.730 hükmü kusursuz sorumluluk hali olduğundan malikin zararın oluşmasında kendisine yüklenebilecek bir kusurun olmadığını iddia ve ispat etmesi TMK md.730 kapsamında sorumluluktan kurtulmasını sağlamayacaktır¹⁴. Nitekim anılan düzenlemede malikin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabileceği öngörülmemiştir.

12 Yarg. 14. H.D. 10.10.2018, 4156/6555(www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018); Yarg. 14. H.D. 09.10.2018, 3648/6503 (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018); Yarg. 14. H.D. 19.09.2018, 9921/5809 (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018); Yarg. 14. H.D. 03.10.2018, 2775/6298(www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018); Yarg. 14. H.D. 18.06.2018, 1010/4582 (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018); Yarg. 14. H.D. 24.04.2018, 12896/3291 (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018); Yarg. 14. H.D. 5.12.2016, 17747/10086 (www.kazanci.com)(Erişim Tarihi: 01.12.2017); Yarg. 14. H.D., 17.11.2015, 9262/10504 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017); Yarg. 3. H.D. 26.2.2015, 9881/3099 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017); Yarg. 14. H.D., 10.2.2015, 13353/1414 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017); Yarg.14. H.D. 30.10.2014, 6654/12064 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

13 **Zahit İmre**, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1949, s.185; **Haluk Tandoğan**, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara, 1961 (Mes'uliyet Hukuku), s.202-203; **Haluk Tandoğan**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981 (Sözleşme Dışı Sorumluluk), s.189; **Jale G. Akipek**, Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), İkinci Kitap: Mülkiyet, Ankara, 1971, s.235; **Tekinay**, s.124; **Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı**, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s.667; **F. H. Saymen**, Eşya Hukuku Dersler, İstanbul, 1963, s.382-283; **Nurşin Ayiter**, Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı), 3. Baskı, Ankara, 1987, s.147; **Turgut Akıntürk**, Eşya Hukuku, 1. Basım, İstanbul, 2009, s.569,571; **A. Lale Sirmen**, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2016 (Eşya Hukuk), s.437; **Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi**, Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2014, s.210; **Eren**, s.458; **Rehcan El**, Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1988, s.12; **Turhan Esener/Kudret Güven**, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2015, s.283; **Mustafa Reşit Karahasan**, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C.1, İstanbul, 2007, s.1403; **Ertaş**, s.409; **Ayan**, s.434; **Hasan Erman**, Eşya Hukuk Dersleri, 6. Basım, İstanbul, 2016, s.110; **Erhan Günay**, Yargıtay Kararları Eşliğinde Komşuluk Hukukundan Kaynaklanan Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, Ankara, 2017, s.13; **Asım Kaya**, 'Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu', Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.11, S.113,2016, s.47-56, s.47; **Abik**, s.146.

14 Yarg. 14. H.D. 26.09.2018, 2252/5989; *'...tazminat miktarı hiçbir zaman zararı aşamaz. Ancak, davacının zararın artmasında kusuru varsa, tazminat miktarı 6098 sayılı Borçlar Kanununun 52. maddesine göre indirilmeli veya tamamen ortadan kaldırılmalıdır. TMK'nın 737 ve 730. maddelerinden doğan sorumluluk kusura bağlı bir sorumluluk olmadığından davalının kusursuz olması tazminat miktarının düşürülmesinde etkili olamaz.'* (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018).

Sorumluluğun dayanağına ilişkin olarak ise, taşınmaz malikinin TMK md.730/f.1'e dayanan sorumluluğu objektif bir sorumluluk hali iken¹⁵; TMK md.730/f.2'ye dayanan sorumluluğu ise fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayanmaktadır¹⁶. Diğer bir ifade ile taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalarına aykırılığı halinde sorumluluğu (TMK md.730/f.1) objektif yani kusursuz sorumluluk esasına dayanırken; yerel âdete uygun kaçınılmaz taşkınlıklardan kaynaklanan sorumluluğu (TMK md.730/f.2) ise fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayanmaktadır.

III-TAŞINMAZ MALİKİNİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Türk Medenî Kanunu md.730 hükmü taşınmaz malikinin sorumluluğunun iki şekilde olabileceğini öngörmüştür. Birincisi taşınmaz mülkiyetinin yasal kısıtlamalara aykırı olarak kullanılması halinde sorumluluk, ikincisi ise taşınmaz mülkiyetinin yasal sınırları içerisinde hukuka uygun bir şekilde kullanılması sonucunda meydana gelen kaçınılmaz taşkınlıklardan sorumluluk halidir.

Birinci hal bakımından sorumluluğun doğabilmesi için taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı olarak kullanması, bunun sonucunda bir kimsenin zarar görmesi veya zarar tehlikesi ile karşılaşması ve malikin bu kullanımı ile zarar veya zarar tehlikesi arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

İkinci hal bakımından sorumluluğun doğabilmesi için ise, taşınmaz malikinin yerel âdete uygun ve kaçınılmaz nitelikteki davranışının olması, bununla bir kimseye zarar verilmesi ve bu davranış ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

Bu başlık altında bahsi geçen sorumlulukların söz konusu olabilmesi için gereken bu şartlar inceleme konusu yapılacaktır.

A-TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN YASAL KISITLAMALARA AYKIRI OLARAK KULLANILMASI HÂLİNDE SORUMLULUK

1-Taşınmaz Mülkiyetinin Yasal Kısıtlamalara Aykırı Kullanılması

Mülkiyet hakkı malike en geniş yetkiler veren hak olsa da bu hakkın kullanılması sınırsız olmayıp belirli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Gerçekten de taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını kullanırken bu hakkın gerek yasal gerekse de iradi kısıtlamalara uygun bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Ancak hemen belirtmelidir ki taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları hukuki

15 İmre, s.184; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s.202-203; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.592; Akipek, s.235; Saymen, s.382; Sirmen, Eşya Hukuku, s.437; Tekinay, s.124; Ayiter, s.147; Akıntürk, s.569,571; Esener/Güven, s.283; Eren, s.458-459; Ertaş, s.409; El, s.9-10; Ayan, s.434; Günay, s.11.

Taşınmaz malikinin sorumluluğunun temeli konusunda 'menfaat ve hakkaniyet ilişkilerine dayanan bir kusursuz sorumluluk halinin bulunduğu', 'mutlak bir sebep sorumluluğunun söz konusu olduğu', 'tehlike sorumluluğunun bulunduğu' gibi çeşitli görüşler bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Ayan, s.434.

16 https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_4.pdf (Erişim Tarihi:17.11.2018).

işlemden veya doğrudan kanundan doğabilse de TMK md.730 anlamında taşınmaz malikinin sorumluluğu, maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere sadece mülkiyetin yasal kısıtlamalara aykırı kullanılması halinde söz konusu olabilmektedir. Diğer bir ifade ile malikin iradi olarak mülkiyet hakkını kısıtlaması halinde bu sorumluluk doğmayacaktır¹⁷. Taşınmaz mülkiyetinin yasal kısıtlamaları ise özel hukuk niteliğinde olabileceği gibi kamu hukuku niteliğinde de olabilir¹⁸.

Türk Medenî Kanunu md.730/f.1 çerçevesinde taşınmaz malikinin sorumluluğunun doğabilmesi için her şeyden önce mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalara aykırı olarak yani taşkın¹⁹ bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Hemen belirtilmelidir ki madde kapsamına sadece malikin taşınmaz üzerindeki fiili tasarruf (kullanma, elde bulundurma ve yararlanma) yetkilerinin kullanılmasındaki taşkınlıklar girmekte olup hukuki tasarrufta bulunma yetkisi bu kapsama girmez²⁰.

Taşınmaz mülkiyetinin yasal kısıtlamalara aykırı (taşkın) kullanımı sayılan fiiller ise olumlu (aktif)²¹ davranışla olabileceği gibi olumsuz (pasif)²² davranışla da olabilir²³. Taşınmaz malikinin yapmaması gereken bir davranışı yapması olumlu; kaçınma yükümlülüğünün söz konusu olduğu hallerde gerekli olan önlemleri almaması ise olumsuz davranış olarak nitelendirilir. Kaçınmanın mülkiyet hakkını aşma olarak nitelendirilebilmesi için malikin başkalarını zarardan korumak üzere bazı önlemler almakla yükümlü olması ve bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi gerekir²⁴.

Türk Medenî Kanunu md.730 uyarınca malikin sorumlu tutulabilmesi için bu taşkınlıkların taşınmazın kullanılması veya işletilmesiyle ilgili olması gerekmektedir²⁵. Yani zararlar taşınmazın kullanılması arasında fonksiyonel bir bağ, amaçsal bir ilişki olmalıdır²⁶. Örneğin, bahçesinden

17 **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.207; **El**, s.42.

18 **İ. Sahir Çörtoğlu**, Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları (TMK 661), Ankara, 1982, s.210; **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.207; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.197; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.597; **Eren**, s.462; **El**, s.30; **Ertaş**, s.412; **Ayan**, s.435; **Kaya**, s.53.

19 Yarg. 14. H.D. 20.6.2013, 7927/9417 '*Taşkınlıktan amaç, komşuluğun olağan hoşgörüsü sınırlarını aşan ve komşunun kendisi ve ailesiyle taşınmazı zararına aşırı derecede etkili olabilecek iş ve eylemlerdir.*' (www.kazanci.com); Benzer kararlar için bkz: Yarg. 14. H.D. 17.12.2012, 13315/14451 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017); Yarg. 14. H.D. 18.2.2008, 16334/1760 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017); Yarg. 14. H.D. 30.11.2006, 11996/14195 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

20 **Çörtoğlu**, s.211; **Akipek**, s.236; **Eren**, s.465-466; **Erman**, s.111.

21 *Örneğin*, taşınmazda güvültülü bir tamirhane kurmak, kendi tarlasında doğal olarak alttaki tarlaya akan suları gereğinden fazla kendisi için alıkoymak, komşusu için zararlı kazı veya inşaat yapmak vb. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.208; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.198-199.

