

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 20

Sayı: 2

2018



ISSN 1303-6963

İZMİR - 2018



DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

Cilt / Volume : 20

Sayı/Number: 2

Yıl / Year : 2018

ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2018

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 20 Sayı: 2 Yıl: 2018

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.018.074.971

ISSN: 1303-6963

Derginin Sahibi : Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekan V.)

Sorumlu Müdür : Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Yönetim Yeri : T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi - Hukuk Fakültesi - Buca 35390 İZMİR

Yayının Türü : Ulusal Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.
DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı olarak yayınlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

Editör : Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Editör Yardımcıları : Dr. Öğr. Üyesi Engin TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Dr. Direnç AKBAY (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Banu ATLI (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Öğr. Görevlisi Serab ŞEN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Yayın Kurulu : Prof. Dr. Melda SUR (İzmir) Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (İzmir)
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK (İzmir) Prof. Dr. Mustafa ALP (İzmir)
Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (İzmir) Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (İzmir)
Dr. Öğr. Üyesi Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (İzmir)

Danışmanlar Kurulu : Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN (Bilgi Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Sarper SÜZEK (Atılım Üniversitesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Yazışma Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Buca 35390 İZMİR
Tel: 0 (232) 420 18 24 - 25 Fax: 0 (232) 301 60 09
www.deu.edu.tr/hukuk

Tasarım ve Mizanpaj : Öğr. Görevlisi Serab ŞEN

Dergide yayınlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.
Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

Basım Yeri : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

Basım Tarihi : 21.12.2018

Basım Adedi : 200

Basım Yeri Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası
DEÜ Tınaztepe Kampüsü 35390 Buca - İzmir
Tel : 0(232) 301 93 00 - Fax : 0(232) 301 93 13

© Tüm Hakları Saklıdır.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin

Öz Değerleri

- ▶ **Akıl ve bilim**
- ▶ **Dürüstlük, adalet ve etik**
- ▶ **Sevgi ve hoşgörü**
- ▶ **Hukukun üstünlüğü ve egemenliği**
- ▶ **Demokrasi kültürü**
- ▶ **İnsan haklarına saygı**

Temel Amacımız

**Akıl ve bilimin önderliğinde,
çağdaş ve mutlu bir toplum için
hukuku öğretmek ve geliştirmek**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde **yayımlanmamış** ya da yayımlanmak üzere **gönderilmemiş** olmalıdır. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
2. Dergimizde ULAKBİM (ParkOnline/HeinOnline)'in kriterlerine göre bilimsel yazılar türlerine göre (makale, çeviri, karar incelemesi, ... vb.) sınıflandırılmaktadır. Gelen yazıların niteliğinin ne olduğu hakem tarafından değerlendirilecektir.
3. Yazılar **A-4** boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerde, hem İngilizce hem de **Türkçe olmak üzere makale başlığı (title), öz (abstract) ve anahtar kelimeler (keywords)** belirtilmiş olmalıdır.
5. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**, dipnotların **10 punto** olarak hazırlanması ve **50 sayfayı** (Bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir.) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir.
6. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Dipnotların ve Kaynakçanın şu şekilde olması zorunludur:
Kitaplar için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası (Yazarın iki kitabı kullanılması halinde kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynakçada belirtilmelidir.)
Makaleler için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numaraları
7. Yazarlar, **unvanlarını**, görev yaptıkları **kurumları**, haberleşme adresleri ile **telefon** numaralarını ve varsa **e-mail** adreslerini bildirmelidir.
8. Yazıların ilk değerlendirilmesi **editör** tarafından yapılacak ve daha sonra **Yayın Kurulu**na sunulacak olup, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu gönderilen yazıların yayımlanıp yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.

9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen yazılar (**ULAKBİM/ParkOnline/HeinOnline**) kriterlerine göre ismi saklı tutulan iki hakeme gönderilecek, hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar, durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılacaktır. Hakem raporlarının olumsuz olması durumunda yazı yayımlanmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Yayımlanmayan yazılar yazarına geri gönderilmeyecektir.
11. Hakemlerin incelemesinden geçen ve yayımlanmasına ve/ya da düzeltilerek yayımlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin “Office’98 Word” programı altında kaydedilmiş dosyanın e-posta yoluyla gönderilmesi gerekir.
12. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın yazılı veya elektronik ortamda gönderdiği biçimiyle “**basıla**” verdiği kabul edilir.
13. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılırlar.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 20 Sayı: 2 Yıl: 2018

İÇİNDEKİLER

Doç. Dr. Mine AKKAN

Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda
Dava Açma Yasağı ve Sonuçları1-31

Doç. Dr. Ceyda SÜRAL EFEÇİNAR

Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Masraflar İçin
Teminat Gösterilmesi Kararının Verilmesine Etkileri33-62

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AKÇAAL

İsviçre Medenî Kanunu'na Göre Kayımlık Türleri63-87

Dr. Öğr. Üyesi Tuba BİRİNCİ UZUN

Eğitimine Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın
Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak
Nitelendirilmesi89-125

Dr. Öğr. Üyesi Selman Sacit BOZ

Yargı Kararları Işığında Müesses Durum127-157

Dr. Öğr. Üyesi Pınar ÇİFTÇİ

Özel Hayatın Korunması Menfaati Kapsamında Medenî
Yargılamada Alenîyet İlkesinin Sınırlandırılması159-189

VIII

Dr. Öğr. Üyesi Serkan EKİZ

İsveç Basın Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler 191-212

Dr. Öğr. Üyesi Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ

Anayasal Demokrasilerde Şeffaflığı Sağlamanın Bir Yolu Olarak
Paranın Denetimi ve Yönetimi213-238

Dr. Öğr. Üyesi Sevgi KAYAK

Roma Hukukunda Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığının
Hükümleri ve Türk Hukukunu Etkileyen Yönleri239-305

Dr. Öğr. Üyesi Özge ÖNCÜ

Vasiyetnamelerin Yorumunda İma Teorisi.....307-374

Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım TAYLAR

Vergi İncelemesi Sırasında İbraz Edilmeyen Defter, Kayıt ve
Belgelerin Yargılama Aşamasında Vergi Yargısı
Organlarına İbrazı375-408

Dr. Öğr. Üyesi Engin TOPUZKANAMIŞ

Hukuk ve İktidar Üstüne Bir Taslak409-428

Dr. Ahmet Hakan DAĞDELEN

Tüketici İşlemlerinde Ayıbın Sebep Olduğu Zararlardan
Satıcının Kusursuz Sorumluluğu429-455

Arş. Gör. Kaan Muharrem YAĞCIOĞLU

Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve
Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri457-486

DOKUZ EYLUL UNIVERSITY**Faculty of Law Review****Volume: 20 Number: 2 Year: 2018****CONTENTS****Assoc. Prof. Dr. Mine AKKAN**

Prohibition of Litigation on Agreed Matters in Mediation and
Consequences of Prohibition 1-31

Assoc. Prof. Dr. Ceyda SÜRAL EFEÇİNAR

Impact of Third Party Funding to the Decision of Arbitrators
Relating to Security for Costs in International Arbitration..... 33-62

Assist. Prof. Dr. Mehmet AKÇAAL

The Types of Curatorship under the Swiss Civil Code..... 63-87

Assist. Prof. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN

The Characterization of the Maintenance Paid to the Major Child
Who Continues His or Her Education As a Duty of Assistance
in Some Judgments of the Cassation Court 89-125

Assist. Prof. Dr. Selman Sacit BOZ

Established Situation in the Light of Court Decisions..... 127-157

Assist. Prof. Dr. Pınar ÇİFTÇİ

Restriction of the Principle of Publicity in Civil Proceedings
Based on the Interest of Protection of Private Life..... 159-189

X

Assist. Prof. Dr. Serkan EKİZ

Governing Principles of Swedish Press Law191-212

Assist. Prof. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ

The Supervision and Management of the Money As a Way of
Ensuring Transparency in Constitutional Democracies.....213-238

Assist. Prof. Dr. Sevgi KAYAK

Roman Law Approach to the Impossibility of the Performance in
Contacts for Work and its Influences on the Turkish Law239-305

Assist. Prof. Dr. Özge ÖNCÜ

Theory of Intimation in Interpretation of Testaments.....307-374

Assist. Prof. Dr. Yıldırım TAYLAR

Submission of Books, Records and Documents Not Submitted
During Tax Inspection to the Tax Judiciary Organs During
Judgement Process.....375-408

Assist. Prof. Dr. Engin TOPUZKANAMIŞ

A Draft on Power and Law409-428

Dr. Ahmet Hakan DAĞDELEN (Transl.)

Strict Liability of the Seller for Damages Caused as a Result of
Defective Goods in Consumer Transactions.....429-455

Research Assist. Kaan Muharrem YAĞCIOĞLU

Mediation According to New Labor Court Law and Effects of
Mediation on Labor Court Proceedings.....457-486

ARABULUCULUK FAALİYETİ SONUCUNDA ANLAŞILAN HUSUSLARDA DAVA AÇMA YASAĞI VE SONUÇLARI

*Doç. Dr. Mine AKKAN**

Öz

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 5. fıkrasındaki yeni düzenlemeye göre, "Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz." 7036 sayılı Kanunla eklenen bu düzenleme, Kanun'un gerekçesine göre, "dava açma yasağı" olarak nitelendirilmektedir.

Kanun'da dava açma yasağının hukukî niteliği, bu yasağa rağmen dava açılması durumunda bunun sonucunun ne olacağı ve dava açma yasağının istisnalarının olup olmadığı düzenlenmemiştir. Anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge sayılacağı hükmünden (HUAK m. 18) hareketle artık anlaşılan hususlarda tarafların dava açma ihtiyacının ortadan kalktığı söylenebilir. Bu sebeple dava açma yasağı, dava şartlarından olan hukukî yarar bulunması (HMK m. 114/1, h) şartının özel bir görünümüdür, daha açık bir ifadeyle özel bir dava şartıdır. Dava açma yasağının istisnaları da bulunmaktadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin borçlar hukuku sözleşmesi niteliği de dikkate alındığında, aynı uyumsuzluk hakkında, özellikle bu belgenin sahteliği, anlaşmanın irade fesadı hâlleriyle sakatlandığı, anlaşmanın geçersizliği gibi durumlarda dava açılabilmesi kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Dava Açma Yasağı, Anlaşma Belgesi, Dava Şartı, İlâm Niteliğinde Belge

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (ORCID ID <https://orcid.org/0000-0001-8759-5593>) (e-posta: mine.akkan@deu.edu.tr) (Makalenin Geliş Tarihi: 01.10.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 08.10.2018-09.10.2018/Makale Kabul Tarihleri: 08.11.2018-12.10.2018)

PROHIBITION OF LITIGATION ON AGREED MATTERS IN MEDIATION AND CONSEQUENCES OF PROHIBITION

Abstract

According to new article 18 sub-article 5 of Mediation Code of Civil Disputes (MCoCD) "Both of the parties can not file a case about matters agreed if they reached an agreement during the mediation." This new annexation to the Code introduced by Statute N: 7036. This is reasoned by the Statute as "prohibition of litigation".

This Statute has not any explanations about the characteristic of the so called "prohibition of litigation" or what should courts do if a party file a case about agreed matters or if there is any exception of this prohibition. According to article 18 of MCoCD a written agreement is considered as a writ so parties can enforce this agreement instead of file a case. Thus, this so called "prohibition of litigation" is a negative cause of action which shows that parties have not a legal interest (Code of Civil Procedure art. 114/1-h) to case a file. Generally there are exceptions of "prohibition of litigation". Mediation agreement is considered as a contract so must be accepted that this contract can be annuled by an action grounds on forgery, defective intention and invalidity of contract.

Keywords

Mediation Code of Civil Disputes, prohibition of litigation, written agreement, cause of action, quasi-writ

GİRİŞ

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesine 7036 sayılı Kanunla¹ eklenen 5. fıkraya göre, “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.*” 7036 sayılı Kanun'un gerekçesinde bu yeni düzenleme, “dava açma yasağı” şeklinde nitelendirilmektedir.

Dava açma yasağına ilişkin olarak, 2.6.2018 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde² de aynı hüküm yer almaktadır (Ar. Yön. m. 21/7).

Kanun'da “dava açılmaz” ifadesi ve hükmün gerekçesinde de “dava açma yasağı” nitelendirmesi kullanılmış olsa da, bunu kelime anlamıyla hak arama özgürlüğünü engelleyen bir yasak şeklinde anlamamak gerekir. Burada asıl amaçlanan, anlaşma belgesinde yer alan anlaşılan hususlar hakkında, mahkemenin esasa girip inceleme yapamaması ve bu konularda bir karar veremeyecek olmasıdır. Daha farklı bir ifadeyle dava açmak yasak değildir, dava açıldıktan sonra anlaşılan hususların mahkemece tespiti hâlinde esas hakkında karar verilmemesi gündeme gelecektir. Ayrıca aşağıda inceleyeceğimiz üzere anlaşma belgesinde yer alan anlaşılan hususlarda dava açılmasının mümkün olduğu hâller bulunmaktadır, bu sebeple bu yasağı mutlak bir yasak olarak anlamamak gerekir. Bu anlamda biz de her ne kadar hükmün gerekçesinde yer alan “dava açma yasağı”nı çalışmamız açısından esas almış olsak da, bunun kelime anlamıyla dava açılmasının yasak olduğu şeklinde hak arama özgürlüğünü engelleyen bir anlamı olmadığını ve nasıl anlaşılması gerektiğini aşağıda ayrıntılı şekilde açıklayacağız.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesine eklenen 5. fıkrada dava açma yasağının hukukî niteliği ve bu yasağa rağmen dava açılması durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği düzenlenmemiştir. Dava açma yasağı gibi çok önemli sonuçlar doğuran bir konunun, ayrıntıya girilmeksizin çok kısa bir şekilde düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Bu sebeple konunun incelenmesi, bu yasağın gerekçeleri ve sonuçları üzerinde durulmasının faydalı olacağı düşünülmüştür. Ayrıca dava açma yasağının mutlak bir yasak olmadığını, anlaşma belgesi düzenlendikten sonra da aynı uyuşmazlık hakkında, özellikle anlaşma belgesinin sahteliği, anlaşmanın irade fesadı hâlleriyle sakatlandığı, anlaşmanın geçersizliği gibi durumlarda dava açılabilceğini de kabul etmek gerekmektedir.

¹ RG 25.10.2017, S. 30221.

² RG 2.6.2018, S. 30439.

Bu çalışmada, dava açma yasağına ilişkin düzenleme yeterli açıklıkta olmadığından, bunun nasıl anlaşılması gerektiği ve sonuçları hakkında uygulamaya da faydalı olabilecek birtakım tespitlerde bulunularak hükmün yanlış anlaşılması ve uygulanmasının önüne geçilmesi amacıyla açıklamalar yapılmıştır. Ancak dava açma yasağının doğru anlaşılabilmesi ve uygulanabilmesinin en temel şartı, etik ilkelere³ ve kanunî düzenlemelere uygun şekilde yürütülen bir arabuluculuk süreci sonunda tarafların gerçek iradelerini yansıtan bir anlaşma belgesinin düzenlenmiş olmasıdır.

I. DAVA AÇMA YASAĞININ GEREKÇELERİ

Dava açma yasağının gerekli olup olmadığı konusuna değinmeden ve bir değerlendirme yapmadan önce, bu yasağın neyi amaçladığını ve esasen hangi gerekçelerle kabul edildiğini öncelikle irdelememiz gerekir:

7036 sayılı Kanunla eklenen dava açma yasağına ilişkin madde gerekçesi şöyledir⁴: “6325 sayılı Kanunun 18 inci maddesine eklenen beşinci fıkra ile, arabulucu huzurunda anlaşılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı hüküm altına alınmaktadır. Anlaşılan hususların bilahare dava edilemeyeceği dikkate alındığında arabulucu tarafından düzenlenecek ve taraflar ve varsa temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanacak anlaşma tutanağında “anlaşılan hususların” net bir şekilde ortaya konulmasında zorunluluk bulunmaktadır. Örneğin işçi ve işveren tarafı kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti konusunda anlaş-tıklarında arabulucunun bu kalemleri ayrıca ve açıkça tutanağa bağlamasında fayda görülmektedir. Anlaşma tutanağının içeriğinden “anlaşılan hususlar” net bir şekilde görülebilmeli ve bilahare dava açma yasağına tabi olan bu hususlar tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça tespit edilebilmelidir.” Görüldüğü üzere, söz konusu hükmün gerekçesinde, dava açma yasağının sebebi veya sonuçları açıklanmamış, sadece arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılan hususların açık ve net olması gerekliliğine vurgu yapılarak dava açma yasağının kapsamının belirlenmesi anlamında açıklama getirilmiştir.

³ Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan ve Arabuluculuk Kurulu tarafından gözden geçirilerek kabul edilen Türkiye Arabulucular Etik Kuralları için bkz. http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html, E. T. 25.09.2018).

⁴ Hükümet Gerekçesi için bkz. (m. 24) İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 491 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>), E. T. 25.10.2017).

Dava açma yasağının kabul edilmesinin ilk gerekçesini, arabuluculukla ilgili yapılan düzenlemelerin temel gerekçesinden çıkarmak mümkündür⁵. Arabuluculuğa ilişkin yeni düzenlemelerin temel gerekçesini, mahkemelerin iş yükünün azaltılması, daha az masrafla ve daha kısa zamanda uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması, başka uyuşmazlıkların doğması engellenerek uyuşmazlıkların temelden çözümlenmek suretiyle sosyal barışa katkı sağlanması şeklinde özetlemek yanlış olmayacaktır⁶. Bu genel gerekçeden hareketle arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması hâlinde, uyuşmazlığın tarafların iradeleriyle çözüme kavuşturulduğu kabul edilmiş ve artık mahkemelere bu uyuşmazlığın tekrar yansıtılmaması amaçlanmıştır. Bunun sonucunda da, uyuşmazlıkların temelden çözümlenerek tarafların barışması, aynı konuların mahkeme önüne tekrar getirilmemesi ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması sağlanmış olacaktır.

Dava açma yasağının kabul edilmesinin ikinci gerekçesini, anlaşmanın taraflar açısından bağlayıcı olması noktasında bulabiliriz. Kural olarak, arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan anlaşmanın taraflar için bağlayıcı olması sebebiyle -anlaşmanın iptali veya geçersizliğine sebep olabilecek ya da anlaşmanın sahteliği ve benzer hâllere ilişkin davalar dışında- konusu, tarafı ve sebebi aynı olan bir uyuşmazlık hakkında artık dava açılmayacağı belirtilmiştir⁷. Bu anlamda dava açma yasağının bir diğer gerekçesi ise tarafların kendi iradeleriyle buldukları çözümün ve yaptıkları anlaşmanın bağlayıcı olması sebebiyle artık aynı konuda -aşağıda belirteceğimiz durumlar dışında- bir uyuşmazlığın doğmayacağıdır. Hatta bu bağlayıcılığı bir anlamda sağlamak amacıyla mahkmeden icra edilebilirlik şerhi alınmak suretiyle ilâmların icrasına ilişkin hükümlere tâbi olması ya da şartları varsa doğrudan bu anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge kabul edilmesi söz konusu olmuştur (HUAK m. 18). Böylece, daha önceden yaşanan uyuşmazlık için veya çözüm anlaşmasının ifası için tarafların dava açmasına da gerek kalmamaktadır. Bununla bağlantılı olarak, dava açma yasağının üçüncü gerekçesi ise anlaşma durumunda, tarafların elinde 18. maddede belirtilen

⁵ Avukatlık Kanunu çerçevesinde (m. 35/A) yapılan uzlaştırma sonucunda düzenlenen tutanak içeriğinde yer alan anlaşma koşullarına tarafların sonradan uymak istememeleri durumunda, bu uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmesi durumunda uzlaşmaya öncelik verilmesi gerektiği ve mahkemelerin uzlaştırma tutanağına sadece sahtelik çerçevesinde müdahalesinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Özbay**, s. 415; **Sarısozen**, s. 247.

⁶ Bu konuda bkz. (Alt Komisyon Raporu) İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 491 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>, E. T. 25.10.2017).

⁷ **Özbek**, Avrupa'da Arabuluculuk, s. 464.

koşullar çerçevesinde ilâm niteliğinde belge olacağından, artık dava açma ihtiyacının (hukukî yararının) kalmaması şeklinde belirtilebilir. Bu sonuç, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesine 7036 sayılı Kanunla eklenen 5. fıkrayla açıklığa kavuşturulmuş ve pekiştirilmiştir. Örneğin, komşuluk hukukundan kaynaklanan bir uyuşmazlık sebebiyle taraflar bir miktar paranın ödenmesi konusunda anlaşmış iseler artık arabulucu önünde tartışılan ve anlaşmaya varılan bu konu hakkında dava açılmasına ihtiyaç ve gerek yoktur, çünkü bu uyuşmazlık tarafları bağlayıcı şekilde ve mahkemede dava açılmasına gerek olmaksızın çözülmüştür, bunun yanında (duruma göre mahkemeden şerh alınarak veya alınmaksızın) icra edilebilir niteliktedir.

Doktrinde *Özekes/Atalı*, dava açma yasağına ilişkin bu düzenlemenin ifade, içerik ve sonuçları bakımından sorunlu olduğunu, anlaşılan hususların dava sürecini tamamen ortadan kaldırıp kaldırmayacağı sorusunun sorulması gerektiğini, bunun bir dava şartı olup olmadığının belli olmadığını, dava şartı ise neden açıkça düzenlenmediğini, dava şartı değilse bu yasağa uyulmaması sonucunda mahkemece nasıl bir karar verileceğinin belli olmadığını, “dava açılmaz” ifadesinin usûl hukuku açısından anlamlı ve sonucu olan bir ifade olmadığını, bu düzenlemenin yeni sorunlara, dava ve işlere sebep olacağını, dava açılmaz denilerek usûl hukuku ve maddî hukuk bakımından dava açılmasına engel olunamayacağını belirtmektedirler⁸. Doktrinde *Özmumcu* da, dava açma yasağına ilişkin söz konusu düzenlemenin arabuluculuk ile bağdaşmadığını; arabulucunun hâkim veya hâkimin sürrogatı olmadığını; arabulucunun hüküm verme yetkisinin veya tarafları anlaşmaya zorlama yetkisinin olmadığını; dava açma yasağının kabul edilmesiyle arabulucuya hâkimin ötesinde bir rol verildiğini ve sonuçta anlaşmaya ilişkin hukukî denetim yollarının kapatıldığını vurgulamış; bunun sonucunda hukukî denetimden uzaklaştırılarak taraflar arasındaki anlaşmaya adeta bir kesin hüküm niteliği kazandırıldığını belirtmiştir. *Özmumcu*'ya göre, dava açma yasağına ilişkin bu düzenleme, adalete erişim ve hak arama özgürlüğüne getirilmiş önemli bir engeldir⁹. İş hukuku ile ilgili değerlendirmelerde bulunan *Doğan Yenisey* ise dava açma yasağının, tarafların anlaşmasının doğal bir sonucu olduğunu kabul etmekle birlikte, iş hukuku açısından özellikle (örneğin feshe ilişkin) hukukî nitelendirme noktasında sorunlarla karşılaşılabilceğini, çünkü hukukî nitelendirmeye bağlı olarak diğer (iş hukukuna ilişkin) taleplerin etkilenebileceğini; taraflar hukukî nitelendirmede bulunmaksızın bazı ala-

⁸ *Özekes/Atalı*, s. 105 vd.

⁹ *Özmumcu*, s. 837.

caklar üzerinde anlaşmaya varmış olsalar bile bu anlaşmanın sonradan dava yoluyla talep edilen diğer alacaklara etkisinin belirsiz olduğunu, dava açma yasağının bu anlamda soru işaretlerine yol açabileceğini belirtmektedir¹⁰.

Yukarıda doktrinde belirtilen tereddütler ve sorunların varlığını, özellikle düzenlemenin içeriği ve sonucunun yeterli açıklıkta olmaması açısından biz de kabul ediyoruz. Bu konudaki tereddütlerin en temel gerekçesini, kural olarak gizlilik esasının geçerli olduğu arabuluculuk faaliyetinin, etik ilkeler ile kanuna uygun olarak yürütülmemesi ve baskı veya başka uygulamalar sonucunda anlaşma tutanaklarının -zorla- taraflara imzalatılması oluşturmaktadır¹¹. Oysa kanun koyucu, kötü arabuluculuk uygulamalarını esas alarak bir düzenleme yapmamış, etik ilkelere, dürüstlük kuralına ve kanuna uygun olarak yürütülen bir arabuluculuk süreci sonunda, tarafların gerçek iradeleriyle uyuşmazlığın çözümlendiği ve anlaşma belgesinin bu süreç sonunda taraf iradelerine uygun şekilde arabuluculuğun tüm ilkeleri gözetilerek hazırlanıp imzalandığı varsayımı üzerine dava açma yasağını inşa etmiştir. Bu yasağa ilişkin düzenlemenin yukarıda belirttiğimiz gerekçeleri de dikkate alınırca dava açma yasağı, uyuşmazlık çıktıktan sonra, tarafların kendi gerçek iradeleriyle arabulucu önünde anlaşmasının doğal bir sonucudur. Kanun, arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan bu anlaşmaya, uyuşmazlık çıktıktan sonra tarafların kendi aralarında yaptıkları alelade bir anlaşmadan farklı şekilde, özellikle ilâm niteliğinde belge olarak sonuç bağlamıştır. Kanun koyucu bu düzenleme ile tarafların arabulucu önünde kabul ettikleri ve imzaladıkları bu uyuşmazlık çözümünden sonra, aynı uyuşmazlığı bu sefer mahkeme önünde tekrar çözmeye ihtiyaç duymamalarını da amaçlamıştır. Nihayetinde tarafların çözümü, tarafları bağlayıcı olmalıdır. Bu sebeple dava açma yasağının anlam ve amacının doğru anlaşılması gerektiğini, eğer doğru anlaşılırsa bu yasağın gerçek amacına ulaşabileceğini, uygulamacıların ve tarafların bu yasağı kötüniyetli değerlendirerek kendilerine etik ilkelere ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde pay çıkarmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Özellikle de tarafların hak arama özgürlüğünü engelleyen bir sonuca asla izin verilmemesi gerektiğini vurgulamak isteriz.

¹⁰ **Doğan Yenisey**, s. 190.

¹¹ Bu konuda bkz. **Özekes/Atalı**, s. 106, 109. Özellikle Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararına yansıyan olayda, arabuluculuk sürecinin hiç işletilmeden işçi tarafın imzasının alındığı bir olayla karşılaşmış ve uygulamada böyle bir durumla karşılaşmış olması, arabuluculuk süreci sonunda imzalanan anlaşmanın taraf iradelerine ne kadar uygun olduğu ve kanunda düzenlenen arabuluculuk sürecine ne kadar uyulacağı konusunda bizlerde tereddüt uyandırmıştır. Karar için bkz. 9. HD, 8.12.2016, 25300/21744 (Kazancı İçtihat Bankası).

Son olarak şunu da ilave etmekte fayda görüyoruz: Arabulucu önünde anlaşılan hususlarda sonradan dava açılmaması, arabuluculuğa başvuruyu ve bunun sonucunda anlaşmayı da teşvik edecek bir düzenlemedir. Esasen dava açma yasağına ilişkin düzenlemenin altında yatan en önemli sebebin de bu olduğu söylenebilir.

II. DAVA AÇMA YASAĞININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yer alan, “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*” şeklindeki kuralın, usûl hukuku anlamında dava açmaya, daha doğru bir ifadeyle davanın esasın görülmesine engel olan bir durum olup olmadığını değerlendirmek uygun olacaktır:

Dava açma yasağının, usûl hukukunu ilgilendiren bir düzenleme olduğunu düşünmekteyiz, bu sebeple hukukî nitelik açısından usûl hukukunda bir karşılığının bulunması beklenir. Davanın esasına girilmesine engel olan usûlî itirazlar, dava şartları (HMK m. 114 vd.) ile ilk itirazlardır (HMK m. 116 vd.). İlk itirazlar sınırlı sayıda olup Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Dava şartları ise genel dava şartları (HMK m. 114) ve çeşitli diğer düzenlemelerde yer alan özel dava şartlarından¹² oluşmaktadır. İlk itirazlardan farklı olarak, dava şartları re'sen dikkate alınır (HMK m. 115/1), dava şartları, geniş anlamda, varlığı veya yokluğu durumunda davanın esasının çözümlenmesine engel olan usûlî şartlardır¹³. Ancak ilk itirazlardan farklı olarak, dava şartlarının mutlaka davanın esasına girilebilmesi için varlığı veya yokluğu gereklidir. Dava şartları, davanın açılabilmesi için değil, davanın esasına girilebilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan şartlardır. Bu anlamda dava şartlarından biri olmaksızın açılan dava da açılmış sayılır, ancak hâkim işin esasına girip karar veremez, davayı usûlden reddetmesi

¹² Özel dava şartına örnek olarak, tasarrufun iptali davasında aciz belgesinin varlığı gösterilebilir (İİK m. 277). Bir başka örnek, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde karşımıza çıkar. Buna göre, Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması özel bir dava şartı olarak düzenlenmiştir.

¹³ Dava şartı tanımını için bkz. **Ansay**, s. 202 vd.; **Kuru**, Dava Şartları, s. 111; **Kuru**, Usûl, C. II, s. 1343; **Üstündağ**, s. 280-281; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 927; **Tanrıver**, Usûl, s. 636; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 280; **Özekes/Atalı**, s. 99; **Budak/Karaaslan**, s. 151; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 324.

gerekir¹⁴. Burada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesi anlamında dava şartının tamamlanabilir olup olmadığı da dikkate alınmalıdır.

Bir hususun dava şartı olup olmadığı onun niteliğinden anlaşılır, eğer o hususun varlığı veya yokluğu mahkemenin davayı esastan incelemesine, karar vermesine engel oluyor ve hâkimin bu durumu re'sen dikkate alması gerekiyorsa bunun bir dava şartı olduğu kabul edilir¹⁵. Dava şartları, mahkemeye, taraflara ve dava konusuna ilişkin dava şartları şeklinde üç gruba ayrılmaktadır¹⁶. Buna göre, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenen dava açma yasağı, Kanun'da ilk itiraz olarak düzenlenmediğine göre, dava açmaya daha doğru bir ifadeyle davanın esasının incelenmesine engel olan özel bir dava şartı olarak mı değerlendirilecektir?

Dava açma yasağı, kelime olarak her ne kadar dava açılmasına engel olan bir yasak gibi düşünülse de, aslında davanın esastan çözümlenmesine engel olan bir yasak olarak kabul edilmelidir. Davanın mahkemece esastan çözümlenmesine engel olan bir durum ise ilk itiraz olarak Kanun'da düzenlenmemişse dava şartı olarak değerlendirilmelidir, zira hükümde "dava açılmaz" şeklinde kesin bir ifade yer almakta ve bunun hâkim tarafından kendiliğinden değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü yukarıda belirttiğimiz şekilde¹⁷ düzenlemenin temelindeki gerekçe, mahkemelerin iş yükünün azaltılması, daha az masrafla ve daha kısa zamanda uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması, başka uyuşmazlıkların doğması engellenerek uyuşmazlıkların temelden çözümlenmek suretiyle sosyal barışa katkı sağlanmasıdır ve bu gerekçeye dayanarak hâkimin bu düzenlemeyi kendiliğinden dikkate alması gerekir. Özellikle burada, dava açılmasında davacının hukukî yararının bulunması gerekliliği de değerlendirilmelidir, zira hukukî yarar zaten dava şartları arasında düzenlenmiştir ve re'sen dikkate alınır (HMK m. 114/1, h; m. 115).

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılan konularda dava açılmazsa zaten hukuk düzenine yansımış bir sorun ortaya çıkmayacaktır; sorun, anlaşmaya varılan konularda dava açıldığı takdirde, dava açma yasağının nasıl

¹⁴ **Kuru**, Dava Şartları, s. 111; **Kuru**, Usûl, C. II, s. 1344; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 280.

¹⁵ **Kuru**, Dava Şartları, s. 112; **Kuru**, Usûl, C. II, s. 1344-1345; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 281.

¹⁶ **Ansay**, s. 203; **Kuru**, Dava Şartları, s. 112; **Kuru**, Usûl, C. II, s. 1345; **Üstündağ**, s. 287; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 927 vd.; **Tanrıver**, Usûl, s. 636; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 281; **Özkaya-Ferendeci**, s. 99; **Budak/Karaaslan**, s. 151.

¹⁷ Bkz. yuk. I. Dava Açma Yasağının Gerekçeleri başlığı altındaki açıklamalar.

değerlendirilip bu konuda nasıl bir karar verilmesi gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Bu anlamda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca kabul edilen dava açma yasağına aykırı olarak dava açılması durumunda, bunun davanın esasına girmeye engel olan özel bir şart olduğunu ve hâkimin bu dava şartı sebebiyle davayı usûlden reddetmesi gerektiğini kabul etmek gerekir. Böylece dava açma yasağı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenen özel bir dava şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle bu özel dava şartının temelinde hukukî yarar bulunmaktadır, bu şart, dava konusuna ilişkin dava şartlarından olan “davacının dava açmakta hukukî yararının bulunması” (HMK m. 114/1, h) şeklindeki dava şartının özel bir görünümüdür.

Hukukî yarar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda genel dava şartları arasında düzenlenmiş olup çok genel anlamıyla davacının, hakkına kavuşmak için mahkeme kararına ihtiyaç duyması olarak tarif edilebilir¹⁸. Elbette arabuluculuk süreci sonunda, hak temelli değil, kural olarak menfaat temelli bir çözümün olacağını göz önüne alarak arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşmaya varması ile mahkemece uyuşmazlığın çözülmesi anlamında fark olduğunu dikkate alıyoruz. Bu fark bir yana, uyuşmazlığın çözülmüş olması noktasından hareket edildiğinde, hukukî yarar yokluğu daha kolay anlaşılabilir. Tarafların uyuşmazlığı arabuluculuk süreci sonunda çözüldükten sonra, bu anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan hükümler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun mahkeme içi sulh hükümlerinin (ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesinin) uygulanmasına ihtiyaç bırakmayacağından¹⁹, tarafların anlaşmış oldukları hususlarda mahkemeye başvurarak bir çözüm aramalarında hukukî yararlarının da bulunmadığı²⁰ kabul edilmelidir.

¹⁸ **Kuru**, Dava Şartları, s. 136; **Kuru**, Usûl, C. II, s. 1365; **Üstündağ**, s. 317; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 946-948; **Tanrıver**, Usûl, s. 470; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 285; **Budak/Karaaslan**, s. 156; **Hanağası**, s. 127.

¹⁹ Elinde ilâm niteliğinde belge olan alacaklının bu alacağını tahsil etmek amacıyla dava açmasında hukukî yararı yoktur. Çünkü mahkemeden alınacak ilâm da ilâmlı icra yoluna başvurarak icra edilecektir. Oysa alacaklı, elindeki ilâm niteliğindeki belgeye dayanarak ilâmlı icra yoluna başvurabilir, bu sebeple aynı konuda dava açmasının alacaklıya hiçbir hukukî yararı olmayacaktır (**Kuru**, Dava Şartları, s. 139; **Kuru**, Usûl, C. II, s. 1372; **Üstündağ**, s. 278; **Tanrıver**, Usûl, s. 471-472; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 287; **Özbek**, 2. Cilt, s. 1038; **Hanağası**, s. 272; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 333).

²⁰ Arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşılmasına rağmen, anlaşılan hususlarda dava açılması durumunda, davanın hukukî yarar yokluğundan usûlden reddedileceğine dair görüş

Doktrinde, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'ndaki dava açma yasağına ilişkin yeni düzenlemeden önce de, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılmasına rağmen, tarafın anlaşmaya varılan konularda dava açması durumunda bunun yine bir dava şartı olan hukukî yarar yokluğundan usûlden reddedilmesi gerektiği kabul edilmiştir²¹. Özellikle icra edilebilirlik şerhi alınması durumunda veya icra edilebilirlik şerhi alınmadan ilâmsız icraya başvurulma imkânının olması sebepleriyle tarafın dava açmakta hukukî yararının olmadığı belirtilmiştir²².

Özkes'e göre, "dava açılmaz" ifadesi usûl hukuku açısından anlamı olmayan bir ifade olup önemli olan dava açıldığında ne yapılacağı, nasıl karar verileceğidir²³. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere, dava şartları, davanın açılabilmesi için değil, davanın esasına girilebilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan şartlardır ve dava şartlarından biri olmaksızın açılan dava da açılmış sayılmaktadır, ancak hâkim işin esasına girip karar veremeyeceğinden davayı usûlden reddetmelidir²⁴. Kanun koyucunun arabu-

in için bkz. **Çiçek**, s. 128. Davacının elinde arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen ve ilâm niteliğinde sayılan bir anlaşma belgesi varsa bundan sonra dava açılması sonucunda verilecek hüküm, davacının hukukî durumunu daha iyi bir duruma getiremeyeceğinden dava açılmasında hukukî yararın olmadığı yönünde bkz. **Budak/Karaaslan**, s. 158. *Atalı/Ermenek/Erdoğan*, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınmasından sonra veya taraflar, arabulucu ve vekilleri tarafından birlikte imzalanan bir anlaşma belgesinin varlığı durumunda (HUAK m. 18/4 gereğince ilâm niteliğinde belge sayılması durumunda), aynı konuda dava açılması söz konusu olmuşsa davanın hukukî yarar yokluğundan reddi gerekir iken kanun koyucu tarafından, mahkemeden şerh alınmadan önceki aşamanın da dikkate alınarak bu anlaşma belgesine adeta mahkeme içi sulh gücü verildiğini vurgulamışlardır (*Atalı/Ermenek/Erdoğan*, s. 774-775). Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi çerçevesinde hazırlanan uzlaşma tutanağı, dava açılmasını gereksiz kılar, yani tarafın hukukî yararı olmadığından hukukî yarar yokluğundan davanın reddedilmesi gerekir (**Özbek**, 35/A Maddesi, s. 130; **Özbek**, 2. Cilt, s. 1038).

²¹ Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Çelikoğlu**, s. 711-712. *Çelikoğlu*, arabuluculuk anlaşma belgesinin mahkeme dışı sulh niteliğinde olması itibarıyla hukukî yarar yokluğunu değerlendirmektedir. Dava sırasında mahkeme içi sulhe dönüşen bir arabuluculuk anlaşmasında ise sonradan aynı konuda dava açılması durumunda kesin hüküm sebebiyle davanın usûlden reddi gerektiğini belirtmektedir (**Çelikoğlu**, s. 712).

²² **Çelikoğlu**, s. 711-712. *Çelikoğlu*, eğer, icra edilebilirlik şerhi alınmadan anlaşılan konularda dava açılması durumunda dava şartı yokluğu kabul edilmezse arabuluculuk anlaşma belgesinin, uyuşmazlığın çözümüne etki edecek bir sözleşme olarak dikkate alınması gerekeceğinden bahsetmektedir (**Çelikoğlu**, s. 712).

²³ **Özkes**, "Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine" Toplantısı, Tartışma ve Yorumlar, s. 133.

²⁴ **Kuru**, Dava Şartları, s. 111; **Kuru**, Usûl, C. II, s. 1344.

luculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca “dava açılmaz” şeklindeki ifadesi, dava açılmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır, zira dava açılmazsa zaten ortada hukuken çözülmesi gereken bir problem bulunmamaktadır. Anlaşılan hususlarda dava açıldığı takdirde hâkimin bu yasağı (dava şartını) değerlendirmesi gerekir.

Bir başka açıdan bakarsak dava açma yasağı, dava hakkı ile birlikte değerlendirilebilir mi? Taraf uyuşmazlık çıktıktan sonra, etik kurallar ve kanuna uygun şekilde yürütülen arabuluculuk süreci sonunda gerçek iradesine uygun şekilde hakkına (arabuluculuk sürecinde menfaatine) kavuşmuşsa artık burada maddî hukuktaki hakkını dava yolu ile talep etmesinin söz konusu olmayacağı da düşünülebilir, çünkü özel hukukta üzerinde tasarruf edilen konularda tasarruf ilkesi geçerlidir ve aslında taraf (hak sahibi), uyuşmazlık çıktıktan sonra menfaatine elverişli olacak şekilde maddî hukuktaki hakkı üzerinde tasarrufta bulunmuş ve bu hakkından vazgeçmiştir veya kabul etmiştir. Sonuç itibarıyla etik ilkelere ve kanuna uygun şekilde yürütülen arabuluculuk süreci sonunda, taraf kendi gerçek iradesiyle menfaati çerçevesinde maddî hukuktaki hakkından vazgeçtiyse veya kabul ettiyse artık bu konuda da dava hakkının bulunduğu söz edilemez. Nitekim bilindiği üzere kural olarak dava hakkı²⁵ maddî hukuktaki asıl hakkın devamı niteliğindedir ve taraf maddî hukuktaki hakkı üzerinde tasarrufta bulunmuş ise artık bu konuda doğal olarak bir dava hakkı da bulunmamaktadır. Ancak bu durum usûlî bir konu olmayıp işin esasını ilgilendiren bir konudur²⁶. Bu sebeple biz dava açma yasağını, hukukî yararın bulunmasının bir görünümü olarak özel bir dava şartı kabul ediyoruz ve usûlî bir kararlar davanın sonuçlanması gerektiğini düşünüyoruz.

Arabuluculuk faaliyeti bir yargılama faaliyeti olmadığından, arabuluculuk için kabul edilen dava açma yasağını, olumsuz dava şartı olarak kabul

²⁵ Kural olarak dava hakkı asıl hakka bağlıdır, bu sebeple hak henüz doğmamışsa veya hak sona ermişse dava hakkı da yoktur (**Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1112). Krş. **Belgesay**, s. 7 vd. Dava hakkının maddî hukuktaki hak kavramıyla açıklanması eda davaları bakımından geçerli olup usûl hukukundaki talep kavramı daha geniş ve daha farklıdır. Dava hakkı konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Tanrıver**, Usûl, s. 464 vd.

²⁶ Nitekim, (maddî) hakkın bulunmaması, doğmamış olması, ortadan kalkmış olması sebepleriyle dava hakkının bulunmadığı iddiası esasa ilişkin bir savunmadır, dava şartı değildir (**Üstündağ**, s. 281).

edilen kesin hükme benzetmek mümkün değildir²⁷. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile getirilen dava açma yasağının amaçlarından birisi uyuşmazlığı bütün bir gelecek için sona erdirmeye ve bunun sonucunda mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıdır ki, bu amaçlardan uyuşmazlığı sona erdirmek, aynı zamanda kesin hükmün de amaçlarından birisidir. Zira, sadece mahkemelerin kesin hükümlerinde varolan maddî anlamda kesinlik ile de kısaca, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmek suretiyle bu hâlin gelecek için devamlı nitelikte olması amaçlanmaktadır²⁸. Ancak arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşma ile mahkemenin verdiği hükmün kesin hüküm hâlini alması, birbirinden kesinlikle ayrılması gereken iki farklı kavramdır.

Her durumda arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesinde yer alan anlaşılacak hususlar ile dava konusu olan uyuşmazlığın aynı

²⁷ Nitekim arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşma, ilâm niteliğinde belge vasfını kazanmış olsa da, mahkeme kararları gibi maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez. İlâmlar ile ilâm niteliğinde belgeler arasında hukukî nitelik ve işlev açısından fark vardır ve sadece bir dava sonucunda verilen mahkeme kararları, dava konusu, taraf ve sebep birliği varsa sonradan açılacak dava bakımından maddî anlamda kesin hüküm teşkil eder, bir belgenin ilâm niteliğinde olması ise sadece icra edilebilirlik açısından değerlendirilmelidir (**Pekcanitez**, (“Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine” Toplantısı, Tartışma ve Yorumlar), s. 127; **Özekes/Atalı**, s. 105; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 192; **Namlı**, s. 164-165; **Doğan Yenisey**, s. 191; **Özbek**, İcra Edilebilirlik, s. 75; **Özbek**, 2. Cilt, s. 1262; **Budak/Karaaslan**, s. 433; ilâm ve ilâm niteliğindeki belgeler hakkında bkz. **Önen**, Sulh, s. 152-153; **Tanrıver**, İlâmlı İcra, s. 83, 98; **Tanrıver**, Sulh, s. 344). Mahkeme huzurunda yapılan sulh ve kabullerin maddî anlamda kesin hüküm oluşturmadığı, sadece şekli anlamda kesinlik ve icra edilebilirlik açısından mahkeme kararıyla aynı sonucu doğurduğu yönünde bkz. **Gürdoğan**, s. 37.

Bu konuda bkz. Anayasa Mahkemesi’nin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na ilişkin kararı: “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların uzlaşması sonucunda düzenlenen anlaşma metni maddî anlamda kesin hüküm değildir. Anlaşmaya mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhinin verilmesi söz konusu anlaşmayı hüküm-kesin hüküm/mahkeme ilâmı hâline getirmemekte, sadece ilâm niteliğinde belge hâline getirmektedir. İlâmlar ile ilâm niteliğindeki belgeler birbirinden tamamen farklıdır. İlâmlar maddî anlamda kesin hüküm teşkil ederken, ilâm niteliğindeki belgelerin maddî anlamda kesin hüküm olma nitelikleri yoktur. Kanun koyucu ilâm niteliğindeki belgeleri, sadece icra edilebilirlik açısından ilâmlarla aynı hukuki rejime tabi tutmuştur.*” (AYM 10.7.2013, 2012/94, 2013/89; RG 25.1.2014, S. 28893).

²⁸ Maddî anlamda kesin hükmün amaçları konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Kuru**, Usûl, C. V, s. 4980, 4986-4987; **Ansay**, s. 365; **Domaniç**, s. 4-5; **Gürdoğan**, s. 16-17, 61; **Özkaya-Ferendeci**, s. 3-6; **Atalı**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2057; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 684; **Budak/Karaaslan**, s. 285; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 555 vd.; **Akkan**, s. 5, 8-10.

olup olmadığı dikkatli şekilde değerlendirilmelidir. Özellikle karışık hukukî ilişkilerde, birden fazla talebin, birden fazla sözleşmenin veya hukukî sorunun içiçe geçtiği uyuşmazlıklarda, dava açma yasağı değerlendirilirken anlaşmaya varılan hususlar ile açılan davanın dava konusu, tarafları ve talep sonucunun karşılaştırılması bir çözüm olabilir. Hâkim anlaşmaya varılan hususların sebep olduğu hukukî ilişkiyi de dikkate alarak önündeki davanın konusu, tarafları ve talep sonucu ile anlaşma belgesinde anlaşılan hususlar bakımından bir örtüşme olup olmadığını kontrol ettikten sonra, dava şartı yokluğundan davayı usûlden reddetmeli veya diğer şartlar da mevcutsa işin esasına girmelidir. Dava şartları davanın başında incelenmeli ve gerekli kararlar verilmelidir (HMK m. 138).

III. ARABULUCULUK FAALİYETİ SONUCUNDA ANLAŞILAN HUSUSLARDA DAVA AÇILMASININ SONUÇLARI

A. Genel Olarak Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Yapılan Anlaşmanın Hukukî Niteliği

Arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın hukukî niteliği konusuna değinmek suretiyle dava açma yasağı bakımından bir değerlendirme yapmanın yararlı olacağını düşünmekteyiz.

Doktrinde, dava öncesinde başvuru arabuluculuk sonucunda anlaşmaya varılması hâlinde düzenlenen anlaşma belgesinin mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğu²⁹; dava açıldıktan sonra başvuru arabuluculuk süreci

²⁹ **Kuru**, s. 243; **Çelikoğlu**, s. 707; **Kekeç**, s. 24. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sonucunda bir çözüme ulaşılmışsa bunun mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Özbay**, s. 395-396; **Sarisözen**, s. 104. *Ildır*, alternatif uyuşmazlık çözümünde karşılıklı fedakârlıklarda bulunulmuşsa bunun (mahkeme dışı) sulh niteliğinde olduğunu kabul etmektedir (**Ildır**, s. 166). Bu anlaşmanın sulh kurumuyla benzerlik gösterdiği şeklinde bkz. **Kekeç**, s. 24; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 190. Doktrinde kabul edildiği üzere, tek tarafın, diğer tarafın tüm taleplerini kabul etmesi hâlinde değil, tarafların ancak karşılıklı fedakârlıklarda bulunarak anlaşmaya varmaları hâlinde bir sulh sözleşmesinden bahsedilir (**Ansay**, s. 184; **Gürdoğan**, s. 36-37; **Kuru**, Usûl, C. IV, s. 3742; **Önen**, Sulh, s. 23, 27 vd.; **Ildır**, s. 162; **Tanrıver**, İlâmlı İcra s. 84-85; **Tanrıver**, Sulh, s. 334; **Tanrıver**, Usûl, s. 1070-1071; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 562; **Budak/Karaaslan**, s. 300; **Meriç**, s. 207; **Sarisözen**, s. 105, 113; **Özbay**, s. 395; **Kekeç**, s. 24; **Kurt**, s. 152). Sulh, bir sözleşme olup kural olarak tarafların karşılıklı şekilde kısmi kabul, kısmi feragati sonucunda gerçekleşir (**Kuru**, Usûl, C. IV, s. 3742; **Atalı**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2033; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 562; **Budak/Karaaslan**, s. 300). Alman hukukunda arabuluculuk sürecinde anlaşma ve mahkeme içi sulh arasındaki farklar ve benzerliklerle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gottwald**, s.

sonucunda anlaşmaya varılması ve bunun hükme geçirilmesi talep edilerek mahkeme içi sulhe dönüştürülmesi hâlinde kesin hüküm sonucunu doğuracağı³⁰; dava açıldıktan sonra başvuru arabuluculuk süreci sonucunda anlaşmaya varılması ve bunun şarta bağlı olması veya tarafların sözleşmenin hükme geçirilmesini istememeleri hâlinde sadece uyuşmazlığın sulh ile sonuçlandırıldığı tutanağa geçirilmesi durumunda bunun mahkeme içi sulh niteliğinde olduğu³¹ kabul edilmektedir. Konumuzun değerlendirilmesine katkı sağlaması amacıyla arabuluculuk anlaşma belgesiyle benzerliği bakımından, Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesinde yer alan uzlaşma belgesiyle ilgili olarak doktrinde yer verilen görüşlere de değinmeyi uygun buluyoruz. Buna göre, Sarısözen, Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi uyarınca uzlaştırma olumlu sonuçlanmışsa bu mahkeme dışı sulh sözleşmesinin,

140 vd. *Kurt'a* göre, anlaşma belgesine eğer sulh hukuk mahkemesinde icra edilebilirlik şerhi alınmamışsa bunun niteliği mahkeme dışı sulh, icra edilebilirlik şerhi alınmışsa mahkeme içi sulh olacaktır (**Kurt**, s. 152-153). Biz *Kurt'un* icra edilebilirlik şerhinin sulhü mahkeme içi sulhe dönüştüreceği görüşüne katılmamaktayız, çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 313. maddesi çerçevesinde, mahkeme içi sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir. Bu durum, tarafların sulh olduklarını mahkemeye bildirmesi veya tarafların talep etmesi üzerine bu sulh sözleşmesinin ayrıntılarının mahkeme kararına geçirilmesi durumunda gerçekleşir (HMK m. 315/1). Sulh sözleşmesi, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukukî sonuç doğurur (HMK m. 315/1). Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yer verilen arabuluculuk süreci sonucunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi ise şartları, usûlü, içeriği ve sonuçları itibarıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki sulh sözleşmesinden farklı bir düzenleme olup şerh sonucunda, arabuluculuk anlaşma belgesine kesin hüküm sonucunun bağlanması söz konusu olmaz, bu anlaşma belgesi sadece ilâm niteliğinde belge sayılır. Ayrıca şerh verilmesi için yapılan başvuru çekişmesiz yargı işi olup arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varan taraflardan herhangi biri (hukukî yararı olan taraf) başvurabilir. Bu durumda da mahkeme önünde bir sulh sözleşmesi yapıldığından bahsedilemez, zaten arabuluculuk faaliyeti içinde bir anlaşmaya varılmıştır.

³⁰ **Çelikoğlu**, s. 707; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun gerekçesinden yola çıkarak mahkeme içi sulhle ilgili aynı yönde bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, s. 190. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sonucunda bir çözüme ulaşılmışsa bunun mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğu ve bu mahkeme içi sulhe dönüşürse mahkeme içi sulh hükümlerine göre icra edileceği yönünde bkz. **Ildır**, s. 166; **Özbay**, s. 396; **Sarısözen**, s. 104. Mahkeme içi sulh ile ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 315. maddesinde kastedilen, sulhün hem şekli anlamda hem de maddi anlamda kesin hükmün hukukî sonuçlarını doğurmasıdır (**Tanrıver**, Usûl, s. 1080 vd.).

³¹ **Kuru**, s. 242; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2844-2845; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 190; **Çelikoğlu**, s. 707.

mahkeme içi sulhe dönüşmesini sağlamak bakımından tarafların hukukî yararlarının olmadığını belirtmektedir. Mahkemenin böyle bir talebi hukukî yarar yokluğundan reddetmesi gerekir³². *Atalı* ve *Özbek* ise Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi uyarınca gerçekleşen uzlaşmanın, mahkeme dışı ve mahkeme içi sulhten farklı olduğunu isabetli olarak belirtmektedirler. Mahkeme içi sulhte mahkemenin kararına ihtiyaç bulunmakta, oysa uzlaşma sağlamada mahkemenin bir etkisi ya da kararı bulunmamaktadır. Mahkeme dışı sulh ise mahkeme içi sulhe dönüşmeden ilâm niteliğinde belge sayılmaz, oysa uzlaşma tutanağı mahkeme kararına gerek olmaksızın şartları tamamsa ilâm niteliğinde bir belgedir³³.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde anlaşmaya varırlar ve bir anlaşma belgesi düzenleyebilirler. Bu anlamda öncelikle sözleşme serbestisi çerçevesinde ve maddî hukuk hükümleri içermesi sebebiyle kural olarak anlaşma belgesi, bizim de katıldığımız görüşe göre, kendine özgü³⁴ bir borçlar hukuku sözleşmesi³⁵ olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sözleşmenin usûl hukukuna etkisi de bulunmaktadır. Bu sözleşmenin (anlaşma belgesinde yer alan anlaşılan hususların) usûl hukuku bakımından en önemli sonucu, anlaşmaya varılan hususlarda dava açılması veya arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılmasından önce dava açılmışsa bu sözleşmenin, dava şartı yokluğu sebebiyle davayı sona erdici etkisinin bulunmasıdır. Dava açma yasağını, özel bir dava şartı olarak değerlendirdiğimiz için, bu anlamda da usûl hukuku kapsamında sulh sözleşmesi ve bunun sonuçlarını tartışmaya gerek bulunmamaktadır. Bu sonucuyla arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin saf bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olmadığı, uyumsuzluğu sonlandıran (özellikle dava açıldıktan sonra dava şartı niteliğinden kaynaklanan usûl hukukuna etkisi sebebiyle) bir etkiye de sahip olduğu söylenebilir. Üstelik uyumsuzluğu

³² Sarısözen, s. 111.

³³ *Atalı*, Pekcanitez Usûl, C. III, s. 2040-2041; *Özbek*, 2. Cilt, s. 1035-1038.

³⁴ *Kıyak'a* göre, anlaşma belgesinin belirli bir sözleşme kalıbında değerlendirilmesi zor olduğundan kendine özgü bir hukukî niteliğe sahiptir (*Kıyak*, s. 545).

³⁵ Arabuluculuk sonunda düzenlenen anlaşma belgesi, borçlar hukukunun genel hükümlerine tâbidir (*Özbek*, İcra Edilebilirlik, s. 71; *Özbek*, Avrupa'da Arabuluculuk, s. 465; *Kazmaz Tepe*, s. 140). Arabuluculuk sonunda varılan anlaşmanın hukukî niteliği konusunda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. *Taşpolat Tuğsavul*, s. 183 vd. *Taşpolat Tuğsavul*, anlaşmanın niteliği konusunda, dava açılmadan önce mahkeme dışı sulh, dava açıldıktan sonra ise mahkeme içi sulh hükümlerinin uygulanacağını belirterek bu anlaşmanın hukukî niteliği hakkında kesin bir değerlendirme yapmanın mümkün olmadığını, tarafların serbestisine göre anlaşmanın hukukî niteliğini kendilerinin belirleyeceklerini kabul etmektedir (*Taşpolat Tuğsavul*, s. 190).

sonlandırma etkisi, dava açma yasağı sebebiyle de tüm geleceği kapsar şekilde gerçekleşmektedir. Bu anlamda sonuç olarak, arabulucu önünde tarafların anlaşması, özellikle aynı uyuşmazlığın mahkemeye yansıtılması durumunda, karma etki doğuran bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Dava Açılmadan Önce Arabuluculuk Faaliyetine Başvurulması Durumunda Dava Açma Yasağının Değerlendirilmesi

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılan konularda dava açma yasağı, kanımızca, hukukî yararın bulunmasına ilişkin genel dava şartının özel bir görünümü niteliğinde, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenen özel bir dava şartı olduğundan³⁶, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılan konularda dava açılması durumunda, dava şartı yokluğundan davanın usûlden reddi gerekir (HMK m. 115/2).

Dava açma yasağının uygulanabilmesi için arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenmiş, anlaşmaya varılan hususları içeren ve arabulucu, taraflar ve/veya vekilleri tarafından imzalanmış bir anlaşma belgesinin varlığına ihtiyaç bulunmaktadır, arabuluculuk faaliyeti olmaksızın veya arabulucunun imzası olmaksızın³⁷ tarafların anlaşmasının ve anlaşma belgesi düzenlenmesinin elbette dava açma yasağıyla ilgisi bulunmamaktadır. Kanun'da açıkça, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı düzenlenmiştir (HUAK m. 18/5), bu düzenlemeden hareketle arabulucunun imzasını taşımayan bir anlaşmanın, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlendiği konusu tartışma yaratacağından, ancak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ve özellikle Kanun'un 18. maddesine uygun olarak tarafların anlaşmaya varması ve anlaşılan hususların anlaşma belgesine yansıtılması durumunda dava açma yasağının uygulanacağını kabul etmek gerekir.

Hâkimin tarafların daha önceden arabulucuya başvurup başvurmadığı veya arabulucu önünde anlaşmaya varıp varmadıkları yönünde kendiliğinden bilgi sahibi olması beklenemeyeceğinden, fiilen bu anlaşma belgesinin davalı tarafından mahkemeye sunulması hâlinde mahkemece bu dava şartı

³⁶ Arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşılmasına rağmen, anlaşılan hususlarda dava açılması durumunda, davanın hukukî yarar yokluğundan usûlden reddedileceğine dair görüş için bkz. **Çiçek**, s. 128; **Budak/Karaaslan**, s. 158; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 774-775. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. yuk. II. Dava Açma Yasağının Hukukî Niteliği başlığı altındaki açıklamalar.

³⁷ Anlaşma belgesinde arabulucunun imzasının hukukî niteliği hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Kıyak**, s. 530.

dikkate alınabilecektir. Bu durum dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunlu olan iş uyuşmazlıkları (İşMK m. 3) bakımından farklılık gösterir, zira bu tür iş uyuşmazlıklarında hâkim arabuluculuğa başvurulmuş olup olmadığını re'sen kontrol edip davanın görülebilmesi için arabulucuya başvurulup anlaşılmadığına dair tutanağın eklenmesinden sonra davayı görmeye devam edecektir. Bu anlamda şayet arabulucu önünde tarafların anlaştığı hususlar varsa anlaşılacak hususlarda dava açılmayacağından, hâkim dava şartı yokluğundan re'sen davanın usûlden reddine karar verecektir.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda hazırlanan anlaşma belgesinin icra edilebilirliği ile anlaşılacak hususlar konusunda dava açma yasağı arasında da bir bağlantı var mıdır? İcra edilebilirlik bakımından, anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olması ile ilk akla gelen anlaşma belgesinde şarta bağlı olmayan, -kural olarak- karşılıklı edimler içermeyen, belirli ve sınırları net çizilmiş edimlerin yer alması gerekliliğidir. Aksi takdirde bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliği mümkün olamayacaktır. Kural olarak, dava açma yasağı bakımından anlaşma belgesinin içeriğinden tarafların anlaşmaları hususların açıkça anlaşılması yeterlidir, ayrıca cebri icraya elverişli olması gerekli değildir. Elbette, taraflar arabuluculuk faaliyeti sonucunda her ihtimale karşı cebri icraya elverişli³⁸ bir metin içeriğine sahip olmak isteyeceklerdir, bu sebeple cebri icraya elverişli olmayan anlaşma belgeleriyle uygulamada çok sık karşılaşılmayacağını düşünmekteyiz. Burada şu hususu da özellikle vurgulamakta fayda vardır: Eğer anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi verilemediğinden tarafları nihaî amacına ulaştırmıyorsa bu durum açıklanarak hâkimin kararına ihtiyaç duyulduğuna kanaat getirilmeli (hukukî yararın varlığı kabul edilmeli) ve uyuşmazlık konusunda davanın esastan çözümlenmesine izin verilmelidir³⁹.

Tarafların anlaşmaları hususların net olarak tespit edilebilir olması yanında, bu anlaşmanın hangi hukukî ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık üzerine yapıldığının doğru şekilde, açık ve net bir biçimde tespit edilebilir olması da gereklidir. Çünkü tarafların arabulucu önünde anlaşmaya vardıkları hususları, kötüniyetli olarak üzerinde müzakere ettikleri uyuşmazlık dışında başka bir uyuşmazlık bakımından, dava açma yasağı şeklinde kullanma tehlikeleri gündeme gelebilir.

³⁸ Arabulucunun, anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olup olmadığı konusunda kontrol yükümlülüğü olmadığı, ancak en azından tarafları bu konuda bilgilendirmesi gerektiği yönünde bkz. **Kıyak**, s. 532, dn. 23.

³⁹ Bu konu aşağıda IV. Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılacak Hususlarda Dava Açılmasının Mümkün Olduğu Durumlar başlığı altında incelenecektir.

Burada sorulması gereken bir soru da, arabulucu önünde tartışılan hususlardan sadece bir kısmı üzerinde anlaşmaya varılıp diğer kısmı üzerinde anlaşmaya varılmaması durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Özellikle iş hukukunda karşımıza çıkan ve birden fazla kalemden oluşan işçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklarda böyle bir durumla karşılaşılma olasılığı mevcuttur. Bu durumda hâkim anlaşmaya varılan hususlarda dava açma yasağı olduğundan, şayet anlaşılan konular da davaya dâhil edilmişse bu konuları incelemeyip -şayet diğer usulî koşullar gerçekleşmiş ve işin esasına girilmesi mümkünse- tahkikatı sadece tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşamadığı hususlar üzerinde yürütmeli ve sonuçta kararını vermelidir. Tarafların üzerinde daha önceden arabulucu önünde anlaştıkları konularda nasıl bir karar verilmesi gerekir? Hukukumuzda kısmi karar verilmesi söz konusu olmadığından, hâkim, davanın sonunda, daha önce anlaşılan konularda kısmi usûlden red kararı, daha önce anlaşılamayan konularda ise -usûlî bir problem yoksa- esastan kabul veya red kararı verecektir. Bu anlamda anlaşılan hususlar noktasında usûlden red kararı için davanın sonundaki nihaî karar (usûle ilişkin nihaî karar veya hüküm) beklenmelidir. Ancak davanın başında ön inceleme aşamasında hâkim tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tespit edeceğinden (HMK m. 140/1), hâkim arabulucu önünde anlaşmaya varılan hususları ön inceleme tutanağına da gerekçesiyle birlikte geçirerek tahkikatı anlaşmaya varılmayan hususlara hasretmelidir.

C. Dava Açıldıktan Sonra Arabuluculuk Faaliyetine Başvurulması Durumunda Dava Açma Yasağının Değerlendirilmesi

Kanun'da arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden dava açmadan önce arabulucuya başvurulmasının kastedildiği anlamı çıkmaktaysa da, İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki (İşMK m. 3) öncelikle arabulucuya başvurulması zorunlu iş uyuşmazlıkları hariç olmak üzere, dava açıldıktan sonra da tarafların arabulucuya başvurulması mümkündür. Dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurulması ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşılması üzerine, dava açma yasağının ne anlama geldiğini de değerlendirmek gerekir.

Bilindiği üzere, dava görülmekteyken tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir (HUAK m. 15/5).

Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşarak anlaşma belgesini mahkemeye ibraz etmesi durumunda, mahkeme dava açma yasağını özel bir dava şartı olarak re'sen dikkate alıp davayı usûlden reddetmelidir, çünkü üzerinde anlaşılan hususlar konusunda artık davanın görülmesi mümkün değildir. Dava şartlarının davanın görülmesi sırasında da (davanın her aşamasında) varlığı veya yokluğu hâkim tarafından re'sen dikkate alınır (HMK m. 115/1).

Yukarıda değindiğimiz üzere⁴⁰ arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın, zaman ve yere göre mahkeme içi sulh veya mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğunu kabul eden yazarlar bulunmaktadır. Ancak biz açıkladığımız üzere bu görüşe katılmıyor, arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın, mahkeme dışı sulh ve mahkeme içi sulh ile şartları ve sonuçları bakımından farklı olduğunu düşünüyoruz. Burada dava açma yasağını da dikkate alarak bir değerlendirme yapmak istiyoruz. İster dava açılmadan önce uyuşmazlık anlaşma ile sonuçlansın, isterse dava açıldıktan sonra başvuru arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılsın, her iki durumda da üzerinde anlaşılan hususlarda dava açma yasağı sebebiyle mahkemeye bu anlaşma belgesinin sunulması üzerine mahkeme davayı dava şartı yokluğundan usûlden reddetmelidir. Aynı şekilde artık anlaşılan hususlar konusunda tarafların anlaşmış oldukları konuları mahkeme içi sulhe dönüştürme noktasında da bir hukukî yararları bulunmamaktadır, arabuluculuk faaliyeti sonucunda usûlüne uygun düzenlenen anlaşma belgesi zaten ilâm niteliğinde bir belge sayılabilecektir (HUAK m. 18/2, 4). Burada ikili bir ayırım yapılmalıdır: Birincisi, eğer taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi varsa icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın bu belge ilâm niteliğinde belge sayılacağından (HUAK m. 18/4) mahkemeye başvuruya ve herhangi bir işlem yapmaya gerek bulunmamaktadır. Bu anlamda tarafların anlaşma belgesinin içeriğini mahkeme içi sulhe dönüştürmeleri gerekli değildir, hâkimin tarafların arabulucu önünde yaptıkları anlaşma belgesini ibraz etmeleri üzerine davayı dava şartı yokluğundan usûlden reddetmesi daha uygun olacaktır. İkinci olarak, eğer anlaşma belgesinde sadece taraflar ve arabulucunun imzası varsa bu durumda icra edilebilirlik şerhi için mahkemeye başvurulması gerekecektir (HUAK m. 18/2). Dava açılmadan önce taraflar arabulucu önünde anlaşmışlarsa anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkeme-

⁴⁰ Bu konuda bkz. yuk. III. Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açılmasının Sonuçları A. Genel Olarak Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Yapılan Anlaşmanın Hukukî Niteliği başlığı altındaki açıklamalar.

sinden talep edilebilir (HUAK m. 18/2). Dava açıldıktan sonra anlaşma belgesinin icra edilebilirliği ise Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olup “*Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir.*” hükmü yer almıştır. Kanun koyucunun bu hükümle özellikle dava açıldıktan sonra anlaşma belgesinin düzenlenmesi hâlinde, mahkeme içi sulh hükümlerinin uygulanması yerine, tarafların davanın görüldüğü mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alması yönünde özel bir düzenleme yaptığı görülmektedir. Bu anlamda özel düzenlemenin dikkate alınması ve öncelikle uygulanması, hukukî yarar açısından da uygun ve gereklidir.

Dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurulması ve sürecin anlaşmayla sonuçlanmış olması hâlinde, şayet taraflar anlaşmalarını mahkemeye bildirmemiş ve davanın geri alınması (HMK m. 123) veya duruşmalara mazeretsiz katılmamak suretiyle dosyanın işlemiden kaldırılması (HMK m. 150) söz konusu olmuşsa bu durumda davanın usûlden reddi durumuyla karşılaşılacaktır. İşte bu durumda da arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesi ile mahkeme dışı sulhün farkı ortaya çıkmaktadır, çünkü anlaşma belgesi şartları varsa ilâm niteliğinde bir belgedir (HUAK m. 18/4) veya taraflardan biri şerh almak için mahkemeye çekişmesiz yargı işi olarak başvurabilir (HUAK m. 18/4). Oysa mahkeme dışı sulhün mahkeme içi sulh hâline gelmeden ilâm niteliğinde belge sayılması mümkün değildir. Mahkeme dışı sulhün mahkeme içi sulhe dönüşmesi bakımından ise tarafların mahkeme dışı sulhe uymadığı bir durumda, mahkeme dışı sulhün, ilâmlı takip yoluyla icra edilebilir niteliği olmadığından, sonradan bir davanın açılması gerekmektedir.

IV. ARABULUCULUK FAALİYETİ SONUCUNDA ANLAŞILAN HUSUSLARDA DAVA AÇILMASININ MÜMKÜN OLDUĞU DURUMLAR

Dava açma yasağının mutlak biçimde kabul edilmesi düşünülemez. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması durumunda anlaşma belgesi düzenlenmiş ve anlaşmaya varılan hususlar açık ve net bir şekilde ortaya konmuş olsa da, yine de çözümlenen uyuşmazlık hakkında dava açılmasının mümkün olduğu çeşitli ihtimaller bulunmaktadır. Bu ihtimallerin her biri, başlı başına özellikle borçlar hukuku anlamında da incelenmeye gerek olan konular olduğundan burada ihtimallere kısaca değinmekle yetineceğiz.

Bunlardan ilki anlaşma belgesine karşı ileri sürülebilecek irade fesadı hâlleridir, bu durumda anlaşmaya varılan hususlarla ilgili olarak bu sözleşmenin iptali Türk Borçlar Kanunu (m. 30 vd., m. 39) hükümleri çerçevesinde talep edilerek dava açılabilir⁴¹. Elbette anlaşma belgesinin ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine⁴², ahlaka, kişilik haklarına ve şekle aykırılık gibi sebeplerle mutlak butlanla sakatlanması da düşünülebilir. Böyle bir durumda butlanın tespiti mahkemeden istenebilir⁴³. Bu anlamda, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesindeki kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğüne dayanılabilir. Aşırı yararlanmanın koşulları varsa bu konuda da mahkemede dava açılabilir (TBK m. 28).

İkinci ihtimal, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması durumunda düzenlenen anlaşma belgesinin sahteliğinin ileri sürülmesidir⁴⁴. Bu durumda genel hükümlere göre açılan bir sahtelik davasından (menfi

⁴¹ **Çelikoğlu**, s. 709; **Çiçek**, s. 131-132; **Özbek**, Avrupa'da Arabuluculuk, s. 463; **Özbek**, 2. Cilt, s. 1263; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 184, 198; **Kekeç**, s. 203; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 775. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye başvurulmuşsa anlaşma belgesinin irade sakatlığı sebebiyle geçersiz olduğu iddiasının da icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin yargılamada değerlendirilebileceği konusundaki görüş için bkz. **Kazmaz Tepe**, s. 142. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ilişkin kararında da aynen, "Yine, icra edilebilirlik şerhi verilmesi sürecinde hata, hile ve ikrah gibi irade fesadı halleri taraflarca ileri sürülebilecektir. Aynı şekilde, icra edilebilirlik şerhi verilen anlaşmanın ilam niteliğini taşımaması, bir başka ifadeyle maddi anlamda kesin hüküm niteliğine sahip olmaması gibi hususların da genel hükümler çerçevesinde ileri sürülmesi her zaman mümkündür." denilmek suretiyle vurgulanmıştır (AYM 10.7.2013, 2012/94, 2013/89; RG 25.1.2014, S. 28893). Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi çerçevesinde yapılan uzlaştırma tutanağının iptali konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Sarisözen**, s. 267-290; **Özbay**, s. 412; **Güner**, s. 151.

⁴² Bu konuda bkz. Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ilişkin kararı: "Esasen anlaşmanın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını inceleme yetkisi, arabuluculuğa konu anlaşmanın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları olup olmadığının araştırılmasını içerir. Kamu düzenine ilişkin hususlar ise tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri alan kapsamındadır. Bir başka ifadeyle, hâkim anlaşmayı arabuluculuğa elverişli olup olmadığını değerlendirirken kamu düzenine aykırılık hususunu resen inceleyecektir." (AYM 10.7.2013, 2012/94, 2013/89; RG 25.1.2014, S. 28893).

⁴³ Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi çerçevesinde yapılan uzlaştırma tutanağı bakımından aynı şekilde ayrıntılı bilgi için bkz. **Sarisözen**, s. 251-267.

⁴⁴ Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi çerçevesinde düzenlenen uzlaştırma tutanakları ile ilgili olarak sahtelik davası açılabilirliği yönünde bkz. **Özbek**, 35/A Maddesi, s. 135; **Özbay**, s. 416-417; **Sarisözen**, s. 247.

tespit davası) bahsetmek mümkündür. Eğer arabuluculuk anlaşma belgesinin icrası sırasında sahtelik davası açılmışsa bu durumda İcra ve İflâs Kanunu'nun 72. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

Üçüncü ihtimal olarak, anlaşmaya varıldığında kendiliğinden icra edilmesi mümkün olan, fakat cebri icraya başvurulduğunda zorlayıcı olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesinin uygulanamayacağı, "yalnız borçlunun kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmamasına" dair borçlarda (İİK m. 30), arabuluculuk sonunda anlaşmaya varılmış olmasına rağmen artık dava açma yasağından bahsedilmemesi gerekir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesindeki cezai hüküm⁴⁵, ilâm niteliğinde belgeler bakımından uygulama alanı bulmaz, söz konusu hüküm ilâmlara ilişkindir ve cezai hükümlerde herhangi bir yorum veya kıyas yapılması mümkün değildir. Bu durumda anlaşmaya varılmış olsa bile, yalnız borçlunun kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmamasına dair borçlarda, borçlu tarafı arabuluculuk önünde yapılan anlaşmanın icrasına zorlamak için icra (ceza) hukuku yaptırımını kullanılamamaktadır. Alacaklı tarafın mahkeme kararına ihtiyaç duyduğu göz önüne alınmak suretiyle sözleşmenin ifası anlamında (yalnız borçlu tarafından yapılacak bir işin yapılması veya yapılmaması edimi için) dava açılmasında hukukî yararın bulunduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü arabuluculuk faaliyeti sonucu hazırlanan anlaşma belgesi, mahkeme kararı gibi icra ceza hükümlerinin uygulanması suretiyle icra edilebilir değildir. Buna karşılık borçlunun yapma borcu, bir başkası tarafından yerine getirilebilecek bir edimse ve alacaklı da isterse masrafı icra memuru tarafından bilirkişiye tespit ettirilerek masrafın ileride herhangi bir hükme gerek kalmaksızın borçludan tahsil edilerek veya alacaklı masrafı vermezse borçlunun mallarının haczi ve satışı suretiyle gerekli masraf temin edilerek işin yaptırılması sağlanabilir (İİK m. 30/2). Eğer bir başkası tarafından yerine getirilebilecek bir yapma borcu söz konusu ise bunun ilâm niteliğinde belgeyle icrası sağlanabileceğinden bu konudaki anlaşma belgesi yeterli olacaktır, bu durumda dava açma yasağı yine devrededir.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, arabulucu önünde anlaşmaya varılan konularda düzenlenen anlaşma belgesinin sadece anlaşma belgesinde

⁴⁵ İİK madde 343: "Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması yahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilâm hükümlerine makbul mazerete müstenit olmayarak muhalefet eden borçluların, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir."

imzası bulunan tarafları bağlayacağı ve ancak bu tarafların anlaşılabilir konularda dava açma yasağına tâbi olduğudur. Bu anlamda dördüncü ihtimal olarak anlaşma belgesinde imzası bulunmayan, ancak aynı uyuşmazlığın diğer taraflarının -şayet külli veya cüz'i halef olarak onları bağlayıcı değilse- dava açmasına bir engel bulunmamaktadır.

Beşinci olarak, arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın hükümlerinin yorumlanmasına⁴⁶ veya değiştirilmesine ihtiyaç duyulması hâlinde bu konuda bir dava açılma olasılığı da gündeme gelebilir. Taraf iradelerinin yorumlanması gerektiğinde, özellikle de icra edilebilirlik şerhi alınmamışsa varılan anlaşma hükümlerinin yorumlanması hâkimden talep edilebilmelidir. Bununla bağlantılı olarak, uyuşmazlık, arabuluculuk faaliyeti sonunda çözümlendikten sonra, bu anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan hükümler sebebiyle tarafların anlaşmış oldukları hususlarda mahkemeye başvurarak bir çözüm aramalarında hukukî yararlarının bulunmadığını yukarıda belirtmiştik. Ancak eğer anlaşmanın icra edilebilirliği noktasında problem varsa bu anlamda tarafların somut olayın özellikleri dikkate alınarak mahkemeye başvurularını kabul edilmelidir. Çünkü mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınmaması durumuyla karşılaşılabileceği gibi⁴⁷; anlaşma belgesinin taraf, vekilleri ve arabulucunun birlikte imzasını taşıdığından mahkemeden şerh alınmasına gerek olmayan durumlarda da bu ilâm niteliğindeki belgenin nasıl icra edilebileceği konusunda, icra memurunun yorum yapma yetkisi veya bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Bu son hâlde de, tarafların hakkına (fiilen) kavuşabilmesi bakımından mahkemeye başvurusuna engel olunamaz.

Diğer bir ihtimal de, aşırı ifa güçlüğü sebebiyle hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme durumuyla karşılaşılabilmektedir (TBK m. 138).

Dava açma yasağının kanunen düzenlenmesinden önce, tarafların anlaşma belgesine rağmen, -bu anlaşma belgesinin bağlayıcı olup olmadığı tartışılarak- tarafların uyuşmazlık çıkmadan önceki sözleşme hükümlerine de dayanarak dava açabilme ihtimalinin bulunduğu değerlendirilmiştir. Bu

⁴⁶ **Özbek**, Avrupa'da Arabuluculuk, s. 465, 498.

⁴⁷ Anlaşma belgesinin bir kısmı cebri icraya elverişli, bir kısmı cebri icraya elverişli olmayabilir. Örneğin, taşınmaz satış vaadi ve eser sözleşmesinin unsurlarını bir arada içinde barındıran kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, arabuluculuk sonunda varılan anlaşmaya, mahkemece kısmi olarak sadece eser sözleşmesine ilişkin edimler bakımından icra edilebilirlik şerhi verilebilir. Çünkü taşınmaz satış vaadine ilişkin kısmı cebri icraya elverişli değildir (**Özbek**, İcra Edilebilirlik, s. 73).

anlamda arabuluculuk sonunda düzenlenen anlaşma belgesinde yer alan edimlere ilişkin (yeni) anlaşmanın, uyuşmazlık çıkmadan önce düzenlenen (eski) sözleşmedeki hakları sona erdirip erdirmediği tartışılmıştır⁴⁸. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşılan hususlarda dava açma yasağı kanunen kabul edildikten sonra (HUAK m. 18/5), artık anlaşılan hususların icrasının gerektiğini, daha önceki (eski) esas sözleşmeden kaynaklanan hakların dava konusu edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Çünkü (eski) esas sözleşme yapıldıktan sonra doğan uyuşmazlık, (yeni) anlaşma belgesi çerçevesinde çözümlenmiş olmakla artık bu uyuşmazlığın (anlaşılan hususlar çerçevesinde) mahkeme önüne getirilmesine olanak bulunmamaktadır. Ancak (eski) esas sözleşmeden kaynaklanan ve arabuluculuk faaliyetinde görüşülmeyen veya üzerinde anlaşılmayan hususlar varsa elbette bu hususlarla sınırlı olmak üzere dava açılmasına herhangi bir engel yoktur, çünkü bu hususlarda arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılmamıştır. Bu sebeple özellikle taraflar arasındaki (eski) esas sözleşmeye dayanan bir uyuşmazlık çıkmış ve arabuluculuk anlaşma ile sonuçlanmışsa bu sözleşmeden doğan hangi haklar/borçlar üzerinde anlaşıldığı, hangi edimlerin yerine getirileceği, daha önceki sözleşmeden doğan hakların artık kullanılmayacağı gibi birtakım açıklayıcı ifadeler yer verilmesi, dava açma yasağına tâbi olacak konuları tespit edebilmek bakımından tereddütleri ortadan kaldırmaya yardımcı olacaktır. Eğer taraflar arasında sözleşme mevcut olmasına rağmen, sözleşmede kararlaştırılan edimler dışında, başka hususlarda da anlaşmaya varılmışsa (örneğin sözleşmede kararlaştırılmayan bir gecikme tazminatı ödenmesi gibi) bu durumda esas sözleşmeden kaynaklanan edimler anlaşma belgesinde yer almadığından esas sözleşmeden kaynaklanan edimler dava konusu yapılabilir. Özellikle dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu olan iş uyuşmazlıkları bakımından hangi alacaklar konusunda anlaşıldığı, hangi alacaklar konusunda anlaşmaya varılmadığı açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak biçimde anlaşma belgesinde yer almalıdır. Bu durum dava açma yasağı bakımından bir zorunluluk olmakla birlikte aynı zamanda iş uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurma şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından da önem arz eder. Dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu iş uyuşmazlıklarında sonuçta tüm konularda taraflarca anlaşmaya varılmamışsa anlaşma belgesine sadece anlaşmaya varılan husus-

⁴⁸ **Kıyak**, s. 538. Bu tartışmalar çerçevesinde bağlayıcılık noktasında tarafların dikkatinin çekilmesi gerektiği belirtilerek bu konularda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin değiştirilmesi önerilmiştir. Bu konuda bkz. **Kıyak**, s. 545-546.

ların yer verilmesi yeterli olmayacaktır, anlaşmaya varılmayan hususların da açıkça yazılması faydalı ve gereklidir.

V. ARABULUCULUK FAALİYETİ SONUCUNDA ANLAŞILAN HUSUSLARDA DAVA AÇILAMAMASI DURUMUNU HÂKİMİN RE'SEN DEĞERLENDİRMESİ

Hâkimin tarafların daha önceden arabulucuya başvurduğu konusunda bilgisi olmadığı takdirde bunun sonucunun ne olacağı üzerinde de birkaç ihtimal dâhilinde durulması gerekmektedir.

Taraflar davada karşılıklı iddia ve savunmalarda bulunacakları için mutlaka davanın görülmesini istemeyen tarafın, anlaşma belgesini mahkemeye ibraz etmesi gündeme gelecektir. Ancak her iki taraf da mahkemeye anlaşma belgesinden ve anlaşılan hususlardan söz etmezse hâkimin kendiliğinden bu durumu tespit etmesi çok zordur⁴⁹. Burada da dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olup olmadığı konusunda ve bunun sonucu ile ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ön incelemenin kapsamında yer alan, hâkimin tarafları arabuluculuğa teşvik etmesi ve bu hususu tutanağa geçirmesine ilişkin hükümden yararlanılabilir (HMK m. 137, 140). Hâkim tarafları arabuluculuğa teşvik ederken daha önce arabuluculuk faaliyetine başvurup başvurmadıklarını, başvurmuşlarsa bunun sonucunun ne olduğunu taraflara sorabilir. Böylece davanın başında, tarafların bilgisine başvurularak daha önce aynı uyuşmazlığa ilişkin olarak yapılmış bir anlaşma belgesinin olup olmadığına da ortaya çıkmasına imkân verilmiş olur. Ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh veya arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edileceğinden (HMK m. 140/3) dava öncesinde başvurulmuş arabuluculuk süreci ve bunun sonuçları hakkında hâkimin istediği bilgilere ulaşabilmesi mümkündür. Taraflar da bu konuda mahkemeye doğru bilgi vermekle yükümlüdür (HMK m. 29).

⁴⁹ Örneğin dava konusuna ilişkin dava şartlarından olan, aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması (HMK m. 114/1, ı) ile aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması (HMK m. 114/1, i) durumlarını, hâkimin kendiliğinden girişeceği bir tespit çalışmasıyla anlaması imkânsızdır. Hâkimin bu durumu araştırması ve bilgi toplaması çok zordur, istisnâ olarak bu durumu hâkim kendisi biliyor olabilir. Bu sebeple bu iki dava şartında, davalının bu yönde bir itirazının beklenmesi gerekir. Davalının itirazı bulunmasa bile, davacı veya davalının itiraz kasdı olmaksızın yaptığı açıklamalarda, derdestlik veya kesin hükmün varlığını gösterecek ipuçları bulunmuyorsa hâkimin davanın başında, dava şartlarından derdestlik veya kesin hüküm hususlarına ilişkin araştırmayı kendiliğinden yapıp bir sonuca bağlaması yükümlülüğünden söz etmek mümkün değildir (Umar, s. 357-358).

Hâkimin tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varıp varmadıklarını tespit edememesi durumunda, belki dava sonunda verilen bir hüküm ve bu hükmün kesinleşmesi söz konusu olacak ve taraflar anlaşma belgesinden farklı bir sonuçla karşılaşabilecektir. Dava kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar anlaşma belgesinde anlaşılan hususların varlığı her zaman taraflarca ileri sürülebilir, çünkü dava açma yasağı özel bir dava şartıdır ve her aşamada dikkate alınmak zorundadır. Ancak anlaşılan hususlar konusunda sonradan bir kesin hüküm elde edilmişse anlaşma belgesi ile -belki de- çelişen bu kesin hükmün ortadan kaldırılması için yargılamanın yenilenmesi gibi bir yol söz konusu değildir, bu hâlde kesin hüküm geçerliliğini koruyacaktır.

Dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurulmuş ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesinin 5. fıkrası çerçevesinde, tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri üzerine yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenmiş ise hâkim arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığını taraflara sorup beyanlarını aldıktan sonra yargılamaya devam etmeli, taraflar anlaşmış ise anlaşılan konuları tespit ederek davayı dava şartı yokluğundan reddetmelidir. Dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu iş uyuşmazlıkları (İşMK m. 3) bakımından da, hâkimin, arabulucuya başvurulup başvurulmadığını re'sen incelemesi ve bunun sonucuna göre bir karar vermesi gerekir.

Son olarak, taraflar mahkeme huzurunda anlaşma belgesinden hiç söz etmeden, mahkeme dışında sulh olduklarını beyan ederlerse hâkimin arabuluculuk anlaşma belgesinden kendiliğinden haberi olamayacağı için bu hâlde taraf beyanları çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sulh hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

SONUÇ

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına ilişkin hüküm, dava açılmasında hukukî yararın bulunması (HMK m. 114/1, h) dava şartının özel bir görünümüdür. Bu anlamda anlaşılan hususlarda dava açma yasağı, özel bir dava şartıdır. İster dava açılmadan önce ister dava açıldıktan sonra, taraflar arabuluculuk anlaşma belgesini imzalasınlar, her iki durumda da artık anlaşılan hususlar, dava konusu yapılamayacağı için mahkemenin bu sebeple davayı dava şartı yokluğundan usûlden reddetmesi gerekir. Ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun genel gerekçesi ve

anlaşma belgesinin tarafları bağlaması da, dava açma yasağının gerekliliğinin ve re'sen dikkate alınmasının diğer gerekçeleridir.

Dava açıldıktan sonra anlaşma belgesi mahkemeye ibraz edildiğinde bunun mahkeme içi sulhe dönüştürülmesinde tarafların bir hukukî yararı bulunmamaktadır, bu durum özellikle anlaşma belgesinde arabulucu, taraf avukatları ve tarafların tümünün birlikte imzalarının bulunması durumunda tereddütsüz kabul edilmelidir. Eğer anlaşma belgesinde sadece arabulucu ve tarafların imzaları varsa bu hâlde de taraflardan biri (davanın görüldüğü) mahkemeden bu anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep edebilir (HUAK m. 18). Bu durum tarafların anlaşma belgesinin mahkeme içi sulhe dönüştürülmesine ihtiyaç bırakmayan arabuluculukta anlaşma belgesiyle ilgili özel bir hükümdür. Bu hüküm, anlaşma belgesinin mahkeme içi sulhe dönüştürülmesinde tarafların hukukî yararının olup olmadığını da açıkça ortaya koymaktadır. Sonuç olarak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebine ilişkin hüküm (HUAK m. 18/2) ile anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge sayılmasına (HUAK m. 18/4) ilişkin hükümler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun mahkeme içi sulh hükümlerinin (ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesinin) uygulanmasına ihtiyaç bırakmamakta ve tarafların bu konuda bir hukukî yararları da bulunmamaktadır.

Dava açma yasağının istisnaları bulunmaktadır. Anlaşma belgesinde yer alan anlaşılan hususlarda dava açılmasının mümkün olduğu hâller mevcuttur. Örneğin, irade fesadı hâlleri, anlaşma belgesinin sahte olması, anlaşmanın geçersizliği, anlaşma hükümlerinin yorumlanmasına ihtiyaç bulunması, icra edilebilir bir anlaşma bulunmaması gibi durumlarda dava açılması ve bu hususların mahkemece incelenip karara bağlanması mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akkan, M.:** “Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği”, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, C. I, İzmir 2010 (DEÜHFD Özel Sayı), s. 3-61.
- Ansay, S. Ş.:** Hukuk Yargılama Usûlleri, 7. Baskı, Ankara 1960.
- Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S.:** Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Atalı, M./Ermenek, İ./Erdoğan, E.:** Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018.
- Belgesay, M. R.:** Dava Teorisi, İstanbul 1943.
- Budak, A. C./Karaaslan, V.:** Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018.
- Çelikoğlu, C. T.:** “6325 Sayılı HUAK’a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri İle İlişkisi”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. 1, Ankara 2014, s. 669-723.
- Çiçek, M.:** İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.
- Doğan Yenisey, K.:** “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (Editör: Doğan Yenisey, K.), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, s. 167-193.
- Domaniç, H.:** Hukukta Kazıyeyi Muhkeme ve Nisbi Kuvveti, İstanbul 1964.
- Gottwald, P.:** “Mediation und gerichtlicher Vergleich: Unterschiede und Gemeinsamkeiten”, Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag Berlin, New-York 2001, s. 137-155.
- Güner, S.:** Avukatlık Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2011.
- Gürdoğan, B.:** Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.
- Hanağası, E.:** Davada Menfaat, Ankara 2009.
- Ildır, G.:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003.
- Kazmaz Tepe, B.:** “Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2018-1, Y. 5, S. 1, s. 125-150.
- Kekeç, E. K.:** Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016.

- Kıyak, E.:** “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği”, TAAD, Yıl: 6, S. 21 (Nisan 2015), s. 523-548.
- Kurt, E.:** “Sulh Sözleşmesi ve Arabuluculuk”, Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ulusal Sempozyumu (Editörler: Muratoğlu, T./Buluttekin, B.), Ankara 2018, s. 147-154.
- Kuru, B.:** “Dava Şartları”, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 109-147 (Dava Şartları).
- Kuru, B.:** “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”, MİHDER, 2010/2, C. 6, S. 16, s. 237-246.
- Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. II, 6. Baskı, İstanbul 2001 (Usûl, C. II).
- Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. IV, 6. Baskı, İstanbul 2001 (Usûl, C. IV).
- Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. V, 6. Baskı, İstanbul 2001 (Usûl, C. V).
- Meriç, N.:** Medenî Usûl Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011.
- Namlı, M.:** “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (Editör: Doğan Yenisey, K.), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, s. 151-165.
- Önen, E.:** Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- Özbay, İ.:** “Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği”, AÜEHFD, C. VIII, S. 3-4, (2004), s. 387-418.
- Özbek, M. S.:** “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, Başkent Üniversitesi HFD Temmuz 2017, C. 3, S. 2, s. 69-85 (İcra Edilebilirlik).
- Özbek, M. S.:** “Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502 (Avrupa’da Arabuluculuk).
- Özbek, M. S.:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. Cilt, Ankara 2016.
- Özbek, M.:** “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk”, ABD 2001-3, s. 113-139 (35/A Maddesi).

- Özekes, M./Atalı, M.:** “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, 23 Aralık 2017, İstanbul 2018, s. 41-122.
- Özkaya-Ferendeci, H. Ö.:** Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.
- Özmumcu, S.:** “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İÜHFM C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 807-842.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M./Atalı, M./Erdönmez, G./Akkan, M./Yeşilirmak, A./Taş Korkmaz, H.:** Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, C. II, İstanbul 2017 (Yazar/Pekcanitez Usûl).
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M./Atalı, M./Erdönmez, G./Akkan, M./Yeşilirmak, A./Taş Korkmaz, H.:** Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, C. III, İstanbul 2017 (Yazar/Pekcanitez Usûl).
- Sarisözen, S.:** Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2011.
- Tanrıver, S.:** “Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler”, Prof. Dr. İlhan Öztrak’a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, C. 46, S. 1-2, s. 333-348 (Sulh).
- Tanrıver, S.:** İlâmlî İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996 (İlâmlî İcra).
- Tanrıver, S.:** Medenî Usûl Hukuku, C. I, Ankara 2018 (Usûl).
- Taşpolat Tuğsavul, M.:** Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Umar, B.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014.
- Üstündağ, S.:** Medenî Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000.

**ULUSLARARASI TAHKİMDE
ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ MASRAFLAR İÇİN
TEMİNAT GÖSTERİLMESİ
KARARININ VERİLMESİNE ETKİLERİ***

Doç. Dr. Ceyda SÜRAL EFEÇİNAR**

Öz

Uluslararası tahkimde üçüncü kişi finansmanı ile uygulamada giderek daha sık karşılaşılmaktadır. Tahkimde üçüncü kişi finansmanı, başta, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı olmak üzere, gizlilik, masrafların paylaşımı gibi birçok usuli meseleye neden olur. Bu usuli meselelerden birisi de masraflar için teminat kararı verilmesidir. Bir başka deyişle, taraflardan birinin üçüncü kişi finansmanından yararlanmasının, diğer tarafın masraflar için teminat gösterilmesi yönündeki talebinin hakemlerce değerlendirmesine bir etkisinin olup olmayacağıdır. Bu çalışmada, bu mesele, doktrindeki görüşler ve hakem kararları çerçevesinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası tahkim hukuku; üçüncü kişi finansmanı; masraflar için teminat; adalete erişim hakkı; tahkim masrafları

**IMPACT OF THIRD PARTY FUNDING TO THE DECISION OF
ARBITRATORS RELATING TO SECURITY FOR COSTS IN
INTERNATIONAL ARBITRATION**

Abstract

Use of third party funding by the parties is getting more common in international arbitration practice. Third party funding raises certain procedural

* Bu konu ilk olarak 10 Mayıs 2018 tarihinde Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı Paneli'nde tebliğ olarak sunulmuş; daha sonra üzerinde daha kapsamlı bir çalışma yapılarak yayın haline getirilmiştir.

** Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta:ceyda.sural@khas.edu.tr) (Makalenin Geliş Tarihi: 08.10.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 08.10.2018-09.10.2018/Makale Kabul Tarihleri: 17.10.2018-12.10.2018)

problems such as impartiality and independence of arbitrators, confidentiality or decision on costs. One of those procedural problems relates to security for costs. In other words, should the arbitrators take into account the fact that one of the parties benefit from third party funding in deciding the other party's request of security for costs? This study focuses on this question in the light of doctrine and case law.

Keywords

International arbitration law; third party funding; security for costs; right of access to justice; arbitration costs

GİRİŞ

Yargılamada üçüncü kişi finansmanı, 1990larda Avustralya'da mahkemeler önünde görülen davalar için başlamış ve oradan Amerika ve İngiltere'ye yayılmıştır¹.

Uygulamada, üçüncü kişi finansmanı değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Davayı takip eden avukatın, davanın kazanılması halinde elde edilecek miktarın bir kısmına hak kazanacağı yönünde müvekkili ile anlaşması halinde avukat veya söz konusu dava konusu bakımından ilgilinin hukuki masraflarını da karşılayan bir sigorta yaptırmış olması durumunda sigorta şirketi de üçüncü kişi finansör sayılacaktır. İlgilinin davayı takip edebilmek için bankadan kredi alması veya kendi takip etme imkanı olmadığı için alacağını temlik etmesi hallerinde de üçüncü kişi finansmanından söz edilebilir². Ancak, üçüncü kişi finansmanı denildiğinde, burada ele alınan ve akla gelmesi gereken, üçüncü kişinin dava konusu ve ilgililerden bağımsız, sadece fon sağlayan bir üçüncü kişi olduğu hallerdir.

Üçüncü kişi finansörler bakımından, uluslararası tahkim yargılamaları özellikle çekicidir. Zira, tahkim yargılamalarında uyuşmazlık konusu miktarlar yüksek; yargılama devlet yargısına göre daha hızlı; usule ilişkin, delillerin toplanması gibi işlemler daha az masraflı; davanın sonucu daha öngörülebilir ve hakem kararının icrası daha kolaydır³.

Tahkimde üçüncü kişi finansmanı, genellikle profesyonel finans şirketi olan⁴ bir üçüncü kişinin, bazı durumlarda kazanan karşı tarafın hak edeceği masraflar dahil, tahkim yargılamasına ilişkin tüm masrafları karşılamayı taahhüt ettiği ve bunun karşılığında davanın kazanılması halinde davacının

¹ **Bertrand**, Edouard: The Brave New World of Arbitration: Third Party Funding, *ASA Bulletin*, C. 29, S. 3, 2011, s. 609; **Kühner**, Detlev: The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany, *Journal of International Arbitration*, C. 31, S. 6, 2014, s. 813.

² **Bench Nieuwveld**, Lisa/**Shannon**, Victoria: *Third Party Funding in International Arbitration*, 2. Baskı, Kluwer Law International 2017, s. 3.

³ **Bench Nieuwveld/Shannon**, s. 11.

⁴ Üçüncü kişi finansmanının yaygın olduğu Avustralya, Almanya, İngiltere, Amerika, Hollanda, Kanada, Güney Afrika, Yeni Zelanda gibi ülkelerde sadece uyuşmazlıkları fonlayan finans kuruluşları var olmakla birlikte, bazı finans kuruluşları bakımından uyuşmazlıkları fonlamak sadece portfolyolarının bir kısmını oluşturmaktadır. **Bench Nieuwveld/Shannon**, s. 2.

elde edeceği kazanımın belirli bir oranına el koyduğu bir mekanizma olarak tanımlanabilir⁵.

Uygulamada, finansörler, genellikle, davacının elde edeceği kazanımın yüzde yirmi ila kırkını talep etmektedir. Oran, davanın başarı şansı, kararın icra edilme ihtimali, davalının mali durumu, davanın süresi gibi etkenlere göre değişmekte; risk arttıkça finansörün talebi de artmaktadır⁶. Dolayısıyla, kredi sağlayan bir bankadan farklı olarak, üçüncü kişi finansör, davanın kazanılmaması halinde herhangi bir maddi kazanç elde edememe riskini üstlenmektedir⁷. Ancak, üçüncü kişi finansörler, genellikle, fon sağlama kararını vermeden önce davanın başarı şansını belirlemek amacıyla ciddi bir inceleme yaparlar⁸. Talebin miktarı, konusu, karmaşıklığı, icra edilebilirliği ve davayı yürütecek olan hukukçuların niteliği finansörlerin dikkate aldığı hususlar arasındadır. Örneğin, bazı finansörler sadece belirli bir ülke hukukuna göre görülecek davaları fonlarken; tüketici davaları, hakaret davaları gibi belirli davaları fonlamaz. Aynı şekilde, bazı finansörler, icrasının daha zor ve karmaşık olduğunu düşünerek uluslararası yatırım uyumsuzluklarında fon kullanmaz⁹. Finansörün bu aşamada yaptığı inceleme, hukuki danışmanlar veya denetçiler gibi uzmanların görüşlerini de gerektirdiğinden, genellikle uzun zaman alan ve masraflı bir süreçtir. Bu sürecin masraflarının nasıl paylaşılacağı da finansör ile taraf arasındaki anlaşmaya göre belirlenecektir¹⁰. Üçüncü kişi finansör, davacı ile arasındaki anlaşma uyarınca, hakemin belirlenmesi, avukatların seçilmesi veya akdedilecek sulh anlaşmasının şartlarının oluşturulmasında söz sahibi olabilsede, tahkim yargılamasının tarafı haline gelmez¹¹.

Tahkimde üçüncü kişi finansmanı, başta, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı olmak üzere, gizlilik, masrafların paylaşımı gibi birçok usuli

⁵ **Bertrand**, s. 609.

⁶ **Goldsmith, Aren/Melchionda**, Lorenzo: Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask), *International Business Law Journal*, 2012, s. 56.

⁷ **Cremades, Anne-Carole/Mazuranic**, Alexandre: Costs in Arbitration, *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, Ed. Elliot Geisinger/Nathalie Voser, 2. Baskı, Kluwer Law International 2013, s. 197.

⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bench Nieuwveld/Shannon**, s. 21-42.

⁹ **Goldsmith/Melchionda**, s. 57.

¹⁰ **Goldsmith/Melchionda**, s. 57.

¹¹ **Bertrand**, s. 610; **Cremades/Mazuranic**, s. 197.

meseleye sebep oluşturur¹². Bu usuli meselelerden birisi de masraflar için teminat kararı verilmesidir. Bir başka deyişle, taraflardan birinin üçüncü kişi finansmanından yararlanmasının, diğer tarafın masraflar için teminat gösterilmesi yönündeki talebinin hakemlerce değerlendirmesine bir etkisinin olup olmayacağıdır. Bu çalışmada, bu mesele, doktrindeki görüşler ve hakem kararları çerçevesinde ele alınmıştır. Belirtmek gerekir ki, çalışma, masraflar için teminat kararı verilmesinde dikkate alınacak kriterler ve üçüncü kişi finansmanının varlığının bunlara etkileri ile sınırlı olup; masraflar için teminatın şekli, miktarı, davacının mali durumunun belirlenmesinde dikkate alınacak belgelerin ibrazı gibi usuli meselelere burada değinilmemiştir.

I. ULUSLARARASI TAHKİM YARGILAMALARINDA MASRAFLAR İÇİN TEMİNAT KAVRAMI

Masraflar için teminat, milletlerarası usul hukukunun yabancı olduğu bir kavram değildir. Ancak, Türk hukukunda davacının masraflar için teminat göstermesi, kendisinin mutad meskeninin Türkiye dışında olması¹³ veya yabancı olması¹⁴ halinde söz konusu olabilir. İngiliz medeni usul hukukunda ise, davacının yerleşim yerinin mahkemenin yetki alanı dışında olmasının yanı sıra davacının gerçek olmayan bir adres göstermesi, mal kaçırma amaçlı hareketlerde bulunması gibi bazı diğer hallerde de masraflar için teminat gösterilmesine karar verilmesi mümkündür¹⁵.

Uluslararası tahkim yargılamalarında, tahkim masraflarının neleri kapsadığına ve bu masrafların nasıl paylaşılacağına uygulanan tahkim kuralları ve tahkim yeri hukuku karar verir. Genellikle, hakem ücretleri, tahkim kurumunun ücretleri, hakem heyeti tarafından atanan bilirkişilerin ücretleri ve davada haklı çıkan tarafın vekilinin vekalet ücreti tahkim masrafları olarak kabul edilmektedir¹⁶. Bazı ulusal tahkim hukuklarında, tarafların bu konuda aksine bir anlaşması olmadığı takdirde, masrafların nasıl paylaşılacağı konusunda açık düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, Alman Medeni

¹² **Bertrand**, s. 610-613; **Cremades/Mazuranic**, s. 197.

¹³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu (R.G. 04.02.2011/27836), Madde 84.

¹⁴ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (R.G. 12.12.2007/26728), Madde 48.

¹⁵ English Civil Procedural Rules, Madde 25.12-25.13.

¹⁶ **Trusz**, Jennifer A.: Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising From Third Party Funding in International Commercial Arbitration, *Georgetown Law Journal*, C. 101, 2013, s. 1677.

Usul Kanunu¹⁷ Madde 1057/1 uyarınca, hakemler davanın şartlarını ve sonucunu dikkate alarak masrafların taraflar arasında paylaşımı hususunda karar verir. Avusturya, Hong Kong, İspanya, Brezilya ve Portekiz hukuklarında benzer düzenlemeler yer almaktadır¹⁸. Türk hukukunda da, Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 16/D uyarınca, taraflar aksini kararlaştırmadıkça yargılama giderleri haksız çıkan tarafa yüklenir. Davada her iki taraf da kısmen haklı çıkarsa, yargılama giderleri haklılık durumuna göre taraflar arasında paylaşılır. UNCITRAL Tahkim Kuralları, Londra Tahkim Divanı (LCIA) Kuralları ve Alman Tahkim Derneği (DIS) Kurallarında da benzer düzenlemeler bulunmaktadır. ICSID Tahkim Kuralları, Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi (SIAC) Kuralları ve Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kurallarında masrafların paylaşılması konusunda hakem heyetlerine geniş takdir hakkı tanınmıştır. UNCITRAL Model Kanunu, Fransız ve İsviçre hukuklarında masrafların paylaşımının nasıl yapılacağı açıkça düzenlenmemekle birlikte bu konuda karar vermek hususunda hakem heyetlerinin yetkili olduğu tartışmasızdır¹⁹.

Uluslararası tahkim yargılamaları, genellikle, oldukça masraflı olduğundan, davanın sonunda yargılama masraflarına kimin katlanacağı ve haklı çıkan tarafın diğer taraftan yargılama masraflarını fiilen tazmin edip edemeyeceği taraflar için önemli bir ekonomik sorundur²⁰.

Uluslararası tahkim yargılamalarında, masraflar için teminat, yargılamanın sonunda davacının aleyhine bir karar çıkması halinde, kendisine yükletilecek olan tahkim masraflarını ödeyeceğinin garanti altına alınması için davalı tarafından talep edilen bir çeşit geçici hukuki koruma tedbiridir. Hakem heyeti, kendisini masraflar için teminat kararı vermeye yetkili görür ve davacı tarafından masraflar için teminat gösterilmesini haklı kılan sebep-

¹⁷ Kanunun İngilizce metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html

¹⁸ **Brekoulakis**, Stavros L./**von Goeler**, Jonas: The Arbitration Agreement and Arbitrability, It's All About the Money: The Impact of Third Party Funding on Costs Awards and Security for Costs in International Arbitration, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Ed. Christian Klausegger/Peter Klein, Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung 2017, s. 5.

¹⁹ **Brekoulakis/von Goeler**, s. 5.

²⁰ **Scherer**, Maxi: Third-Party Funding in International Arbitration Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements, *Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier) Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, C. 10, Ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor/Antonias Dimolitsa, International Chamber of Commerce 2013, s. 96; **Brekoulakis/von Goeler**, s. 3.

lerin varlığına kanaat getirirse, davacının bir miktar parayı belirli bir hesaba depo etmesine veya başka türlü bir teminat göstermesine karar verir²¹.

Masraflar için teminat, davacının maddi durumunun kötü olduğu hallerde, davalı bakımından önemli bir koruma getirmektedir. Zira, davasında haklı olmayan bir davacı, kendi tahkim masraflarını karşılayabilse bile, yargılamanın sonunda davalının hak kazanacağı masrafları karşılayamayacak; davalı da haklı olmasına rağmen önemli bir zarara uğramış olacaktır. Öte yandan, davacıyı masraflar için teminat göstermeye zorlamak, bazı hallerde, davacının haklı olduğu bir davayı açmasına veya yürütmesine engel teşkil edebilir²². Aşağıdaki açıklamalarda da görüleceği üzere, masraflar için teminat talebi söz konusu olduğunda, bu ikilem, hem doktrindeki görüşlerin, hem uygulamada hakemlerin kararlarının odağını oluşturmaktadır. Bunlara ek olarak, masraflar için teminat talebi hakkında karar vermek durumunda olan hakemler, yargılama henüz sonuçlanmadan, tarafların haklılığı hakkında da bir fikir beyan etmiş olacaktırlar. Ayrıca, davacının maddi durumunun belirlenmesi için davacının tüm hesap ve defterlerinin incelenmesi gizlilik bakımından da soru işaretlerine neden olabilir²³.

II. HAKEM HEYETİNİN MASRAFLAR İÇİN TEMİNAT GÖSTERİLMESİNE KARAR VERME YETKİSİ

Hakem heyetinin masraflar için teminat gösterilmesine karar verme yetkisinin olup olmadığı tahkim yargılamasının usulüne uygulanan hukuka göre belirlenecektir²⁴.

Tarafların açıkça hakem heyetinin bu konuda yetkili olduğuna karar vermesi veya hakemlere bu konuda açıkça yetki tanıyan bir hukukun usule uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi veya tarafların bu yetkiyi tanıyan tahkim kurallarının uygulanacağını kararlaştırmış olması halinde, hakem heyetinin bu konuda yetkili olduğu açıktır²⁵.

²¹ **Von Goeler**, Jonas: *Third Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016, s. 334.

²² **Rubins**, Noah: In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration, *The American Review of International Arbitration*, C. 11, 2000, s. 307; **Waincymer**, Jeffrey: *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International 2012, s. 643.

²³ **Waincymer**, s. 644.

²⁴ **Von Goeler**, s. 334.

²⁵ **Von Goeler**, s. 335.

Örneğin, İngiliz Tahkim Kanunu Madde 38/3'te hakemlerin masraflar için teminat gösterilmesine karar verme yetkisinin olduğu açıkça düzenlenmiştir. Anglosakson hukuk sistemini kabul eden devletlerden Singapur, Hong Kong ve Avustralya'nın tahkim hukuklarında da masraflar için teminat gösterilmesi açıkça düzenlenmiştir²⁶. Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi (SIAC) Kuralları ile Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi (HKIAC) Kuralları'nda da bu konuda düzenleme bulunmaktadır. Londra Uluslararası Tahkim Divanı (*London Court of International Arbitration – LCIA*) Tahkim Kuralları Madde 25.2'de de hakem heyetinin masraflar için teminat verebileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, hakem heyeti taraflardan birinin talebi üzerine, diğer tarafa da bu konuda görüşünü belirtme olanağı tanıyarak, yargılama masrafları için, belirli meblağın bir hesaba depo edilmesi ya da banka teminat mektubu verilmesi gibi halin şartlarına göre uygun bir teminat gösterilmesine karar verebilir.

Öte yandan, taraflar, hakemlere genel olarak geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verme yetkisi tanıyan bir hukuk ya da tahkim kurallarının usule uygulanmasını da kararlaştırmış olabilirler. Hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek yönündeki genel yetkisinin masraflar için teminat gösterilmesine karar vermeyi de kapsayıp kapsamadığı halen tartışma konusu olabilmekle birlikte, genel eğilim bu konuda olumludur. İsviçre²⁷, Fransa ve Alman hukuklarında; UNCITRAL Model Kanunu'nda ve ICSID tahkiminde hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirine karar verme yetkisinin masraflar için teminatı da kapsadığı artık kabul edilmektedir²⁸.

²⁶ **Born**, Gary B.: *International Commercial Arbitration*, 2. Baskı, Kluwer Law International 2014, s. 2495.

²⁷ **Berger**, Bernhard: Arbitration Practice: Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitration Case Law, *ASA Bulletin*, C. 28, S. 1, 2010, s. 9. İsviçre hukukunda, hakemlerin masraflar için teminat gösterilmesine karar vermesi için davalı tarafından kanıtlanmasını aradıkları hususlar şunlardır: (i) Davalının lehine karar çıkması durumunda, masrafların da karşılanmasına hak kazanacağını makul derecede belirli olması; (ii) Masraflar için teminat kararı verilmemesi halinde, davalının telafisi olanaksız şekilde zarara uğrayacak olması. **Berger**, s. 9. İsviçre tahkim hukukunda masraflar için teminat kararı verilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi ve örnek kararlar için bkz. **Berger**, s. 7 vd.

²⁸ **Harwood**, Miriam K./**Batifort**, Simon N./**Trahanas**, Christina: Third Party Funding: Security for Costs and Other Key Issues, *The Investment Treaty Arbitration Review*, Ed. Barton Legum, Law Business Research Ltd. 2016, s. 100; **Von Goeler**, s. 335; **Brekoulakis/von Goeler**, s. 10.

Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Madde 28²⁹, de, UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 26³⁰, da düzenlenen geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verme yetkisinin masraflar için teminat gösterilmesine karar verme yetkisini kapsadığına yönelik kararlar bulunmaktadır.

III. HAKEM HEYETİNİN MASRAFLAR İÇİN TEMİNAT GÖSTERİLMESİNE KARAR VERİRKEN DİKKATE ALACAĞI KRİTERLER

Her ne kadar, hakem heyetinin masraflar için teminat gösterilmesine karar verme yetkisinin olduğu kabul edilse de, hakem heyetinin bu yönde bir talebi kabul edip etmemek konusunda dikkate alacağı kriterler, tahkim kanun ve kurallarında açıkça düzenlenmemektedir. Geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek için genel olarak kabul edilen kriterler olan tedbirin alınmasının aciliyeti ve tedbirin alınmaması halinde doğacak zararın giderilmesinin mümkün olmaması kriterleri, masraflar için teminat kararı verilmesine pek uygun düşmemektedir. Dolayısıyla, bu konuda yeknesak kriterlerden bahsetmek mümkün değildir³¹.

Uluslararası yatırım tahkiminde, genellikle, hakem heyetleri masraflar için teminat gösterilmesi taleplerini kabul etmezler³². Masraflar için teminat

²⁹ *X v. Y and Z*, ICC Case, Procedural Order of 3 August 2012. Bkz. **Von Goeler**, s. 346-347.

³⁰ *Guaracachi America, Inc. (USA) and Rurelec plc (United Kingdom) v. Plurinational State of Bolivia*, Permanent Court of Arbitration Case No. 2011-17, 11 Mart 2013 tarihli ve 14 Nolu Usule İlişkin Karar. http://www.worldcourts.com/pca/eng/decisions/2013.03.11_Guaracachi_America_v_Bolivia_1.pdf Bkz. **Von Goeler**, s. 349-350.

³¹ **Waincymer**, s. 647; **Von Goeler**, s. 336.

³² *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, 11.01.2016 tarihli 10 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>; *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, 28.10.1999 tarihli ve 2 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0477.pdf>; *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case. No. ARB/06/8, 23.06.2008 tarihli Ön Meseleler Hakkındaki Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0465.pdf>; *Burimi S.R.L. and Eagle Games S.H.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/18, 03.05.2012 tarihli 2 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1534.pdf>; *Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, 19.05.2010 tarihli Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0031.pdf>; *Abaclat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, 18.06.2012 tarihli 10 nolu Usule İlişkin Karar. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1301_0.pdf

gösterilmesi ancak, davacının suiistimali, kötü niyetli hareketleri gibi olağanüstü durumlarda söz konusu olur³³.

Uluslararası ticari tahkimde ise, yeknesak bir uygulamadan bahsetmek mümkün değildir. Hakem heyetlerinin, masraflar için teminat gösterilmesi kararı verirken, davacının kararın icra edileceği ülkede malvarlığının bulunup bulunmadığı, masraflar için teminat gösterilmesi talebinin haklı bir davayı önlemek amacıyla yapılıp yapılmadığı, talebin zamanı, davacının finansal durumunun kötüleşmesine davalının katkısının olup olmadığı³⁴, davacının maddi durumunda önemli bir değişim olup olmadığı, davacının malvarlığını elden çıkarmak amacıyla kasti eylemlerde bulunup bulunmadığı, davacının yanlış adres göstermek, malvarlığının bulunduğu ülkeler konusunda yanlış bilgi vermek gibi kötü niyetli hareketleri veya daha önce taraf olduğu yargılamalarda masrafları ödemekten kaçınmış olması gibi faktörleri dikkate alabileceği ifade edilmiştir³⁵.

IV. ÜÇÜNCÜ KİŞİ FİNANSMANININ MASRAFLAR İÇİN TEMİNAT YÖNÜNDE KARAR VERİLMESİNE ETKİLERİ

Acaba, üçüncü kişi finansmanının varlığı, hakemlerin masraflar için teminat gösterilmesine karar vermesine ne şekilde etkili olmaktadır?

Doktrinde bir görüş, üçüncü kişi finansmanının varlığının, masraflar için teminat talebi hakkında karar verilmesinde dikkate alınmaması gerektiğini savunmuştur³⁶. Bu görüşün gerekçesi, genellikle tahkim kuralları ve tahkim hukuklarının hakem heyetlerine yargılamanın sonunda masrafların dağılımı konusunda karar vermekte geniş yetki tanımları ve uygulamada³⁷ bu konuda karar verirken üçüncü kişi finansmanının dikkate alınmadığıdır. Masrafların dağılımı konusunda üçüncü kişinin finansmanının dikkate alın-

³³ Brekoulakis/von Goeler, s. 11.

³⁴ Bu konuda bir değerlendirme yapmak hakemler bakımından zor olabilir. Zira, davalının katkısı, uyuşmazlık konusu sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan haklı bir davranış olabilir. Örneğin, davalı, sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun olmadığını iddia ettiği malların bedelini ödemiş olabilir. Bu gibi bir durumda, masraflar için teminat talebi hakkında değerlendirme yapan hakemlerin davanın esası hakkında bir görüş beyan etmediklerine dikkat etmeleri gerekecektir. Waincymer, s. 651.

³⁵ Rubins, s. 368-376; Trusz, s. 1678; Kirtley, William/Wietrzykowski, Koralie: Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant is Relying upon Third-Party Funding?, *Journal of International Arbitration*, C. 30, S. 1, 2013, s. 20; Von Goeler, s. 337.

³⁶ Kirtley/Wietrzykowski, s. 22; Trusz, s. 1677.

³⁷ Bkz. Trusz, s. 1678'de anılan kararlar.

mamasının mantıklı bir sonucu da masraflar için teminat talebi hakkında karar verirken de bunun dikkate alınmamasıdır³⁸. Ayrıca, üçüncü kişi finansmanının varlığını öğrenen davalı, sırf bu sebeple masraflar için teminat talep ederek, yargılamayı geciktirecek ve belki de davacının davasına devam edebilme hakkını elinden alabilecektir³⁹. Bunlarla beraber, üçüncü kişi finansmanından yararlanan taraf, yargılama için başka şekillerde (avukatla davanın kazanılması halinde kazanılanın belli bir miktarının avukata ödeneceği şeklinde bir anlaşma yapılması veya bankadan kredi çekilmesi gibi) dışardan kredi ya da fon kullanan taraflara göre daha dezavantajlı duruma sokulacaktır⁴⁰. Öte yandan, üçüncü kişi finansmanından yararlanan taraf, finansal olarak kötü durumda da olmayabilir; riski yaymak ve nakit parasını elinde tutmak için bunu tercih etmiş olabilir. Ayrıca, üçüncü kişi finansör ile davacı arasındaki anlaşmada, finansörün karşı tarafın masraflarından sorumlu olup olmadığı düzenlenir ve taraflar masraf ve risk dağılımını bu hükümlere uygun olarak yaparlar⁴¹.

Öte yandan, doktrinde, hakemlerin masraflar için teminat talebini değerlendirirken üçüncü kişi finansmanına ilişkin anlaşmanın şartlarını dikkate almaları gerektiği belirtilmiş⁴²; aksi, “devekuşu gibi başını kuma sokmak” olarak değerlendirilmiştir⁴³. Masraflara ilişkin kararın gereğini yerine getirmesini sağlayacak malvarlığına sahip olmayan davacı, ancak üçüncü kişi finansmanından yararlanarak davayı takip edebiliyorsa, bu durumun masraflar için teminat kararı verilmesi için güçlü bir ilk görünüş ispatı oluşturacağı⁴⁴; bu nedenle, üçüncü kişi finansmanının varlığının ve anlaşmanın önemli şartlarının açıklanmasının zorunlu olduğuna ilişkin ulusal tahkim hukuklarında ve kurumsal tahkim kurallarında düzenlemeler yapıl-

³⁸ Trusz, s. 1679.

³⁹ Trusz, s. 1679; Kirtley/Wietrzykowski, s. 22.

⁴⁰ Kirtley/Wietrzykowski, s. 22; Shahdadpuri, Khushboo Hashu: Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory, *Asian International Arbitration Journal*, C. 12, S. 2, 2016, s. 94.

⁴¹ Shahdadpuri, s. 95.

⁴² Sandrock, O.: The *Cautio Judicatum Solvi* in Arbitration Proceedings or the Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant, *Journal of International Arbitration*, C. 4, 1997, s. 34; Stone, William: Third Party Funding in International Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure?, *Asian Dispute Review*, C. 2015, S. 2, 2015, s. 66.

⁴³ Von Goeler, s. 365.

⁴⁴ Born, s. 2496.

ması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁴⁵. Gerçekten, aşağıda inceleneceği üzere, üçüncü kişi finansmanının masraflar için teminat kararı verilmesine bir çok etkisi olabilir. Karşı görüşte olan bir yazarın da açıkça kabul ettiği üzere, üçüncü kişi finansmanının varlığının masraflar için teminat talebini inceleyen hakemlerce dikkate alınmamasına yönelik hiç bir karar olmadığı gibi⁴⁶; yine, aşağıda görüleceği üzere, çeşitli hakem kararlarında, üçüncü kişi finansmanı, masraflar için teminat taleplerinin incelenmesinde çeşitli yönlerden ele alınmıştır.

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Komisyonu, Aralık 2015'te Milletlerarası Tahkimde Masraflara İlişkin Kararlar başlıklı Raporunda, üçüncü kişi finansmanına yer vermiş; finanse edilmeyen tarafın ilerde masraflarını temin etmesini etkileyecek bir finansman anlaşmasının varlığı halinde, ilgili tarafın masraflar için teminat gösterilmesi gibi bir geçici koruma önlemini önceden talep edebileceği ve her iki tarafı masraflar konusunda eşit duruma getirecek bir önleme karar verilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, Rapora göre, böyle bir karar verilmesi halinde, üçüncü kişi finansmanından faydalanan tarafın dava sonunda haklı çıkması durumunda, bu teminat nedeniyle uğradığı zararlardan karşı tarafın sorumlu tutulmasına da karar verilebilir⁴⁷.

A. Uluslararası Yatırım Tahkimi Açısından İnceleme

Uluslararası yatırım tahkiminde, genellikle, hakem heyetleri masraflar için teminat gösterilmesi taleplerini kabul etmezler⁴⁸. Masraflar için teminat

⁴⁵ **Darwazeh, Nadia/Leleu, Adrien**: Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third Party Funding, *Journal of International Arbitration*, C. 33, S. 2, 2016, s. 138.

⁴⁶ **Kirtley/Wietrzykowski**, s. 25.

⁴⁷ Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Komisyonu, Milletlerarası Tahkimde Masraflara İlişkin Kararlar Raporu, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, S. 2, 2015, s. 17.

⁴⁸ *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, 28.10.1999 tarihli ve 2 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0477.pdf>; *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case. No. ARB/06/8, 23.06.2008 tarihli Ön Meseleler Hakkındaki Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0465.pdf>; *Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, 19.05.2010 tarihli Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0031.pdf>; *Burimi S.R.L. and Eagle Games S.H.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/18, 03.05.2012 tarihli 2 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1534.pdf>; *Abaclat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, 18.06.2012 tarihli 10 nolu Usule İlişkin Karar. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1301_0.pdf; *Commerce*

gösterilmesi ancak, davacının suiistimali, kötü niyetli hareketleri gibi olağanüstü durumlarda söz konusu olur. Bunun sebebi, adalete erişim hakkının yatırımcı ile devlet arasındaki uyumsuzluklarda özellikle hassas olmasıdır⁴⁹. Yatırım uyumsuzluklarında, davacı yatırımcının iddiası, devletin yatırımının değerini düşürücü davranışlarda bulunduğu veya yatırıma haksız olarak el koyduğu yönünde olacaktır ki, bu halde yatırımcı büyük ihtimalle mali olarak zor duruma da düşürülmüş olacaktır⁵⁰.

Yatırım tahkiminde, davacının masraflar için teminat göstermesi yönündeki ilk karar, 13 Ağustos 2014 tarihinde, *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*⁵¹ davasında verilmiştir. Bu davaya konu olayda uyumsuzluk, Saint Lucia'nın davacıya petrol arama lisansı vermesinin ardından, Saint Lucia'nın komşusu olan diğer adalarla arasındaki sınır uyumsuzlukları nedeniyle, davacının petrol arama çalışmalarına başlayamamasından kaynaklanmıştır. Davacı, yargılamanın başında ödemesi gereken masraf avansını ödemekte zorlanmış ve mali durumunun kötü olduğunu ve üçüncü kişinin finansmanından yararlandığını bu aşamada açıklamıştır. Bu sebeple, Saint Lucia, masraflar için teminat gösterilmesini talep etmiştir. Hakem heyeti,

Group Corp. and San Sebastian Gold Mines Inc. v. El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/17, 20.09.2012 tarihli El Salvador'un Masraflar için Teminat Talebi Hakkındaki Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1087.pdf>; *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, 11.01.2016 tarihli 10 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>

⁴⁹ *Hamester v. Ghana* kararında, ICSID hakem heyeti, masraflar için teminat göstermenin, artık ticari faaliyetine devam etmediğini ve bu nedenle davanın yürütülmesi için üçüncü kişinin finansmanına ihtiyaç duyduğunu beyan eden davacının, davasına devam etmesini engelleyeceğine karar vermiştir. Hakem heyeti, masraflar için teminat gösterilmesinin gerekli ve acil olduğuna ilişkin bir kanaati oluşmadığını ve tam tersine davacının bunun için fon aramak zorunda kalmasının bu aşamada yargılamanın uzamasına sebebiyet vereceğini de eklemiştir. *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co. K. G. v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, 18 Haziran 2010 tarihli Hakem Kararı. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>

⁵⁰ **Hodgson, Matthew/Evans, Elizabeth**: Allocation of Costs in ICSID Arbitrations, *ICSID Convention After 50 Years: Unsettled Issues*, Ed. Crina Baltag, Kluwer Law International 2016, s. 477; **Brekoulakis/von Goeler**, s. 11.

⁵¹ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10. https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/2014-08-13- decision_on_saint_lucias_request_for_security_for_costs.pdf Bkz. **Von Goeler**, s. 352-353; **Brekoulakis/von Goeler**, s. 12-13. Karar incelemesi için bkz. **Joubin-Bret, Anna**: Spotlight on Third-Party Funding in Investor-State Arbitration, *The Journal of World Investment & Trade*, C. 16, 2015, s. 727-733.

ICSID Tahkim Kuralları Madde 39 uyarınca masraflar için teminat kararı vermeye yetkili olduğunu belirterek; davacının mali durumunun kötü olduğunu itiraf etmesi, masraflar için teminat gösterilmesine karar vermek için yeterli olmasa da, bu olayın şartlarının olağanüstü olduğuna hükmetmiştir. Davacının daha önce de taraf olduğu ICSID tahkim yargılamalarında masraf avansını ve aleyhine hükmedilen masrafları ödemiş olduğu ve mali durumunun kötü olması sebebiyle üçüncü kişinin finansmanından yararlandığını itiraf etmiş olduğu dikkate alındığında, hakem heyetinde, davacının, ileride davalı lehine hükmedilecek masrafları da ödemeyeceği yönünde bir kanaat oluşmuştur. Davacının, 750.000 Dolar değerinde gayrikabili rücu banka teminat mektubu ibraz etmesine karar verilmiştir. Dikkat çekmek gerekir ki, bu davada, hakem heyetinin masraflar için teminat verilmesine karar vermesinde davacının üçüncü kişinin finansmanından yararlanıyor olması çok da etkili olmamıştır. Hakem heyeti, esasen, davacı şirketin sahibi Koloradolu petrol zengini Jack Grynberg'in, çeşitli şirketleri aracılığıyla, daha önce de defaten ICSID tahkimine başvurmuş olmasını ve daha önce açılan bu davalarda da masrafları yatırmaktan kaçmasını kötü niyetinin göstergesi olarak kabul etmiştir. Hakem heyeti, üçüncü kişi sponsorun davacının aleyhine hükmedilecek masrafları karşılayıp karşılamayacağını belirsiz olduğunu ifade etmiş; ancak, davacı tarafından atanan hakemin karşı görüşünde eleştirdiği üzere, üçüncü kişi sponsor ile davacı arasındaki anlaşmanın ibraz edilmesine bile gerek görmemiştir⁵².

Daha sonra, *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*⁵³ davasında, hakem heyeti, ICSID tahkim yargılamalarında, davacının masraflar için teminat göstermesine ancak, suiistimal veya kötü niyetin varlığı gibi olağanüstü hallerde karar verildiğini; *Saint Lucia* davasında da hakem heyetinin sadece üçüncü kişinin finansmanının varlığına ve davacının mali durumunun kötü olmasına dayanmadığını; esasen davacının daha önceki ICSID tahkim yargılamalarında defaten masrafları ödemekten kaçınmasını esas aldığını belirterek; davacının mali sıkıntılarının ve artık yaygın uygulama haline gelen üçüncü kişinin finansmanının varlığının tek başına

⁵² **Jaramillo**, Eduardo Zuleta: Security for Costs: Authority of the Tribunal and Thrid-Party Funding, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Ed. Meg Kinnear/Geraldine R. Fischer, Kluwer Law International 2015, s. 576; **Von Goeler**, s. 354.

⁵³ *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/14/14, 23 Haziran 2015 tarihli ve 3 nolu Usule İlişkin Karar. https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/2015-06-23_-_po3.pdf Bkz. **Von Goeler**, s. 356; **Brekoulakis/von Goeler**, s. 13.

davalı lehine masraflar için teminat gösterilmesine karar verilmesi için yeterli olmadığına hükmetmiştir.

*South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*⁵⁴ kararına konu olayda da, davalı, davacı şirketin üçüncü kişi finansmanından yararlanması nedeniyle masraflar için teminat talebinde bulunmuştur. Hakem heyeti, üçüncü kişi finansörün yargılamanın sonunda davacı aleyhine hükmedilebilecek dava masraflarını karşılayıp karşılamayacağını belirsiz olmasının masraflar için teminat kararı verilmesine tek başına bir gerekçe olamayacağına; tersine, üçüncü kişi finansörün varlığının davacının iddialarının haklılık ihtimali olduğuna delalet ettiğine; üçüncü kişi finansörün varlığının doğrudan masraflar için teminat gösterilmesi sebebi olarak kabul edilmesi halinde, davacıların haklı iddialarının öne sürülmesinin, adalete erişimlerinin davalılar tarafından engellenmesi riskinin artacağına işaret etmiştir.

Dolayısıyla, üçüncü kişinin finansmanının varlığı, yatırım tahkiminde davalı lehine masraflar için teminat kararı verilmesinin sadece olağanüstü durumlarda mümkün olduğu yönündeki yerleşik uygulama üzerinde etkili olmamıştır⁵⁵.

Doktrinde, sadece olağanüstü durumlarda masraflar için teminat kararı verilmesi yerine; başka bir kriter önerilmiştir. Buna göre, (i) davacının ilerde aleyhine hükmedilecek yargılama masraflarını ödeyemeyeceği veya ödeme-yeceği kanaati oluşuyorsa; ve (ii) davacı üçüncü kişi finansmanından yararlanıyorsa masraflar için teminat gösterilmesine karar verilmelidir. Davacı, tasfiye halinde ise, herhangi bir malvarlığı olmayan paravan bir şirkete veya masraf avansını ödemekte zorlanmışsa ilerde yargılama masraflarını ödeyemeyeceği görüntüsü oluşacaktır⁵⁶.

⁵⁴ *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, 11.01.2016 tarihli 10 nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>. Bkz. **Brekoulakis/von Goeler**, s. 14.

⁵⁵ **Von Goeler**, s. 356.

⁵⁶ **Darwazeh/Leleu**, s. 143-145. Yatırım tahkiminde, yatırımcının üçüncü kişinin finansmanı olmadan tahkim masraflarını karşılaması mümkün değilse ve yatırımcının davaya devam etmeme ihtimali varsa, davalı devlet lehine masraflar için teminat kararı verilmesi gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **Meza**, Angelynn: Third Party Funding in International Investment Arbitration The Elephant in the Room, *Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier) Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, C. 10, Ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor/Antonia Dimolitsa, International Chamber of Commerce 2013, s. 131. Doktrinde, ayrıca, masraflar için teminat gösterilmesi yerine, ICSID hakem heyetlerinin, ICC Tahkim Kuralları Madde 38/3'te düzen-

Nitekim, halen görülmekte olan *Sehil İnşaat v. Turkmenistan*⁵⁷ davasında, hakem heyeti, davacının üçüncü kişi finansörün kimliği ve davacı ile finansör arasındaki anlaşmanın detaylarını açıklamasına karar vermiş; bu arada, ilerde davalının masraflar için teminat gösterilmesi talebinde bulunabileceğine değinerek, hakem heyetinin, davalının bu davada haklı çıkması ve lehine yargılama masraflarına karar verilmesi halinde davacıların bu masrafları karşılayamayacağı ve bu aşamada üçüncü kişi finansörün de ortadan kaybolacağı endişesine sempatik yaklaştığını belirtmiştir. Yani, bu davada masraflar için teminat gösterilmesi yönünde bir karar çıkma ve yerleşik uygulamanın değişmesine yönelik bir adım atılma ihtimali olabilir.

B. Uluslararası Ticari Tahkim Açısından İnceleme

Uluslararası ticari tahkimde, masraflar için teminat kararı verilmesinde dikkate alınan yeknesak bir kriterden bahsetmenin zor olduğu yukarıda belirtilmişti. Üçüncü kişi finansmanının varlığı halinde, önerilen kriterlerden biri, tahkim anlaşmasının akdedilmesinden sonra, davacının dava masraflarını ödeme ihtimalinin ticari olarak öngörülemeyecek şekilde azalmış olmasıdır⁵⁸. Aşağıda bu kriter, daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Bir başka yaklaşım da, hakemlere bu konuda daha geniş takdir yetkisi verilmesi, davacının mali olarak sıkıntıda olduğu ve yargılama sonunda aleyhine hükmedilebilecek masrafları karşılamasının olası görülmediği hallerde⁵⁹; bir başka deyişle, masraflar için teminat gösterilmeksizin davalının tahkim yargılamasına devam etmesini beklemenin hakkaniyete aykırı düşeceği tüm durumlarda bu yönde karar verilmesidir⁶⁰. Hakemlerin kararını etkileyebilecek hususlar da aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

lendiği gibi, masraflara ilişkin ara kararlar verme yetkisinin olduğunun kabul edilmesi önerilmiştir. Bu ara kararlar verildiğinde, hakem heyeti halen yargılamaya devam ediyor olacağından, tarafların da bu kararların gereğini yerine getirmek baskısı altında olacakları ifade edilmiştir. **Hodgson/Evans**, s. 479.

⁵⁷ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6, 12.06.2015 tarihli ve 3 Nolu Usule İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4350.pdf>

⁵⁸ **Brekoulakis/von Goeler**, s. 15.

⁵⁹ **Dos Santos**, Caroline: Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: A Wolf in Sheep's Clothing?, *ASA Bulletin*, C. 35, S. 4, 2017, s. 926.

⁶⁰ **Brekoulakis/von Goeler**, s. 15. Yazarlar, 10032 sayılı ICC davasında 09.11.1999 tarihli Usule İlişkin Karar'da yer aldığını belirttikleri bu yaklaşımı çok belirsiz ve açık uçlu olduğunu söyleyerek eleştirmişlerdir. **Brekoulakis/von Goeler**, s. 15.

1. Tahkim Anlaşmasının Akdedilmesinden Sonra Davacının Finansal Durumunun Ticari Olarak Öngörülemez Bir Şekilde Kötüye Gitmesi

Tahkim anlaşmasının akdedilmesinden sonra, davacının dava masraflarını ödeme ihtimalinin ticari olarak öngörülemeyecek şekilde azalmış olması kriterinin ele alınmasında üçüncü kişi finansmanının varlığının nasıl etkileri olabilir?

Bu kriterin iki ayağı vardır. Birincisi, davacının mali durumunun kötü olması; ikincisi de bu kötüye gidişin tahkim anlaşmasının akdedilmesinden sonra ticari olarak öngörülemez bir şekilde ortaya çıkmasıdır.

a. Davacının Finansal Durumunun Kötü Olması

Üçüncü kişi finansmanının varlığı, genellikle davalının, davacının mali durumu hakkında şüpheye düşmesine neden olacak ve sırf bu sebeple, davalı, hakem heyetinden masraflar için teminata karar vermesini talep edecektir⁶¹.

Davacının, üçüncü kişinin finansmanından yararlanması, tek başına, masraflar için teminat göstermesi yönünde karar verilmesinin gerekçesi olamaz. Davacının üçüncü kişinin finansmanından yararlanıyor olması, her halükarda onun mali durumunun kötü olduğu anlamına da gelmez⁶². Davacı, riski paylaşmak ve elinde bulunan nakit parayı korumak amacıyla üçüncü kişinin finansmanından yararlanmayı tercih etmiş olabilir⁶³.

Masraflar için teminat gösterilmesi konusunda karar vermek için, hakem heyetinin, davacının mali durumunun gerçekten ne durumda olduğunu araştırması ve davacının mali durumunun yargılama sonunda masrafları karşılayamayacak derecede kötü olduğunu gösteren somut delillere

⁶¹ **Harwood/Batifort/Trahanas**, s. 100; **Kirtley/Wietrzykowski**, s. 18; **Kühner**, s. 813; **Shahdarpuri**, s. 94.

⁶² **Dos Santos**, s. 927. *Guaracachi and Rurelec v. Bolivia* kararında, hakem heyeti, yatırım tahkiminde masraflar için teminat gösterilmesi kararının çok ender ve olağanüstü hallerde verildiğine değinerek, davacıların üçüncü kişinin finansmanından yararlanmasının, ilerde kendileri aleyhine hükmedilebilecek masrafları ödeyemeyeceklerine kanaat getirmek için yeterli olmadığını belirtmiştir. *Guaracachi America, Inc. (USA) and Rurelec plc (United Kingdom) v. Plurinational State of Bolivia*, Permanent Court of Arbitration Case No. 2011-17, 11 Mart 2013 tarihli ve 14 Nolu Usule İlişkin Karar. http://www.worldcourts.com/pca/eng/decisions/2013.03.11_Guaracachi_America_v_Bolivia_1.pdf Bkz. **Von Goeler**, s. 349-350.

⁶³ **Scherer**, s. 97; **Von Goeler**, s. 341; **Brekoulakis/von Goeler**, s. 10.

dayanması gerekmektedir⁶⁴. Bunun için de, davacının yıllık hesapları, gelirleri, bilançosu, defterleri, mali kayıtları gibi belgelerin incelenmesi gerekmektedir⁶⁵.

Üçüncü kişi finansmanına ilişkin anlaşmanın şartlarının da tıpkı davacının yıllık hesapları, gelirleri, bilançosu, defterleri, mali kayıtları gibi incelenmesi gerekmektedir. Ancak, davacı, üçüncü kişi finansmanından yararlandığını açıklamak zorunda değildir⁶⁶. Bu anlamda, bunlara talep eden tarafın elinde bulunmayan belgelerin ibrazına ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilebilir. Bu durumda, davalının, davacının üçüncü kişi finansmanından yararlanacağına ilişkin yaptığı sözleşmenin varlığı, hükümleri ve bunlardan hangilerinin teminat gösterilmesi talebiyle bağlantılı olduğunu göstermesi gerekecektir⁶⁷.

Gerçekten, üçüncü kişinin finansmanına ilişkin sözleşmede, örneğin, finansörün karşı tarafın lehine hükmedilecek dava masraflarından sorumlu olmadığını açıkça düzenlenmesi⁶⁸ veya finansörün herhangi bir sebep olmadan herhangi bir anda sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme hakkının bulunması teminat talebini haklı kılacakken; sözleşmede finansörün davacının aleyhine karar çıkması halinde kendisine yükletilecek olan masrafları da karşılayacağını açıkça düzenlenmiş olması teminat talebini olumsuz etkileyecektir⁶⁹.

Davacının mali durumunun kötü olduğunu gösteren bir diğer belirti de, uygulanan tahkim kuralları gereğince yargılamanın başında hakemlerin ve tahkim kuruluşunun masraflarının karşılanması amacıyla avans yatırılma-

⁶⁴ **Von Goeler**, s. 339.

⁶⁵ **Von Goeler**, s. 342.

⁶⁶ IBA Milletlerarası Tahkimde Çıkar Çatışmasına İlişkin Rehber Kuralları md. 7/a uyarınca, yargılama sonunda varılacak kararla doğrudan ekonomik menfaati olan veya bu karar nedeniyle taraflardan birinin rücu edebileceği gerçek veya tüzel bir kişi ile hakemler arasındaki doğrudan veya dolaylı herhangi bir ilişki hakemlere, diğer taraflara ve tahkim kurumuna bildirilmelidir. Ancak, Rehber Kurallar bağlayıcı değildir. Öte yandan, son yıllarda uluslararası yatırım tahkiminde, hakem heyetlerinin üçüncü kişi finansörün kimliğinin ve/veya davacı ile üçüncü kişi finansör arasındaki anlaşmanın önemli şartlarının açıklanmasına karar verdiği görülmektedir. *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/14/14; *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013-15; *Sehil v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6 bu kararlardır. Bkz. **Darwazeh/Leleu**, s. 137.

⁶⁷ **Von Goeler**, s. 340.

⁶⁸ **Dos Santos**, s. 927.

⁶⁹ **Von Goeler**, s. 340.

sının gerektiği hallerde, davacının bu avansı yatırmakta gecikmesi ve zorlanmasıdır⁷⁰.

b. Davacının Finansal Durumunun Kötüye Gidişinin Ticari Olarak Öngörülemez Olması

Masraflar için teminat kararı verilmesi için, davacının finansal durumunun kötü olması ve dava sonunda haksız çıkması halinde kendisine yüklenecek olan dava masraflarını karşılayamayacağını muhtemel olması yeterli değildir. Bir tacirin mali durumunda değişiklik olması ticaret hayatının olağan akışındandır. Bu nedenle, masraflar için teminat talep eden davalının, davacının yargılama sonunda kendisine yükletilebilecek olan masrafları karşılama ihtimalinin, tahkim anlaşmasının imzalanmasından bu yana, esaslı olarak ve öngörülemez bir şekilde azaldığını kanıtlaması gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle, davacının mali durumundaki bu bozulmanın taraflarca tahkim anlaşmasının imzalanmasından sonra ortaya çıkması gerekir. Mali durumu kötü olan bir tarafla tahkim anlaşması imzalayan diğer tarafın masraflar için teminat gösterilmesi yönündeki talebi kabul edilmemelidir⁷¹. Zira, davalının, davacının tahkim masraflarını ödeyemeyeceğini düşünerek davacıyla tahkim anlaşması akdetmesi, daha sonra da bu durumu kendi lehine kullanmak için masraflar için teminat talep etmesi kabul edilemez⁷².

Davacının, üçüncü kişinin finansmanından yararlanması, tek başına, mali durumunda esaslı ve öngörülemez bir değişiklik olduğunun kanıtı olabilir mi? Tıpkı, üçüncü kişinin finansmanının varlığı, tek başına, davacının mali durumunun kötü olduğunu göstermediği gibi, davacının kendisine yükletilebilecek olan masrafları karşılama ihtimalinin esaslı ve öngörülemez bir şekilde azaldığını da göstermez⁷³. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, davacı, riski paylaşmak ve elinde bulunan nakit parayı korumak amacıyla üçüncü kişinin finansmanından yararlanmayı tercih etmiş olabilir⁷⁴.

Hakem heyeti, üçüncü kişinin finansmanından yararlanılmasının ve buna bağlı olarak şartlarda meydana gelen değişikliğin, masraflar için teminat talep eden davalı taraf için ticari olarak öngörülemez olup olmadığını

⁷⁰ Von Goeler, s. 342.

⁷¹ Von Goeler, s. 344.

⁷² Von Goeler, s. 345; Brekoulakis/von Goeler, s. 15.

⁷³ Von Goeler, s. 345.

⁷⁴ Von Goeler, s. 341; Brekoulakis/von Goeler, s. 10, 15.

dikkate alınmalıdır. Öngörülemezlik testi, kanıtlanması çok zor olan kötü niyet testine göre daha dengeli sonuçlar verecektir. Ayrıca, öngörülemezlik testi, tahkim yargılamalarında en çok önem taşıyan tarafların haklı beklentilerinin karşılanmasına vurgu yapmakta ve ucu çok açık olan hakkaniyet kriterinden daha somut bir kriter teşkil etmektedir⁷⁵. Örneğin, üçüncü kişi finansörün önce davacı aleyhine hükmedilen masraflardan sorumlu olacağını kabul etmesi; ancak daha sonra yargılama devam ederken fonu kesmesi, ticari olarak öngörülemez bir değişiklik olacaktır⁷⁶.

ICC Tahkim Kuralları çerçevesinde tahkim yargılamasını yürüten bir hakem heyetinin 3 Ağustos 2012 tarihli usule ilişkin kararına⁷⁷ konu olayda, davacı, üçüncü kişiyle yaptığı sponsorluk anlaşmasını davalı ile paylaşmıştır. Bu anlaşma uyarınca, üçüncü kişi sponsorun her zaman finansmanı kesme hakkı olduğu gibi, davalının lehine karar verilecek olan masrafları da karşılamayacağı açıkça kararlaştırılmıştır. Bununla beraber, davacının herhangi bir malvarlığı da bulunmamaktadır. Burada, hakem heyeti, üçüncü kişinin finansmanından faydalanılmasının, şartlarda masraflar için teminat gösterilmesine gerekçe olacak derecede önemli bir değişiklik oluşturup oluşturmadığını incelemiş ve sponsorluk anlaşmasının anılan hükümlerini dikkate alarak masraflar için teminat gösterilmesine karar vermiştir. Hakem heyeti, davacının akdettiği sponsorluk anlaşmasının ona mali durumu iyiymişçesine yargılamayı yürütme imkanı vermesine rağmen, esasen kötü olan mali durumunun riskini üstlenmediğine kanaat getirmiştir. Sponsorun her zaman sözleşmeyi feshetmesi ve böylece davacının masrafları ödeme imkanından yoksun kalması mümkündür. Hakem heyetinin bu kararı, sponsorluk anlaşmasının tabi olduğu hukuk uyarınca sponsorun tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetme hakkının geçerli olup olmadığının yeterince incelenmediği ve davacının tahkim anlaşmasının akdedildiği sırada da mali durumunun kötü olduğu, bu nedenle de şartlarda bir değişiklik olmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Burada, davalı, mali durumu bozuk olan davacı ile bir tahkim anlaşması akdetmiş ve davacının tahkim yargılamasına girişmeyeceğini düşünmüştür⁷⁸.

⁷⁵ **Von Goeler**, s. 357.

⁷⁶ **Brekoulakis/von Goeler**, s. 16.

⁷⁷ *X v. Y and Z*, ICC Case, 03.08.2012 tarihli Usule İlişkin Karar. Bkz. **Von Goeler**, s. 346-347.

⁷⁸ **Von Goeler**, s. 348.

2. Üçüncü Kişi Finansmanının Varlığı Halinde Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Kararı Verirken Dikkate Alınabilecek Diğer Hususlar

Davacının finansal durumunun ticari olarak öngörülemez bir şekilde kötüye gitmesi kriteri her zaman tek başına masraflar için teminat gösterilmesi kararının verilmesinde yol gösterici olamamaktadır. Üçüncü kişinin finansmanının varlığının tahkim yargılamasına başka etkileri de olabilmektedir ve bu etkilerin de masraflar için teminat kararı verilirken dikkate alınması gerekebilir.

a. Üçüncü Kişinin Finansmanın Varlığının Dava Masraflarına Etkisi

Finansörün mali olanaklarının yüksek olması sayesinde, davacının avukatlarının yargılama masraflarını yükseltecek şekilde hareket etmesi mümkün olabilir. Bu sayede, davacının avukatları, birden fazla uzmandan görüş alınması, birden çok duruşma yapılarak çok sayıda tanığın çapraz sorguya tabi tutulması gibi yöntemlere başvurabilir ve bu da davalı için daha yüksek savunma masrafları yapma zorunluluğu anlamına gelebilir⁷⁹. Ancak, üçüncü kişi finansörün de bir yatırımcı olduğu ve tıpkı davanın sonunda tarafın haklı çıkması halinde ilgili tarafın kazancı oranında ücret almak üzere anlaşan bir avukat gibi, yargılama maliyetlerinin en makul ve verimli şekilde kullanılmasını amaçlayacağı ve buna yönelik önlemler alacağı unutulmamalıdır⁸⁰. Öte yandan, bazı yatırımcı şirketler, daha çok davacıya fon sağlayarak portfolyalarını genişletmeyi ve böylece riski dağıtmayı da tercih edebilirler⁸¹. Bu nedenlerle, üçüncü kişinin finansmanın varlığının dava masraflarına ve davacının bu masrafları ödeme gücüne etkileri konusunda genel bir çıkarım yapmak zordur⁸².

b. Tarafların Kötü Niyeti

Davacının kötü niyetli hareketleri, tahkim yargılamalarında, davalı lehine masraflar için teminat kararı verilmesine temel oluşturabilmektedir.

⁷⁹ **Stoyanov, Marie/Owczarek, Olga:** Third-Party Funding in International Arbitration: Is It Time for Some Soft Rules?, *BCDR International Arbitration Review*, C. 2, S. 1, 2015, s. 191; **Von Goeler**, s. 343; **Darwazeh/Leleu**, s. 130.

⁸⁰ **Stoyanov/Owczarek**, s. 191; **Von Goeler**, s. 343. Uygulamada, finansör bulmak kolay değildir; zira profesyonel finansörler önlerine gelen on davadan yaklaşık dokuzunu fonlamayı reddetmektedir. **Kühner**, s. 813.

⁸¹ **Harwood/Batifort/Trahanas**, s. 104; **Darwazeh/Leleu**, s. 129.

⁸² **Von Goeler**, s. 343.

Örneğin, İsviçre’de bir tahkim yargılamasında⁸³, davacı taraf Panama’da tescil edilmiş bir off-shore şirkettir ve dava konusu alacağı, tahkim yargılamasını başlatmadan 15 gün önce iktisap etmiştir. Burada, davacı şirket, sırf davada haklı çıkması halinde kendi lehine hükmedilen miktarı elde etmek; haksız çıkması halinde ise davalının ne hakkını ne de masraflarını elde etmesine olanak tanımamak amacıyla kurulmuştur. Her ne kadar böyle bir durumun söz konusu olduğu bir dava var olmasa da, davacı şirketin bir paravan şirket kurması, dava konusunu bu paravan şirkete devretmesi ve bu paravan şirkete tahkim yargılamasında sponsor olması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, davacının kötü niyetle hareket ettiği açık olacaktır ve masraflar için teminat gösterilmesine kesinlikle karar vermek gerekecektir⁸⁴.

Öte yandan, uygulamada karşılaşılabilecek bir diğer durum, davacının yargılama masraflarının üçüncü kişi sponsor tarafından karşılanması; fakat, davacının davayı kaybetmesi halinde ödemek zorunda kalabileceği karşı tarafın masraflarının karşılanacağına sponsor tarafından vaat edilmemesidir. Buna, doktrinde, “tahkimde vur kaç taktiği (*arbitral hit and run*)” denilmektedir⁸⁵. Böyle bir durumda, her zaman, davacının kötü niyetli olduğunu söylemek mümkün değildir; ancak, davacının mali durumu kötü olmasına rağmen yargılamayı yürütmesine olanak sağlanırken, bu kötü mali durumunun riskini üstlenmemekte, bu risk davalı üzerinde kalmaktadır. Zira, davalı, dava masraflarını maddi durumu kötü olan ve herhangi bir malvarlığı olmayan davacıdan fiilen elde edemeyeceği gibi; üçüncü kişi finansör de tahkim yargılamasının tarafı olmadığından ondan da masrafları talep edemeyecektir. Bu durum da masraflar için teminat gösterilmesine karar verilmesini haklı kılar⁸⁶. Tahkimde vur-kaç taktiğinin bir diğer çeşidi de, yargılama bir süre devam ettikten ancak, dava sonuçlanmadan önce üçüncü kişi finansörün maddi desteğini kesmesi ve davacının davaya devam edememesidir. Bu durumda da, davalı, o ana kadar yaptığı masraflara katlanmak zorunda kalacak ve bunların ne davacı, ne üçüncü kişi finansör tarafından tazmini mümkün olmayacaktır⁸⁷.

⁸³ *X. SA v. A., B. and others*, Handel/Industrie/und Gewerbeamt des Kantons Tessin. Kararın Almancası için bkz. *ASA Bulletin*, C. 28, S. 1, s. 28 vd. Bkz. **Von Goeler**, s. 357-358.

⁸⁴ **Von Goeler**, s. 358.

⁸⁵ **Kalicki**, Jean E.: Security for Costs in International Arbitration, *Transnational Dispute Management*, S. 5, 2006.

⁸⁶ **Scherer**, s. 96; **Kühner**, s. 814; **Von Goeler**, s. 359; **Darwazeh/Leleu**, s. 130-131.

⁸⁷ **Harwood/Batifort/Trahanas**, s. 103; **Darwazeh/Leleu**, s. 131. Örneğin, *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. v. Romania* davasında davacı tasfiye halindeyken, davaya

Masraflar için teminat gösterilmesini talep etmek, davalının da kötü niyetli bir taktiği olabilir. Özellikle, davacının haklı olduğunun aşıkâr olduğu hallerde, davalı, davacının bu haklı davasını boğmak amacıyla masraflar için teminat talep etme, böylece davacının davaya devam etmesini önleme amacı içinde olabilir. Davalı, kötü niyetli olmasa bile, üçüncü kişi finansörün davacıya finansör olmayı kabul etmesinin kendisinin dava sonunda haksız çıkacağına delalet ettiğine inanabilir. Zira, üçüncü kişi finansör, davacının davada haklı çıkma ihtimalini yüksek bulmazsa, finansör olmayı kabul etmeyecektir. Davalı sırf bu nedenle masraflar için teminat talep etme taktiğine başvurmuş olabilir. Hakem heyeti, masraflar için teminat kararı verirken üçüncü kişi finansörün varlığının davalının kötü niyetini gösterdiğini kabul etmemelidir. Zira, böyle bir yaklaşım önyargılı olacaktır ve kabul edilemez. Kaldı ki, üçüncü kişi finansör, davacının davada haklı çıkacağı konusunda yanılabilir⁸⁸.

c. Taraflar Arasında Eşitsizliğin Önlenmesi

Sadece davacının mali durumundaki kötüye gidişin dikkate alınarak davalı lehine masraflar için teminata karar verilmesi; öte yandan davalının mali durumunda bir değişiklik olup olmadığının hiç incelenmemesi taraflar arasında eşitsizliğe neden olacak mıdır? Özellikle, mali durumu iyileşen davalının savunma masraflarını arttıracak şekilde hareket etmesi ve sonuçta haklı çıkarsa bunların davacıya yükletilmesi olasıdır. Ancak, davalıların, masraflar konusunda kaybeden pozisyonunda olduğunu unutmamak gerekir. Zira, davacının karşısında mali olarak zor durumda olan bir davalı varsa, yine de dava masraflarını karşılayarak dava açmak davacının tercihidir; bu durumda dava açmamayı da tercih edebilir. Ancak, mali olarak zor durumda bulunan bir davacının açtığı davada davacı haklı çıkarsa hem hükmolunan miktarı hem de dava masraflarını ödemek durumunda olacak olan davalı; bu

iki yıl boyunca üçüncü kişi finansörün desteğiyle devam edilmiş; iki yıl sonra üçüncü kişi finansör desteğini çekince S&T davaya devam edememiştir. Romanya, üçüncü kişi finansörün varlığı nedeniyle kendisine karşı açılabilen bu davada iki yıl boyunca yaptığı masraflara katlanmak durumunda kalmıştır. ICSID Case No. ARB/07/13, 16.07.2010 tarihli Davaya Devam Edilmemesine İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0743.pdf> Aynı şekilde, *Ambiente Ufficio S.p.A. & others. v. Argentine Republic* davasında da üçüncü kişi finansör altı yıl sonra çekilmiş, Arjantin bu davada yaptığı yüklü yargılama masraflarını davacıdan elde edememiştir. ICSID Case No. ARB/08/9, 28.05.2015 tarihli Davaya Devam Edilmemesine İlişkin Karar. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4289.pdf>

⁸⁸

Von Goeler, s. 362.

davada, davacı haksız çıksa da, davacıdan dava masraflarını temin edemeyecektir. Dolayısıyla, davalının mali durumu kötü olan bir davacının haksız olarak açacağı bir davadan korunmasının tek yolu masraflar için teminat gösterilmesidir. Bu konuda taraflar eşit konumda olmadıklarından, eşitsizlikten de bahsedilemez⁸⁹.