22 *Örneğin*, toprak kayması neticesinde evinin komşunun evi üzerine çökme tehlikesi oluşmuşsa bunu önlemek için tedbir alınmaması vb. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.208; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.199.

23 **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.208; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.198; **Sirmen**, Eşya Hukuku, s.440; **El**, s.43; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.598; **Çörtoğlu**, s.212; **Eren**, s.468; **Esener/Güven**, s.284; **Ertaş**, s.412; **Ayan**, s.435; **Abik**, s.154.

24 **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.199; **Eren**, s.468.

25 **İmre**, s.185; **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.209; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.200; **Akipek**, s.235-236; **Çörtoğlu**, s.211; **Sirmen**, Eşya Hukuku, s.439; **Karahasan**, s.1401; **Akıntürk**, s.570; **Eren**, s.466; **Ayan**, s.435; **Abik**, s.153. Ayrıca bkz: Yarg. 3. H.D. 06.02.1997, 458/1307 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

26 **Karahasan**, s.1401; **El**, s.44.

bir taş atarak komşusunu yaralayan malik TBK md.49'a göre sorumlu tutulurken; o yeri taş ocağı olarak işleten malik işletme esnasında işletmeden kayan, düşen taş nedeniyle bir kimseye zarar verirse TMK md.730 uyarınca sorumlu olur²⁷.

Zararın taşınmazın kullanılmasından kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmek için taşınmazın tahsis amacıyla malikin fiilinin amacı, fiilin devamlılığı gibi hususların göz önünde tutulması gerekir²⁸. Genellikle bir taşınmazın işletilmesiyle ilgili ve komşuları rahatsız eden fiiller devamlı ve tekrar eden fiillerdir; yoksa tesadüfen, bir defaya mahsus olmak üzere yapılan fiiller çoğunlukla bir taşınmazın işletilmesiyle ilgili değildir²⁹.

Taşınmaz mülkiyetinin sınırlarının aşılmasına yol açan müdahaleler, başka bir taşınmaz üzerinde meydana gelmeli ve diğer bir taşınmazı etkilemelidir³⁰. Bu etkinin doğrudan doğruya olması gerekli olmayıp taşınmazın işletilme ve kullanılmasının bir sonucu olan dolayısıyla müdahaleler de bu hüküm kapsamına girmektedir³¹. Örneğin, havalanan veya inişe geçen bir uçağın çıkarmış olduğu gürültüler, hava alanından doğan müdahaleler olarak kabul edilebilecektir³².

Türk Medenî Kanunu md.730 hükmü sistem ve nitelik açısından komşuluk hukukuna ilişkin bir hükümdür ve anılan hükmün konuluş sebebi komşuluk ilişkilerini düzenlemek ve komşuluk hukukuna dair kısıtlamalara aykırılığı bir yaptırıma kavuşturmadır. Bu nedenle TMK md.730 uyarınca taşınmaz malikin sorumluluğu çoğunlukla komşuluk hukukuna ilişkin hükümlerin düzenlendiği TMK 737 vd. maddelerine aykırılığın bulunması halinde söz konusu olmaktadır. Diğer bir ifade ile TMK 737 vd. maddelerinde düzenleme alanı bulan komşuluk hukukuna ilişkin hükümlere aykırılık TMK md.730 hükmü gereğince taşınmaz malikin sorumluluğuna yol açabilecektir.

Türk Medenî Kanunu md.730/f.1 açısından taşkın davranışların tespitinde işlevi ve önemi dolayısıyla TMK md.737 hükmü üzerinde durulmalıdır. Anılan hükümde herkesin taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkilerini kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bu maddede komşuları olumsuz olarak etkileyebilecek taşkın kullanımlar örnek olarak sayılmıştır. Bu kapsamda özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoşgörülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık veren davranışların yasak olduğu belirtilerek bunların taşkınlık olduğu kabul edilmiştir. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere bir davranışın taşkınlık sayılabilmesi için taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoşgörü

27 **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.209; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.200.

28 **Çörtoğlu**, s.211; **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.209; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.200; **EL**, s.45.

29 **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.210; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.200; **EL**, s.45.

30 Yarg. 3. H.D. 06.02.1997, 458/1307 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

31 **Çörtoğlu**, s.211.

32 **Çörtoğlu**, s.211-212.

sınırını aşması gerekmektedir³³. Eğer bu sınırı aşmıyorsa komşuların bu davranışa kural olarak katlanmaları gerekmektedir.

Bir davranışın taşkınlık teşkil edip etmediğini hâkim takdir edecektir³⁴. Taşınmaz malikinin bir davranışının komşular arasında hoşgörülebilecek ölçüyü aşıp aşmadığı, bir taşkınlık olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tespiti için hâkim, yerel örf ve adet kurallarını, taşınmazın mevkiini ve kullanma tarzını göz önünde bulundurmalıdır³⁵. Hâkim her somut olayın özelliğine göre, yani taşınmazın yerine, niteliğine, yöresel örf ve adet kurallarına göre komşuların birbirlerine göstermekle yükümlü olduğu katlanmanın sınırını³⁶, taşkınlığın var olup olmadığını saptamak, çatışmayı çözümlemek ve olaya uygun düşecek şekilde fedakârlığı denkleştirmekle görevlidir³⁷.

Bu değerlendirme sırasında belirli bir yerde ve zamanda, orta zekâlı, aklı başında (makul) bir komşu için belirli koşullar altında taşkın sayılan davranışlar göz önüne alınacak olup taşkınlığın belirlenmesinde komşunun kişisel karakter ve özellikleri ve alışkanlıkları dikkate alınmayacak ve normal duyarlılıkta olan bir kimsenin 'hoşgörebileceği müdahaleler' taşkın sayılmayıp komşunun katlanmak zorunluluğunda olacağı davranışlar olarak kabul edilecektir³⁸.

33 Yarg. 14. H.D. 8.5.2014, 2009/6031 'Gürültü nedeniyle komşuluk hukukundan kaynaklanan el atmanın önlenmesi davasında her ne kadar yerleşim yerinin köy olması nedeniyle komşuluk hukukundan kaynaklanan ve mülkiyet hakkının kullanım sınırlarını belirleyen kısıtlamaların kentsel yerleşime göre farklılık gösterebileceği düşünülse de davalı tarafından kullanılan spiral cihazın çıkardığı gürültünün köy yerleşimlerinde dahi katlanma sınırlarında kalmadığı ve hoşgörülemediği kanaatine varılmıştır.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

Yarg. 1. H.D. 5.5.1978, 4975/5150 'Komşu taşınmazdaki kalorifer tesislerinin doğurduğu gürültü normal bir kimsenin katlanma sınırlarını aşan sakıncalı bir düzeye ulaşıyorsa davalı buna karşı önlem almaya zorlanmalıdır.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

Yarg. 14. H.D. 9.1.1975, 3975/82 'Davacılara ait tezgâhların çalıştırılması sırasında çıkan gürültüden davacının fazlasıyla rahatsız olacağı, uyuyamayacağı, iki kişinin konuşmasının dahi anlaşılacağı yerinde yapılan bilirkişi raporundan anlaşılmaktadır... Davacının evinde durulmaz dereceye varılan gürültü hoşgörülükle karşılanamaz. Komşu hakkının korunması öncelikle gelir.' Karahasan, s.1302.

34 Yarg. HGK 21.12.1983, 1-610/1365 'Demircilik işini yürütürken çıkartılan gürültü ile bitişik evde oturan davacının rahatsız edilmesi komşuluk hakkının ihlalini teşkil eder.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

35 Yarg. 14. H.D. 03.10.2018, 2775/6298, '...taşınmazların buldukları yer (şehir, kasaba, köy), bölge (tatil, dinlenme, tarım, yerleşme yöreleri gibi) mevki (kentin iş yerinde, konut, eğlence, sanayiye ayrılmış yerlerinde olması gibi) gerektiğinde konumları (birbirleri ile yan yana, karşı karşıya, alt üst olmaları, birbirlerine uzaklıkları gibi), taşınmazların nitelikleri, yani özellikleri, tahsis nedenleri (mesken veya işyeri, ahır, samanlık, tuvalet, kanal gibi) ayrıca, elatmanın ne olduğu ve niteliği, taraflardan, tanık ve mahalli bilirkişilerden sorulmalı, varsa keşif yerindeki somut delil ve bulgulardan yararlanılmalıdır.' (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018); Benzer kararlar için bkz: Yarg. 14. H.D. 24.09.2018, 2039/5872 (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018); Yarg. 14. H.D. 28.05.2018, 15649/4141 (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018); Yarg. 14. H.D. 03.10.2018, 2839/6305 (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018).

36 Yarg. HGK 14.9.1983, 1-2378/814 'Hâkim her somut olayın özelliğini, taşınmazın yerini, niteliğini, örf ve adetleri gözeterek, komşuların göstermekle yükümlü oldukları tahammülün sınırını saptamalıdır.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

37 Yarg. 1. H.D. 30.5.2011, 4943/6450 'Komşuluktan kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde gözetilmesi gereken ilkelerden birisi de komşu taşınmaz maliklerinin mülkiyetten kaynaklanan haklarını kullanırken bu haklarında karşılıklı fedakârlıklarda bulunmaları gerekeceği dikkate alındığında çekişmenin çözümünde fedakârlığın olaya en uygun düşecek şekilde denkleştirilmesi asıldır. Başka bir deyişle, her taşınmaz maliki komşuluk hukukundan doğan hak ve yetkilerini kullanırken gerekli işlere ve doğan zararın giderilmesine kendi yararlanması oranında katılmakla yükümlüdür.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

38 Karahasan, s.1299; Eren, s.468; El, s.33-34; Abik, s.154.

Komşuluk hukukuna ilişkin bir kısıtlama da TMK md.738'de yer almaktadır. Bu hükümlerle bir taşınmaz malikinin tamamen kendi arazisi sınırları içerisinde olsa dahi yapı ve kazı serbestisi komşuları lehine kısıtlanmış olup bu kısıtlamanın aşılması TMK md. 730 hükmü gereğince malikin sorumluluğuna yol açacaktır.