Masraflar için teminat gösterilmesini açıkça düzenleyen Londra Tahkim Divanı Tahkim Kuralları Madde 25.2 uyarınca, hakem heyeti masraflar için teminat gösterilmesini bazı şartlara bağlayabilir ve bu şartlardan biri de teminat talep eden tarafın da bu teminatın gösterilmesi nedeniyle doğabilecek masraf ve zararları karşılayacağına dair teminat göstermesi olabilir. UNCITRAL Model Kanunu⁹⁰ Madde 17G uyarınca, hakem heyetinin, sonradan geçici hukuki koruma talebinin haksız olduğuna karar vermesi halinde, geçici hukuki koruma talebinde bulunan taraf, karşı tarafın bu nedenle yaptığı masraflardan ve uğradığı zararlardan sorumlu olacaktır. ICC Tahkim Kuralları Madde 28/1 uyarınca, hakemler, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı vermeyi, uygun bir güvence verilmesine bağlı kılabilir. Milletlerarası Tahkim Kanunu Madde 6'da da, hakem veya hakem kurulunun, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı vermeyi, uygun bir güvence verilmesine bağlı kılabileceği düzenlenmiştir. Hakem heyetinin, masraflar için teminat gösterilmesi talebini reddetmesi durumunda, davanın sonunda davalının haklı çıkması, fakat dava masraflarını davacıdan elde edememesi durumunda davalının aleyhine bir durum oluşacaktır. Öte yandan, hakem heyeti, davalının masraflar için teminat talebini kabul eder ve davanın sonunda davalı haksız bulunursa, davalı her şekilde kazançlı olacaktır çünkü haksız olduğu halde masraflar için teminat talep etmiş olmasının hiç bir dezavantajı olmayacaktır⁹¹. Davalının masraflar için teminat talep etmesinin kendisi için hiç bir dezavantaj teşkil etmemesi halinde, davalı, davacının üçüncü kişi finansmanından yararlandığı her halde masraflar için teminat talep edecek; ayrıca, davanın sonunda haksız çıkarsa, davacının masraflarının üçüncü kişi finansör tarafından karşılandığından bahisle, onun masraflarının kendisine yüklenilmesine de karşı çıkabilecektir⁹². İşte bu nedenlerle, davacının masraflar için teminat göstermesinin davalının da haksız çıkması

⁸⁹ **Von Goeler**, s. 360.

⁹⁰ UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi ve MTK ile karşılaştırması için bkz. **Bozkurt Yüksel**, Armağan Ebru: UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.2, Y. 2, S. 4, 2011, s. 135 vd.

⁹¹ **Von Goeler**, s. 360-361.

⁹² **Kirtley/Wietrzykowski**, s. 24.

halinde davacının masraflarını ve zararlarını karşılayacağına ilişkin bir güvence göstermesi şartına bağlı kılınması, taraflar arasında eşitliği sağlayacaktır. Üçüncü kişinin finansmanının söz konusu olduğu hallerde, masraflar için gösterilen teminat, üçüncü kişi sponsor ile davacı arasındaki sözleşme uyarınca ek bir yatırım teşkil edebilir ve davacı da bu sebeple finansöre karşı ek bir yükümlülük altına girebilir⁹³. Bu ek yükümlülük, davalının haksız çıkması halinde karşılamayı garanti edeceği zararlara bir örnek oluşturur.

d. Davacının Adalete Erişim Hakkı

Hakem heyeti, masraflar için teminat gösterilmesi gerektiğine karar verir; ancak, davacı bu kararın gereğini yerine getiremezse, hakem heyetinin davaya devam etmemesi söz konusu olabilir⁹⁴. Hakem heyeti, masraflar için teminat gösterilmesi talebini reddeder; ancak dava sonunda davalı haklı çıkar ve davacı dava masraflarını tazmin edemezse, davalı haksızlığa uğramış olacaktır. İşte, hakem heyetinin, bu konuda karar verirken davacının adalete erişim hakkı ile davalının haklı maddi menfaatlerinin korunması arasındaki dengeyi gözetmesi gerekecektir⁹⁵.

Bir Zürih Ticaret Odası tahkiminde, hakem heyeti, davacıya karşı başlatılan bir iflas takibinin, davacının malvarlığının yetersizliği nedeniyle sonlandırılmadığı bilinirken, davalının masraflar için teminat talebinin davacının tahkim yargılamasına başvurmasının engellenmemesi gerekçesiyle reddedilemeyeceğine karar vermiştir⁹⁶.

Üçüncü kişi finansörün varlığı halinde, hakem heyeti, davacının masraflar için teminat göstermesine karar verirse, davanın akıbeti üçüncü kişi finansörün elinde olacaktır. Zira, üçüncü kişi finansör bu teminatı göstermeyi kabul ederse dava devam edecek; etmezse devam etmeyecektir. Bunun da davacının adalete erişim hakkıyla ne derece bağdaşacağı soru işareti

⁹³ **Von Goeler**, s. 360-361.

⁹⁴ İngiliz Tahkim Kanunu Madde 41/6 uyarınca, davacının masraflar için teminat gösterilmesi yönündeki kararın gereğini yerine getirmemesi, davanın reddi sebebi olabilir. Öte yandan, masraflar için teminat konusunun düzenlenmediği çoğunluk tahkim hukukları ve tahkim kuralları bakımından, masraflar için teminat gösterilmesi kararının davacı tarafından yerine getirilmemesinin sonucunun ne olacağı belirsizdir. Bu konuda, tahkim usulüne uygulanacak hukuk hakemlere açıkça yetki vermedikçe, hakemlerin bu durumda davayı usulden reddedip reddedemeyecekleri açık değildir. **Jaramillo**, s. 581.

⁹⁵ **Kirtley/Wietrzykowski**, s. 21.

⁹⁶ *Swiss Entity v. Dutch Entity*, HKZ Case No. 415, 20.11.2001 tarihli Karar. *ASA Bulletin*, C. 20, S. 3, 2002, s. 467 vd.

oluşturabilir. Bu konuda, bir ICC hakem heyeti⁹⁷, davacının tasfiye halinde olması ve kendi tahkim masraflarının karşılanması için bir üçüncü kişi sponsora muhtaç olması durumunda, bu davacıya adalete erişim hakkının, sadece üçüncü kişi sponsorun karşı tarafın da maruz kalacağı makul masrafları karşılamayı göze alması halinde, tanınabileceğini belirtmiştir. Eğer üçüncü kişi finansörün karşı tarafa teminat göstermeye niyeti yoksa, artık uyumsuzluk konusu hakkında nasıl hareket edileceğine müflis davacının alacaklıları karar verecektir.

Üçüncü kişi finansörün, davacının haklılığına inanarak bir yatırımda bulunduğunu varsayarsak, davanın devam etmesi için masraflar için teminat gösterilmesini de üstlenmesi muhtemeldir⁹⁸. Ancak, bu durumda üçüncü kişi finansmanı davacı için daha masraflı bir hale gelecektir. Bu da, üçüncü kişi finansmanının adalete erişim hakkı sağladığı argümanını zayıflatabilir. Ancak, masraflar için teminatın söz konusu olması halinde, bu durum, sadece davacının dava sonunda haklı çıkarsa elde edeceği kazancın daha büyük bir kısmını üçüncü kişi finansöre devredeceği anlamına gelir ki; bu da davacı için katlanılabilir bir durumdur, zira, üçüncü kişi finansör olmasa adalete erişimi ve hakkını elde etmesi tamamen imkansız hale gelecektir⁹⁹.

SONUÇ

Masraflara ilişkin teminat gösterilmesinin kurumsal tahkim kuralları ve ulusal tahkim hukuklarında ayrıca düzenlenmediği, doktrindeki görüşler ve kararlar dikkate alındığında; üçüncü kişi finansmanının varlığının, hakemlerin masraflar için teminat gösterilmesine ilişkin değerlendirmelerini nasıl ve ne yönden etkileyeceği hakkında somut bir değerlendirme yapmak ve sonuçlara varmak olası değildir. Bu nedenle, ancak, bazı genel ilkelere varılabilir.

Üçüncü kişi finansörün varlığı, tek başına, davacının mali durumunun kötü olduğunu göstermediği gibi, tek başına masraflar için teminat gösterilmesine karar verilmesinin gerekçesini de oluşturamaz. Aksinin kabulü halinde, davacının üçüncü kişinin finansmanından yararlandığını öğrenen her davalı, belki de sırf yargılamayı uzatmak amacıyla, masraflar için teminat gösterilmesini talep eder. Bu da davacının adalete erişim hakkının sırf üçüncü kişi finansmanına başvurduğu için ihlal edilmesi anlamına gelebilecektir.

⁹⁷ *X S.A.R.L., Lebanon v. Y A.G., Germany*, ICC Case, 4 Temmuz 2008 tarihli ve 3 sayılı Usule İlişkin Karar. *ASA Bulletin*, C. 28, S. 1, 2010, s. 37 vd.

⁹⁸ *Kirtley/Wietrzykowski*, s. 27; *Von Goeler*, s. 363.

⁹⁹ *Von Goeler*, s. 363.

Uluslararası yatırım tahkiminde, masraflar için teminat gösterilmesine karar verilmesinin ancak, davacının ciddi suiistimali veya açıkça kötü niyeti olması halinde söz konusu olabileceği yerleşik uygulamadır. Bu uygulamadan, üçüncü kişi finansörün varlığı halinde vazgeçilmesini gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Üçüncü kişi finansöre başvurulması, olağanüstü bir durum teşkil etmediği gibi, davacının suiistimal ya da kötü niyetini de göstermez.

Ticari tahkimde, hakem heyeti, üçüncü kişi finansöre başvurulması sonucunda değişen şartların talep eden davalı taraf bakımından ticari olarak öngörülebilir olup olmadığını dikkate almalıdır. Hakem heyeti, ayrıca, üçüncü kişi finansör ile davacı arasındaki anlaşmanın şartlarını da dikkate almalı; özellikle, finansörün anlaşmayı fesih hakkını değerlendirmelidir. Üçüncü kişi finansörün fesih hakkı ne kadar geniş ise, davalının dava masraflarının karşılanmaması riski o kadar büyük olacaktır.

Masraflar için teminat gösterilmesi talebinin kabul edilmesinin, davalının da davacının bu sebeple yaptığı masraflar ve uğrayabileceği zararların karşılanacağına dair güvence göstermesi şartına tabi tutulması tarafların eşitliğine ve hakkaniyete uygun olacaktır.

Üçüncü kişi finansmanının varlığının masraflar için teminat gösterilmesine etkileri, özellikle uluslararası ticari tahkim yargılamalarında, pek çok farklı uygulama ve görüşe neden olmaktadır. Üçüncü kişi finansmanının giderek yaygınlaştığı ve üçüncü kişi finansmanı söz konusu olduğunda davalı tarafın masraflar için teminat gösterilmesini talep etme ihtimalinin yüksek olduğu dikkate alındığında, bu konunun ulusal kanun koyucular ve tahkim kurumları tarafından düzenlenmesi faydalı olacaktır.

Nitekim, Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu Hong Kong Tahkim Merkezi 2018 Kurallarında üçüncü kişi finansmanına açıkça yer verilmiştir. Kurallar Madde 44 ile üçüncü kişi finansmanından faydalanan tarafa, hakem heyetine ve diğer taraflara, yazılı olarak, üçüncü kişi finansmanı anlaşması akdedildiğini ve üçüncü kişi finansörün kimliğini ve bunlarda sonradan meydana gelen değişiklikleri açıklama zorunluluğu getirilmiştir. Kurallar Madde 34.4 uyarınca, hakem heyeti, tahkim masraflarının belirlenmesinde üçüncü kişi finansmanının varlığını dikkate alabilir. Ancak, masraflar için teminata ilişkin 24. Maddede sadece hakemlerin masraflar için teminat gösterilmesine karar verebileceği düzenlenmiş; bu konuda herhangi bir kriter gösterilmemiş ve bu maddede üçüncü kişi finansmanına değinilmemiştir. Dolayısıyla, çok yeni yürürlüğe giren bu Kurallar da bu konudaki eksikliği giderememiştir.

KAYNAKÇA

- Bench Nieuwveld**, Lisa/**Shannon**, Victoria: *Third Party Funding in International Arbitration*, 2. Baskı, Kluwer Law International 2017.
- Berger**, Bernhard: Arbitration Practice: Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitration Case Law, *ASA Bulletin*, C. 28, S. 1, 2010.
- Bertrand**, Edouard: The Brave New World of Arbitration: Third Party Funding, *ASA Bulletin*, C. 29, S. 3, 2011.
- Born**, Gary B.: *International Commercial Arbitration*, 2. Baskı, Kluwer Law International 2014.
- Bozkurt Yüksel**, Armağan Ebru: UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.2, Y. 2, S. 4, 2011.
- Brekoulakis**, Stavros L./**von Goeler**, Jonas: The Arbitration Agreement and Arbitrability, It's All About the Money: The Impact of Third Party Funding on Costs Awards and Security for Costs in International Arbitration, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Ed. Christian Klausegger/Peter Klein, Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung 2017.
- Cremades**, Anne-Carole/**Mazuranic**, Alexandre: Costs in Arbitration, *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, Ed. Elliot Geisinger/Nathalie Voser, 2. Baskı, Kluwer Law International 2013.
- Darwazeh**, Nadia/**Leleu**, Adrien: Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third Party Funding, *Journal of International Arbitration*, C. 33, S. 2, 2016.
- Dos Santos**, Caroline: Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: A Wolf in Sheep's Clothing?, *ASA Bulletin*, C. 35, S. 4, 2017.
- Goldsmith**, Aren/**Melchionda**, Lorenzo: Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask), *International Business Law Journal*, 2012.
- Harwood**, Miriam K./**Batifort**, Simon N./**Trahanas**, Christina: Third Party Funding: Security for Costs and Other Key Issues, *The Investment Treaty Arbitration Review*, Ed. Barton Legum, Law Business Research Ltd. 2016.

- Hodgson, Matthew/Evans, Elizabeth:** Allocation of Costs in ICSID Arbitrations, *ICSID Convention After 50 Years: Unsettled Issues*, Ed. Crina Baltag, Kluwer Law International 2016.
- Jaramillo, Eduardo Zuleta:** Security for Costs: Authority of the Tribunal and Third-Party Funding, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Ed. Meg Kinnear/Geraldine R. Fischer, Kluwer Law International 2015.
- Joubin-Bret, Anna:** Spotlight on Third-Party Funding in Investor-State Arbitration, *The Journal of World Investment & Trade*, C. 16, 2015.
- Kalicki, Jean E.:** Security for Costs in International Arbitration, *Transnational Dispute Management*, S. 5, 2006.
- Kirtley, William/Wietrzykowski, Koralie:** Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant is Relying upon Third-Party Funding?, *Journal of International Arbitration*, C. 30, S. 1, 2013.
- Kühner, Detlev:** The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany, *Journal of International Arbitration*, C. 31, S. 6, 2014.
- Meya, Angelynn:** Third Party Funding in International Investment Arbitration The Elephant in the Room, *Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier) Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, C. 10, Ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor/Antonias Dimolitsa, International Chamber of Commerce 2013.
- Rubins, Noah:** In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration, *The American Review of International Arbitration*, C. 11, 2000.
- Sandrock, O.:** The *Cautio Judicatum Solvi* in Arbitration Proceedings or the Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant, *Journal of International Arbitration*, C. 4, 1997.
- Scherer, Maxi:** Third-Party Funding in International Arbitration Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements, *Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier) Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, C. 10, Ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor/Antonias Dimolitsa, International Chamber of Commerce 2013.
- Shahdadpuri, Khushboo Hashu:** Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory, *Asian International Arbitration Journal*, C. 12, S. 2, 2016.

- Stone, William:** Third Party Funding in International Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure?, *Asian Dispute Review*, C. 2015, S. 2, 2015.
- Stoyanov, Marie/Owczarek, Olga:** Third-Party Funding in International Arbitration: Is It Time for Some Soft Rules?, *BCDR International Arbitration Review*, C. 2, S. 1, 2015.
- Trusz, Jennifer A.:** Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising From Third Party Funding in International Commercial Arbitration, *Georgetown Law Journal*, C. 101, 2013.
- Von Goeler, Jonas:** *Third Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016.
- Waincymer, Jeffrey:** *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International 2012.

İSVİÇRE MEDENÎ KANUNU'NA GÖRE KAYYIMLIK TÜRLERİ

*Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AKÇAAL**

Öz

Yetişkinlerin korunmasına ilişkin mukayeseli hukuktaki gelişmeleri müteakiben, İsviçre Hukuku'nda da köklü değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan en önemlisi, vasilik, kanunî danışmanlık ve kayyımlık şeklindeki çeşitli tedbirlerin yerine, görevle bağlantılı tek bir resmî tedbir türü olarak kayyımlığın öngörülmesidir. Bu kapsamda ise, kayyımlığın türleri, en hafifinden en ağırına doğru sıralanmaktadır (İMK. m. 393-398). İşte, çalışma kapsamında bahsi geçen türler incelenmiştir. Zira, mehz Kanun'daki inceleme konusu yenilik, Türk Medenî Kanunu'nun seyri bakımından da ziyadesiyle önemlidir. Ancak, yeni hükümlerin daha iyi ortaya konulabilmesi, öncelikle eski hükümlere göre kayyımlık müessesesinin açıklanmasını gerektirir. Dolayısıyla, çalışma kapsamında önce değişiklikten önceki düzenlemelere göre kayyımlık ve türleri açıklanmıştır. Sonra ise, mevcut hükümler kapsamında kayyımlığın türleri tek tek incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Türk-İsviçre Medenî Kanunu, Yetişkinlerin korunması hukuku, Kayyımlık, Temsil Kayyımlığı, Yönetim Kayyımlığı

THE TYPES OF CURATORSHIP UNDER THE SWISS CIVIL CODE

Abstract

After the new legislation in comparative law, The Swiss Civil Code was amended fundamentally regarding the legal protection of adults, too. As the

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: mehmetakcaal@hotmail.com) (Makalenin Geliş Tarihi: 21.09.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 17.09.2018-05.10.2018/Makale Kabul Tarihleri: 23.10.2018-18.10.2018)

most important amendment, a unique official measure is vorseen in the Code instead of three types of measures (guardianship, curatorship and statutory advisor). The types of curatorship are classified from the lightest one to the strongest one in the Code (SCC. Art. 393-398). The types are analysed in this study. Because new legislation under the reference code is highly important for the Turkish Civil Code, as well. At first, it is necessary to be explained the curatorship according to the old provisions under the code. So the curatorship and its types under the old code is anaysed firstly. After that, the new types of the curatorship are the subject of this study.

Keywords

Turkish-Swiss Civil Code, Law of legal protection of adults, Curatorship, Representative curator, Administrative curator

§ 1. GİRİŞ

İsviçre Medenî Kanunu'nun "Aile Hukuku" Kitabı'nın "Vesayet" başlıklı Üçüncü Kısımındaki hükümleri (İMK. m. 360-455), birtakım değişiklikler haricinde yürürlük tarihi olan 1 Ocak 1912'den itibaren esas itibariyle korunmuştur. Buna göre, değişiklikten önce İsviçre Medenî Kanunu'nda öngörülen görevle bağlantılı resmî tedbirler, vasilik (m. 368-372; TMK. m. 404-408), kayımlık (m. 392-394; TMK. m. 426-428) ve kanunî danışmanlık (m. 395; TMK. m. 429)'tı. Ancak, İsviçre Vesayet Hukuku, günümüzdeki şartlara ve anlayışa uymadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira, bahsi geçen tedbirler, tipe bağlılık ilkesi gereğince, şartları ve sınırları önceden öngörülen belirli birtakım muhtevaya sahiptirler¹. Tedbir türlerine ilişkin bu katı anlayış ise, orantılılık (ölçülülük) ilkesine aykırı olarak somut olaydaki ihtiyaçların çok sınırlı bir biçimde dikkate alınmasına yol açmaktadır. Hâlbuki, belirli tip ve muhtevadaki (standart) değil, kişiye ve olaya özgü tedbirlerin alınması daha doğru olur. Böylece, resmî makamlardan somut olay çerçevesinde ve ancak gerektiği kadarıyla destek sağlanır. Üstelik, kendi kaderini belirleme hakkı ve ilgilinin kendine bizzat bakmasına yardım etme imkânı da, Kanun'un yürürlüğe girdiği döneme nazaran artık daha ön plândadır. İşte, bütün bu gerekçelerle İsviçre Medenî Kanunu'nda değişiklik yapılması kaçınılmaz bir hal almıştır².

Yukarıdaki eleştiriye uygun olarak İsviçre Federal Hükümeti tarafından hazırlanan tasarı, 19 Aralık 2008 tarihinde kabul edilmiş olup, 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır³. Böylece, Türk Medenî Kanunu ile uyumlu olan mehz Kanun'daki m. 360 ilâ m. 456 arasındaki hükümler tamamen değiştirilmiştir. Böylece, Üçüncü Kısım'da vesayet yerine, yetiş-

¹ Vesayet hukukuna hâkim olan ilkelere göre tipe bağlılık ve tip sınırlılığı ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, M. Alper: Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. 3, İstanbul 2015, s. 394.

² Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Bern 28 Juni 2006, Bundes Blatter, s. 7002-7003; **Yavuz**, Cevdet/**Erlüle**, Fulya/**Topuz**, Murat: Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), İstanbul 2017, s. 7 vd.; **Sargin**, Fügen: Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi, AÜHFD., C. 52, S. 2, 2003, s. 4.

³ Değişikliğin kanunlaşma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaplan**, İbrahim: İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TBBD., S. 137, 2018, s. 375 vd.

kinlerin korunması hukukuna ilişkin yeni hükümler ihdas edilmiştir⁴. Bu kapsamda, yukarıda sayılan resmî tedbirlerin yerine, İMK. m. 390 vd.'nda yeknesak bir biçimde kayyımlik müessesesi yer almaktadır⁵. İçinde bulunduğu durum sebebiyle işlerini yapamayan ve başka bir biçimde yeterince korunamayan kimselerin menfaati artık daha da dikkate alınmaktadır.

İsviçre Hukuku'ndaki değişiklik, yetişkinlerin korunması hukukundaki ilk gelişme değildir. Mukayeseli hukukta bu alana ilişkin ilk önemli değişiklik 1983 yılında Avusturya'da gerçekleşmiştir. Bunu, sırasıyla Almanya⁶ (1990), Danimarka (1995), İspanya (2003), İtalya (2004), İngiltere (2005), Fransa (2009), İsviçre (2013) ve Belçika (2014) takip etmiştir⁷. İsviçre Hukuku'ndaki reformun incelenmesinin sebebi ise, İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu için mehz nitelikte olmasıdır. Bu

⁴ Yetişkinlerin korunması hukuku (İMK. m. 360 vd.) kapsamında öngörülen tedbirler ikiye ayrılır. Bunlar, “resmî tedbirler” ve “resmî olmayan tedbirler”dir. Resmî olmayan tedbirlerin de iki türü mevcuttur. İlk olarak, “ilgilinin kendisine bakılmasına ilişkin tedbirler”, bakım vekâleti (İMK. m. 360 vd.) ile hastalık halinde uygulanacak tedbirleri (İMK. m. 370 vd.) kapsar. İkinci olarak, “kanunî tedbirler” ise, eşin veya kayıtlı hayat arkadaşının temsili (İMK. m. 374 vd.), tıbbî tedbirlere ilişkin temsil (İMK. m. 377 vd.) ile bakım veya huzurevinde kalmaya ilişkin tedbirleri (İMK. m. 382 vd.) ihtiva eder. Bununla birlikte, çalışma konusu olan kayyımlik, resmî bir tedbir olarak öngörülmektedir. Resmî tedbirler ise, kendi içinde “görevle bağlantılı tedbirler” ve “görevle bağlantılı olmayan tedbirler” şeklinde ikiye ayrılırlar. İşte, görevle bağlantılı resmî tedbirler, kayyımlik müessesidir (İMK. m. 390 vd.). Görevle bağlantılı olmayan tedbirler kapsamında ise, yetişkinleri koruma makamının gerekli gördüğü tedbirler (İMK. m. 392) ve bakım evine yerleştirme (İMK. m. 426 vd.) imkânları mevcuttur. Bkz. <http://kesb.sg.ch/kes-recht/erwachsenenschutz/>, (Erişim Tarihi: 19.09.2018).

⁵ Kanunî danışmanlık müessesesi, Kanun'dan tamamen çıkarılmıştır. Keza, vesayet hukukuna ilişkin eski hükümlerin (İMK. m. 360 vd.) aksine, vasilik müessesesi de yetişkinlerin korunması hukukuna ilişkin hükümlere dahil edilmemiştir. Ancak, soybağının hükümleri (İMK. m. 270 vd.) kapsamındaki Beşinci Ayırım, kendisine vasi atanan küçükler hakkındadır (İMK. m. 327a-327c). Bahse konu hükümler de, çalışma konusu değişikliklerle birlikte Kanun metnine dahil edilmiştir. Bu itibarla, çocukları koruma makamı tarafından velâyet altında bulunmayan her çocuğa bir vasi atanır (İMK. m. 327a; TMK. m. 404/I).

⁶ Yetişkinlerin korunmasına ilişkin Alman Hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Palandt**, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 65. Auf., München 2006, s. 2082 vd.

⁷ **Ballansat-Aebi**, Suzanne: Erwachsenenschutzrechtsreformen im deutschen und französischen Sprachraum: Terminologische Entwicklung und Übersetzungsprobleme, Paralleles, S. 30/1, Nisan 2018, s. 38. Yetişkinlerin korunmasına ilişkin bahsi geçen yeni düzenlemeler, meselâ, Avusturya'da ABGB. § 268-284h; Almanya'da BGB. § 1896-1908i; Fransa'da CC. Art. 414-515; Belçika'da BCC. Art. 491-502 hükümleridir.

sebeple, çalışma konusu mes'ele, Türk Medenî Kanunu'nun gelecekteki seyri bakımından Türk Hukuku'nu ziyadesiyle yakından ilgilendirmektedir.

Yetişkinlerin korunmasına ilişkin değişiklikler, sadece millî hukuklarla da sınırlı değildir, milletlerarası hukukta da bazı gelişmeler söz konusudur. Bu kapsamda, 13 Ocak 2000 tarihli Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi misaldir⁸. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, bu Sözleşme, daha ziyade kendi ülkesinde oturmayıp, korunmaya muhtaç olan yetişkinler hakkındadır. Bu kapsamda, yetişkinleri koruma makamının yetkisi ve uygulanması gereken hukuk mes'eleleri çözümlenmektedir. Ne var ki, yetişkinlerin korunmasının maddî hukuk boyutuna dair herhangi bir milletlerarası sözleşme ise henüz bulunmamaktadır⁹.

§ 2. DEĞİŞİKLİKTEN ÖNCEKİ DÜZENLEME GEREĞİNCE KAYYIMLIK MÜESSESESİ

I. Genel Olarak

Her şeyden önce ifade edilmelidir ki, değişiklikten önceki düzenlemeler, Türk Hukuku bakımından halen yürürlükte olan hükümlerdir. İsviçre Hukuku bakımından her ne kadar bahse konu hükümler eski de olsa, Türk Hukuku için aynen geçerlidir. Dolayısıyla, eski-yeni hüküm ayırımı ancak İsviçre Hukuku'na münhasırdır. Bu kapsamda, kayyım, İsviçre Medenî Kanunu'nun eski halinde vesayet organlarından biri olarak öngörülmekteydi¹⁰. Değişiklikten önceki İMK. m. 367/II hükmü gereğince, kayyımın görevi, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmekti (TMK. m. 403/II)¹¹. Yani, vasiden farklı olarak, kayyımın görev ve yetkilerinde genellik değil, aksine özellik söz konusuydu¹². Bununla beraber, Kanun'da aksi belir-

⁸ Türkiye'nin aksine, İsviçre, bahsi geçen Sözleşme'ye taraftır. **Ballansat-Aebi**, s. 39, dpn. 3. Bahse konu Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sargın**, s. 1 vd.

⁹ **Ballansat-Aebi**, s. 39.

¹⁰ Türk Hukuku bakımından halen yürürlükte olan bahse konu hüküm (TMK. m. 396), değişiklikle birlikte İsviçre Medenî Kanunu'nda yer almamaktadır.

¹¹ Eski İMK. m. 367: "(2) *Kayyım, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek üzere atanır* (Der Beistand ist für einzelne Geschäfte eingesetzt oder mit Vermögensverwaltung betraut)".

¹² **Tekinay**, Selâhattin S.: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1966, s. 520-521; **Öztaş**, Bilge: Aile Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2004, s. 752; **Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya: Türk Medenî Hukuku, C. 2, 19. Baskı, İstanbul 2016, s. 497; **Özğür**, Ali İhsan: Velâyet-Vesayet-Soybağı Evlât Edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı

tilmedikçe, vasi hakkındaki hükümler kayyım hakkında da uygulanacağı öngörülmekteydi (TMK. m. 403/III)¹³.

Kayyım atanmış olması, temsil edilen veya işi görülen kişinin fiil ehliyetinde herhangi bir değişikliğe yol açmazdı¹⁴. Bu sebeple, bahsi geçen kişi, kendisine kayyım atanmadan önce fiil ehliyetine göre hangi kategoriye dahilse, yine aynı durumunu korurdu (TMK. m. 458)¹⁵.

Kayyımın atanması bakımından yetkili makam da, yeni hükümlere nazaran farklıdır. Zira, değişiklikten önceki İMK. m. 396 (TMK. m. 430) gereğince, kayyım vesayet makamı tarafından atanmaktaydı. Bu kapsamda, temsil kayyımı, kendisine kayyım atanacak kimsenin yerleşim yeri vesayet makamı tarafından atanırdı. Yönetim kayyımında ise, malvarlığının esas kısmının yönetildiği veya temsil edilen kimsenin payına düşen malların bulunduğu yer vesayet makamı yetkiliydi¹⁶.

II. Değişiklikten Önceki Düzenleme Gereğince Kayyımlığın Türleri

Kayyımlık müessesesi, değişiklikten önce esas itibarıyla İMK. m. 392 vd. (TMK. m. 426 vd.)'nda öngörülmekteydi. Bahse konu hükümlerden hareketle, değişiklikten önce İsviçre Medenî Kanunu'nda üç tür kayyımlıktan

İşlemler, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 812-813; **Elpe**, M. Nezih: Vasilik ve Kayyımlık Hukuku, Ankara 1967, s. 45.

¹³ Eski İMK. m. 367: “(3) Aksi öngörülmedikçe, bu Kanun'daki vasiye ilişkin hükümler, kayyım için de geçerlidir (Für den Beistand gelten, soweit keine besonderen Vorschriften aufgestellt sind, die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Vormund)”.

¹⁴ Bu sebeple de, kayyımlık, daha ziyade iradî temsil ilişkisine (TBK. m. 40 vd.) benzetilmektedir (**Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 497).

¹⁵ Değişiklikten önceki İMK. m. 417: “(1) Kayyımlık, kanunî danışmanın katılımına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, kendisine kayyım atanmış kişinin fiil ehliyetinde herhangi bir etkide bulunmaz (Die Beistandschaft hat unter Vorbehalt der Bestimmungen über die Mitwirkung eines Beirates auf die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person keinen Einfluss)”.

¹⁶ Gerçekten de, değişiklikten önceki İMK. m. 396: “(1) Kayyımın temsili, kayyım ihtiyacı duyan kimsenin yerleşim yerindeki vesayet makamı tarafından belirlenir. (2) Malvarlığının yönetiminin belirlenmesi, bu malvarlığının esas kısmının yönetildiği veya temsil edilen kişiye düşen malların bulunduğu yer vesayet makamı tarafından sağlanır... (1) Die Vertretung durch einen Beistand wird für die der Beistandschaft bedürftige Person von der Vormundschaftsbehörde ihres Wohnsitzes angeordnet. (2) Die Anordnung einer Vermögensverwaltung erfolgt durch die Vormundschaftsbehörde des Ortes, wo das Vermögen in seinem Hauptbestandteil verwaltet worden oder der zu vertretenden Person zugefallen ist...”.

bahsetmek mümkündür. Bunlar, temsil kayımlığı, yönetim kayımlığı ve iradî (isteğe bağlı) kayımlıktır¹⁷.

A. Temsil Kayımlığı

İlk tür olan temsil kayımlığı, belirli işlerin görülmesi için atanır. Başka bir deyişle, kayyım, atandığı gerçek veya tüzel kişiyi belirli bir işte temsil etmek üzere görevlendirilir¹⁸.

Değişiklikten önce temsil kayımlığını (TMK. m. 426) düzenleyen hüküm, İMK. m. 392'ydı. Buna göre, vesayet makamı, Kanun'da özel olarak öngörülen hallerde ilgisinin talebi üzerine veya re'sen bir temsil kayımlığı atar. Aynı hükmün devamında, temsil kayımlığının atanması gereken hallerin neler olduğu tadadî biçimde sayılmaktadır. Bu kapsamda, ilk olarak ergin bir kişi için temsil kayımlığı atanabilir. Gerçekten de, ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması vb. bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya temsilci atayabilecek durumda değilse böyledir. Temsil kayımlığı atanmasını gerektiren diğer bir hal ise, bir işte kanunî temsilci ile küçüğün veya kısıtlının menfaatinin çatışmasıdır. Uygulamada kayyım atanması daha ziyade bu kapsamda gerçekleşir. Aynı hükümde sayılan son hal, kanunî temsilcinin görevini yerine getirmesi bakımından hastalık gibi bir engelin bulunmasıdır¹⁹.

B. Yönetim Kayımlığı

İkinci tür olan yönetim kayımlığı, değişiklikten önce İMK. m. 393 hükmünde yer almaktaydı (TMK. m. 427). Yönetim kayımlığından maksat,

¹⁷ Bunlara ilâveten dördüncü bir tür olarak karma kayımlık için bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Medenî Hukuk, Temel Bilgiler, 6. Baskı, Ankara 2017, s. 377.

¹⁸ **Schynder**, Bernhard/**Murer**, Erwin: Berner Kommentar, Bd. II Das Familienrecht, 3. Abteilung, Die Vormundschaft, 1. Teilband, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB, Bern 1984, s. 857-858; **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Peter Nedim/**Wiegand**, Wolfgang: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Auf., Basel-Genf-München 2002, s. 1915; **Zevkliler**, Aydın/**Ertas**, Şeref/**Havutçu**, Ayşe/**Aydoğdu**, Murat/**Cumaloğlu**, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, İzmir 2013, s. 372.

¹⁹ **Tuor**, Peter/**Schynder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auf., Zürich-Basel-Genf 2002, s. 502-503; **Honsell/Vogt/Wiegand**, s. 1915 vd.; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 446 vd.; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 498; **Özğür**, s. 910; **Kılıçoğlu**, s. 376.

herhangi bir kimse tarafından yönetilmeyen malvarlığını yönetip, gerekli önlemleri almak üzere atanan kayyımlık türüdür²⁰.

Temsil kayyımlığında olduğu gibi, hangi hallerde yönetim kayyımının atanması gerektiği hususu da tadadî olarak eski İMK. m. 393 hükmünde belirtilmektedir. Bunlardan ilki, kendisine kayyım atanan kişinin uzun süreden beri bulunamaması ve nerede oturduğunun da bilinmemesidir. Hükmün ikinci bendinde sayılan diğer bir kayyım atama sebebi ise, kısaca yetersizliktir. Yani, bir kişi malvarlığını kendi başına yönetmek veya bunun için temsilci atama gücünden yoksun olmasıdır. Ancak, bunun için, kişinin vesayet altına alınması için yeterli sebebin bulunmaması, yani kısıtlama hallerinin gerçekleşmemiş olması gerekir. Üçüncü bent gereğince, mirasçılık haklarında belirsizlik veya ceninin menfaatinin gerekli kılması da diğer bir sebeptir. TMK. m. 427, b. 4'ün aksine, değişiklikten önce de, tüzel kişilerin organlarından yoksun kalması İMK. m. 393 gereğince bir kayyımlık sebebi değildi. Zira, bahse konu bent, 1 Ocak 2008 tarihinde Kanun'da yapılan değişiklikle zaten yürürlükten kaldırılmıştır²¹. Bahse konu hükümde sayılan son hal ise, genel yarar amacına hizmet eden bir iş için halktan toplanan yardımı yönetme ve harcama yolunun sağlanamamış olmasıdır²².

Yönetim kayyımının görev kapsamı, Kanun'un değişiklikten önceki haline göre, malvarlığının yönetim ve korunması için gerekli olan işlerle, yani olağan işlemlerle sınırlıydı. Bunları aşan işlerin kayyım tarafından yapılması ise, temsil olunanın özel yetki vermesine, bu mümkün değilse, vesayet makamının iznine tâbiydi (m. 419)²³.

C. İradî Kayyımlık

Son tür olan iradî (ihtiyarî) kayyımlığın değişiklikten önce düzenlendiği hüküm ise, İMK. m. 394'tü. Buna göre, isteğe bağlı vesayetin şartları mevcut olduğu takdirde, ergin bir kişiye talebi üzerine kayyım atanabilirdi (TMK. m. 428)²⁴.

²⁰ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 1919; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 449; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 498; Özüğür, s. 910-911; Kılıçoğlu, s. 376.

²¹ AS 2007 4791.

²² Honsell/Vogt/Wiegand, s. 1919-1920; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 449 vd.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 499; Özmen, İsmail, Vesayet Hukuku Davaları, Ankara 1996, s. 313 vd.; Öztan, Medenî, s. 529.

²³ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 2119 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 454; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 499; Öztan, Aile, s. 792.

²⁴ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 1921.

İradî kayımlığın temsil kayımlığına mı, yoksa yönetim kayımlığına mı dahil olduğu hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, bu, yönetim kayımlığının bir türüdür²⁵. Dolayısıyla, yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispatlayan her ergin kişiye kendi isteği ile bir yönetim kayımlı atanabilir (TMK. m. 408). İkinci bir görüşe göre ise, burada temsil kayımlığının özel bir şekli söz konusudur. İradî kayımlık, sadece belli bir işi veya belli konudaki işleri yapar²⁶. Üçüncü görüş tarafından iradî kayımlık kendine özgü (sui generis) bir müessese olarak nitelendirilmektedir. Çünkü, burada, malvarlığının yönetimine ve ilgili kişinin bakımına dair kayımlık kapsamlı ve devamlı birtakım görev ve yetkileri mevcuttur²⁷. Daha isabetli olan dördüncü görüşe göre ise, iradî kayımlık, karma bir kayımlık türüdür. Zira, bunun bir yönetim kayımlığı olduğu kabul edilirse, kayımlık, ergin kişinin belli bir işinde onu temsil edemez. Tam tersine, temsil kayımlığı görüşü kabul edildiği takdirde de, kayımlık, kendisi için atandığı kişinin belli bir malının yönetimini üstlenemez²⁸.

§ 3. MEVCUT DÜZENLEME GEREĞİNCE KAYIMLIK MÜESSESESİ

I. Genel Olarak

Eski düzenlemenin aksine, yeni hükümlere göre, kayımlık yetişkinleri koruma makamı tarafından atanır²⁹. Bu konuda yetki, ilgili kişinin yerleşim yerindeki yetişkinleri koruma makamına aittir (İMK. m. 390/I, m. 442/I). Bahse konu makamın kararlarına karşı ise yetkili mahkemede itiraz edilebilir (İMK. m. 450/I).

Kayımlık atanması için aranan sübjektif şartlar, İMK. m. 390/I'de düzenlenmektedir. Buna göre, ilk olarak, reşit³⁰ bir kişi, zihni engel³¹, psikolojik

²⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 452-453.

²⁶ Tekinay, s. 536.

²⁷ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 1921.

²⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 499-500; Öztan, Aile, s. 793.

²⁹ İsviçre Hukuku'ndaki kayımlık müessesinin müteakabili, Alman Hukuku'nda BGB. § 1896 vd. gereğince "hukukî danışmanlık (rechtliche Betreuung)"; Avusturya Hukuku'nda ABGB. § 268 vd.'na göre "resmî vekillik (Sachwalterschaft)"; Fransız Hukuku'nda CC. Art. 414 vd.'nda "adli koruma (judicial protection), vesayet (tutorship) ve kayımlık (curatorship)" ile Belçika Hukuku'nda BCC. Art. 491 vd.'nda "danışmanlık (Betreuung)"tır. Bkz. Ballansat-Aebi, s. 40.

³⁰ Değişiklikten önceki düzenlemeden farklı olarak, kanunkoyucu tarafından, "ergin (mündig)" yerine, "reşit (volljährig)" deyimini tercih edilmektedir. Nitekim, meselâ, İMK.

rahatsızlık³² veya kişiliğindeki başka bir zayıflık halinden dolayı işlerini kısmen ya da tamamen yerine getiremediği takdirde kendisine kayyım atanır (İMK. m. 391/I, b. 1)³³. Görüldüğü üzere, reşit bir kişiye kayyım atanması için içinde bulunduğu zayıflık hali tek başına yeterli değildir, aynı zamanda hem işlerini göremeyecek hem de başkasını yetkilendiremeyecek durumda olması da gerekir³⁴.

İkinci olarak, reşit kişinin, ayırt etme gücünü geçici kaybetmesi veya başka bir yerde bulunması sebebiyle yapılması gereken (ivedi) işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda olmaması da yeterlidir (İMK. m. 391/I, b. 2). Bahse konu hüküm, eski düzenleme kapsamında temsil kayyımılığı bakımından öngörülen halin (m. 426/I, b. 1) yerine ikame edilmektedir. Böylece, kayyım atanırken, yerine getirilmesi gereken işlemlerin ivedi olup olmadıklarına bakılmaksızın bir değerlendirmede bulunulur³⁵.

m. 14'te de durum böyledir. Buna göre, “*on sekiz yaşını dolduran herkes reşittir (Volljährig ist, wer das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat)*”.

³¹ İMK. m. 16'daki değişiklik gereğince, “zihni engel (geistiger Behinderung)”, “akıl zayıflığı (Geistesschwäche)” deyiminin yerine kullanılmaktadır (**Kaplan**, s. 396). Zihni engelden maksat, doğuştan veya sonradan edinilen, çeşitli aşamalarındaki akli rahatsızlıklardır (**Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 88-89; BBl, s. 7043).

³² “Psikolojik rahatsızlık (psychische Sötrung)”, eski düzenlemedeki “akıl hastalığı (Geisteskrankheit)” deyiminin yerine kullanılmaktadır. Buraya, psikoz ve psikopatide olduğu gibi, psikiyatri bilimi tarafından bilinen hastalık türleri dahildir. Meselâ, bunama, özellikle de yaşlılardaki bunama bu kapsamdadır. Keza, her ne kadar açıkça zikredilmemiş olsa da, alkol ve uyuşturucu gibi bağımlılık hastalıkları da böyledir (**Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 89; BBl, s. 7043).

³³ Bahse konu hükümdeki zayıflık halleri tahdidî değildir. Dolayısıyla, olağan dışı bir deneyimsizlik veya kötü yönetim halinde olduğu üzere, hem görme hem de işitme engeli veya ağır felç gibi ender görülen fizikî rahatsızlıklarda da kayyım atanabilir (BBl, s. 7043).

³⁴ Benzer bir düzenleme Alman Medenî Kanunu'nda da mevcuttur. Gerçekten de, BGB. § 1896 (1)'e göre, “*Reşit bir kişinin psikolojik bir hastalık veya fizikî, zihni ya da ruhî bir engel sebebiyle işlerini tamamen veya kısmen görememesi halinde, talebi üzerine veyahut re'sen danışmanlık mahkemesi tarafından ona bir danışman atanır (Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Betreuungsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer)*”. Hukukî danışmanlığın şartlarına ilişkin söz konusu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Palandt**, s. 2085 vd.

³⁵ BBl, s. 7043.

Kayım, ilgisinin veya yakının talebi üzerine ya da re'sen atanır. Ayrıca, kayımanın atanmasında aile üyelerinin ve üçüncü kişilerin üstlenmiş oldukları külfetler de dikkate alınır (İMK. m. 390/II-III).

Kayımlık, Kanun'da açıkça orantılılık ilkesine uygun bir tedbir olarak öngörülmektedir³⁶. Gerçekten de, yetişkinleri koruma makamı, kayımanın görev alanını ilgili kişinin ihtiyaçlarına uygun olarak belirler (İMK. m. 391/I). Nitekim, kayımlığın hangi türünün seçilmesi gerektiği hususu da bu çerçevede belirlenir. Keza, hangi münferit tedbirlerin alınmasının uygun olduğu da kişiye özgü bir biçimde tespit edilir. Meselâ, kayıım, kazancın yönetilmesi veya bağışlama işlemine katılım için atanabilir³⁷. Zira, kayımanın görev alanına, ilgili kişinin bakımı, malvarlığının yönetimi ile hukukî işlemlerin yapılması konuları dahildir (İMK. m. 391/II)³⁸.

Kayımlık, ilgili kişinin ölümü halinde kendiliğinden sona erer (İMK. m. 399/I). Bunun haricinde ise, kayımanın görevi, ilgisinin veya bir yakınının talebi üzerine ya da re'sen yetişkinleri koruma makamı tarafından sona erdirilir. Yani, eski düzenlemenin (m. 439/I; TMK. m. 477) aksine, kayımlık, görevlendirildiği işin bitirilmesiyle değil, yetişkinleri koruma makamı tarafından alınan bir sona erdirme kararıyla ortadan kalkar³⁹. Ancak, bunun için, kayımanın atanmasını gerektiren halin ortadan kalmış olması aranır (İMK. m. 399/II).

II. Mevcut Düzenleme Gereğince Kayımlığın Türleri

Yukarıda⁴⁰ açıklandığı üzere, yetişkinlerin korunmasına dair hükümler yürürlüğe girmeden önce İsviçre Medenî Kanunu'nda kayımlık 3 türden

³⁶ Orantılılık ilkesinden maksat, yetişkinleri korunması için alınan tedbirlerde amaç-araç uygunluğunun sağlanmasıdır (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 394).

³⁷ Yavuz/Erlüle/Topuz, s. 90; BBL, s. 7044.

³⁸ Bununla birlikte, kayımanın, Kanun'da sayılan bazı işlemlerde yetişkinleri koruma makamının iznini alması gerekir. Bunlar, eski düzenlemede (m. 421-422; TMK. m. 462-463) olduğu gibi, İMK. m. 416/I'de tek tek sayılmaktadır. Ancak, her iki düzenleme arasındaki ilk fark, vesayet ve denetim makamının yerine, tek yetkili olarak yetişkinleri koruma makamının belirlenmiş olmasıdır. Diğer bir fark ise, önceki düzenlemenin aksine (m. 422, b. 1; TMK. m. 463, b. 1), evlât edinme gibi bazı işlemlerde yetkili makamın izninin aranmamış olmasıdır. Diğer taraftan, İMK. m. 416 hükmü, katılım kayımlığında uygulanamaz. Zira, katılım kayımlığı kayımanın izniyle de olsa daima ilgili kişinin işlerini bizzat görmesini gerektirir. İMK. m. 416 hükmünde ise, açıkça kayımanın temsilci olarak yaptığı işlemlerden bahsedilmektedir (BBL, s. 7056).

³⁹ Değişiklikten önce öngörülen sona erme halleri için bkz. Öztan, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 21. Baskı, Ankara 2006, s. 530.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. § 2, II.

ibaretti. Hâlbuki, yeni düzenlemeyle birlikte, İsviçre Medenî Kanunu'nda altı tür kayyımlik düzenlenmektedir⁴¹. Bunlar, refakat kayyımlığı, temsil kayyımlığı, yönetim kayyımlığı, katılım kayyımlığı, karma kayyımlik ve kapsamlı kayyımliktir. İşte, aşağıda bahse konu türler ayrıntılı olarak incelenmiştir.

A. Refakat Kayyımlığı

Kayyımlığın İsviçre Medenî Kanunu'nda öngörülen ilk türü, “refakat kayyımlığı (Begleitbeistandschaft)”dır⁴². Refakat kayyımlığının kanunî dayanağı, İMK. m. 393'tür⁴³. Refakat kayyımlığında, yardıma muhtaç olan kişi⁴⁴, belirli işlerde desteğe ihtiyaç duyar. Refakat kayyımlığı, kayyımlığın en basit (yalın) türüdür. Gerçekten de, yardıma muhtaç kişinin fiil ehliyeti ile hukukî işlem serbestisi bu durumdan etkilenmez. Nitekim, bu husus, İMK. m. 393/II'de açıkça ifade edilmektedir. Dolayısıyla, böyle bir kişi, serbestçe istediği hukukî işlemde bulunabilir⁴⁵.

Refakat kayyımlığı, iradî kayyımlığın yerini almaktadır. Zira, iradî kayyımlikta olduğu üzere, refakat kayyımlığı için de yardıma muhtaç kişinin tedbire razı olması şartı aranır. Dolayısıyla, bahse konu tedbir ancak başka bir kimsenin refakatine razı olan kişiler bakımından söz konusu olur. Hâlbuki, Tasarı'nın önceki haline göre, refakat kayyımlığının yardıma muh-

⁴¹ **Kaplan**, s. 393. İsviçre Medenî Kanunu'nun değiştirilmesine dair Kanun'un genel gerekçesine göre ise, kayyımlik dörde ayrılmaktadır. Bunlar, refakat kayyımlığı, temsil kayyımlığı, katılım kayyımlığı ve kapsamlı kayyımliktir (BBI, s. 7003). Refakat kayyımlığı, temsil kayyımlığı, katılım kayyımlığı, karma kayyımlik ve genel kapsamlı kayyımlik şeklinde beşli ayırım için ise bkz. **Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 92 vd.

⁴² Aynı deyim için bkz. **Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 92. Bunun yerine, “belirli işlerle birlikte hareket kayyımlığı” deyimini için bkz. **Kaplan**, s. 393.

⁴³ İMK. m. 393: “(1) Refakat kayyımlığı, yardıma muhtaç kişinin belirli işlerde refakat tarzında bir yardıma ihtiyaç duyması halinde, onun rızasıyla kurulur. (2) Refakat kayyımlığı, ilgili kişinin fiil ehliyetini sınırlandırmaz. (1) Eine Begleitbeistandschaft wird mit Zustimmung der hilfsbedürftigen Person errichtet, wenn diese für die Erledigung bestimmter Angelegenheiten begleitende Unterstützung braucht. (2) Die Begleitbeistandschaft schränkt die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person nicht ein”.

⁴⁴ Yetişkinlerin korunması hukuku kapsamında Kanun'da yardıma muhtaç kişi (hilfsbedürftigte Person)'den bahsedilmektedir. Meselâ, İMK. m. 388/I, m. 389/I, 393/I, 394/I, 396/I, m. 398/I'de böyledir. İlgili kişi (betroffene Person) deyimini de, m. 388/II'de olduğu gibi Kanun'da aynı anlamda olmak üzere kullanılmaktadır. Dolayısıyla, çalışma kapsamında ilgili kişiden maksat, yardıma muhtaç kişidir.

⁴⁵ **Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 92; BBI, s. 7045; **Kaplan**, s. 393.

taç kişinin rızası olmasa dahi kurulması mümkündür. Ne var ki, söz konusu hüküm bu şekilde pek çok eleştiriye maruz kalmıştır. Bu hususa ilişkin ilk görüş, refakat kayımlığının değişiklik metninden çıkarılması olmuştur. Diğer görüş ise, yardıma muhtaç kişinin rızasının aranması şeklindeydi. Zira, kayımlığın bu en yalın halinin ilgilinin rızası hilafına işletilip, ona yardım sağlanması düşünülemezdi. Nitekim, değişiklikten önce İMK. m. 394⁴⁶ (TMK. m. 428)'te düzenlenen iradî kayımlığın uygulamada geniş ölçüde yaygınlaşması sebebiyle burada ikinci görüş tercih edilmiştir. Dolayısıyla, bu ihtimalde, kayımlık, yardıma muhtaç kişinin onayı ile kurulur (İMK. m. 393/I)⁴⁷.

B. Temsil Kayımlığı

Kayımlığın ikinci türü, temsil kayımlığı (Vertretungsbeistandschaft)⁴⁸ olup, refakat kayımlığının devamında (İMK. m. 394⁴⁹,te) düzenlenmektedir. Temsil kayımlığında, kayyım, ilgili kişiyi yetişkinleri koruma makamı tarafından belirlenen görev alanı (İMK. m. 391⁵⁰) çerçevesinde

⁴⁶ Gerçekten de, İsviçre Medenî Kanunu'nun değişiklikten önceki haline göre, İMK m. 394: “*Ergin bir kişinin kendi isteğine bağlı kısıtlanmasının şartları varsa, onun talebi üzerine bir kayyım atanabilir* (Einer mündiger Person kann auf ihr Begehren ein Beistand gegeben werden, wenn die Voraussetzungen der Bevormundung auf eigenes Begehren vorliegen)”.

⁴⁷ **Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 92; BBl, s. 7045.

⁴⁸ İMK. m. 394-395'in üst başlığı “temsil kayımlığı (Vertretungsbeistandschaft)” şeklindedir. Bu kapsamda, temsil kayımlığı, İMK. m. 394'te genel olarak, m. 395'te ise malvarlığının yönetimde temsil kayımlığı olarak düzenlenmiştir. Ancak, kanaatimizce bahsi geçen her iki türün ayrı ayrı tasnif edilmesi gerekir. Dolayısıyla, genel temsil kayımlığı ve malvarlığının yönetimde temsil kayımlığı yerine, bu çalışmada “temsil kayımlığı” ve “yönetim kayımlığı” deyimleri tercih edilmiştir.

⁴⁹ İMK. m. 394: “(1) *Temsil kayımlığı, yardıma muhtaç kişinin belirli işlerini göremediği ve dolayısıyla temsil edilmesinin gerektiği takdirde atanır.* (2) *Yetişkinleri koruma makamı, ilgili kişinin fiil ehliyetini buna uygun olarak sınırlandırabilir.* (3) *Fiil ehliyeti sınırlandırılmamış olsa bile, ilgili kişi, kayyımın fiillerini hesaba katar veya kabul eder.* (1) Eine Vertretungsbeistandschaft wird errichtet, wenn die hilfsbedürftige Person bestimmte Angelegenheiten nicht erledigen kann und deshalb vertreten werden muss. (2) Die Erwachsenenschutzbehörde kann die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person entsprechend einschränken. (3) Auch wenn die Handlungsfähigkeit nicht eingeschränkt ist, muss die betroffene Person sich die Handlungen des Beistands oder der Beiständin anrechnen oder gefallen lassen”.

⁵⁰ İMK. m. 391'e göre, “(1) *Yetişkinleri koruma makamı, kayyımın görev alanını ilgili kişinin ihtiyaçlarına uygun olarak belirler* (Die Erwachsenenschutzbehörde umschreibt

temsil eder⁵¹. Dolayısıyla, kayyım görevlerini yerine getirirken bu kapsamda hareket etmek zorundadır. Ne var ki, yardıma muhtaç kişi ayırt etme gücüne sahip olduğu sürece, meselâ kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda⁵² böyle bir temsil mümkün değildir (İMK. m. 19c⁵³)⁵⁴.

Kayyıma tanınan temsil yetkisi inhisarî (belli bir işlem için) olabileceği gibi, bunun aksi de mümkündür. Temsil yetkisinin inhisarî olması halinde, ilgili kişinin fiil ehliyeti de sınırlandırılabilir (İMK. m. 394/II). Meselâ, bahse konu kişinin malik olduğu bir daireye ilişkin kira sözleşmesi yapmamasına karar verilebilir. Böyle bir durumda, kendisine kayyım atanan kişi, diğer ihtimaller bakımından ise tasarruf yetkisini haizdir⁵⁵. Bu takdirde, yetişkinleri koruma makamının kararında fiil ehliyetinin sınırlandırıldığı hususu da belirtilmelidir. Görüldüğü üzere, burada İsviçre Medenî Kanunu'nun değişiklikten önceki haline nazaran önemli bir fark söz konusudur. Zira, yukarıda⁵⁶ ifade edildiği üzere, mevcut hükümlerin (İMK. m. 394/II, m. 396/

die Aufgabenbereiche der Beistandschaft entsprechend den Bedürfnissen der betroffenen Person)”.
 51 Katılım kayyımında olduğu üzere, temsil kayyımlığı bakımından da “ihtiyaç ilkesi (Bedarfsprinzip)” geçerlidir. Yani, yetişkinleri koruma makamı, kayyımın görev alanını belirlerken, ilgilinin bizzat yapabildiği işlemleri kapsam dışında bırakmalıdır (BBl, s. 7016).

52 Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan maksat, bizzat hak sahibi tarafından kullanılması zorunlu olan haklardır. Bunlar, üçüncü bir kişi, dolayısıyla da temsilci tarafından kullanılamaz. Meselâ, nişanlanma, evlenme gibi hakları bakımından durum böyledir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ataay**, Aytekin: Medenî Hukukun Genel Teorisi, 3. Baskı, İstanbul 1980, s. 394 vd.; **Köprülü**, Bülent: Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1984; s. 64; **Özsunay**, Ergun: Medenî Hukuka Giriş, 5. Baskı, İstanbul 1986, s. 240; **Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami: Medenî Hukuk, 17. Baskı, İstanbul 2011, s. 161 vd.

53 İMK. m. 19c: “(1) Ayırt etme gücüne sahip olup fiil ehliyeti bulunmayan kişiler, kanun tarafından kanunî temsilcinin rızasının arandığı haller saklı kalmak üzere, münhasıran şahsa bağlı hakları bizzat kullanırlar. (2) Bir hakkın, temsilci tarafından yapılamayacak kadar şahsa sıkı biçimde bağlı olmadığı hallerde ise, kanunî temsilci ayırt etme gücü olmayan kişi adına hareket edebilir (1) Urteilsfähige handlungsunfähige Personen üben die Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, selbstständig aus; vorbehalten bleiben Fälle, in welchen das Gesetz die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorsieht. (2) Für urteilsunfähige Personen handelt der gesetzliche Vertreter, sofern nicht ein Recht so eng mit der Persönlichkeit verbunden ist, dass jede Vertretung ausgeschlossen ist”.

54 BBl, s. 7045-7046.

55 **Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 93.

56 Ayrıntılı bilgi için bkz. § 2, I.

II, m. 397, m. 398/III) aksine, bir kimseye kayyım atanmış olması, onun fiil ehliyetini herhangi bir şekilde etkilemezdi (m. 417; TMK. m. 458)⁵⁷.

Fiil ehliyeti sınırlandırılan kişinin kayyım tarafından temsil edileceği hallerde herhangi bir taahhüt veya tasarruf işleminde bulunması mümkün değildir. Ancak, ilgili kişinin fiil ehliyeti birtakım işlemlere özgü olmak üzere de sınırlandırılabilir. Meselâ, yetişkinleri koruma makamı tarafından ilgili kişinin maliki olduğu apartman dairesine ilişkin kira sözleşmeleri yapamayacağına karar verilebilir. Bu durumda, bahse konu kişinin daire üzerindeki tasarruf yetkisi varlığını sürdürür. Ne var ki, böyle bir tedbir, ancak yardıma muhtaç kişinin içinde bulunduğu özel durum bunu gerekli kıldığı takdirde makûldür. Diğer taraftan, yetişkinleri koruma makamı tarafından fiil ehliyeti sınırlandırılmasa bile, ilgili kişi, kayyımın yaptığı işleri hesaba katmak veya bunlara razı olmak zorundadır (İMK. m. 394/III). İMK. m. 394/III'te açıkça düzenlenen bu husus, zaten İsviçre Medenî Kanunu'nun önceki halinde temsil kayyımlığı ve yönetim kayyımlığı bakımından da geçerliydi⁵⁸.

Değişiklikten önceki vesayet düzenlemesinde, özellikle de 417. maddede kayyım ve ilgili kişi tarafından birbiriyle çatışan hukukî işlemlerin yapılmasının mümkün olduğu hususu dikkate alınmıştır. Ancak, bu tarz işlemlerden hangisinin geçerli olduğu sorusu ise cevaplanmamıştır⁵⁹. Kanaatimizce de, daha ziyade borçlar hukuku ile bağlantılı bu mes'elenin yetişkinlerin korunması hukuku (İMK. m. 360 vd.) kapsamında özel olarak düzenlenmemiş olması isabetlidir.

C. Yönetim Kayyımlığı

Temsil yetkisi olmayan bir kayyım tarafından yardıma muhtaç kişinin malvarlığının yönetilmesi, pek mümkün değildir. Dolayısıyla, "II. Malvarlığının Yönetimi (Vermögensverwaltung)" başlıklı İMK. m. 395 hükmünün gerekçesine göre, burada temsil kayyımlığının özel bir türü düzenlenmektedir. Bununla birlikte, bahse konu kayyım türü, özelliklerinin daha iyi ortaya konulabilmesi için kanunkoyucu tarafından ayrı bir hükümde öngörülmektedir⁶⁰.

⁵⁷ Kayyımın geniş anlamda vesayete dahil bir tedbir olduğu hakkında bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 445.

⁵⁸ BBl, s. 7046.

⁵⁹ BBl, s. 7046.

⁶⁰ **Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 94; BBl, s. 7046.

İMK. m. 395 hükmündeki malvarlığı (Vermögen) deyimini, geniş anlaşılmalıdır. Bu itibarla, malvarlığı, hem dar anlamda malvarlığını hem de gelirleri kapsar⁶¹. Bu sebeple, kayyımın yetkisinin kapsamına, kural olarak hem yönetilen gelirden elde edilen tasarruflar hem de malvarlığından sağlanan gelirler dahildir (İMK. m. 395/II). Ancak, yetişkinleri koruma makamı tarafından yönetim yetkisinin kapsamına ilişkin aksi yönde bir karar verilmesi her zaman mümkündür⁶².

Malvarlığı gibi, yönetim deyiminin de geniş anlaşılması gerekir. Dolayısıyla, yönetim kavramı, her türlü fiilî ve hukukî işlemleri ihtiva eder. Bunlar ise, yönetilen malvarlığını korumaya, arttırmaya ve amacına uygun kullanmaya yönelik işlemler olup, her somut olayda farklılık arz eder. Meselâ, malvarlığının yönetimi, borçlandırıcı işlem veya tasarruf işleminin yapılması gibi, dava açma şeklinde de gerçekleşebilir⁶³.

Yeni düzenleme ile birlikte, değişiklikten önceki hükmün katı anlayışı da ortadan kaldırılmaktadır. Zira, mevcut düzenlemenin aksine, önceki hükme göre, yönetim kayyımlığı yardıma muhtaç kişinin malvarlığının tamamına ilişkin olabilir (m. 393; TMK. m. 427). Hâlbuki, yetişkinleri koruma makamının kararında somut olaydaki yönetimin, malvarlığının hangi kısmını ilgilendirdiğinin açıklanması gerekir. Nitekim, ücret gibi iratlara ilişkin yönetim halinde sıkça bu durum söz konusu olur. Zira, kayyımın, üçüncü kişi tarafından ifa edilen edimi ilgili kişi adına teslim alması mümkündür (İMK. m. 408/II, b. 1). Kayyımlık sebebiyle kişinin fiil ehliyetinin sınırlanması halinde ise, durum farklıdır. Bu takdirde, durumdan haberdar edilmesi şartıyla üçüncü kişinin (borçlunun) edimini kayyıma ifa etmesi kuraldır⁶⁴. Aksi takdirde, iyiniyetli borçlu karşısında kayyımın herhangi bir

⁶¹ Nitekim, önceki düzenlemenin (m. 393) aksine, mevcut Kanun'da kayyımın yönetimine gelirin de dahil olabileceği hususu açıkça düzenlenmektedir (İMK. m. 395/I).

⁶² **Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 94; BBl, s. 7046.

⁶³ Nitekim, yönetim kayyımının hak ve yükümlülüklerinin kapsamı ayrıntılı olarak İMK. m. 408 vd.'nda düzenlenmektedir. Meselâ, İMK. m. 408'de malvarlığının yönetilmesine ilişkin kayyımın görev ve yetkilerinden bazıları düzenlenmektedir. Buna göre, kayyım, malvarlığını özenle yönetir, ayrıca bununla bağlantılı hukukî işlemleri yapar. Bu sayede, özen yükümlülüğünün haricinde, malvarlığının yönetimiyle ilgili hukukî işlemlerin tesisine de genel bir biçimde imkân tanınmaktadır (İMK. m. 408/I). Meselâ, gerektiğinde, kayyım, sürekli ihtiyaçları için ilgili kişiyi temsil edebilir (İMK. m. 408/II, b. 3). Her ne kadar, İMK. m. 408 hükmü yönetim kayyımlığına yönelik olsa da, malvarlığının yönetimini gerektiren diğer hallerde de uygulanır.

⁶⁴ İMK. m. 452/II'ye göre: "(2) Kayyımlığın ilgili kişinin fiil ehliyetini sınırlandırması halinde, borçluların borçlarından kurtulmaları için kayyıma ifada bulunmaları gerektiği bildirilir. Bildirimden önce iyiniyetli borçluların borçlarını ifa etmeleri halinde, kayyım

itirazda bulunması mümkün değildir (İMK. m. 452/II). Değişiklikten önceki düzenlemeye göre ise, ilgilinin gayriiradî ücretinin yönetimi ancak kısıtlılık halinde mümkündür⁶⁵.

Yönetim kayımlığında, özü itibariyle ikili bir model öngörülmektedir. Bahse konu modelde ilgilinin fiil ehliyeti ancak yetişkinleri koruma makamı tarafından açıkça karara bağlandığı takdirde değişiklik gösterir. Kural olarak, hem kanunî temsilcinin hem de ilgili kişinin meselâ bankadan para çekmesi mümkündür. Ancak, ilgili kişi, fiil ehliyeti sınırlandırılmaksızın, malvarlığı değerlerine ilişkin tasarrufta bulunma imkânından fiilen mahrum bırakılabilir (İMK. m.395/III)⁶⁶. Bunun için aranan ilk şart ise, yetişkinleri koruma makamının kararının varlığıdır. Zira, ilgili kişinin bu şekilde mahrum bırakılması kendiliğinden gerçekleşmez. İkinci olarak, böyle bir sınırlandırma, münferit bir malvarlığı değerine ilişkin olabilir. Bir hesaptaki para misalinde olduğu üzere böyle bir malvarlığı değerinin yetişkin koruma makamının kararında ise açık bir biçimde belirtilmesi gerekir. Bahse konu sınırlama, münferit malvarlığı değerine erişimin engellenmesini ihtiva eder. Ancak, fiil ehliyetine sahip olan kişi malvarlığı değeri üzerinde tasarrufta bulunabileceği için, burada hukuken güvence altına alınan bir durum söz konusu olur. Bunu, hesabın kilitlenmesi (bloke edilmesi) olarak da ifade etmek mümkündür. Dolayısıyla, burada özel bir maldan bahsedilemez. Zira, erişimi engellenen malvarlığı değerleri, ilgili kişiyi borçlarından muaf kılmaz⁶⁷.

İMK. m. 413/III'e göre, kayyım, görevi çerçevesinde üçüncü kişileri durumdan haberdar eder. Ayrıca, yetişkinleri koruma makamı, ilgilinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine de karar verir (İMK. m. 395/IV). Bu durumda, İMK. m. 178 (TMK. m. 199/III) benzeri bir tedbir söz konusudur⁶⁸.

buna itiraz edemez. (2) Schränkt die Beistandschaft die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person ein, so ist den Schuldner mitzuteilen, dass ihre Leistung nur befreiende Wirkung hat, wenn sie diese dem Beistand oder der Beistandin erbringen. Vorher kann die Beistandschaft gutgläubigen Schuldnern nicht entgegengehalten werden”.

⁶⁵ BBl, s. 7047.

⁶⁶ Kanunkoyucu tarafından bahse konu düzenlemeyle bağlantılı olarak İMK. m. 409 hükmü de öngörülmektedir. Buna göre ise, “*kayyım, ilgili kişiye kendi malvarlığından makûl bir miktar değeri tahsis edebilir* (Der Beistand oder die Beistandin stellt der betroffenen Person aus deren Vermögen angemessene Beträge zur freien Verfügung)”.

⁶⁷ BBl, s. 7047.

⁶⁸ **Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 95; BBl, s. 7047.

Yönetim kayyımının görevlerinden defter tutma ayrıca önem arz eder. Bu durumda, kayyım tarafından yetişkinleri koruma makamıyla işbirliği halinde ve vakit geçirilmeksizin yönetilen malvarlığı değerlerinin defteri tutulur (İMK. m. 405/II). Ancak, kayyımın defter tutma görevi, malvarlığının yönetimini kapsayan tüm kayyımlık türleri için öngörülmektedir. Dolayısıyla, meselâ, kapsamlı kayyımlık halinde de kayyım tarafından yönetilen malvarlığı için defter tutulur⁶⁹.

D. Katılım Kayyımlığı

Türk Medenî Kanunu'nda olduğu üzere, İsviçre Medenî Kanunu'nun değişiklikten önceki halinde de kanunî (yasal) danışmanlık müessesesi mevcuttu. Fiil ehliyetini sınırlandıran kanunî danışmanlığın türleri ise, katılım danışmanlığı, yönetim danışmanlığı ve karma danışmanlıktı. İlk tür olan katılım danışmanlığı, İMK. m. 395/I hükmünde düzenlenmekteydi. Buna göre, kısıtlanması için yeterli sebep bulunmayan, ancak korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen bir kişiye kanunî danışman atanabilirdi. Bu takdirde, aynı hükmün devamında sayılan işlemlerde kanunî danışmanın görüşünün alınması (katılması) gerekirdi. Burada dokuz bent halinde sayılan hukukî işlemler, tahdidî olup, ayrıca hüküm emredici nitelikteydi. Dolayısıyla, kıyasen dahi genişletilmesi mümkün olmayan bahse konu işlemlerin geçerliliği, kanunî danışmanın görüşünün alınmasına bağlıydı. Kanunî danışmanın katılımı, açık (sarih) veya örtülü (zımnî) olabileceği gibi, izin ya da onay şeklinde de gerçekleşebilirdi. Ancak, kanunî danışman, kanunî temsilci değildi. Zira, kanunî danışmanın ilgili kişi adına ve hesabına tek başına hukukî işlemlerde bulunması mümkün değildi. Dolayısıyla, böyle bir danışmanın katılımı ancak ilgili kişinin ayırt etme gücüne sahip olması halinde mümkündü. Gerçekten de, kendisine danışman atanan kişi ayırt etme gücüne sahip olmadığı takdirde, kanunî danışman böyle bir işlemi bizzat yapamazdı⁷⁰.

Katılım kayyımlığı (Mitwirkungsbeistandschaft), yukarıda bahsedilen katılım danışmanlığının karşılığıdır. Ancak, katılım kayyımlığının, değişiklikten önceki düzenlemeyle bağlantısı sınırlıdır. Zira, katılım danışmanlığı-

⁶⁹ Üstelik, eski hükümde (m. 398/III) olduğu üzere, şartlar gerektirirse, yetişkinleri koruma makamı, ilgili kişinin malvarlığının resmî defterinin tutulmasına karar verebilir. Bu defter, mirastaki resmî defterin alacaklılara karşı doğurduğu sonuçları doğurur (İMK. m. 405/III). İMK. m. 405/IV ise, yeni bir hükümdür. Buna göre, üçüncü kişiler defterin tutulması için gerekli bilgileri paylaşmakla yükümlüdür.

⁷⁰ BBl, s. 7047-7048.

nın aksine, katılım kayyımında kanunda mutlak surette öngörülen hukukî işlem kategorisi yoktur. Bunun yerine, katılım kayyımının bakımından tek ölçüt, ilgili kişinin somut olayda korunmaya muhtaç olup olmamasıdır. Gerçekten de, kayyımın görevlerinin kapsamı, yardıma muhtaç kişinin ihtiyaçlarına uygun olarak tespit edilir (İMK. m. 391/I). Burada ise, İMK. m. 396/I'de geçen “belirli işler (bestimmte Handlungen)” deyiminden ne anlaşılması gerektiği hususu önem arz eder. Bahsi geçen işler, katılım kayyımının görüşünü gerektiren haller olup, yetişkinleri koruma makamının kararında gösterilirler. Ancak, belirtilmelidir ki, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda kayyımın hukukî işleme katılımı mümkün değildir⁷¹.

Katılım kayyımının görüşünün alınmaması halinde müeyyide eksiklidir⁷². Bu takdirde, borçlandırıcı işlemlerde kanunî temsilcinin rızasının olmamasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Dolayısıyla, karşı taraf, kayyımdan, bizzat belirleyeceği veya hâkime tayin ettireceği uygun bir süre içinde işlemi onaylayıp onaylamayacağını bildirmesini ister. Kayyımın bahse konu işlemi onaylamaması halinde, karşı taraf da işlemle bağlı olmaksızın kurtulur (İMK. m. 19a/II). Bu durumda ise, taraflar yerine getirmiş oldukları edimlerin iadesini talep edebilirler (İMK. m. 19b/I, c. 1)⁷³.

E. Karma Kayyım

Karma (kombine) kayyım (Kombination von Beistandschaft)⁷⁴, kişiye özel tedbirlerin alınması gerektiği düşüncesinden hareketle oluşturulmuş bir türdür. Bahse konu esnek tedbir türü sayesinde ihtiyaca uygun hukukî yardım sağlanmış olur. Nitekim, bu konuda Kanun gerekçesinde de kabul edilen özdeyiş (motto), “Devletin gerektiği kadar çok yardımı, ve fakat mümkün olduğunca az müdahalesi”dir⁷⁵.

⁷¹ **Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 95; BBl, s. 7016.

⁷² Eksiklik müeyyidesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **von Tuhr**, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. Cevat Edge), C. 1-2, 2. Baskı, Ankara 1983, s. 220-221; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 350; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdükdir: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1, 5. Baskı, İstanbul 2010, s. 593 vd.; Tekinay, **Selâhattin S./Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altıp**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 381; **Akıncı**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 10. Baskı, Konya 2017, s. 118; **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 84.

⁷³ **Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 95; BBl, s. 7048.

⁷⁴ Karma kayyım yerine “birleşik kayyım” deyimini için bkz. **Kaplan**, s. 393.

⁷⁵ BBl, s. 7017.

Karma kayyımlik müessesesi, tek cümleden ibaret olan İMK. m. 397 hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre, refakat kayyımliği, temsil kayyımliği ve katılım kayyımliği karma bir biçimde kurulabilir. Böylece, içinde bulunduğu duruma ve somut olayın kapsamına göre aynı kişi hakkında kayyımın refakati, temsili ve işleme katılımı seçenekleri aynı anda öngörülebilir. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, karma kayyımlik, kapsamlı kayyımlikten farklıdır⁷⁶. Diğer taraftan, karma kayyımlik kapsamındaki tedbirler ayrıca açıklandığı için burada tekrara yer verilmemiştir.

F. Kapsamlı Kayyımlik

Türk Medenî Kanunu'nda olduğu üzere, mehaz Kanun'un değişiklikten önceki halinde de, küçüklük ve kısıtlama, vesayeti gerektiren haller olarak düzenlenmişti. Küçükler bakımından vesayet, yeni düzenlemede de mevcuttur (İMK. m. 327a vd.)⁷⁷. Bununla birlikte, kısıtlı (entmündigt) deyimi, dolayısıyla da kısıtlılık halleri tamamen Kanun'dan çıkarılmıştır⁷⁸. Yeni düzenleme gereğince, kapsamlı kayyımlik (umfassende Beistandschaft) ise, fiil ehliyetini sınırlayan tarzdeki vesayet müessesesinin (kısıtlamanın) halefi olarak Kanun'da yer almaktadır⁷⁹. Hiç şüphesiz, bahse konu tedbir türü, kayyımliğin en nitelikli halidir.

Kapsamlı kayyımliğin kurulup kurulmaması bakımından esas belirleyici unsur, ilgili kişinin özel bir biçimde yardıma ihtiyaç duymasıdır. Zira, İMK. m. 398/I'e göre, kapsamlı kayyımlik, bir kişi özel olarak yardıma muhtaç olduğu takdirde kurulur. Hükümde de belirtildiği üzere, kişinin ayırt

⁷⁶ **Kaplan**, s. 393.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. § 1.

⁷⁸ Bahse konu değişikliğe uygun olarak İMK. m. 17 hükmü de değiştirilmiştir. Zira, bahse konu hükmün eski haline göre, "Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur (Handlungsunfähig sind die Personen, die nicht urteilsfähig, oder die unmündig oder entmündigt sind)". Hâlbuki, yeni düzenleme gereğince, "Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kendisine kapsamlı kayyım atanmaların fiil ehliyeti yoktur (Handlungsunfähig sind urteilsfähige Personen, Minderjährige sowie Personen unter umfassender Beistandschaft)". Ayrıca bkz. **Şahin**, Mustafa: İsviçre Medenî Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk Hukukunda Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük Ve Kısıtlıların (Sınırlı Ehliyetsizlerin) Nişanlanma Ehliyeti (TMK m. 16/I, 118/II), ABD., S. 4, 2014, s. 96-97.

⁷⁹ **Kaplan**, s. 381. Buna uygun olarak, İsviçre Medenî Kanunu'nun yürürlüğü ve uygulama şekli hakkındaki hükümlerde (m. 14/II, c. 1'de), önceki düzenleme gereğince kısıtlı olan kişilerin, yeni hükümlerin yürürlüğe girmesiyle birlikte kapsamlı kayyımliğa tabi kılınacağı öngörülmektedir.

etme gücünü sürekli tarzda kaybetmesi misalinde durum böyledir. Nitekim, ileri derecede bunama (demans) hastaları sürekli olarak ayırt etme gücünden mahrumdur. Gerçi sürekli ayırt etme gücünden mahrum olan kimselerin zaten fiil ehliyeti de mevcut değildir. Dolayısıyla, bu durumda kişiye kapsamlı kayyım atanmış olması, fiil ehliyetinde herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Ancak, bu misalde de görüldüğü üzere, kapsamlı kayımlığa ancak çok istisnâî hallerde, yani son çare (ultima ratio) olarak başvurulabilir. Bu sebeple de, zihnî engelli kişiler⁸⁰ hakkında kapsamlı kayımlık tedbiri uygulanamaz. Böyle bir durumda, kişiye özel tedbirler alınıp, karma kayımlık müessesesinden istifade edilebilir⁸¹.

Kayımlığın bahsi geçen türü, ilgili kişinin bakımı, malvarlığının yönetimi ve hukukî işlemleri ile ilgili her türlü işi kapsar (İMK. m. 398/II). Dolayısıyla, kapsamlı kayyımın görev alanının ayrıca belirlenmesine gerek yoktur. Ancak, belirtilmelidir ki, kapsamlı kayımlıkta da, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar saklı kalır. Zira, bahse konu haklar, fiil ehliyeti sınırlandırılmış olsa dahi ancak ayırt etme gücüne sahip olan kimse tarafından kullanılabilir (İMK. m. 407). Nihayet, yardıma muhtaç kişinin fiil ehliyeti, kendisine kapsamlı kayyım atanmasından etkilenir. Zira, İMK. m. 398/III gereğince, ilgili kişinin fiil ehliyeti, kendisine kapsamlı kayyım atanmasıyla birlikte kendiliğinden sona erer⁸².

SONUÇ

Türk Medenî Kanunu ve eski düzenlemenin aksine, İsviçre Medenî Kanunu'nda yetişkinlerin korunması için tek bir resmî tedbir türü olarak kayımlık öngörülmektedir. Kayımlığın türleri ise, esnekliğin sağlanması ve ihtiyacın karşılanması için arttırılarak altıya çıkarılmıştır. Bunlar, refakat kayımlığı, temsil kayımlığı, yönetim kayımlığı, katılım kayımlığı, karma kayımlık ve kapsamlı kayımlıktır. Bu sayede, orantılılık ilkesinin güçlendirilmesi ve somut olayda kişiye özgü tedbirlerin alınması hedeflenmektedir.

Eski düzenlemeden farklı olarak, artık kayımlığın bazı türleri fiil ehliyetine etkide bulunabilir. Meselâ, temsil kayımlığında, yönetim kayımlığında, katılım kayımlığında, karma kayımlıkta ve kapsamlı kayımlıkta

⁸⁰ Zihnî engelden ne anlaşılması gerektiği hakkında bkz. § 3, I.

⁸¹ **Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 97; BBl, s. 7048.

⁸² **Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 96; BBl, s. 7048.

bu mümkündür. Ancak, refakat kayımlığında ise, ilgili kişinin fiil ehliyeti sınırlanmaz.

Kanaatimizce, mukayeseli hukuktaki gelişmelere uygun olarak, çalışma konusu kayımlık türlerinin Türk Hukuku'nda da kabul edilmesi tavsiye edilir. Bu amaçla, vesayetin yerine, yetişkinlerin korunması hukukuna ilişkin özellikle de İsviçre Hukuku'ndakine uygun hükümlerin ihdas edilmesi doğru olur.

BİBLİYOGRAFYA *

- Akıncı**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 10. Baskı, Konya 2017.
- Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya: Türk Medenî Hukuku, C. 2, 19. Baskı, İstanbul 2016.
- Ataay**, Aytekin: Medenî Hukukun Genel Teorisi, 3. Baskı, İstanbul 1980.
- Ballansat-Aebi**, Suzanne: Erwachsenenschutzrechtsreformen im deutschen und französischen Sprachraum: Terminologische Entwicklung und Übersetzungsprobleme, Parallèles, S. 30/1, Nisan 2018, s. 37-56.
- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Bern 28 Juni 2006, Bundes Blatter, s. 7001-7138.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, M. Alper: Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. 3, İstanbul 2015.
- Elpe**, M. Nezih: Vasilik ve Kayımlık Hukuku, Ankara 1967.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.
- Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2017.
- Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Peter Nedim/**Wiegand**, Wolfgang: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Auf., Basel-Genf-München 2002.
- Kaplan**, İbrahim: İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TBBD., S. 137, 2018, s. 375-404.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Medenî Hukuk, Temel Bilgiler, 6. Baskı, Ankara 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdükadir: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1, 5. Baskı, İstanbul 2010.
- Köprülü**, Bülent: Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1984.

* Eserlere yazarların soyadı ile atıf yapılmıştır. Birden fazla eserden yararlanılan yazarların diğer eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içinde gösterilmiştir.

- Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami: Medenî Hukuk, 17. Baskı, İstanbul 2011.
- Sargın**, Fügen: Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi, AÜHFD., C. 52, S. 2, 2003, s. 1-75.
- Schynder**, Bernhard/**Murer**, Erwin: Berner Kommentar, Bd. II Das Familienrecht, 3. Abteilung, Die Vormundschaft, 1. Teilband, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB, Bern 1984.
- Özmen**, İsmail: Vesayet Hukuku Davaları, Ankara 1996.
- Özsunay**, Ergun: Medenî Hukuka Giriş, 5. Baskı, İstanbul 1986.
- Öztan**, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 21. Baskı, Ankara 2006 (Kısaltılmışı: Öztan, Medenî).
- : Aile Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2004 (Kısaltılmışı: Öztan, Aile).
- Özüğür**, Ali İhsan: Velâyet-Vesayet-Soybağı Evlât Edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, 3. Baskı, Ankara 2007.
- Palandt**, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 65. Auf., München 2006.
- Şahin**, Mustafa: İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk Hukukunda Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük Ve Kısıtlıların (Sınırlı Ehliyetsizlerin) Nişanlanma Ehliyeti (TMK m. 16/I, 118/II), ABD., S. 4, 2014, s. 83-194.
- Tekinay**, Selâhattin S.: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1966.
- Tekinay**, Selâhattin S./**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altıp**, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Tuor**, Peter/**Schynder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auf., Zürich-Basel-Genf 2002.
- von Tuhr**, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı (Çev. Cevat Edge), C. 1-2, 2. Baskı, Ankara 1983.
- Yavuz**, Cevdet/**Erlüle**, Fulya/**Topuz**, Murat: Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), İstanbul 2017.
- Zevkliler**, Aydın/**Ertaş**, Şeref/**Havutçu**, Ayşe/**Aydoğdu**, Murat/**Cumaloğlu**, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, İzmir 2013.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
ABGB.	: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Art.	: Artikel (Madde)
Auf.	: Auflage
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BBl	: Bundes Blätter
BCC.	: (belgier) Code Civil
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CC.	: Code Civil
dpn.	: dipnot
İMK.	: İsviçre Medenî Kanunu
m.	: madde
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SCC.	: Swiss Civil Code
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch

EĞİTİMİNE DEVAM EDEN ERGİN ÇOCUĞA ÖDENEN NAFAKANIN BAZI YARGITAY KARARLARINDA YARDIM NAFKASI OLARAK NİTELENDİRİLMESİ*

*Dr. Öğr. Üyesi Tuba BİRİNCİ UZUN***

z

TMK md. 327 f. 1 hükmü uyarınca, ana ve baba çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli olan masrafları karşılamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, ana bakımından çocuğun doğumuyla, baba bakımından ise soybağının kurulmasıyla başlar ve ocuk ergin oluncaya kadar devam eder (TMK md. 328 f.1). Bununla birlikte TMK md. 328 f. 2 hükmü uyarınca, “ocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek lde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler”. TMK md. 328 f. 2 hükmü, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde karşılığı bulunmayan yeni bir düzenlemedir. Bu düzenleme, ana ve babanın bakım borcu yönünden bir istisnadır. Bu hüküm, ana ve babanın bakım borcunu, ergin çocuğun eğitiminin sona ereceği zamana kadar uzatmaktadır. Bu nedenle ilgili hüküm kapsamında, ana ve babası tarafından eğitimine devam eden ergin çocuğa ödenen nafaka, bir bakım nafakası niteliğindedir. Buna karşılık, bu nafakanın bazı Yargıtay kararlarında, yardım nafakası olarak nitelendirildiği görülmektedir. Ancak TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında ana ve babası tarafından eğitimine devam eden ergin çocuğa ödenen nafaka ile TMK md. 364 ve devamı hükümleri uyarınca ödenen yardım nafakasının Şartları birbirinden farklıdır.

* Bu alışma, 27-28 Nisan 2018 tarihlerinde İzmir Barosu ile Dokuz Eyll Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Dokuz Eyll Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu tarafından düzenlenen Medeni Hukuk Günleri II: Aile Hukuku Sempozyumu’nda Yardım Nafakası başlığıyla sunulan bildiriden geliştirilerek hazırlanmıştır.

** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı ğretim yesi (e-posta: tubabirinciuzun@gmail.com) (Makalenin Geliş Tarihi: 04.07.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 06.07.2018-20.07.2018/Makale Kabul Tarihleri: 18.07.2018-25.07.2018)

Anahtar Kelimeler

Bakım nafakası, eğitim nafakası, yardım nafakası, soybağı, velayet

**THE CHARACTERIZATION OF THE MAINTENANCE PAID
TO THE MAJOR CHILD WHO CONTINUES HIS OR
HER EDUCATION AS A DUTY OF ASSISTANCE IN SOME
JUDGMENTS OF THE CASSATION COURT****Abstract**

According to the article 327 paragraph 1 of Turkish Civil Code, the parents must provide for the child's maintenance, including the costs of raising the child, his or her education and measures taken for his or her protection. This duty begins for mother at the birth of the child and for father by the formation of parent-child relationship. This duty lasts for both parents until the child comes of age. According to the article 328 paragraph 2, if the child continues his or her education although the child comes of age, the parents must pay for his or her maintenance, to the extent conscionable in the overall circumstances, until the child completes his or her education. This article is a new article which did not exist in the former Turkish Civil Code numbered 743. This article extends the duty of maintenance until the child completes his or her education. Therefore, the support made within the context of this article is a duty of maintenance. However, in some judgments, the Cassation Court mischaracterized this support as a duty of assistance. In fact, the conditions required for these maintenances are different from each other.

Keywords

Duty of maintenance, maintenance of education, duty of assistance, child-parent relationship, parental custody

GİRİŞ

TMK md. 321 ve devamı, soybağının hükümlerine ilişkindir. Ana ve babanın çocuğa bakım borcu da soybağının hükümlerindedir. Çocuğun bakımı, korunması ve eğitimi için yapılması gereken masraflar, çocuğun anası ve babası tarafından karşılanır (TMK md. 327 f. 1). Ana ve babanın bakım borcu, kural olarak çocuğun ergin olmasıyla sona erer (TMK md. 328 f. 1). Ancak TMK md. 328 f. 2 hükmü uyarınca, “ocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler”. Yardım Nafakası ise “Nafaka Yükümlülüğü” kenar başlığı ile Türk Medeni Kanunu’nun 364 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. TMK md. 364 f. 1 hükmü uyarınca, “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür”.

Bazı Yargıtay kararlarında, TMK md. 328 f. 2 hükmü uyarınca eğitimi devam eden ergin çocuğa ana veya babası tarafından ödenen nafakanın, yardım nafakası ile sıklıkla karıştırıldığı görölmektedir. Bu nedenle bu çalışmanın konusu, TMK md. 328 f. 2 hükmü uyarınca eğitimine devam eden ergin çocuğa ana veya babası tarafından ödenen nafakanın hukuki niteliği ve buna ilişkin bazı Yargıtay kararlarıdır. Bu kapsamda, öncelikle eğitimine devam eden ergin çocuğa ödenen nafaka ile yardım nafakası üzerinde durulmuştur. Daha sonra Yargıtay kararlarındaki durum inceleyerek, bu kararlardaki hukuki nitelendirme değerlendirilmiştir.

I. EĞİTİMİNE DEVAM EDEN ERGİN ÇOCUĞA ÖDENEN NAFAKA

A. Genel Olarak

Soybağının hükümleri, Türk Medeni Kanunu’nun *Aile Hukuku* kitabının *Hısımlık* kısmının *Soybağının Kurulması* bölümünün beşinci ayırımını oluşturur (TMK md.321-334). Velâyet ise altıncı ayırımda düzenlenmiştir. Soybağının hükümleri¹ ile velâyeti birbirinden ayırt etmek gerekir. Beşinci

¹ İsviçre Medeni Kanunu dikkate alınarak sevk edilen bazı hükümlerin sistemin bütünlüğünü bozduğu, bazı hükümlerin ise pratik bir öneminin bulunmadığı ve Türk Medeni Kanunu’nun soybağına ilişkin hükümlerinin bazı yönlerden aksadığı ifade edilmektedir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Ögüz, Tufan: Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.II, İstanbul 2010, s. 1415-1424.

ayırımında düzenlenen hükümler (TMK md.321-334), ana-baba ve çocuk arasında soybağının kurulması² ile doğrudan ortaya çıkan hak ve yükümlülüklerdir. Bu hükümlerin uygulanmasının velâyetle bir ilgisi yoktur. Ana-baba velâyet hakkına sahip olsun ya da olmasın bu hükümler uygulama alanı bulur³. Soybağının velâyet hakkına bağlı olmayan hükümleri arasında çocuğun soyadı⁴, ana, baba ve çocuk arasında karşılıklı yükümlülükler, çocuk ile kişisel ilişkinin kurulması, çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması yer alır.

TMK md. 327 f. 1 hükmü uyarınca, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için yapılması gerekli olan masrafların karşılanması, ana ve baba bakımından bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük, ana bakımından çocuğun doğumuyla, baba bakımından ise soybağının kurulmasıyla başlar⁵ ve çocuk ergin oluncaya kadar devam eder (TMK md. 328 f.1). Ancak önceki kanunda yer almayan TMK md. 328 f. 2 hükmü, ana ve babanın bakım borcu yönünden istisnai bir düzenlemedir⁶. Bu istisnai düzenleme, ana ve babanın bakım borcunu, ergin çocuğun eğitiminin sona ereceği zamana kadar uzatmaktadır. Buna göre, eğitimi devam eden ergin çocuk, ana ve babasından nafaka talep edebilir. TMK md. 328 f. 2 hükmü uyarınca eğitimi devam eden ergin çocuğa ana ve babası tarafından ödenen nafakaya, doktrinde⁷ *eğitim nafakası* da denmektedir. Bu ifadenin Yargıtay tarafından⁸

² Soybağının kurulması hakkında detaylı bilgi için bkz. **Acabey**, Mehmet Beşir: Soybağı (Kuruluşu, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Çocuğun Mirasçılığı), 1. Basım, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002.

³ **Bozovalı**, Haluk: Mevzuattaki Son Değişikliklerle Öğretide ve Uygulamada Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990, s. 5; **Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.1009; **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III: Aile Hukuku, 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018. N. 1640, 1674; **Baygın**, Cem: Soybağı Hukuku, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 96; **Serozan**, Rona: Çocuk Hukuku, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 238; **Kılıçoğlu**, Ahmet: Aile Hukuku, 3. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 480; **Usta**, Sevgi: Çocuk Hakları ve Velayet, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 69.

⁴ Çocuğun soyadı bakımından söz konusu olan güncel gelişmeler hakkında bir değerlendirme için bkz. **Birinci Uzun**, Tuba: “Aile Soyadı Çıkmazı: Anayasa Mahkemesi’nin Çocuğun Soyadının Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, 2016, s. 97-137.

⁵ **Bozovalı**, s. 48-49; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1046; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1675.

⁶ **Öztan**, Aile Hukuku, s.1061; **Sonat**, s. 242.

⁷ Bkz. **Türkmen**, Ahmet, “Eğitim Nafakası (TMK md. 328/II)”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Cilt:8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, s. 2707-2764

da benimsendiği görülmektedir. Bakım borcunun bir uzantısı olduğu için, bu nafaka bir bakım nafakası niteliğindedir⁹.

B. Şartları

1. Ergin Çocuk Bakımından

TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında ergin çocuğa nafaka ödenebilmesi için, her şeyden önce çocuğun eğitimine devam ediyor olması gerekir¹⁰. Önemle belirtmek gerekir ki bu hükümde geçen eğitim, esas itibariyle çocuğun ekonomik bağımsızlığını kazanması için gerekli olan mesleki eğitimidir¹¹. TMK md. 340 hükmünden bu sonuca ulaşmak mümkündür. Zira

(<http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/6-Emre-G%C3%96KYAYLA+.pdf>, Erişim tarihi: 1 Şubat 2018).

⁸ Yargıtay 2. HD., 10.7.2014, 5850/16116: “...hükmedilen nafakanın "yardım nafakası" değil, "eğitim nafakası" (TMK md. 328/2) olduğunun anlaşılmasına göre...” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

⁹ **Baygın**, s. 445; **Türkmen**, s. 2712; **Sonat**, s. 243; **Bozovalı**, s. 6; **Genç**, Akif: Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, s. 7. **Hegnauer**'e göre, bu nafakanın kaynağı, ana ve babanın çocuğu eğitime yükümlülüğüdür (**Hegnauer**, Cyril: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht. 2. Abteilung: Die Verwandtschaft. 2. Teilband: Die Wirkung des Kindesverhältnisses. 1. Unterteilband: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder Kommentar zu Art. 270-295 ZGB, Bern 1997, Art. 277, N. 44). Aynı görüşte bkz. **Roelli**, Bruno: Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB-PartG, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art N. 277, N. 2. Aynı yönde bkz. **Usta**, s. 72. Buna karşılık, **Özdemir**'e göre, TMK md. 328 f. 2 hükmü uyarınca ödenen nafaka bir yardım nafakasıdır (s. 68-69). **Ruhi**'ye göre de “... çocuğun ergin olması ile tedbir nafakası da iştirak nafakası da sona erer. Ergin çocuk tarafından açılan dava tedbir veya iştirak nafakası veyahut da bu nafakaların artırımı şeklinde açılmış dahi olsa, hukuki nitelendirme hâkime ait olduğundan, bu davanın yardım nafakası olarak nitelendirilmesi gerekir” (**Ruhi**, Ahmet Cemal: Nafaka Hukuku, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 144). Aynı görüşte bkz. **Bozdağ**, Gonca Gülfem: Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 94. Eğitim nafakasının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Gökkaya**, Vildan: “Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Ana ve Babası Tarafından Verilen (Eğitim Nafakasının) Nafakanın Hukuki Niteliği ve Nafakaya Hükmedilebilme Koşulları”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 91, S. 4, 2017, s. 274 vd.

¹⁰ **Hegnauer**, Berner Kommentar, Art. 277, N. 23.

¹¹ **Gmünder**, Evelyne: Art. 277, in: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (Hrsg.), ZGB Kommentar Schweizerisches

bu hükümde, “*Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar. Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel engelli olanlara, yetenek ve eğitimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlarlar*” denmektedir.

Mesleki eğitim denince, öncelikle dört yıllık lisans eğitimi akla gelir. Lisans eğitiminin bu kapsamda olduğu Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Örneğin bir Yargıtay kararında¹², lisans eğitimine başlayan ve bu nedenle masrafları artan ergin çocuğun, eğitimi tamamlanıncaya kadar babasından nafaka isteyebileceği belirtilmiştir. Esasen, dört yıllık lisans eğitiminin TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında olduğu tartışmasızdır. Yargıtay’a göre¹³, lisans eğitimini tamamlayan ancak yüksek lisans eğitimine devam eden ergin çocuk da TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında ana ve babasından nafaka talep edebilir. Buna karşılık, doktora eğitiminin bu kapsamda olmadığı kabul edilmektedir¹⁴.

Acaba aynı şey ön lisans eğitimi bakımından da geçerli midir? Yani ön lisans eğitimi alan ergin çocuk, TMK md. 328 f. 2 hükmü uyarınca, ana ve babasından nafaka isteyebilir mi? Yargıtay bir kararında¹⁵, iki yıllık bir ön lisans programına devam eden, hatta uzatmalı olarak ikinci sınıfta okuyan ergin çocuğun öğrenci statüsünde bulunduğunu belirtmiş ve hükmedilen nafakanın miktarının yüksek olması nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Buradan hareketle, ön lisans eğitiminin de TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamına girdiği sonucuna ulaşmak mümkündür.

Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. überarbeitete Auflage, 2016, N. 3; **Roelli**, Art. 277, N. 2; **Türkmen**, s. 2714; **Usta**, s. 72; **Bozovalı**, s. 45.

¹² Yargıtay 3. HD., 10.4.2017, 11042/4984 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

¹³ Yargıtay 3. HD., 19.10.2015, 8392/16069 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018). **Türkmen**’e göre, yüksek lisans eğitimi, her ne kadar mesleki eğitim bakımından faydalı olsa da esasen zorunlu olmayan bir süreçtir. Bu nedenle, yüksek lisans eğitimi dolayısıyla ana ve babadan eğitim nafakası istenemez; koşulları oluşuyorsa ancak yardım nafakası istenebilir (s. 2722).

¹⁴ **Roelli**, Art. 277, N. 5; **Özta**n, Aile Hukuku, s. 1062; **Türkmen**, s. 2722, 2727. Yüksek lisans ve doktora ayırımı yapmaksızın, lisansüstü eğitimin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. **Baygın**, s. 123.

¹⁵ Yargıtay 3. HD., 20.11.2014, 8275/15298 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

Bilindiği üzere, iki yıllık bir ön lisans veya dört yıllık bir lisans programında bir öğrencinin eğitim görebilmesi için, öncelikle yapılan merkezi sınavda başarılı olması gerekmektedir. Peki, bu merkezi sınava yönelik olarak gidilen kurslar, bu kapsama dâhil edilebilir mi? Üniversiteye hazırlık kursuna giden bir öğrencinin, eğitimine devam ettiği gerekçesiyle babası aleyhine açmış olduğu nafaka davasında, ilk derece mahkemesi dershaneye devam etmenin eğitimin sürdüğü anlamına gelmediğinden bahisle nafaka talebinin reddine karar vermiştir. Bu karar, temyiz incelemesinde Yargıtay tarafından bozulmuştur. İlgili Yargıtay kararında¹⁶, eğitimin mutlaka resmi kurumlarda devam etmesinin gerekli olmadığı ifade edilmiştir. Başka bir Yargıtay kararında¹⁷ da Türkiye'deki eğitim ve öğretim koşulları dikkate alındığında, liseyi bitiren kişinin üniversite hazırlık kursuna gitmesinin bir zorunluluk olduğu belirtilmiştir. O halde, üniversiteye hazırlık kursuna giden ergin çocuk da eğitiminin devam ettiği gerekçesiyle ana ve babasından TMK md. 328 f. 2 hükmü dâhilinde nafaka talep edebilir.

Şu ana kadar, bir üniversite hazırlık kursuna devam eden veya ön lisans, lisans ya da yüksek lisans programlarından birine kayıtlı olan ergin çocuğun, eğitim nafakası talep edebileceğini gördük. Bilindiği üzere, ülkemizde bir kamu görevlisi olarak çalışabilmek için KPSS olarak bilinen merkezi sınavda kişinin başarılı olması gerekmektedir. Acaba üniversite hazırlık kursları gibi KPSS kursları da eğitim nafakası kapsamına dâhil edilebilir mi? Yargıtay, bu konuya olumlu yaklaşmaktadır. Ergin çocuğun eğitimini tamamladığı gerekçesiyle nafakanın kaldırılması talebiyle babası tarafından açılan davada, ilk derece mahkemesi nafakanın kaldırılmasına karar vermiştir. Ancak bu karar, temyiz incelemesinde Yargıtay tarafından bozulmuştur. İlgili Yargıtay kararında¹⁸, ergin çocuğun üniversite mezunu olduğu; mezun olduğu okul itibarıyla hemen iş bulma imkânının bulunmadığı ve işe girebilmek için KPSS kursuna gittiği belirtilmiş ve okumakta olan kişinin kendi emek ve geliriyle yaşamını sürdürememesi halinde, eğitimi tamamlanıncaya kadar, ana ve babasından nafaka isteyebileceği ifade edilmiştir. Başka bir Yargıtay kararında¹⁹ da eğitim masrafları devam ettiği

¹⁶ Yargıtay 3. HD., 23.11.2004, 12906/12874 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

¹⁷ Yargıtay 3. HD., 9.9.2015, 5197/13790 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

¹⁸ Yargıtay 3. HD., 4.5.2017, 15392/6543 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

¹⁹ Yargıtay 3. HD., 9.3.2015, 16809/3688 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

için, açık öğretim fakültesinde okuyan ve KPSS kursuna giden ergin çocuğa bağlanan nafakanın kaldırılamayacağı belirtilmiştir.

Yükseköğretim kurumlarının yanı sıra bir de meslek edindirme kursları mevcuttur. Acaba bir meslek edindirme kursuna devam ergin çocuk TMK md. 328 f. 2 hükmü uyarınca, ana ve babasından nafaka isteyebilir mi? Ergin çocuğun nafaka talebiyle babası aleyhine açmış olduğu dava, davacının on sekiz yaşını doldurmuş olduğu; liseyi bitirdiği; üniversiteye gitmediği ve devam etmekte olduğu muhasebe kursunun okul niteliğinde olmadığından bahisle ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ancak bu karar da temyiz incelemesinde Yargıtay tarafından bozulmuştur. İlgili Yargıtay kararında²⁰, davacının devam etmekte olduğu kursun bir meslek edindirmeyi amaçladığı ve eğitim süresinin üç yıl olduğu belirtilerek, eğitimi sona erinceye kadar davalı babanın ergin çocuğuna nafaka ödemesi gerektiği ifade edilmiştir. O halde, gidilen kursun niteliğine bakılmalıdır. Günümüzde meslek edindirme amaçlı ve bir kısmı da Milli Eğitim Bakanlığı onaylı birçok kurs bulunmaktadır. Bu Yargıtay kararından yola çıkarak, meslek edindirme amaçlı kursların da TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında yer aldığını söylemek yanlış olmaz. Son olarak, mesleki eğitimi tamamlayıcı nitelikteki yabancı dil kursları ile sertifika programlarının da çocuğun mesleki eğitimi bakımından zorunlu olması halinde, bu kapsamda yer aldığı kabul edilmektedir²¹. Zorunlu avukatlık stajı, bu duruma örnek olarak gösterilebilir²².

TMK md. 328 f. 2 hükmü uyarınca, eğitimine devam eden ergin çocuğa ödenen nafaka bakımından herhangi bir yaş sınırı söz konusu değildir²³. Buna karşılık bazı yazarlara göre²⁴, eğer bir yaş sınırı kabul edilecekse, bu noktada 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 34. maddesi kıyasen uygulanarak, yirmi beş yaş sınırı esas alınmalıdır.

2. Ana ve Baba Bakımından

TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında ergin çocuğa nafaka ödenebilmesi için, çocuğun eğitimine devam etmesinin yanı sıra, durum ve koşullara göre nafaka ödemenin ana ve babadan beklenebilir olması gerekmektedir²⁵.

²⁰ Yargıtay 3. HD., 3.6.2002, 5897/6316 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

²¹ **Türkmen**, s. 2723.

²² **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1062.

²³ Ancak **Serozan**'a göre, yaş sınırı yirmi yedidir (s. 163).

²⁴ **Baygın**, s. 123.

²⁵ **Hegnauer**, Berner Kommentar, Art. 277, N. 25, 91.

Beklenebilirlik, somut olayın koşullarına göre tespit edilir²⁶. Bu noktada, hâkimin geniş takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir²⁷.

Her şeyden önce, ana ve babanın ekonomik durumu bu kapsamda ele alınmalıdır²⁸. Ana ve babanın ekonomik durumunun zayıf olması halinde, ana ve babadan, eğitimine devam eden ergin çocuğa nafaka ödemesi, somut olayın koşulları dikkate alındığında, beklenebilir olmayabilir²⁹.

Yalnızca ana ve babanın ekonomik durumunun zayıf olması değil, çocuğun başarısızlığı³⁰, yeteneksizliği ve eğitimine olan ilgisizliği de beklenebilirlik bakımından önemlidir³¹. Bu noktada eğitimin süresi de önemlidir³². Çocuğun akademik başarısı yanında ana ve babası ile kurduğu ilişkilerin de beklenebilirlik bakımından önemli olduğu ifade edilmektedir³³.

Önemle belirtmek gerekir ki eşler arasında söz konusu olan karşılıklı bakım yükümlülüğü ile ergin çocuğun nafaka talebi birbiriyle çatıştığında, eşler arasındaki bakım yükümlülüğüne öncelik verilmelidir³⁴. Benzer şekilde, ergin olmayan çocuğun bakım yükümlülüğü ile eğitimine devam eden ergin çocuğun nafaka talebi birbiriyle çatıştığında, yine ergin olmayan

²⁶ **Gmünder**, Art. 277, N. 5; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1676.

²⁷ **Gmünder**, Art. 277, N. 6.

²⁸ **Baygın**, s. 122; **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, s. 493; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1063. İsviçre’de verilen bazı mahkeme kararlarına göre, nafaka ödemesinin ekonomik bakımdan beklenebilir olması için, davalı ana veya babanın gelirinden nafaka miktarının düşülmesinden sonra kalan kısım, davalının zorunlu ihtiyaçları için gereken miktardan en az % 20 oranında fazla olmalıdır (**Gmünder**, Art. 277, N. 5).

²⁹ **Hegnauer**, Berner Kommentar, Art. 277, N. 26; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1058; **Kılıçoğlu**, s. 493; **Türkmen**, s. 2725.

³⁰ Çocuğun birkaç dersten başarısız olmasının kabul edilebilir bir durum olduğu belirtilmektedir (**Hegnauer**, Berner Kommentar, Art 277, N. 115).

³¹ **Hegnauer**, Berner Kommentar, Art. 277, N. 26; **Gmünder**, Art. 277, N. 4; **Akıntürk**, Turgut/Ateş, Derya: Aile Hukuku, Beta Yayınları, 20. Basım, İstanbul 2017, s. 401; **Baygın**, s. 122; **Kılıçoğlu**, s. 493; **Öztan**, Aile Hukuku, s.1059; **Türkmen**, s. 2725.

³² **Akıntürk/Ateş**, s. 401; **Türkmen**, s. 2728 vd. Bu süre, ilgili eğitimin tamamlanması için gerekli olan olağan süredir (**Gmünder**, Art. 277, N. 7; **Hegnauer**, Berner Kommentar, Art. 277, N. 61; **Roelli**, Art. 277, N. 5). Bu süre, zorunlu askerlik görevi, mecburi staj veya kaza, hastalık gibi durumlar nedeniyle uzayabilir (**Hegnauer**, Berner Kommentar, Art. 277, N. 63).

³³ **Gmünder**, Art. 277, N. 5; **Roelli**, Art. 277, N. 4; **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, s. 493; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1059, 1063; **Türkmen**, s. 2725.

³⁴ **Ergenekon**, Yılmaz: Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları, 1. Basım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1966, s. 43; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1059.

çocuğun bakım yükümlülüğüne öncelik verilmelidir³⁵. Eşlerin ve ergin olmayan çocukların bakımından sonra kalan kısım üzerinden ancak eğitime devam eden ergin çocuğa nafaka ödenmesi düşünülebilir³⁶. Bu hususlar da yine beklenebilirlik kapsamında ele alınmalıdır.

C. Nafaka Miktarı

TMK md. 330 f. 1 hükmü uyarınca, “*Nafaka miktarı, çocuğun ihtiyaçları ile ana ve babanın hayat koşulları ve ödeme güçleri dikkate alınarak belirlenir. Nafaka miktarının belirlenmesinde çocuğun gelirleri de göz önünde bulundurulur*”. Eğitime devam eden ergin çocuk, burs alıyorsa nafaka miktarının belirlenmesinde bu durum da dikkate alınır³⁷.

Nafaka davası, ana veya babadan yalnızca birine karşı açılmışsa nafaka miktarının belirlenmesinde diğeri üzerine düşen yükümlülük de dikkate alınır³⁸. TMK md. 330 f. 2 hükmü uyarınca, “*Nafaka her ay peşin olarak ödenir*”. Talep halinde hâkim tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alarak, gelecek yıllarda ödenecek nafaka miktarını da belirleyebilir (TMK md. 330 f. 3). Ayrıca koşulların değişmesi halinde, talep üzerine hâkim, nafaka miktarını yeniden belirleyebileceği gibi, nafakayı tamamen de kaldırabilir.

D. Nafaka Davası

Bu dava, bizzat eğitime devam eden ergin çocuk tarafından açılabilir. Eğitime devam eden ergin çocuğa ekonomik olarak destek olan ana veya babadan biri, diğeriye karşı bu davayı açamaz³⁹. Eğitime devam eden ergin

³⁵ Ergenekon, s. 43.

³⁶ Ergenekon, s. 43; Öztan, Aile Hukuku, s. 1059.

³⁷ Hegnauer, Berner Kommentar, Art. 277, N. 93; Roelli, Art. 277, N. 3. Part-time bir işte çalışıyorsa, bu durum da hesaba katılmalıdır (Gmünder, Art. 277, N. 8).

³⁸ Öztan, Aile Hukuku, s. 1059.

³⁹ Yargıtay 2. HD., 23.1.2007, 12505/233 : “*Annenin, ergin çocuk adına (eğitimi devam ediyor olsa bile) nafaka talep etme hakkı bulunmamaktadır*” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018); Yargıtay 2. HD., 22.10.2013, 10251/23928: “*Ana ve babanın bakım borcu, kural olarak çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (TMK md. 328). Ancak bu durumdaki yükümlülük, ergin olan çocuğun kendisi tarafından açılmış bir dava mevcutsa söz konusudur. Tarafların müşterek çocuğu Ö. 04.02.1994 doğumlu olup, dava sırasında ergin olmuştur. Kendisi tarafından açılmış bir nafaka davasının bulunmadığı gözlemlenince, bu çocuk için ergin*

çocuk, bu davayı yalnızca ana ve babasına karşı açabilir. Bu dava, ana veya babadan yalnızca birine karşı açılabileceği gibi, her ikisine karşı da açılabilir. Bu davada, görevli mahkeme, aile mahkemesidir; genel yetki kuralı uyarınca yetkili mahkeme ise davalının yerleşim yeri mahkemesidir.

Açılan davada, davacı ergin çocuğun, eğitimine devam ettiğini ispat etmesi gerekir⁴⁰. Buna karşılık, davacının davalı ana veya babadan nafaka ödemesinin beklenebilir olduğunu ispat etmesine gerek yoktur⁴¹. Nafaka ödemek istemeyen davalı, nafaka ödemesinin kendisinden beklenebilir olmadığını ispat ederek nafaka ödemekten kurtulabilir.

Bu dava bakımından herhangi bir süre şartı söz konusu değildir. Eğitimi sona erinceye kadar, ergin çocuk bu davayı açabilir⁴². Açılan davada, davalı ana veya babanın, davacı ergin çocuğuna nafaka ödemesine karar verilmesi halinde, nafaka davanın açıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Zira hüküm, dava tarihindeki şartlar esas alınarak kurulur.

Önemle belirtmek gerekir ki ergin olmayan çocuk için ödenen iştirak nafakasının, çocuğun ergin olması halinde, kendiliğinden eğitim nafakasına dönüşmesi ve eğitim nafakası olarak devam etmesi mümkün değildir⁴³. Bir Yargıtay kararında⁴⁴ da belirtildiği üzere, iştirak nafakası ayrıca bir mah-

olduktan sonra ki döneme ilişkin nafaka tayin edilmesi ve tayin edilen bu nafakanın davadan tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmesi doğru olmamıştır” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018); Yargıtay 2. HD., 15.5.2014, 9081/11344: “Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve babanın, eğitim sona erinceye kadar çocuğa bakım yükümlülüğü (TMK md. 328/2), ergin olan çocuk tarafından açılmış bir nafaka davası varsa dikkate alınır. Ergin olan çocuk tarafından harcı yatırılarak açılmış bir nafaka davası bulunmamaktadır. Bu nedenle müşterek çocuk Hatice için yardım nafakası takdir edilmesi usul ve yasaya aykırıdır” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

⁴⁰ **Roelli**, Art. 277, N. 4; **Türkmen**, s. 2738.

⁴¹ **Roelli**'ye göre, bu davada genel ispat yükü kuralı uygulanır. Yazara göre, davacı ergin çocuk, hem eğitimine devam ettiğini hem de nafaka ödemesinin davalı ana veya babadan beklenebilir olduğunu ispat yükü altındadır (Art. 277, N.4).

⁴² **Türkmen**, s. 2738.

⁴³ **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, s. 492. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Olguç**, S. Can: “Ergin Olup da Eğitimine Devam Eden Çocuk Lehine İştirak Nafakasının Devamı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 73, 2012, s. 24-29.

⁴⁴ Yargıtay 2. HD., 17.2.2016, 447/2843: “Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve babanın, eğitim sona erinceye kadar çocuğa bakım yükümlülüğü (TMK m. 328/2), ergin olan çocuk tarafından açılmış bir nafaka davası varsa dikkate alınır. Ergin olan çocuk tarafından, ana ve babanın açıklanan yükümlülüğüne dayanılarak

keme kararı olmaksızın çocuğun ergin olmasıyla kendiliğinden ortadan kalkar; eğitimi devam eden ergin çocuğa nafaka ödenebilmesi için, mutlaka ergin çocuk tarafından bir nafaka davası açılmış olması gerekir.

II. YARDIM NAFKASI

A. Genel Olarak

Aile, “Evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik” olarak tanımlanmaktadır⁴⁵. Aileye ilişkin bir diğer tanım ise şöyledir⁴⁶: “Aynı soydan gelen veya aralarında akrabalık ilişkileri bulunan kimselerin tümü”. Türk Medeni Kanunu’nun *Aile Hukuku* Kitabı’nın *Hısımlık* başlıklı ikinci kısmının ikinci bölümü de *Aile* başlığını taşımaktadır. Bu bölümde, öncelikle birinci ayırım olarak, *Nafaka Yükümlülüğü* düzenlenmektedir. TMK md. 364 f. 1 hükmü uyarınca, “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür”. Bu yükümlülüğün, esasen bir ahlak kuralının bir hukuk kuralı haline gelmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir⁴⁷. Bu husus, Yargıtay kararlarına şu şekilde yansımıştır:

“Yardım nafakası, aile bireylerini yoksulluk ve düşkünlükten kurtarmaya dair bir nevi sosyal yardımlaşma olup, ahlak kuralları ile geleneklerin zorunlu kıldığı bir ödevdir. Aile bağlarının herhangi bir sebeple zayıflamış olması da yükümlülüğü ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeplerle kanun koyucu, yardım nafaka-

açılmış bir nafaka davası bulunmamaktadır. Müşterek çocuk dava tarihinde reşit olduğundan iştirak nafakası ayrıca bir mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden ortadan kalkmıştır” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

⁴⁵ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a7ad2bca44488.18201097, Erişim tarihi: 7 Şubat 2018).

⁴⁶ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a7ad2bca44488.18201097, Erişim tarihi: 7 Şubat 2018).

⁴⁷ **Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim: *Aile Hukuku*, 2. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 289; **Bozdağ**, s. 93; **Baygın**, s. 443; **Ergenekon**, s. 25-26; **Ruhi**, s. 141; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1756; **Akıntürk/Ateş**, s. 443-444; **Öztan**, *Aile Hukuku*, s. 1201; **Özdemir**, s. 65-66.

*sını kişinin ve toplumun vicdanına bırakmamış, kanuni bir ödev olarak düzenlemiştir*⁴⁸”.

Aile bireylerinin dayanışma ve yardımlaşma içinde bulunması gerektiği düşüncesinden hareketle, TMK md. 364 ve devamı maddelerinde düzenlenen bu nafaka türüne, *yardım nafakası* da denmektedir⁴⁹.

B. Nafaka Yükümlüleri

İlgili hüküm uyarınca, nafaka yükümlülüğü, yalnızca üstsoy ve altsoy kan hısımları ile kardeşler⁵⁰ arasındadır ve bu yükümlülük karşılıklıdır. Kayın hısımları bakımından nafaka yükümlülüğü söz konusu değildir⁵¹. Bununla birlikte nafaka yükümlülüğünde, üstsoy ve altsoy kan hısımları bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır⁵². Ayrıca kan hısımlığı ana tarafından olabileceği gibi baba tarafından da olabilir. Nafaka yükümlülüğü bakımından kan hısımlığının hangi taraftan olduğunun bir önemi yoktur⁵³.

Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun baba ile soybağının tanıma veya hâkim hükmü ile kurulması halinde ise nafaka yükümlülüğü, ancak soybağının kurulmasıyla söz konusu olabilir⁵⁴. Evlat edinme yoluyla evlat edinilen ile evlat edinilen arasında da bir soybağı ilişkisi kurulduğundan (TMK md. 282 f. 3), evlat edinilen ile evlat edinilen arasında da karşılıklı olarak nafaka yükümlülüğü doğar⁵⁵. Ayrıca evlat edinilen ile kendi ana ve babası arasında

⁴⁸ Yargıtay 3. HD., 20.6.2017, 18287/10525 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018); Yargıtay 3. HD., 18.5.2017, 18894/7558 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

⁴⁹ **Akıntürk/Ateş**, s. 444; **Bozdağ**, s. 93. **Serozan**'a göre, yardım nafakası, “... *feodal büyük aileye özgü bir nafakadır; işlevini büyük ölçüde yitirmiştir*” (s. 164).

⁵⁰ Kardeşlerin mutlaka hem analarının hem de babalarının ortak olması gerekmez. Yalnızca ana bir ya da yalnızca baba bir kardeşler de nafaka yükümlüsü veya alacaklısı olabilir (**Yetik**, Nurten: Açıklamalı-İçtihatlı Ehliyet-Velayet-Nüfus-Vesayet-Nafaka, 1. Basım, Adil Yayınevi, Ankara 2003, s. 188; **Baygın**, s. 447; **Ergenekon**, s. 57; **Ruhi**, s. 147).

⁵¹ **Baygın**, s. 443; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1204; **Akıntürk/Ateş**, s. 445; **Özdemir**, s. 67; **Ruhi**, s. 147.

⁵² **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1758; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1205.

⁵³ **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1759.

⁵⁴ **Akıntürk/Ateş**, s. 445; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1759; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1205; **Özdemir**, s. 66.

⁵⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1760; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1205; **Akıntürk/Ateş**, s. 445; **Özdemir**, s. 66.

mevcut olan nafaka yükümlülüğü de ortadan kalkmaz; bu yükümlülük, tali olarak devam eder⁵⁶. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁵⁷.

Evlat edinen ile evlat edinilenin altsoyu arasında nafaka yükümlülüğünün olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵⁸, evlat edinme sonucunda, hısımlık yalnızca evlat edinen ile evlatlık arasında meydana geldiğinden, evlat edinilenin altsoyu ile evlat edinen arasında bir nafaka yükümlülüğü gündeme gelmez. Başka bir görüşe göre⁵⁹, evlat edinen ile evlat edinilenin altsoyu arasında da karşılıklı olarak nafaka yükümlülüğü bulunduğu kabulü gerekir. Yargıtay'a göre⁶⁰ ise, nafaka yükümlülüğü, evlat edinen ile evlatlık arasında söz konusu olur. Oysa TMK md. 500 f. 1 hükmü uyarınca, evlatlık ve altsoyu, evlat edinene kan hısımlı gibi mirasçı olur. O halde, evlat edinen ile evlat edinilenin altsoyu da dayanışma ve yardımlaşma içinde olmalıdır. Kanaatimizce, bu düzenleme dikkate alınarak, evlat edinen ile evlat edinilenin altsoyu arasında da karşılıklı olarak nafaka yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmelidir.

C. Şartları

1. Nafaka Alacaklısı Bakımından

Yardım nafakası talep edilebilmesi için, yardım edilmemesi halinde kişinin yoksulluğa düşecek olması gerekir. O halde, talep anında kişinin mutlaka yoksulluk içinde bulunması gerekmez⁶¹.

⁵⁶ Baygın, s. 446; Bozdağ, s. 96; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1760; Öztan, Aile Hukuku, s. 1206; Özdemir, s. 66-67; Ruhi, s. 146.

⁵⁷ Yargıtay 3. HD., 10.10.2011, 10844/15005: "...ana ve babaya ait olan yükümlülüklerin, çocuğun evlat edinilmesi ile son bulacağı kanısına varılmaktadır. Ancak, T.M.K. 500. maddesi gereğince evlatlığın kendi ailesindeki mirasçılığının da devam edeceği hüküm altına alınmış olduğu gözetildiğinde; ana ve babanın evlat edinilen çocuklarına bakma yükümlülüğününün, evlat edinenin yükümlülüğününün yanı sıra, 2. derecede (tali) olarak devam etmekte olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır" (http://www.kazanci.com, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

⁵⁸ Akıntürk/Ateş, s. 387.

⁵⁹ Baygın, s. 443, 446; Bozdağ, s. 96-97; Ergenekon, s. 55; Öztan, Aile Hukuku, s. 1000, 1205-1206.

⁶⁰ Yargıtay 3. HD., 3.11.2015, 9613/17115; Yargıtay 3. HD., 9.2.2015, 14387/1852: "Yardım Nafakası yükümlülüğü, belli kan hısımlarına (ve bir de evlat edinenle evlatlığa) yükletilmiştir" (http://www.kazanci.com, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

⁶¹ Öztan, Aile Hukuku, s. 1210; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1765; Özdemir, s. 68; Bozdağ, s. 108. Ayrıca bkz. Yargıtay 3. HD., 14.3.2016, 9/3772 (http://www.kazanci.com, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

Yoksulluk, “*Sefillik, sefalet, fakirlik*” olarak tanımlanmaktadır⁶². Bir Yargıtay kararında⁶³, yoksulluk hali, “*başkasının yardımı olmadan günlük yiyeceğini bile sağlayamayacak durumda olmak*” şeklinde ifade edilmiştir. Başka bir Yargıtay kararında, “*yoksulluğa düşme teriminin açıkça çok sıkıntılı ve ağır ekonomik koşulları ifade ettiği*” belirtilmiştir⁶⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da “*yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek yerinde olur*” denmiştir⁶⁵. Yardım nafakasının işlevi, kişinin bütün ihtiyaçlarının karşılanması değildir⁶⁶. Aksi takdirde yardım nafakası, bir zenginleşme aracı olarak kullanılmış olur⁶⁷.

Doktrinde ise yoksulluk, kişinin kendi imkânlarıyla temel ve zorunlu ihtiyaçlarını karşılayamaması olarak tanımlanmaktadır⁶⁸. Buna göre, yoksulluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde, öncelikle yardım nafakası talep eden kişinin sahip olduğu imkânlar değerlendirmelidir. Örneğin hâlihazırda işsiz olan ancak çalışma gücü ve imkânı bulunan bir kişi bakımından yoksulluk şartının gerçekleştiği söylenemez⁶⁹. Buna karşılık, bir Yargıtay kararında⁷⁰, ev hanımı olan ve herhangi bir geliri bulunmayan davacının kendi emek ve geliriyle yaşamını sürdürmekten yoksun olduğundan bahisle, emekli olacağı tarihe kadar yardım nafakası isteyebileceği belirtilmiştir. Bu kararda davacının çalışabilecek durumda olup olmadığına

⁶² Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a7b07c3972f97.92691451, Erişim tarihi: 7 Şubat 2018).

⁶³ Yargıtay 2. HD., 3.3.1975, 1781/2009 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 7 Şubat 2018).

⁶⁴ Yargıtay 3. HD., 6.7.2017, 9752/11174 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

⁶⁵ YHGK, 7.10.1998, 2-656/688 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

⁶⁶ Yargıtay 3. HD., 17.11.2014, 9855/14704: “*Yardım nafakası yoluyla nafaka isteyeninin geçiminin ve her türlü gereksinmelerinin sağlanması gerekmez*” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 9 Şubat 2018).

⁶⁷ Yargıtay 3. HD., 6.7.2017, 9752/11174 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

⁶⁸ **Öztañ**, Aile Hukuku, s. 1210; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1766; **Akıntürk/Ateş**, s. 449.

⁶⁹ **Şener**, Esat: Uygulamalı-İçtihatlı Nafaka-Velayet-Vesayet-Evlatlık-Babalık, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1994, s. 162; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1768; **Öztañ**, Aile Hukuku, s. 1211; **Ruhi**, s. 156.

⁷⁰ Yargıtay 3. HD., 14.3.2016, 9/3772 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

ilişkin herhangi bir inceleme ve değerlendirme bulunmamaktadır; davacının ev hanımı olması ve davanın açıldığı tarihte herhangi bir gelirin olmaması, yardım nafakası talebinin kabulü bakımından yeterli görülmüştür. Kararda, davacının dava devam ederken emekli olduğu belirtilmiş ve hükmün dava tarihindeki şartlar esas alınarak kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Elbette, hüküm dava tarihindeki şartlar esas alınarak kurulur. Ancak davacının dava devam ederken emekli olması, üzerinde dikkatle durulması gereken bir konudur. Zira malulen emekli olmadıysa davacının çalışma gücü ve imkânı olabilir. Ancak kararda, davacının hangi şartlarda emekli olduğu ve çalışma gücünün bulunup bulunmadığı hususu üzerinde durulmamıştır. Kanaati-mizce, bu karar bakımından eksik inceleme söz konusudur. Başka bir Yargıtay kararında⁷¹ ise, dokuz aydır işsiz olan davacının, daha önce çalışarak geçimini sağladığı; kendi imkânlarıyla yaşamını sürdürmediğini ispat edemediği ve buna bağlı olarak yardım nafakası talebinin reddi yönünde hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir. Gerçekten de çalışması halinde kişi yoksulluğa düşmeyecekse bu durumda o kişinin nafaka talebi karşılanamaz⁷².

Çalışma gücü bakımından erkek ile kadın arasında bir fark yoktur⁷³. Bu husus, 1975 yılında verilen bir Yargıtay kararında, açıkça belirtilmiştir⁷⁴. Ayrıca yakın tarihli sayılabilecek bir Yargıtay kararında⁷⁵ da aynı anlayışın devam ettiği görülmektedir. Karara konu olayda, davacı kadın, davalının erkek olduğundan ek iş yapabileceğini ileri sürmüş ve daha önce hükmedilen yardım nafakası miktarının artırılmasını istemiştir. Yargıtay tarafından, bu hususa itibar edilmemiş ve davacının ihtiyaçları ile davalının gelir durumu dikkate alınarak, hakkaniyete uygun bir miktara hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durum şüphesiz kadın-erkek eşitliği bakımından da önemlidir.

Yoksulluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde, öncelikle yardım nafakası talep eden kişinin sahip olduğu imkânlar değerlendirilirken,

⁷¹ Yargıtay 3. HD., 22.12.2015, 15150/20791 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 9 Şubat 2018).

⁷² Öztan, Aile Hukuku, s. 1211; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1768; Akıntürk/Ateş, s. 449.

⁷³ Köprülü/Kaneti, s. 292; Şener, s. 161; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1768; Akıntürk/Ateş, s. 449; Özdemir, s. 68.

⁷⁴ Yargıtay 2. HD., 3.6.1975, 5386/5641 (Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1768, dn.16; Özdemir, s. 68, dn.39).

⁷⁵ Yargıtay 3. HD., 30.1.2014, 16658/1324 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 9 Şubat 2018).

malvarlığının bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Yardım nafakası talebinin kabulü için, nafaka alacaklısının malvarlığını tüketmiş olması gerekir⁷⁶. Yardım nafakası talebiyle açılan bir davada, davacının taşınmaz malının bulunup bulunmadığının araştırılmaması, Yargıtay tarafından eksik inceleme olarak değerlendirilmiş ve davacıya yardım nafakası ödenmesi yönündeki ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur⁷⁷. Başka bir Yargıtay kararında⁷⁸ ise davacının kendi evinde oturmakta olduğu; tarlası ve traktörü bulunduğu; taşınmazlarından kira geliri elde edebileceği; bankada vadeli mevduat hesabında parasının bulunduğu ve yaşlılık aylığı aldığı belirtilmiş, malvarlığı olan kişinin ihtiyaçlarını öncelikle bu malvarlığından karşılaması gerektiğinden bahisle, davacıya yaşlı ve yardıma muhtaç olması sebebiyle yardım nafakası ödenmesine hükmedilemeyeceği ifade edilmiştir.

Yardım nafakası talep eden kişinin malvarlığının bulunması, yardım nafakası talebinin reddi için her zaman yeterli bir sebep değildir; malvarlığının tüketilebilir olması da gerekir⁷⁹. Örneğin bir Yargıtay kararında⁸⁰, yardım nafakası talebinde bulunan davacının taşınmazlarının bulunduğu belirtilmiş ancak bu taşınmazlardan yararlanıp yararlanılamayacağı hususunun ve taşınmazların satılabilirlik durumunun da araştırılması gerektiği ifade edilmiştir.

Yardım nafakası talebinin karşılanabilmesi için, nafaka alacaklısının iyiniyetli olması gerekir⁸¹. Bir Yargıtay kararında⁸², boşandığı eşinden nafaka talep etme imkânı bulunan davacının, bu haktan feragat ederek, boşanma davasından üç ay gibi kısa bir süre sonra babasından yardım nafakası talep etmesinin iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacağı belirtilmiştir.

Bazı hallerde, kişi yoksulluk içinde bulunsa dahi yardım nafakası talep edemez. Bu durum, TMK md. 364 f. 3 hükmünden ileri gelir. Şöyle ki eşler-

⁷⁶ Şener, s. 162; Öztan, Aile Hukuku, s. 1211; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1766; Özdemir, s. 69.

⁷⁷ Yargıtay 3. HD., 20.2.2017, 11286/1689 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 12 Şubat 2018).

⁷⁸ Yargıtay 3. HD., 21.6.2004, 6170/6871 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 12 Şubat 2018).

⁷⁹ Öztan, Aile Hukuku, s. 1211; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1767; Özdemir, s. 69.

⁸⁰ Yargıtay 3. HD., 30.9.2002, 10904/10639 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 12 Şubat 2018).

⁸¹ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1768; Özdemir, s. 69-70.

⁸² Yargıtay 3. HD., 18.11.2014, 7996/14978 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 9 Şubat 2018).

den biri, diğerinden; çocuk, ana veya babasından bakım nafakası olarak ihtiyaçlarını karşılayabilme imkânına sahipse yardım nafakası talep edemez⁸³. Örneğin yakın tarihli sayılabilecek bir Yargıtay kararında⁸⁴, müşterek çocuklar için talep edilen tedbir nafakasının, ilk derece mahkemesi tarafından yardım nafakası olarak nitelendirilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilmiştir.

2. Nafaka Yükümlüsü Bakımından

a. Altsoy ve Üstsoy Bakımından

TMK md. 364 f. 2 hükmü uyarınca, “*Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır*”. Refah içinde bulunma şartı yalnızca kardeşler bakımından söz konusudur. O halde, altsoy ve üstsoyun nafaka yükümlüsü olabilmesi için, refah içinde bulunmasına gerek yoktur; ödeme gücünün bulunması yeterlidir⁸⁵.

Ödeme gücü, kişinin yoksulluğa düşmeden yardım edebilmesini ifade eder⁸⁶. Başka bir deyişle kendisi yoksulluk içinde olan bir kişinin yardım nafakası ödemesi düşünülemez⁸⁷. Yargıtay kararlarında⁸⁸, yardım nafakası ödemekle yükümlü tutulacak kişinin geçim sıkıntısına düşürülmemesi gerektiği ifade edilmiştir.

Bakım borcu, yardım nafakasından önce geldiği için, nafaka yükümlüsünün ödeme gücünün bulunup bulunmadığının tespitinde, nafaka yükümlüsünün bakmakla yükümlü olduğu kişiler de dikkate alınır⁸⁹. Ayrıca hakka-

⁸³ Yargıtay 3. HD., 14.9.2015, 6371/14052: “*Davacı kadın evli olup, evli olan davacının nafakasından birinci derecede kocası sorumludur*” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 12 Şubat 2018).

⁸⁴ Yargıtay 3. HD., 10.5.2017, 17054/6901 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 12 Şubat 2018).

⁸⁵ Köprülü/Kaneti, s. 292; Akıntürk/Ateş, s. 449; Bozdağ, s. 102; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1773; Öztan, Aile Hukuku, s. 1213; Özdemir, s. 70. Yargıtay 2. HD., 29.2.2000, 2470/2585 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 13 Şubat 2018).

⁸⁶ Öztan, Aile Hukuku, s. 1213; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1774.

⁸⁷ Akıntürk/Ateş, s. 449-450. Yargıtay 2. HD., 29.2.2000, 2470/2585: “*Kendini zaruret içinde bulunan yardım nafakası ödemeye mahkum etmek Medeni Kanunun 315. maddesi hükmü ile bağdaşmaz*” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 13 Şubat 2018).

⁸⁸ Yargıtay 3. HD., 21.9.2016, 11223/11126 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 13 Şubat 2018); Yargıtay 3. HD., 30.11.2015, 12723/19130 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 13 Şubat 2018).

⁸⁹ Öztan, Aile Hukuku, s. 1213; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1774.

niyet de gözetilir⁹⁰. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakımından durum farklıdır. Zira TBK md. 615 f. 1 hükmü uyarınca, “bakım alacaklısı, ölünceye kadar bakma sözleşmesi yüzünden kanuna göre nafaka yükümlüsü olduğu kişilere karşı yükümlülüğünü yerine getirme imkânını kaybediyorsa, bundan yoksun kalanlar sözleşmenin iptalini isteyebilirler”.

b. Kardeşler Bakımından

Kardeşlerin nafaka yükümlülüğü ise, refah içinde bulunmaları şartına bağlıdır. Refah, “bolluk, rahatlık ve varlık içinde iyi yaşama” olarak tanımlanmaktadır⁹¹. Yargıtay’a göre⁹², “Geliri, çevresine ve sosyal durumuna göre lüks sayılabilecek şeyleri sağlamaya elverişli bulunan ve ihtiyaçları dışında bir bolluk ve zenginlik içinde olan kimse refah halinde sayılır”. Yine Yargıtay’a göre⁹³, “Malî durumu fevkalâde masrafları karşılamaya elverişli ve ihtiyarlık günleri için tasarrufa da imkân bulabilecek geliri bulunan kişi, refah içinde kabul edilir”. Buna karşılık, kendi ihtiyaçlarından kısarak, başka bir deyişle kendinden fedakârlık ederek para biriktiren kişinin refah içinde bulunduğu bahsedilemez⁹⁴. Doktrinde⁹⁵ de kardeşlerin yardım nafakası ödemekle yükümlü tutulabilmesi için, belirli bir zenginliğe ulaşmış olması gerektiği ifade edilmektedir. Şener’e göre⁹⁶, refah içinde bulunma, “hiçbir sıkıntıya düşmeden ve başka ihtiyaçlarından fedakârlık yapmadan, ödeme gücüne sahip olmaktır”.

2007 yılında Türk Medeni Kanunu’nda yapılan bir değişiklikle kardeşler saklı paylı mirasçı olmaktan çıkarılmıştır. Ancak kardeşler, yardım nafa-

⁹⁰ Yargıtay 3. HD., 4.11.2015, 9875/17177 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 13 Şubat 2018); Yargıtay 3. HD., 7.12.2015, 13495/19700 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 13 Şubat 2018).

⁹¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a82f339bb35f4.86004201; http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a82f34181fd64.89519325; Erişim tarihi: 13 Şubat 2018).

⁹² Yargıtay 2. HD., 28.9.1972, 5848/5323 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 13 Şubat 2018).

⁹³ Yargıtay 2. HD., 29.3.1974, 1921/1961 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 13 Şubat 2018).

⁹⁴ Yargıtay 2. HD., 5.11.1985, 9089/8985 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 13 Şubat 2018).

⁹⁵ Köprülü/Kaneti, s. 293; Akıntürk/Ateş, s. 450; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 536; Öztan, Aile Hukuku, s. 1214; Dural/Öğüz/Gümüş, N.1780; Özdemir, s. 67, 71.

⁹⁶ Şener, s. 164.

kası bakımından hala nafaka yükümlüsüdür. Bu durum, bazı yazarlara göre⁹⁷ bir çelişkidir ve bu çelişkinin de en kısa zamanda giderilmesi gerekmektedir. Bu görüşün dayanağı, İsviçre Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemesidir⁹⁸. İsviçre Medeni Kanunu'na göre, kardeşler saklı paylı mirasçı olmadığı gibi, yardım nafakası bakımından nafaka yükümlüsü veya nafaka alacaklısı da değildir. Ancak İsviçre Medeni Kanunu'na göre, üstsoy ve altsoy kan hısımlarının nafaka yükümlülüğü bizdekinden farklı olarak, altsoy ve üstsoy kan hısımlarının refah içinde bulunmalarına bağlıdır⁹⁹. Yani İsviçre Medeni Kanunu'nun konuya bakış açısı bizimkinden farklıdır¹⁰⁰. Kaldı ki TMK md. 364 ve devamı maddelerinde düzenlenen nafaka yükümlülüğü, yalnızca saklı paylı mirasçılar arasında söz konusu olan bir yükümlülük de değildir. Zira üçüncü zümre mirasçılarının saklı payı bulunmamaktadır. Ancak bunlar, TMK md. 364 f. 1 hükmü uyarınca, *sırası geldiğinde* nafaka yükümlüsü olabilir. Hatta altsoy ve üstsoy bakımından herhangi bir sınırlama söz konusu olmadığı için, yasal mirasçı olmayan büyük ana ve büyük babaların ana ve babalarından dahi yardım nafakası talep edilebilir¹⁰¹. Bu nedenle kanaatimizce, kardeşlerin saklı payının kaldırılmış olması, kardeşler bakımından nafaka yükümlülüğünün kaldırılması için yeterli bir sebep değildir.

c. Birden Fazla Nafaka Yükümlüsünün Bulunması

Birden fazla nafaka yükümlüsünün bulunması halinde, TMK md. 365 f. 1 hükmü uyarınca, mirasçılıktaki sıra dikkate alınır. Mirasbırakanın terekesi üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi olan kişiye *mirasçı* denir¹⁰². Miras-

⁹⁷ **Çakırca**, Seda İrem: “Kardeşler Arasında Nafaka Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:64, Sayı:1, 2015, s. 96-97.

⁹⁸ Yardım nafakasına ilişkin İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliklerle ilgili olarak bkz. **Fankhauser**, Roland: Art. 328 in: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (Hrsg.), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. überarbeitete Auflage, 2016, N. 2.

⁹⁹ **Fankhauser**, N. 4.

¹⁰⁰ **Baygın**'a göre, bu durumun nedeni, bireyciliğin gelişmesi ve aile dayanışmasının önemini yitirmesidir (s. 449).

¹⁰¹ **Baygın**, s. 459; **Bozdağ**, s. 105; **Ergenekon**, s. 46; **Ruhi**, s. 163.

¹⁰² **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, 3. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 38; **İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 13. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2017, s. 12; **Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt: IV: Miras Hukuku, 11. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, N. 43; **Antalya**, Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, 3. Basım, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 38; **Kılıçoğlu**, Ahmet: Miras

bırakanın yasal mirasçuları, birinci zümrede onun altsoyudur (TMK md. 495 f. 1). Mirasbırakandan önce ölmüş olan çocukların yerini, her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır (TMK md. 495 f. 3). Mirasbırakanın yasal mirasçuları, ikinci zümrede onun ana ve babasıdır (TMK md. 496 f. 1). Mirasbırakandan önce ölmüş olan ana ve babanın yerlerini, her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır (TMK md. 496 f. 2). Altsoyu, ana ve babası ve onların altsoyu bulunmayan mirasbırakanın mirasçuları, büyük ana ve büyük babalardır (TMK md. 497 f. 1). Mirasbırakandan önce ölmüş olan büyük ana ve büyük babaların yerlerini, her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır (TMK md. 497 f. 2). Bunlar, mirasbırakanın üçüncü zümre yasal mirasçılarındır. TMK md. 499 uyarınca, sağ kalan eş de mirasbırakanın yasal mirasçılarındandır. Her ne kadar, birden fazla nafaka yükümlüsünün bulunması halinde, mirasçılıktaki sıra dikkate alınsa da bütün yasal mirasçılar bakımından, nafaka yükümlülüğü söz konusu değildir. Nafaka yükümlülüğü, yalnızca altsoy, üstsoy ve kardeşler arasındadır. Örneğin kişinin halası veya amcasının oğlu, duruma göre kişiye mirasçı olabilse de, bu kişiler bakımından nafaka yükümlülüğü söz konusu olmaz.

Mirasçılıktaki sıra dikkate alınacağı için, gelişigüzel bir şekilde yardım nafakası davası açılmaz. Nafaka yükümlüleri arasında birinci sırada nafaka talep edenin altsoyu, ikinci sırada ana ve babası, üçüncü sırada refah içinde bulunmaları koşuluyla kardeşleri, son sırada ise büyük anaları ve büyük babaları bulunur¹⁰³.

Hukuku, 8. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 24; **Öztañ**, Bilge: Miras Hukuku, 6. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 16; **Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, 7. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 16; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, 5. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 113, N. 133; **Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, 9. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 33; **Sarı**, Suat: Uygulamalı Miras Hukuku, 3. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 19.

¹⁰³ Yargıtay 3. HD., 25.2.2016, 15058/2662: “Nafaka davası, mirasçılıktaki sıra göz önünde tutularak açılır. (TMK m. 365) Nafaka alacaklısı kişi, miras hukuku kuralları çerçevesinde ilk olarak kim ya da kimler kendisine mirasçı olacaksa öncelikle onlardan yardım nafakası talebinde bulunabilir. Mirasçılıktaki sıra takip edilmeksizin açılan yardım nafakası davasının dinlenme olanağı yoktur. Mirasçılıktaki ilk sırada yer alan kişi veya kişiler, yoksulluğa düşen kişinin yardım nafakası talebini yerine getiremediği durumlarda, daha sonra mirasçı olacak kişilerden nafaka talebinde bulunulabilir. Türk Medeni Kanunu’nda kan hısımlığı mirasçılığında zümre sistemi kabul edilmiş olup, nafaka yükümlüleri arasında ilk sırada, yardım nafakası talebinde bulunanın altsoyu, ikinci sırada üstsoyu olarak ana ve babası, üçüncü sırada ise refah halinde olması koşuluyla kardeşleri yer alır” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 14 Şubat 2018).

Yakın zümrede mirasçının bulunmasının, uzak zümredeki hısımların mirasçılığını engellemesi gibi, yakın sırada nafaka yükümlüsünün bulunması da sonraki sıralarda yer alan nafaka yükümlülerine başvurmayı engeller. Buna göre, yardım nafakası talebinde bulunan kişi öncelikle altsoyuna başvurmalıdır. Davacının, kardeşinden yardım nafakası talep ettiği bir davada, davacıya ait nüfus kayıt örneği incelenerek, davacının altı çocuğunun bulunduğu tespit edilmiş ve davacının öncelikle altsoyundan yardım nafakası talep etmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁴.

Aynı sırada birden fazla nafaka yükümlüsünün bulunması halinde ise, ödenecek olan nafaka miktarı, yükümlülerin ödeme güçleri oranında paylaşılır¹⁰⁵. Örneğin yalnızca baba aleyhine açılan bir yardım nafakası davasında, baba ile aynı sırada nafaka yükümlüsü olan dava dışı annenin de ekonomik ve sosyal durumu araştırılarak, davalı babanın ödeyeceği nafaka miktarının tespit edilmesi gerekir¹⁰⁶. Yani nafaka yükümlüleri, nafaka alacaklısına karşı müteselsil borçlu değildir¹⁰⁷.

Ön sırada bulunan nafaka yükümlüsünün ödeme gücünden yoksun olması halinde, ön sırada nafaka yükümlüsü bulunmasına rağmen, bir sonraki sıradaki nafaka yükümlüsüne başvurulabilir. Bir Yargıtay kararında¹⁰⁸,

¹⁰⁴ Yargıtay 3.HD., 8.5.2017, 17247/6724 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 14 Şubat 2018).

¹⁰⁵ **Köprülü/Kaneti**, s. 290; **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, s. 538; **Ruhi**, s. 166.

¹⁰⁶ Yargıtay 3. HD., 9.2.2017, 10928/1104 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 14 Şubat 2018).

¹⁰⁷ **Ergenekon**, s. 40. Yargıtay 3. HD., 25.2.2016, 15058/2662: “Aynı sırada birden fazla nafaka yükümlüsü varsa, ödenecek olan nafaka miktarı, ödeme güçleri oranında paylaşılır. Zira nafaka yükümlülüğü müteselsil bir borç doğurmaz” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 14 Şubat 2018); Yargıtay 3. HD., 18.9.2008, 9868/14968: “Nafaka yükümlülerinden bir veya bir kaçından nafaka istenilmesi halinde diğerlerinin yükümlü olacağı nafaka miktarı gözetilerek (indirilerek) nafaka takdir edilmelidir” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 14 Şubat 2018); Yargıtay 3. HD., 26.9.2005, 9880/9032: “Somut olayda, davacı sadece davalı kardeşinden yardım nafakası talebinde bulunmuş olup; dosyada mevcut nüfus kaydına göre, davacının mirasçılıkta aynı derecede bulunan dört kardeşi daha bulunmaktadır. Mahkemece; davacının diğer kardeşlerinin de ekonomik ve sosyal durumlarının araştırılarak yardım kudretlerinin olup olmadığı tespit edilerek, yardım edebilecek güçte olduklarının anlaşılması halinde davalının hissesine düşecek miktara hükmedilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 14 Şubat 2018).

¹⁰⁸ Yargıtay 3. HD., 3.4.2017, 16097/4527 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 14 Şubat 2018). Benzer şekilde, Yargıtay 3. HD., 22.12.2014, 20406/17028: “... nafaka yükümlüsü babanın ölmüş olması veya bakma gücünün olmaması üzerine bir üst züm-

babaları cezaevinde olan, anneleri de sağlık sorunları nedeniyle çalışamayan çocukların, dedelerinden yardım nafakası isteyebileceği belirtilmiştir.

Her ne kadar, ön sırada nafaka yükümlüsünün bulunması, sonraki sıralarda yer alan nafaka yükümlülerine başvurmayı engellese de farklı sıralarda bulunan nafaka yükümlülerine aynı anda başvurulabilmesi bazı hallerde mümkündür. Böyle bir durum, ön sıradaki nafaka yükümlüsünün kısmi ödeme gücünün bulunması halinde söz konusu olur; ön sıradaki nafaka yükümlüsünün ödeme gücünü aşan nafaka miktarı, bir sonraki sırada bulunan nafaka yükümlüsünden istenebilir¹⁰⁹.

Acaba sonraki sırada yer alan nafaka yükümlüsü, nafaka alacaklısına yapmış olduğu ödemeyi, ön sırada bulunan ve ödeme gücüne sahip olan nafaka yükümlüsünden alabilir mi? Başka bir deyişle, sonraki sırada yer alan nafaka yükümlüsü, ön sırada bulunan nafaka yükümlüsüne rücu edebilir mi? Bu şekilde yapılan bir ödeme, ahlaki bir görevin yerine getirilmesi olarak nitelendirilmekte ve sonraki sırada yer alan nafaka yükümlüsünün, ön sıradaki yükümlüye rücu edemeyeceği kabul edilmektedir¹¹⁰. Bu noktada, nafaka yükümlüsü olmamasına rağmen ödemede bulunan kişinin vekâletsiz iş görme hükümlerine başvurup başvuramayacağı da tartışılabilir. Her şeyden önce, vekâletsiz iş görme ilişkisinin söz konusu olabilmesi için, iş görenin iş sahibini borçlandırma iradesi taşıması gerekir¹¹¹. İş sahibi, ahlaki bir görev gereğince bazı masraflara katlanıyorsa böyle bir durumda vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca iş sahibinden talepte bulunamamalıdır¹¹². Ancak nafaka yükümlüsü ile bir anlaşmanın mevcut olması veya nafaka alacaklıları tarafından nafaka yükümlüsü aleyhine bir dava açılmış olması halinde, yapılan masrafların istenebileceği kabul edilmektedir¹¹³.

D. Nafaka Miktarı

Nafaka miktarının belirlenmesinde, TMK md. 365 f. 2 hükmü dikkate alınır. Zira bu hükme göre, yardım nafakası davası “*davacının geçinmesi için gerekli ve karşı tarafın mali gücüne uygun bir yardım isteminden ibarettir*”.

rede yer alan dededen de nafaka istenebilir” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 14 Şubat 2018).

¹⁰⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1786; Öztan, Aile Hukuku, s. 1209.

¹¹⁰ Yargıtay 3. HD., 26.5.1953, 5361/3670 (Ergenekon, s. 81).

¹¹¹ Tandoğan, Haluk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, 1. Basım, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1957, s. 255.

¹¹² Tandoğan, s. 257.

¹¹³ Ergenekon, s. 81.

Buna göre, yardım nafakası miktarının üst sınırını, nafaka alacaklısının geçinmesi için zorunlu olan miktar, alt sınırını ise nafaka borçlusunun ödeme gücü oluşturur. Nafaka yükümlüsü daha fazlasını ödeyebilecek durumda olsa dahi, nafaka miktarı, nafaka alacaklısının geçinmesi için zorunlu olan miktarı aşamaz¹¹⁴. Öte yandan, nafaka alacaklısının geçinmesi için zorunlu olan miktar, nafaka yükümlüsünün ödeyebileceği miktardan fazla olsa bile nafaka miktarı, nafaka yükümlüsünün ödeme gücünü aşamaz.

Bu alt ve üst sınır arasında, hâkim nafaka miktarını takdir eder; nafaka miktarının tespitinde hem davacının hem de davalının durumu dikkate alınır¹¹⁵. Örneğin bir Yargıtay kararında¹¹⁶, davacının %97 oranında engelli olduğu; vesayet altına alındığı; sürekli olarak başkasının bakımına muhtaç olduğu ve bir rehabilitasyon merkezinde tedavi görmesi gerektiği yönündeki iddialar araştırılarak ve vesayet dosyası incelenerek, davacının ihtiyaçlarının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Başka bir Yargıtay kararında¹¹⁷ ise, davacının yaşı ve ihtiyaçları ile davalının gelir durumu dikkate alınarak, hükmedilen nafaka miktarının fazla olduğu ifade edilmiştir.

Değişen koşullar karşısında, hükmedilen nafaka miktarı, nafaka alacaklısının ihtiyaçlarının çoğalması nedeniyle artırılabilir gibi, davalının ödeme gücünün düşmesi nedeniyle azaltılabilir veya nafaka alacaklısının yardıma ihtiyacının kalmaması halinde, kendisine bağlanan nafaka tamamen kaldırılabilir¹¹⁸. Bir Yargıtay kararında¹¹⁹, nafaka miktarının talep halinde yeniden belirlenebileceği; bu kapsamda öncelikle ekonomik ve sosyal değişikliklerin, daha önce hükmedilen nafaka ile taraflar arasında kurulan

¹¹⁴ Yargıtay 3. HD., 6.7.2017, 9752/11174: “Hükmedilecek yardım nafakasının miktarı yalnızca söz konusu sıkıntılı durumu önlemelidir. Yoksa yardım nafakası yoluyla nafaka isteyenin geçiminin ve her türlü gereksinmelerinin sağlanması ve somut olayda olduğu gibi bir zenginleşme aracı olarak kullanılması söz konusu değildir. Zira mevcut ekonomik ve sosyal durumda davacının yoksulluk içinde olduğu kabul edilemez. Bütün bu yönler göz önünde tutulmadan yardım nafakasının amacını aşar bir yorumla davacı lehine yardım nafakasına karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır” (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 19 Şubat 2018).

¹¹⁵ Akıntürk/Ateş, s. 451; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1792; Öztan, Aile Hukuku, s. 1219.

¹¹⁶ Yargıtay 3. HD., 18.5.2017, 18894/7558 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 19 Şubat 2018).

¹¹⁷ Yargıtay 3. HD., 21.9.2016, 11223/11126 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 19 Şubat 2018).

¹¹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1795; Öztan, Aile Hukuku, s. 1219; Özdemir, s. 74.

¹¹⁹ Yargıtay 3. HD., 23.6.2016, 5118/9798 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 19 Şubat 2018).

dengeyi bozup bozmadığı dikkate alınarak, nafaka miktarının, nafaka alacaklısının ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde, nafaka yükümlüsünün de geliriyle orantılı olacak biçimde, hakkaniyet ölçüsünde artırılabilmesi; olağanüstü bir değişiklik olmadığı takdirde, nafakanın ÜFE oranında artırılması gerektiği belirtilmiştir.

İrat şeklinde ödenmesine karar verilen nafaka miktarının zaman içinde nasıl değişeceği, tarafların talep etmesi halinde, yardım nafakası davasında da, hâkim tarafından karara bağlanabilir¹²⁰. Bu husus, TMK md. 365 f. 5'te düzenlenmiştir.

E. Nafaka Davası

Yardım nafakası davasında görevli mahkeme, aile mahkemeleridir; yetkili mahkeme ise taraflardan birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Bu davada davacı, yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan kişidir. Ayrıca bu dava, nafaka alacaklısına bakmakta olan resmi veya kamuya yararlı kurumlar tarafından da açılabilir (TMK md. 365 f. 4). Bunun yanı sıra, korunmaya muhtaç kişilere bakmakla yükümlü olan kurumlar da yaptıkları masrafları, nafaka yükümlüsü olanlardan isteyebilirler¹²¹ (TMK md. 366). 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun 30. maddesi de aynı doğrultudadır. Bu maddede, "*Kurum, kendisine yardımda bulunduğu kişiler için Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre nafaka ile yükümlü bulunanlar hakkında dava açmak hakkına sahiptir*" denmektedir. Bir Yargıtay kararında¹²² da TMK md. 365 f. 4 ve md. 366 hükmü ile Sosyal Hizmetler Kanunu'nun 30. maddesi bir arada değerlendirilerek, muhtaç olması sebebiyle koruma altına alınan ve bakımı ... Sosyal Hizmetler Genel Müdürlüğü ... Huzurevi ve Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi tarafından üstlenilen kişi için davacı kurumun yardım nafakası davası açma ehliyetinin bulunduğu

¹²⁰ Öztan'a göre, nafaka alacaklısının talebi halinde, hâkim böyle bir karar verebilir (s. 1219).

¹²¹ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tüzüner**, Özlem: "Korunmaya Muhtaç Yaşlılara Bakan Kurumların Nafaka Yükümlüsü Hısımlardan Masraflarını İsteyebilmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 113-114, s. 79-107. **Tüzüner**'e göre, burada kanundan doğan bir halefiyet söz konusudur. Çünkü nafaka alacaklısına ait bir dava hakkı, nafaka alacaklısına bakan kurum tarafından kullanılmaktadır. Ayrıca bu kurumlar, resmi veya özel olabilir (s. 92).

¹²² Yargıtay 3. HD., 14.3.2016, 3340/3728 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 19 Şubat 2018). Ayrıca bkz. Yargıtay 3. HD., 9.2.2017, 10928/1104 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 19 Şubat 2018); Yargıtay 3. HD., 17.9.2014, 12228/11982 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 19 Şubat 2018).

belirtilmiştir. Yardım nafakası davasında davalı ise, duruma göre nafaka yükümlülüğü bulunan altsoy, üstsoy veya kardeşlerdir.

Yardım nafakası davasında, davacı yoksulluk içinde bulunduğunu veya kendisine yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşeceğini ispat yükü altındadır; davalının ödeme gücüne sahip olduğunu veya refah içinde bulunduğunu ispat etmek zorunda değildir¹²³. Yardım nafakası ödemek istemeyen davalı, önceki sırada nafaka yükümlüsünün bulunduğunu veya ödeme gücünün bulunmadığını ya da refah içinde olmadığını ispat ederek nafaka ödemekten kurtulabilir¹²⁴.

Açılan davada, davalının davacıya yardım nafakası ödemesine karar verilmesi halinde, nafaka davanın açıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Zira hüküm, dava tarihindeki şartlar esas alınarak kurulur¹²⁵. Ancak nafaka borcu karar tarihi itibarıyla muaccel olur. Bu nedenle faiz, karar tarihinden itibaren talep edilebilir¹²⁶. Muaccel olan nafaka alacağı, on yıllık zamanaşımı süresine tabidir¹²⁷.

Nafaka alacaklısının veya borçlusunun ölümüyle, yardım nafakası kendiliğinden ortadan kalkar. Alacak hakkı, nafaka alacaklısının mirasçılara geçmeyeceği gibi nafaka ödeme borcu da nafaka borçlusunun mirasçılara geçmez. Ancak bu durum, muaccel olan nafaka alacakları bakımından elbette geçerli değildir¹²⁸.

Kişiye bağlı bir alacak olduğu için, nafaka alacağının üçüncü bir kişiye devri mümkün değildir (TMK md. 183). Buna karşılık, muaccel olan nafaka alacağı, üçüncü bir kişiye devredilebilir. Bunun yanı sıra, TMK md. 144 b. 3 hükmü uyarınca, nafaka borçlusu, nafaka alacaklısının rızası olmaksızın, nafaka borcunu, nafaka alacaklısından olan bir alacağı ile takas edemez. Zira bu hükme göre, nafaka alacağı, borçlunun bakımı için zorunlu olan ve niteliği gereği, doğrudan alacaklıya ödenmesi gereken bir alacaktır. Buna karşı-

¹²³ **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1800; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1217. **Ruhi**'ye göre, "... nafaka isteminde bulunan kardeş ise, kardeşinin refah halinde bulunduğunu ispat edecektir" (s. 179).

¹²⁴ **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1800; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1217.

¹²⁵ Yargıtay İBĞK, 28.11.1956, 15/15 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 20 Şubat 2018); Yargıtay 3. HD., 14.3.2016, 9/3772 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 8 Şubat 2018).

¹²⁶ **Bozdağ**, s. 108.

¹²⁷ **Bozdağ**, s. 114, 124.

¹²⁸ **Köprülü/Kaneti**, s. 294; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1805; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 1215.

lık, nafaka alacaklısı, muaccel olmuş nafaka alacağını, nafaka borçlusuna olan bir borcu ile takas edebilir¹²⁹.

İcra ve İflas Kanunu'nun 83. maddesi uyarınca, "...ilama müstenit olmayan nafakalar ... borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra memurunca lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabilir" . O halde, ilama dayanan yardım nafakası alacağının haczi mümkün değildir.

Son olarak, TMK md. 23 f.1 hükmü uyarınca, "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez". Bu nedenle nafaka talep etme hakkından da baştan feragat edilemez. Böyle bir anlaşma yapılmış olsa dahi bu anlaşmalar geçersizdir¹³⁰. Ancak muaccel olmuş nafaka alacağından feragat edilebilir¹³¹.

III. YARGITAY KARARLARINDAKİ DURUM

Eğitimine devam eden ergin çocuğa ödenen nafaka, hem yakın zamanda hem de geçmiş yıllarda verilen Yargıtay kararlarında, yardım nafakası olarak nitelendirilmiş ve somut olayda yardım nafakasına ilişkin koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılmıştır. Oysa bu iki nafakanın şartları birbirinden farklıdır. Ancak bu hatalı uygulamanın adeta yerleşik bir içtihat haline geldiği anlaşılmaktadır¹³². Bu bölümde öncelikle yakın tarihli Yargıtay kararlarına yer verilecektir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 6.6.2017 tarihli ve 19061/9116 sayılı kararında¹³³, davanın eğitimi devam eden ergin ocuk için yardım nafakası talebine ilişkin olduğu belirtilmiş ve hemen devamında hem TMK md. 328 f.2 hükmüne hem de TMK md. 364 f. 1 hükmüne yer verilmiştir. Kararın devamında ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yoksulluk tanımına deği-nilmiş ve "Eğitimine devam eden reşit birey kendi emek ve geliriyle yaşamını sürdürmekten yoksun ise; ana babasından öğrenimini tamamlayıncaya kadar yardım nafakası isteyebilir" denmiştir.

¹²⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1809.

¹³⁰ Yargıtay 8. HD., 20.3.2014, 9389/4769: "Medeni Kanun'un 23. maddesine göre kimse, medeni haklarını kullanmaktan feragat edemez. Doğmamış haklar, medeni hak niteliğindedir. Onun için henüz hükme bağlanmamış bir kararın temyiz edilemeyeceğine dair sözleşme ve beyan geçersizdir... Bu itibarla, nafakadan önceden vazgeçme hüküm ifade etmez" (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 20 Şubat 2018).

¹³¹ Köprülü/Kaneti, s. 294.

¹³² Bu durum farklı yazarlar tarafından da tespit edilmiştir. Bkz. Baygın, s. 444-445; Türkmen, s. 2708-2709, Sonat, s. 242, dn. 18.

¹³³ <http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 20 Şubat 2018.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 21.9.2016 tarihli ve 7964/11112 sayılı kararında¹³⁴ da, “Kural olarak; anne babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa ana ve baba, durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdür. (TMK m. 328/2) Diğer taraftan; herkes yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve alt soyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür (TMK m.364). Eğitime devam eden reşit birey, kendi emek ve geliriyle yaşamını sürdürmekten yoksun ise anne babasından öğrenimini tamamlayıncaya kadar yardım nafakası isteyebilir. Bu bağlamda belirlenecek nafakanın; davacının geçinmesi için yeterli, nafaka yükümlüsünün geliriyle orantılı olması gerekir. Mahkemece nafaka miktarı tayin edilirken; davacının ihtiyaçları ve anne babanın geliri göz önünde bulundurulmalı, TMK'nin 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi gözetilmelidir” ifadesine yer verilmiştir.

Geçmiş yıllarda verilen Yargıtay kararlarında da durum pek farklı değildir. Örneğin Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 17.3.2008 tarihli ve 888/4688 sayılı kararında TMK md. 364 hükmüne ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yoksulluk tanımına yer verildikten sonra “Somut olayda her ne kadar davalı reşit ve sağlıklı olması nedeniyle çalışabilir konumda ise de dava tarihinde işsiz olduğu sabittir. Öğrenci olması dikkate alındığında ve ülkedeki ekonomik yapı gözetildiğinde davalının iş bulma imkânı da oldukça zordur. Böylece hiçbir malvarlığı ve geliri bulunmayan öğrenci kız çocuğunun zaruret içinde bulunduğu kabulü zorunludur” şeklinde bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 18.9.2008 tarihli ve 9868/14968 sayılı kararına¹³⁵ konu olan olayda ise, davacı iki yıllık meslek yüksek okulunu bitirdikten sonra, dört yıllık eğitimi için başka bir üniversiteye kayıt yaptırmış ve babası aleyhine nafaka davası açmıştır. İlgili Yargıtay kararında, yine yardım nafakasına ilişkin TMK md. 364 hükmüne yer verildikten sonra, davacı hakkında ekonomik ve sosyal durum araştırması yapılmadığından bahisle davacının yoksulluk içinde bulunduğu tespit edilemediği belirtilmiştir.

¹³⁴ <http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 20 Şubat 2018.

¹³⁵ <http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 20 Şubat 2018.

IV. İNCELEME VE DEğERLENDİRME

Yukarıdaki kararlardan Yargıtay'ın, çocuğun ergin olmasıyla ana ve babanın bakım yükümlülüğü sona erdiği için, eğitimine devam eden ergin çocuğun yalnızca yardım nafakası hükümleri kapsamında ana veya babasından nafaka isteyebileceği yönünde bir kanaate sahip olduğu anlaşılmaktadır.

TMK md. 328 f. 1 hükmünde de belirtildiği üzere, “*Ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder*”. Çocuğun ergin olmasından sonra, ana ve babanın ergin çocuğa nafaka ödemekle yükümlü tutulabilmesi ya eğitim nafakası (TMK md. 328 f. 2) kapsamında olur ya da yardım nafakası (TMK md. 364 vd.) kapsamında¹³⁶. Önemle belirtmek gerekir ki yukarıda detaylıca incelendiği üzere, eğitim nafakasının şartları ile yardım nafakasının şartları birbirinden oldukça farklıdır.

Her şeyden önce, TMK md. 328 f. 2 hükmü uyarınca ödenen nafaka, soybağının hükümlerindedir ve ana ile babanın bakım borcu kapsamındadır. TMK md. 364 ve devamı hükümleri uyarınca ödenen nafaka ise, aile bireylerinin dayanışma ve yardımlaşma içinde bulunması gerektiği yönündeki ahlak kuralının kanun koyucu tarafından bir hukuk kuralı haline getirilmesinin sonucudur. İsviçre doktrininde, yardım nafakasının istisnai bir kurum olduğu ve şartlarının da bakım nafakasından daha katı olduğu ifade edilmektedir¹³⁷.

Kaynağı farklı düzenlemeler olan bu iki nafakanın, alacaklısı ve borçlusunu da birbirinden farklıdır¹³⁸. Şöyle ki eğitim nafakasının alacaklısı yalnızca eğitimine devam eden ergin çocuktur. Bu nafakanın borçlusunu ise eğitimine devam eden ergin çocuğun ana veya babasıdır. Yardım nafakasında ise nafaka yükümlülüğü, üstsoy ve altsoy kan hısımları ile kardeşler arasındadır. Bunun yanı sıra, yardım nafakasında bu yükümlülük karşılıklıdır. Oysa eğitim nafakası bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Daha açık bir ifadeyle, eğitimine devam eden ergin ocuk, TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında ana ve babasından nafaka talep edebilir. Buna karşılık, ana ve baba TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında ergin çocuktan nafaka talep edemez.

¹³⁶ **Türkmen**, s. 2755.

¹³⁷ **Breitschmid**, Peter: Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 328-329, N. 2. Türk Hukuku bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. **Serozan**, s. 164.

¹³⁸ **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, s. 492.

Yukarıda da belirtildiği üzere, yardım nafakası talep edilebilmesi için, yardım edilmemesi halinde nafaka alacaklısının yoksulluğa düşecek olması gerekir. Buna karşılık, TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında ergin çocuğa nafaka ödenebilmesi için, çocuğun eğitimine devam ediyor olması yeterlidir. Yani TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında eğitime devam eden ergin çocuğa nafaka ödenebilmesi için, ergin çocuğun sefalet içinde olması gerekmez¹³⁹. Bununla birlikte eğitime devam etmeyen ergin çocuk, TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında ana ve babasından nafaka talep edemez; yoksulluk içinde bulunması şartıyla yalnızca yardım nafakası talep edebilir. Öte yandan, yardım nafakası talep edilebilmesi için, nafaka alacaklısının eğitimine devam etmesi gerekli değildir; yoksulluk içinde bulunması yeterlidir¹⁴⁰.

Ödenecek nafaka miktarı da birbirinden farklıdır. Şöyle ki eğitim nafakası miktarının belirlenmesinde, çocuğun ihtiyaçları dikkate alınır. Buna karşılık, yardım nafakası miktarının belirlenmesinde, nafaka alacaklısının geçinmesi, hayatını idame ettirebilmesi için zorunlu olan miktar dikkate alınır. Yani nafaka yükümlüsü daha fazlasını ödeyebilecek durumda olsa dahi, yardım nafakası miktarı, nafaka alacaklısının geçinmesi için zorunlu olan miktarı aşamaz. Oysa eğitim nafakasından *beklenebilirlik* sınırları içinde, eğitime devam eden ergin çocuğun hayatını idame ettirebilmesi için gerekli olan asgari miktardan daha fazlasına hükmedilebilir. Ana ve babanın ekonomik durumunun müsait olması şartıyla eğitim nafakasının miktarının belirlenmesinde ergin çocuğun sosyo-kültürel ihtiyaçları dahi dikkate alınabilir¹⁴¹. Nafaka yükümlüsü daha fazlasını ödeyebilecek durumda olsa dahi, yardım nafakası miktarı, nafaka alacaklısının geçinmesi için zorunlu olan miktarı aşamayacağı için, yardım nafakası bakımından böyle bir durum söz konusu değildir.

Son olarak, yardım nafakası tali nitelik taşır¹⁴². Zira TMK md. 364 f. 3 hükmünde, “Eş ile ana ve babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, eşlerden biri, diğerinden; çocuk, ana veya babasından bakım nafakası olarak ihtiyaçlarını karşılayabilme imkânına sahipse yardım nafakası talep edemez¹⁴³. Yani bakım nafa-

¹³⁹ Türkmen, s. 2756.

¹⁴⁰ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 492.

¹⁴¹ Türkmen, s. 2757.

¹⁴² Baygın, s. 444; Genç, s. 20; Serozan, s. 163; Şener, s. 161.

¹⁴³ Köprülü/Kaneti, s. 290; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 536; Yıldırım, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, 1. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 164; Yargıtay 3. HD., 14.9.2015, 6371/14052: “Davacı kadın evli olup, evli olan davacının nafakasından

kası, yardım nafakasından önce gelir¹⁴⁴. Ödeme gücü bulunan bir bakım yükümlüsünün bulunduğu hallerde, yardım nafakası talep edilemez¹⁴⁵. Eğitim nafakası da bakım nafakası niteliğindedir. O halde, eğitime devam eden ergin çocuk, TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında eğitim nafakası talep etme imkânına sahipse, yardım nafakası talep edemez¹⁴⁶.

SONUÇ

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin hem 6.6.2017 tarihli ve 19061/9116 sayılı kararında hem de 21.9.2016 tarihli ve 7964/11112 sayılı kararında, "Eğitimine devam eden reşit birey, kendi emek ve geliriyle yaşamını sürdürmekten yoksun ise anne babasından öğrenimini tamamlayıncaya kadar yardım nafakası isteyebilir" ifadesine yer verildiği görölmektedir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 18.9.2008 tarihli ve 9868/14968 sayılı kararında da eğitime devam ettiği için ana ve babasından nafaka talep eden çocuğun yoksulluk içinde bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay'a göre, eğitime devam eden ergin çocuğun ana ve babasından nafaka isteyebilmesi için, kendi emek ve geliriyle yaşamını sürdürmekten yoksun olması yani yoksulluk içinde bulunması gerekir. Oysa TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında ergin çocuğa nafaka ödenebilmesi için, çocuğun eğitime devam ediyor olması yeterlidir; ergin çocuğun yoksulluk içinde bulunması gerekli değildir. Şu durumda, TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında, eğitim nafakası talep eden ergin çocuğun, yoksulluk içinde bulunup bulunmadığının tartışılması ve yoksulluk içinde bulunmayan ergin çocuğun eğitim nafakası talebinin reddedilmesi hukuken hatalıdır.

Kararlara bakıldığında, Yargıtay tarafından, eğitim nedeniyle çalışmanın başlı başına bir yoksulluk sebebi olarak kabul edildiği görülür¹⁴⁷. Örneğin Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 17.3.2008 tarihli ve 888/4688 sayılı kararında, *Öğrenci olması dikkate alındığında ve ülkedeki ekonomik yapı gözetildiğinde davalının iş bulma imkânı da oldukça zordur. Böylece hiçbir*

birinci derecede kocası sorumludur" (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi: 12 Şubat 2018).

¹⁴⁴ Ergenekon, s. 42; Öztan, Aile Hukuku, s.1212; Dural/Öğüz/Gümüş, N.1770; Ruhi, s. 159; Bozdağ, s. 106.

¹⁴⁵ Ergenekon, s. 42-43; Dural/Öğüz/Gümüş, N.1770; Sonat, s. 241.

¹⁴⁶ Türkmen, s. 2758; Yıldırım, s. 147.

¹⁴⁷ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Topuksak, Zümra: Yardım Nafakası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 25 vd.

malvarlığı ve geliri bulunmayan öğrenci kız çocuğunun zaruret içinde bulunduğu kabulü zorunludur” ifadesi yer almaktadır. TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında eğitim nafakası talep edilen bir davada yardım nafakasının şartlarını tartışmak, zaten yanlıştır. Kaldı ki bu gibi bazı kararlarda, yardım nafakasına ilişkin yoksulluk şartının da yanlış değerlendirildiği görülmektedir. Yoksulluk, daha önce de belirtildiği üzere, kişinin kendi imkânlarıyla temel ve zorunlu ihtiyaçlarını karşılayamaması olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, yoksulluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken, öncelikle yardım nafakası talep eden kişinin sahip olduğu imkânlar dikkate alınmalıdır. Hâlihazırda işsiz olan ancak çalışma gücü ve imkânı bulunan bir kişi bakımından yoksulluk şartının gerçekleştiği söylenemez. O halde kişinin öğrenci olması ve işsiz olması, başlı başına bir yoksulluk sebebi olarak kabul edilemez.

Sonuç olarak, TMK md. 328 f. 2 hükmü uyarınca eğitimi devam eden ergin çocuğa ana veya babası tarafından ödenen ve eğitim nafakası olarak adlandırılan nafaka ile TMK md. 364 ve devamı maddelerinde düzenlenen yardım nafakasına ilişkin yapılan inceleme ve değerlendirme sonrasında, eğitime devam eden ergin çocuğa ödenen nafakanın Yargıtay tarafından yardım nafakası olarak nitelendirilmesinin hukuken hatalı olduğu ve buna bağlı olarak şartların da yanlış takdir edildiği kanaatine ulaşılmaktadır.

TMK md. 328 f. 2 hükmü kapsamında ergin çocuğa nafaka ödenebilmesi için, çocuğun eğitime devam etmesinin yeterli olduğu; ergin çocuğun yoksulluk içinde bulunması gerekmediği; ayrıca yardım nafakası miktarının belirlenmesinde, nafaka alacaklısının geçinmesi, hayatını idame ettirebilmesi için zorunlu olan asgari miktar dikkate alınırken, eğitim nafakası miktarının belirlenmesinde, çocuğun ihtiyaçlarının dikkate alındığı; buna bağlı olarak eğitim nafakasında, *beklenebilirlik* sınırları içinde, eğitime devam eden ergin çocuğun hayatını idame ettirebilmesi için gerekli olan asgari miktardan daha fazlasına hükmedilebileceği göz önünde bulundurulduğunda, bu yerleşik içtihat hatasının, eğitime devam eden ergin çocuğun kendisi için daha elverişli olan bir hukuki kurumdan yararlanmasına da engel olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

TMK md. 328 ve devamı maddeleri, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde karşılığı bulunan maddelerden değildir. Yani TMK md. 328 f. 2 hükmü uyarınca eğitimi devam eden ergin çocuğa ana veya babası tarafından ödenen ve eğitim nafakası olarak adlandırılan nafaka, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Bu düzenlemelerden önce ergin çocuk, ana ve babasından yalnızca yardım nafakasına ilişkin hükümlere dayanarak nafaka talep edebili-

yordu¹⁴⁸. Hatalı hukuki nitelendirmenin, bu durumdan ileri geldiği düşünölmektedir¹⁴⁹. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girdiği dikkate alındığında, yakın zamanda verilen kararlarda dahi hukuki nitelendirme hatasının bulunması ve buna bağlı olarak şartların yanlış takdir edilmesi mazur görölebilecek bir durum değildir.

¹⁴⁸ **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1676, dn. 338.

¹⁴⁹ **Sonat**, s. 242, dn. 18.

KAYNAKÇA

- Acabey**, Mehmet Beşir: Soybağı (Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Çocuğun Mirasçılığı), 1. Basım, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002.
- Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Aile Hukuku, Beta Yayınları, 20. Basım, İstanbul 2017.
- Antalya**, Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, 3. Basım, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, 9. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Baygın**, Cem: Soybağı Hukuku, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- Birinci Uzun**, Tuba: “Aile Soyadı Çıkmazı: Anayasa Mahkemesi’nin Çocuğun Soyadının Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, 2016, s. 97-137.
- Bozdağ**, Gonca Gülfem: Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Bozovalı**, Haluk: Mevzuattaki Son Değişikliklerle Öğretide ve Uygulamada Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990.
- Breitschmid**, Peter: Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016.
- Çakırca**, Seda İrem: “Kardeşler Arasında Nafaka Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:64, Sayı:1, 2015, s. 65-101.
- Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt: IV: Miras Hukuku, 11. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt: III: Aile Hukuku, 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Ergenekon**, Yılmaz: Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları, 1. Basım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1966.
- Fankhauser**, Roland: Art. 328 in: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (Hrsg.), ZGB Kommentar

Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. überarbeitete Auflage, 2016.

Genç, Akif: Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012.

Gmünder, Evelyne: Art. 277, in: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (Hrsg.), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. überarbeitete Auflage, 2016.

Gökkaya, Vildan: “Eğitimi Devam Eden Ergin ocuğa Ana ve Babası Tarafından Verilen (Eğitim Nafakasının) Nafakanın Hukuki Niteliği ve Nafakaya Hükmedilebilme Koşulları”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 91, S. 4, 2017, s. 274-286.

Hatemi, Hüseyin: Miras Hukuku, 7. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.

Hatemi, Hüseyin/**Kalkan Oğuztürk**, Burcu: Aile Hukuku, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Hegnauer, Cyril: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht. 2. Abteilung: Die Verwandtschaft. 2. Teilband: Die Wirkung des Kindesverhältnisses. 1. Unterteilband: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder Kommentar zu Art. 270-295 ZGB, Bern 1997.

İmre, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 13. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2017.

Kılıçoğlu, Ahmet: Aile Hukuku, 3. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2017. (Aile Hukuku)

Kılıçoğlu, Ahmet: Miras Hukuku, 8. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2018. (Miras Hukuku)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Miras Hukuku, 3. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.

Köprülü, Bülent/**Kaneti**, Selim: Aile Hukuku, 2. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

Olgaç, S. Can: “Ergin Olup da Eğitimine Devam Eden Çocuk Lehine İştirak Nafakasının Devamı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 73, 2012, s. 24-29.

- Öğüz**, Tufan: “Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.II, İstanbul 2010, s. 1415-1424.
- Özdemir**, Hayrunnisa: “Yargıtay Kararları Işığında Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, S.100, 2014, s. 65-78.
- Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2015. (Aile Hukuku)
- Öztan**, Bilge: Miras Hukuku, 6. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2014. (Miras Hukuku)
- Roelli**, Bruno: Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016.
- Ruhi**, Ahmet Cemal: Nafaka Hukuku, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Sarı**, Suat: Uygulamalı Miras Hukuku, 3. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Serozan**, Rona: Çocuk Hukuku, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, 5. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Sonat**, K. Ali: “Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:1, s. 235-291.
- Şener**, Esat: Uygulamalı-İçtihatlı Nafaka-Velayet-Vesayet-Evlatlık-Babalık, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1994.
- Tandoğan**, Haluk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, 1. Basım, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1957.
- Topuksak**, Zümra: Yardım Nafakası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.
- Türkmen**, Ahmet: “Eğitim Nafakası (TMK md. 328/II)”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Cilt:8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, 2013, s. 2707-2764 (<http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/6-Emre-G%C3%96KYAYLA+.pdf>, Erişim tarihi: 1 Şubat 2018).

Tüzüner, Özlem: “Korunmaya Muhtaç Yaşlılara Bakan Kurumların Nafaka Yükümlüsü Hısımlardan Masraflarını İsteyebilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 113-114, s. 79-107.

Usta, Sevgi: Çocuk Hakları ve Velayet, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.

Yetik, Nurten: Açıklamalı-İçtihatlı Ehliyet-Velayet-Nüfus-Vesayet-Nafaka, 1. Basım, Adil Yayınevi, Ankara 2003.

Yıldırım, Abdulkerim: Türk Aile Hukuku, 1. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA MÜESSES DURUM

Dr. Öğr. Üyesi Selman Sacit BOZ*

Öz

Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri idarenin işlemlerinin hukuka uygun olmasını gerektirir. İdare, tasarruflarında hukuk dışına çıkarsa bu tasarruflar yargı müdahalesi ile hukuka uygun hâle getirilir.

İdare, hukuka aykırı işlem yaptığını işlem tesisinden sonra kendisi farkına varacak olursa; geri alma ve kaldırma yöntemiyle hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Geri alma, işlemi ilk tesis edildiği ana götürür. Başka bir ifadeyle geri alma, geri alma işleminden ilk işlemin tesis edildiği zaman dilimi arasındaki durumları hukuk dünyasından kaldırır. Kaldırma işleminin etkisi ise geleceğe yöneliktir. Ancak bazı durumlarda idarenin hukuka aykırı işlem tesis ettiğini bilemeyecek durumda olan ve işlemin hukukiliğine güvenen bireyler bulunabilir.

İşlemin hukuka aykırılığında bir etkisi bulunmayan bireylerin, işlemin geri alınması ve kaldırılmasının olumsuz sonuçlarından da korunması gerekir. İşte geri alma ve kaldırma işlemlerinin olumsuz sonuçlarının hukuki istikrar ilkesi gereğince bertaraf edilebilmesini sağlayan korumalardan biri de, müesses durumdur.

Anahtar Kelimeler

Müesses Durum, Kazanılmış Hak, Hukuk Devleti, Geri Alma, İyiniyet

ESTABLISHED SITUATION IN THE LIGHT OF COURT DECISIONS

Abstract

The principles of the rule of law and the legality of administration require that the conduct of administration is lawful. If the administration violates the law in its disposals, these disposals are made lawful by judicial intervention.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: selmansacitboz@gmail.com) (Makalenin Geliş Tarihi: 05.09.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 18.09.2018-10.10.2018/Makale Kabul Tarihleri: 06.11.2018-11.10.2018)

If the administration finds itself in violation of the law after the establishment of the conduct, it may eliminate the violation of the law by means of revocation and removal. The revocation means a full return to the first moment when the conduct was first established. In other words, revocation removes all situations from the legal world, which have occurred between the revocation and the time slot during which the actual conduct was established. The effect of the removal process is for the future. In some cases, however, there may be individuals who are unaware that the conduct is illegal, and do rely on the lawfulness of the conduct.

Individuals who play no role in the establishment of an illegal conduct should be protected from the negative consequences of the conduct being revoked. One of the safeguards that ensures that the negative consequences of revocation and removal can be eliminated in accordance with the principle of legal stability is the established situation.

Keywords

Established Situation, Acquired Right, Rule of Law, Revocation, Good faith

GİRİŞ

Müesses durum kavramı Türk idare hukuku literatüründe uzun süredir yer almaktadır. 1952 yılında Danıştay içtihadı birleştirme kararı ile gündeme gelen, 1973 yılında ise Yargıtay içtihadı birleştirme kurulu kararı ile ismi ve şartları belirlenen müesses durum, hukuka aykırı işlemlerden kaynaklanan menfaatlerin bazı durumlarda korunması gerekliliğini belirtmektedir. Hukuka aykırı işlemler gerek yargı kararı neticesinde gerekse idarenin kendi iradesine bağlı olarak yürürlükten kaldırılır. Bu yürürlükten kaldırma ise, temelde işlemin geri alınması ya da kaldırılması yöntemiyle gerçekleşir¹. Bazı değerlendirmelerde kaldırma işleminin geri alma şeklinde telakki edildiği görülse de öğreti ve yargı kararlarında esaslı bir tartışma bulunmamaktadır. Hukuka aykırı işlemlerin kaldırılması ve geri alınması hususlarında yerleşmiş kaideler bulunmakla birlikte öğreti ve içtihatların uyumunda görülmektedir. Hatta yargı içtihatlarında da kendi içinde de bir tutarsızlık bulunmaktadır. Bu çalışmanın konusunun müesses durum olması sebebiyle, hukuka uygun işlemlerin geri alınması ya da kaldırılması konularında değerlendirmede bulunulmamıştır. Ayrıca idari işlemlerin geri alınması veya kaldırılması şartları da inceleme dışında bırakılmıştır. Çalışmanın konusu; geri alma ve kaldırma işleminin unsurlarını incelemekten ziyade, bu işlemlerin sonuçlarının menfaati bulunan ilgilisi için hangi durumlarda korunup korunmadığını yargı kararlarından hareketle ortaya koymaktır.

Müesses duruma ilişkin 1952 ve 1973 tarihli içtihadı birleştirme kararları, yargı organı için maalesef bağlayıcılığı olmamıştır. Hukuki güvenlik, idari istikrar, hakkaniyet gibi kimi hukuk devleti ilkesinin alt prensipleri, yargı organlarıncaya başka başka yorumlanmış ve anılan içtihadı birleştirme kararlarının konusu üzerinden bir değerlendirme yapılarak haksız ödenen meblağlara ilişkin olmayan uyumsuzluklarda farklı kararlar alınmıştır.

¹ Değiştirme ve düzeltme işlemleriyle, daha önce tesis edilmiş olan idari işlemlerin sonuçlarının farklılaştırılması mümkündür. Esasında değiştirme kaldırmanın, düzeltme ise geri almanın birer görünümüdür. Ancak öğretide ve yasal düzenlemelerde bu işlemlerin geri alma ve değiştirme işlemlerinden farklı olarak ele alındığı görülmektedir. Örneğin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesinde “İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması ... istenebilir” hükmü bulunmaktadır. Bu hükümde her birinin farklı bir işlem olarak değerlendirildiği görülmektedir. Ancak işlemin düzeltilmesi veya değiştirilmesi taleplerin içerikleri farklı olsa da, bu işlemleri geri alma ya da kaldırma işlem kategorisine dâhil etmek mümkündür. Bu kanıyla geri alma ve kaldırma işlemlerden kaynaklanan müesses durumlar için belirlenen önermeler düzeltme ve değiştirme işlemlerini de kapsar biçimde kullanılmıştır.

Bu çalışmanın temel amacı, hukuka aykırı işlemlerin geri alınması ya da kaldırılması neticesinde ortaya çıkan müesses durumların hangi unsurları taşıması halinde korunması gerektiğini yargı kararlarından örnekler verilerek belirlenmesidir. Bu gerekçeyle öğretinin konuya yaklaşımına mümkün olduğunca girilmemeye çalışılmıştır.

I. MÜESSES DURUM KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

Müesses (yerleşmiş) durum, hukuka aykırılığı sebebiyle idarenin iradesine bağlı olarak hukuk dünyasından silinmesi gereken bir işlemde, geri alma ve kaldırma işleminden önce var olan durumun bazı koşulların gerçekleşmesi durumlarda korunması gerektiğini belirten bir kavramdır². Oğurlu müesses durumu; “*ilgilinin lehine sonuçları olan hukuka aykırı bir idari tasarrufun sonuçlarından kendisine atfedilebilecek bir kusur, yokluk ve açık hata bulunmadıkça, belirli bir süre yararlanılmasıyla hukuk düzenince tanınması gerektiği düşünülen; tanınmaması durumunda ise idarî istikrar ve hukuk güvenliğinin bozulacağı düşünülen hukukî durum*”³ olarak tanımlamıştır. Ogan “*yokluk ve idarenin açık hatası ve kişinin gerçek dışı beyanı ile hilesi olmaksızın kurulan hukuka aykırı (yanlış) idari işlemin iptal süresi ...geçtikten sonra geri alınması halinde, kişi yararına doğan özel hukuki durum*” olarak ifade etmiştir⁴. Gökyurt’a göre; müesses durum “*yokluk ve idarenin açık hatası ve kişinin gerçek dışı beyanı ile hilesi olmaksızın kurulan hukuka aykırı idari işlemin iptal davası açma süresi geçtikten sonra*

² **Oğurlu**, Yücel: İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, 2003, s. 198; **Bereket**, Zuhâl: Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara, 1996, s. 135; **Gökyurt**, Fatih: İdare Hukukunda Kazanılmış Hak ve Müesses Durum, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 12; **Akbulut**, Emre: Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi, İstanbul, 2013, s. 355; **Altındağ**, Halil: Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 19; **Sancakdar**, Oğuz/Us, Eser/**Kasapoğlu** Turhan, Mine/**Önüt**, Lale Burcu/**Seyhan**, Serkan: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, 2018, s. 324.

³ **Oğurlu**, s. 200-201; Bu tanım eleştirisi için bkz. **Sever**, D. Çiğdem: Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 47-48; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, T. 27.01.1973, E. 1972/6, K. 1973/2, RG. T. 04.04.1973, S. 14497: “*Yerleşmiş, kazanılmış durum kavramı ise, hukuka aykırı bir işlemin belirli süre geçtikten sonra geri alınması üzerine artık ilerisi için işlemin hüküm ifade etmeyeceğidir*”.

⁴ **Ogan**, Mehmet Ali: “Kazanılmış Hak Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, 1976, S. 4, s. 637.

geri alınması halinde, kişi yararına doğan özel hukuki durum”dur⁵. Esasında bu tanımların ana dayanağı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 27.01.1973 tarih ve E. 1972/6, K. 1973/2 sayılı kararıdır. Bu karara ileriki kısımlarda ayrıntılı bir şekilde değinilmiştir.

Müesses durum kavramı, Türk hukukunda gerek öğretide gerekse içtihatlarda zaman zaman kazanılmış hak kavramı yerine kullanılmıştır⁶. Yargı kararları ve doktrinel görüşler incelendiğinde müesses durum kavramının eş anlamlısı olarak “yerleşik düzen”⁷, “kazanılmış (hukuki) durum”⁸, “kurulu durum”⁹, “kurulu düzen”¹⁰ kavramlarının da tercih edildiği görülmektedir.

⁵ **Gökyurt**, s. 13; Tanımlardan yola çıkıldığında müesses durumun sadece idari işlemin geri alınması durumunda ortaya çıktığı yanlıgısına düşülebilir. Ancak hukuka aykırı işlemlerin kaldırılmasında da müesses durumlar korunmalıdır.

⁶ **Sever**, s. 45; Müesses durumun kazanılmış hakkın içinde telakki edildiği görüş için bkz. **Aksoylu**, Özge: “Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda “Kazanılmış Hak” Kavramı”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi 4, İstanbul, 2003, s. 73. Ancak kazanılmış hakkın doğumunun hukuka uygun bir işleme bağlı olması, müesses durumdan söz edebilmek için hukuka aykırı bir işlemin bulunma zorunluluğu bu iki kavramın ayrılan yönlerinin ortaya konmasını gereksiz kılmıştır. Kazanılmış hakkın idare hukukunda kabulü noktasında ortaya çıkan tartışmaların olduğu dönemlerde böyle bir karışıklığın olması doğaldır. Günümüzde kazanılmış hak ve müesses durumların karıştırılması söz konusu değildir.

⁷ Bkz. Danıştay 5. Dairesi, T. 12.02.1996, E. 1994/1576, K. 1996/3759; Danıştay 5. Dairesi, T. 12.12.1996, E. 1994/4824, K. 1996/3864; Danıştay 5. Dairesi, T. 13.01.1999, E. 1998/3536, K. 1999/93; Danıştay 5. Dairesi, T. 13.01.1999, E. 1998/3537, K. 1999/92; Danıştay 5. Dairesi, T. 04.12.2000, E. 1999/2648, K. 2000/3209; Danıştay 5. Dairesi, T. 13.06.1996, E. 1994/1705, K. 1996/2372; Danıştay 5. Dairesi, T. 02.12.1996, E. 1994/2520, K. 1996/3748; Danıştay 5. Dairesi, T. 02.12.1996, E. 1994/2521, K. 1996/3747; Danıştay 5. Dairesi, T. 02.12.1996, E. 1994/2591, K. 1996/3746; Danıştay 5. Dairesi, T. 30.09.1997, E. 1997/1962, K. 1997/1908, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

⁸ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, T. 27.01.1973, E. 1972/6, K. 1973/2, RGT. 04.04.1973, S. 14497; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi, T. 07.03.2012, E. 2011/1449, K. 2012/262; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 3. Dairesi, T. 23.12.2004, E. 2004/1524, K. 2004/1826; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 3. Dairesi, T. 21.12.2004, E. 2004/434, K. 2004/1827, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018; **Ogan**, s. 637; **Sever**, s. 46.

⁹ **Duran**, Lutfi: “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)”, Amme İdaresi Dergisi, 1988, C. 21, S. 1, s. 16; Müesses durumun kazanılmış hakkın eş anlamlısı olduğu yönünde bir görüş de bulunmaktadır, **Kaplan**, Gürsel: “İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 76, 2008, s. 233; Müesses durum yargı bir kararında “hukuka aykırı bir işlemin uygulanması suretiyle elde edilen bazı kazanımlar” şeklinde kullanılmıştır, Danıştay İdari Dava

Hukuka aykırı işlemde kaynaklanan kişisel sonuçlar, belirli bir sürenin geçmesinin ardından müesses duruma dönüşür ve hukuk düzenince korunur¹¹. Esasında hukuka aykırı işlemlerin hukuk dünyasından kaldırılması idarenin bir görevidir. İster talep üzerine ister resen hukuka aykırı bir tasarrufun varlığını tespit eden idarenin, hukuk devleti ilkesi gereğince o işlemi geri alması ya da kaldırması gerekir. Ancak hukuka aykırı olsa da işlemde etkilenen kişi için müesses durum doğuran işlemi idare, geçmişe etkili olacak bir biçimde geri alamaz, kaldıramaz veya kısmen değiştirip, düzeltemez¹².

Müesses durum hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla bireye kanuna aykırı olarak koruma sağlayan özel bir müessesedir¹³. Başka bir ifadeyle, hukuka uygun olmayan işlemler kazanılmış hak tesisi için müsait olmamakla birlikte, hukuka aykırılığın da bazı durumlarda korunması gereken sonuçları bulunur. Hukuka aykırı olmasına rağmen korunması gereken durumlar müesses durum kavramıyla ifade edilir. Bir hakkın iktisabında zorunlu bulunan hukuka uygunluk şartının sağlanamamasından dolayı korunması gereken bu tür hukuki meseleler için “hak” kavramı yerine “durum” kavramı tercih edilmektedir¹⁴. Müesses (yerleşmiş) durum, idare hukukunda subjektif bir hakkın varlığından bahsedilemediği dönemlerde ortaya çıkmış bir kavramdır. Ancak zaman geçtikçe bu kavram evrilerek 1970’li yıllardan itibaren hukuka aykırı durumların da bazı şartlarda korunmayı gerektirecek değere sahip olduğu ifade edilmeye başlanmıştır. Zikredilen dönemlerde idare hukukunda kazanılmış hakkın varlığı bile kabul edilmemektedir¹⁵.

Daireleri Genel Kurulu, T. 13.11.1998, E. 1996/509, K. 1998/562, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018

¹⁰ **Özay**, İl Han: Günışığında Yönetim, İstanbul, 1986, s. 376.

¹¹ **Çağlayan**, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2017, s. 326.

¹² **Duran**, Lûtfi: İdare Hukuku Meseleleri, Gözden Geçirilmiş İlaveli Yayın, İstanbul, 1964, s. 368; Hukuka uygunluğu sağlamanın tek aracı yargı değildir. Hukuka aykırılığı tespit eden idarenin hukuka aykırılığı düzeltememesi yargının iş yükünü artıracığı gibi idareye olan güvenin yok olmasına ve adalet duygusunun sarsılmasına sebebiyet verir, **Aksoylu**, s. 66.

¹³ **Oğurlu**, s. 289; **Altındağ**, s. 19.

¹⁴ **Oğurlu**, s. 197; **Özgüven**, A. Volkan: Türk Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi, Ankara, 2007, s. 54; **Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan**, s. 324; **Tan**, Turgut, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2015, s. 288; **Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku Genel Esaslar, C. 1, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Ankara, 2011, s. 461.

¹⁵ **Sever**, s. 45.

Hukuka aykırı bir tasarruf sonucunda ortaya çıkan ve belirli bir sürenin geçmesinin ardından dokunulamaz bir kişisel alan yaratan müesses durumlar¹⁶ hukuki istikrar ilkesinin bir gereğidir. Başka bir ifadeyle, hukuka aykırılığı söz konusu olmasına rağmen işlemin tesis edilmesinden uzun bir süre geçmişse -ki buradaki süre o işleme karşı belirlenen dava açma süresidir- iyiniyet ve idari istikrar ilkeleri ile birey lehine ortaya çıkan hukuki sonuçların korunması müesses durum kavramıyla açıklanır¹⁷.

Müesses durumla korunmak istenen, beklentinin boşa çıkarılmamasından ziyade önceki işleme dayanılarak ortaya çıkarılan kişisel sonuçların korunmasıdır. Bu açıdan müesses durum idarenin geçmişteki bir tasarrufundan kaynaklanır¹⁸. Ayrıca bu kişisel sonuçların belirli bir süre kullanmış olması gerekir¹⁹.

Müesses durum hukuka aykırı işlemlerde ortaya çıkmaktadır. Ancak her hukuka aykırılık da müesses durumun korunmasını gerektirmez. Nitekim yoklukla malul, yanıltıcı beyan²⁰ ya da hile²¹ ile elde edilen veya açık hata²² bulunan durumlarda müesses durum korumasından faydalanılamaz²³.

¹⁶ Çağlayan, s. 326.

¹⁷ Oğurlu, s. 33; Çağlayan, s. 326; Gökyurt, s. 25.

¹⁸ Diğer taraftan hukuka aykırı işlem geri alma süresi geçtikten sonra geri alınsa dahi ilerisi için bir hak bahsetmeyeceği, sadece geri almaya kadar geçen süre içinde doğmuş olan hukuki sonuçlara dokunulamayacağı, dolayısıyla müesses durumlarda sağlanan korumanın hukuka aykırı işlemin geri alınmasına kadar geçerli olacağı ifade edilmiştir, Gökyurt, s. 13.

¹⁹ Oğurlu, s. 200-201; Gökyurt, s. 47.

²⁰ Yanıltıcı beyan her durumda müesses durumun korunmasına yol açmaz. Yanıltıcı beyanın idare tarafından yeterince araştırılmaması da ilgilisi için hukuka aykırı ortaya çıkmış menfaatin korunmasını gerektirebilir. Burada ilgilinin yanıltıcı beyanı hileden değil bir hatadan kaynaklanmalıdır. Başka bir ifadeyle ilgili, idarenin farklı yönde karar almasını sağlamak amacıyla bir beyanda bulunmamalı, birey kötüniyetli olmamalıdır. Kayıt işleminde idareye sunulan belgelerde bulunan bir hatanın dilekçe ve eklerinin yeterince incelenmesi sonucunda ortaya çıkabileceği durumlarda kayıt işleminin silinmesinin hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir, Danıştay 8. Dairesi, T. 01.11.1982, E. 1981/1955, K. 1982/1293: "1972 yılında Bulgaristan'dan Türkiye'ye göçmen olarak gelen ve ...Bakanlar Kurulu kararı ile Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşlığına kabul edilen davacının...kayıt dilekçesinde uyruğunu hatalı gösterdiği, ancak bu dilekçeye T.C. uyruğunda bulunduğunu açıkça gösteren belgeleri eklediği görülmektedir. Söz konusu tarihteki yaşı ve Türkiye'de bulunduğu süre dikkate alındığında uyruğu hakkında yaptığı hatanın davacının kötü niyetinden doğmadığı, aksine bu dilekçeye uyruğunu gösteren resmi belgeleri eklemesinin iyi niyetini açıkça gösterdiği sonucuna varılmıştır", Yanıltıcı beyan kasıtlı yapıldığında hileye dönüşür ve müesses durumdan faydalanılamaz, Danıştay 8. Dairesi, T. 05.12.1973, E. 1972/3411, K. 1973/3442 www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

Diğer taraftan müesses durumun varlığının kabul edilebilmesi için işlemten etkilenecek kişinin iyiniyetli olması da bir gerekliliktir²⁴. İyiniyet

²¹ Yabancı Öğrenci Sınavı ile Gazi Üniversitesi Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Büro Yönetimi Öğretmenliği Bölümüne 07.09.2004 tarihinde yerleştirilen davacının kaydının 26.04.2002 tarihinde Türk vatandaşlığına geçmiş olması nedeniyle silinmesine ilişkin Fakülte Yönetim Kurulunun 06.09.2006 tarih ve 2006/11 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada dosyaya eklenmeyen ya da idari birimi Türk vatandaşlığına geçtiği yönde bilgilendirmeyen bireyin müesses durumdan faydalanma talebi “*davacının yükseköğretim kurumuna yerleştirilmesi aşamasında ilgili idarelerin kendilerine mevzuat hükümleri uyarınca yüklenen sorumluluklarını tam olarak yerine getirmediklerinin görüldüğü, dolayısı ile iki yıl dava konusu üniversitelerde eğitim gören davacı lehine müesses durumun oluştuğu, tüm sorumluluğun davacıya yüklenip tesis edilen davalı idare işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yönünde verilen kararda yasal isabet bulunmamaktadır*” şeklindeki gerekçeyle kabul görmüştür, Danıştay 8. Dairesi, T. 16.02.2011, E. 2008/2662, K. 2011/956, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 06.03.2018.

²² Danıştay 10. Dairesi, T. 13.03.1991, E. 1988/2571, K. 1991/922: “*Geçersiz ilana dayanılarak ihale işlemi yapılması, açık hatadır. İdare, bu açık hata durumu nedeniyle ihale işlemlerini her zaman geri alabilir*”; Danıştay 11. Dairesi, T. 11.06.2015, E. 2015/2048, K. 2015/3062: “*Davacıya makam ve görev tazminatı ödeneceğine ilişkin mevzuatta bir düzenleme yer almadığından dolayı mevzuatın yanlış yorumlanmasından da bahsetme imkanı bulunmadığı dikkate alındığında, davacıya yapılan yersiz ödemelerin “açık hata” kapsamında yapılan ödemeler olduğu açıktır. Bu durumda, açık hata kapsamında kabul edilmesi gereken söz konusu fazla ödemenin dava açma süresi ile bağlı olmaksızın geri alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığından, işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır*”; Danıştay 5. Dairesi, T. 10.12.2004, E. 2004/3658, K. 2004/5187: “*İdari ve Mali İşlerle İlgili 5 yıllık mesleki deneyim şartını taşımayan ve hatta bu konuda hiç deneyimi bulunmayan davacının, Sağlık Memurluğu (Çevre Sağlığı Teknisyenleri) görevinden, doğrudan İl Sağlık Müdür Yardımcılığı görevine atanması yolunda tesis edilen işlemde kariyer ve liyakat ilkeleri ile kamu yararı ve sağlık hizmetlerinin gereklerine uyarlık bulunmamaktadır. Öte yandan, idarenin açık hataya düşerek yaptığı işlemlerini geri alması, kaldırması veya iptal etmesi doğal olup, bu türlü işlemlerin kişiler yönünden kazanılmış hak doğurması da mümkün değildir*”, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 06.03.2018.

²³ **Oğurlu**, s. 289; Açık hukuksuzlukla malul olan ya da hata veya hile ile tesis edilen yükümlendirici işlemlerin geri alınması zorunludur. Bu hususta idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır, **Özcan**, Nur: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararları Işığında Haklı Beklenti İlkesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 12.

²⁴ **Oğurlu**, s. 199; **Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan**, s. 324; Danıştay idari işlemin geri alınmasını engelleyen süre koşulunun iyiniyetli olmayan bireylerde uygulanmasının mümkün olmayacağı yönünde karar vermiştir, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, T. 06.07.1987, E. 1987/1-2-4, K. 1987/2, RGT. 19.03.1988, RGS. 19759; Yargıtay kazanılmış hak ile müesses durumların farkını ortaya koyarken iyiniyetin önemine vurgu yapmıştır, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, T. 27.01.1973, E.

asıldır ve menfaat elde edecek kişiden iyiniyetli olduğunu kanıtlamasının beklenmesi iyiniyetin koruyucu özelliğini ortadan kaldırabilir. Bu sebeple müesses durumun korunabilmesi için menfaat elde edecek kişinin iyiniyetli olmasının beklenmemesi ancak kötünüyetinin bulunmaması aranmalıdır. Başka bir ifadeyle müesses durumun şartlarından biri de işlemde menfaat elde edecek kişinin kötünüyetli olmamasıdır. Müesses durumların korunması; hukuk devleti, hukuk güvenliği, hukuki belirlilik ve idari istikrar gibi ilkelere yakın ilişkilidir²⁵.

II. İÇTİHATLARDA MÜESSES DURUM

Tespit edebildiğimiz ölçüde müesses duruma ilişkin ilk yargı kararı 1952 yılında verilmiştir. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararına konu olan olay, hukuka aykırı olarak yapılan terfi işleminin geri alınması işlemine ilişkindir. Danıştay söz konusu kararda, hukuka aykırı bir terfi işleminden sonra aynı memur hakkında kanuna uygun müteaddit terfiler yapıldığında hukuka aykırı terfinin artık geri alınamayacağı şeklinde içtihadın birleştiril-

1972/6, K. 1973/2: “Belirli süreler geçtikten sonra hukuka aykırı (yanlış) idare tasarruflunun artık hiçbir zaman geri alınamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Bu tarzda yorumlanacak olursa, yanlış işlem sonucu doğan hukuka aykırı durumun ilelebet devam edeceği kabul edilmiş olur ki, bu durum da eşitlik istikrar ve kamu düzeni ilkeleri ile bağdaşmaz. Burada müteaddit hak (kazanılmış hak) ile müesses durum (yerleşmiş, kazanılmış durum) kavramları arasındaki fark meydana çıkmaktadır. Kazanılmış hak hukuka uygun bir işlemde doğar ve bu işlem geri alınsa bile, ilerisi için de devam eder. Yerleşmiş, kazanılmış durum kavramı ise, hukuka aykırı bir işlemin belirli süre geçtikten sonra geri alınması üzerine artık ilerisi için işlemin hüküm ifade etmeyeceğini, fakat geçmişte kalan durumun da tanınması gerektiğini ifade eder, yani işlemin ilerisi için değiştirildiği, düzeltilmediği anlamına gelir. Onun için, hukuka aykırı (yanlış) işlem, yukarıda açıklanan süreler geçtikten sonra geri alınırsa sonrası için kişiye bir hak bahsetmez, yalnızca geçmişteki durumun, parasal da olsa, tanınması sonucunu doğurur. Fakat, yukarıda varılan sonuç ve kabul edilen kural ancak iyi niyetli kişiler içindir. Eğer, idarenin yanlış işlem yapmasına kişinin gerçek dışı beyanı veya hilesi sebebiyet vermiş ise, bu yanlış idare işlemi her zaman, bir süre şartına bağlı olmaksızın, geriye yürür şekilde geriye alınabilir”, www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 06.03.2018.

²⁵ **Oğurlu**, s. 21; **Özgüven**, s. 54; **Altındağ**, s. 19; **Gökyurt**, s. 25; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi, T. 16.11.1999, E. 1998/1039, K. 1999/1098: “İdare, hukuka uygun olan ve müteaddit hak teşkil eden tasarrufları ile hukuka mugayir de olsa müesses vaziyet doğuran ve dava müddeti geçmiş bulunan muamelelerini batıl sayamaz ve düzeltmez. Çünkü idare kaideten makable şamil karar alamaz ve hukukun genel olan istikrar prensibini bozamaz. İdarenin evvelce yaptığı sübjektif veya şart tasarrufları istediği vakit ve herhangi bir sebep ve mülahaza ile iptal veya tadil etmeğe yetkili olduğunu kabul etmek, ferdi durumları ve hukuki muamelelerde istikrarı hiçe saymak demektir”, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

mesine karar vermiştir. Bu kararda müesses durum kavramına yer verilmemiştir. Ancak Danıştay olaya kazanılmış hak perspektifinden de yaklaşmamış ve “*Kanunsuz bir terfi işleminin, bundan faydalanan memur lehine müktesep bir hak doğurmadığı aşikâr olmakla beraber bu terfiin de sübjektif bazı tesir ve neticeler hâsıl ettiğiinde şüphe edilemez. Böyle olunca kanunsuz bir terfiin idarece her zaman geri alınabileceğini kabul etmek, terfiin kanunsuzluğu dolayısıyla bunun tesir ve neticelerini tehdit eden müphemiyet ve karar-sızlığın hudutsuz bir şekilde devamına yol açmak olur ki bu hal idare hukuku sahasında da tatbik yeri bulan istikrar esası ile telif edilemez*” şeklinde istikrar ilkesi gerekçesiyle terfi işleminin geri almasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir²⁶. Bu kararda; terfi işleminin hukuka aykırı olarak yapıldığı, hukuka aykırı yapılan terfi işleminin üzerine hukuka uygun olarak birden fazla terfi işleminin tekrarlandığı, müteaddit terfilerin ise belli bir süre devam ettiği ve bu gerekçeyle işlemin artık geri alınamayacağı vurgulanmıştır. Kararda söz konusu işlemin hukuka aykırı olması sebebiyle kazanılmış hakkın şartlarının oluşmayacağı ancak idari istikrar ilkesinin korunması gerektiği de ayrıca zikredilmiştir. Diğer taraftan hukuka aykırı işlemin ardından yapılan hukuka uygun diğer işlemler, kendilerinden önce tesis edilen işleme dokunulamazlık sağlamıştır. Hukuka aykırı işlem, hukuka uygun işlemlerin yapılmasından sonra hukuka uygun hâle gelmez. Hukuka aykırılık devam etmekle birlikte hukuka uygun işlemler hukuka aykırı işlemin hukuk âleminde silinmesinin önüne geçmiştir.

Müesses duruma ilişkin ilk Yargıtay kararı ise 1973 tarihlidir. Bu kararda yanlış yapılan intibak işleminin geri alınması durumunda fazladan yatırılan ödemelerin ne olacağı sorusuna cevap aranmıştır. Bu kararda müesses durum kavramı yerine kazanılmış durum kavramı kullanılmıştır²⁷. Uyuşmazlıkta;

- i. “*Yokluk ile mutlak butlan halleri hariç ve kişinin gerekçe dışı beyanı veya hilesi ile de sebebiyet vermemiş olmak kaydıyla idarenin yanlış*

²⁶ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, T. 26.09.1952, E. 1952/15, K. 1952/244, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018; Bu dava hukuka aykırı bir işlemde kaynaklansa dahi, hukuka uygun başka işlemlerin bu işlemde sonra gerçekleştirilmesi durumunda, müesses duruma dokunulamayacağını göstermektedir. Hukuka uygun kazanılmış her statü, hukuka aykırı kazanılmış önceki statüleri hukuka uygun hâle getirmemekle birlikte onlara dokunulmazlık kazandırmaktadır. Benzer bir uyuşmazlık için bkz. Danıştay 5. Dairesi, T. 16.09.2005, E. 2002/1094, K. 2005/3654, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

²⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, T. 27.01.1973, E. 1972/6, K. 1973/2, RGT. 04.04.1973, S. 14497.

şart tasarrufunu (özellikle yanlış intibak işlemi), ancak iptal davası süresi veya kanunlarda özel bir süre varsa bu süre içinde yahut iptal davası açılmışsa dava sonuna kadar, geriye yürür şekilde geri alabileceğine,

- ii. Bu süreler geçtikten sonra yanlış tasarrufun geriye yürür şekilde geri alınamayacağına,*
- iii. Bu süreler geçtikten sonra yanlış tasarrufun geri alınması halinde geri alma gününe kadar doğmuş durumların, parasal sonuçları da dahil olmak üzere, hukuken kazanılmış durum olarak tanınması gerektiğine,*
- iv. Bu nedenle yanlış işlemin (intibakın) bu süreler geçtikten sonra geri alınması durumunda, geri alma gününe kadar ödenmiş bulunan fazla paraların (aylıkların) hukuken geçerli bir nedenle ödenmiş bulunduğu kabulü gerekmesi karşısında artık sebepsiz zenginleşme söz konusu olamayacağından, bu sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak geri istenemeyeceğine ve içtihatların bu yolda birleştirilmesine...” karar verilmiştir.*

Yargıtay, 1973 yılındaki kararında müesses durum hakkında önemli tespitlerde bulunmuştur. Öncelikle müesses durum hukuka aykırı bir işlemin geri alınması ya da kaldırılması esnasında ortaya çıkabilmektedir. Bu özellik müesses durumu kazanılmış haktan ayıran temel noktadır. Kazanılmış hak hukuka uygun bir işlemde doğarken, müesses durumun devreye girebilmesi için ilgili tasarrufun hukuka aykırı olması gerekir.

Diğer taraftan müesses durumun kişi lehine kullanılabilmesi geri almaya veya kaldırmaya konu işlemin yokluk ve mutlak butlan sebepleri ile aykırı olmamasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, işlem yokluk ya da mutlak butlan ile sakatsa müesses durum korunmaz. Bunun dışında müesses durumdan faydalanacak kişinin hukuka aykırılığa sebep olan unsurda yanlış ve yanıltıcı beyanı ya da hilesi bulunmamalıdır. Hukuka aykırı işlemin tesisinden itibaren o işleme karşı öngörülen dava açma süresi geçmişse, işlem kural olarak geri alınmaz. Ancak idare buna rağmen geri alma işlemini uygularsa parasal haklar dâhil olmak üzere müesses durumun korunması gerekir.

Müesses durumun korunmasında iki ilke çatışma halindedir. Hukuka aykırı bir tasarrufun hukuk âleminde silinmesinde hukuka bağlı bir idare olabilme düşüncesi vardır²⁸. Ayrıca hukuka aykırı işlemlerin ortadan kaldırılmasındaki amaç kamu yararadır. Diğer taraftan bakıldığında ise hukuka

²⁸ Hukuka aykırı işlemlerin iptali (geri alma-kaldırma) hukuk kurallarının emrettiği müeyyidenin uygulanması anlamına gelir. Bu konuda esasen idareye bir takdir hakkı tanınmamıştır, **Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, B. 3, İstanbul, 1966, s. 550-551.

aykırı tasarrufların iyiniyetli kişiler üzerinde yarattığı hukuki durumların korunması da idari istikrar ilkesinin bir gereğidir. İşte müesses durumlarda, kamu yararı ile idari istikrar ilkesi çatışma halindedir. Ancak idari istikrar ilkesinin korunmasında da kamu yararının bulunması, birey lehine bir tercihin yapılmasına sebep olmaktadır.

Ayrıca anılan kararda yerleşmiş (müesses) durumların bir hak olmadığı da vurgulanmıştır. Müesses durumlar her ne kadar bir hak teşkil etmese de, her zaman geriye yürür şekilde ortadan kaldırılabilmeleri, hukuki istikrarı ve toplumun güven hissini sarsıp, kamu düzenini zedeler. Bu kararda hukuka aykırı olmasına rağmen ortaya çıkan hukuki durumun, ilgisinin lehine olması koşuluyla ilelebet tartışma konusu yapılmasındaki sakıncadan bahsedilmiştir. Hukuka aykırı olmasına rağmen belirli sürenin geçmesi o durumu ilgisinin menfaatine olacak şekilde dokunulamaz bir hâle getirmektedir.

İlgili içtihadı birleştirme kararında, müesses durumun korunması için yararlanmanın devam edeceği süre hususunda da bir değerlendirmeye gidilmiştir. Müesses durumun korunması için belirli bir sürenin tayin edilmesi son derece önemlidir. Kesin bir sürenin tespiti idari istikrar ve hukuk devleti ilkelerinin ortaya koyduğu temel prensiplere hizmet eder. Nitekim hukuk devletinde, korunması gereken menfaatler objektif kurullarla belirlenmeli, takdire dayalı olmamalı, adalet, hakkaniyet, kamu düzeni ve istikrar bakımından tercihi gereken bir hukuki bir norm altında çözümlenmelidir. Müesses durumunun korunması için hukuka aykırı işlemde yararlanılması gereken süre o işleme karşı öngörülen dava açma süresine göre belirlenmiştir. Bunun gerekçesi ise, hukuka aykırı işlemlerde dava açma süresi geçtikten sonra nasıl ki hukuka aykırı bir işleme suni bir hukuka uygunluk kazandırılıp idare açısından iptal davası tehdidi bertaraf ediliyorsa, işlemin hukuka aykırılığını bilmeyen bireylerin de benzer bir tehditten arı tutulması gerekir. Topluma ve her bir bireye hizmetle yükümlü bir hukuk devletinde, idarenin kendisinin yararlandığı bir korumadan daha zayıf durumda bulunan bireyleri de faydalandırması hakkaniyetin gereğidir. Bu sebeplerle müesses durumun korunması için hukuka aykırı işlemde yararlanılmanın kural olarak altmış gün devam etmesi gerekir. Ancak hukuka aykırı işleme karşı daha kısa ya da uzun bir dava açma süresinin kanunla belirlendiği durumlarda, söz konusu yararlanmanın özel dava açma süresi kadar sürdürülmesi gerekir. Bir diğer ihtimal ise ilgili işleme dava açılması durumudur. Bu durumda ise yararlanmanın davanın kesinleşme süresine kadar devam etmesi gerekir. Nitekim yukarıda ifade edilen tehdit idare açısından devam ettiği için bireyin de aynı suni korumadan yararlanamaması gerekir. Bir işlemin sebebini teşkil eden

başka bir işlemin dava konusu edilmesi durumunda, yararlanma bu işlemin yargı makamınca iptal edilmemesine bağlıdır²⁹.

1967-1968 yılı üniversitelerarası giriş sınavında fakülteye kayıt için yeterli puanı alamamış olmalarına rağmen yanlış beyanda bulunmak ve sahte belge ibraz etmek suretiyle fakülteye kayıtlarını yaptıran davacıların durumunun, idareye yapılan ihbarlar sonucu anlaşılması üzerine, 1971 yılında fakülteye kayıt işlemlerinin geri alınmasına karar verilmiştir. Açılan davada, müesses durumun korunabilmesinin iyiniyetli kişiler için geçerli olduğu, yokluk ve mutlak butlan halleri ile kişinin gerçek dışı beyan ve hilesi ile tesis edilen hukuka aykırı işlemlerin bir süre şartına bağlı kalmaksızın geriye yürür şekilde her zaman geri alınabileceğine karar verilerek dava reddedilmiştir³⁰. Söz konusu içtihadı birleştirme kararında başka bir olaya da yer verilmiştir. Bu olayda da üniversitelerarası giriş sınavında kendilerinin yerine başkalarını sınava sokarak çeşitli tıp fakültelerine kayıtlarını yaptıran

²⁹ Öğretide bu konuda aynı düşüncededir. **Onar**, s. 551; **Akyılmaz**, Bahtiyar/Sezginer, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdare Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara, 2018, s. 435-436; Belirli, kesin, mutlak bir sürenin öngörülmemesi, başka bir ifade ile makul süre kıstasının belirlenmesi farklı uygulamaların ortaya çıkmasına sebep verir. İdareye makul sürenin tayini konusunda takdir yetkisinin verilmesi karmaşa ve öngörülemezliğe yol açar. Bu durum ise müesses durumun temelini oluşturan hukuki güvenlik ve istikrar ilkelerini zedeler. Aksi durumda örneğin 8 ay sonra işlemin geri alınması (Danıştay 5. Dairesi, T. 24.05.1999, E. 1998/4622, K. 1999/1685), 10 yılı aşkın bir süre sonra işlemin geri alınması (Danıştay 5. Dairesi, T. 09.10.1997, E. 1994/7834, K. 1997/2030), 11 yıl sonra işlemin geri alınması (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 07.02.1986, E. 1986/3, K. 1986/9) söz konusu olabilir. Makul süre kıstasının belirli bir esneklik tanınması gerekçesiyle kabul edilebilirliği savunulabilse de, kötüye kullanılmaya çok müsait olması sebebiyle müesses durumun korunmasında aranmaması gerekir.

³⁰ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, T. 06.07.1987, E. 1987/1-2-4, K. 1987/2, RGT. 19.03.1988, S. 19759; Nitekim Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 02.10.1971 tarih ve E. 1966/40, K. 1971/36 sayılı, 22.12.1973 tarih ve E. 1968/8, K. 1973/14 sayılı kararında da aynı görüş benimsenmiştir. İchtihadın birleştirilmesine konu olan kararlardaki olaylarda, idarenin yanlış işlem yapmasına (fakülteye kayıt) davacıların hilesi veya gerçek dışı beyanı sebebiyet vermiştir. Bu nedenle ortaya çıkan fiili durum ilgilileri için kazanılmış hak teşkil etmediği gibi, hukuka aykırı bir işlemin geri alınması hukuka bağlılığın ve hukuka saygının gereğidir. Bir hakkın suiistimalini hukuk düzeni himaye etmez. Yargı kararları ile hukuka aykırı durumun himaye edilmesi mümkün değildir. Aksi yoldaki görüş kamu vicdanını rencide eder ve toplumun hukuka olan saygısını sarsar. Dolayısıyla Ceza Kanununun suç saydığı bir fiili işleyerek, gerçek hak sahibi olan adayların Yükseköğretim Kurumlarına girişini engelleyen bu gibi kimseler, hatalı eylemlerinin hukuki sonucuna katlanmak zorundadırlar ve durumlarının idarece saptanması üzerine öğrenim süresi içinde Yükseköğretim Kurumundan çıkarılmaları yerindedir.

davacıların kayıt işlemleri geri alınmıştır. Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezine yapılan ihbarlar sonucunda bilirkişi incelemesine gidilmiştir. Geri alma işlemi de cevap kâğıdındaki yazı ve imzanın davacıların elinden çıkmadığının saptanması üzerine verilmiştir. Bu kararda da tarafların hileleri sebebiyle müesses durum koruması devreye girmemiştir³¹.

Askeri Yargıtay yazı işleri müdür yardımcılığı görevinden görevde yükselme eğitim/sınavı sonrasında 2010 yılında Askeri Yargıtay yazı işleri müdürlüğüne atanan davacının atama işlemi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararı üzerine 2011 yılında eski görevine getirilen ilgiliden müdürlük görevini ifa etmesinden kaynaklanan zam ve tazminatlar talep edilmiş ve ilgili de bu işlemin geri alınması için idareye başvuruda bulunmuştur. Başvurunun reddedilmesi üzerine açılan davada Askeri Yüksek İdare Mahkemesi “*Hukuka aykırı işlemlerin kazanılmış hak doğurmayacağı kabul edilmektedir. Danıştay da kazanılmış hakkı mevzuata uygun olarak kazanılan bir hak kabul etmektedir. Hukuka aykırı işlemlerin kazanılmış hak doğurmayacağı kabul edilmekle beraber, hem öğretide, hem de uygulamada bazı hukuki durumları meydana getireceği belirtilmektedir. Buna kazanılmış durum ya da müesses durum denilmektedir*”³² şeklindeki içtihadıyla bu kavramı tanımlamıştır.

³¹ Danıştay 8. Dairesi, T. 15.01.1985, E. 1985/260, K. 1985/32; Danıştay 8. Dairesi, T. 15.01.1985, E. 1984/261, K. 1985/33; Danıştay 8. Dairesi, T. 15.01.1985, E. 1984/668, K. 1985/35, RGT. 19.03.1988, S. 19759; Hilesi bulunmayan ancak kayıt işleminde yatırması gereken ücreti yatırmayan öğrencinin kaydının yapılmasının ardından idarece fark edilen bu eksiklik nedeniyle kaydın silinmesi işlemi hukuka aykırı bulunmuştur. Danıştay 8. Dairesi, T. 27.10.1999, E. 1997/506, K. 1999/5569: “*Davacının ÖYS ikinci basamak sınavına girmeyerek ÖSS (birinci basamak) puanına göre bir yükseköğretim programına yerleştirilmesi istemiyle yaptığı başvuru sırasında banka belgesi ÖSYM Kuponunu göndermediğinde tartışma yoktur. Ancak davacının bu ücreti ödeyip ödemediği başvuru sırasında dikkat edilmesi gereken bir husustur. Davacı yerleştirme işlemlerine alınıp, bir yükseköğretim programına yerleştirilip, kaydını yaptırıp gerekli öğrenim ücretlerini bankaya yatırdıktan ve yeni bir hukuki durum oluştuktan sonra, başvuru sırasında sınav ücretini yatırmadığı gerekçesiyle okuldan kaydının silinmesi yönünde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır*”, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018. Yeni hukuki durum, önceki aşamada idarenin hatası ile fark edilmeden yapılan hukuka aykırı işlemin ortadan kaldırılamaması sonucunu doğurmuştur. İlgilinin belirtilen harcı yatırmaması sebebiyle banka dekontunu başvuru evraklarına koymaması ve idareyi yanıltmaya ilişkin bir beyanının bulunmaması kendisini iyiniyetli bir hâle getirmiştir.

³² Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi, T. 07.03.2012, E. 2011/1449, K. 2012/262; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 3. Dairesi, T. 23.12.2004, E. 2004/1524, K. 2004/1826; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 3. Dairesi, T. 21.12.2004, E. 2004/434, K. 2004/1827: “*İşlemdaki hata, işlemin hukuka aykırı olması sonucunu doğuruyorsa, bu du-*

Dava konusu edilen işlem hukuka aykırı bir atama kararından kaynaklanan zam ve tazminatların iadesine ilişkindir. Ancak idare kendi iradesine bağlı olarak değil bir iptal kararının yerine getirilmesini sağlamak üzere bu kararı vermiştir. İptal kararlarının geçmişe yürümesi, genellikle o işlemin geri alınması suretiyle yerine getirilir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi atama işleminin iptal edilmesinin yapılan ödemelerin geri alınmasına imkân tanımadığına karar vermiştir. Gereğe olarak da maaşın, hizmetin bir karşılığı olduğunu gösterilmiştir.

Karar incelendiğinde müesses durum ile kazanılmış hak arasındaki farklardan biri ortaya çıkmaktadır. Müesses durumda korunan bir hukuki yarar olmasına rağmen bu yarar hak boyutunda değildir. Kazanılmış haklarda korunan hukuki menfaat bir haktır. Hakkın kazanılması ise ancak hukuka uygun tasarruflar sonucunda mümkündür. Hukuka aykırı olarak elde edilen bazı sonuçlar hak olarak değil durum olarak telakki edilmektedir. Dava açma süresi dolmadan önce ilgilisi için bir hak teşkil etmeyen durumlar, dava açma süresi dolduktan sonra ilgisine hak boyutunda olmasa da dokunulamayan durumlar yaratmaktadır. Diğer taraftan hukuka aykırı işlemin tesisinden sonra belirli bir sürenin geçmesi o işlemi hukuka uygun hâle de getirmemektedir. Başka bir ifade ile işlemin hukuka aykırılığı devam etmekle birlikte sonuçları artık dokunulamaz bir hâl kazanmaktadır.

Bu kararda başka önemli bir husus üzerinde durulmuştur. “İptal edilen işlemin doğurduğu hukuki sonuçlar” ve “iptal edilen işleme dayanılarak yapılan işlemler” şeklinde ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, iptal edilen işlemin doğurduğu hukuki sonuçlar, iptal kararından etkilenmez ve doğal olarak geçerliliklerini sürdürürler. Buna karşın, iptal edilen işleme dayanılarak yapılan işlemler, iptal kararından etkilenerek hukuka aykırı hâle gelirler.

rumda kazanılmış hak doğmayacaktır. Ancak, böyle bir hata, diğer bir ifadeyle açık hata derecesine varmamış, sıradan bir hata işleminin esasını etkilese bile üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra, müesses durum olarak nitelendirilebilmelidir. Müesses durum, ilgilinin lehine sonuçları olan hukuka aykırı bir idari tasarrufun sonuçlarından kendisine atfedilecek bir kusur, yokluk ve açık hata bulunmadıkça, belirli bir süre yararlanılmasıyla hukuk düzenince tanınması gerektiği düşünülen; tanınmaması durumunda ise idari istikrar ve hukuk güvenliğinin bozulacağı düşünülen hukuki durumdur”; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi, T. 16.01.2002, E. 2001/442, K. 2002/202: “Türk Hukukunda, kazanılmış hakkın mevzuata uygun yapılmış idari işlemlerden doğabileceği, hukuka aykırı bir işlemin kazanılmış hak doğuramayacağı, ancak yerleşmiş kazanılmış durum yaratabileceği, bu tür işlemlerin dava açma süresi geçtikten sonra geri alınmayacağı kabul edilmektedir”, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

Bu önermeye göre, görev süresince alınan maaşlar işlemin doğurduğu sonuçtur. Bu sonuç iptal kararından etkilenmez. Aksi davranış kişiyi karşılıksız çalışmaya zorlamak olur ki, bu durum hukuka aykırı bir tutum olur. Bir diğer hukuki sonuç ise, verilen hizmetin hizmet süresinden sayılıp sayılmayacağıdır. Bu hizmet süresi, emeklilikte, terfide, kıdemde temel alınacaktır. Burada hizmeti, yapılan ödemelerden bağımsız düşünmek de olasıdır. İlgili fiilen çalıştığına göre, başka bir şart aranmadan, hizmetin de geçerli sayılması gerekir.

Bu olay üzerinden bakıldığında iptal kararlarının yerine getirilmesinin her zaman geri alma işlemi ile gerçekleştirilemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Mahkeme kararının yerine getirilmesi bazı durumlarda kaldırma işlemi ile gerçekleştirilebilir. Diğer taraftan yazı işleri müdürlüğü görevine gerçek dışı beyanı veya hilesi sebebiyle atanmamış birey lehine hukuka aykırı işlemlerin kaldırılmasında da müesses durumların korunabileceğinin gösterilmesi açısından önemli bir içtihat ortaya konmuştur.

Danıştay kararları incelendiğinde müesses durumların genellikle mali haklara ilişkin bir koruma sağladığı görülmektedir. Ancak müesses durumlarda korunan hukuki menfaat her zaman parasal konulara ilişkin olmayabilir.

Gümrük idaresinde 10 yıldan fazla çalışan ve bu sürenin bir bölümünü baş memurluktan daha yüksek görevlerde geçiren ilgili hakkında gümrük komisyoncu karnesi düzenlenmiştir. Bu belgenin verilebilmesi için kanunda öngörülen asgari süre, bilfiil gümrük mevzuatı uygulanarak işlem yapılan birimlerde 10 yıl çalışılmasıdır. Bu belgenin verilmesinin ardından 13 yıla yakın zaman geçtikten sonra yapılan denetim sonucunda, gümrükte çalıştığı 10 yıllık sürenin, sadece 7 yıl 8 ay 19 gününün bilfiil gümrük idarelerinde gümrük mevzuatı uygulanarak işlem yapılan birimlerde geçirdiği gerekçesiyle yasa dışı koşulları taşımayan davacının gümrük komisyonculuğu karnesi daimi olarak geri alınmıştır. Geri alma işlemine yönelik açıdan davada Danıştay gümrük komisyonculuğu karnesinin geri alınması işlemi iptal etmiştir.

Danıştay işlemi iptal etme gerekçesini kazanılmış hak üzerine inşa etmiştir. Bu dava kazanılmış hak davası olmayıp müesses durumun korunmasına ilişkindir. Bu sebeple Danıştay'ın kararına katılmakla birlikte gerekçesine katılmak mümkün değildir. Esasen Danıştay hükmü kurarken müesses durum şartlarının oluşup oluşmadığını değerlendirmiştir. Gümrük komisyonculuğu karnesinin verilmesinde bir hukuka aykırılık bulunduğunu ancak bu hukuka aykırılığın işlemde menfaat elde edecek kişinin yanıltıcı beyanı ya

da hilesinden kaynaklanmadığını, işlemin açık hata sayılmayacak bir hata³³ ile gerçekleştirildiği belirtmiştir. Belgenin verilmesinin ardından 13 yıl gibi uzun bir sürenin geçmiş olması da müesses durumun korunmasını sağlamıştır. Bu dava hukuka aykırı elde edilmiş ve parasal konulara ilişkin olmayan bir menfaatin korunması sebebiyle korunan müesses duruma ilişkin önemli bir örnektir³⁴.

Kaldırma işleminden kaynaklanan müesses duruma ilişkin bir başka uyumsuzluk şu şekildedir:

Eğitimde psikolojik hizmetler bölümünden mezun olarak 1978 yılında laboratuvar teknisyeni unvanı ile göreve başlayan davacı, 1980 yılında aynı bölümde yüksek lisansı bitirmiş ve bunun üzerine 1981 yılında psikolog unvanlı kadroya atanmıştır. Bu atama kararından 10 yıl geçmesinin ardından Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına görüş sorulmuş ve ilgilinin rehber öğretmen unvanını kullanabileceği, psikolog unvanını kullanamayacağını belirtilmesi üzerine görev değişimi modeli işlemde kaldırılarak ilgiliye laboratuvar teknisyeni unvanına göre belirlenecek kadro aylığı üzerinden ödeme yapılması kararlaştırılmıştır. Dava konusu edilen bu işlemde Danıştay “1952 yılında kabul edilen içtihadı birleştirme kurulu kararları ile sağlanan korunmanın da kamu yararı ve kamu düzeni ile sınırlı olduğunu; idarede istikrar ilkesi esas alınarak sağlanan bu korumanın, kamu düzenini ve bunun sonucu olarak kamu yararını ihlal eden, bozan bir sonuca ulaştığında artık sürdürülmesinin olanaklı olmadığını; korumanın, hukuka aykırı işlemin düzeltildiği tarihe kadar ilgili kişi için doğurduğu kişisel kazanımlarla sınırlı kalacağını kabul etmek gerekmektedir. Daha açık bir anlatımla hukuka aykırı bir idari işleme elde edilen statü ve bu statüye dayanılarak yapılan

³³ “Mevzuat hükmünün yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğu, idare edenlerin kasıt ya da ihmal içinde olmadıkları sürece, hükmü uygularken hataya düşmelerinin beklenemeyeceği hallerde, maddi olaya ve mevzuatın açık hükmüne aykırı davranılmış ve bu durum da işlemi yok denilecek kadar sakatlamış ise, idarenin açık hatasından söz edilebilir”.

³⁴ Danıştay 10. Dairesi, T. 18.05.2005, E. 2003/4745, K. 2005/2591, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018; Hukuka aykırı işlemlerden kaynaklanan parasal ve diğer kazanımların korunup korunmayacağına ilişkin başka bir uyumsuzlukta “idari istikrar ilkesinden hareketle aradan uzun bir zaman geçtikten sonra “bilgisayar yüksek mühendisliği ünvan ve ruhsatnamesinin” ilgili lehine hak sağladığı sonucuna varılmış olmasında hukuki isabet yok ise de, ancak işlemin düzeltildiği tarihe kadar davacı lehine oluşan kazanımların geri alınamayacağı açıktır” şeklindeki içtihatla sadece parasal kazanımlar korunmuş unvanın geri alınmasında hukuka aykırılık bulunmamıştır, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 13.11.1998, E. 1996/509, K. 1998/562, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

işlem ve eylemler kamuya yönelik etki ve sonuçlar doğuruyorsa bu statü korunmayacak; ancak idarece hatalı işlem düzeltilinceye kadar ilgili kişinin bu statü nedeniyle elde ettiği kişisel kazanımlara da dokunulamayacaktır. Çok kısa deyimle kanuna aykırı işlemle elde edilen yetkiler sürdürülmeyecek, sadece kişisel kazanımları korunacaktır” şeklinde hüküm kurmuştur. Bu dava, işlemin geri alınmasının kazanılmış haklara dokunulamayacağı gerekçesiyle açılmıştır. Her ne kadar dava bu savla açılmış olsa da, psikolog unvanının verildiği işlemin hukuka aykırı olması Danıştay tarafından kazanılmış hak olarak değil müesses durum çerçevesinde olaya yaklaşılmasına sebep olmuştur. Ayrıca kişisel kazanımların korunması gerektiğine karar veren Danıştay işlemi geri alma değil kaldırma işlemi olarak telakki etmiştir³⁵. Danıştay bu kararda 1952 tarihli içtihadı birleştirme kararından hareketle aradan uzun bir zaman geçtikten sonra psikolog unvanının ilgili lehine kazanılmış hak teşkil ettiği sonucuna varılmış olmasında hukuki isabet olmadığına ancak davacıya psikolog unvanı verilmesi nedeniyle memuriyetteki derecesinin yükseltilmesine ve aldığı aylıklara dokunulamayacağına karar vermiştir. Bu durum da kaldırma işleminde müesses durumların korunabileceğine başka bir örnektir.

Müesses durum genellikle bireysel idari işlemin geri alınmasında ortaya çıkarken düzenleyici işlem değişikliklerinde³⁶ de yargı organının müesses durumu gözeterek bir karara vardığı tespit edilmiştir.

Tıp Fakültesi mezunu olan ve zorunlu hizmetini tamamladıktan sonra kamu görevinden ayrılan davacı, Azerbaycan’da ihtisasa başlamıştır. İhtisasa başladıktan kısa bir süre sonra, ihtisasının geri kalan kısmını eğitim hastanesinde tamamlamak amacıyla yatay geçiş isteminde bulunan ilgili, bu istemin yanıtlanmayarak reddedilmesi üzerine idari yargıya başvurmuştur. Tababet Uzmanlık Tüzüğü’nün, davacının eğitime başladığı tarihte yürürlükte bulunan ve yurtdışında yapılan asistanlıkla ilgili işlemleri düzenleyen maddesi, yurt dışında gidilen ülkenin yöntemlerine göre sınavdan geçirilerek başlanılan tıpta uzmanlık eğitiminin Türkiye’de sürdürülmesine olanak tanımakta iken, bu konudaki istemlerin giderek artması üzerine söz konusu maddenin değiştirilmesi yoluna gidilmiş ve yapılan değişikliklerle genel asistanlık sına-

³⁵ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 433.

³⁶ Düzenleyici işlemler bireyselleşmediği müddetçe bireyler açısından dokunulamaz ve değiştirilemez haklar yaratmazlar. İdarenin kamu hizmetlerinin değişen şartlarına uyum gösterebilmesi için düzenleyici işlemlerde değişiklik yapması gerekebilir. Hatta çoğu zaman bu değişiklik idare için bir görev olarak ortaya çıkar, **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 428.

vına girme ve başarılı olma koşulu getirilmiştir. Böylece, yurt dışında sınavdan geçilerek başlanan asistanlığın, yeniden sınavdan geçme koşulu aranmaksızın Türkiye’de sürdürülmesi olanağı kalmamıştır. Genel asistanlık sınavına girme ve başarılı olma koşuluna tabi olmak istemeyen davacının açtığı davada yüksek mahkeme müesses durum (kurulu düzen) ile kazanılmış hak kavramları üzerinde durarak, tüzük değişikliğinden önce ihtisasa başlayan ve o tarihte yürürlükte bulunan maddede aranılan koşulları taşıyan davacıya tüzük değişikliğinin uygulanıp uygulanamayacağı konusunu tartışmış ve davacının müesses durumunun korunmasına karar vermiştir³⁷. Esasında bu dava bir haklı beklenti davasıdır. Nitekim söz konusu davada idarenin tesis ettiği işlem hukuka aykırı değildir. İdare kamu yararını gözetmek kaydıyla eğitim hizmetlerinin usullerini belirlediği düzenleyici işlemde her zaman değişikliğe gidebilir. Önceki düzenleyici işlemde bulunan bir hükmü idarenin değiştirememesi, hem kamu hizmetinin sunumunda aksaklıkların yaşanmasına sebep olur hem de genel nitelik arz eden düzenleme yetkisine aykırılık teşkil eder³⁸. Diğer taraftan düzenleyici işlemin öngörülebilirliği tesis etmeden ani bir şekilde değiştirilmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar haklı beklenti temelinde çözüme kavuşturulmalıdır. Bu açıdan haklı beklenti ile müesses durum arasındaki farklardan birinin de hukuka aykırılık durumu olduğunu ifade edebiliriz. Hukuka aykırı işlemlerden kaynaklanan koruma talepleri haklı beklenti ile değil müesses durumla karşılanır. Söz konusu olayda idarenin ilgili yönetmeliği değiştirmesinde bir hukuka aykırılık bulunmadığı için bu talebin müesses durumla korunmaya çalışılması hukuken hatalı olmuştur.

Düzenleyici işlem hükümleri uygulanarak bireysel işlemlere dönüştürülmediği müddetçe³⁹, doğrudan düzenleyici işlemde kaynaklı müesses

³⁷ Danıştay 5. Dairesi, T. 12.12.1996, E. 1994/4824, K. 1996/3864; Danıştay 5. Dairesi, T. 12.12.1996, E. 1994/1576, K. 1996/3759; Danıştay 5. Dairesi, T. 02.12.1996, E. 1994/2521, K. 1996/3747; Danıştay 5. Dairesi, T. 02.12.1996, E. 1994/2591, K. 1996/3746; Düzenleyici işlem değişikliğinden kaynaklanan müesses durum oluşturan benzer nitelikte karar için bkz. Danıştay 5. Dairesi, T. 13.06.1996, E. 1994/1705, K. 1996/2372; Danıştay 5. Dairesi, T. 02.12.1996, E. 1994/2520, K. 1996/3748, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

³⁸ “İdare, hukuka aykırılık sebebiyle genel düzenleyici işlemlerini kaldırıp, değiştirebileceği gibi, kamu hizmetinin gerekleri daha doğrusu yerindelik gerekçesiyle de aynı yetkisini kullanabilir”, Aksoylu, s. 72.

³⁹ Tüm bireysel işlemlerin geri alınıp kaldırılabilirliğini söylemek de her zaman mümkün değildir. Bu açıdan bazı bireysel işlemler vardır ki uygulamakla etkisi tükenir. Bu işlemlerin ancak uygulanmasından önce geri alınıp kaldırılmaları mümkündür. Uygulandıktan sonra geri alma ya da kaldırma işleminin önce tesis edilen işlem üzerinde bir etkisi

durumların oluşması mümkün değildir. Düzenleyici idari işlemin her zaman kaldırılabilmesi mümkündür. Bu idarenin düzenleme yetkisinin genel olma özelliğinin bir sonucudur. Düzenleyici idari işlemlerin kazanılmış hak doğurmaya başlı başına müsait olmadıkları için, geri alınmalarında da bir beis bulunmamaktadır. Ancak hukuka aykırı düzenleyici bir işlemin uygulanması durumunda müesses durumlar ortaya çıkabilir. Düzenleyici işlem temelli müesses durumlarla iki şekilde karşılaşılr. Birincisi, düzenleyici idari işlemin hukuka aykırılığı idare tarafından fark edilebilir. İkincisi, hukuka aykırı bir şekilde doğmuş olan düzenleyici idari işlem yargı kararıyla iptal edilebilir ya da yürütülmesi geçici olarak durdurulabilir. Her iki ihtimalin farklı sonuçları bulunur. İlkinde düzenleyici idari işlem idarenin iradesine bağlı olarak sona ermekte diğerinde mahkeme kararının yerine getirilmesini sağlamak amacıyla işlemin hukuk âleminde silinmesi söz konusu olmaktadır. Anayasanın 138. ve İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesine göre idare, mahkeme kararları gecikmeksizin yerine getirilmelidir. Mahkeme kararının yerine getirilmesi için bazen idarenin herhangi bir tasarrufta bulunmasına gerek olmaz. Bir düzenleyici işlemin iptalinde idarenin düzenleyici işlemini hukuk dünyasından kaldırması için ayrıca bir irade beyanında bulunmasına gerek yoktur. Bireysel işlemlere yönelik verilen iptal kararlarında da dava konusu edilen işlemin niteliği gereği bazen idarenin ayrıca bir karar alması gerekmez. İmar mevzuatına aykırı yapı olduğu tespit edilen bir yer hakkında alınan yıkım kararının iptal edilmesi durumunda idarenin aldığı yıkım kararını ayrıca geri alması ya da kaldırması gerekmez. Ancak genellikle mahkeme kararlarının yerine getirilmesi için idarenin bir işlem ya da eylemde bulunması gerekir. İptal kararlarının etkisinin işlemin ilk yapıldığı ana kadar geçmişe yönelik olması⁴⁰ idarenin de yargı kararını yerine getirme

olmaz. Bazı bireysel işlemler vardır ki etkisi süreklidir. Örneğin bir sosyal etkinlik için verilen izin, söz konusu sosyal etkinliğin (konser, konferans, anma etkinliği gibi) yapılmasından sonra geri alınmasının ya da kaldırılmasının bir sonucu olmaz. Ancak bir işyeri açılması için verilen izin etkisinin sürekli olmasından dolayı geri alma ve kaldırma işleminin verilen ruhsatın sonuçları üzerinde etkilerini görmek mümkündür, **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 428-429; Diğer taraftan kolluk yetkisinin kullanımına ilişkin ruhsatlar müesses durumun koruması dışındadır. Başka bir ifadeyle kamu düzenine aykırılık müesses durumu bertaraf etmektedir, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 16.05.1975, E. 1973/391, K. 1975/2006; Danıştay 10. Dairesi, T. 17.11.1998, E. 1996/4639, K. 1998/5838, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

⁴⁰ Danıştay İçtihat Birleştirme Kurulu, T. 09.07.1966, E. 1965/21, K. 1966/7: “İptal kararlarının, kanunen belli çeşitli sebepler muvacehesinde idari tasarrufu yapıldığı tarihe kadar ortadan kaldıracağı için geçmişe şamil olduğu idare hukukunun umumi prensiplerindedir”; Danıştay 8. Dairesi, T. 25.02.2015, E. 2014/10360, K. 2015/1223:

iradesini geçmişe etkili olan geri alma işlemi ile gerçekleştirmesini zorunlu kılar. Ancak ilk tesis edilen işlemin hukuki niteliği iptal kararının kaldırma işlemi ile yerine getirilmesini gerektirebilir.

Hukuka aykırılığı yargı yerince tespit edilmiş idari bir işlemin sonuçlarını müesses durumu korumak adına yerine getirmeyi reddetmek, yargıyı etkisizleştirmek olur ki bu hukuk devletinin egemen olduğu bir sistemde kabul edilemez. Ancak idare kendi iradesine bağlı olarak hukuka aykırı düzenleyici işlemde kaynaklanan bireysel işlemi hukuk âleminde kaldırırsa müesses durumu korumalıdır. Bu gerekçeyle idare mahkemelerince iptal edilen işlemlerin yargı kararını yerine getirmek adına geri alınmasında müesses durumu ortaya çıkmaz. Başka bir ifadeyle yargı kararının yerine getirilmesi için yapılan geri alma ve kaldırma işlemlerinde ilgilisi için korunacak bir hukuki menfaat bulunmamaktadır.

Müesses duruma ilişkin bir başka içtihat idari işlemin değiştirilmesi üzerine verilmiştir. Bu uyumsuzluk gerek değiştirme işleminde müesses durumun uygulanabilirliği gerekse mahkeme kararlarının yerine getirilmesi adına yapılan işlemlerden dolayı korunmayacak olan müesses duruma örnek olması açısından önemlidir.

Uluslararası Amerikan Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İşletme Bölümünden 1998’de mezun olan ilgili, 1999’da Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığınca bu diplomaya denklik belgesi verilmemesi işlemine karşı dava açmıştır. İdare mahkemesinin denklik verilmesi işlemini iptal etmesi üzerine ilgiliye mezuniyet geçici denklik belgesi vermiştir. Bu belge kullanması suretiyle kısa dönem er olarak 2004 yılında ilgili askerlik hizmetini tamamlayarak terhis edilmiştir. Terhis edilmesinden sonra idare mahkemesinde görülen dava temyiz ve karar düzeltme aşamalarından geçerek kesinleşmiş ve idare mahkemesinin kararı bozulmuştur.

“Öğretide ve uygulamada idari yargı yerince verilen iptal kararları, hukuki veya fiili engel yok ise idari işlemi tesis edildiği tarihten itibaren geriye yönelik olarak ortadan kaldıracağı, yürütmenin durdurulması kararlarının ise uygulama tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği kabul edilmektedir”; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 30.10.2014, E. 2014/4017, K. 2014/3333; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 30.10.2014, E. 2014/3176, K. 2014/3237: *“İdare Hukuku ilkelerine göre, iptal kararları, iptali istenilen işlemi tesis edildiği tarih itibarıyla ortadan kaldırarak, o işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlar*; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 26.06.2008, E. 2006/1873, K. 2008/1691: *“Danıştay’ın istikrar kazanmış kararlarına göre iptal kararları, dava konusu işlemi hiç tesis edilmemiş kalan ve işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan kararlardır”*. www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

Bunun üzerine Milli Savunma Bakanlığınca ilgilinin askerlik kararının 15 ay hizmet yapmak üzere tekrar er olarak tadiline karar verilmiştir. Dava konusu edilen uyuşmazlık YÖK'ün denklik belgesi üzerine işlem tesis edilmesini müteakip, denklik belgesinin yine YÖK tarafından iptali üzerine davacının lehine kazanılmış hak doğup doğmayacağı noktasında toplanmıştır. Mahkeme “*Bazen, hukuka aykırı olsa da üzerinden belirli bir süre geçmesi, iyi niyetin korunması ve idari istikrar kaygılarıyla kişilerin lehine doğan hukuki durumların korunması gerekebilir, bunlar müesses durumlar olarak adlandırılır*” şeklinde bir karara varılmıştır. Ancak ilgilinin müesses durum talebi işlemde açık hata bulunması gerekçesiyle korunmamıştır⁴¹.

Davacının kısa dönem askerlik yapmasının sebep unsuru yükseköğretim mezunu olmasıdır. Davacının askerliğe alınma işleminin tesis sırasında sunduğu denklik belgesi sahte değildir. Belgenin hazırlanmasında da ilgilinin yanıltıcı beyanı bulunmamaktadır. Belge bir mahkeme kararı neticesinde verilmiştir. Olayda açık hata durumu esasen gerçekleşmemiştir. Belge, sunulduğu an itibarıyla hukuka uygun bir belgedir. Ancak işlemin tesisinden sonra belgenin hukuka aykırılığı ortaya çıkmıştır. Başka bir ifade ile belge, işlem sebebi olarak kullanılırken aslında hukuka aykırıdır. Ancak belgenin hukuka aykırılığı, işlemin tesis edilmesi zamanında değil daha sonradan iptal

⁴¹ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi, T. 27.09.2006, E. 2005/314, K. 2006/1010; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi, T. 25.10.2005, E. 2005/311, K. 2005/1071: “*İlke olarak hukuka aykırı işlemler idare tarafından her zaman geri alınabilir, esasen alınmalıdır da. İlke bu o olmakla birlikte, kimi zaman, hukuka aykırı işlemin yürürlükte kaldığı sürede ilgiliye kimi yararlar sağlaması, diğer bir deyişle müesses durumlar doğurması mümkün olduğundan, bir kısım işlemler, iptallerini gerektiren hukuka aykırılık taşıdıklarında, belirli bir sürenin geçmesiyle, idari istikrar, iyi niyetin korunması ve hukuk güvenliği düşünceleriyle geçerlilik kazanabilmektedir. Ancak, kimi işlemlerde hukuka aykırılık öyle boyutlara varabilir ki bu gibi durumlarda işlemin yapay geçerlik sağlaması mümkün bulunmadığından her zaman geri alabilmek olanaklıdır. Esasen bu gibi durumlarda işlemin hak doğurma yeteneği yoktur. Doktrinde ve uygulamada genel kabul gördüğü üzere yokluk ve açık hata bulunan işlemler bu gruba girmektedir. Ağır ve açık yetki aşılması, yetki gaspı, fonksiyon gaspı bulunması halinde işlemin yoklukla sakat olduğu söylenebilir. Açık hata ise, hatadan farklı olarak, basit bir yanılmayı değil, işlemin muhatabı tarafından da belirlenebilecek bir hatayı deyimler. Gerek yokluk, gerek açık hata halinde işlem kişilerin lehine müesses durum ve hak doğurmaya elverişli olmadığından her zaman geri alınabilmesi mümkündür. Böylelikle işlemin zararlı etki ve sonuçları engellenmiş olmaktadır. Davacı hakkında tesis edilen sözleşmenin yenilenmesi işlemi yok hükmünde değil ise de, Uzman Erbaş Kanununun 5 nci maddesine açıkça aykırı olması ve davacının sınıfının sağlık niteliklerini taşıdığına ilişkin raporu idareye veremediğini bilmesi hasebiyle açık hata içermektedir. Bu bakımdan idare tarafından süreye bakılmaksızın geri alınabilmelidir*”, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

kararı ile tespit edilmiştir. Bu işlemin varlığı ilgilisinin menfaatinedir. Bu gerekçelerle söz konusu uyuşmazlık klasik bir müesses durum davasıdır. Ancak müesses durumun korunmaması da hukuka uygundur. Ancak karar açık hata sebebiyle değil yararlanma süresinin yetersizliği gerekçesiyle hukuka uygundur.

Müesses durumun korunmamasının temel sebeplerinden biri ilgilinin yararlanma süresinin yetersizliğidir. Daha önce izah edildiği üzere, dava açılan durumlarda bu yararlanmanın davanın kesinleşmesine kadar devam etmesi gerekir. Yargıya taşınan uyuşmazlıklarda, müesses durumun korunabilmesinde bir şart olarak aranan yararlanma durumu kararın kesinleşmesine bağlıdır.

Askerlik idaresinin işlemi düzeltmesindeki temel unsur mahkeme kararının yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Şayet bu uyuşmazlıkta denklik verilme işlemi YÖK tarafından bir mahkeme kararını yerine getirmek üzere verilmemiş olsaydı, başka bir ifadeyle YÖK ilk etapta denklik verip daha sonra bu denkliği iptal etseydi müesses durumun korunması gerekirdi. Her ne kadar YÖK ile Milli Savunma Bakanlığı birbirinden farklı idareler olsa da, bir idarenin hukuka aykırı işleminden kaynaklanan sorumluluğun bireye değil de diğer idareye yüklenmesi gerekir. Bu önerme nesafetin ve idarenin bütünlüğü ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Düzenleyici idari işlemin hukuka aykırılığının mahkeme kararıyla tespit edilmesi sonucunda bu düzenleyici işleme binaen tesis edilen bireysel işlemlerin akıbetinin müesses durum korunmasından faydalanıp faydalanamayacağına ilişkin bir Danıştay kararı bulunmaktadır. Yürürlükteki yönetmelik hükümlerine uygun olarak tesis edilen bir atama işleminin ardından, yönetmeliğe açılan dava üzerine verilen yürütmenin durdurulması kararını yerine getirebilmek adına yapılan atama işleminin geri alınmasını idare mahkemesi hukuka uygun bulmuştur. Geri alınma işleminin hukuka uygunluğuna karar veren idare mahkemesinin kararını temyizden inceleyen Danıştay, atama işleminden sekiz ay geçmesine rağmen geri alma işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Danıştay bu kararında sekiz aylık süreyi istikrar ilkesini zedeleyen bir durum olarak görmemiştir. Danıştay bu kararı verirken müesses duruma ilişkin ilk Danıştay kararı olan 1952 tarihli içtihadı birleştirme kararından haberdar olduğunu ortaya koymuştur. Ancak Danıştay 1952 tarihli kararın hatalı bir şekilde ödenen meblağın istirdatına yönelik olarak verildiğini ve uyuşmazlık konusunun parasal haklardan kaynaklanmadığını belirterek ilgili karardan ayrılma gerekçesini ortaya koymuştur. Söz konusu davada bireysel işlem yürütmesi durdurulan yönetmeliğe göre yapılmıştır. Danıştay kararında hukuka aykırılığı yargı kararıyla bir şekilde tespit edilen

düzenleyici işlemin uygulama kabiliyetinin bulunmadığını, anayasa mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümemesine rağmen idare mahkemesi kararlarının geriye yürüdüğünü, bu sebeple anayasa hukukundan farklı⁴² olarak idare hukukunda iptal edilen düzenleyici bir işlemin ardından bu düzenleyici işlemde önce var olan düzenleyici işlemin hiç değiştirilmemiş gibi kendiliğinden varlık kazanacağını belirtmiştir⁴³.

Dava konusu edilen yönetmelik kendinden daha önce bulunan yönetmelikte yer alan atama şartlarından bazılarını değiştirmiştir. Yeni yönetmeliğe göre atama şartlarını taşıyan ilgilinin durumu, bu yönetmelik hükmünün mahkeme kararı ile yürütmesinin durdurulması karşısında eski yönetmelik hükümlerine göre şartları taşımaması sebebiyle hukuka aykırı hâle gelmiştir. Bu olayın yukarıda tanımı ve özellikleri verilen müesses duruma uyup uymadığının tahlilinin kısaca yapılması gerekir. Yönetmelik bir idari işlemdir. Yönetmelik hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı olan bir yönetmeliğe uygun olsa da tesis edilen işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı bireysel işlemi de hukuka aykırı hâle getirir. Hukuka aykırı olan atama işlemi ilgilinin menfaatedir. Yönetmelikteki hukuka aykırılık yoklukla ya da açık hatayla malul olmadığı gibi menfaat elde edecek bireyin iradesine bağlı olarak da hukuka aykırı hâle gelmemiştir. Başka bir ifade ile düzenleyici işlemin hukuka aykırılığı menfaati bulunan bireyin hilesi, ikrahı ya da yanıltıcı beyanı neticesinde ortaya çıkmamıştır. Hukuka aykırı atama işleminden yararlanma sekiz ay boyunca devam etmiştir. Bu veriler ışığında ilgili uyuşmazlık müesses durumun tüm unsurlarını ihtiva etmektedir ve normal şartlarda korunmalıdır. Ancak bu davada müesses durumun koruma

⁴² Boğaziçi Kanununun bir madde hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden sonra, boğaz içinde yapılan yapıların hukuki durumlarının istisari değerlendirilmesinde Danıştay üçlü bir yöntem belirlenmiştir. Üç yöntemden ikisinde Anayasa Mahkemesi iptal kararına kadar inşaatı tamamlanmış yapılar için kazanılmış hakkın korunmasına, iptal kararının yürürlüğe girmesinden sonra verilen ruhsatların ilgililerine korunmaya değer bir hak sağlamayacağına karar vermiştir. Müesses duruma ilişkin ortaya koyduğu üçüncü yöntemde ise, iptal kararının verildiği andan yürürlüğe girdiği ana kadar olan dönemde verilen ruhsatların hukuka aykırı olduğuna ancak hukuka aykırı işlemlerin dâhi subjektif sonuçlarının göz ardı edilemeyeceğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yürümemesi kuralı idare mahkemesinin kararlarının geçmişe yürümesi kuralına göre farklı bir uygulama yapılmasını gerektirmiştir. Diğer taraftan sadece idarenin düzenleyici işlemlerine aykırılığın değil kanuna aykırılığın dahi korunabilecek bazı hukuki durumlar yaratması müesses durum açısından önemli bir örnektir, Danıştay 1. Dairesi, T. 19.12.1988, E. 1988/336, K. 1988/355, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

⁴³ Danıştay 5. Dairesi, T. 24.05.1999, E. 1988/4622, K. 1999/1685, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

görmemesinin tek nedeni ortada bir yargı kararının bulunmasıdır. Yargı kararının yerine getirilme zorunluluğu, yararlanma süresinin dava açılan durumlarda kararın kesinleşmesine kadar devam etmesi gerekliliği ve yargı kararlarının etkisizleştirilmemesi gerekliliği ilgili davada müesses durumun uygulanmaması sonucunu doğurmuştur. Diğer taraftan sekiz ay boyunca ilgili kişiye ödenen fazla meblağın ise alınamaması gerekir. Nitekim ücret çalışılan işin karşılığıdır. Atama işlemi iptal edilen kişi sekiz ay boyunca işgal ettiği makamın görevlerini yerine getirdiği için ücrete de hak kazanmıştır.

Tekrar ifade etmek gerekirse bu olayda müesses durum korumasından faydalanmasına izin verilmemesinin gerekçesi mahkeme kararlarını yerine getirme zorunluluğudur. Bu sebeple karara katılmaktayız. Aktarılan uyuşmazlıkla aynı tarihte karara bağlanan bir başka atama işlemine ilişkin uyuşmazlıkta benzer bir durum söz konusudur. Ancak bu olayda müesses durum sebebiyle atama işleminin geri alınmasının hukuka aykırı olduğuna hükmeden idare mahkemesinin kararı katılmadığımız bir gerekçeyle Danıştay tarafından bozulmuştur. Bu dava belirtilen usule uyulmaksızın yapılan atama işleminin 2,5 yıl sonra geri alınmasından kaynaklanmaktadır⁴⁴. Davacının inha koşuluna uyulmadan atanmasındaki şekil noksanlığının yok hükmünde sayılmaması ve ilgilinin hilesine bağlı olmaksızın ortaya çıkan atamanın hukuka aykırılığının olumsuz sonuçlarının iyiniyetli⁴⁵ davacıya yüklenmesi

⁴⁴ Danıştay 5. Dairesi, T. 22.04.1999, E. 1998/4336, K. 1999/1130, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

⁴⁵ Müesses durumların korunması için aranan şartlar arasında yer alan iyiniyet, en basit anlamda menfaat kazanacak bireyde bulunan mazur görülebilecek bir bilgisizlik durumudur. Tek ders sınavına iki dersten birden giren öğrenciye bu derslerden başarılı olmasına rağmen diploma verilmemiştir. Açılan davada Danıştay “*idarelerin hatalı işlemlerini kabul edilebilir bir süre içinde veya kişilerin idareyi yanıltmaları sonucunda hatalı bir işlemin yapılması halinde geri alabilecekleri idare hukukunun genel ilkelerindedir. Dava konusu olayda ise davacının iki dersten birden tek ders sınavına girmesinde kusurunun olmadığı, idareyi yanıltmadığı yanlış uygulamanın davacının aktarma ile geldiği okul müdürlüğünün tek ders uygulaması konusundaki yorumundan kaynaklandığı anlaşılmalı, idare hukukunun genel ilkelerine ve hakkaniyete uygun bulunmayan işlemin iptaline*” karar verilmiştir. Danıştay 8. Dairesi, T. 03.05.1983, E. 1982/817, K. 1983/945, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018; Bu davada hukuka aykırı bir işlemde kaynaklanan müesses durumun korunmasına karar verilmiştir. Tek ders sınavına iki dersi bulunan öğrencinin alınmasını kanunun yorumlanma farkından kaynaklandığını düşünen Danıştay açık hatanın bulunmadığına karar vermiştir. Kararda ilgili öğrenci açısından iyiniyetli olup olmadığının bir tahlili yapılmamıştır. Okul müdürünün ilgili kuralın nasıl uygulandığı yönündeki bilgisizliği ve kendi yorumu işlemi açık hata olmaktan çıkarmıştır. Ancak tek ders sınavına iki dersi olmasına rağmen alınan öğrenci-

idari istikrar ilkesi gereğince hatalı olmuştur. Diğer taraftan Danıştay bu davaya müesses durum perspektifinden yaklaşmamış davayı kazanılmış hak temelinde incelenmiştir. Hukuka aykırı durumların kazanılmış hakka müesait olmadığı gerekçesiyle verdiği karar bu sebeple hukuku uygun olmakla birlikte müesses durumu göz ardı edip karar vermesi hukuken hatalı olmuştur. Söz konusu uyuşmazlıkta bir mahkeme kararını yerine getirmek zorunda olmayan idarenin tüm şartlarını taşıyan müesses durumu koruması gerekirdi.

Danıştay diğer yüksek mahkemelerin aksine müesses durumun tanımını yapmaktan kaçınmıştır. Danıştay genellikle müesses durumun işlemin geri alınmasında hususunda ortaya çıktığını ve kavramın idari istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleri ile olan bağlantısına dikkat çekmiştir⁴⁶.

nin iyiniyetli olup olmadığı araştırılmamıştır. İşlemden menfaat elde edecek kişinin yaşı, ilgi kuralı örgün öğretim yapmayan öğrencinin bilemeyecek olması gibi bir durumun tespiti öğrenciyi iyiniyetli kılabildi.

⁴⁶ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, T. 22.12.1973, E. 1968/8, K. 1973/14: “*Gerek Türk gerek yabancı doktrinde gerekse yargı kararlarında geri alma işleminin, idari işlemlerin geriye yürümezliği prensibine istisna getirdiği, bu prensibin kazanılmış haklarla müesses durumları korumak ve hukuki münasebetlerde istikrar sağlamak ihtiyaç ve zaruretiden doğduğu, ancak hukuka uygunluğu yerine getirmenin de bir hukuk kuralı olduğuna göre sakat tasarrufların geri alınarak hukuka uygunluğu sağlamanın da bir zorunluluk olduğundan bahsedilmiş, aynı zamanda toplumda istikrar ve güvenlik sağlamanın da hukukun amacı olduğu açıklanmıştır. Bütün bu prensipler göz önüne alınarak istikrar prensibinin ağırlık kazanması sonucu dava açma süresi ve zaman aşımı müessesesi ortaya çıkmış bulunmaktadır, iptal davası açmak için şahıslara belirli bir süre verilip bu sürenin geçmesi halinde idari tasarruf sakat olsa dahi yapay bir sıhhat kazanır duruma girdiğine göre, yine sakat bir idari tasarrufun geri alınması için iptal davası açma süresine denk bir sürenin tanınması fikri Fransa’da gerek doktrinde gerek Fransız Danıştay’ında genellikle kabul edilmiştir”.* www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018; Danıştay’ın müesses durum kavramına ilişkin kararları için bkz. Danıştay 1. Dairesi, T. 22.01.1996, E. 1995/243, K. 1996/17: “*yanlış idari işlemlerden dolayı, kişi yararına hak veya korunması gereken yerleşmiş (müesses) bir durum doğmuş ise, idari işlemlerin ancak iptal davası süresi içinde geri alınabileceği, bu sürenin geçmiş olması halinde idare için de işlemin kesinleşmiş sayılacağı ve idarenin ancak, kişinin gerçek dışı beyan ve hilesinin yanlış işlem tesisine neden olduğu hallerde yanlış işlemi süre şartına bağlı kalmaksızın geri alabileceği yolunda görüş verildiği belirtilmektedir”;* Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, T. 22.12.1973, E. 1968/8, K. 1973/14; Danıştay 10. Dairesi, T. 06.06.1994, E. 1993/1664, K. 1994/2554: “*müesses bir hukuki durum nedeniyle kişilerin elde ettikleri hakların hukuki durumunu kaldıran tebliğin yayımı tarihinden önceye götürülmesinin idari istikrar ilkesine aykırı olacağı...*”; Danıştay 5. Dairesi, T. 26.06.2002, E. 1999/769, K. 2002/3004; Danıştay 8. Dairesi, T. 10.10.2001, E. 2000/278, K. 2001/4269; Danıştay 8. Dairesi, T. 13.11.2002, E. 2002/20, K. 2002/5242; Danıştay 13. Dairesi, T. 25.12.2007, E. 2006/2736, K. 2007/9336; Danıştay 13. Dairesi,

Hukuka aykırı işlemlerin uzun bir süre boyunca yürürlükte kalması⁴⁷, işlemde etkilenen kişiler açısından bir beklentinin oluşmasına neden olabilir. Müesses durumlar genellikle bu sorunu çözmektedir⁴⁸. Hatta hukuka aykırı bir işlemde dolayı ilgili bireye yönelik daha sonradan hukuka uygun olarak başka işlemler tesis edilmişse, hukuka aykırı işlemin geri alma suretiyle hukuk âleminden silinemeyeceği ifade edilebilir⁴⁹. Diğer taraftan menfaat doğuran hukuka aykırı bir işlemin hukuk dünyasından silinmesinin ancak bu işleme yönelik dava açma süresi içinde mümkün olabileceğini de gözden kaçırmamak gerekir⁵⁰.

T. 25.12.2007, E. 2006/2732, K. 2007/9332; Danıştay 10. Dairesi, T. 06.02.2007, E. 2003/5593, K. 2007/294; Danıştay 8. Dairesi, T. 16.02.2011, E. 2008/2662, K. 2011/956; Danıştay 5. Dairesi, T. 28.02.2013, E. 2010/7946, K. 2013/1495; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 3. Dairesi, T. 10.03.2005, E. 2004/457, K. 2005/408; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi, T. 19.02.2003, E. 2002/482, K. 2003/132; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi, T. 28.05.2002, E. 2002/171, K. 2002/870; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi, T. 26.01.1999, E. 1998/650, K. 1999/132; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi, T. 02.07.1997, E. 1997/9, K. 1997/622; Anayasa Mahkemesi, T. 24.05.1988, E. 1988/11, K. 1988/11, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

⁴⁷ Danıştay, “*yasaya aykırı olan bir işlemin bile üzerinden belli bir süre geçtikten sonra yarattığı hukuki sonuçların korunmasını idarede istikrar prensibinin gereği*” olduğuna karar vermiştir, Danıştay 10. Dairesi, K. 1985/10, akt. **Oğurlu**, s. 192.

⁴⁸ **Oğurlu**, s. 246; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 14.04.2011, E. 2007/1957, K. 2011/421: “*Kural olarak; idareler, hukuka uygun işlem tesis etmek, işlemlerindeki hukuka aykırılıkları düzeltmek, bu tür işlemlerle ortaya çıkan hukuk ihlallerini ortadan kaldırarak hukuka uygun bir düzen sağlamak zorundadırlar. Genel kural böyle olmakla birlikte, hukuka aykırı bir işlemin uygulanması suretiyle elde edilen bazı kazanımların bir yandan zaman zaman içinde bu yolla idarede sağlanmış olan istikrarın ve kamu düzeninin bozulmaması amacı ile, öte yandan belli bir süre kesintisiz uygulanmak suretiyle ilgili kişinin statüsünün ayrılmaz bir parçası haline dönüşmüş olduğu hususu gözönüne alınarak, yargı kararları ile korunduğu da bir gerçektir*”, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

⁴⁹ **Günday**, Metin: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2013, s. 163; **Oğurlu**, s. 192.

⁵⁰ Fransız hukukunda dava açma süresi özel bir düzenleme olmadığı takdirde kararın ilgisine tebliğinden itibaren iki aydır. “Dokunulmazlık [*intangibilité*]” ilkesi bu sebeple önemli ölçüde yasal kesinlik sağlamaktadır, **Schönberg**, Søren J.: Legitimate Expectations in Administrative Law, New York, 2000, s. 93; “*Tam hukuki güven, muhtemelen hukuka aykırı olan idari veya yargısal bir karara, itiraz süresinin dolmasının ardından bireyin itirazda bulunamamasına benzer şekilde, bu kararları ilgili makam tarafından da bu sürenin sonunda değiştirilemez ve iptal edilemez kılmaktır. Bu yolu Avusturya'nın yanında Fransa hukuku da izler. Ancak burada olay, herhangi bir hak tanıyan idari kararlarla sınırlıdır. Alman bakış açısıyla ise böyle iki taraflı bağla-*

Hukuka aykırı işlemlerin kaldırılması kural olarak her zaman mümkündür. Hukuka uymak zorunda olan idarenin hukuka aykırı tasarruflarını kaldırması da bir görevin yerine getirilmesidir. Ancak hukuka aykırı işlemlerden menfaat elde eden kötüniyetli olmayan bireylerin durumlarının da gözötilmesi gerekir. Kamu yararı, kamu düzeni gibi sebeplerin ağır basması durumunda işlem yürürlükten kaldırılmakla birlikte işlemin yürürlükte kaldığı süre boyunca ilgisine sağladığı menfaatler korunmalıdır⁵¹. Hukuka aykırı işlemlerin kamu yararının sağlanması adına geri alınmasında, hukuka aykırı işlemde faydalanan kişinin hukuka aykırılığın oluşmasında bir kusuru yoksa idarenin işlemin korunmamasından kaynaklanan zararı karşılaması hakkaniyetin bir gereğidir. Başka bir ifadeyle idarenin kendi hatasından kaynaklanan hukuka aykırı işlemlerde müesses durum korunmalıdır. Ancak kamu düzeninin müesses durumun korunmasına müsaade etmemesi halinde işlemde menfaat elde eden bireyin zararı da karşılanmalıdır⁵².

SONUÇ

Bireyin idari bir karara yönelik güveninin boşa çıkarılması hukuk devletine olan itimadı zayıflatır. Hukuka aykırı bir kararın korunması da idarenin yetki alanı dışında karar vermesinin temelini oluşturur ve idarenin kanuniliği ilkesinin ihlaline yol açar. İşte bu durumda idarenin hukuka aykırı olarak tesis ettiği işlemlerin geçersiz sayılması gerekir. Ancak bu geçersiz sayılma işleminde bireyin devlete olan güveninin de sarsılmaması gerekir. Başka bir ifadeyle, hukuka aykırı işlemlere güvenen iyiniyetli insanların çaresiz bırakılmamalıdır. Ancak bu öneri, kamu yararının yok sayılması gerektiği ve iyiniyetli bireylerin çıkarlarının idari makamın hatası yüzünden kamu yararına üstün gelmesi gerektiği anlamına da gelmemektedir.

*yıcılık oluşabilmesi için, idari kararın bir mahkeme kararı gibi geçmişe yönelik bir durumla ilgili hukuki uzlaşma sağlaması ve yasalarla düzenlenmiş bir süreçte benzer şekilde hukuki açıdan doğruluk güvencesi de içermesi önkoşuldur”, Bullinger, Martin: “Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historisch-kritischer Sicht”, *Juristen Zeitung*, 01.10.1999, s. 911.*

⁵¹ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 429-430.

⁵² Danıştay 6. Dairesi, T. 27.09.1972, E. 1971/157, K. 1972/2693: “İmar Yönetmeliğine göre ise bu yol üzerinde ancak 4 katlı ve 12.50 metre yüksekliğinde inşaata müsaade edilebilir. Halbuki sehven tasdik edilen inşaat ruhsatının 6ncı kat ve çatı yüksekliğinin üstünde bulunmaktadır...İdari makamlar kanuna aykırı olarak verdikleri kararları geri alabilirler. Ancak ilgililerin geri alma tasarrufu yüzünden doğan zararları da tazminle mükelleftirler”, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.03.2018.

Bireyin kötünietli olmadan işlemin hukukiliğine güvendiği ve bu güvene bağılı olarak o işleme karşı öngörülen dava açma süresi kadar yararlanmasının gerçekleştiği durumlarda, hukuka aykırı olan işlemin (hile, ikrah, açık hata ve yoklukla sakat işlemler hariç) hukuk dünyasından silinmesinin ancak bireyin menfaatine olacak şekilde koruma sağlanmasıyla mümkün olması durumuna müesses durum denir. Müesses durum hukuki istikrarın ve devlete olan güvenin korunmasının bir gereğidir.

Buraya kadar aktarılanlardan, müesses durumun unsurları şunlardır⁵³:

- i. Bireysel nitelikte idari bir işlemin varlığı gerekir.
- ii. Bu idari işlem hukuka aykırı olmalıdır.
- iii. Hukuka aykırılık hile, ikrah, yanıltıcı beyan, açık hata ve yoklukta kaynaklanmamalıdır.
- iv. Hukuka aykırı işlem geri alma, kaldırma, değiştirme ve düzeltme işlemleri ile hukuk âleminde silinmelidir.
- v. İdare hukuk âleminde silme tasarrufunu kendi iradesi doğrultusunda yapmalı, hukuka aykırı işlemin hukuk âleminde silinmesi bir mahkeme kararının yerine getirilmesini sağlamak amacıyla yapılmamalıdır.
- vi. Bireyin idari işlemde kaynaklanan bir menfaati bulunmalıdır.
- vii. Menfaat elde edecek birey kötünietli olmamalıdır.
- viii. Bireyin işlemde yararlanma süresi en az o işleme karşı öngörülen dava açma süresi kadar olmalıdır.
- ix. İşlemin hukuk âleminde silinmesi, idari istikrar ve hukuki güvenlik ilkelerini zedelemelidir.
- x. Hukuka aykırı işlemin varlığını sürdürmesi kamu düzenini bozmalıdır.
- xi. Hukuka aykırı işlemde kaynaklanan parasal haklar muhakkak korunmalı, parasal haklar dışındaki diğer kazanımlar kamu düzenini bozmadığı sürece korunmalı, kamu düzenini sarsacak diğer kazanımlar ise tazminat ödenmek suretiyle karşılanmalıdır.

⁵³ Oğurlu, s. 200; Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan, s. 324-325.

KAYNAKLAR

- Akbulut**, Emre: Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi, İstanbul, 2013.
- Aksoylu**, Özge: “Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda “Kazanılmış Hak” Kavramı”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi 4, İstanbul, 2003, s. 65-82.
- Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdare Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara, 2018.
- Altındağ**, Halil, Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Bereket**, Zuhal: Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara, 1996.
- Bullinger**, Martin: “Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historisch-kritischer Sicht”, Juristen Zeitung, 01.10.1999, s. 905-913.
- Çağlayan**, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2017.
- Duran**, Lûtfi: “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)”, Amme İdaresi Dergisi, 1988, C. 21, S. 1, s. 3-17.
- Duran**, Lûtfi: İdare Hukuku Meseleleri, Gözden Geçirilmiş İlaveli Yayın, İstanbul, 1964.
- Gökyurt**, Fatih: İdare Hukukunda Kazanılmış Hak ve Müesses Durum, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku Genel Esaslar, C. 1, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Ankara, 2011.
- Günday**, Metin: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2013.
- Kaplan**, Gürsel: “İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 76, 2008, s. 231-228.
- Ogan**, Mehmet Ali: “Kazanılmış Hak Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, 1976, S. 4, s. 636-638.
- Oğurlu**, Yücel: İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara, 2003.
- Onar**, Siddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 1, B. 3, İstanbul, 1966.

- Özay**, İl Han: *Günişığında Yönetim*, İstanbul, 1986.
- Özcan**, Nur: *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararları Işığında Haklı Beklenti İlkesi*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.
- Özgüven**, A. Volkan: *Türk Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi*, Ankara, 2007.
- Sancakdar**, Oğuz/Us, Eser/**Kasapoğlu Turhan**, Mine/**Önüt**, Lale Burcu/**Seyhan**, Serkan: *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, 2018.
- Schönberg**, Søren J.: *Legitimate Expectations in Administrative Law*, New York, 2000.
- Sever**, D. Çiğdem: *Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Kazanılmış Haklar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.
- Tan**, Turgut: *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2015.

**ÖZEL HAYATIN KORUNMASI MENFAATI KAPSAMINDA
MEDENÎ YARGILAMADA
ALENİYET İLKESİNİN SINIRLANDIRILMASI**

Dr. Öğr. Üyesi Pınar ÇİFTÇİ*

Öz

Âdil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olan aleniyet ilkesi, yargılama hukukumuzda egemen olan anayasal temel haklardan birisidir. Bu kapsamda yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin yargılamayı takip edebilmeleri ve sonucunda verilen hükmü öğrenebilmeleri mümkün hâle gelir. Bununla birlikte, temel bir hak olarak kişilik hakları ve özel hayatın gizliliğinin korunması gereği ile birlikte aleniyet ilkesinin sınırlandırılması kabul edilmektedir. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bu sebebe dayanarak gizli yargılama yapılmasını mümkün kılarken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Anayasa'da buna ilişkin özel sınırlandırma sebebi bulunmaz. Bu çalışmada da söz konusu bu normatif kurallar ve özellikle Anayasa Mahkemesi uygulaması ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Aleniyet ilkesi, âdil yargılanma hakkı, özel hayatın korunması hakkı, aleniyetin sınırlandırılması, temel hakların çatışması

**RESTRICTION OF THE PRINCIPLE OF PUBLICITY IN
CIVIL PROCEEDINGS BASED ON THE INTEREST OF
PROTECTION OF PRIVATE LIFE**

Abstract

One of the elements of the fair trial, the principle of publicity is an elementary constitutional fundamental rights dominates the civil procedural

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: pnr.ciftci@gmail.com) (Makalenin Geliş Tarihi: 16.08.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 16.08.2018-17.08.2018/ Makale Kabul Tarihleri: 11.10.2018-30.08.2018)

law. In this context, it is possible for third parties who are not a party to the proceedings to follow the proceedings and to learn the judgment given as a result. However, as a fundamental right, protection of personality rights and confidentiality of private life is accepted as a restriction of publicity principle. In this context, it is possible to make closed proceedings on the grounds of the European Convention on Human Rights, but there is no specific limitation on the Code of Civil Procedure (HMK) and the Constitution. In this study, these normative rules and Constitutional Court's practice will be discussed.

Keywords

Principle of publicity, right to a fair trial, the right of privacy, restriction of publicity, conflict of fundamental rights.

GİRİŞ

Aleniyet ilkesi, hemen her yargılama sisteminde kabul edilen genel bir yargılama ilkesidir. Pek çok hukuk sistemi için genel bir yargılama ilkesi olmanın da ötesinde, anayasalarda yer verilen yargısal güvencelerden birisini teşkil eder¹. Bununla birlikte, meşru birtakım sebeplerle aleniyetin sınırlandırılmasına pek çok hukuk sistemi ılımlı yaklaşır. Hatta bazı durumlarda, aleniyetin sınırlandırılması başka yargısal hakların, güvencelerin veya temel hakların korunması bakımından bir zaruret teşkil eder. İnceleme konumuz kapsamında da, bu meşru menfaatler arasından özel hayatın korunması meşru sebebi seçilerek buna dayanılarak aleniyetin sınırlandırılması konusu üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızda özellikle özel hayatın korunması sebebinin tercih edilmesinde, 2017 yılında verilmiş bir Anayasa Mahkemesi içtihadı önemli rol

¹ Aleniyet ilkesinin, âdil yargılanma hakkının bir unsuru olarak yargısal bir temel hak niteliğinde olduğu konusunda bkz. **Atalay**, Esra: “Yargısal Temel Haklar”, Prof. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, İzmir 1997, s. 452.

İsviçre hukukunda, aleniyet ilkesi hukuk devletinin bir sonucu olarak genel bir yargılama ilkesi ve garantisi olarak kabul edilir. Bu konuda bkz. **Gehri**, Myriam A./**Kramer**, Micheal: ZPO Kommentar, Orell Füssli Verlag, Zürich 2011, s. 131; **Hurni**, Christoph (Hrsg: **Hausheer**, Heinz/**Walter**, Hans Peter): Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, Bern 2012, Art. 54, N. 1; **Leuenberger**, Christoph/**Uffer Tobler**, Beatrice: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2010, s. 133; **Schenker (Baker & McKenzie)**, Schweizerische Zivilprozessordnung, Stämpfli Verlag, Bern 2010, Art. 54, N. 1; **Walder-Richli**, Hans Ulrich: Zivilprozessrecht, Schultess 2009, s. 249.

Alman hukukunda aleniyet ilkesinin anayasal temelleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ilgili ilişkisi bakımından bkz. **Arnold**, Stefan: “Zum Grundsatz der Öffentlichkeit im Zivilverfahren”, Europäische und internationale Dimension des Rechts, Festschrift für Daphne-Ariane Simotta, 2012, s. 11-12, 26-27; **Klein**, Stefanie: Die Grundsätze der Öffentlichkeit und Mündlichkeit im Zivilprozeß im Spannungsfeld zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Diss., Univ., Köln, 1995), Köln 1995, s. 11-12; **Kleinknecht**, Theodor: “Öffentlichkeit der Hauptverhandlung und Schutz der Persönlichkeit”, Festschrift für den scheidenden Präsidenten des Oberlandesgerichts Nürnberg, Dr. Maximilian Nüchterlein, 1978, (Schutz der Persönlichkeit) s. 176-177; **Kleinknecht**, Theodor: “Schutz der Persönlichkeit des Angeklagten durch Ausschluss der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung”, Festschrift Erich Schmidt-Leichner zum 65. Geburtstag, 1978, (Schutz der Persönlichkeit-Hauptverhandlung), s. 112-113; **Pantazopoulos**, Anthanassios: “Der Öffentlichkeitsgrundsatz in Zivilprozess”, ZZPInt 2008, C. 13, s. 321-322; **Pieroth**, Bodo: “Gerichtsöffentlichkeit und Persönlichkeitsschutz Zur Fragwürdigkeit des § 169 S. 2 GVG”, Recht der Persönlichkeit 1996, s. 254-255.

oynamıştır. Zira bu içtihatla, yerel mahkeme, başvuruçunun -özel hayatın korunması kapsamında- talep ettiği yargılamanın gizli yapılması talebini reddetmiş; Anayasa Mahkemesi de, yaptığı inceleme sonucunda yerel mahkemenin bu ret kararının başvuruçunun özel hayatının korunması hakkını ihlâl ettiğine kanaat getirmiştir. Bu içtihatla birlikte, kanaatimizce hukuk sistemimiz açısından oldukça önemli bir adım atılmıştır. Zira -aşağıda üzerinde durulacağı gibi-, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'muzda, özel hayatın korunması menfaatine yönelik olarak alenîyetin sınırlandırılmasına imkân veren özel bir sınırlandırma sebebi öngörülmemiştir. Benzer şekilde hukuk uygulamamızda da, yerel mahkemelerin özel hayatın korunması menfaati sebebiyle, alenîyetin yargılamada sınırlandırılmasına yönelik genel bir eğilimlerinin bulunduğunu ifade etmek oldukça güçtür. Bu durum ise, temel hakların güçlü bir şekilde uygulanmaya çalışıldığı günümüzde, bazı durumlarda kişinin özel hayatının korunması hakkının ihlâl edilmesine sebebiyet vermektedir. Bu ihlâlin de, Anayasa Mahkemesi'nin kararında olduğu gibi temel bir hak ihlâline dönüşeceği aşikârdır. Bu sebeplerle, hukuk uygulamamızda yaygın olmayan, yargılama prosedüründe özel hayatın korunması menfaati karşısında alenîyet ilkesinin sınırlandırılması ihtiyacının güncel Anayasa Mahkemesi içtihadının ardından gündeme alınması kanaatimizce gereklidir. Bu çerçevede özel hayatın korunmasına yönelik meşru sınırlandırma sebebi, sınırlandırmanın şekli, mevzuatımızdaki ilgili düzenlemeler ve karşılaştırmalı hukuktaki durum incelendikten sonra söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı değerlendirilecektir.

I. ALENİYET İLKESİ VE SINIRLANDIRILMASI

Alenîyet ilkesi hem Anayasa'da (Ay m. 141) hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS m. 6) kapsamında medenî yargılama hukukunda yargısal temel haklar kapsamında kabul edilmektedir^{2, 3}. Alenîyet ilkesi,

² **Aktepe Artık**, Sezin: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin, Ankara 2014, s. 305 vd.; **Atalay**, s. 452; **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/ **Taşpınar Ayvaz**, Sema: Medenî Usul Hukuku, 1. Baskı, Yetkin, Ankara 2016, s. 146; **Budak**, Ali Cem/**Karaaslan**, Vural: Medenî Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 67; **Demircioğlu**, Yaşar: Medenî Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Hakkı Güvenceleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 365-366; **Erdönmez**, Güray: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 896; **Görgün**, Şanal: Medenî Usûl Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 342; **Harris**, D. J./**O'Boyle**, M./**Bates**, E. P./**Buckley**, C. M.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Oxford Univ. Press, 2009 (Avrupa Konseyi, 2012, Türkçe baskı), s. 274; **Kurt Konca**, Nesibe:

özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan *hukuk devletlerince* kabul edilmiş temel bir yargısal haktır⁴. Bu ilke menfaat sahibi olmasalar dahi, isteyen herkesin duruşmaları izleyebilmesine, mahkeme kararlarına erişebilmesine imkân tanıyarak yargılamaların gizli şekilde yürütülmemesini güvence altına alır⁵. Bu yönüyle bu temel ilke, demokrasinin yargılama prosedüründeki görünüm şekli olarak ifade edilir⁶ ve hukukî güvenliğin sağlanmasına da hizmet eder⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında çoğu kez aleniyet ilkesinin, kamusal denetim olmaksızın yargılamanın gizlilik içerisinde yürütülmesine karşı yargılamanın taraflarını koruma amacına hizmet ettiği; ilkenin, aynı zamanda mahkemelere karşı olan güvenin

Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Seçkin, Ankara 2009, s. 51-52, 59-60; **Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 48; **Pekcanitez**, Hakan: “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, İzBD, Ekim/1999, (Aleniyet İlkesi), s. 26-27; **Tanrıver**, Süha: Medenî Usul Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 373; **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 315.

³ Yargısal temel haklar ise, yargılama faaliyeti alanında insan hakları ve anayasadaki maddî temel hakların gerçekleştirilmesine hizmet eden yardımcı temel haklar olarak tanımlanmaktadır (**Atalay**, s. 441).

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ballon**, Oskar J.: “Die Öffentlichkeit im österreichischen Zivilverfahrensrecht und der österreichische Vorbehalt zu Art. 6 EMRK”, Wege zur Globalisierung des Rechts, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, Münih 1999, (Die Öffentlichkeit), s. 77-78; **Kurt Konca**, s. 51-56. Ayrıca bkz. **İnceoğlu**, Sibel: “Adil Yargılanma Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2013, (Adil Yargılanma Hakkı), s. 272-277; **Pantazopoulos**, s. 323-324.

⁵ **Aktepe Artık**, s. 305-306; **Budak/Karaaslan**, s. 67-68; **Hurni**, Art. 54, N. 6; **Kurt Konca**, Nesibe: “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, Medenî Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı - XII (18-19 Ekim 2014, Isparta), SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, (Aleniyetin Sınırlandırılması), s. 66; **Pekcanitez**, Aleniyet İlkesi, s. 22; **Erdönmez**, Pekcanitez Usul, s. 895; **Pekcanitez**, Hakan: “Medeni Yargıda Adil Yargılama”, İzBD 1997/Nisan, (Adil Yargılanma Hakkı), s. 43; **Rechberger**, Walther: “Relations Between Parties, Judges and Lawyers. Modern Civil Procedure and the Balance of Procedural Forces”, XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, s. 183; **Tanrıver**, s. 374; **Yılmaz**, s. 318. Aleniyet ilkesinin genel olarak hizmet ettiği amaçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt Konca**, s. 23-33.

⁶ **Demircioğlu**, s. 366; **Pantazopoulos**, s. 322-323; **Pekcanitez**, Aleniyet İlkesi, s. 23; **Pieroth**, s. 254.

⁷ **Arnold**, s. 26.

sağlanmasına yardımcı olduğu ve bu şekilde yargılamanın saydamlaştırılıp gözle görülür hâle getirilmesi suretiyle Sözleşme ile hüküm altına alınan ve her demokratik toplumun temel ilkelerini ifade eden âdil yargılanma hakkının gereklerinin yerine getirilmesi sağlanacağı belirtilmektedir⁸. Gerçekten de alenîyet ilkesi, yargının demokratik karakterini ifade eder⁹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise, alenîyet ilkesi "*Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler*" başlığı altında 28. maddede ayrıca düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, duruşmaların ve kararların bildirilmesinin alenî olacağına ilişkin genel hükmü düzenlenmiş; diğer fıkraları ise alenîyetin mahkeme tarafından kaldırılmasını, yani sınırlandırılmasının koşullarını ve bu kurum çerçevesinde uygulanacak diğer hususları hüküm altına almıştır¹⁰. Aynı zamanda tarafların dava dosyasını inceleme ve örnek alma yetkisi de (HMK m. 158), alenîyet ilkesinin bir diğer görünüm şekli olarak kabul edilir¹¹.

Alenîyet ilkesi her ne kadar yargılama prosedüründe oldukça önemli bir fonksiyon üstlense de, bazı durumlarda bu ilkenin sınırlandırılması ihtiyacı doğabilmektedir¹². Bu gereklilik esasen alenî yargılanma hakkının temelini oluşturan âdil yargılanma hakkı ile diğer bazı temel hakların çatışması sonucunda doğar. Örneğin ailenin, özel hayatın, ticarî sırların, devlet sırlarının korunması gibi sebeplere dayanılarak yargılama sürecinde alenîyetin sınırlandırılabilmesi genel olarak kabul edilir. Zira yukarıda sözü edilen meşru sebepler de, özünü temel haklara dayandırır ve bu durumda alenî yargılanma bağlamında âdil yargılanma hakkı ile diğer bazı temel haklar arasında bir çatışma yaşanır. Örneğin bazı durumlarda ticarî bir sırrın yargılamada alenî hâle gelmesi, mülkiyet hakkını ihlâl edebileceği için burada mülkiyet hakkı ile âdil yargılanma hakkı arasında bir denge sağlanmaya çalışır ve dava

⁸ *Axen v Germany*, 08.12.1983, 8273/78, § 25. Benzer yönde diğer bazı kararlar için bkz. *Pretto and Others v Italy*, 08.12.1983, 7984/77, § 21; *B. and P. v United Kingdom*, 24.4.2001, 36337/97, 35974/97 (bu kararlar hakkında bkz. *Gözübüyük*, A. Şeref/ *Gölcüklü*, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 288.)

⁹ *Aktepe Artık*, s. 306; *Erdönmez*, Pekcanitez Usûl, s. 896; *Kurt Konca*, s. 1.

¹⁰ Öğretide *Yılmaz* her ne kadar maddede *duruşmaların* alenîyetinin temel olarak düzenlendiğini belirtse de, bu ifadenin geniş anlamda *yargılamanın* alenîyeti olduğuna vurgu yapmaktadır. Bu konuda bkz. *Yılmaz*, s. 315.

¹¹ *Alangoya*, H. Yavuz/*Yıldırım*, Kamil/*Deren-Yıldırım*, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 189. Bununla birlikte taraf alenîyeti kapsamında dava dosyasını inceleme hakkı ve örnek alma yetkisi alenîyet ilkesinden ziyade hukukî dinlenilme hakkı ile ilişkilidir. Bu konuda bkz. *aşa.*, dn. 59.

¹² Sınırlandırma sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Kurt Konca*, s. 241-320; *Kurt Konca*, Alenîyetin Sınırlandırılması, s. 65-95.

dosyası hakkında kısmen gizlilik kararı verilebilir¹³. Birazdan aşağıda üzerinde durulacağı gibi, özel hayatın korunması hakkı bu meşru sebepler arasında sayılır.

II. ALENİYETİN SINIRLANDIRILMASI SEBEPLERİ

A. Genel Olarak Sınırlandırma Sebepleri

Yargılamanın her zaman alenî yapılması, birtakım temel haklarla ve değerlerle çatışabileceği için bazı durumlarda duruşmaların gizli yapılabilmesi, dava dosyasındaki birtakım belgeler ve bilgiler hakkında gizlilik kararı verilebilmesine imkân vermektedir. Yargılama kuralları bakımından kanunîlik ilkesinin geçerli olması, medenî yargıda hangi meşru sebeplere dayanılarak aleniyetin sınırlandırılabilceği sorusunu beraberinde getirir. Bu durumda ise temel üç başvuru kaynağını incelemek gerekecektir: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesi 1. fıkrasında öncelikle duruşmaların alenî olacağı kurala bağlanmış; 2. fıkrasında ise bu kurala istisna getirilmiştir. Bu hüküm uyarınca, duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak *genel ahlâkın* veya *kamu güvenliğinin* kesin olarak gerektirdiği hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilir (HMK m. 28/2)¹⁴.

Alenî yargılanmayı düzenleyen Anayasa'nın 141. maddesi ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile aynı yönde aleniyetin sınırlandırılmasını *genel ahlâka* ve *kamu güvenliğine* özgülemiştir (bkz. Ay m. 141/1)¹⁵. Dolayısıyla hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hem Anayasa'da aleniyetin sınırlandırılması sadece iki durumda kabul edilir: (i) Genel ahlâk¹⁶ ve (ii) kamu güvenliği.¹⁷ Dolayısıyla Türk hukukundaki pozitif düzenlemelere bakıldığında, inceleme konumuzu oluşturan özel hayatın korunması sebebi açıkça bir sınırlama sebebi olarak kabul edilmemektedir.

¹³ Bu konuda bkz. **Erdönmez**, Güray: "Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Yetkin, Ankara 2009, s. 223 vd.

¹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt Konca**, Aleniyetin Sınırlandırılması, s. 75-76.

¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt Konca**, Aleniyetin Sınırlandırılması, s. 73, 75.

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt Konca**, s. 257-258; **Kurt Konca**, Aleniyetin Sınırlandırılması, s. 80-81.

¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt Konca**, s. 259-260; **Kurt Konca**, Aleniyetin Sınırlandırılması, s. 81-82.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ise, aleniyet ilkesi âdil yargılanma hakkı içerisinde düzenlenmiştir. Âdil yargılanma hakkını düzenleyen 6. madde, kuralın duruşmaların alenî şekilde yapılması ve hükmün alenî şekilde verilmesi olduğunu belirttikten sonra, sınırlama sebeplerine değinmiştir. Bu çerçevede

“... Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.” (AİHS m. 6/1).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hem Anayasa'dan hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan çok daha ayrıntılı şekilde sınırlama sebeplerini belirtmiştir. Bu kapsamda (i) genel ahlak, (ii) kamu düzeni, (iii) ulusal güvenlik, (iv) küçüklerin korunması, (v) davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği, (vi) adaletin selametinin gereklilikleri sınırlama sebebi olarak kabul edilir¹⁸.

Şunu da belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesinde, bu hüküm henüz tasarı hâlindeyken daha geniş şekilde aleniyetin sınırlandırılması sebepleri düzenlenmişti ve özel hayatın korunması menfaatine özel olarak sınırlandırma sebepleri arasında yer verilmişti¹⁹. Bu yönüyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesi, Bilim Komisyonu'nda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki esaslar çerçevesinde çok daha geniş bir şekilde ele alınmıştı. Bilim Komisyonu'ndaki Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın son hâlinde *aleniyet ilkesini* karşılayan 33. maddeye göre :

“Genel ahlak, kamu düzeni, millî güvenlik, küçüklerin korunması veya yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği ya da taraflardan birinin ticarî sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekçesiyle duruşmanın bir kısmının yahut tamamının gizli olarak yapılmasına taraflardan birinin talebi üzerine yahut re'sen mahkemece karar verilir.” (HMK Tasarısı, Adalet Komisyonu, m. 33/2)²⁰.

¹⁸ AİHS m. 6 kapsamında sınırlandırma sebepleri için ayrıntılı bilgi için bkz. **İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 273-274.

¹⁹ TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 393, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574).

²⁰ Bu konuda bkz. TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 393, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), s. 19.

Tasarı'nın bu düzenlemesi görüldüğü üzere özel hayatın, ticarî sınırların korunması gibi menfaatleri sınırlandırma sebebi olarak kabul etmekteydi. Bu hâliyle Tasarı düzenlemesi, uluslararası sözleşmelerle de uyum sağlamaktaydı (Adalet Komisyonu Gerekçesi). Bununla birlikte Tasarı'da yapılan değişiklik ile genel ahlâk ve kamu düzeni haricindeki bütün sınırlama sebepleri Kanun metninden çıkartılmıştır²¹.

Medenî yargılamada alenîyetin sınırlandırılmasını düzenleyen üç temel düzenleme arasında farklılıklar olduğu açıktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden çok daha sınırlı şekilde sınırlandırma sebeplerini düzenlemiştir. Bu durumda ise, özellikle mahkemelerin hangi meşru sebepleri dikkate alarak bu konuda karar verebileceği sorusu akla gelebilecektir. Çok daha sınırlı sınırlandırma sebebi öngören Anayasa m. 141 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 28 mi, yoksa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6 hükmü mü? Bu sorunun cevabı çalışmamız açısından da son derece önem arz eder. Zira özel hayatın korunması meşru sebebi sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde bir sınırlandırma sebebi olarak öngörülmüşken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Anayasa bu durumu bir sınırlandırma sebebi olarak kabul etmemiştir. Bu özel tartışmaya bir sonraki başlığımız altında yer verilecektir.

B. Özel Olarak Özel Hayatın Korunması Sebebiyle Alenîyetin Sınırlandırılması

1. Türk Hukukundaki Durum

Bir önceki başlık altında da üzerinde durulduğu gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Anayasa'da, açıkça ve özel olarak özel hayatın korunması hakkına dayanılarak yargılamada alenîyetin sınırlandırılabilceğini düzenlenmemesine rağmen, öğreti²² ile tarafı bulunduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından kabul edildiği üzere bu sebep alenîyet ilkesinin sınırlandırma sebeplerinden birisini oluşturur. Bu durumda öncelikli olarak

²¹ Bu konuda bkz. **Pekcanitez**, Hakan: "Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı", Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara), Ankara 2007, (HMK Tanıtım), s. 19.

²² **Aktepe Artık**, s. 332; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 147; **Budak/Karaaslan**, s. 67-68; **Çiftçi**, Pınar: Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2016, (İspat Hakkı), s. 630-631; **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 901; **Kurt Konca**, s. 275; **Pekcanitez**, Alenîyet İlkesi, s. 37; **Pekcanitez**, Adil Yargılama Hakkı, s. 44-45; **Tanrıver**, s. 377-378; **Yılmaz**, s. 319.

normlar hiyerarşisi karşısında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de uygulanacağı (Ay m. 90/5) ve bu çerçevede maddede belirtilen özel hayatın korunması menfaatine dayanılarak mahkemelerin alenîyetin sınırlandırılmasına imkân verebileceği yapılacak ilk tespittir. Anayasa'ya göre, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır (Ay m. 90/5). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de, temel haklara ve özgürlüklere ilişkin usûlüne uygun yürürlüğe konulmuş bir uluslararası andlaşma olduğuna ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile arasında alenîyetin sınırlandırılması sebepleri bakımından farklılık bulunduğu göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen şekilde özel hayatın korunması menfaatinin de bir sınırlandırma sebebi olarak kabul edilmesi anayasal bir zorunluluktur²³. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin açık bağlayıcılığına rağmen, uygulamada özel hayatın sınırlandırılması sebebine binaen alenîyetin sınırlandırılmasına, yerel mahkemelerince ılımlı yaklaşılmamaktadır.

Özel hayatın korunması menfaatine yönelik olarak alenîyetin sınırlandırılması gereğinin bir diğer gerekçesini, temel hakların çatışması oluşturur²⁴. Alenîyet ilkesinin, yargılama sürecinde hukuk devleti ilkesinin bir görünümü olarak âdil yargılanma hakkının bir parçası olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla alenîyet ilkesinin temelini oluşturan yargısal güvence, âdil yargılanma hakkıdır. Âdil yargılanma hakkı gerek Anayasa'da (Ay m. 36) gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS m. 6) temel bir hak olarak kabul edilir. Buna karşılık özel hayatın korunması menfaati de yine hem Anayasa'da (Ay m. 20) hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS m. 8) kapsamında koruma altında olan bir temel haktır²⁵. Bu durumda

²³ Bu yönde bkz. **Aktepe Artık**, s. 332; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 147; **Budak/Karaaslan**, s. 67-68; **Çiftçi**, İspat Hakkı, s. 630-631; **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 901; **Kurt Konca**, s. 275; **Pekcanitez**, Alenîyet İlkesi, s. 37; **Pekcanitez**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 44-45; **Tanrıver**, s. 377-378; **Yılmaz**, s. 319.

²⁴ *Gerçek bir temel hak çatışması*, aynı ya da farklı temel hakların farklı temel hak sahiplerince karşılıklı özgürlük ihlâli sonucunu doğuracak şekilde kullanılması şeklinde tanımlanmaktadır (tanım için bkz. **Kanadoğlu**, Korkut: Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul 2001, s. 5).

²⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Meyer-Ladewig**, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage 2011, Art. 8, N. 7-8; **Arslan Öncü**, Gülay: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul 2011, s. 1-2; **Arslan Öncü**, Gülay: "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2013, s. 303-315.

da biri *yargısal temel hak* olan diğeri ise *salt temel hak* teşkil eden iki menfaatin çatışması durumu söz konusu olur. Zira özel hayatın korunması hakkı çerçevesinde, kişinin yargılama sürecinde ve dava dosyasında bu hak kapsamında kabul edilen değerlerini koruma menfaati bulunur. Bu durumda anayasa hukuku öğretisine göre, çatışan temel haklar arasında mâkûl bir denge oluşturulmaya çalışılır²⁶. Bu anlamda çatışan anayasal değerler arasında uzlaşmayı sağlamak için ayrıntılı anayasal veya kanunî düzenlemeler de gerekmez²⁷. Burada anayasanın bütünlüğü ilkesi gereğince, çatışan anayasal hakların ve ilkelerin, birini diğerine üstün kılmaksızın dengelenmesi gerekir^{28, 29}. Böyle bir durumda mahkemenin sır sahibinin objektif durumunu ve kişisel sır teşkil eden menfaatini dikkate aldığıında, sırrın korunmasındaki menfaatin yargılamanın alenî yapılmasındaki menfaatten daha üstün olduğu kanaatine varırsa, duruşmanın kamudan gizli yapılmasına³⁰ veya dava dosyasındaki birtakım belgenin kısmen veya tamamen alenîyetinin kaldırılmasına karar verebilecektir.

Bu noktada tartışma konusu yapılabilecek bir diğer husus da, özel hayatın korunmasına yönelik hangi tür değerlerin koruma şemsiyesi altına girebileceğidir. Örneğin kişinin malî bilgileri de, özel hayatı kapsamında sayılır ve bu durumda her bir alacak davasında alenîyetin sınırlandırılması

²⁶ Bu durum anayasa hukuku öğretisinde *pratik uyumlaştırma ilkesi* olarak ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kanadoğlu**, s. 115-116. Ayrıca bkz. **İnceoğlu**, Sibel: “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 24; **Oder**, Bertil: Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma, İstanbul 2010, s. 63-64.

²⁷ **Kaboğlu**, İbrahim: “Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa’ya Yansıtılması Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi 1994, S. 11, s. 250. Bu konuda ayrıca bkz. **Çiftçi**, Pınar: “Medenî Yargılama Hukuku Açısından Hak Arama Özgürlüğünün (Anayasa m. 36) Sınırlandırılması Sorunu”, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C. 12, S. 34, 2016/2, s. 391-392.

²⁸ **İnceoğlu**, Sibel: “Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi”, Anayasa Hukuku Dergisi 2014, C. 3, S. 5, s. 166; **Kaboğlu**, s. 250.

²⁹ Anayasa Mahkemesi bu durumu, Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi içerisinde şu şekilde ifade etmektedir: “... Anayasa’nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir.” AYM 26.3.2013, 2012/799, § 17.

³⁰ **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 901-902; **Erdönmez**, Güray: Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, 2. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2014, s. 518; **Kurt Konca**, s. 279-280.

gerekip gerekmediği gibi aşırı hassas tartışmalar gündeme gelebilir. Takdir yetkisini kullanacak hâkim içinse, bu tartışmaları bertaraf edecek objektif kriteri ölçülülük ilkesi oluşturur. Zira iki temel hakkın çatışması hâlinde, başvurulacak somut kriter ölçülülük ilkesidir³¹. Hâkim, ölçülülük ilkesi kapsamında bir değerlendirme yaparken, özellikle kişinin özel hayatının korunması kapsamında gizlilik talep ettiği bilginin gerçekten de korunmaya değer olup olmadığını tespit etmelidir. Örneğin bu konuda kişiler hukukunda kabul edilen klâsik ayırmadan yararlanılması mümkündür. Bu klâsik ayırma göre kişinin özel hayat alanı üç bölümden oluşur: (i) kamuya açık alan, (ii) özel alan, (iii) gizlilik alanı.

Kamuya açık alan, herkesçe bilinen olaylardan oluşan hayat çevresidir. Burada herkesçe bilinmenin kendiliğinden mi meydana geldiği yoksa ilgili kişinin kendisinin aleniyet kazandırmasıyla mı meydana geldiğinin bir önemi bulunmaz³². *Özel alan*, kişinin, sınırlı kişiler tarafından bilinmesini istediği ve özellikle kamudan saklı tuttuğu olaylardan oluşan alandır³³. *Gizlilik alanı* ise, kişinin üçüncü kişilerden gizlediği ya da sadece kendilerine açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği tüm olayları ve bunları içeren belgeleri içerir³⁴. Bu ayırım çerçevesinde kabul edilen temel kural da, kişinin özel ve gizlilik alanına yapılacak her tür müdahalenin kişilik hakkının ihlâli sayılmasıdır. Burada her ne kadar söz konusu bilginin veya olayın yargılama prosedürünün bir parçası olması dolayısıyla kamusal meşru sebepten veya ilgilinin rızasından söz etmek mümkün olsa da, müdahalenin meşru sayılabilmesi için ölçülü olması gerekir. Çalışmamızın son kısmında incelenecek³⁵ Anayasa Mahkemesi'ne konu olan olayı bu duruma örnek olarak vermek mümkündür. Bu olayda olduğu gibi estetik ameliyatını konu alan davada kişinin vücudunun mahrem yerlerine ilişkin fotoğrafları, doğrudan doğruya kişinin giz alanı içerisinde yer alır ve böyle bir durumda mahkemenin dosya

³¹ Temel haklar hukuku bakımından ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlama amaçları ile sınırlamada kullanılan araç arasındaki ilişkidir (İnceoğlu, Güvence Rejimi, s. 38). Buradaki araç, hak ve özgürlüğü sınırlayıcı tedbirdir (İnceoğlu, Güvence Rejimi, s. 39). Bunun hâricinde ölçülülük ilkesinin ölçütlerinde üç unsura başvurulur: elverişlilik, gereklilik ve oranlılık (bu alt unsurların temel haklar hukukunda uygulanması bakımından bkz. İnceoğlu, Güvence Rejimi, s. 39).

³² Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2017, s. 135.

³³ Dural/Öğüz, s. 136.

³⁴ Dural/Öğüz, s. 136.

³⁵ Bkz. aşa. IV

hakkında gizlilik kararı vermemesi, kişilik haklarına haksız ve ölçüsüz bir müdahale teşkil eder.

Özel hayatın korunması kapsamında ihlâlin oluşmaması, ilgilinin kişilik haklarını zedeleyici birtakım durumların önüne geçilmesi için bazı durumlarda alenîyetin sınırlandırılmasını gerektirir. Örneğin taraflardan birisi açıksından utanç verici, yüz kızartıcı bir olayın dinleneceği duruşmada, alenîyetin kaldırılmaması kişinin adının, şöhretinin kirlenmesine ve manevî değerlerinin zarara uğramasına sebebiyet verebilir³⁶. Bundan başka taraflardan birisi psikolojik veya davranış bozuklukları sebebiyle konuşma zorluğu yaşıyor olabilir ve bu durumda o kişinin, duruşma salonunda alenîyet kaldırılmadan topluluk önünde dinlenmesi, yine o kişinin kişilik değerlerinin ve özel hayatının zedelenmesine yol açabilir. Dolayısıyla bireylerin üçüncü kişilerle paylaşmak istemediği özel hayatlarına ilişkin bilgiler korunmaya değerdir³⁷. Özel hayatın korunması amacıyla alenîyetin kaldırılması/sınlandırılması için uyumsuzluğun ilişkin olduğu özel hayat alanının, objektif olarak gizli kalmasında korunmaya değer menfaatlerin bulunduğu konulara ilişkin olması gerekir³⁸. Bu kapsamda aile hayatı, tıbbî durum, cinsel hayat, dinî inançlar gibi özel hayata ilişkin sınırların ifşa edilmesi hâlinde alenîyetin sınırlandırılması mümkün olmalıdır³⁹.

2. Yabancı Hukuktaki Durum

Yabancı hukuka bakıldığında ise, özel hayatın korunması menfaatinin alenîyet ilkesinin sınırlandırılmasına sebep olan meşru menfaatlerden biri olarak kanunlarda açıkça düzenlendiği tespit edilmektedir.

Alman hukukunda, alenîyetin (Öffentlichkeitssatz) sınırlandırılması sebepleri Alman Medenî Yargılama Kanunu'nda (Zivilprozessordnung-ZPO) değil, ayrıntılı şekilde daha genel bir kanun olan Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nda (Gerichtsverfassungsgesetz-GVG) düzenlenmiştir. Bu Kanun'da öncelikli olarak kuralın duruşmaların açık şekilde yapılması olduğu düzenlenir (GVG § 169, 1. cümle), ayrıca kayıt ve yayın yasağı getirilir (GVG § 169/2. cümle). Alenîyetin sınırlandırılması sebepleri konusunda en geniş düzenlemelerin Alman hukukunda bulunduğunu ifade etmek

³⁶ **Demircioğlu**, s. 387-388; **Gilles**, Peter (Çev. Hakan Pekcanitez): “Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması”, İzmir Barosu Dergisi, Y. 61, Ocak/1996, s. 17; **Kurt Konca**, s. 271; **Kurt Konca**, Alenîyetin Sınlandırılması, s. 85.

³⁷ **Gilles**, s. 17-18; **Kurt Konca**, s. 271.

³⁸ **Kurt Konca**, Alenîyetin Sınlandırılması, s. 85.

³⁹ **Kurt Konca**, s. 274.

kanaatimizce hatalı olmayacaktır. Bu kapsamda devlet güvenliğinin, kamu düzeninin veya genel ahlâkın tehlikeye girmesinden korkulması (GVG § 172/1); bir tanığın ya da başka bir kişinin yaşamının, özgürlüğünün tehlikeye girmesinden korkulması (GVG § 172/1a); önemli bir ticarî sır, buluş veya vergi sırları gibi halkın öğrenmesinin korunmayı hak eden öncelikli menfaatleri ihlâl etmesi (GVG § 172/2); özel bir sırrın, bir tanık veya uzman tarafından izinsiz ifşa edilmesinin cezaî sorumluluğu gerektirmesi (GVG § 172/3); on sekiz yaşından küçük kişilerin dinlenmesi (GVG § 172/4) durumlarında alenîyetin sınırlandırılması mümkündür. Bu özel sebeplerin yanı sıra aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda ve çekişmesiz yargı işlerinde alenîyet tamamen kaldırılmakta ve bu yargılamalar halka kapalı olarak gerçekleştirilmektedir (GVG § 170/1)⁴⁰. Benzer şekilde ceza yargısında başvurulacak sınırlandırma sebepleri Kanun'da ayrıca ayrıntılı olarak belirtilmiştir (GVG § 171b).

Alman hukukunda duruşmaların alenîyeti ve bunun sınırları GVG'de düzenlenmişken, dava dosyasının alenîyetine ilişkin hususlar Alman Medenî Yargılama Kanunu'nun 299. paragrafında yer almaktadır. Buna göre tarafların dava dosyasını inceleme ve belge isteme hakkı bulunurken (ZPO § 299/1), üçüncü kişilere doğrudan doğruya bu imkân tanınmaz. Ancak mahkeme üçüncü kişilerin dava dosyasını incelemekte menfaatinin bulunduğu kanaat getirirse, bu durumda tarafların rızası olmaksızın üçüncü kişiler dava dosyasını inceleyebilirler (ZPO § 299/2).

Diğer hukuklara nazaran Alman hukukunda özel hayatın korunması kapsamında alenîyetin sınırlandırılmasına imkân tanıyan önemli düzenlemeler mevcuttur. Bu kapsamda özellikle GVG § 172/2 kuralının uygulaması özel hayatın korunması kapsamında önemli bir düzenlemedir. Özel hayatın korunması sebebiyle yargılamada alenîyetin sınırlandırılması gereğinin, özel hayatın anayasal bir hak olarak korunması ihtiyacından doğduğu kabul edilmektedir⁴¹.

İsviçre hukukunda da, kural duruşmaların alenî şekilde gerçekleştirilmesidir (SchZPO Art. 54/1). Bununla birlikte Kanun'da alenîyetin sınırlandırılabilmesi için iki sebep öngörülmüştür: (i) kamu düzeni ve (ii)

⁴⁰ Bu durumda kişinin rızasını almak koşuluyla mahkeme, duruşmayı halka açık şekilde gerçekleştirebilir (GVG § 170/1).

⁴¹ **Klein**, s. 50-52; **Kleinknecht**, Schutz der Persönlichkeit-Hauptverhandlung, s. 112; **Linck**, Joachim: "Untersuchungsausschüsse und Privatsphäre", Zeitschrift für Rechtspolitik 1987/1, s. 15-16; **Pantazopoulos**, s. 337-338; **Pieroth**, s. 258-259.

yargılamaya katılanların korunmaya değer menfaatlerinin bulunması hâli⁴² (SchZPO Art. 54/3). Bununla birlikte Alman hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunda da aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda alenîyet geçerli değildir, yargılama gizli olarak yürütülür (SchZPO Art. 54/4)⁴³. İsviçre öğretisinde yargılamaya katılanların korunmaya değer menfaatleri arasında gizli veya kişisel bilgilerin ve verilerin⁴⁴; ticarî sırların⁴⁵; tanıkların korunması⁴⁶ haklı sebepler arasında kabul edilmektedir. Kanun açısından yargılamaya katılanların korunmaya değer menfaatleri kapsamında uygulamada velayet yargılamalarında, kişilik haklarının ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ve bedensel zarara ilişkin sorumluluk davalarında alenîyet sınırlandırılmaktadır⁴⁷. Bu gerekliliğin, anayasal kişisel özgürlüklerin korunmasıyla da ilgili olduğu kabul edilmektedir⁴⁸. İsviçre hukukunda gizlilik sebeplerinin uygulanmasında, aşağıda Türk hukuku bakımından da üzerinde duracağımız üzere ölçülülük ilkesine başvurulmaktadır⁴⁹.