Türk Medenî Kanunu md.742'ye göre ise, komşulardan hiçbiri doğal olarak akan suların akışını diğerinin zararına değiştiremez. Aksi halde TMK md.730 hükmü gereğince sorumluluk söz konusu olabilir.

Bu maddeler dışında TMK md.743'te fazla suyun akıtılması; TMK md.744'te mecranın geçirilmesine katlanma yükümlülüğü; TMK md.751'de malike başkalarının taşınmazını kullanmasına izin verme yükümlülüğü; TMK md.752'de malike sürüklenen şeylerin aranmasına izin verme yükümlülüğü getirilerek çeşitli kısıtlamalar öngörülmüştür. Taşınmaz malikinin bu kısıtlamalara aykırı davranması TMK md.730 uyarınca sorumluluğuna yol açabilecektir.

Son olarak mülkiyet hakkının TMK md.2'ye aykırı olarak 'hakkın kötüye kullanılması' şeklinde kullanılması halinde, bu kullanımın taşkınlık olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine değinmek gerekmektedir.

Doktrindeki bir görüşe göre, hakkın kötüye kullanılmasında malike yüklenen ödevlerin ihlali söz konusu değildir³⁹. Çünkü hakkını kötüye kullanan hakkın sınırları içinde kalır ve onu meşru bir yararı olmaksızın kullanır. Hakkın taşkın olarak kullanılmasında ise hakkın sınırları dışına çıkılır. Bu nedenle hakkın kötüye kullanılmasında TMK md.730 uyarınca taşınmaz malikinin sorumluluğu değil, diğer şartlar da varsa TBK md.49 sorumluluğu söz konusu olabilir.

Kanımızca, hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan TMK md.2 tüm haklar için geçerli olduğundan mülkiyet hakkının da sınırını çizmektedir. Bu nedenle mülkiyet hakkı bakımından da yasal bir sınırlama teşkil eden TMK md.2'ye aykırılık halinde – *taşınmaz malikinin hakkını kötüye kullanması şeklinde* – TMK md.730 hükmü uygulanabilir⁴⁰.

2-Malikin Eyleminin Hukuka Aykırı Olması

Taşınmaz malikinin TMK md.730 kapsamında sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için mülkiyet hakkının taşkın kullanılması hukuka aykırılık teşkil etmelidir. Taşınmaz mülkiyetinin kullanılmasında komşu yararına konulmuş özel veya kamu hukuku nitelikli her ödev (kısıtlamaya) aykırı davranış, TMK md.730 anlamında hukuka aykırılık oluşturur⁴¹. Diğer bir

39 Ayrıntılı bilgi için bkz: **Eren**, s.466; **Abik**, s.153 vd..

40 Aynı yöndeki doktrindeki hâkim görüş için bkz: **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.208; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.198; **Akıpek**, s.235; **Sirmen**, Eşya Hukuku, s.440; **Akıntürk**, s.570; **Karahasan**, s.1401; **Abik**, s.153-154.

41 **Eren**, s.462; **Abik**, s.147.

ifade ile mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalara aykırı kullanması⁴² halinde hukuka aykırılık söz konusu olur.

3-Zararın Doğması Veya Zarar Tehlikesinin Bulunması

Türk Medenî Kanunu md.730/f.1 kapsamında taşınmaz malikinin sorumluluğuna gidebilmek için mülkiyet hakkının taşkın kullanması sonucu bir kimse zarara uğramalı ya da zarara uğrama tehlikesi ile karşı karşıya bulunmalıdır⁴³. Bu çerçevede karşılaşılan zarar, malikin mülkiyet hakkının sınırlarını aşması sebebiyle komşusunun uğradığı fiili zararı; zarar tehlikesi ise gerçekleşmesi mümkün ve muhtemel olan ancak henüz gerçekleşmemiş zararı ifade etmektedir⁴⁴.

Mülkiyet hakkının aşılması sonucu ortaya çıkan zarar, maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar⁴⁵ da olabilir⁴⁶. Zarar doğrudan doğruya taşınmazın kendisi üzerinde⁴⁷ maddeten etki edebileceği gibi, komşu taşınmazda yaşayanların sağlığına veya beden tamlığına ya da komşu taşınmazdaki menkul eşyaya ilişkin de olabilir⁴⁸. Ayrıca zarar, fiili harcamalara, değer kayıplarına⁴⁹ olduğu

42 Bkz :III/A/1 – Taşınmaz Mülkiyetinin Yasal Kısıtlamalara Aykırı Kullanılması.

43 Yarg. 14. H.D. 22.2.2013, 274/2553 'Davalının kendi taşınmazına yaptığı pencerenin salt ruhsatsız olduğu, imara aykırı bulunduğu ileri sürülüp, TMK'nın 737. maddesi uyarınca kapatılarak eski hale getirme istenemez. Yapının imara aykırı olması yanında bir zararın doğması da şarttır. Salt imara aykırılık, idari mercileri ve idare mahkemelerini ilgilendiren bir husustur. Diğer yandan davalının söz konusu pencereyi ışık, hava almak amacıyla değil de kendisine hiçbir faydası olmayan, doğrudan aile mahremiyetini gözetlemek için imara aykırı olarak açtığı belirlenmesi halinde davanın kabulüne karar verilebilir.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

44 Esener/Güven, s. 284.

45 Örneğin, taşınmazın randevu evi işletmek gibi genel ahlaka ve adaba aykırı şekilde kullanılması veya kullanırılması halinde manevi etkili taşkınlık söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Ayan**, s.435.

Yarg. 14. H.D. 20.6.2013, 7928/9444 'Mülkiyet hakkının taşkın kullanılmasında cismani zarar söz konusu ise, kişilik haklarının zedelenmesi durumunda manevi tazminata hükmedilebilir.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

Yarg. 4. H.D. 15.2.2001, 10596/1501 'Kural olarak, evin tamiri sonucu, yakın komşularında rahatsız olacağı doğaldır. Bu bakımdan TMK. nın 661. maddesinde, taşınmazın kullanma biçim ve amacı ile yerel geleneklerin öngördüğü sınırlar içinde kalan davranışları, komşunun hoş karşılayıp katlanacağı bu sınırı aşan davranışların ise hukuken korunamayacağı belirtilmiştir. Yine aynı maddede, kullanmanın taşkın olmaması da öngörülmüştür. Olayda davalının bu sınırları aştığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacıya davacının davranışını önleme hakkını tanıdığı açıktır. Ayrıca dosya içindeki kanıtlara göre davalının bir yılı aşkın süreden bu yana evinde işçiler vasıtasıyla onarım yaptığı, işçilerin çıkardığı aşırı gürültü ve toz nedeniyle özellikle bu dairenin altında oturan davacının aşırı ve uzun süre devam eden onarım nedeniyle rahatsızlık ve sıkıntı duyduğu anlaşılmaktadır. Onarımın normal sürenin çok üstünde devam ettiği ve adeta hakkın kötüye kullandığı görülmüştür. Böylece davacının oturduğu evdeki, huzur ve sükununun bozulduğu, sinir sistemindeki dengenin sarsıldığı kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak da davacının kişilik değerleri içinde yer alması gereken ruh bütünlüğü de bozulmuş olacağı için, kişilik haklarına saldırının varlığı ve davacının manevi tazminat isteyebileceği kabul edilmelidir.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

46 **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.201; **Akıpek**, s.239; **Tekinay**, s.138; **Sirmen**, Eşya Hukuku, s.441; **EL**, s.64; **Akıntürk**, s.571; **Ayan**, s.440.

47 Yarg. 4. H.D. 8.3.2010, 6351/2445 'Davacılar ait duvar, davalılara ait taşınmazda yapılan çalışmalara bağlı zemin hareketleri nedeniyle zarar gördüğünden, komşu taşınmaz sahibi olan davalılar da bu zararlı sonuçtan sorumludurlar.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

48 **Akıpek**, s.237; **Tekinay**, s.137.

49 Örneğin; özel bir havaalanından kalkan uçakların belli bir yüksekliğin altında uçması, evlerin hemen yanında bir

kadar, taşınmazın bir süre kiraya verilememesi, tarlanın ekilememesi, zehirli gazların ve şiddetli gürültülerin sağlığı bozucu etkileri dolayısıyla çalışma yeteneğinin azalması yüzünden yoksun kalınan kâra ilişkin de olabilir⁵⁰.

4-Malikin Eylemi İle Zarar Arasında Uygun Nedensellik Bağının Bulunması

Türk Medenî Kanunu md.730 kapsamında sorumluluğun doğabilmesi için malikin taşkın davranışı ile zarar veya zarar tehlikesi arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir⁵¹. Diğer bir deyişle zarar veya zarar tehlikesi hayatın olağan akışı çerçevesinde mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalarına aykırı olarak kullanılması neticesinde meydana gelmiyorsa taşınmaz malikin TMK md.730'a göre sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Ayrıca malikin taşkın davranışı ile zarar veya zarar tehlikesi arasındaki uygun nedensellik bağı kesilmişse malikin meydana gelen zarardan sorumlu olması mümkün değildir. Gerçekten de nedensellik bağı kesen mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru hallerinden birinin olması halinde taşınmaz malikin sorumluluğu olmayacaktır⁵².

Mücbir sebep, gerçekleşme tarzı ve yoğunluğu itibarıyla olayların normal akışına nazaran beklenilmesi mümkün olmayan halleri açık bir şekilde aşan, kaynağını sorumlunun işletme ve faaliyeti alanı dışında bulunan olayları ifade etmektedir⁵³. Deprem, toprak kayması, yıldırım düşmesi, aşırı fırtına gibi olaylar mücbir sebebe örnek olaylardır.

Bu kapsamda salt doğal olaylar sonucunda bir taşınmazın zarara yol açması halinde bu sorumluluk doğmayacaktır⁵⁴. Nitekim bu durumda zarar, malikin mülkiyet hakkını taşkın kullanması neticesinde gerçekleşmemiştir. Gerçekten de bu durumda nedensellik bağı kesildiğinden malik sorumluluktan kurtulmaktadır. Örneğin, sel sonucunda ağaçları komşu tarlaya sürüklenen taşınmaz maliki kural olarak bu zarardan sorumlu değildir.

Zarar görenin ağır kusuru malikin davranışını geri plana atacak derecede yoğunsa nedensellik bağı kesilir ve bu durumda zarar, zarar görenin kendi ağır kusurlu davranışı sonucu olduğundan taşınmaz malikin sorumluluğu söz konusu olmaz⁵⁵.

akıl hastalıkları hastanesinin veya sanatoryumun açılması. Bkz: **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.210; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.201.

50 **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.210; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.201; **Tekinay**, s.137; **Sirmen**, Eşya Hukuku, s.441.

51 **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.210; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.202; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.598-599; **Saymen**, s.383; **Sirmen**, Eşya Hukuku, s.442; **A. Lale Sirmen**, 'Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratın Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu', <https://docslide.org/tasinmaz-muelkiyetinin-kullanilmasinda-cevre-etkileri-yaratan-muedahalelerden-dolayi-malikin-sorumlulugu>, s.293; **Tekinay**, s.138; **Akıntürk**, s.571; **Eren**, s.462; **Esener/Güven**, s.284; **El**, s.11; **Ayan**, s.436.

52 **Tekinay**, s.138; **El**, s.68; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.204.

53 **Eren**, s.470; **El**, s.69.

54 **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.208; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.198; **Çörtoğlu**, s.212; **El**, s.42.

55 **Eren**, s.470; **El**, s.70.

Son olarak zarar, malikin iradesi dışında taşınmazı kullanan üçüncü kişinin davranışından kaynaklanmışsa taşınmaz malikinin bu halde de bir sorumluluğu olmayacaktır⁵⁶.

B-TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN YASAL KISITLAMALARA UYGUN BİR ŞEKİLDE KULLANILMASI HÂLİNDE MEYDANA GELEN KAÇINILMAZ TAŞKINLIKLARDAN SORUMLULUK

Hukukumuzda kural olarak hukuka uygun eylemlerin yol açtığı zararların tazmini istenemezse de istisnai olarak bazı hallerde bu tür zararlardan da sorumlu olunabilmesi mümkündür. Taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin olarak, sorumluluğun doğabilmesi için kural, malikin davranışının hukuka aykırı olması ise de istisnai olarak bazı hallerde malik yasal kısıtlamalara uygun hareket etmiş olmasına rağmen hukuka uygun bu davranışı sebebiyle zarara uğrayan kimsenin zararını karşılamak zorunda kalabilir. Gerçekten de malikin taşkınlık teşkil eden davranışının yerel adetlere uygun ve kaçınılmaz nitelikte olması halinde bundan zarar gören kaçınılmaz olan taşkınlığa katlanmakla birlikte TMK md.730/f.2 uyarınca zararının uygun bir bedelle denkleştirilmesini mahkemeden isteyebilecektir. Bu düzenleme ile yöresel örfeye uygun ve kaçınılmaz, dolayısıyla hukuka da uygun olan taşkınlıklardan doğan zararın fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanılarak karşılanması öngörülmüştür⁵⁷.

Türk Medenî Kanunu md.730/f.2'ye göre taşınmaz malikinin sorumluluğunun doğabilmesi için, taşınmaz malikinin hukuka uygun taşkın bir davranışının olması, taşkınlığın hoşgörüsü aşması, taşkınlığın malik tarafından alınacak tedbirlerle önlenemez olmaması yani kaçınılmaz olması, bununla bir kimseye zarar verilmesi ve bu davranış ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

I-Taşkınlığın Kaçınılmaz Nitelikte Olması

Bazı hallerde malikin davranışı mülkiyet hakkının sınırları içinde kaldığı ve hukuka aykırı olmadığı halde, komşusunu normal bir komşuluğun hoş göstereceği derecesi aşacak derecede rahatsız edebilir. Bu halde yani, malikin taşınmazını kullanma tarzı veya yürüttüğü faaliyetlerin hukuk kurallarının sınırları içinde olmasına rağmen hoşgörüsü aşması durumunda, bundan zarar görenler zararın giderilmesini TMK md.730/f.2 çerçevesinde talep edebilecektir.

Türk Medenî Kanunu md.730/f.2 kapsamında malikin sorumluluğuna gidebilmek için öncelikle malikin davranışının yerel âdete uygun olması, yasal kısıtlamaları ihlal etmemesi ve ayrıca taşkınlığın önlenmesi konusunda önlem alınmasının malikten beklenememesi yani taşkınlığın kaçınılmaz olması gerekmektedir ve kural olarak taşınmaz malikinin hukuka uygun taşkınlık teşkil eden kaçınılmaz nitelikteki bu davranışına komşu taşınmaz maliki katlanmak zorundadır.

56 El, s.70.

57 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.597-598; Aybay/Hatemi, s.208; Karahasan, s.1420; Eren, s.480.

2-Zararın Doğması

Türk Medenî Kanunu md.730/f.2 kapsamında taşınmaz malikin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, malikin yerel âdete uygun kaçınılmaz taşkın davranışı neticesinde bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir.

Her ne kadar hem TMK md.737/f.3 hem de TMK md.730/f.2 hükmü gereğince, kişiler hukuka ve yerel adetlere uygun, kaçınılmaz taşkınlıklara katlanmak zorunda olup bunların önlenmesi ve durdurulması için dava açamaz ise de bu sebeple uğramış oldukları zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesini talep edebilecektir. Diğer bir ifade ile TMK md.730/f.2 kapsamında sadece taşkınlık sebebiyle bir zararın meydana gelmesi halinde bunun denkleştirilebileceği öngörülmüş olup TMK md.730/f.1'deki eski hale getirme ve zarar tehlikesinin önlenmesi davalarının açılabilmesi belirtilmemiştir. Zararın denkleştirilmesi konusunda hükmedilecek denkleştirme bedeli ise tam bir tazminat miktarı olmayıp tarafların durumu, yapılan fedakârlığın ağırlığı ve taşınmaz malikin elde ettiği yarar dikkate alınarak hakkaniyete uygun bir bedel olacaktır⁵⁸. Fedakârlığın denkleştirilmesinde zarar verenle zarar gören arasında zararın hakkaniyete uygun bir paylaşılması söz konusu olduğundan her zaman tam bir tazminat söz konusu olmayabilir⁵⁹. Fedakârlığın denkleştirilmesine dayanarak talep edilebilecek tazminat maddi zarara ilişkin olabileceği gibi manevi zarara yönelik de olabilir⁶⁰.

3-Malikin Eylemi İle Zarar Arasında Uygun Nedensellik Bağının Bulunması

Taşınmaz malikin TMK md.730/f.2'ye göre sorumlu olabilmesi için gerçekleşmesi gereken son şart, malikin yerel âdete uygun kaçınılmaz taşkın davranışı ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunmasıdır. Gerçekten de taşınmaz maliki ancak hukuka uygun taşkın davranış ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması halinde sorumlu olacaktır.

IV-TAŞINMAZ MALİKİNİN SORUMLULUĞUNUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Mülkiyet hakkının içeriğinin düzenlendiği TMK md.683/f.1'e göre bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere mülkiyet hakkı sahibine en geniş yetkiler veren haktır.

Malik sahip olduğu bu kadar geniş yetkiler çerçevesinde herkesten mülkiyet hakkına saygı gösterilmesini isteme hakkına ve ayrıca dışarıdan gelebilecek haksız müdahalelere karşı da bir takım koruma imkânlarına sahiptir. Gerçekten de TMK md.683/f.2 hükmü gereğince malik,

58 Ertaş, s.417.

59 Tandoğan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.51.

60 Tandoğan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.51.

malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.

Ayrıca yukarıda⁶¹ ayrıntısıyla izah ettiğimiz üzere malikin bu kadar geniş yetkilerle sahip olduğu mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olmayıp gerek yasal gerekse de iradi bir takım sınırlamalara tabi olması mümkündür. Taşınmaz malikin mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalarına aykırı davranması sonucunda yani mülkiyetin taşkın kullanılması neticesinde zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşılaşan kimse TMK md.730'da belirtildiği üzere durumun eski hale getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilecektir.

Bu başlık altında TMK md.730'dan doğan istem hakları, hak sahipleri ve bunların kim ya da kimlere karşı ileri sürülebileceği hususları incelenecektir.

A-TARAFLAR

I-Dava Hakkı Sahipleri

Türk Medenî Kanunu md.730'da bir taşınmaz malikin mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşılaşan kimsenin durumun eski hale getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebileceği öngörülmüştür. Maddede dava hakkı, zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşılaşan kimseye tanınmışsa da bahsi geçen kişilerin kim olduğuna dair açık bir düzenleme öngörülmemiştir. O halde maddede bahsi geçen dava hakkı sahibinin kim ya da kimleri ifade ettiği üzerinde durulmalıdır.

Taşınmaz malikin mülkiyet hakkının sınırlarını aşması sonucunda zarara uğrayan veya zarar uğrama tehlikesi ile karşılaşan herkesin mi yoksa sadece komşuların mı TMK md.730'a dayanabileceği doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe⁶² göre, zarar gören veya zarar görme tehlikesine maruz kalan herkes TMK md.730'a dayanarak dava açabilir. Herkes kavramı içine öncelikle komşular girer. Ancak zarar gören çoğunlukla bir komşu olacaksa da komşu dışında bir üçüncü kişi olması da mümkündür. Bu görüşe göre taşınmazla ilgisi olmayan tesadüfen oradan geçen üçüncü kişiler de bu hükme dayanarak dava açabilirler.

Başka bir görüşe göre⁶³, ihlal edilen kısıtlamanın kimi koruduğuna bakılmalı ve buna göre kimlerin TMK md.730'a dayanıp kimlerin dayanamayacağına karar verilmelidir. Herkesi korumaya yönelik bir sınırlamanın ihlali halinde bu ihlalden zarar gören veya zarar görme tehlikesi altında olan herkes, yalnızca komşuları korumaya yönelik bir sınırlamanın ihlali halinde

61 Bkz: A-1-Taşınmaz Mülkiyetinin Yasal Kısıtlamalara Aykırı Kullanılması.

62 Akipek, s.237; Saymen, s.382; Akıntürk, s.571.

63 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.600; Ertaş, s.418.

ise sadece komşuların dava açma hakkı bulunmaktadır⁶⁴. Bu kapsamda sadece komşuları koruyan sınırlamalara aykırılık üçüncü kişilerin TMK md.730'a dayanmasına imkân vermez.