İngiliz hukukunda da *alenîyet (hearing to be in public)*, İngiliz Medenî Yargılama Kuralları'nda ana kural olarak düzenlenmiştir (CPR 39.2. (1)). Bununla birlikte bu kurala oldukça geniş istisnalar da tanınmıştır. Örneğin alenîyet duruşmanın amacına zarar verecekse (CPR 39.2.(3).(a)); duruşma ulusal güvenlikle ilgili konuları içerecekse (CPR 39.2.(3).(b)); duruşma finansal bilgiler dâhil gizli bilgileri ve sır saklama yükümlülüğüne ilişkin bilgileri içerecekse (CPR 39.2.(3).(c)); duruşma, özel (gizli) yargılama çocuğun veya bu yönde menfaati olan kişinin menfaatlerini koruyacaksa (CPR 39.2.(3).(d)); duruşma, haber verilmeksizin yapılan bir başvuru duruşması ise ve kamuya açık bir duruşma yapılması bir taraf açısından haksızlık yaratacaksa (CPR 39.2.(3).(e)); duruşma tröst yönetimine ilişkin çekişmesiz yargı konularını veya mirasa ilişkin konuları içerecekse (CPR 39.2.(3).(f)); mahkeme adaletin selâmeti açısından gerekli görüyorsa (CPR 39.2.(3).(g));

⁴² Bu sınırlandırma sebebinin AİHS m. 6 ile uyumlu olduğu yönünde bkz. **Leuenberger/Tobler**, s. 134; **Schenker (Baker & McKenzie)**, Art. 54, N. 6.

⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Hurni**, Art. 54, N. 32-34; **Schenker (Baker & McKenzie)**, Art. 54, N. 14-15.

⁴⁴ **Schenker (Baker & McKenzie)**, Art. 54, N. 10. Öğretide bir kısım yazar, bu ölçüt için “özel hayat alanlarını ilgilendiren (*Privatsphäre*)” hususlar ifadesini kullanmaktadır (**Gehri/Kramer**, s. 131; **Leuenberger/Tobler**, s. 134).

⁴⁵ **Hurni**, Art. 54, N. 29; **Schenker (Baker & McKenzie)**, Art. 54, N. 11.

⁴⁶ **Schenker (Baker & McKenzie)**, Art. 54, N. 12.

⁴⁷ **Schenker (Baker & McKenzie)**, Art. 54, N. 10.

⁴⁸ **Spühler**, Karl/**Dolge**, Annette/**Gehri**, Myriam: Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, Stämpfli Verlag, Bern 2010, s. 105.

⁴⁹ **Hurni**, Art. 54, N. 30.

mahkeme, tarafın veya tanığın kimliğinin korunması menfaati için gerekli görürse (CPR 39.2.(4)) alenîyeti sınırlandırabilir/kaldırabilir⁵⁰. Bu çerçevede alenîyetin sınırlandırılmasının/kaldırılmasının oldukça çeşitli sebebe dayanıldığı ve bu yönden de gizli yargılamalara Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki göre çok daha ılımlı yaklaşıldığı aşikârdır. Mahkeme özellikle CPR 39.2.(3).(c) ve CPR 39.2.(4) düzenlemelerinde sayılan sebeplere binaen tarafın özel hayatının korunması amacıyla yargılamada alenîyeti sınırlandırabilecektir.

Görüldüğü üzere *Kıta Avrupası* sistemlerinde⁵¹ ve *Common Law* sistemine dâhil olan İngiliz hukukunda özel hayatın korunmasına ilişkin çeşitli menfaatler özel kanunlarda farklı şekillerde alenîyetin sınırlandırılması için meşru sebep olarak değerlendirilmektedir. Bu gelişimi etkileyen unsurlar arasında temel hakların içinde bulunduğu gelişme ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları şüphesiz ki önemli bir yere sahiptir.

III. ALENÎYET İLKESİNİN SINIRLANDIRILMA ŞEKİLLERİ

A. Duruşmalar Hakkında Gizlilik Kararı Verilmesi

Medenî yargılama hukukunda temel kural, duruşmaların alenî yapılmasıdır. Duruşmanın alenî yapılması ise, isteyeninin duruşmada bulunabilmesine, yapılanları görebilmesine, söylenenleri işitebilmesine ve gösterilenleri görebilmesine imkân tanır⁵². Duruşmaların halka açık yapılması, taraflar ve

⁵⁰ İngiliz hukukunda (CPR 39 (1); AİHS m. 6/1), hakkın uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Andrews**, Neil: *The Modern Civil Process*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, s. 20, 148; **Andrews**, Neil: *The Three Paths of Justice*, Springer, Birleşik Krallık 2012, s. 26-27; **Kay**, Maurice/**Sime**, Stuart/**French**, Derek: *Blackstone's Civil Practice, The Commentary 2012*, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2011, s. 1517; **Sime**, Stuart: *A Practical Approach to Civil Procedure*, 16. Bası, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2013, s. 39-41, 425-426.

⁵¹ Ayrıca Avusturya hukukunda (BVG Art. 90; AİHS m. 6/1; AvZPO § 171), hakkın uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ballon**, Die Öffentlichkeit, s. 77 vd.; **Ballon**, Oskar: *Einführung in das österreichisches Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren*, 11. Bası, Leykam 2006, s. 33-34; **Fucik**, Robert/**Klauser**, Alexander/**Kloiber**, Barbara: *Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht*, 11. Bası, Viyana 2011, s. 262-263; **Kodek**, Georg/**Mayr**, Peter: *Zivilprozessrecht*, Viyana 2011, s. 47; **Rechberger**, Walther/**Simotta**, Daphne-Ariane: *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Viyana 2009, s. 213-214; **Roth**, Marianne/**Holzhammer**, Richard: *Zivilprozessrecht*, Viyana 2012, s. 32.

⁵² **Aktepe Artık**, s. 308; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 146; **Erdönmez**, Pekcanitez Usül, s. 896-897; **Kurt Konca**, s. 173 vd.; **Leuenberger/Tobler**, s. 133.

yargılamayla ilgililer dışındaki kişilerin de yargılama faaliyetinin işleyişini görebilmesi toplum içerisinde adalete olan inancı kuvvetlendirir ve bu yönüyle kamusal bir menfaat barındırır⁵³. Duruşmaların halka açık yapılması aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de dayattığı genel bir ilkedir⁵⁴. Alenîyetin bu görünümü bakımından ikili bir ayırım yapılır; doğrudan katılma ve dolaylı katılma. Kişilerin duruşmalara aracısız, bizzat katılabilmelerine doğrudan katılma denir ki, dava ile menfaati bulunmayan herhangi bir üçüncü kişinin dahi -gizlilik kararı alınmamış- herhangi bir duruşmayı doğrudan mahkeme salonunda izlemesi mümkündür⁵⁵. Bunun hâricinde mahkeme salonunda gerçekleşen duruşmalar hakkında medya organları aracılığı ile bilgi edinmek mümkündür ki, buna da dolaylı katılma denir⁵⁶.

Bununla birlikte alenîyetin sınırlandırılmasının en temel yöntemlerinden birisi de, duruşmalar hakkında gizlilik kararı verilmesidir. Bu durumda, yargılamanın taraflarının duruşmaya katılması mümkün olmakla birlikte kamunun, basın ve üçüncü kişilerin duruşma salonuna alınmasına imkân verilmez⁵⁷. Dolayısıyla, duruşmaların kapalı yapılması yönündeki bir gizlilik kararı, tarafların duruşmaya katılmalarına, dava dosyası hakkında bilgilendirilmelerine, dava dosyasındaki tutanak ve belgeye ulaşma imkânlarına engel teşkil etmez⁵⁸.

⁵³ **Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960, s. 56; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 189; **Leuenberger/Tobler**, s. 133; **Üstündağ**, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 259.

⁵⁴ Bu konuda bkz. **İnceoğlu**, Adil Yargılama Hakkı, s. 273-274.

⁵⁵ Bu konuda bkz. **Aktepe Artık**, s. 314-315; **Demircioğlu**, s. 376-379; **Kurt Konca**, s. 114-119; **Pekcanitez**, Alenîyet İlkesi, s. 31-32.

⁵⁶ Bu konuda bkz. **Aktepe Artık**, s. 318-321; **Demircioğlu**, s. 380-382; **Görgün**, s. 343; **Kurt Konca**, s. 120-172; **Pekcanitez**, Alenîyet İlkesi, s. 33-36; **Tanrıver**, s. 372-373. Dolaylı katılma türü, alenîyet ilkesinin en tartışmalı alanlarından birisidir. Zira kitle haberleşme özgürlüğünün kullanılması, haber alma özgürlüğü, basın özgürlüğü ile mahkemelerde yayım yasağı uzun yıllardır her hukuk sisteminde farklı şekillenmiş menfaat çatışmalarını konu almıştır. Bu yönüyle yayım yasağı ile belirtilen anayasal ilkeler ve temel haklar uzun tartışmalara konu olmuş ve hemen her hukuk sistemi kendisine göre bir çözüm üretmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu da, basın organları açısından da mahkeme salonlarında yayım yasağını (HMK m. 153) kabul eden sistemlerden birisidir. İnceleme konumuzla doğrudan ilgili olmadığı için bu konunun ayrıntıları üzerinde durulmayacaktır. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt Konca**, s. 120-172.

⁵⁷ **Görgün**, s. 343; **Kurt Konca**, s. 241-242; **Kuru**, s. 48.

⁵⁸ **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 902; **Kurt Konca**, s. 118-119.

B. Dava Dosyası Hakkında Gizlilik Kararı Verilmesi

Dava dosyasında aleniyetin kaldırılması, bu konuda alınabilecek ikinci önlemdir. Hukuk sistemimizde kabul edilen bu tedbir, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 158. maddesi ile 161. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Kanun'un "*Tutanak örneği verilmesi*" başlığını taşıyan 158. maddesi, 1. fıkrada dava dosyasında bulunan tutanakların tamamının veya bir kısmının örneklerinin, talep hâlinde taraflara ve fer'i müdahile verilebileceğini düzenlemiştir; 2. fıkrada ise, tutanağın eki niteliğinde bulunan ve gizlilik kararı kapsamında kalan belgelerin örneğinin sadece hâkimin izni ile verilebileceği belirtilmiştir (HMK m. 158). Benzer şekilde Kanun'un "*Dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi*" başlığını taşıyan 161. maddesinin 1. fıkrasında zabıt kâtibinin gözetimi altında taraflar ve fer'i müdahilin, dava dosyasını inceleyebileceği belirtilmiştir; 2. fıkrada da, gizli olarak saklanmasına karar verilen belge ve tutanakların incelenemesinin hâkimin açık iznine bağlı olduğu belirtilmiştir (HMK m. 161). Söz konusu iki maddenin birlikte değerlendirilmesinden çıkan sonuç mahkeme takdir yetkisine göre belirlediği durumlarda, duruşma tutanakları ve birtakım belgeler hakkında gizlilik kararı verebilir. Bu durumda söz konusu belge ve tutanakların incelenmesi de, hâkimin iznine bağlanabilir.

Duruşmaların gizli yapılması hâlinde, taraf aleniyetinin sınırlandırılması söz konusu olmamakla birlikte; dava dosyası bakımından gizlilik kararı verilmesi hâlinde, taraf aleniyeti ve hukukî dinlenme hakkı kısmen de olsa bertaraf edilebilmektedir⁵⁹. Zira hâkim bu durumda, taraf vekilinin dahi dava dosyasındaki birtakım belgelere ve bilgilere erişimini engelleyebilmektedir. Bu sebeple de, aleniyetin sınırlandırılmasının bu türüne daha fazla hassasiyetle yaklaşılmalıdır. Zira ölçüsüz veya gereksiz verilen bir sınırlandırma kararı, tarafların dosyaya erişimini engelleyebilecek; bu durum da, taraflar açısından en önemli güvence olan âdil yargılanma hakkı temelinde eşit silâhlarla yargılanma hakkı, hukukî dinlenme hakkı ve ispat haklarının ihlâl

⁵⁹ *Taraf aleniyeti* ile *duruşmaların aleniyeti* birbirinden farklı kavramlardır. *Taraf aleniyeti* (*Parteiöffentlichkeit*) tutanakların, dosyaların, delillerin taraflarca ve vekillerince incelenemesini ve bunlardan örnek alınabilmesini ifade ederek daha fazla hukukî dinlenme ve ispat hakkı ile ilişkilidir. Bu konuda bkz. **Aktepe Artık**, s. 308; **Özekes**, Muhammet: *Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenme Hakkı*, Yetkin, Ankara 2003, s. 94; **Pekcanitez**, Aleniyet İlkesi, s. 408-409; **Späth**, Stefan: *The Parteiöffentlichkeit des Zivilprozesses, Die Informationspflichten des Gerichts gegenüber den Parteien* (Diss., Univ., Hamburg, 1995), LIT Verlag, Münster 1995, s. 79-90. *Ansay*'a göre, taraf aleniyeti mutlak bir ilkedir (*Ansay*, s. 57-58).

edilmesine sebebiyet verebilecektir⁶⁰. Nihâyetinde alenîyetin kural olduğu, alenîyetin kaldırılmasına ilişkin kuralların istisna niteliğinde olduğu ve bu sebeple de istisnaî nitelikteki bu kuralların da dar yorumlanması gerektiği unutulmamalıdır⁶¹. Bununla birlikte aksi durumda da, yani gizlilik kararı verilmesi gereken bir belge/bilgi hakkında dosyanın taraflara alenî tutulması, ilgili bakımından özel hayatının korunması hakkının ihlâl edilmesine sebebiyet verebilecektir. Bu sebeple hâkim özellikle dava dosyasındaki birtakım belgelere ve bilgilere taraf alenîyetini kapatmak istiyorsa, menfaat çatışmasını iyi bir şekilde dengelemeli ve ölçülülük ilkesinin gereklerine uygun olarak gereken bu tedbiri almalıdır.

C. Kısa Karardan Sır İçeren Bilgilerin Kaldırılması

Alenîyet ilkesinin bir diğer sonucu hükmün alenî şekilde açıklanmasıdır. Bu zorunluluk hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK m. 28/1) hem Anayasa'da (Ay m. 141) hem de AİHS'nde (AİHS m. 6) düzenlenir⁶². Esasen alenîyetin sınırlandırılması/kaldırılması durumunda, hükmün alenî şekilde verileceğine ilişkin kuralın bir istisnası bulunmaz. Bununla birlikte kanaatimizce öğretide de haklı şekilde belirtildiği üzere, özellikle özel hayatın korunması gibi sır içeren bir bilginin mahkemenin kısa kararından çıkarılması bireylerin temel haklarına uygun bir yorum olacaktır⁶³. Bu durumda sırrın korunmasındaki menfaat ile toplum tarafından yargılamanın denetlenmesinin sağlayacağı hukukî menfaat karşılaştırılmalı; sırrın korunmasına öncelik verilmesi ve üçüncü kişilerin kendilerine tanınan denetim hakkını tarafların sırları dışındaki bilgileri ve duruşmalarda edindikleri diğer bilgiler esas alarak yargılamaları menfaatler dengesine uygun bir çözüm olacaktır⁶⁴.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KONUYA İLİŞKİN GÜNCEL İÇTİHADININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesi, 25.10.2017 tarihinde vermiş olduğu bir kararla⁶⁵ buraya kadar belirttiğimiz ihtiyaçlara dayanarak özel hayatın korunması

⁶⁰ Çiftçi, İspat Hakkı, s. 639-641.

⁶¹ Kurt Konca, Alenîyetin Sınırlandırılması, s. 73.

⁶² Bu konuda bkz. İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 275-276.

⁶³ Bu yönde bkz. Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 898-899; Erdönmez, s. 518; Kurt Konca, s. 280.

⁶⁴ Bu yönde bkz. Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 898-899; Erdönmez, s. 518; Kurt Konca, s. 280.

⁶⁵ AYM, 25.10.2017, 2014/14189.

menfaatine yönelik olarak yargılamanın gizli yapılması yönündeki talebin yerel mahkemece reddedilmesini temel hak ihlâli olarak kabul etmiştir. Bu karar Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda bu yönde -medenî yargılama bakımından- vermiş olduğu ilk içtihadı ve bu yönüyle emsal niteliktedir. Anayasa Mahkemesi'nin farklı zamanlarda alenîyet ilkesinin kendisine ve önemine vurgu yaptığı kararlara sıklıkla rastlamak mümkün olmakla birlikte⁶⁶, bu karardan önce Mahkeme'nin alenîyetin sınırlandırılmasına yönelik bir içtihadında rastlanılamamıştır.

Başvuru konusu olayda, başvuru bir göğüs operasyonu geçirmiş, operasyonda tıbbî hatalar yapılması sebebiyle doktora karşı hem cezaî hem tazminat yollarına başvurmuş; tazminat davası açısından da yerel mahkeme dava dosyası hakkında gizlilik kararı verilmesini talep etmiştir. Zira bu dosyada davacı taraf, davayı kazanabilmek, üzerine düşen somutlaştırma yükünü gereğince yerine getirmek amacıyla doktorun kusurunu ispat yükü altında bulunmaktaydı ve doktorun kusurlu davranışını da dava dosyasına sunduğu fotoğraflarla somutlaştırmıştır. Davacı taraf, aynı zamanda dava dosyasına eklediği bu fotoğraflar hakkında gizlilik kararı verilmesini talep etmiş; yerel mahkeme ise davacının bu talebini reddetmiştir. Davacının bireysel başvurusu üzerine, durumu değerlendiren Anayasa Mahkemesi başvuru kararını bu ret kararı ile birlikte özel hayatının korunması hakkının ihlâl edildiğini hükme bağlamıştır. Gerçekten de özel hayatın gizliliği kapsamında kişilerin mahremiyet hakkı bulunur⁶⁷ ve mahremiyet hakkı uyarınca bireyin

⁶⁶ Alenî yargılanma hakkının önemi, Anayasa Mahkemesi tarafından şu şekilde belirtilmektedir: "Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen alenî yargılanma hakkı, davanın alenî (açık) duruşma ile görülmesinin yanı sıra mahkeme kararının da alenî olarak açıklanması gereğine işaret etmektedir. Anayasa'nın 36. maddesinde açıkça alenî yargılanma hakkından söz edilmemekle birlikte, adil yargılanma hakkının somut görünümünden biri olan bu hak esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da zımnî bir unsuru olup, ayrıca duruşmaların herkese açık olduğunu belirten ve alenîyetin hem kişinin adil yargılanma hakkından yararlanmasına hem de toplumun adalete güvenini sağlamak bakımından kamu yararına hizmet ettiğine işaret eden madde gerekçesi de nazara alındığında, yargılamanın alenîyetinin yanı sıra hükmün alenîyetine de işaret ettiği anlaşılan Anayasa'nın 141. maddesinin de, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, alenî yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır." (AYM, 20.3.2014, 2013/1780, § 31-32 [RG 10.5.2014, S. 28996]).

⁶⁷ Bu hak mahremiyet hakkı veya Türk hukuku öğretisinde yaygın olarak kullanıldığı üzere *kişinin sırları (gizlilik alanı) üzerindeki kişilik hakkı* olarak da bilinir. Bu alan, bireyin gizli kalmasında menfaati bulunan tüm sırlarını ifade eder (**Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 16.

kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme menfaatinin bulunduğu kabul edilir⁶⁸. Bu kapsamda bireyin, kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması ve bu bilgilere başkalarının ulaşmaması, kısacası bu bilgilerin mahrem kalması konusunda hukukî menfaati bulunur⁶⁹. Bu çerçevede somut olayda davacı tarafın dava dosyasına sunduğu resimler olmasaydı dahi, gizlilik kararı alınması için yeterli menfaati bulunduğunu kabul etmek gerekir. Zira geçirilen bir tıbbî operasyona ilişkin bilgiler de tıbbî kişisel veriler kapsamında korunmaya değerdir⁷⁰. Kaldı ki, somut olayda bir de davacının vücudunun mahrem bir yerine ilişkin fotoğraflar dava dosyasına dâhil olduğundan, evleviyetle kişinin fotoğrafları üzerinde de özel hayatının korunması kapsamında gizlilik kararı alınması için hukukî menfaati bulunmaktaydı⁷¹. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında da Anayasa kapsamında da özel hayata saygı hakkı, bireyin görüntüsü üzerindeki hakkını da kapsar⁷².

Anayasa Mahkemesi kanaatimizce özellikle iki açıdan daha kararında önemli değerlendirmeler yapmıştır. Bunlardan ilki, Anayasa Mahkemesi'nin ihlâl sonucuna ulaşırken kullandığı yöntemdir. Mahkeme bu durumda, âdil yargılanma hakkı ile başvurucunun özel hayatının korunması menfaatlerinin çatıştığını ve bu çatışan menfaatler içerisinde ölçülü bir dengeleme yapılması gerektiğini vurgulamıştır:

“...somut olayda olduğu gibi özel hayatın gizliliği hakkı bağlamında özellikle hassasiyet arz eden kişisel verilerin korunmasının gözetilmesi gereken durumlarda yargı makamlarının gerekli tedbirleri alması görevi bulunmak-

Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 187). Kişinin sırları da, kişilik haklarına dâhil olduğundan hukuken koruma altındadır (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 187-188). Kişinin sırlarına dâhil olan bilgiler arasında kişinin sağlık durumu ile ilgili bilgileri, başka bir ifadeyle tıbbî kişisel bilgileri örnek verilebilmektedir (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 188). Ayrıca bireyin sırlarının, özel hayatın gizliliği kapsamında Anayasa teminatı altında olduğuna ilişkin bkz. **Erdoğan**, Mustafa: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 3. Bası, Orion, Ankara 2012, s.193.

⁶⁸ Bu konuda bkz. **Arslan Öncü**, s. 181; **Arslan Öncü**, Özel Yaşama Saygı, s. 311.

⁶⁹ **Arslan Öncü**, s. 181-182; **Arslan Öncü**, Özel Yaşama Saygı, s. 311.

⁷⁰ **Kurt Konca**, s. 271-272; **Kurt Konca**, Aleniyetin Sınırlandırılması, s. 85. Ayrıca bireylerin gördüğü tedavilere ilişkin bilgilerin özel hayatın gizliliği kapsamında Anayasa teminatı altında olduğuna ilişkin bkz. **Erdoğan**, s. 193.

⁷¹ Bireyin fotoğraflarının kişilik hakkına dâhil olduğu ve bireylerin fotoğrafları üzerinde kişilik haklarını koruma kapsamında menfaatinin bulunduğu konusunda bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 185.

⁷² **Arslan Öncü**, s. 189.

tadır. Bu doğrultuda derece mahkemelerince yargılamanın aleni yürütülmesinde var olan kamusal menfaat ile başvuruçunun mahremiyetinin korunması menfaati arasında adil bir denge kurulmalı ve ulaşılan sonuç hakkında hüküm kurulurken ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmalıdır.”⁷³.

İkinci olarak ise, Anayasa Mahkemesi yerel mahkemelerin gizlilik talepleri konusunda karar verirken bu kararların mutlaka gerekçeli olması gerektiğine vurgu yapmıştır⁷⁴:

“Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı dikkate alınarak 6100 sayılı Kanun’un 28. Maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, tarafların gizlilik talebi hakkındaki kararın gerekçelerinin esas hakkındaki karar ile birlikte açıklanacağı düzenlemesinin bu konudaki ara kararların tamamen gerekçesiz olacağı şeklinde yorumlanması kabul edilemez. İlk derece mahkemesinin gizlilik talepleri hakkındaki ara kararını gizliliğin amacını yok edecek açıklamalardan kaçınarak ama mutlaka gerekçeli olarak vermesi gereklidir. Üstelik bu şekildeki ara kararların denetlenmesine yönelik etkili olağan kanun yolu bulunmadığı dikkate alındığında bu kararların gerekçeli olmasının önemi daha da artmaktadır. Zira tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda, kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmelerinin sağlanması ancak gerekçe ile mümkündür.”⁷⁵

Gizlilik kararı verilmesiyle ilgili -somut olayda da benzeri olduğu gibi- bir diğer sorun, gizlilik kararı verilmesi gereken bir durumda yerel mahkemenin ara kararı ile bu talebi reddetmesi durumunda başvurulabilecek hukukî çarenin belirlenmesidir. Bu durumun tam tersi de ihtimâl dâhilindedir; yani gizlilik kararı verilmemesi gereken bir durumda mahkemenin gizlilik kararı vermesi hâlinde başvurulacak hukukî çarenin belirlenmesi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun bu konuda -Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’na nazaran- getirdiği yeni düzenlemeye göre *duruşmalar* hakkında verilen gizlilik kararının gerekçesi ancak esas hükümlerle birlikte açıklanabilir (HMK m. 28/3)⁷⁶. Bununla birlikte *dava dosyasındaki belge ve tutanaklar*

⁷³ AYM, 25.10.2017, 2014/14189, § 61.

⁷⁴ Öğretide benzer şekilde hâkimin alenîyetin sınırlandırılması talebine karar verirken mutlaka bunu tatminkâr şekilde gerekçelendirmesi konusunda bkz. **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 899; **Pekcanitez**, Alenîyet, s. 37.

⁷⁵ AYM, 25.10.2017, 2014/14189, § 67.

⁷⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 135-136.

hakkında verilen gizlilik kararı ile ilgili Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir düzenleme getirilmemiştir. Nitekim söz konusu Anayasa Mahkemesi kararına konu olayda da, yerel mahkeme dosyadaki birtakım belge hakkındaki gizlilik kararını reddetmiş ve buna ilişkin ne ara kararında ne de sonrasında herhangi bir gerekçe açıklamamıştır. Bu durumda, yani dava dosyasındaki belge ve tutanaklar hakkında verilen gizlilik kararı taleplerinin gerekçesinin nihâî hükmün verilmesi beklenmeden mahkemece açıklanması gerekir⁷⁷. Bu durumda, öğretide de kabul edildiği üzere duruşmalarda alenî-yetin kaldırılması durumundaki uygulanacak açık Kanun hükmüne (HMK m. 28/3) benzer bir düzenleme bulunmadığından⁷⁸ ve verilecek gizlilik kararı ile birlikte tarafların dava dosyasına erişimi kısmen kısıtlanacağından tarafların derhal bu gizlilik kararı konusunda bilgilendirilmesi gerekir.

Aksi durumda ne olacağı da Kanun'da açıkça düzenlenmemiştir. Bu durumda yani özel hayatın korunması gibi bir menfaate dayanarak mahkemenin talep edilen gizlilik kararının reddedilmesi hâlinde, taraflara nasıl bir hukukî koruma sağlanabileceği açık değildir. Zira bu durumda haklı olarak öğretide de belirtildiği üzere, gizlilik kararının reddine ilişkin karar ara karar olacağından ve ara kararlara karşı tek başına kanun yolu mümkün olamayacağından, burada gerçekten de gizliliği gerektiren bir menfaat bulunması hâlinde tarafın sır içeren menfaati tüm yargılama boyunca kamuya açık hâlde bulunacaktır⁷⁹. Söz konusu Anayasa Mahkemesi'ne konu olayda da aynı bu durum gerçekleşmiş; davacı tarafın gizlilik talebi reddedildiği için özel hayatının ve kişilik haklarının en mahrem bilgilerini içeren fotoğraflar yaklaşık dört yıl dava dosyasında alenî halde kalmıştır. Böyle bir durumda, her ne kadar tarafın bu ret kararı sebebiyle tek başına kanun yoluna başvurma imkânı bulunmadığı belirtilse de, mahkemenin her an ara kararından dönme imkânının bulunduğu göz önüne alınarak tarafın talebini yenilemesi gerektiği tavsiye edilmektedir⁸⁰. Bununla birlikte aynı somut olayda olduğu gibi, tarafın tüm taleplerine rağmen mahkeme ara kararından dönmeyebilir ve özel hayatın korunması veya ticarî sırların korunması gibi menfaatler yargılama boyunca alenî hâlde kalabilir. Bu durumda ise, Anayasa Mahkemesi'ne ihlâl edilen temel hak için hukukî çarelere başvurmak mümkündür. Şüphesiz ki, bu durum korunması gereken kişisel menfaatin uğradığı zararı tam olarak karşılayamayabilir. Örneğin somut olayda kişinin vücudunun mahrem yerle-

⁷⁷ Bu yönde bkz. **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 900; **Erdönmez**, s. 400.

⁷⁸ Bu konuda bkz. **Yılmaz**, s. 320-321.

⁷⁹ **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 900-901.

⁸⁰ **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 901.

rine ilişkin fotoğrafları alenî hâlde kalmaya devam eder ve bireysel başvuru neticesinde elde edilecek tazminat kişinin manevî dünyasında oluşan zararı karşılayamayabilir. Veya ticarî bir sırrın korunması için talep edilen gizlilik kararı reddedilirse, taraf için telafisi güç maddî zararlar gerçekleşebilir. Tüm bu durumlarda ayrıca devletin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. Bu çerçevede hüküm mahkemeleri de gizli yargılama yapma konusundaki talepleri hassasiyetle incelemeli, menfaat çatışmasını temel hak ihlâli oluşmayacak şekilde dengelemelidir.

V. SONUÇ

Buraya kadar yaptığımız açıklama ve değerlendirmelerimizden de anlaşılacağı üzere, medenî yargılama açısından özel hayatın korunması menfaatine dayalı olarak yargılamada alenîyet kısmen sınırlandırılabilir. Nitekim yaptığımız incelemeler karşılaştırmalı hukukta da belli başlı hukuk sistemlerinde, özel hayatın korunması menfaatine dayalı olarak yargılamada alenîyet ilkesine sınırlandırma getirildiğini göstermektedir. Buna imkân verilmesi en başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan devletler açısından, mahkemelere pozitif bir yükümlülük getirir. Zira Sözleşme açıkça, özel hayatın korunması menfaatine dayalı olarak alenîyet ilkesinin sınırlandırılmasına imkân vermektedir. Bunun ötesinde temel hakların güçlü bir gelişme içerisinde olduğu günümüzde, özel hayatın korunması temel haklar kartelasının başlıca gereklilikleri arasında yer alır. Dolayısıyla özellikle yargılama sürecinde özel hayatın korunması kişisel menfaati ile yargılamanın alenî yapılmasındaki kamusal menfaat çatıştığında, mahkemelerin bu çatışmayı hassasiyetle dengelemesi gerekir. Temel hak çatışmalarının çözümü bunu gerektirir ve mahkemenin ölçsüz, gerekçesiz, tatminkâr olmayan gerekçelerle tarafın alenîyetin sınırlandırılması yönündeki talebini reddetmemesi gerekir.

Son olarak çalışmamız açısından yaptığımız tüm bu değerlendirmelerin ve özellikle uygulama bakımından olması gereken açısından yaptığımız eleştirilerin, diğer birtakım menfaatlerin korunması açısından da geçerli olabileceğini belirtmek isteriz. Örneğin ticarî sırların korunması, yargılama prosedürü açısından apayrı bir korunma menfaatini gerektirir ve hüküm mahkemelerinin ticarî sırların söz konusu olduğu davalarda çok daha hassas bir şekilde menfaatleri dengelemesini gerektirir. Bugün için genel bir uygulama olarak hüküm mahkemelerinin ticarî sırlar, özel hayatın korunması gibi konularda alenîyetin sınırlandırılması konusunda genel ve ölçülülük ilkesinin gereklerine uygun bir uygulama eğilimi içerisinde olduklarını ifade etmek oldukça güçtür. Bununla birlikte çalışmamızın son kısmında yer verdiğimiz

Anayasa Mahkemesi'nin güncel içtihadının bu konuda önemli bir kapıyı aralayacağını ve uygulamadaki önemli bir eksikliğı gidereceğini umut etmekteyiz. Bu üst mahkeme içtihadının da uygulamayı olumlu yönde geliştirmek için etkili bir sonuç üretememesi durumunda, -her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki açık düzenlemelere karşın elzem olmadığı kanaatindeyse de- gerekiyorsa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu konuda değişiklik yapılarak aleniyetin sınırlandırılması sebeplerinin uluslararası sözleşme hükümlerine uygun şekilde genişletilmesi kanaatimizce uygulamanın değişmesi bakımından önemli bir adım olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Aktepe Artık**, Sezin: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin, Ankara 2014.
- Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Alkım Yayınları, İstanbul 2009.
- Andrews**, Neil: The Modern Civil Process, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.
- Andrews**, Neil: The Three Paths of Justice, Springer, Birleşik Krallık 2012.
- Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960.
- Arnold**, Stefan: “Zum Grundsatz der Öffentlichkeit im Zivilverfahren”, Europäische und internationale Dimension des Rechts, Festschrift für Daphne-Ariane Simotta, 2012, s. 11-27.
- Arslan Öncü**, Gülay: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta, İstanbul 2011.
- Arslan Öncü**, Gülay: “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2013, (Özel Yaşama Saygı), s. 23-53.
- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema: Medenî Usul Hukuku, 1. Baskı, Yetkin, Ankara 2016.
- Atalay**, Esra: “Yargısal Temel Haklar”, Prof. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, İzmir 1997, s. 437-454.
- Ballon**, Oskar J.: Einführung in das österreichisches Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren, 11. Bası, Leykam 2006.
- Ballon**, Oskar J.: “Die Öffentlichkeit im österreichischen Zivilverfahrensrecht und der österreichische Vorbehalt zu Art. 6 EMRK”, Wege zur Globalisierung des Rechts, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, Münih 1999, (Die Öffentlichkeit), s. 75-84.
- Baker & McKenzie**: Schweizerische Zivilprozessordnung, Stämpfli Verlag, Bern 2010.
- Budak**, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol: Medenî Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Çiftçi**, Pınar: Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk

- Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İspat Hakkı), İzmir 2016.
- Çiftçi**, Pınar: “Medenî Yargılama Hukuku Açısından Hak Arama Özgürlüğünün (Anayasa m. 36) Sınırlandırılması Sorunu”, Legal MİHDER C. 12, S. 34, 2016/2, s. 361-400.
- Demircioğlu**, Yaşar: Medenî Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Hakkı Güvenceleri, Yetkin, Ankara 2007.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan: Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Erdoğan**, Mustafa: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 3. Bası, Orion, Ankara 2012.
- Erdönmez**, Güray: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2017.
- Erdönmez**, Güray: Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, 2. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2014.
- Erdönmez**, Güray: “Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Yetkin, Ankara 2009, s. 223-240.
- Fucik**, Robert/**Klauser**, Alexander/**Kloiber**, Barbara: Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht, 11. Bası, Viyana 2011.
- Gehri**, Myriam A./**Kramer**, Micheal: ZPO Kommentar, Orell Füssli Verlag, Zürich 2011.
- Gilles**, Peter (Çev. Hakan Pekcanitez): “Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması”, İzmir Barosu Dergisi, Y. 61, Ocak/1996, s. 9-28.
- Görgün**, Şanal: Medenî Usûl Hukuku, 5. Baskı, Yetkin, Ankara 2016.
- Gözbüyük**, Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Harris**, D. J./**O’Boyle**, M./**Bates**, E. P./**Buckley**, C. M.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Oxford Univ. Press, 2009 (Avrupa Konseyi, 2012, Türkçe baskı).
- Hurni**, Christoph (Hrsg: **Hausheer**, Heinz/**Walter**, Hans Peter): Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, Bern 2012.

- İnceoğlu**, Sibel: “Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 2014, C. 3, S. 5, s. 149-190.
- İnceoğlu**, Sibel: “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2013, (Güvence Rejimi), s. 23-53.
- İnceoğlu**, Sibel: “Adil Yargılanma Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2013, s. 209-286.
- Kaboğlu**, İbrahim: “Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa’ya Yansıtılması Sorunu”, *Anayasa Yargısı Dergisi* 1994, S. 11, s. 237-252.
- Kanadoğlu**, Korkut: *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, İstanbul 2001.
- Kay**, Maurice/**Sime**, Stuart/**French**, Derek: *Blackstone’s Civil Practice, The Commentary* 2012, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2011.
- Klein**, Stefanie: *Die Grundsätze der Öffentlichkeit und Mündlichkeit im Zivilprozeß im Spannungsfeld zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung* (Diss., Univ., Köln, 1995), Köln 1995.
- Kleinknecht**, Theodor: “Schutz der Persönlichkeit des Angeklagten durch Ausschluss der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung”, *Festschrift Erich Schmidt-Leichner zum 65. Geburtstag*, 1978, (Schutz der Persönlichkeit-Hauptverhandlung), s. 111-119.
- Kleinknecht**, Theodor: “Öffentlichkeit der Hauptverhandlung und Schutz der Persönlichkeit”, *Festschrift für den scheidenden Präsidenten des Oberlandesgerichts Nürnberg*, Dr. Maximilian Nüchterlein, 1978, (Schutz der Persönlichkeit), s. 173-190.
- Kodek**, Georg/**Mayr**, Peter: *Zivilprozessrecht*, Viyana 2011.
- Kurt Konca**, Nesibe: *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Seçkin, Ankara 2009.
- Kurt Konca**, Nesibe: “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı - XII* (18-19 Ekim 2014, Isparta), Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, (Aleniyetin Sınırlandırılması), s. 65-95.

- Kuru, Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin, Ankara 2017.
- Leuenberger, Christoph/Uffer Tobler, Beatrice:** Schweizerisches Zivilprozessrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2010.
- Linck, Joachim:** “Untersuchungsausschüsse und Privatsphäre”, Zeitschrift für Rechtspolitik 1987/1, s. 11-19.
- Meyer-Ladewig,** Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Bası, 2011.
- Oder, Bertil:** Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma, İstanbul 2010.
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Özekes, Muhammet:** Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Yetkin, Ankara 2003.
- Pantazopoulos, Anthanassios:** “Der Öffentlichkeitsgrundsatz in Zivilprozess”, ZZPInt 2008, C. 13, s. 319-350.
- Pekcanitez, Hakan:** “Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı’nın Tanıtım”, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V (8-9 Eylül 2006 Ankara), Ankara 2007, (HMK Tanıtım), s. 3-31.
- Pekcanitez, Hakan:** “Medeni Yargıda Adil Yargılama”, İzBD 1997/Nisan, (Adil Yargılanma Hakkı), s. 35-61.
- Pekcanitez, Hakan:** “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, İzBD, Ekim/1999, (Aleniyet İlkesi), s. 21-42.
- Pieroth, Bodo:** “Gerichtsöffentlichkeit und Persönlichkeitsschutz Zur Fragwürdigkeit des § 169 S. 2 GVG”, Recht der Persönlichkeit 1996, s. 249-277.
- Rechberger, Walther/Simotta, Daphne-Ariane:** Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Viyana 2009.
- Rechberger, Walther:** “Relations Between Parties, Judges and Lawyers. Modern Civil Procedure and the Balance of Procedural Forces”, XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, s. 179-188.
- Roth, Marianne/Holzhammer, Richard:** Zivilprozessrecht, Viyana 2012.
- Sime, Stuart:** A Practical Approach to Civil Procedure, 16. Bası, Oxford Univ. Press, Birleşik Krallık 2013.

- Späth**, Stefan: The Parteiöffentlichkeit des Zivilprozesses, Die Informationspflichten des Gerichts gegenüber den Parteien (Diss., Univ., Hamburg, 1995), LIT Verlag, Münster 1995.
- Spühler**, Karl/**Dolge**, Annette/**Gehri**, Myriam: Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, Stämpfli Verlag, Bern 2010.
- Tanrıver**, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin, Ankara 2016.
- Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin, Ankara 2014.
- Üstündağ**, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000.
- Walder-Richli**, Hans Ulrich: Zivilprozessrecht, Schultess 2009.
- Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin, Ankara 2013.

KISALTMALAR CETVELİ

AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	: Artikel (madde)
aşa.	: aşağı
Ay.	: 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CPR	: Civil Procedure Rules (İngiliz Medenî Yargılama Kuralları)
GVG	: Gerichtsverfassungsgesetz (Alman Mahkeme Teşkilâtı Kanunu)
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
m.	: madde
MİHBİR	: Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği
MİHDER	: Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SchBV	: Schweizerische Bundesverfassung (İsviçre Federal Anayasası)
SchZPO	: Schweizerische Zivilprozessordnung (İsviçre Medenî Yargılama Kanunu)
Y.	: Yıl
ZPO	: Zivilprozessordnung (Medenî Yargılama Kanunu)
ZZPInt	: Zeitschrift für Zivilprozess International
§	: Paragraf

İSVEÇ BASIN HUKUKUNA HAKİM OLAN TEMEL İLKELER

*Dr. Öğr. Üyesi Serkan EKİZ**

Öz

İsveç anayasası, kurumsal yapısı nedeniyle dikkat çekici özellikler göstermektedir. Zira İsveç anayasası sadece tek hukuk metninden ibaret olmayıp, anayasal statüye sahip dört ayrı hukuksal metinden oluşmaktadır. Bu belgelerden iki tanesinin konusunu münferiden basın ve ifade özgürlüğü oluşturmaktadır. Bu hukuk metinlerinden kronolojik olarak ilki gazete, kitap ve dergi gibi yazılı eserlerde ifade özgürlüğünü düzenleyen Basın Özgürlüğü Yasası (BÖY) iken, diğeri görsel ve işitsel medyada yurttaşların ifade özgürlüklerini güvence altına almayı amaçlayan İfade Özgürlüğüne İlişkin Temel Yasa (İÖTY)'dir. Her iki yasanın da ilk maddelerinde, başta yayın öncesi sansür olmak üzere vatandaşların hiçbir engele maruz kalmaksızın basılı eser üretmesi ve yayması hakkına sahip olduğu ve ifade özgürlüğüne dayalı olarak ileri sürülen suç iddialarının bir mahkeme tarafından hükme bağlanmasını talep etme hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Her iki anayasal belge de hukuksal olarak aynı alanı düzenlemektedir. Bu metinler, yazılı eser basma, çoğaltma ve dağıtma hakkı, resmi belgelere erişim serbestisi, yazarların ve haber ve bilgi kaynaklarının hakları ile sorumluluklarına ilişkin kurumsal düzenlemelerde getirilen temel ilkeler çerçevesinde yorumlanmakta ve uygulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İsveç, İsveç Anayasası, Basın özgürlüğü, İfade özgürlüğü, Tryckfrihetsförordningen, Yttrandefrihetsgrundlagen

GOVERNING PRINCIPLES OF SWEDISH PRESS LAW

Abstract

Constitution of Sweden has remarkable features due to its institutional structure. Because Swedish Constitution doesn't composed of solely one legal

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: serkan.ekiz@deu.edu.tr) (Makalenin Geliş Tarihi: 14.07.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 13.07.2018-13.07.2018/Makale Kabul Tarihleri: 16.07.2018-15.07.2018)

document but composed of four separate constitutional documents. Among those constitutional documents, two of them solely and exclusively regulate freedom of press and freedom of expression. Chronologically the first one, namely The Freedom of Press Act, regulates printed media such as newspapers, books and magazines while the other one is, namely The Fundamental Law on Freedom of Expression is aiming to guarantee the freedom of speech in visual and sound media such as TV, video and radio. At the very beginning articles of both documents, it is emphasized that every Swedish citizen has a right to publish written matter, without prior hindrance by a public authority and not to be prosecuted other than before a lawful court. Both constitutional documents regulates the same field and interpreted almost in the same manner. These two legal documents are interpreted and applied due to the basic principles set out by the right to print, publish and distribute printed matter, free access to public files and rights and responsibilities of the authors and informants.

Keywords

Sweden, Swedish Constitution, Freedom of Press, Freedom of Expression, Tryckfrihetsförordningen, Ytrandefrihetsgrundlagen

GİRİŞ

İsveç anayasal düzeni -inter alia- kurumsal yapısı itibarıyla oldukça dikkat çekici bir özelliğe sahiptir¹. Bu özelliği nedeniyle esasen İsveç için bir anayasadan çok bir anayasa bloğundan bahsedilmesi daha doğru olacaktır. Zira İsveç anayasası sadece tek hukuk metninden ibaret olmayıp, anayasal statüye sahip dört ayrı hukuksal metinden oluşmaktadır. Bunlar; İsveç toplumunun siyasi örgütlenme şeklini, temel anayasal ilkeleri içeren, Türkçeye “Devlete İlişkin Belge” olarak tercüme edilebilecek olan ve doktrinde gerçek Anayasa olarak nitelenen² Regeringsformen (R.F.)³; gazete, kitap ve dergi gibi yazılı eserlerde ifade özgürlüğünü düzenleyen Basın Özgürlüğü Yasası [Tryckfrihetsförordningen(T.F.)]⁴, 1990’ların başından itibaren gelişmeye başlayan görsel ve işitsel medyada yurttaşların ifade özgürlüklerini güvence altına almayı amaçlayan İfade Özgürlüğüne İlişkin Temel Yasa [Yttrandefrihetsgrundlagen(YGL)]⁵ ve son olarak, tahtın hangi sıra ve usullere göre kime devredileceğine, velihtin nasıl yetiştirileceğine ve eğitimine ilişkin hükümler içeren Tahta Veraset Yasasıdır [Successionsordningen (S.O.)]⁶.

İnsan hakları hukuku alanında yapılan karşılaştırmalı incelemelerde çoğu ülkenin basın özgürlüğüne ve genel anlamda ifade özgürlüğüne ilişkin temel ilkelere ve düzenlemelere anayasalarında yer verdiği gözlemlenmektedir. Bu, en bilindik ve en sık karşılaşılan durumdur. İsveç’te basın ve ifade özgürlüklerine, bu özgürlüklerin, özgür bir toplumsal yapı için arz ettiği temel öneme olan yaygın inanç nedeniyle iki ayrı hukuk metninde anayasal bir statü verilmiştir⁷. Çoğu demokratik anayasada yer alan basın özgürlüğüne

¹ İsveç anayasası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekiz**, Serkan: “İsveç Anayasası Üzerine Notlar”, DEÜHFD, C. 20, S. 1, İzmir, 2018, s. 63-124.

² **Ragnemalm**, Hans: Administrative Justice In Sweden, Jurisförlaget, Stockholm, 1991, s. 12.

³ Regeringsformen’in İngilizceye resmi çevirisi “The Instrument of Government” ‘tır. Bkz. riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-instrument-of-government-2015.pdf.

⁴ Bkz. riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-freedom-of-the-press-act-2015.pdf.

⁵ Bkz. riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-fundamental-law-on-freedom-of-expression-2015.pdf.

⁶ Bkz. riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-act-of-succession-2012.pdf.

⁷ **Nyman**, Olle: “Some Basic Features of Swedish Constitutional Law”: An Introduction to Swedish Law, Stig Strömholm (ed.), Institutet För Rattsvetenskaplig Forskning, CVIII, 2nd Edition, Norstedts, s. 74.

ilişkin ilkelerin İsveç hukukundaki izdüşümlerine anayasal statüye sahip bu iki hukuk metninde rastlanmaktadır. Hem Basın Özgürlüğü Yasasının (BÖY) hem de İfade Özgürlüğü Temel Yasasının (İÖTY) ilk maddelerinde, başta yayın öncesi sansür olmak üzere vatandaşların hiçbir bir engele maruz kalmaksızın basılı eser üretmesi ve yayması hakkına sahip olduğu ve ifade özgürlüğünün kötüye kullanımına ilişkin ileri sürülen suç iddialarının bir mahkeme tarafından hükme bağlanmasını talep etme hakkına sahip oldukları belirtilmiştir⁸.

Bu hukuk metinlerinden kronolojik olarak ilki olan BÖY, 1766 gibi oldukça eski bir tarihe sahiptir. Dahası BÖY, bu alanda dünyanın en eski hukuksal düzenlemesi olarak da bilinmektedir⁹. Buna ek olarak, BÖY'ün getirdiği düzenleme ile İsveç, dünyada sansürü yasaklayan ilk ülke konumundadır¹⁰. Anayasal statüye sahip ikinci hukuksal metin olan İÖTY, 1991 yılı gibi daha yakın bir tarihte kabul edilmiştir. BÖY ile İÖTY arasındaki temel fark, ilki kitap, gazete ya da dergi gibi yazılı basını düzenlerken, ikincisinin bunlar dışında kalan görsel ve işitsel basını düzenlemesidir. Bununla birlikte, bu iki anayasal belge hukuksal olarak aynı alanı düzenlemektedir ve hemen hemen aynı şekilde yorumlanmaktadır. Bu nedenle burada her iki yasa ayrı ayrı ele alınmayacak, basın ve ifade özgürlüğüne hakim olan temel ilkeler daha eski olan ve daha sık uygulanan BÖY üzerinden açıklanacak, bu yapılırken gerekli yerlerde İÖTY'nin yakın hükümlerinde atıf yapılarak benzerlikler ve farklılıklar vurgulanacaktır.

I. TARİHSEL ARKA PLAN

İsveç'te BÖY ilk olarak 1766 tarihinde kabul edilmiş ve bu yasaya bir bütün olarak anayasal statü verilmiştir. Söz konusu yasa, bünyesinde barındırdığı üç özellik nedeniyle önemlidir. İlk olarak bu yasa, İsveç anayasasının bir parçasıdır. İkinci olarak, bu yasa ile İsveç'te sansür yasaklanmıştır ve bu alanda dünyada bir ilki teşkil etmektedir. 1766 tarihli BÖY, İsveç'te basın üzerindeki sansürü kurumsallaştırmış olan 1684 tarihli emirnameyi yürür-

⁸ BÖY, md. 1-md. 4.

⁹ **Goldberg**, David: "From Sweden to the Global Stage: FOI as European Human Rights?": *Journal of International Medis and Entertainment Law*, Vol.7, No.1 (2017), s. 1; **Nergelius**, Joakim: "Constitutional Law": *Swedish Law in the New Millenium*, Michael Bogdan(ed.), Norstedts Juridik, Stockholm, 2000, s. 82.

¹⁰ **Eek**, Hilding: "Protection of News Sources by The Constitution": *Scandinavian Studies in Law*, Vol.5 (1961), s. 11; **Goldberg**, s. 1.

lükten kaldırmıştır¹¹. Üçüncü olarak, 1766 tarihli yasa ile basın özgürlüğünün sadece genel ilkelerinin ötesine geçen oldukça detaylı düzenlemelere yer verildiği gözlemlenmektedir. Öyle ki, söz konusu düzenlemelerde, o dönem için oldukça sıra dışı kabul edilebilecek bir kurum olarak resmi belgelere serbest erişim ilkesine ve bu ilkenin istisnalarına ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır. 1766 tarihli yasa ile resmi belgelere serbest erişim ilkesi İsveç kamu hukukunun temel ilkelerinden birisi haline gelmiştir¹². Basın özgürlüğünün temel ilkelerine 1809 yılında gerçekleşen hükümet darbesinin ardından aynı yıl kabul edilen yeni anayasanın (1809 tarihli R.F) 86. maddesinde de yer verilmiştir¹³. İsveç toplumunun ve devletinin basın özgürlüğüne atfettiği değer, 1809'u takip eden yıllar içinde yapılan kapsamlı hukuksal düzenlemelerle kendisini daha açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu anlamda 1810 yılında basın özgürlüğünü daha kapsamlı bir şekilde düzenleyen BÖY kabul edilmiş ancak bu yasa kısa ömürlü olmuştur. 1812 yılında kabul edilen bir başka BÖY ile 1810 tarihli yasa yürürlükten kaldırılmıştır. 1812 tarihli BÖY çeşitli değişiklikler geçirmiş ve 1949 yılına kadar yürürlükte kalmıştır¹⁴.

1920'li yılların ortalarında radyo yayınlarının ve takip eden yıllarda televizyon yayıncılığının başlaması, bu alanların da hukuksal olarak düzenlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu alanlara ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde, radyo ve TV yayıncılığında ceza kanunu uygulanmıştır¹⁵. Bununla birlikte, BÖY'ün aksine, ceza kanununda haber ve bilgi kaynaklarının hukuksal sorumsuzluğuna ve anonim kalma hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Buna ek olarak, bu dönemde bireylerin radyo ve TV aracılığı ile yayın yapma hakkını güvence altına alan bir düzenleme de bulunmadığından, bu alanda hukuken ve fiilen bir devlet tekeli bulunmaktaydı¹⁶. 1966 yılında radyo ve TV yayıncılığını düzenleyen "radyo-tv yayıncılığı yasası" ile "radyo-tv yayıncılığı sorumluluk yasası" yürürlüğe girmiştir. Ancak her iki yasa da anayasal statüde düzenlemeler değildir. Radyo-TV yayıncılığı için lisans zorunluluğu bu yasalarda da varlığını

¹¹ **EEK**, s. 11 ve 12.

¹² **Holberg, Erik/Stjernquist, Nils/Isberg, Magnus**: The Constitution of Sweden, The Fundamental Laws and The Riksdag Act, (Translated by Ray Bradfield), Published by Sveriges Riksdag, Stockholm, 2007, s. 53; **EEK**, s. 13; **Goldberg**, s. 2 ve 3.

¹³ **Ekiz**, s. 71, 72.

¹⁴ **EEK**, s. 13-19.

¹⁵ **Holberg/Stjernquist/Isberg**, s. 53.

¹⁶ **Holberg/Stjernquist/Isberg**, s. 54.

sürdürmüş, bu alandaki fiili devlet tekeli yayıncı kuruma getirilen tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğü ile dengelenmek istenmiştir. Ancak söz konusu yükümlülüğün BÖY’de bir karşılığı bulunmamaktadır¹⁷.

1970’li yıllarda yazılı basın dışındaki medyaya ilişkin anayasal düzenlemeler hakkında araştırmalar başlamıştır. Başlangıçta araştırmalar radyo ve TV üzerinde yoğunlaşmış iken süreç içerisinde teknik araçlarla ilgili medyayı da (filmler ve diğer elektronik ses ve görüntü kayıtları) kapsayan bir boyuta ulaşmıştır. Bu süreçte iki farklı görüş ortaya atılmıştır¹⁸. Görüşlerden birisine göre, BÖY üzerinde yapılacak detaylı bir çalışma ile sesli ve görsel medya ile ilgili yeni düzenlemeler bu yasaya eklenmeli ve bütün medya alanı tek hukuksal metinle düzenlenmelidir¹⁹. Buna karşılık diğer görüş taraftarları, sesli ve görsel medyaya ilişkin kuralların, BÖY ile yan yana uygulanacak ayrı ve özel bir kanunla düzenlenmesi gerektiğini savunmuştur²⁰. Tartışmalar, bu görüşlerden ikincisinin genel kabul görmesi ile sonuçlanmış ve sesli ve görsel medyada ifade özgürlüğünün kapsamını ve sınırlama rejimini düzenleyen, anayasal statüye sahip İÖTY 1991 yılında yürürlüğe girmiştir²¹. Bu yasa büyük oranda BÖY model alınarak kaleme alınmıştır. Bununla birlikte, düzenledikleri medya alanlarının farklı olması nedeniyle her iki yasa arasında bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Örneğin BÖY’de basın ve yayın evi kurma özgürlüğünün ve sansür yasağının mutlaklığına ilişkin kurumsal düzenlemelerin benzerlerine görsel ve sesli medyayı düzenleyen İÖTY’de rastlanmamaktadır²².

II. GENEL İLKELER

BÖY’ün kurumsal gelişimi ve bu yasaya hakim olan ilkelere bakıldığında, bu yasanın basın özgürlüğüne birkaç açıdan önemli güvenceler getirdiği ve bu özgürlüğü kendisine özgü bir sınırlama rejimine tabi tuttuğu söylenebilir. Yasanın basın özgürlüğüne getirdiği güvencenin ilk ve en önemli boyutu, yazılı eser basma, çoğaltma ve dağıtma hakkıdır. Yasayla getirilen güvencenin ikinci önemli boyutunu, basın özgürlüğünün önemli bir unsuru olarak resmi belgelere erişim serbestisi oluşturmaktadır. Yasayla

¹⁷ Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 54.

¹⁸ Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 54.

¹⁹ Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 54.

²⁰ Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 54.

²¹ Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 54.

²² Sterzel, Fredrik: “General Public Law”: Swedish Law, A Survey, Juristförlaget, Stockholm, 1994, s. 71.

getirilen güvencenin dikkat çeken üçüncü boyutu, yazarların ve bilgi kaynaklarının hakları ile sorumluluklarıdır²³. Yazarların anonim kalma hakkı ile gazetecilere veya yazarlara yayınlanmak üzere bilgi veren ya da resmi belge temin eden kişilere ilişkin düzenlemeler sıra dışı özellikler taşımaktadır.

A. Yazılı Eser Basma, Çoğaltma ve Dağıtma Hakkı

BÖY, yazılı eserlere mümkün olan en geniş özgürlük alanını açabilmek amacıyla oldukça detaylı ve bazı açılardan karmaşık bir güvence sistemi getirmektedir²⁴. Yasada bu amaç “*fikirlerin serbest dolaşımının ve nitelikli bilgi temininin güvence altına alınması*” olarak tarif edilmiş ve bu özgürlük de “*düşünce ve kanaatlerin yazılı olarak açıklanması, resmi belgelerin yayınlanması ve her türlü konuda haber ve bilgi yaymak*” hakkı olarak tanımlanmıştır²⁵.

BÖY’ün daha ilk maddesinde, her İsveç vatandaşının her türlü yazılı belgeyi basmak hakkına sahip olduğu açıkça vurgulanmaktadır²⁶. Bu hak yasanın farklı bölümlerinde farklı düzenlemeler bağlamında sıkça tekrarlanmaktadır. Yine yasanın 4 ila 6. bölümlerinde yer alan düzenlemelere göre, bu eserler serbestçe dağıtılıp satılabilir. Bu düzenlemelere göre, ilke olarak yasada belirtilen haller dışında kamu otoritelerinin içeriğine dayalı olarak belli bir yazılı eserin basılmasına ve yayılmasına engel olacak tasarruflarda bulunmaları yasaktır²⁷. Bu nedenle BÖY’deki en önemli düzenlemelerden birisi mutlak sansür yasağına ilişkin düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, İsveç yurttaşları “*her hangi bir otorite ya da başkaca bir kamu kurumunca önceden konmuş bir engele maruz kalmaksızın*” yazılı yayın yapma hakkına sahiptir²⁸. Bunun da ötesinde BÖY, basın özgürlüğünün idari ceza ya da hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan bir başka yaptırım uygulanmak suretiyle ihlal edilmesine karşı da güvence sağlamaktadır²⁹. Herhangi bir belge yayınlayan kişi belgenin içeriğine dayalı olarak ancak bir mahkeme önünde

²³ **Marcusson**, Lena: “Freedom of the Press. Rights and Protection of Informants to the Press.”: Modern Legal Issues, An Anglo-Swedish Perspective, Vth Uppsala-King’s Collage London Colloquium, Uppsala, Sept. 1991 Ulf Göranson (ed.), Iustus Förlag, Göteborg, 1993, s. 218.

²⁴ **Ragnemalm**, s.40.

²⁵ B.Ö.Y. md. 1:1/2.

²⁶ B.Ö.Y. md. 1:1.

²⁷ B.Ö.Y. md. 1:1; md. 1:2; md. 4:1 ve md. 6:1.

²⁸ B.Ö.Y. md. 1:2; **Eek**, s. 18.

²⁹ B.Ö.Y. md. 1:3; **Ragnemalm**, s. 41.

itham edilebilir ve kamu düzeninin korunması amacıyla bilginin toplumdaki gizli tutulmasına olanak sağlamak için kabul edilmiş özel bir yasa hükmüne dayalı olarak cezalandırılabilir³⁰.

Hem BÖY hem İÖTY ifade özgürlüğüne sağlanan güvence kapsamında getirdiği açık sansür yasağı ile benzersiz bir özellik taşımaktadır³¹. Her iki yasada da sansür yasağının muhatabı olarak açık bir şekilde kamu otoriteleri ve diğer kamu kurumları gösterilmiştir³². Her iki yasa kapsamında sansür yasağına getirilen tek istisnayı, toplu gösterim amacıyla kaydedilmiş filmlerin ve video kayıtlarının ve diğer teknik kayıtların incelenmesinde ve onaylanmasında bazı şartların getirilebileceğine ilişkin düzenleme oluşturmaktadır³³. Aynı düzenlemede dijital filmlerin ve halka açık diğer veri tabanlarındaki görüntülerin de sansür yasağının istisnası olduğu belirtilmiştir³⁴. İsveç'te yetişkinler için film sansürü uygulaması 2010 yılında kaldırılmıştır³⁵.

BÖY, gazete, dergi, kitap vb. her türlü basılı eserler kadar basın yayın sektörünün de neredeyse bütün boyutlarını kapsamı içine almaktadır³⁶. Bu nedenle basılı eserlerin yayınlanması, basım sürecinde yer alan kişi ve kurumlara sağlanan güvence sayesinde daha da kolaylaştırılmaktadır. Yazılı eser basma, yayma ve dağıtma hakkı basım ve yayım evi kurma özgürlüğü ile ilgili düzenlemelerle de güvence altına alınmaktadır³⁷. Ayrıca posta idaresinin ve diğer iletişim kurumlarının belli bir basılı eserin dağıtımına ilişkin olarak basılı eserin içeriğinden hareketle özel kısıtlama ve şartlar getirmesi yasaktır³⁸.

Bu düzenlemelere dayanarak BÖY'ün basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına olanak sağladığı genel çerçeve şu şekilde çizilebilir; basın özgürlüğünü sınırlandırabilecek tasarruflar ancak yayından sonra getirilebilir, sınırlama bir mahkeme kararı ile yapılabilir ve sınırlama ancak yasada sayılan

³⁰ B.Ö.Y. md. 1:1; Nyman, s. 74.

³¹ B.Ö.Y. md. 1:2; İ.Ö.T.Y md. 1:3.

³² Isberg, Magnus: The Constitution of Sweden, Fundamental Laws and The Riksdag Act, Sveriges Riksdag, Stockholm, 2016, s. 58.

³³ İ.Ö.T.Y md. 1:3-2.

³⁴ İ.Ö.T.Y md. 1:3-2.

³⁵ Isberg, s. 58.

³⁶ Ragnemalm, s. 40.

³⁷ Ragnemalm, s. 40.

³⁸ Ragnemalm, s. 41.

hallerde ve sorumluluk hükümlerine uygun bir şekilde getirilebilir³⁹. Ve yine bu açıklamalar ışığında BÖY’de, yayınlanabilir nitelikteki eserler ile yayınlanamaz nitelikte olanlar arasındaki sınırın belirlendiği ve kamu otoritele-
rinin basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasına karşı gerçekleştireceği müdahalelerin de düzenlendiği söylenebilir⁴⁰. Basılı eserin içeriğinden kaynaklanan sorumluluk, yasadışı yayın suçundan sorumlu tutulmak üzere tek kişiye yüklenmiştir⁴¹. Bu kişi, bir gazete ya da derginin editörü ya da genellikle bir kitabın ya da süreli olmayan bir yayının yazarıdır⁴². Bu sorumluluk faildeki kasıt ya da ferî faillik gibi konular bakımından herhangi bir tartışma yaratmayacak derecede katı bir sorumluluktur⁴³. Sorumlu olarak belirtilen bu kişiler dışında, eserin basımında, çoğaltılmasında ve dağıtılmasında yer alan diğer kişiler, ceza hukukunun genel ilkeleri bakımından sorumlu tutulabilecek nitelikte olsalar dahi, BÖY bakımından sorumlu değildirler⁴⁴. BÖY farklı ihtimallere göre kimin, hangi koşullarda sorumlu tutulabileceğini ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir⁴⁵.

Yasa, yazılı eserlerin basım maliyetine ilişkin eşiği düşürerek, matbaa dışında fotokopi, teksir makinesi ve buna benzer maliyeti matbaaya göre daha düşük araçlarla çoğaltılan yazılı eserleri de güvence kapsamına dahil etmiştir⁴⁶. Benzer bir güvenceye film, video, sesli ve diğer teknik araçlarla yapılan kayıtlar için İÖTY’de de rastlanmaktadır⁴⁷. İÖTY uyarınca ilke olarak sınırlanamaz bir hak olarak düzenlenen radyo ve TV programı yayınlama hakkı *sadece kara hattı üzerinden yapılan yayınlar için söz konusudur*⁴⁸. Bununla birlikte, yasa, kara hattı yayın ağının sahibine bazı yükümlülükler de getirmektedir. Buna göre, yayın ağı sahibinin, getirilecek olan yasal bir düzenleme ile halkın daha kapsamlı bilgiye ulaşabilmesi konusundaki çıkarı ve yayıncılıkta rekabeti sağlama adına, belli programların yayınlanmasına izin vermekle yükümlendirilmesi mümkündür⁴⁹. Yayın ağı sahipleri ayrıca izleyicilerin ve dinleyicilerin program seçimlerini etkileyen

³⁹ Nyman, s. 74; Ragnemalm, s. 41.

⁴⁰ Marcusson, s. 218.

⁴¹ Ragnemalm, s. 41.

⁴² Ragnemalm, s. 41.

⁴³ Marcusson, s. 218 ve 219.

⁴⁴ Ragnemalm, s. 41.

⁴⁵ B.Ö.Y. md. 8:1-md. 8:4; İ.Ö.T.Y, md. 6:1-md. 6:4.

⁴⁶ B.Ö.Y. md. 1:5 ve md. 4:2.

⁴⁷ İ.Ö.T.Y, md. 1:1, md. 1:3 ve md. 3:8.

⁴⁸ Isberg, s. 56.

⁴⁹ İ.Ö.T.Y md. 3:1/2.

yayınlar karşı da gerekli tedbirleri almakla⁵⁰ ve yayınları fiziksel engeli olan kişilerin de izlemesini mümkün kılacak bir şekilde-altyazılı, işaret dili ve benzeri teknik yöntemler kullanmak suretiyle- yapmakla yükümlüdürler⁵¹. Bu yükümlülükler ek olarak yasa kamu otoritelerine şiddet içerikli, pornografik ve belli bir topluluğa karşı kışkırtıcı nitelikteki yayınlara müdahale olanağı da tanımaktadır⁵².

Kara yayıncılığı alanındaki özgürlük, kamu otoritelerinin bu yayın türü için bir lisans zorunluluğu getirememesi anlamına da gelmektedir⁵³. Bu serbesti beraberinde tv yayıncılığı alanında tekel oluşmasını olanaksız hale getirmekte ve kamu otoritelerinin özel tv yayıncılığına getirmek isteyecekleri olası sınırlamalardan beklenen etkiyi daha başından boşa çıkarmaktadır⁵⁴. Buna ek olarak yasa, kamu otoritelerini, yayın frekanslarını ifade özgürlüğünün kullanımına mümkün olan en geniş alanı sağlayacak biçimde düzenlemekle yükümlü tutmaktadır⁵⁵. İsveç Radyo Televizyon Kurumu da yerel yayıncıların izin taleplerini bu temel yükümlülük çerçevesinde değerlendirmektedir⁵⁶.

B. Resmi Belgelere Erişim Serbestisi

BÖY içinde kamu hukukuna ilişkin olarak ifade edilen ilk temel ilke bir önceki başlıkta incelenen yazılı eser basma, çoğaltma ve dağıtma hakkıdır. İkinci ilke ise, kamu kurumlarında bulunan belgelerin herkesin ulaşımına açık olması kuralını ifade eden resmi belgelerin kamuya açıklığı ilkesidir. Bu önemli kural, BÖY'ün ikinci bölümünde her İsveç vatandaşına resmi belgelere erişme hakkı tanınması ile düzenlenmiş ve bu önemli hakkın hangi koşullarda sınırlanabileceği sınırlı sayıda belirtilmiştir⁵⁷. Basın özgürlüğü ile resmi belgelerin kamuya açıklığı ilkesi arasındaki ilişki, ikincisinin daha çok basın özgürlüğünün bir unsuru olarak görülüyor olmasıdır⁵⁸. Bunun dışında, kamuya açıklık ilkesinin basın özgürlüğü ile ilgili başka bir bağlantısı yoktur. İdari mercilerdeki belgeler, kamuya açıklık ilkesi gereğince herkesin

⁵⁰ İ.Ö.T.Y md. 3:1/3.

⁵¹ İ.Ö.T.Y md. 3:1/4.

⁵² İ.Ö.T.Y md. 3:1/5.

⁵³ İ.Ö.T.Y md. 3:2

⁵⁴ **Isberg**, s. 57.

⁵⁵ İ.Ö.T.Y md. 3: 2/2.

⁵⁶ **Isberg**, s. 57.

⁵⁷ B.Ö.Y. md. 2:1.

⁵⁸ **Nyman**, s. 76.

erişimine, talep nedenine bakılmaksızın, açıktır. Resmi belgelere erişim serbestisi toplumsal meselelerin medyada tartışılabilmesi ve bu konularda bilgi sahibi olunabilmesi için çok önemlidir. Her vatandaş, bir kamu kurumundaki resmi belgeleri görmeyi talep edebilir. Resmi belgelerin kamuya açıklığı ilkesine göre, bir kamu otoritesinin elinde bulunan her türlü belge, içeriği ne olursa olsun, resmi belge statüsündedir⁵⁹. Söz konusu belgenin resmi statüyü haiz olması için mutlaka söz konusu kamu otoritesi tarafından tanzim edilmiş olması gerekmektedir⁶⁰. Bu anlamda özel kişi ya da kurumlarca kamu otoritelerine gönderilmiş olan belgeler de resmi belge statüsündedir⁶¹. Ayrıca BÖY'e göre otomatik veri kayıtları ile diğer elektronik kayıtlar da, belli durumlar hariç, resmi belge olarak kabul edilmektedir⁶². Kamu otoritelerince tanzim edilmiş belgeler söz konusu olduğunda genel kural bu belgenin nihai şeklini almasından sonra resmi belge vasfını kazanmış olduğu yönündedir. Bu nedenle taslak çalışmaları ya da öneri raporları, konunun karara bağlanmış ve belgelerin arşivlenmiş olmasının ardından resmi belge vasfını kazanırlar⁶³.

Resmi belgelerin kamuya açıklığı, söz konusu belgenin dileyen herkesin incelemesine açık olmasını ifade eder ve bu ilke belgenin kullanıldığı amaçtan bağımsız bir şekilde değerlendirilir. Buna göre, kamuya açıklık ilkesi sadece bir belgeyi yayınlamak ya da belge içeriğinden kitle iletişim araçlarında bir şekilde yararlanmak isteyen kişiye değil, aynı zamanda söz konusu belgeyi tek başına kendi çıkarları için okumak isteyen-örneğin kamu otoritesinin faaliyet ve işlemlerini gözetlemek ya da öğrenmek suretiyle kendi hak ve özgürlüklerini güvence altına almak isteyen- kişi için de uygulanır⁶⁴.

BÖY'e göre dileyen herkes herhangi bir resmi belgeyi özgün hali ile incelemek ve ücretsiz olarak bir kopyasını ya da örneğini almak ya da kendi teknik araçları ile çoğaltmak hakkına sahiptir⁶⁵. İncelenmek ya da bir sureti alınmak amacıyla kendisinden resmi bir belge talep edilen kamu otoritesi, talep sahibinin kimliğini ya da söz konusu talebin amacını sorgulayamaz⁶⁶.

⁵⁹ B.Ö.Y. md. 2:3.

⁶⁰ B.Ö.Y. md. 2:6.

⁶¹ B.Ö.Y. md. 2:6.

⁶² B.Ö.Y. md. 2:3.

⁶³ B.Ö.Y. md. 2:7.

⁶⁴ **Nyman**, s. 76.

⁶⁵ B.Ö.Y. md. 2:12.

⁶⁶ B.Ö.Y. md. 2:14/3.

BÖY'e göre kamu otoriteleri kendilerine yapılan resmi belge taleplerini derhal yerine getirmekle yükümlüdür⁶⁷.

Resmi belgelerin kamuya açıklığı ilkesine yönelik sınırlamalar kamusal ya da bireysel çıkarlara yapılan atıflarla ve devlet sırrı ile ilgili son derece karmaşık hukuk kurallarında düzenlenmiştir⁶⁸. Bu nedenle resmi belgelere erişim serbestisi, farklı hukuk geleneklerine mensup hukukçuların genellikle düşündüğünün aksine, kamu görevlilerine, vatandaşlar tarafından istenen belge ve bilgileri her zaman verme yükümlülüğü getirmemektedir⁶⁹. Bütün kamu kurumları bu konuda yetişmiş elemanlara ve bir kayıt bürosuna sahiptir. Bir başvuru söz konusu olduğunda bu kayıt ofisi ve çalışanları ne zaman, nasıl ve ne derecede bilgi verileceğine karar vermektedirler⁷⁰. Bu anlamda BÖY, resmi belgelerin kamuya açıklığı ilkesine istisnalar getirmektedir. BÖY'e göre, sınırlı sayıda belirtilen bazı çıkarların korunması amacıyla resmi belgeye erişim serbestisi sınırlanabilir⁷¹. Bu düzenlemeye göre sınırlamaya neden olabilecek çıkarlar şunlardır;

- Devletin güvenliği ya da devletin diğer egemen devletlerle ve uluslararası örgütlerle ilişkileri,
- Ulusal mali politika, para politikası veya kur politikası,
- Kamu otoriteleri tarafından yürütülen denetim, kontrol ve diğer denetimsel işlemler,
- Suçun önlenmesi ve soruşturulması,
- Ulusal ekonomik çıkarlar,
- Bireylerin kişisel ve ekonomik şartlarının korunması,
- Hayvan ve bitki türlerinin korunması⁷².

Resmi belgelerin kamuya açıklığı ilkesine getirilecek herhangi bir sınırlamanın meşru kabul edilebilmesi için, bu alanda özel yasa konumundaki "Kamunun Bilgiye Ulaşımı ve Gizlilik Yasası"nda detaylı bir şekilde tanımlanmış istisnalardan birisine dayanıyor olması gerekir⁷³. Resmi belgelerin tasnifi BÖY'de yapılmış olmakla birlikte, resmi belgelere erişim serbestisi

⁶⁷ B.Ö.Y. md. 2:12 ve md. 2:16.

⁶⁸ Nyman, s. 76 ve 77.

⁶⁹ Nergelius, s. 84.

⁷⁰ Nergelius, s. 84.

⁷¹ B.Ö.Y. md. 2:2.

⁷² B.Ö.Y. md. 2:2.

⁷³ Isberg, s. 59.

üzerindeki sınırlamalar 1980 tarihli bu Gizlilik Yasasında düzenlenmiştir⁷⁴. Gizlilik Yasasında korunmaya değer olarak görülen çıkarlar kamu yönetiminin farklı alanları ve bu alanlardaki farklı bilgi türleri ile ilgilidir⁷⁵. Örneğin, sosyal hizmetler idaresinde kişilik halleri ile ilgili bilgiler, bu bilgilerin açığa vurulması birey açısından zarar meydana getirmede müddetçe, gizli değildir⁷⁶. Her somut olayda idare bir belge ya da bilginin erişilebilir kılınmasından önce, bu tip bir çıkarın zarar görme riski ile ilgili bir değerlendirilmede bulunmalıdır⁷⁷. Yasal olarak sır saklama yükümlülüğü altında olan bir kişi, gizli bir olayı ya da belgeyi açıklayacak olursa *ceza kanunu bakımından* gizliliği ihlalden sorumlu olacaktır⁷⁸.

Sonuç olarak, belge resmi nitelikteyse, BÖY’de sayılan çıkarlara aykırı değilse ve Gizlilik Yasası uyarınca “gizli” olarak tasnif edilmemişse, resmi merci gecikmeye neden olmadan söz konusu belgeyi erişilebilir kılmalıdır⁷⁹.

Kendisinden resmi belge talep edilen kamu otoritesinin bu talebi reddetmesi halinde, söz konusu ret kararına karşı idari yargı yoluna başvurmak mümkündür⁸⁰. Gizlilik Yasası tarafından “gizli” olarak tasnif edilmiş bir bilgi ilke olarak ifşa edilemez. Bu yasak, “gizli” olarak nitelendirilmiş bilginin hem sözlü hem de yazılı olarak ifşasını kapsamaktadır.

C. Haber ve Bilgi Kaynaklarının Korunması

BÖY’ün kurumsal düzenlemelerine bakıldığında haber ve bilgi kaynaklarının hukuksal statüsünün iki ayrı kurallar silsilesi ile düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenlemelerden ilki bir önceki başlıkta incelenmiş olan resmi belgelerin kamuya açıklığı ilkesi ile ilgili iken ikincisi basının haber kaynaklarının korunması ile ilgilidir. BÖY’ün ikinci bölümü, “resmi belgelerin kamuya açık niteliği” başlığını, üçüncü bölümü de “Anonim kalma hakkı üzerine” başlığını taşımaktadır. Bu kurallar silsilesi ile getirilen güvence hem haber ve bilgi kaynaklarının ceza bağıışıklığını hem de anonim kalma hakkını içermektedir⁸¹.

⁷⁴ Nergelius, s. 83.

⁷⁵ Marcusson, s. 220.

⁷⁶ Marcusson, s. 220.

⁷⁷ Marcusson, s. 220.

⁷⁸ Marcusson, s. 220.

⁷⁹ Marcusson, s. 219.

⁸⁰ B.Ö.Y. md. 2:15; Nergelius, s. 83.

⁸¹ Isberg, s. 58.

Haber ve bilgi kaynaklarının ceza bağımsızlığı ilkesine ilişkin düzenlemelerdeki esas noktayı, yerel ya da merkezi idareye bağlı bir kamu görevlisinin resmi bir belgeyi yayınlanmak üzere bir gazete veya haber ajansı gibi yayın konusunda yetkin bir alıcıya vermesi oluşturmaktadır⁸². Bu konudaki temel kural bu tip bir belgeyi *yayınlanmak üzere ileten* kamu görevlisinin gizlilik yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesi ile suçlanamamasıdır⁸³.

Yasada bu kuralın bazı istisnaları da düzenlenmektedir. BÖY' de haber kaynağı kişinin yayınlanmak üzere bir açıklama yapması, belge iletilmesi ya da başka şekillerde beyanda bulunması halinde şu üç koşulda sorumlu tutulabileceğini düzenlemektedir.

- İletilen bilgi, vatana ihanet, casusluk veya gizli bilgilerin aktarılması gibi devletin güvenliği aleyhine işlenen bir suç olarak tasnif edilmiş bir konu ile ilgili ise. Bahsedilen son suç, örneğin bir gazetecinin bu tip yaşamsal önemi haiz bir bilgi üzerinde çalışması ve sonrasında bunu yayına hazırlaması durumunda gerçekleşmiş olabilir.
- Eğer bir kişi gizli belgelere ilişkin kuralları, bu belgeleri dağıtmak ya da yayına elverişli hale getirmek suretiyle ihlal etmişse. Gizli bir belgeyi bir gazeteciye kasten veren bir kamu görevlisi bu hükme dayalı olarak cezalandırılabilir.
- Gizlilik yasasında açıkça belirtilmiş sır saklama yükümlülüğünün kasten ihlal edilmiş olması halinde. Ancak bu noktada bu kuralın belgelerin iletilmesini değil, sır olarak saklanması gereken, gizli olgulara ilişkin bilgilerin iletilmesi ile ilgili olduğu belirtilmelidir. Bu nedenle, bu şart bütün gizli bilgileri ve gizli belgeleri kapsamaktadır. Aksine bu düzenleme, haber kaynağının sorumluluğuna gidebilmek için Gizlilik Yasasında gizli bilgiler kategorisinde açıkça sayılan gizli olguların ifşası şartını aramaktadır⁸⁴. Marcusson'a göre, yasada gizli belgelerin açıklanması ile gizli olguların açıklanması arasında neden bu derece mutlak bir ayırım yapıldığını açıklamak oldukça zordur⁸⁵.

Yasa dışı yayımlar ile ilgili hukuksal düzenlemeler o kadar katıdır ki, bu hükümlere dayalı olarak nadiren soruşturma açılmaktadır⁸⁶. Buna ek olarak

⁸² **Isberg**, s. 58.

⁸³ B.Ö.Y. md. 7:3; İ.Ö.T.Y md. 5:3.

⁸⁴ B.Ö.Y. md. 7:3.

⁸⁵ **Marcusson**, s. 223.

⁸⁶ **Nyman**, s. 75.

BÖY, resmi belgelerin kamuya açıklığı ilkesini düzenleyen kuralların ihlalden doğan suçların olağan ceza kanunu uyarınca da cezalandırılabilir nitelikte olması şartını aramaktadır (çifte cezalandırılabilirlik ilkesi)⁸⁷.

BÖY’de, ceza kanununda da yer alan vatana ihanet, devrime veya ayaklanmaya teşvik, iftira veya hakaret gibi yasadışı beyanlara ilişkin ayrıntılı tanımlar bulunmaktadır⁸⁸. Yasadışı yayınlar, yani Gizlilik Kanunu ve Ceza Kanunu uyarınca gizli bir belgenin veya gizli bir olgunun sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişi tarafından yayımlanması ile ilgili olarak da, BÖY geniş ölçüde söz konusu diğer yasalara atıfta bulunmaktadır⁸⁹.

Haber ve bilgi kaynağı olan kişiler iki farklı başlık altında toplanabilir; bunlardan ilki, geleneksel anlamda haber ve bilgi sağlayan kişidir. Bu kişi, gizli bir haber ya da bilgiyi bir şekilde ele geçirmiş ve bu haber veya bilgiyi yayıncıya satan ya da veren kişidir. Diğer başlık kapsamına giren kişiler basılı materyalle çalışan, gazeteci, yazar ya da bir yayın kuruluşunun diğer çalışanlarıdır⁹⁰. Bu kişiler BÖY kapsamındaki kurallar çerçevesinde cezalandırılabilir kişiler değildirler⁹¹.

Haber veya bilgi kaynağı kişinin ceza bağışıklığı, bu kişinin BÖY’de sınırlı sayıda sayılmış olan istisnai haller dışında cezadan, disiplin yaptırımlarından ve diğer baskıcı uygulamalardan bağışıklığını ifade eder. Örneğin, bir kamu görevlisinin, BÖY’de tanımlanmış bir suç teşkil etmediği müddetçe, çalıştığı kurumun itibarına zarar verici nitelikte bir bilgiyi açıklamış olması nedeniyle herhangi bir cezaya çarptırılması mümkün değildir⁹². Haber veya bilgi kaynağı kişinin bu bağışıklığının şartı, *haber ya da bilginin yayımlanmak üzere işa edilmiş olmasıdır*⁹³. Bu bağışıklık, kamu otoriteleri ile ilişki halinde olan tüm haber kaynağı kişilere sağlanmış bir bağışıklıktır.

BÖY, bazı açılardan haber ve bilgi kaynağı olan kişinin korunması ilkesi kapsamında bilgi sağlayan kişinin gizli kalma hakkı ve kimliğinin korunması hakkını da güvence altına almaktadır. Anonim kalma hakkı olarak da adlandırılacak bu güvenceye göre, süreli olmayan yayınlarda yazarlar, haber kaynakları ve yayıncılar isimlerini veya rumuzlarını vermek

⁸⁷ **Marcusson**, s. 221.

⁸⁸ B.Ö.Y. md. 7:4.

⁸⁹ **Marcusson**, s. 221; **Nyman**, s. 75.

⁹⁰ **Marcusson**, s. 221.

⁹¹ **Marcusson**, s. 221.

⁹² **Marcusson**, s. 222.

⁹³ B.Ö.Y. md. 1:1/3; md. 7:3.

ya da yayınlanan yazıyı paraflamakla yükümlü değildirler⁹⁴. Bu kişiler kimliklerini ifşa etmekte ya da bilinmez kalmakta serbesttirler⁹⁵. Eğer kimliklerinin gizli kalmasını tercih ederlerse, bu gizlilik tercihleri yasanın ilgili hükümlerince güvence altına alınmıştır⁹⁶. İlke olarak basılı eserlerde ya da İÖTY kapsamında güvence altına alınmış olan yayınlarda anonim kalmak isteyen yazar ya da haber kaynağının isminin ifşa edilmesi suç olarak düzenlenmiştir⁹⁷. Bu nedenle anonim kalma hakkı, gazetecilerin ve editörlerin haber ve bilgi kaynakları konusunda sır saklama yükümlülüğü ile de güvence altına alınmıştır⁹⁸. Bu yükümlülük, özellikle belirtilmiş istisnalar hariç, bir gazetecinin bir mahkemede tanık olarak dinlenecek olması halinde dahi geçerlidir. Gazetecilerin ve editörlerin haber veya bilgi kaynağının kimliğini saklama yükümlülüğünün istisnaları şunlardır;

- Haber veya bilgi kaynağı kişinin kimliğinin açıklanmasına rızası varsa,
- Kişinin kimliği sorunu süreli olmayan bir yayında yazar ya da editörün kimliği isminden ya da herkesçe belli bir kişi tarafından kullanıldığı bilinen bir rumuzundan ya da takma adından tespit edilebiliyorsa ya da şahıs yazılı beyanıyla yazar veya editörün kendisi olduğunu bildirmişse veya görülmekte olan bir davada mahkeme önünde kendi rızasıyla bu tip bir açıklamada bulunmuşsa,
- Eğer konu vatana ihanet, casusluk, gizli bilgi kaçakçılığı suçları ile ilgili ise,
- Gizli belgelere ilişkin kuralların, bu belgeleri dağıtmak ya da yayına elverişli hale getirmek suretiyle ihlal edilmesi veya gizlilik yasasında açıkça belirtilmiş sır saklama yükümlülüğünün kasten ihlal edilmiş olması suçları ile ilgili davalarda mahkemenin delil elde etmek için gerekli görmesi halinde,
- Herhangi bir davada mahkemenin, bir tanık veya taraflardan birisince yemin altında verilmiş bir bilginin kamusal veya özel bir çıkar bakımından özel bir öneme sahip olduğunu düşünmesi halinde, haber ya da bilgi kaynağı kişinin kimliğini saklama yükümlülüğü kaldırılabilir⁹⁹.

⁹⁴ B.Ö.Y. md. 3:1.

⁹⁵ Nyman, s. 76.

⁹⁶ B.Ö.Y.md. 3:2.

⁹⁷ B.Ö.Y. md. 3:5.

⁹⁸ Marcusson, s. 224.

⁹⁹ B.Ö.Y. md. 3:3; İ.Ö.T.Y. md. 2:3.

Haber ya da bilgi kaynağı kişiye sağlanan güvencenin diğer bölümünü de kamu otoritelerinin bu kişinin kimliği hakkında araştırma yapmasının yasaklanması oluşturmaktadır¹⁰⁰. Ancak haber kaynağı kişinin vatana ihanet, casusluk, gizli bilgi kaçakçılığı, erişim serbestisi kapsamına girmeyen resmi belgenin ihmalen ifşası ya da Gizlilik Yasasında açıkça belirtilmiş sır saklama yükümlülüğünün kasten ihlali suçları nedeniyle şüpheli olması haline bu güvence uygulanmamaktadır¹⁰¹. Buna ek olarak kamu otoriteleri basın özgürlüğünü kullanan ya da kullanımını kolaylaştıran kişilere karşı yasal takip de başlatamaz¹⁰².

D. Sorumluluk Kuralları ve Yargılama Usulü

BÖY, bu yasa uyarınca yapılacak olan yargılama faaliyetinde yargılama makamlarına uyarı niteliğinde bir hükme yer vermektedir. Bu düzenlemeye göre, basın özgürlüğünün kötüye kullanımı ile ilgili yargılama yapmakla ya da başka bir şekilde bu yasaya uygunluğu denetlemekle yetkili kılınmış kişiler, basın özgürlüğünün özgür bir toplumun temeli olduğunu akılda tutmalı ve dikkatlerini düşüncenin ifade ediliş şeklinin yasadışılığından ziyade, düşüncenin kendisine vermeli, sunum şeklinden çok, sunumun yöneldiği amaca bakmalıdırlar. Bu değerlendirme sürecinde duraksama yaşayacak olurlarsa mahkumiyet kararı yerine beraat kararı vermelidirler¹⁰³.

Hem BÖY’de hem İÖTY’de getirilen hukuksal güvence, kamu otoritelerinin bu iki yasada belirtilen haller dışında ifade özgürlüğünün kötüye kullanımına müdahale etmekten men edilmiş olmaları anlamına gelmektedir. Buna ek olarak kamu otoriteleri, yine bu iki yasada belirtilen haller dışında ifade özgürlüğünün bu tip kötüye kullanımlarına iştirak etmekten de men edilmişlerdir¹⁰⁴. Buna göre, hiç kimse, BÖY’de ve İÖTY’de açıkça belirtilen haller dışında, basın özgürlüğünü kötüye kullandığı ya da buna iştirak ettiği gerekçesi ile ceza kanunu kapsamında sorumlu tutulamayacağı gibi, bir yayının nedeniyle meydana gelen zararların tazmini ile de yükümlendirilemez¹⁰⁵. Buna bağlı olarak yine bu yasalarda belirtilen haller dışında yayınlara el konulması ya da müsadere edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle BÖY ve İÖTY, medya alanına uygulanabilen münhasır yasalardır¹⁰⁶. Yani

¹⁰⁰ B.Ö.Y. md. 3:4.

¹⁰¹ **Marcusson**, s. 224.

¹⁰² B.Ö.Y. md. 3:4.

¹⁰³ B.Ö.Y. md. 1:4; İ.Ö.T.Y. md. 1:5.

¹⁰⁴ B.Ö.Y. md. 1:3; İ.Ö.T.Y. md. 1:4.

¹⁰⁵ **Ragnemalm**, s. 41; B.Ö.Y. md. 1:3; İ.Ö.T.Y. md. 1:4.

¹⁰⁶ **Holberg/Stjernquist/Isberg**, s. 55; **Isberg**, s. 57.

bu yasalar ceza ve ceza usul hukukunda özel kanun (lex specialis) niteliğindedir. Basın özgürlüğünün kötüye kullanılması ile ilgili ceza ya da diğer yaptırımlar, söz konusu fiil BÖY hükümleri kapsamında basın özgürlüğünün bir ihlali olarak cezalandırılabilir nitelikte olması halinde uygulanabilir¹⁰⁷. Bu durum, her iki yasada da belirtildiği gibi, İsveç Parlamentosunun basın özgürlüğünü ve ifade özgürlüğünü kabul edeceği olağan yasalar ile sınırlandıramayacağı anlamına gelir¹⁰⁸.

Bununla birlikte uygulamada basın özgürlüğünün ihlali ile basılı eser kullanmak suretiyle işlenen suç arasında bir sınır çizilmiştir. Bu anlamda örneğin yanıltıcı ya da sahte reklamlar basın özgürlüğünün ihlali olarak görülmemekte dolayısıyla BÖY kapsamında değil, Ticaret Kanunu kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁹. Buna ek olarak BÖY, getirdiği açık düzenlemeler ile telif hakları ihlalleri, alkol ve tütün reklamı yasağı ile bireylerin kredi bilgilerinin yayınlanması yasağı ile ilgili olarak da bir dizi istisna öngörmektedir¹¹⁰. Çocuk pornografisi üzerine yapılan uzun tartışmalar, pubertal gelişimini tamamlamamış veya on sekiz yaşın altındaki kişilerin pornografik görüntülerinin BÖY kapsamına girmediği yönündeki hükmün kabul edilmesi ile sonuçlanmıştır¹¹¹. Bu bağlamda çocuk pornografisi sadece ceza kanunu kapsamında düzenlenen bir suç niteliğindedir. İsveç ceza kanununa göre, bu tip görüntüleri elde bulundurmak ve yayınlamak suç olarak düzenlenmiştir¹¹².

BÖY’de ve İÖTY’de getirilen sorumluluk sistemi, basın ve ifade özgürlüğünün ihlalinden mutlaka bir kişinin sorumlu tutulması ilkesine dayanmaktadır¹¹³. Tek sorumluluk ilkesinin zorunlu bir sonucu da sorumlu kişinin yayınlanan eserin içeriğinden haberdar olmadığını ya da yayınlamasına onay vermediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamasıdır¹¹⁴. Temel yasalar bu sorunu aksi kanıtlanamayan bir varsayım aracılığı ile çözmektedir¹¹⁵. Buna göre sorumlu kişinin, yayının içeriğinden haberdar olduğu ve yayınlamasına onay verdiği varsayılır¹¹⁶. Kişisel sorumluluk ilkesi İsveç

¹⁰⁷ Nyman, s. 75; Isberg, s. 57.

¹⁰⁸ Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 55; Isberg, s. 57.

¹⁰⁹ Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 55; Isberg, s. 57.

¹¹⁰ B.Ö.Y. md. 1:8, md. 1:9; İ.Ö.T.Y. md. 1:12.

¹¹¹ B.Ö.Y. md. 1:10; İ.Ö.T.Y. md. 1:13.

¹¹² Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 55; Isberg, s. 57.

¹¹³ Ragnemalm, s.41; Nergelius, s. 84.

¹¹⁴ Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 59; Isberg, s. 61.

¹¹⁵ Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 59; Isberg, s. 61.

¹¹⁶ B.Ö.Y. md. 8:12 ve İ.Ö.T.Y md. 6:4.

Basın Özgürlüğü Yasasının en temel ve en eski ilkelerinden birisidir. Bu ilke, birden fazla yazarın yazılarının yer aldığı süreli yayınlarda ve gazetelerde özellikle önemlidir. Bu ilkeye göre yayının sorumlu editörü olarak kaydedilen bir kişi, yayına yöneltilen bütün iddia ve suçlamalardan sorumludur. Yazarlar, basım evinde çalışan teknik ekip, yazar kadrosu dışındaki yazarlar ve haber ve bilgi kaynakları gibi diğer kişilerin hukuksal sorumlulukları bulunmamaktadır ve bu nedenle isimsiz yayın yapma imkanına sahiptirler¹¹⁷.

Kural olarak basın özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün ihlallerine karşı sadece adalet bakanı yasal bir takip başlatabilir¹¹⁸. Adalet bakanı, şiddet içerikli görüntülerin yayınlanması, belli bir topluluğa yönelik kışkırtma ve teknik kayıt araçları ile işlenen belli bazı suçlara yönelik yasal takip yetkisini bir savcıya devredebilir¹¹⁹. Hakaretamiz ve aşağılayıcı dil ve davranış suçu şahsi dava kategorisine girmektedir¹²⁰. Adalet Bakanı bu tip fiillere karşı ancak şikayet halinde yasal süreci başlatabilir. Yargılama süreci basın ve ifade özgürlüğünün kamu çıkarı bakımından taşıdığı önem gerekçesi ile özel bir usul izlenerek yürütülür¹²¹. Dava üç yargıçtan ve hukukçu olmayan dokuz üyeli bir jüriden oluşan mahkeme tarafından görülür¹²². İsveç genelinde bu tip bir davaya bakmakla yetkili yirmi beş bölge mahkemesi bulunmaktadır. Bu usul, İsveç yargı sistemi içinde jürili yargılamanın tek örneğidir¹²³. Jüri sadece suçun işlenip işlenmediğinin tespitini yapar. Cezayı tayin etmek ve suç nedeniyle ortaya çıkan zararın tazminini belirleme yetkisi mahkemeye aittir¹²⁴. Yapılan yargılama sonunda jüri sanığı suçsuz bulursa, yargılama sona erer ve beraat kararı kesinleşir. Jürinin beraat kararı, hakimlerce değiştirilemez. Bu durumda bir temyiz yolu da bulunmamaktadır¹²⁵. Jüri, en az altı üyesinin bu yöndeki oyu ile sanığın suçlu olduğuna da karar verebilir. Eğer jüri sanığın aleyhine karar verirse, mahkeme, önüne gelen davada beraat kararı vermekte ya da sanığa jüriye göre daha fazla hoşgörü göster-

¹¹⁷ Ragnemalm, s. 41.

¹¹⁸ B.Ö.Y. md. 9:2; İ.Ö.T.Y md. 7:1; Ragnemalm, s. 42.

¹¹⁹ Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 59; Isberg, s. 61.

¹²⁰ Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 59; Isberg, s. 61.

¹²¹ Marcusson, s. 221; Nyman, s. 75; Nergelius, s. 84.

¹²² Ragnemalm, s. 42; Nyman, s. 75.

¹²³ Nyman, s. 75; Nergelius, s. 84; Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 59; Isberg, s. 61; Ragnemalm, s.42.

¹²⁴ Marcusson, s. 221; Nergelius, s. 84.

¹²⁵ Nergelius, s. 84.

mekte serbesttir¹²⁶. Yani mahkeme jürinin verdiği karardan daha ağır bir karar veremez ancak daha azına karar verebilir. Verilen mahkumiyet kararına karşı temyiz başvurusu yapılabilir. Bununla birlikte temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesi kadar geniş bir serbestiye sahip değildir ve jürinin mahkumiyet kararını iptal edemez. İsveç yargı sisteminde bu tip davalarda jüri neredeyse hiçbir zaman sanığı suçlu bulmamıştır¹²⁷.

SONUÇ

İsveç devletinin ve toplumunun basın ve ifade özgürlüğüne atfettiği değer ilk olarak bu özgürlüklere güvence sağlayan kurumsal düzenlemelerin yapısında ve düzeyinde kendisini göstermektedir. İlk olarak bu özgürlükler, alışlageldiği gibi anayasa olarak nitelenen tek hukuk metninin içinde bir bölüm ya da madde düzeyinde değil, tarihsel nedenlerden dolayı anayasal statüye sahip ayrı hukuk metinlerinde güvence altına alınmıştır. Buna ek olarak, İsveç toplumu, yazılı basın ile görsel ve işitsel basın arasında bir ayrım yapacak ve ifade özgürlüğünü her iki medya alanında ayrı ayrı düzenleyecek kadar da hassas davranmıştır.

Bu özgürlüklere atfedilen değer, her iki hukuksal düzenlemenin içeriğine bakıldığında da gözlemlenebilmektedir. Düzenlemeler, birkaç yönü ile yabancı bir gözlemci için dikkat çekici özellikler taşımaktadır. Bunlardan ilki mutlak sansür yasağına ilişkin düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, İsveç yurttaşları yayın öncesinde, her hangi bir otoritenin ya da başkaca bir kamu kurumunun müdahalesine maruz kalmamaktadır. Basın özgürlüğüne sağlanan güvence bunun da ötesine geçerek, kamu otoritelerinin yayın nedeniyle idari yaptırım uygulamasını da yasaklamaktadır. Bu bağlamda bir kişi herhangi bir yayın nedeniyle yayının içeriğine dayalı olarak yalnızca bir mahkeme önünde itham edilebilir ve kamu düzeninin korunması gerekçesi ile bilginin toplumdan gizli tutulmasına olanak sağlayan özel bir yasa hükmüne dayalı olarak cezalandırılabilir. BÖY ve İÖTY'nın düzenlemeleri, basın ve ifade özgürlüğü ile ilgili konularda tek muhatap olarak yargı kurumunu işaret etmekte, siyasi iktidar ile olan organik bağı nedeniyle idari merciler devre dışı bırakılmaktadır.

Demokrasinin en temel unsuru olan düşünce özgürlüğü, kişilerin toplum ve kamu yaşamı ile ilgili konularda bilgi edinebilmesini, bu konulardaki görüşlerini açığa vurabilmesini ve bütün bunlar için de tartışma yöntem ve

¹²⁶ Holberg/Stjernquist/Isberg, s. 59; Isberg, s. 61.

¹²⁷ Marcusson, s. 221.

araçlarının kendilerine sağlanmasını gerektirir. İsveç'te demokratik siyasal sistemin işleyebilmesi için duyulan bu temel ihtiyacı karşılamak adına BÖY ve İÖTY' de bazı kurumlar ihdas edilmiştir. Bu kurumlardan en önemlisi ve sui generis olanı resmi belgelerin kamuya açıklığı ilkesidir. Bu ilkeye göre her İsveç vatandaşı- gizli olarak tasnif edilmemiş olmak kaydıyla- bütün resmi belgeleri inceleme ve bir örneğini talep etme hakkına sahiptir. İsveç'te resmi belgelerin kamuya açıklığı ilkesi yaşayan bir demokrasi ve serbest siyaset için temel bir ön koşul olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, İsveç'in, uygulanan şeffaf yönetim nedeni ile istisnai bir yer işgal ettiği söylenebilir.

Demokratik siyasal sistemin sağlıklı işlemesine hizmet eden bir diğer kurum ceza bağışıklığı ve anonim kalma hakkına ilişkin düzenlemelerdir. Bu düzenleme, yayınlanması amacıyla yazılı formdaki bir bilgiyi edinen ya da bir yazara ya da yayıncıya bu tip bir belgeyi sağlayan kişilere çeşitli hukuki yaptırımlara karşı güvence sağlamaktadır. Haber ve bilgi kaynağı olan kişilerin hakları, özellikle de kimliğinin gizli kalması hakkına sağlanan güçlü güvence, son derece önemlidir. Bu güvence nedeniyle ortaya çıkan çıkar çatışmaları arasındaki dengenin bilginin serbest dolaşımı lehine bozulduğu rahatlıkla söylenebilir. BÖY ve İÖTY'ye dayalı olarak açılan davalarda uygulanan ve terazinin kefesinin sanık lehine ağır bastığı özel yargılama usulü de, getirilen güvencenin uygulamada da perçinlenmesini sağlamaktadır. Bununla birlikte hukuksal bir bakış açısı ile ele alındığında madalyonun diğer yüzünü de göz önünde bulundurma zorunluluğu vardır. Gerek hukuksal düzenlemelerde gerekse uygulamada basın ve ifade özgürlüğünün İsveç'te son derece etkili bir hukuksal güvenceye sahip olduğu söylenebilir. Ancak bu düzenlemelerin, aynı şiddetle korunmayı hak eden diğer hukuksal değerleri- örnekte özel yaşamın gizliliği, şöhretin korunması gibi- basın ve ifade özgürlüğüne kurban edilip edilmediği de sorgulanabilir. BÖY ve İÖTY'na dayalı olarak görülmekte olan davalarda mahkemelerin mahkumiyet kararı vermekte gösterdiği cimrilik özel yaşamı ihlal edilen, iftiraya uğrayan kişilerin yasal sınırları aşan basına karşı bir dava açmaktan alıko-yacak niteliktedir.

KAYNAKÇA

- Eek**, Hilding: “Protection of News Sources by The Constitution”: Scandinavian Studies in Law, Vol.5 (1961).
- Ekiz**, Serkan: “İsveç Anayasası Üzerine Notlar”, DEÜHFD, C. 20, S.1, İzmir, 2018.
- Goldberg**, David: “From Sweden to the Global Stage: FOI as European Human Rights?”: Journal of International Media and Entertainment Law, Vol.7, No.1 (2017).
- Holberg**, Erik/**Stjernquist**, Nils/**Isberg**, Magnus: The Constitution of Sweden, The Fundamental Laws and The Riksdag Act, (Translated by Ray Bradfield), Published by Sveriges Riksdag, Stockholm, 2007.
- Isberg**, Magnus: The Constitution of Sweden, Fundamental Laws and The Riksdag Act, Sveriges Riksdag, Stockholm, 2016.
- Marcusson**, Lena: “Freedom of the Press. Rights and Protection of Informants to the Press.”: Modern Legal Issues, An Anglo-Swedish Perspective, Vth Uppsala-King’s Collage London Colloquium, Uppsala, Sept. 1991, Ulf Göranson(ed.), Iustus Förlag, Göteborg, 1993.
- Nergelius**, Joakim: “Constitutional Law”: Swedish Law in the New Millenium, Michael Bogdan(ed.), Norstedts Juridik, Stockholm, 2000.
- Nyman**, Olle: “Some Basic Features of Swedish Constitutional Law”: An Introduction to Swedish Law, Stig Strömholm (ed.), Institutet För Rattsvetenskaplig Forskning, CVIII, 2nd Edition, Norstedts.
- Ragnemalm**, Hans: Administrative Justice In Sweden, Jurisförlaget, Stockholm, 1991.
- Sterzel**, Fredrik: “General Public Law”: Swedish Law, A Survey, Juristförlaget, Stockholm, 1994.

ANAYASAL DEMOKRASİLERDE ŞEFFAFLIĞI SAĞLAMANNIN BİR YOLU OLARAK PARANIN DENETİMİ VE YÖNETİMİ

*Dr. Öğr. Üyesi Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ**

Öz

Hukuk devletinde demokrasi birçok temel ilke ile tarif edilmektedir. Ancak siyasi iktidarın ekonomik iktidarla iç içe geçtiği günümüz demokrasilerini tanımlamak güçleşmektedir. Anayasal demokrasilerde şeffaflığı sağlamanın en önemli unsuru artık paranın denetimi ve yönetimini sağlayabilmektir. Bunu sağlamanın yolu ise siyasi partilerin mali denetimini sağlamak ve demokrasinin ilkelerini tekrar değerlendirmek ile mümkün olacaktır.

Anahtar Kelimeler

Demokrasi, Siyasi Partiler, Anayasa, Şeffaflık, Siyasi Partilerin Mali Denetimi, Siyasi Yozlaşma

THE SUPERVISION AND MANAGEMENT OF THE MONEY AS A WAY OF ENSURING TRANSPARENCY IN CONSTITUTIONAL DEMOCRACIES

Abstract

In the rule of law, democracy is described by numerous basic principles. However, it is difficult to define today's democracies, where political power is intertwined with economic power. The most important element of ensuring transparency in constitutional democracies is to provide supervision and

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: safakevran@yahoo.com) (Makalenin Geliş Tarihi: 25.04.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 02.05.2018-10.05.2018/Makale Kabul Tarihleri: 06.07.2018-21.06.2018)

management of the money. The way to achieve this is to ensure financial control of political parties and reevaluate the principles of democracy.

Keywords

Democracy, Political Parties, Constitution, Transparency, Financial Control of Political Parties, Political Corruption

GİRİŞ

Şeffaflık, son yıllarda olabildiğince her başlık bağlamında ele alınmaya çalışılan bir konu haline gelmeye devam ediyor. Anayasal demokrasilerde şeffaflık denilince de sıralanan başlıklardan ilki, seçim kampanyalarının ve siyasi partilerin finans kaynaklarının denetimi oluyor. Çünkü temsili demokrasilerin temelini seçimler ve siyasi partiler oluşturuyorsa ve şeffaflık, hesap verilebilirliği ve denetlenebilirliği içeriyorsa, bu kesişim noktasında demokrasi ve para ilişkisini ele almak gerekiyor. Bu nedenle makalede anayasal demokrasilerde şeffaflığın sağlanmasının önündeki engeller değerlendirilmeye çalışılacak ve siyasetin finans kaynaklarının denetiminin demokrasi içindeki anlamı ele alınacaktır.

Ampirik demokrasinin ana hattını belirleyen anayasal devletin ilkeleri olmalıdır. Ancak verili anayasal düzen dışında, tesadüfen sorumluluk mekanizmalarının işletilmesi durumunda demokratik süreçler felce uğramaktadır. Ackerman'ın da belirttiği üzere, demokratik seçimlere eşlik eden vatandaşlık haklarının ve ifade hürriyetinin varlığı, şeffaf ve açık yönetimin gerçekleşmesini sağlar. "Politikacıların tekrar seçilmesi için kendi açgözlülüklerini sınırlamaları gerekir ancak bu hesap verilebilir ve sorumluluk mekanizmasının işletildiği bir yapıda mümkündür. Demokratik olmayan yapılarda ise yöneticilerin inisiyatifleri kötüye kullandıkları görülmektedir çünkü yönetirken çok az denge ve fren mekanizmasından yararlanmaktadırlar¹." Bu bağlamda siyasi partilerin finansmanının denetlenebilirliği ve şeffaflığına dair konuştuğumuz her şey, demokrasinin işlerliğine dair temel noktalara da odaklanmış olacaktır.

Bu bağlamda demokrasinin temel ilkeleri ışığında demokrasinin "niteliği" hakkında bir değerlendirmede bulunup demokrasilerde politik yozlaşmanın ne anlama geldiğini ortaya koyabilmek adına ekonomik gücün demokrasi ile olan ilişkisi ele alınmaya çalışılacaktır. Sonrasında siyasi partilerin gelir kaynaklarının özellikle bağışların içeriği, denetimi ve Türkiye'de mali denetimin kapsamı ve bu konuda yaşanan sorunlara odaklanılmaya çalışılacak ve demokrasinin muhafazası üzerine değerlendirmelere yer verilecektir.

¹ Rose-Ackerman, s. 363.

I. DEMOKRASİNİN TEMEL İLKELERİ VE DEMOKRASİNİN “İYİLİĞİ” ÜZERİNE

Klasik demokrasilerde toplumsal sınıflar arasında çıkar çatışmaları yaşanabilmekte ve buna dair çözümlerin ve uzlaştırma yöntemlerinin geliştirildiği görülmektedir². Demokrasiyi bir karar alma yöntem ve teknikleri bütünü olarak tanımlarsak bu yönüyle bir araç; demokrasiyi iyi bir toplumu belli ilke ve değerler etrafında var etme ve yaşatma sureci olarak ele alırsak bu yönüyle de bir amaç olarak karşımıza çıkmaktadır³. Aslında demokrasi bir yönüyle çatışmaların ürünüdür ve bu çatışmaların sonuçlarının ne olacağını çatışan aktörlerin bilebilmesi mümkün değildir. “Demokrasi herkesin kendisi için en iyi olduğunu düşündüğü şeyleri yapması, sonra zararını atıp nasıl bir sonucun ortaya çıktığını beklemesi türünden bir sisteme benzemektedir⁴.” Ancak bu yine de demokraside her şeyin mümkün olduğu ve hiçbir şeyin tahmin edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Aktörler kazanmanın ve kaybetmenin kendileri için ne anlama geldiğini, kazanma ve kaybetme ihtimallerinin ne olduğunu bilirler. Sadece kazanıp kazanmayacaklarını bilmezler. Bu nedenle demokrasi, “kurallara bağlı belirsizlik ya da örgütlenmiş belirsizlik” diye nitelendirilebilir⁵.

Görüldüğü üzere bir “örgütlenmiş belirsizlik” biçimi olan demokraside, birden fazla ihtimal ve aktör söz konusudur ancak demokrasinin zemini bellidir. Zeminin inşası ise belli başlı niteliklerin varlığı ile mümkün kılınabilir. Bu nitelikler; yöneticilerin seçimle belirlenmesi, seçimlerin belirli aralıklarla yapılması, seçimlere birden fazla partinin katılması, seçimlerin ve halkoylamasının belirli ilkeler çerçevesinde yapılması, iktidarın belirli sürelerle seçimle değişebilmesi, devlet organlarının yetkilerini anayasaya uygun kullanması, temel hak ve özgürlüklerin korunması şeklinde sıralanmaktadır⁶. Demokrasi zeminini görünür kılabilmek “belirli” ilke, süre ve denetim mekanizmalarının hukuk devletindeki tüm güvenceler çerçevesince seferber

² Medyan demokraside, referandum ve seçimler yoluyla ortalama seçmen güçlenmektedir ve kazanan her şeyi elde etmektedir. Pazarlık/uzlaşma demokrasisinde ise orantılı temsil dengesi içinde kapsayıcı bir yönetimle ve yasa koyucular tarafından hayata geçirilmektedir. Ayrım hakkında bkz. **Cooter**, s. 3.

³ Bir “araç” ve bir “amaç” olarak demokrasinin anlamı üzerine bkz. **Dikmen Caniklioğlu**, s. 69-74.

⁴ **Przeworski**, s. 11.

⁵ **Przeworski**, s. 12.

⁶ **Özbudun**, s. 89-109; **Demir**, s. 70; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 8; **Gözler**, s. 200-202. Crick’e göre modern demokrasinin koşulları hakkında bkz. **Crick**, s. 132-138; **Powell**, s. 4-5.

edilmesiyle mümkündür. Demokrasi zemininin varlığına işaret eden bu göstergeler, ilk anda siyasi partilerin/adayların seçimde başarılı⁷ olması gibi sonuçlara ulaştırırsa da aslında demokrasi siyasi partilerin/adayların seçim kaybettiği bir sistem olarak da tanımlanabilir⁸. Çünkü demokrasi benzer siyasi aktörlerin sürekliliğinin değil değişiminin de garantisidir.

Demokrasi, seçimleri kazanmak anlamına gelmediği gibi vatandaşların sürekli siyaset yapımına katılımını sağlamak ve demokratik katılımı bununla sınırlı tutmak da değildir⁹. Demokrasi göstergeleri arasında gelişigüzel bir seçki yapmak, belirli ilkelere öncelik verip diğerlerini saklı tutmak veya görmezden gelmek demokrasiyi tahribata uğratmaktadır. İşte bu nedenle demokrasi bazen fazlasıyla yüceltilen bazen de kötülüklerin atfedildiği yozlaşmış bir kavram olarak düşünülebilmektedir. “Demokrasi yerine daha iyi bir kelime bulsak, isterim tabii ama hangisi daha iyi ki? Eşitlikçilik mi? Aynı şey değil. “Demokrasi”, eşitsizliğin bağrındaki eşitliktir. Kirlenmemiş bir kelime var mı?¹⁰” Demokrasi kavramına ikame edilebilecek kavramlar üzerine politik teorisyenler farklı modeller ortaya koymaya çalışmaktadır. Ancak ilginç olan demokrasinin ilk andaki çağrışımının olumlu temennileri barındırmasıdır ve her ülkede toplumun belirgin bir çoğunluğunun demokrasiyi “iyi” veya “çok iyi” şekilde tanımlamasıdır¹¹. Demokrasinin haklılaştırılması yani demokrasinin içerdiği değerler bakımından üstün tutulması ahlaki veya rasyonel temellendirme çabası olarak karşımıza çıkmaktadır¹². Birçok kişi için demokrasi, daha kapsamlı öğeleri içermelidir. Bu öğelerin çoğu, ideal tanımları içermektedir ancak “bulanık normlardan yararlı tahliller çıkarabilmek de her zaman mümkün değildir¹³”. Crick’e göre demokrasiyi

⁷ “Demokratik süreçlerin ürettiği sonuçlar da belirsizdir, sonuçları “halk” yani kendi çıkar ve değerlerini gerçekleştirmeye çalışan siyasal güçler belirler. Saddam Hüseyin’in devrilmesinin ardından Amerikan Savunma Bakanı, Iraklılara özgürlük getirdik, ama özgürlük aynı zamanda yanlış yapma özgürlüğü anlamına da gelir, demişti. Bu açıklama, yalnızca duruma ilişkin bir şaka değildir. (...) Demokrasi halkın kendi kendisini yönettiği rüya gibi bir yönetim biçimi olmadığı için tatmin edilmeyi aç gözle bekleyen tutkuların düzensizliği de olduğu için bir süper gücün silahlarıyla dışarıdan getirilebilir ve hatta getirilmesi zorunludur. Süper güçten anlaşılması gereken sadece orantısız askeri güce sahip devlet değil daha genel olarak demokratik düzensizliğin üstesinden gelebilecek güçtür.” **Ranciere**, s. 12.

⁸ **Przeworski**, s. 12.

⁹ **Powell**, s. 4.

¹⁰ **Ranciere**, s. 83.

¹¹ Dünya Değerler Araştırmasından hareketle demokrasi anlayışına ilişkin değerlendirme için bkz. **Uygun**, s. 280.

¹² **Uygun**, s. 283.

¹³ **Huntington**, s. 7.

genelde iyi siyasi yönetimle ya da siyasi adaletle özdeş tanımlıyoruz ancak demokrasi aslında değer verdiğimiz ya da değerli olduğunu varsaydığımız bir şey için kullanılmaktadır¹⁴. Bir anlamda demokrasiye dair dile getirdiklerimizin toplamının, normatif demokrasinin çağrıştırdıkları üzerine kurulu olduğunu söylemek mümkündür.

Bu noktada demokrasiye atfedilen olumsuzlukları ve belirsizlikleri sıralamak gerekmektedir. Demokrasilere atfedilen olumsuzlukların temelinde oligarkların doymak bilmez iştahları olduğu belirtilir. Ranciere'e göre demokrasi aracılığıyla devlet oligarşisiyle ekonomik oligarşi yakın bir ittifak içinde kamusal meseleleri kendi tekelleri altına almak istemektedir¹⁵. Ayrıca demokratik yollarla seçilen siyasi liderler, her zaman gerçek iktidarı kullanamayabilmektedir. Eğer demokratik şekilde seçilmiş karar organları, demokratik olmayan şekilde seçilmiş çok daha büyük iktidarın kullanılmasında göstermelik bir unsur ise o siyasi sistemin demokratik olmadığı açıktır¹⁶. Yine seçimlerden çıkan hükümetler, beceriksiz veya sorumsuz olabilirler. Özel çıkarların peşinde kamu iyiliğini gerektiren politikalar göz ardı edilebilir¹⁷. Ranciere'e göre demokratik yaşam kamu işlerinin tartışılmasında halkın geniş kesiminin katılımı anlamına gelecektir ve bu potansiyel, bireysel tatmine yol açan toplumsal yaşam biçimini ortaya çıkarabilecektir. İyi demokrasi, demokratik yaşama içkin olan çifte aşırılığı yani bireysel geri çekilme aşırılığını ve kolektif etkinlik aşırılığını denetim altına alabilme becerisine sahip olan bir toplumsal yaşam ve yönetim biçimi olmalıdır¹⁸. Bu anlamda aşırılıkların kontrolünü ve dizginlenmesini sağlayacak mekanizmaların inşasını da demokrasinin amaçları içinde değerlendirebilmek gerekir.

II. EKONOMİK GÜÇ İLE BİÇİMLENEN DEMOKRASİ VE POLİTİK YOZLAŞMA

Ekonomik büyüme yoluyla sermaye sahipleri daha fazla sermaye edinmekte ve servet, elit bir tabaka elinde kümelenmektedir; bu durum elbette demokrasiyi de biçimlendirmektedir. Sermaye, siyasi denetim alanlarına

¹⁴ **Crick**, s. 129.

¹⁵ **Ranciere**, s. 81.

¹⁶ **Huntington**, s. 8.

¹⁷ Huntington'a göre bu tür nitelikler, hükümetleri demokrasiye aykırı kılmaz. Çünkü demokrasi tek kamusal erdem değildir. **Huntington**, s. 7.

¹⁸ **Ranciere**, *Demokrasi Nefreti*, s. 15. "İyi demokratik yönetim, demokratik yaşam olarak adlandırılan şerri denetim altında tutma tutabilme becerisine sahip olandır. (...) Demokratik yönetiminin krizine yol açan şey, demokratik yaşamın yoğunluğundan başka bir şey değildir" **Ranciere**, *Demokrasi Nefreti*, s. 13.

girmeye devam etmektedir. Bu durum demokrasi, kamu düzeni ve kapitalizm dengesinde bir kayma meydana getirmektedir¹⁹. Paranın gücü, siyaset alanını adil demokratik mücadeleyi aşındıracak şekilde ihlal etmeye devam etmektedir. Siyaset masraflı hale geldikçe, politikacılar sermaye kaynaklarına bağımlı hale gelmektedir. Siyasi partilerde üyelik aidatlarının yerini bağışlar ve devlet yardımı aldıkça demokrasiyi finanse eden para kaynaklarını belirlemek her zaman kolay olmamaktadır. Hatta bu nedenle çoğu politikacı, adil siyasi bir yarış içinde yer alamamaktadır. Kaldı ki bu süreç, danışmanlardan ve reklamcılardan oluşan bir sektörü ortaya çıkarmaktadır²⁰.

Politikada kullanılan para, dört nedenle demokrasileri yozlaştırmaktadır²¹. Birincisi mali güç, demokrasilerde eşit olmayan şekilde dağıtılmaktadır ve böylece ekonomik güç, politik güç haline gelmektedir. İkincisi, insanlar ve kuruluşlar güç kazandıkça yasama süreci askıya alınmaktadır. Üçüncüsü, bu aktörler politik harcamayı adaylara, siyasi partilere ulaşmanın bir yolu olarak görmekte ve seçimleri, kamuoyunu ve politik gündemi belirleyebilmektedir. Dördüncüsü bu politik mali hareketlilik hukuk sistemlerinin gevşek/esnek bir şekilde düzenlenmesine yol açabilmektedir. Demokrasi pazarlanabilir bir meta haline geldikçe yasama yetkisinin devredilmezliği ve asliliği ilkeleri zayıflamaktadır. Çünkü yasal düzenlemeler “soft law” haline geldikçe bu “gevşek/esnek” düzende ekonomik iktidarlar anonim iktidarlar yaratmakta ve yasama organı klasik işlevlerinden uzaklaşmaktadır. Ringen’e göre ekonomik demokrasinin yolu yasamadan geçmektedir ve bunun yolu orta sınıfın “sade insanların” oy gücüyle mümkündür²².

¹⁹ **Ringen**, s. 80. Demokrasi ve ekonomi ilişkisine bakıldığında demokrasilerin kökeninde çoğu kez piyasa ekonomisi yani kapitalist ekonomi geçerli olmakla beraber bazı ülkelerde karma ekonomilerin geçerli olduğu görülmektedir. **Crick**, s. 135. Demokrasi, faşizme karşı sonrasında komünizme karşı ardından da otoriter yönetimlerin hakim olduğu sistemlere karşı savunuldu. **Arblaster**, s. 13. Huntington’a göre geçmiş olaylara bakıldığında demokrasinin gelecekteki istikrarını ve yayılmasını, ekonomik gelişme ve siyasi liderlik etkileyecektir. **Huntington**, s. 310. Yine aynı çalışmasında yoksul ülkelerin yoksulluğunun devam edeceğini ve demokratik olmamaya devam edeceklerini belirtmektedir. Ekonomik gelişme demokrasiyi mümkün kılar; siyasal liderlik ise onu gerçek kılar.” **Huntington**, s. 310.

²⁰ **Ringen**, s. 103.

²¹ Değerlendirme için bkz. **Kuhner**, s. 44.

²² **Ringen**, s. 85 vd. Oy verme davranışının psikolojik temellerinde iki temel yaklaşım dikkat çekmektedir. İlki, parti özdeşleşmesidir: “Partiniz birkaç seçim kaybetmiş olabilir, hükümette iken kötü bir yönetim icra etmiş olabilir ya da bazı konularda sizin katılmadığınız politikalar uygulanmış olabilir fakat yine de partinizi destekleyeceksiniz çünkü o sizin partinizdir.” **Houghton**, s. 177. Özdeşleşmede kendi partisi ile ilgili istediği

Bu noktada Chua'nın değerlendirmeleri önem arz etmektedir. Chua'ya göre piyasa kapitalizmi ve demokrasi, birbirleriyle temel gerginlik zemini üzerinde varolabilmektedir²³. Ayrıca genel oy ilkesinin mülkiyetle bağdaşmadığı noktasında, serbest piyasa demokrasinin bir paradoks olduğu da düşünülmektedir. Demokratik politika, kapitalizmle uyum içinde olduğunu ortaya koymuştur. Çünkü seçmenlerin sayı olarak güçlü olması, mülkiyetin ekonomik gücüne hakim olduğunu göstermemektedir²⁴. Bu paradoks gelişmiş ülkelere nazaran gelişmekte olan ülkelerde daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Genel oy ilkesi, Batı demokrasilerinde aşama aşama ortaya çıkmışken gelişmekte olan ülkelerde birden geniş kapsamda ortaya çıkmıştır. Bu nedenle serbest piyasa demokrasisine geçiş daha dengesiz bir şekilde gerçekleşmiştir. Sistemik siyasi yolsuzluk, hileli seçimler ve önlenmesi güç rüşvet ağı ortaya çıkmaktadır²⁵.

Bu noktada sermaye ve demokrasi ilişkisinde seçim kampanyalarına değinmek gerekecektir. Acaba seçim kampanyaları nedeniyle seçimler demokrasinin aleyhine mi dönüşmektedir? 1980'li yıllardan günümüze kadar kurulan partilerin sayısındaki ciddi artış, beraberinde siyasi rekabeti ortaya çıkarmıştır ve bu rekabet ortamında avantajı parayla yaratmayı düşünen partilerin, ekonomik ve finansal yapılarında ciddi bozulmalar meydana gelmiştir²⁶. Bu konudaki diğer tehlike, medya siyaseti başka bir anlatımla

bilgileri, seçmenin görmezden geldiği görülmektedir. Bu bağlılığı değiştirecek olan savaş ya da ekonomik kriz gibi sıra dışı durumlardır. **Houghton**, s. 177. Diğerine ise geleceğe veya geçmişe dönük olarak oy vermesidir. Bu modelde seçmenin bilgi edinme konusunda daha talepkar olması gerekmektedir. **Houghton**, s. 178.

²³ **Chua**, s.288.

²⁴ **Chua**, s. 289.

²⁵ **Chua**, s. 311- 313.

²⁶ Orçun/Demirtaş'ın 2011 Milletvekili Genel Seçimleri sürecinde İzmir ilinden aday gösterilen bireylerin finansal tercihlerinin belirlenmesine ilişkin yaptıkları çalışma, İzmir ilinden siyasi partilerden aday gösterilen 374 kişinin verdiği cevapları temel almaktadır. Seçim harcamalarından dolayı gelecek dönemlerde pişmanlık duyup duymayacağına yönelik ifadeye verilen cevapların ortalaması 1,47'dir. Bu sonuç, adayların yaptıkları harcamalardan dolayı herhangi bir pişmanlık duymayacağını göstermektedir. Ayrıca adaylarla yapılan anket sürecinde, adayların çoğunluğunun bunun bir "gönüllülük" olduğunu belirtmesi de bu cevabı destekler niteliktedir. "Kampanya süresince en çok harcama yapan adayın seçilme şansı yüksektir" ifadesine ilişkin sonuçların ortalaması 1,92'dir. Bu sonuç ise, milletvekili seçilebilme ihtimalinin adaylar tarafından gerçekleştirilen harcama miktarı ile doğru orantılı olmadığını ifade etmektedir. Bunun nedeni, seçmenlerin karar verme süreçlerinde ideolojinin, parti bağımlılığının ya da lidere yönelik olumlu tutumların da etkisi olduğu düşünülmektedir. Partilerin kampanya bütçelerinin hazine yardımı ile sınırlı olup olmamasına yönelik ifadeye ise adaylar kısmen

medyanın siyaseti sömürgeleştirmesi ile basın ve ifade özgürlüğünün önündeki engellerdir. Seçim kampanyaları; kişileri karalama, yanlışları örtme hatta yüceltme yolunda popülist hatta propagandaya teşne bir dil kazandıkça bu kirlilik, kamuoyunun dilini ve kamusal akli çarpıtmaktadır. Meyer'e göre medya sistemi tarafından sömürgeleştirilen siyasal örgütler ve kurumlar; halkla ilişkiler bürolarını genişletmekte ve onları müthiş kaynaklarla beslemektedir²⁷.

Her kampanya sürecinin nihayetinde manipülasyona açık olması ve siyasi reklamın/pazarın bir sonucu/ürünü olması seçim kampanyalarında reklamcıların, iletişim uzmanlarının, siyasi analistlerin devreye girdiği kompleks bir süreci beraberinde getirmektedir. Bu süreçte, "başarılı olmak" maalesef her zaman doğru/gerçek gibi değer yargılarını ve hedefleri içermektedir. "Başarılı" reklamcılar, analistler, iletişimciler; rekabeti geliştiren ve hatta engelleyen şans/risk faktörleri olarak ortaya çıkmaktadır. Partilerin ve adayların bile bazen yön vermekte zorlandığı seçim süreçlerinin gerçek sahipleri, piyasa baskısıyla seçmen kodlarını yaratmaktadır. Bauman'a göre "seçme kodu öncelikle piyasa baskıları tarafından tekrar tekrar biçimlenir. (...) Bu kod insanı dünyaya öncelikle olası tüketim nesnelere dönüşen bir kap muamelesi yapmaya özendirir; tüketim ilkesini izleyerek tatmin arayışını teşvik eder ve tüketici toplumu ilkesini izleyerek de bireyleri tatmin edilmek için bas bas bağırarak arzuları harekete geçirmenin, seçimler yapan kişi için hayatın yönlendirici kuralı ve başarılı, yaşanmaya layık bir hayatın ölçütü olduğuna ikna eder²⁸". Yine Bauman, Bourdieu'dan hareketle bir zamanlar normatif düzenlemelerin yaptığı şeyin artık tanıtım ve ticari reklamcılığın yaptığını vurgular. Arzuyu kısıktırıp harekete geçiren keyif verici ve daha önce denememiş bir duyumun yaşanacağı vaadidir. Haz verici duyum vaadi önem arz etmektedir²⁹.

Ekonomik güç demokrasiyi biçimlendirdiği gibi demokrasiden ve demokrasinin çağrıştırdıklarından da güç almaktadır. Örneğin Büyük Britanya'da beş yüzden fazla çalışanı olan şirketlerde belirli kararların

katılmamaktadır. Kazanma ihtimalinin %50 olması durumunda bu oran %20'ye yükselirken, son olarak kazanma ihtimalinin %75 olması durumunda ise adayların %28,6'sı kampanya harcamalarını arttıracaklarını ifade etmişlerdir. Bu durum, adayların kazanma ihtimalleri ile seçim harcamaları arasında bir doğru orantının mevcut olduğunu ve risk azaldıkça, buna bağlı olarak harcamaların artabileceğini göstermektedir. **Orçun/ Demirtaş**, s. 55-57.

²⁷ Meyer, s. 81-95.

²⁸ Bauman, s.82

²⁹ Bauman, s. 82.

alınması noktasında çalışanlara danışılmasına ilişkin usuller düzenlenmektedir³⁰. Bu usuller, çalışanların durumunu ilgilendiren hallerde, işverenlerin çalışan temsilcileriyle görüşme yükümlülüğünü öngörmektedir. Mayıs 1978’de yayımlanan “Beyaz Kağıt”, bu süreci “endüstriyel demokrasi” olarak belirtmektedir. Demokrasi ticarileştikçe, bir pazarlama dili olarak ticaretin ve sermayenin merkezinde yer almaya başlamıştır. Belki de mikro bazda işverenler ve çalışanlar arasında süregiden demokrasi alışverişi olarak tanımlayabileceğimiz demokratik prensiplerin değiş tokuşu, yerini, yöneten ve yönetilenler arasındaki endüstriyel ilişki biçimine bırakmaktadır veyahut yönetilenler olarak içinde yer aldığımız makro endüstriyel demokrasi, farklı mikro temalara ilham kaynağı olmaktadır. Anlamı, ilke ve göstergeleriyle “ihtişamlı duran” demokrasi, her düzeydeki yönetim anlayışına temel oluşturmaya devam etmektedir.

III. SİYASİ PARTİLERİN GELİR KAYNAKLARININ DENETİMİ VE DEMOKRASİ

A. “Siyasetin İfade Biçimi Olarak Para”

Tarihsel gelişimi içinde siyasi partilerin en önemli gelir kaynağı olan üye aidatlarının yerini bağışlar ve devlet yardımı aldıkça siyasi partiler, üyelerinden uzaklaşmakta ve üyelerin kendilerini parti içinde ifade etmeleri zorlaşmaktadır. Siyasi partilerin finans kaynağı değişmekte ve para, siyasi partinin varlığını sürdürmesi noktasında önemli bir değer haline dönüşmektedir. Bu noktada paranın, siyasi ifade biçiminin kendisi mi yoksa bir aracı mı olduğu sorusu akla gelmektedir. Bu mesele, siyasi partilere yapılan maddi katkıların sınırlandırılmasına ilişkin dava sebebiyle Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından tartışılmıştır. Watergate olayının ardından Kongre, adaylara yapılacak maddi katkıların kısıtlanması yoluyla siyasi kampanyalarda yolsuzluğu engellemek istemiştir. Yasa, seçim kampanyalarına katkı miktarını sınırlamakta ve belirli bir miktarın üzerinde katkıların raporlanması gerektiğini düzenlemektedir. Bu sürecin takip edilmesini ve yasanın uygulanmasını sağlamak için de Federal Seçim Komisyonu oluşturulmuştur. Bu durumda tartışılması gereken temel sorun şudur: 1971 Federal Seçim Kampanyası Yasası ve 1954 İç Gelir Kanununun ilgili hükümleri tarafından seçim harcamalarına uygulanan sınırlar Amerikan Anayasasının Birinci Değişikliğinin yani ifade ve dernek kurma özgürlüğünün ihlaline yol açmakta mıdır?

³⁰ Youngman, s. 683.

Bu davada, Yüksek Mahkeme iki önemli sonuca varmıştır. İlk olarak, siyasi kampanyalara ve adaylara yapılan bireysel bağışlara ilişkin kısıtlamaların Birinci Değişikliği ihlal etmediğini çünkü Federal Seçim Kampanyası Yasası'nın ilkesiz uygulamalara karşı "temsili demokrasi sisteminin bütünlüğünü" güçlendirdiğini ortaya koymuştur. İkincisi Yüksek Mahkeme, kampanyalardaki bağımsız harcamalara hükümet tarafından kısıtlanma getirilmesini, adayların kendi kişisel veya aile kaynaklarından yaptıkları harcamaların sınırlandırılmasını ve toplam kampanya harcamalarına ilişkin sınırlamanın Birinci Değişikliği ihlal ettiğini tespit etmiştir. Mahkeme, bu uygulamaların yolsuzluk yapma potansiyelini özellikle arttırmadığı için ilgili kısıtlamaların, özgür ifade ve örgütlenmeye ilişkin bir kısıtlamayı gerektirecek kadar büyük bir devlet çıkarına hizmet etmediğini ortaya koymuştur. Yüksek Mahkeme, harcamalara ilişkin sınırlamaların her birini değerlendirmiş ve bazı bağış kısıtlamalarının Anayasanın Birinci Değişikliğine aykırı olduğuna karar vermiştir. Bir aday veya siyasi parti için bağış yapma bir anlamda ifade hürriyetinin bir parçasıdır. Yargıç Stevens'a göre ise para, siyasetin bir ifade biçimi değildir. Mahkemenin çoğunluk görüşüne göre ise modern siyasi kampanyalar, kitlesel medya çalışmalarına dayanmaktadır ve bunun için de paranın gerekli olduğu belirtilmektedir³¹.

B. Siyasi Partilere Yapılan Bağışların İçeriği ve Sınırları

Siyasi partilere yapılan bağışlar, bir yandan ifade hürriyetinin bir parçası olarak değerlendirilse de diğer yandan kamu politikalarını etkilemesi bakımından bu bağışlara ihtiyatla yaklaşılmaktadır. Örneğin³² Avrupa'da siyasî partilere mali destekte bulunan çıkar gruplarının en önemlileri, orta sınıf partilere destek veren işveren kuruluşları ve işçi partilerini destekleyen işçi sendikalarıdır. Ancak bu destekler, haksız bir siyasî nüfuz sağlama riskini de taşımaktadır. Ayrıca bu gruplardan siyasî partilere yapılan mali desteklerin, üyelerinin görüşü veya rızaları alınmadan yapılma ihtimali de oldukça yüksektir. Kuzey Amerika'da işçi sendikalarının bağışlarının yasaklanmasındaki temel neden de budur. Kanada'da 1920 yılında; Amerika'da ise 1943'de sendikaların siyasî partilere bağış yapması yasaklanmıştır. Totaliter sistemlerde sivil toplum örgütleri ve sendikalar tek bir partinin

³¹ Buckley v. Valeo, 1976, 424 U.S. 1. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/1/case.html>; <https://www.oyez.org/cases/1975/75-436>. Sınırlamalar hakkında da bkz. **Uzun**, s. 35-36; **Çelik**, Makale, s. 1322, dipnot 56.

³² Örnek ve sınırlamalar hakkında geniş bilgi ve değerlendirme için bkz. **Uzun**, s. 35-36; **Çelik**, Makale, s. 1322, dipnot 56; **Gençkaya/Gündüz/Cihangir-Tetik**, s. 17-23.

kontrolü altında olduğu için, komünizm sonrası ülkelerde genellikle partiler ve sendikalar arasındaki bağışlar yasaklanmaktadır.

Birçok ülkede devlet yardımının geniş bir yer tuttuğu düşünülürse³³ ve partilere yapılan yüksek miktarlardaki bağışların her zaman kayıt altına alınmadan gerçekleştiği de göz önüne alınırsa³⁴ partiler ve üyeler arasındaki ilişki zayıflamaktadır. Bağış miktarlarının örneğin Amerika, Kanada, Polonya, Fransa gibi ülkelerde sınırlandırılmı İngiltere, Almanya, Avusturya gibi ülkelerde ise bir sınırlamaya gidilmediği görülmektedir³⁵. İsveç ve Norveç'te kuvvetler ayrılığı ve siyasi partilerin özerkliği gerekçesiyle siyasi partilerin harcamalarıyla ilgili herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Partilerin seçim kampanyaları için yapacağı harcamaların Devlet tarafından denetlenmesinin, parti özerkliğiyle bağdaşmadığı ileri sürülmektedir³⁶. Örneğin İsveç'te devlet yardımlarının dağıtılması kanunla düzenlenmekte ancak bu yardımların kullanılması ve denetimi hakkında yasal bir düzenleme söz-konusu değildir³⁷.

Siyasi Partiler Kanununun 66 ncı maddesine göre hangi organların ve kişilerin bağış yapamayacağı ayrıntısıyla düzenlenmiştir³⁸ ve bu liste dışında kalan gerçek ve tüzel kişilerin her birinin bir siyasi partiye aynı yıl içerisinde iki bin liradan fazla kıymette aynı veya nakdi bağışta bulunması veya yayınları kullandırması yasaktır. Bağış veya bağışların bağışta bulunana veya yetkili temsilcisine veya vekiline ait olduğunun partice verilen makbuzda açıkça belirtilmesi gerekir. Böyle bir belgeye dayanılmaksızın siyasi parti-

³³ **Küçük**, s. 300-306; **İba**, s. 92. "Hazine yardımı partileri kamu kurumuna işlevlerini de kamu hizmeti haline de döndürebilecektir. " **Koçak**, s. 127. Devlet yardımlarına ilişkin değerlendirme için bkz. **Ertaş**, s. 78-81.

³⁴ **Küçük**, s. 476.

³⁵ **Çelik**, s. 43; **Uzun**, s. 35-36.

³⁶ **Çelik**, s. 68.

³⁷ **Çelik**, s. 68. Seçim harcamalarının sınırlandırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Çelik**, s. 72-87.

³⁸ Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler ve muhtarlıklar, kamu iktisadi teşebbüsleri, özel kanunla veya özel kanunla verilen yetkiye dayanılarak kurulmuş bankalar ve diğer kuruluşlar, kamu iktisadi teşebbüsü sayılmamakla beraber ödenmiş sermayesinin bir kısmı Devlete veya bu fıkra da adı geçen kurum, idare, teşebbüs, banka veya kuruluşlara ait müesseseler, siyasi partilere hiçbir suretle taşınır veya taşınmaz mal veya nakit veya haklar bağışlayamaz ve bu gibi mal veya hakların kullanılmasını bedelsiz olarak bırakamazlar; bağlı oldukları kanun hükümleri dışında siyasi partilere aynı hakların devrine dair tasarruflarda bulunamazlar. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, işçi ve işveren sendikaları ile bunların üst kuruluşları, dernekler, vakıflar ve kooperatifler, özel kanunlarında yer alan hükümlere uymak koşuluyla siyasi partilere maddi yardım ve bağışta bulunabilirler.

lerce bağış kabul edilemez. Siyasi partilerin adına açılmış banka hesaplarına yapılan bağışlar için ayrıca gelir makbuzu düzenlenmez. Ancak Çelik'in de belirttiği üzere Siyasi Partiler Kanunu m. 66'da yalnızca aynî ve nakdî yardımdan ve yayınların kullandırılmasından bahsedilmektedir. Piyasa değerinin altında yapılan alım-satımlar ile normal olarak ücret karşılığı yapılan bir işin, siyasi parti veya aday için karşılıksız olarak yapılması düzenlenmemektedir³⁹.

C. Türkiye'de Siyasi Partilerin Mali Denetimi

1. Mali Denetimin Kapsamı

Siyasi Partiler Kanununun 75 inci maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, kesin hesaplara ait bilgilerin belgelendirilmesini siyasi partilerden her zaman isteyebilir. Anayasa Mahkemesi denetimini evrak üzerinde yapar. Bu denetimi, Sayıştaydan yardım sağlanarak hazırlatacağı raporlar üzerinden yapabileceği gibi siyasi partilerin genel merkezlerinde ve mahalli teşkilatlarında doğrudan doğruya veya kendi üyeleri arasından görevlendireceği bir naip üye veya mahallin en kıdemli adli veya idari yargı hakimi niyabetinde yaptıracağı inceleme ve araştırmalar üzerinden de yapabilir⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi denetimi sonunda o siyasi partinin gelir ve giderlerinin doğruluğuna ve kanuna uygunluğuna veya kanuna uygun olmayan gelirler ile giderler dolayısıyla da bunların Hazineye gelir kaydedilmesine karar verir. Siyasi partilerin büyük kongrelerinin kesin hesaplar hakkındaki kararları, Anayasa Mahkemesinin denetimini etkilemez. Anayasa Mahkemesinin bu denetim sonucunda vereceği kararlar kesindir⁴¹. Mahkemece söz

³⁹ Çelik, Makale, s. 1323.

⁴⁰ Denetim sürecine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gençkaya/Gündüz/Cihangir-Tetik, s. 31.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 51.maddesine göre siyasi partiler, 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 74 üncü maddesi uyarınca genel başkanları tarafından imzalanmış yazı ve ekinde, Merkez Karar ve Yönetim Kurullarınca (parti tüzüğünde kesin hesapları onaylama görevi verilen yetkili organlarınca) alınmış parti genel merkezi ve iller örgütleri kesin hesaplarının incelenip kabul edildiğine ve birleştirildiğine ilişkin kararın onaylı örneğini, karara bağlanmış ve birleştirilmiş bulunan bir yıllık kesin hesabın onaylı örneğini, parti genel merkez kesin hesabının onaylı örneğini, bağlı ilçeleri de kapsayan ve il sorumluları tarafından imzalanmış olan iller teşkilatı kesin hesaplarının onaylı örnekleri ile genel merkez tarafından düzenlenecek olan il teşkilatları kesin hesaplarının icmal listesini, parti genel merkez ve il teşkilatlarının aynı hesap döneminde edindiği taşınmaz ve değeri yüz lirayı aşan taşınır malların, menkul kıymetlerin ve her türlü hakların değerleri ile edinim tarihlerini ve şekillerini belirten

konusu belgeler incelenmek üzere Sayıştay Başkanlığına gönderilir. Sayıştay Başkanlığınca görevlendirilecek denetçiler kendilerine havale edilen kesin hesapları, Siyasi Partiler Kanununun 73 üncü ve 74 üncü maddelerine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği, devir rakamlarının doğru olup olmadığı ve kesin hesap çizelgelerinde sonuca etkili maddi bir hata veya tutarsızlık bulunup bulunmadığı yönünden incelerler⁴².

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde malî denetimde esasın incelenmesi başlıklı 52 nci maddede parti tarafından gelir gider belgeleri ve defter kayıtları esas incelemenin yapılması için Sayıştay Başkanlığına gönderileceği belirtilmektedir. Partilerin genel merkezleri ile il teşkilatlarının gelir gider belgeleri ve defter kayıtları incelenir. Yapılacak denetimin esas ve usulleri ile il teşkilatlarının hangilerinin inceleneceği hususu, Mahkeme tarafından aksi kararlaştırılmadıkça Sayıştay Başkanlığınca belirlenir. En önemlisi de işin esasına ilişkin inceleme, siyasi partilerin gelir ve giderlerinin “doğru” ve “kanuna uygun olup olmadığı” yönlerinden yapılır. Doğruluk incelemesi, kesin hesapların dayanağını oluşturan defter ve belgeler üzerinde yapılan incelemeyi kapsar. Kanuna uygunluk incelemesi, gelirlerin ve giderlerin Siyasi Partiler Kanununa uygun olarak yapılıp yapılmadığını tespit etmeye yöneliktir⁴³.

listeleri, parti genel sekreteri ve genel saymanın imzasını taşıyan yıl sonu kasa mevcudunu gösteren kasa sayım tutanağı ile banka hesaplarına ilişkin olarak banka yetkililerince onaylanmış mutabakat yazılarını, Haziran ayı sonuna kadar Mahkemeye sunarlar.

⁴² Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 51 inci maddesine göre gerektiğinde, ilgili siyasi partilerin her kademedeki yetkililerinden, bu konular hakkında doğrudan bilgi isteyebilirler. İstenilen bilgilerle dayanağını oluşturan evrak ve belgelerin geciktirilmeksizin verilmesi zorunludur. Görevli denetçiler, siyasi partilerin örgütlendiği bütün illerin kesin hesaplarını gönderip göndermediklerini saptayabilmek için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca tutulan siyasi parti sicil dosyalarından yararlanırlar. Denetçiler, kesin hesapların kendilerine havale edilmesi tarihinden itibaren en geç iki ay içinde düzenleyecekleri raporları Başkanlığa sunarlar; varsa eksiklik, hata veya tutarsızlıkları ortaya koyarak bunların nasıl giderileceğini belirtirler. Başkanlıkça görevlendirilecek raportörler raporlarla ilgili ilk inceleme toplantılarında hazır bulunarak gerekli açıklamaları yaparlar. Eksikliklerin tamamlanması, hata ve tutarsızlıkların düzeltilmesi için ilgili siyasi partiye, Mahkemece, bir ayı geçmeyecek uygun bir süre verilir. Kesinhesaplarda eksiklik, hata ve tutarsızlık bulunmadığının anlaşılması veya bunların usulünce giderilmesi hâlinde işin esasının incelenmesine karar verilir. Bu kararda parti genel merkezi ve il teşkilatlarının gelir gider belgeleri ile bunların kaydedildiği defter kayıtlarını göndermesi için ilgili partiye bir ayı geçmeyecek uygun bir süre verilir. Bu karar ilgili partiye bildirilir.

⁴³ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 52 nci maddesinde, görevli denetçilerin, partilerin genel merkezleri ile incelenmesi öngörülen il teşkilatlarının parti defterleri, gelir ve

2. Siyasi Partilerin Mali Denetimine İlişkin Sorunlar

a. Siyasi Parti Hesaplarının Takibi

Siyasi partilerin mali denetimine ilişkin en büyük sorunlardan biri siyasi partilerin hesaplarının takibidir. Anayasa Mahkemesi genel merkez hesaplarını bu hesapların dayanağını oluşturan defter ve belgelerle birlikte incelerken; il örgütlerinin hesaplarını istisnalar hariç belge ve defterlerle karşılaştırarak değerlendirmemektedir⁴⁴. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin il örgütlerine ilişkin denetim kararlarında “gelirlerin/giderlerin Merkez Karar ve Yönetim Kurulu kararıyla doğruluğunun onaylandığı görülerek, 2820 sayılı yasaya uygun olduğu sonucuna varılmıştır” şeklinde ifadelerle rastlanmaktadır⁴⁵.

Siyasi Partiler Kanununda, 2011 yılında yürürlüğe giren 6111 sayılı Torba Kanun ile Siyasi Partiler Kanununun 74 üncü maddesinin birinci fıkrasına şu ifade eklenmiştir: “Ancak yapılacak kanuna uygunluk denetimi siyasi partilerin amaçlarına ulaşmak için yapılmasında fayda görülen faaliyetleri daraltacak veya bu faaliyetlerin yerindelğini içerecek şekilde yapılamaz. Denetimde harcamaların gerçek mahiyeti esas alınır. Şekle ve usule ilişkin eksiklikler harcamaların kabul edilmemesini gerektirmez.” Bu fik-

gider kayıtları ile bunlara ilişkin belgeleri inceleyerek kesin hesaplarla karşılaştıracakları belirtilmektedir. Gerekğinde, ilgili siyasi partilerin her kademedeki yetkililerinden, bu konular hakkında doğrudan bilgi isteyebilirler. İstenilen bilgilerle bunların dayanağını oluşturan evrak ve belgelerin geciktirilmeksizin verilmesi zorunludur. Denetçilerce, incelemeler esnasında tespit edilen konu ve bulguları içeren inceleme raporları ilgili siyasi partiye gönderilerek, raporun kapsamı gözetilmek suretiyle en geç iki ay içinde bu konular hakkındaki görüşlerini bildirmesi istenir. Denetçiler, ilgili siyasi partinin görüşleri ile kendi düşüncelerini içeren esas raporlarını Mahkemeye sunarlar. Rapora alınan konularla ilgili belgelerin bir örneği ile partiye gönderilen inceleme raporu ve partinin cevabı rapor ekine konulur. Raporda gelir gider belgeleri ve defter kayıtları incelenen il teşkilatları belirtilir. Sayıştay denetçilerinin hazırladıkları bu raporların görüşülmesi sırasında Başkanlıkça görevlendirilecek raportörler hazır bulunarak gerekli açıklamaları yaparlar. Mahkemenin mali denetime ilişkin kararlarının bir örneği ilgili siyasi partinin genel başkanlığına, bir örneği Sayıştay Başkanlığına ve bir örneği de o siyasi partinin sicil dosyasına konulmak üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Kararı gönderilen parti hesaplarına ilişkin gelir gider belgeleri ve defter kayıtları Sayıştay Başkanlığınca ilgili partiye iade edilir. Mali denetim kararları Resmî Gazete’de yayımlanır.

⁴⁴ Mehter, s. 464.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi (Siyasi Parti Mali Denetimi), Esas Sayısı: 2010/6, Karar Sayısı: 2011/20, Karar Günü: 13.7.2011, Resmî Gazete, 23 Temmuz 2011, Sayı 28003.

rayla herhangi bir partinin merkez ya da il örgütünün usule uygun bir makbuz edinebildiği tüm harcamalar, denetimde usule uygun kabul edilmektedir ve “dolayısıyla denetçi kurumlara ve kamuoyuna, siyasi parti merkez ve ilçe örgütlerinin “iyi niyetli” vatandaşlar tarafından idare edildiğini varsaymak dışında bir seçenek kalmamaktadır⁴⁶”.

Küçük’ün belirttiği üzere, Anayasa Mahkemesi sadece partilerin sunduğu belgeler üzerinden denetim yapma yetkisine sahip olduğundan gizli bağışlar ister istemez Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilememektedir⁴⁷. Türkiye’de gizli bağış olarak nitelendirilebilecek aynı bağış uygulamalarının çok fazla olması da önemli bir sorundur⁴⁸. Siyasi partilerin finansal açıdan denetiminde kamuoyu ve kurumsal denetim önem arz etmektedir. Kamuoyu denetimi bakımından örneğin Amerika, İngiltere ve Kanada belirli bir miktarın üzerinde bağış sahipleri kamuoyuna açıklanmaktadır. Bazı ülkelerde ise hesaplar resmi gazetede ve ulusal gazetede yayımlanmaktadır⁴⁹. Gençkaya’nın belirttiği üzere, Türkiye’de siyasi partilerin yıllık hesaplarını kamuoyuna açıklama zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁰. Bununla birlikte, bazı partiler kendi web sayfalarından bilançolarını genel olarak yayımlamaktadırlar. Hesaplara ilişkin ayrıntılar, örneğin bağışçıların kimlikleri ve harcama ayrıntıları bilinmemektedir. Ayrıca Mahkeme sadece kanuna aykırı gelir ve giderler konusunda ayrıntılı bilgi vermektedir. Partilerin hangi gerçek ve tüzel kişiler tarafından desteklendiği bilinmemektedir⁵¹.

Belgelere zamanında ve etkin bir biçimde ulaşılamaması eleştiri konusu iken bir diğer sorun, bulunmayan bir belgenin sonradan ortaya çıkabilmesi

⁴⁶ **Gençkaya/Gündüz/Cihangir-Tetik**, s. 32. Yine 74 üncü maddenin dördüncü fıkrasında yer alan bir başka değişiklik ile denetim kapsamındaki faaliyetlerin tanımı belirsizleştirilmiştir. Bu değişikliğe göre: “siyasi partiler amaçlarına ulaşmak için gerekli gördükleri siyasi faaliyetler kapsamında her türlü harcama yapabilirler.”

⁴⁷ **Küçük**, s. 477.

⁴⁸ Çelik’in belirttiği üzere gerçek ve tüzel kişilerden kaynaklanan yardımların, şirketler tarafından yapılması halinde, şirketlerin denetim prosedürü çerçevesinde tespit edilebilmesi mümkündür. Ancak şirketlerin denetim raporlarında siyasi partilere usülsüz bir yardım yapıldığının tespit edilmesi halinde, bu durumun siyasi partilerin mali işlemlerini denetlemekle yetkili organa bildirilmesini sağlayacak bir mekanizmanın oluşturulması gerekir. **Çelik**, Makale, s. 1327.

⁴⁹ **Uzun**, s. 82-85.

⁵⁰ **Gençkaya**, s. 58.

⁵¹ Gençkaya’ya göre muhtemelen asıl bağış sahipleri farklı kişilere bağış yaptırmaktadırlar. Bu süreç, devlet ya da hükümet dışı bir kurum ya da kuruluş tarafından da izlenmediğinden aslında şeffaflığın ne kadar sağlandığı bilinmemektedir. **Gençkaya**, s. 58.

veya gerçek sanılan belgenin sonradan sahteliğinin anlaşılmasıdır. Anayasa Mahkemesi kararları kesin olduğu için bu durumda sonradan giderilmesi imkansız bir durum ortaya çıkarsa mali denetimde bazı yasal yolların açık olması için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerekliliği de ileri sürülmektedir⁵².

b. Muhasebe Uygulamaları

İl örgütlerinin hesaplarına inilememesi ve il örgütlerinin kesin hesaplarının zamanında alınamamasının yanı sıra il veya ilçe örgütlerindeki görevlilerin teknik ve hukuki açıdan hesap düzenlemelerini yeterince bilememesi, yönetimdeki değişiklikler ve genel merkez ile taşra örgütleri arasındaki bilgi alışverişindeki zaaf ve Cumhuriyet başsavcılığı ile genel merkez arasındaki haberleşmeye ilişkin bürokratik işlemlerin ağır temposu diğer eleştiriler olarak sıralanmaktadır⁵³. Yine Siyasi Partiler Kanununun 60 ncı maddesinde yer alan “parti genel merkezinde üye kayıt defterlerinin özetinin nasıl tutulacağı, bütçe ve kesin hesabının nasıl hazırlanıp düzenleneceği parti iç yönetmeliğiyle belirtilir.” düzenlemesinden hareketle partilerin standart bir muhasebe sisteminin olmadığına dikkat çekilmektedir⁵⁴. Standart muhasebe sisteminin olmamasının yanı sıra yanlış muhasebe uygulamalarının da olduğu tespit edilmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi tarafından Ocak 2005 ila Temmuz 2011 dönem aralığında toplam 236 adet siyasi parti mali denetim kararı verildiği ve bu kararlardan 86 adedinin çeşitli yanlış muhasebe uygulamaları içerdiği tespit edilmiştir⁵⁵.

Siyasetin finansmanı ile kampanyaların finansmanını birlikte düşünmek gerekir. Ancak Gençkaya'nın belirttiği üzere, Türkiye'de son yıllarda “sürekli kampanya” stratejisinin izlenmesi, resmi seçim dönemi kampanyaları ile iki seçim arasındaki kampanyaların birbirinden nasıl ayrılacağı sorununu gündeme getirmektedir. Türkiye'de seçim kampanyalarının düzenlenmemiş olması hem bir boşluk hem de bir düzensizlik yaratmaktadır. Bu nedenle siyasetin finansmanının boyutları tahmini olarak hesaplanmaktadır. Bu durum, siyasette özel para ve çıkarların etkisini tanımlamayı güçleş-

⁵² Mehter, s. 465.

⁵³ Mehter, s. 464. Siyasi kampanyalarının finansmanına ilişkin kayıtlara ulaşım bakımından, Avustralya 89 puanla birinci, Lübnan ve Malawi 0 puanla sonuncu sırada yer alırken, Türkiye'nin 54 ülke arasında 39 puanla 35'inci sırada yer aldığı belirtilmektedir. Gençkaya/Gündüz/Cihangir-Tetik, s. 9.

⁵⁴ Uzun, s. 232; Çelik, s. 182.

⁵⁵ Akyol/Tektüfekçi, s. 294.

tirmektedir⁵⁶. Çelik, siyasi partilerin yıllık denetimleri ile aday ve partilerin seçim kampanyası hesaplarının denetiminin ek bir kanunda düzenlenmesi⁵⁷, partilerin seçim kampanyalarını tek bir banka hesabından yönetmesi, seçimlerin başlangıç tarihinde siyasi partilerin sahip olduğu mal varlığını, harcama ve gelirlerini kamuoyuyla paylaşması hakkında öneriler sunmaktadır⁵⁸.

c. Anayasa Mahkemesi ve Sayıştayın İş Yükü

Siyasi partilerin mali denetimine ilişkin sorunlardan biri denetim süresinin uzun olması ve raporların geç yayınlanmasıdır. Bir yıla ait mali denetim raporunun ortalama dört yıl sonra yayımlandığı belirtilmektedir⁵⁹. Mali denetim kararlarının gecikmesi ve yayımlandığı dönemde güncelliğini yitirmiş olması kamuoyu etkisini azaltan bir başka etkidir⁶⁰. Denetim raporlarının geç yayımlanmasının yanı sıra Anayasa Mahkemesinin ve Sayıştayın da iş yükü oldukça fazladır. Mehter, 1991 tarihli tebliğinde Anayasa Mahkemesinin iş yüküne ilişkin detaylı bir hesaplama yapmakta ve o tarihte dahi -bireysel başvuru henüz yetki alanında değil iken⁶¹. Anayasa Mahkemesinin mali denetim noktasında büyük bir zorluk içinde olduğunu ortaya koymaktadır⁶². Sayıştay bünyesinde ise siyasi parti denetimi için 2011 yılında ayrı bir birim kurulmuştur. Bu birimde 4 denetçi, 1 müdür ve 1 sekreter görev

⁵⁶ Gençkaya, s. 56.