Kanunun amacına daha uygun olması sebebiyle bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre⁶⁵ ise, TMK md.730 kapsamında sadece komşular dava açabilecektir. Dava hakkının esası komşuluk ilişkilerinden doğan ödevlerin ihlali olduğu için dava açma hakkı yalnızca komşulara tanınmakta, bunlarla sınırlandırılmaktadır. Ancak burada yer alan komşu kavramı geniş yorumlanmalıdır. Kısaca, davacının sıfatının tespitinde ihlal edilen kısıtlamanın niteliği her somut olayda esas alınmalı ve komşu kavramı buna göre belirlenmelidir. Bu kapsamda komşu sadece bitişik taşınmaz sakinini değil, mülkiyet hakkının taşkın kullanımından olumsuz yönde etkilenecek her taşınmaz sakinini ifade eder⁶⁶. Bu görüşe göre örneğin, bir taşınmazdaki harman makinesinden savrulan taşlar, komşu taşınmaz sahibinin evinde veya bahçesinde hasara sebebiyet verirse bu taşınmazın maliki TMK md.730'a dayanarak davacı olabilecek iken; aynı tozlar sokaktan geçen kimselere zarar verecek olursa onlar bu hükme dayanamayacaktır⁶⁷. Komşu olmayan kişiler ancak TBK md.49'a göre talepte bulunabilecektir.

Ayrıca belirtmelidir ki komşuluk ilişkisinden bahsedebilmek için birbirinden bağımsız iki taşınmazın bulunması gerekmektedir. Bu nedenle aynı taşınmaz üzerinde bulunan ve kat mülkiyeti kanununa tabi olmayan iki katlı bir evde katlardan birinin diğerine müdahalesi veya aynı tesis üzerinde bulunan birden fazla tesisler arasındaki ilişkide TMK md.730 hükmü uygulanmaz⁶⁸.

a-Malik

Türk Medenî Kanunu md.730 kapsamında dava açma hakkına sahip olan başlıca kişi taşkın davranış sonucunda zarara uğrayan veya zarar görme tehlikesiyle karşılaşan komşu taşınmaz malikidir.

Malikin mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkilerin kullanımını – *örneğin, intifa hakkı sağlaması şeklinde* – bir üçüncü kişiye devretmiş olması halinde dahi, onun dava açma hakkı vardır⁶⁹. Çünkü malik bu halde sadece şeyin kullanmak ve ondan faydalanmak yetkilerini devretmiş olup tasarruf etme yetkisi hala kendisindedir.

64 Ertaş, s.418.

65 Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s.210-211; Tandoğan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.202; Tekinay, s.133; Sirmen, Eşya Hukuku, s.441; Eren, s.464; Abik, s.149.

66 Yarg. 1. H.D. 5.5.1978, 4975/5150 'Bir kişinin mülkünü kullanmasının etki alanı içinde bulunan kimseler komşu sayılır.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

67 Ayrıntılı bilgi için bkz: Tekinay, s.133.

68 El, s.77.

69 El, s.82.

aa-Paylı Mülkiyet Hâlinde Hak Sahipleri

Türk Medenî Kanunu md.693/f.3'e göre paylı mülkiyete paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir. Bu hüküm gereğince her paydaş diğerlerinin rızasını almaksızın hatta rızası hilafına tek başına TMK md.730'a dayanarak eski hale getirme ve zararın önlenmesi davalarını açabilir. Her ne kadar TMK md.693/f.3'te bir paydaşın diğerlerini temsilen koruma isteyebileceği belirtilmiş ise de madde lafzında geçen 'temsil' kavramı teknik anlamda temsili ifade etmemekte, sadece bir paydaşın kendi hakkını korumak için başvuracağı önlemlerden niteliği gereği bölünemeyip malın bütününe etkili olanlardan diğer paydaşların yararlanmasını ifade etmektedir. Bu nedenle bir paydaşın açmış olduğu eski hale getirme ve tehlikenin önlenmesi davalarının olumlu sonuçlanması halinde niteliği gereği bölünemediği için bu hükümden diğer paydaşlar da yararlanacakken, davanın olumsuz sonuçlanması halinde teknik anlamda temsil söz konusu olmadığı için dava açmamış olan paydaşların dava açma hakları bundan etkilenmeyecektir. Tazminat davası bakımından ise, her paydaş ancak kendi payı oranında bu davayı açabilecektir⁷⁰.

bb-Elbirliği Mülkiyeti Hâlinde Hak Sahipleri

Zarara uğrayan veya zarar tehlikesiyle karşılaşan komşu taşınmaz maliklerinin elbirliği mülkiyeti söz konusu ise, bu kişiler tazminat davasını birlikte veya ortak bir temsilci aracılığıyla açmalıdırlar⁷¹.

Türk Medenî Kanunu md.702/f.3'e göre ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir ve bu korumadan bütün ortaklar yararlanır. Bu hükme binaen TMK md.730'a dayanan eski hale getirme ve tehlikenin giderilmesi davalarını ortaklardan her biri tek başına açabilir ve bu davaları ortaklardan sadece birinin açmış olması halinde, dava sonucundan bütün ortaklar etkilenir.

b-Sınırlı Aynî Hak Sahipleri

Taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalarına aykırı kullanılması sebebiyle zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşılaşan sınırlı aynî hak sahipleri⁷² de TMK md.730'a dayanarak dava açabileceklerdir⁷³. Diğer bir ifade ile taşkın müdahale sonucunda taşınmaz

70 **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.211; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.203; **Eren**, s.472.

71 **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.211; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.203; **Eren**, s.472; **El**, s.87.

72 **Örneğin**, taşınmazın taşkın kullanılmasından zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşılaşan üst hakkı sahibi de TMK md.730 uyarınca dava açma hakkına sahiptir.

73 **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.212; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.203; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.600-601; **Tekinay**, s.134; **Saymen**, s.382; **Sirmen**, Eşya Hukuku, s.441; **Karahasan**, s.1408; **Eren**, s.472; **Ertaş**, s.418; **Günay**, s.26; **Kaya**, s.54; **El**, s.83.

üzerindeki fiili iktidar ve yetkilerini kullanamaz hale gelen sınırlı aynı hak sahipleri TMK md.730 kapsamında dava açma aynı hakkına sahiptir⁷⁴.

c-Şahsi Hak Sahipleri

Taşınmaz üzerindeki şahsi hak sahipleri de TMK md.730'daki davaları açabilir⁷⁵. Örneğin bir taşınmazı kira sözleşmesine dayanarak kullanan kiracı da taşınmazın taşkın kullanılması sebebiyle zarar görmüş veya zarar tehlikesi ile karşılaşmışsa TMK md.730 kapsamında dava açabilecektir⁷⁶.

d-Diğer Hak Sahipleri

Bunların dışında malikin rızasıyla komşu taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının verdiği yetkileri kullanma hakkı bulunan kimselerin –örneğin taşınmazda malikle birlikte yaşayanların – de TMK md.730'a dayanarak dava açmaları mümkündür⁷⁷. Ancak mülkiyet hakkının verdiği yetkileri kullanmakla hukuken bir ilgisi olmayan kimselerin (ziyaretçiler, yoldan geçenler, satıcılar, o anda tesadüfen orada bulunan kişiler vb.) TMK md.730'a dayanmaları mümkün değildir⁷⁸.

2-Davalılar

a-Malik

Türk Medenî Kanunu md.730 kapsamında açılacak davalarda zararın taşınmazın bizzat malik tarafından kullanılması halinde malikin davalı olacağı hususunda şüphe bulunmamaktadır.

74 Yarg. 4. H.D. 8.2.1980, 13136/1556 'Komşuluk hukukuna dayanan ödençe davasını, malik yanında zarara uğrayan taşınmaz üzerinde zilyet bulunan aynı ve kişisel hak sahipleri de açabilir.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

Yarg. 14. H.D. 12.11.2008, 12680/13438 'Davacının taşınmazda intifa hakkı sahibi olduğu görülmektedir. Davanın açıldığı tarihte kayıt maliki davanın devamı sırasında intifa hakkı sahibi olan davacı, taşınmaza haksız saldırıları giderme yetkisine yani aktif dava ehliyetine sahiptir. Mahkemece, zarar gören taşınmazda davacı kayıt maliki olmadığından aktif dava ehliyeti yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi yasaya aykırıdır.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

75 Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s.212; Tandoğan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.203; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.600-601; Saymen, s.382; Tekinay, s.134; Karahasan, s.1408; Eren, s.472; El, s.83; Ertaş, s.418; Günay, s.26; Kaya, s.54.

76 Yarg. 1. H.D. 12.5.1978, 4774/5433 'Bir taşınmaz mesafesi ne olursa olsun öteki bir taşınmazın kullanılmasından ileri gelen taşkınlık ve zararın etki alanı içine girdiği hallerde tarafların "komşu" sayılmaları gerekir. Ayrıca taşkınlıktan rahatsız olan veya zarar gören kişinin komşu sayılması için o taşınmazın maliki olması da şart değildir. Bir taşınmazda "kiracı" sıfatıyla oturan bir kimsenin komşusunun taşkınlıklarına katlanması kendisinden istenilemez. İşin mahiyeti ve 661 maddenin açık metni bu kabulün tersini düşünmeğe elverişli değildir. Medenî Kanunda, "komşu'dan söz edilmiş, komşunun malik olması lâzım geldiğinden bahsedilmemiştir. Yani komşuluk ilişkisinden zarar gören ve M.K.nun 661. maddesine ve komşu hakkına dayanarak dava açan kimsenin malik olması mecburiyeti yoktur. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

77 Karahasan, s.1408; El, s.84; Ertaş, s.418.

78 Tandoğan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.203; Eren, s.473; El, s.79,.

Ayrıca belirtilmelidir ki, sorumluluk için mülkiyet hakkına sahip olmak yeterli olup tapuda tescil yaptırmış olmak zorunlu değildir⁷⁹. Bu çerçevede taşınmaz mülkiyetini tescilsiz iktisap edenler de tapuda tescil yapılmamış olsa da TMK md.730'a göre sorumlu olabilecektir.

Mülkiyetin el değiştirmesi haline ilişkin olarak, tehlikenin giderilmesi ve eski hale getirme davalarının davanın açıldığı andaki malike karşı açılması gerekirken; tazminat davasında ise zararı hangi malik vermişse tazminat borcu da ona ait olacağından davanın da zarara yol açan malike yöneltmesi gerekir.⁸⁰ Yani zarar veren olaydan sonra malikin değişmesi halinde yeni malik bundan sorumlu olmayacaktır.

Bir taşınmazı kişisel bir hakka dayanarak kullananların ise TMK md.730 kapsamında sorumlu olup olmayacakları tartışmalıdır.

Bir görüşe⁸¹ göre kişisel hak sahiplerinin TMK md.730 uyarınca sorumlu olacağına kabulü gerekmektedir.

Doktrindeki hâkim fikre⁸² ve Yargıtay içtihatlarına⁸³ göre ise kişisel hakka dayanarak taşınmazı kullananların sorumlulukları TMK md.730'a dayanmamaktadır. Bir kişisel hakka dayanarak veya sadece malikin izni ile bir taşınmazı kullanan kişilerin ya da malikin kendisiyle birlikte yaşayan aile bireylerinin mülkiyet hakkı kısıtlamalarına aykırı davranışlarından malik sorumludur⁸⁴.

Kanımızca, gerek TMK md.730'daki sorumluluk çeşidinin bir kusursuz sorumluluk hali olması ve kusursuz sorumluluk halinin de niteliği gereği istisnai olmasından bahisle ancak kanunda haklarında açık hüküm bulunan kişilere uygulanması gerektiğinden⁸⁵ ve ayrıca kişisel hak sahibinin mülkiyete bağlı bir sorumluluk hükmüne dayanılarak sorumlu tutulması doğru olmayacağından hakim fikre ve Yargıtay içtihatlarıyla benimsenen görüşe üstünlük tanınmalıdır⁸⁶.

Son olarak belirtilmelidir ki bahsi geçen kişilerin taşkınlık arz eden hareketleri haksız fiil niteliğinde ise, TBK md.49 uyarınca malikle birlikte müteselsil sorumlulukları söz konusu olabilecektir. Diğer bir anlatımla bu halde kişisel hakka dayanarak taşınmazı kullanan kişiler TBK md.49 uyarınca haksız fiil hükümlerine göre, taşınmaz maliki de TMK md.730 hükmü gereğince sorumlu olacaktır.

79 Eren, s.473; Ertaş, s.420; Günay, s.26; Abik, s.178.

80 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.595-596; El, s.99.

81 Akipek, s.239; Tekinay, s.130; Hatemi/Serozan/Arpacı, s.668; Akıntürk, s.572; El, s.116.

82 Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s.205; Tandoğan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.190; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.602; Ayiter, s.148; Sirmen, Eşya Hukuku, s.439; Eren, s.474; Ertaş, s.419; Erman, s.110-111; Abik, s.148.

83 Yarg. 4. H.D. 28.12.1976, 3319/11471 'Kira sözleşmesinin yarattığı kullanma biçimi nedeniyle üçüncü kişilere verilen zarardan kiralayan (taşınmaz maliki) sorumludur.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

84 Akipek, s.238; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s.203; El, s.98; Sirmen, Eşya Hukuku, s.439; Sirmen, a.g.m., s.289; Akıntürk, s.572; Karahasan, s.1400; Eren, s.474; Ayan, s.438.

85 Eren, s.463.

86 Tekinay, s.128.

aa-Paylı Mülkiyet Hâlinde Davalılar

Paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda paydaşların müteselsilen mi yoksa payları oranında mı sorumlu olacakları tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁸⁷, meydana gelen zararın tazmini zarar veren fiili yapana aittir. Ancak eski hale getirme ve tehlikenin giderilmesi için tedbir alma yükümlülüğü paydaşların hepsine aittir.

Bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe⁸⁸ ve Yargıtay içtihatlarına⁸⁹ göre ise, zarar göreni korumak için paydaşların üçüncü şahıslara karşı TMK md.730 çerçevesinde sorumluluğu payları oranında değil, müteselsildir. Ancak paydaşların tamamı sorumlu olmakla beraber müteselsil sorumluluğun niteliği gereği davacı isterse tazminat davasını tüm paydaşlara karşı açabileceği gibi birkaçı veya biri aleyhine de açabilir. Tehlikenin giderilmesi ya da eski haline getirme davaları ise paydaşların tümüne karşı açılmalıdır⁹⁰.

bb-Elbirliği Mülkiyeti Hâlinde Davalılar

Elbirliği mülkiyetinin olduğu hallerde ortakların hepsi zararı tazmin etmekle yükümlü⁹¹ olduğundan TMK md.730 uyarınca açılacak davaların taşınmaza elbirliği ile malik olan bütün ortaklara karşı yöneltilmesi gerekmektedir⁹².

b-Sınırlı Aynî Hak Sahipleri

Türk Medenî Kanunu md.730 kapsamında malik dışında, bir taşınmazı intifa hakkı gibi sınırlı aynî hakka dayanarak kullanan kimselerin bu hakları bakımından mülkiyetin kısıtlamalarına aykırı davranışları halinde TMK md.730 uyarınca sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁹³ TMK md.730 sadece malikten bahsettiği için bu hükme dayanarak sınırlı aynî hak sahiplerinin sorumluluğuna gidilemez.

87 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.602.

88 Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s.204; Tandoğan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.191; Sirmen, Eşya Hukuku, s.439; Karahasan, s.1411-1412; Eren, s.473; Ertaş, s.419; Ayan, s.438; El, s.120.

89 Yarg. 4. H.D. 28.2.1980, 8805/2578 'Müşterek maliklerin hepsi malik sıfatını faiz olduklarından sorumluluk paya değil, bu sıfata (malik sıfatına) bağlı olmalıdır. Bu nedenle müşterek malikler ortak kusurları olsun veya olmasın müteselsil sorumlu olurlar. Her paydaş taşınmazın maliki olduğuna göre, zararın tamamından mağdura karşı her biri ayrı ayrı sorumludurlar. Müteselsil sorumluluğun amacı mağduru koruma amacından kaynaklandığına göre, sorumluluğun paya değil, malik sıfatına bağlanması hakkaniyete de uygun düşer.' (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

90 Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s.204; Karahasan, s.1411.

91 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.602; Ayan, s.438.

92 Eren, s.473; El, s.120.

93 Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s.205'ten naklen; Hans Leemann, Kommentar Zumm Schweizerischen Zivilgesetzbuch IV. Band Sachenrecht, 2. Auflage, 1920, Art. 679, Nr.27-28.

Doktrindeki hâkim görüş⁹⁴ ve Yargıtay içtihatlarına⁹⁵ göre ise, sınırlı aynî hak sahiplerinin fiillerinden dolayı malik sorumlu olmayıp TMK md.730 uyarınca doğrudan bu kişilerin sorumluluğuna gidilmelidir.

Kanımızca, bir taşınmazı intifa hakkı gibi sınırlı aynî hakka dayanarak kullanan kimseler mülkiyet hakkından doğan yetkilerin bir kısmını kullandığından bundan doğan zararlardan dolayı TMK md.730'a göre sorumlulukları söz konusu olmalıdır. Diğer bir deyişle, taşınmazı kullanma ve yararlanma yetkisini haiz sınırlı aynî hak sahiplerine bu yetkilerin kullanılması yönünden malikin herhangi bir müdahale olanağı olmadığından sınırlı aynî hak sahiplerinin TMK md.730 uyarınca sorumlu tutulması gerektiğini söyleyen doktrindeki hâkim görüş ve Yargıtay içtihatlarıyla benimsenen görüşe üstünlük tanınması gerekmektedir⁹⁶.

Buradaki diğer bir tartışma da sınırlı aynî hak sahibinin sorumluluğunun malikle müteselsil mi yoksa münhasıran mı olduğuna ilişkindir.

Bir görüşe⁹⁷ göre sınırlı aynî hak sahiplerinin sorumlu olduğu bu hallerde malik de müteselsilen sorumlu sayılmalıdır.

Kanımızca, malikin sahip olduğu mülkiyeti kullanma ve yararlanma yetkilerini başka biri kullanıyorsa, malikin bu kullanıma herhangi bir müdahale imkânı olmadığından, bu taşkın kullanım sebebiyle sadece sınırlı aynî hak sahiplerinin sorumluluğu söz konusu olmalı, malikin bu halde TMK md.730'a göre sorumluluğu olmamalıdır⁹⁸. Örneğin, intifa hakkı sahibi taşınmazı kullanırken taşkınlıklar yaparsa bundan malik sorumlu olmamalı, münhasıran intifa hakkı sahibi sorumlu olmalıdır.

B-TMK MD.730'DAN DOĞAN TALEPLER

Türk Medenî Kanunu md.730 hükmüne binaen zarara uğrayan veya zarar tehlikeli ile karşılaşan kişinin eski hale getirme, tazminat ve tehlikenin giderilmesi davalarını açabilme imkânı bulunmaktadır.

94 Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s.205; Akipek, s.238; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.601; Hatemi/Serozan/Arpacı, s.668; Ayiter, s.147-148; Akıntürk, s.572; Eren, s.473; Erman, s.110; Ertaş, s.418-419; El, s.110; Günay, s.26; Kaya, s.54; Abik, s.148.