⁵⁷ Partilerin seçim harcamaları denetim kapsamı içindeyken adayların bu kapsamda olması da eleştiri konusudur. Uzun, s. 239.

⁵⁸ Çelik, s. 178-184.

⁵⁹ 2003'ten bu yana toplam 608 tane denetim raporu yayımlanmıştır 2014'te Resmi Gazete'de yayımlanan denetim raporu sayısı 90'dır. Bu raporların 28 tanesi 2012, 14 tanesi 2011, 4 tanesi de 2010 yılına ait hesapların inceleme sonucunu sunmaktadır. 2014'te yayımlanan raporların 7 tanesi 2007'ye ait hesapların denetimini içermektedir. 2007 sonrasında yayımlanan denetim raporları incelendiğinde, bir hesap yılına ilişkin hesapların sunulması, incelenmesi, raporlaştırılması ve nihai AYM kararının Resmi Gazete'de yayımlanması ortalama 4 yılda tamamlanmaktadır. Gençkaya/Gündüz/Cihangir-Tetik, s. 33-34.

⁶⁰ Gençkaya/Gündüz/Cihangir-Tetik, s. 9.

⁶¹ Ayrıca toplam siyasi parti sayısına bakıldığında iş yükünün daha da arttığı görülmektedir. Yargıtay'ın resmi sayfasında yer alan listeye göre şu an faaliyet gösteren parti sayısı 86'dır. <https://www.yargitaycb.gov.tr/sayfa/faaliyette-olan-siyasi-partiler/documents/SPartiler31122017.pdf>, erişim tarihi 22.04.2018.

⁶² Mehter, ilk beş sıraya giren partinin ülkenin 500 ilçesinde ve 71 ilinde örgütlendiği ve her il veya ilçedeki parti hesaplarının 10 günlük denetim süresini gerektireceğini öngörerek, böyle bir denetim için gerekli duyulan iş günü toplamının 28.550 ve ihtiyaç duyulan denetim elemanının 135 olduğunu ortaya koymaktadır. Mehter, s. 463.

yapmaktadır. Tüm siyasi partilerin her yıl yapılan mali denetimleri, dört denetçi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu sayının yeterli olmadığı çok açıktır. Buna karşılık, teknik denetimin kapsamı nedeniyle, işgücünün yeterli olduğu ileri sürülebilir⁶³.

Birçok demokratik ülkede, siyasi partilerin mali denetimlerinin farklı otoritelere verildiği görülmektedir. Örneğin bazı ülkeler, Sayıştay gibi bir denetim mahkemesine bu yetkiyi verirken, bazı ülkelerde bu yetki parlamentolara verilmiştir. Bunun dışında bağımsız komisyonlara da bu yetkinin verildiği görülmektedir⁶⁴. Bu noktada yıllık mali denetimin Anayasa Mahkemesi'nde devam etmesi, seçim harcamalarında ise Yüksek Seçim Kurulu tarafından denetlenebileceğine ilişkin öneri Yüksek Seçim Kurulu'nun yapısına ilişkin değişiklik önerisiyle beraber ele alınmaktadır. Ayrıca ikinci bir alternatif olarak partilerin finans denetiminden sorumlu bağımsız bir "Siyasi Finansman Kurulu"nun oluşturulabileceği de ileri sürülmektedir⁶⁵.

D. Demokrasinin Muhafazası Üzerine

Demokrasinin muhafazasında en önemli unsurlardan biri rüşvet ve yolsuzlukla mücadele yöntemlerinin geliştirilmesidir. Rüşvet ve yolsuzluk, sahip olunan siyasi iktidarın kötüye kullanılmasıdır ve birçok devletin gelişmesinin önünde en büyük engeldir. Örneğin Hindistan'da devlet tarafından yoksulluğun azaltılması için tahsis edilen fonun sadece yüzde 17'sinin yoksullara harcadığı belirtilmektedir⁶⁶. Yönetim kalitesinin yanı sıra Hindistan demokrasisini, hukuk devletini ve devlet yapısını tehdit etmektedir. Bu durum, ilgili ceza hukuku düzenlemeleriyle aşmaya çalışılsa da yönetimde şeffaflığın ve karar alma aşamalarındaki sorumluluk mekanizmalarının çalıştırılmasıyla bu kriz aşılabilecektir⁶⁷. Kurumsallaşmış yolsuzluk, kitlesel bir mağduriyet yaratmakta ve hukuk devletine ve insan haklarına zarar vermektedir. Başka bir perspektiften bakıldığında ise insan hakları söylemi farklı hakların ihlali noktasında bir direnç yaratabilir. Şeffaf ve hesap verilebilir bir yönetim noktasında hak taleplerini güçlendirebilir⁶⁸. Hatta Kumar, bu noktada Hindistan yurttaşlığının güçlendirilmesini ve

⁶³ Detaylı bilgi için bkz. **Gençkaya/Gündüz/Cihangir-Tetik**, s. 34.

⁶⁴ **Çelik**, s. 99; **Uzun**, s. 85-88.

⁶⁵ **Çelik**, s. 184.

⁶⁶ **Kumar**, s. 34.

⁶⁷ **Kumar**, s. 35 vd.

⁶⁸ **Kumar**, s. 35.

rüşvet olmaksızın hizmetten yararlanılmasına ilişkin temel hakkın düzenlenmesini ileri sürmektedir⁶⁹.

Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü, Dünya Bankası ve Uluslararası Şeffaflık Örgütü gibi uluslararası kuruluşların geliştirdikleri çerçeve düzenlemeler, tavsiyeler ve raporlar siyaset sürecinde açıklık ve hesap verebilirlik ilkelerinin benimsenmesine katkı sağlamaktadır. 2005'te yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin⁷⁰ giriş bölümünde "Demokrasinin kurum ve değerlerini, etik değerleri ve adaleti zayıflatan, sürdürülebilir kalkınmayı ve hukukun üstünlüğünü tehlikeye sokan yolsuzluğun toplumların istikrar ve güvenliğine yönelttiği sorun ve tehditlerin ciddiyetinin endişesini taşıyarak, (...) Devlet kaynaklarının önemli bir bölümünü teşkil edecek boyutta varlıkların konu olduğu ve Devletlerin siyasî istikrar ve sürdürülebilir kalkınmasını tehdit eden yolsuzluk vakaları hakkında da endişe duyarak, (...) yolsuzlukla etkin mücadele edilmesi ve yolsuzluğun önlenmesi için kapsamlı ve çok yönlü bir yaklaşımın gerekli olduğuna" ve devletlerin yolsuzluğu önleme ve yolsuzlukla etkin mücadele etme güçlerinin artırılmasında önemli bir rol oynayabileceği dair inanç vurgulanmaktadır. Yine Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin 7 nci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre "her Taraf Devlet ayrıca, bu Sözleşmenin amaçları ile uyumlu ve iç hukukunun temel ilkelerine uygun olarak, kamu görevleri için seçilecek adayların finansmanında ve uygulanabilen hallerde, siyasî partilerin finansmanında saydamlığı arttıracak uygun yasal ve idarî önlemleri almayı değerlendirecektir." Türkiye'de Sayıştay akla gelen ilk kurumlardan biri olsa da Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı, Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu da şeffaflığın sağlanması noktasında çalışmalarda bulunmaktadır⁷¹.

⁶⁹ **Kumar**, s. 36; **Kumar**, s. 65-68.

⁷⁰ Türkiye tarafından 18/5/2006 tarihli ve 5506 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/10/20061002-1.htm>

⁷¹ Türkiye'de milletvekillerinin malvarlığı beyanları da kamuoyunun erişimine açık değildir. Ayrıca, adli soruşturmalar dışında bu beyanlar incelenmemektedir. Demokratik ülkelerde, neredeyse tüm Avrupa ve Kuzey Amerika ülkelerinin içinde bulunduğu 55 ülkede bu beyanlar kamuoyuna açıkken, Türkiye'de kapalı ve denetlenmiyor olması önemli bir çelişki oluşturmaktadır. **Gençkaya/Gündüz/Cihangir-Tetik**, s. 8. 2014 Mahalli İdareler seçimlerinde 26 belediye başkanı adayı mal varlığını kamuoyuna açıklarken; Ağustos 2014 Cumhurbaşkanlığı seçimlerindeki üç aday da mal varlığını kamuoyuna açıklamıştır. 7 Haziran 2015 Genel Seçimlerinde binlerce aday arasında,

Şeffaflığı sağlayacak olan vatandaşlık tutumları, vatandaşın temsili demokrasideki hareket alanının artırılmasıyla mümkün olabilecektir. Vatandaş girişimi ve ortak müzakere ile ortaya çıkan iktidar paylaşımı, her vatandaşa etkin bir siyasi eylemlilik duygusu kazandırabilir⁷². Bu amaçla vatandaşların farklı yollardan katılımını sağlayabilmek için bazı öneriler sunulmaktadır. Örneğin, Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan anayasa taslağının 41 inci maddesinde, “katılım hakkı” başlığı altında vatandaşların yönetime doğrudan katılmalarını sağlayacak düzenlemeler kabul edilmektedir⁷³. Bu maddenin gerekçesinde, dolaylı katılım yolu olarak temsilcileri seçme yanında, yarı-doğrudan demokrasi mekanizmalarının da benimsenmesiyle yönetenlerin ve yönetilenlerin birbirine yaklaşacağı ve bu yolla seçimlerle sınırlı bir demokrasi anlayışından uzaklaşılacağı vurgulanmaktadır⁷⁴.

Rancier’in belirttiği üzere demokrasi, aşırılığın önlenmesidir⁷⁵. Aşırılığı önleme çabası bir zamanlar anayasa sanatçılarının becerilerini harekete geçirmiş olsa da bu çaba oldukça zordur, neredeyse daireyi kare haline getirme çabasıdır⁷⁶. Bu zorlu çabada öncelikle finans kaynakları denetlenebilir ve sorumluluk mekanizmaları işletilmelidir. Yolsuzluk ve rüşvetle mücadelede etkin önlemler alınmalıdır. Kamu kurumlarında ve özellikle siyasi partilerde etik değerlerin inşası ve sürdürülebilirliği noktasında düzen-

sadece 39 aday mal varlığını kamuoyuna açıklamıştır. Ayrıca, Uluslararası Şeffaflık Derneği, 1 Kasım Genel Seçimlerinde seçilen 26. Dönem Milletvekillerine yönelik bir “Dürüstlük Taahhünamesi Kampanyası” başlatmıştır ve 14 Ocak 2016 tarihi itibarıyla 16 milletvekili Dürüstlük Taahhünamesini imzalamıştır. **Gençkaya/Gündüz/Cihangir-Tetik**, s. 8.

⁷² **D’entréves**, s. 72 vd.

⁷³ **Türkiye Barolar Birliği**, s. 88.

⁷⁴ Halkoylaması, sadece anayasa değişiklikleriyle sınırlı tutulmamaktadır. Halkoylaması, Anayasa değişikliğinin veya yasal bir düzenlemenin kabul edilerek yürürlüğe girmesi veya usulüne göre yürürlüğe girmiş bir kanunun, kısmen veya tamamen yürürlükten kaldırılması için vatandaşların karar vermesi yöntemi, olarak tanımlanmıştır. Milli düzeyde, en az 500.000 seçmen veya en son milletvekili genel seçimlerinde geçerli oyların en az yüzde beşini alan siyasi partiler tek başlarına veya oyları birlikte hesaplandığında aldıkları oy oranı yüzde onu geçen siyasal partiler ortak olarak halkoylamasına gidilmesini isteyebilecektir. **Türkiye Barolar Birliği**, s. 88. Bu öneride, halkoylamasının uygulama alanı genişletilirken halk girişimi benimsenmektedir. Cumhuriyetin temel ilkeleri, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler, genel ve özel af kanunları, vergi ve benzeri mali yükümlülükler ile askerlik hizmetinin süre ve esasları halkoylamalarına ve halk girişimine konu edilemeyecektir. **Türkiye Barolar Birliği**, s. 89.

⁷⁵ **Ranciere**, *Demokrasi Nefreti*, s. 15.

⁷⁶ Bu antik geometri sorunu anayasa hukukunda devam etmektedir. **Ranciere**, s. 15.

lemeler yapılmalıdır. Disiplinli parti ağı içinde Soysal'ın da belirttiği üzere "hepimizin günlük yaşamında etik sorunlar var; politikaya girmiş kişi, birey bunlarla belki daha sık karşılaşır. (...) Yaptığımız iş tek başına yaptığımız iş değildir. (...) Kendi etiğinizin bu kolektif etik ya da çeşitli etikler içinde, kolektif bir etiğe dönüşmesi gerekir; dönüşemiyorsa onun zorluklarını aşmanız gerekir. (...) Bir de parti disiplini denen bir olay var ki, o birçok meslekte politikadaki kadar keskin değildir, politikadaki kadar zor da değildir⁷⁷." Kolektif etik değerlerin inşası ve parti içi demokrasinin ana hattının belirlenmesi adına gerekli düzenlemelerin Siyasi Partiler Kanununda yapılması da önem arz etmektedir.

SONUÇ

Demokrasi, seçim kazanmak ve kaybetmek arasında bir yerde konumlandırıldığında fazlasıyla cılızlaşan bir kavrama dönüşmektedir. Demokrasiyi var edebilmenin öncelikli şartı demokrasiyle anılan ilke ve kurumların aynı zeminde yaşatılmasını sağlamaktır. Farklı aktör ve kurumların bir araya geldiği bu zeminde, belirsizlikleri aşabilmek için demokrasiye ilişkin ilkeleri etkin hale getirmek ve bu yolla "öngörülebilir" bir zemin yaratmak gerekir. Öngörülebilir bir zemin inşa edebilmek için demokratik ilkelerin hukuki güvencelerle donatılması gerekir. Örneğin seçim güvenliğinin sağlanması, demokratik hayatı canlı kılacak siyasi partiler ve seçim kanununun varlığı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin anayasaya uygun bir şekilde formüle edilmesi yoluyla demokratik zemin derinleştirilebilir.

Normatif demokrasinin işaret ettiği ilkeler ışığında demokrasileri tanımlayabilmek her geçen gün zorlaşmaktadır. Çünkü zemin ve bu zeminde buluşan aktörler anonimleşmektedir. Siyasi iktidarların ekonomik iktidarlara buluşma sahaları genişlemekte ve belirsizleşmektedir. Ekonomik iktidarların doğrudan iktidardan pay alma niyeti olmasa da siyasi iktidarlar yoluyla kendi payını genişletmek istemektedir. Bu nedenle partilere yapılan bağışlar, seçim kampanyalarının finanse edilmesi veya finanse edilmesini sağlayacak olanakların sunulması yoluyla siyasi iktidarlara yakın bir ilişki inşa edilmektedir. Siyasi partiler ise demokratik yaşamda var olabilmek için bağışlar ve devlet yardımları ile demokratik yarış içinde yer almaktadır. Demokrasinin sürdürülebilirliği paranın devamlılığına bağlı iken kaynağı belirsiz ve denetim dışında olan para, demokrasiyi tahrip etmektedir. Para, siyasi partilerin var olma amaçları dışında kullanılmamalıdır. Aksi durum politik

⁷⁷ Soysal, s. 212.

yozlaşma, rüşvet ve yolsuzluk gibi sorunların doğmasına yol açmaktadır. Demokrasilerde paranın kontrolü ve denetimi sağlandıkça şeffaflık artacak ve yine şeffaflığı güçlendiren kurumlar ve ilkeler sayesinde de paranın kontrolü ve denetimi sağlanabilecektir.

Rüşvetle etkin mücadele yöntemlerinin geliştirilmesi, vatandaşların temsili demokrasilerdeki konumunu güçlendirmek ve siyasi partilerin mali denetimi yoluyla demokrasilerde ekonomik gücün yeniden dağılımını tesis edebilmek mümkündür. Demokrasilerde şeffaflığı sağlamanın en etkin yolu, seçilmişlerin eylemlerinin izlenebilir ve denetlenebilir olmasıdır. Bu noktada siyasetin finansmanına ilişkin ilkelerin gözden geçirilmesi önem arz etmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi ve Sayıştay tarafından gerçekleştirilen mali denetim, kendilerine sunulan belgeler üzerinden yapılmaktadır. Bu noktada yapılan denetimin kapsamının genişletilmesi veya yöntemin Anayasa Mahkemesinin ve Sayıştayın iş yükü çerçevesinde gözden geçirilmesi elzemdir.

KAYNAKÇA

- Akyol, Özgün/Tektüfekçi, Fatma:** “Türkiye’de Siyasi Partilerdeki Yanlış Muhasebe Uygulamaları ve Çözüm Önerileri”, Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2011, s. 287-296.
- Arblaster, Anthony:** Demokrasi, Çeviren: Nilüfer Yılmaz, Doruk Yayınları, İstanbul 1999.
- Bauman, Zygmunt:** Siyaset Arayışı, Çeviren: Tuncay Birkan, Metis Yayınları, Üçüncü Basım, İstanbul 2014.
- Chua, Amy L.:** “Paradox of Free Market Democracy: Rethinking Development Policy”, Harvard International Law Journal, Cilt: 41, Sayı: 2, Bahar 2000, s. 287-380.
- Cooter, Robert:** “Constitutional Consequentialism: Bargain Democracy versus Median Democracy”, Theoretical Inquiries in Law, Cilt: 3, 2002, s. 1- 20.
- Crick, Bernard:** Demokrasi, Dost Kitabevi, Ankara 2002.
- Çelik, Özlem:** “Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Gelir ve Giderlerinin Mali Denetimi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, İzmir 2010 Basım Yılı 2012), s. 1303-1362. (Makale, şeklinde kısaltılmıştır.)
- Çelik, Özlem:** Siyasi Partilerin Seçim Harcamalarının Denetimi, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.
- D’entreves, Maurizio Passerin:** “Hannah Arendt ve Yurttaşlık Kavramı”, Çeviren: Ertuğrul Başer, **Birikim**, Sayı: 55, İstanbul 1993.
- Demir, Fevzi:** Genel Hükümler ve Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Albi Yayınları, İzmir 2017.
- Dikmen Caniklioğlu, Meltem:** “Sahte Demokrasiler Çağında Demokrasinin Gerçek Felsefesi”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 26, İstanbul 2014, s. 69-74.
- Ertaş, Türker:** “Vergilerin Kamu Giderlerinin Karşılığı Olması İlkesi Kapsamında Siyasi Partilere Devlet Yardımı”, Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler, Editör Yusuf Karakoç, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Gençkaya, Ömer Faruk:** Siyasetin ve Seçim Kampanyalarının Finansmanı: Rekabet, Şeffaflık ve Hesap Verebilirlik, Demokrasi Barometresi, Birarada.org/Denge ve Denetleme Ağı, Mayıs 2015,

http://www.birarada.org/upload/Node/22665/files/Siyasetin_ve_Sec_im_Kampanyalarinin_Finansmani.pdf, erişim tarihi 05.01.2018.

- Gençkaya, Ömer Faruk/Gündüz, Umut/Cihangir-Tetik, Damla:** Siyasetin Finansmanı ve Şeffaflık, Uluslararası Şeffaflık Derneği, Ocak 2016, http://www.seffalik.org/wp-content/uploads/2015/03/siyasetin-finansmani-rapor_Ocak-2016.pdf, erişim tarihi 25.01.2018.
- Gözler, Kemal:** Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 24. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2015.
- Houghton, David Patrick:** Siyaset Psikolojisi Durumlar, Bireyler, Olaylar, Çeviren: Prof. Dr. Hüsamettin İnaç/Duygu Şekeroğlu, Bilge Yayıncılık, Ekim 2015.
- Huntington, Samuel P.:** Üçüncü Dalga Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma, Çeviren Ergun Özbudun, Yetkin Kitabevi, Ankara 1993.
- İba, Şeref:** Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Koçak, Mustafa:** Siyasal Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Kuhner, Timothy K.:** “The Democracy to Which We Are Entitled: Human Rights and the Problem of Money in Politics”, Harvard Human Rights Journal, Cilt: 26, s. 39-90.
- Kumar, C. Raj:** “Corruption and Human Rights: Promoting Transparency in Governance and the Fundamental Right to Corruption-Free Service in India”, Columbia Journal of Asian Law, Cilt 17, 2003, s. 31-72.
- Küçük, Tefik Sönmez:** Parti İçi Demokrasi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Mehter, Hamdi:** “Siyasi Partilerin Mali Denetimi”, Anayasa Yargısı, Cilt: 8, Ankara 1991, s. 441-468.
- Meyer, Thomas:** Medya Siyaseti Nasıl Sömürgeleştirir?, Çeviren: Ahmet Fethi, Köprü Kitapları, İstanbul 2014.
- Orçun, Çağatay/Demirtaş, Mehmet Can:** “Milletvekili Adaylarının Seçim Kampanyalarının Finansmanı: 2011 Genel Seçimlerine İlişkin Bir İnceleme”, Ege Akademik Bakış, 13(1), 2013, http://www.onlinedergi.com/makaledosyaları/51/pdf2013_1_6.pdf, erişim tarihi 15.12.2015, s. 53-62.
- Özbudun, Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

- Powell Jr, G. Bingham:** Çağdaş Demokrasiler Katılma, İstikrar, Şiddet, Çeviren: Mehmet Turhan, S Yayınları, Ankara 1990.
- Przeworski, Adam;** Demokrasi ve Piyasa Doğu Avrupa ve Latin Amerika'da Siyasal ve Ekonomik Reformlar, Çeviren: İlder Turan, Türk Demokrasi Vakfı, Ankara 1995.
- Ranciere, Jacques:** “Demokrasiye Karşı Demokrasiler”, Söyleşi: Eric Hazan, Demokrasi Ne Alemde?, Hazırlayan: Eric Hazan, Çeviren: Savaş Kılıç, Metis, İstanbul 2010.
- Ranciere, Jacques:** Demokrasi Nefreti, Çeviren: Utku Özmakas, İletişim Yayınları, İstanbul 2014. (Demokrasi Nefreti, şeklinde atıf yapılmıştır.)
- Ringin, Stein:** Demokrasi Neye Yarar?, Çeviren: Nurettin Elhüseyni, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2010.
- Rose-Ackerman, Susan:** “Political Corruption and Democracy”, Connecticut Journal Of International Law, Cilt: 14, Sayı: 2, Haziran 1999, s. 363-378.
- Soysal, Mümtaz:** “Politika ve Etik”, Etik ve Meslek Etikleri, Yayına Hazırlayan: Harun Tepe, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2009, s. 211-223.
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi:** 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001.
- Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi,** http://eski.barobirlik.org.tr/yayinlar/kitaplar/2007_anayasa%20taslagi_tbb.pdf, erişim tarihi 09.05.2010. (Türkiye Barolar Birliği şeklinde atıf yapılmıştır.)
- Uygun, Oktay:** Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları, İnkılap, İstanbul 2003.
- Uzun, Cem Duran;** Anayasa Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Youngman, Brian:** “Industrial Democracy”, International Business Lawyer, Cilt: 6, Büyük Britanya 1978, s. 683-687.

İnternet kaynakları:

www.oyez.org

www.resmigazete.gov.tr

www.supreme.justia.com

www.yargitay.gov.tr

ROMA HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİNDE İFA İMKANSIZLIĞININ HÜKÜMLERİ VE TÜRK HUKUKUNU ETKİLEYEN YÖNLERİ

*Dr. Öğr. Üyesi Sevgi KAYAK**

Öz

Roma hukukunda eser sözleşmesi, *locatio conductio* adı verilen ve kira, hizmet, eser sözleşmelerini içine alan özel bir sözleşme tipidir. *Locatio conductio*'nun hukuki niteliği tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, *locatio conductio*, Roma'da kullandırma borcu doğuran sözleşmelere olan ihtiyacı karşılamıştır. *Locatio conductio* içinde yer alan sözleşmelerden biri olan eser sözleşmesinde ifa imkansızlığı, eserin teslimine ya da tamamlanmasına engel fiziksel ya da hukuksal bir durumun ortaya çıkmasıdır. Bu imkansızlık, sözleşmenin kuruluşundan önce veya sonra ortaya çıkabilir. Sonradan imkansızlık halinde, eğer yüklenici kusurlu ise, yüklenici zararı gidermek zorundadır; eğer kusurlu değilse, borç ilişkisi sona erecek ve yüklenici borcundan kurtulacaktır. Kusursuz imkansızlık halinde hasar problemi ortaya çıkar. Roma hukukunda eser sözleşmesinde hasar, bazı metinlerde yükleniciye bazı metinlerde iş sahibine ait kabul edilmiştir. Bu nedenle metinler arasında çelişki var gibi görünür. Ancak bize göre bir çelişki yoktur, çünkü metinlerde “bedel hasarı”, “malzeme hasarı” gibi ayrımlara uygun düşen düzenlemeler vardır. Eser sözleşmesinde, kusursuz ifa imkansızlığının sonrasında ortaya çıkan hasar problemi, “zarar kimin malvarlığında meydana gelmişse zarara onun katlanması gerektiği” şeklindeki genel kurala uygun olarak çözümlenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Roma Hukuku, *Locatio conductio*, eser sözleşmesi, ifa imkansızlığı, hasar

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: sevgiabhukuk@hotmail.com) (Makalenin Geliş Tarihi: 08.10.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 08.10.2018-08.10.2018/Makale Kabul Tarihleri: 16.10.2018-26.10.2018)

**ROMAN LAW APPROACH TO THE IMPOSSIBILITY OF THE
PERFORMANCE IN CONTACTS FOR WORK AND
ITS INFLUENCES ON THE TURKISH LAW**

Abstract

In Roman law, contract for work is a specific type of contract called “locatio conductio” and contains obligations arising from lease, employment and work contracts. The legal characteristic of locatio conductio is controversial. According to the prevailing opinion, locatio conductio is a contract that responds to the need of a duty that renders the use of the property. In the contract for work, which falls under locatio conductio, impossibility of performance means a legal or physical impediment that leads to nonperformance or the nonconformity of the agreed piece of work. This impossibility may occur before or after the conclusion of the contract. In an event of subsequent impossibility; if the obligor is at fault, the contractor shall compensate the loss; if not, the obligatory relationship will be terminated and contractor will be discharged. When the impossibility occurs without fault, the problem of passing of risk will come into existence. In some Roman legal texts, contracts for work is arranged as if the contractor bears the risk; yet some others hold the party ordering work accountable for it, which appears to be an inconsistency. In our opinion, this does not create a contradiction nonetheless, since the aforementioned legal texts regulate such divisions, correspondent to material damage and monetary damage. Conclusively, the problem of passing of risk as a result of the objective impossibility of the performance is resolved within the general rule that states, “The injured party whose assets had been affected shall bear the risk”.

Keywords

Roman Law, Locatio conductio, contract for work, impossibility of performance, passing of risk

I. ESER SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

A. Kavramın Anlamı

Modern hukukların aksine, Roma hukukunda eser sözleşmesi ayrı ve bağımsız bir sözleşme olarak düzenlenmiş değildir. Eser sözleşmesi, Roma hukukunda locatio conductio adı verilen özel bir sözleşme tipinin kapsamında yer alan üç ayrı sözleşmeden biridir. Locatio conductio, modern hukukların kira, hizmet ve eser sözleşmelerini içine alan Roma hukukuna özgü özel bir sözleşme tipinin adıdır¹. Üç ayrı sözleşme türüne aynı anda tekabül ettiği için modern hukukta tam karşılığını bulmak olanaksız olan locatio conductio, “yerleştirmek/koymak/kiraya vermek gibi anlamlara gelen

¹ **Accarias**, C.: Précis De Droit Romain, Contenant Avec L'exposé Des Principes Généraux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes, De Justinien, Tome I, 4. éd., Paris, Librairie Cotillon, 1891, N. 615; **Girard**, Paul Frédéric: Manuel Elémentaire De Droit, 5. ed, Revue Et Augmenté, Paris, Librairie Nouvelle De Droit Et De Jurisprudence, Arthur Rousseau Editeur, 1929, s. 603 vd.; **Besnier**, M.: Cours De Droit Romain, Rédigé D'Après les Notes Et Avec L'Autorisation, 2. Année, Paris, Les Cours De Droit, 1946-1947, s. 165; **Huvelin**, Paul: Cours Elémentaire De Droit Romain, Tome II, Les Obligations, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, s. 94; **Rambaud**, Prosper: Explication Elémentaire du Droit Romain, Tome II, Paris, Librairie Maresq Ainé, 1893, s. 237; **Cuq**, Edouard: Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928, s. 477; **Schmidlin**, Bruno/**Augusto Cannata**, Carlo: Droit Privé Romain , II, Obligations- Successions- Procédure, Lausanne, 1987, s. 141; **Weiss**, Egon: Institutionen des Römischen Privatrechts, 2. Auflage, Basel, Verlag für Recht und besellschaft A. G., 1949, s. 372; **Di Marzo**, Salvatore: Roma Hukuku, 5. tabından çeviren: Ziya Umur, 2. baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959, s. 441; **Kochaker**, Paul/**Ayiter**, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993, s. 235; **Honig**, Richard: Roma Hukuku Dersleri, Çeviren: Şemseddin Talip, Capitolium II, İstanbul, 1935, s. 131; **Karadeniz**, Özcan: Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s. 119-121; **Rado**, Türkân: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 101-102; **Umur**, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku, Tıpkı 3. basım, İstanbul, Beta, 2010, s. 366; **Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2012, s. 96; **Tahiroğlu**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve 13.1.2011'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Düzenlenmiş Yeni Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 224 vd.; **Somer**, Pervin: Roma Hukukunda İstisna Akdi, (Locatio Conductio Operis), Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı, İstanbul, Derin Yayınları, 2008, s. 9-10.

“locare” sözcüğü ile; “bir araya getirmek/toplamak/birleştirmek/kiralamak/tutmak/taahhüt etmek” gibi anlamlara gelen “conducere” sözcüğünün² birleşmesinden meydana gelen bir kalıptır³. En geniş anlamıyla locatio conductio, bir şeyin hakimiyetinin geçici olarak başkasına bırakılması demektir⁴. Daha teknik anlamında ise, bir miktar para karşılığında, bir malın kullanımının başkasına bırakılmasının ya da bir hizmetin sunulmasının yahut da bir eserin meydana getirilmesinin söz verildiği sözleşme demektir⁵.

Locatio conductio ile ilgili pek çok hususun tartışmalı oluşunu belirtelim. Romalıların, birbirinden farklı bu üç ayrı sözleşmeyi neden locatio conductio başlığı altında tek bir sözleşme gibi düzenlemeye çalıştıkları başta olmak üzere; locatio conductio’nun hukuki niteliği, kökeni, locatio conductio içeriğindeki sözleşmelere ait terminolojik karışıklık gibi problemler gerçekten açıklanmaya muhtaçtır. Çalışmamızın kapsamını aşacak olması nedeniyle bu tartışmaların tamamına yer veremeyeceğiz. Ancak locatio conductio’nun hukuki niteliği ve kökeni ile ilgili tartışmalar, bizim de konumuzu yakından ilgilendiren, değinilmesi gereken meselelerdir.

Roma hukukunun locatio conductio’sundan bahseden kaynakların hiçbirinde, bu sözleşmenin ne olduğu tam olarak açıklanmış değildir. Locatio conductio’ya özellikle ayrılan, Digesta’nın⁶ 19. kitabının 2. başlığı (D. 19. 2)

² **Kabağağaç**, Sina/Alova, Erdal: Latince-Türkçe Sözlük, İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1995, s. 348 ve s. 113.

³ **Monier**, II, Raymond: Manuel Élémentaire De Droit Romain, Tome II, Les Obligations, 4. édition, revu et complétée, Editions Domat Montchrestien, 1948, s. 168.

⁴ **Besnier**, s. 166.

⁵ **Di Marzo**, s. 441; **Weiss**, s. 372; **Huvelin**, s. 94; **Rambaud**, s. 237; **Karadeniz**, s. 121; **Koscheker/Ayiter**, s. 235; **Schmidlin/Cannata**, s. 141.

⁶ Geniş anlamıyla Digesta, hukukun tüm kaynaklarını içine alan genişlikteki hukuk eserlerine Roma hukukunda verilen isimdir. Alfenus Varus, Iulianus, Celsus, Scaevola gibi önemli hukukçuların Digesta tipinde eserleri olduğu bilinmektedir. Daha dar ve teknik anlamında ise, klasik devir hukukçularının eserlerinden alınmış parçaların yan yana getirilmesi suretiyle imparator Iustinianus’un talimatı ile hazırlanmış ve sonraları, Corpus Iuris Civilis adıyla anılacak olan Iustinianus külliyyatının dört kitabından biridir. Roma’yı eski görkemli dönemlerine yeniden kavuşturmanın askeri, dini ve hukuki alanda birlik sağlamaktan geçtiğini düşünen Iustinianus, hukuki birliği sağlamak adına, Tribonianus başkanlığında bir hukukçu ekibi kurmuş ve bu ekipten, o güne kadar mevcut olduğu bilinen tüm hukuki kaynakların derlenmesini istemiştir. Derleme sonucunda Institutiones, Digesta, Codex ve Novallae ismi verilen dört temel kitap ortaya çıkmıştır. Digesta, klasik hukukçulara ait metinlerin derlemesini içeren bir kitaptır. Roma’nın klasik hukuk devrine ait bilgileri büyük ölçüde günümüze aktaran ve ilk elden kaynak vasfını taşıması nedeniyle oldukça önemli olan Digesta, elli kitaptan oluşmaktadır. Her kitap kısımlara, her kısım bölümlere ve her bölüm de paragraflara ayrılır.

ve Iustinianus'un Institutiones'inin⁷ 3. kitabının 24. başlığı (I. Inst., 3. 24) altında bugünkü kira, hizmet ve eser sözleşmelerine uyan bazı hukuki ilişkilere temas edilmiş, ancak locatio conductiodan kastın bu hukuki ilişkiler olup olmadığı net olarak ortaya konmamıştır. Doktrinde, locatio conductio'nun her üç sözleşme tipini de içine alan, Roma hukukuna özgü tek bir sözleşme olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır⁸. Locatio conductio kapsa-

maktadır. Digesta hazırlanırken klasik hukuk metinleri günümüze olduğu gibi aktarılmamış, interpolatio adı verilen değişikliklere uğratılmıştır; bu bağlamda kavramlar güncellenmiş, metinler arasındaki çelişkiler giderilmiş ve uygulamadan kalkmış olan kurumlar kitaplara alınmamıştır (**Umur**, Ziya: Roma Hukuku Lügati, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983, s. 58; **Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Genel Kavramlar- Kişiler Hukuku- Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış On Yedinci Basım, 2014, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 51-52; **Umur**, Ziya: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mefhumlar- Hakların Himayesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984, s. 261 vd.; **Tahiroğlu**, Bülent/**Erdoğan**, Belgin: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku, Onuncu Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 90-92). Digesta'nın hazırlanma yöntemi konusunda ayrıntı için bkz. **Karagöz**, Havva: "Digesta'nın Hazırlanma Şekli ve Sistematiği Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 135 vd.

⁷ Geniş anlamda hukuk kurumları anlamına gelen institutiones, hukuk kurumlarını belli bir düzen içinde saptamak, uygulanan hukuk hakkında genel bir bilgi vermek amacıyla yazılan kitaplara verilen ortak bir isimdir. Gaius, Paulus, Ulpianus, Marcianus gibi hukukçuların bu isimde eserleri vardır (**Umur**, Lügat, s. 89). Teknik anlamda ise Institutiones, Iustinianus tarafından hazırlatılan ve Corpus Iuris Civilis olarak anılan dört temel kitaptan birinin adıdır. Öğrencilere hukuk kurumlarını öğretebilmek amacıyla bir ders kitabı niteliğinde hazırlanmış olan Institutiones, ders kitabı niteliğine rağmen İmparator'un mutlak iradesinin bir ürünü gibi kabul edildiği için kanun gücünü kazanmıştır (**Karadeniz Çelebican**, s. 50-51). Iustinianus'un Institutiones'inin, daha önce Gaius tarafından kaleme alınan Institutiones model alınarak hazırlandığı konusunda bugün doktrin hemfikirdir (**Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 88; **Güneş Ceylan**, Seldağ: "Roma Hukukunda Klasik Hukuk Dönemi", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 49). Institutiones; kişilere ilişkin hukuk, mallara ilişkin hukuk ve davalara ilişkin hukuk olmak üzere üç büyük kısma ayrılan bir sistematiğe sahiptir. Bu sistematik, Pandekt hukukunu doğrudan etkilemiş, Pandekt hukuku vasıtasıyla da Alman, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Kanunları başta olmak üzere birçok modern kanuna geçmiştir (**Umur**, Roma Hukuku, s. 140).

⁸ **Girard**, s. 568 vd.; **Huvelin**, s. 94; **Rambaud**, s. 237; **Cuq**, s. 477; **Schmidlin/Cannata**, s. 141; **Di Marzo**, s. 441; **Kochaker/Ayiter**, s. 235; **Honig**, s. 131; s. 119-121; **Rado**, s. 101-102; **Umur**, Roma Hukuku Ders Notları, s. 366, **Erdoğan**, Roma Borçlar Hukuku, s. 96; **Somer**, s. 9-10; **Doğan Yenisey**, Kübra: "Roma Hukukunun Modern İş Hukuku Üzerindeki Etkilerine Bir Bakış", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 53.

mındaki bu üç farklı hukuki ilişkiye aynı anda tek bir dava hakkının verilmiş olması da bu düşünceyi güçlendirmiştir⁹. Yine de, locatio conductio'nun içeriğine yönelik böylesi bir ayrımın Romalılara ait olduğu kesin bir dille ifade edilemez. Bu üçlü ayrımın Roma kökenli olmadığını düşünen Besnier'e göre, locatio conductio'nun içeriğinden bahseden metinlerde kira, hizmet ve eser olarak yorumlanabilecek bazı hukuki ilişkilere değinildiği inkar edilemez, ancak locatio conductio'yu bu üç ayrı sözleşmenin birleşmesinden meydana gelen tek bir sözleşme gibi kabul eden herhangi bir kaynağa açıkça rastlandığı da iddia edilemez¹⁰. Besnier ile aynı fikirde olan Olivier-Martin de, söz konusu ayrımın Roma hukuku kökenli olmadığını, bu üçlü ayrıma ilk kez, Hollanda'lı hukukçu Jean Voet'in Pandectae hakkındaki şerhinde, XVII inci yüzyıl sonu veya XVIII inci yüzyıl başı itibariyle rastlandığını söylemektedir. Locatio conductio'yu eser, hizmet ve kira ihtiyacını karşılayan tek tip bir sözleşme gibi formüle eden Voet'tir¹¹. Kaldı ki locatio conductio, sanki tek bir sözleşmeymiş gibi tek bir dava formülüne sahip kılınsa da, söz konusu ilişkilere ait uyuşmazlıkların demonstratiolarında¹², bu üç ilişki tipi arasında bir ayrım yapıldığı da dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Bir malın kullanılmak üzere başkasının hakimiyetine bırakılması halinde locatio conductio rei'den, işgücü arz edilerek bir işin görüleceğinin söz verilmesi halinde locatio conductio operarum'dan, mesleki bilgi ve deneyim sunularak bir sonucun meydana getirileceğinin vaat edilmesi halinde locatio conductio operis'den söz edildiği bilinen bir gerçektir. Bu da locatio conductio'nun Romalılar tarafından organik olarak tek bir sözleşme tipi gibi algılandığı düşüncesinin şüpheyle karşılanmasını gerektirmektedir¹³. Bu noktada locatio conductio'nun satış, kira, hizmet, eser, saklama, ödünç gibi pek çok sözleşmeyi de içine alan çok daha geniş bir işlem tipinden zaman içinde ayrılarak özel bir sözleşme türüne dönüştüğü görüşünün de ileri sürüldüğünü belirtmek gerekir¹⁴.

⁹ **Karadeniz**, s. 121 -129.

¹⁰ **Besnier**, s. 173.

¹¹ **Olivier-Martin**, Félix: "Des Divisions Du Louage En Droit Romain", Revue Historique De Droit Français Et Etranger (RHD), 4. série, quizieme année, 1936, s. 467-474. (s. 419-475).

¹² Demonstratio; miktarları kesin olarak tespit edilmemiş alacak hakkına ilişkin davaların formülünde yer alan ve davacının hakkının kapsamını tayin vazifesini üstlenen hakime yol göstermesi amacıyla, uyuşmazlığa neden olan maddi vakıaları kısaca açıklayan bir bölümdür (**Umur**, Lügat, s. 56).

¹³ **Karadeniz**, s. 121-129.

¹⁴ Bu görüş taraftarları için bkz. **Karadeniz**, s. 120.

Locatio conductio'nun Romalılarca tek bir sözleşme gibi algılanmayıp, birbirine benzer addedilen kira, hizmet ve eser gibi hukuki ilişkileri içine alan tüm sözleşme ilişkilerinin bir üst başlığı gibi dikkate alınmış olması, bize göre daha muhtemeldir, zira locatio conductio'nun içinde yer alan sözleşmesel ilişkilerin birbirinden farklı olan karakteristik edimlerinin (hizmet ve eser söz konusu olduğunda iş görme edimi, kira söz konusu olduğunda kullandırma edimi) birleştirilerek tek bir edim gibi düşünülmesine yeryüzündeki fizik kuralları gereğince olanak yoktur.

Bununla birlikte eser sözleşmesinin locatio conductio içeriğinde yer alan sözleşmelerden biri olduğu, D. 19. 2. 22. 1 metni göz önünde bulundurulduğunda, kesindir:

D. 19. 2. 22. 1 Paulus lib. 34 ad Edictum

Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est.

D. 19. 2. 22. 1 Paulus Edictum hakkındaki 34. kitabından

Yapılmak üzere başkasına bir şey verildiği zaman locatio'dur.

Metinde, tam bir tanım verilmemekle birlikte bugünkü eser sözleşmesine tekabül eden locatio conductio operis'den bahsedilmektedir. Metnin yorumundan, işgücü kullanılarak bir sonuç meydana getirmenin söz verildiği ilişkilerin eser sözleşmesi olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle, doktrinde eser sözleşmesi; bir tarafın, bir eser (sonuç) meydana getirmeyi ve teslimini, diğer tarafın da bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır¹⁵.

B. Hukuki Niteliği

Locatio conductio'nun anlamı kadar hukuki niteliği de tartışmalıdır. Locatio conductio bünyesinde üç farklı sözleşme tipinin yer alıyor olması, buna bağlı olarak, locatio conductio'nun hukuki niteliğini de tartışmalı hale getirmiştir. Tartışma özellikle, locatio conductio'nun kullandırma borcu doğuran bir sözleşme mi yoksa iş görme borcu doğuran bir sözleşme mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Diğer ifadeyle, locatio conductio, Roma'nın kullandırma borcu doğuran¹⁶ sözleşme ihtiyacını mı karşılamak-

¹⁵ Besnier, s. 184; Rambaud, s. 244; Somer, s. 10; Karadeniz, s. 165-166; Huvelin, s. 94; Tahiroğlu, s. 232; Rado, s.107.

¹⁶ Türk doktrininde "kullandırma borcu doğuran sözleşme" kavramı yerine, "kullanmayı devir borcu doğuran sözleşme" kavramı kullanılmaktadır (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 57).

tadır yoksa iş görme borcu doğuran sözleşme ihtiyacına mı cevap vermektedir?¹⁷. Doktrin, ağırlıklı olarak locatio conductio'yu kullandırma borcu doğuran bir sözleşme olarak görür¹⁸. Zira bu sözleşme ile bir miktar para karşılığında bir şeyin hakimiyetinin geçici olarak başkasına bırakılması söz konusudur. Kullanıma bırakılacak şey mal olabileceği gibi işgücü de olabilir, bunun bir önemi yoktur. Bu görüştekiler locatio conductio'nun ortaya çıkış nedenlerini ve tarihi gelişimini de görüşlerine destek yapmaktadırlar. Şöyle ki; özel hukuk alanında köle ve hayvanların kiralanması XII Levha¹⁹'dan

¹⁷ Locatio conductio'nun satış sözleşmesi ile benzerliğinin metinlerde sürekli biçimde vurgulandığına dikkati çekmek gerekir (Gai. Inst., 3. 142-147; I. Inst., 3. 24 pr.; D. 19. 2. 2 pr.). Buna göre, satışa olduğu gibi, locatio conductio'ya da tipikliğini veren, bir şeyin hakimiyetinin karşı tarafa sağlanmasıdır. Hammaddenin yüklenici tarafından sağlandığı durumlarda, taraflar arasındaki ilişkinin açıkça bir satış olarak nitelendirilmesi de bu düşünceyi destekler. Locatio conductio ile satış arasındaki tek fark; satışta, satılanın hakimiyetinin daimi olarak, locatio conductio'da ise geçici olarak bir başkasına bırakılmasıdır (**Amirante**: Recherche in tema di Locazione, BIDR, 62, 1959, s. 65 vd.'dan nakleden **Alzon**, C.: "Réflexions Sur L'histoire De La Locatio-Conductio", Revue historique de droit français et étrange, Quatrième série, Vol. 41 1963, s. 555 dn. 9). Satış sözleşmesi ile olan bu büyük benzerlik, locatio conductio'nun kökeninin satış sözleşmesi olarak görülüp görülemeyeceği; eğer görülürse Romalıların niçin locatio conductio rei'yi satış içinde değil de ayrı bir ilişki tipi kapsamında değerlendirdikleri gibi pek çok tartışma konusunu ortaya çıkarmaktadır. Çalışmamızın kapsamı nedeniyle bu tartışmalara değinmiyoruz, (bu tartışmalar için bkz. **Alzon**, "Locatio Conductio", s. 555 vd.). Ancak doktrinde hakim görüş, Roma kaynaklarında satış ile locatio conductio arasında kesin bir ayırımın bulunduğu ve bu bağlamda, locatio conductio'nun satış sözleşmesi niteliğinde kabul edilemeyeceği yolundadır (**Besnier**, s. 166; **Rambaud**, s. 245). Aksi fikirde olan Alzon ise, locatio conductio'nun aslında bir "semere satışı" niteliğinde başladığını öne sürmektedir (**Alzon**, "Locatio Conductio", s. 563 vd.). Biz de hakim görüşü paylaşıyoruz. Kanaatimize göre, satış sözleşmesine daima mülkiyet devri amacıyla bir zilyetlik devrinin konu edildiği unutulmamalıdır. Bir malın kullandığı locatio conductio bakımından değilse bile, işgücünün konu edildiği locatio conductio'yu bu kapsama sokmak ve locatio conductio ilişkisinin tümünü birden satış sözleşmesinin bir türü gibi açıklamak çok zordur. Romalıların, locatio conductio ile ilgili uyumsuzlukların çözümünde satış sözleşmesini locatio conductio'ya komşu bir kurum gibi görerek satış hükümlerinden yararlanmış oldukları belki ileri sürülebilir, fakat bu sözleşmeyi bir satış sözleşmesi niteliğinde gördükleri sonucuna varılamaz.

¹⁸ **Accarias**, II, Tit. 24 § 4, N. 615; **Girard**, s. 568 vd.; **Huvelin**, s. 94; **Rambaud**, s. 237; **Cuq**, s. 477; **Schmidlin/Cannata**, s. 141.

¹⁹ Cumhuriyet devrinin ilk yıllarında, (M.Ö. 451-449) yapıldığı tahmin edilen ve toplam on iki levhadan oluştuğu için Roma hukukçuları tarafından bu isimle anılan XII Levha Kanunlarının, bilinen en eski Roma kanunlaştırması olduğu tahmin edilmektedir. Kanunlar, hukukun çeşitli alanlarında kısa ve özlü cümlelerle kaleme alınan bir takım kurallardan ibarettir. Partici ve pleb sınıfları arasındaki çatışmalara son vermek siyasi

beri bilinen bir uygulamadır. Bu uygulama kira sözleşmesi demek olan *locatio conductio rei*'yi doğmuştur²⁰. Toprak ve ev kiralaması ise, köle ve hayvanların kiralınması kadar yaygın değildir. Etrafı çitle çevrilmiş kendi topraklarına ve kendi malikanelerine sahip bulunan Romalıların toprak ya da ev kiralamasına ihtiyaç duydukları ya da bu tür kiralamaları bildikleri henüz bu çağda söylenemez. Cumhuriyet döneminin sonlarında ise, Roma'ya başlayan yoğun göçün etkisiyle, ev ve toprak sahibi olmayanlar için ev ve toprak kiralaması gündeme gelmiş ve yaygınlaşmıştır²¹. Toprakların da tıpkı köleler ve hayvanlar gibi kiraya verilebileceği düşüncesi, en çok, censorlar tarafından kamu topraklarının (*ager publicus*) özel kişilere kiralınması uygulamasına benzetilerek yerleşmiştir. Toprakların kiralınması, *ager publicus* üzerinde tanınan haklara benzetilerek, adeta bir kira ilişkisi gibi düşünülmüş ve *locatio conductio rei* kapsamına alınmıştır²². Böylece, başkasına kullanılan şey toprak, köle, hayvan ya da ev olduğu zaman, taraflar arasındaki ilişki *locatio conductio rei* olarak adlandırılmıştır. Yine bu dönemde, ekonomik durumun bozulması nedeniyle iş güçlerini başkasının kullanıma arz eden ve bu şekilde geçinmeye çalışan hür kişilerin sayısı da artmıştır. Hür kişilerin emeklerini kullanıma arz ederek çalışmaları, kölelerin çalışmalarına benzetilerek başlangıçta hoş karşılanmamış ve kölelere ilişkin hükümlerin, işgüçlerini para karşılığı kullandıran hür kişilere de tatbik edilmesi bu nedenle olağan karşılanmıştır. Bu durum, bu kişilere kölelerden pek de farklı bir gözle bakılmamış olmasının doğal bir sonucu olarak görülmelidir.

kaygısıyla düzenlenen bu kanunların en önemli özelliği, o zamana kadar yazılı olmayan hukuk kurallarını yazılı hale getirmiş olmasıdır. Böylece pleb sınıfı da dahil, herkesin hukuk kurallarına ulaşması sağlanmış; patricius ve bu sınıfa mensup rahip hukukçuların hukuk kurallarını kendi gizli tekellerinde tutmaları ve bu yolla da, daima kendi lehlerine yorumlamaları önlenmek istenmiştir. Nesilden nesile aktarılarak günümüze kadar ulaşmış metinlerin orijinal olup olmadığı konusunda kesinlik yoktur. Söz konusu kanunların, başta usûl ve icra hukuku olmak üzere aile, miras, mülkiyet, *in ius re aliena* (başkalarının malları üzerindeki haklar/sınırlı aynı haklar), borç ilişkileri ve ceza hukuku alanında *ius civile*'nin ana prensiplerini özetlediği söylenebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schwarz, Andreas B.: Roma Hukuku Dersleri, Çev. Türkan Rado, Cilt:1, 7. bs., İstanbul, Doğan Kardeş Yayınları, 1965, s. 54 vd.; Ayrıca bkz. İpek, Nurcan: "XII Levha Kanunu", *Argumentum*, Yıl: 3, Sayı: 34, s. 609 vd.

²⁰ Besnier, s. 166.

²¹ Monier, II, C. II, s. 169.

²² Girard, *locatio conductio*'nun, censorlar tarafından kamu topraklarının (*ager publicus*) kiralınması neticesi ilk kez kamu hukuku alanında ortaya çıktığı tahmin edilen bir ilişki tipi model alınarak ve özel hukuk alanına uyarlanarak yaratılmış olabileceğini düşünmektedir (Girard, s. 604, dn. 3).

Çünkü Romalıların tasavvurunda işgücünün kullanıma arz edilmesi demek, kişinin bizzat kendisini yani şahsını kullanıma arz etmesi demektir. Bu da, locatio conductio'yu iş görme borcu doğuran değil, kullandırma borcu doğuran sözleşmelere yaklaştırmıştır²³.

Zamanla, köle ve hayvanların kiralanmalarına ilişkin hükümlerin, hür kişilerin işgüçlerini arz ettikleri olaylarda çıkan uyumsuzlukları çözümleme yetersiz kalışı, locatio conductio rei'den farklılaşan, operarum ve operis olarak çeşitlenen yeni locatio conductio türlerini, yani hizmet ve eser sözleşmelerini yaratmıştır²⁴. Gerek hizmet (operarum) gerek eser (operis) sözleşmesinde bir işgücünün kullanıma arz edilmesi söz konusudur, bu açıdan aralarında bir farklılık yoktur. Tek fark, hizmet sözleşmesinde bağımlı çalışmanın; eser sözleşmesinde ise, bağımsız çalışmanın söz konusu olmasıdır. Hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalışan kişinin iş sahibine bağımlı çalışması, yani iş sahibinin emir ve talimatları doğrultusunda iş görmesi söz konusu iken; eser sözleşmesi çerçevesinde çalışan kişinin mesleki bilgi ve deneyimini kullanarak iş görmesi ve dolayısıyla iş sahibinin emir ve talimatlarına bağlı olmayıp bağımsız çalışma yapması söz konusudur²⁵.

Diğer taraftan, kullandırma borcu doğuran sözleşme görüşünün, iş görme borcu doğuran eser sözleşmesini locatio conductio içine koymakta zorlandığı da dikkatlerden kaçacak gibi değildir. Gerçekten de kira ve hizmet sözleşmesine kıyasla, eser sözleşmesinde neyin kiralandığını açıklamak güçtür. Kira sözleşmesinde, mal; hizmet sözleşmesinde ise, işgücü kiraya verildiğine göre, eser sözleşmesinde de mesleki bilgi ve deneyim kiraya veriliyor gibi düşünülebilir. Zira eser sözleşmesinde de kiralanan şeyin, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi bir işgücü olması muhtemeldir, yüklenici işgücünü kullanarak bir eser meydana getirmeyi vaat etmektedir. Yalnız, hizmet ilişkisindeki işçiden farklı olarak eser sözleşmesinde yüklenici, bağımlı çalışan bir kişi olmadığı için, aslında işgücünü değil, mesleki bilgi ve deneyimini kiraya vermektedir. Bu durumda en makul olan, eser sözleşmesinde kiralananın, yüklenicinin mesleki bilgi ve deneyimi olduğunu düşünmektir. Ancak tam bu noktada karşımıza çıkan terminoloji problemi bu sonuca varmaya engel olur. Locatio conductio'da, sözleşen tarafları belirtmek için "locator" ve "conductor" terimleri kullanılmaktadır. Bir malı bir bedel karşılığı kullandıran ya da bir hizmeti arz eden kişi "locator", malı kullanan ya da hizmetten yararlanan ve bu nedenle ücret ödeyecek kişi "conductor" adını

²³ Karadeniz, s. 123 vd.

²⁴ Karadeniz, s. 123 vd. ve s. 136, 143 ve özellikle s. 145-147.

²⁵ Weiss, s. 377.

alır²⁶. Buna karşılık bir eserin meydana getirilmesinin söz verildiği locatio conductio operis'te ise, bu terminoloji tersine dönmüştür; mesleki bilgi ve deneyimini kullanarak bir eseri meydana getirecek kişi conductor, bundan yararlanacak ve dolayısıyla ücret ödeyecek kişi de locator olarak adlandırılmıştır. Başka deyişle locatio conductio rei ve operarum'da ücreti alan kişi locator olduğu halde; locatio conductio operis'te ücreti alan kişi conductor'dur²⁷. Bu durumda eser sözleşmesinde işgücünü kullanıma arz eden ve bu nedenle de ücreti alan yüklenicinin nasıl olup da locator olarak adlandırılmadığı sorusunu sormak kaçınılmazdır. Madem ki kira ve hizmet sözleşmelerinde bir şeyi başkasının kullanımına arz eden ve bu nedenle de ücrete hak kazanan kişi locator olarak adlandırılmıştır, o halde eser sözleşmesinde de mesleki bilgi ve deneyimini kullanıma arz ederek ücrete hak kazanan kişi de locator olarak adlandırılmalıydı²⁸. Locatio conductio'yu kullandırma borcu doğuran sözleşmelerden biri olarak kabul edince neden böyle yapılmadığını açıklamak da zorlaşmaktadır. Eser sözleşmesinde kiraya verilenin işgücü değil, hammadde olduğu görüşü ileri sürülerek, bu terminoloji karmaşası bu görüş taraftarlarınca belli bir ölçüde aşılılmıştır²⁹.

Kullandırma borcu doğuran sözleşme görüşü karşısında Accarias, kanaatini net biçimde ortaya koymamakla birlikte, locatio conductio'nun kullandırma borcu doğuran bir sözleşme ilişkisine her zaman uymadığını söylemektedir. Yazara göre, locatio conductio bakımından asıl güçlük, bu sözleşme kapsamına giren maddi fiillerin karakterini saptayabilmektedir. Bir elbiseyi temizlemek ya da bozulmuş bir aleti tamir etmekte olduğu gibi, bazı maddi fiiller bir malın kiralanmasının konu edildiği kullandırma borcu doğuran sözleşme kapsamında söz verilmeye müsait değildir. Sözleşen taraflardan birinin borcunun konusu bir miktar para, diğerininki maddi bir fiilin icrası olduğu her anlaşma gerçekte bir locatio conductio kabul edilmelidir³⁰. Bu yorum tarzı bize, yazarın locatio conductio'nun iş görme borcu doğuran

²⁶ İşgüçlerini başkasına kullandıran kişiler, bir anlamda işgücünü başkasının emrine sunmak için bekleyen kişilerdir olup yer değiştirmeye hazır oldukları için "locare" fiilinden türeyen "locator" terimi ile nitelendirilmişlerdir. Bu kişileri işçi pazarından alıp götüren işverenler ise, bu faaliyeti ifade etmeye uygun "conducere" fiilinden türeyen "conductor" sözcüğü ile ifade edilmişlerdir (**Doğan Yenisey**, s. 156).

²⁷ **Rado**, s. 102.

²⁸ **Rambaud**, s. 237; **Karadeniz**, s. 124.

²⁹ Bu görüş ve tartışmaları için bkz. **Alzon**, "Locatio Conductio", s. 553 vd.

³⁰ **Accarias**, II, Tit. 24 § 4, N. 619-620.

sözleşmelere daha yakın olduğu ve Roma'da da bu ihtiyacı giderdiği fikrine sahip olduğunu düşündürmektedir³¹.

³¹ Gerekçelerimiz farklı olmakla birlikte doktrinde hakim olan kullandırma borcu doğuran sözleşme görüşünü paylaşıyoruz. Fikrimize göre, locatio conductio'nun ilk etapta bir kullandırma borcu doğuran sözleşme olarak ortaya çıkmış olması muhtemeldir. Zira başlangıçta tarım ağırlıklı bir ekonomisi bulunan Roma toplumunda, her aile kendi topraklarını işletmektedir ve kendi evine sahiptir, bu nedenle toprak ve ev kiralaması yaygın değildir (Besnier, s. 166; Roma'nın ekonomik düzeni hakkında bkz. Altop, Serpil: Roma Hukuku'nda Kölelik, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002, s. 54 vd.). Ancak toprakların işletilmesinde yeterli köle ve veya hayvana sahip olmayan bazı aile reisleri başka aile reislerinden köle ve hayvan kiralama yoluna gitmiş olabilirler. Tahminimize göre köle ve hayvanların başkasına kullandırılması in ius re aliena (sınırlı ayni hak) kapsamında zaten biliniyordu. Bir malın mülkiyetini devretmeksizin onu başkasına kullandırmak, in ius re aliena kapsamında daima mümkündür. Buna karşılık mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkiler devredilmek istenmeyip sadece kullanım hakkının verilmek istenmesiyle, yeni bir ilişki tipi olan kira sözleşmesi ortaya çıktı. Burada, kamu topraklarının özel kişilerin kullanımına arz edilmesi işlemi de model olarak alınmış olabilir (bu işlem için bkz. Karadeniz, 120). Bu suretle, mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkiler malikte kalacak şekilde, bir malın başkasına kullandırılması usulü yaygınlaşmıştır. Böyle bir ilişkinin, sadece kullanım hakkının devri nedeniyle maliklerin lehine olduğu kesindir. Nitekim mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkiler devredilmeyip sadece kullanım hakkı devredildiği zaman, devralan yalnızca sözleşmeden doğan bir hak yani bir alacak hakkı elde etmiş olur. Mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkiler malikte ya da malikin rızasıyla başkasında olduğu vakit, bu yetkilerin sahipleri, kullanım hakkı sahiplerinin haklarının özünü zedeleyebilirler. Bu durumda kullanım hakkı sahibi ancak zararının giderilmesini isteyebilecektir. Hangi hakkın, sınırlı bir ayni hakkın mı yoksa sözleşmeden doğan bir hakkın mı sağlandığı meselesi ise, elbette taraf iradelerinin yorumu ile çözüme bağlanabilir. Kullanım hakkının devrinin ortaya çıkmasından sonra, köle ve hayvanlar sınırlı bir ayni hak kapsamında değil, locatio conductio kapsamındaki sözleşmesel hak kapsamında kullandırılmış olsa gerektir. Zamanla Roma'nın çok fazla göç alması ve ekonomik durumun da bozulmasıyla, hür kişilerin de işgüçlerini tıpkı köleler gibi kullanıma arz ettikleri bilinen bir gerçektir. Bu sözleşmenin niçin yeni bir ilişki tipi olarak kabul edilmeyip locatio conductio içine dahil edilmeye çalışıldığı ise gerçekten düşündürücüdür ve buna tatmin edici bir cevap bulmak zordur. Bize göre bu durum, ortaya çıkan yeni hukuki ilişkileri derhal tanımak ve düzenlemek yerine, kendisine yakın hukuki kurumlara benzetilerek, oradaki çözümlerin uyarlanma çabasından ileri gelmiş olabilir. Hür kişilerin iş güçlerini kullanıma arz etmeleri, kölelerin işgüçleriyle birlikte başkasına sunulmasına benzetilerek ortaya çıkan uyumsuzluklara locatio conductio (rei) çözümleri uygulanmış olacaktır. Ancak zamanla locatio conductio, hizmet (operarum) ve eser (operis) olarak çeşitlenmiş ve kullandırma borcu doğuran sözleşme kapsamından çıkmıştır. Bu nedenle, locatio conductio rei, kira sözleşmesi ihtiyacını karşılarken ve kullandırma borcu doğuran bir sözleşme niteliğini korurken, locatio conductio operarum ve operis, Roma'nın iş görme borcu doğuran sözleşme ihtiyacını karşılar olmuştur.

Eser sözleşmeleri bakımından Roma hukukuna özgü olan bir durum üzerinde de durmak gerekir. Günümüzün aksine, Roma hukukunda bir eser sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanıyor olması şarttır³². Malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı durumlarda eser sözleşmesinden değil, satış sözleşmesinden bahsedilir. Zira Romalılara göre, kendi malzemesi ile bir eser meydana getirmeyi söz veren yüklenicinin, kendi malını satmayı söz veren bir satıcıdan farkı yoktur. Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı ilişkiler eser sözleşmesi olarak locatio conductio kalıbı içinde değerlendirilirken, malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı anlaşmalar alelade satış sözleşmesinden farksız görülmüştür. Kendine ait malzeme ile eser meydana getirmeyi söz veren kişinin aslında bir satış sözleşmesi akdetmiş olacağı varsayımı I. Inst., 3. 24. 4 metninde³³ dile getirilmektedir. Ancak metin, meselenin klasik hukuk döneminde oldukça tartışmalı olduğu bilgisini de içermektedir. Klasik hukuk dönem hukukçusu Cassius, malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı durumlarda da pekala eser sözleşmesinden bahsedilebileceğini bildirmektedir. Cassius'un bu düşüncesinden anlaşılmaktadır ki malzemenin yükleniciye ait olduğu durumlarda bir eser sözleşmesinin kurulup kurulmadığı konusunda klasik hukukçular arasında bir tereddüt vardır. Cassius'a göre, burada sadece satış değil, satış ve eser olarak iki ayrı sözleşme aynı anda vardır, yani bileşik bir sözleşme örneği mevcuttur³⁴. Birbirine bağlı bu iki işlemden birincisi, eser meydana getirme konusunda locatio conductio operis faciendi, ikincisi de bu eserin bünyesinde yer alacak malzemenin satımı konusunda satış sözleşmesi. Yüklenici tarafından sağlanan malzeme, eserin

³² Koschaker/Ayiter, s. 237.

³³ I. Inst., 3. 24. 4'te de eser sözleşmesinden bahsedilmiştir: "*Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem conductionem. Sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit* (Yine ihtilafı mucip olmuş bir meseleye göre, şayet Titius bir kuyumcu ile, altını kuyumcu vermek üzere, muayyen ağırlık ve muayyen şekilde yüzükler yapması ve mesela on altın alması hususunda anlaşmış olsa, burada alım satım mı yoksa locatio ve conductio mu vardır? Cassius'un dediğine göre, malzemenin alım satımı, işçiliğin ise locatio conductio'su vardır. Fakat sadece alım satım olduğu nokta-i nazarı hakim oldu. Eğer altını Titius vermiş olsaydı, işçilik için muayyen bir ücret (merces) tespit edilmişse, bir locatio conductio olduğundan şüphe edilemezdi)". Aynı yönde Gai. Inst., 3. 147.

³⁴ Gai., Inst., 3. 147.

bünyesine girerek eser ile birlikte iş sahibine teslim edileceği için, malzemenin mülkiyeti de ister istemez eser ile birlikte iş sahibine geçektir, bu durumda malzeme iş sahibine satılmış olmaktadır, bu bakımdan bir satış sözleşmesi vardır. Buna karşılık malzeme aynen değil, işlenmiş olarak iş sahibine teslim edileceğine göre, malzemenin işlenmesi de ayrı bir sözleşmenin, eser sözleşmesinin konusunu oluşturacaktır, bu bakımdan da bir eser sözleşmesi vardır³⁵. Mesela hammaddesi altın olan bir yüzük yapımının yüklenici Titius tarafından söz verildiği bir ilişkide, eğer altın da Titius tarafından sağlanıyor ise, yüzüğün yapımı konusunda eser sözleşmesi ve eserin bünyesindeki altın için de, -bu altın, yüzük bünyesinde iş sahibine teslim edileceği için- bir satış sözleşmesi mevcut demektir. O halde Titius, her iki sözleşmeden de ilgili sözleşmelerin hükümlerine göre ücret talep edebilecektir. Fakat Iustinianus, klasik hukuk dönemindeki azınlıkta kaldığı anlaşılan Cassius'un bu bileşik sözleşme görüşünü değil, çoğunluğun görüşü olan satış sözleşmesi görüşünü benimsemiştir. Malzemenin ya da hammaddenin yüklenici tarafından sağlanarak bir eser meydana getirmenin söz verildiği tüm olaylarda satış sözleşmesinin varlığı kabul edilmiştir³⁶.

Eser sözleşmesinde iş görme edimi söz konusudur, dolayısıyla eser sözleşmesi bir yapma borcunu konu alır. Yapma borcunu konu alan locatio conductio operarum'da (hizmet sözleşmesi) da, esasında bir iş görme edimi vardır³⁷. Bu durumda da, işgücü kullanılmak suretiyle bir eserin meydana

³⁵ **Di Marzo** s. 442.

³⁶ I. Inst., 3. 24. 4; "...*Sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit* (Fakat sadece alım satım olduğu noktaı nazarı hakim oldu. Eğer altını Titius vermiş olsaydı, işçilik için muayyen bir ücret/merces tespit edilmişse, bir locatio conductio olduğundan şüphe edilemezdi)". Türk hukukunda böyle bir şart yoktur; malzeme veya hammadde, ister iş sahibi ister yüklenici tarafından sağlansın, emek ve çaba sarf edilerek meydana getirilecek bir eser (sonuç) tesliminin söz verildiği her olayda eser sözleşmesi kurulmuş demektir.

³⁷ Roma hukukunda iş görme ihtiyacını karşılayan başka sözleşmeler de vardı. Bunların başında vekalet sözleşmesi gelmektedir (Vekalet Sözleşmesi için ayrıntı için bkz. **Sayın Korkmaz**, Bengi: Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatium), Ankara, Yetkin, 2014, s. 187). Vekaletsiz iş görme de bu kapsamda sayılmalıdır, (vekaletsiz iş görme hakkında ayrıntı için bkz. **Özdemir**, H. Gökçe: Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 28 vd.). Modern hukuklarda iş görme sözleşmeleri arasında kabul edilen hizmet sözleşmesi, işgücünün kullanıma arz ediliyor olması nedeniyle, Roma'da, çoğunluk görüşüne göre bir tür kullanıma sözleşmesi vazifesindedir. Bunun dışında, zanaatkar ve nitelikli işçilerin mesleki eğitimlerini sağlamak için klasik hukuk döneminden beri akdedile gelen çıraklık sözleşmeleri, iş görme ihtiyacını karşılamak için vardır. Bu sözleşme kapsamında bir aile

getirileceğinin söz verildiği hukuki ilişkilerin operarum olarak görülmeyip, operis formunda yeni bir sözleşme türü yaratmaya ihtiyaç duyulmasının nedenini araştırmak gerekir. Muhtemelen, eser sözleşmesinde sadece işgücü arzının değil aynı zamanda bir sonucun meydana getirileceğinin söz verilmesi, hizmet sözleşmesi yanında eser sözleşmesinin de bağımsız bir tip olarak tanınmasını kolaylaştırmıştır³⁸. Gerçekten operarum'dan farklı olarak, operis'te, sadece bir iş görmeyi söz vermek değil, iş görmek suretiyle bir sonucu meydana getirmeyi söz vermek de vardır. Mesela³⁹ elbise dikmek, hayvan otlatmak, bina inşa etmek, köle eğitmek gibi aynı zamanda sonuç taahhüdüne de elverişli olan bu maddi fiiller, locatio conductio operarum'un olduğu kadar locatio conductio operis'in konusunu oluşturmaya da uygundur. Borcun konusu bakımından her iki sözleşme arasında herhangi bir fark olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Ancak eser sözleşmesindeki yapma borcunun, hizmet sözleşmesindeki aksine, bir vasıta borcu olmayıp sonuç borcu olduğuna dikkat edilmelidir; eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki fark, asıl bu noktadadır. Hizmet sözleşmesinde sonucun ortaya çıkması için gereken çabayı göstermek, dikkat ve özen göstererek çalışmak yeterlidir. Oysaki eser sözleşmesinde, sonucun meydana gelmesi için çalışmak, vasıta olmak yetmez, sonucu başarmak da gerektir.

Sözleşmenin kuruluşuna da burada kısaca değinmeliyiz. Kurulması bakımından eser sözleşmesinin hangi sözleşmeler grubunda yer aldığına dair özel bir bilgi yoktur. Locatio conductio içeriğinde yer aldığına göre, eser sözleşmesi locatio conductio'nun genel karakterine uygun olarak rızai şekilde kurulmak zorundadır⁴⁰; tarafların, objektif esaslı unsurlar üzerinde

evladı ya da kölenin, bir meslek ya da zanaatı öğrenmesi için o meslek ya da zanaat ustasının yanına çırak olarak verilmesi söz konusudur ki bu yolla taraflar arasında kurulan ilişki yine locatio conductio kapsamında düşünülmüştür. Çıraklık sözleşmesinin locatio conductio'nun her üç türünde de kurulması mümkün olmuştur. Bir kölenin çırak olarak verilmesi söz konusu olduğu zaman locatio conductio rei niteliğinde, bir aile evladının çırak olarak verilmesi söz konusu olduğu zaman locatio conductio operarum niteliğinde, sonucun başarılabileceğinin yani mesleki bilginin mutlaka kazandırılacağına taahhüt edildiği durumlarda da locatio conductio operis niteliğinde bir çıraklık sözleşmesinden söz edilmiştir (**Karadeniz**, s. 195-197).

³⁸ **Somer**, s. 14, dn. 37.

³⁹ **Karadeniz**, s. 166; **Söğütlü Erişgin**, Özlem: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara, Seçkin, 2016, s. 149.

⁴⁰ Gai., Inst., 3. 135: “*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatis, mandatis* (Borç ilişkileri alım satımda, locatio conducti'da, şirkette, vekalette rıza yoluyla kurulur)”.

vardıkları bir irade uyuşması yeterlidir⁴¹. Nitekim locatio conductio, rızai sözleşmelerden biri olup sağlanması istenen mal, hizmet ya da eser ile bunun karşılığı olan bedel üzerinde anlaşmayı gerektirir. Bunu D. 19. 2. 1 pr.'dan çıkarıyoruz:

“Locatio conductio, cum naturalis sit, et omnium gentium: non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio”.

“Locatio conductio tabiat gereğidir ve tüm kavimlere aittir. Sözlü değildir, fakat rızai olarak kurulur, alım satıma yaklaşır”.

Her ne kadar bu metinde rızai olarak kurulduğundan bahsedilse de, locatio conductio'nun rızai bir sözleşmeye sonradan dönüştüğü, aslında ilk olarak aynı bir sözleşme⁴² olarak başladığı görüşünün de doktrinde ileri sürüldüğünü eklemek gerekir⁴³. Kimi yazarlar, sözleşmenin aynı şekilde

⁴¹ D. 19. 2. 1 pr.

⁴² Roma hukukundaki aynı sözleşme ile bugünkü hukuktaki aynı sözleşme kavramının birbiri ile örtüşmediğini vurgulayalım. Günümüzde aynı sözleşme, bir aynı hakkın devrini sağlayan sözleşme anlamına gelir. Mülkiyet hakkının devrine ya da bir aynı hakkın kurulmasına yönelik tasarruf işlemidir ve bu tasarruf işlemi borç doğurucu nitelikte değildir, bir aynı hakkın devri ya da tesisi konusundaki anlaşmadır (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 54-55). Roma hukukunda aynı sözleşme ise, contractus realis/real sözleşme niteliğindedir. Bunun anlamı, sözleşmenin kurulması ya da hüküm ifade etmesi için, tarafların irade uyuşmasının yeterli olmayıp malın teslimine de ihtiyaç bulunan bir sözleşme olmasıdır (condensus + res). Roma hukukunda real sözleşme borç doğurucu niteliktedir. Para ödücü, kullanım ödücü, saklama sözleşmesi ve rehin Roma hukukunun aynı sözleşmeleridir. Söz konusu sözleşmelerde, borç ilişkisinin kurulması yani bir borcun doğumu için malın karşı tarafa teslimi şeklinde bir tasarruf işlemi yapmak da gereklidir, ancak bu şartla o sözleşme kurulmuş ve borç doğmuş olacaktır. Günümüzde ise tasarruf işlemi borç doğurmak ya da karşı tarafı borçlandırmak amacıyla değil, bir aynı hakkı tesis etmek amacıyla yapılır. Roma'nın aynı sözleşmeleri olan ödünç (para ve kullanma ödücü), saklama ve rehin sözleşmelerinin her biri bugün birer rızai sözleşmeye dönüşmüştür, yani bugün mesela bir para ödücünün kurulması için bir miktar paranın karşı tarafa verileceği hususunda tarafların anlaşmaları yeterlidir, paranın ayrıca teslimi gerekmez. Günümüz sözleşmeleri arasında, Roma'nın real sözleşme kavramına tekabül eden tek sözleşmesi eşya taşıma sözleşmesidir, bu sözleşmenin kurulması hem tarafların iradelerinin uyuşmasına, hem de eşyanın karşı tarafa teslimine bağlıdır, (Real sözleşme hakkında ayrıntı için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 54-55; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, § 10 n. 8; **Hatemi**, Hüseyin: **Borçlar Hukuku Fasiküller**, İstanbul, y.y., 2006, § 2 N. 17.

⁴³ **Mayer-Maly**, Theo: Locatio Conductio, eine untersuchung zum klassischen römischen recht, Band IV, Wien, 1956, s. 81 vd.

kurulumunun yalnızca eski hukuk devrine ait olduğu kanaatini taşıırken; kimileri, aynı niteliğin klasik hukuk devrinde bir müddet daha devam etmiş olabileceğini ileri sürmektedirler. Fakat hakim görüş, klasik çağın ortalarından itibaren locatio conductionun tarafların sadece sözleşme konusu ve bedel üzerinde anlaşmaya varmalarıyla kurulan rızai bir sözleşmeye kesin olarak dönüştüğü yolundadır. Post klasik devirde ise locatio-conductio, Doğu hukuklarının etkisiyle yazılı şekle uyularak kurulması gereken bir sözleşme durumundadır⁴⁴.

C. Unsurları

1. Genel Olarak

Locatio conductio operis'in sahip olduğu objektif esaslı unsurlardan açıkça bahseden bir metin yoktur. Ancak locatio conductio'nun kapsamında düzenlenmiş olması, locatio conductio'ya ilişkin tespitlerin locatio conductio operis için de geçerli olduğu sonucuna bizi ulaştırabilir. Buna göre locatio conductio'nun objektif esaslı unsurları; kullanılması kararlaştırılan mal ya da görülmesi istenen hizmet yahut da meydana getirilmesi amaçlanan eser (sonuç) ile bunların karşılığı olan bedeldir. Sözleşmenin kurulması bu iki unsur üzerindeki irade uyuşmasına bağlıdır. Bir bedel karşılığında bir eşyanın başkasına kullanılması halinde locatio conductio rei'den, bir hizmetin vaat edilmesi halinde locatio conductio operarum'dan, bir eserin ya da sonucun meydana getirilmesinin söz verilmesi halinde locatio conductio operis'ten bahsedilir. Bu durumda conductio operis'in objektif esaslı unsurları, bir sonuç meydana getirmek ve bedel üzerinde anlaşmaktır. Bu iki unsur üzerinde irade uyuşması sözleşmenin kurucu unsurudur.

2. Sonuç Meydana Getirme

Sonuçtan kasıt, bir iş görmenin başarılacağına taahhüt edilmesidir. Burada, sadece maddi varlığı olan bir eserin mi yoksa maddi bir fiilin mi sonuç olarak taahhüt edileceği meselesi tartışılabilir. Ücret karşılığı bir malın saklanması⁴⁵, eşya taşınması⁴⁶, elbise temizlenmesi, alet edevat onarılması, köle eğitilmesi gibi fiillerin⁴⁷ locatio conductio operis'e konu olmasından

⁴⁴ Bu görüş ve tartışmalar için bkz. **Karadeniz**, s. 121.

⁴⁵ D. 19. 2. 40.

⁴⁶ **Tahiroğlu**, s. 235.

⁴⁷ **Schmidlin/Cannata**, s. 143-144; Ayrıca bkz. **Somer**, s. 52, dn. 137.

anlaşılmaktadır ki bir eserin bünyesinde somutlaşmayan maddi fiiller⁴⁸ de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmektedir. Ancak, operarum'dan farklı olarak, operis'te her türlü iş değil, ancak mesleki bilgi ve uzmanlığı gerektiren işler sözleşmeye konu edilebilir⁴⁹. Eser sözleşmesine konu olacak

⁴⁸ Ortak hukukta da eser kavramı, maddi veya maddi olmayan sonuçları içine alacak kadar geniş anlaşılyordu Bu hususta bkz. **Becker**, H.: Eser (İstisna) Sözleşmesi, Çeviren: Suat Dura, Yargıtay Dergisi, 1983, C. 9, Sayı: 3, s. 310.

⁴⁹ Durum bugünkü hukukumuzda da aynıdır; yalnız maddi fiillerin somutlaşmış hali olan eserler değil, bizzat iş görme fiilleri de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Eser sözleşmesine ilişkin MK m. 470'te açıkça eser kavramından bahsedilmektedir: “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”. Çoğunluk görüşü, maddede geçen eser kavramının bir sonuç taahhüdü şeklinde anlaşılması gerektiğini savunur. Buna göre, maddi varlığı olmayan yani somutlaşmamış fikri ve bedeni iş görmeler de eser sözleşmesi kapsamında yer alabilir. Reklam kampanyası hazırlanması, mağaza vitrininin düzenlenmesi, bahçevanın bahçeyi sulaması, sinemada film gösterimi gibi fiiller eser sözleşmesine konu olmaya elverişlidir, (Bu konuda tartışmalar için bkz. **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987, 1987, s. 2-34). Eser kavramının bu denli geniş yorumlanması ister istemez beraberinde vekalet ile eser sözleşmesinin nasıl ayırt edileceği problemini beraberinde getirmektedir. Hiç şüphesiz bu sorun, taraf iradelerinin yorumu ile aşılabacaktır. Bununla birlikte, yoruma yardımcı bazı kriterler de doktrinde önerilmektedir. Eser sözleşmesine konu olabilecek iş görme fiillerinin sonuç taahhüdüne elverişli fiiller olması gerektiğinin altı çizilmektedir. Başka deyişle, eser sözleşmesinden bahsedebilmek için, başlangıçta ortaya konan sonuç tasarısıyla, ortaya çıkan sonucun birbirine uygun olup olmadığı denetlenebilir olması şarttır. Örneğin bir ressamın yaptığı tablonun veya bir şairin yazdığı şiirin ya da bir spikerin yaptığı haber sunumunun ayıplı olduğu söylenemeyecektir, zira başlangıçtaki sonuç tasarısı ile ortaya çıkan sonucun birbirine uygunluğu denetlenebilir değildir, bu gibi hallerde sonuç taahhüdüne elverişli bir fiilden bahsedilemez. Bu tür örnek olaylarda olduğu gibi, sonucun tamamen kişisel özelliklerle belirlendiği ya da sonucun ortaya çıkmasında başka etkenlerin de rol oynadığı durumlarda eser sözleşmesinden bahsedilemez. Gerçekten bir musiki eserinin bestelenmesi veya bir şiir yazımının söz verildiği hallerde sonuç, bestecinin ya da şairin kişisel özellikleri ile belirlenecektir. Başka deyişle, sonucu ortaya çıkaran unsur, bizatihi kişisel özelliklerdir; bu özelliklerin ayıplı olduğundan, yani ortaya çıkan sonucun sözleşmede kararlaştırılan gibi olmadığından bahsedilemeyecektir. Aynı şekilde, bir hastalığın tedavisi söz konusu edildiğinde, hastanın iyileşmesi sadece doktorun başarısına değil hastalığın niteliği, süresi, hastanın yaşı, genetik yapısı gibi pek çok etkene de bağlı olacaktır. Bu nedenle, bu gibi fiilleri eser değil, vekalet sözleşmesi kapsamında görmek daha isabetli olur (Ayrıntı için bkz. **Kurşat**, Zekeriya: “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, İÜHFM, C. LXVII, (67), 2009, sayı: 1-2, s. 143-166; Ayrıca bkz. **Erdoğan**, İhsan: İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle

işlerin daha çok “opus” kavramının altına yerleştirilmiş olmasının nedeni de budur⁵⁰.

3. Eser Bedeli

Eser bedeli, sözleşmenin diğer objektif esaslı unsurudur⁵¹. Bu sonuç özellikle I. Inst. 3. 24 pr.’dan anlaşılmaktadır:

Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis consistunt. Nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit,

Karşılaştırılması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1990, C. 13, sayı: 1, s. 135 vd.; **Gökayla**, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişiklikleri, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2009, s. 5-10). Ekleyelim ki Roma hukukunda da benzer bir sorun vardır. Vekaletin, başlangıçta sadece bir hukuki işlemin yapılmasını konu alırken, zamanla tüm maddi fiilleri içine alacak genişlikte akdedilmeye başlanması, Roma’da da eser ve vekalet ilişkilerinin pratik ayrımı sorununu gündeme getirmiştir. Ancak ayrımı yapmanın Türk hukukundaki kadar zor olmadığını belirtelim. Vekalet sözleşmesine ancak fikri faaliyetlere dayanan mesleki bilgi ve deneyimin konu edilebileceği kabul edildiğinden, Roma’da bu ayrımı yapmak kolaydır. Kural olarak, kol gücüne dayanan iş görmeler eser sözleşmesine, fikri güce dayanan iş görmeler vekalet sözleşmesine konu olmuştur (**Karadeniz**, s. 211-212; **Emiroğlu**, Haluk: “Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 1, s. 101 vd.

⁵⁰ D. 50. 16. 5. 1: “*Opere locatio conductio, his verbis Labeo signiicari ait it opus, quod Graeci «apotelesma» (effectum) vocant, non ergen (opus) id est ex opere facto corpus aliquod perfectum* (Labeo, Grek’lerin «apotelesma» diye adlandırdıkları işi şu kelimelerle ifade eder: locatio conductio operis. Ergon (opus) iş değil, yapılmış bir işten tamamlanmış bir bütün, sonuç)”; (Metnin çevirisi için bkz. **Somer**, s. 14). Roma’da iş kavramını ifade için labor, opus/opera ve negotium olmak üzere üç ayrı tabirin kullanıldığı görülür. Zahmet, sıkıntı, yorgunluk anlamlarına gelen labor sözcüğünün hukuki bir terim olmaktan çok, günlük dilde kullanılan iş kavramının karşılığı olduğu söylenebilir. Opus/opera ise bir sonuca yönelik maddi fiiller olarak hukuk dilinde teknik bir anlama sahiptir. Negotium ise her türlü insan fiiline karşılık gelen teknik bir tabirdir (**Karadeniz**, s. 33). Roma hukuku kaynaklarında geçen bu üç terim arasında, modern hukukun iş kavramını en fazla karşılayan, opera terimidir. Zira çağdaş iş kavramının, emek ve zahmet içermesi yanında ekonomik değer taşıması da şarttır. Ekonomik değer taşıyan maddi fiiller söz konusu olduğu zaman Romalıların en fazla kullandıkları sözcük opera sözcüğüdür ve bu nedenle opera sözcüğünün bugünkü iş veya iş görme kavramını daha fazla karşıladığını söylemek yanlış olmaz. Buna karşılık, modern eser sözleşmesinin konu aldığı iş görmeler ifade edilmek istendiği zaman ise opera sözcüğü yerine, D. 50. 16. 5. 1’den anladığımız kadarıyla, opus sözcüğü daha fazla tercih edilmiştir.

⁵¹ Locatio conductio operis’te eser bedeli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Soydan**, Ceren: “Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Eser Sözleşmeleri (Locatio Conductio Operis)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, s. 48 vd.

sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur, si merces constituta sit. Et competit locatari quidem locati actio, conductori vero conducti.

Locatio ve conductio alım satımaya yakındır ve aynı hukuk kaideleri ile tanzim edilir. Filhakika, nasıl alım satım semen üzerinde mutabakat hasıl olduğu vakit inikat ederse, locatio ve conductio da, ücret (merces) üzerinde mutabakat hasıl olduğu vakit akdedilmiş sayılır; locator'a actio locati, conductor'a actio conducti verilir⁵².

Benzer bir metin D. 19.2.2 pr.'da yer almaktadır:

D. 19. 2. 2 pr. Gaius Libro II Rerum Quotidianarum

Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, isdemque iuris regulis consistit. Nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit

D. 19. 2. 2 pr. Gaius Res Quotidianus'un II. kitabından

Locatio conductio, alım satımaya yakındır ve aynı hukuk kuralları ile düzenlenmiştir. Alım satım, üzerinde uyuşulan semene dayandığı gibi locatio conductio da, üzerinde uyuşulan bir bedele dayandırılır.

Eser bedelinin sözleşme kurulurken belirlenmiş olması şarttır. Taraflar, eserin bir bedel karşılığı meydana getireceği hususunda anlaşmışlar, fakat ne miktar olacağını kararlaştırmayıp bedel tayinini ileriye bırakmışlarsa, locatio conductio operis'in kurulduğundan bahsedilemez. Burada olsa olsa isimsiz bir sözleşme mevcuttur ve herhangi bir uyuşmazlık halinde de isimsiz sözleşmelerin davası olan actio praecriptis verbis tanınabilir⁵³. I. Inst., 3. 24. 1, bu hususu açık seçik kaleme alan bir metindir:

“...Qua de causa si fulloni polienda curandave aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intellegitur, sed eo nomine praescriptis verbis actio datur”.

⁵² Çeviri için bkz. **Iustinianus**, Institutiones, Türkçe metin: Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968. (Çalışmada kullanılan Iustinianus'un Institutiones'inin metinlerinin çevirisinde bu kaynaktan yararlanılmıştır).

⁵³ Bu sonuç locatio conductio kapsamındaki diğer sözleşmeler için de geçerlidir. Sağlanacak şey bir mal, hizmet ya da eser olabilir; fakat ücret daima bir miktar paradan ibaret olmak zorundadır. “İrade uyuşması” kurucu unsurunun içeriğinde, ücret esaslı unsuru üzerinde de bir uyuşma şart olduğundan, ücret belirlenmeksizin ya da belirlenebilir olmaksızın yapılan bir sözleşme locatio conductio değildir; bu gibi durumlarda locatio conductio'dan değil, duruma göre başka bir sözleşmeden örneğin bir kullanım ödünçünden ya da çoğu kez do ut facias (veriyorum yapman için) veya facio ut facias (yapıyorum yapman için) formülünde kurulan bir isimsiz sözleşmeden bahsedilir (**Rambaud**, s. 237; **Somer**, s. 27 dn. 75). Aynı yönde bkz. **Honig**, s. 131.

“...Bir kimse temizleyiciye, temizlensin ve düzeltsin diye veya terziye diksin diye ücretini derhal tayin etmeden, elbiseler verirse ve aralarında, verilecek ücretin sonradan tayini kararlaştırılırsa hakiki manada bir locatio conductio yapılmış sayılmaz ve bu ilişkiden bir actio praecriptis verbis doğar”.

Eser bedelinin tayininin üçüncü kişiye bırakılması halinde bir eser sözleşmesinin kurulmuş olup olmayacağı meselesi de ayrıca tartışılmış ve mesele, I. 3. 24. 1’deki satış sözleşmesine gönderme yapılarak çözümlenmiştir:

“Et quae supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intellegamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit.”...

“Yukarıda söylemiş olduğumuz, semenin üçüncü kişinin takdirine bırakılması keyfiyetini, eser bedelinin başkasının takdirine bırakılması hali olarak, locatio conductio hakkında da söylenmiş addediyoruz. ...”.

Gönderme yapılan satış sözleşmesine ilişkin I. Inst., 3. 23. 1 metninde ise mesele şöyle çözümlenmiştir: Eğer üçüncü kişi bedeli takdir etmişse, bu bedel satış bedeli olarak kabul edilip, alıcıya bu bedel ödetilecektir; eğer üçüncü kişi bedeli takdire yanaşmıyorsa, satış sözleşmesinin kurulmamış olduğuna hükmedilecektir⁵⁴.

Sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir, zira yüklenici olan conductor’un asli borcu eseri meydana getirip teslim etmek; iş sahibi olan locator’un borcu eser bedelini ödemektir⁵⁵. Eseri teslim borcunu ifa etmemesi halinde yükleniciye karşı açılacak dava actio locati; iş sahibinin eser bedelini ödememesi halinde iş sahibine karşı açılacak dava actio conducti’dir⁵⁶.

⁵⁴ I. Inst., 3. 23. 1. Metinde, söz konusu çözümün locatio conductio sözleşmelerine de teşmil edildiğinden ayrıca bahsedilmektedir.

⁵⁵ Burada Roma hukukunda mevcut olmayan bir ayrımı da ele almak gerekir. Bugün eser sözleşmesi ani edimli bir borç ilişkisi olarak kabul edilmektedir. Modern hukuklarda yapılan ani edimli-sürekli edimli- dönemli edimli sözleşme ayrımı, ifaya olan menfaatin süreye yayılıp yayılmamasına dayanan bir ayrımdır. İfaya olan menfaatin, mesela bir sanatçının iki saat boyunca konser vermesinde olduğu gibi, zamana yayıldığı durumlarda sürekli edimli; ifaya olan menfaatin, mesela satıcının malı teslim etmesinde olduğu gibi, zamana yayılmayıp anında sağlandığı durumlarda ani edimli bir ilişkiden bahsedilir (Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s. 5 vd.). Böyle bir ayrımın Roma hukukunda da yapıldığına dair elimizde bir kaynak yoktur (Sommer, s. 46, dn. 121).

⁵⁶ Actio locati hakkında D. 19. 2. 13. 3, actio conductio hakkında D. 19. 2. 15 pr., (Davalara hakkında ayrıntı için ise bkz. Sommer, s. 123 vd.).

II. ESER SÖZLEŞMESİNDE İFA İMKANSIZLIĞI KAVRAMI

İmkansızlık, borcun ifasına engel fiziksel ya da hukuksal bir durumun ortaya çıkmasıdır⁵⁷. Eser sözleşmesinde imkansızlık ise, eserin teslimine ya da tamamlanmasına engel fiziksel ya da hukuksal bir durumun ortaya çıkmasıdır⁵⁸. İmkansızlık başlangıçta, henüz sözleşme kurulmazdan önce ortaya çıkabileceği gibi sözleşmenin kurulmasından sonra da ortaya çıkabilir. Baştaki ve sonraki imkansızlık ayrımı Roma hukukunda da bilinmekle beraber metinlerde, eser sözleşmesinin baştaki imkansızlığına yer verilmeyerek sadece sonraki imkansızlık üzerinde durulmuştur. Teslimi ya da meydana getirilmesi imkansız olan bir edim henüz sözleşme kurulurken söz verildiğinde, yani başta bir imkansızlık bulunduğu, taraflar arasındaki ilişkinin akıbetini, imkansızlığa dair genel bir metin sayılan ve hukuk dünyasında bir özdeyiş gibi kullanılan D. 50. 17. 185'ten anlıyoruz: “*Impossibilium nulla obligatio est (İmkansızlıktan hiçbir borç doğmaz)*”. Metin, gayet açık olarak baştaki imkansızlık halinde taraflar arasında herhangi bir borç ilişkisinin kurulmadığını tespit etmektedir. Tüm sözleşme ilişkileri için geçerli olan bu kural, locatio conductio için ve elbette, locatio conductio başlığı altındaki eser sözleşmesi için de geçerlidir. Eser sözleşmesinin baştaki imkansızlığına

⁵⁷ **Cuq**, s. 631. Modern hukukta da imkansızlık, borcun ifası olanağını ortadan kaldıran fiziksel ya da hukuksal bir engelin ortaya çıkması halidir. Başlangıçta mevcut olabileceği gibi sonradan da ortaya çıkmış olabilir. Başta mevcut olması bakımından imkansızlığın objektif ya da sübjektif olması önemlidir. Eğer imkansızlık objektif ise, hiç kimse tarafından yerine getirilemeyecek bir edim söz verilmiş olacağı için, sözleşmenin hüküm doğurmayacağı açıktır. Tarafların gerçekte borç altına girmek istemedikleri bu gibi hallerde böyle bir sözleşmenin anlamsız olacağı açıktır. Sadece borçlunun yerine getiremeyecek olduğu bir edimden bahsedilen sübjektif imkansızlık hallerinde ise, sözleşme geçerli kabul edilmekle birlikte, sonraki imkansızlık hükümlerine tabi olacaktır. Edimin ifası borçludan talep edildiğinde, borçlunun sorumluluğu, ifa etmemede kusurunun bulunup bulunmadığına göre tayin edilecektir. Elbette buradaki kusura, ifaya engel olan durumu bile bile borçlunun böyle bir ilişkiye girip girmediğine göre bakılacaktır (**Öz**, M. Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte, İstanbul, Kazancı, 1989, s. 156-157). İfa yokluğuna neden olan fiziksel ya da hukuksal engelin sonradan ortaya çıkması durumunda sonraki imkansızlıktan bahsedilir. Sözleşmenin kurulmasına etki etmeyen sonraki imkansızlık halinin, objektif ya da sübjektif surette ortaya çıkmasının da bir önemi yoktur. Edimin ifasından borçlunun sorumlu tutulup tutulmayacağı, onun kusuruna göre saptanacaktır; imkansızlığın kaynağında kusuru varsa, TBK m. 112 uyarınca borcu ifasından zararı giderme borçlusu olarak sorumlu olmaya devam edecek; imkansızlığın kaynağında kusuru yoksa, TBK m. 136/2 uyarınca borçtan kurtulacaktır (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 903 vd.).

⁵⁸ D. 19. 2. 59; D. 19. 2. 62; D. 19. 2. 37.

pek nadir rastlanır; kutsal sayılan bir mekanda özel mülkiyete tabi olacak bir bina inşasının söz verilmesi baştaki imkansızlığa verilen en tipik örnektir⁵⁹. Başlangıçtan itibaren imkansız olan bir edimin eser sözleşmesine konu edilmesi halinde, D. 50. 17. 185'teki genel kural gereği, eser sözleşmesinin hiçbir hüküm doğurmayacağı açıktır. Fakat hemen belirtelim ki burada sözü edilen imkansızlık objektif imkansızlık olup, borçlunun kişiliğine ait subjektif imkansızlık halleri, mesela borçlunun eseri tamamlamasına engel fiziksel bir rahatsızlığının bulunması buraya girmez. Baştaki subjektif imkansızlık eser sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasını etkilemez⁶⁰.

Eser sözleşmesinde ifanın imkansızlaşması çoğu kez sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkabilir. Bu da, eserin tesliminin imkansızlaşması ya da eserin tamamlanmasının imkansızlaşması biçiminde iki aşamalı olarak karşımıza çıkar: Ya eser tamamlanıp teslim hazır hale getirilir ancak iş sahibine teslim edilmezden önce yok olur; ya da eser teslim hazır hale getirilmeden, daha tamamlanma aşamasındayken yok olur. İfa imkansızlığının ortaya çıkabilmesi bakımından eser sözleşmesinde görülen bu iki aşamalılık, bu noktada eser sözleşmesini satış sözleşmesinden ayırmaktadır. Satış sözleşmesinde imkansızlık sadece teslim aşamasında ortaya çıkabilecek iken, eser sözleşmesinde hem tamamlanma hem teslim aşamasında ortaya çıkabilir. Bu da doğaldır, zira eser sözleşmesinde yüklenici, kendi çalışması ile meydana getirebileceği bir eseri söz verdiği için, hem eseri meydana getirmek hem de bu eseri teslim etmek borcu altındadır. Bu da satışıdaki imkansızlıktan farklı olarak, eser sözleşmesinde imkansızlığın gerek teslim gerek tamamlanma aşamasında ortaya çıkabilmesini sonuçlar. Buna bağlı olarak, eser sözleşmesinde imkansızlıkla ilgili hükümler, imkansızlığın eserin teslimi veya tamamlanması aşamasında ortaya çıkmasına göre farklılık arz etmekte ve ayrı ayrı ele alınmaktadır. Günümüz hukuku bakımından söz konusu olan bu ayrılığı, çok net olmamakla birlikte, Romalıların da bildiklerini söyleyebiliriz. Kısmen tamamlanmasının ardından deprem sebebiyle yıkılan bir bina inşasının uyuşmazlık konusu yapıldığı bir metinde⁶¹, eserin henüz teslim hazır hale gelmeden önce de telef olabileceği üzerinde durulmakta ve bu mesele imkansızlık kapsamında ele alınmaktadır. Diğer taraftan, imkansızlıkla ilgili metinlerde, eserin tamamlanıp teslim hazır hale gelmesinden sonraki telefiyeti üzerinde daha fazla durulduğu da ortaya konulması gereken bir tespittir.

⁵⁹ Rado, s. 10.

⁶⁰ Rado, s. 10.

⁶¹ D. 19. 2. 59.

III. ESER SÖZLEŞMESİNDE İFA İMKANSIZLIĞININ HUKUKİ SONUÇLARI

A. Eserin Tesliminin İmkansızlaşmasının Hukuki Sonucu

1. Kusurlu İmkansızlık Sebebiyle Eserin Teslim Edilememesi

a. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde yüklenicinin asıl borcu, eseri meydana getirmek ve teslim etmektir. Yüklenici, bu sözleşme ile, dies operis (eser süresi)⁶² olarak adlandırılan belli bir zaman sürecinde eseri tamamlayıp teslim etme borcu altına girer. Asli borcunu ifa edemeyen yüklenici hakkında sorumluluk hukukunun genel prensipleri işlemeye başlayacaktır. Buna göre; yüklenicinin eseri teslim edemeyecek olması bizzat borca aykırılıktır ve borca aykırılık halinde, iş sahibinin de malvarlığında bir zarar meydana gelmiş demektir. İş sahibinin malvarlığındaki zarar eserin teslim edilememesinden ileri geldiği için zarar ile borca aykırı davranış arasında illiyet bağı da kurulmuş olacaktır. Bu durumda yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için geriye, zararın yüklenicinin kusurundan ileri gelip gelmediğinin incelenmesi kalmaktadır. Eserin teslim edilememesi, eserin tamamlanamaması nedeniyle olabileceği gibi tamamlanmış eserin tesliminden kaçınılması nedeniyle de olabilir. Her iki halde de sonuç aynıdır; yüklenici eseri teslim hazırlanmaya hazır hale getirmemekte ya da teslim hazırlanmaya hazır hale getirdiği eseri teslim etmemekte kusurlu ise, zararı giderme borçlusu olarak borçtan sorumlu olmaya devam eder⁶³.

Eser sözleşmesindeki yüklenicinin yapma borcu biçimindeki yükümlülük borcunun, kusurlu ifa yokluğu halinde, zararı giderme biçiminde bir sorumluluk borcuna dönüşeceğine ilişkin kural, Roma hukukunun sorumlulukla ilgili genel prensiplerinden çıkarılır. Kusurlu olarak borcunu ifa etmeyen borçlunun borcu sona ermeyecek, aksine, sürekli hale gelecektir. D. 45. 1. 91. 3'te⁶⁴ tüm borç ilişkileri bakımından ifade edilmiş kuralın, kanaati-

⁶² Bu zamanın ne kadar olacağı sözleşmede taraflarca kararlaştırılır, eğer kararlaştırılmamışsa bonus virus (iyi ve adil olan) bir kimse tarafından işin tamamlanması için gereken süre, eserin teslim süresidir (**Karadeniz**, s. 176). Fikrimize göre burada kastedilen süre, ifanın hazırlık süresi olup bu sürenin vade ile bir ilgisi yoktur. Vade, hazırlık süresi içinde tamamlanmış bir eserin, iş sahibinin kabulüne arzı için taraflarca ayrıca kararlaştırılan bir süre demektir.

⁶³ Roma hukukunun genel sorumluluk prensipleri hakkında bkz. **Petit**, s. 482 vd.; **Di Marzo**, s. 364 vd.; **Schmidlin/Cannata**, s. 81 vd. ve özellikle s. 87; **Rado**, s. 22 vd.

⁶⁴ Ayrıca bkz. D. 46. 3. 107.

mize göre, eser sözleşmeleri bakımından da aynen geçerli olduğunda bir tereddüt bulunmamalıdır:

D. 45. 1. 91. 3 Sequitur videre de eo quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem...”

D. 45. 1. 91. 3 Eskilerin yerleştirdiği kuralı görmeye geçilir, kusurunun vuku bulunduğu her defasında borçlunun borcu sürekli hale gelir.

Kusurun varlığını ve derecesini belirlemek bakımından da yine genel sorumluluk prensiplerine göre hareket edildiğini söylemek yanlış olmaz. Roma'nın klasik devrinde hakim olduğu kabul edilen objektif (kusura dayanmayan) sorumluluk rejimi, Iustinianus devrinde subjektif (kusura dayanan) sorumluluk rejimine dönüştürülmüştür⁶⁵. Klasik dönem ile Iustinianus döneminin sorumluluk prensiplerinin birbirinden ciddi ölçüde farklılaşması, sözleşmesel ilişkiler bakımından borçlunun sorumluluğu meselesinin ayrı ayrı ele alınmasını gerektirmektedir ve bu nedenle, borçlunun sorumluluğunu dönemlere ayırarak incelemek Romanist doktrinde bir gelenektir. Bu geleceğe riayet eser sözleşmesi bakımından da faydalıdır.

b. Klasik Hukuk Döneminde

Roma'nın klasik devrinde objektif sorumluluk anlayışının hakim olduğu baskın biçimde kabul edildiğinden⁶⁶, yüklenici, eseri teslim edememekten veya tamamlayamamaktan dolayı kusuru olsa da olmasa da sorumludur. Alacaklının malvarlığında bir zararın meydana gelmiş ve bu zarar ile yüklenicinin borca aykırı davranışı arasında bir illiyet bağının kurulmuş olması, sorumluluk için yeterlidir. Yüklenicinin eseri niçin teslim edemediği, borca aykırı davranışında bir kusurunun bulunup bulunmadığı önemli değildir. Bu durum, yüklenicinin kendi iradesi dışında gerçekleşen beklenmedik hallerden dahi sorumlu tutulabileceği anlamına gelmektedir. Bunun tek istisnası vis maior ya da damnum fatale olarak bilinen mücbir sebep halleridir⁶⁷.

Diğer taraftan, Roma'nın klasik dönemindeki sorumluluk prensipleri bakımından meselenin bu kadar basit olmadığını da vurgulamak gerekir. Zira klasik dönemde bazı sözleşmesel ilişkiler bakımından, custodia adı verilen özel ve Roma hukukuna özgü olan bir sorumluluk anlayışının var olduğu bilinmektedir. Sözcük anlamıyla “nezaret/koruma” anlamlarına gelen

⁶⁵ Rado, s. 23; Tahiroğlu, s. 44.

⁶⁶ Monier, II, s. 221; Rado, s. 23; Tahiroğlu, s. 44.

⁶⁷ Monier, II, s. 221 vd.

custodia, bir malı iade etme yükümü altında bulunan borçlunun, mala nezaret etmemesi ya da onu korumaması sebebiyle mala gelen tüm zararlardan sorumlu tutulması demektir. Custodia'nın, borçluyu yer yer beklenmedik hallerden sorumlu tutacak kadar ileri giden oldukça ağır bir sorumluluk rejimi olduğunu vurgulamak gerekir⁶⁸. Custodia'ya göre, verme borcu altında bulunan bir borçlu, malın çalınması gibi nezaretle önleyebileceği varsayılan bir takım beklenmedik hallerden sorumlu tutulur fakat gasp, yağma gibi nezaretle önleyemeyeceği düşünülen beklenmedik hallerden sorumlu tutulmayarak borcundan kurtarılırdı⁶⁹. Buna göre mesela kullanma ödücü olarak aldığı bir malı, bu malın çalınması sebebiyle iade edemeyen ödünç alanın, hırsızla ortak hareket etmediği sürece, iade borcuna aykırı davrandığı ve bu nedenle kullanma ödücü ilişkisinden dolayı sorumlu olduğu söylenemez. Fakat mala nezaret (custodia) etmediği ve bundan dolayı sorumlu tutulacağı söylenebilir. Buna karşılık iade borcuna aykırılığın gasp nedeniyle meydana geldiği hallerde custodia'dan sorumluluk gündeme gelmez⁷⁰.

Custodia sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte⁷¹, eser sözleşmesinde yüklenicinin custodia'dan sorumlu tutulup tutulamayacağını belirlemek gerekir. Custodia sorumluluğu altında bulunan kişiler;

⁶⁸ **Sütken**, Elvan: "Roma Hukukunda Özel Kusursuz Sorumluluk Halleri", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 233.

⁶⁹ **Sütken**, s. 233.

⁷⁰ **Monier**, II, s. 227; **Paris**, Jean: La Responsabilité De La Custodia En Droit Romain, Paris, Recueil Sirey, 1926, s. XIV-XV ve özellikle s. 6 vd.; **Erdoğan**, Belgin: "Klasik Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C: I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 906.

⁷¹ Custodia sorumluluğunun hukuki niteliği Roma hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Tartışmaya neden olan, Iustinianus döneminde bir tür özen (diligentia) sorumluluğuna dönüştürülmesi nedeniyle custodia'ya ilişkin metinlerin silinmesi ve bu nedenle custodia hakkında ulaşılan bilgilerin oldukça sınırlı olmasıdır (**Di Marzo**, s. 365). Custodia'nın, kusursuz sorumluluğun özel bir şekli mi, yoksa bir sorumluluk ölçütü mü olduğu meselesi, tartışmanın kilit noktasıdır. Custodia'nın bir kusursuz sorumluluk türü olduğunu kabul eden görüş ağırlıktadır. Bu görüşe göre, custodia sorumluluğu hırsızlık, üçüncü kişilerce mala verilen zararlar ve hayvanların yol açtıkları zararlar gibi belli başlı olayları kapsamına alan sınırlı bir niteliğe sahip olsa da, objektif nitelikte bir sorumluluk olarak kabul edilmek gerekir, (bu görüşte **Baron**, "Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias, oder die Haftung für Custodia, Archive für die Civilistische Praxis, 52, 1869, s. 44 ve Die Haftung bis zur höheren Gewalt, Archive für die Civilistische Praxis, 78, 1892, s. 203'den nakleden **Paris**, s. VII vd., Türk huku-

satıcı, kullanma ödünçü alan, ivazsız olarak bir mağazadaki veya depodaki malları korumakla görevli olan horrearius, locatio conductio'da conductor rei ve conductor operis faciendi (kiracı ve yüklenici), ortaklığın amacına özgülenmiş mallar için şirket ortakları, klasik dönem sonlarından itibaren de

kunda aynı yönde **Erdoğan**, "Custodia", s. 895-907). Custodia'nın bir objektif bir sorumluluk olduğunu reddeden görüşe göre custodia, aslında bir kimseye malı özenli koruma borcu yükleyen ve bu anlamda, o kimseyi nezaret ya da koruma borcundaki kusurundan dolayı sorumlu tutan bir sorumluluk ölçütüdür, (Hasse, Die Culpa des Römischen Rechts, 1, edition, 1815, 2. Édition, Bonn, 1838'den nakleden: Paris, s. I vd., Türk hukukunda aynı yönde **Tamer Güven**, Diler: Culpa In Eligendo, Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul, Der Yayınları, 2001, s. 29-30). Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, sorumluluğun kusura dayanması ile kusurun objektif olarak belirlenmesi farklı kavramlardır, birbirine karıştırılmamalıdır. Kusura dayanan sorumluluğunun esas alındığı bir hukuk düzeninde kusur, objektif ölçülere göre de belirlenebilir ve bu, o hukuk düzeninde objektif sorumluluk rejiminin kabul edildiği anlamına gelmez. Custodia, bir kimsenin kusursuz olsa dahi sorumlu tutulmasından çok, mala nezaret etmedeki kusurundan objektif bir ölçütle sorumlu tutulması anlamını taşır. Borçlunun borç konusu mala nezaret etmedeki kusuru, kişisel özellikleri dikkate alınarak subjektif olarak değil, zararı meydana getiren olayın nezaretle engellenebilecek bir olay olup olmadığı dikkate alınarak objektif olarak belirlenir. Mesela hırsızlık böyledir. Klasik devirde verme borcu altında olan bir borçlu hırsızlıktan sorumlu tutulmuştur. Ancak bu bizi derhal custodia'nın objektif sorumluluğunun bir türü olduğu sonucuna götürmemelidir. Gerçi hırsızlık, gerçekten de bir beklenmedik hal olduğu için, borçlunun beklenmedik hal sorumluluğunun bulunduğu gibi bir anlamın çıkarılmasına neden olabilir, fakat bu yanıltıcıdır. Zira borçlunun hırsızlıktan her şart ve durumda sorumlu tutulacağı kabul edilmesi, hırsızlığın custodia ile engellenebilecek bir olay olduğu varsayımına dayanmaktadır. Mesela üçüncü kişilerin cebir ve şiddet kullanarak yaptıkları hırsızlıklardan borçlular sorumlu tutulmamışlardır, çünkü cebir ve şiddetin nezaretle önleneyeceği varsayımsal olarak kabul edilmemiştir. Bu bakımdan borçlunun custodia'dan sorumluluğunun tespiti, somut olaya bakmaya ve borçlunun mala nezaret ya da malı koruyup gözetmede bir kusurunun bulunup bulunmadığını sorgulamaya bağlıdır. Bu durumda custodia, nezaretteki kusur olarak culpa kavramının içine dahil olmakta, onun bir dalı haline gelmektedir (Ayrıntı için bkz. **Tamer Güven**, s. 32 vd.). Custodia'nın bir sorumluluk türü ya da sorumluluk ölçütü olmaktan çok bir sorumluluk borcu olarak görülüp görülemeyeceği de akla ayrıca gelen bir sorudur. Zira borçlu, custodia ile aslında hırsızlık fiilinden değil, hırsızlığın meydana gelmemesi için gereken özeni göstermemekten sorumlu tutulmaktadır. Başka deyişle borçlunun asli borcu olan verme borcu, hırsızlık nedeniyle ortadan kalkmakta, fakat bu defa bir yan edim olarak nitelendirilebilecek özen borcu ihlal edilmiş sayılmaktadır. Bu durumda custodia, tıpkı bugünkü hukukumuzda yer verilen, edim yükümünden bağımsız borç ilişkilerinde olduğu gibi borçlunun özen ve koruma borcu niteliğinde kabul edilip, borçlunun bu borca aykırı davranmasından dolayı kusuru ölçüsünde sorumlu tutulması anlamında yorumlanmaya da müsaittir. Bu, başka bir tartışmanın konusu olacak kadar geniş kapsamlı olduğundan burada ayrıntıya girmiyoruz.

rehinli alacaklılar olarak sayılmıştır⁷². Buradan eser sözleşmesinde de yüklenicinin custodia ile sorumlu tutulduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Eser sözleşmesindeki yükleniciler için custodia sorumluluğunun ilk kez, temizleyiciler ve örücüler için getirildiği bilinmektedir⁷³. Bu kimselerin, kendilerine bırakılan malzemeye gelecek zarardan dolayı custodia ile sorumlu tutulacaklarından bahsedilmektedir⁷⁴. Bu noktada, yüklenicinin işin sonucundan da custodia ile sorumlu olacağı görüşü ileri sürülmüştür⁷⁵. Başka deyişle, bu görüşe göre yüklenicinin custodia'dan sorumluluğu işin sonucu bakımından da geçerlidir. Bu görüş taraftarlarınca, klasik devirde custodia sorumluluğu hakim olduğu için culpa imperitia (mesleki bilgi ve deneyimdeki kusur), custodia ile yan yana gelmeyip custodia kapsamında yer almıştır; zira borçluyu beklenmedik hallerden sorumlu tutacak derecede ağır bir sorumluluk getiren klasik dönemde, culpa imperitia da zaten custodia'nın içinde yer almıştır. Biz bu görüşü paylaşmıyoruz. Bir sorumluluk ölçütü olarak ele alındığı zaman dahi custodia, culpa imperitia'dan farklıdır, culpa imperitia custodia içinde yer alamaz⁷⁶. Custodia'nın bir sorumluluk ölçütü olup olmadığı yolundaki tartışmalar bir kenara bırakılır ve custodia, peşinen bir sorumluluk ölçütü olarak kabul edilirse, imperitia'nın custodia kapsamında yer alamayacağı daha net ortaya çıkar. Zira culpa imperitia, facere (yapma) borçları açısından gündeme gelebilecek bir sorumluluk ölçütüdür. Yüklenici, bir eserin bünyesinde somutlaşmayan mesela bir elbisenin temizlenmesi, bir aletin onarılması gibi maddi fiilleri de söz verebilir, culpa imperitia bu fiiller bakımından gündeme gelebilir. Custodia sorumluluğu ise yüklenicinin kendisine tevdi edilen hammadde veya malzemeler için söz konusu olabilir, işin sonucu bakımından olamaz. Temizlenmek için kendisine bırakılan bir elbiseyi çaldıran bir temizleyici, custodia'dan sorumlu tutulabilir, nezaret etmiş olsaydı bu hırsızlığın meydana gelmeyecek olduğu

⁷² Monier, II, s. 228; Erdoğmuş, "Custodia", s. 898 vd.

⁷³ Bu hususta bkz. Söğütü Erişgin, Contractus, s. 150.

⁷⁴ Gai. Inst. 3. 206: "*Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus at ad eum, cui rem commodauimus, nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare* (Temizleyici veya terzi hakkında söylediklerimizi, kendisine bir şeyi ariyet olarak verdiğimiz kimseye de tatbik edebiliriz. Nasıl ki onlar bir ücret almakla nezaret (custodia) mükellefiyeti altına giriyorlarsa, bu da ariyet aldığı şeyi kullanmasındaki menfaati dolayısıyla aynı şekilde nezaretle (custodia) mükelleftir)". Çeviri için bkz. Gaius Institutiones, Borçlar Kısmı, Çeviren: Türkan Rado, İstanbul, 1953, s. 93.

⁷⁵ Karadeniz, s. 184; Aynı yönde Sütken, s. 234.

⁷⁶ Aynı yönde Alzon, "Locatio Conductio", s. 578, dn. 105.

kabul edilip nezaretteki kusuru sebebiyle sorumluluğu gündeme gelebilir. Ancak, bir yapma borcunun konusu olan elbisenin iyi temizlenmemesi fiilinden, fikrimize göre custodia ile değil, culpa imperitia ile sorumlu tutulmuş olsa gerektir.

c. Iustinianus Hukuku Döneminde

Iustinianus döneminde ise sübjektif sorumluluk rejimine geçildiğinden, yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için kusur araştırması yapılması gerekecektir. Eser sözleşmesinde kusur ölçütü olarak, omnis culpa ve culpa imperiata olarak iki ayrı ölçütün dikkate alındığını vurgulamak gerekir. Eser sözleşmesi söz konusu olduğu zaman, borçlunun sadece eseri teslim edemesindeki kusuruna bakılması yetmez, mesleki kusuruna da bakılmalıdır. Yüklenicinin benzer işlerde faaliyet gösteren bir kimsenin mesleki bilgi birikimi ve deneyimine sahip olup olmadığı mesleki kusurun varlığını tespitinde öncelikle bakılması gerektirir⁷⁷. Diğer bir anlatımla, ortalama bir mesleki bilgi ve deneyime sahip olan bir yüklenici bu eseri nasıl meydana getirecek idiyse, bu yüklenicinin de o şekilde meydana getirmesi beklenir, aksi halde yüklenici kusurlu kabul edilir (culpa imperiata). Mesleğin gerektirdiği bilgi ve deneyime sahip olmamaktan elbette her yüklenicinin kendisi sorumlu olacaktır. Buna açıkça işaret eden metin D. 19. 2. 9. 5'tir:

D. 19. 2. 9. 5 Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandum libro octavo digestorum scripsit. Si quis vitulos pascendos, vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere: et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.

D. 19. 2. 9. 5 Celsus, Digesta'nın sekizinci kitabında imperiata'yı kusur olarak saydığını yazar. Eğer biri inekleri otlatmayı veya bir şeyi tamir etmeyi veya cilalamayı taahhüt ettiyse, onun kusurundan sorumlu olmak zorundadır; mesleki bilgi ve deneyimde kusuru olduğu zaman kusurlu kabul edilmek zorundadır: elbette artifex (yüklenici) olarak bilgi ve deneyimi de vaat ettiği için.

Yüklenicinin sorumluluğunu tespitinde mesleki kusuruna bakılması yetmez, sahip olduğu bu mesleki bilgi ve deneyimi o işte kullanmış olup olmadığına da bakılmalıdır. Bu da, tipik bir omnis culpa (tüm kusur) araştırmasıdır. Eğer yüklenici, mesleki bilgi ve deneyimini kullanmada kasıt ya da ihmal ile hareket etmişse, eserin iş sahibine teslim edilememesindeki zarardan da sorumlu tutulacaktır⁷⁸.

⁷⁷ Schmidlin/Cannata, s. 144; Söğütlü Erişgin, Contractus, s. 197.

⁷⁸ Karadeniz, s. 173-174. Aynı sonuç Türk hukukunda da geçerlidir. TBK m. 471/2'de, "Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanlar-

Kusurlu imkansızlaşma bakımından ortaya çıkabilecek bir sorun; yüklenicinin, imkansızlığın kaynağında kusuru bulunmamakla birlikte, gereken dikkat ve özeni göstermediği için eserin bünyesinde bir bozukluğun meydana geldiği ve eserin yok olmasına da bu bozukluğun neden olduğu durumlarda ne olacağıdır? Meselenin nasıl çözüme bağlandığını D. 19. 2. 62’de kaleme alınan metnin yorumundan anlıyoruz:

D. 19. 2. 62 Labeo lib. I Pithanorum

Si rivum quem faciendum conduxeras, et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est, Paulus; Imo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum: si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

D. 19. 2. 62 Labeo Pithanorus’un birinci kitabından

Eğer sen bir kanalın yapımını üstlenmişsen, işin sahibi kabul etmeden önce telef olmuşsa hasar sana aittir. Paulus: eğer toprağın bozukluğundan ileri gelirse hasar locator (iş sahibi)’a ait olacaktır: eğer eserin bozukluğundan ileri geliyorsa zarar sana ait olacaktır.

Metinde kusursuz imkansızlıktan bahsedilmekle birlikte, son cümlede bu imkansızlığın eserin bünyesindeki bir bozukluktan kaynaklanmış olması olasılığına yer verildiği fark edilir. İmkansızlık, beklenmedik hal ile meydana gelmiş olmasına rağmen, eserin bünyesindeki bir bozukluğun da bu yok olmada etkili olduğu ya da bu yok olmayı kolaylaştırdığı durumlarda, yüklenicinin zarara katlanmak zorunda olduğu Paulus tarafından kaydedilmiştir. Eserin telef olmasının eserdeki bir bozukluktan ileri geldiği durumlarda periculum (hasar) sözcüğü yerine detrimentum (zarar) sözcüğüne yer verilmesi bu sebeple tesadüf değildir. Zira eserin bünyesindeki bozukluğun nedeni yüklenicinin kusuru olduğuna göre, ortaya çıkan sonuç da hasar değil

daki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır” diyerek, aslında iki ölçüt belirlenmiştir: Benzer alanda faaliyet gösteren bir yüklenicinin sahip olması gereken mesleki bilgiye sahip olmak ve söz konusu eseri meydana getirirken ilgili mesleğin teknik kurallarına uygun davranmak. Maddede özenli ifa yükümlülüğünden bahsedilerek objektifleştirilmiş bir özen ölçütü getirilmiş olmakla birlikte, doktrinde bunun aynı zamanda bir kusur ölçütü olarak ele alınması gerektiği de kabul edilmektedir, (bu konuda ayrıntı ve tartışmalar için bkz. **Gümüş**, Mustafa Alper: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt:II, Eser, Vekalet, Sımsarlık, Vekaletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti, İstanbul, Vedat, 2012, s. 44-45; **Seliçi**, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978, s. 86; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 357; **Gökyayla**, Emre: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, sayı 1, 2002, s. 785.

zarar olacaktır. Çünkü hasar, ancak kusursuz imkansızlık hallerinde gündeme gelebilen bir kavramdır⁷⁹. O halde metnin yorumundan, kanaatimize göre, şu sonuç çıkmaktadır: Eser beklenmedik hal sebebiyle yok olsa dahi, bu yok olma ile eserin bünyesindeki bozukluk arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa, kusursuz değil kusurlu bir imkansızlıktan bahsedilmelidir ve yüklenici, meydana gelen bu zarardan sorumlu tutulmalıdır.

D. 9. 2. 27. 29’da kaleme alınan metin de aynı sonucu destekler:

D. 9. 2. 27. 29 “Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit damni iniuria tenebitur: si vero non imperitia fregit, setrimas habet vitiosas, potest esse excusatus: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materia dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae”

D. 9. 2. 27. 29 “Eğer sen ayaklı kupanı, üzerine bir dekor ya da çizim yapmak için bir zanaatkara verirsen ve beceriksizlikle onu kırarsa, bu durumda zararı tazminle yükümlü olacaktır. Buna karşılık eğer beceriksizlikle kırmamış, fakat bardağın camını bozan çatlaklar sebebiyle bardak kırılmışsa, zanaatkar sorumlu tutulmayabilir. İşte bu nedenle bu tür malzeme verildiğinde zanaatkarların büyük bir kısmı sorumluluklarını kaldıran anlaşmalar yapmayı tercih etmektedirler. Bu da istisna (eser) sözleşmesine ve Aquilia Kanunu’na dayanan davaların açılmasını engellemektedir”⁸⁰.

Eserin tesliminin yüklenicinin kusuru ile imkansızlaşması meselesi Roma’da olduğu gibi Türk hukukunda da özel olarak düzenlenmiş değildir. Bu durumda genel hükümler uygulanarak, BK m. 112 uyarınca yüklenicinin bir tazminat ödeme borcu altına girdiği kabul edilir. Ancak elbette bu sonuç, eser tamamlanmadığı ve teslimin de bu sebeple yapılamadığı haller bakımından geçerlidir. Eser tamamlanmış olup teslimine bir engel bulunmadığı durumlarda, cebri icra yoluyla bu esere kavuşmak nihayetinde mümkün olduğundan, imkansızlık yerine yüklenicinin temerrüde düştüğünden söz edilebilir⁸¹.

⁷⁹ Roma hukukunda “periculum” sözcüğü ile ifade edilen hasar, bilindiği üzere, borçlunun kusuru olmaksızın borç konusunun yok olması halinde ortaya çıkan zarar demektir (Umur, Lügat, s. 155). Buna göre hasar, kusursuz imkansızlık halinde ortaya çıkan zarara verilen teknik bir isimdir. Nitekim metinde de eserin bozukluğundan ileri gelen zararın, “periculum” yerine “detrimentum” sözcüğü ile ifade edilmesinin nedeni budur. Modern hukukta da hasar aynı anlamdadır (Tandoğan, Halûk: Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 6. basım, İstanbul, 1990, s. 104-106).

⁸⁰ Metnin çevirisi için bkz. Söğütü Erişgin, Contractus, s. 151.

⁸¹ Buna karşılık eser, yüklenicinin kusuru nedeniyle tamamlanamadığı hallerde aynen ifa söz konusu olamayacağı için, kusurlu bir ifa imkansızlığından bahsedilecektir. Zira iş

2. Kusursuz İmkansızlık Sebebiyle Eserin Teslim Edilememesi

a. Eser Sözleşmesinin Sona Ermesi

Eser, yüklenicinin kusuru olmadan da yok olabilir; bu durumda borç konusu yine ifa edilemeyecektir fakat bu defa yüklenicinin kusuru olmadığından, eserin tesliminin kusursuz imkansızlaşmasından bahsedilecektir. Kusursuz imkansızlık halinde tarafların borçlarının akıbetinin ne olacağına dair metinlerde bir açıklık yoktur. Locati conducti başlığını taşıyan ve eser sözleşmesinin de içinde yer aldığı D. 19. 2'de, eser sözleşmesinde kusursuz imkansızlıktan bahsedilmesi beklenirken, bu meseleye hiç değinilmemiştir. Metinler daha çok, ortaya çıkan zarara, yani hasara kimin katlanacağı meselesi ile ilgilenmektedir. Her ne kadar borç ilişkisinin akıbetine açıkça değinilmemiş olsa da, teslimden önce eserin yok olması halinde iş sahibinin ücret ödeme borcunun devam edip etmeyeceğinin tartışıldığı hasar ile ilgili metinlerin yorumundan, kusuruz imkansızlık durumunda yüklenicinin eser teslim borcunun sona erdiği anlaşılmaktadır⁸². Benimsenen çözüm yolunun Roma hukukunun imkansızlık ile ilgili genel prensiplerine uygun düştüğü açıktır⁸³. Zira beklenmedik hal sebebiyle borç konusunun telef olmasıyla birlikte borç bağının çözülerek borçlunun borcundan kurtarıldığına yukarıda temas etmiştik⁸⁴. Ayrıca belirtelim ki, kusursuz imkansızlık halinde borçlunun borcundan kurtulmasının hakkaniyet icabı olduğu bir regula iuris⁸⁵ olarak da kabul edilmiştir⁸⁶. Bu durumda, her ne kadar locatio conductio ile ilgili metinlerde açıkça yer verilirse de, yüklenicinin kusuru olmaksızın eser tesliminin imkansızlaştığı eser sözleşmelerinde yüklenicinin borcunun ortadan kalktığı sonucuna varmak yanlış olmayacaktır.

görme edimi şeklindeki edimini yerine getirmemekte kararlı olan bir yükleniciden, cebri icra yoluyla bu alacağın aynen elde edilmesi olanağı yoktur (Öz, s. 156-158).

⁸² Bu metinlere örnek olarak bkz. D. 19. 2. 37; D. 19. 2. 62; D. 19. 2. 36.

⁸³ **Petit**, Eugène: **Traité Élémentaire de Droit Romain**, 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, s. 483; **Schmidlin/Cannata**, s. 81-82; **Cuq**, s. 631; **Di Marzo**, s. 364.

⁸⁴ D. 46. 3. 107.

⁸⁵ Regula iuris; sözcük anlamıyla hukuk kuralı demektir. Kanun koyucu tarafından sevk edilen ya da somut uyuşmazlıklara dair hukukçular tarafından geliştirilen çözüm önerilerinin mahkeme kararlarında kullanılması yoluyla kural haline gelen hukuk prensiplerinin ortak adıdır. Pek çoğu modern hukuklara da geçmiş bulunan bu kuralların, genel olarak D. 50. 17'de toplandığı bilinmektedir. (Umur, Lügat, s. 181). Regula iuris hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karagöz**, Havva: Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 73 vd.

⁸⁶ D. 50. 17. 23.

Eserin tesliminin kusursuz imkansızlaşmasından kasıt, edimin ifa edilememesinin borçluya yüklenemeyecek bir nedenden ötürü olmasıdır. Bu da imkansızlığın beklenmedik hallerden⁸⁷ ileri gelmesi anlamını taşır. Beklenmedik hal, doğa kaynaklı bir mücbir sebep olabileceği gibi, iş sahibinin kusurundan ya da onun riziko alanından ya da üçüncü kişilerin fiillerinden ileri gelebilir. Aynı şekilde, yüklenicinin riziko alanından doğan -kusuru

⁸⁷ Beklenmedik hal kavramı modern hukukta tartışmalıdır. Çok genel bakıldığında, borçlunun iradesi dışında meydana gelen olayların her biri birer beklenmedik haldir. Önceden görülemeyen ve önlenemeyen bütün olaylar bu anlamda beklenmedik haldir. O halde beklenmedik halden söz ettiren unsurlar öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurlarıdır (Erman, Hasan: İstisna sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, BK. 365/2, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979, s. 73-80). Beklenmedik hal bakımından en tartışmalı husus, bu kavramın çoğu zaman mücbir sebep kavramı ile karışması ihtimalidir. Zira öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurları mücbir sebepte de vardır. Doktrinde ise, bu iki kavramın farklı olduğu vurgulanmakta, ikisini birbirinden ayırmak için çeşitli kriterler önerilmektedir. Mesela beklenmedik hal söz konusu olduğu zaman öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurlarının sadece borçlu açısından söz konusu olduğu, bu nedenle beklenmedik hal kavramının sübjektif nitelik taşıdığı; mücbir sebepte ise, öngörülemezlik ve önlenemezlik unsurlarının herkes için geçerli olduğu ve bu nedenle mücbir sebep kavramının objektif nitelik taşıdığı ileri sürülmüştür, (bu tartışmalar için bkz. İnal, T.: “Mücbir Sebebin Oluşum Unsurları”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara, 1997, s. 26 vd.). Beklenmedik hal kavramını geniş anlamda ele alan Erman, mücbir sebebi de bir beklenmedik hal olarak nitelendirmektedir. Buna göre, her mücbir sebep aynı zamanda bir beklenmedik haldir, fakat her beklenmedik hal bir mücbir sebep değildir. Beklenmedik hal, borçlunun iradesi dışında meydana gelen her türlü olay olup bu özelliği ile mücbir sebepten daha geniş bir kavramdır. Buna göre tüm doğa olayları ve insan kaynaklı fiiller beklenmedik hal kapsamına girer. Mücbir sebep ise deprem, sel, çığ, fırtına gibi doğa kaynaklı fiiller olarak kabul edilmelidir (Erman, s. 73-74). Biz bu konuda Erman’ın fikrine katlıyoruz. Beklenmedik hal kavramı aslında Roma hukukundan gelen bir kavramdır. Beklenmedik hal kavramını ifade için Roma hukukunda “casus fortuitus” terimi kullanılmıştır. D. 50. 17. 23’te, borçlunun beklenmedik hal sebebiyle borcundan kurtulacağı belirtilirken ise, açıkça “casus” sözcüğü tercih edilmiştir. Casus kavramından ne anlaşılması gerektiği tam olarak açıklanmasa da hayvanların tabii olarak ölümleri bir casus örneği olarak gösterilmektedir. Üçüncü kişi kaynaklı bir fiil nedeniyle borcun ifa edilememesini konu alan bir ihtilaftın yer aldığı D. 46. 3. 107’de ise, alacaklının borçluya karşı hiçbir talepte bulunamayacağı, sadece üçüncü kişiye karşı bir haksız fiil davası ikame edebileceği söylenerek, aslında üçüncü kişi kaynaklı fiiller beklenmedik hal kapsamına dahil edilmiş olmaktadır, (bu konuda bkz. Cuq, s. 631). Diğer taraftan Roma hukukunda, mücbir sebeplerin doğa kaynaklı, beklenmedik hallerin ise insan kaynaklı olaylar olarak anlaşıldığı ileri sürülmektedir (Sögütli Erişgin, Contractus, s. 218). Iustinianus hukukunda ise beklenmedik hal kavramı, borçluya yüklenemeyen her türlü olayı içerecek kadar geniş anlamlıdır (Di Marzo, s. 366).

olmaksızın- bir beklenmedik hal de olabilir. Metinlerde ise, daha çok mücbir sebep kaynaklı beklenmedik haller üzerinde durulmuştur. Örneğin, D. 19. 2. 37 metni, tam bir tanım vermemekle birlikte, “vi aliqua” tabiriyle mücbir sebepten bahsetmektedir. Aynı şekilde, D. 19. 2. 59’da da, inşası söz verilen bir evin yer sarsıntısı nedeniyle çökmesi olayına yer verilmektedir. Buna karşılık eserin yok olmasının topraktaki bir bozukluktan ya da eksiklikten ileri geldiği bir olayda meydana gelen zarardan iş sahibini sorumlu tutan D. 19. 2. 62 metni, iş sahibinin kusurundan ya da kusuru olmaksızın onun riziko alanından doğmuş imkansızlık hallerine bir örnektir⁸⁸. İmkansızlığın, yüklenicinin kusuru olmaksızın onun riziko alanından ileri gelebileceği, mesela kusuru olmaksızın atölyesinde çıkan bir yangın sebebiyle eserin yok olabileceği ihtimal dahilinde olsa da, metinlerde buna yer verilmemiştir.

Borç ilişkisinin akıbetinden çok, hasarın kime ait olacağı sorunuyla meşgul olan yukarıda bahsettiğimiz metinlerin yorumundan anlaşıldığı kadarıyla eserin yok olmasından kasıt, eserin bir daha geri getirilemeyecek ya da düzeltilemeyecek şekilde fiziksel ya da ekonomik nitelikte bozulmasıdır. Mesela yer sarsıntısı nedeniyle evin yıkılmasından bahseden D. 19. 2. 59’da, evin kısmen dahi yıkılmış olması imkansızlık kapsamında görülmektedir. Çünkü yapımı söz verilen bir evin kısmen yıkılmış olması demek, eserin çoğu zaman düzeltilemeyecek şekilde bozulması demektir ve bu durum muhtemelen evin yeniden inşasını gerektirecektir⁸⁹.

b. Hasar Sorunu

(i) Genel Olarak

Eser sözleşmesindeki kusursuz imkansızlık halinde, tarafların borçlarının akıbetine eser sözleşmesini ilgilendiren metinler arasında değinilmiş olmamakla birlikte, yüklenicinin borcunun sona ereceği sonucunun, Roma hukukunun imkansızlıkla ilgili genel metinlerinden çıkarılabilecek bir çözüm olduğuna yukarıda işaret etmiştik. Eserin teslimden önce yok olması halinde, bu yok olmada kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyen yüklenicinin borcun-

⁸⁸ Benzer şekilde, D. 19. 2. 13. 5.

⁸⁹ Eserin telef olmasına modern hukukta da aynı anlamın verildiğini söylemek yanlış olmaz. Tamir edilemez ya da düzeltilemez bir duruma gelmesi halinde eserin yok olmasından bahsedilir. Örneğin inşa halindeyken deprem nedeniyle çöken bir bina yapımında, yüklenicinin edimini ifa etmesi, bu binayı inşaat teknolojisine uygun olarak yeniden inşa etmesine bağlıdır. O halde yeniden yapılmasını gerektirecek nitelikte ortadan kalkan bir eserin yok olduğundan söz edilmelidir (Altaş, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, BK. mad. 368, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2002, s. 61).

dan kurtarılması doğaldır. Ancak bu defa, diğer tarafın, yani iş sahibinin borcunun akıbetinin ne olacağı sorunu ortaya çıkar. Eser sözleşmesinin de içinde bulunduğu locatio conductio'nun tam iki taraflı bir sözleşme olması, yüklenicinin borcunun sona ermesi karşısında iş sahibinin de ücret ödeme borcunun sona erip ermeyeceği sorusunu sordurmaktadır. Aslında buna cevap vermek demek, zarara katlanacak kişiyi tayin etmek demektir. Zira yüklenicinin borcu sona erdiğine göre, iş sahibinin eserin teslimini yükleniciden isteyebilmesi artık mümkün değildir, bu da edim hasarına bizzat kendisinin katlanması demektir. Ancak, iş sahibinin eser bedelini ödeme borcunun devam edip etmediği, başka deyişle karşı edim hasarına da katlanmak zorunda olup olmadığı ayrıca değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Kaldı ki kusursuz imkansızlık halinde, iş sahibinin eser bedelini ödeme borcunun da ortadan kalktığı, dolayısıyla tüm borç ilişkisinin sona erdiği kabul edilecek olsa bile, bu defa ortaya malzeme hasarı çıkacağından, bir de malzeme hasarına katlanacak kişiyi tespit etmek gerekecektir. Bu bakımdan, eser sözleşmesi söz konusu olduğu zaman, eserin teslim edilememesi nedeniyle hem bedel hasarı, hem de malzeme hasarı olarak iki ayrı hasar sorunu ortaya çıkmaktadır ki, her ikisini de ayrı ayrı ele almakta fayda vardır.

(ii) Eser Bedeli Hasarı

Teslime hazır hale getirilmiş bir eserin, teslimden önce kusursuz şekilde yok olması halinde, imkansızlıkla ilgili genel prensipler uyarınca yüklenicinin borcunun sona erdiğinin kabul edildiğini tekrarlayalım. Ancak iş sahibinin borcunun sona erip ermediği meselesine ayrıca bakılması gerekir ki hasar sorunu buna bağlı olarak ortaya çıkar. Hasar, hiç kimsenin kusuru olmaksızın malvarlığında meydana gelen bir zarar demektir. Esasında bu da bir zarardır fakat meydana gelmesinde tarafların herhangi bir kusuru olmadığından, zarar yerine hasar teknik tabiri kullanılır⁹⁰.

Zararın meydana gelmesinde sözleşme taraflarından hiç birinin kusuru bulunmadığına göre, bu zarara kimin katlanacağını belirlemek de bir hukuk politikası sorununa dönüşmektedir. Aynı durum eser sözleşmesi için de geçerlidir. Yüklenicinin kusuru olmaksızın eserin yok olması halinde her ne kadar yüklenicinin borcu ortadan kalksa da, ortada bir zarar vardır, zira yeryüzünde mevcut olması gereken bir mal artık mevcut değildir ve bu zarara, daha doğrusu hasara, taraflardan hangisinin katlanacağını saptamak

⁹⁰ D. 19. 2. 62: "...locatoris erit periculum: ...si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum" ifadesinde geçen periculum hasar kavramını, detrimentum ise zarar kavramını karşılamaktadır.

pratik önem kazanmaktadır. Eğer hasara katlanması yükleniciden istenirse, yüklenici eser bedelini iş sahibinden talep edemeyecek ve böylece, yaptığı zaman ve emek sarfiyatı kendisini ilgilendirecek; eğer hasara katlanması iş sahibinden beklenirse, iş sahibi teslim almayacak olduğu bir eserin bedelini ödemek zorunda kalacaktır.

Eser sözleşmesinde hasarın kime yüklenmiş olduğu sorusunun cevabını Roma hukukunda vermek kolay değildir. Hasar, bazı metinlerde iş sahibine bazı metinlerde yükleniciye yüklenmiştir, bu nedenle metinler arasında bir çelişki var gibi görünmektedir. Doğal olarak, Roma hukukunda eser sözleşmesinde hasar sorununun nasıl çözümlendiğini belirlemek, ilgili metinlerin çözümlenmesine bağlıdır.

Konuyla ilgili metinler arasında yer alan ve bir kanal inşasını konu alan D. 19. 2. 62'de, hasarın yükleniciye ait olduğundan bahsedilmektedir. Daha önce bir vesileyle değindiğimiz metni tekrar hatırlayalım:

D. 19. 2. 62 Labeo lib. I Pithanorum

Si rivum, quem faciendum conduxeras, et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est, Paulus; imo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum: si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

D. 19. 2. 62 Labeo Pithanorus'un 1. kitabından

Eğer sen bir kanalın yapımını üstlenmişsen, işin sahibi kabul etmeden önce telef olmuşsa hasar sana aittir. Paulus: eğer toprağın bozukluğundan ileri gelirse hasar locator (iş sahibi)'a ait olacaktır: eğer eserin bozukluğundan ileri geliyorsa zarar sana ait olacaktır.

Bu metinde, inşası söz verilen bir kanalın iş sahibi kabul etmezden evvel çökmesiyle ortaya çıkan zararın, toprağın bozukluğundan ileri gelmesi kaydıyla (ki bu durumda hasar iş sahibine ait olur), yüklenici üzerinde bırakıldığı açıkça anlaşılmaktadır. Son cümlede ise, zaten kusurlu imkansızlık haline değinilmiş olup bunun hasarla doğrudan bir ilgisi yoktur. Bu metinden hareketle, eser sözleşmesinde hasarın kural olarak yükleniciye ait olduğu kanaatine varılmak gerekir.

Buna karşılık, D. 19. 2. 36'da ve D. 19. 2. 37'de ise, hasarın iş sahibine yükletileceğinden bahsedilmektedir. Buna işaret eden D. 19. 2. 36'da kaleme alınan metin şöyledir:

D. 19. 2. 36 Florentinus lib. 7 Institutionum

“Opus quod aversione locatum est donec adprobatur, conductoris periculum est. Quod vero ita conductum sit, ut in pedes, mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quotenus admensum non sit: et in utraque causa

nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur, vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit. Non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset”.

D. 19. 2. 36 Florentinus Institutiones’inin 7. kitabından

Bir işin tamamındaki performans sözleşmeye konu edilmişse, conductor’un sorumluluğu iş kabul edilinceye kadar devam eder. Fakat yüklenicinin belirli bir ölçü ve aşamadaki performansı dikkate alınmışsa, conductor’un sorumluluğu o ölçü/aşama ile sınırlıdır. Eğer iş kabulünden önce mücbir sebeple tahrip olursa, riziko/hasar, başka türlü kararlaştırılmadığı sürece, locator’a aittir. Gerçekten de onun kendi göstereceği dikkat ve özen dışında bir şey beklemesi/elde etmesi mümkün olmamalıdır⁹¹.

Florentinus’un Institutiones’lerinden alındığı anlaşılan metinde, hukukçu önce yüklenicinin sorumluluğunun eserin iş sahibi tarafından kabulüne kadar devam edeceğini vurgulamaktadır⁹². Eğer eser kısım kısım teslim edilecekse, her bir kısmın iş sahibi tarafından kabulü ile yüklenicinin sorumluluğu da sona erecektir. Bu ilk cümleleriyle Florentinus, eserin teslimi ile eser kabulünün aynı anlama gelmediğini anlatmaya çalışmıştır. Hasara ilişkin düşüncesini ise özellikle üçüncü cümlede belirtmektedir. Eğer eser kabulden önce mücbir sebep nedeniyle yok olacak olursa, başka türlü kararlaştırılmadığı sürece, hasar iş sahibine ait olacaktır.

Benzer şekilde kaleme alınan bit başka metin D. 19. 2. 37’de ise, hasar yine doğrudan iş sahibine yüklenmektedir:

D. 19. 2. 37 Iavolenus lib. 8 ex Cassio

Si prius quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

D. 19. 2. 37 Iavolenus Cassius hakkındaki 8. kitabından

Eğer eser locator (iş sahibi) tarafından kabul edilmeden önce herhangi bir güç yüzünden yok olursa, zarar iş sahibine düşer, eğer eser kabule mecbur olduğu şekilde yapılmışsa.

Metinde, eserin iş sahibi tarafından kabul edilmezden önce yok olması halinde hasarın iş sahibine ait olacağı tereddütsüz kabul edilmektedir⁹³. Söze

⁹¹ Çeviri için bkz. **Somer**, s. 118.

⁹² **Mayer-Maly**, s. 192.

⁹³ Alzon’a göre D. 19. 2. 36 metni, yüklenicinin hasar sorumluluğunu ortadan kaldıran unsuru açıklayan bir metindir. Buna göre, yüklenicinin hasar sorumluluğu eserin iş sahibi tarafından kabulü ile son bulacaktır (**Alzon**, Claude: “Les Risques Dans La Locatio Conductio”, LABEO, 12, 1966/1, s. 329.

göre yorum yapıldığında metinler arasında bir çelişki olduğu kesindir. D. 19. 2. 62'de hasar yükleniciye ait kabul edilirken, D. 19. 2. 36 ve 37'de iş sahibine ait kabul edilmektedir. Doktrinin çoğunluğuna göre, bu çelişkinin nedeni malzeme sahipliğinin değişkenliği ile izah edilebilir. Bir eser meydana getirmek üzere iş sahibi tarafından verilen malzemenin mülkiyeti yükleniciye geçiyorsa, meydana getirilen eserin mülkiyeti de yükleniciye ait olacak ve bu eser teslimden önce yok olacak olursa, hasar da yükleniciye ait olacaktır. Malzemenin mülkiyeti iş sahibinde kalmaya devam ediyorsa, bu malzeme ile meydana getirilen eser de iş sahibine ait olacak ve eserin yok olmasından doğan zarara iş sahibi katlanacaktır. Şu halde sorun, malzeme mülkiyetinin kime ait olduğunu belirleme noktasında düğümlenmektedir. Malzemenin mülkiyetinin kime ait olduğu konusunda ise, her dönemde aynı çözümün benimsendiği söylenemez, malzeme sahibinin dönemlere göre değişmesi, hasarın kendisine yükleneceği kişiyi de değiştirmiştir. Metinlerde hasarın bazen yükleniciye bazen iş sahibine yüklenmesinin nedeni budur⁹⁴.

Klasik çağın ortalarına kadar, işlenmek üzere verilen malzemenin mülkiyetinin yükleniciye geçtiği kabul edilmiştir. Bir eser meydana getirmek amacıyla işleyeceği malzemenin maliki olması gerektiği kabul edilen yüklenici, malzemenin yok olmasının sonuçlarına malik sıfatıyla kendisi katlanmalıdır. Buna göre yüklenici, eğer işleyeceği malzeme yok olmuşsa, malzeme bedelini iş sahibine ödemek zorunda kalacak veya ödemişse geri istemeyecek, böylelikle hasara kendisi katlanmış olacaktır. İşlenecek malzemenin mülkiyetinin yüklenicide olması gerektiği anlayışının terk edilmeye başlandığı klasik çağın ortalarından itibaren ise, malzeme mülkiyetinin yükleniciye geçmesi artık bir kural değildir. Bu anlayışın sonucu olarak yüklenici, işlemek üzere aldığı malzemenin maliki hatta zilyedi haline bile gelmez, sadece detentor'u⁹⁵ olabilir. Bu durumda malzeme mülkiyeti iş sahibinde kalmaya devam edeceği için, malzemenin yok olması zararına da iş sahibi katlanacak ve malzeme bedelini yükleniciden talep edemeyecektir⁹⁶. İşte, klasik sonrası dönemde malzemenin mülkiyetinin onu işleyecek olan

⁹⁴ **Karadeniz**, s. 179-180; **Somer**, s. 118; **Topuz**, Murat: "Eserin Teslimden Önce Telef Olması ve Roma Hukuku'nun Türk Borçlar Hukuku'na Etkileri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Cilt 14, sayı 1-2, 2008, s. 210-211.

⁹⁵ Detentor; malik olma iradesine sahip olmaksızın bir malı elinde bulunduran kimsedir (**Umur**, Lügat, s. 57).

⁹⁶ **De Robertis**, I Rapporti Di Lavaro Nel Diritto Romano, Milano, 1946'dan nakleden: **Karadeniz**, s. 179-180. Aynı yönde **Karadeniz**, s. 180-181; **Somer**, s. 115 ve s. 118.

yükleniciye geçmesi anlayışının terk edilerek çoğu olayda iş sahibinde kaldığının kabulü, malzeme hasarının da iş sahibinde kalması gerektiği anlayışının yerleşmesine ve buna bağlı olarak ilgili metinlerde değişiklik yapılmasına neden olmuştur⁹⁷. Baskın görüşün aksine bizim fikrimiz, metinler arasında tam olarak bir çelişkinin bulunmadığı yolundadır. Bu konuda bir karışıklığın var olduğu muhakkaktır fakat bu durum sistematik bir açıklamanın bulunmamasından ileri gelmektedir. Metinlerdeki karışıklığı aşmak için iki noktaya dikkat edilmelidir: İlki, açıkça dile getirmeseler de Romalıların hasar konusunda genel bir prensip kabul ettikleri gerçeğini göz ardı etmemektir. Gerçekten de, ilgili metinlerde hasar sorumlusu tespit edilirken, “zarar kimin malvarlığında meydana gelmişse zarara onun katlanması” prensibinden⁹⁸ hareket edildiği göze çarpmaktadır. Kusur olmaksızın meydana gelen bir zarara taraflardan birinin katlanması gerektiğinde, en akılcı olan, bu zarar kimin malvarlığında meydana gelmişse onun katlanmasıdır. Hasar söz konusu olduğunda Roma’da yaygın uygulamanın bu yönde olduğunu ve bunun adeta genel bir prensibe dönüştüğünü söylemek yanlış olmaz⁹⁹. Dikkat edilmesi gereken ikinci nokta, birbiriyle çelişkili gibi görünen bu metinlerde aslında hangi hasardan, bedel hasarından mı yoksa malzeme hasarından mı bahsedildiğinin saptanması zorunluluğudur. Bedel hasarından bahsettiğinden şüphe duymadığımız tek metin, D. 19. 2. 62’dir. Metinde, bir kanal yapımının üstlenildiği ve henüz tamamlanıp teslim edil-

⁹⁷ D. 19. 2. 36 metninin “nisi” ile başlayan bölümünün (başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça ifadesinin), interpolatio’lu olduğu kabul edilmek gerekirse de, metnin baş tarafının Florentinus’a ait olduğundan kuşku duyulmamalıdır (Karadeniz, s. 179-182).

⁹⁸ **Söğütlü Erişgin**, Özlem: Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara, Seçkin, 2010, s. 19.

⁹⁹ Hasar konusunda ilkeleşmiş olan bu kuralın Roma hukukunda, satış sözleşmesi hariç, tüm sözleşmeler bakımından kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Satış sözleşmesinde ise, hasar alıcıya ait kabul edilerek bu kural tersine çevrilmiştir: *Periculum emptoris est* (hasar alıcıya aittir). Satılanın tesliminden önce mülkiyet alıcıya geçmeyeceği, henüz satıcının malvarlığında olacağı için teslimden önce satılanın telef olması halinde meydana gelen zarara da satıcının katlanması beklenir. Yani zarar, satıcının malvarlığında meydana geldiğine göre, hasar da satıcıya ait olmalı idi. Böyle olması gerekirken ana kuraldan sapılmış ve hasar alıcıya yüklenmiştir. (**Söğütlü Erişgin**, *Periculum Est Emptoris*, s. 23). Bu durumda alıcı, kendisine teslim edilmeyen bir malın satış bedelini ödemek zorunda kalacaktır. Hakkaniyete aykırı görüldüğü için, “hasar alıcıya ait olduğuna göre yarar da alıcıya ait olmalıdır” kuralı ile yumuşatılmaya çalışılsa da bu prensip hiç değiştirilmemiştir (**Rado**, s. 95-96) 798 sayılı eski Borçlar Kanunumuzda da (m. 183) hasarın alıcıya ait olduğu prensibi Roma hukukunun etkisi altında benimsenmişti. Doktrinde oldukça eleştiri toplayan hüküm 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunumuza alınmayarak hasarın alıcıya ait olduğu kuralı terk edilmiştir.

meden önce beklenmedik hal sebebiyle çöktüğü bir olayda, hasarın yükleniciye mâl edilmesi gerektiği bildirilmiştir¹⁰⁰. Dikkati çeken nokta, bu olayda işlenmek üzere bir hammadde verilmesi ve bu hammaddenin işlenerek yeni bir esere dönüştürülmesinin söz konusu olmadığı bir eser sözleşmesinin varlığıdır. Metnin yorumundan, kanal açılması istenen arazinin malzeme olarak kabul edilmediği sonucuna da varılabilir. Çünkü kanal açılması halinde toprağın kendi vasfını kaybederek yeni bir esere dönüşmesi söz konusu olmaz, sadece toprakta bir değişime yol açılması, ona bir ekleme yapılması söz konusu olur. Ayrıca, açılacak olan kanal da bir malzeme¹⁰¹ değil, fikrimize göre eserin ta kendisidir yani sonuçtur.

Günümüzde olduğu gibi Roma hukukunda da bir eser meydana getirmek için mutlaka hammadde şeklinde bir malzemenin verilmesi gerekmez. Bir hammadde işlenerek yeni bir eser meydana getirileceğinin söz verildiği hallerde nasıl ki eser sözleşmesinin varlığından bahsediliyorsa, maddi varlığı olmayan herhangi bir sonucun mesela bir giysinin temizlenmesinin, bir duvarın boyanmasının, bir çitin onarılmasının, bir bahçenin sulanmasının söz verildiği hallerde de eser sözleşmesinin varlığından bahsedilir. Tüm bu örneklerde, işlenerek yeni esere dönüştürülecek bir hammadde yoktur. Temizlenmek üzere verilen giysi ya da sulanmak üzere teslim edilen bahçe, işlenecek ya da dönüştürülecek birer hammadde değildirlir, aksine bunlar, bir sonuç meydana getirmek üzere üzerinde çalışılacak asıl maddelerdir; o halde bunların mülkiyeti yükleniciye geçmez¹⁰².

¹⁰⁰ Metnin son cümlesinde; söz konusu yok olma iş sahibinin riziko alanından kaynaklanıyorsa, hasarın iş sahibine yükleneceği belirtilerek kuralın istisnası yaratılmıştır.

¹⁰¹ Eser sözleşmesi söz konusu olduğunda, malzeme ile çalışma araçları arasında bir ayırım yapmak gerekir. Malzeme, mutlaka eserin bünyesine girecek olan hammadde veya imal edilmiş bir maddedir, mesela elbise bünyesindeki kumaş, üzüm sirkesindeki üzümler birer malzemedir. Kendi bağımsız vasfını kaybederek eserin bünyesinde yer alacak bir maddeden söz edildiği zaman malzemedir söz edilmiş olur. Çalışma araçları ise, eserin meydana getirilmesinde kullanılan ve eserin bünyesine girmeyen maddelerdir; mesela elbise dikiminde kullanılan iğne, duvarları boyamak için kullanılan boya fırçası gibi. (Sommer, s. 16). Diğer taraftan, eser sözleşmesi söz konusu olduğu vakit, başka bir ayırımın daha yapıldığına tanık oluyoruz. Buna göre iki tür malzemedir söz edilebilir: Bir sonuç meydana getirmek üzere yükleniciye teslim edilen ve eserin bünyesine dahil olmayıp üzerinde çalışılacak bir madde, örneğin ütülenecek kumaş gibi; diğeri de, eserin bünyesine girecek olan hammadde (D. 19. 2. 31; ayrıca bkz. Alzon, “Locatio Conductio”, s. 576). Biz bu ayırımdan, Roma hukukunda malzeme kavramına, hem eserin bünyesinde yer alamayacak bir asıl madde, hem de eserin bünyesine dahil olabilecek bir hammadde anlamının verildiği sonucunu çıkarıyoruz.

¹⁰² Alzon, “Locatio Conductio”, s. 576.

Alfenus Varus'tan alınan D. 19. 2. 31 pr. metninde¹⁰³, bu söylediklerimiz, daha somut ortaya konmuştur. Metinde birden çok kişinin tahılını taşımayı üstlenmiş bir gemicinin, gemisinin batması halinde tahıl taşıma sorumluluğunun ne olacağı tartışılmaktadır¹⁰⁴. Bu soruya, gemicinin, taşınması için kendisine teslim edilen tahılların mülkiyetini kazanıp kazanmadığı sorusuyla cevap aranmaktadır. Alfenus Varus'a göre locatio conductio iki biçimde yapılabilir: Ya bir terziye onarılmak üzere giysi verilmesi örneğindeki gibi, yüklenicinin kendisine verilen şeyi aynen teslimi kararlaştırılarak; ya da kuyumcuya yüzük yapılması için teslim edilen altın örneğindeki gibi, aynen değil, aynı cinsten teslimi kararlaştırılarak. Birincisinde mülkiyet yükleniciye geçmeyip iş sahibinde kalırken, ikincisinde mülkiyet yükleniciye geçer. Gemicinin sorumluluğu belirlenirken, bu noktadan hareketle, aynı tahılı teslim etmek zorunda olan gemicinin tahılların mülkiyetini kazanmadığı ve dolayısıyla hasardan da sorumlu olmayacağı sonucuna varılmaktadır¹⁰⁵. Bu çözüm, kimin malvarlığında meydana gelmişse zarara onun katlanacağı yolundaki genel prensibine de uygun düşer.

O halde, hammadde kullanılarak bunun yeni bir maddeye dönüştürülmesinin söz verilmediği, sadece maddi fiillerin ifasıyla bir sonucun taahhüt edildiği eser sözleşmelerinde, malzeme mülkiyetinin yükleniciye geçtiği veya geçmediği tartışması anlamsızdır. Ortada dönüştürülecek ve yeni eser bünyesinde eriyecek bir hammadde mevcut olmayıp sadece üzerinde çalışılacak bir asıl madde söz konusu olduğuna göre, malzeme hasarından değil, yüklenicinin emek ve işçilik hasarından bahsedilmek gerekir. Asıl madde, mesela ütülenmek üzere teslim edilen giysi, teslim hazır hale getirildikten

¹⁰³ D. 19. 2. 31: “*In navem Saufeii quum complures frumentum confuderant, Sufeius uni ex hisfrumentum reddiderat de communi: et navis perierat. Quaesitum est, an caeteri pro sua parte frumenti, cum nauta agere possunt oneris aversi actione? Respondit rerum locatarum duo genera esse: ut aut idem redderetur, veluti cum argentum pussulatum fabro dareturi ut vasa fierent, aut aurum, ut annul.* Ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. ... (Birkaç kişi ürünlerini Safeius'un gemisine döktü, Saufeius, bunlardan birisine ürünü iade etti. Ve sonra gemi- su alarak- battı. Diğerleri üründeki hileleri için gemi malikine karşı actio oneris aversi açabilir mi? Servius cevap verir: bir malın locatio'su iki şekilde yapılır: Birincisinde aynı şey iade edilecektir. Mesela bir giysinin temizleyiciye verilmesinde olduğu gibi; veya aynı cins şey iade edilecektir, mesela gümüşün zanaatkara bir kap/tabak yapması ya da bir altını yüzük yapması için verilmesinde olduğu gibi. İlk durumda eşya malikine aittir, sonraki durumda ise -mülkiyet geçer- borçlanma söz konusudur. ...)”, metnin çevirisi için bkz. Somer, s. 82.

¹⁰⁴ Metnin açıklaması için bkz. Alzon, “Locatio Conductio”, s. 576.

¹⁰⁵ Alzon, “Locatio Conductio”, s. 576; Karadeniz, s. 168-169.

sonra telef olursa; yüklenici açısından emek ve işçilik hasarı; iş sahibi açısından ise, asıl madde hasarı ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda emek ve işçiliğin karşılığı olan bedeli yüklenicinin iş sahibinden talep edip edemeyeceği sorusunda, D. 19. 2. 62 metni yol göstericidir, metinde hasar yükleniciye ait kabul edilmiştir. O halde yüklenici, emeğinin karşılığı olan bedeli isteyemeyecek ve böylelikle bedel hasarına kendisi katlanmış olacaktır. Buna karşılık asıl maddenin telef olmasındaki zarara ise, iş sahibi katlanacaktır. Zira, asıl maddenin mülkiyeti yükleniciye geçmeyip iş sahibinde kaldığına göre, iş sahibi kendi malvarlığında meydana gelen zarara kendisi katlanacaktır.

Fikrimize göre, D. 19. 2. 62'nin dışında kalan metinlerde, D. 19. 2. 36 ve D. 19. 2. 37'de bahsedilen hasar malzeme hasarıdır. İşlenecek bir hammaddeye ihtiyaç duyulduğu eser sözleşmesinde, işçilik ve emek hasarı ile birlikte hammaddenin telef olması biçiminde malzeme hasarı da ortaya çıkmaktadır. Buradaki sorun, söz konusu metinlerde hasarın iş sahibine ait olduğu belirtilirken, malzeme hasarının mı, yoksa bedel hasarının mı kastedildiğinin yeterince açık olmamasıdır. Diğer taraftan, özellikle D. 19. 2. 37 metninin yorumu, bizde, kastedilen hasarın malzeme hasarı olduğu fikrini uyandırmaktadır. Çünkü metinde, meydana getirilecek bir eserden bahsedilmektedir ve Roma'da malzemeye üstünlük tanındığı için, ayrı bir bedel hasarı tartışmasına da gerek kalmamaktadır; emek ve işçilik, malzemenin bünyesine katılacağı ve onunla ayrılmaz biçimde bütünleşeceği için, malzeme hasarı kime aitse, emek ve işçiliğin karşılığı olan bedel hasarı da kendiliğinden ona ait olacaktır. Malzeme hasarının kime ait olduğunun belirlenmesi konusunda doktrinde yapılan, yukarıda değindiğimiz tartışmaların önemi de asıl bu noktada ortaya çıkar. Malzemenin mülkiyeti yükleniciye geçiyorsa, yüklenici, kendi malvarlığında meydana gelen malzeme eksilmesine kendisi katlanacaktır ve bu durumda hasar yükleniciye ait olacaktır; malzemenin mülkiyeti iş sahibinde kalmaya devam ediyorsa, malzeme eksilmesi iş sahibinin malvarlığında meydana gelen bir zarar olacak ve bu durumda da hasar iş sahibine ait olacaktır¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Hasarın iş sahibine ait olduğu genel kuralının, klasik döneme ait metinlere sonradan interpolatio yoluyla dahil edildiği kabul edilse bile, bu bizim düşüncemizi değiştirmeyecektir. Interpolatio'ların nedeni, malzeme mülkiyetinin iş sahibinde kalmaya devam ettiği bir çağa geçilmesi düşüncesidir (Karadeniz, s. 179 vd.). Böyle bir varsayım da dahi fikrimize göre emek ve işçilik, malzeme ile birleşerek yeni eserin bünyesinde kaynaşacağı için, bunları birbirinden ayırmak mümkün olmayacak, bedel hasarı da malzeme hasarını takip edecektir. Malzeme hasarı kime aitse bedel hasarı da ona ait olacaktır.

Hasar problemi ile ilgili üzerinde durulması gereken son bir mesele de, eserin teslimi ile eserin kabulü kavramlarının, günümüzde olduğu gibi Roma hukukunda da farklı anlamlara geldiği ve bunun hasar meselesini de etkilediğidir. Gerçekten de eserin teslimi ile eserin kabulü aynı anlama gelmez¹⁰⁷. İş sahibinin eseri kabul etmesi için elbette ona fiilen bir teslim yapılmalıdır, fakat bu, teknik anlamda bir teslim olmayıp eserin kabule arzı anlamını taşır. İş sahibinin eseri teslim alması, onu kabul ettiği anlamına gelmeyeceği için, eserin kabul edildiğinin iş sahibi tarafından yükleniciye ayrıca bildirilmesi gerekir. Bu, eser sözleşmesinin doğasından kaynaklanan bir sonuçtur. Çünkü iş sahibinin eseri kontrol edebilmesi, yani kendisine başlangıçta vaat edilen sonuç ile eldeki sonucun aynı olup olmadığını denetleyebilmesi, eseri fiilen teslim almasıyla mümkün olabilir. Bu bakımdan söz konusu teslim, fiili bir teslimden ibaret olup, yüklenicinin borcunu ifa ettiği anlamında yorumlanamaz ve dolayısıyla yüklenicinin sorumluluğunu derhal ortadan kaldırmaz. Eğer başlangıçtaki sonuç tasarısı ile ortaya konan sonuç arasında bir uygunluk yoksa, iş sahibi eseri teslim almasına rağmen kabul etmeyebilir ve bu durumda yüklenici, borcunu ifa etmemiş sayılarak borca aykırılık hükümlerine göre sorumlu tutulur. Eserin fiilen tesliminin imkansızlaştığı hallerde iş sahibinin eseri kabul edip etmeyeceği ise elbette anlaşılacaktır. Bu durumda da çözüm bellidir. D. 19. 12. 37'de de belirtildiği üzere, iş sahibinin eseri kabul etmek zorunda olduğu sonucu yorum yoluyla çıkarılabiliyorsa, yüklenicinin borcunu ifa etmediği söylenemez, çünkü haklı bir neden olmaksızın iş sahibinin eseri kabulden kaçınmasına izin verilmemiştir. Bu durum, eserin yok olduğu haller için de geçerlidir. Eğer eser telef olmasaydı ve teslim arz edilseydi, iş sahibinin bu eseri, bu haliyle kabul etmek zorunda olduğu kanaatine varılabiliyorsa, yüklenicinin borca aykırı hareketinden bahsedilemeyecektir¹⁰⁸. Bu da, kusursuz imkansızlığa ve bunun sonucunda da, nasıl çözümlendiğini yukarıda açıklamaya çalıştığımız bir hasar problemine yol açacaktır.

iii) Malzeme Hasarı

Roma'da eser sözleşmesinin konusunu, çoğu kez hammadde niteliğinde bir malzeme verilip bunun işlenerek yeni bir esere dönüştürülmesi oluşturmaktadır. Meydana getirilen yeni eser iş sahibine teslim edilmezden evvel yok olduğunda ortaya bedel hasarı yanında malzeme hasarı da çıkacaktır. Eser telef olunca, eserin bünyesindeki malzemenin de telef olacağı muhak-

¹⁰⁷ Mayer-Maly, s. 192.

¹⁰⁸ Karadeniz, s. 174-176.

kaktır. Malzeme hasarının kime ait olacağını belirlemek, çoğu kez bedel hasarının kime ait olacağını belirlemekten daha önemli olmuştur. Yukarıda bedel hasarı vesilesiyle değinmiş olduğumuz hasarın iş sahibine ait olduğunu belirten D. 19. 2. 36 ve D. 19. 2. 37’de kastedilen hasar, bu bağlamda malzeme hasarıdır. Eğer meydana getirilen eser ve doğal olarak bünyesindeki malzeme, hiç kimsenin kusuru olmaksızın yani beklenmedik hal nedeniyle telef olursa, kusursuz imkansızlık nedeniyle her iki tarafın borcu da sona erecektir. Ancak telef olan malzeme hasarına taraflardan birini katlandırmak gerekecektir. Bu noktada, zarar kimin malvarlığında meydana geliyorsa zarara da onun katlanacağı kuralına uygun olarak, malzeme hasarına da malzeme malikinin katlanması icap edecektir. İş sahibi tarafından verilen malzemenin mülkiyeti, yükleniciye geçmeyip iş sahibinde kaldığı sürece, malzeme hasarı da iş sahibine ait olacak, malzemenin mülkiyeti yükleniciye geçtiği zaman ise hasar yükleniciye ait olacaktır.

Klasik öncesi dönemde ve klasik çağ başlarında, locatio conductio operis’te işlenecek malzemenin mülkiyetinin onu işleyecek kimseye geçmesinin, tarafların anlaşmasıyla bertaraf edileceği kuralı da kabul edilmiştir¹⁰⁹. Bu durum elbette hasara katlanacak kişinin kimliğini değiştirebilir ancak çözüm mantığını değiştirmez. Taraflar, malzeme malikinin kim olacağını aralarında kararlaştırdıklarında, bu anlaşmaya göre malzeme maliki olan, malzeme kaynaklı zararlara da katlanacaktır. Malzemenin mülkiyeti kimin malvarlığında kalıyorsa, bu malzemenin hasarı da ona ait olacaktır. Iustinianus hukukuna gelindiğinde ise, malzeme mülkiyetinin iş sahibinde kalmasının ve buna bağlı olarak hasarın ona yükletilmesinin bir kural halinde benimsendiği fikri artık doktrinde egemendir¹¹⁰.

B. Eserin Tamamlanmasının İmkansızlaşması

Eser sözleşmesinin konusu salt eserin teslimi değildir, meydana getirilecek bir eserin teslimidir. Bunun sonucu olarak imkansızlık, eserin tamamlanması aşamasında da ortaya çıkabilir. Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması yüklenicinin kusurlu davranışlarından ileri gelebileceği gibi beklenmedik hallerden de kaynaklanabilir. İmkansızlığın kaynağında yüklenicinin kusuru varsa, bu kusur sonraki imkansızlık sebebi olarak elbette yüklenicinin

¹⁰⁹ Somer, s. 86. Diğer taraftan, D. 19. 2. 36’da yer alan “...nisi aliud actum sit (başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça...)” ifadesinin interpolatio olduğu yolunda bkz. Karadeniz, s. 179-182.

¹¹⁰ Karadeniz, s. 172-173; Somer, s. 79, 86.

borcunu sona erdirmeyip zararı giderme borcuna dönüştürecek ve şu halde bir hasar probleminden de söz edilmeyecektir.

İmkansızlık, yüklenicinin kusurundan ileri gelmiyorsa, beklenmedik halden ileri geliyor demektir. Beklenmedik hal, doğa kaynaklı olaylar ya da üçüncü kişilerin fiilleri olabileceği gibi, yüklenicinin veya iş sahibinin riziko alanından veya iş sahibinin kusurundan ileri gelen olaylar da olabilir.

Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması halinde ortaya çıkan sorunlara Romalıların nasıl yaklaştıklarını belirlemek, eserin yok olması olasılığına kıyasla daha güçtür. Henüz tamamlanmamış bir eserin yok olması meselesine kaynaklarda çok az yer verilmiştir. Eserin tamamlanma aşamasındaki imkansızlık örneğine en açık şekilde yer verdiğini saptadığımız metin, D. 19. 2. 59'dur. Metin, şu şekilde kaleme alınmıştır:

D. 19. 2. 59 Iavolenus lib. 5 Labeonis Posteriorum

Marcus domum faciendam a Flacco conduxerat. Deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturalis, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum.

D. 19. 2. 59 Iavolenus Labeo sonrasının beşinci kitabından

“Marcus Flaccus'a ev yapmayı üstlendi. Eser kısmen tamamlandıktan sonra bir deprem nedeniyle yıkıldı. Massurius Sabinus cevapladı ki bu beklenmedik hal yer sarsıntısı gibi doğal bir güç ise, Hasar Flaccus'a ait olur.

Metinde, eserin tamamlanmasından önce deprem nedeniyle yıkılmasından bahsedilmektedir. Gerek bu metin, gerek locatio conductio operis'e ayrılan diğer metinlerin incelenmesinden anlaşılmaktadır ki Roma hukukunda doğa kaynaklı beklenmedik hal sebebiyle ifanın imkansızlaşması üzerinde durulmakta, iş sahibinin kusuru ya da riziko alanı sebebiyle doğan yahut yüklenicinin riziko alanından kaynaklanan ifa engellerine ise, yer verilmemektedir. Aynı şekilde, ifanın üçüncü kişi kaynaklı fiillerle imkansızlaşması da olasılık dahilinde olmakla birlikte metinlerde buna ilişkin bir bilgi yoktur. Özellikle, yüklenicinin riziko alanından onun kusuru olmaksızın kaynaklanan beklenmedik hollere örnek olarak, yüklenicinin ölümü veya acze düşmesi verilebilir. Fakat kaynakların yorumundan anlaşıldığına göre bu mesele, locatio conductio operarum (hizmet sözleşmesi) bakımından çözüme kavuşturulmuştur; eser sözleşmeleri bakımından ise sessiz kalmıştır¹¹¹.

¹¹¹ Özellikle D. 19. 2. 38 pr.'da, işin tamamlanma imkanının ortadan kalktığı bir hizmet sözleşmesinde, işçinin ücret alacağına hak kazandığı genel bir biçimde ifade edilmiştir: “Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestaret”.

Metinlerde açıkça yer verilmese de, her bir beklenmedik hal bakımından imkansızlık konusunun ayrı ayrı ele alınmasında fayda vardır. Yukarıda metnini verdiğimiz D. 19. 2. 59'da, eserin tamamlanmasının imkansızlaşması deprem nedenine bağlı olarak açıklanmaktadır. Metni incelerken ilk göze çarpan, böyle bir imkansızlığın tarafların borçlarına olan etkisine hiç değinilmeden, doğrudan hasar problemine geçilmiş olmasıdır. Tıpkı eserin tesliminin imkansızlaşmasında olduğu gibi, burada da imkansızlığa ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmadığı kesin olarak söylenebilir. Bu nedenle de, Roma hukukunun imkansızlığa ilişkin genel çözümleri burada da geçerli olacak, eserin tamamlanmasının yüklenicinin kusuru olmaksızın imkansızlaşması taraflar arasındaki borç ilişkisini sona erdirecektir. Bu durumda ister istemez ortaya hasar sorunu çıkmaktadır kaldı ki metinde de bizzat hasar sorununa değinilmektedir.

Metinde, hasarın iş sahibi Flaccius'a ait olduğu bildirilmiştir. Dolayısıyla ilk akla gelen soru, kastedilen hasarın ne olduğudur. Marcius'un o zamana kadar sarf ettiği emek ve işçiliğin karşılığı olan bedel hasarı mıdır, yoksa malzeme hasarı mıdır? Bize göre, malzeme hasarıdır. Eser tamamlanıp teslim edilmezden önce ücrete hak kazanılamayacağına göre¹¹², gerçek anlamda bir bedel hasarının varlığından bu aşamada söz edilemez¹¹³. Hasar, iş sahibi Flaccius'a yüklendiğine göre, malzeme kimin mülkiyetinde ise zarara da onun katlanacağı genel kuralından uzaklaşmadığını söylemek gerekir. Klasik hukuk devrine ilişkin olarak, doktrinde yapılan tartışmayı da bu noktada hatırlamak faydalı olacaktır. İş sahibi tarafından sağlanacak malzemenin mülkiyetinin klasik devrin başlarında yükleniciye geçmesi gerektiği, klasik devrin ortalarından itibaren ise bu anlayışın terk edildiği ve malzeme mülkiyetinin iş sahibinde kalmasının olağan karşılandığını söylemiştik. Bu yöndeki değişimin en büyük etkisi, hiç şüphesiz hasara katlana-

¹¹² Taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa, tamamlanmış iş, teslim arz edildiği ve iş sahibi tarafından kabul edildiği zaman yüklenici ücret talebinde bulunabilir (**Karadeniz**, s. 190).

¹¹³ Aslında eserin teslimden önce yok olmasında da aynı durum vardır. Eser teslim arz edilmedikçe veya iş sahibi tarafından haklı bir nedenle kabul edilmedikçe, yüklenici ücret talebinde bulunamayacaktır. Bu durumda bedel hasarı nasıl ortaya çıkacaktır diye düşünülebilir. Çünkü, iş sahibine sunulmadan önce ücret talep edilemeyecekse ve telef olduğu için de hiçbir zaman iş sahibine sunulamayacaksa, yüklenicinin ücret alacağına hiçbir zaman hak kazanamayacağı da muhakkaktır. Bunun farkına varan Romalılar, D. 19. 2. 37'de "iş sahibi tarafından kabul edileceği anlaşılıyorsa" ifadesine yer vererek meseleyi aydınlatmışlardır. Buna göre eser yok olmasaydı ve kabule sunulsaydı, iş sahibi tarafından kabul edilmek zorunda olduğu anlaşılıyor idiyse, yüklenici eser bedelini, eser yok olsa bile talep edebilecektir.

cak olan tarafı değiştirmesidir. İşlenecek malzeme yüklenicinin mülkiyetine geçiyorsa, malzemenin telef olması zararına da, kendi malvarlığında ortaya çıkan bir zarar olarak, yüklenici katlanacaktır. Ancak hasara katlanacak kişinin değişmesi somut olay temelinde gerçekleşmektedir, yoksa hasar probleminin çözümünde kullanılan teorik kuralı değiştirmemektedir.

Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması, yüklenicinin kuruşu olmaksızın, mesela ölümü ya da ödeme güçlüğüne düşmesi gibi onun riziko alanından kaynaklanan bir nedenden de kaynaklanmış olabilir. Metinlerde yüklenicinin ölümünün sözleşme ilişkisini sona erdirip erdirmeyeceğine dair bir açıklık yoktur¹¹⁴. Accarias, meselenin çözümünün tarafların iradesine bırakılmış olabileceğini tahminen söylemektedir. Eğer taraflar, işin başkası tarafından da yapılabileceğini aralarında kararlaştırmışlar ya da işin doğası gereği başkasına tamamlanabilmesi mümkün ise, sözleşme ilişkisinin sona ermemiş olduğu kabul edilmelidir¹¹⁵.

IV. TÜRK HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİNDE İFA İMKANSIZLIĞI VE ROMA HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Genel Olarak

Eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanununda tanım, hükümler ve sözleşmenin sona ermesi başlıkları altında sistematize edilmiştir. Sona erme olarak da yaklaşık bedelin yok aşılması, eserin yok olması, tazminat karşılığı fesih, iş sahibi yüzünden ifanın imkansızlaşması, yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi kenar başlıkları altında sayılan bazı özel sona erme sebeplerine yer verilmiştir. Bu düzenleme tarzından da anlaşılacağı üzere, “ifa imkansızlığı” eser sözleşmesi bakımından özel olarak yer verilmiş bir sona erme sebebi değildir. Sadece, “eserin yok olması” ve “iş sahibi yüzünden

¹¹⁴ Accarias, II, Tit. 24 § 4, N. 621.

¹¹⁵ Accarias, II, Tit. 24 § 4, N. 621. İleride değinecek olmakla birlikte şu kadarını söyleyelim ki Türk hukukunda da benzer bir çözüm kabul edilmiştir. Eser sözleşmesi Türk hukukunda da intuitus persona (kişiye bağlı) niteliği taşıyan bir sözleşmedir. Konusu yapma borcu olduğu için, eser sözleşmesinden doğan borcun ifasında borçlunun kişisel özellikleri önem taşır. Fakat tüm eser sözleşmelerinin katı bir biçimde intuitus persona (kişiye bağlı) niteliğini taşıdığını söylemek de doğru olmaz. Örneğin basit bir musluk tamiri veya bir contanın değiştirilmesi gibi teknik özelliklerin daha ağır bastığı işlerde, işin yüklenici tarafından yerine getirilmesi ile başkası tarafından yerine getirilmesi arasında iş sahibinin menfaatleri açısından bir fark yoktur. Yüklenicinin kişiliğinin önemli olmadığı bu tür eser sözleşmelerinde yüklenicinin ölümü sözleşmeyi sona erdirmemelidir (Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Özel Bölüm, s. 365).

ifanın imkansızlaşması” olarak iki alt başlık halinde kısmi bir düzenleme yapılmıştır.

Bu durumda, eser sözleşmesinde ifa imkansızlığı konusunda imkansızlıkla ilgili genel hükümlerin tatbik edileceği açıktır. O halde eğer söz verilen edimin ifası daha başlangıçta imkansız ise, bu imkansızlığın objektif olması kaydıyla, sözleşme kesin hükümsüz olacak, böyle bir sözleşmeden dolayı ne yüklenicinin ne de iş sahibinin üzerinde borç doğacaktır. Yanıcı bir maddeden baca veya suda eriyen bir maddeden çatı izolasyonu gibi sonuçların söz verilmesi halinde başlangıçtan itibaren ifa imkansızlığı vardır ancak uygulamada bu durumlara pek az rastlanır¹¹⁶. Başlangıçtaki objektif imkansızlık, genellikle hukuki imkansızlık şeklinde ortaya çıkar, mesela sit alanı olarak ilan edilmiş bir bölgede inşaatın söz verilmesi gibi. Başlangıçtaki subjektif imkansızlık hallerinde ise, sözleşme geçerli olarak kurulur, fakat yüklenicinin borçtan sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesi sonraki imkansızlık hükümlerine göre, yani yüklenicinin bu imkansızlığın kaynağında kusurunun bulunup bulunmamasına göre çözüme bağlanır. Sözü edilen kusur, yüklenicinin borcun ifasının kendisi açısından imkansız olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği halde sözleşmeyi kurmaktaki kusurudur. Mesela yüklenici işi göremeyecek kadar hasta ise ve bunu bile bile bir eser sözleşmesi akdetmişse kusurlu olacağından, TBK m. 112 ve uyarınca tazminat ödeme borcu altına girecektir¹¹⁷.

İfanın sonradan imkansızlaşması, eserin yok olması ve ifanın iş sahibi yüzünden imkansızlaşması halleri dışında eser sözleşmesi bakımından özel olarak düzenlenmiş değildir. Bu iki durumda da imkansızlaşmanın tarafların borçlarına nasıl etki ettiğine yer vermeye gerek görülmeyle söz konusu hükümlerde doğrudan hasar problemine girilmiştir. Bu nedenle eser sözleşmesinde ifanın sonradan imkansızlaştığı hallerde genel hükümlerin tatbik edileceği açıktır.

Bu noktada, eseri hem meydana getirmeyi hem de teslim etmeyi içeren bir edim tipini konu alan eser sözleşmesinin bu özel doğasından dolayı, Roma hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da sonraki imkansızlık iki aşamalı ortaya çıkabilir: (1) Eserin tesliminin imkansızlaşması (2) Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması. Her iki aşamayı ayrı ayrı değerlendirmek faydalı olacaktır.

¹¹⁶ Yüklenici bu sonuçların başarılacağına dair bir güvence vermişse, eser sözleşmesi kesin hükümsüz olacağı için eser sözleşmesi çerçevesinde değil, bir güvence sözleşmesi çerçevesinde borç altında olacaktır (**Seliçi**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s. 46).

¹¹⁷ **Öz**, s. 157.

B. Eserin Tesliminin İmkansızlaşması

1. Genel Olarak

Eserin tesliminin imkansızlaşmasından kasıt, eserin tamamlanmış olmasına rağmen tesliminin mümkün olmamasıdır. İlk akla gelen, eserin kısmen¹¹⁸ veya tamamen telef olması şeklinde gerçekleşen fiziksel imkansızlık halidir. Eserin teslimi hukuken de imkansızlaşmış olabilir; mesela teslim hazırlanmış bir binanın alınan idari bir kararla kamulaştırılması gibi. Eserin tesliminin imkansızlaşması yüklenicinin kusurundan ileri gelebileceği gibi yüklenicinin kusuru olmaksızın yani beklenmedik hallerden de ileri gelebilir. Beklenmedik hal, doğa olayı olabileceği gibi üçüncü kişi kaynaklı veya iş sahibinin ya da yüklenicinin riziko alanı kaynaklı fiiller de olabilir¹¹⁹.

Eserin tesliminin yüklenicinin kusuru yüzünden imkansızlaşması, kanunda özel olarak düzenlenmiş değildir. Bu nedenle genel hükümler uygulanacak ve BK m. 112'deki "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*" hükmü gereğince yüklenici tazminat ödeme borcu altına girecektir¹²⁰. Bu noktada Roma hukuku ile Türk

¹¹⁸ Kısmen yok olma bakımından ortaya çıkabilecek bir sorun, kısmen yok olma ile ayıplı olmanın birbirine karıştırılma olasılığıdır. Aralarındaki büyük benzerlik, ikisini pratik hayatta ayırt etmeyi çoğu zaman güçleştirmektedir. Yok olma, geniş anlamda ele alındığı zaman ayıplı olmayı da içine alır; örneğin, şiddetli bir deprem nedeniyle bir binanın duvarlarında çatlaklar oluşması, eserin kısmen yok olması niteliğinde kabul edilebileceği gibi, böyle bir eserin ayıplı olduğundan da söz edilebilir. Başka deyişle, kısmen yok olmuş bir eser aynı zamanda ayıplı bir eser demek olabilir. Zira ayıp, eserin taşınması gereken nitelikleri taşımaması ya da sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımamasıdır (**Tandoğan**, Cilt II, s. 162). Kısmi yok olmuş eser ise, yine sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşıyor demektir. Doktrinde eserin yok olması halinde -kısmen dahi gerçekleşmiş olsa bile- eserin fiziken ortadan kalktığı, ancak ayıp halinde eserin ortadan kalkmayıp sadece bünyesinde bir bozukluğun bulunduğundan söz edilebileceği ileri sürülerek, bu iki durum arasında ayırım yapılmaktadır. Mesela bir diş protezinin yere düşmesi neticesi bazı dişlerin eksilmesi kısmi yok olma, diş protezinin ağız ölçüsüne uymaması ayıp olarak kabul edilebilir (**Altaş**, s. 61-62).

¹¹⁹ **Öz**, s. 161 vd.; **Altaş**, s. 66 vd.

¹²⁰ Kusurlu imkansızlık halinde BK m. 112 hükmünün uygulanması bakımından doktrinde yapılan bir tartışmaya da burada değinmek gerekir. Kusurlu imkansızlık halinde TBK m. 112 uyarınca doğan borcun yeni bir borç mu yoksa eski borcun devamı mı olduğu konusunda baskın görüş, yeni bir borcun doğmayıp eski borcun tazminat borcu adı altında devam ettiği yolundadır, (Bu görüştekiler için bkz. **Öz**, s. 156 dn. 12; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 853-854; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Genel hükümler, Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. bası, İstanbul, İstanbul Üniver-

hukuku arasındaki benzerlik oldukça çarpıcıdır. Roma hukukunda da, eser tesliminin sonradan kusurlu olarak imkansızlaşması haline metinlerde özel olarak yer verilmiş değildir. İmkansızlık meselesi daha çok hasar problemi ve dolayısıyla kusursuz imkansızlık çerçevesinde ele alındığı için, kusurlu imkansızlık halinde tarafların borçlarının akıbetine yer verilmemiştir. Eseri kusurlu olarak teslim edemeyen yüklenicinin borcunun ortadan kalkmayıp tazminat borcuna dönüştüğü genel prensipler uyarınca söylenebilmektedir¹²¹.

Eserin tesliminin kusursuz imkansızlaşması da eser sözleşmesi ile ilgili hükümler arasında düzenlenmemiştir. Sadece, TBK m. 483'te, "eserin yok olması" kenar başlığı altında hasarın kime ait olacağı bakımından bir düzenleme getirilmiştir. Madde izleyen şekildedir:

Eser teslimden önce beklenmedik şekilde yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur. Eserin iş sahibine verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.

sitesi Yayınları, 1977, s. 181). Oğuzman/Öz'e göre ise kusursuz imkansızlıkta olduğu gibi kusurlu imkansızlıkta da borç sona erecektir, bu durumda TBK m. 112'ye göre doğan tazmin borcu aslında yeni bir borçtur; zira bu sonuç, imkansızlık kurumunun doğasına daha uygundur. Bu görüş farklılığının en önemli pratik sonucu şudur: Eğer TBK m. 112'deki tazmin borcu eski borcun devamı olduğu kabul edilecek olursa, hem eski borca ilişkin zamanaşımı işlemeye, hem de borca ilişkin ferî güvenceler sona ermeyip alacaklı için teminat olmaya devam edecektir. Buna karşılık diğer görüş uyarınca TBK m. 112'den yeni bir borç doğduğu kabul edilecek olursa, yeni borca ilişkin zamanaşımı işlemeye başlayacak ve eski borca bağlı teminatlar ortadan kalkacaktır. Ayrıca eski borcun vadeye bağlı olduğu hallerde, alacaklı ifayı talep için vadenin dolmasını beklemek zorunda kalmayacaktır. Tüm bunlara ek olarak, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde, alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı verilmediği için alacaklının sözleşmeden dönebilmesi ancak temerrüde ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla mümkün olabilir. Oysaki TBK m. 112'deki borcun yeni bir borç olduğu kabul edilecek olursa, alacaklıya dönme hakkı verebilmek için kıyasen temerrüt hükümlerine gitmeye gerek kalmayacağı gibi, borç ilişkisi ortadan kalkmış olacağı için sözleşmeden dönmeye de lüzum kalmayacaktır (Öz, s. 155 vd).

¹²¹ Daha önce değindiğimiz, inşaatı tamamlanmış bir kanalın çökmesinin eserin yapımındaki bir bozukluktan ileri gelmesi halinde oluşan zararın yükleniciye ait olacağını belirten D. 19. 2. 62'de geçen ("...si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum") ifadesinde, periculum (hasar) yerine detrimentum (zarar) sözcüğünün kullanılmasının kusurlu imkansızlığa işaret ettiğini hatırlatalım. Zira hasar sözcüğünün kullanımı ancak kusursuz imkansızlığın bulunduğu durumlara uygun düşebilir.

Bu maddenin, eser sözleşmesinde ifa imkansızlığını genel bir biçimde düzenlediği söylenemez. Zira kanun koyucu söz konusu hükümde, eserin yok olması halini düzenleyerek imkansızlığın yalnızca bir türüne yer vermiştir. Halbuki eserin fiziksel olarak telef olması demek olan maddi imkansızlık dışında hukuki imkansızlık yoluyla da ifa yokluğundan bahsedilebilir. Ayrıca madde, eserin yok olması biçimindeki imkansızlıkta tarafların borçlarının akıbetine de yer vermiş değildir, maddede sadece hasar problemi ele alınmıştır. Eser sözleşmesinde ifa imkansızlığını düzenleyen özel bir hüküm bulunmadığına göre, genel hükümlere gidilmek gerekecektir.

Eser, yüklenicinin kusuru olmaksızın teslim edilemez hale gelmişse artık borç imkansızlaşmış olacağı için TBK m. 136/1 uyarınca¹²², yüklenicinin eseri teslim borcu sona erecektir. Bu durumda da karşı edim olan iş sahibinin eser bedeli borcunun sona erip ermeyeceği meselesi önem kazanır. Olağan olarak iş sahibinin borcu daima bir miktar para borcudur ve para borcunun imkansızlaşması düşünülemez. Ancak TBK m. 136/2, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkansızlık nedeniyle borçtan kurtulan borçlunun karşı edimi de isteyemeyeceği ve aldığı edimi de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edeceğini bildirmektedir. Bu durumda, imkansızlık halinde tarafların karşılıklı borçlarının ve buna bağlı olarak borç ilişkisinin de sona erdiği kanunen kabul edilir¹²³.

2. Hasar Sorunu

Kusursuz imkansızlık neticesi borç ilişkisinin ortadan kalkması ve tarafların karşılıklı borçlarının sona ermesi ile birlikte hasar probleminin doğacağı açıktır. Zira eserin yok olmasıyla birlikte meydana gelen zararda hiç kimsenin payı olmadığına göre buna kimin katlanacağı meselesi Türk hukukunda da önem arz eder. Eserin yok olması halinde hasara kimin katlanacağı meselesini özel olarak düzenleyen TBK m. 483 hükmü, hasarı kural

¹²² Aynı şekilde, TBK m. 136/2'deki genel kuralın da bu mantıkla kaleme alındığını söylemek yanlış olmaz. TBK m. 136 metni şu şekildedir: “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşır, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkansızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır. Borçlu ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür*”.

¹²³ Öz, s. 155-156.

olarak yükleniciye yüklemiştir. Burada bahsedilen elbette bedel hasarıdır. Buna göre yüklenici, teslim edemediği eserden dolayı eser bedelini de talep edemeyecek, yaptığı gider ve emek kaybına kendisi katlanmış olacaktır¹²⁴.

Fikrimize göre, eser sözleşmesinde hasarın yükleniciye ait olması kuralı Roma hukuku düzenlemesi ile örtüşmektedir. Zira eser, teslim edilmezden önce yüklenicinin malvarlığındadır ve eserin yok olması da doğal olarak bu malvarlığında ortaya çıkan bir zarardır. Yüklenici karşı edimi isteyemeyeceği için bu zarara kendisi katlanmış olmaktadır. Bu da, Roma hukukundan beri gelen kusursuz imkansızlık halinde oluşan zarara, “*bu zarar kimin malvarlığında meydana gelmişse onun katlanacağı*” şeklindeki genel prensibin Türk hukukuna yansımış olduğunun bir göstergesidir.

Eserin yok olması halinde TBK m. 483'te yapılan düzenleme bedel hasarına ilişkin olup, edim hasarını kimin taşıyacağı konusunda bir açıklık yoktur. Doktrinde ağırlıklı görüş, yeniden meydana getirilmesi objektif olarak mümkün olduğu ölçüde eserin yeniden yapılması taraftarıdır. Bu durumda bedel hasarını (karşı edim hasarı) olduğu kadar edim hasarını da yüklenici taşımış olacaktır¹²⁵. Bu sonuç yüklenici için oldukça ağır olduğundan, yükleniciye TBK m. 480/2 uyarınca bir uyarılma hakkının verilmesi gereği de bu konuyla ilgili ayrıca savunulan hususlardandır¹²⁶.

Eserin yok olması halinde hasarın yükleniciye ait olması kuralının iki istisnasına rastlanır. Bunlar; iş sahibinin temerrüdü ve eserin yok olmasının onun riziko alanından kaynaklanan bir sebepten ileri gelmesidir. İş sahibinin eseri teslim almamada haklı bir sebebi yoksa temerrüde düşecektir ve bu durumda TBK m. 483/1 uyarınca hasarı yüklenen iş sahibi, yapılan işin ücretini ve giderlerini yükleniciye ödeyecektir. İş sahibinin eseri teslim almaktan haklı bir nedeni olmaksızın kaçınması, özellikle teslim iş sahibinin katılımının gerekli olduğu hallerde ortaya çıkar; mesela dikilmiş bir elbiseyi almaktan kaçınması gibi. Teslim fiiline iş sahibinin katılımı gerekmediği hallerde, kural olarak iş sahibinin katılımına ihtiyaç yoktur; mesela musluk tamircisinin muslukların tamirini tamamlayarak evden ayrılması böyledir¹²⁷. Elbette eserin teslim edilmiş olması eserin kabul edildiği anlamına gelmez, bu noktada Roma ve Türk hukukları uygulaması aynı yöndedir. Roma hukukunda olduğu gibi günümüzde de, eğer iş sahibi eseri teslim almaktan kaçınıyorsa ve haklı bir sebebi yoksa, alacaklı temerrüdüne düşmüş olacaktır

¹²⁴ **Gümüş**, s. 92.

¹²⁵ Bu görüşteki yazarlar için bkz. **Gümüş**, s. 93.

¹²⁶ **Gümüş**, s. 93.

¹²⁷ **Öz**, s. 172.

ve bu temerrüt esnasında eser yok olursa, bunun hasarına da kendisi katlanacaktır; yükleniciye eser bedelini ödemek zorunda kalacaktır¹²⁸.

Eserin teslim edilememesi, iş sahibinin kusurundan ya da kusuru olmadan riziko alanından doğuyorsa, TBK m. 483/2 uyarınca hasar iş sahibine ait olacaktır. Bu durumda yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan bedeli değil ama yaptığı işin değerini ve ayrıca giderlerini iş sahibinden talep edebilecektir. İş sahibinin riziko alanından kasıt, iş sahibinin verdiği malzeme veya gösterdiği arazinin ayıplı olması nedeniyle eserin yok olmasıdır. Söz konusu hallerde iş sahibinin kusurlu veya kusursuz olmasının bir önemi bulunmayacaktır. Ancak yüklenicinin bu talep hakkını kullanabilmesi için maddede yükleniciye bir külfet yüklenmiştir; yüklenici, iş sahibinin riziko alanından kaynaklanabilecek bu gibi durumlarda doğması olası olumsuz sonuçları iş sahibine bildirmiş olmalıdır, aksi halde bedel isteme hakkını kaybedecektir¹²⁹. Eğer eserin yok olmasında iş sahibinin ayrıca kusuru varsa ve bundan dolayı yüklenici bir zarara uğruyorsa, bu zararları da yüklenici ayrıca isteyebilecektir¹³⁰.

TBK m. 483/2 düzenlemesinin Roma hukukunun D. 19. 2. 13. 5'teki¹³¹ düzenlemesi ile büyük ölçüde benzerliği dikkat çekicidir. Zira metinde, yon-

¹²⁸ Üçer, Mehmet: Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 153. İş sahibinin tutumu yüzünden teslimin gecikmesi, teslim almaktan kaçınma biçiminde değil, henüz hazırlık faaliyetleri sırasındaki tutum ve davranışlardan da ileri gelebilir. İş sahibi, hazırlık fiilleri aşamasında üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediğinde, mesela eserin yapımı için gerekli olan malzemeyi söz verdiği halde yükleniciye teslim etmediğinde ne olacağı ayrı bir sorundur. Doktrin, böyle bir durumda yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmeyip vadenin gecikme süresi kadar vadenin uzadığını kabul etmektedir, (Ayrıntı için bkz. Öz, s. 172).

¹²⁹ Tandoğan, Cilt II, s. 323-324.

¹³⁰ Tandoğan, taraflardan birine, özellikle iş sahibine isnat edilebilir bir sebepten ötürü eserin yok olmasının, gerçek anlamda bir hasar sayılmayacağını ve dolayısıyla hasarın yükleniciye ait olduğu kuralının gerçek anlamda bir istisnasını oluşturamayacağını savunmaktadır. Bu durumda da yüklenicinin ifaya olan tüm menfaatini, yani olumlu zararını isteyebilmesi gerekir (Tandoğan, Cilt II, s. 323, 325), Aynı yönde Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 16. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 759.

¹³¹ D. 19. 2. 13. 5: “*Si gemma incluenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae fractum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio* (Yerleştirilmek veya yontulmak üzere verilen değerli taş bu işlem sırasında maddesindeki ayıp nedeniyle parçalanırsa, bu durumda istisna (eser) sözleşmesinden doğan dava açılmaz. Buna karşın, değerli taş, zanaatkarın yeteneksizliği/beceriksizliği nedeniyle parçalanırsa müteahhide (yükleniciye) karşı istisna sözleşmesinden doğan dava açılır. Bu görüşe şu da eklenmelidir ki

tulmak üzere yükleniciye bırakılan bir taşın ayıplı olması nedeniyle yontma işlemi tamamlanmadan parçalanması yüzünden çıkan bir uyumsuzluğun çözümüne değinilmektedir. Yükleniciye karşı actio locati açılmayacağını belirten ilk cümlesinden anlaşılmaktadır ki, bu durumda yüklenicinin taş yontma borcu sona ermektedir. Metinde açıkça ifade edilmemekle birlikte, bu bir ifa imkansızlığı halidir çünkü sonucun meydana getirilmesi ve teslimi imkansızlaşmıştır. Buna bağlı olarak yüklenicinin borcu da devam etmeyecek, sona erecektir. Bu durumda da karşımıza hasar problemi çıkar ki metinde hasarın, verilen malzemenin ayıplı olması nedeniyle iş sahibine ait olması gerektiği örtülü biçimde açıklanmaktadır. Taşın parçalanması zararından, özellikle üstlenmedikçe, yüklenicinin değil iş sahibinin sorumlu olacağı metnin son cümlesinden anlaşılmaktadır. O halde, TBK m. 483/2'nin düzenlemesi ile örtüşür şekilde Roma hukukunda da eserin yok olmasının iş sahibinin verdiği malzemenin ayıbından kaynaklanması gibi, onun riziko alanından¹³² doğduğu hallerde, hasarın iş sahibine yükletildiği sonucuna varmak pekala mümkündür¹³³.

TBK m. 483 uygulaması bakımından ortaya çıkan bir sorun, eserin tamamen değil de kısmen yok olması halinde bu hükmün uygulanıp uygulanamayacağıdır. Madde, eserin yok olmasından söz etmektedir ki bundan kasıt elbette tam yok olmadır. Fakat eserin kısmen yok olması da olasılık dahilindedir ve bu durumda TBK m. 483 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağının üzerinde durulması gerekir. Doktrine göre, gerek kenar başlık gerek madde metni, eserin yok olması şartını aradığı için TBK m. 483 hükmünün kısmen yok olma hallerine uygulanamayacağı açıktır. Ancak eserin telef olmayan kısımlarının kabulü, dürüstlük kuralları uyarınca iş sahibinden beklenebiliyorsa, TBK m. 483'ün kıyasen uygulanması ve bu kısmen yok olmanın tam yok olma gibi kabul edilerek hasarın yükleniciye yükletilmesi yerinde olur¹³⁴. Bu durumda iş sahibi yükleniciye eser bedelini ödemek

eğer müteahhit riski üzerine alırsa o zaman, malzemedeki ayıp nedeniyle değerli taşın parçalanmasından sorumlu tutulur”, (metnin çevirisi için bkz. **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 152).

¹³² Malzeme ayıbı iş sahibinin kusurlu bir davranışından ileri gelebileceği gibi kusursuz olarak da ortaya çıkmış olabilir, bunun bir önemi yoktur. Çünkü üründeki bir bozukluğun gerek ayıp olarak nitelendirilmesi için, gerek bu bozukluğun ayıptan doğan sorumluluk hükümlerince giderilmesi için kusurun varlığına ihtiyaç yoktur.

¹³³ D. 19. 2. 62.

¹³⁴ **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Cilt: II, Özel Borç İlişkileri, 3. bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s. 1047; **Altaş**, s. 63-65. Zevkliler ve Gökyayla, yok olmayı sözlük anlamıyla değil, sözleşmede kararlaştırıldan daha düşük nitelikte eser teslim

zorunda kalacaktır. Ancak, iş sahibinin ayıplı ifa hükümlerine dayanarak, TBK m. 475 uyarınca ayıp oranında bedel indirimi ya da şartları varsa diğer seçeneklere başvurmaya da bir engel yoktur¹³⁵.

TBK m. 483 uygulaması bakımından ortaya çıkan bir başka sorun da malzeme hasarına kimin katlanacağıdır. TBK m. 483/1'in son cümlesi "*bu durumda malzemeye gelen hasar onu sağlayan tarafa ait olur*" diyerek, malzeme hasarına katlanacak kişiyi malzemeyi sağlayan olarak tespit etmiştir. Bu durumda malzeme hasarına ilişkin problemin de, hasar konusunda Roma hukukundan gelen genel kurala uygun olarak çözüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır; yani malzeme yüklenici tarafından sağlanıyorsa yüklenici katlanacak; iş sahibi tarafından sağlanıyorsa, iş sahibi katlanacaktır. TBK m. 483'te kastedilen malzemenin eserin bünyesine giren ve onunla bütünleşen malzeme olduğunu da vurgulamak gerekir. Mesela bir binanın yapımında kullanılan kum, çakıl, taş, tuğla, çimento, beton gibi malzemeler böyledir. Eserin bünyesine girmeyen malzemeler, mesela iş makineleri hakkında TBK m. 483 geçerli olmayacaktır. Ancak doktrinde kıyasen bir uygulamaya engel bulunmadığı da düşünülmektedir¹³⁶.

Malzeme hasarı bakımından ortaya çıkabilecek başka bir sorun, malzeme niteliği taşımayan, ancak üzerinde çalışılması, bir sonuç meydana getirilmesi için, mesela üzerine bina inşa edilecek arsa, temizlenecek giysi gibi bırakılan eşyalardır. Doktrinde bunlar malzeme olarak kabul edilmemektedir. Zira bunlardan yararlanılarak bir işleme yapılmamakta, bizzat bunlar kendisinden yararlanılarak bir işlemenin yapıldığı ve bu suretle bir eser meydana getirildiği maddeler değildir. Bununla birlikte bu gibi nesnelere yok olması halinde de TBK m. 483'ün kıyasen uygulanması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir¹³⁷.

C. Eserin Tamamlanmasının İmkansızlaşması

Doğası gereği eser sözleşmesi, gerek Roma hukukunda gerek Türk hukukunda yapma borcunu konu alır; yüklenicinin borcu sadece eseri teslim değil, kendi meydana getireceği eseri teslimdir. Buna bağlı olarak ifa imkansızlığı, eserin teslimi aşamasında ortaya çıkabileceği gibi henüz teslim

etme biçiminde teknik anlamıyla ele almak gerektiğini belirterek yok olma kavramını geniş olarak yorumlamaktadırlar, bu durumda, yazarlara göre kısmi yok olma da tam yok olma kavramı içinde düşünülecektir (*Zevkliler/Gökyayla*, s. 559).

¹³⁵ *Tunçomağ*, s. 1047; *Altaş*, s. 63-65; *Zevkliler/Gökyayla*, s. 551 vd.

¹³⁶ Bu yönde *Altaş*, s. 90.

¹³⁷ *Altaş*, s. 90-91.

aşamasına gelemeden, eserin tamamlanma aşamasında da ortaya çıkabilir. Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması, fiziksel ya da hukuksal imkansızlık biçiminde ortaya çıkabilir; örneğin, henüz inşa halindeki bir binanın sel suları altında kalması ya da inşaatın yapılacağı bölgenin tarihi çevreyi koruma mevzuatı gereğince sit alanı ilan edilmesi gibi. Eserin tamamlanamaması yüklenicinin kusurundan ileri geliyorsa, elbette yüklenicinin borcu ortadan kalkmayacak, TBK m. 112 uyarınca devam edecektir.

Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması yüklenicinin kusuru olmaksızın da söz konusu olabilir ki bu durumda imkansızlaşma beklenmedik hallerden ileri geliyor demektir. Doğa kaynaklı olaylar ya da üçüncü kişilerin fiilleri başlıca beklenmedik hallerdir; yüklenicinin -kusuru olmaksızın riziko alanından veya iş sahibinin riziko alanından kaynaklanan nedenler de bunlara ilave edilmelidir. Beklenmedik hal kapsamında ifayı imkansızlaştıran bir başka olay da, eser sözleşmesinin intuitus persona niteliğinin bir sonucu olarak¹³⁸, yüklenicinin ölmesi ya da iş yapma yeteneğini kaybetmesidir. Eser sözleşmesinin iş görme edimi içeren ve bu nedenle yapma borcunu konu alan doğası, yüklenicinin ölümünü ya da iş yapma yeteneğini kaybetmesini birer imkansızlık sebebi haline getirmiştir. Eser sözleşmesinin imkansızlaşması halini kanun koyucu özel olarak tek bir maddede, TBK m. 485'te düzenlemiştir:

Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkansızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderleri isteyebilir.

İfa imkansızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.

Maddede, eserin tamamlanmasının iş sahibinin riziko alanından kaynaklanan bir nedenle imkansızlaşması halinde, yüklenicinin, yaptığı işin o zamana kadarki değerini ve ayrıca yaptığı giderleri isteyebileceği belirtilerek, aslında hasar problemine değinilmektedir. İmkansızlığın tarafların borçları üzerindeki etkisine ise doğrudan değinilmemiştir. Ancak TBK m. 136/1 genel kuralı uyarınca, kusuru olmayan yüklenicinin borcu ortadan kalkacaktır. Yine, iş sahibinin borcu da TBK m. 136/2 uyarınca kural olarak sona erecektir. Ortaya çıkan zarara kimin katlanacağı meselesinde ise madde, ayrı bir düzenleme getirmekte, kusuru olmaksızın iş sahibinin riziko alanından kaynaklanan zararlara katlanması gerektiği kabul edilmektedir.

¹³⁸ Intuitus persona niteliği, yapma borcunu konu alan vekalet (TBK m. m. 502-514), hizmet (TBK m. 393-447) ve yayım sözleşmesi (TBK m. 487-501) bakımından da geçerlidir.

Eğer zararın ortaya çıkmasında iş sahibinin kusuru varsa yüklenici, zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir. Bu da göstermektedir ki zarar, iş sahibinin riziko alanından veya kusurundan ileri geliyorsa, edim hasarı da karşı edim hasarı da iş sahibine ait olacaktır. Burada genel kural TBK m. 136/2 hükmünün uygulanmadığı açıktır. Zira eserin tamamlanmasının iş sahibinin riziko alanından ya da kusurundan kaynaklanan bir sebeple imkansızlaşması halinde, TBK m. 136/1'deki genel prensip uyarınca yüklenicinin borcu sona erer. TBK m. 136/2 uyarınca iş sahibinin borcu da sona ermesi gerekirken, (eğer kusuru varsa bir başka borç altına, TBK m. 112 uyarınca zararı giderme borcu altına girecektir) TBK m. 485'teki özel düzenleme gereği iş sahibinin bedel ödeme borcu sona ermeyecek, devam edecektir. Bu da bir anlamda hasara iş sahibinin katlanması demek olacaktır. Yüklenici, yaptığı işin o zamana kadarki değeri ve giderlerini talep edebilecek, iş sahibinin kusuruyla kendisine verdiği zararları da ayrıca talep edebilecektir¹³⁹.

¹³⁹ Öz, s. 163. Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması aynı zamanda eserin tesliminin de yapılamayacağı anlamına geldiği için, TBK m. 483 ile TBK m. 485 arasında nasıl bir ilişkinin bulunduğu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüş, her iki hükmün birbirinden farklı olduğu; TBK m. 483'ün eserin yok olması halini, TBK m. 485'in ise, ifa imkansızlığını düzenlediğini söylemekte; diğer görüş, TBK m. 485 hükmünün TBK m. 483'ün bir istisnası olduğunu ifade etmektedir, (Bu görüş ve tartışmalar için bkz. Altaş, s. 199 vd.). Fikrimize göre TBK m. 483'te her ne kadar "eserin yok olması" kenar başlığı altında bir düzenleme yapılsa da, aslında ifa imkansızlığının bir görünümüne yer verilmiştir. Zira maddede, aslında hasar sorununa değinilmek istenmiştir ve hasar da ancak kusursuz imkansızlık halinde gündeme gelebilecek bir kavramdır. Eğer eserin yeniden yapılması mümkün ise, yani eserin ferdi olarak belirlenmediği ya da ferdi olarak belirlenmiş özel bir malzeme kullanılmadığı hallerde, yüklenicinin borcu da zaten sona ermeyecektir. Bu gibi durumlarda imkansızlıktan ve ortaya çıkacak zarara kimin katlanacağından bahsetmeye gerek yoktur. Eserin yeniden meydana getirilmesi imkanı devam ettiği sürece yüklenici, yok olan eseri ikinci defa yapmak zorunda kalmasının kendisi için yaratabileceği olumsuz sonuçları, TBK m. 480/2 doğrultusunda bir uyarılama talebi ile def edebilecektir. Eserin yok olması ifa imkansızlığına da ayrıca neden oluyorsa, artık yüklenicinin borcu imkansızlık gerekçesiyle sona erecektir. Bu durumda TBK m. 483/1 uyarınca, eser bedelini talep edemeyeceği için bedel hasarı yüklenicinin kendisine ait olacaktır; meğer ki bu imkansızlık iş sahibinin riziko alanından doğmuş olsun. İş sahibi kaynaklı ifa imkansızlığı hallerinde ise, eser bedelinin talep edilemeyeceği kuralı TBK m. 483/2'de belirtilmiştir. TBK m. 485 düzenlemesi bu yönüyle, fikrimize göre, TBK m. 483 düzenlemesi ile örtüşmektedir. Eserin tamamlanması imkansızlaştığında, yine yüklenicinin borcu sona erecek ve sözleşmede kararlaştırılan bedeli de isteyemeyecektir. Bu durumda bedel hasarı yine kendisine ait olacaktır; meğer ki ifanın imkansızlaşması iş sahibinin kusurundan ya da kusuru olmaksızın iş sahibi kaynaklı başka bir nedenden ileri gelmiş olsun. Bu durumda yüklenicinin, o zaman kadar yaptığı işin değerini ve ayrıca giderleri iş sahibinden talep edebilmesi mümkündür. Bu bakımdan, bize göre her iki maddede de birbirinden çok ayrı düzenlemeler

Eser sözleşmesinin iş görme borcu doğuran yapısı gereği, eserin tamamlanmasını imkansızlaştıracak bir başka beklenmedik hal, yüklenicinin ölümü veya kişisel yeteneklerini kaybetmesidir. Bunu kaleme alan TBK m. 486 hükmü izleyen şekildedir:

Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapımlı olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.

Hükme göre, yüklenicinin ölümü veya iş yapma yeteneğini kaybetmesi kural olarak sözleşmeyi sona erdirmektedir. Bu da aynı zamanda eserin tamamlanmasını engelleyen bir imkansızlık hali olarak karşımıza çıkar. Dikkati çeken, yüklenicinin kişisel özelliklerinin göz önünde bulundurulması suretiyle yapılmış olan eser sözleşmelerinin TBK m. 486'ya tabi olacağıdır. Eser sözleşmesi, her ne kadar yapma borcu doğuran bir sözleşme olsa da, her zaman *intuitus persona* (kişiye bağlılık) niteliği taşımayabilir, yüklenicinin kişisel özelliklerine önem verilmeksizin akdedilen eser sözleşmelerine de rastlanabilir. Sonuncu durumda, eserin bu yüklenici tarafından tamamlanması ile başka bir yüklenici tarafından tamamlanması arasında iş sahibinin menfaatleri açısından hiçbir fark yoktur. Bu nedenle, *intuitus persona* niteliği taşıyan eser sözleşmeleri ile *intuitus persona* niteliği taşımayan eser sözleşmelerini birbirinden ayırmak gerekir¹⁴⁰. Eğer yüklenicinin kişiliği dikkate alınarak bir eser sözleşmesi akdediliyorsa, *intuitus persona* niteliği taşıyan eser sözleşmesi; aksine, yüklenicinin kişiliği dikkate alınmadan bir eser sözleşmesi akdediliyorsa, *intuitus persona* niteliği taşımayan eser sözleşmesi kurulmuş demektir. Eser sözleşmesine *intuitus persona* niteliğini veren, tarafların iradeleridir; yoksa bu niteliği saptamada önceden bir kriter verilemeyeceği için her somut olayda taraf iradelerinin ne yönde olduğunu tespit edilmek gerekir¹⁴¹. Terziye elbise diktirilmesi, bir takıya takı yaptırılması gibi sanatsal yönü ağır basan işlerde *intuitus persona* niteliği lehine yorum yapılabilir. Musluk tamiri gibi teknik yönü daha ağır basan işlerde ise, olağan bir eser sözleşmesi akdedildiği daha muhtemeldir. TBK m. 486 hükmü,

getirilmiş değildir. Zira TBK m. 485 hükmü olmasaydı da, TBK m. 483 uygulanarak aynı sonuca ulaşabilecektik. Çünkü, ifanın imkansızlaşması zaten eserin de teslim edilemeyeceği anlamına geleceğinden, hasar TBK m. 483 uyarınca yükleniciye yüklenerek sorun çözülecek, imkansızlaşmanın iş sahibi kaynaklı olması halinde ise hasar, iş sahibine geçecekti.

¹⁴⁰ Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Özel Bölüm, s. 365.

¹⁴¹ Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Özel Bölüm, s. 365.

yalnızca intuitus persona niteliği ağır basan eser sözleşmelerinin yüklenicinin ölümü ya da kişisel yeteneklerini kaybetmesi halinde sona ereceğini kabul etmiştir. Bunun dışındaki eser sözleşmelerinde külli halefiyet ilkesi gereği, sözleşme ilişkisi mirasçılara geçecektir¹⁴².

TBK m. 486 uyarınca, yüklenicinin ölümü ya da iş yapma yeteneğini kaybetmesi de bir ifa imkansızlığı olduğuna göre (ki bu durumda eseri tamamlanamayacaktır), burada bir hasar sorunu da ortaya çıkacaktır. Zira TBK m. 486 uyarınca, böyle bir durumda eser sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. Bunun doğal sonucu olarak, yüklenici ve iş sahibinin karşılıklı borçları sona erecektir. Böyle bir olasılıkta, iş sahibi söz konusu edimi yüklenicinin mirasçılarında talep edemeyeceğine göre, edim hasarı iş sahibine ait olacaktır. Buna karşılık yüklenicinin mirasçıları da, sona eren bir sözleşme ilişkisinden dolayı, sözleşmede kararlaştırılan bedeli isteyemeyecekleri için, karşı edim olan bedel hasarı da yükleniciye ait olacaktır. Bu da Roma hukukundan beri devam etmekte olan, *zarar kimin malvarlığında meydana geliyorsa onun katlanacağı* genel prensibinin uygulamasından başka bir şey değildir. Bununla birlikte, yüklenicinin ölümü ya da iş görme yeteneğini kaybetmesi, iş sahibinin kusurundan ya da riziko alanından doğuyorsa, TBK m. 485 hükmü kıyasen uygulanmalı ve o zamana kadar tamamlanmış eserin değeri ve bu değere girmeyen giderler yükleniciye ödenmelidir¹⁴³.

Yüklenicinin ölümü ya da kişisel yeteneğini kaybetmesi nedeniyle eserin tamamlanmasının imkansızlaşması meselesi, daha önce de temas edildiği gibi, Roma hukukunda da gündeme gelmiş bir konudur. Ancak Romalı hukukçuların meseleye nasıl yaklaştıkları konusunda metinlerde bir açıklık yoktur. Tahminler, meselenin bugünkü hukukumuzdaki gibi halledilmiş olabileceği yolundadır¹⁴⁴. Eğer taraflar, intuitus persona niteliğini dikkate almadan bir eser sözleşmesi akdetmişlerse, yüklenicinin ölümüne rağmen eser sözleşmesi sona ermeyip devam edecektir. Bu durumda da işin

¹⁴² Öz, s. 162.

¹⁴³ Altaş, yüklenicinin ölümü ya da kişisel yeteneklerini kaybetmesi, eserin telef olmasına yol açıyorsa, TBK m. 486'nın değil, TBK m. 483'ün uygulanması gerektiğini belirtmektedir (Altaş, s. 207). Fikrimize göre, yüklenici eseri tamamladıktan sonra ölür ya da kişisel yeteneklerini kaybederse, TBK m. 486'nın uygulanamayacağına kuşku yoktur. Eserin, tamamlandıktan sonra, yüklenicinin ölümü ya da yeteneğini kaybetmesinin eserin telef olması üzerinde bir etkisinin olmaması gerekir. Başka deyişle, yüklenicinin ölümü ya da yeteneğini kaybetmesi, eserin teslimini değil, tamamlanmasını imkansızlaştıracak bir nedendir.

¹⁴⁴ Accarias, II, Tit. 24 § 4, s. 335 N. 621.

tamamlanması yüklenicinin mirasçılarında istenebilecektir. Böyle bir talep karşısında, yüklenicinin mirasçıları, işi kendileri tamamlamak ya da üçüncü kişiye tamamlamak zorundadırlar. Buna karşılık iş sahibi de sözleşme de kararlaştırılan bedeli yüklenicinin mirasçılara ödemek zorundadır¹⁴⁵.

Son olarak eklemek gerekir ki, yüklenicinin ölümü ya da iş görme yeteneğini kaybetmesine rağmen, iş kısmen tamamlanmış ve iş sahibinin de bu tamamlanmış kısımdan yararlanabilmesi mümkün ise, TBK m. 486 uyarınca iş sahibi, tamamlanmış kısmı kabul etmek ve karşılığını ödemek zorundadır.

SONUÇ

Eser sözleşmesi Roma hukukunda ayrı ve bağımsız bir sözleşme tipi olarak ele alınmayıp locatio conductio adı verilen, kira ve hizmet sözleşmelerinin de içinde bulunduğu özel bir başlık altında düzenlenmiştir. Günümüz hukuklarıyla kıyaslandığında locatio conductio'nun pek çok hususunun muğlak ve tartışmalı olduğu kesindir. Yine de bu durum, modern hukukların eser sözleşmesi ile ilgili prensiplerinin oluşumuna Roma hukukunun katkısını engelleyememiştir. Özellikle ifa imkansızlığı ve beraberinde gelen hasar sorunu, modern hukuklara Roma hukukundaki eser sözleşmesine hakim olan ilkeler çerçevesinde intikal ettirilmiştir.

Locatio conductio ile ilgili tartışmalar arasında en önemlisi bu hukuki ilişkinin niteliğidir. Tartışma özellikle, locatio conductio'nun kullandırma borcu doğuran sözleşme mi, yoksa iş görme borcu doğuran sözleşme mi olduğu konusunda kilitlenmiştir. Locatio conductio'nun kira sözleşmesine benzetilerek ortaya çıktığı görüşü, bu kurumun özellikle tarihsel kökleri incelendiğinde, ağırlık kazanmıştır. Ortaya çıkan yeni bir hukuki ilişkiye, o hukuki ilişkiyi derhal düzenlemek yerine, ona en yakın kurumun hükümlerinin uygulanması çabası locatio conductio açısından da geçerli olmuştur. Locatio conductio'nun ilk zamanlarda kira sözleşmesine benzetilerek, kira sözleşmesinin hükümlerine tabi tutulmuş olması, locatio conductio'nun kullandırma borcu doğuran bir sözleşme gibi nitelendirilmesi düşüncesini güçlendirmiştir.

Tarım işlerinde ihtiyaç duyulan köle ve hayvanların kiralanmasıyla başlayan süreç, ekonomik durumun bozulmasının etkisi altında devam etmiş, zamanla iş gücünü köle gibi kiralayan hür kişilerin sayısı artmıştır. Köleyi mal statüsünde kabul eden Roma'nın, kölelerin kiralanmasını kira sözleşmesi kapsamında düşünmelerinde bir olağanüstülük yoktur. Ancak hürler

¹⁴⁵ Accarias, II, Tit. 24 § 4, s. 335 N. 621.

söz konusu olduğu zaman, başlangıçta kira sözleşmesinin hükümleri tatbik edilmiş, sonrasında ise kira sözleşmesinin sınırlarını aşan bir hukuki ilişki karşısında bulunduğu fark edilerek yeni türler yaratılmıştır. İş gücünü para karşılığı başkasına arz eden ve işverene bağımlı olarak hürler hiçbir zaman hoş karşılanmayıp bu kişiler kölelere benzetilmiştir. Ancak yine de, iş gücünün kiralanmasına yönelik bu kimselerle yapılan anlaşmalar, ağırlıklı olarak, kira yerine hizmet sözleşmesi kapsamında nitelendirilmiştir. Zamanla, salt bir işin görülmesinde işverene bağımlı olarak yapılan çalışma taahhütleri değil, mesleki bilgi ve deneyimi ile bir sonuç meydana getirme taahhütleri de ortaya çıkmıştır. Örneğin, kendi elbisesini kendisi temizleyen ya da kölesine temizleten bir kimse, zamanla bu temizlik işini bir başkasına, özellikle de bu alanda uzman birine bırakmaya başlamıştır ve eser sözleşmesi fikri de bu andan itibaren ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan fikrimize göre, eser sözleşmesi kira sözleşmesiyle birlikte ele alınsa da, Roma'nın iş görme ihtiyacını karşılayan sözleşmelerden biri olduğu daha fazla savunulabilir.

Eser sözleşmesi, locatio conductio operis adı altında anılarak diğer locatio conductio türlerinden ayırt edilmiştir. Bu sözleşme ile yüklenici, günümüz eser sözleşmelerinde olduğu gibi, bir miktar para karşılığında bir eser meydana getirmeyi söz verir. Eser kavramı sadece somutlaşmış nesnelere değil, somutlaşmamış maddi fiilleri de içine alacak kadar geniştir ve bu nedenle sonuç kavramı ile eş anlamlıdır. Eser sözleşmesinde yüklenicinin borcu bir sonuç borcudur, yani sonucun meydana gelmesi için yüklenicinin sadece çalışması yetmez, sonucu başarması da gerekir. Yüklenicinin asli borcu, eseri meydana getirmek ve teslim etmek, iş sahibinin asli borcu da bunun karşılığı olan bedeli ödemektir.

Eser sözleşmesinde eser tamamlanamıyorsa veya tamamlanmış olmakla birlikte teslim edilemiyorsa, imkansızlıktan bahsedilir. İmkansızlığın kaynağında yüklenicinin kusuru varsa borç devam edecek, kusuru yoksa borç sona erecektir.

Kusursuz imkansızlık, doğa kaynaklı olaylar, üçüncü kişilerin fiilleri, yüklenicinin -kusuru olmaksızın- riziko alanından doğan olaylar ve iş sahibinin riziko alanından doğan olaylar gibi beklenmedik hallerden ileri gelebilir. Kusursuz imkansızlık halinde tarafların borçlarının akıbetinin ne olacağı konusunda, Roma hukukunun eser sözleşmesine atfedilen metinlerinde bir açıklık yoktur, zira bu metinlerde doğrudan hasar sorunu ele alınmaktadır. Ancak hasardan bahsedilmesinden anlaşılana, imkansızlık konusundaki genel çözüme uygun olarak, kusursuz imkansızlık halinde yüklenicinin borcunun sona ereceğidir. Yine ilgili metinlerin yorumundan kural olarak iş sahibinin borcunun da sona ereceği anlaşılmaktadır. Tarafların borçları sona erse de,

yüklenici açısından emek ve zaman kaybı, iş sahibi açısından da malzeme kaybı bir zarar olarak ortaya çıkar. Bu zararın ortaya çıkmasında taraflardan hiçbirinin kusuru olmadığına göre zarara kimin katlanacağı meselesi yani hasar problemi önem kazanır.

Roma hukuku kaynaklarında hasar sorunu, imkansızlığın eserin teslimi veya tamamlanması aşamasında ortaya çıkmasına göre ikili bir ayrımla ele alınmaktadır. Ağırlıklı olarak üzerinde durulan, eserin tamamlandıktan sonraki teslim imkansızlıklarıdır. Bu ihtimalde hasar kural olarak yükleniciye ait kabul edilmiştir. Elbette burada kastedilen, bedel hasarıdır. Yüklenici, eseri teslim etmekten kurtulacaktır, fakat eser bedelini de isteyemeyeceği için, emek ve zaman kaybına kendisi katlanacaktır. Bunun istisnası, iş sahibinin kusurundan ya da riziko alanından kaynaklanan bir nedenle eser tesliminin imkansızlaşmasıdır. Mesela su kanalı inşa edilmesi için tahsis edilen arazinin elverişli olmaması ya da verilen malzemenin ayıplı olması nedeniyle sonucun meydana gelmediği bir durumda, yüklenici hak ettiği ücret ve giderlerini iş sahibinden talep edebilecektir.

Malzeme hasarı da, eser sözleşmesi söz konusu olduğu vakit ortaya çıkabilecek bir başka hasar türüdür. Açıkça dile getirilmese de metinlerin yorumundan anlaşılan, bu sorunun, “malzeme kimin malvarlığında ise zarara onun katlanması gerektiği” prensibine göre çözülmüş olduğudur. Klasik devrin ortalarına kadar, yüklenicinin iş sahibi tarafından verilen malzemeyi işleyebilmesi için bu malzemenin maliki olması gerektiği kabul edildiği için, malzeme hasarı yükleniciye ait kabul edilmiş; klasik devrin ortalarından itibaren ise, bu anlayış terk edilerek malzeme mülkiyetinin iş sahibinde kalması ve dolayısıyla malzeme hasarının da iş sahibine ait olması anlayışı yerleşmiştir. Bu çözüm, kusur olmaksızın meydana gelen bir zarara, bu zarar kimin malvarlığında meydana gelmişse, onun katlanması gerektiğine ilişkin Roma hukuku mantığının bir sonucudur.

Eserin tamamlanmasının imkansızlaşması olayına da, pek seyrek de olsa, kaynaklarda yer verilmiş ve hemen hemen aynı çözüm benimsenmiştir. Eserin tamamlanamaması aynı zamanda teslim edilemeyeceği anlamına da geldiğinden, bedel hasarı yükleniciye ait olacaktır. Ancak bu konuda bedel hasarından çok, malzeme hasarı dikkate alınmış ve malzeme maliki durumunda olan kişinin, malzeme hasarına da katlanacağı kabul edilmiştir.

Roma hukukunda benimsenen çözümün Türk hukukundaki düzenlemelerle büyük ölçüde örtüştüğü çalışmamızın sonucunda tespit edilmiştir. Bu da bize, modern hukuklarda ve elbette Türk hukukunda yer alan eser sözleşmesindeki ifa imkansızlığı ile ilgili hükümlerin, bu kanunlara büyük ölçüde Roma hukuku prensiplerinden taşındığını göstermiştir.

KAYNAKÇA

- Accarias, C.:** Précis, De Droit Romain, Contenant Avec L'exposé Des Principes Généraux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes, De Justinien , Tome I, 4. éd., Paris, Librairie Cotillon, 1891.
- Altaş, Hüseyin:** Eserin Teslimden Önce Telef Olması, BK. mad. 368, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2002.
- Altop, Serpil:** Roma Hukuku'nda Kölelik, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002.
- Alzon, C.:** "Réflexions Sur L'histoire De La Locatio-Conductio", Revue historique de droit français et étrange, Quatrième série, Vol. 41 1963, s. 553-591.
- Alzon, Claude:** "Les Risques Dans La Locatio Conductio", LABEO, 12, 1966/1, s. 311-337.
- Amirante:** Richerche in tema di Locazione, BIDR, 62, 1959.
- Baron,** "Die Haftung bis zur höheren Gewalt", Archive für die Civilistische Praxis, 78, 1892.
- Baron,** "Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias, oder die Haftung für Custodia, Archive für die Civilistische Praxis, 52, 1869.
- Becker, H.:** Eser (İstisna) Sözleşmesi, Çeviren: Suat Dura, Yargıtay Dergisi, 1983, C. 9, Sayı: 3, s. 310. (s. 308-328).
- Besnier, M.:** Cours De Droit Romain, Rédigé D'Après les Notes Et Avec L'Autorisation, 2. Année, Paris, Les Cours De Droit, 1946-1947.
- Cuq, Edouard:** Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928.
- De Robertis:** I Rapporti Di Lavaro Nel Diritto Romano, Milano, 1946.
- Di Marzo, Salvatore:** Roma Hukuku, 5. tabından çeviren: Ziya Umur, 2. baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959.
- Doğan Yenisey, Kübra:** "Roma Hukukunun Modern İş Hukuku Üzerindeki Etkilerine Bir Bakış", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011.
- Emiroğlu, Haluk:** "Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatium) ve Hukuki İşlemlerde Temsil", AÜHFD, Cilt 52, Sayı 1, s. 101-111.
- Erdoğan, İhsan:** İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1990, C. 13, sayı 1, s. 135-172.

- Erdoğmuş**, Belgin: “Klasik Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluk örneği: Custodia”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C: I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Erdoğmuş**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2012.
- Erman**, Hasan: İstisna sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, BK. 365/2, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979.
- Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Genel hükümler, Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.
- Girard**, Paul Frédéric: Manuel Elémentaire De Droit, 5. ed, Revue Et Augmenté, Paris, Librairie Nouvelle De Droit Et De Jurisprudence, Arthur Rousseau Editeur, 1929.
- Gökyayla**, Emre: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, sayı 1, 2002.
- Gökyayla**, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişiklikleri, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2009.
- Gümüş**, Mustafa Alper: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: II, Eser, Vekalet, Simsarlık, Vekaletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti, İstanbul, Vedat, 2012.
- Güneş Ceylan**, Seldağ: “Roma Hukukunda Klasik Hukuk Dönemi”, Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş’a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011.
- Hasse**, Die Culpa des Römischen Rechts, 1, edition, 1815, 2. édition Bonn, 1838.
- Hatemi**, Hüseyin: Borçlar Hukuku Fasiküller, İstanbul, 2006.
- Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Honig**, Richard: Roma Hukuku Dersleri, Çeviren: Şemseddin Talip, Capitulum II, İstanbul, 1935.
- Huvelin**, Paul: Cours Elémentaire De Droit Romain, Tome II, Les Obligations, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929.
- Iustinianus**, Institutiones, Türkçe metin: Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968.

- İnal**, T.:“Mücbir Sebebin Oluşum Unsurları”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Aramağan, Ankara, 1997, s. 13-53.
- İpek**, Nurcan: “XII Levha Kanunu”, **Argumentum**, Yıl: 3, Sayı: 34.
- Kabağaça**, Sina/**Alova**, Erdal: Latince-Türkçe Sözlük, İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1995.
- Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Genel Kavramlar- Kişiler Hukuku- Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış On Yedinci Basım, 2014, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Karadeniz**, Özcan: Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- Karagöz**, Havva: “Digesta’nın Hazırlanma Şekli ve Sistematiği Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 135-154.
- Karagöz**, Havva: Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası’dan 7 nci Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Kochaker**, Paul/**Ayiter**, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993.
- Kurşat**, Zekeriya: “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”, İÜHFİM, C. LXVII, (67), 2009, sayı: 1-2, s. 143-166.
- Mayer-Maly**, Theo: Locatio Conductio, eine untersuchung zum klassischen römischen recht, Band IV, Wien, 1956.
- Monier**, Raymond: Manuel Élémentaire De Droit Romain, Tome II, Les Obligations, 4. édition, revu et complétée, Editions Domat Montchrestien, 1948.
- Olivier-Martin**, Félix: “Des Divisions Du Louage En Droit Romain”, Revue Historique De Droit Français Et Etranger (RHD), 4. série, quizieme année, 1936.

- Öz, M.** Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte, İstanbul, Kazancı, 1989.
- Özdemir, H.** Gökçe: Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Paris, Jean:** La Responsabilité De La Custodia En Droit Romain, Paris, Recueil Sirey, 1926.
- Rado, Türkân:** Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Rambaud, Prosper:** Explication Élémentaire du Droit Romain, Tome II, Paris, Librairie Maresq Ainé, 1893.
- Sayın Korkmaz, Bengi:** Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum), Ankara, Yetkin, 2014.
- Schmidlin, Bruno/Cannata, Carlo Augusto:** Droit Privé Romain, II, Obligations- Successions- Procédure, Lausanne, 1987.
- Schwarz, Andreas B.:** Roma Hukuku Dersleri, Çev. Türkan Rado, Cilt:1, 7. bs., İstanbul, Doğan Kardeş Yayınları, 1965.
- Seliçi, Özer:** Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977.
- Seliçi, Özer:** İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978.
- Somer, Pervin:** Roma Hukukunda İstisna Akdi, (Locatio Conductio Operis), Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı, İstanbul, Derin Yayınları, 2008.
- Soydan, Ceren:** “Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Eser Sözleşmeleri (Locatio Conductio Operis)”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016.
- Sögütlü Erişgin, Özlem:** Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel sorumluluk Ölçütleri, Ankara, Seçkin, 2016, (kıs. Contractus)
- Sögütlü Erişgin, Özlem:** Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara, Seçkin, 2010 (kıs. Periculum Est Emptoris)
- Sütken, Elvan:** “Roma Hukukunda Özel Kusursuz Sorumluluk Halleri”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2011.

- Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan** Belgin: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku, Onuncu Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- Tahiroğlu, Bülent**: Roma Borçlar Hukuku, 1.7.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve 13.1.2011’de yürürlüğe giren Yeni Türk Ticaret Kanunu’na göre Düzenlenmiş Yeni Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2016.
- Tamer Güven, Diler**: Culpa In Eligendo, Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul, Der Yayınları, 2001.
- Tandoğan, Haluk**: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987.
- Tandoğan, Haluk**: Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 6. basım, İstanbul, 1990.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Topuz, Murat**: “Eserin Teslimden Önce Tele Olması ve Roma Hukuku’nun Türk Borçlar Hukuku’na Etkileri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Cilt 14, sayı 1-2, 2008, s. 201-236.
- Umur, Ziya**: Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku, Tıpkı 3. basım, İstanbul, Beta, 2010.
- Umur, Ziya**: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983. (Kıs. Lügat)
- Umur, Ziya**: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984 (Kıs. Roma Hukuku)
- Üçer, Mehmet**: Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.
- Weiss, Egon**: Institutionen des Römischen Privatrechts, 2. Auflage, Basel, Verlag für Recht und besellschaft A. G., 1949.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre**: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 16. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

VASİYETNAMELERİN YORUMUNDA İMA TEORİSİ

*Dr. Öğr. Üyesi Özge ÖNCÜ**

Öz

Vasiyetnamelerin yorumunda, mirasbırakanın gerçek iradesine ulaşılması amaçlanmaktadır. Mirasbırakanın gerçek iradesine ulaşabilmek için ise vasiyetname dışı durum ve koşulların da yorumda dikkate alınması gerekir. Diğer taraftan, vasiyetnameler şekle bağlı hukuki işlemlerdir. İma teorisi de temelde bu iki durumu bağdaştırmak için ortaya atılmış bir teoridir. Vasiyetnameler bakımından ima teorisinin uygulanması, aksi görüşler de bulunmakla birlikte öğretide genel olarak kabul edilmektedir. Çalışmamızda ima teorisinin aydınlatılması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İma teorisi, vasiyetname, yorum, açıklayıcı yorum, tamamlayıcı yorum

THEORY OF INTIMATION IN INTERPRETATION OF TESTAMENTS

Abstract

In the interpretation of testaments, it is aimed to achieve the real will of the legator. In order to achieve the real will of the legator, the circumstances and conditions out of the testament should also be considered while interpreting. On the other hand, testaments are formal legal transactions. Theory of intimation is a theory suggested mainly in order to associate those two circumstances.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Adalet Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi (e-posta: ozge.inci@deu.edu.tr) (Makalenin Geliş Tarihi: 21.09.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 21.09.2018-21.09.2018/Makale Kabul Tarihleri: 08.10.2018-01.10.2018)

Implementation of theory of intimation in terms of testaments is adopted as a general in the doctrine, despite contrary opinions. In our study, it is aimed to clarify the theory of intimation.

Keywords

Theory of intimation, testament, interpretation, explanatory interpretation, complementary interpretation

GİRİŞ

Tek taraflı hukuki işlemlerden olan vasiyetnameler de diğer hukuki işlemler gibi çoğu kez yorumlanmaya ihtiyaç gösterir. Özellikle el yazılı vasiyetnamelerin açık olmayan, yorumlanmaya muhtaç düzenlemeler içermesine sıklıkla rastlanır. Vasiyetnamelerin yorumunda geçerli olan irade teorisi gereğince, vasiyetname yorumlanırken mirasbırakanın gerçek iradesinin dikkate alınması ve bu iradenin araştırılarak mirasbırakanın beyanının içeriğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Mirasbırakanın iradesini belirlemek için yorum yapılırken ise vasiyetnamede yer alan düzenlemelerin kelime anlamları ile bağlı kalınmaması ve vasiyetname dışı koşulların da yorumda dikkate alınması gerekir. Nitekim kelime anlamının açık olması durumunda artık yorum yapılamayacağı anlamına gelen *açıklık teorisi* günümüzde şekil ve yorum sorununu birbirine karıştırdığı için oldukça eleştirilen ve artık çoğunlukla kabul edilmeyen bir teoridir. Ancak yorumda açıklık teorisi reddedilse bile problem sona ermemektedir. Zira vasiyetnameler yorumlanırken vasiyetname dışı olgular dikkate alınarak mirasbırakanın gerçek iradesine ulaşılabılır. Ama diğer taraftan vasiyetnameler şekle bağlı hukuki işlemlerdir. Bu iki durum birbiri ile çelişir gözükmemektedir. İşte ima teorisi bu iki durumu bağdaştırmak için öğretide ileri sürülmüş bir teoridir. Buna göre, mirasbırakanın vasiyetname dışı olgular dikkate alınarak belirlenen iradesinin, vasiyetname metninde en azından ima¹ edilerek de olsa açıklanmış olması gerekir. İma teorisi öğretide çok taraftar bulmuştur. Günümüzde hem Türk hem İsviçre hem de Alman öğretisinde hakim görüş, vasiyetnameler bakımından ima teorisini uygulamak yönündedir. Ancak öğretide ima teorisinin uygulanmaması gerektiğini söyleyen aksi görüşlerin sayısı da az değildir.

Aslında ima teorisi sadece vasiyetnameler bakımından değil, şekle bağlı tüm hukuki işlemler bakımından ileri sürülmüş bir teoridir. Ancak bu teorinin vasiyetnameler bakımından özellikle sözleşmelere nazaran çok daha katı bir şekilde uygulandığı görülmektedir. Sözleşmeler bakımından ima teorisinin anlatılması bu çalışmanın kapsamını aşacaktır. Bu nedenle sadece ilgili olduğu noktalarda bu konuya kısaca değinilmiştir. Çalışmamızda ima teorisi, vasiyetnamelerin açıklayıcı yorumu ile tamamlayıcı yorumu bakımından farklı başlıklar altında anlatılmıştır. İlk başlık altında vasiyetname-

¹ “İma” kavramı, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde, “1. Dolaylı olarak anlatma, üstü kapalı olarak belirtme, işaretleme, anıştırma, ihsas; 2-Açıkça belirtilmeyen, dolaylı olarak anlatılan şey” olarak tanımlanmaktadır. (<http://www.tdk.gov.tr>)

lerin yorumunda geçerli olan irade ilkesine ve vasiyetnamelerde yorumun türlerine genel olarak değinilmiştir. Sonrasında ise vasiyetnamelerin yorumunda öne çıkan iki teoriden birisi olan açıklık teorisi incelenmiştir. İkinci başlık altında vasiyetnamelerin açıklayıcı yorumunda ima teorisine ve özellikle ima teorisinin Türk-İsviçre Hukuku ile Alman Hukukundaki uygulamasına değinilmiştir. İma teorisine yönelen eleştiriler ve bu teorinin kabulüne gerekçe gösterilen nedenler de belirtildikten sonra ima teorisi hakkındaki görüşümüz ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda özellikle Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrası incelenmeye çalışılmıştır. Son başlık altında ise tamamlayıcı yorumda ima teorisine değinilmiştir.

I. GENEL OLARAK VASIYETNAMELERİN YORUMU

A. Vasiyetnamelerde Yorumun Anlamı

Yorum, genel olarak bir irade beyanının anlamının araştırılarak tespit edilmesidir². Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türlerinden birisi olan vasiyetnamelerde de, yorum yoluyla vasiyetnamede yer alan irade beyanlarının ne anlama geldiği araştırılarak, tespit edilir³. Vasiyetnamede yer alan her bir münferit ölüme bağlı tasarruf yorumun konusu olabilmekle birlikte, yorum yapılırken söz konusu münferit ölüme bağlı tasarrufların vasiyetnamenin tümünden ayrı olarak değil, aksine onun bir parçası olarak değerlendirilmesi gerekir⁴.

² Bkz. **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016, s.147; bkz. **Ergüne**, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 2011, s. 3; bkz. **Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, İstanbul, 1995, s. 170; bkz. **Akyol**, Şener: Sözleşmenin Yorumu, İstanbul, 2010, s. 2.

³ Bkz. **Demir**, Şamil: "Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu", TAAD, Y.4, S.14 (Temmuz 2013), s. 1154; Bkz. **Leipold**, Dieter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10 Erbrecht §§1922-2385, §§27-35 BeurkG, 7. Auflage, 2017, BGB §2084, Rn.3; yine belirli bir irade beyanının, ölüme bağlı tasarruf olarak anlaşılıp anlaşılamayacağı da yorum yoluyla tespit edilir. Bkz. **MüKoBGB/Leipold**, BGB §2084, Rn. 2; bkz. **Schröder**, Andreas: Praxiskommentar Erbrecht, Herausgegeben von: Daniel Abt/Thomas Weibel, 2. Auflage, Basel, 2011, Vorbemerkungen zu Art.467ff. ZGB, Rn.4.

⁴ Bu hususta bkz. **Lange**, Heinrich/**Kuchinke**, Kurt: Erbrecht, München, 2001, s. 782; bkz. **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.3; ayrıca bkz. **Leipold**, Dieter: Erbrecht Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen, 21., neuebearbeitete Auflage, Tübingen, 2016, Rn.363.

İrade beyanlarının yorumlanması bakımından günümüze kadar öğretilerde çeşitli yorum teorileri savunulmuştur. Söz konusu yorum teorileri genel olarak, “irade teorisi”⁵, “beyan teorisi”⁶ ve “güven teorisi”⁷dir. Günümüzde, sözleşmelerin yorumu bakımından genel olarak, *güven teorisinin* uygulanması kabul edilmektedir⁸. Belirli bir kişiye yöneltilmesi gerekli olmayan tek taraflı bir ölüme bağlı hukuki işlem olan vasiyetnamelerde ise, miras bırakanın karşısında güveninin korunmasını hak eden bir muhatap bulunmamaktadır. Bu nedenle vasiyetnamelerin yorumunda, sözleşmelerin yorumunda olduğu gibi güven teorisinin değil, irade teorisinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁹. İrade teorisine göre, beyan yorumlanırken beyan sahi-

⁵ Bu teoriye göre, beyan yorumlanırken beyan sahibinin iradesinin dikkate alınması ve bu iradenin araştırılarak irade beyanının gerçek anlamının tespit edilmesi gerekir. **Eren**, s. 149.

⁶ *Beyan teorisine* göre ise beyan sahibinin gerçek iradesi değil, beyanı dikkate alınmalı ve beyanın içerdiği söz ve ifadeler göz önünde tutulmalıdır. **Eren**, s. 150.

⁷ *Güven teorisine* göre, bir irade beyanının anlamını bulmak için, beyanın muhatabının kendisince bilinen veya bilinmesi gereken tüm unsurları TMK madde 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı ışığında değerlendirerek bu beyana ne anlam vermesi gerektiği araştırılır. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul, 2008, s. 134; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul, 2014, s. 72.

⁸ **Oğuzman/Öz**, s. 70.

⁹ **Oğuzman**, s. 170; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, İstanbul, 1987, s. 321-322; **Serozan**, Rona: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Değişik Bir Yaklaşım”, Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, 1996, s. 428; **Serozan** Rona: **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkey, Miras Hukuku, Ankara, 2018, §4. Mirasbırakanın Ölüme Bağlı Tasarrufuna Dayanan Mirasçılık: İradi Mirasçılık, s. 420-421, Nr.217; **İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, İstanbul, 2017, s. 115; bkz. **Aksoy Dursun**, Sanem: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”, İÜHFİM , C.LXVI, S.2, 2008, s. 319; **Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul, 2017, s. 219-220, Nr.974; **Öztaş**, Bilge: Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Ankara, 2017, s. 216; **İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan, Miras Hukuku, İzmir, 2012, s. 267; **Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, İstanbul, 2015, s. 233; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, Ankara, 2015, s. 190; **Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, İstanbul, 2014, s. 121; **Hrubesch-Millauer**, Stephanie: Erbrecht, Zurich/St. Gallen, 2011, s. 33; **Brox**, Hans/**Walker**, Wolf-Dietrich: Erbrecht, 24. Auflage, 2010, § 16 Die Auslegung der Verfügungen von Todes Wegen, Rn.198; **Weidlich**, Dietmar: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 70., neubearbeitete Auflage, München, 2011, BGB §2084, Rn.1; **Druey**, Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern, 2002, §12, Rn.5; bkz. **Czubayko**, Ulrike: Erbrecht, Herausgeber: Wolfgang Burandt/Dieter Rojahn, 2. neubearbeitete Auflage, 2014, BGB § 2084, Rn.3; **Weimar**, Peter: Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht/I.Abteilung: Die Erben/I.Teilband: Die gesetzlichen Erben- Die Verfügungen von Todes wegen/ I.Teil: Die

binin gerçek iradesinin dikkate alınması ve bu iradenin araştırılarak, irade beyanının içeriğinin tespit edilmesi gerekmektedir¹⁰. Mirasbırakanın irade beyanının anlamı, mirasbırakanın ona verdiği anlam dikkate alınarak, mirasbırakanın gerçek iradesine göre belirlenmelidir¹¹. Dolayısıyla, mirasbırakanın beyanlarının yorumunda sadece onun kişisel anlayışı ölçü alınacaktır¹².

Yorum, vasiyetnameler bakımından özel bir öneme sahiptir. Özellikle el yazılı vasiyetnamelerde, vasiyetnamenin düzenlenmesine noter gibi bir kişinin katılmaması da dikkate alındığında, mirasbırakanın kullandığı ifadelerin anlaşılması güç nitelikte olmasına sıklıkla rastlanmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufların, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuracak olması ve bu andan sonra mirasbırakana artık gerçek iradesinin sorulmayacak olması da, vasiyetnameler bakımından yorumu özellikle önemli kılar¹³. Resmi vasiyetnamelerde de her ne kadar resmi memurun işleme katılmasından dolayı vasiyetnamenin daha net ve açık olabileceği düşünülebilirse de¹⁴ vasiyetnamelerin yorumuna ilişkin ilkelerin resmi vasiyetnameler için de geçerli olacağı belirtilmelidir.

Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsförmern, Art. 457-516 ZGB, Herausgeber: Hausheer, Heinz/Waler, Hans Peter, Bern, 2009, 14.Titel: Die Verfügungen von Todes wegen/Einleitung, Rn. 60, 61; **MüKoBGB/Leipold**, BGB § 2084, Rn.6; **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.6; buna karşılık miras sözleşmelerinin yorumunda güven ilkesi geçerlidir, **Oğuzman**, s. 171; **Hatemi**, s. 121; **Dural/Öz**, s. 224, Nr.987.

¹⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 322; **Öztañ**, s. 215; **Ergüne**, s. 5; bkz. **Busche**, Jan: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Herausgegeben von: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 7. Auflage, München, 2015, BGB §133, Rn.11.

¹¹ Bkz. **Eren**, s. 149;bkz.**Ergüne**, s. 5; mirasbırakanın kullandığı kelimeye kendisinin ne anlam verdiğinin araştırılacağı yönünde, **Öztañ**, s. 216.

¹² Bkz. **Löhning, Martin**, Erbrecht, 2. Auflage, 2010, Rn.169; **Litzenburger**, Wolfgang: Beck'sche Online Kommentar, Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger/ Herbert Roth/Wofgang Hau/Roman Poseck, 44. Edition, Stand:01.11.2017, München 2017, BGB § 2084, Rn.10.

¹³ Bu konuda bkz. **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.), s. 414-415, Nr.209; **Aksoy Dursun**, s. 311; **Bağcı**, Ömer: "TMK'nun Miras Hukuku Hükümlerinin Zaman Bakımından Uygulanmasına ve Vasiyetnamelerin Yorumuna İlişkin Düşünceler", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.2, Yıl 2015, s. 44; **BeckOK BGB/Litzenburger**, BGB § 2084, Rn. 1; **Druey**, §12, Rn.3; **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.7.

¹⁴ Ayrıca bkz. **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.8.

B. Açıklayıcı Yorum-Tamamlayıcı Yorum

Vasiyetnamelerde yorum iki şekilde söz konusu olabilir. Bunlardan ilki *açıklayıcı* yorumdur ki aslında bir ölüme bağlı tasarrufun yorumu ile de ilk anlaşılan bu yorum türüdür¹⁵. Diğer yorum türü ise *tamamlayıcı* yorumdur.

Açıklayıcı yorum (*erläuternde Auslegung*), mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta beyan ettiği son arzularının ortaya çıkarılmaya çalışılması; mirasbırakanın beyanıyla gerçekte ne söylemek istediğinin tespit edilmesidir¹⁶. Açıklayıcı yorumda, mirasbırakanın, yaptığı beyanın nasıl anlaşılmasını istediği belirlenmeye çalışılacaktır¹⁷. Bu yorum yapılırken, zaman bakımından vasiyetnamenin düzenlenmesi tarihi dikkate alınır¹⁸.

Tamamlayıcı yorum (*ergänzende Auslegung*) ise temelde, vasiyetname-deki boşlukların, mirasbırakanın *farazi* iradesine uygun olarak tamamlanmasıdır¹⁹. Tamamlayıcı yorumla açıklayıcı yorum arasındaki temel fark, açıklayıcı yorumda, mirasbırakanın beyanlarıyla ne söylemek istediği yani gerçek iradesi araştırılırken, tamamlayıcı yorumda ise mirasbırakanın farazi iradesine ulaşılarak ölüme bağlı tasarruftaki boşluğun tamamlanması amacının bulunmasıdır²⁰. Tamamlayıcı yorumda da, mirasbırakanın vasiyetnamenin düzenlendiği andaki farazi iradesi araştırılacaktır²¹.

¹⁵ **Serozan**, Yorum, s. 425; **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4), s.415, Nr.210.

¹⁶ **Ergüne**, s. 44; bkz. **Aksoy Dursun**, s. 312; örneğin mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruftaki “araç” sözcüğü ile otomobilini mi, motosikletini mi yoksa deniz taşıtını mı yoksa tarım makinesini mi kastettiği gibi, **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4), s. 415, Nr.210; **Ergüne**, s. 44; ayrıca bkz. **Seiler**, Benedikt: Die Erbrechtliche Ungültigkeit: unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht, Zürich, 2017, Rn.548.

¹⁷ **Breitschmid**, Peter: “Testament und Erbvertrag – Formprobleme”, Peter Breitschmid: Gesammelte Schriften aus Anlass seines 60. Geburtstages In praeteritum non vivitur, 2014, s. 281; **Breitschmid**, Peter: Formvorschriften im Testamentsrecht, Zurich, 1982, s. 143, Rn.197; bkz. **BK/Weimar**, 14.Titel. Die Verfügungen von Todes wegen/ Einleitung, Rn.60; açıklayıcı yorumda mirasbırakanın neyi düzenlemek istediğinin değil, yaptığı açıklama ile neyi kastettiğinin tespit edilmeye çalışılacağı yönünde bkz. **Öztaş**, s. 216.

¹⁸ **Beck**, Alexander: Grundriss Des Schweizerischen Erbrechts, Bern, 1976, s. 94; **Löhning**, Rn. 169b; **Frank**, von Rainer/**Helms**, Tobias: Erbrecht, 5. Auflage, München, 2010, s. 81, Rn.2; **Seiler**, Ursula/**Rudolf**, Michael: Damrau Praxiskommentar zum Erbrecht, 2004, § 2084, Rn.2.

¹⁹ **Ergüne**, s. 51; **Olzen**, Dirk: Erbrecht, 2. neu bearbeitete Auflage, Berlin, 2005, s. 195, Rn.559.

²⁰ **Loritz**, Karl Georg: Soergel BGB Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht 2, §§ 2064-2273, §§ 1-35 BeurkG, Stand: Winter 2002/2003, BGB § 2084, Rn.34; **Otte**,

C. Vasiyetnamelerin Yorumu Bakımından İleri Sürülen Teoriler ve Özellikle Açıklık Teorisi

1. Genel Olarak

Vasiyetnamelerin yorumunda iki teori önem kazanmıştır. Bunlardan ilki *açıklık* teorisi; diğeri ise *ima* teorisidir. İma teorisine aşağıda ayrıntılı olarak değinilmiştir. Bu başlık altında ise vasiyetnamelerin yorumu bakımından ileri sürülmüş olan açıklık teorisine değinilecektir. Özellikle İsviçre öğretisinde, açıklık teorisinin de aslında ima teorisinin özel bir şekli olduğu belirtilmektedir²². Bu açıdan iki teori arasındaki sınırın çizilebilmesi için öncelikle açıklık teorisi kısa bir şekilde incelenecektir.

2. Açıklık Teorisi (*Eindeutigkeitstheorie*)

Açıklık teorisi gereği, bir beyanın ancak birden fazla anlama gelmesi veya anlamının belirsiz olması durumunda yorum faaliyetine konu edilebileceği kabul edilmektedir²³. Bu teoriye göre, kullanılan kelime, herhangi bir tereddüde yer vermeyecek kadar net ise yorum yapılamaz²⁴. Yorum yapılırken, vasiyetname metni dışında yer alan durum ve koşullara da ancak vasiyetname metninde yer alan ifadelerin anlamının şüpheli olması, birden çok anlama gelmesi veya birden fazla şekilde yorumlanabilme olasılığı bulunması durumunda başvurulabilir²⁵. Vasiyetname metni tek başına dikkate

Gerhard: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5 Erbrecht §§2064-2196, Neubearbeitung 2013 von Martin Avenarius-Gerhard Otte, Berlin, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn. 77; **Frank/Helms**, s. 82, Rn.6; **Palandt/Weidlich**, BGB § 2084, Rn. 8; **Lange/Kuchinke**, s. 785; **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4), s. 416, Nr.210; **Ergüne**, s. 51.

²¹ **Löhning**, Rn.178; **Frank/Helms**, s. 82, Rn.6; **Burandt/Rojahn/Czubayko**, BGB § 2084, Rn.16; **Ergüne**, s. 228.

²² **Stagl**, Jakob Fortunat: Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Testamenten - Die Andeutungstheorie im Testamentsrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, 2. Auflage, Wien, 2005, s. 1; **Seiler**, Rn.554; açıklık teorisinin de aslında ima teorisinin özel bir hali olduğu ve uygulamada bu iki teorisinin kolaylıkla birbirinden ayrılamadığı yönünde, **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.26.

²³ **Aksoy Dursun**, s. 322; **Öztan**, s. 217.

²⁴ Bkz. **Escher**, A.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, (Art.457-536), Dritte Auflage, neue bearbeitet von:Arnold Escher, Zürich, 1959, Die Verfügung von Todes Wegen. Einleitung, Rn.13; **Seiler**, Rn.554.

²⁵ BGE 120 II 182, 184. Bkz. **Raselli**, Niccolò: "Erklärter oder wirklicher Wille des Erblassers?", AJP 1999, s. 1264; bkz. **Kramer**, Ernst A./**Schmidlin**, Bruno: Berner

alındığında açık nitelikteyse, artık yorum yapılamayacağı gibi; yorumda vasiyetname dışı olgulara başvurulması da söz konusu olamayacaktır²⁶.

Açıklık teorisi, oldukça eleştirilen bir teoridir. Nitekim çok açık gözüken ifadelerin bile aslında yorumlanmaya ihtiyacı vardır ve bir ifadenin açık nitelikte olup olmadığını tespit etmek de bir tür yorum faaliyetidir²⁷. Ölümüne bağlı bir tasarrufun “açık” nitelikte olduğunun kabul edilebilmesi için onun sadece metnine bakmak yeterli olmayacaktır. Zira ölümüne bağlı tasarruflar, ancak mirasbırakanın kişisel durumu ve düşünce dünyası dikkate alınarak “açık veya açık olmayan” nitelikte bir tasarruf olarak nitelendirilebilir. Bu bağlamda, bir ölümüne bağlı tasarrufun açık olup olmadığı da ancak ölümüne bağlı tasarruf dışındaki durum ve koşullar dikkate alınmak suretiyle belirlenebilir²⁸. Nitekim hem Alman hem de İsviçre Hukukunda, ölümüne bağlı tasarrufların yorumunda, açıklık teorisinin geçerli olmaması gerektiği öğretide genel olarak kabul görmektedir²⁹. Türk Hukukunda da öğretide, açıklık teori-

Kommentar, Band VI: Obligationenrecht/ I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen/ I. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art 1-18 OR, Bern, 1986, Art.18 OR, Rn.52; **Öztan**, s. 217.

²⁶ **Raselli**, s. 1262; bkz. **BK/Weimar**, 14.Titel. Die Verfügungen von Todes wegen/ Einleitung, Rn.68; bkz. **Stagl**, s. 1; **Zemp Gsponer**, Christine: “Andeutungsregel und Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit bei der Testamentsauslegung (Fall “Waadtländer Chalet”), Successio, 2012, s. 218; ayrıca bkz. **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.28.

²⁷ Bkz. **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s. 426, Nr.223a.; **Öztan**, s. 217; **Aksoy Dursun**, s. 322; **Mansel**, Heinz-Peter: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Herausgeber:Othmar Jauerning, 16. Auflage, München, 2015, BGB §133, Rn. 2; **Lange/Kuchinke**, s. 783; açıklık teorisinin, TBK madde 19/f.1 (Art.18 Abs.1 OR)’ye aykırı olduğu yönünde, **Kramer/Schmidlin**, Art. 18 OR, Rn.47; bkz. **Raselli**, s. 1265; **Dalcı Özdoğan**, Nurcihan: “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, Y.2017, s. 42. Nitekim her iki hükümde de açık bir beyana rağmen bunun başka bir anlama gelebileceğinin kabul edildiği ve TBK madde 19/f.1 hükmünün lafza dayalı bir yorumu kabul etmediği yönünde, bkz. **Dalcı Özdoğan**, s. 42.

²⁸ Bu hususta bkz. **BK/Weimar**, 14.Titel. Die Verfügungen von Todes wegen/Einleitung, Rn.69; ayrıca bkz. **Druey**, §12, Rn.12.

²⁹ İsviçre Hukuku bakımından bkz. **Breitschmid**, s. 281; **Druey**, §12, Rn.12; **BK/Weimar**, 14. Titel. Die Verfügungen von Todes wegen/Einleitung, Rn.69; Alman Hukuku bakımından bkz. **Lübtow**, Ulrich von: Erbrecht, 1.Halbband, Berlin, 1971 s. 265; **Soergel/Loritz** BGB §2084, Rn.7; **Kössinger**, Winfried: Handbuch der Testamentsgestaltung, Begründet von: Heinrich Nieder, Bearbeitet von: Reinhard Kössinger/Winfried Kössinger, 5. Auflage, 2015, § 23 Die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen, Rn. 21; **MüKoBGB/Leipold**, BGB § 2084, Rn.10.

sinin uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir³⁰. Ancak bu konuda aksi görüşler de bulunmaktadır³¹.

Buna karşılık, sözleşmelerin yorumunda artık açıklık teorisini uygulamayan İsviçre Federal Mahkemesi'nin, vasiyetnamelerin yorumu bakımından ise birçok kararında, açıklık teorisine, hatta artık kalıplaşmış cümlelerle atıf yaptığı ifade edilmektedir³². İsviçre Federal Mahkemesi 2013 tarihli bir kararında, vasiyetnamenin metninin açık olmasının yorumu durdurmayacağını ifade etmiş olmakla birlikte³³; 2014 tarihli daha sonraki kararlarında da yine açıklık teorisini desteklemiştir. Nitekim bu kararlarda genel olarak, vasiyetnamelerin yorumunda öncelikle onun metninden hareket edilmesi gerektiği; vasiyetname metni tek başına dikkate alındığında açık bir sonuca ulaşıyorsa, bu beyan dâhilinde kalınması gerektiği belirtilmektedir. Buna karşılık, Federal Mahkeme'ye göre, vasiyetnamede yapılan düzenlemelerin birden fazla anlama gelebilecek nitelikte olması veya farklı şekilde yorum yapılmasının haklı gerekçelere dayanması durumunda, vasiyetname metni dışındaki ispat araçlarının yorumda dikkate alınması söz konusu olabilecektir³⁴.

³⁰ **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s.426, Nr.223; **Aksoy Dursun**, s. 322; **Ergüne**, s. 35.

³¹ “Vasiyetname açık ve sarih ise, burada söylenmiş olanlara uymak, bunları kabul etmek gerekir, mirasbırakanın maksadının başka olduğu iddia edilse bile, sarih ve açık olan vasiyetnamedeki irade beyanı gerçekleştirilmek gerekir. Ancak vasiyetnamedeki tasarrufların açık olmamaları halinde, bunların yorumu yoluna gidilebilir.” **İmre/Erman**, s. 114; vasiyetname dışı olguların ancak vasiyetnamedeki beyanların eksik, çelişik veya karışık olması durumunda yorum için kullanılabilmesi yönünde, **Aybay**, Aydın: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, 2003, s. 55.

³² BGE 83 II 427, 435; bkz. BGE 100 II 440, 446; BGE 120 II 182, 184; BGE 115 II 323, 325; BGE 131 III 601 vd., son karar için bkz. **Fankhauser**, Roland: “Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 14.7./1.9.2005, Etat Du Valais Et Commune De Nendaz C. Eglise Nationale Protestante De Genève, Zivilrechtliche Berufung (5C.29/2005, BGE 131 III 601)”, AJP 2006, s. 752 vd. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarında, öğretilerde neredeyse tüm yazarlar tarafından eleştiriye uğrasa da, sürekli olarak vasiyetname metninin açık olması durumunda diğer yorum araçlarının dikkate alınmayacağını belirterek “açıklık” teorisini desteklediği yönünde, **Baumann**, Lorenz: “Von grauen und farbigen Brunnen: Die Rechtsfolgen unmöglicher Auflagen”, Successio, 2010, s. 242. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, miras sözleşmeleri bakımından bu ilkeyi uygulamaktan vazgeçmiştir. Bkz. BGE 133 III 406. Sözleşmelerin yorumu bakımından da önceleri “açıklık” teorisini uygulayan İsviçre Federal Mahkemesi'nin daha sonra bu ilkeyi uygulamaktan vazgeçmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. **Dalcı Özdoğan**, s. 41-42.

³³ BGer 5A_323/2013 vom 23.August 2013 Erwägungen:3.3 (<https://www.bger.ch/erisim/tarihi:19.9.2018>); **Seiler**, Rn.554.

³⁴ İsviçre Federal Mahkemesi'nin, 2014 tarihli kararında (BGer 5A_914/2013, 04.04.2014, <https://www.swisslex.ch/erisim/tarihi:31.01.2018>) “açıklık” teorisini desteklediği

Alman Federal Mahkemesi ise vasiyetnamelerin yorumunda açıklık teorisini uygulamamaktadır. Nitekim Alman Federal Mahkemesi önceleri kabul ettiği “açık kelime anlamının yoruma sınır olduğu” anlayışını³⁵ 1982 yılında verdiği kararıyla³⁶ terk etmiş³⁷ ve vasiyetnamenin açık metnine rağmen yorum yapılabileceğini kabul etmiştir. Buna göre, vasiyetname metninin görünüşte açık ve kesin olması, yorum için bir sınır oluşturmayacaktır³⁸.

II. VASIYETNAMELERİN AÇIKLAYICI YORUMUNDA İMA TEORİSİ

A. Genel Olarak İma Teorisi (Andeutungstheorie veya Anhaltstheorie)

1. Tanım

İma teorisi, şekil kurallarının etkisinin yorum aracılığıyla kesilmesini engellemek amacıyla öğretici tarafından geliştirilen ve kanuni şekil kurallarıyla, hukuki işlemin yorum yoluyla erişilen içeriğinin birbiri ile bağdaştırılmasını amaçlayan bir teoridir³⁹. İma teorisi, şekle bağlı hukuki işlemlerde ve bu arada vasiyetnamelerde, beyanda bulunanın iradesinin belgede tam olmasa da en azından ima edilmek suretiyle ifade edilmiş olması gerektiği

yönünde, **Hrubesch-Millauer**, Stephanie/**Bosshardt**, Martina: “Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014 im Bereich Erbrecht”, AJP 2015, s. 508; ayrıca bkz. **Seiler**, Rn.554. Yine Federal Mahkeme’nin 26.05.2014 tarihli, bir başka kararı (BGer 5A_106/2014, <https://www.swisslex.ch>, erişim tarihi: 31.01.2018) ile de açıklık teorisini tekrar desteklediği yönünde, **Hrubesch-Millauer/Bosshardt**, s. 509.

³⁵ Bu yöndeki kararlar için bkz. **BeckOK BGB/Litzenburger**, BGB §2084, Rn.9; ayrıca bkz. **Scherer**, Inge: “Die Auslegung von Willenserklärungen „klaren und eindeutigen“ Wortlauts -BGH- Urt.v. 8.12.1982- IV a ZR94/81, Jura 1988, Heft:6, s. 303.

³⁶ BGH, NJW 1983, 672.

³⁷ Alman Federal Mahkemesi’nin söz konusu kararına kadar bir tasarrufun açık kelime anlamının yorumu engelleyeceğinin kabul edildiği yönünde, **BeckOK BGB/Litzenburger**, BGB § 2084, Rn.9; bkz. **Soergel/Loritz**, BGB § 2084, Rn.13. Bununla birlikte Alman Federal Mahkemesi bu kararla ima teorisini ise terk etmemiştir. **Soergel/Loritz**, BGB § 2084, Rn.13; bkz. **Scherer**, s. 303.

³⁸ BGH, NJW 1983, 672; **Nieder/Kössinger**, § 23 Die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen, Rn. 21; **MüKoBGB/Leipold**, BGB § 2084, Rn.10; **BeckOK BGB/Litzenburger**, BGB § 2084, Rn. 11; bkz. **Firsching/Graf**, Nachlassrecht, 10., vollständig überarbeitete Auflage von Dr.Hans Lothar Graf, München, 2014, Teil 1., Rn.1.133; **Soergel/Loritz**, BGB § 2084, Rn.13.

³⁹ **Smid**, Stefan: “Probleme bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen”, JuS 1987, Heft 4, s. 286; **Staudinger/Otte**, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn.28.

şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁰. Aksi halde iradenin şekle aykırı olarak beyan edildiğinden söz edilecektir⁴¹. Ancak bu son husus daha ziyade Alman Hukuku bakımından geçerlidir. Nitekim Alman Hukukunda aşağıda belirteceğimiz üzere ima teorisi artık vasiyetnamelerin yorumuna sınır getiren bir kural olarak değil, bir şekil kuralı olarak uygulanmaktadır.

İsviçre Hukukunda ise ima teorisinin daha ziyade yoruma sınır getiren bir kural olarak görüldüğü anlaşılmaktadır⁴². Buna göre, açıklık teorisi, vasiyetname metninin “açık” olmamasından dolayı, vasiyetname dışı koşullar dikkate alınarak yorum yapılmasına izin verse bile; vasiyetname dışı durum ve koşullar, ancak, mirasbırakanın bu durum ve koşullar temelinde belirlenen iradesi vasiyetname metninde en azından ima edilmişse dikkate alınabilecektir⁴³. Aynı şekilde Türk Hukukunda da ima teorisi genel olarak, mirasbırakanın iradesinin ancak vasiyetname metninde şekil koşullarına uygun olarak ima edilmişse, bu ima (*dayanak, bağlantı noktası*) dikkate alınarak iradeyi açıklamaya yönelik yorum yapılabileceği şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁴. Mirasbırakanın gerçek iradesinin belirlenmesi için yapılacak yorumda,

⁴⁰ **Stagl**, s. 1; **Staudinger/Otte**, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn.28; **Scherer**, s. 303. Bulunması gereken ima bakımından ise önceden kesin bir ölçü verilemeyip, bu husus ancak somut olayın özelliklerine göre belirlenebilir. **Palandt/Weidlich**, BGB § 2084, Rn.4.

⁴¹ **Stagl**, s. 1; **Schrer**, s. 303.

⁴² İma teorisinin yorumu, şekil kuralları ile sınırlandırdığı yönünde, **Gauch**, Peter/**Schluop**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Bearbeiter: Jörg Schmid, Zürich, 2014, Rn.1244; ima teorisinin yoruma şekil kuralları aracılığıyla getirilmiş bir sınırlandırma olarak nitelendirilmesi için bkz. **Druey**, §12, Rn.13; ayrıca bkz. BGE 131 III 601, 603 (karar için bkz. **Fankhauser**, s. 752 vd.); ima teorisinin, kötü ifade edilmiş olsa bile mirasbırakanın sadece beyan ettiği iradesinin yorumlanabileceği, buna karşılık ölüme bağlı tasarrufta ima edilmemiş olan iradesinin yorumun konusu olamayacağı sonucunu doğurduğu yönünde, **Seiler**, Rn.553; **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.20.

⁴³ **Raselli**, s. 1262, 1264; **Zemp Gsponer**, s.218; **Fankhauser**, s. 754; ayrıca bkz. **Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger**, Rn.1244.

⁴⁴ **Aksoy Dursun**, s. 323, *Aksoy Dursun*, ima teorisinin, yorumun ancak mirasbırakanın iradesinin vasiyetnamenin metni içerisinde, şekil şartlarına uygun bir biçimde ima edilmişse yapılabileceğini kabul eden bir görüş olarak özetlenebileceğini belirtmektedir; *Serozan* da, ima teorisinin yorumu tümüyle yasaklamayıp, onu sadece şekil kuralları ile sınırlandırdığını; bu teoriye göre yorum için mirasbırakanın iradesinin vasiyetnamenin içeriğinde bir imasının bulunması gerektiğini ve bu teorisinin belge dışı olguların ancak bu koşulla yoruma dayanak olabileceğini savladığını ifade etmektedir. Bu doğrultuda da ima teorisinin şekil ve yorum sorununu birbirine karıştırdığını belirterek bu teoriyi eleştirmektedir. **Serozan**, (Serozan/Engin, §4.), s. 426, Nr.223b.

vasiyetname metni belirleyici olup, dış olguların dikkate alınabilmesi için ölüme bağlı tasarruflarda bu yönde bir dayanak bulunması gerekecektir⁴⁵. Mirasbırakanın vasiyetnamede yer almayan ya da en azından ima edilmeyen iradesinin, mirasbırakanın sözlü ya da yazılı açıklamaları gibi başka kaynaklardan yola çıkılarak tamamlanması mümkün değildir⁴⁶. İma teorisine gerekçe olarak ise vasiyetnamelerin tabii olduğu şekil kuralları gösterilmektedir⁴⁷.

Diğer taraftan, bir görüş ise ima teorisine daha farklı bir bakış açısı ile yaklaşmakta ve ima teorisinin, ölüme bağlı tasarrufların şekil kurallarına bağlı olması ile ilgili bir ilke olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Buna göre ima teorisini, ölüme bağlı tasarrufların şekle bağlı hukuki işlemler olmasının bir sonucu⁴⁸ değildir. İma teorisine daha ziyade, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma iradesini beyan edip etmediği, yani aslında hukuki işlem iradesini beyan edip etmediği ile ilgili bir sorundur⁴⁹. Zira iradeye hukuki sonuç bağlanabilmesi için onun beyan edilmesi gerekir. Beyan edilmemiş istek ve düşünceler ise dikkate alınmayacaktır⁵⁰.

2. İma Teorisinin Uygulanması Bakımından Durum

a. İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından

İsviçre öğretisinde, ima teorisinin uygulanmaması gerektiğini söyleyen görüşler olduğu gibi⁵¹; bazı görüşler ise söz konusu teoriden vazgeçilmesini kabul etmemektedir⁵². İsviçre Federal Mahkemesi ise, vasiyetnamelerin

⁴⁵ Ergüne, s. 45.

⁴⁶ Escher/Escher, Die Verfügung von Todes wegen, Einleitung, Rn.13; bkz. Ergüne, s. 45.

⁴⁷ Raselli, s. 1264; Ergüne, s. 45; Zemp Gsponer, s. 218; Staudinger/Otte, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn.27.

⁴⁸ Bu yönde, BGE 108 II 393.

⁴⁹ Lange/Kuchinke, s. 783-784; BK/Weimar, 14.Titel. Die Verfügungen von Todes wegen/Einleitung, Rn.78, hatta Weimar'a göre, ima teorisine ne şekil ile ne de yorum ile ilgilidir.

⁵⁰ Lange/Kuchinke, s. 784.

⁵¹ Bkz. Breitschmid, Peter: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel, 2011, Art.469, Rn.24; Raselli, s. 1267.

⁵² Weimar, 14.Titel. Die Verfügungen von Todes wegen/Einleitung, Rn. 78; PraxKomm Erbrecht/Schröder, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.23; Seiler, Rn.553; Hrubesch-Millauer, s. 34; yine ima teorisinin uygulanması doğrultusunda: Escher/Escher, Die Verfügung von Todes Wegen. Einleitung, Rn.13.

yorumu bakımından bu teoriyi uygulamaktadır⁵³. İsviçre Federal Mahkemesi, miras sözleşmeleri bakımından bu teoriden vazgeçmekle birlikte, aynı hususun vasiyetnameler bakımından geçerli olup olmayacağı sorununu açık bırakmıştır⁵⁴. Ancak miras sözleşmeleri bakımından ima teorisini uygulamaktan vazgeçtikten sonra da vasiyetnameler bakımından ima teorisine atıf yapan kararlar vermeye devam etmiştir⁵⁵. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, vasiyetname dışı durum ve koşulların ancak vasiyetname metninde yer alan beyanların açıklanmasını veya doğrulanmasını ve kanunda öngörülen şekilde beyan edilen iradenin aydınlatılmasını sağladıkları ölçüde yorum faaliyetinde kullanılabileceğini kabul etmektedir⁵⁶. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre içeriğinde yer almayan hususların, yorum yoluyla vasiyetnameye eklenmesi de mümkün değildir⁵⁷.

Alman Hukukunda ise ima teorisi, günümüzde yorumla ilgili olmaktan ziyade⁵⁸ vasiyetname metninin şekil kurallarına uygunluğunun belirlenmesi çerçevesinde göz önüne alınan bir teori haline dönüşmüştür⁵⁹. Yani artık yorum ile şekil sorunu birbirinden ayrı ele alınmaktadır⁶⁰. Buna göre, mirasbırakanın yorum yoluyla ulaşılan gerçek iradesi, en azından ima edilmek

⁵³ Bkz. **Jäggi**, Peter/**Gauch**, Peter/**Hartmann**, Stephan: Zürcher Kommentar, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Herausgeber: Jörg Schmid, 4. Auflage, Zürich, 2014, Art.18 OR, Rn. 536 ve dipnot 616'da yer alan kararlar.

⁵⁴ **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.22; **Seiler**, Rn.553; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, Rn.1244; bkz. BGE 127 III 529, 531 vd.; bkz. BGE 133 III 406, 414.

⁵⁵ Bkz. **Kut**, Ahmet: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art.1-183 OR, 3. Auflage, 2016, Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K.Schnyder, Art. 18 OR, Rn. 22; BGE 131 III 601, 604 (bkz. **Fankhauser**, s.752 vd.); BGER 5A_ 323/2013, 23.08.2013, Erwägungen:2.1. (<https://www.bger.ch/erisim tarihi: 19.9.2018>).

⁵⁶ Bkz. BGER 5A_ 323/2013, 23.08.2013, Erwägungen:2.1. (<https://www.bger.ch/erisim tarihi: 19.9.2018>); bkz. BGE 131 III 601, 603 (**Fankhauser**, s. 752 vd.)

⁵⁷ Bkz. BGER 5A_ 323/2013, 23.08.2013, Erwägungen:2.1. (<https://www.bger.ch/erisim tarihi: 19.9.2018>); bkz. **Stagl**, s. 30.

⁵⁸ Zira ima teorisi Alman Hukukunda daha önceleri yoruma sınır getiren bir teori olarak anlaşılmaktaydı. Bkz. **Perkams**, Guido: Die Auslegung von Testamenten im deutschen und spanischen Recht, Berlin, 2010, s. 51 ve orada anılan kararlar; bkz. **Scherer**, s. 303; bkz. **Wieser**, Eberhard: "Wille und Verständnis bei der Willenserklärung", AcP 1989, 189.Band, s. 117.

⁵⁹ Ayrıca bkz. **Jäggi/Gauch/Hartmann**, Art. 18 OR, Rn. 536.

⁶⁰ Bkz. **Nieder/Kössinger**, § 23 Die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen, Rn. 21a.

suretiyle vasiyetname metninde beyan edilmiş olmalıdır. Aksi halde, miras bırakanın yoruma konu olan irade beyanı, vasiyetnameler için aranan şekil koşullarına uygun kabul edilmeyecek ve § 125 BGB gereği kesin hükümsüz sayılacaktır⁶¹. Alman Mahkemeleri de, vasiyetnamelerin şekil kurallarına uygunluğunu belirlerken ima teorisini uygulamaktadır⁶². Buna göre Alman Mahkemeleri, kararlarında ima edilmiş olmayı, yorum ile ulaşılan gerçek iradenin, şekil kurallarına uygun olarak açıklanıp açıklanmadığının belirlenmesi noktasında (*yani yorum aşamasından sonraki ikinci aşamada*) dikkate almaya başlamışlardır⁶³. Alman öğretisindeki hâkim görüş de ima teorisini savunmaktadır⁶⁴.

b. Türk Hukuku Bakımından

Türk öğretisinde ise vasiyetnamenin yorumunda ima teorisinin uygulanması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir⁶⁵. Öğretide genel olarak, ölüme bağlı tasarruf metninde hiçbir dayanağı bulunmayan bir arzunun, yorum yolu ile ölüme bağlı tasarrufa eklenemeyeceği, zira ölüme bağlı tasarrufların tabi olduğu şekil kurallarının buna engel olacağı ifade edilmek-

⁶¹ **Palandt/Weidlich** BGB § 2084, Rn.4; **Horn**, Claus-Henrik/**Kroiß**, Ludwig: Testamentsauslegung, München, 2012, Teil 1. Auslegung letztwilliger Verfügungen, § 2 Individuelle Auslegung, Rn. 63; **Löhning**, Rn. 183; bkz. **Firsching/Graf**, Teil 1. Rn.1.133; **Foerste**, Ulrich: “Die Form des Testaments als Grenze seiner Auslegung”, DNotZ, 1993, s. 85; **Scherer**, s. 303.

⁶² Bkz. OLG Koblenz, Urteil vom 15.11.2013- 10 U 430/13 (BeckRS, 2014, 15927, https://beck-online.beck.de/erişim_tarihi:19.12.2017); OLG München 26.2.2015- 23 U 2301/14, (https://beck-online.beck.de/erişim_tarihi:19.12.2017); bkz. **Einsele**, Dorothee: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, ProstG, AGG, 7. Auflage, Herausgegeben von: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 2015, München, BGB § 125, Rn.37; bkz. **Burandt/Rojahn/Czubayko**, BGB § 2084, Rn.11.

⁶³ BGH, NJW 1981, 1737; BGH, NJW 1983, 672; ayrıca bkz. BGH, NJW 1983, 1610 vd.; bkz. **Frank/Helms**, s. 81, Rn. 3; **BeckOK BGB/Litzenburger**, BGB § 2084, Rn.20.

⁶⁴ Bu hususta bkz. **Brox/Walker**, §16, Rn.200; **Soergel/Loritz**, BGB § 2084, Rn.8; bkz. **Firsching/Graf**, Teil 1., Rn.1.133; **Palandt/Weidlich**, BGB § 2084, Rn.4; **MüKoBGB/Leipold**, BGB § 2084, Rn. 14; **Meyer-Pritzl**, Rudolf: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2018, Berlin, V.Erbrecht, Rn.86.

⁶⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 322; **Oğuzman**, s. 171; **İnan/Ertay/Albaş**, s. 267; **Ergüne**, s. 46; **Dural/Öz**, s. 220, Nr. 974, 976; bir görüşe göre de: “Eğer mirasbırakanın irade açıklamasının vasiyetname içinde bir dayanağı bulunmuyorsa, vasiyetname dışında yer alan o tasarruf, şekle aykırılıktan dolayı geçersizdir.” **Antalya/Sağlam**, s. 235.

tedir⁶⁶. Bununla birlikte, ima teorisinin uygulanmasına karşı çıkan görüşler de bulunmaktadır⁶⁷. Yargıtay kararlarında, vasiyetnamelerin yorumunda uygulanacak olan kurallar olarak, *vasiyetnamenin metnine bağlılık, mirasbırakanın iradesine bağlılık ve dış etmenlerle bağlılık* olmak üzere genel olarak üç başlık belirtmektedir⁶⁸. Yargıtay, yorum bakımından, öncelikle vasiyetname metnine bağlılık ilkesini kabul etmektedir. Vasiyetname dışı olgulardan da yorumda yararlanılabileceğini kabul etmekle birlikte⁶⁹, vasiyetname metninde yer almayan bir olgunun, vasiyetnamenin yorumu yoluyla var kabul edilemeyeceğini belirtmektedir⁷⁰. Nitekim yorum, vasiyetçinin beyanında yazılı arzusunu bir dereceye kadar sızemek olup, beyanda hiç bir dayanağı yok iken onu tamamlamak değildir⁷¹.

⁶⁶ **Oğuzman**, s. 171; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 322; vasiyetnamede bulunmayan veya şekline uygun olarak beyan edilmemiş bir tasarrufun, yorum yolu ile buraya sokulamayacağı yönünde, **İmre/Erman**, s. 114; bkz. **Baygın**, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, AÜEHFD, C.IV, S.1-2 (2000), s. 572.

⁶⁷ Bkz. **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s. 426, Nr.223 vd.; **Aksoy Dursun**, s. 323 vd.

⁶⁸ “...Vasiyetnamenin yorumunda uygulanacak olan genel kurallar ise; vasiyetnamenin metnine bağlılık, mirasbırakanın iradesine bağlılık ve dış etmenlerle bağlılık olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufun yorumlanmasında genel olarak uygulanacak ilk kural, ölüme bağlı tasarrufun metnine bağlı kalınmasıdır. Vasiyetnamenin metninde yer almayan bir olgu ise, vasiyetnamenin yorumu ile var kabul edilemez. Tasarrufun yorumlanmasında uygulanacak bir diğer kural ise, mirasbırakanın iradesine göre yorum yapmaktır. Kural olarak vasiyetnamenin yorumunda, murisin iradesini ayakta tutacak bir yol izlenmeli, azami biçimde murisin iradesinin açığa çıkarılmasına gayret gösterilmeli ve vasiyetnamenin tenfizine imkan sağlanmalıdır...” 3. HD, E. 2013/18683; K. 2013/18151, <https://emsal.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 19.03.2018); “...Ölüme bağlı tasarrufun (vasiyetnamenin) yorumlanmasında uygulanacak genel kurallar, öncelikle vasiyetnamenin metnine bağlı kalınarak sonuca gidilecektir. Bu yapılırken murisin iradesi ve (... ve dış etmenlere bağlılık da söz konusu olacaktır...” 3.HD, E.2013/9138; K.2013/11282; T.01.07.2013 <https://emsal.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 19.03.2018); 3. HD, E.2014/22183; K. 2015/17797, T. 12.11.2015 www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 11.12.2017).

⁶⁹ Yargıtay, bir kararında ise kural olarak vasiyet edilen malın vasiyetnamede tam olarak tarif edilmiş olmasının gerektiğini belirtmekle birlikte, bunun tam olarak tarif edilmediği hallerde esas itibarıyla vasiyetnamede anlatılmak istenen taşınmaz veya aynı hakkın gerekirse tapu araştırması yaparak netleştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. 3. HD, E. 2014/22183; K. 2015/17797, T. 12.11.2015. www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.12.2017).

⁷⁰ 3. HD, E. 2015/15137; K. 2016/7741; T. 18.5.2016 www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.12.2017); 3. HD, E.2014/22183; K. 2015/17797, T. 12.11.2015, <https://emsal.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 12.02.2018).

⁷¹ 3. HD, E. 2015/15137; K. 2016/7741; T. 18.5.2016, www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.12.2017).

3. İma Teorisinin Yorumu Sınır Getiren Bir Kural Olarak Kabul Edilmesine Yönelik Eleştiriler

Yukarıda belirttiğimiz üzere Alman Hukukunda ima teorisi özellikle Alman Federal Mahkemesi'nin uygulaması doğrultusunda bir şekil kuralı olarak varlığını sürdürmekte iken⁷²; Türk-İsviçre Hukukunda ima teorisi daha ziyade yoruma sınır getiren bir kural olarak anlaşılmaktadır. Yorumu sınır getirilmesinin gerekçesi ise vasiyetnamelerin tabi olduğu şekil kuralları ile açıklanmaktadır⁷³. Bununla birlikte ima teorisi, özellikle İsviçre öğretisinde, şekil sorunu ile yorum sorununu birbirine karıştırdığı için de eleştiriye uğramakta⁷⁴ ve bu iki sorunun birbirinden ayrı ele alınması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁵. Bu doğrultuda ilk aşamada, mirasbırakanın irade beyanının, onun bu beyanının nasıl anlaşılmasını istediği bulunacak şekilde yorumlanması gerektiği⁷⁶ ve bu noktada vasiyetname metni dışında yer alan durum ve koşulların da dikkate alınacağı belirtilmektedir. İkinci aşamada ise, yorum yoluyla anlamına ulaşılan irade beyanının, bu kez ilgili şekil kurallarına uygun olup olmadığının belirlenmesinin gerekeceği ifade edilmektedir⁷⁷. Zira şekil kuralları, bir hususun nasıl anlaşılacağını değil, ne şekilde açıklanması gerektiğini belirler⁷⁸.

⁷² Wieser, Willenserklärung, s. 117.

⁷³ Bkz. **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.23.

⁷⁴ Bkz. **Kramer/Schmidlin**, Art. 18 OR, Rn.93; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, Rn.1245; **Raselli**, s. 1265; **Jäggi/Gauch/Hartmann**, Art. 18 OR, Rn.537; **Fankhauser**, s. 754; **Breitschmid**, s. 280; **BSK ZGB II/Breitschmid**, Art.469 ZGB, Rn. 24. Türk Hukukunda da *Serozan*, ima teorisinin açıklık teorisi gibi şekil ve yorum sorununu birbirine karıştırdığını ifade etmektedir. Bkz. **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s. 426, Nr.223b.

⁷⁵ **Jäggi/Gauch/Hartmann**, Art.18 OR, Rn. 537; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, Rn. 1247; **Breitschmid**, Formvorschriften, s. 143, Rn.197; **Breitschmid**, s. 280; **BSK ZGB II/Breitschmid**, Art.469, Rn.24.

⁷⁶ **Breitschmid**, Formvorschriften, s. 143, Rn.197.

⁷⁷ **Breitschmid**, Formvorschriften, s. 143, Rn. 197; bkz. **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.2; **BSK ZGB II/Breitschmid**, Art.469 ZGB Rn. 24. Şekle bağlı sözleşmeler bakımından aynı yönde bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, Art.18 OR, Rn. 1247; **Wiegand**, Wolfgang: Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529 OR, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basel, 2011, Art. 18 OR, Rn.54; **Jäggi/Gauch/Hartmann**, Art.18 OR, Rn. 537. İma teorisinin TBK madde 19/f.1 (Art. 18 Abs.1 OR) de yer alan düzenlemeye de aykırılık oluşturacağı yönünde, **Raselli**, s. 1266.

⁷⁸ **Fankhauser**, s. 754; **Raselli**, s. 1265; şekil kurallarının ölüme bağlı tasarrufun nasıl düzenleneceğini tespit edeceği, yoksa onun nasıl yorumlanacağını belirlemeyeceği

Diğer taraftan, söz konusu eleştiriler doğrultusunda yorum ile şekil sorunu ayrı olarak ele alınsa bile; bu kez de mirasbırakanın vasiyetname dışı koşullardan yararlanılmak suretiyle ulaşılan iradesinin, vasiyetname metninde gerekli şekil koşullarına uygun olarak beyan edilmiş sayılıp sayılmayacağı ve bunun için ima teorisinin dikkate alınmasına gerek olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekecektir⁷⁹. Bu noktada aşağıda ifade edeceğimiz üzere kanımızca temel tartışma, ima bulunup bulunmadığına kimin bakış açısından karar verilmesi gerekeceği etrafında toplanmaktadır. Özellikle genel olarak ima teorisine karşı çıkan yazarlar, öğretilerde de “*subjektif ima teorisi*” olarak da adlandırılan görüşü savunmaktadırlar.

4. “İma”nın Kimin Bakış Açısıyla Aranacağı Sorunu: Objektif İma Görüşü- Subjektif İma Görüşü

İma teorisi gereği, mirasbırakanın yorum yoluyla erişilen iradesi ancak vasiyetnamede ima edilmiş olması durumunda dikkate alınabilecektir. İma teorisine ilişkin temel tartışma ise ima bulunup bulunmadığına, objektif bir bakış açısıyla mı yoksa subjektif yani mirasbırakanın bakış açısıyla mı karar verileceği ekseninde çıkmaktadır⁸⁰. Öğretilerde “objektif ima teorisi”⁸¹ olarak adlandırılan ilk durumda, ima bulunup bulunmadığı objektif üçüncü bir kişinin gözünden belirlenir⁸². Öğretilerde genel olarak kabul edilen de objektif ima teorisidir⁸³. Özellikle Alman Federal Mahkemesi de imanın objektif olarak bulunmasını aramakta ve yorum yoluyla mirasbırakanın gerçek iradesine ulaştıktan sonra bu kez de *objektif bir bakış açısıyla*, söz konusu iradenin vasiyetname metninde ima edilip edilmediğini araştırmaktadır⁸⁴.

Subjektif ima teorisine göre ise, şekil koşullarının karşılanmış sayılması için, vasiyetname metninin, irade beyanının içeriğini üçüncü kişilerce anlaşıl-

yönünde, Serozan, (Serozan/Engin, § 4.) s. 431, Nr.227; ayrıca bkz. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rn.1243.

⁷⁹ Bkz. Raselli, s. 1265.

⁸⁰ Bkz. Raselli, s. 1266.

⁸¹ Bkz. Wolf, Manfred/Gangel, Alfred: “Der nicht formgerecht erklärte Erblasserwille und die Auslegungsfähigkeit eindeutiger testamentarischer Verfügungen - BGH, NJW 1981, 1737 und NJW 1981, 736, JuS 1983, Heft 9, s. 665.

⁸² Wolf/Gangel, s. 665; objektif anlamdaki ima teorisine göre, ima bulunduğundan söz edebilmek için iradenin günlük konuşma diline uygun olarak ifade edilmiş olması gerekeceği yönünde bkz. Raselli, s. 1266.

⁸³ Bkz. Wolf/Gangel, s. 665; bkz. Stagl, s. 171.

⁸⁴ Bkz. bu yönde, BGH, NJW 1981, 1736.

labilecek şekilde yansıtması önemli değildir. Mirasbırakan, şekil kurallarına uygun olarak hazırladığı metnin, gerçek iradesini yansıttığını düşünüyorsa, artık şekil kurallarına da uygunluğun kabul edilmesi gerekir⁸⁵. Mirasbırakanın iradesinin genel konuşma diline uygun olarak ifade edilip edilmediği de bu noktada önem taşımamaktadır⁸⁶. Doğal olarak, vasiyetname metninde yer alan beyanların bizzat kendisinin de vasiyetnameler için aranan şekil kurallarına uygun olarak açıklanmış olması gereklidir⁸⁷.

5. İma Teorisinin Açıklık Teorisi İle İlişkisi

İma teorisinin yorumu sınır getirdiğinin kabul edilmesi, açıklık teorisi ile ima teorisi arasındaki sınırı da silikleştirmektedir. Özellikle İsviçre öğretisinde açıklık teorisi, ima teorisinin hatta daha keskin bir şekilde ortaya çıktığı özel bir hali olarak görülmekte ve uygulamada bu iki teorisinin birbirinden kolaylıkla ayırt edilemediği ifade edilmektedir. Mirasbırakanın iradesinin açık bir şekilde beyan edildiği kabul edilirse, ulaşılabilecek herhangi başka bir yorum sonucunun vasiyetnamede ima edilmiş olduğundan zaten daha en baştan söz edilemeyecektir⁸⁸. Vasiyetnameyi yorumlayabilmek için şekil kurallarını gerekçe göstererek mirasbırakana ait olduğu iddia edilen iradenin daha en başta *objektif anlamda* vasiyetname metninde dayanak bulmasını aramak ise vasiyetnamenin kelime anlamına bağlı kalınmaksızın yapılacak bir yorumu kanımızca daha en baştan engelleyecektir. Hâlbuki iki teori birbirinden ayrı değerlendirilmelidir: Açıklık teorisi, yorumla ilgilidir. Temeli şekil kurallarına dayanan ima teorisi ise mirasbırakanın beyanlarının her türlü yorum aracı kullanılarak yorumlanması ile ulaşılan iradesinin, vasiyet-

⁸⁵ Bkz. **Brox**, Hans: “Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie”, JA 1984, Heft 10, s. 553; bkz. **Flume**, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band- Das Rechtsfshäft, Dritte, ergänzte Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, 1979, §16 (5), s. 333, 334; bkz. **Wolf/Gangel**, s. 665; bkz. **Lübtow**, s. 268; mirasbırakanın vasiyetnameyi kaleme aldığı andaki subjektif düşüncesi, vasiyetname metninin, irade beyanının içeriğini üçüncü kişilere gösterdiği yönündeyse, şekil kurallarına uygunluğun sağlanmış sayılacağı bakımından bkz. **Wieser**, Eberhard: “Emprische und normative Auslegung”, JZ, 9/1985, s. 408; İsviçre Hukuku bakımından özellikle bkz. **Breitschmid**, s. 283; **BSK ZGB II/Breitschmid**, Art.469 ZGB, Rn.24; bkz. **Raselli**, s. 1266, 1267; ayrıca bkz. **Fankhauser**, s. 754; **Druey**, §12, Rn.13; bkz. **Kramer/Schmidlin**, Art.18 OR, Rn.94, 98.

⁸⁶ **Raselli**, s 1266.

⁸⁷ Bkz. **Kramer/Schmidlin**, Art.18 OR, Rn.94; bkz. **MüKoBGB/Einsele**, BGB §125, Rn.38.

⁸⁸ **Stagl**, s. 1; ayrıca bkz. **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.26; **Seiler**, s. 243, Rn.554.

name metninde şekle uygun olarak beyan edilip edilmediğinin belirlenmesi ile ilgilidir⁸⁹. Nitekim ima teorisinin, mirasbırakanın gerçek iradesine ulaşmak için geliştirilmiş bir teori olmayıp, daha ziyade onun iradesinin ciddiyetini kontrol için geliştirilmiş bir teori olduğu öğretide ifade edilmektedir⁹⁰. İma teorisinin de bu doğrultuda şekil sorunu bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Sonuç olarak, kanımızca açıklık teorisi ile ima teorisi arasındaki sınırın ancak vasiyetnamelerin yorumu ile şekil kurallarına uygunluğunun farklı aşamalarda değerlendirilmesi durumunda çizilebileceği söylenebilir.

6. İma Teorisinin Mirasbırakanın Hukuki İşlem İradesini Beyan Etmesi İle İlgili Bir Teori Olduğu Yolundaki Görüşlerin Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak

Öğretide ileri sürülen, ima teorisinin, şekil ile ilgili bir sorun olmaktan ziyade mirasbırakanın hukuki işlem iradesini beyan edip etmediği ile ilgili olduğu yolundaki görüşe de değinilmesi gerekir⁹¹. Belirtmek gerekir ki, irade beyanı hem ölüme bağlı işlemler hem de sağlar arası işlemlerde, hukuki işlemin kurucu unsuru⁹² olup, psikolojik bir olgu olan iradenin, hukuki işlem yoluyla istenilen sonucu meydana getirebilmesi için, genel olarak, dış dünyaya yansıtılması, yani açıklanması gerekir⁹³. Hukuk, iç iradeye değil, bunun dış dünyaya yansımış şekline önem verir. Yani esas olan iç irade değil, irade beyanıdır⁹⁴. Yorumun konusu da, hukuki işlemin de kurucu unsuru olan irade beyanıdır. Ortada bir irade beyanı olup olmadığı ve varsa bunun içeriği

⁸⁹ Alman Hukuku bakımından da, açıklık teorisinin irade beyanlarının yorumlanabilmesi kabiliyeti ile ilgili olduğu; ima teorisinin ise şekil kontrolü ile ilgili olduğu yönünde, bkz. **Stumpf**, Cordula: Erläuternde und Ergänzende Auslegung letztwilliger Verfügungen im System privatautonomer Rechtsgestaltung, Berlin, 1991 s. 112.

⁹⁰ **Staudinger/Otte**, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn.27.

⁹¹ **BK/Weimar**, 14.Titel. Die Verfügungen von Todes wegen/Einleitung, Rn.78, hatta *Weimar*'a göre, ima teorisi ne şekil ile ne de yorum ile ilgilidir; bkz. **Lange/Kuchinke**, s. 783.

⁹² Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 91. İrade beyanının kanunen öngörülen şekle uygun olarak yapılması ise hukuki işlemin *kurucu* unsuru değil, ama *geçerlilik* unsurudur. **Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, İstanbul, 2015, s. 204; **Eren**, s. 123.

⁹³ **Wieser**, Auslegung, s. 407; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi /Serozan/Arpacı**, s. 130; **Eren**, s. 120; bkz. **Flume**, Allgemeiner Teil, §16 (5), s. 333.

⁹⁴ **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 130.

yorum yoluyla belirlenir⁹⁵. Herhangi bir biçimde dış dünyaya aktarılmamış bir “iç” irade ise yorumun konusu olamaz⁹⁶. Bu husus hem şekle bağlı hem de şekle bağlı olmayan hukuki işlemler bakımından geçerlidir⁹⁷. Bu açıdan vasiyetnamenin yorumunda da amaç salt psikolojik anlamda mirasbırakanın iç iradesini araştırmak değil, aksine mirasbırakanın vasiyetnamede beyan edilmiş iradesini açıklığa kavuşturmadır⁹⁸. Yorum yoluyla, mirasbırakanın isteklerinin, amaçlarının ve düşüncelerinin gerçekleştirilmesi amaçlanmayıp, mirasbırakanın irade beyanlarının anlamının, onun istekleri, amaçları ve düşünceleri dikkate alınarak belirlenmesi sağlanır⁹⁹. Dolayısıyla, mirasbırakan tarafından yapılmak istenmekle birlikte yapılması unutulmuş ölüme bağlı tasarrufların durumunun bu bağlamda değerlendirilmesi gerekir.

b. Unutularak Yapılmayan Ölüme Bağlı Tasarrufların Durumu

Öğretide, vasiyetnamede yer alan her bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun yorumun konusu olabileceği kabul edilmektedir. Ancak yorum yapılırken söz konusu münferit ölüme bağlı tasarrufların aynı zamanda vasiyetnamenin bir parçası olarak da değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁰. Öğretide mirasbırakanın münferit bir ölüme bağlı tasarrufu beyan etmek istemesi ancak vasiyetnamesinde bu ölüme bağlı tasarrufu beyan etmeyi unutması ya da ihmal etmesi durumunda esasen yorumun da gündeme gelmeyeceği belirtilmektedir¹⁰¹. Zira bu sonuç, vasiyetnamenin şekil kurallarına bağlı olması ile de ilgili değildir¹⁰². Bu sonuç daha ziyade, mirasbırakanın sahip olduğu

⁹⁵ **Jauernig/Mansel**, BGB §133, Rn.1.

⁹⁶ **MüKoBGB/Busche**, BGB §133, Rn.9; **Lübtow**, s. 265; ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 130; **Dalcı Özdoğan**, s. 38; **BK/Weimar**, 14.Titel. Die Verfügungen von Todes wegen/Einleitung, Rn. 72; **MüKoBGB/Leipold**, BGB § 2084, Rn.3, 8; bkz. **Leipold**, Dieter: “Wille, Erklärung und Form - insbesondere bei der Auslegung von Testamenten”, Festschrift für Wolfram Müller Freienfels, Baden - Baden, 1986, s. 431.

⁹⁷ Ayrıca bkz. **BK/Weimar**, 14.Titel. Die Verfügungen von Todes wegen/Einleitung, Rn.78; **Leipold**, “Wille, Erklärung und Form”, s. 432.

⁹⁸ Bkz. **Leipold**, Erbrecht, Rn.362; bkz. **Wieser**, Auslegung, s. 407; bkz. **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.24; **BK//Weimar**, 14.Titel. Die Verfügungen von Todes wegen/Einleitung, Rn.60; bkz. **MüKoBGB/Busche**, BGB § 133, Rn.9.

⁹⁹ **Lange/Kuchinke**, s. 781; **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.24.

¹⁰⁰ Bu hususta bkz. **Lange/Kuchinke**, s. 782; bkz. **Leipold**, Erbrecht, Rn.363.

¹⁰¹ Bkz. **Lange/Kuchinke**, s. 780; bkz. **MüKoBGB/Leipold**, BGB § 2084, Rn.15.

¹⁰² Bkz. **Lange/Kuchinke**, s. 780.

hukuki işlem iradesine hukuki sonuç bağlanabilmesi için bu iradenin beyan edilmiş olması gerekliliğinden doğar¹⁰³. Hiçbir şeyin düzenlenmediği yerde, yorumlanacak hiçbir şey de kalmayacaktır¹⁰⁴. Nitekim öğretide yapılması unutulmuş ölümüne bağlı tasarrufların vasiyetnameye eklenemeyeceği genel olarak kabul görmektedir¹⁰⁵. Hatta ima teorisine karşı çıkan bazı görüşler dahi salt unutulmuş ölümüne bağlı tasarrufların yorum yoluyla vasiyetnameye eklenemeyeceğini kabul etmektedirler¹⁰⁶. Ancak kanımızca bu noktada bir hususa dikkate edilmelidir. Vasiyetnamede beyan edilen münferit ölümüne bağlı tasarrufların yorumlanması sonucunda, aslında bu tasarrufların mirasbırakanın yapmak istediği ancak vasiyetnamesini hazırlarken yanlışlıkla vasiyetnameye geçirmeyi ihmal ettiği tasarrufla bir bütün olarak beyan edilmek istendiği anlaşılabilir. Bu durumda kanımızca münferit bir ölümüne bağlı tasarrufların hiç beyan edilmemesinden ziyade, beyan edilen ölümüne bağlı tasarrufların yanlışlıkla beyan edildiğinden söz etmek gerekir. Zira bu son durumda yanlışlıkla beyan edilen ölümüne bağlı tasarrufların mirasbırakanın gerçek iradesine göre geçerlik kazanıp kazanmayacağı sorusu sorulabilecektir.

Bu konuya ilişkin ilginç bir örnek olarak Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararına değinmek gerekir. Karara konu olan olayda, “Eşler, birbirlerinin karşılıklı olarak tek mirasçı atanması ve çocuklarının da en son ölen eşe mirasçı olması hususunda anlaşmışlardır. Ancak noterde yaptıkları “birlikte” vasiyetname¹⁰⁷ nin hazırlanması aşamasında, metin, vasiyetname taslağından vasiyetnameye geçirilirken, eşlerin birbirlerini karşılıklı olarak mirasçı atadıklarını belirten koşul yanlışlıkla vasiyetnameye alınmamış, yani vasiyetname metninde yanlışlıkla sadece çocuklarını mirasçı olarak atadıklarını şeklinde bir beyan yer almıştır. Alman Federal Mahkemesi, bu olayla ilgili olarak çıkan uyuşmazlıkta ima teorisini uygulama yönünde karar vermiş ve eşlerin karşılıklı olarak mirasçı atanması bakımından vasiyetnamede herhangi bir ima bulunmadığını ifade ederek, vasiyetnameler için gereken

¹⁰³ Ayrıca bkz. **MüKoBGB/Leipold**, BGB § 2084, Rn.3.

¹⁰⁴ **Perkams**, s. 52.

¹⁰⁵ Bkz. **Soergel/Loritz**, § BGB 2084/Rn.11; **Staudinger/Otte**, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn.43; **Michalski**, Lutz: BGB-Erbrecht, 3. neue bearbeitete Auflage, 2006, Rn.339; **Leipold**, Erbrecht, Rn.364.

¹⁰⁶ Bkz. **Flume**, Werner: “Testamentsauslegung bei Falschbezeichnung”, NJW 1983, s. 2009.

¹⁰⁷ Birlikte vasiyetname (*Gemeinschaftliches Testament*) Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarında düzenlenmemiş olup; Alman Medeni Kanunu'nda ise konuya ilişkin olarak § 2265-2273 arasında düzenlemeler bulunmaktadır.

şekil koşullarının oluşmadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁰⁸. Bu karar Alman öğretisinde oldukça tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, burada yorumun konusu olabilecek bir irade beyanı dahi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, Alman Federal Mahkemesi'nin, uyuşmazlığı şekil sorunu ile bağlantılı olarak ele alması da isabetli değildir¹⁰⁹. Belirttiğimiz üzere Alman Federal Mahkemesi ise uyuşmazlığa şekil sorunu bağlamında yaklaşmış ve ima teorisini uygulayarak burada şeklen geçersiz bir irade beyanı olduğu yönünde karar vermiştir. İma teorisine karşı çıkan görüşlere göre ise, bu ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın gerçek iradesi doğrultusunda geçerli kabul edilmelidir¹¹⁰.

Bu olayda, vasiyetnamede yorumun konusu olan beyan, eşlerin çocuklarını mirasçı olarak atadıkları yönündeki beyanlarıdır. Bu beyan objektif olarak, sadece çocukların mirasçı olarak atandığı şeklinde anlaşılmalıdır¹¹¹. Bu açıdan vasiyetnamede yer alan beyanın objektif anlamı, eşlerin gerçek iradesi ile uyumlu değildir. Nitekim Alman öğretisinde de, bu olayda hayatta kalan eşin, vasiyetnamede yer alan ölüme bağlı tasarrufu, yanılma sebebiyle iptal ettirmesinin (BGB § 2078, 2080) mümkün olduğu ifade edilmiştir¹¹². Hayatta kalan eş, vasiyetnameyi iptal ettirebilecek ve kanunda belirtilen oranlarda (*ancak tamamen değil*) diğer eşe mirasçı olabilecektir¹¹³. Kanımızca bu olayda, vasiyetnamede yanılarak eksik beyan edilen bir ölüme bağlı tasarruf vardır¹¹⁴ ve bu ölüme bağlı tasarruf yorumun konusu olabilir. Zira eşlerin çocuklarını mirasçı atadıkları yönünde vasiyetnamede yer alan beyanları, aslında onların ilk önce birbirlerini karşılıklı mirasçı atadıklarına ilişkin beyanla bir bütün olarak açıklanmak istenmiştir; ancak ölüme bağlı tasarrufun ilk kısmı unutulmuş vasiyetname taslağından vasiyetnameye geçirilmemiştir. Bu olay bakımından vasiyetnamede yanılarak yapılan beyanın iptal edilmeyerek mirasbırakanın gerçek iradesi doğrultusunda hayata geçirilip geçirilemeyeceği sorununa ise ileride değinilecektir¹¹⁵. Ancak örneğin

¹⁰⁸ NJW 1981, 1737.

¹⁰⁹ **Leipold**, "Wille, Erklärung und Form", s. 423; **Lange/Kuchinke**, s. 780; **Wieser**, Auslegung, s. 407; burada irade beyanı bulunmadığı yönünde, **Firsching/Graf**, Teil 1. Rn. 1.133; ayrıca bkz. **Flume**, Testamentsauslegung, s. 2009.

¹¹⁰ Bkz. **Brox**, Andeutungstheorie, 557; **Brox/Walker**, §16, Rn.200.

¹¹¹ Bkz. **Wieser**, Willenserklärung, s. 118.

¹¹² **Wieser**, Auslegung, s. 407; ayrıca bkz. **Kramer/Schmidlin**, Art.18 OR, Rn.95.

¹¹³ **Wieser**, Auslegung, s. 407.

¹¹⁴ Bkz. aynı olay bakımından benzer yönde **Kramer/Schmidlin**, Art. 18 OR, Rn.95.

¹¹⁵ Nitekim bu olayda eşlerin birbirlerini mirasçı atamak istedikleri hususunun ispatlanabilmesi durumunda gerçek iradelerine geçerlik tanınması gerektiği yönünde, **Brox**, Andeutungstheorie, 557.

mirasbırakanın birbirinden tamamen bağımsız olarak (A)'ya arabasını, (B)'ye evini ve (C)'ye bankadaki parasını bırakmak istediğini ancak vasiyetnamesini hazırlarken (C)'ye yapmak istediği ölüme bağlı tasarrufu yazmayı unuttuğunu düşünürsek, burada (C)'ye yapılmak istenen tasarrufun beyan edilmemiş olmasından dolayı yok kabul edilmesi gerekecektir kanısındayız.

Diğer taraftan, ilk bakışta anlamı çok açık gözükken bir irade beyanının, mirasbırakan bu beyanı yaparken yanıldığı için ya da bilinçli olarak kelimeleri günlük dilden farklı bir anlamda kullandığı için mirasbırakanın gerçek iradesine uymadığı sonucuna ulaşılabilir. Bu durumlar mirasbırakanın bir ölüme bağlı tasarrufu unutarak hiç beyan etmemesinden tamamen farklıdır. Örneğin, (A)'yı *mirasçı atamak isteyen mirasbırakanın, şekil kurallarına uygun olarak hazırladığı vasiyetnamesinde beyanda yanılma sonucu (B)'yi mirasçı atadığını belirtmesi gibi*. Bu durumda yanılarak eksik beyan edilen bir ölüme bağlı tasarruf da yoktur. Aksine mirasbırakan yapmak istediği ölüme bağlı tasarrufu tam olarak ifade etmiştir ama bu beyan gerçek iradesini yansıtmamaktadır. Yukarıdaki örnekte, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu yaparken gerçek iradesinin (B)'yi değil (A)'yı mirasçı atamak olduğunun tespiti halinde acaba söz konusu ölüme bağlı tasarrufun mirasbırakanın gerçek iradesi doğrultusunda ayakta tutulması mümkün müdür? Aşağıda da söz konusu sorunlara değinilecektir. Bu konuda özellikle mirasbırakanın yanılarak yaptığı beyanların bazı koşullarla düzeltilmesi olanağı getiren Türk Medeni Kanunu'nun 504'üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye özellikle değinilmesi gerekmektedir. Zira söz konusu düzenlemenin açıklık teorisinin ve ima teorisinin genel olarak kabul edilmediğini gösteren bir hüküm olduğu da ileri sürülmektedir¹¹⁶. Ama öncelikle ima teorisine karşı çıkan görüşlerin ve ima teorisini kabul eden görüşlerin argümanlarına kısaca değinmek yararlı olacaktır.

B. İma Teorisine Getirilen Eleştiriler ve İma Teorisini Kabul Eden Görüşlerin Temel Gerekçeleri

1. İma Teorisine Getirilen Eleştiriler

İma teorisinin uygulanmasına karşı çıkan görüşlerden¹¹⁷ bazıları, bu teoriyi özellikle, şekil kurallarının getirilmesindeki amaca, ima teorisininin

¹¹⁶ **Kramer/Schmidlin**, Art.18 OR, Rn. 53.

¹¹⁷ İsviçre Hukuku bakımından özellikle bkz. **Breitschmid**, s. 282; **Raselli**, s. 1267; **Fankhauser**, s. 754 vd.; Alman Hukuku bakımından özellikle bkz. **Brox**, *Andeutungstheorie*, s. 549 vd.; **Brox/Walker**, §16, Rn.200; **Flume**,

uygulanmasına gerek olmadan da ulaşılabileceği gerekçesiyle eleştirmektedir¹¹⁸. Bu görüşlerin, yukarıda da belirtildiği üzere genel olarak öğretide subjektif ima teorisi olarak da adlandırılan görüşü savundukları görülmektedir. Buna göre mirasbırakan, kanuni şekil kurallarına uymak için çaba sarf etmiş ve seçtiği ifadelerle son arzularını açıkça ifade ettiğine inanmışsa, şeklin amacının da gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir¹¹⁹. Ancak miras bırakanın yorum yoluyla ulaşılan sonucu kastettiği hususunda “kesinlik” olması gerektiği de vurgulanmaktadır. Bunun için vasiyetname metninde bir ima bulunması ise gerekli değildir¹²⁰. İma teorisine getirilen diğer bir eleştiri ise, daha kapsamlı ve uzun yazan mirasbırakanların vasiyetnamelerinde dayanak bulmanın daha kolay olacağı ve bu nedenle de bu şekilde yazan mirasbırakanların, kısa yazan mirasbırakanlara tercih edileceğidir¹²¹. Diğer bir eleştiri de bu teorinin *falsa demonstratio non nocet* (yanlış belirtme zarar vermez) ilkesine aykırılık doğuracağıdır¹²². Ayrıca bu teorinin uygulanmasının hukuki güvensizliğe de yol açabileceği de ifade edilmiştir. Nitekim yeterli bir ima bulunup bulunmadığı hususu geniş ölçüde hâkimin takdirine bırakılmıştır¹²³.

2. İma Teorisini Kabul Eden Görüşlerin Temel Gerekçeleri

İma teorisinin uygulanmasına en temelde, bu teorinin uygulanmaması durumunda, vasiyetnameye yorum yoluyla onun hiç içermediği bir anlamın

Testamentsauslegung, s. 2007 vd.; **MüKoBGB/Einsele** BGB §125, Rn.38; Türk Hukuku bakımından ise özellikle bkz. **Serozan**, Yorum, s. 425 vd.; **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.), s. 426, Nr.223; **Serozan**, Rona: “Miras Hukukunun Gelişim Süreci Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri”, (Çeviren: Meliha Sermin Paksoy), İÜHFİM, C.LXXIII, 2015, S.1, s. 544; **Aksoy Dursun**, s. 326.