95 Yarg. 1. H.D. 20.4.1981, 5559/5379 '... taşınmaz üzerinde irtifak, intifa hakkı gibi sınırlı aynî hak sahibi olan kişi bu haktan kaynaklanan yetkilerini kullanmaktan meydana getirdiği zarardan sorumludur. Ne var ki; kira, hizmet, vekillik gibi bir sözleşme ilişkisi gereğince taşınmazı elinde bulunduran kimselerin yetkilerini aşmaktan doğan zarardan sorumlu tutulmaları olanaksızdır. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

96 Ayrıntılı bilgi için bkz: Tekinay, s.130; El, s.110.

97 Hatemi/Serozan/Arpacı, s.668.

98 Aynı yöndeki görüş için bkz: Saymen, s.383; Eren, s.473.

I-Eski Hale Getirme Davası

Eski hale getirme davası yasal kısıtlamalara aykırılık teşkil eden sebebin ortadan kaldırılmasını amaçlanmaktadır⁹⁹. Gerçekten de mülkiyet hakkının taşkın olarak kullanıldığı taşınmazda, bu taşkınlığı meydana getiren sebebin ortadan kaldırılması için eski hale getirme davasının açılması gerekmektedir. Bu nedenle bu davaya ‘*taşkınlık sebebini sona erdirmeye davası*’ da denilmektedir¹⁰⁰. Örneğin, taşınmaz maliki, taşınmazında müdahale sonucu yıkılan duvarın örülmesini; bahçesinde açılan suların doldurulmasını; bozulan su yollarının onarılmasını eski hale getirme davası ile talep etmiş olur¹⁰¹.

Bu dava ile taşkın müdahalelerin sınırlandırılması veya yasaklanması istenir. Taşkın müdahaleleri sınırlamak veya yasaklamak ise çeşitli yöntemlerle olabilir¹⁰². Zarara neden olan taşkın müdahalelerin alınacak önlemlerle sakıncalarının giderilmesi mümkün olmazsa başvurulacak son çare taşınmazın o şekilde kullanılmasını, işletilmesini yasaklamak ve taşınmazın tahsis yönünü değiştirmektir¹⁰³.

Hukuki nitelik olarak ise bu dava TMK md.683/f.2’de düzenlenmiş olan elatmanın önlenmesi (müdahalenin menii) davasının özel bir şeklidir¹⁰⁴. Bu dava taşkınlık sebebi devam ettiği sürece açılabilir¹⁰⁵. Örneğin, davalının monte ettiği makinelerin çalıştırılmasının sürekli sarsıntılara sebebiyet vermesi halinde davacı bu dava ile sarsıntının giderilmesini isteyebilir¹⁰⁶.

Eski hale getirme davası taşınmazın mevcut malikine karşı açılır ve zarar veren davranışın önceki malik tarafından meydana getirilmiş olması mevcut malik aleyhine dava açılmasına engel olmaz¹⁰⁷.

99 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.594; Çörtoğlu, s.213; Tekinay, s.139; Sirmen, Eşya Hukuku, s.438; Akıntürk, s.573.

100 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.594; El, s.126.

101 Tekinay, s.139

102 Örneğin, ses ve gürültüyü kesmek için paravan konulması, duvarların izole edilmesi; duman ve kokuyu önlemek için baca konulması, bacaya elektrik filtresinin konulması, bacanın yükseltilmesi, pis suların kanalizasyon veya kapalı fosseptiklere akıtılması vb. Ayrıntılı bilgi için bkz: Çörtoğlu, s.214.

103 Çörtoğlu, s.216-217; Sirmen, Eşya Hukuku, s.438.

Yarg. 14. H.D. 22.1.2013, 14449/886 ‘...zarar ağaç dallarının budanması veya seyreltilmesi ile giderilebiliyorsa bu önlemlere, buna rağmen davacının zararı önlenemiyorsa ağaçların kökten kesilmesine veya sökülmesine karar verilmelidir.’ (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

Yarg. 1. H.D. 21.10.1977, 10271/10676 ‘Bir kimsenin taşınmazında hayvan beslemesinin yasaklanması başkadır, hayvan beslemesinden doğan sakıncaların giderilmesi için bazı önlemler almağa zorlanması başkadır. Mahkemenin davalıyı taşınmazını kullanmaktan men etmeyip kullanma şeklinden doğan mahzurların giderilmesini sağlayacak tedbirleri almaya mecbur olması gerekli iken yazılı şekilde karar vermesi doğru değildir.’ (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 01.12.2017).

104 Çörtoğlu, s.213; Eren, s.477; TMK md.730 ile TMK md.683 arasında genellik-özellik ilişkisinin olmadığını söyleyen görüş için bkz: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.597.

105 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.595; El, s.126.

106 El, s.126.

107 Örneğin, önceki malikin taşınmazına su sağlamak amacıyla aşırı gürültü yapan bir makineyi taşınmazına yerleştirmesi ve yeni malikin bu makineyi kullanmaya devam etmesi. Bkz: Akipek, s.240; Akıntürk, s.573.

2-Tazminat Davası

Tazminat davası, mülkiyet hakkının taşkın kullanılması nedeniyle meydana gelen maddi ve manevi zararların tazminini sağlamaya yönelik açılan davadır¹⁰⁸. Bu davada zarar gören, malikin mülkiyet hakkının sınırlarını aştığını, mülkiyet hakkını taşkın bir şekilde kullandığını, bunlardan bir zarar meydana geldiğini, zararlar taşkın müdahaleler arasında uygun nedensellik bağının bulunduğunu ispat etmekle yükümlüdür¹⁰⁹. Bu dava zararı hangi malik vermişse ona karşı açılır¹¹⁰. Yani zarar veren taşkınlıktan sonra mülkiyet el değiştirmişse yeni malik bundan sorumlu olmaz.

Malikin sorumluluğu objektif sorumluluk olduğundan tazminat, malikin kusuru olmadığı gerekçesiyle indirilemez¹¹¹. Ancak malikin munzam kusuru söz konusu ise tazminatın belirlenmesinde dikkate alınır.

3-Tehlikenin Giderilmesi Davası

Tehlikenin giderilmesi davası zarar tehlikesinin ortaya çıkması halinde tehlikeye maruz kalan kimsenin, henüz zarar meydana gelmeden tehlikenin giderilmesini talep ettiği davadır¹¹². Bu davaya *önleme davası*' ya da *'kaçınma (içtinap) davası'* da denilmektedir¹¹³.

Bu dava ile taşınmaz malikin henüz başlamamış, yalnızca tasarlanmış olan zarar verme tehlikesi taşıyan davranış ve girişimlerinin, yakın gelecekte mülkiyetten doğan ödevleri ihlal edeceği anlaşılırsa, onların önlenmesi ve taşkın müdahalelerden kaçınması istenebilir¹¹⁴. Burada hâkim taşkın müdahalelerin sınırlanmasına ilişkin önlemler alabileceği gibi malikin gelecekte yapmayı düşündüğü faaliyetin yasaklanmasına da karar verebilir¹¹⁵.

108 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.595; Akipek, s.239.

109 Çörtoğlu, s.219.

110 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.596.

111 Akipek, s.239; Çörtoğlu, s.220-221.

112 Çörtoğlu, s.218; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.596; Akipek, s.240; Sirmen, Eşya Hukuku, s.438; Akıntürk, s.573; Eren, s.475; Erman, s.112.

113 Çörtoğlu, s.218; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.596; Akipek, s.240; Akıntürk, s.573.

114 Çörtoğlu, s.218; Akipek, s.240; Akıntürk, s.573-574; Erman, s.112; El, s.124.

Yarg. 14. H.D. 18.06.2018, 1010/4582, *'...istisnai durumlarda, henüz zarar doğmadığı halde, yakın gelecekte zarar doğacağı pek muhtemel veya muhakkak ise, davacıya zarar tehlikesinin önlenmesi davasını açma hakkı tanınmalı, zararın doğması beklenmemelidir.'* (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi: 16.11.2018); Benzer kararlar için bkz: Yarg. 14. H.D. 10.10.2018, 4156/6555; Yarg. 14. H.D. 19.09.2018, 9921/5809 (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi: 16.11.2018); Yarg. 14. H.D. 09.10.2018, 3648/6503 (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018); Yarg. 14. H.D. 03.10.2018, 2839/6305 (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018); Yarg. 14. H.D. 03.10.2018, 2775/6298 (www.uyap.gov.tr) (Erişim Tarihi:16.11.2018).

115 Çörtoğlu, s.218.

Örneğin, taşınmazda yapacağı kazılarla komşu taşınmaz üzerindeki binaların çatlama, sarsılma ve yıkılma tehlikesinin belirmesi ihtimalinin varlığı halinde komşu malik, mahkemeye müracaatla kazı faaliyetlerine başlanmasının önlenmesi için bir karar alabilir¹¹⁶.

V-ZAMANAŞIMI

Türk Medenî Kanunu md.730'da sorumluluk için uygulanması gereken zamanaşımına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak taşınmaz malikin TMK md.730/f.1'e dayanan sorumluluğu haksız fiil sorumluluğunun özel bir çeşidi olduğundan, tazminat davaları bakımından TBK md.72 hükmü uygulama alanı bulacaktır¹¹⁷. Buna göre tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Taşınmaz malikinin sorumluluğuna dair TMK md.730/f.1 hükmü kapsamında açılacak eski hale getirme ve tehlikenin giderilmesi davaları ise, tecavüz sebebi veya tehlikesi devam ettiği için herhangi bir zamanaşımı süresine tabi değildir¹¹⁸.

Türk Medenî Kanunu md.730/f.2'deki sorumluluk halinin ise fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayandığını yukarıda söylemiştik¹¹⁹. Bu sorumluluğun da hukuka uygun fiiliyle zarar verenin hukuka aykırı fiiliyle zarar verenden daha uzun süre sorumlu olmaması gerektiğinden bahisle haksız fiile ilişkin TBK md.72'deki zamanaşımına tabi tutulması gerekmektedir¹²⁰.