¹¹⁸ Sadece vasiyetname dışı olgulara dayanarak yorum yapmanın, ölüme bağlı tasarrufun şekle bağlılığı ile izlenen amacı gölgeleme ve şekil kuralını dolanma anlamına gelmeyeceği yönünde, **Serozan**, Yorum, s. 430.

¹¹⁹ **Breitschmid**, s. 283; **BSK ZGB II/Breitschmid**, Art.469 ZGB, Rn.24; bkz. **Raselli**, s. 1267; ayrıca bkz. **Fankhauser**, s. 754; **Druey**, §12, Rn.13.

¹²⁰ Bkz. **Raselli**, s. 1267. Bu noktada, vasiyetname metninin objektif kelime anlamından uzaklaştığını iddia eden tarafın bu iddiasını ispatlaması gerekecektir, **BSK ZGB II/Breitschmid**, Art.469 ZGB, Rn.23.

¹²¹ **Brox/Walker**, §16, Rn.200; aynı yönde **Serozan**, Miras Hukukunun Gelişim Süreci, s. 544; **Aksoy Dursun**, s. 324; **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s. 427, Nr.223d.

¹²² **Flume**, Testamentsauslegung, s. 2008vd..

¹²³ **Brox/Walker**, §16, Rn.200; **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.), s. 427, Nr. 223d: *Serozan*’ın deyişiyle, “*acaba bir noktalamaya işaret mi, bir harf mi, bir sözcük mü, yoksa bir tümce mi vasiyetçinin iradesini sezdirmeye, anıştırmaya (imaya) yetecektir?*”; ayrıca bkz. **Raselli**, s. 1266; bkz. **Stagl**, s. 172.

atfedilmesi tehlikesinin doğacağı gerekçe olarak gösterilmektedir¹²⁴. Nitekim şekil kuralları mirasbırakanın sadece *pozitif* anlamda vasiyetname yapma özgürlüğünün değil, *negatif* anlamda vasiyet yapma özgürlüğünün de korunmasını sağlar. Pozitif anlamda vasiyetname özgürlüğü, vasiyetname düzenleyip düzenlememeye veya düzenleyecekse bunun hangi içerikte olacağına karar verme yetkisinin mirasbırakana ait olduğunu ifade eder. Negatif anlamda vasiyetname özgürlüğü ise vasiyetname yapmama ve böylelikle bilinçli ya da bilinçsiz olarak yasal mirasçılarının tamamen veya kısmen hak kazanmasını sağlamayı ifade eder. Negatif vasiyetname yapma özgürlüğü şekle uygun olarak düzenlemediği ölüme bağlı tasarrufun ya da ölüme bağlı tasarruf içeriğinin mirasbırakana atfedilmemesini gerektirir¹²⁵. Zira mirasbırakanın iradesinin vasiyetnamede en azından ima bile edilmemiş olması durumunda, hiç yapmak istemediği bir ölüme bağlı tasarrufun özellikle yalancı tanıklar aracılığıyla mirasbırakana atfedilebileceği tehlikesi bu teori sayesinde engellenebilecektir¹²⁶. Yine bu teoriyi savunanların özellikle belirttiği husus, ölüme bağlı tasarrufta hiçbir dayanağı olmayan bir arzunun, sadece vasiyetname dışı olgulara dayanılarak yorum yoluyla kabul edilmesi durumunda, şekil kurallarının anlamını yitireceğidir¹²⁷. Zira ima teorisinden vazgeçmek pratikte şekle bağlı olmayan ölüme bağlı tasarruflara izin verilmesi anlamına gelecektir¹²⁸.

İma teorisini reddeden bazı yazarlar, ima teorisinin *falsa demonstratio non nocet* (yanlış belirtme zarar vermez) ilkesine aykırılık doğuracağı yönündeki eleştirilere¹²⁹ de katılmamaktadır. Zira yanlış belirtme zarar vermez ilkesi, temelde yanlış belirtmenin muhatabı tarafından da beyan sahibinin gerçek iradesine uygun olarak anlaşılmasına dayanmaktadır. Vasiyetnamelerin yorumunda ise zaten mirasbırakanın iradesi dikkate alınmaktadır¹³⁰. Ayrıca bu teorinin uygulanmasının hukuki güvensizliğe de yol açabileceği

¹²⁴ BGE 108 II 393, 396; **Soergel/Loritz**, BGB § 2084, Rn. 9.

¹²⁵ **Soergel/Loritz**, BGB § 2084, Rn.9.

¹²⁶ **Soergel/Loritz**, BGB § 2084, Rn.9.

¹²⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 322; **Ergüne**, s. 45; **İnan/Ertuş/Albaş**, s. 267; **Baygın**, s. 572; bkz. **Oğuzman**, s. 171; **Antalya/Sağlam**, s. 235; **Horn/Kroiß**, Teil 1. Auslegung letztwilliger Verfügungen, § 2 Individuelle Auslegung, Rn. 65; bkz. **Hrubesch-Millauer**, s. 34.

¹²⁸ **Nieder/Kössinger**, § 23 Die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen, Rn.21a; **Horn/Kroiß**, Teil 1. Auslegung letztwilliger Verfügungen, § 2 Individuelle Auslegung, Rn. 65; **Olzen**, Rn.575.

¹²⁹ **Flume**, Testamentsauslegung, s. 2009.

¹³⁰ **Soergel/Loritz**, BGB § 2084, Rn.19; **Olzen**, Rn.573.

yönündeki eleştirilere karşı da bu teoriyi savunan görüşler özellikle, ima teorisinden vazgeçmenin hukuk güvenliği bakımında daha büyük bir tehlike doğuracağı; nitekim bu yolla tüm vasiyetnamelerin kuşkuya düşürülmesi riskinin olduğunu ifade etmektedirler¹³¹.

C. Yanılarak Yapılan Ölüme Bağlı Tasarrufların Düzeltilmesi Olanağı ve İma Teorisi (TMK madde 504/f.2)

1. Genel Olarak TMK madde 504/f.2'de Yer Alan Düzenleme

Ölüme bağlı bir tasarrufta “yanılma” Türk Medeni Kanunu madde 557/bent 2’de ölüme bağlı tasarrufun iptali davasının açılmasını sağlayacak sebeplerden birisi olarak sayılmıştır. Türk Medeni Kanunu’nun 504’ncü maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, “Ölüme bağlı tasarrufta kişinin veya şeyin belirtilmesinde açık yanılma hâlinde mirasbırakanın gerçek arzusu kesin olarak tespit edilebilirse, tasarruf bu arzuya göre düzeltilir”¹³². Öğretilde, “*falsa demonstratio non nocet*” yani “yanlış belirtme zarar vermez” ilkesinin de bir görünümü olarak görülen¹³³ söz konusu düzenleme, miras bırakanın gerçek iradesine öncelik tanındığının ve kanun koyucunun, yanılarak yapılan bir ölüme bağlı tasarrufun iptalinden ziyade onun düzeltilme-

¹³¹ Bkz. **Olzen**, Rn.574; ayrıca bkz. **Michalski**, Rn.337.

¹³² İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1998 tarihli bir kararına konu olan olayda, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunda, New York’lu Bay C.F. Bridge adındaki kişiyi kendisine mirasçı atamıştır. Ancak mirasbırakanın “Bridge” düz hat hısımları arasında ön ismi C.F olan hiçbir erkek akrabası bulunmayıp, bu aileden sadece ön isimleri C.C olan -ki biri düzeltmeyi talep eden davacı oğul Charles Constant Jr. Bridge, diğeri de onun babası Charles Constant Sr. Bridge’dir- erkek akrabasının bulunduğu anlaşılmıştır. Federal Mahkeme kararında, Art. 469 Abs.3 ZGB (TMK madde 504/f.2)’e dayanarak tasarrufun düzeltilmesine karar vermiştir. Ancak bu durumda mirasbırakanın aynı ismi ve soyadı taşıyan baba oğuldan hangisini mirasçı atadığı sorunu gündeme gelmiştir. Federal Mahkeme ise, olaydaki gibi iki kişinin mirasbırakanın aslında mirasçı atamak istediği kişinin soyadına sahip olması durumunda, yorum yoluyla mirasbırakanın bunlardan hangisini mirasçı atamak istediğinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmiş ve bu konuda kanun koyucunun Art.469 Abs.3 ZGB’de yer alan “kesinlik” kıstası gibi özel bir ispat ölçüsü getirmediğini belirtmiştir. Mahkeme somut olayda, mirasbırakanın, kendisinden on bir yaş büyük olan ve vasiyetnamesini düzenlediği tarihte yirmi yıldır ölü olan babayı mirasçı atamasının olası olmadığını da belirterek, davacı olan oğul Charles Constant Jr. Bridge’in talebini kabul etmiştir. BGE, 124 III 414. Karar için ayrıca bkz. **Turan, Gamze**: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Ankara, 2009, s. 58.

¹³³ Bkz. **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s. 423, Nr.220; **Escher/Escher**, Art.469 ZGB, Rn.26.

sini amaçladığının bir göstergesidir¹³⁴. Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme, "*favor testamenti*" ilkesinin de Kanunda öngörülen önemli bir örneği olarak kabul edilmektedir¹³⁵. Türk Medeni Kanunu madde 504/f.2'de (Art.469 Abs.3 ZGB) yer alan kuralın aynı zamanda öğretide ima teorisinin de uygulanmayacağı yönünde Kanunda yer alan bir dayanak olarak gören görüşlerin de bulunduğu belirtilmelidir¹³⁶.

Öğretide, genel olarak, mirasbırakanın beyanda yanılması¹³⁷ durumunda bu hükmün uygulanabileceği kabul edilmekle birlikte¹³⁸, saikte yanılmanın bu kapsamda olup olmadığı tartışmalıdır¹³⁹. Öte yandan, öğretide, Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan

¹³⁴ Bkz. **Breitschmid**, Formvorschriften, s. 147, Rn.199; bkz. **Raselli**, s. 1263; düzenlemenin mirasbırakanın gerçek iradesine verilen önemi gösterdiği yönünde, **Aksoy Dursun**, s. 319; 3.HD, E. 2015/15137; K. 2016/7741; T. 18.5.2016, www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.12.2017).

¹³⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 323; **İmre/Erman**, s. 119; **Dural/Öz**, s. 222, Nr.981; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 279; **Baygın**, s. 575; **Ergüne**, s. 279; **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s. 423, Nr. 219; **Antalya/Sağlam**, s. 235; **Atlı**, Banu: Ölümüne Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, Ankara, 2017, s. 113.

¹³⁶ Bkz. **Kramer/Schmidlin**, OR 18, Rn.53.

¹³⁷ Örneğin, mirasbırakan vasiyetnamesinde "*Yeğenim Ahmet'e otomobilimi vasiyet ediyorum*" demiş olsa ancak mirasbırakanın tek bir yeğeni varsa ve adı da Mehmet'se; söz konusu tasarruf beyan hatası nedeniyle iptal edilmeyip, mirasbırakanın gerçek iradesine uygun yorumlanıp geçerli sayılmalıdır. **Dural/Öz**, s. 222, Nr.981; benzer bir örnek için **Oğuzman**, s. 172. *Kocayusufpaşaoğlu*'da şu örneği vermektedir: iki ayrı şehirde evi olan mirasbırakan, eşine "*uzun yıllar birlikte mutlu bir hayat sürdürdükleri Ankara'daki evini*" vasiyet etmiş, oysa eşlerin evlilikleri boyunca hep İzmir'deki evde oturdukları meydana çıkmıştır. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 324. Verilen son örnekte vasiyetname metninde mirasbırakanın gerçek iradesine yönelik açık bir dayanak bulunmaktadır. Buna karşılık, TMK madde 504/f.2 hükmünün uygulanmasında ima teorisi kabul edilirse; örneğin, mirasbırakanın vasiyetnamesinde eşine aslında hayatlarını birlikte sürdürdükleri İzmir'deki evini vasiyet etmek isterken yanlışlıkla sadece "*Ankara'daki evini bıraktığımı*" yazması durumunda, vasiyetnamede İzmir'deki eve yönelik bir ima bulunmamasından ötürü ölümüne bağlı tasarrufun düzeltilmesi olanağı söz konusu olmayacaktır.

¹³⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 323; **Eren**, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, 1966, s. 39; bu hususta bkz. **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Art.469 ZGB, Rn.42; **Escher/Escher**, Art. 469 ZGB, Rn.26.

¹³⁹ Bu hükmün saik yanılmalarında uygulanamayacağı yönünde, **Kramer/Schmidlin**, Art.18 OR, Rn.96; **Tuor**, Peter: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band III, Das Erbrecht, I. Abteilung Die Erben, Zweite Revidierte und Erweiterte Auflage, Bern, Art 469 ZGB, Rn.34; **Escher/Escher**, Art.469 ZGB, s. 146, Rn.26.

düzenlemenin sadece “kişide veya şeyde”¹⁴⁰ yanılmayla sınırlandırılması¹⁴¹ oldukça dar görüldüğü ve söz konusu hükmün, diğer beyanda yanılma durumlarında da uygulanabilmesi gerektiği (örneğin ölüme bağlı tasarrufun niteliğinde düşülen yanılma gibi) de haklı olarak ifade edilmektedir¹⁴². Özellikle yanılmanın sadece beyan eyleminde yanılmayı da kapsayacak şekilde¹⁴³ dar yorumlanmaması gerektiği; beyanın içeriğinde yanılma¹⁴⁴ bakımından da bu hükmün uygulanabilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁵.

Kanımızca da söz konusu hüküm beyan yanılmaları bakımından tüm beyanda yanılma hallerini kapsar şekilde yorumlanmalıdır¹⁴⁶. Bu açıdan hükmün zıt anlamından yani hükümde sadece “kişi veya şeyde” yanılmanın düzenlenmesinden, diğer beyan yanılmalarının bu kapsamda sayılmayacağı sonucu çıkartılmamalıdır¹⁴⁷. Zira zıt anlamdan çıkan sonucun isabetli olup

¹⁴⁰ Şeyde yanılmanın ölüme bağlı tasarrufun konusunu oluşturan şey olarak anlaşılması gerekir.

¹⁴¹ Bu yönde **BK/Tuor**, Art. 469, Rn.35.

¹⁴² **BSK ZGB II/Breitschmid**, Art. 469 ZGB, Rn.8; **BK/Weimar**, Art. 469 ZGB, Rn. 38; **Kramer/Schmidlin**, Art.18 OR, Rn.96.

¹⁴³ Nitekim Art.469 Abs.3 ZGB hükmünün sadece beyan eyleminde yanılmayı kapsadığı yönünde, **Escher/Escher**, Art.469 ZGB, Rn. 26.

¹⁴⁴ Beyanda yanılma genel olarak iki kategori altında toplanmaktadır: birinci grupta, “beyan eyleminde yanılma” olup, bu durumda beyan sahibi, iradesini dış dünyaya yansıtmak üzere kullandığı beyan vasıta ve işaretlerinde yanılmaktadır. Örneğin “1000” yazacak yerde “100” yazması gibi. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 394; **Eren**, s. 398; ikinci grupta ise “beyanın içeriğinde veya anlamında yanılma” söz konusudur. Beyanın içeriğinde veya anlamında yanılma ise (*Inhaltsirrtum*), beyanda bulunan kimsenin, beyanda bulunurken kullandığı vasıtayı (*beyan eyleminde yanılmanın aksine*) doğru kullanmış olması; ancak kullandığı vasıta ile aslında ifade ettiğinden farklı bir şeyi açıklamak istemiş olmasıdır. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 394; euroya geçişten önceki döneme ilişkin olarak, beyan sahibinin örneğin frank’dan bahsederken İsviçre frankını düşünmesi ancak yaptığı beyandan Fransız frankı anlamı çıkması; yine x işaretini, gerçek arzusuna uygun bir şekilde kullanan kişinin olayda x’den başkalarının y anlayacaklarını ve böyle anlamakta haklı olduklarını gözden kaçırmaması gibi. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968, s. 48.

¹⁴⁵ **BSK ZGB II/Breitschmid**, Art. 469 ZGB, Rn.8; **Kramer/Schmidlin**, Art.18 OR, Rn.96.

¹⁴⁶ Aynı yönde **Atlı**, s. 116. Bu anlamda, kişi veya şeyde düşülen yanılma dışında, örneğin, ölüme bağlı tasarrufun niteliğinde düşülen yanılma, miktarda yanılma da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Örneğin mirasbırakanın yaptığı vasiyetin miktarını 10.000TL yazacak yerde yanlışlıkla 100.000TL yazması durumunda da söz konusu hüküm uygulanmalıdır kanısındayız.

¹⁴⁷ Bkz. **BK/Weimar** Art. 469 ZGB, Rn. 38.

olmadığının belirlenmesinde, hükmün amacı dikkate alınmalıdır¹⁴⁸. Bu hükmün uygulanmasını diğer beyanda yanılma türlerini dışarıda bırakarak sadece kişi veya şeyi beyan etmede yanılmayla sınırlandırmak, aslında mirasbırakanın gerçek iradesini gerçekleştirmek bakımından oldukça önemli olan bu hükmün uygulama alanının daraltılması sonucunu doğuracaktır. Bu da söz konusu hükmün amacına uygun düşmeyecektir¹⁴⁹. Ayrıca beyanda yanılmanın, ölüme bağlı tasarrufun iptaline sebep olması bakımından da beyanda yanılma türleri bakımından herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Bu açıdan herhangi bir beyanda yanılma sebebi tasarrufun iptaline neden olabileceksen, sadece kişide veya şeyde yanılmanın düzeltilebilmesine olanak tanımak da doğru olmayacaktır.

Saik yanılması durumunda ise açıklayıcı yorum değil tamamlayıcı yorum söz konusu olacaktır¹⁵⁰. Tamamlayıcı yoruma ve bu kapsamda saik yanılmaları durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilip uygulanamayacağına ayrıca "tamamlayıcı yorumda ima teorisi" başlığı altında değinilecektir. Aşağıda sadece beyanda yanılma durumu bakımından değerlendirme yapılmıştır.

2. Türk Medeni Kanunu madde 504/f.2'de Yer Alan Düzenleme ve *Falsa Demonstratio Non Nocet İlkesi*

Falsa demonstratio non nocet kuralı, tarafların yanılarak, gerçek iradelerine uymayan bir beyanda (*yanlış belirtmede*) bulunmaları, ancak aslında birbirlerinin gerçek iradelerini anlayarak sözleşmeyi bu yönde kurmayı istemeleri durumunda, sözleşmenin içeriğinin, irade beyanlarının objektif açıdan taşıdığı anlama göre değil, tarafların birbirine uygun gerçek iradelerine göre belirleneceğini ifade etmektedir¹⁵¹. Türk Borçlar Kanunu'nun 19'ncü maddesinin birinci fıkrasına göre, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri

¹⁴⁸ Oğuzman/Barlas, s. 65.

¹⁴⁹ Nitekim Ergüne'de, TMK madde 504/f.2'nin öneminin mirasbırakanın kazandırma lehtarını veya konusunu bilmesine rağmen yanlış yazmasına indirgenliğini; bu düzenlemenin altındaki gaye göz önünde bulundurulduğunda, mirasbırakanın iradesinde yanılmanın meydana geldiği benzer durumlarda, sırf kanunun sınırlı içeriğini gerekçe göstererek ölüme bağlı tasarrufu iptal yaptırma tabi tutmanın isabetli olmayacağını belirtmiştir. Ergüne, s. 283.

¹⁵⁰ Stumpf, s. 145.

¹⁵¹ Kramer/Schmidlin, OR Art. 18, Rn.83; CHK/Kut, OR Art. 18, Rn.25; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 332.

esas alınır. Bu hükümde, tarafların gerçek iradesinin önemli olduğunu belirten iki ayrı düzenlemeden bahsedilmektedir. Bunlardan birincisi, tarafların hukuki amaçlarını gizlemek için gerçek iradelerine uymayan ifadeler kullanmalarındadır. Bu durumda muvazaalı işlemin varlığından söz edilir. Diğer durum ise tarafların “yanlışıklıkla” gerçek iradelerine uymayan beyan yapmış olmaları durumudur. Bu durumda *yanlış belirtme zarar vermez (falsa demonstratio non nocet)* kuralı uygulanır ve sözleşme tarafların gerçek iradesi üzerinden kurulur¹⁵². Türk Borçlar Kanunu madde 19/f.1 (Art.18 Abs.1 OR)’de yer alan bu ilkenin vasiyetnamelerin yorumu bakımından da özellikle Türk Medeni Kanunu’nun 5’nci (Art. 7 ZGB) maddesinde yer alan kural dikkate alınarak uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir¹⁵³. Nitekim Türk Medeni Kanunu madde 504/f.2 (Art.469 Abs.3 ZGB)’de yer alan düzenleme de *falsa demonstratio non nocet* ilkesinin bir görünümü olarak kabul edilmektedir¹⁵⁴.

Bu noktada sorulması gereken soru ise *falsa demonstratio non nocet* kuralı ile kanuni şekil kuralları arasındaki ilişkidir. Zira iradenin, *falsa demonstratio non nocet* kuralı gereği beyan sahibinin gerçek iradesine uygun olarak beyan edildiğinin kabul edilmesiyle, aynı zamanda şekle uygun olarak açıklanıp açıklanmadığının farklı konular olduğu belirtilmiştir¹⁵⁵. Gerçi *falsa demonstratio non nocet* ilkesinin şekle bağlı hukuki işlemler bakımından da uygulanacağı genel olarak kabul edilmektedir¹⁵⁶. Ancak bu noktada özellikle Alman yargı kararlarında, şekle bağlı sözleşmelerde *falsa demonstratio non nocet* kuralının sonuç doğurabilmesinin bazı durumlarda gerçek iradenin sözleşmede en azından ima edilmiş olması durumunda mümkün olabileceğinin kabul edildiği de görülmektedir. Yani *falsa demonstratio non nocet* ilkesi her durumda şekil kurallarının önüne geçen bir ilke olarak anlaşılmamaktadır. Buna göre, sözleşmeler alanında ima teorisinin uygulanması bakımından, şeklin koruma amacına göre bir ayırım yapılmaktadır. Şeklin amacı sadece tarafları korumaksa, yani tarafları uyarma ve ispat kolaylığı sağlama amacı bulunuyorsa ve üçüncü kişilerin korunmaya değer yararı bulunmamaktaysa, bu durumda ima teorisinin uygulanması için bir neden

¹⁵² Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 332; Dalcı Özdoğan, s. 36-37.

¹⁵³ Raselli, s. 1267; Seiler, Rn.556; ayrıca bkz. CHK/Kut, OR Art. 18, Rn. 2; Kramer/Schmidlin, OR 18, Rn.92; BSK ZGB II/Breitschmid, Art. 469, Rn.8.

¹⁵⁴ Bkz. Kramer/Schmidlin, Art.18 OR, Rn.92; Raselli, s. 1267; Seiler, Rn. 558; Escher/Escher, Art.469 ZGB, Rn.26; BSK ZGB II/Breitschmid, Art.469 ZGB, Rn.8.

¹⁵⁵ Bkz. Foerste, s.84.

¹⁵⁶ Flume, Testamentsauslegung, s. 2008; Flume, Allgemeiner Teil, §16, 2c, s. 306; Kramer/Schmidlin, Art. 18 OR, Rn.93; Raselli, s. 1267; Stagl, s. 3.

bulunmamaktadır¹⁵⁷. Buna karşılık, şekil kurallarının amacının özellikle üçüncü kişilerin yararını korumak olduğu durumlarda, salt belge dışı unsurlara dayanmanın, şekil kurallarının amacını tehlikeye düşüreceği ifade edilmektedir¹⁵⁸. Yine şeklin amacı, taraflardan sadece birisini hukuki işlemin yaratabileceği tehlikelere karşı özellikle korumaksa ima teorisinin uygulanması gerekeceği ifade edilmektedir¹⁵⁹. Sonuç olarak özellikle öğretilerde şekle bağlı sağlararası hukuki işlemler bakımından *falsa demonstratio non nocet* ilkesinin her zaman yanlış belirtmenin düzeltilmesini sağladığının kabul edilmediği; burada daha ziyade şekil kurallarının koruma amacına göre bir değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak kanımızca *falsa demonstratio non nocet* ilkesinin bir görünümü olarak kabul edilen Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrası zaten şekle bağlı nitelikte olduğu bilinen ölüme bağlı tasarruflar bakımından¹⁶⁰ özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre düzenlemede yer alan koşullar çerçevesinde

¹⁵⁷ Bkz. **Biehl**, Björn: "Grundsätze der Vertragsauslegung", JuS 2010, s. 199; **MüKoBGB/Busche**, BGB § 133, Rn.30.

¹⁵⁸ **MüKoBGB/Busche**, BGB § 133, Rn.30.

¹⁵⁹ Bkz. **Stagl**, s. 3; nitekim özellikle kefalet sözleşmelerinde, kefilin özel olarak korunması amacının bunu gerektirdiği ifade edilmektedir (bkz. BGH, NJW 1989, 1484, 1486). Kefalet sözleşmesi dışındaki olgulara ancak kefalet sözleşmesinde bu yönde dayanak bulunması durumunda başvurulabileceğini kabul eden Alman Hukuku uygulamasına yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. **Özen**, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2017, s. 173. Bu çerçevede özellikle yorumda başvurulacak olguların kefalet belgesinde dayanağı olup olmadığının değerlendirilmesi sırasında son derece subjektif bir yargıyla hareket edilebilmesinin, kefilin iradesinin ortaya çıkarılması için başvurulacak olguların kefalet belgesinde bir dayanağı olmasını arayan görüşün zayıf noktasını oluşturduğu yönünde bkz. **Özen**, s. 173; buna karşılık senet dışı unsurlara ancak senette dayanakları olmaları koşuluyla başvurulması gerektiği; aksi halde düzenlenen senede yansımamış bir iradedden ötürü kefilin sorumlu tutulmuş olacağı yönünde, bkz. **Gündüz**, Ş. Deren: Kefalet Sözleşmesinin Şekli, İstanbul, 2015, s. 95.

¹⁶⁰ Bununla birlikte TMK madde 504/f.2'de yer alan düzenlemenin miras sözleşmeleri bakımından uygulanabilip uygulanamayacağı tartışmalıdır. Öğretilerde bir görüş, bu düzenlemenin miras sözleşmeleri bakımından uygulama bulmayacağını belirtmektedir. **Piotet**, Paul: Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht, Erster Halbband, Basel und Stuttgart, 1978, §33, s. 208. Ancak düzenlemede "ölüme bağlı tasarruflar" ifadesi kullanıldığından, hem vasiyetnamelerin hem de miras sözleşmelerinin bu kapsamda olduğu düşünülebilir. Bkz. **Atlı**, s. 113, dipnot:454. Ancak bu hükmün miras sözleşmeleri bakımından uygulanmasının, yanılmanın muhatap tarafından bilindiği veya bilinmesinin gerektiği hallerde mümkün olacağı ifade edilmektedir. Yani böyle bir durumda miras sözleşmesinin, muhatabın bildiği veya bilmesi gerektiği husus üzerinden kurulmuş sayılması gerekir. **İnan/Ertay/Albaş**, s. 273; bkz. **Atlı**, s. 113, dipnot:454.

mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta yanılarak yaptığı beyanın düzeltilmesi mümkündür. Burada aranan temel koşul ise mirasbırakanın gerçek iradesinin “kesin” olarak tespit edilebilmesidir. Bu açıdan sorulması gereken soru da söz konusu düzenlemede geçen kesinlik kıstasının mutlaka vasiyetnamede mirasbırakanın gerçek iradesinin ima edilmiş olması durumunda mı sağlanacağıdır.

3. Beyanda Yanılma Durumunda Türk Medeni Kanunu Madde 504/f.2 Hükmünün Uygulanması Bakımından İma Teorisinin Dikkate Alınıp Alınmayacağı Hakkındaki Görüşler

a. Türk - İsviçre Hukuku Bakımından

Beyanda yanılma durumunda, mirasbırakanın yorum yoluyla ulaşılan gerçek iradesinin bu yönde bir ima olmasa bile dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıdır. İma teorisine genel olarak karşı olan görüşler, burada vasiyetnamede bir ima aramanın gerekli olmadığını ifade etmektedir¹⁶¹. Türk öğretisinde ise bir görüş, vasiyetnamede bir dayanak bulunmadığı sürece mirasbırakanın gerçek iradesinin başka türlü olduğunun ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir¹⁶². Dural/Öz, konuya ilişkin şu örneği vermektedir: Vasiyetçinin Ahmet ve Mehmet isimli iki yeğeni olsa ve vasiyetnamesinde “*Yeğenim Ahmet’i bütün terekem için mirasçı atıyorum*” demiş olsa, Mehmet vasiyetçinin kendisini terekenin tümü için mirasçı atamak istediğini ileri sürse bile bu iddia vasiyetnamede bu yönde bir dayanak olmadığından dinlenmeyecektir¹⁶³. Diğer görüş ise Türk Medeni Kanunu’nun 504’ncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kuralın uygulanabilmesi bakımından, mirasbıra-

¹⁶¹ Bkz. **Breitschmid**, s. 282; önemli olanın beyandan farklı bir anlamda olan gerçek iradenin vasiyetname metninde ima edilmiş olması değil, mirasbırakanın ulaşılan gerçek iradesinin kesinliği olduğu yönünde, bkz. **Raselli**, s. 1267. Bununla birlikte genel olarak ima teorisini kabul eden ve ima teorisini şekil veya yorum sorunuyla değil de hukuki işlem iradesinin beyan edilmiş olup olmamasıyla bağlantılı olarak gören *Weimar* da, Art.469 Abs.3 ZGB (TMK madde 504/f.2)’de yer alan düzenlemenin ima teorisine aykırı olmadığını ifade etmektedir. Buna göre yanılarak yapılan beyan da mirasbırakanın tasarruf iradesine yönelik bir ima olarak kabul edilecektir. Burada beyanın mirasbırakanın bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekmektedir. **BK/Weimar**, 14.Titel. Die Verfügungen von Todes wegen/Einleitung, Rn. 73.

¹⁶² Bkz. **Dural/Öz**, s. 220, Nr.976.

¹⁶³ Buna karşılık, vasiyetçinin Ahmet isimli iki yeğeni olsa ve vasiyetnamesinde “*Yeğenim Ahmet’i terekemin tamamı için mirasçı atıyorum.*” demiş olsa, vasiyetçinin hangi Ahmet’i kastettiğine ilişkin yorum yapılabilecektir. Çünkü ortada vasiyetçinin şekle uygun fakat açık olmayan bir iradesi bulunmaktadır. **Dural/Öz**, s. 220-221, Nr.976. Ayrıca bkz. BGE 124 III 414.

kanın iradesinin vasiyetname metninde dayanak bulmasının gerekli olmadığını ve burada vasiyetname dışı kanıtların da yeterli olacağını savunmaktadır¹⁶⁴. Nitekim *Serozan*'a göre, mirasbırakanın örneğin *Darüşşafaka* yazacak yerde dalgınlıkla *Darülaceze* yazması durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kural doğrudan uygulanabilecektir¹⁶⁵.

Yargıtay kararlarına baktığımızda ise uyumsuzlukların özellikle taşınmaz vasiyetlerinde tapu kayıtlarının yanlış verilmesi açısından ortaya çıktığı görülmektedir¹⁶⁶. Ancak Yargıtay'ın kararlarına konu olan bazı olaylarda zaten vasiyetname metninde gerçekte istenen taşınmazı gösteren bazı dayanakların olduğu da görülmektedir¹⁶⁷.

¹⁶⁴ **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s.423, Nr.220, s. 427, Nr.223g. *Serozan*, mirasbırakanın istencini gösterir vasiyetname dışı kanıtın güvenilir, inandırıcı, sağlam bir kanıt oluşturmasının yeteceğini ifade etmektedir.

¹⁶⁵ **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s. 429, Nr.224. Aksi yönde bkz. **Dural/Öz**, s. 218, Nr.970.

¹⁶⁶ "...Vasiyetnamede; Uğurlar köyünde olarak gösterilen parsellerin, bu köye komşu olan Kazpınarı Köyünde bulunduğu, mirasbırakandan intikal ettiği yapılan keşif ve tüm dosya kapsamında belirlenmiştir. Köy isminde açık yanlışlık olup olmadığı, mirasbırakanın gerçek arzusu, vasiyetnamenin yorumu tenfiz davasında incelenip araştırılacak konulardır..." 2. HD, E.2008/11888; K.2008/12308; T.22.9.2008, <https://emsal.yargitay.gov.tr> erişim tarihi: 13.09.2018; ayrıca bkz. **İnan/Ertas/Albaş**, s. 279; "...Vasiyetçi ... düzenleme şeklinde yapılan vasiyetnamesinde aynen ... Kütahya Yoncalı Köyünde kain tapunun ada 25 ve parsel 203 parsel 5 numarasında 22.000TL değerindeki taşınmazın %51 hissesi... ni davalı torununa vasiyet etmiştir. Davacı, mirasbırakanı babası vasiyetçinin vasiyet ettiği taşınmazın Kütahya Yoncalı Köyünde olduğunu ileri sürerek, Merkez Mecidiye Mahallesiindeki taşınmaz malların vasiyet konusu bulunmadığının tespitini istemiştir. Gerçekten Kütahya Yoncalı Köyündeki 203 ve 5 parsel sayılı taşınmazlarda vasiyetçinin bir ilgisinin olmadığı bu yerlerin dava dışı şahıslara ait bulunduğu vasiyetçinin Kütahya Merkez İlçe Mecidiye Mahallesiinde sinema, otel ve dükkanlardan oluşan 203 ve 5 parsel sayılı taşınmazların yarı payının maliki olduğu tapudan gelen yazıdan anlaşılmıştır... Bu itibarla, olayda hukuksal ve sağlıklı çözüme ulaşılabilmesi için öncelikle vasiyetçinin Yoncalı Köyünde adına kayıtlı taşınmazları bulunup bulunmadığının saptanması gerekir. Yine vasiyetçinin Merkez İlçe Enne Köyü Yoncalı Mevkiinde bir taşınmazı olduğu belirlenmiştir. Enne Köyü ile Yoncalı Köyü'nün önceleri bir köy olup olmadıkları, Yoncalı sözcüğünün Enne Köyü'nün bu mevkiindeki taşınmazların tanımlanmasında kullanılıp kullanılmadığının tespiti icap eder. Bu tespitlerin gerektiğinde keşfende yapılmasından sonra yukarıda açıklandığı üzere toplanacak diğer yan delillerden yararlanılarak vasiyetçinin son arzusuna uygun gerçek iradesinin belirlenmesi ve hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir." HGK, E. 1990/2-346, K. 1990/586, T. 21.11.1990, YKD C.17, S.5, Mayıs 1991, s. 661 vd.

¹⁶⁷ "... Vasiyetnamede vasiyet edilen şeyin niteliği ile izlenen sıraya, vasiyetçinin yararına vasiyete bulunulan kimselerle (musalehlerle) olan yakınlık derecesine ve vasiyetçinin

Ayrıca hem Türk hem de İsviçre Hukukunda genel olarak Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrasında (Art. 469 Abs.3 ZGB) yer alan düzeltme olanağının sadece vasiyetnamede belirtilenlerin düzeltilmesini sağlayacağı, buna karşılık eksik beyanların vasiyetnameye eklenmesine olanak tanımayacağı da kabul edilmektedir¹⁶⁸.

b. Alman Hukuku Bakımından

Türk Medeni Kanunu madde 504/f.2 (Art.469 Abs.3 ZGB) hükmüne benzer bir düzenleme bulunmayan Alman Hukukunda, mirasbırakanın vasiyetnamesinde, ölüme bağlı tasarrufu yanılarak beyan etmesi durumunda bu

notlarına bakılmalı, hakiki arzuyu kesinlikle belli eden bir yorum yapılmalıdır... Vasiyetçinin vasiyetnamesinin 1 nci bendinde, tapu kaydının tarih ve numarasıyla buna ait sınırlar savunmaya uygun şekilde gösterilmiş ise de gayrimenkulün niteliği, ayrıca 3 hektar 327 metrekare, 400 zeytin ağacını havi zeytinlik olarak belirtilmiştir. Bu nitelik açık ve kesin bir şekilde belli iken, vasiyetçinin vasiyetnamede 129 sayılı tapu kaydıyla sınırlarını yazmış olmasından 75 zeytin ağaçlı 5514 metrekare yüzölçümündeki zeytinliği vasiyet ettiği sonucu çıkarılamaz...". HGK, E.2/738; K. 309, T. 7.12.1966 (Ankara Barosu Dergisi Y.1967 S.1, s. 97 vd.). Yine örneğin, bir Yargıtay kararında, mirasbırakan vasiyetnamesinde yaptığı tasarrufta, "...ili, ... merkez ilçesi ..." mevkiinde bulunan 95 metrekare yüzölçümlü kargir dükkan vasfındaki taşınmazın parsel numarasının 655 olarak yazılı olmasına rağmen, 655 parsel sayılı taşınmazın dava dışı ...Belediyesi adına kayıtlı olup yüzölçümü 92 metrekare ve arsa niteliğinde olduğunu; yapılan yargulamada mirasbırakana ait 95 metrekare yüzölçümlü ve kargir dükkan niteliğindeki taşınmazın aynı mahalle ve mevkide bulunan 555 parsel olduğu, parsel numarasındaki yanlışlığın mirasbırakan tarafından vasiyetname düzenlenmesi sırasında Notere sunulan ve vasiyetname ekinde yer alan tapu senedinde parsel numarasının 655 olarak yazılı olmasından kaynaklandığı belirlenmiştir. Bu doğrultuda da mirasbırakan tarafından davacıya vasiyet edilen taşınmazın 555 parsel olduğunun belirlenmesi gerekir denilmiştir. (3. HD, E.2015/15137, K. 2016/7741, T. 18.5.2016, www.kazanci.com (erişim tarihi: 11.12.2017)). Karara konu olan olayda vasiyetname dışı olarak vasiyetname ekindeki tapu kaydı dikkate alınmakla birlikte, burada aslında vasiyetname metninde vasiyet edilen taşınmazın niteliği ve yüzölçümü de bir dayanaktır. 3.HD bir kararında ise, kural olarak vasiyetnamede, vasiyet edilen malın tam olarak tarif edilmiş olması gerekse de bunun tam olarak tarif edilmediği durumlarda vasiyetnamede anlatılmak istenen taşınmaz veya aynı hakkın, gerekirse tapu araştırması yapılarak netleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. 3. HD, E. 2014/22183; K. 2015/17797; T. 12.11.2015 www.kazanci.com, (erişim tarihi: 11.12.2017).

¹⁶⁸ BGE 72 II 225, 231; **Seiler**, Rn.561; bu çeşit hataların vasiyetname dışı delil ve olaylarla da ispatının mümkün olduğu; ancak ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan hususların buraya eklenemeyeceği; TMK madde 504/f.2 hükmü ile açık gösterme hatasının sadece düzeltilebileceği; bu nedenle vasiyetçinin irade beyanına, onun ölümünden sonra eklemeler yapılması veya bu beyanın yerine başkasının geçirilmesinin mümkün olmayacağı yönünde, **İmre/Erman**, s. 223 ve 224.

tasarrufun düzeltilebilmesi için vasiyetnamede bu yönde bir ima bulunması gerekip gerekmediği oldukça tartışmalıdır. Öğretideki bazı görüşler, kazandırma lehdarında veya konusunda yanılma durumunda, mirasbırakanın gerçek iradesinin ancak bu irade bakımından ölüme bağlı tasarrufta bir ima bulunması durumunda dikkate alınabileceğini ifade etmektedirler¹⁶⁹. Aksi halde mirasbırakanın beyanda yanılması¹⁷⁰ nedeniyle yapılan tasarrufun ancak iptale tabi olabileceğini (BGB § 2078 Abs.1)¹⁷¹ ifade etmektedirler. Zira bu durumda şekil kurallarının özellikle açıklık sağlama fonksiyonu yerine getirilmiş olmayacaktır¹⁷². Bazı görüşler ise, yanılarak yapılan beyanın her zaman düzeltilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁷³. Alman öğretisinde genel olarak ima teorisini kabul eden bazı görüşlerin de, *falsa demonstratio non nocet* kuralının aslında ima teorisine bir istisna getirdiğini, zira vasiyetnamedeki yanlış belirtmenin kendisinin zaten mirasbırakanın irade beyanının şekle uygunluğundan söz edebilmek için gerekli olan dayanak noktasını oluşturduğunu ifade ettikleri görülmektedir¹⁷⁴.

Alman Federal Mahkemesi ise yanılma durumunda, şekil kurallarına uygun bir ölüme bağlı tasarruf bulunup bulunmadığını belirlemek bakımından yine “*objektif anlamda kabul ettiği*” ima teorisine dayanmaktadır. Nitekim Alman Federal Mahkemesi’nin özellikle ima teorisine karşı çıkan görüşlerce de eleştiriyeye uğramış¹⁷⁵ bir kararına konu olan olay şu şekildedir:

¹⁶⁹ **MüKoBGB/Leipold**, BGB § 2084, Rn.19; beyan eyleminde ve beyanın içeriğinde yanılma bakımından beyanın yorum yoluyla mirasbırakanın gerçek iradesi doğrultusunda düzeltilemeyeceği yönünde, **Michalski**, Rn.339.

¹⁷⁰ Bu görüşe göre örneğin, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf lehdarının ismini “*Martha*” yerine “*Magda*” olarak belirtmesi durumunda yorum yoluyla düzeltme söz konusu olmayıp, ölüme bağlı tasarruf iptale tabi olacaktır. **MüKoBGB/Leipold** BGB § 2084, Rn.20; aynı yönde, **Soergel/Loritz**, BGB § 2084, Rn.22.

¹⁷¹ **MüKoBGB/Leipold** BGB § 2084, Rn.20; **Staudinger/Otte**, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn.45.

¹⁷² **Soergel/Loritz**, BGB § 2084, Rn.23.

¹⁷³ **Palandt/Weidlich**, BGB § 2084, Rn.5; bkz. **Löhning**, Rn.183; **Firsching/Graf**, Teil 1., Rn.1.133; yanlış belirtme bakımından ima teorisinin uygulama alanı olmayacağı yönünde, **Flume**, Testamentsauslegung, s. 2008; **Lübtow**, s. 267; buna karşılık *falsa demonstratio non nocet* kuralının uygulanması bakımından vasiyetnamede ima edilmiş olma gerekliliğinden vazgeçilecekse, bu kuralın uygulama alanının kazandırma lehdarı ve kazandırma konusunda yanlış belirtme ile sınırlandırılması gerektiği aksi halde şekle ilişkin kuralların uygulanmasının önemli ölçüde engelleneceği yönünde, **BeckOK BGB/Litzenburger**, BGB § 2084, Rn. 18.

¹⁷⁴ **Lange/Kuchinke**, s. 784.

¹⁷⁵ Eleştiriler için özellikle bkz. **Flume**, Testamentsauslegung, s. 2007 vd.

mirasbırakanın ölümünde, annesi ve mirasbırakanın evlilik dışı kızı hayattadır. Mirasbırakan aslında annesini kendisine tek mirasçı olarak atamak istemektedir. Ancak Noterde düzenlenen vasiyetnamesinde, Noterin, mirasbırakanın evlilik dışı bir kızı bulunduğunu bilmemesinin de etkisiyle, aslında mirasçı olarak atamak istediği annesini ifade etmek için onun adını bildirmek yerine “*kanuni mirasçı (gesetzliche Erbfolge)*” ifadesini kullanmıştır. Böylelikle mirasbırakan vasiyetnamesinde mirasın “*kanuni mirasçıya*” bırakıldığı şeklinde bir beyanda bulunmuştur (*Hâlbuki mirasbırakanın tek kanuni mirasçısı, annesi olmayıp, aksine mirasbırakanın evlilik dışı kızıdır*). Karardan anlaşıldığı kadarıyla, Noter ve mirasbırakanın yarım kan kardeşi tanık olarak gerçekte annenin mirasçı olarak atanmak istendiğini ifade etmişlerdir. Alman Federal Mahkemesi ise kararında, vasiyetnamede “*kanuni mirasçı (gesetzliche Erbfolge)*” ifadesinin kullanılmasının, vasiyetçinin annesinin mirasçılığına işaret edildiği anlamına gelmeyeceğini, aksine bu beyandan sadece kanuni düzenlemelere işaret edildiği anlamının çıkacağını ifade etmiştir. Alman Federal Mahkemesi kararında, vasiyetname metninde *ima edilmeyen* mirasçı atamanın, vasiyetname için gereken şekil koşulunu karşılamayacağı; yani burada mirasbırakanın gerçek iradesinin *şekle uygun olarak beyan edilmediği* yönünde karar vermiştir¹⁷⁶. Belirtmek gerekir ki, bu durumda ölüme bağlı tasarrufun yanılma sebebiyle¹⁷⁷ iptal edilmesi de (§ 2078 BGB) mirasbırakanın annesinin işine yaramayacaktır; zira bu durumda tek mirasçı yine mirasbırakanın evlilik dışı kızı olacaktır¹⁷⁸.

D. Mirasbırakanın Özel Dil Kullanımı Dolayısıyla Günlük Dilden Farklı Anlamda Yaptığı Beyanlar ve İma Teorisi

Mirasbırakan, vasiyetnamesinde *bilinçli* olarak da bazı kelimeleri günlük dildeki anlamından farklı şekilde kullanmış olabilir. Özellikle mirasbırakanın günlük hayatında da bazı kelimeleri genel anlamından farklı olarak kullanmayı alışkanlık haline getirmiş olması halinde vasiyetnamesinde de bu yönde bir kullanımına rastlanabilir¹⁷⁹. Bu duruma özellikle Alman Hukukunda sıklıkla verilen artık klasikleşmiş örnek şu şekildedir: “*Mirasbırakan şarap mahzeni için sürekli olarak “kütüphane” kelimesini kullanmaktadır ve*

¹⁷⁶ NJW 1981, 1736 vd.; bkz. **Flume**, Testamentsauslegung, s. 2006, 2007.

¹⁷⁷ Bir görüşe göre burada içerikte yanılma bulunmaktadır. **Frank/Helms**, s. 82, Rn. 4.

¹⁷⁸ **Flume**, Testamentsauslegung, s. 2007; **Frank/Helms**, s. 82, Rn.4. Öğretide ise genel olarak ima teorisini kabul eden görüşler de mirasbırakanın iradesinin yanlış beyanı durumunda şekle uygun olarak görülmesi gerektiğini ifade ederek söz konusu kararı eleştirmiştir. Bkz. **Lange/Kuchinke**, s. 781.

¹⁷⁹ Mirasbırakanın çocuklarını “kulübüm” olarak nitelendirmesi gibi. Bkz. **Foerste**, s. 87.

vasiyetnamesinde de kütüphanesini (yani aslında şarap mahzenini) vasiyet etmiştir”¹⁸⁰.

Mirasbırakanın vasiyetnamesinde kelimeleri bilinçli olarak objektif anlamından farklı olarak kullanması durumunda, günlük dilden uzak kullanım mirasbırakanın yanılmasından kaynaklanmamaktadır. Mirasbırakan kullandığı kelimelerin objektif anlamının bilincindedir¹⁸¹. İma teorisi gereği, imanin *objektif* anlamda bulunması gerektiği kabul edilirse, vasiyetnamede günlük dilden uzak anlamda kullanılan ifadeler de doğal olarak bir ima olarak değerlendirilemeyecektir.

Bu noktada özellikle Alman Hukukunda ima teorisini savunan görüşlerce, bu teorisinin uygulanması bakımından, objektif anlamından uzak beyanın bilinçli olarak yapılmasıyla, yanılarak yapılması arasında bir ayrıma gidildiği de görülmektedir. Buna göre, genel olarak yanılarak yapılan beyanlar bakımından ima teorisinin uygulanması gerektiği kabul edilirken; mirasbırakanın kelimeleri bilinçli olarak günlük dilden uzak bir anlamda kullanması durumunda ise ima teorisinin uygulanmayacağı kabul edilmektedir¹⁸².

Dikkat çekici olan nokta ise, öğretilerde özellikle ima teorisini genel olarak savunan görüşlerin de, kelimelerin bilinçli olarak günlük dilden farklı anlamda kullanılması durumunda, ima bulunup bulunmadığına mirasbırakanın bakış açısıyla karar verilmesi gerektiğini kabul ettiğidir¹⁸³. Bir görüş, bunu mirasbırakanın özel dil kullanımına dayandırmaktadır. Buna göre mirasbırakan, kanıtlanabilir şekilde özel bir dil kullanımında bulduysa, bu yorumda yararlanılabilecek objektif bir durumdur¹⁸⁴. Bazı görüşler ise, mirasbırakanın bu durumda kullandığı ifadelerle kastettiği anlamın üçüncü kişiler tarafından yanlış anlaşılacağına inanmasından dolayı, bu durumun şekil kurallarına aykırılık oluşturmayacağını ifade etmektedir¹⁸⁵. Nite-

¹⁸⁰ **Perkams**, s. 73; **Soergel/Loritz**, BGB§ 2084, Rn.20; bkz. **Frank/Helms**, s. 80, Rn.2; **Leipold**, Erbrecht, Rn.363; bu örnekte de aslında vasiyetnamede mirasbırakanın gerçek iradesi bakımından herhangi bir ima bulunmamaktadır. Ayrıca bkz. **Breitschmid**, s. 282, dipnot 29; benzer bir örnek için **Aksoy Dursun**, s. 312.

¹⁸¹ Ayrıca bkz. **Perkams**, s. 73.

¹⁸² Bkz. **Staudinger/Otte**, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn.33; bkz. **Michalski**, Rn.338, 339; **MüKoBGB/Leipold**, BGB § 2084, Rn.19, 20.

¹⁸³ Bkz. **Staudinger/Otte**, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn.35; **Soergel/Loritz**, BGB § 2084, Rn.20.

¹⁸⁴ **MüKoBGB/Leipold**, BGB § 2084, Rn.19.

¹⁸⁵ **Lübtow**, s. 269; mirasbırakanın vasiyetnamedeki ifadelerini genel olarak da vasiyetnamede kullandığı anlamda anlaması durumunda şekil kurallarının açıklık sağlama fonksiyonunun sağlanmış olacağı yönünde, bkz. **Soergel/Loritz**, BGB § 2084, Rn.20.

kim mirasbırakan, ölümünden önce de kendine ait özel dili kullanmaktadır¹⁸⁶.

E. İma Teorisinin Değerlendirilmesi

1. Konunun Vasiyetnamelerde Şekil Kurallarının Koruma Amacına Göre Değerlendirilmesi Gereği

a. Genel Olarak

İma teorisi, özellikle vasiyetnameler bakımından geçerli olan şekil kuralları gerekçe gösterilerek kabul edilen bir teoridir. Bu açıdan vasiyetnamelerde şekil kurallarının bu yönde bir teorinin kabulünü haklı kılıp kılmayacağı ve özellikle vasiyetnamelerde şeklin koruma amacının ima teorisinin uygulanmasını haklı gösterip göstermeyeceğinin öncelikle incelenmesi gerekir.

b. Vasiyetnamelerin Şekil Kurallarına Bağlanmasının Altında Yatan Amaçlar

Vasiyetnameler Türk Medeni Kanunu'nda bazı şekil kurallarına bağlanmıştır. El yazılı vasiyetnamelerde, vasiyetnamenin tarih ve imza da dâhil baştan sonra mirasbırakanın el yazısı ile yazılması gerekir (TMK madde 538/f.1)¹⁸⁷. Şekil kurallarına ilişkin Kanunda yer alan düzenlemeler özellikle *şekil kurallarının koruma amacı* dikkate alınarak yorumlanacaktır¹⁸⁸.

Vasiyetnamelerin şekil koşullarına bağlanmasındaki temel amaçlar ise (özellikle resmi vasiyetnamede¹⁸⁹) vasiyetçiyi uyarma¹⁹⁰; vasiyetname ile vasiyetname projesini birbirinden ayırabilme¹⁹¹; vasiyetnameyi tahriflere

¹⁸⁶ Bkz. *Soergel/Loritz*, BGB § 2084, Rn.20.

¹⁸⁷ Resmi vasiyetnamelerin nasıl düzenleneceği ise TMK madde 532-536 arasında düzenlenmiştir. Sözlü vasiyetnamelere ilişkin şekli koşullar ise TMK madde 539-540'de düzenlenmiştir.

¹⁸⁸ Vasiyetnamenin şekline ilişkin Kanun hükümlerinin yorumunda şekil kuralları ile ulaşılmak istenen amaç göz önünde tutularak "favor testamenti" ilkesi doğrultusunda yorum yapılması gerekeceği yönünde, bkz. *Ergüne*, s. 291.

¹⁸⁹ *Öztan*, s. 188.

¹⁹⁰ *Raselli*, s. 1266; *Öztan*, s. 188; *Dural/Öz*, s. 62, Nr.304; bkz. *İmre/Erman*, s. 69; *Oğuzman*, s. 108; *Wolf/Gangel*, s. 665; *Staudinger/Otte*, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn.38.

¹⁹¹ *Oğuzman*, s. 108; *İmre/Erman*, s. 69; *Dural/Öz*, s. 62, Nr.306. Şekil kurallarının yerine getirilmiş olması, niteliği şüpheli bir belgenin vasiyetname niteliği taşıdığına da

karşı koruma ve ispat kolaylığı sağlamaktır¹⁹². Ayrıca şekil koşulları, vasiyetnamede açıklık sağlamak suretiyle mirasbırakanın ölümünden sonra çıkacak uyuşmazlıkları azaltma fonksiyonu da görür¹⁹³. El yazılı vasiyetnamede, baştan sona mirasbırakanın el yazısının aranması şartı da vasiyetnamenin başkası tarafından tahrif edilmesini engeller¹⁹⁴. Şeklin, kesinlik ve açıklık sağladığı; ölüme bağlı tasarruflarda ise kesinlik ve açıklık ihtiyacının sağlar arası hüküm doğuran işlemlerden daha fazla olduğu ifade edilmiştir. Nitekim ölüme bağlı tasarruflar, bunu yapanın amacını artık açıklayamayacağı bir andan sonra hüküm ifade eder¹⁹⁵. Mirasbırakanın son arzularının açık ve tam olarak bilinmesi gerekir. Şekil kuralları, bu konudaki şüphe, tereddüt ve anlaşmazlıkları da önler¹⁹⁶. Belirtmek gerekir ki şekil kurallarına uygunluk, her bir münferit ölüme bağlı tasarruf bakımından aranacaktır¹⁹⁷.

c. Şeklin Koruma Amacının Vasiyetnamede “Objektif” Anlamda Bir İma Bulunmasını Gerektirip Gerektirmediği

Öğretide, vasiyetnamelerde şekil kurallarının sadece mirasbırakanın yararlarının korunmasını amaçlamadığı; aynı zamanda üçüncü kişilerin ve toplumun yararına da hizmet ettiği; bu nedenle de şekil kurallarına uygunluğun sadece mirasbırakanın bakış açısıyla yani subjektif olarak karşılanmış kabul edilmesinin doğru olmayacağı ifade edilmiştir. Buna göre, şekil kurallarının, mirasbırakanı uyarma ve onun gerçek iradesinin hayata geçirilmesini sağlama amacı bulunmaktadır. Bununla birlikte, şekil kuralları aynı zamanda vasiyetname ile mirasçı atanan mirasçılarının veya kendisine vasiyet yapılan lehdarların da konumlarının, mirasbırakanın iradesine yönelik şüpheli iddialarla tehlikeye atılmasını engelleyecek şekilde güvenli bir zemine oturtul-

işaret eder. Ancak bu noktada, vasiyetnameye ilişkin şekil kurallarına uyularak hazırlanan her belgenin vasiyetname niteliği taşıdığından da bahsedilemeyecektir. Şekil koşullarının yerine getirilmesi tek başına irade açıklamasının vasiyetname niteliğini taşıdığını göstermeyecek olup, burada vasiyetname yapma iradesinin (*animus testandi*) bulunup bulunmadığı ayrı olarak incelenmelidir, **Breitschmid**, s. 276; **Wolf/Gangel**, s. 665.

¹⁹² Bkz. **Dural/Öz**, s. 62, Nr.307; **Öztan**, s. 188; **İmre/Erman**, s. 69; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 171. Vasiyetnamelerde şeklin ispat fonksiyonunun ön planda olduğu yönünde, **Foester**, s. 87; **Wolf/Gangel**, s. 665.

¹⁹³ Bkz. **Wolf/Gangel**, s. 665.

¹⁹⁴ **Dural/Öz**, s. 81, Nr.382.

¹⁹⁵ **Oğuzman**, s. 108; bkz. **Dural/Öz**, s. 62, Nr.305.

¹⁹⁶ **İmre/Erman**, s. 69; bir irade açıklamasında şekle uyma çoğu kez, onun kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıklanmasını sağlar. **Dural/Öz**, s. 62, Nr.305.

¹⁹⁷ **Staudinger/Otte**, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn.38.

masını da sağlar. Yine şekil kuralları mirasbırakanın ölümünden sonra ortaya çıkacak uyuşmazlıkları azaltarak mahkemelerin de iş yükünü dengeler¹⁹⁸. Son belirtilen hususun ima teorisi aracılığıyla sağlanacağı ise kanımızca şüphelidir. Zira imanın ne şekilde bulunması gerektiği hususunda somut bir esas yoktur. Bu açıdan vasiyetnamede ima bulunup bulunmadığı hususu da çoğu kez uyuşmazlık yaratabilecektir. Örneğin yukarıda Alman Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan mirasbırakanın annesini mirasçı atamak isterken evlilik dışı kızının varlığını bilmeyen noterin de yönlendirmesiyle “kanuni mirasçı- *gesetzliche Erbfolge*” kavramını kullandığı olayda, mahkeme “*gesetzliche Erbfolge*” ifadesinden mirasbırakanın annesini mirasçı atamak istediğine ilişkin bir ima çıkarılamayacağını kabul etmiştir. Ancak öğretilerde bu ifadeden bu yönde bir ima çıkarılıp çıkarılmayacağı da tartışma konusu olmuştur¹⁹⁹.

Diğer taraftan, atanmış mirasçıların veya vasiyet alacaklılarının durumlarının güvenli bir zemine oturtulması da kanımızca şekil kurallarının ancak dolaylı etkisi olarak nitelendirilebilir. Nitekim vasiyetname ile mirasçı atanmış mirasçı veya lehine vasiyet yapılan lehdar, mirasbırakanın düzenlediği daha sonraki tarihli bir vasiyetnamesinin bulunması durumunda da var olan konumunu kaybedebilecektir. Burada önemli olan tek husus söz konusu vasiyetnamenin mirasbırakanın iradesine uygun olmasıdır. Bu doğrultuda, şekil kurallarının ve bu bağlamda ima teorisinin kabul edilmesinin kanımızca *doğrudan* amacı, beyanları ile aslında hiç kastetmek istemediği hususların mirasbırakana atfedilmesini engellemektir²⁰⁰. Bu doğrultuda şekil kurallarının amaçlarından özellikle “açıklık ve ispat kolaylığı sağlama” amacı vasiyetnameler bakımından öne çıkmaktadır. Son tahlilde vasiyetnamelerde şekil kuralları ile sağlanmak istenen ana amaç, kanımızca, mirasbırakanın gerçek iradesinin doğru bir şekilde hayata geçirilebilmesinin sağlanmasıdır. Ancak

¹⁹⁸ **Wolf/Gangel**, s. 665. Diğer taraftan vasiyetnamelere ilişkin şekil kurallarının aynı zamanda kanuni mirasçıların da korunmasına hizmet edip etmediği tartışmalıdır. Zira mirasçıların ekonomik menfaatlerinin korunması daha ziyade saklı paya ilişkin hükümler kapsamında gerçekleşmektedir. Öğretilerde, mirasçıların özellikle ekonomik menfaatlerinin korunmasının şekil kurallarının koruma amacı olmadığı; şekil kuralları ile mirasçıların bakımından getirilen korumanın daha ziyade, onların mirasçılıktan doğabilecek haklarının, sadece mirasbırakana ait olan bir irade beyanıyla sınırlanabileceğini veya ortadan kaldırılabileceğini onlara garanti etmek olduğu ifade edilmektedir. **Breitschmid**, *Formvorschriften*, s. 89, Rn.127-128.

¹⁹⁹ Bu yöndeki tartışma için bkz. **Stagl**, s. 172.

²⁰⁰ Ayrıca bkz. **Fankhauser**, s. 754. Nitekim özellikle bu yöndeki gerekçeler için bkz. **Soergel/Loritz**, BGB § 2084, Rn.9.

mirasbırakanın beyanlarının sadece objektif anlamıyla şekle uygun olduğunun kabul edilmesinin çoğu kez bu amacı karşılayıp karşılamayacağı ise oldukça şüphelidir.

Bu açıdan şekil koşullarının sağlamak istediği bu amacın ise bu sefer yine şekil kuralları dayanak alınarak ortaya atılan ima teorisi ile engellenmesi gerekir²⁰¹. Objektif ima teorisinin kabul edilmesi, gereğinden fazla sıkı bir şekilcilik olup, mirasbırakanın gerçek iradesinin hayata geçirilebilmesini büyük ölçüde engelleyecektir²⁰².

Bu noktada, Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme de kanımızca mirasbırakanın iradesinin gerçekleştirilmesine öncelik tanıyan ve ima teorisini kabul etmeyen bir düzenlemedir. Zaten şekle bağlı olduğu bilinen ölüme bağlı tasarruflar bakımından özel bir düzenleme getiren hükümde, yanılarak yapılan ölüme bağlı tasarrufların düzeltilmesi için mirasbırakanın gerçek iradesinin vasiyetnameden anlaşılması gibi bir koşul aranmamış, sadece mirasbırakanın iradesinin "kesin olarak" tespit edilmesi şartı getirilmiştir. Bu da aslında mirasbırakanın gerçek iradesinin gerçekleştirilmesine öncelik verilirken; diğer taraftan şekil kurallarının vasiyetnamelerde taşıdığı açıklık sağlama ve ispat fonksiyonunun tamamen geri plana atılmasının engellenmek istenmesinden kaynaklanmaktadır.

2. Türk Medeni Kanunu Madde 504/f.2'de Yer Alan Düzenlemenin Mirasbırakanın İradesinin Gerçekleştirilmesine Öncelik Tanıyan Bir Düzenleme Olarak Değerlendirilmesi Gereği

Yukarıda belirtildiği üzere *falsa demonstratio non nocet* ilkesinin şekle bağlı sağlararası hukuki işlemlerde uygulanması bakımından şeklin koruma amacına göre bir ayırım yapılmaktadır. Bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme özel olarak ölüme bağlı tasarruflar bakımından yapılmıştır. Düzenlemede vasiyetnamelerin "şekle bağlılık" niteliği zaten göz önünde tutulmuştur. Türk Medeni Kanunu madde 504/f.2'de mirasbırakanın yanılarak beyanda bulunması durumunda ölüme bağlı tasarrufun mirasbırakanın gerçek iradesine göre "düzeltilmesi" gerektiği belirtilmektedir. Zira mirasbırakanın gerçek iradesinin hayata geçirilebilmesi için ise çoğu kez ölüme bağlı tasarrufun sadece yanılmadan dolayı iptal edilmesi yeterli olmayacaktır²⁰³. İşte bu noktada

²⁰¹ Fankhauser, s. 754; ayrıca bkz. Serozan, (Serozan/Engin §4.), s. 432, Nr.227.

²⁰² Ayrıca bkz. Brox, Andeutungstheorie, s. 553.

²⁰³ Stagl, s. 20.

TMK madde 504/f.2'de yer alan düzenlemeyle, yanılmaya rağmen tasarrufun iptal edilmeyerek mirasbırakanın gerçek iradesi doğrultusunda ayakta tutulması sağlanmaya çalışılmıştır.

Kanımızca bu düzenleme ile mirasbırakanın gerçek iradesinin gerçekleştirilmesine öncelik tanınmıştır. Önemli olan düzenlemede belirtildiği üzere mirasbırakanın gerçek iradesinin *kesin* olarak tespit edilebilmesidir. Buna karşılık, mirasbırakanın beyanın objektif anlamından uzak gerçek iradesinin vasiyetnamede ima edilmiş olması gibi bir koşul aranmamıştır²⁰⁴. Gerçekten, bir taraftan mirasbırakanın yanılarak beyanda bulunması durumunda onun gerçek iradesinin dikkate alınarak ölüme bağlı tasarrufun ayakta tutulmaya çalışılması amaçlanırken, diğer taraftan bu iradenin gerçekleştirilmesi için vasiyetname metninde gerçek iradeye ilişkin bir ima aranması çelişkili olurdu. *Yanılarak yapılan bir beyanda*, mirasbırakanın, gerçek arzusuna ilişkin bir ima bulmak *çoğu* kez oldukça zor olacaktır. Zira mirasbırakan zaten yanılarak beyanda bulunduğu için onun gerçek iradesinin vasiyetnamede yer alması tamamen tesadüflere bağlıdır. Söz konusu düzenlemeyle bir yandan mirasbırakanın yanılarak yaptığı beyanlar bakımından düzeltme olanağı tanınırken, yani mirasbırakanın gerçek iradesinin gerçekleştirilmesine öncelik verilirken; diğer taraftan gerçek iradenin salt ima edilmemiş olmasından dolayı ölüme bağlı tasarrufun geçerli sayılmaması mirasbırakanın gerçek iradesinin gerçekleştirilmesine üstünlük tanınması yönündeki amacı da oldukça dar bir çerçeveye hapsetmiş olacaktır.

Öte yandan, mirasbırakanın vasiyetnamesini düzenlediği andaki iradesinin tespitinin gösterdiği güçlüklerle rağmen, mirasbırakanın vasiyetnamesini düzenlediği anda irade sakatlığı altında olmasının ispatlanabilmesi durumunda, şekle uygun olarak yapılan vasiyetnamenin veya münferit ölüme bağlı tasarrufların iptaline olanak tanınmıştır (TMK madde 557/bent 2). Sadece beyanda yanılma değil, saik yanılması da Türk Medeni Kanunu madde 557/bent 2 kapsamında bir iptal sebebi olabilecektir. Bununla birlikte ölüme bağlı tasarrufun yanılma nedeniyle iptali için vasiyetnamede bu yönde bir ima bulunması da aranmamaktadır²⁰⁵. Vasiyetnamenin mirasçılarca özellikle yalancı tanıklar aracılığıyla mirasbırakanın yanılması varmış gibi gösterilerek iptal ettirilmesi tehlikesine rağmen, kanun koyucu yanılmayı vasiyet-

²⁰⁴ Ayrıca bkz. **Raselli**, s. 1267.

²⁰⁵ **BSK ZGB II/Bretschmid**, Art.469, Rn.6; bkz. **Brox**, Andeutungstheorie, s. 554. Genel olarak yanılma ile tasarruf arasındaki illiyet bağının ispatı bakımından da her türlü delilin ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. **Eren**, İptal Davası, s. 107; **Turan**, s. 55, 56.

namenin iptali sebebi olarak görmüştür ve bu noktada vasiyetnamenin iptali için yanılmanın vasiyetnamede bir dayanak bulması da aranmamıştır. Vasiyetnamenin ayakta tutulmasına da en azından iptal edilmesi karşısında eşit şans verilmesi gerekir²⁰⁶. Nitekim vasiyetnamede yanılma olduğunun ispatı çoğu kez mirasbırakanın gerçek iradesinin de tespit edilmesi yoluyla anlaşılacaktır. Bu açıdan mirasbırakanın vasiyetnamesinde (V)'yi mirasçı atamak isterken yanılarak (Y)'nin ismini yazması durumunda, vasiyetnamede bir ima olmasa bile ölüme bağlı tasarruf yanılma nedeniyle iptal edilebiliyorsa, vasiyetnamede bir ima olmasa bile mirasbırakanın gerçek iradesi doğrultusunda ayakta kalma şansının da olması gerekir.

Mirasbırakanın gerçek iradesinin hayata geçmesine mümkün mertebe olanak tanımak isteyen kanun koyucu bu noktada kanımızca şeklin koruma amaçlarından birisi olan ispat fonksiyonunun vasiyetnamelerde arz ettiği önemi de dikkate alarak, mirasbırakanın gerçek iradesinin *kesin*²⁰⁷ olarak tespitini aramıştır. Buna göre, mirasbırakanın gerçek arzusunun tereddüde yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesi gerekmektedir²⁰⁸. Ancak düzenlemedeki “kesinlik” kavramı bir ispat ölçüsü olup, bu kesinliğin ancak mirasbırakanın gerçek iradesinin vasiyetnamede ima edilmiş olması durumunda gerçekleşebileceği anlamına gelmemektedir.

Öğretide Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrasında (Art.469 Abs.3 ZGB)'de geçen “*kesinlik*” kıstası ile “*kesinlik sınırındaki ihtimal*”den (*an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit*)²⁰⁹ söz edildiği ifade edilmektedir. Buna göre mirasbırakanın başka bir şey istemiş

²⁰⁶ Bu yöndeki eleştiriler için bkz. **Breitschmid**, s. 283; **Serozan**, (Serozan/Engin §4.), s. 427, Rn.223h.; **Brox/Walker**, §16, Rn.200.

²⁰⁷ TMK madde 504/f.2'ye göre ayrıca yanılmanın “açık” da olması gerekir. Bu madde anlamında yanılmanın açık sayılabilmesi için yanılmanın mutlaka tasarrufun kendisinden anlaşılmasına gerek yoktur. (**Eren**, İptal Davası, s. 39; **Escher/Escher**, Art. 469 ZGB, Rn.26). Yine düzenlemede geçen, “kişinin veya şeyin belirtilmesinde *açık* yanılmanın”, özellikle yanılmanın herkes için hemen anlaşılabilir olması gerektiği şeklinde özel bir anlamı olmadığı yönünde, **BK/Weimar**, Art. 469, Rn.35. Kanımızca ölüme bağlı tasarrufta yanılma olup olmadığının tespiti, vasiyetname dışı koşulların, özellikle de mirasbırakanın yaşamı, çevresi ve kişisel ilişkilerinin göz önünde tutulmasını yani bu konuda bir araştırma yapılmasını gerektirir. Düzenlemede geçen “açıklık” kıstası ile daha ziyade, yanılmanın şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmiş olmasının aranmasının kabul edilmesi gerekir.

²⁰⁸ **Ergüne**, s. 279.

²⁰⁹ “Kesinlik sınırında ihtimal”in Alman Hukukunda kural ispat ölçüsü olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. **Albayrak**, Hakan: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara, 2013, s. 319.

olabileceği hususunda makul bir şüphe kalmamalıdır²¹⁰. Burada kanımızca özellikle vasiyetnamelerde mirasbırakanın gerçek iradesinin tespitindeki güçlüklerle rağmen, salt ispat güclüğü bulunması nedeniyle, ispat ölçüsünün azaltılmaması gerektiği özellikle vurgulanmıştır. Nitekim genel olarak ima teorisine karşı çıkan görüşler de mirasbırakanın gerçek iradesinin zaten “kesin” olarak tespitini aramaktadırlar²¹¹. Örneğin (A) ve (B) isimli iki yeğeni olan mirasbırakan avukatlık bürosunu yeğenlerinden avukatlık yapan yeğeni (A)’ya vasiyet etmek istemektedir. Ancak vasiyetnamesine yanlışlıkla (B)’nin ismini yazar²¹². Bu durumda objektif olarak bakıldığında (A)’nın vasiyet lehdarı yapılmak istendiğine ilişkin bir ima olmadığı açıktır. Bununla birlikte vasiyetname dışı olgulardan mirasbırakanın söz konusu vasiyeti diğer yeğenine yapmak istediği kesin olarak anlaşılırsa, vasiyetname lehdarının Türk Medeni Kanunu’nun 504’ncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince düzeltilmesi mümkün olmalıdır.

Türk Medeni Kanunu’nun 504’ncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kural, tüm beyanda yanılma türlerini kapsar şekilde kabul edilmelidir. Hem öğretide hem de özellikle İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında Türk Medeni Kanunu madde 504/f.2 (Art.469 Abs.3) hükmü aracılığıyla ancak mevcut nitelermelerin (*Bezeichnung*) düzeltilebileceği, buna karşılık eksik bir beyanın ise bu yolla tasarrufa eklenemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir²¹³.

Ancak kanımızca vasiyetnamede yer alan münferit ölüme bağlı tasarrufların yorumu sonucunda bu ölüme bağlı tasarrufların yanılarak eksik beyan edildiği anlaşılırsa, eksik beyan edilen bir ölüme bağlı tasarrufun düzeltilerek hayata geçirilmesi söz konusu olabilmelidir. Örneğin Alman Federal Mahkemesi’nin yukarıda belirtilen “birlikte vasiyetnameye” ilişkin kararına konu olan olayda da eşler, aslında vasiyetnamenin iradelerini tam

²¹⁰ **BK/Weimar**, Art. 469 ZGB, Rn.35.

²¹¹ Bkz. **Raselli**, s. 1267.

²¹² Benzer bir örnek için bkz. **BK/Weimar**, 14.Titel. Die Verfügungen von Todes wegen/ Einleitung, Rn.73.

²¹³ Bkz. BGE 72 II 225, 230; **Abt**, Daniel: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art.457-640ZGB, Herausgeber: Peter Breitschmid-Alexandra Jungo, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2016, Art. 469 ZGB, Rn. 24. **Seiler**, Rn.561; bu çeşit hataların vasiyetname dışı delil ve olaylarla da ispatının mümkün olduğu; ancak ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan hususların buraya eklenemeyeceği; TMK madde 504/f.2 hükmü ile açık gösterme hatasının sadece düzeltilebileceği; bu nedenle vasiyetçinin irade beyanına, onun ölümünden sonra eklemeler yapılması veya bu beyanın yerine başkasının geçirilmesinin mümkün olmayacağı yönünde, **İmre/Erman**, s. 223 ve 224.

olarak yansıttığına inandıklarından, bunun şekil koşullarının karşılandığının kabul edilebilmesi için yeterli görülmesi gerekir²¹⁴. Sonuç olarak, şekil kurallarının yerine getirildiğinden söz edilebilmesi bakımından mirasbırakanın beyanının iradesini yansıttığına inanması ve bu beyanı vasiyetnameler bakımından geçerli şekil kurallarına uygun olarak yapması yeterli sayılmaktadır.

3. Mirasbırakanın Kelimeleri Özel Dil Kullanımı Nedeniyle Objektif Anlamından Uzak Kullanması Durumunda İma Teorisinin Uygulanmaması

Yukarıda da ifade edildiği üzere özellikle Alman öğretisinde yanılarak yapılan ölüme bağlı tasarruflar bakımından ima teorisinin uygulanması kabul ediliyorken, mirasbırakanın özel dil kullanımının söz konusu olduğu durumlarda ima teorisinin uygulanması zaten kabul edilmemektedir. Kanımızca özel dil kullanımı bakımından ima teorisine başvurmamak bile yanılarak yapılan ölüme bağlı tasarruflar bakımından da ima teorisinin uygulanmasına bir dayanak olarak görülebilir.

Aslında sadece mirasbırakanın özel dil kullanımına dayanmak bile subjektif ima teorisinin kabul edildiği anlamına gelir. Zira mirasbırakanın özel dil kullanımının ortaya çıkarılabilmesi ancak onun bu konudaki kişisel anlayışının ortaya konulması ile mümkün olabilir. Bu da objektif anlamdaki ima teorisine ters düşer²¹⁵. Zira bu durumlarda, imanın bulunduğundan söz edebilmek için mirasbırakanın vasiyetnamesindeki beyanlarının objektif anlamından uzak olmasının onun özel dil kullanımından kaynaklandığının ispat edilmiş olması gerekecektir.

İma teorisini savunan görüşlerin en fazla dayandıkları husus, özellikle mirasbırakanın iradesinin yanlış deliller aracılığıyla değiştirilmesinin engellenmesi için bu teorisinin kabul edilmesi gerektiğidir. Nitekim ima teorisini kabul eden görüşler, bu teoriyi özellikle mirasbırakanın gerçek iradesinin doğru olmayan delillerle özellikle tanıklar aracılığıyla çarpıtılma ihtimaline karşı bir güvence olarak kabul etmektedirler. Hâlbuki mirasbırakanın vasi-

²¹⁴ Bu yönde, **Brox**, Andeutungstheorie, s. 557. Buna karşılık aynı olay bakımından, yanlışlıkla eksik bırakma ile Art.469 Abs.3 ZGB'de açıkça düzenlenen pozitif anlamda yanlış belirtme bakımından ayırım yaparak, şekil kurallarının uyarma amacı dikkate alındığında Art. 469 Abs.3 ZGB (TMK madde 504/f.2) hükmünün yanlışlıkla eksik bırakılan ölüme bağlı tasarruflar bakımından uygulanamayacağı, yönünde, **Kramer/Schmidlin**, Art.18 OR, Rn.95.

²¹⁵ Bkz. **Scherer**, s. 304; ayrıca bkz. **Wieser**, Willenserklärung, s. 120.

yetnamede kullandığı kelimeleri normal hayatında da günlük dilden farklı anlamda kullandığının, bunu ileri süren tarafından ispat edilmesi gerekir ki, yanlış delillerle bu hususun da mirasbırakana atfedilmesi tehlikesi doğal olarak vardır. Zira ima teorisi taraftarlarının ileri sürdüğü, ima teorisinin vasiyetnamelerin sürekli olarak kuşkuya düşürülmesini engelleyeceği görüşü bakımından da aynı husus geçerlidir. Mirasbırakanın günlük dil kullanımının ispatlanması için de tanık dinlenmesi ve diğer tüm vasiyetname dışı koşulların değerlendirilmesi gerekecektir. Ayrıca mirasbırakanın özel dil kullanımını olsa bile vasiyetnamede kullandığı kavramları objektif anlamında kullanmış olması da mümkündür. Bu doğrultuda mirasbırakanın vasiyetnamesini düzenlerken beyanlarını özel kullanımı doğrultusunda yaptığının da ispatlanması gerekir.

Kanımızca bu anlamda subjektif ima teorisinin uygulanması bakımından vasiyetname metnindeki objektif anlamından uzak beyanların bilinçli mi yoksa yanlış olarak mı yapıldığı arasında bir fark yaratılması da doğru değildir²¹⁶. Her iki durum bakımından da ima teorisinin uygulanmaması gerekir. Zira mirasbırakanın özel dil kullanımını nedeniyle objektif anlamından farklı olarak yaptığı beyanlar bakımından ima teorisinin uygulanması ve özellikle ima teorisinin yoruma bir sınır getirmesi kabul edilirse, vasiyetname dışı olgular mirasbırakanın objektif anlamından uzak kullanımını kesin bir şekilde gösterse bile mirasbırakanın gerçek iradesi vasiyetnamede ima edilmediği için, söz konusu vasiyetname dışı olgular yorum sonucunun belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır. Bu durumda vasiyetname objektif anlamıyla geçerli kalmaya devam edecektir. Bu da aslında şekil kurallarının getirilme amacı olan mirasbırakanın iradesinin mümkün mertebe hataya geçirilmesinin sağlanması ilkesini önemli ölçüde zedeleyecektir.

Sonuç olarak, Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemenin altında yatan mirasbırakanın gerçek iradesinin hayata geçirilmesinin sağlanması düşüncesi de dikkate alındığında, mirasbırakanın gerçek iradesi "*kesin*" olarak tespit edilebildiği sürece, objektif anlamıyla mirasbırakanın gerçek iradesine uymayan ölüme bağlı tasarrufun, mirasbırakanın gerçek iradesi doğrultusunda kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Özel bir dil kullanımına da dayansa, yanlış olarak yapılmış da olsa objektif anlamından uzak yapılan beyanlar bakımından, şekil kurallarının karşılandığının kabul edilebilmesi için mirasbırakanın yaptığı beyanın irade-

²¹⁶ Aynı yönde, **Stagl**, s. 172. Mirasbırakanın bilinçli ya da bilinçsiz şekilde günlük dilden uzak beyanda bulunması durumlarından biri için ima aranırken diğer için ima aranmasına yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. **Perkams**, s. 77.

sini yansıttığını düşünmesi ve vasiyetnamede yer alan beyanın şekil kural-
larını karşılamaı yeterli sayılmalıdır. Burada önemli olan vasiyetname dışı
olguların söz konusu iradenin “kesin” olarak ispatına olanak tanıyacak kuv-
vette olmasıdır.

III. VASİYETNAMELERİN TAMAMLAYICI YORUMUNDA İMA TEORİSİ

A. Tamamlayıcı Yorumun Vasiyetnamede Boşluk Olan Durumlarda Söz Konusu Olabilmesi

Tamamlayıcı yorum olanağı günümüzde özellikle de Alman Huku-
kunda genel olarak kabul edilmektedir²¹⁷. Tamamlayıcı yorum, vasiyetna-
medeki boşlukların mirasbırakanın farazi iradesinin tespit edilmesi suretiyle
doldurulması olarak tanımlanmaktadır²¹⁸. Tamamlayıcı yorum yapılabilmesi
için vasiyetnamede, mirasbırakan tarafından öngörülememiş bir boşluk, yani
plana aykırı bir eksiklik olmalıdır²¹⁹. Mirasbırakanın, vasiyetnamesinde
gerçek durumu bilseydi hakkında düzenleme yapacağı bir konu bakımından
yanılarak, dolayısıyla da bilinçsiz olarak bir düzenleme yapmamış olması
durumunda *bir boşluktan* söz etmek gerekir²²⁰. Bu boşluk, vasiyetnamenin
düzenlenmesinden sonra ortaya çıkan gelişmelerden kaynaklanabileceği
gibi; mirasbırakanın vasiyetnamenin düzenlenmesi sırasında bazı olgular
üzerindeki yanlış tasavvuru ya da bilgisizliğinden de doğmuş olabilir²²¹.

Tamamlayıcı yoruma başvurma bakımından önemli olan husus ise
mirasbırakanın boşluğa neden olan durumun varlığını bilmemesidir. Miras-
bırakan bu durumu biliyorsa ve buna rağmen söz konusu düzenlemeyi unu-
tarak da olsa yapmadıysa, artık tamamlayıcı yoruma başvurma olanağı söz
konusu olmayacaktır²²². Tamamlayıcı yorumda da açıklayıcı yorumda
olduğu gibi ana amaç, irade beyanının içeriğine ulaşmaktır. Ancak açıklayıcı

²¹⁷ Michalski, Rn.343; Stagl, s. 14.

²¹⁸ Stumpf, s. 168; Olzen, Rn.576.

²¹⁹ Soergel/Loritz, BGB § 2084, Rn.38aa; bkz. Öztan, s. 216; Frank/Helms, s. 82, Rn.6;
Olzen, Rn.577; Breitschmid, s. 284; Druey, §12, Rn.15; Michalski, Rn.343; BeckOK
BGB/Litzenburger, BGB § 2084, Rn.35; bkz. Ergüne, s. 223.

²²⁰ Soergel/Loritz, BGB § 2084, Rn.38aa; Staudinger/Otte, Vorbemerkungen zu §§2064,
Rn.77.

²²¹ Staudinger/Otte, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn.85; bkz. Lübtow, s. 294; bkz.
Soergel/Loritz, BGB § 2084, Rn.38aa; Stumpf, s. 171; Michalski, Rn.343.

²²² Soergel/Loritz, BGB § 2084, Rn.38aa.

yorumdan farklı olarak, tamamlayıcı yorumda, hukuki işlem iradesine ulaşırlırken iradenin oluşumu aşaması da dikkate alınacaktır²²³. Belirtilmelidir ki, yapılması salt unutulmuş ölüme bağlı tasarruflar bakımından tamamlayıcı yorum söz konusu olamayacaktır. Zira burada mirasbırakanın objektif durumları yanlış değerlendirmesinden kaynaklanan bir boşluk bulunmamaktadır²²⁴.

1. Mirasbırakanın Vasiyetnamesini Düzenlemesinden Sonra Ortaya Çıkan Gelişmeler Nedeniyle Tamamlayıcı Yorum Olanığı

Boşluk, mirasbırakanın vasiyetnamesini düzenlemesinden sonra ortaya çıkan fiili veya hukuki gelişmelerin (*kamun değişikliği gibi*)²²⁵, mirasbırakanın vasiyetnamesini düzenlerken düşünmemiş olduğu yeni sorunlar ortaya çıkarmasından doğmuş olabilir²²⁶. Mirasbırakan, vasiyetnamesini düzenlerken, esasen o anda var olan durumları dikkate alır. Bununla birlikte mirasbırakanın vasiyetnameyi yaparken göz önünde bulundurduğu bu durumlar, vasiyetname açıldığı zaman olağanüstü değişikliklere uğramış ve bu sebeple mirasbırakanın vasiyetnamesini yaparken izlediği amacın gerçekleşmesini imkânsız hale getirmiş olabilir²²⁷. Buna göre, tamamlayıcı yoruma başvurma zorunluluğu öncelikle vasiyetnamenin hazırlandığı an ile mirasın açıldığı an arasındaki süre içinde ortaya çıkan ve mirasbırakan tarafından öngörülmemiş olan değişiklikler veya gerçekleşmeyen beklentiler nedeniyle söz konusu olabilir²²⁸.

Aslında o ana ilişkin bir olguda yanılmanın söz konusu olduğu *saihte* yanılma ile gelecekteki beklenmeyen bir gelişmeden dolayı boşluk ortaya

²²³ **Stumpf**, s. 112.

²²⁴ **Stumpf**, s. 181.

²²⁵ Nitekim tamamlayıcı yorumla, vasiyetname lehdarının mirasbırakandan önce ölmesi, beklenmedik şekilde yeni bir mirasçının doğması, boşanma veya mirasbırakanın tekrar evlenmesi, para değerinin düşmesi, tasarrufa konu malın harcanması, hukuki durumun değişmesi gibi nedenlerle ortaya çıkan düzenleme boşluklarının giderilmesi söz konusu olmaktadır. **Serozan**, Miras Hukukunun Gelişim Süreci, s. 544; ayrıca bkz. **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4), s. 417, Nr.212.

²²⁶ **Breitschmid**, s. 284; **Löhning**, Rn.177; **Burandt/Rojahn/Czubayko**, BGB § 2084, Rn.15; **BeckOK BGB/Litzenburger**, BGB § 2084, Rn.36; bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 326.

²²⁷ **Dural/Öz**, s. 218, Nr.969.

²²⁸ **Ergüne**, s. 225.

çıkması farklı iki durumdur²²⁹. Ancak bu farklılık, sözleşmeler hukuku bakımından önemli olsa da²³⁰ *irade* ilkesinin geçerli olduğu vasiyetnamelerde aradaki farkın şekli olduğu, her iki durumun da bir çeşit saikte yanılma olduğu²³¹ ve tek taraflı hukuki işlem olan vasiyetnameler bakımından işlem temelinin çökmesi değil, vasiyetnamenin tamamlayıcı yorumu yoluyla çözüme gidilmesi gerektiği kabul edilmektedir²³². Bu açıdan vasiyetnamelerde vasiyetnamenin düzenlendiği andaki koşulların sonradan değişmesi nedeniyle “geleceğe ilişkin bir yanılma” söz konusu olduğunda, burada sözleşmeler hukuku alanında kabul edilen teknik anlamda uyarılma söz konusu olmayacaktır. Bu durumda tamamlayıcı yoruma başvurularak mirasbırakanın farazi iradesi tespit edilmeye çalışılacaktır²³³.

Bu noktada, mirasbırakanın gelecekte ortaya çıkacak olağan dışı gelişmeleri hiç düşünmemiş ve göz önüne almamış olmasının da saik yanılması niteliğinde olacağı kabul edilmektedir²³⁴. Zira yanılma, mirasbırakanın bir konu hakkında yanlış düşüncelerinden kaynaklanabileceği gibi bilgisizliğinden de doğabilir²³⁵. Tamamlayıcı yorumla, mirasbırakanın sonradan ortaya çıkan gelişmeleri düşünmüş olsaydı vasiyetnamesini düzenlediği anda ne isteyeceği, yani nasıl bir düzenleme yapacağı ortaya çıkarılmaya çalışılır²³⁶. Vasiyetnamenin düzenlemesinden sonra değişen koşullar nedeniyle tamamlayıcı yorum yapma olanağı, aksi görüşler de olmakla birlikte hem Türk²³⁷ hem İsviçre²³⁸ hem de Alman öğretisinde²³⁹ genel olarak kabul edilmektedir.

²²⁹ Bu hususta bkz. **Aksoy Dursun**, s. 315. Borçlar hukuku alanında geleceğe ilişkin maddi vakıalar konusundaki yanlış tahminlerin esaslı yanılma sayılarak sözleşmenin iptaline neden olup olamayacağı yönündeki tartışmalar için bkz. **Baysal**, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2009, s. 127 vd.

²³⁰ Bkz. **Aksoy Dursun**, s. 315.

²³¹ **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s.428, Nr.223i; bkz. **Aksoy Dursun**, s. 315.

²³² **Baysal**, s. 98; **Ergüne**, s. 52.

²³³ **Ergüne**, s. 219, dn.587; **Aksoy Dursun**, s. 315; **Atlı**, s. 110.

²³⁴ **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.42 ve Art.469, Rn.11; bkz. **Lange/Kuchinke**, 785.

²³⁵ Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 30.

²³⁶ **Breitschmid**, s. 284; bkz. **Serozan**, Yorum, s. 426; **Frank/Helms**, s. 83, Rn.7; **Löhning**, Rn.178; **Aksoy Dursun**, s. 320; **BSK/Breitschmid**, Art. 469 ZGB, Rn.29; **Druey**, s. 156, Rn.15; **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4), s. 416, Rn.210e.

²³⁷ **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4), s.417, Nr.212; **Aksoy Dursun**, s. 314 vd.; tamamlayıcı yorum olanağını ima teorisinin uygulanması ile sınırlı olarak kabul eden görüşler için bkz. **Dural/Öz**, s. 219, Nr.973; **Ergüne**, s. 52, 219, dn.587.

²³⁸ **Breitschmid**, s. 284; **Druey**, §12, Rn.15; **BSK/Breitschmid**, ZGB Art.469, Rn.30; **Riemer**, Hans Michael: “Massgeblichkeit des hypothetischen Willens des Erblassers bei

Yargıtay da bu durumda tamamlayıcı yorumun mümkün olduğunu kabul etmektedir²⁴⁰. Ancak sonradan çıkan gelişmelerden dolayı tamamlayıcı yorum olanağının kabul edilebilmesi için vasiyetnamede mirasbırakanın farazi iradesine ilişkin bir ima bulunmasının gerekip gerekmediği ise tartışmalıdır.

2. Başlangıçtaki Saik Yanılmaları Bakımından Tamamlayıcı Yorum Olanağı

Mirasbırakanın vasiyetnamenin düzenlenmesi anındaki fiili durum ve koşulları bilmemesi veya fiili koşul ve durumları bilmekle birlikte bunları yanlış değerlendirmiş olması durumunda başlangıçtaki bir boşluktan söz edilir²⁴¹. Örneğin, mirasbırakanın lehine vasiyet yaptığı vasiyet lehdarının mirasbırakandan önce ölmüş olması ve mirasbırakanın bu durumdan haberinin olmaması durumunda başlangıçtaki bir boşluktan söz edilebilir²⁴².

Testamenten? (sog. ergänzende Auslegung bei Testamenten)- Zur Frage der Zulässigkeit einer richterlichen Ergänzung oder Ersetzung mangelhafter testamentarischer Anordnungen”, recht 2003, s. 40; bkz. **Breitschmid**, Formvorschriften, s. 150, Rn.200; bkz. **PraxKomm Erbrecht/Schröder**, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Rn.40. İsviçre Hukukunda, daha eski öğreti ve yargı kararlarında mirasbırakanın farazi iradesine ulaşarak ölüme bağlı tasarrufun düzeltilmesi olanağı, böyle bir iradenin vasiyetname metninde hiçbir zaman ifade edilmeyecek ve bu nedenle de şekil koşullarının yerine getirilemeyecek olmasından dolayı kabul edilmemekteydi. (bkz. **Piotet**, §33, s. 209; BGE 111 II 16, 19; BGE 108 II 393, 396; BGE 104 II 337, 340; BGE 39 II 694, 699; bu hususta bkz. **Druey**, s. §12, Rn.15; **Baumann**, s. 243). Günümüz öğretisinde de tamamlayıcı yoruma karşı çıkan görüşler bulunmaktadır. Bkz. **BK/Weimar**, 14.Titel. Die Verfügungen von Todes wegen/ Einleitung, Rn.80vd.

²³⁹ **Soergel/Loritz**, BGB §2084, Rn.38aa; **Staudinger/Otte**, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn.85; **Olzen**, Rn.578.

²⁴⁰ “... Nitekim 04.05.2007 tarihinden itibaren kardeşlerin saklı payı yasal olarak kaldırılmıştır. Bu tarihten önce vasiyetname düzenleyen ve kardeşinin saklı payını alacağı şartı ile kalan malvarlığı için mirasçı atayan murisin iradesinin yorumunda Medeni Kanunda yapılan bu değişiklik dikkate alınmalı, murisin farazi iradesi tamamlayıcı yorum yoluyla belirlenmeli ve vasiyetnameyi düzenlediği tarihte kanun değişikliği gerçekleşmiş olsaydı nasıl bir tasarrufta bulunacağı tespit edilmeye çalışılmalıdır. Vasiyetnamedeki irade yönelmesinden, mirasbırakanın kanun hükümleri ile sınırlı bir kazandırma yapmak istediği anlaşılıyorsa, onun farazi iradesi yardımıyla mirasın açıldığı anda terekenin tamamı üzerinde atanmış mirasçının hak sahibi olacağı ve saklı payı kaldırılan kardeşinin herhangi bir hak talep edemeyeceği sonucuna varılacaktır...”
3. HD, E. 2013/9138, K. 2013/11282, T. 01.07.2013, <https://emsal.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 19.03.2018).

²⁴¹ **Olzen**, Rn. 581; **Stumpf**, s. 173.

²⁴² Bkz. **Olzen**, Rn.581.

Bununla birlikte, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufu bilerek düzenlememiş olması durumunda, tamamlanması gereken bir boşluğun bulunduğundan sözü edilemeyecektir²⁴³.

Mirasbırakanın daha başlangıçta yani vasiyetnamesini düzenlerken saikte yanılması durumunda tamamlayıcı yorumun mümkün olup olmayacağı ise tartışmalıdır. Alman hukukunda hâkim fikir, başlangıçtaki bir boşlukta da (*ursprüngliche Lücke*) vasiyetnamenin tamamlayıcı yorumunun sözü konusu olabileceğini kabul etmektedir²⁴⁴. Vasiyetnamelerde tamamlayıcı yoruma başvurulabilmesi için var olması gereken boşluğun, mirasbırakanın vasiyetnamenin düzenlendiği anda o anki bazı durum ve koşulları bilmemesinden veya yanlış tasavvur etmesinden de kaynaklanmış olabileceği genel olarak kabul edilmektedir²⁴⁵.

Türk-İsviçre öğretisinde ise Alman öğretisinin aksine başlangıçtaki saik yanılmaları nedeniyle tamamlayıcı yorum olanağının genel olarak kabul edilmediği görülmektedir. İsviçre Hukukunda başlangıçtaki saik yanılmalarında Art. 469 Abs.3 ZGB hükmünün uygulanamayacağı genel olarak kabul edilmektedir²⁴⁶. Bu hükümle getirilen mirasbırakanın yanılmasına rağmen tasarrufun düzeltilerek geçerli kılınması olanağının, sadece beyanda yanılma durumunda sözü konusu olabileceği ifade edilmektedir²⁴⁷. Bununla birlikte İsviçre öğretisinde, tamamlayıcı yoruma gidilmesini gerektirecek boşluğun ölümüne bağlı tasarrufun yapılması sırasındaki saik yanılmalarından da kay-

²⁴³ **BeckOK BGB/Litzenburger**, BGB § 2084, Rn.36. Mirasbırakan bazı konuları bilinçli olarak düzenlememişse artık tamamlayıcı yorum yoluna başvurulamaz. **Breitschmid**, s. 284; **Aksoy Dursun**, s. 317; **Demir**, s. 1162; bkz. **Löhning**, Rn.177.

²⁴⁴ **Palandt/Weidlich**, §2084, Rn.8; **Lange/Kuchinke**, s. 785; **Burandt/Rojahn/Czubayko**, BGB §2084, Rn.15; **Soergel/Loritz**, BGB §2084, Rn.38aa.

²⁴⁵ **Staudinger/Otte**, Vorbemerkungen zu §§2064, Rn.85; **Lange/Kuchinke**, s. 785; bkz. **Burandt/Rojahn/Czubayko**, BGB §2084, Rn.15; **BeckOK BGB/Litzenburger**, BGB § 2084, Rn.35.

²⁴⁶ Örneğin, mirasbırakan Lozan Üniversitesine burada önemli bir buluş yapıldığı düşüncesiyle bir ölümüne bağlı tasarrufta bulunmuştur. Aslında sözü konusu buluş Cenevre Üniversitesinde yapılmıştır. Bu durumda saikte yanılma olduğu ve ölümüne bağlı tasarrufun iptal edilmesi gerektiği yönünde, **Escher/Escher**, Art. 469 ZGB, Rn.26. *Falsa demonstratio non nocet* kuralının saik yanılmalarında geçerli olmayacağı ve Art. 469 Abs.3 ZGB'de yer alan düzenlemenin uygulanmasının sözü konusu olmayacağı yolunda, **Kramer/Schmidlin**, Art. 18 OR, Rn. 96.

²⁴⁷ **BK/Weimar**, Art 469ZGB, Rn.36; **CHK/Abt**, Art.469, Rn. 24; sözü konusu hükmün uygulama alanının birçok açıdan sınırlanmış olduğu ve bunlardan birisinin de hükmün beyanda yanılmayı kapsamaması olduğu eleştirisi için bkz. **Druey**, §12, Rn.32.

naklanabileceğini kabul eden görüşler de bulunmaktadır²⁴⁸. Örneğin, mirasbırakanın (B)'nin kendisini dolandırdığına inanmasından dolayı (A) lehine vasiyet yapması, ancak kendisini dolandıranın aslında (A) olması gibi²⁴⁹.

Türk öğretisinde de tamamlayıcı yorumun başlangıçtaki saik yanılmalarında söz konusu olup olmayacağı özellikle Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemenin saik yanılmaları bakımından da uygulanabilip uygulanamayacağı tartışmalıdır. Öğretide, Türk Medeni Kanunu madde 504/f.2 hükmünün sadece beyanda yanılma durumunda uygulanabileceği, saikte yanılmada uygulanamayacağını kabul eden yazarlar bulunmaktadır²⁵⁰. Buna karşılık, başlangıçtaki saik yanılmalarında da bu düzenlemenin uygulanabileceğini ifade eden aksi görüşler de bulunmaktadır²⁵¹. Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrasının beyan yanılmaları dışında, geçmişe ilişkin saik yanılmalarında dolaylı (örneksemeli) olarak uygulanması gerektiği ifade edilmektedir²⁵².

Bu hususta yapılan bir ayrıma göre ise, mirasbırakanın geleceğe ilişkin kanaatinde yanılma söz konusu ise mirasbırakanın vasiyetnameyi düzenlediği andaki iradesi sağlıklı olduğundan, bu iradeden yola çıkılarak farazi iradenin tespit edilebileceği ve ölüme bağlı tasarrufun değişen koşullara uyarlanabileceği kabul edilir²⁵³. Buna karşılık, vasiyetnamede başlangıçta bir saik yanılması olduğunda mirasbırakanın sağlıklı bir şekilde beyan ettiği ölüme bağlı arzusu bulunmadığı ve söz konusu yanılma olmasaydı mirasbırakanın ne şekilde davranacağını belirlemenin yorum yoluyla mümkün

²⁴⁸ Bu yönde **Druey**, §12, Rn.16, 32; **Breitschmid**, s. 284.

²⁴⁹ **Breitschmid**, s. 284.

²⁵⁰ **Eren**, İptal Davası, s. 40; **Dural/Öz**, s. 222, Nr.981; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 279. **İmre/Erman**, s. 223. *İmre/Erman*, örnek olarak, "Belirli değerli bir eserin meydana getirildiği Ankara Üniversitesi lehine ölüme bağlı bir bağış yapılsa, fakat gerçekte, bu eser İstanbul Üniversitesinde gerçekleşmiş bulursa, burada bir gösterme hatası yoktur, fakat kişide hata vardır." diyerek bu durumda düzeltme yapılamayacağını ve TMK madde 504/f.2 hükmünün uygulanmayacağını ancak yanılma sebebiyle tasarrufun iptali yoluna gidilebileceğini belirtmektedir. Burada kullanılan kişide yanılma kavramı ise bir beyanda yanılma türü olan kişide yanılma (TBK madde 31/f.1, b.3) ile karıştırılmamalıdır. *Kanımızca* söz konusu olayda beyanda yanılma olmayıp, burada aslında bir saik yanılması oluşturan kişinin niteliğinde düşülen bir yanılma bulunmaktadır.

²⁵¹ **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s. 423, 424, Nr.221; **Aksoy Dursun**, s. 316; **Baygın**, s. 578; **Atlı**, s. 115-116.

²⁵² **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s.429, Nr.224b.

²⁵³ **Ergüne**, s. 219, dn. 587. Zira tamamlayıcı yorumda mirasbırakana izafeten yeni bir irade oluşturulmadığı, onun vasiyetnamede ima ettiği sağlıklı ölüme bağlı arzusunun karşılaşılan boşlukların doldurulmasında kullanıldığı yönünde, **Ergüne**, s 273.

olmayacağı belirtilmektedir. Bu nedenle de tasarrufun iptalinin gerekeceği ve bu hususun geleceğe ilişkin yanılmalarda tamamlayıcı yoruma izin verilmesi ile de çelişmeyeceği ifade edilmiştir²⁵⁴.

Türk Medeni Kanunu madde 504/f.2’de yer alan düzenlemenin lafzı sadece beyanda yanılma durumunda bu hükmün uygulanabileceği yönünde bir yoruma elverişli olsa da, düzenlemenin yorumlanmasında sadece onun lafzının dikkate alınmaması, onun altında yatan amacın da dikkate alınması gerekir. Söz konusu düzenleme “*yorum iptalden önce gelir*” ilkesinin önemli bir örneğidir. Saikte yanılma da beyanda yanılma gibi ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesine neden olabilir. Saikte yanılma iptal sebebi olarak kabul ediliyorsa, iptal edilecek tasarrufun düzeltilmesine de olanak tanımak gerekir. Zaten her iki durumda da Türk Medeni Kanunu madde 504/f.2 gereği ölüme bağlı tasarrufun ayakta tutulabilmesi için mirasbırakanın gerçek ya da farazi iradesinin *kesin* olarak tespit edilmesi gerektiği söylenecektir. Ayrıca öğretilerde de kanımızca haklı olarak belirtildiği üzere, tamamlayıcı yorum aracılığıyla mirasbırakanın *farazi iradesinin* hayata geçirilmesi suretiyle, mirasbırakanın hiç açıklamadığı bir iradenin gerçekleştirilmesi söz konusu oluyor değildir. Aksine mirasbırakan tarafından açıklanan, ancak onun gerçek amacı ile uyuşmayan iradesinin gerçek duruma uydurulması söz konusudur²⁵⁵.

Kanımızca tamamlayıcı yorumun kabul edilmesi bakımından başlangıçtaki saik yanılmaları ile geleceğe ilişkin yanılma arasında da bir ayırım yapılmamalıdır. *Örneğin*, mirasbırakanın daha vasiyetnamesini düzenlerken avukatlık yaptığını düşündüğü ama aslında avukatlıktan çıkartılmış olan kardeşine, sahip olduğu avukatlık bürosunu vasiyet etmesi durumunda, mirasbırakanın kardeşi ile birlikte çalışan ve avukatlık yapan yeğenin mirasbırakanın bu durumu bilseydi avukatlık bürosunu kendisine bırakacağını ileri sürmesi ile mirasbırakanın avukatlık yapan kardeşinin avukatlıktan çıkartılmasının vasiyetnamesinin düzenlenmesinden sonra gerçekleşmesi durumunda mirasbırakanın yeğenin aynı şekilde bu hususu ileri sürmesi arasında bir fark yaratılmamalıdır. Zira her iki durumda da mirasbırakanın “*farazi iradesi*” araştırılacaktır²⁵⁶.

²⁵⁴ Ergüne, s. 273.

²⁵⁵ Breitschmid, Formvorschriften, s. 154, Rn.204.

²⁵⁶ Başlangıçtaki ve sonradan ortaya çıkan boşluklar arasında ayırım yapılmasının haklı bir gerekçeye dayanmadığı; mirasbırakanın örneğin bir malvarlığının yok olmuş olması veya bir mirasçısının ölmüş olması gibi vasiyetnameyi düzenlediği sırada var olan durumları bilmemesi durumunda da tamamlayıcı yorum olanağının kabul edilmesi

Ayrıca Türk Medeni Kanunu madde 504/f.2 kapsamında olduğu kabul edilen beyanda yanılmanın ispatının saikte yanılmadan daha kolay olduğu da söylenemez²⁵⁷. Örneğin, mirasbırakanın vasiyetnamesinde (A) yerine beyanda yanılarak (B) demesi, kişide yanılma olarak Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kabul edilirken; mirasbırakanın *örneğin*, çocuğunu kurtaran kişinin (A) olduğunu düşünmesi ve bu nedenle vasiyetnamesinde (A)'yı lehdar olarak belirlemesi ancak aslında çocuğunu kurtaranın (B) olması durumunda, gerçek arzusunun belirlenmesi bakımından ispatın daha zor olduğu da söylenemeyecektir. Farazi iradenin tespiti bakımından da Türk Medeni Kanunu madde 504/f.1 gereği “kesinlik” aranacaktır. Ancak bu husus mutlak bir kesinlik olarak kabul edilmeyip -zira bu durumda mutlak bir kesinlikten de işin doğası gereği söz edilemez-hâkimin mirasbırakanın farazi iradesinin iddia edilen şekilde olduğuna tam olarak inanması ve bu konuda makul ve kabul edilebilir bir şüphesinin kalmaması yeterli olacaktır.

B. Tamamlayıcı Yorum ve İma Teorisi Arasındaki İlişki

Yukarıda belirttiğimiz üzere vasiyetnamenin düzenlemesinden sonra değişen koşullar nedeniyle tamamlayıcı yorum yapma olanağı öğretide genel olarak kabul edilmektedir. Söz konusu tamamlayıcı yorumun gerçekleşebilmesi için vasiyetnamede mirasbırakanın farazi iradesi bakımından bir ima bulunmasının gerekli olup olmadığı ise tartışmalıdır. İsviçre Hukukunda bazı görüşler, tamamlayıcı yorumun, özellikle mirasbırakanın iradesinin değişen koşullara nasıl uyarlanacağına, şekle uygun vasiyetname metninde beyan edilen amaçlardan çıkartılması gerektiğini savunurken²⁵⁸; diğer görüş ise

gerekeceği yönünde, **Soergel/Loritz**, BGB §2084, Rn.38aa.; iki tür saik hatası arasındaki ayrımın, bir hukuksal rejim ayrımı gerektirmeyecek ölçüde silik olduğu yönünde, **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s. 428, Nr.223i.; iki durum arasındaki farkın son derece şekli olduğu yönünde, **Aksoy Dursun**, s. 316.

²⁵⁷ **Breitschmid**, Formvorschriften, s. 49, Rn.199. Buna karşılık beyan eyleminde yanılmanın tespitinin esasen daha kolay olduğu ve hukuk güvenliği için söz konusu istisnai hükmün genişletici bir şekilde yorumlanamayacağı yönünde, **Escher/Escher**, Art. 469 ZGB, Rn.26.

²⁵⁸ **Kramer/Schmidlin**, Art.18 OR, Rn.263; sözleşmeler bakımından bkz. **BSK OR I/Wiegand**, Art. 18 OR, Rn.88; vasiyetname dışı koşullar mirasbırakanın niyetini ne kadar açık olarak gösterirse, imanın da daha düşük derecede bulunmasının yeterli olacağı ancak ima teorisinden tamamen vazgeçilmemesi gerektiği yönünde bkz. **Seiler**, Rn.572.

vasiyetnamede bu yönde bir ima bulunmasına gerek olmaksızın tamamlayıcı yorum olanağını kabul etmektedir²⁵⁹.

Alman Hukukunda, öğretide, tamamlayıcı yorum bakımından ima teorisini uygulamanın, boşlukların doldurulması için vasiyetname metninde kullanılabilir bir ima bulmanın neredeyse hiç olanağı olmamasından dolayı, açıklayıcı yorum bakımından bu teoriyi uygulamaya nazaran önemli güçlükler doğuracağı haklı olarak ifade edilmiştir²⁶⁰. Nitekim bir vasiyetnamenin tamamlayıcı yoruma dayanak olacak bir ima içerirken, aynı zamanda tamamlayıcı yoruma başvurabilmek için gerekli olan bir boşluk içermesi gerekliliğinin nasıl bağdaşacağı sorusu akla gelecektir²⁶¹. Bununla birlikte, tamamlayıcı yorum bakımından bulunması gereken imanın açıklayıcı yoruma göre daha dar kapsamda olmasının yeterli olacağı yönünde görüşler olduğu da ifade edilmelidir²⁶². Nitekim burada farazi iradenin vasiyetnamede bir dayanak bulması gerekmediği, ama en azından mirasbırakanın hedef ve amaçlarının yani irade yöneliminin (*Willensrichtung*) vasiyetnamede bir dayanak bulmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir²⁶³.

Türk Hukukunda ise ölüme bağlı tasarrufta, değişen durumlara nasıl uydurulabileceğine ilişkin tutamak noktası bulunabilirse, yani mirasbırakanın iradesinin ne yönde olabileceği saptanabiliyorsa, tamamlayıcı yoruma gidilebileceğini kabul eden görüşler olduğu gibi²⁶⁴; vasiyetnamelerde tamamlayıcı yorum yoluyla mirasbırakanın amacının vasiyetname metni dışı olgulardan anlaşılmasının yeterli olacağını kabul eden aksi görüşler de bulunmaktadır²⁶⁵. Yargıtay'ın da 2013 tarihli bir kararında tamamlayıcı yorumu kabul ettiği ve tamamlayıcı yorumun uygulanması bakımından vasiyetnamedeki irade yönelmesinin dikkate alınması gerektiğini belirttiği

²⁵⁹ Bkz. **Riemer**, s. 40; **Druey**, §12, Rn.16; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, Rn.1278; **BSK ZGB II/Breitschmid**, Art.469, Rn.24, 29; **Baumann**, s. 242.

²⁶⁰ **Frank/Helms**, s. 83, Rn.7; ayrıca bkz. **Brox/Walker**, §16, Rn.204; özellikle saikte yanılmada (ister hale ilişkin olsun ister geleceğe ilişkin öngörü yanılması şeklinde olsun) metin içinde mirasbırakanın iradesine ilişkin bir imaya nadiren rastlanabileceği yönünde, **Aksoy Dursun**, s. 323.

²⁶¹ **Perkams**, s. 91; bkz. **Brox/Walker**, §16, Rn.204.

²⁶² **Horn/Kroiß**, Testamentsauslegung, Rn.62.

²⁶³ **Horn/Kroiß**, Testamentsauslegung, Rn.113. **Löhning**, Rn. 184; **Lange/Kuchinke**, s. 787; **MüKoBGB/Leipold**, BGB § 2084, Rn.45; **Olzen**, Rn.585; Alman Hukukunda “ima”ya hiç gerek olmadığı yönündeki aksi yönde görüş için bkz. **Brox/Walker**, §16, Rn.204.

²⁶⁴ **Dural/Öz**, s. 219, Nr.973; **Ergüne**, s. 52.

²⁶⁵ **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s. 428; **Aksoy Dursun**, s. 321.

görülmektedir²⁶⁶. Başlangıçtaki saik yanılmalarında ise tamamlayıcı yorum olanağı genel olarak kabul edilmemektedir. Ancak vasiyetnamede bir ima bulunması durumunda başlangıçtaki saik yanılmalarında da tamamlayıcı yorumun söz konusu olabileceğini kabul eden görüşler de vardır²⁶⁷.

C. Tamamlayıcı Yorumda İma Teorisinin Uygulanması Bakımından Görüşümüz

Kanımızca Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrası hükmü sadece beyan yanılmaları bakımından değil, saik yanılmaları bakımından da uygulanmalıdır. Tamamlayıcı yorumda ulaşılan farazi iradenin şekle uygun olarak beyan edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından söz konusu farazi iradenin ya da irade yöneliminin vasiyetnamede en azından ima edilmiş olması da gerekli görülmemelidir. Mirasbırakanın farazi iradesi makul bir şüphe kalmadan yani kesin olarak belirlenebildiği ve mirasbırakanın vasiyetnamesinde saikte yanılarak da olsa yaptığı beyanı şekle uygun olarak açıkladığı sürece mirasbırakanın yorum yoluyla ulaşılan farazi iradesinin hayata geçirilmesi şekil kurallarına aykırılık sebebi ile engellenmemelidir.

Miras hukuku kitaplarında da az çok benzer şekilde verilen bir örnekten hareket edersek²⁶⁸: Mirasbırakan vasiyetnamesinde “Çocuğumun hayatını kurtaran (A)'ya 100.000 TL vasiyet ediyorum.” şeklinde bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmuştur. Mirasbırakan çocuğunun hayatını kurtaran kişinin (A) olduğunu düşünerek bu tasarrufu yapmıştır. Aslında mirasbırakanın çocuğunun hayatını kurtaran kişi ise (B)'dir. Burada mirasbırakanın saikte yanılması söz konusu olduğundan, ölüme bağlı tasarruf saikte yanılma sebebiyle iptale tabi olabilecektir. Ancak kanımızca bu durumda tamamlayıcı yorum olanağı kabul edilerek, ölüme bağlı tasarrufun ayakta tutulmaya çalışılması gerekir²⁶⁹. Aslında bu olayda vasiyetnamede bir ima da vardır. O

²⁶⁶ 3. HD, E. 2013/9138, K. 2013/11282, T. 01.07.2013, <https://emsal.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 19.03.2018)

²⁶⁷ Baygın, s. 578.

²⁶⁸ Benzer nitelikte: **BK/Weimar**, Art. 469 ZGB, Rn.37; **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.) s. 423, nr.221.

²⁶⁹ Saik yanılmaları bakımından tamamlayıcı yorum olanağını tamamen reddeden görüş için bkz. **BK/Weimar**, Art.469 ZGB, Rn.36. Buna karşılık mirasbırakanın çocuğunu kurtaran kişinin (B) olduğunu bilmesi ancak vasiyetnamesini yaparken beyanda yanılarak (B) yerine (A) demesi durumunda beyanda yanılma olduğundan Art. 469 Abs.3'de yer alan düzeltmenin mümkün olduğu yönünde benzer bir örnek için bkz. **BK/Weimar**, Art.469 ZGB, Rn.36.

da mirasbırakanın amacının çocuğunun hayatını kurtaran kişiye bir kazandırma yapmak olduğudur. Bu durumda vasiyetname mirasbırakanın farazi iradesine göre ayakta tutulacaktır. Ancak kanımızca söz konusu imanın mutlaka vasiyetnameden anlaşılmasına gerek yoktur.

Yukarıdaki olayda mirasbırakan vasiyetnamesinde sadece “(A)’ya 100.000 TL vasiyet ediyorum” demiş olsaydı; mirasbırakan, (A)’ya yaptığı söz konusu vasiyeti (A)’nın, çocuğunu kurtaran kişi olduğunu düşünerek yaptıysa, yine saikte yanılma nedeniyle ölüme bağlı tasarrufun iptali vasiyetnamede bu yönde bir ima bulunmasa bile söz konusu olabilecekti. Buna karşılık öğretilerde genel olarak kabul gören ima teorisi kabul edilirse, vasiyetnamede herhangi bir ima olmadığı için tamamlayıcı yorumla mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunun düzeltilmesi olanağı söz konusu olamayacaktır. Biz bu sonuca katılmamaktayız. Örneğin mirasbırakanın lehine vasiyet yaptığı ve çocuğunun hayatını kurtardığı sandığı (A)’yı hayatında o zamana kadar hiç tanımamış olması ve birçok yerde ve birçok kişinin önünde bu tasarrufu yapma saikini açıkça belirtmesi gibi vasiyetname dışı olgular dikkate alındığında, mirasbırakanın saikinin vasiyetnamede ima edilmemiş olsa bile şüpheye yer bırakmayacak şekilde yani kesin olarak anlaşılması mümkün olabilir. Kanımızca bu durumda da mirasbırakanın tespit edilen farazi iradesi hayata geçirilmeli ve ölüme bağlı tasarruf ayakta tutulmalıdır. Zira gerek beyanda yanılma gerekse saikte yanılma durumunda asıl amaç aslında mirasbırakanın beyan ettiği iradesinin doğru bir şekilde hayata geçirilebilmesidir ve bu doğrultuda “*yorum iptalden önce gelir ilkesinin*” dikkate alınması gerekir. Bu konuda belirleyici olan ölçüt ise vasiyetname dışı delillerin gücü ve mirasbırakanın iradesinin kesin olarak tespitine olanak tanıyıp tanımadığı olmalıdır.

SONUÇ

Vasiyetnamelerde açıklayıcı ve tamamlayıcı olmak üzere iki türlü yorum söz konusu olabilir. Açıklayıcı yorumda, mirasbırakanın gerçek iradesi araştırılırken, tamamlayıcı yorumda ise mirasbırakanın farazi iradesine ulaşılarak ölüme bağlı tasarruftaki boşluğun tamamlanması amacı bulunur. İma teorisi hem açıklayıcı yorum hem de tamamlayıcı yorum bakımından tartışılan bir teoridir.

Aslında vasiyetnamelerin yorumunda iki teori önem kazanmıştır. Bunlardan ilki açıklık teorisi; diğeri ise ima teorisidir. Açık kelime anlamının yorumu sınırladığını kabul eden açıklık teorisi, genel olarak hem Türk hem Alman hem de İsviçre Hukuk öğretisinde kabul edilmemektedir. Ancak

Alman Federal Mahkemesi açıklık teorisini uygulamamakla birlikte, İsviçre Federal Mahkemesi'nin açıklık teorisine atıf yapan kararlarının bulunduğu belirtilmelidir. İma teorisi ise, beyanda bulunanın iradesinin vasiyetname metninde tam olmasa da en azından ima edilmek suretiyle ifade edilmiş olmasını gerektirmektedir. İma teorisi vasiyetnamelerin açıklayıcı yorumu bakımından öğretilerde genel olarak kabul gören bir teoridir. Ancak Türk-İsviçre Hukukunda daha ziyade yoruma sınır getiren bir ilke olarak anlaşıl-makta iken; Alman Hukukunda bir şekil kuralı olarak uygulanmaktadır. Özellikle İsviçre öğretisinde ima teorisinin yorum ve şekil sorununu bir-birine karıştırdığı ifade edilmektedir. Diğer taraftan, söz konusu eleştiriler doğrultusunda yorum ile şekil sorunu ayrı olarak ele alınsa bile bu kez de mirasbırakanın vasiyetname dışı koşullardan yararlanılmak suretiyle ulaşılan iradesinin, vasiyetname metninde gerekli şekil koşullarına uygun olarak beyan edilmiş sayılıp sayılmayacağı ve bunun için ima teorisinin dikkate alınmasına gerek olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekecektir.

Bu noktada temel tartışma ise, ima bulunup bulunmadığına objektif bir bakış açısıyla mı yoksa subjektif yani mirasbırakanın bakış açısıyla mı karar verileceğidir. Bize göre ise şekil kurallarının ve bu bağlamda ima teorisinin kabul edilmesinin *doğrudan* amacı, beyanları ile aslında hiç kastetmek istemediği hususların mirasbırakana atfedilmesini engellemektir. Ancak mirasbırakanın beyanlarının sadece objektif anlamıyla şekle uygun olduğunun kabul edilmesinin çoğu kez bu amacı karşılayıp karşılamayacağı oldukça şüphelidir. Bu açıdan şekil kurallarıyla sağlanmak istenen ana amacın, bu sefer yine şekil kuralları dayanak alınarak ortaya atılan ima teorisi ile engellenmemesi gerekir.

Diğer taraftan, Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme de *kanımızca* mirasbırakanın iradesinin gerçekleştirilmesine öncelik tanıyan ve ima teorisinin kabul edilmediğini gösteren bir düzenlemedir. Bu maddede zaten şekle bağlı olduğu bilinen ölüme bağlı tasarruflar bakımından özel bir düzenleme getirilmiştir. Düzenlemede, yanılarak yapılan ölüme bağlı tasarrufların düzeltilebilmesi için sadece mirasbırakanın iradesinin "*kesin olarak*" tespit edilmesi şartı getirilmiştir. Burada bir ispat ölçüsü konulmuş olup, bu ölçüt mirasbırakanın gerçek iradesinin mutlaka vasiyetnameden anlaşılması gerektiği anlamına gelmemektedir. Ayrıca, söz konusu düzenlemenin metninde sadece "*kişi veya şeyin*" belirtilmesinde yanılmadan söz etse de, bu düzenleme tüm beyanda yanılma türlerini kapsar şekilde kabul edilmelidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 504'ncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemenin altında yatan, mirasbırakanın gerçek iradesinin hayata

geçirilmesinin sağlanması düşüncesi de dikkate alındığında, mirasbırakanın gerçek iradesi “*kesin*” olarak tespit edilebildiği sürece, objektif anlamıyla mirasbırakanın gerçek iradesine uymayan ölüme bağlı tasarrufun mirasbırakanın gerçek iradesi doğrultusunda kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Bu noktada vasiyetname metnindeki objektif anlamdan uzak kullanımın mirasbırakanın özel dil kullanımına dayanması ya da mirasbırakanın yanılmamasından kaynaklanması arasında bir fark yaratılmamalıdır. Vasiyetname metninde objektif anlamından uzak yapılan beyanlar bakımından şekil kurallarının karşılandığının kabul edilebilmesi için mirasbırakanın yaptığı beyanın iradesini yansıttığını düşünmesi ve vasiyetnamede yer alan beyanın şekil kurallarını karşılaması yeterli sayılmalıdır. Burada önemli olan vasiyetname dışı olguların söz konusu iradenin “*kesin*” olarak ispatına olanak tanıyacak kuvvette olmasıdır. Yapılması unutulmuş ölümüne bağlı tasarruflar bakımından ise burada beyan olmadığından hemen böyle bir tasarrufun yok sayılması yoluna gidilmemelidir. Nitekim vasiyetnamede beyan edilen diğer münferit ölüme bağlı tasarrufların yorumlanması sonucunda, aslında bu tasarrufların, mirasbırakanın yapmak istediği ancak vasiyetnamesini hazırlarken yanılarak yapmayı ihmal ettiği tasarrufla bir bütün olarak beyan edilmek istendiği anlaşılabilir. Bu durumda, vasiyetnamedeki beyanın mirasbırakanın gerçek iradesi doğrultusunda düzeltilmesi gerekir kanısındayız.

Mirasbırakanın vasiyetnamesini düzenlemesinden sonra ortaya çıkan fiili veya hukuki gelişmelerden kaynaklanan boşlukların tamamlayıcı yorumla doldurulması olanağı genel olarak kabul edilirken; özellikle Türk-İsviçre öğretisinde başlangıçtaki saik yanılmalarından kaynaklanan boşlukların tamamlayıcı yorumla doldurulmasına çekingen yaklaşıldığı görülmektedir. Ancak vasiyetnamenin düzenlenmesinden sonra ortaya çıkan gelişmelerden kaynaklanan boşlukla, başlangıçtaki saik yanılmadan kaynaklanan boşluğun farklı değerlendirilmemesi gerekir. Öğretide tamamlayıcı yorumun mümkün olabileceği kabul edilse bile, bu olanak genel olarak, mirasbırakanın irade yöneliminin vasiyetname metninden anlaşılması durumunda kabul edilmektedir. Kanımızca, Türk Medeni Kanunu’nun 504’ncü maddesinin ikinci fıkrasındaki kural, saik yanılmaları bakımından da kıyasen uygulanmalı ve mirasbırakanın farazi iradesinin salt vasiyetname dışı koşullar aracılığıyla kesin olarak tespiti yeterli görülmelidir.

KAYNAKÇA

- Abt**, Daniel: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art.457-640ZGB, Herausgeber: Peter Breitschmid-Alexandra Jungo, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2016, Art. 469 ZGB (anılış: **CHK/Abt**).
- Aksoy Dursun**, Sanem: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”, İÜHFM C.LXVI, S.2, 2008 (s. 311-326).
- Akyol**, Şener: Sözleşmenin Yorumu, İstanbul, 2010.
- Albayrak**, Hakan: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara, 2013.
- Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, İstanbul, 2015.
- Atlı**, Banu: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, Ankara, 2017.
- Aybay**, Aydın: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, 2003.
- Bağcı**, Ömer: “TMK’nun Miras Hukuku Hükümlerinin Zaman Bakımından Uygulanmasına ve Vasiyetnamelerin Yorumuna İlişkin Düşünceler”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.2, Yıl 2015 (s. 39-63).
- Baumann**, Lorenz: “Von grauen und farbigen Brunnen: Die Rechtsfolgen unmöglicher Auflagen”, Successio, 2010 (s. 241-247).
- Baygın**, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, AÜEHFD, C.IV, S.1-2 (2000) (s. 567-594).
- Baysal**, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2009.
- Beck**, Alexander: Grundriss Des Schweizerischen Erbrechts, Bern, 1976.
- Biehl**, Björn: “Grundsätze der Vertragsauslegung”, JuS 2010 (s. 195-200).
- Breitschmid**, Peter: Formvorschriften im Testamentsrecht, Zurich, 1982 (anılış: Formvorschriften).
- Breitschmid**, Peter: “Testament und Erbvertrag – Formprobleme”, Peter Breitschmid: Gesammelte Schriften aus Anlass seines 60. Geburtstages In praeteritum non vivitur, 2014 (s. 273-316).
- Breitschmid**, Peter: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage, Herausgeber: Heinrich **Honsell**/Nedim Peter **Vogt**/Thomas **Geiser**, Basel, 2011, Art.469; Art.505 (anılış: **BSK ZGB II/Breitschmid**).
- Brox**, Hans: “Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie”, JA 1984, Heft 10 (s. 549-557) (anılış: “Andeutungstheorie”).
- Brox**, Hans/**Walker**, Wolf-Dietrich: Erbrecht, 24. Auflage, 2010.

- Busche**, Jan: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Herausgegeben von: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 7. Auflage, München, 2015, BGB §133 (anılış: **MüKoBGB/Busche**).
- Czubayko**, Ulrike: Erbrecht, Herausgeber: Wolfgang Burandt/Dieter Rojahn, 2. neubearbeitete Auflage, 2014, BGB § 2084 (anılış: **Burandt/Rojahn/Czubayko**).
- Dalcı Özdoğan**, Nurcihan: “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, Y.2017 (s. 33-52).
- Demir**, Şamil: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu”, TAAD, Y.4, S.14 (Temmuz 2013) (s.1151-1173).
- Druey**, Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern, 2002.
- Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul, 2017.
- Einsele**, Dorothee: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band I:Allgemeiner Teil §§ 1-240, ProstG, AGG, 7. Auflage, Herausgegeben von: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 2015, München, BGB § 125, Rn.37 (anılış: **MüKoBGB/Einsele**).
- Eren**, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, 1966 (anılış: İptal Davası).
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016.
- Ergüne**, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 2011.
- Escher**, A.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, (Art.457-536), Dritte Auflage, neue bearbeitet von: Arnold Escher, Zürich, 1959 (anılış: **Escher/Escher**).
- Fankhauser**, Roland: “Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 14.7./1.9.2005, Etat Du Valais Et Commune De Nendaz C. Eglise Nationale Protestante De Genève, Zivilrechtliche Berufung (5C.29/2005, BGE 131 III 601)”, AJP 2006 (s. 752-755).
- Firsching/Graf**, Nachlassrecht, 10., vollständig überarbeitete Auflage von Dr.Hans Lothar Graf, München, 2014.
- Flume**, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band-Das Rechtsfshäft, Dritte, ergänzte Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, 1979 (anılış: Allgemeiner Teil).

- Flume**, Werner: “Testamensauslegung bei Falschbezeichnung”, NJW 1983 (s. 2007-2011) (anılış: Testamensauslegung).
- Foerste**, Ulrich: “Die Form des Testaments als Grenze seiner Auslegung”, DNotZ, 1993, s. 85. (s. 84-98).
- Frank**, von Rainer/**Helms**, Tobias: Erbrecht, 5. Auflage, München, 2010.
- Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Bearbeiter: Jörg Schmid, Zürich, 2014.
- Gündüz**, Ş. Deren: Kefalet Sözleşmesinin Şekli, İstanbul, 2015.
- Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, İstanbul, 2014.
- Horn**, Claus-Henrik/**Kroiß**, Ludwig: Testamensauslegung, München, 2012.
- Hrubesch-Millauer**, Stephanie: Erbrecht, Zurich/St. Gallen, 2011.
- Hrubesch-Millauer**, Stephanie/**Bosshardt**, Martina: “Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014 im Bereich Erbrecht”, AJP 2015 (s. 505-518).
- İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, İstanbul, 2017.
- İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan, Miras Hukuku, İzmir, 2012.
- Jäggi**, Peter/**Gauch**, Peter/**Hartmann**, Stephan: Zürcher Kommentar, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Herausgeber: Jörg Schmid, 4. Auflage, Zürich, 2014, Art.18 OR.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, Ankara, 2015.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968 (anılış: Hata).
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, İstanbul, 1987.
- Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul, 2008.
- Kössinger**, Winfried: Handbuch der Testamentsgestaltung, Begründet von: Heinrich Nieder, Bearbeitet von: Reinhard Kössinger/Winfried Kössinger, 5. Auflage, 2015, § 23 Die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen (anılış: **Nieder/Kössinger**).
- Kramer**, Ernst A./**Schmidlin**, Bruno: Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht/I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen/I. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art 1-18 OR, Bern, 1986, Art.18 OR.
- Kut**, Ahmet: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art.1-183 OR, 3.

Auflage, 2016, Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K.Schnyder, Art. 18 OR (anılış: **CHK/Kut**).

Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt: Erbrecht, München, 2001.

Leipold, Dieter: “Wille, Erklärung und Form – insbesondere bei der Auslegung von Testamenten”, Festschrift für Wolfram Müller Freienfels, Baden - Baden, 1986 (s. 421-438) (anılış: “Wille, Erklärung und Form”).

Leipold, Dieter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10 Erbrecht §§1922-2385, §§27-35 BeurkG, 7. Auflage, 2017, BGB §2084 (anılış: **MüKoBGB/Leipold**).

Leipold, Dieter: Erbrecht Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen, 21., neubearbeitete Auflage, Tübingen, 2016 (anılış: Erbrecht).

Litzenburger, Wolfgang: Beck’sche Online Kommentar, Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger/ Herbert Roth/Wofgang Hau/Roman Poseck, 44. Edition, Stand:01.11.2017, München 2017 (anılış: **BeckOK BGB/Litzenburger**).

Loritz, Karl Georg: Soergel BGB Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht 2, §§ 2064-2273, §§ 1-35 BeurkG, Stand:Winter 2002/2003, BGB § 2084 (anılış: **Soergel/Loritz**).

Löhning, Martin, Erbrecht, 2. Auflage, 2010

Lübtow, Ulrich von: Erbrecht, 1.Halbband, Berlin, 1971.

Mansel, Heinz-Peter: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Herausgeber: Othmar Jauerning, 16. Auflage, München, 205, BGB §133 (anılış: **Jauerning/Mansel**).

Meyer-Pritzl, Rudolf: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2018, Berlin, V.Erbrecht.

Michalski, Lutz: BGB-Erbrecht, 3. neue bearbeitete Auflage, 2006.

Oğuzman, M. Kemal: Miras Hukuku, İstanbul, 1995.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul, 2014.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, İstanbul, 2015.

Olzen, Dirk: Erbrecht, 2. neu bearbeitete Auflage, Berlin, 2005.

Otte, Gerhard: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5 Erbrecht §§2064-2196, Neubearbeitung 2013 von Martin Avenarius-

- Gerhard Otte, Berlin, Vorbemerkungen zu §§2064 (anılış: **Staudinger/Otte**).
- Özen**, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2017.
- Öztan**, Bilge: Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Ankara, 2017.
- Perkams**, Guido: Die Auslegung von Testamenten im deutschen und spanischen Recht, Berlin, 2010.
- Piotet**, Paul: Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht, Erster Halbband, Basel und Stuttgart, 1978.
- Raselli**, Niccolò: “Erklärter oder wirklicher Wille des Erblassers?”, AJP 1999 (s. 1262-1268).
- Riemer**, Hans Michael: “Massgeblichkeit des hypothetischen Willens des Erblassers bei Testamenten? (sog. ergänzende Auslegung bei Testamenten) – Zur Frage der Zulässigkeit einer richterlichen Ergänzung oder Ersetzung mangelhafter testamentarischer Anordnungen”, recht 2003 (s. 39-40).
- Scherer**, Inge: “Die Auslegung von Willenserklärungen „klaren und eindeutigen“ Wortlauts -BGH- Urt.v. 8.12.1982- IV a ZR94/81-, Jura 1988, Heft:6 (s. 302-305).
- Schröder**, Andreas: Praxiskommentar Erbrecht, Herausgegeben von: Daniel Abt/Thomas Weibel, 2. Auflage, Basel, 2011, Vorbemerkungen zu Art. 467ff. ZGB, Art. 469ZGB (anılış: **PraxKomm Erbrecht/Schröder**).
- Seiler**, Benedikt: Die Erbrechtliche Ungültigkeit: unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht, Zürich, 2017
- Seiler**, Ursula/**Rudolf**, Michael: Damrau Praxiskommentar zum Erbrecht, 2004, § 2084.
- Serozan**, Rona: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Değişik Bir Yaklaşım”, Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, 1996 (s. 425-437) (anılış: Yorum).
- Serozan**, Rona: **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkey: Miras Hukuku, Ankara, 2018, §4. Mirasbırakanın Ölüme Bağlı Tasarrufuna Dayanan Mirasçılık: İradi Mirasçılık (anılış: **Serozan**, (Serozan/Engin, § 4.)
- Serozan**, Rona: “Miras Hukukunun Gelişim Süreci Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri”, (Çeviren: *Meliha Sermin Paksoy*), İÜHFİM, C.LXXIII, 2015, S.1 (anılış: Miras Hukukunun Gelişim Süreci).

- Smid**, Stefan: “Probleme bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen”, JuS, 1987, Heft 4 (s. 283-289).
- Stagl**, Jakob Fortunat: Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Testamenten - Die Andeutungstheorie im Testamentsrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, 2. Auflage, Wien, 2005.
- Stumpf**, Cordula: Erläuternde und Ergänzende Auslegung letztwilliger Verfügungen im System privatautonomer Rechtsgestaltung, Berlin, 1991.
- Tuor**, Peter: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band III, Das Erbrecht, I. Abteilung Die Erben, Zweite Revidierte und Erweiterte Auflage, Bern (anlîş: **BK/Tuor**).
- Turan**, Gamze: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Ankara, 2009.
- Weidlich**, Dietmar: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, München, 2011, BGB §2084 (anlîş: **Palandt/Weidlich**).
- Weimar**, Peter: Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht/I.Abteilung: Die Erben /I.Teilband: Die gesetzlichen Erben- Die Verfügungen von Todes wegen/I.Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Herausgeber: Hausheer, Heinz/Waler, Hans Peter, Bern, 2009 (anlîş: **BK/Weimar**).
- Wiegand**, Wolfgang: Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529 OR, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basel, 2011, Art. 18 OR (anlîş: **BSK OR I/Wiegand**).
- Wieser**, Eberhard: “Emprische und normative Auslegung”, JZ, 9/1985 (s. 407-409) (anlîş: Auslegung).
- Wieser**, Eberhard: “Wille und Verständnis bei der Willenserklärung”, AcP 1989, 189.Band (s. 112-121) (anlîş: Willenserklärung).
- Wolf**, Manfred/**Gangel**, Alfred: “Der nicht formgerecht erklärte Erblasserwille und die Auslegungsfähigkeit eindeutiger testamentarischer Verfügungen – BGH, NJW 1981, 1737 und NJW 1981, 736, JuS 1983, Heft 9 (s. 663-668).
- Zemp Gsponer**, Christine: “Andeutungsregel und Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit bei der Testamentsauslegung (Fall “Waadtländer Chalet””, Successio, 2012 (s. 216-219).

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Das Schweizerische Bundesgericht
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
DnotZ	: Deutsche Notar-Zeitschrift
E.	: Esas
f.	: fıkra
ff.	: fortfolgende
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHFMD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	: Numara
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı

T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

**VERGİ İNCELEMESİ SIRASINDA İBRAZ EDİLMİYEN
DEFTER, KAYIT VE BELGELERİN
YARGILAMA AŞAMASINDA
VERGİ YARGISI ORGANLARINA İBRAZİ***

Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım TAYLAR**

Öz

Defter ve belge düzeniyle amaçlanan, defter ve belgelerin yardımıyla mükellef veya onunla ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili hesap ve durumlarının ortaya çıkarılmasına olanak veren bir sistem kurulmasıdır. Bu sistemin amacı ise vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin defter ve belgelerin yardımıyla tespit edilmesidir. Vergi yargılamasında ispatın konusunu vergiyi doğuran olay oluşturduğundan, vergiyi doğuran olayın tespitinde araç olarak yararlanılabilen defter ve belgeler de en önemli ispat aracıdır.

Çalışma kapsamında vergi incelemesi sırasında ibraz edil(e)meyen defter, belge ve kayıtların yargılama aşamasında yargı organlarına ibraz edilip edilemeyeceği konusunda değerlendirme ve tespitler yapılmakta, bazı çözüm önerilerinde bulunmaktadır. Bu çerçevede çalışma konusu olan yargı mercilerine ibrazın mümkün olup olmadığı doktrin ve yargı uygulamaları çerçevesinde açıklanmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Vergi hukuku, defter-kayıt ve belgeler, ibraz, vergi incelemesi, vergi yargısı organları

* Bu makalenin kaynağını, 10-14 Mayıs 2017 tarihleri arasında Antalya'da yapılan 32. Uluslararası Maliye Sempozyumunda sunulan tebliğ oluşturmaktadır.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: yildirim.taylar@deu.edu.tr) (Makalenin Geliş Tarihi: 30.07.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 01.08.2018-01.08.2018/Makale Kabul Tarihleri: 02.08.2018-06.08.2018)

**SUBMISSION OF BOOKS, RECORDS AND DOCUMENTS NOT
SUBMITTED DURING TAX INSPECTION TO THE TAX
JUDICIARY ORGANS DURING JUDGEMENT PROCESS**

Abstract

The purpose of book and document method is to establish a system allowing determination of taxes and relevant accounts and statuses of taxpayers and third parties in relation with taxpayers by means of records and documentation. The aim of this system is to determine the true nature of taxable event with the help of books and documents. Since subject of proof in tax judgement is the taxable event, the books and documents serving as the means of determination of such events constitute the most important means of proof.

This study includes some assessments and determinations regarding whether books, documents and records which were not/could not be presented during tax examination can be presented to judiciary organs during judgement process or not, and recommends several solutions. In this scope, we shall endeavour to explain whether presentation to judiciary authorities, subject of this study, is possible in the context of doctrine and judiciary practices.

Keywords

Tax Law, Books-records and documents, Submission, Tax Inpection, Tax judiciary organs

GİRİŞ

Türk Vergi Sistemi, birkaç istisna hariç tutulacak olursa, genel olarak beyan esasına dayanmaktadır. Beyan esas, vergi kanunlarına ilişkin uygulamaların, bu kanunların emrettiği maddi ve şekli mükellefiyetlerin vergi ödevlileri tarafından yerine getirilmesini gerektirmektedir. Bu sistemde vergi mükellefi, vergiye tâbi işlemlerini kendisi belgelendirmekte, belgelerini kanunlara uygun bir şekilde defterlerine intikal ettirmekte, defterlerini tasdik ettirmekte, defter-kayıt ve belgelerine uygun beyanname düzenlemekte ve bu beyannameleri vergi dairesine yine vergi kanunlarında emredilen zamanlarda iletmektedir. Görüldüğü üzere Türk Vergi Sisteminin esasını oluşturan beyan esas, aslında vergi mükellefine güven duyan bir sistemi ifade etmektedir.

Beyan sisteminin etkinliği, bir ölçüde mükellef ve/veya sorumlu tarafından gerçekleştirilen işlemlerin etkin bir şekilde denetlenmesine dayandığından, vergi denetimi beyan sistemini tamamlayan bir unsur olmaktadır. Gerçekten de etkin bir denetimle desteklenmeyen beyan sistemi, vergi kaçakçılığının artması şeklinde sonuçlar doğuran vergiye karşı negatif tepkilerin gelişmesine yol açacaktır. Bu sebeptir ki Türk Vergi Sisteminde beyan sisteminin sakıncalarının giderilebilmesi amacıyla, vergi idaresine bazı denetim yetkileri tanınmış olup, bu yetkiler çerçevesinde idarece tarhiyat işlemleri gerçekleştirilebilmekte (VUK. m. 29, 30, mükerrer 30) ve idari para cezası niteliğindeki vergi cezaları kesilebilmektedir. Vergi denetimleri, vergi ödevlilerinin vergi kanunlarına göre tutmak ve muhafaza etmek zorunda oldukları defter, kayıt ve belgeler üzerinde gerçekleştirildiğinden, “gerçek usulde vergilendirme” sistemin ana çatısını oluşturmaktadır.

Türk Vergi Sistemi, vergiyi doğuran olayın belgelendirilmesi ve bu belgenin de belli süreler içinde kanunlarda belirtilen defterlere kaydedilmesi esasına dayalıdır. Belge ve kayıt düzeni adı verilen bu esasın amacı, mükelleflerin ve mükelleflerle hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili işlemlerinin, mükelleflerin servet, sermaye ve hesap durumları ile faaliyet ve hesap sonuçlarının denetlenmesi, incelenmesi ve tespitinin sağlanmasıdır¹. Diğer bir ifadeyle, defter ve belge düzeniyle amaçlanan, defter ve belgelerin yardımıyla mükellef veya onunla ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili hesap ve durumlarının ortaya çıkarılmasına olanak veren bir sistem kurulmasıdır. Bu sistemin amacı ise vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin defter ve belgelerin yardımıyla tespit edilmesidir. Vergi yargıla-

¹ Bkz. **Karakoç**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014, s. 397.

masında ispatın konusunu vergiyi doğuran olay oluşturduğundan, vergiyi doğuran olayın tespitinde araç olarak yararlanılabilen defter ve belgeler de en önemli ispat aracıdır.

Vergi Usul Kanunu'nun 253. maddesinde, *“Bu kanuna göre defter tutmak mecburiyetinde olanlar, tuttukları defterlerle üçüncü kısımda yazılı vesikaları, ilgili buldukları yılı takibeden takvim yılından başlayarak beş yıl süre ile muhafaza etmeye mecburdurlar.”* düzenlemesiyle beş yıllık muhafaza mecburiyeti getirilen mükelleflere, 256. maddesi gereğince de ayrıca bu defter ve belgeleri ibraz etme mükellefiyeti yüklenmiştir. Bu madde hükmüne göre, *“Geçen maddelerde yazılı gerçek ve tüzel kişiler ile mükerrer 257 nci madde ile getirilen zorunluluklara tabi olanlar, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda oldukları bilgilere ilişkin mikro fiş, mikro film, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri muhafaza süresi içerisinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadırlar”*. Muhafaza ve ibraz zorunluluğuna aykırı davranan mükelleflere vergi idaresi tarafından re'sen tarhiyat yapılmakta (VUK.m.30/3) ve özel usulsüzlük cezası kesilebilmektedir (VUK. mük.m.355). Ayrıca, bu defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, şartları gerçekleştiğinde “gizleme” fiili olarak vergi kaçakçılığı suçunu oluşturmaktadır². Gizlemenin sabit olması durumunda ise hem on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezası uygulanabilmekte (VUK.m.359) hem de vergi ziyanının oluşması durumunda ziyaa uğratılan verginin üç katı vergi ziyai cezası uygulanmaktadır (VUK.m.344).

Defter ve belgelerin ibraz edilmemesi durumu, yukarıda sayılan amaçların gerçekleşmesini engellediğinden cezaî yaptırımla karşılanmıştır. Hem hapis cezasına hükmedilmesi hem de şartları gerçekleşmişse üç kat vergi ziyai cezası kesilmesi sonucunu doğuran ibraz etmeme (gizleme) fiili, vergi sisteminin kanun hükümleri doğrultusunda sağlıklı bir şekilde işlemlerini engelleyen bir fiil olarak kanun koyucu tarafından takdir edilmiştir. Nitekim bir Anayasa Mahkemesi kararında da bu husus açıkça vurgulanmış ve ibraz etmeme fiiline ceza öngören Vergi Usul Kanunu hükmünün iptaline ilişkin istem reddedilmiştir. Mahkeme kararında, defter ve belgeleri ibraz etme

² *“Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir.”* (VUK.m.359/a-son).

zorunluluğunun, verginin zamanında ve tam olarak tahsili yönündeki kamu yararını gerçekleştirilmeye yönelik olduğu özellikle ifade edilmektedir³.

Görüldüğü üzere defter ve belgelerin ibraz zorunluluğu ve ibraz zorunluluğuna uymamanın yaptırımları, vergi mükelleflerinin başta kişi özgürlüğü ve güvenliği ile mülkiyet hakkı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğüne doğrudan etkide bulunmaktadır. Özellikle, ibraz etmeme fiilinin gerçekleştiği dönemlere ilişkin bütün katma değer vergisi indirimlerinin reddedilmesi, bu şekilde re'sen tarh edilen katma değer vergisine üç kat vergi ziyayı cezası uygulanması, konuyu temel hak ve özgürlükler açısından oldukça önemli bir hale getirmektedir. Bu nedenle vergi incelemesi sırasında ibraz edilmeyen defter, kayıt ve belgelerin, daha sonra yargılama aşamasında vergi yargısı organlarına ibraz edilmesi durumunun ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Çalışmada defter, kayıt ve belgelerin yargı organlarına sonradan ibraz edilmesini hem destekleyen hem de buna karşı çıkan görüşlere ve gerekçelerine yer verilmekte; yargı kararlarından hareketle bu noktada bazı önerilerde bulunmaktadır.

I. DEFTER VE BELGELERİN VERGİ YARGISI ORGANLARINA BİRAZ EDİLMESİ KONUSUNDA GÖRÜŞLER

A. Genel Olarak

İnceleme elemanına ibraz edilmeyen defter, kayıt ve belgelerin açılan bir dava sırasında yargı mercilerine ibraz edilmesi durumunda, tarhiyat ve ceza kesme işlemleriyle ilgili olarak nasıl bir karar verilmesi gerektiği konusu, aslında vergi hukukunda çok da aydınlatılmamış bir konudur. Vergi

³ “...İtiraz konusu kural, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu gereğince tutulması gereken defter, kayıt ve bu kayıtlarla ilgili belgelerin takibinin sağlanması, **vergiyi doğuran muamelelerin gerçek mahiyetinin tespitini kolaylaştırmak amacıyla tutulması zorunlu olan bu belgelerin belli bir süre saklanması ve istenildiğinde de ibraz edilmesi yükümlülüğünü getirmiştir.** / Devletin üslendiği kamu hizmetlerinin finansman kaynaklarından biri olan verginin, etkinliğini, vergi kaynaklarının en az kayıpla değerlendirilmesini sağlamak için alınan diğer önlemlerin yanında vergi kanunlarına aykırı davranışlar suç sayılmış ve bu suçlar için ceza öngörülmüştür. / Ceza siyasetinin konusu, hangi eylemlerin suç olacağını ve suç olarak kabul edilen eylemlere ne tür ve miktarda ceza verileceğini belirlemektir. Vergi suç ve cezalarında amaç, vergi yasalarının iyi biçimde uygulanarak vergi borçlarının tespiti, zamanında ve eksiksiz ödenmesinin sağlanması, böylece devletin gelir kaynaklarının güvence altına alınmasıdır. Bu durumda **defter tutma, saklama ve ibraz etme ödevlerine uyulmamasının suç kabul edilmesi, vergi borcunun tespiti ve sonuçta ödenmesini sağlayarak vergi kaybını önlemek, kamu hizmetlerinin finansmanı için gerekli fonların toplanması suretiyle kamu yararını sağlamak içindir**”. (AyM. 31.01.2007 gün ve E. 2004/31, K. 2007/11, RG. 18.05.2007 - 26526).

hukuku doktrininde pek ele alınmamış olan bu husus hakkında Danıştay kararlarında bir birlik olduğunu söylemek güçtür. Danıştay'ın vermiş olduğu bazı kararlarında bu konuya mutlak şekilde olumsuz baktığı, sonradan ibraz edilen defter ve belgeler üzerinde bir inceleme yapılmasının mümkün olmadığı yönünde kararlar verdiği görülmektedir. Buna karşılık bazı daire ve Vergi Dava Daireleri Kurulu kararlarında ise re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde konu ele alınarak, sonradan ibraz edilen defter ve belgelerin, vergi idaresinin görüşünün alınması kayıt ve şartıyla vergi yargısı organları tarafından incelenebileceğine hükmedilmektedir. Bu noktada özel daire kararları ile Vergi Dava Daireleri Kurulu kararları arasında bir ayrışmanın olduğu; hatta Vergi dava Daireleri Kurulu'nun birbirine yakın tarihli kararları arasında da bu ayrışmanın devam ettiği görülmektedir. Bu nedenle konu hakkında ortaya çıkan her iki görüşü ele almak zorunluluğu bulunmaktadır.

B. Vergi Yargısı Organlarının İnceleme Sırasında İbrahim Edilmeyen Defter ve Belgeleri İnceleyemeyeceği Yönündeki Görüş

Vergi incelemesi sırasında ibraz edilmeyen defter ve belgelerin yargı organlarına ibrazı durumunda, yargı organlarının bu defter ve belgeleri incelemek suretiyle karar vermesinin hukuka uygun olmadığı, esas itibarıyla yargı organlarının böyle bir yetkisinin bulunmadığı, defter ve belgeler üzerinde inceleme yapma yetkisinin vergi idaresine verildiği, vergi idaresinin incelemesi gereken defter ve belgelerin yargı organlarıncaya incelenip karar verilmesi durumunda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesinin 2.fıkrasında belirtilen yasağa aykırı bir sonuç ortaya çıkacağı, defter ve belgelerin sonradan ibraz edilebileceğinin kabul edilmesi durumunda vergi denetiminin işlevsiz kalacağı, bu görüşü destekleyenlerce⁴ dile getirilmektedir. Bu görüşte olan *Candan* gerekçelerini, "...*Defter ve belgelerin ibrazının, vergi inceleme elemanına yapılması esastır. Böyle olması, beyana itibar*

⁴ Bu hususta görüşler için bkz. **Candan**, Turgut: "30'uncu Yılında KDV Uygulamaları-3", <https://www.vergiportali.com/Content.aspx?Type=GuestOfMonthD&Id=4517> (Erişim: 29.08.2017); Cihangir **Özkök**, "İnceleme Elemanına İbrahim Edilmeyen Defter ve Belgelerin Yargı Aşamasında İbrahiminin KDV İndirimine Etkisi", <http://www.alomaliye.com/2017/01/20/defter-ve-belgelerin-yargi-asamasinda-ibrazi/> (Erişim: 10.02.2017); **Okumuş**, Semi/**Göze**, Mustafa Kemal: "Vergi İnceleme Elemanına İbrahimden Kaçınılan Yasal Defter ve Belgelerin Tarhiyat Sonrasında Mahkemeye İbrahim Edilmesi", (Vergi Sorunları, Sayı: 280, Ocak 2012), s. 48 vd.; **İbiş**, Recep: Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma, (Yaklaşım Yayıncılık), Ankara 2013, s. 133-142. *İbiş*, bu noktada kesin kanaat oluşturan bir ifade kullanmamakla birlikte, ileri sürdüğü görüşlerden ve yargı kararlarına ilişkin eleştirilerden, tarafımızda yazarın bu konuya olumsuz baktığı kanaati hasıl olmuştur.

ederek, mükellefin katma değer vergisi indirimlerini ilk aşamada kabul eden vergi dairesine, beyanın doğruluğunu zamanaşımı süresi içerisinde inceleyip araştırma yetkisi verilmiş olmasının amacına ve Türk Kamu İdaresi için geçerli olan “idari rejim” kurallarının gereklerine uygundur. İdari rejim kurallarına göre; kamu idaresi, idari karar alırken, bu kararın alınmasına yol açan maddi ve hukuki sebepleri (kararın sebep unsurunu), bizzat, araştırıp tespit etme görev ve yetkisine sahiptir. Bu sebeplerin araştırılması ve tespiti, birer idari yetkidir. Bu yetkinin idari yargı yerlerince kullanılması, Anayasanın 125’inci; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun da 2’nci maddesinin 2’nci fıkrasıyla yasaklanmıştır. Bunun sonucu olarak; idareye ibraz edilmeyen belge ve defterlerin yargı yerine ibrazı sonucu, bu belge ve defterlere dayanılarak hüküm kurulmasının anılan idari yetkinin yargı yerince kullanılarak vergilendirme işleminin idarece dayanılan (defter ve belgeler haklı bir neden gösterilmeksizin incelemeye ibraz edilmediğinden, mükellefin indirim hakkından yararlanamayacağı şeklinde kurulan) sebebinin değiştirilmesi sonucu yaratması kaçınılmazdır./ ... İdari Yargılama Usulü Kanununun 20’nci maddesinde idari yargı yerlerine, idarenin kendi inceleme ve araştırmaları sonucu işlemine dayanak aldığı maddi ve hukuki sebebin gerçeğe ve hukuka uygunluğunun her türlü araçla ortaya çıkarılması amacıyla, tanınan re’sen araştırma yetkisi, idarece yapılamayan inceleme ve araştırmaların, idarenin yerine geçerek, idari yargı yerince yapılmasına olanak vermeyeceğinden, idareye ibraz edilmeyen ve bu nedenle gerçek mahiyet incelemesine tabi tutulamayan belgelere dayanılarak, davada karar verilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, idari işlemin tesisinden sonra, yargı yerince yapılacak veya bilirkişiye yaptırılacak inceleme ve araştırmaların sonucuna göre, maddi olayın değişiklik göstermesi olası bulunduğu gibi; ibraz edilmeyen defterlerdeki kayıtların, yasal süresi içerisinde yapıldığının, bu sürenin sona ermesinden sonra, mahkemece tespiti de mümkün değildir. Bu bakımdan; mücbir sebep olmaksızın incelemeye ibraz edilmeyen defter ve belgelerin mahkemece incelenmesi, vergi incelemesinden amaçlanan sonuçları ortadan kaldıracığından, davada, bu defter ve belgelere dayanılarak karar verilmesi hukuken kabul edilemez.” şeklinde ortaya koymuştur.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu da 2012 yılında vermiş olduğu bir kararında, defter ve belgelerin sonradan ibraz edilmesi durumunda yargı organları tarafından incelenemeyeceği yönünde karar vermiştir. Kurul, ibraz edilmeyen defter ve belgelerin vergi mahkemelerine ibraz edilmesi sonucu incelenmesinin vergi denetimini işlevsiz kılacağı, defterlerin ibraz edilemesinin re’sen tarhiyat sebebi olarak düzenlendiği, vergi mahkemesinin

görevinin idari yargı mercilerinin gerçekleştirdikleri işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesiyle sınırlı olduğu gerekçeleriyle böyle bir sonuca varmıştır⁵.

C. Vergi Yargısı Organlarının İnceleme Sırasında İbrahim Edilmeyen Defter ve Belgeleri İnceleyebileceği Yönündeki Görüş

Diğer bir görüş ise vergi yargısı organlarının sonradan ibraz edilen defter, kayıt ve belgeleri inceleyebileceği yönündedir. Bu görüşte olanlara göre vergi yargısında egemen bir ilke olan re'sen araştırma ilkesi, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin tespitini gerektiren ekonomik yaklaşım ilkesi, delil serbestisi ilkesi sonradan ibraz edilen defter, kayıt ve belgelerin incelenmesini gerektirmektedir⁶.

Danıştay'ın bu konudaki genel yaklaşımı, inceleme sırasında inceleme elemanına ibraz edilmeyen defter ve belgelerin vergi mahkemesine ibraz edilmesi durumunda inceleneceği; ancak vergi mahkemelerince, bu defter ve belgeler üzerinde vergi dairesince inceleme yapılmasından sonra bir karar verilmesi gerektiği yönündedir. Bir kararında Danıştay, geçerli bir nedene dayanmadan ibraz edilmeyen defter ve belgeler üzerinde ancak vergi idare-

⁵ “...Olayda; temyize konu karara dayanak alınan defter ve belgelerin, davacıya usulüne uygun olarak tebliğ edilen yazı ile ibraz edilmesi istenilmiş olmasına rağmen, inceleme elemanına ibraz edilmediği sabittir. Davacı, ibraz etmeme keyfiyetine gerekçe olarak, hiçbir neden göstermediği gibi sadece şifahi olarak evrak, belgeler ile mal alış ve satış faturalarını inceleme elemanına götürdüklerini ancak, gerek olmadığı ifade edilerek alınmadığını ileri sürmektedir. Defter ve belgelerin muhafaza biçim ve süreleri ile ibraz yükümlülüğünü düzenleyen yasal hükümler karşısında, ileri sürülen bu hususların haklı mazeret olarak kabulü mümkün değildir. / Dolayısıyla, hiçbir mücbir sebep bulunmaksızın defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacının daha sonra dava aşamasında bunları mahkemeye ibraz edebileceği yönündeki istemi vergi incelemesinden amaçlanan sonuçların ortadan kaldırılmasına sebebiyet verebileceğinden ve Katma Değer Vergisi Kanunu ile getirilen esaslara uygun olmadığından, ara kararı ile defter ve belgelerin mahkemeye ibrazının istenmesi ve bu defter ve belgeler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi hukuka uygun görülmemiştir.” (Dş. VDDK. 26.12.2012 gün ve E. 2010/707, K. 2012/618, www.kazanci.com.tr).