VI-TAŞINMAZ MALİKİNİN SORUMLULUĞUNUN (TMK md.730) YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU (TBK md.69) İLE ORTAK VE FARKLI ÖZELLİKLERİ

Türk Medenî Kanunu md.730'da düzenlenen taşınmaz malikinin sorumluluğu ile TBK md.69'da düzenlenen yapı malikinin sorumluluğunun birçok ortak özelliği bulunmaktadır. Bu nedenle benzerlikleri dolayısıyla iki sorumluluk hükmünün karıştırılmaması amacıyla ortak ve farklı özelliklerine değinmek çalışmamız açısından faydalı olacaktır.

Öncelikle belirtilmelidir ki her iki sorumluluk halinde de objektif sorumluluk söz konusu olup kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunmamaktadır. Ancak iki sorumluluk halinde de mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle nedensellik bağının kesilmesi halinde sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

116 El, s.125.

117 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.599; Akipek, s.241; Saymen, s.384; Sirmen, Eşya Hukuku, s.438; Tekinay, s.144; Akıntürk, s.574; Esener/Güven, s.284; Karahasan, s.1419; Eren, s.474; El, s.128; Ertaş, s.420; Ayan, s.439.

118 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.596, dpn. 1389; Akipek, s.241; Tekinay, s.145; Akıntürk, s.574; Eren, s.476; El, s.125-126, 129; Ayan, s.439.

119 Bkz: II – Taşınmaz Malikinin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği.

120 Aynı yöndeki görüş için bkz: Tandoğan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.51.

Türk Medenî Kanunu md.730'daki sorumluluk kapsamına her türlü taşınmaz girmesine rağmen, TBK md.69'dan doğan sorumluluk kapsamına sadece yapı eseri niteliği taşıyan bina ve sair şeyler girmektedir.

Türk Medenî Kanunu md.730'da malikin aktif bir davranışı söz konusu iken TBK md. 69'da daha çok pasif bir davranışı söz konusudur¹²¹. Gerçekten de ilgili maddeler uyarınca sorumluluğun doğabilmesi için TMK md.730'da zararın oluşmasında genel olarak malikin aktif bir eylemi söz konusu olmakta iken TBK md.69'da yapı malikinin yapım bozukluğu veya bakımda noksanlığının bulunmaması için gerekli özeni göstermemesi yani pasif bir davranışı söz konusu olur.

Türk Medenî Kanunu md.730'da malikin zarar veren davranışı genel olarak sürekli devam eden bir nitelikte iken, TBK md.69'da zarar genellikle bir defada ve ani olarak meydana gelir¹²².

Türk Medenî Kanunu md.730'da hâkim olan görüşe göre, davalı ve davacı sadece komşular olup davalı sadece taşınmaz maliki ve sınırlı aynı hak sahipleri iken; TBK md.69'da sorumlu sadece yapı malikidir. TMK md.730'a üçüncü kişiler talepte bulunamazken, TBK md.69'a göre zarar gören tüm şahıslar yapı malikine karşı dava açabilir¹²³.

Türk Medenî Kanunu md.730'da taşınmaz üzerindeki taşınır şeylerin, hayvanların verdikleri zararlar dolayısıyla başvurulabildiği halde, TBK md.69'a bir bina veya yapı eserinde bulunan taşınır şeylerin verdiği zararlar sebebiyle kural olarak uygulanamaz¹²⁴.

Her iki sorumluluk hükmünün getiriliş amacı da farklıdır. Gerçekten de TMK md.730 hükmü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalarına, özellikler de komşuluğa ilişkin sınırlamalara uyulmaması göz önünde tutularak getirilmiş iken; TBK md.69 hükmü yapı eserinin yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik olmaması hususunda gösterilmesi gereken objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hali göz önünde tutularak getirilmiştir.

Son olarak belirtilmelidir ki iki sorumluluk hükmü arasında farklılıklar olmasına rağmen iki sorumluluğun şartlarının aynı anda gerçekleşmesi mümkündür. Bu halde iki hüküm yarıştığından hak sahibi dilediği sorumluğa dayanabilecektir.

SONUÇ

Taşınmaz malikinin sorumluluğu TMK md.730'da düzenlenmiş bir kusursuz sorumluluk halidir. Anılan hükümde ikili bir ayırım yapılarak taşınmaz malikinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Gerçekten de fıkra 1'de taşınmaz mülkiyetinin yasal kısıtlamalara aykırı olarak kullanılması halinde sorumluluk, fıkra 2'de ise taşınmaz mülkiyetinin yasal sınırları içerisinde hukuka uygun

121 **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.213; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.205; **El**, s.89; **Esener/Güven**, s.285; **Ertaş**, s.420.

122 **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.213; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.205; **El**, s.90.

123 **Eren**, s.479; **El**, s.90; **Erman**, s.113.

124 **Tandoğan**, Mes'uliyet Hukuku, s.214; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.206; **Eren**, s.479.

bir şekilde kullanılması sonucunda meydana gelen kaçınılmaz taşkınlıklardan sorumluluk hali düzenlenmiştir.

Türk Medenî Kanunu md.730/f.1 kapsamında sorumluluğun doğabilmesi için taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı olarak kullanması, bunun sonucunda bir kimsenin zarar görmesi veya zarar tehlikesi ile karşılaşması ve malikin bu kullanımı ile zarar veya zarar tehlikesi arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu md.730/f.2 kapsamında sorumluluğun doğması için ise taşınmaz malikinin yerel âdete uygun ve kaçınılmaz nitelikteki davranışının olması, bununla bir kimseye zarar verilmesi ve bu davranış ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

Taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalarına aykırı davranması halinde bundan zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kişiler durumun eski hale getirilmesi, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesi için dava açabilecekken, TMK md.730/f.2 kapsamında, yani taşınmaz malikinin yerel âdete uygun kaçınılmaz taşkınlıklarından bir zararın doğması halinde, zarar gören kimse bunun uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilecektir.

İki madde arasındaki temel fark taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını taşkın kullanmasının hukuka aykırı olup olmadığı noktasındadır. Gerçekten de fıkra 1'de malikin hukuka aykırı bir davranışı söz konusu iken fıkra 2 açısından malikin davranışı hukuka uygundur. İki hüküm arasındaki diğer bir fark da açılacak davalara ilişkindir. Nitekim fıkra 1'de eski hale getirme, tehlikenin giderilmesi ve tazminat davaları açılabilirken, fıkra 2'de sadece tazminat davası açılabilir. Ayrıca açılacak bu tazminat davası da iki düzenlemede farklılıklar arz etmektedir. Nitekim 1. fıkrada klasik tazminat hesabı yapılırken, 2. fıkrada fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli belirlenecektir.

Türk Medenî Kanunu md.730 kapsamında açılacak davalarda kimlerin davacı olacağı ve davanın kime karşı açılacağı tartışmalı olmakla beraber *kanaatimizce*, TMK md.730 hükmü sistem ve nitelik açısından komşuluk hukukuna ilişkin olduğundan sadece komşuların davacı olmasının kabulü gerekmektedir. Ayrıca bahsi geçen hüküm kusursuz sorumluluk halini düzenlediğinden bahisle istisnai nitelikte olması ve mülkiyet hakkına bağlı bir sorumluluğu düzenlemesi sebebiyle davalı olarak sadece taşınmaz maliki ve sınırlı aynı hak sahiplerinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Son olarak TMK md.730 hükmü çerçevesinde tazminat davaları TBK md.72'deki iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tabi iken, eski hale getirme ve tehlikenin giderilmesi davaları ise, tecavüz sebebi veya tehlikesi devam ettiği için herhangi bir zamanaşımı süresine tabi değildir.

KISALTMALAR LİSTESİ

- a.g.m.** : adı geçen makale
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY : 1982 Tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
bkz. : bakınız
C. : Cilt
ÇK : 2872 Sayılı Çevre Kanunu
dpn. : dipnot
E. : esas
f. : fıkra
H.D. : Hukuk Dairesi
HGK : Hukuk Genel Kurulu
KTK : 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu
md. : madde
TMK : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
R.G. : Resmi Gazete
s. : sayfa
S. : Sayı
TBK : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TSHK : 2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu
T. : Tarih
vb. : ve benzeri
vd. : ve devamı
Y. : Yıl
Yarg. : Yargıtay

KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız: ‘Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu’, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 3–4, 2010, s.145-186.
- AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, 1. Basım, İstanbul, 2009.
- AKİPEK, Jale G. : Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İkinci Kitap: Mülkiyet, Ankara, 1971.
- AYAN, Mehmet : Eşya Hukuk II: Mülkiyet, 9. Baskı, Ankara, 2016.
- AYBAY, Aydın/ HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2014.
- AYİTER, Nurşin: Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı), 3. Baskı, Ankara, 1987.
- ÇÖRTOĞLU, İ. Sahir : Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları (TMK 661), Ankara, 1982.
- EL, Rehcan : Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1988.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2016.
- ERMAN, Hasan: Eşya Hukuku Dersleri, 6. Basım, İstanbul, 2016.
- ERTAŞ, Şeref : Eşya Hukuku, 11. Baskı, İzmir, 2014.
- ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret : Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2015.
- GÜNAY, Erhan : Yargıtay Kararları Eşliğinde Komşuluk Hukukundan Kaynaklanan Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, Ankara, 2017.
- HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir : Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.
- İMRE, Zahit : Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1949.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit : Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C.I, İstanbul, 2007.
- KAYA, Asım : ‘Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu’, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.11, S.113,2016, s.47-56.
- OĞUZMAN, M. Kemal /SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe : Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, 2017.
- SAYMEN, F. H. : Eşya Hukuku Dersler, İstanbul, 1963.
- SİRMEN, A. Lale : Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2016 (Eşya Hukuku).
- SİRMEN, A. Lale : ‘Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratın Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu’, (Çevirimiçi), <https://docslide.org/tasinmaz-muelkiyetinin-kullanilmasinda-cevr-etkileri-yaratan-muedahalelerden-dolayi-malikin-sorumlulugu>.
- TANDOĞAN, Haluk : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981 (Sözleşme Dışı Sorumluluk).
- TANDOĞAN, Haluk : Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), Ankara, 1961 (Mes’uliyet Hukuku).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi : Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, C.2/1, İstanbul, 1988.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.kazanci.com

www.lexpera.com

www.uyap.gov.tr