⁶ Bu yönde bkz. Ağar, Serkan: Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbrahim Etmeme Suçu, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2016, s. 135-136; Ateşagaoglu, Erdem: “Vergi Usul Kanunu Md. 3/B Hükmü Çerçevesinde KDV İndirimi Uygulamasının Değerlendirilmesi”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XX, Yıl: 2016, Sayı:1), s. 248-249; Şeker, Sakıp: “Defter ve Belgelerin İnceleme Elemanına İbrahim Edilmemesinin Sonuçları”, <https://www.kanitymm.com.tr/makale/2000-08%20YAKLASIM%20-%20DEFTER%20VE%20BELGELERIN%20İNCELEME%20ELEMENINA%20İBRAZ%20EDILMEMESININ%20SONUCLARI.pdf>, s. 6.

sine tanınan yetki ve tekniklerle bir inceleme yapılabileceği, vergi mahkemesinin vergi incelemesi sırasında ibraz edilmeyen belgeler nedeniyle yüklenilen katma değer vergisinin Katma Değer Vergisi Kanunu'na uygun bir şekilde indirilebilen vergilerden olup olmadığı hususunda vergi idaresinin görüşünü almadan bir karar veremeyeceği şeklinde hüküm kurmuştur⁷. Bu yönde diğer bir kararında Danıştay, "...İdari yargı yetkisi idari eylem ve

⁷ "...Kendisinden bu amaçla istenen defter ve belgelerini hukuken geçerli bir neden göstermeksizin ibrazdan ve vergi idaresinin denetiminden kaçınan davacının, emtia aldığı kişi ve kurumlardan temin ederek yargılama sırasında ibraz ettiği alış belgeleri fotokopileri üzerinde yargı yerince, vergi idaresine tanınmış yetki ve tekniklerle inceleme yapılamayacağından, indirim konusu yapılan vergilerin gösterildiği faturaların gerçekten yapılmış bir teslim dayandığının ve yüklenilmiş vergi olduğunun yargılama usulünde öngörülen herhangi bir başka incelemeyle ortaya çıkarılması olanaklı değildir. Esasen davanın, vergi idaresi tarafından kendisine ibraz edilmemiş olması nedeniyle yasanın öngördüğü şekilde indirilmesi olanaklı vergilerden oluşup oluşmadığı henüz belirlenememiş olan kayıt ve belgeler hakkında hiçbir görüş belirtmesine olanak tanınmadan sonuçlandırılması da İdari Yargılama Usulü Kanununa uygun düşmeyecektir. .../ İncelenen bu davanın çözümü, davacı tarafın davasına kanıt olmak üzere yargı yerine sunduğu ancak, daha önce vergi idaresine ibraz edilmemiş faturaların gerçekten yapılmış bir teslim dayandığı ya da aksi yönde bir belge olduğu konusundaki saptamaya bağlı olduğu gibi böyle bir saptama ancak, vergi idaresi tarafından yapılabileceğinden, vergi mahkemesine sunulan belgeler hakkında vergi idaresinin bilgi ve tespitlerine başvurulması gerekmektedir. Yaptığı vergilendirmeye karşı açılan davanın tarafı olan vergi idaresinin, ancak yargılama sırasında ulaşabileceği belgeler hakkında gerek biçimsel yönden, gerekse belgelerin temsil ettiği hukuki muamelelerin gerçekliği konusundaki saptamaları, kendisine Vergi Usul Kanununun tanıdığı yetki ve tekniklere göre yapacağı kuşku yoktur. Davalı idarenin; vergi mahkemesince gerekli görülmesi üzerine yapacağı saptamayı bir inceleme raporuna dayandırması halinde bu incelemenin, görülmekte olan davanın konusuyla sınırlı olması da gerektiğinden, davacı adına aynı nedene dayanılarak yeni bir vergilendirme yapılmasına olanak sağlamaya elverişli olmayacağı açıktır. / Vergi Mahkemesince davacıdan, emtia aldığı kişi ve kurumlardan temin edeceği alış belgeleri fotokopilerinin ibrazı istendikten sonra vergi idaresi de haberdar edilerek, sözü edilen belgelerin temsil ettiği hukuki muamelelerin gerçekliği ve indirilen vergilerin gerçekten yüklenilmesine ilişkin görüşünün sorulduğu ara kararına cevaben gönderilen 6.12.2005 günlü ve 21816 sayılı yazıda, ... Demir Yapı Malzemeleri Yakıt Ticaret ve Nakliyat Limited Şirketinin alışlarını, gerçek bir teslim dayandıran faturalar düzenlediğine ilişkin vergi inceleme raporu bulunan kişi ve şirketlerden yaptığı; diğer faturalar hakkında itirazı gerektirecek bir husus bulunmadığının belirtilmesi nedeniyle dosyaya ibraz edilen faturalardaki katma değer vergilerinin indirilebileceği sonucuna ulaşılarak hüküm kurulduğu anlaşıldığından, vergi mahkemesi tarafından yukarıda değinilen usule uygun bir şekilde davacının emtia aldığı kişi ve kurumlardan temin ederek ibraz ettiği alış faturaları fotokopilerinin davalı idareye gönderilerek görüşünün alınması ve bu konuda verilen yazıdaki tespitler değerlendirilerek verilen ısrar hükmünde yargılama usulüne ve hukuka aykırılık görülmemiştir". (Dş. VDDK. 22.01.2010 gün ve E. 2008/372, K. 2010/12, www.kazanci.com.tr).

işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı bulunan idari yargı yerlerinin; vergi inceleme elemanına ibraz edilmediği için biçimselliğinin, gerçek mahiyetle uyumlu olup olmadığı tespit edilemeyen defter ve belgelere dayanarak karar vermesi, vergi idaresine ait olan inceleme yapma ve defter kayıtları ile bu kayıtların dayanağı belgelerin gerçek durumla uyumlu olup olmadığını araştırma yetkisinin, idari yargı yerince kullanıldığı anlamına gelmektedir. / 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29 ve 34 üncü maddeleri uyarınca ihtilaflı dönemde indirim konusu yapılan katma değer vergilerinin, davacı şirkete yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda yer alıp almadığının ve defterlerinde kayıtlı olup olmadığının tespiti için, ibraz edilecek bu faturalardan vergi dairesi de haberdar edilip, gerçek mal teslim ve hizmet alımına ilişkin olup olmadıklarının araştırılması sağlandıktan sonra, bu araştırma sonucu değerlendirilmek suretiyle dava hakkında karar verilmesi gerekirken indirim konusu yapılan katma değer vergilerinin yer aldığı belgelerin yükümlü şirketin defterlerine kayıtlı ve beyanlarıyla uyumlu olduğundan bahisle tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.” şeklinde karar vermek suretiyle benzer bir gerekçeye dayanmıştır⁸. Benzer yönde çok sayıda Danıştay kararı bulunmaktadır⁹. Danıştay’ın bu kararlarında, vergi inceleme elemanına ibraz edilmeyen defter ve belgelerin vergi mahkemelerine ibraz edilebileceği, vergi mahkemelerinin bu defter ve belgeler üzerinde vergi idaresi tarafından bir inceleme yapılmasına olanak sağlaması gerektiği, vergi idaresinin görüşü ve ayrıca gerek görüldüğü takdirde bilirkişiye başvurmak suretiyle ortaya çıkan görüş dikkate alındıktan sonra bir karar verileceği vurgulanmaktadır.

Vergi Dava Daireleri Kurulu’nun 2012 tarihli ve konuya olumsuz bakan kararından sonra yeni tarihli özel daire kararlarında ise eski içtihatlar doğrultusunda, vergi mahkemesinin inceleme yapabileceğine hükmedilmiştir. Bir kararında Danıştay 9. Dairesi¹⁰, “...2577 Sayılı İdari Yargılama

⁸ Dş. VDDGK. 07.12.2001 gün ve E. 2001/441, K. 2001/469, www.kazanci.com.tr).

⁹ Bu yönde kararlar için bkz. Dş. VDDGK. 24.12.2004 gün ve E. 2004/145, K. 2004/204, www.kazanci.com.tr; Dş. VDDK. 22.01.2010 gün ve E. 2008/38, K. 2010/14, www.kazanci.com.tr; Dş. VDDGK. 27.12.2002 gün ve E. 2002/437, K. 2002/558, www.kazanci.com.tr; Dş. 9. D. 14.09.2000 gün ve E. 1999/4586, K. 2000/2469, www.kazanci.com.tr; Dş. 7. D. 15.04.2002 gün ve E. 2001/3609, K. 2002/1537, www.kazanci.com.tr.

¹⁰ Dş. 9. D. 30.03.2017 gün ve E. 2014/6558, K. 2017/3429, www.kazanci.com.tr; Aynı yönde kararlar için bkz. Dş. 9. D. 13.02.2017 gün ve E. 2016/15651, K. 2017/1585, www.kazanci.com.tr; Dş. 9. D. 03.03.2016 gün ve E. 2013/8535, K. 2016/1137, www.kazanci.com.tr.

Usulü Kanununda re'sen araştırma ilkesi benimsenmiş, aynı Kanunun 31. maddesinin atıfta bulunduğu 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinde, hakimin özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir konuda bilirkişi incelemesi yaptırmaya yetkili olduğu belirtilmiştir. / Olayda, davacı tarafından hem dava dilekçesinde hem de temyiz dilekçesinde defter ve belgelerin incelenmek üzere hazır olduğunun belirtildiği görüldüğünden, yukarıda sözü edilen re'sen araştırma ilkesi uyarınca Vergi Mahkemesince vergi dairesi de haberdar edilmek suretiyle, söz konusu belgelerin gerçekten alış yapılan emtialara dair alış faturaları olup olmadığının araştırılması ve gerçek alış faturaları gözönüne alınarak ödenecek verginin tespiti için bu defter ve faturalar üzerinde gerekirse bilirkişi incelemesi de yaptırılarak hasıl olacak duruma göre bir karar verilmesi gerektiğinden, böyle bir inceleme yapılmaksızın verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.” şeklinde karar vermiştir.

Danıştay'ın bu konu ile ilgili vermiş kararlarda ortak bir içtihada ulaştığını söylemek güçtür. Bu konuda Vergi Dava Daireleri Kurulu kararları ile özel daire kararları arasında bir yaklaşım farkı bulunmaktadır. Ancak özel daire kararları dikkate alındığında Danıştay'ın genel yaklaşımının, vergi mahkemelerinin sonradan ibraz edilen defter ve belgeleri inceleyebileceği yönünde olduğu görülmektedir.

II. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Vergi Denetiminin Etkinliği Bakımından Değerlendirme

Sonradan yargı organlarına ibraz edilen defter ve belgelerin incelenmeyeceği yönündeki görüşün bir gerekçesi, bu defter ve belgelerin incelenmesine olanak verilmesi durumunda vergi denetiminden beklenen amacın hâsıl olmayacağı, vergi denetiminin etkisizleşeceği düşüncesidir¹¹.

Bilindiği üzere Türk Vergi Sistemi beyan esasına dayanmaktadır. Beyan esasının ideal bir vergi sisteminin yöntemi olduğu, bu beyanın bir itiraf niteliği taşıdığı ifade edilmekle¹² birlikte bu beyanlar vergi dairesi

¹¹ Hatta “Kanunun açıkça suç olarak tanımladığı bir eylemi gerçekleştiren mükelleflerin hapis cezasına mahkûm olmayı göze alarak idarenin denetiminden kaçırdıkları defter ve belgelerinin, yargı mercilerince hukuken geçerli delil olarak kabul edilmesinin; suç teşkil eden eylemlerin ödüllendirilmesi sonucunu yarattığı ve bunun hukuka aykırı olduğu...” (Okumuş/Göze, s. 48) ifade edilmiştir.

¹² Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, Vergi Hukuku, 25. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2016, s. 98; Abdurrahman Akdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 11. Baskı, (Gazi Kitabevi), Ankara 2013, s. 102-103.

tarafından denetlenebilmektedir. Vergi mükellefi, süresi içinde ve usulüne uygun olarak vergiyi doğuran olayı vergi dairesine bildirmekte ve vergilendirme işlemleri bu beyana göre gerçekleştirilmektedir. Ancak mükellef ve/veya sorumluların beyan ödevini hiç yerine getirmemesi, eksik yerine getirmesi, hatta mükellefiyetini ya da mükellefiyetini etkileyen durumları gizlemesi de mümkündür¹³. Bu gerekçelerle, Vergi Usul Kanunu'nda vergi idaresine vergi mükellef veya sorumlularını denetlemeye yönelik bazı denetim yolları ihdas edilmiştir. Vergi idaresine tanınan bu denetim yolları başta vergi incelemesi olmak üzere yoklama, arama ve bilgi toplamadır¹⁴. Bu denetim yolları sonucunda mükellefin vergi kanunları karşısındaki hukuki durumu ortaya konabilmektedir. Defter, kayıt ve belgelerin vergi inceleme elemanına, vergi incelemesi sırasında ibraz edilmemesi "gizleme" fiili olarak ve suç sayılarak (VUK.m.359/a) cezalandırılmakta ve ayrıca mükellefin katma değer vergisi indirim hakkını defter, kayıt ve belgeler üzerinde ispat etmemesi nedeniyle ilgili dönem katma değer vergisi indirimleri reddedilerek üç kat vergi ziyayı cezalı katma değer vergisi tarhiyatı yapılmaktadır.

Kanaatimizce, inceleme elemanına ibraz edilmeyen defter ve belgelerin vergi mahkemelerine ibraz edilmesinin ve vergi mahkemeleri tarafından bu defter ve belgeler üzerinde vergi idaresinin görüşünü almak kaydıyla inceleme yapılmasının vergi denetimi işlevsiz hale getireceği görüşüne katılma olanağı bulunmamaktadır. Defter ve belge ibraz etmeme fiili, "gizleme" olarak kabul edilmek suretiyle Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesi gereğince on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmakta ve ayrıca ibraz ödevini yerine getirmeyen vergi ödevlisine yine aynı Kanun'un mükerrer 355. maddesi gereğince özel usulsüzlük cezası kesilmektedir. Defter ve belgeleri gizleme suçu, neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan¹⁵ defter ve belgelerin sonradan ibraz edilmesi, tamamlanmış olan vergi

¹³ **Karakoç**, Genel Vergi, s. 317-318.; Doğan **Şenyüz** / Mehmet **Yüce** / Adnan **Gerçek**, Vergi Hukuku, 9. Baskı, (Ekin Kitabevi), Bursa 2018, s. 164.

¹⁴ Denetim yolları hakkında bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 101 vd.; Sadık **Kırbaş**, Vergi Hukuku, 19. Baskı, (Siyasal Kitabevi), Ankara 2012, s. 154 vd.; **Akdoğan**, s. 103 vd.; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 316 vd.; **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, Vergi Hukuku, s. 165 vd.; Nihal **Saban**, Vergi Hukuku, 8. Baskı, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2016, s. 447 vd.; Erdoğan **Öner**, Vergi Hukuku, 4. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2014, s. 92 vd.; S. Ateş **Oktar**, Vergi Hukuku, 12. Baskı, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2017, s. 218 vd.

¹⁵ Doğan **Şenyüz**, Vergi Ceza Hukuku, 8. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2015, s. 446; **Ağar**, s. 186. Defter, kayıt ve belgelerin ibraz edilmemesinin davranışın tamamlanması için yeterli koşul olduğu yönünde bkz. İbrahim Nihat **Bayar**, Vergi Kaçakçılığı, (Mali Akademi Yayınları), Ankara 2013, s. 103-104. *Şenyüz'e* göre usulüne uygun tebligat

kaçakçılığı suçunu ortadan kaldırmayacak ve fail vergi kaçakçılığı suçundan hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûm olacaktır¹⁶. Bu nedenle defter ve belge ibraz etmeme (gizleme) fiili için öngörülmüş olan hürriyeti bağlayıcı ceza, vergi denetiminin işlevsiz hale gelebileceği endişesini ortadan kaldırmaktadır.

Defter ve belgeleri gizleme suçu için Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen ceza on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezası olduğundan, hükmedilecek bu ceza hakkında, şartların gerçekleşmesi durumunda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231.maddesinde belirtilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi durumunda, gizleme fiili için öngörülen yaptırımın işlevsiz kalacağı gibi bir düşünce akla gelse de kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, her koşulda verilecek bir karar olmayıp, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231.maddesinde düzenlenen şartların gerçekleşmesi durumunda bu karar verilebilmektedir. Ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi durumunda sanık beş yıl süre ile denetimli serbestliğe tabi tutulmaktadır. Bu süre içinde sanığın kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik hükümlerini ihlal etmesi durumunda hüküm açıklanmaktadır (CMK.m.231/8-11). Bu nedenle Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen bu hükümler, cezanın işlevsiz hale gelmesine yol açmadığı gibi, cezanın caydırıcılık amacının gerçekleşmesine de hizmet etmektedir.

B. Re'sen Araştırma İlkesi Bakımından Değerlendirme

Vergi mükellefi ve/veya sorumluları tarafından sonradan ibraz edilen defter ve belgelerin yargı organları tarafından incelenip incelenemeyeceğine ilişkin tartışmaların bir diğer dayanak noktası da konunun re'sen araştırma ilkesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususudur. Yargı

yapılıp süre verildikten sonra ibraz için verilen sürenin son günü suç tarihi olacaktır. Ayrıca mükellefin istenen defter ve belgelerin herhangi bir sebeple kendisinde olmadığını bildirerek ibrazdan kaçınması halinde, bu bildirim yapıldığı tarihte suç işlenmiş sayılacaktır. Çünkü bu durumda ibraz için süre verilmesi faydasızdır. (Şenyüz, s. 453-454). Suç tarihi ile ilgili benzer bir değerlendirme için bkz. Hasan Hüseyin Bayraklı, Vergi Suç ve Kabahatleri, Afyonkarahisar 2011, s. 65.

¹⁶ Defter ve belgelerin sonradan vergi mahkemesi veya ceza mahkemesine ibraz edilmesi durumunda, sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği yönünde görüş bulunmakta ise de (Ağar, s. 138), defter ve belgeleri gizleme suçunun neticesi harekete bitişik bir suç olması nedeniyle, sonradan ibrazın tamamlanmış suç bakımından bu yönde bir sonuç doğurmasının hukuken mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

organlarının bu incelemeyi yapıp karar verebileceğini destekleyen görüşler, konuyu re'sen araştırma ilkesi kapsamında değerlendirirken; aksi görüşte olanlar ise vergi incelemesi sırasında ibraz edilmeyen defter ve belgelerin yargı organlarıncı incelenmesinin bu ilke kapsamında değerlendirilmeyeceğini ileri sürmektedirler. Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararda¹⁷ “...davacı tarafından hem dava dilekçesinde hem de temyiz dilekçesinde defter ve belgelerin incelenmek üzere hazır olduğunun belirtildiği görüldüğünden, yukarıda sözü edilen re'sen araştırma ilkesi uyarınca Vergi Mahkemesince vergi dairesi de haberdar edilmek suretiyle, söz konusu belgelerin gerçekten alış yapılan emtialara dair alış faturaları olup olmadığının araştırılması ve gerçek alış faturaları gözönüne alınarak ödenecek verginin tespiti için bu defter ve faturalar üzerinde gerekirse bilirkişi incelemesi de yaptırılarak hasıl olacak duruma göre bir karar verilmesi gerektiğinden...” şeklinde karar verilerek, re'sen araştırma ilkesine açıkça atıf yapılmaktadır.

Ceza yargılamasında olduğu gibi vergi yargılaması hukukunda re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu yargılama hukuku dallarında kamu hukuku kuralları uygulanıp kamu düzeninin sağlanması amaçlandığından, hâkimin gerek gördüğü konuları re'sen araştırması ya da nazara alması gerekliliği bulunmaktadır. Vergi yargılaması da idarenin hukuka bağlılığı sorunu ile ilgilendiğinden tüm toplum çıkarı, dolayısıyla kamu düzeni ile yakından ilgilidir¹⁸.

Vergi yargılaması hukukunda re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğu için hâkim, davanın taraflarından bağımsız olarak davanın maddi temelini aydınlatmak ve bunun için gerekli bütün olayları ve ispat araçlarını yargılamaya getirmek ve incelemekle yükümlüdür¹⁹. Diğer bir ifadeyle vergi hâkimi, tarafların ileri sürdüğü delillerle bağlı değildir ve delillerin araştırılmasında ve davanın yürütülmesinde kendiliğinden hareket etme yetkisine sahiptir²⁰.

¹⁷ Bkz. Dş. 9. D. 30.03.2017 gün ve E. 2014/6558, K. 2017/3429, www.kazanci.com.tr.

¹⁸ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 210.

¹⁹ Bkz. **Karakoç**, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukuku, 4. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2017, s. 261.

²⁰ **Öncel/Kumrulu/Çağan**, s. 210; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 908; **Karakoç**, Vergi Yargılaması, s. 261; **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, Vergi Hukuku, s. 297-298; **Candan**, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2017, s. 612-614; **Bayraklı**, Hasan Hüseyin: Vergi Yargılama Hukuku, Afyonkarahisar 2013, s. 134; **Bilici**, Nurettin: Vergi Hukuku, (Savaş Yayınevi), 44. Baskı, Ankara 2018, s. 183; **Kalabalık**, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 10 Baskı, (Sayram Yayınları), Konya 2016, s. 219; **Bahçeci**, Barış: “Vergi Mahkemesinin Tarhiyat Tutarını Vergi İdaresi Yerine Belirlemesi”, (Üçüncü Genç Vergi Hukukçuları Konferansı, Konferans Kitabı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015), s. 122, 126.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan ve doktrinde re'sen araştırma ilkesinin dayanağı olarak ifade edilen "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler.*" hükmü idari yargı organlarına her türlü incelemeyi yapma²¹ hak ve yetkisi vermektedir²². Bu bakımdan re'sen araştırma ilkesinin hem maddi olayın belirlenmesine hem de delillerin teminine yönelik bir kapsama sahip olduğu ifade edilmiştir²³.

Vergi mahkemeleri başta olmak üzere vergi yargısı organlarının yapmış olduğu yargılama, kamusal bir mali yükümlülük olan vergi ile ilgili tarhiyatların ve bu tarhiyatlarla bağlantılı vergi cezalarının (özellikle vergi ziyaı cezasının) hukuka uygun olup olmadığının ortaya çıkarılması amacına yöneliktir. Bu nedenle vergi mahkemelerinde yapılan yargılamanın amacı esas itibarıyla malidir. Vergi hukukunda ispatı gereken konu vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyeti olduğuna göre, bu gerçek mahiyetin ortaya çıkarılmasına yönelik her türlü inceleme de vergi mahkemelerinin yetkisi dâhilindedir. Nitekim İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler.*" hükmü, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin ispatı konusunda vergi mahkemelerine her türlü incelemeyi yapma yetkisi vermektedir.

²¹ İdari Yargılama Usulü Kanunu "*her çeşit inceleme*"yi bu ilke kapsamında değerlendirdiğinden, bu incelemede sadece tarafların farklı düşündükleri konuların değil, uyuştukları konuların da incelenmesi gerektiği, inceleme sırasında tarafların olayı nasıl tanımladıklarının bir öneminin bulunmadığı yönünde görüş için bkz. **Bayraklı**, Vergi Yargılama Hukuku, s. 134-135.

²² "...*Madde hükmü uyarınca, idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargı yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasından da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilirler. Tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya yönelebilecekleri gibi maddi olayın gerçeğe uygunluğunun araştırılması için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabilirler.*" (Dş. 3.D. 21.10.1997 gün ve E. 1996/3153, K. 1997/3537, www.kazanci.com.tr).

²³ Bu hususta bkz. **Karakoç**, Vergi Yargılaması, s. 263-266; **İbiş**, s. 59 vd.

İdarenin gerçekleştirdiği tarhiyat ve ceza kesme işlemlerinin vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetini yansıtıp yansıtmadığı yönündeki inceleme, aynı zamanda vergi mahkemelerinin temel varlık sebebini de oluşturmaktadır. Bu nedenle mükellefin gerçekte katma değer vergisi indirimi hakkına sahip olup olmadığının ortaya çıkarılmasına yönelik her türlü araştırma ve inceleme de re'sen araştırma ilkesi kapsamında yer almaktadır²⁴. Dolayısıyla vergi yargısı organlarının sonradan ibraz edilen defter ve belgeleri, vergi idaresinin de incelemesine olanak tanıyarak incelemesinin re'sen araştırma ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

C. İYUK. m.2/2 Hükümü Bakımından Değerlendirme

1. Genel Olarak

Danıştay'ın bazı kararlarında, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerin delik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler.*” hükmüne atıf yapılarak, vergi incelemesi sırasında ibraz edilmeyen defter ve belgelerin vergi mahkemesince incelenmesinin bu hükme aykırılık oluşturduğu şeklinde kararlar verilmektedir²⁵. Bu görüş, bazı yazarlar tarafından da gerekçe olarak ileri sürülmektedir²⁶.

²⁴ Re'sen araştırma ilkesinin, vergi mahkemesine idari yargılamanın hüküm aşamasında değil, tahkikat evresinde kullanılabilir bir nitelik taşıdığı, vergi mahkemesine vergi idaresi yerine geçerek olması gerekeni hüküm altına almak ya da uyumsuzluğu nihai olarak çözmek yetkisi vermediği yönünde bkz. **Bahçeci**, s. 126.

²⁵ “...Dosyanın incelenmesinden, davacının 2004 yılına ait yasal defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmemesi nedeniyle katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle tarhiyat yapıldığı, bu tarhiyata karşı açılan davada yasal defter ve belgelerin Mahkemeye ibraz edilmesi üzerine Vergi Mahkemesince re'sen araştırma ilkesi uyarınca defter ve belgeler incelenerek karar verildiği anlaşılmaktadır.

Uyumsuzlukta; defter ve belge isteme yazısının 10.4.2007 tarihinde ...'e, 4.9.2007 tarihinde de ...'e tebliğ edildiği, buna karşın verilen süre içinde defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmediği sabittir. Davacı, ibraz etmeme keyfiyetine gerekçe olarak istenilen defter ve belgelerin bütün aramalara rağmen bulunamamasını göstermiş ise de ileri sürülen bu hususların, defter ve belgelerin muhafaza biçim ve süreleri ile ibraz yükümlülüğünü düzenleyen yasal hükümler karşısında haklı mazeret olarak kabulü mümkün değildir. / Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun “idari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı” başlıklı 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasında “idari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır.

İdari mahkemeler yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlar ile gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.” hükmü yer almaktadır.

Bu hükme göre idari yargı yerlerinin denetim yetkisi, kanunların idari makamlara bıraktığı yetkilerin kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılmasını kapsar; yoksa söz konusu yetkilerin idari yargı yerlerinde kullanılması sonucunu yaratmaz.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20 nci maddesinde düzenlenen re'sen araştırma yetkisi, idarenin kendi yetkisini kullanarak yapmış olduğu inceleme ve araştırmaya dayalı idari işlemde kaynaklanan idari uyumsuzluğun çözümü için gerekli belge ve bilgilerin, davaya bakan yargı yerine sağlanması amacıyla, bir başka anlatımla dava konusu yapılan idari işlemin hukuka uygunluğunu denetleme amacıyla güder. Buna göre, davacının tutum ve davranışı ile idarenin inceleme ve araştırma yapmasını önlemesi sonucu tesis edilen işlemin iptal davasına konu edilmesi durumunda, idari yargı yerinin idarece yapılamayan inceleme ve araştırmayı yapması idarenin yerine geçmesi sonucunu doğuracağından böyle bir inceleme ve araştırma yapılmasının re'sen araştırma yetkisinin kullanılması olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. / Vergi incelemesi yapmaya yetkili denetim elemanına ibraz edilmediği için, biçimsel varlığının gerçek mahiyetiyle uyumlu olup olmadığı tespit edilemeyen defter ve belgelerin, davacı lehine verilecek karara dayanak alınması, vergilemede esas olan “gerçek mahiyetin biçimselliğe feda edilmesi anlamına gelir. Bu bakımdan, gerçek mahiyetiyle uyumlu olduklarının, idari yargı yerince saptanmasına olanak bulunmayan; aksine, yetkili inceleme elemanına ibraz edilmedikleri için, kanıt olma değerini yitiren defter ve belgelere dayalı olarak davacı lehine karar verilemez. / Diğer taraftan, idari yargı yerinin görevi, idari işlemin tesis edildiği tarihte yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olup olmadığını denetlemek olduğundan, idari işlemin tesis tarihinden sonra yargı yerince yapılacak veya bilirkişiye yaptırılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi bu yönüyle de mümkün değildir. / Bu durumda, yukarıda açıklandığı üzere mücbir sebep hali olmaksızın defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyerek indirim hakkından yararlanmak için yasal koşullardan birini yerine getirmeyen davacı adına katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle yapılan cezalı tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmamaktadır...” (Dş. 4. D. 22.06.2012 gün ve E. 2009/5371, K. 2012/3664, www.kazanci.com.tr). “...2577 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinde düzenlenen re'sen araştırma yetkisi, idarenin kendi yetkisini kullanarak yapmış olduğu inceleme ve araştırmaya dayalı idari işlemde kaynaklanan idari uyumsuzluğun çözümü için gerekli belge ve bilgilerin, davaya bakan yargı yerine sağlanması amacıyla, bir başka anlatımla dava konusu yapılan idari işlemin hukuka uygunluğunu denetleme amacıyla güder. Buna göre davacının tutum ve davranışı ile idarenin inceleme ve araştırma yapmasını önlemesi sonucu tesis edilen işlemin iptal davasına konu edilmesi durumunda, idari yargı yerinin idarece yapılamayan inceleme ve araştırmayı yapması idarenin yerine geçmesi sonucunu doğuracağından böyle bir inceleme ve araştırma yapılmasının re'sen araştırma yetkisinin kullanılması olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. / Böyle olunca; vergi mahkemelerinin vergi idaresine ait vergi incelemesi ve karşıt inceleme yapma yetkisinin kullanılmasının hukuka uygunluğunu denetlemekle yetinecekleri; onların yerine geçerek, vergi incelemesi ve karşıt inceleme yoluyla defter kayıtlarının ve bu kayıtların

Hüküm gereğince yargılama yetkisinin 4 sınırı olduğu ifade edilebilir²⁷.

- 1) Hukuka uygunluk denetimi yapılabilir, yerindelik denetimi yapılamaz.
- 2) Kanunlarda gösterilen şekillerde kullanılan yürütme görevini kısıtlayacak bir şekilde yargısal denetim yapılamaz.

dayanağı olan belgelerin gerçek durumla uyumlu olup olmadıklarını araştırmaya-
cakları tabiidir. Bunun sonucu olarak, vergi incelemesi yapmaya yetkili denetim elama-
nına ibraz edilmediği için, biçimselliğinin gerçek mahiyetle uyumlu olup olmadığı tespit
edilemeyen defter ve belgelerin, çıkan uyumsuzluk dolayısıyla açılan idari davada, karşıt
inceleme yetkisi bulunmayan idari yargı yerince, davacı lehine verilecek karara dayana-
nak alınması, vergilemede esas olan “gerçek mahiyet”in biçimselliğe feda edilmesi
anlamına gelir ki, vergiyle ilgili muamelelerinin gerçek mahiyetlerini vergi idaresinin
denetiminden kaçırmayı düşünen vergi mükelleflerinin, bunu sağlamak amacıyla, defter
ve belgelerinin inceleme elemanı yerine yargı yerlerine ibrazını yeğlemelerine yol
açabilecek böyle bir anlayışa Kanun Koyucu’nun izin vereceği düşünülemez. Bu
bakımdan; gerçek mahiyetle uyumlu olduklarının, idari yargı yerince saptanmasına
olanak bulunmayan defter ve belgelere dayanılarak, bir idari davada, davacı lehine
karar verilemez”. (Dş. VDDK. 26.12.2012 gün ve E. 2010/707, K. 2012/618,
www.kazanci.com.tr).

²⁶ “...İdari rejim kurallarına göre; kamu idaresi, idari karar alırken, bu kararın alınma-
sına yol açan maddi ve hukuki sebepleri (kararın sebep unsurunu), bizzat, araştırıp
tespit etme görev ve yetkisine sahiptir. Bu sebeplerin araştırılması ve tespiti, birer idari
yetkidir. Bu yetkinin idari yargı yerlerince kullanılması, Anayasanın 125’inci; 2577
sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun da 2’nci maddesinin 2’nci fıkrasıyla yasaklan-
mıştır. Bunun sonucu olarak; idareye ibraz edilmeyen belge ve defterlerin yargı yerine
ibrazı sonucu, bu belge ve defterlere dayanılarak hüküm kurulmasının anılan idari
yetkinin yargı yerince kullanılarak vergilendirme işleminin idarece dayanan (defter ve
belgeler haklı bir neden gösterilmeksizin incelemeye ibraz edilmediğinden, mükellefin
indirim hakkından yararlanamayacağı şeklinde kurulan) sebebinin değiştirilmesi sonucu
yaratması kaçınılmazdır...”. Bu hususta bkz. **Candan**, [https://www.vergiportali.com/
Content.aspx?Type=GuestOfMonthD&Id=4517](https://www.vergiportali.com/Content.aspx?Type=GuestOfMonthD&Id=4517) (Erişim: 29.08.2017); “Gerçekten de,
vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılabilmesi için ticari faaliyetlerin
kayıt altına alındığı defter ve belgelerin, şekle ve usulüne uygunluğu, mahiyeti, hukuki
muamelelerin gerçekliği, kapsamlı bir vergi incelemesiyle ve de vergiye konu ekonomik
ilişkinin karşı tarafı nezdinde vergi idaresinin kanunlarla üstelendiği yetkilerle yapacağı
inceleme ve araştırmayla mümkündür”. (**İbiş**, s. 139).

²⁷ **Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, 8.
Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2016, s. 530 vd.; **Candan**, İdari Yargılama Usulü
Kanunu, s. 240-241; **Karahanoğulları**, Onur: “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları
ve Vergi Davaları”, (Prof. Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara 2005), s. 202;
Karadevelioğlu, Celâl: İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, (Adalet Yayınevi),
Ankara 2016, s. 323 vd.; **Çağlayan**, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı,
(Seçkin Yayıncılık), Ankara 2015, s. 186-187.

- 3) İdarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.
- 4) İdari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilemez.

Vergi mahkemelerinin ve vergi yargısı organlarının bir idari yargı mercii olarak uyumsuzluğunun esas ve dolayısıyla idari işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığıyla ilgili her türlü incelemeyi yapabilmesi ayrı bir konu, işlemin hukuka uygun olmadığına karar vermesi durumunda tarhiyat ve ceza kesme işlemleriyle ilgili olarak sadece iptal kararı ile mi yetinecekleri yoksa bu işlemler hakkında bizzat kendilerinin mi karar verecekleri ayrı bir konudur. Vergi mahkemelerinin, defter ve belge ibraz edilmemesi/edilememesi nedeniyle vergi idaresinin belirlediği vergi matrahının ve buna bağlı olarak kestiği cezaların hukuka uygun olup olmadığı yönünde yapacağı hiçbir inceleme ve araştırma yukarıda sayılan hükme aykırılık oluşturmayacaktır. Vergi mahkemelerinin re'sen araştırma ilkesi gereğince, vergiyi doğuran olayın ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetini ortaya çıkarmak amacıyla araştırma yapması, hem görevi hem de yetkisidir. Sonradan ibraz edilen defter ve belgelerin incelenmesinden sonra nasıl bir karar vereceği konusu, defter ve belge incelemeye engel bir durum olmayıp, tesis edeceği ve gerekçelendireceği kararın sınırlarını çizen bir durumdur.

2. “Hukuka Uygunluk Denetimi Yapılabilir, Yerindelik Denetimi Yapılamaz” İlkesi Bakımından Değerlendirme

İdarenin tutum ve davranışlarının yerindeliliğinin denetimi, yargı denetiminin dışında kalmaktadır. Yargı organlarının kanunilik denetimi dışında yerindelik denetiminde bulunması; yargının idareye karışması, politikasını saptaması, yasama, yürütme ve kamuoyuna karşı sorumluluğu olmayan hâkimin idarenin yerini alması anlamına gelecektir²⁸. İdari hâkim, idare tarafından yapılan seçimin, alınan önlemin hukuka uygunluğunu denetlemekle yetinmek zorundadır. İdarece alınan önlemin ya da tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğuna, bu işlemin yapılmasında kamu yararı olmadığına karar verebilir. Ancak bu önlem veya işlemin yerine idarenin önündeki diğer seçeneklerden diğerinin tercih edilmesi gerektiğine karar veremez²⁹.

Sonradan ibraz edilen defter ve belgeleri inceleyip karar veren mahkeme, yerindelik denetimi değil hukuka uygunluk denetimi yapmaktadır. Mükellefin katma değer vergisi indiriminden yararlanıp yararlanamayacağı, diğer bir ifadeyle katma değer vergisinin gerçekten yüklenilip yüklenilme-

²⁸ Gözübüyük/Tan, s. 530.

²⁹ Candan, İdari Yargılama Usulü Kanunu, s. 243-244.

diği hususunun tespiti hukuka uygunluk denetimine tabidir. Bu noktada vergilendirme işleminin sebep unsurunu oluşturan “vergiyi doğuran olay”ın gerçek mahiyeti tespit edilmektedir.

3. “Kanunlarda Gösterilen Şekillerde Kullanılan Yürütme Görevini Kısıtlayacak Bir Şekilde Yargısal Denetim Yapılamaz” İlkesi Bakımından Değerlendirme

Vergi Usul Kanunu’nun 134.maddesinde vergi incelemesinin amacının ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğu ifade edilmiş; 135.maddesinde ise vergi incelemesi yapmaya yetkili görevlilerin kim olduğu sınırlı sayı ilkesine göre düzenlenmiştir. Vergi Usul Kanunu’nun devam eden hükümlerinde ise vergi incelemesinde uyulacak usul ve esaslar belirlenmiştir. Bu hükümlere göre, vergi incelemesi yapma yetkisi vergi idaresine ait bir yetkidir. Bu yetki kanunlarla belirlenen esaslar çerçevesinde ve yine kanunlarla belirlenen görevliler tarafından kullanılmaktadır³⁰. Defter ve belgelerin inceleme sırasında ibraz edilmeden yargılama aşamasında ibraz edilmesi üzerine, vergi yargısı organlarının defter ve belgeler üzerinde inceleme yapması ya da bilirkişiler aracılığıyla bu incelemeyi yaptırmasının bu ilkeye aykırılık oluşturduğu, idareye tanınan denetim yetkisinin yargı organları tarafından kullanılması sonucunu doğurduğu bir eleştiri olarak bazı yargı kararlarında ve bilimsel çalışmalarda yer almıştır.

Mahkemelerin sonradan ibraz edilen defter ve belgeler üzerinde idareye savunma hakkı tanımadan inceleme yapıp/yaptırıp karar vermesi, bu hükme aykırılık oluşturacaktır. Böyle bir durumda defter ve belgeler ibraz edilmediği için işlem tesis eden idarenin işleminin, idarenin hiçbir şekilde görmediği ve sonradan inceleme olanağı tanınmayan defter ve belgelere dayanılarak denetlenmesi anlamına gelir ki böyle bir sonucun kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle gerek ilk derece mahkemelerinde gerekse kanun yolu aşamalarında ibraz edilen defter ve belgeler mutlaka vergi dairesine iletilmeli ve vergi incelemesine ilişkin usul ve teknikler kullanılarak incelenmesi sağlanmalıdır. Böyle bir durumda mahkeme tarafından verilen sürenin kısa olmamasına ve somut olayın özelliklerine göre sağlıklı bir inceleme yapılması için elverişli olmasına dikkat edilmelidir³¹. Sonradan ibraz edilen

³⁰ Vergi incelemesinin hukuksal dayanağı ve sınırları hakkında bkz. **Soydan**, Başar: Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi, (Oniki Levha Yayınları), İstanbul 2015, s. 243 vd.

³¹ Bu hususta mahkemelerin 10 ile 60 gün arasında bir süre verdiği, bu sürenin de somut olayın özelliklerine göre yetersiz kalabildiği yönünde bkz. **Okumuş/Göze**, s. 50-51.

defter ve belgelerin vergi dairesine iletilerek rapor hazırlanmasının istenmesi, aynı zamanda silahların eşitliği/çelişmeli yargılama talep hakkına uygun olacaktır. Karşıt görüş bildirme olanağının olması, hükmün tarafların tartışabildiği belgelere dayandırılması bu ilkenin gereğidir³².

Ayrıca vergi yargısı organlarının sonradan ibraz edilen defter ve belgeler üzerinde yapacağı/yaptıracağı incelemenin teknik anlamda bir vergi incelemesi olduğu da söylenemez. Yargı organlarının yapmış olduğu inceleme, idarece özellikle katma değer vergisi indirim hakkının reddedilmesi suretiyle gerçekleştirilen işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının ortaya çıkarılmasına yöneliktir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için, sonradan ibraz edilen defter ve belgelerin vergi dairesine iletilmesi ve gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle katma değer vergisinin gerçekten yüklenip yüklenmediğinin ortaya çıkarılması, idari bir yetkinin kullanılması anlamına gelmemektedir.

4. “İdarenin Takdir Yetkisini Kaldıracak Biçimde Yargı Kararı Verilemez” İlkesi Bakımından Değerlendirme

Takdir yetkisi, kısaca idarenin birden fazla işlemde birini tercih etme yetkisi olarak tanımlanabilir³³. Takdir yetkisi, idareye bırakılan belli ölçülerde karar alma özgürlüğü olarak da tanımlanmakla birlikte³⁴, bu yetki idareye dilediği gibi keyfi değil işin gereğini takdir etmek suretiyle hareket etme serbestisi tanımaktadır³⁵.

Kamu hizmetlerinin çeşitliliği ve teknik zorunlulukları, idarenin davranış şekillerinin, çözüm yöntemlerinin bütünüyle önceden tespit edilmesini olanaksız hale getirmektedir. İdareye durumun gereklerine göre farklı çözüm tarzlarından birisini tercih etme olanağının verilmesi gereklidir³⁶. Takdir

³² Bu hususta bkz. **Yaltı**, Billur: Vergi Yükümlüsünün Hakları, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2006, s. 124-130; **Demirbaş-Aksüt**, Burcu: “Vergi Yargılaması Hukukunun Anayasal Temelleri”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel Sayı 2012), s. 296-297; **Artun**, Emine Sevcan: “Vergi Yargılaması Hukukunda Adil Yargılama Hakkı Açısından Özellik Arz Eden Durumlar”, (V. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar Sempozyum Kitabı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2015), s. 136-142.

³³ **Canyaş**, Oytun: Vergi Normlarında İdarenin Takdir Yetkisinin Saptanması, (Mali Akademi Yayınları), Ankara 2012, s. 22.

³⁴ **Candan**, İdari Yargılama Usulü Kanunu, s. 249.

³⁵ **Üstün**, Ümit Süleyman: Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, (Turhan Kitabevi), Ankara 2007, s. 19.

³⁶ **Çağlayan**, s. 192.

yetkisi idareye kanunun aradığı koşulların ortaya çıkması durumunda, yalnızca belli bir yönde davranıp davranmama konusunda bir serbesti sağlar. Bu serbestinin kamu yararı çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığı doğal olarak yargı mercilerinin denetimine tabidir. Burada yasak olan husus, idarenin yargı kararlarıyla belli bir konuda ya da belli yönde karar almaya, eylemde bulunmaya zorlanmasıdır³⁷.

Vergi yargısı organlarının sonradan ibraz edilecek defter ve belgeler üzerinde yapacağı inceleme sonucunda vereceği karar, takdir yetkisinin kaldırılması anlamına gelmemektedir. Zira tarh ve ceza kesme işlemleri konusunda vergi idaresi, vergiyi doğuran olayın (örneğin, katma değer vergisi indiriminin) gerçek mahiyetini tespit etmek zorunda olup, bağlı yetkiye sahiptir³⁸. Bu noktada takdir yetkisinin kullanımı zaten mümkün değildir.

5. “İdari İşlem ve Eylem Niteliğinde Yargı Kararı Verilemez” İlkesi Bakımından Değerlendirme

Mahkemeye verilen iptal kararı, işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmakta, yenilik doğurucu bir etki meydana getirmektedir. Mahkemenin idari işlemi iptal ettikten sonra, yerine yeni bir idari işlem tesis etmesi mümkün değildir³⁹. Mahkemenin işlemin iptalinden sonra daha ileri giderek, iptal kararının gereklerine uygun işlemi kararında tesis etmesi, mahkemenin idari yetki kullanarak idari işlem tesis etmesi anlamına gelecektir⁴⁰. Bu husus ise hem Anayasa’da (m.125/4) hem de İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda (m.2/2) açıkça yasaklanmıştır.

Defter ve belgelerin sonradan mahkemeye ibraz edilmesi durumunda mahkemenin vereceği karar, vergi ve ceza kesme işlemlerinin iptali, davanın reddi veya davanın kısmen kabulü kısmen reddi şeklinde ortaya çıktığından, bu ilkeye aykırı bir durum ortaya çıkmayacaktır. Örneğin, mahkeme açılan davada katma değer vergisi indirim hakkının bulunduğu, işlemlerin gerçek

³⁷ Candan, İdari Yargılama Usulü Kanunu, s. 249-250.

³⁸ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 96; Karakoç, Genel Vergi, s. 284; Gerçek, Adnan: Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006, s. 121. Bağlı yetkide, yetkiden ziyade bir ödev mevcut olduğu ifade edilmektedir. (Üstün, s 18).

³⁹ Çağlayan, s. 205. Doktrinde *Karahanoğulları*, her iptal kararının idari işlem niteliği taşıdığını, iptalin idari işlemin geri alınmasıyla aynı nitelikte olduğunu, bu nedenle “idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemez” hükmünün tamamen yanlış olduğunu ileri sürmektedir. (*Karahanoğulları*, s. 203-204).

⁴⁰ Candan, İdari Yargılama Usulü Kanunu, s. 246.

olduğu sonucuna varırsa davanın kabulüne; aksi kanaatte ise davanın reddine; indirim hakkının kısmen olduğu kanaatine varırsa da davanın kısmen kabulüne kısmen reddine karar verecektir. Bu noktada hukuka uygunluk denetimi yapılacağından, idari işlemin yerindeliği de denetlenmemektedir.

D. İspat Hakkı Açısından Değerlendirme

Vergi hukukunda ispatın konusunu, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyeti oluşturmaktadır⁴¹. Vergi Usul Kanunu'nun 3/B maddesi hükmü, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin yemin hariç her türlü delille ispat edilebileceğini düzenlemektedir. Açılan bir davada ispatın yöneldiği konu, vergiyi doğuran olayın ve bu olayı etkileyen unsurların gerçek niteliğinin tespit edilmesidir. Bu nedenle ispat konusu, doktrinde vergi mükellefinin hakları ile hazine yararı arasındaki denge açısından duyarlı bir konu olarak kabul edilmektedir⁴². Kanaatimizce, bir taraftan elinde bulunan kamu gücü kullanan kamu otoritesi ile diğer taraftan vergilendirme yoluyla neredeyse bütün hak ve özgürlüklerine müdahale edilen vergi ödevlisi arasında bu dengenin sağlanabilmesi, hak arama özgürlüğünün ve ispat hakkının geniş bir çerçevede yorumlanmasıyla sağlanabilir.

Vergi yargısı organlarına sonradan ibraz edilen defter ve belgelerin incelenmesi suretiyle karar verilmesi, kanaatimizce hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının gerçekleşmesine de hizmet edecektir. İspat hakkı, kaynağını Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğünden almaktadır. İlgili Anayasa hükmüne göre, "*Herkes, meşrû vasıta ve yollar-dan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*". Anayasa hükmü, kişilere hukukun tanıdığı yollarla ve yine hukuka uygun şekilde hak arama özgürlüğü tanımakta; bu amaçla yargı organları nezdinde gerek davalı ve gerekse de davacı olmalarına olanak sağlamaktadır. Düzenleme, vergilendirme ile ilgili temel kuralların yer aldığı Anayasa'nın 73'üncü maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, vergilendirme ilkelerine ve kurallarına aykırı yapılan işlemlerin vergi mükellefleri veya sorumluları tarafından idari işlem-

⁴¹ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 204; Candan, İdari Yargılama Usulü Kanunu, s. 871-872; Taylar, Yıldırım: "Vergi Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Genel Esaslar ve Bu Bağlamda Bir Danıştay Kararının Değerlendirilmesi", (Muallâ ÖNCEL'e Armağan, Cilt II, Ankara 2009), s. 1196-1199; Sarıcaoğlu, Ercan: Türk Vergi, Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat, (Adalet Yayınevi), Ankara 2017, s. 112-114.

⁴² Bkz. Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 204.

ler olarak, hak arama hürriyeti çerçevesinde dava konusu yapılabileceği sonucu çıkmaktadır. Gerek vergi mahkemeleri ve gerekse ceza mahkemeleri önünde yapılan yargılamalarda kişiler, adil yargılanma ilkesi çerçevesinde savunmalarını yapma ve savunmada da ispat hakkına sahiptirler⁴³.

Vergi mükellef veya sorumluları, herhangi bir nedenle vergi inceleme elemanına ibraz edilmeyen defter ve belgelerin vergi mahkemesi ve hatta kanun yolu mercileri tarafından incelenmesini, hak arama özgürlüğü çerçevesinde isteyebilirler⁴⁴. Bu şekilde vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyeti, örneğin mükellefin gerçekten katma değer vergisi yüklenip yüklenmediği, yüklendiği bu katma değer vergisinde indirim hakkına sahip olmadığı ortaya çıkarılabilmektedir. Aksi halde mükellefin, gerçekten yüklenmiş olduğu katma değer vergisini indirim konusu yapamaması ve bundan ötürü hiç oluşmamış bir vergi kaybı için üç kat vergi ziyayı cezasıyla cezalandırılması sonucu doğacaktır. Bu sonuç, mükellef ile hazine arasında sağlanması gereken dengeye, adil yargılanma hakkına ve ispat hakkı bağlamında hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturacaktır.

⁴³ **Taylar**, s. 1192-1193.

⁴⁴ Mükelleflerin ispat hakkını inceleme aşamasında kullanabilecekleri gibi yargılama aşamasında da kullanabileceği yönünde bkz. **Ateşagaoglu**, s. 248. “*Mükellefler, kendilerine yapılan teslimler nedeniyle yüklenedikleri katma değer vergilerinin belgelerde gösterilmesi ve bu belgelerin yasal defterlere kayıtlı olması koşuluyla katma değer vergisi indiriminden faydalanabileceklerinden, defter ve belgelerin, mücbir sebepten dolayı incelemeye ibraz edilemediği durumlarda katma değer vergisi indiriminin kabul edilebilmesi için bu vergilerin gerçekten yüklenildiğini, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinin “ispat” başlıklı (B) fıkrasında yer alan kural uyarınca kanıtlamaları gerekmektedir. / Yapılan inceleme sırasında ibraz edilmeyen defter ve belgeler dava aşamasında mahkemeye sunulmuştur. Kendisine düşen ispat külfetinin gereği olarak davacı tarafından ibraz edilen ve vergi idaresince evvelce incelenmemiş olan bu belgelerin gerçek bir hukuki muameleyi yansıtmayı yansıtmadığı ve bu nedenle indirim konusu yapılan katma değer vergilerinin gerçekten yüklenilmiş olup olmadığı hakkında, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 135. maddesi uyarınca karşıt inceleme yetkisine de sahip olan vergi idaresinin düzenlediği belge uyarınca davacının faturalarını kullandığı mükellefler hakkında yapılan tespitler incelenerek karar verilmesi gerekirken defter ve belgelerin herhangi bir mücbir sebep olmaksızın inceleme elemanına ibraz edilmediği gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen kararın bozulması gerekmiştir”. (Dş. 3. D. 03.03.2014 gün ve E. 2013/4907, K. 2014/867, www.kazanci.com.tr); “...Defter ve belgelerini yanması nedeniyle incelemeye ibraz edemeyen yükümlünün emtia alımına ilişkin belgelerin varlığını ispat yükümlülüğünün ortadan kalkmadığı ve ibraz edilebilen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisinin indirim konusu yapılabileceği...”. (Dş. VDDK. 9.12.2005 gün ve E. 2005/272, K. 2005/281, www.kazanci.com.tr).*

Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılama hukuklarında ispat yükünden söz edilemeyeceği görüş olarak ileri sürülmekle birlikte⁴⁵, defter ve belgelerini inceleme aşamasında ibraz etmeyen vergi mükellefinin ispat yükü altında olduğu, bu çerçevede yargılama aşamasında ispat yükünün bir gereği olarak bu defter ve belgeleri ibraz edebileceği, aksi takdirde verilecek aleyhe kararın muhatabı olabileceği kanaatindeyiz.

Kaldı ki bazı kararlarında Danıştay, defter ve belgeler tamamen elden çıkmış bile olsa, kişinin emtia alıp sattığı kişilerden temin ettiği belgeleri vergi mahkemesine sunmak ve katma değer vergisinin yüklendiğini ispatlamak suretiyle katma değer vergisi indiriminden yararlanabileceği düşüncesindedir⁴⁶. Emtia alıp sattığı kişilerden temin ettiği belgeleri mahkemeye ibraz etmek suretiyle ispat hakkını kullanabilen bir mükellefe, vergi incelemesi sırasında ibraz etmediği/edemediği defter ve belgelerini yargılama aşamasında ibraz etmek suretiyle ispat hakkının tanınmaması bir çelişki olacaktır.

⁴⁵ **Akkaya**, Mustafa: "Vergi Yargısında Yargılama Süreçlerinin Yeniden Değerlendirilmesi", (Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, Ankara 2012), s. 183.

⁴⁶ "...Olayda çalınması sebebiyle ibraz edilemeyen defter ve belgeler nedeniyle vergi matrahının tamamen veya kısmen maddi delillere dayanılarak saptanması olanağı ortadan kalkmış olduğundan re'sen takdir nedeninin varlığının kabulü zorunlu hale gelmiştir. Ancak defter ve belgelerin çalınmış olması, yukarıda belirtilen ispat ve ibraz yükümlülüğünü ortadan kaldırmaya dayanak sayılabilecek hukuki bir neden olarak düşünülemez. Zira, ticari icaplara göre emtia satın aldığı kişi ve kuruluşları tanımak ve bilmek durumundaki bir alıcı gerekli girişimleri yaparak emtia alımına ilişkin belgelerin mevcudiyetini ispat olanağına her zaman sahip bulunmaktadır. Bu durumda ise, ispat külfeti kendisine düşen yükümlüler tarafından ibraz edilebilen fatura ve benzeri vesikalara ilişkin katma değer vergisi indirim konusu yapılabilecek, aksi halde indirimler kabul edilmeyecektir. Bu açıklamalar karşısında mahkemece öncelikle yükümlülere, emtia alışı yaptığı kişi veya kuruluşlardan ihtilaflı yıla ilgili olarak saptayacağı belgelerin ibrazı için müsaait bir süre verilmesi, bunun sonucunda ibraz edilen belgelerden davalı vergi dairesi müdürlüğünün de haberdar edilmesi suretiyle söz konusu faturaların gerçekten alış yaptığı emtialara ait alış faturaları olup olmadığının araştırılması ve gerçek alış faturaları göz önüne alınarak ödenmesi gereken verilerin tespiti, gerekirse bu konuda bir bilirkişi incelemesi yaptırılarak varılacak sonuca göre karar verilmesi zorunludur." (Dş. 9. D. 20.03.2001 gün ve E. 2000/5424, K. 2001/892). Kararın tam metni için **Kızılot**, Şükrü: Vergi Uyuşmazlıklarıyla İlgili Danıştay Kararları ve Özetler (Muktezalar), Cilt 7, (Yaklaşım Yayıncılık), Ankara 2005, s. 1536-1539. Bu hususta bir değerlendirme için bkz. **Pınar**, Burak: "Yargı Kararları Işığında Vergi İncelemesinde Yükümlü Haklarının İhlaline İlişkin Tespitler", (International Journal of Public Finance, Vol.1, Issue:1, 2016, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/328091>), s. 41-42.

E. Katma Değer Vergisinin Niteliği Açısından Değerlendirme

İnceleme elemanlarına ibraz edilmeyen defter ve belgelerin, vergi yargısı organları tarafından incelenmesine olanak sağlanması, katma değer vergisinin niteliği ve işleyişiyle daha uyumlu bir yaklaşım olmaktadır. Katma değer vergisi, dolaylı bir vergi olması itibarıyla vergi yükünün nihai olarak tüketicilere yansıtılmasına olanak veren bir yapıdadır⁴⁷. Katma değer vergisinin asıl yüklenicileri nihai tüketiciler olup, vergiye onlar katlanmak zorundadır⁴⁸. Defter ve belgelerin vergi yargısı organları mahkemesi tarafından incelenemeyeceğine yönelik görüş, verginin yansıtılmamasına ve böylece yükün kanuni (yasal-aracı) mükellef üstünde kalmasına yol açabileceğinden katma değer vergisinin yapısını da bozabilecek niteliktedir. Nitekim bu husus bir Danıştay kararında, "...Yasa 34'üncü maddesindeki koşulların varlığını kanıtlayamayan yükümlülere indirim yapma olanağı tanımlamakla birlikte, katma değer vergisinin yansıma özelliği bu vergiye ait yükün, nihai tüketiciye intikal etmesini öngörmektedir. Gerçekten yüklenildiği için indirim konusu yapılan bir katma değer vergisi indiriminin salt ön koşulun varlığı kanıtlanmadığı için önlenmesi, katma değer vergisinin yansıma ve nihai tüketici üzerinde kalmasını öngören özelliğini bozacağından davanın; davacı iddiaları doğrultusunda incelenmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. / Katma Değer Vergisi Kanununun 34'üncü maddesinde öngörülen ön koşulun varlığı, yargı yerine ibraz edilen defter kayıtları ve alış belgelerinden saptanabileceği halde, beyannamede indirim konusu yapılan söz konusu verginin gösterildiği belgelerin gerçekten yapılmış bir teslim dayanıp dayanmadığının, dolayısıyla yüklenilmiş bir vergi olup olmadığının, Vergi Usul Kanununun yukarıda değinilen kuralları uyarınca aynı Yasada vergi idaresine tanınmış denetim yetkisi ve teknikleri ile ortaya çıkarılabilecek nitelik taşıdığı açıktır..."⁴⁹ şeklinde vurgulanmıştır. Bu nedenle katma değer vergisi mükellefinin yüklendiği vergilerin gerçek olup olmadığı ve indirim konusu yapıp yapılamayacağı, daha sonradan yargı organlarına ibraz edilen defter ve belgelerin incelenmesi suretiyle ortaya çıkarılabilir ki bu durum katma değer vergisinin yapısına uygundur.

⁴⁷ **Oktar**, S. Ateş: "Vergi Usul Hukukunda Vergi Kesenlerin Sorumluluğu ve Mütessesil Sorumluluk Üzerine Düşünceler", (Sayıştay Dergisi, Sayı: 25, Nisan-Haziran 1997), s. 66-67; **Şenyüz**, Doğan/Yüce, Mehmet/**Gerçek**, Adnan: Türk Vergi Sistemi, 15. Baskı, (Ekin Kitabevi), Bursa 2018, s. 257; **Ateşagaoglu**, s. 240.

⁴⁸ **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, Türk Vergi Sistemi, s. 257-258.

⁴⁹ Dş. VDDK. 22.01.2010 gün ve E. 2008/372, K. 2010/12, www.kazanci.com.tr.

F. Sonradan İbraz Edilen Defter ve Belgeler İncelenerek Verilen Kararlarda Yargılama Giderleri ile Vekâlet Ücretine İlişkin Bir Öneri

Yargılama giderleri, genel olarak bir yargısal koruma faaliyetinin yürütülebilmesi için ödenmesi gereken ve bu sebeple ortaya çıkan giderlerdir. Bu giderler, harçlar, masraflar ve vekâlet ücreti olarak üç grupta ifade edilebilir⁵⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir. Davada her iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme yargılama giderlerini tarafların haklılık durumuna göre paylaşır (HMK.m.326/1-2). İfade edildiği üzere bu yargılama giderleri, hem davayı kazanan tarafça daha önce peşin olarak ödenen hem de dava sonunda ödenmesi gereken harç ve masraflar ile yargılama gideri olan vekâlet ücretidir. Yargılama gideri olarak hükmedilecek vekâlet ücreti, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu, yargılama giderleri konusunda özel bir hüküm öngörmeyip Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunduğu (İYUK.m.31/1), vergi yargısı organları da dava sonunda bahsedilen hususlar çerçevesinde yargılama giderlerine (bu arada vekâlet ücretine) hükmedecektir.

Defter ve belgelerini inceleme sırasında ibraz etmeyen vergi mükellefi hakkında cezalı tarhiyatlar yapıldığında, bu işlemlere karşı dava açılabilir. Açılan davalarda, daha önceden ibraz edilmeyen defter ve belgelerin yargı organlarına ibraz edilebileceğini ve bu defter ve belgelerin vergi

⁵⁰ **Atalay**, Oğuz: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt III, 15. Bası, (Oniki Levha Yayınları), İstanbul 2017, s. 2385. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.323: “(1) Yargılama giderleri şunlardır:

a) Celse, karar ve ilam harçları.

b) Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri.

c) Dosya ve sair evrak giderleri.

ç) Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler.

d) Keşif giderleri.

e) Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler.

f) Resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler.

g) Vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır buldukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri.

ğ) Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti.

h) Yargılama sırasında yapılan diğer giderler”.

dairesinin de incelemesine olanak sağlanması kaydıyla yargı organları tarafından incelenip hükme esas alınabileceğini belirtmiştik. Defter ve belgelerin yargı organlarınınca incelenmesi sonucunda, dava konusu cezalı tarhiyat işleminin hukuka aykırı olduğu, örneğin defter ve belgelere göre mükellefin katma değer vergisi indirim hakkına sahip olduğu tespit edilebilir. Bu durumda davanın kabulüne veya kısmen kabulüne karar verilmesi durumunda, kısmen veya tamamen haksız çıkan taraf vergi idaresi olacağından, yargılama giderlerine de vergi idaresi aleyhine hükmedilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkabilmektedir. Kanaatimizce, davanın kabulüne veya kısmen kabulüne karar verilen durumlarda, davalı vergi idaresi aleyhine yargılama giderleri ve vekâlet ücretine hükmedilmesi, dürüstlük kuralıyla, adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Ayrıca böyle bir uygulama, yargılama giderlerinden sorumluluk konusundaki genel mantığa da aykırı olacaktır. Yargı organları tarafından davanın kabulüne karar verilmiş olsa da dava konusu işlemle ilgili davaya, defter ve belgeleri vergi incelemesi sırasında ibraz etmeyen vergi mükellefinin davranışı sebep olmuştur. Defter ve belgeler ibraz edilmediğinden, bu defter ve belgelere göre inceleme yapamayan vergi idaresi, belgelendirme şartındaki eksiklik nedeniyle katma değer vergisi indirimlerini reddetmekte ve cezalı tarhiyat yapmaktadır. Mükellefin haklılığı, açmış olduğu dava sırasında sonradan ibraz etmiş olduğu defter ve belgelerin incelenmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır. Davaya kendi eylemiyle sebep olan vergi mükellefi, yargılama aşamasında ispat hakkını kullanmak suretiyle haklı çıkmaktadır. Defter ve belgeleri ibraz etmemek suretiyle davaya sebep olan vergi mükellefi lehine (davada avukatla temsil edilmiş olmak kaydıyla) vekâlet ücretine ve yargılama giderlerinin de davaya sebep olmayan vergi idaresinden alınmasına hükmedilmesi, dürüstlük kuralına, yargılama giderlerine ilişkin hükmün amacına, adalete ve hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu durumda yargılama giderlerinin ispat hakkını yargı aşamasında kullanan mükellef üzerinde bırakılması ve mükellef lehine de vekâlet ücretine hükmedilmemesi uygun olacaktır.

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Beyan esası, vergiye ilişkin şekli ve maddi mükellefiyetlerin vergi ödevlileri tarafından yerine getirilmesini gerektirmektedir. Vergi ödevlilerinin vergi kanunları karşısındaki durumlarının net bir şekilde tespit edilebilmesini sağlayan defter, kayıt ve belgeler de doğal olarak bu kişiler nezdinde bulunmaktadır. Beyan sisteminin tamamlayıcısı olarak ifade edilebilecek olan vergi denetiminin gerçekleştirilebilmesi için bu noktada muhafaza ve ibraz yükümlülüğü getirilmiş; bu yükümlülükler uymamanın hem

suç hem de kabahat kabul edilen şekillerine çeşitli yaptırımlar bağlanmıştır. Defter, kayıt ve belgelerin vergi incelemesi sırasında incelemeye yetkili kimselere ibraz edilmemesi, vergi kaçakçılığı suçu bakımından “gizleme” olarak kabul edilmiş ve hapis cezası öngörülmüştür. Bu kapsamda defter, kayıt ve belgelerini ibraz etmedikleri için katma değer vergisinde indirimleri reddedilen mükelleflere üç kat vergi ziyayı cezalı katma değer vergisi tarhiyatı yapılmaktadır. Ayrıca vergi incelemesi dışındaki bir sebep veya durumda ibraz yükümlülüğüne aykırı davranılması, özel usulsüzlük kabahatine ilişkin cezanın kesilmesini gerektirmektedir.

Vergi denetiminin ve beyan sisteminin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için bu denli önemli olan defter, kayıt ve belge ibrazının vergi incelemesi sırasında ve yetkili kimselere yapılması esastır. Ancak herhangi bir sebeple defter, kayıt ve belgelerini vergi inceleme elemanına ibraz etmeyen/edemeyen mükelleflerin, ibrazı yargı organlarına yapması durumunda nasıl bir karar verilmesi gerektiği vergi hukukunda önemli bir tartışma konusudur. Konuya olumlu bakan görüş ve yargı kararları bulunduğu gibi, olumsuz bakan görüş ve kararlar da bulunmaktadır. Vergi yargısı organlarının sonradan ibraz edilen defter, kayıt ve belgeleri incelemek suretiyle bir karar veremeyeceği yönündeki görüşü savunanlar, vergi incelemesi yapmanın ancak idareye tanınan yetki ve tekniklerle yapılabileceğini, vergi yargısı organlarının böyle bir yetkisi bulunmadığını, yargı organlarının bu incelemeyi yapabileceklerinin kabul edilmesi durumunda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/2.maddesindeki yasağa aykırı davranılmış olacağını, bu kabulün vergi denetimini işlevsiz hale getireceğini gerekçe olarak ileri sürmektedir. Yargı organlarının bu incelemeyi yapabileceğini savunanlar ise gerekçelerini re'sen araştırma ilkesine, delil serbestisi ilkesine, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin tespitini amaçlayan ispat hakkına dayandırmaktadır. Bu noktada, bir yandan vergilendirme yetkisine sahip ve kanundan kaynaklanan kamu gücünü kullanan kamu otoritesi ile birçok temel hak ve özgürlüğü vergi nedeniyle müdahaleye uğrayan vergi ödevlilerinin hak ve menfaatleri arasında bir dengenin sağlanması gereğinden hareket edilerek bir çözüme ulaşılmaması gereklidir.

Defter, kayıt ve belgelerin vergi incelemesi sırasında ibraz edilmemesi, kaçakçılık suçunda tipe uygun eylemlerden birisidir ve on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir. Gizleme suçu, neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan ibraz etmeme fiili neticesinde suç tamamlanmakta; defter ve belgelerin sonradan yargı organlarına ibrazı tamamlanmış olan suçu ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle defter, kayıt ve belgelerini ibraz etmeyen mükelleflere, sonradan ibraz gerçekleşse bile hapis cezası

uygulanabilmektedir. Hürriyeti bağlayıcı cezanın varlığı, sonradan ibraz edilen defter ve belgelerin incelenmesinin vergi denetimini işlevsiz kılacağı endişesini bertaraf edici nitelikte olduğu söylenebilir.

Re'sen araştırma ilkesi, vergi hâkiminin tarafların sunduğu delillerle bağlı olmaksızın her türlü delili talep edebilmesini ve her türlü incelemeyi bizzat yapabilmesini ifade etmektedir. Vergi yargısının esas işlevi, kamusal mali yükümlülükler ve bunlarla ilgili zam ve cezalara ilişkin işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının ortaya çıkarılmasıdır. Vergi yargısı organları mali nitelikli bir yargılama yapmakta ve vergiyi/cezayı doğuran olayların gerçek mahiyetini tespit etmektedir. Dolayısıyla vergi yargısı organları, cezalı tarhiyat işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığını, bir verginin veya cezanın ödenip ödenmemesi gerektiğini her türlü delille ve re'sen araştırma yetkisine sahiptir. Bu nedenle sonradan ibraz edilen defter, kayıt ve belgelerin incelenmesi re'sen araştırma ilkesinin bir gereğidir ve bu noktada ilkeye herhangi bir aykırılık bulunmamaktadır.

Yargı organlarına ibraz edilen defter ve belgelerin incelenmesi, idari yargı organlarının yerindelik denetimi yapamayacağı yönündeki emredici Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanunu hükmüne de aykırı değildir. Sonradan ibraz edilen defter, kayıt ve belgeleri inceleyen yargı organları, katma değer vergisi indirim hakkının bulunup bulunmadığı, defter ve belgelerden bu hakkın ispat edilip edilemediği yönünde bir inceleme yapacaktır. Dolayısıyla yapılacak olan denetim hukukilik denetimidir. Her ne kadar katma değer vergisi indiriminden yararlanma hakkının belgelendirme şartına bağlı olduğu, bu şartın tespitinin de defter ve belgelerin ibrazına bağlı olduğu ileri sürülebilirse de, sonradan ibraz edilen defter ve belgeler üzerinde vergi idaresinin vergi incelemesinde uyulan ilke ve esaslar çerçevesinde inceleme yapmasına ve görüş bildirmesine olanak tanındığı sürece, yürütme görevinin kısıtlandığı şeklindeki bir sonuca ulaşmanın mümkün olamayacağı kanaatindeyiz. Ayrıca vergi idaresi, vergilendirme alanında bağlı yetkiye sahip olduğundan, sonradan ibraz edilen defter ve belgelerin incelenmesi idarenin takdir hakkını kısıtlayacak bir yargı kararı verilemeyeceği yönündeki yasağa da aykırılık oluşturmayacaktır.

Vergi hukukunda ispatın konusu, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin tespit edilmesidir. Defter ve belgelerini inceleme sırasında ibraz etmediği/edemediği için ispat hakkını kullanamayan mükellefin, bu hakkını yargı mercileri önünde kullanmasına bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir durumda ispat yükü mükellefe geçmiş olduğundan, mükellefe, sonradan ibraz etmiş olduğu defter ve belgelerle vergiyi doğuran olayın gerçek mahi-

yetini ispat etme olanağının tanınması, hak arama özgürlüğüne ve adil yargılanma hakkına uygun bir yorum olacaktır.

Katma değer vergisi, üretimden tüketime kadar geçen her aşamada alınan ve yayılı muamele vergisi niteliği taşıyan bir vergidir. Bir mal veya hizmet satışında katma değer vergisini işlemin karşı tarafına yansıtan mükellef, kendisinin bu mal ve hizmetler nedeniyle ödemiş olduğu katma değer vergisini indirim konusu yapmakta ve böylece verginin nihai yükü kanuni mükellefe değil tüketicilere aktarılmaktadır. Sonradan ibraz ettiği defter ve belgeler üzerinde indirim hakkını ispat etmek isteyen mükellefe bu hakkın tanınmaması, katma değer vergisinin kanuni mükellef üzerinde kalması sonucunu doğuracaktır ki bu sonuç katma değer vergisinin niteliği ve işleyişine aykırılık oluşturacaktır.

İnceleme sırasında defter ve belgelerini ibraz etmeyen mükellefe, katma değer vergisi indirimlerinin reddedilmesi suretiyle vergi ziyayı cezalı tarhiyatlar yapılmaktadır. Vergi mükellefinin idari işlem niteliğinde olan cezalı tarhiyatlara karşı hak arama özgürlüğü çerçevesinde dava açma hakkı elbette ki bulunmaktadır. Açılan davaya defter ve belgelerini inceleme sırasında ibraz etmeyen vergi mükellefi sebep olmaktadır. Yargı mercileri tarafından sonradan ibraz edilen defter, kayıt ve belgeler incelenmek suretiyle karar verilen durumlarda, davaya kendi eylemiyle sebep olan vergi mükellefi lehine yargılama gideri niteliğindeki vekâlet ücretine hükmedilmemesi ve diğer yargılama giderlerinin de mükellef üzerinde bırakılması, dürüstlük kuralına, adalet ve hakkaniyete uygun bir yaklaşım olacaktır.

KAYNAKÇA

- Ağar**, Serkan: Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, (Seçkin Yayıncılık), Ankara, 2016.
- Akdoğan**, Abdurrahman: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 11. Baskı, (Gazi Kitabevi), Ankara 2013.
- Akkaya**, Mustafa: “Vergi Yargısında Yargılama Süreçlerinin Yeniden Değerlendirilmesi”, (Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, Ankara 2012), s. 179-184.
- Artun**, Emine Sevcan: “Vergi Yargılaması Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Açısından Özellik Arz Eden Durumlar”, (V. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar Sempozyum Kitabı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2015), s. 105-154.
- Ateşagaoglu**, Erdem: “Vergi Usul Kanunu Md. 3/B Hükmü Çerçevesinde KDV İndirimi Uygulamasının Değerlendirilmesi”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XX, Yıl: 2016, Sayı:1), s. 235-268.
- Bahçeci**, Barış: “Vergi Mahkemesinin Tarhiyat Tutarını Vergi İdaresi Yerine Belirlemesi”, (Üçüncü Genç Vergi Hukukçuları Konferansı, Editör: Cenker Göker/İ. Hakan Furtun/Cihat Öner/İnci Solak Akman/Tuğçe Akdemir, Savaş Yayınevi, Ankara 2015), s. 115-148.
- Bayar**, İbrahim Nihat: Vergi Kaçakçılığı, (Mali Akademi Yayınları), Ankara 2013.
- Bayraklı**, Hasan Hüseyin: Vergi Suç ve Kabahatleri, Afyonkarahisar 2011. (Vergi Suç ve Kabahatleri).
- Bayraklı**, Hasan Hüseyin: Vergi Yargılama Hukuku, Afyonkarahisar 2013, (Vergi Yargılama Hukuku).
- Bilici**, Nurettin: Vergi Hukuku, (Savaş Yayınevi), 44. Baskı, Ankara 2018.
- Candan**, Turgut: “30’uncu Yılında KDV Uygulamaları-3”, <https://www.vergiportali.com/Content.aspx?Type=GuestOfMonthD&Id=4517> (Erişim: 29.08.2017).
- Candan**, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2017, (İdari Yargılama Usulü Kanunu).
- Çağlayan**, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2015.

- Demirbaş-Aksüt**, Burcu: “Vergi Yargılaması Hukukunun Anayasal Temelleri”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel Sayı 2012), s. 257-312.
- Gerçek**, Adnan: Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006.
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, 8. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2016.
- İbiş**, Recep: Vergi Yargılamasında Re’sen Araştırma, (Yaklaşım Yayıncılık), Ankara 2013.
- Kalabalık**, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 10 Baskı, (Sayram Yayınları), Konya 2016.
- Karadevelioğlu**, Celâl: İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, (Adalet Yayınevi), Ankara 2016.
- Karahanoğulları**, Onur: “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, (Prof.Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara 2005), s. 199-214.
- Karakoç**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014, (Genel Vergi).
- Karakoç**, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukuku, 4. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2017, (Vergi Yargılaması).
- Kırbaş**, Sadık: Vergi Hukuku, 19. Baskı, (Siyasal Kitabevi), Ankara 2012.
- Kızılot**, Şükrü: Vergi Uyuşmazlıklarıyla İlgili Danıştay Kararları ve Özelgeler (Muktezalar), Cilt 7, (Yaklaşım Yayıncılık), Ankara 2005.
- Oktar**, S. Ateş, “Vergi Usul Hukukunda Vergi Kesenlerin Sorumluluğu ve Müteselsil Sorumluluk Üzerine Düşünceler”, (Sayıştay Dergisi, Sayı: 25, Nisan-Haziran 1997), s. 63-105, (Sorumluluk).
- Oktar**, S. Ateş: Vergi Hukuku, 12. Baskı, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2017, (Vergi Hukuku).
- Okumuş**, Semi/**Göze**, Mustafa Kemal: “Vergi İnceleme Elemanına İbrahim Kaçınılan Yasal Defter ve Belgelerin Tarhiyat Sonrasında Mahkemeye İbrahim Edilmesi”, (Vergi Sorunları, Sayı: 280, Ocak 2012), s. 47-51.
- Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami: Vergi Hukuku, 25. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2016.
- Öner**, Erdoğan: Vergi Hukuku, 4. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2014.
- Özkök**, Cihangir: “İnceleme Elemanına İbrahim Edilmeyen Defter ve Belgelerin Yargı Aşamasında İbrahimın KDV İndirimine Etkisi”,

<http://www.alomaliye.com/2017/01/20/defter-ve-belgelerin-yargi-asamasinda-ibrazi/> (Erişim. 10.02.2017).

- Pekcanitez**, Hakan: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt III, 15. Bası, (Oniki Levha Yayınları), İstanbul 2017.
- Pınar**, Burak: “Yargı Kararları Işığında Vergi İncelemesinde Yükümlü Haklarının İhlaline İlişkin Tespitler”, (International Journal of Public Finance, Vol.1, Issue:1, 2016, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/328091>), s. 23-60.
- Saban**, Nihal: Vergi Hukuku, 8. Baskı, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2016.
- Sarıcaoğlu**, Ercan: Türk Vergi, Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat, (Adalet Yayınevi), Ankara 2017.
- Soydan**, Başar: Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi, (Oniki Levha Yayınları), İstanbul 2015.
- Şeker**, Sakıp: “Defter ve Belgelerin İnceleme Elemanına İbraz Edilmemesinin Sonuçları”, <https://www.kanitymm.com.tr/makale/2000-08%20YAKLASIM%20-%20DEFTER%20VE%20BELGELERIN%20INCELEME%20ELEMENINA%20IBRAZ%20EDILMEMESININ%20SONUCLARI.pdf>. (Erişim. 10.02.2017).
- Şenyüz**, Doğan/**Yüce**, Mehmet/**Gerçek**, Adnan: Türk Vergi Sistemi, 15. Baskı, (Ekin Kitabevi), Bursa 2018, (Türk Vergi Sistemi).
- Şenyüz**, Doğan/**Yüce**, Mehmet/**Gerçek**, Adnan: Vergi Hukuku, 9. Baskı, (Ekin Kitabevi), Bursa 2018, (Vergi Hukuku).
- Şenyüz**, Doğan: Vergi Ceza Hukuku, 8. Baskı, (Ekin Kitabevi), Bursa 2015.
- Taylor**, Yıldırım: “Vergi Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Genel Esaslar ve Bu Bağlamda Bir Danıştay Kararının Değerlendirilmesi”, (Muallâ ÖNCEL’e Armağan, Cilt II, Ankara 2009), s. 1189-1222.
- Üstün**, Ümit Süleyman: Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, (Turhan Kitabevi), Ankara 2007.
- Yaltı**, Billur: Vergi Yükümlüsünün Hakları, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 2006.

HUKUK VE İKTİDAR ÜSTÜNE BİR TASLAK

*Dr. Öğr. Üyesi Engin TOPUZKANAMIŞ**

Öz

Hukuk, kendi kendini var edebilen ya da gücü zatında olan bir şey değildir. Hukuk yoluyla çıkarlarını koruyan ve sürdüren bir gücün desteği olmaksızın ortaya çıkamaz ve varlığını sürdüremez. Ancak hukukun objektifleşmesine izin vermeyip onu kendi çıkarlarını sürdürmek için bir araç konumunda tutan güç de giderek tahakküme yönelir ve görünür olmaya başlar. Kapitalist toplumda hukuku destekleyen güç, iktisadî iktidar olarak karşımıza çıkar. Objektif bir sistem olarak hukukun işleyebilmesi, devlet dışı toplumsal güçler tarafından da desteklenmesine bağlıdır.

Anahtar Kelimeler

Hukuk, iktidar, iktidar ilişkileri, güç, otorite

A DRAFT ON POWER AND LAW

Abstract

Law is not something that is self-existent or auto-powered. It cannot emerge without the support of a power that sustains and protects its interests through this law. However, the power which does not allow the law as an objective system and boundary but keeps it as a tool to maintain its own interests would become a visible force rather than a silent power. In the capitalist society, the economic power is the power that supports law. The ability to operate law as an objective system depends on being supported by non-state social powers.

Keywords

Law, power, power relations, authority

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: etopuzkanamis@gmail.com) (Makalenin Geliş Tarihi: 03.07.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 05.07.2018-13.07.2018/Makale Kabul Tarihleri: 10.07.2018-16.07.2018)

Sorun

İktidar/güç problemi genellikle ya siyaset felsefesinin yahut sosyolojinin konusu olagelmıştır. Bu konuda devasa bir literatür karşısındayız ve bu literatüre herhangi bir ek yapabilecek durumda değilim. Benim merakım, hukukun varlığını ve sürdürülebilmesini sağlayan *gücü* anlamak yönünde. Bu kısa çalışmada da amacım, ileriki daha geniş kapsamlı bir çalışma için ana fikri ve tartışmayı ortaya koyabilmek.

Modern hukukun büyük ölçüde iki ana güç tarafından şekillendirildiğini görüyoruz: Siyasî ve iktisadî iktidar. Bunların ilki ve bariz biçimde görüleni, hukuku inşa ettiği düşünülen güç; daha çok telaffuz edilen haliyle devlet. Hukukçu, iktidar problemine uzak dursa da genellikle hukuku siyasî iktidar/devlet ile ilişkilendirir. İktisadî iktidar ise perde arkasında daha ziyade “etki” (influence) ile işleyen ve fakat hukukun siyaset karşısında varlığını korumasını sağlayan güçtür¹. Burada modern hukuku konu edindiğimizi de belirtelim. Çünkü her ne kadar mesela ortaçağda Yasa, iktidarın teorik sınırı olmuş olsa da, bu durum hukuku fiilen destekleyecek gücün yokluğunda pek de anlamlı olmamıştır.

Siyasî güç, fiilen kullanılsın ya da kullanılsın, muazzam bir cebir gücünün üstüne oturur. İktisadî güç ise kaynakların kontrolü ve siyaseti etkileme kapasitesi ise teşhis edilir. İktisadî güç için anahtar kavram “etki”dir. Diğer insanlara hizmet ve mal sunarak onların davranışlarını etkileme kapasitesi ya da mal ve hizmet satabilmek için diğer insanların davranışlarını etkileme becerisi. Ayrıca görünür hiçbir cebir ya da tehdit içermediği gibi hukukun koruduğu bir meşruiyet ve hatta (liberal bir) “erdem” taşır: Özgürlük sağlar!

Şüphesiz büyük resimde bu etki, kâr ve çıkar maksimizasyonu için siyasete yönelmiş durumdadır. Burada ayrıntısına giremeyeceğim biçimde fiili durumlarda çeşitli cebir ve tehditler de iktisadî gücün el altından kullandığı araçlardır. Ancak hukuken herhangi bir cebir ve şiddet gücüne sahip olmasa da ekonomi ve para üstündeki gücü, siyaseti ve toplumu yönlendirebilmesini sağlar. Kapitalist bir toplum açısından bunda bir tuhafılık yoktur. Hatta (gelebilecek haklı itirazlara rağmen) denilebilir ki bireysel hak ve özgürlükler bu yolla fiilen de korunabilir ve siyasî iktidarın aşırı güçlenmesi bu yolla engellenebilir. Çünkü ancak özgür bir toplumda güvenli bir alan inşa edilebilir ve ticaret yapılabilir.

¹ “Çıplak iktidar dikkati kendi üzerine çeker; etkileme ise çekmez.” Sennet, s. 185.

Olağan zamanlarda hukukun bizatihi kendisinin bir gücü, (hatta varlığı) varmış gibi yaparak, rutini sürdürürüz. Ancak belli bir toplumda, özellikle siyasî iktidarda bir güç yığılması ortaya çıktığında, hukuk çok kısa zamanda araçsallaşarak iktidar payandasına dönüşür. Çünkü hukukun kendi başına bir gücü yoktur. Kanun koyucu irade dışında toplumsal bir gücün desteği ve inancı olmadığı takdirde kısa zamanda keyfiliğin mazereti haline gelebilir.

Eşitsizlik

Toplumsal ilişkilerin doğasında çatışma ve eşitsizlik vardır². Eşitsizlik hukuku ortaya çıkarır mülkiyet ise hukuk sistemini³. Mülk ve sermaye, kısa vadeli ve öngörülemez bir durumda serpilemez. Mülkiyetin gelişmediği toplumlarda da elbette hukuk vardır ancak mülkiyet, karmaşık ilişkilere yol açar ve korunması için sistemleşmiş (code), rasyonel kurallara ihtiyaç duyar.

Eşitsizlik tam da doğal olandır⁴. Tersinden söylenirse eşitlik (hukuk gibi) farazîdir, kabuldür, inançtır. Tıpkı ahlâk gibi var olabilmesi ve bu varlığı sürdürebilmesi sürekli bir denetim, gözetim, dikkat ve *güç* gerektirir. Çünkü iki şeyi eşitlemek, daha aşağıda veya güçsüz olanı diğerinin seviyesine çekmek demektir ki bu güç ile olabilir. Eşitliği daima kefedede aşağı olanlar talep eder. Eşitlik talebi her zaman gücü az olan taraftan geldiği için ancak güce sahip bir grubun çıkarı ile örtüşmesi halinde bir karşılık bulabilmesi mümkün olur.

Her bir verili toplumda ya da zamanda, halihazırda mevcut güç ilişkilerinin desteklediği hukuk ve ahlâk biçimleri, o güç desteklediği ya da o güç var olduğu sürece ortaya çıkar ve sürdürülür. İktidarın paylaşılma biçimi, o toplumdaki siyaseti, ahlâkı ve hukuk sistemini belirler. Çünkü siyaset, hukuk ya da ahlâk çatışmanın sonucunda ortaya çıkan *dengede* oluşur. Çatışmayı

² **Hicks/Janoski/Schwartz**, s. 22. “Toplumsal yaşantılar her yerde eşitsizlik üzerine kurulmuştur.” **Hicks/Janoski/Schwartz**, s. 27. Eşitsizlik yani güç sahipliğindeki farklılık hukuka sebebiyet veren temel bir olgu. **Akal**, İktidar, s. 116 ve 119 vd.

³ “Sınırlar ihsan edildikte komşular arasındaki anlaşmazlıklar da son bulur; işte mülkiyet hakkı, bir toprağı tastamam kapatıp sahiplendirme hakkı, işte sivil ve özel hukuk. (...) aslında tarlaları dağıtan fizik kişi, firavunun adamı, gizemli ölçümcüler, her kim olursa olsun, kararı alanlar ve tarlaları bölümleyenler de bunlardır. Kim karar veriyor? Yasa koyucu ya da hukuku vazeden ve uygulatan her kimse.” **Serres**, s. 68 Ayrıca bkz. **Hicks/Janoski/Schwartz**, s. 27.

⁴ Doğal olan, olması gereken değildir ve değerden muafıtır yani doğal dediğimde herhangi bir ahlâkı kabule gönderme yapmıyorum. Eşitliğin, hukukun ya da ahlâkın *doğruluk* değeri ayrı bir *felsefi* konudur.

kazanan taraf, sahip olduğu gücü ahlâk ve hukuk ile sıvayarak lisanın içine gömer. Böylece doğru ve yanlış inşa edilir ve doğallaşır.

Toplu halde yaşayan pek çok canlı türü gibi insanların da grup içi ilişkileri büyük ölçüde güç sahipliği, sahip olunan bu güçler arasındaki farklılık ve eşitsizliklerle şekillenir. Burada güç dendiğinde fiziksel gücün çok önemli olduğunu ancak tek iktidar kaynağı olmadığını söylemek gereklidir. Gerek pek çok dinî kaynağın gerekse modern sosyal sözleşme teorilerinin toplumsallığın öncesine eşitliği yerleştirmeleri, fikir jimnastiği açısından yararlı olsa da gerçek değildir. Doğamızda mevcut ama kaybettiğimiz bir eşitlik, hukuk ya da ahlâk yoktur. Ahlâkî, dinî, hukukî ve hatta daha ileri giderek sevme gibi bütün ilişki biçimlerimiz, paylaşma ve ortaklık ilişkileri, eşitsizlik ve bunun doğal sonucu olarak da güç ilişkileri sonucunda karşımıza çıkar.

Güç

İngilizcedeki *power* kavramı, Türkçe sosyal bilimler alanında daha çok iktidar ve bazen de güç olarak çevriliyor. Başından beri bu ikisini ayırt etme konusunda kafamın karışık olduğunu belirtmeliyim. Metin boyunca okuyucu bu kafa karışıklığını fark edecektir. Bazı noktalarda güç ilişkileri derken bazı yerlerde iktidar ilişkileri demek daha doğru göründü. Kavramları netleştirene dek şimdilik güç ve iktidar arasındaki nüansı bulmak için kelimenin kendisine bakabilir ve iktidarın içinde *kudret*⁵ yani *güç* olduğunu görebiliriz. İktidar, kudretten türediğine göre her iktidarın özünde, temelinde kudretin olduğunu ancak iktidarın bu kudretten daha fazlasını içerdiğini düşünebiliriz.

Güç, fizikteki enerji gibi daha ziyade bir potansiyeli⁶ ifade ediyor: *power to (do something)*⁷: Bir şeye gücü, kudreti yetebilme⁸. Güç, farklı

⁵ İktidar, kudret yani güçten türeyen bir kelime.

⁶ İktidarın Latince karşılığı olan *potestas*'ın bir anlamı da *ability*- yetenek, yapabilme. "Enerji nasıl çeşitli biçimler ahyorsa, iktidarın da aynı şekilde, servet, silah gücü, sivil makamlar, düşünceye söz geçirme gibi biçimleri vardır. Bunların hiç biri ötekine üstün sayılamayacağı gibi bu biçimlerin hiç biri ötekileri kendinden türetmiş de değildir." **Russel**, s. 12-13.

⁷ *Power to*: Bir şeye gücü yetme; daha ziyade potansiyeli ifade ediyor. *Power over*: Bir şeyin üzerinde iktidar, birine bir şeyi yaptırabilme, başkalarının eylemlerini belirleyebilme gücü. *Power over* durumunda, iktidar kullananın sorumluluğu tartışması vardır: "A'nın B üzerinde iktidar sahibi olduğunu söylemekle, A'nın B'nin davranışlarından veya durumundan bir dereceye kadar haklı olarak sorumlu tutulabileceği sonucuna varmak arasında özel olarak yakın bir ilişki vardır." **Barry**, s. 98. Sorumluluk meselesi

farklı biçimlerde sahip olunabilecek bir şey⁹. Örneğin iri ve kaslı bir kimsede belli bir güç mevcuttur. Ancak onu gördüğünde yolun kenarına doğru rota kıran bir başka kimse varsa güç bir ilişkiye dönüşür. İngilizcedeki tabir ile *power over* olur¹⁰. Eğer kaslı kişi diğerini yolun karşısına geçmesi için döverse bu durumda kuvvetten (force) bahsetmemiz gerekir. Eğer yolunu değiştiren, yolunu değiştirmesinin doğru, haklı, meşru olduğu inancına da sahipse bu durumda otoriteden söz etmeye başlarız. Yani sahip olunan güç, bir başka özneyi belli bir şekilde davranmaya ya da davranmamaya yönlendirebilirse iktidardan söz ediyoruz: insanları etkileme, kontrol edebilme ya da yönlendirebilme kapasitesi. Burada zor kullanma ile iktidar arasında ters orantı kurulduğunu biliyoruz:

“Aslında açık açık zor kullanımına en sık başvuran gruplar, çoğunlukla en fazla iktidara sahip olanlar değildir; sık sık zorlamaya dayalı yaptırımlara başvurulması iktidarın temelini sağlam olmadığına işaret eder. (...) Emirlerine rıza gösterilmesini sağlamak için sürekli güç kullanımına başvuran tekil grubun iktidar konumu genellikle zayıf ve çürüktür. Başvurulan açık güç

özellikle emir ve itaat hallerinde tartışılmıştır. Milgram’ın meşhur deneyi bu konuda aydınlatıcıdır. **Topuzkanamış**, s. 126 vd.

⁸ **Heywood**, s. 44.

⁹ Belki de bu yüzden Parsons gücü paraya benzeter. Her tür şeye tahvil edilebilir ve dolşabilir. **Giddens**, *Siyaset*, s. 208.

¹⁰ Wartenberg, *power over* kavramını açıklarken sahiplik (possession) ve kullanma (exercise) arasında fark koyuyor (*possession power over* ve *exercise power over*). Fail (agent) kavramı üstünden giden Wartenberg, bir failin eylemlerini gerçekleştireceği alan (action environment) üstündeki (over) sahipliğin, failin eylemlerini nasıl zorunluluk (necessitation) altına alabildiğini gösterir. Böylece failin kararları, çıkarları ya da davranışları (yani eylem alanları) üstünde iktidar kurulur. Burada Wartenberg eylem alanı üstünde iktidar sahibi olmanın, bu iktidarı kullanmaktan farklı olduğunu vurgular. Daha doğrusu eğer “şu kimse güç sahibidir” dersem, aslında eğer isterse o gücü kullanabilir demiş olurum. Tam da bu nedenle bir kimse sahip olduğu gücü kullanmadığı durumlarda bile o güce sahip olmaya devam eder. Buradan çıkardığımız sonuç, güç sahibi kimse onu kullanmasa bile, failin eylemleri üstünde etkisini sürdürebilir. Hatta giderek eylem alanı üstündeki bu etki, fail için bir zorunluluk olarak kabul edilebilir. Öte yandan bir failin eylem alanını radikal biçimde etkiler ve onun eylemlerini değiştirirsem, bu sefer iktidarı kullanmış olurum. (exercise power over an agents action-environment). **Wartenberg**, s. 10-11. Bu yaklaşımı hukuk açısından düşünürsek, gündelik hayat akışı içinde olağan olduğu için fark etmediğimiz bir şekilde tâbiyetimizi sürdürürüz. Bunun için görünür bir iktidar kullanımı gerekmez. Ancak alışıldık durumun dışında yeni bir davranış gerektiren hallerde (iktidarın yeni bir uygulaması) görünür güç kullanımları ortaya çıkabilir.

miktarı, bir tarafın sahip olduğu iktidarın göstergesi olmak şöyle dursun, aksine sığ ve istikrarsız bir iktidarın temelini işaretidir.”¹¹

Dolayısıyla güç (iktidarın içindeki kudret) bir ilişki şeklinde ortaya çıkmayabilirse de iktidar her zaman bir *ilişki* şeklinde görülür¹². Bu demektir ki güç sahibi kimse, belli amaçlara ulaşmak için çevresi üstünde çeşitli biçimlerde *etki* kurmakta¹³ ve etkilenenin rızası¹⁴ ve ilişkinin sürdürülebilirliği ölçüsünde iktidar görünür (ya da görünmez) hâle gelmektedir..

Güç doğrudan doğruya bir *nesneye* tek taraflı olarak yöneldiğinde yani zorlama, şiddet veya kuvvet (force) yoluyla ortaya çıktığında tamamen edilgen bir ilişki ortaya çıkar. Tahakküm ya da şiddet toplumsal olmayan ilişki biçimleri olarak iktidardan ayırt edilir¹⁵. Aslanın, antilobu yemesi böyle bir şeydir. İlginç bir biçimde güç kullanımı ne kadar artarsa iktidarın ortadan kalkma ihtimali de o kadar artar¹⁶. Güç, yöneldiği kimseyi tamamen edilgen bir nesne kılıyor ve hiçbir ilişkiye izin vermiyorsa, iktidar yoktur. Eğer tâbi olanın başka hiçbir seçeneği yoksa iktidar yoktur. Yani gücün

¹¹ **Giddens**, *Siyaset*, s. 213.

¹² **Bochenski**, s. 14-15.

¹³ **Mann**, s. 17.

¹⁴ Rıza denince bir gönüllülük anlaşılabilir. Ancak rıza, başka bir şey yapabilme ihtimali varken iktidarın isteği yönünde hareket etmeyi ifade eder. Şüphesiz kendi isteği yönünde gitmenin çok ağır bedelleri olabilir ama bazen insanlar ölüm pahasına bu seçeneği tercih edebilirler. Zaten aşağıda ifade edileceği gibi iktidarı saf tahakkümden, zorbalıktan ayıran da farklı hareket etme ihtimalidir. Weber bu yüzden iktidarı tanımlarken özellikle bu “ihtimal” kavramını kullanır.

¹⁵ **Lukes**, İktidar, s. 631. Poggi gücü, fark yaratmak (to make a difference) ve insan türünün ayırt edici özelliği olarak görüyor. İnsan evvela tabiat karşısında var kalabilmek (to survive) için bir fark yaratır, kendi yararına tabiatı değiştirir. (s. 3 vd.) İnsan gruplarının var olabilmek, kurucu unsurların kendi aralarındaki ilişkiyi sağlayabilmek ve başka gruplarla ilişki kurmasında ortaya çıkan güç biçimlerine ise toplumsal iktidar/güç deniyor. (s. 8) Poggi'ye göre hem tabii hem de toplumsal güç arayışı, geleceğin belirsizliğine ilişkin tedirginliğimiz ile ilişkilidir. **Poggi**, s. 11. Toplumsal güç ilişkileri, bazı insanların başka bazılarının faaliyetleri üzerinde rutin, uygulanabilir (enforceable) sınırlar koyabildiği her yerde vardır. **Poggi**, s. 14

¹⁶ Parsons'a göre iktidara duyulan güvenin azalması durumunda iktidar sahipleri mevcut konumlarını sürdürebilmek için artan biçimde güç kullanmaya başlarlar. **Giddens**, *Siyaset*, s. 212. “İktidar, güç kullanarak cezalandırma şeklinde uygulandığında, en tehlikeli ve çoğunlukla en korkutucu halini alır. Fakat kurumsallaşmış pratiklerin tekrarlanması yolu ile sessizce işlediğinde, genellikle en kuvvetli ve sürekli haline ulaşır.” **Giddens**, *Ulus*, s. 18.

varlığı iktidar için gerekli ancak yetersizdir¹⁷; iktidarı sağlayan boyun eğme ve rızadır¹⁸. Ancak güç uygulayan ve güce maruz kalan arasında salt güç dışında, o gücün kullanımını doğrulayacak, meşrulaştıracak yahut bir şekilde boyun eğme, rıza sağlayacak bir inanç, ideoloji, din, ahlâk, hukuk her ne ise girdiğinde, *sürdürülebilir* bir toplumsal durum ortaya çıkmaya başlar. Başka deyişle toplumsal iktidar söz konusu olur ki bizi de temelde ilgilendiren budur. Çünkü özellikle karmaşık toplumlarda belli bir çıkar grubunun iktidarını uzun vadede ve istikrarlı olarak sürdürebilmesinde hukuk çok önemli bir rol oynar. Hukuk; gücü perdeleme¹⁹, haklılaştırma, makul veya kabul edilir kılma konusunda çok bir etkili araçtır.

Özgürlük, Kurallar ve Güç

Bauman, gücü özgürlükle ilişkilendirerek ele almıştı:

“Güç aslında en iyi, hem herhangi bir eylemin amaçlarını özgürce seçmek hem de araçlara hükmetme anlamında eyleme yetisi olarak anlaşılır. (...) Güç sahibi olmak daha özgür olarak eyleyebilmek demektir; ancak güç sahibi olmamak ya da başkalarından daha az güç sahibi olmak, kişinin seçim özgürlüğünün başkalarınca alınmış kararlar tarafından sınırlanması anlamına gelir. Hükmettiği kaynakların, A'nın B'ye A tarafından tespit edilmiş amaçlara erişmek için zorunlu davranış biçimleri dayatmasına izin verdiğinde; başka bir ifadeyle bu kaynaklar, A'nın, B'nin amaçlarını A'nın kendi amaçlarına erişmesinin araçları haline getirmesine ya da aynı anlama gelmek üzere, B'nin değerlerini A'nın kaynaklarına dönüştürmesine izin verdiklerinde, A'nın B üzerinde güç sahibi olduğunu söyleriz. A'nın fiili ya da potansiyel eylemleri olmasaydı, B'nin eylemlerinin olduğundan farklı olacaklarını tahmin edebiliriz”²⁰. “Özgürlük ayrıcalık ve güçtür.”²¹.

¹⁷ “Fizikî iktidar ise tersine boyun eğmeme durumunda şiddet/güç kullanmadır. Başka birine vuran bir kimse, onun bunu yapması *başkaları* üstünde iktidar kazanmak için yeterli olmakla beraber, vurduğu kişi üzerinde iktidara sahip değildir.” Barry, aynı yerde ABD'nin Vietnam muazzam bir şiddet gücüne sahip iken iktidar sahibi olamadığı örneğini veriyor. **Barry**, s. 103.

¹⁸ Parsons'a göre iktidar güç olmadan mümkün değilse de güç kullanımı ile özdeşleştirilemez. “Güç, rıza gösterilmesini sağlamanın çeşitli yollarından sadece biridir.” **Giddens**, *Siyaset*, s. 212.

¹⁹ Mesela bürokratik iktidarın dili, sorumluluğu gizlemek üzere edilgendir. **Sennet**, s. 191. Bu edilgen dil faili gizlediği ölçüde onun gücünü ve etkisini de artırır. Aksi halde eşitler arası yahut kişisel yani daha karşı konulabilir bir ilişki görüntüsü oluşur.

²⁰ **Bauman**, *Sosyolojik*, s. 128.

²¹ **Bauman**, *Özgürlük*, s. 41.

Güç ve özgürlük arasında kurulan bu ilişki, hukuk söz konusu olduğunda daha da önem kazanır. Bireysel olarak mesela çok zengin olmak (yani güç sahibi olmak) benim istediklerimi elde etmem konusunda işlerimi çok kolaylaştırır. Pek çok kaynağa ve araca ulaşabilirim ve pek çok insana dileklerimi yaptırabilirim. Bir çıkar grubu açısından düşünüldüğünde ise grubun çıkarlarını uzun vadede sürdürmek ve korumak için bir iktidar stratejisi olarak kurallara²² başvurmak çok etkilidir. Genel anlamda toplumsal kuralların ortaya çıkışı her zaman bir iktidar durumu ile ilişkilendirilemez. Hazacı tecrübelerinin biriktirilerek aktarılması ile belli bir iktidar merkezi olmadan da bir takım sosyal kurallar oluşur. Dolayısıyla “kurallar grup yaşantısının temelidir, ancak arzulanan hedeflere ulaşmak için muhalefete karşı diğerlerini kullanma çabası, yani iktidar oyunu da bu yaşantılara dahildir.”²³

Mann’ın işbirliği kuran kolektif iktidarı tam da kural koyma yoluyla işler²⁴. Kural koyma yoluyla bazı grupların belirli eylemleri yasal kılınırken, başka bazılarınunki yasadışı duruma düşer²⁵. Bunu en belirgin şekilde mülkiyet ilişkilerinde görebiliriz. Kapitalizmin ivmelendiği 19. yüzyıl İngiltere’indeki çitleme hareketleri, “sahipsiz” otlak ve meraların sermaye sahiplerince çevrilerek sahiplenilmesi ve daha önce buralardan yararlanan köylülerin hak iddialarının hukuken korunmaması buna iyi bir örnek teşkil eder²⁶.

Kuralların varlığı, güç kullanımının büyük gruplarda ve tabii giderek devlette kurumsallaşmasını ve tâbi olanlarda meşruiyet duygusunun yerleşmesini sağlar. Bu aynı zamanda bir taraf yaptığında “meşru” ve “doğru” olan bir eylemin diğer gruplar için gayri meşru ya da yasa dışı olmasına yol açar. Açıktır bu, iktidar kullanan grubun iktidarını pekiştirmesini ve çok daha kolay biçimde kullanmasını kolaylaştırır. “Sonuç olarak, kural koyma, dayanışık ilişkilerde kimilerinin, diğerlerinin iktidarını etkisiz kılmak adına kullandıkları iktidar gücüdür.”²⁷

²² Hicks/Janoski/Schwartz, s. 32.

²³ Hicks/Janoski/Schwartz, s. 33.

²⁴ Mann, s. 17.

²⁵ Hicks/Janoski/Schwartz, s. 33.

²⁶ “Avrupa ve Asya’da ticari zihniyetli toprak sahipleri, halkın ortak malı olan ya da olmayan çorak arazileri sahiplenirken kendi devletlerine başvurup, yerel direniş karşısında kendilerini haklı çıkartacak kanunlar yapılması ve uygulanmasını, direnenlere karşı da ceza verilmesini talep etmişlerdir.” Hicks/Janoski/Schwartz, s. 33-34.

²⁷ Hicks/Janoski/Schwartz, s. 34.

Kurallar, kural koyanları da bağlar. Bunun ileri örneği, modern hukuk devletinde herkesin (siyasî iktidar kullananların da) aynı hukuk kurallarına tâbi olmasıdır. Ancak kural koyanın kendi koyduğu kurala tâbi olmadığı hâllerde bile en azından kurala tâbi olanlar ve uygulama açısından objektif ve belirlenebilir bir durum ortaya koyulmuş olur. Tâbi olanların kendi arasında bir kural eşitliği (ya da duygusu) oluşturabildiği takdirde, meşruiyet ve dolayısıyla iktidarı başarılı bir şekilde kullanma ihtimali yüksek oranda artar. Pastoral iktidar modelinde tebaasına adalet dağıtan hükümdar figürü bunu imler. Kurala tâbi olmanın herkesi kapsamaya ölçüsünde hukuk “objektif bir iktidar aracı”²⁸ haline gelir.

Başta dönersek, hukuk içinde iktidar kullanımı özgürlüklerin bir sınırlandırması ise de objektif(miş gibi) görünmeyi başarabildiği hallerde özgürlüklerin korunması olarak anlaşılır ve meşruiyeti güçlendirir.

Otorite

Burada iktidarla birlikte en çok anılan otorite kavramını da çok yüzeysel olarak kısaca ele alalım. Özellikle kamu gücünü kullanan resmi memurların durumu, otorite tanımına genellikle uygun düşer. Çünkü genellikle insanlar, memurun kullandığı gücün yasal ve meşru olduğunu kabul ederler ve itiraz ettikleri hallerde bile meşruluk inancını korurlar.

Otorite felsefî, güç/iktidar ise sosyolojik bir kavramdır. Otoritenin varlığı etkinlik kriterine değil meşruluk kriterine bağlıdır: “Eğer bir kişinin ‘X olsun’ demesinden X’in olması gerektiği sonucu çıkıyorsa, o kişi otoriteye sahiptir.”²⁹ Bir başka tanıma göre başkalarını etkileme becerisi iktidar, başkalarını etkileme *hakkı* ise otorite olarak adlandırılır³⁰. “Otorite, meşruiyet ve yasallıkla örtülü iktidar”dır³¹

Mendel’in daha geniş tanımına göre ise otorite “açık güç kullanmadan, fiziksel zorlama ve açık tehdide başvurmada ve ne aklama, ne argüman ne de açıklama getirmek zorunda kalmadan, tâbi olanların itaatini sağlayan iktidar” türüdür. Daha kısa ve aşağı yukarı ortak görüşü özetleyen tanıma göre ise otorite= iktidar+meşruiyettir³². Mendel’in tanımına benzer biçimde Arendt, “Otorite Nedir?” adlı meşhur yazısında otoriteyi şu şekilde anlatır:

²⁸ Hicks/Janoski/Schwartz, s. 34.

²⁹ J. R. Lucas’tan aktaran Barry, s. 95.

³⁰ Heywood, s. 44.

³¹ Heywood, s. 52.

³² Mendel s. 38.

“Otorite dışarıdan zorlayıcı araçlar kullanılmasını men eder; zorun geçerli olduğu yerde, otorite de iflas etmiş demektir. Öte yandan otorite, eşitliği ön varsayan ve bir temellendirme süreci içinde işleyen iknaya da benzemez. Argümanlara başvurulduğu yerde, otorite askıya alınmış demektir. İkna sürecinde var olan eşitlikçi yapı, her zaman hiyerarşik olagelmiş otoriter yapıyla taban tabana zıttır. Şu halde otoritenin bir tanımı yapılacak olsa, bu tanımın hem argümana dayanan iknaya hem de güce dayanan zorlamayla karşılıklı içinde olması gerekir.”³³

Demek ki otorite, iktidardan temel olarak güç kullanımını açısından ayrılır. Eşitsizlik durumu ve hiyerarşi söz konusudur. Tâbi olan itaat etmediği durumlarda bile bu etki ya da kontrolü, meşru olarak algılar ya da başka türlü söylenirse otorite kullananın buna hakkı olduğunu kabul eder. Yani “bir anlamda kendi tâbi olma durumlarına rıza gösterir”³⁴. Bu hakkın kaynağı bir yasa, bilgi ya da tecrübe olabilir. Otorite ile iktidarı ayırt etmek her zaman çok kolay olmayabilir. Ancak iktidarı olmadan otorite sahibi olmak mümkün olduğu gibi otoritesi olmadan iktidar sahibi olmak da mümkündür. Bu durumda gücün otoriteye yaklaştıkça meşruluğunun arttığı dolayısıyla uygulanmasının kolaylaştığını söyleyebiliriz³⁵.

Son olarak Parsons’un otoriteyi bir iktidar türü ya da biçimi olarak göre anlayışları reddettiğini belirtelim. Parsons iktidar ile otorite arasında bir ayrıma gitmez. Ona göre gayri meşru bir iktidar zaten olamaz³⁶. Söylenenlerin aksine, iktidarın temelinde otorite vardır. Bu yaklaşım, Parsons’un iktidar kullanımı ile güç ya da yaptırım kullanımını ayırması ile uyduğu gibi Arendt’in otorite tanımı ile de uyudur. Ne güç ne de otorite birer iktidar biçimidir. Bir grubun veya kişinin sahip olduğu meşruiyet (ya da ona duyulan güven) onun iktidarının kaynağıdır. İktidar sahipleri, ileriki süreçlerde sahip oldukları konumu pekiştirmek üzere yaptırımlar geliştirirler³⁷.

Parsons’un yaklaşımına, belli bir fiziksel zoru yahut yaptırım uygulayabilme kapasitesini çıkış noktası yapan iktidar anlayışlarına bir reddiye gibi

³³ Arendt, *Geçmişle*, s. 129.

³⁴ Bu Parsons’un bir tanımlamasıdır. Giddens, *Siyaset*, s. 214.

³⁵ Ancak bilindiği üzere “otoriter” tabiri gündelik olarak olumsuz bir ima taşır ve otoriterleşme, baskının arttığı durumlara işaret eder.

³⁶ Giddens, *Siyaset*, s. 210. Ancak Giddens, Parson’un bu yaklaşımını eleştirerek, iktidarı bu şekilde otomatikman meşru görmenin iktidar kullananlar ve tâbi olanlar arasında bir tür uzlaşmanın var olduğu kabulüne yol açtığını ve iktidarın doğasındaki zorunlu hiyerarşik ilişkiyi görmezden geldiğini söyler. Giddens, *Siyaset*, s. 216.

³⁷ Giddens, *Siyaset*, s. 214.

değil de iktidarın farklı bir boyutunu açıklayan bir tanım olarak bakıyorum. Örneğin demokratik bir sistemde halkın güvenini alarak yönetime gelen bir grubun iktidarının kaynağında bu rıza vardır. Yaptırım gücü, iktidar konumu elde edildikten sonra gelir. Otoriterleşme eğiliminin arttığı hallerde ise güven azalır buna mukabil iktidar konumunu korumak üzere yaptırım ve güç uygulamaları artar. Hatta Parsons'a göre itaatsizliğin ortaya çıkması halinde, iktidar sahipleri kısa sürede yaptırımlar oluşturma ve bunun için sahip oldukları iktidarı kullanma eğilimindedirler³⁸.

İktidar

Görebildiğim kadarıyla Weber ve Robert Dahl'in birbirine oldukça yakın iktidar tanımları, hemen bütün çalışmalarda ilk atıf yapılan ve sonra da yetersiz, eksik ya da tek taraflı olduğu ileri sürülen tanımlar³⁹. Dahl'in tanımı şöyledir: "A, B'nin, aksi takdirde yapmayacağı bir şeyi B'ye yaptırabildiği ölçüde, B üstünde iktidar sahibidir."⁴⁰ Ancak Lukes, B'nin yalnızca âşikar davranış değişikliklerinin A'ya izafe edilebilir olması sebebiyle oldukça dar bir kapsamlı görerek bu tanımı reddeder. Ona göre iktidarı bu şekilde "tanımlamak hataydı. İktidar bir kapasitedir, o kapasitenin kullanımı değil (hiç kullanılmayabilir, kullanma ihtiyacı doğmayabilir) ve dahası, başkalarının çıkarlarını tatmin ederek ve geliştirerek iktidar sahibi olunabilir."⁴¹ Yani iktidar sadece uygulayanın çıkarı ile ilişkili değildir. Üzerinde iktidar kurulanlar da bundan çıkar sağlayabilir. Çoğu kez tâbiyet, selamettir! Ve hatta bu çıkarlar çakıştığı ölçüde başarılı bir iktidar ortaya çıkar.

İktidar, gücün bir kimseyi harekete geçirmesi, itmesi veya çekmesi gibi fiziksel bir yaklaşımla da ele alınabilir. Boulding bunun üç farklı türünde söz etmiştir⁴²: "Zor kullanma veya gözdağı verme (sopa); karşılıklı kazanç sağlayan üretken mübadele (alışveriş) ve yükümlülük, sadakat ve bağımlılık yaratma (öpücük)." Bundan başka iktidar gündemi belirleme şeklinde de görülebilir. Bu haliyle kendi tayin ettiği gündemin tartışılmasını sağlar. Ya

³⁸ Giddens, *Siyaset*, s. 214.

³⁹ Örneğin bkz. Wartenberg, s. 3; Heywood, s. 44, Lukes, İRG, s. 26, Mann, s. 11, Barry, s. 98.

⁴⁰ "A has power over B to the extent that he can get B to do something that B would not otherwise do." Dahl, s. 202-203. "İki kişi arasındaki iktidar, bir kişinin iradesinin diğer kişinininkine üstün olmasına dayanır." Sennet, s. 181.

⁴¹ Lukes, İRG, s. 26.

⁴² Aktaran Heywood, s. 44.

da iktidar, “bir başkasının düşündüğü, istediği veya ihtiyaç duyduğu şeyi biçimlendirme becerisi olarak zihin kontrolü suretinde belirir.”⁴³

Mann da Lukes gibi Weber’in iktidar tanımını (“Genelde, güç (iktidar) denince bir ya da birden fazla kişinin bir toplumsal eylem içinde, o eyleme katılan başkalarının direnişine karşın da olsa, kendi iradelerini gerçekleştirme şansı⁴⁴ anlaşılır.”⁴⁵), iktidarı tek yönlü olarak ele aldığı için eksik bulur⁴⁶. Bu tanım iktidarla direnişi yan yana koyar ve iktidarın çatışmacı ve tek yönlü doğasını vurgular⁴⁷. Oysa iktidar, aynı zamanda işbirliği durumunda da görülür⁴⁸. Bu işbirliği sayesinde hem doğa hem de kişiler üstündeki iktidar alanları genişletilebilir. Hatta sadece işbirliği ve örgütlenme durumunda güç muazzam boyutlara ulaşabilir. Dolayısıyla Mann’a göre iktidar hem dağıtıcı hem de kolektiftir. Yukarıda da bahsedilen ve iktidarı bir ilişki olarak ele almamızı ve rızadan söz etmemizi sağlayan temel unsur, çoğu kez iktidar ilişkisinin karşılıklı bir bağımlılık ilişkisi olmasında yatar. A, eğer B’nin bir şey yapması ya da yapmaması için güç sarf ediyorsa B’ye belli ölçüde ihtiyacı var demektir. İşveren ve işçi ya da müdür ile memurlar gibi. Sadece bu ihtiyaç unsuru bile, elinde iktidar yokmuş gibi görünen B’ye bir tür güç verir. Belli durumlarda (örneğin feodal köylü isyanları yahut grev gibi⁴⁹) B’nin bu gücü kullanarak toplumsal ilişkinin biçimini değiştirme ihtimali vardır. Yine de toplumsal ilişkilerin hemen birçok durumda son derece

⁴³ Heywood, s. 45.

⁴⁴ “İhtimali” daha doğru bir çeviri olsa gerek. Weber bunu bir ihtimal olarak alır çünkü eğer kesinlik söz konusu ise iktidardan bahsedemeyiz. Her durumda iktidar kullanımına karşı, direnişle karşılaşma ihtimali vardır.

⁴⁵ Weber, *Sosyoloji*, s. 268 “Erk [Macht], bir toplumsal ilişki içinde, neye dayalı olursa olsun, kendi istencini, dirençleri bile aşıp yerine getirebilme olasılığını anlatır.” Weber, *Toplumsal*, s. 96. Bu anlayış “sıfır toplamı” olarak da anılmaktadır. Giddens, *Siyaset*, s. 213.

⁴⁶ Mann, s. 17. “İktidar kolektif bir kapasite veya başarıdır.” Lukes, *İktidar*, s. 630. Giddens’a göre iktidar kaynaklarla ilişkilidir: tahsis edici (allocative) ve otorite kaynakları. Tahsis edici kaynaklar, üretimde kullanılan maddi şeyler, tesisler iken, otorite kaynakları insan faaliyetleri üstündeki iktidardır. Giddens, *Ulus*, s. 16.

⁴⁷ Bu tanımın yol açtığı anlayışa yönelik bir başka eleştiri de, “iktidar ilişkilerinin birbiriyle uyummayan ve çatışan çıkarlar içermesinin kaçınılmaz olduğu anlayışına yol” açmasıdır. Direnme ve bu direnişi yenme, iktidarın sıfır toplamı olarak algılanmasıdır. Giddens, *Siyaset*, s. 213.

⁴⁸ “İşbirliği, karşılıklı bağımlılık modellerine işaret eder ve karşılıklı bağımlılık iktidar kullanmak ve istenilen sonuçlara ulaşmak için diğerlerini kullanma olasılığına işaret eder.” Hicks/Janoski/Schwartz, s. 26.

⁴⁹ Hicks/Janoski/Schwartz, s. 28.

eşitsiz güç ilişkileri olduğu ve bağımlılık şeklinde görüldüğü hatırd tutulmalıdır.

Burada Barry'nin de belirttiği gibi insanlar, aksi takdirde yapmayacak oldukları şeyleri yapmaları için teşvik edildiklerinde⁵⁰, özendirildiklerinde yahut ödüllendirildiklerinde de iktidar kullanımı söz konusu olmuştur; şüphesiz daha "incelikli" biçimde. Lukes'a göre "iktidar kendine tâbi olanları, durumlarını 'doğal' addetmeye, hatta bu durumu değerli görmeye ve arzu ve inançlarının kaynaklarının ayırdına varamamaya iter."⁵¹ Durumunu doğal, doğru ve değerli addetme kişide süper ego yoluyla yahut çıkarımın bu yönde olduğu inancı ile ortaya çıkabilir. Ancak tersi de düşünülebilir. A, B'ye bir şey yaptırabileceği gibi yapmamasını isteyerek de iktidar kullanabilir:

"Leswell ve Kaplan'a göre iktidar 'amaçlanan politikalara uymama karşılığı mahrum bırakma yoluyla ya da mahrum bırakma tehdidi kullanılarak başkalarının politikalarının etkilenme sürecidir'. Blau iktidarın daha özgül bir tanımını verir: İktidar 'kişilerin veya grupların, her ikisi de olumsuz yaptırımlar olan, normal olarak verilen ödülleri vermeme ya da cezalandırma biçimindeki caydırma yoluyla kendilerine karşı koyulmasına rağmen başkalarına kendi iradelerini dayatmalarıdır' "⁵².

Bütün bu tanımlar, iktidarı asimetrik bir eşitsizlik ilişkisi olarak gören tanımlardır. Bu durumda iktidar *denetim*, *bağımlılık* ve *eşitsizlik* üzerinden kavramsallaştırılır⁵³. Ancak Parsons'a göre her şey yolunda gittiği yani iktidarın fiilen herhangi bir güç kullanmadığı hallerde ya da gündelik hayat olağan olarak akarken⁵⁴ iktidarın olmadığı ya da kullanılmadığını söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla iktidarı zorlama ve güç üzerinden tanımlayanlar, yalnızca zorlama ile karşılaşıldığında iktidar kullanıldığı düşüncesini taşımakla yanılmaktadırlar⁵⁵.

Ortak çıkarlar peşinde işbirliği yapan insanlar, yüksek güçte iktidarlar kurabilirler. Hukuk açısından bunun önemli olduğunu düşünüyorum. Mann'a göre işbirliği sonucunda ortaya çıkan işlev farklılaşması ve örgütlenme, son tahlilde belli bir azınlığın çok büyük sayılara hükmedebilmesini sağlar.

⁵⁰ Barry, s. 100.

⁵¹ Lukes, *İRG*, s. 26.

⁵² P. M. Blau, *Exchange and Power in Social Life*, (New York: John Willey Sons. 1967) s. 76'dan aktaran Lukes, *İktidar*, s. 631.

⁵³ Lukes, *İktidar*, s. 633.

⁵⁴ Topuzkanamış, s. 130 vd.

⁵⁵ Giddens, *Siyaset*, s. 212.

“Denetim ve eşgüdüm sağlama konumunda olanlar diğerleri üzerinde muazam bir örgütsel üstünlük elde ederler. Etkileşim ve iletişim ağları fiilen onların etrafında kurulur.”⁵⁶ Yönetilen çoğunluk ya da kitle, itaati reddedebilmelerini sağlayacak örgütlenme ve “alternatif düzenekler” kurma becerisinden yoksun oldukları için homurdanarak da olsa tâbiyeti sürdürür. Burada ilginç olan husus, iktidar sahibi olan azınlığın hemen hiçbir zaman yönettiği kalabalık kadar güçlü olmamasıdır. Ancak fiziksel güç farkı, organizasyon ve örgütlenme ile telafi edilir.

“Tepedeki bir avuç insan, eğer denetimleri, içinde buldukları sosyal grubun kanunları ve normları çerçevesinde *kurumsallaştırılmış* ise aşağıdaki kitleleri itaatkâr konumda tutabilir. Kurumsallaşma rutin kolektif amaçlara ulaşma açısından gereklidir ve bu nedenle dağıtımçı iktidar yani toplumsal tabakalaşma da toplumsal yaşamın kurumsallaşmış bir özelliği haline gelir.”

“Kitleler itaat eder çünkü başka türlü hareket etmek için gerekli olan kolektif örgütlenmeden yoksundurlar, çünkü başkaları tarafından denetlenen kolektif ve dağıtımçı iktidar örgütlenmeleri içine gömülüdürler. Kitleler karşısında *örgütsel olarak üstünlük sağlanmıştır.*”⁵⁷

İktidar kullanan azınlığın çıkarları ancak belli bir iş bölümü ve Mann’ın bahsettiği rutinin sağlanması ve sürdürülmesi ile sürekli biçimde gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla Akal’ın vurguladığı “yasalarla istikrar kazanmış güç ilişkileri”⁵⁸ burada kendini gösterir. Hukuk, güç kullanımının el kitabı gibi bir iş görür. Çıkara ulaşmanın güvenli, ekonomik, etkili ve rasyonel yöntemi. Ancak burada hukuku gücün elinde bir oyuncak ve yalnızca bir araç olarak görmek çok doğru bir yaklaşım değildir. Oldukça karmaşık bir durum, hayır, bir süreç ile karşı karşıyayız. Hukuk, büyük ölçüde belli bir çıkar grubunun mevcut durumunu sürdürmek üzere inşa edilmiştir ancak bir kere işlemeye başladığında, yöneten zümrenin iktidarını formel kısıtlara tâbi kılar. Direkt güç kullanımının arka plana atılmasını sağlar. Hukuk bir yandan ancak belli bir gücün (genellikle bir azınlığın), kendi çıkarını istikrarlı, sürekli, ekonomik, meşru ve sessiz biçimde sürdürebilmesi yönünde bir araç iken öte yandan tam da bu sayılanların gerçekleşebilmesi ancak belli bir rasyonellikte mümkün olduğundan, o gücün bizatihi kendisinin de belli bir forma tâbi kılınmasına yol açıyor. Ancak siyasî iktidarların aşırı güçlendiği hallerde aynı hukuk keyfiliğın kılıfı haline gelebiliyor.

⁵⁶ Mann, s. 18. Ayrıca bkz. Hicks/Janoski/Schwartz, s. 26.

⁵⁷ Mann, s. 18.

⁵⁸ Akal, Hukuk Nedir?, s. 104.

Yasa, kural ya da normun varlığı onu koyan ve destekleyen açısından da az ya da çok bir sınır sağlar. Dolayısıyla kuralsız (hukuksuz) bir biçimde bir gücün artması hem güç kullanan hem de güce maruz kalan açısından belirsizliğe ve uzun vadede sürdürülemezliğe yol açarken, hukuk her iki taraf için de uzun vadede daha güvenli bir toplumsal durum sağlar⁵⁹.

Mann, toplumsal iktidarın dört kaynağını saydıktan sonra (ideolojik, ekonomik, askerî ve siyasi)⁶⁰, iktidarın dört halinden söz eder: yaygın, yoğun, otoriter ve dağılık⁶¹. Buna göre özellikle modern hukukun iktidarın yayılmasında, yoğunlaşmasında ve dağılmasında etkili buna mukabil otoriterleşmesine engel olduğu söylenebilir. Ya da tersinden söylersek rasyonalleşme ve hukuk yükseldikçe otoriterleşme azalır buna mukabil yaygın ve dağılık iktidar görülür. Otoriterleşme azalır çünkü otoriterliği gerektirecek güç kullanımları gereksizleşir. Yani işbirliği ve ahlâkî değerlerle sıvanmış ortak çıkarlar üzerinden üyelerinin iktidar ile ilişki kurdukları daha “ideal” veya hukuk devletine yakın bir durum ortaya çıkar. Otoriterleşme yahut otoriter iktidar modelleri daha ziyade emir-itaat ilişkisi üzerinden iş görür ve fiziksel gücün görünürlüğü ve irrasyonelitenin arttığı gözlemlenir.

Mann, piyasayı ya da iktisadî iktidarı yaygın ve dağılık iktidara örnek olarak veriyor⁶². Piyasa (“kuramsal olarak” diyor Sennet) görece eşit, emir komuta zincirine değil mübadele ve rekabet ilişkilerine dayanan güç ilişkileriyle örülür⁶³. Aslında hukuk söz konusu olduğunda otoriter (ya da

⁵⁹ “Saydamlık ve opaklık ya da daha genel anlamıyla tahmin edilebilirlik (kesinlik) ile tahmin edilemezlik (belirsizlik) arasındaki bu karşıtlık yoluyla, güç ve itaat ilişkisi güvenli hale gelir.” **Bauman, Özgürlük**, s. 37.

⁶⁰ **Mann**, s. 13. Ayrıca bkz. **Earle**, s. 17.

⁶¹ “*Yaygın iktidar* asgari düzeyde istikrarlı bir işbirliğine girmek üzere çok geniş bir alana yayılan toprak üzerinde yaşayan çok sayıda insanı örgütleme becerisine atıfta bulunur. *Yoğun iktidar*, alan veya insan sayısı ne olursa olsun katılımcıları sıkı biçimde örgütleme ve yüksek bir mobilizasyon ve sadakat düzeyini kontrol etme becerisine atıfta bulunur. (...) *Otoriter iktidar* gruplar ve kurumlar tarafından bilfiil amaçlanır. *Dağılık iktidar* ise nüfus içinde daha kendiliğinden, bilinçsiz ve merkezsiz biçimde yayılır (...) Tipik olarak emir ve itaat değil fakay bu pratiklerin doğal ya da ahlaki olduğu veya tartışmasız biçimde ortak çıkardan kaynaklandığı anlayışını içerir.” **Mann**, s. 19.

⁶² **Mann**, s. 19. Barry de benzer şekilde mübadele ekonomisindeki paylaşımında, iktidar kavramını kullanmaya ihtiyaç yoktur der. Burada eylemler yaptırım tehdidi değil tercihler sonucunda ortaya çıkar. **Barry**, s. 101 ve 114, 115. Teorik olarak yahut eşitler arası bir modelde bu doğru olabilirdi. Ancak piyasanın ve piyasadaki bireylerin eylemlerinin karmaşık bir takım reklam ve halka ilişkiler teknikleriyle yönlendirildiğini biliyoruz. **Topuzkanamış**, s. 134 vd. Ayrıca iktisadi iktidar gerçekten de (siyasi iktidardan farklı olarak) kolayca görülür bir iktidar modeli olarak işlemez.

⁶³ **Sennet**, s. 183.

otoriterleşmeye yatkın), yoğun ve ek olarak merkezî bir iktidar yani siyasî iktidar ile dağınık ve yaygın bir iktidar kullanımı olan iktisadî iktidarın karşılıklı dengesi (ya da dengesizliği) anahtar konu olarak karşımıza çıkar. Siyasî iktidarın baskınlaşması her zaman hukukun altını oyar. Ancak günümüz neo-liberal piyasa şartlarında görüldüğü üzere iktisadî iktidarın obezleşmesi de hukuk altını oyar⁶⁴. Güvenlik ve öngörülebilirlik sağlayan hukuk; esnek, hızlı ve sınır ötesi hareket etmek isteyen sermayenin önünde bu kez engel olarak çıkar.

İktidara Bir Araç ve Sınır Olarak Hukuk

Arendt'e göre güç kullanımının niteliği, Platon'dan beri hukuk/Yasa ile olan ilişkisi bakımdan değerlendirilir. Yasaya uygun iş gören iktidarlar iyi diğerleri kötüdür⁶⁵. Örneğin krallık kötü değilken, tiranlık kötüdür ve ikisi arasındaki fark yasaya uygun davranma ya da kendi istek ve iradesini değil, yasayı uygulamada ortaya çıkar⁶⁶. Yine mesela Aristoteles'e göre, yığın ya da çoğunluğun iktidara kolektif şekilde sahip olması da tek adam yönetiminin kılık değiştirmiş hali ya da tiranlıktır: Yasa'ya değil, keyfe uygun yönetim.

Arendt, siyaset düşünürlerinin hukuk ve iktidar arasındaki ilişkiyi iki şekilde ele aldıklarını söyler⁶⁷. İlkinde göre iktidar, meşruluğunu hukuku uygulayarak sağlar; ikincisine göre ise hukuk, iktidarın hiçbir zaman aşmaması gereken sınırları çizer. İlk durumda, iktidar hukukun uygulanmasını sağlayan bir araç⁶⁸ konumundadır. İkincide ise hukuk iktidarı kontrol altına alma aracı olarak karşımıza çıkar. Yukarıda söylenenlerin aksine gücün varlığı, sadece hukukun uygulanması için bir araç teşkil eder. Hukuku değil de kendi isteklerini, arzularını uygulamaya koyan (Arendt ekliyor: “bunlar çoğunluğun istekleri olsa bile”⁶⁹) bir iktidar tiranlığa dönüşür.

⁶⁴ Bu konuda bkz. Mehmet Tefvik **Özcan**, “Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti: Mit mi, Gerçeklik mi?” *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 1Y: 2013, s. 963-1002.

⁶⁵ **Arendt**, Power s. 713. “Hiçbir güç kullanımı kendi kendini doğrulayamaz”, dolayısıyla meşruiyetini kendi dışında Yasa'da bulur. **Akal**, *İktidar*, s. 108.

⁶⁶ Arendt, *İnsanlık*, s. 302. Bu kriter bir süre sonra çıkar ile yer değiştirmiştir. Buna göre kendi çıkarı için gücü kullanan yönetici kötü iken, toplumun çıkarını gözeterek gücü kullanan iyidir. (“Rule in the interest of all”) **Arendt**, Power, s. 713.

⁶⁷ **Arendt**, Power, s. 714.

⁶⁸ “Necessary evil”

⁶⁹ Arendt bir başka yerde de Aristoteles'ten alıntı yaparak, yığın iktidara kolektif şekilde sahip olmasının, tek adam yönetiminin kılık değiştirmiş hali ya da tiranlık olduğunu söylüyor. **Arendt**, *İnsanlık*, s. 303.

Modern hukuk (ve anayasacılık) açısından bakıldığında ana problemin siyasî güç kullanımının sınırlandırılması olduğu açıktır. Bu süreçte görmezden gelinen veya üstünde durulmayan nokta hukukun hangi güçle bunu yapabileceğidir. Hukuk ve iktidar ilişkisinde her durumda hukuk, güç ilişkilerinin doğrulanması veya meşrulaştırılması, perde gerisinde görülmez kılınması işini görür. Farklı toplumlarda bu farklı hukuklar ve farklı doğrulama biçimleri olarak görülür⁷⁰. Bu aynı zamanda her durumda eşitsiz güç ilişkilerinin onaylanması ve sürdürülmesinin sağlanması anlamına gelir. Akal'a göre güç kullanımı, yasalar aracılığı ile doğrulandığı takdirde hukukî bir modelden söz etmek mümkün olur. Ancak yasalarla doğrulanmadan çok önce güç ilişkileri vardır. Meşruiyet kurguları da her durumda belli ölçüde güç ilişkilerini gizler⁷¹. Güç ilişkilerinin açıkça görünür hâle geldiği hallerde (mesela köleci toplumda yahut diktalarda) hukuk kurallarının kime hizmet ettiği de açık hale gelir.

Sonuç Yerine: Hukukun Gücü

Başlarken de belirttiğim gibi hukukun kendi başına bir gücü olduğunu düşünmüyorum. Ancak hukuka tâbi olmanın toplumsal ve bireysel güvenlik ve zenginlik için son derece etkili bir yöntem olduğu tecrübesi gözümüzün önünde. Yine de hiçbir güç, kendiliğinden veya bir erdem ile sahip olduğu iktidarı bırakmak ya da daha gücünün bir kısmı da olsa vazgeçmek istemiyor. Tam da bu sebeple hukuka tâbi olmayı kendiliğinden ve çatışmasız biçimde kabul eden bir iktidar yok. Mevcut iktidarı az çok dengeleyebilecek ölçüde başka bir toplumsal güç ortaya çıkmadığı sürece, güç belli bir iktidarda yığılmakta ve bu durumda hukuk sadece bir araç konumunda kalmaktadır. Modern toplumun tecrübesinde bu ikinci güç iktisadî iktidar olarak karşımıza çıkmıştır. İktisadî iktidar, şiddet araçlarından mahrum olduğu için ve varlığı çatışmasız ve güvenli bir ortama bağlı olduğu için hukuka daha sıkı sarılır. Burada sermayeyi şirin ya da hukuk sevdalısı göstermeye çalışmıyorum. Tamamen çıkar dengesi ile ilişkili bir durum söz konusu. Kaldı günümüz tecrübesi, küreselleşmiş ekonomik düzende serma-

⁷⁰ Akal, İktidar, s. 111.

⁷¹ Akal, İktidar, s. 109-113. "Hukuk devleti, birlikli ve hesaplanabilir ekonomik bir alan kurmak amacıyla yönelik olarak, burjuvazinin çıkarlarından hareketle onun ekonomik özgürlüğünü hukuk üzerinden korumak ve devlet egemenliği aracılığıyla yerel ve parçalı güçleri yok etmek için vardı. Hukuk, mübadele süreçlerini hesaplanabilir kılmaya ve aynı zamanda genel yasaların dışsal biçiminin altındaki 'gerçek hükümlerlik'i 'gizleme'ye hizmet ediyordu." Buckel, s. 280-281.

yenin muazzam bir etkiye sahip olduğunu açıkça gösteriyor. Her türden güç yığılması, hukuku ortadan kaldırır ve küresel ekonomi de hukukun güvenliğine ihtiyaç duymadığı anda onu bir kenara atar. Siyaset doğası gereği yerel iken sermaye doğası gereği küresel ve sermayenin hızı siyasetten çok daha fazla⁷². “Sermaye serbestçe dolaşırken, siyaset ümitsizce yerel” kalmaktadır⁷³. Zaman ve mekandan münezzeh(!) bu *merkezsiz* iktidar, hukukun sıkıcı bağlarını hızla üstünden atma peşinde ve bunun için de siyaset üstünde güçlü bir baskı kuruyor ya da etkili bir işbirliği (ikisi de aynı kapıya çıkıyor) içine giriyor.

Demek ki hukukun varlığı için onu destekleyecek bir güce ihtiyacımız var ve fakat bu gücün hukuka muhtaç kalmayacak kadar büyümesi halinde de sığınacak yerimiz yok.

⁷² **Bauman**, Siyaset, s. 60, 84.

⁷³ **Bauman**, Siyaset, s. 28.

KAYNAKÇA

- Akal**, Cemal Bâli: “İktidar ve Hukukîlik”, *Doğu-Batı*, S. 69, Mayıs-Haziran-Temmuz 2104, İstanbul, s. 108-124. (İktidar)
- Akal**, Cemal Bâli: *Hukuk Nedir?*, Dost, İstanbul, 2017. (Hukuk)
- Arendt**, Hannah: “The Great Tradition: I. Law and Power”, *Social Research*, Vol. 74, No. 3, Hannah Arendt’s Centenary: Political and Philosophical Perspectives, Part I (FALL 2007), pp. 713-726. (Power)
- Arendt**, Hannah: *Geçmişle Gelecek Arasında*, Seçme Eserler 2, 4. Baskı, Çev. B. S. Şener, İletişim, İstanbul, 2012. (Geçmişle)
- Arendt**, Hannah: *İnsanlık Durumu*, Seçme Eserler 1, Çev. B. S. Şener, İletişim, İstanbul, 1994. (İnsanlık)
- Arendt**, Hannah: *Şiddet Üzerine*, Çev. Bülent Peker, İletişim, İstanbul, 1997. (Şiddet)
- Barry** Norman P.: *Modern Siyaset Teorisi*, Çev. M. Erdoğan/Y. Şahin, Liberte, İstanbul, 2004.
- Bauman** Zygmunt: *Özgürlük*, Çev. K. Eren, Ayrıntı, İstanbul, 2015. (Özgürlük)
- Bauman**, Zygmunt: *Sosyolojik Düşünmek*, Çev. A. Yılmaz, 7. Baskı, Ayrıntı, İstanbul, 2010. (Sosyolojik)
- Bochenski**, J. M.: *Otorite Nedir?- Otorite Mantığına Giriş*, Çev. H. Görgün. Küre, İstanbul, 2015.
- Buckel**, Sonja: “Güç İlişkilerinin Hukuki Yoğunlaşması: Nicos Poulantzas ve Hukuk”, *Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi*, Ed. Taner Yelkenci, NotaBene, Ankara, 2013.
- Dahl**, Robert A.: “The Concept of Power”, *Behavioral Science*, 2:3 (1957:July) pp. 201-215.
- Earle**, Timothy: *Şefler Nasıl İktidara Geldiler- Tarih Öncesinde Politik Ekonomi*, Çev. B. Gürel/ D. Demiröz, Versus Yay., İstanbul, 2013.
- Giddens**, Anthony: *Siyaset, Sosyoloji ve Toplumsal Teori*, Çev. Tuncay Birkan, Metis Yay., Ekim 2001, İstanbul. (Siyaset)
- Giddens**, Anthony: *Ulus Devlet ve Şiddet*, Çev. C. Atay, Kalkedon, İstanbul, 2008. (Ulus)
- Heywood**, Andrew: *Siyasetin Temel Kavramları*, Çev. H. Özler, Adres yay., İstanbul, 2012.

- Lukes, Steven:** “İktidar ve Otorite”, *Sosyolojik Çözümlemenin Tarihi*, Ed. T. Bottomore- R. Nisbet, Ayraç, Ankara, 2002. (İktidar)
- Lukes, Steven:** *İktidar- Radikal Bir Görüş*, Çev. M. Ratıp, İletişim, İstanbul, 2016. (İGR)
- Mann, Michael:** *İktidarın Tarihi- Başlangıcından 1760’a Kadar Toplumsal İktidarın Kaynakları I*, Çev. E. Saraçoğlu/S. Torlak/E. Kolay, Phoenix Yay., Ankara, 2012.
- Özcan, Mehmet Tevfik:** “Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti: Mit mi, Gerçeklik mi?” *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 1Y: 2013, s. 963-1002.
- Poggi, Gianfranco:** *Forms of Power*, Blackwell, USA, 2001.
- Russel, Bertrand:** *İktidar*, Çev. M. Ergin, Cem, İstanbul, 1990.
- Sennet Richard:** Otorite, Çev. K. Durand, 2. Baskı, Ayrıntı, İstanbul, 2005.
- Serres, Michel:** *Doğayla Sözleşme*, Çev. T. Ilgaz, Yapı Kredi, İstanbul, 1994.
- Topuzkanamış, Engin:** *Hukuk ve Disiplin- Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları*, 2. Baskı, İstanbul, 2014.
- Wartenberg, Thomas E:** “The Forms of Power”, *Analyse & Kritik*, 10 (1988), s. 3-31.
- Weber, Max:** *Sosyoloji Yazıları*, 8. Baskı, Çev. Taha Parla, İletişim Yay., İstanbul, 2006. (Sosyoloji)
- Weber, Max:** *Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı*, 2. Baskı, Çev. Ö. Ozankaya, Cem Yay., İstanbul, 2014. (Toplumsal)

TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE AYIBIN SEBEP OLDUĞU ZARARLARDAN SATICININ KUSURSUZ SORUMLULUĞU

(Avrupa Adalet Divanı'nın 16.6.2011 tarihli, birleştirilen
C-65/09 ve C-87/09 numaralı dava dosyalarına ilişkin hükmü)

(Çev.) Dr. Ahmet Hakan DAĞDELEN*

Öz

Aşağıdaki hükmünde Avrupa Adalet Divanı iki temel soru ile ilgilenmektedir: Bunlardan biri, satıcının kusuru olmadığı bir durumda, tüketicinin ayıp sonucu sözleşme ile kurulan edimler arası sübjektif dengeyi aşan zararını karşılamak ile yükümlü mü olduğuna ilişkindir. İkinci soru ise, satıcının, tüketici tarafından seçilen ikame teslimi/değiştirme tedbirini, bu tedbirin namakul masraflar doğuracağı gerekçesiyle yerine getirmekten kaçınabilecek mi olduğuna ilişkindir. Mahkeme ilk soruyu, seçilen tedbirin tüketici üzerinde bir yük ve fazla sıkıntı doğurmadan yerine getirilmesi gerektiği, satıcının kusurlu olsun veya olmasın sözleşmeye aykırı bir mal teslim etmiş olması olgusu ve satıcının çıkarlarının Yönerge kapsamında yeterince korunduğu temelinde olumlu cevaplamaktadır. Mahkeme ikinci soruyu ise ıslahın olayda mümkün olmamasından hareketle olumsuz cevaplarken, tüketiciye ilk soruya ilişkin sunduğu gerekçe ile çelişkili görünen bir yük bindirilmesine izin vererek, bu hususta satıcıya yüklenerek masraflarda bir indirimle gidilebileceğini ifade etmektedir. Bununla beraber, hüküm vardığı sonuç ile adil görünmektedir.

Anahtar Kelimeler

Tüketicinin korunması, tüketim malları satımı ve bunlara ilişkin garantiler, 1999/44 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinin 2. ve 3. fıkraları, tek tebdir türü olarak ayıplı malların değiştirilmesi/ikame edilmesi, tüketici tarafından hazırda

* İstanbul Barosuna kayıtlı Avukat (e-posta: hkndgd@gmail.com) (Çevirinin Geliş Tarihi: 11.04.2018) (Çevirinin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 12.04.2018-16.04.2018/Çeviri Kabul Tarihleri: 23.05.2018-24.07.2018)

kurulumu yapılmış ayıplı mal, satıcının ayıplı malı kaldırması ve ikame malı kurması borcu, mutlak ölçüsüzlük, sonuçlar

STRICT LIABILITY OF THE SELLER FOR DAMAGES CAUSED AS A RESULT OF DEFECTIVE GOODS IN CONSUMER TRANSACTIONS

Abstract

The following judgment of the European Court of Justice deals with two main questions. The first question is whether the seller who is not in fault is obliged to compensate the loss of the consumer which exceeds the subjective equivalence between the obligations of the parties arising from the contract. The second question is whether the seller is able to refuse to replace goods not in conformity on the ground that replacement would impose unreasonable costs on him. The court answers the first question in the affirmative on the following grounds: The demanded remedy had to be completed without any burden on the consumer and any significant inconvenience to the consumer; even assuming that the non-conformity of goods did not result from the fault of the seller, the fact remained that by delivering goods not in conformity the seller failed correctly to perform the obligation; the seller's financial interests were sufficiently protected by the Directive. Regarding the second question, the court denies such a possibility for the seller where the repair is not possible. However, the court also allows to imply costs on the consumer, while enabling reduction in the reimbursement, which seems to be contradictory since the court requests that a remedy had to be completed without any burden on the consumer. In conclusion, however, the ruling seems fair.

Keywords

Consumer protection, sale of consumer goods and associated guarantees, Directive 1999/44/EC – Article 3 (2) and (3), replacement of defective goods as the only remedy, defective goods already installed by the consumer, obligation on the seller to remove the defective goods and install the replacement goods, absolute lack of proportionality, consequences

GEBR. WEBER VE PUTZ
DİVAN HÜKMÜ (Birince Daire)
16 Haziran 2011*

Birleştirilen C-65/09 ve C-87/09 numaralı dava dosyalarında,
ATKA'nın¹ 234. maddesine dayanan, Federal Yüksek Mahkeme (C-65/09) ve Alt Derece Mahkemesi Schorndorf (C-87/09) (Almanya) tarafından 14 Ocak ve 25 Şubat 2009 tarihli kararlar ile ibraz edilen, Divan'a 16 Şubat ve 2 Mart 2009'da intikal eden,

Gebr. Weber GmbH (C-65/09)

karşısında

Jürgen Wittmer

ve

Ingrid Putz (C-87/09)

karşısında

Medianess Electronics GmbH

davalarındaki ön karar başvurularına ilişkin,

DİVAN'ın (Birinci Daire)

Daire Başkanı A. Tizzano, Hakimler J. -J. Kassel, A. Borg Barthet, M. Ilešič (Raportör) ve E. Levits oluşumunda,

Genel Vekil²: J. Mazák,

İdari Başkan³: Yönetici B. Fülöp,

yazılı yargılama gereğince ve 25 Şubat 2010 tarihli duruşma üzerine,

* Yargılama dili: Almanca

¹ Çevirenin notu: Avrupa Topluluğu Kuruluş Anlaşması.

² Çevirenin notu: Burada kullanılan Genel Vekil ifadesi bir öneri olarak değerlendirilebilir. Bu ifadeden başka, Türkçe'ye yapılan çevirilerde Hukuk Sözcüsü ifadesi de kullanılmaktadır.

³ Çevirenin notu: Burada kullanılan İdari Başkan ifadesi bir öneri olarak değerlendirilebilir. Bu ifadeden başka, Türkçe'ye yapılan çevirilerde Katip kavramı da kullanılmaktadır. İdari Başkan'ın görevleri arasına, kendi sorumluluğu altında sicile ilişkin kayıtları tuturmaktan başka, usulî ve Divan'ın genel idaresine ilişkin sair görevler de düşmektedir.

- Gebr. Weber GmbH, Avukat R. Lindner aracılığı ile temsil edilmekte,
- Alman Hükümeti, temsilciler M. Lumma ve J. Kemper aracılığı ile temsil edilmekte,
- Belçika Hükümeti, temsilci T. Materne aracılığı ile temsil edilmekte,
- İspanya Hükümeti, temsilci J. López-Medel Bascones aracılığı ile temsil edilmekte,
- Avusturya Hükümeti, temsilciler E. Riedl ve E. Handl-Petz aracılığı ile temsil edilmekte,
- Polonya Hükümeti, temsilci M. Dowgielewicz aracılığı ile temsil edilmekte,
- Avrupa Komisyonu, temsilciler W. Wils ve H. Krämer aracılığı ile temsil edilmekte,

tarafından yapılan açıklamalar dikkate alınarak,
18 Mayıs 2010 tarihli oturumda Genel Vekil'in görüşünün dinlenmesinden sonra
verdiği takip eden

Hüküm

- 1 Ön karar başvuruları, 25 Mayıs 1999 tarihli Tüketim Malları Satımının ve Tüketim Malları için verilen Garantilerin Belirli Bazı Yönleri Hakkında 1999/44 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'nin (Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi L 171, s. 12, devamında: Yönerge) 3. maddesinin 2. fıkrasının ve 3. fıkrasının 3. bentinin yorumuna ilişkindir.
- 2 Bu başvurular iki hukuki uyuşmazlık çerçevesince ileri gelmektedir. Bunlardan biri – C-65/09 numaralı dava dosyasında – Gebr. Weber GmbH (devamında: Gebr. Weber) ve Bay Wittmer arasında sözleşmeye uygun fayansların teslimi ve masrafların karşılanması, diğeri – C-87/09 numaralı dava dosyasında – Bayan Putz ve Medianess Electronics GmbH (devamında: Medianess Electronics) arasında bir bulaşık makinesinin satım ücretinin makinenin teslimi ile eş zamanlı iadesi üzerinedir.

Hukuki çerçeve

Birlik Hukuku

- 3 Yönerge'nin ilk gerekçesi şöyle söylemektedir:
- “[ATKA] 153. maddenin 1. ve 3. fıkraları uyarınca, Birlik ATKA 95. madde uyarınca çıkardığı tedbirler ile tüketicinin korunmasında yüksek bir seviyeye ulaşılmasına katkıda bulunur.”
- 4 Yönerge'nin 9'dan 11'e kadar olan gerekçeleri şöyle söylemektedir:
- “(9) Satıcının, malların sözleşmeye uygunluğundan tüketici karşısında doğrudan sorumlu olması gerekir. ... Bununla beraber, satıcının, devlet içi hukukun öngördüğü ölçüde üreticiye, aynı sözleşme zinciri içindeki önceki bir satıcıya veya bir aracı kişiye rücu edebilmesi gerekir, yeter ki o bu hakkından vazgeçmemiş olsun. Bu Yönerge satıcı ve üretici, önceki bir satıcı veya diğer bir aracı kişi arasındaki ilişkilerde sözleşme özgürlüğü ilkesine bir etkide bulunmaz. Satıcının kime ve nasıl rücu edebildiğini, devlet içi hukuk düzenlemeleri belirler.
- (10) Bir malın sözleşmeye aykırılığında, tüketicinin, sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin ivazsız gerçekleştirilmesini isteme hakkını haiz olması gerekir, bu bağlamda tüketici ıslah⁴ ve ikame teslimi⁵ arasında bir seçim yapabilir. Bu olmadığı takdirde, tüketicinin, satım ücretinde indirim veya sözleşmenin çözülmesine⁶ yönelik talebi haiz olması gerekir.

⁴ Çevirenin notu: Islah kelimesi bu bağlamda göze yabancı gelse de, Yönerge'de kullanılan, sonradan iyileştirme şeklinde anlamı verilebilecek, Nachbesserung kelimesinin Türkçe'deki anlamını vermektedir. Aynı durumu ifade etmek üzere, Türkiye'de yürürlükteki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da onarım kavramı kullanılmaktadır. Bizdeki onarım kelimesinin karşılığının Almancası Reparatur olup, çevirisi yapılan metinde geçmemektedir. Bu bakımdan, esas metne sadık kalınarak, ilgili kelime Türkçe'ye ıslah olarak çevrilmiştir.

⁵ Çevirenin notu: Göze problemlili gibi görünebilecek diğer bir çeviri olan ikame teslimi de aslında Almanca metinde geçen Ersatzlieferung kelimesinin karşılığını doğru bir şekilde vermektedir. Türkiye'de, kanun koyucu benzer problemi benzer şekilde çözerken kanunda değiştirme kelimesine yer verirken, ilgili Yönerge'nin Almanca tercümesinde Austausch gibi değiştirme eylemine yönelik bir kavram yerine Ersatzlieferung ibaresi yer almaktadır.

⁶ Çevirenin notu: Almanca metinde burada Vertragsauflösung kavramı geçmektedir. Bu bakımdan esas metne sadık kalınarak, Türkçe'ye bu şekilde çevrilmiştir. Bu bakımdan, fesih ve dönme kavramlarına başvurulmamıştır.

(11) Tüketici, satıcıdan öncelikle malın ıslahını veya bir ikame teslimi isteyebilir, yeter ki bu tedbirler imkânsız veya ölçüsüz olmasın. Bir tedbirin ölçüsüz mü olduğunun, nesnel bir şekilde belirlenmesi gerekir. Diğerleri ile karşılaştırıldığında, namakul masraflar doğuran tedbirler ölçüsüzdür. Masrafların namakul mu olduğu sorusunun cevaplanmasında, ilgili tedbirin masraflarının diğer bir tedbirin masraflarından açıkça daha yüksek mi olduğu, belirleyici olmalıdır.”

- 5 Yönerge'nin 1. maddesi (“Uygulama alanı ve kavram açıklamaları”) şu saptamadır:

“(1) Bu Yönerge'nin hedefi, Ortak Pazar çerçevesince tüketiciye yeknesak asgari bir koruma seviyesinin sağlanması amacıyla, üye devletlerin tüketim malları satımının ve tüketim malları için verilen garantilerin belirli bazı yönlerine ilişkin hukuki ve idari düzenlemelerinin uyumlaştırılmasıdır.

(2) Bu Yönerge doğrultusunda,

...

f) Islah; sözleşmeye aykırılıkta, sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesi,

...

anlamına gelir.”

- 6 Yönerge'nin 2. maddesi (“Sözleşmeye uygunluk”) şöyle söylemektedir:

“(1) Satıcı, satım sözleşmesine uygun malları tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür.

...

(5) Tüketim malının hatalı montajının sonucu olan bir ayıp, montaj tüketim malı hakkındaki satım sözleşmesinin bir parçasıydı ve satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildi ise, sözleşmeye aykırılık ile eş kabul edilir. Aynı kabul, montajı tüketici tarafından yapılması belirlenen ürün, tüketici tarafından monte edildi ve hatalı montaj, montaj kılavuzundaki bir eksiklik ile açıklanabilir ise de geçerlidir.”

- 7 Yönerge'nin 3. maddesi (“Tüketicinin hakları”) şöyle öngörmektedir:

“(1) Satıcı, tüketim malının teslimi anında mevcut her türlü sözleşmeye aykırılıktan tüketici karşısında sorumludur.

(2) Sözleşmeye aykırılıkta, tüketici ya 3. fıkra ölçüsünce ıslah veya ikame teslimi ile sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin ivazsız ger-

çekleştirilmesine, ya da 5. ve 6. fıkralar ölçüsünce ilgili tüketim malının satım ücretinde uygun bir indirim veya sözleşmenin çözümlenmesine yönelik bir talebi haizdir.

(3) Tüketici, satıcıdan öncelikle tüketim malının ivazsız ıslahını veya ivazsız bir ikame teslimi isteyebilir, yeter ki bu gayrimümkün veya ölçüsüz olmasın.

Bir tedbir⁷,

- tüketim malının sözleşmeye aykırılık olmasaydı alacağı değer açısından,
- sözleşmeye aykırılığın ağırlığını dikkate alarak ve
- alternatif tedbir imkânından tüketiciye fazla sıkıntı vermeden yararlanılabilir miydi sorusunun değerlendirilmesinden sonra

alternatif tedbir ile karşılaştırıldığında satıcıya namakul masraflar doğuracaksa, ölçüsüz kabul edilir.

Islahın veya ikame tesliminin, uygun bir süre içinde ve tüketiciye fazla sıkıntı vermeden gerçekleştirilmesi gerekir, bu bağlamda tüketim malının türünün ve tüketicinin tüketim malına hangi sebepten ihtiyaç duyduğunun göz önünde bulundurulması gerekir.

(4) 2. ve 3. fıkradaki “ivazsız” kavramı, sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesi için gerekli olan masrafları, özellikle gönderim, iş gücü ve malzeme masraflarını, kapsar.

(5) Tüketici

1. ne ıslaha ne de ikame teslimine yönelik talebi haizse veya
2. satıcı uygun bir süre içerisinde tedbiri gerçekleştirmiş değilse veya
3. satıcı tüketiciye fazla sıkıntı vermeden tedbiri gerçekleştirmiş değilse

satım ücretinde uygun bir indirim veya sözleşmenin çözümlenmesini isteyebilir.

(6) Sözleşmeye önemsiz bir aykırılıkta, tüketici sözleşmenin çözümlenmesine yönelik bir talebi haiz değildir.”

⁷ Çevirenin notu: Burada tedbir kavramı yerine, belki seçimlik hak (Wahlrecht) ifadesi göze ve kulağa daha hoş gelebilir. Lakin, Almanca metinde geçen Abhilfe kavramını, Türkçe’de tedbir kavramının daha iyi karşıladığı düşünüldüğünden, metne de sadık kalınarak, çeviri bu şekilde yapılmıştır.

- 8 Yönerge'nin 4. maddesi ("Rücu hakkı") şu saptamadır:
 "Son satıcı; üreticinin, aynı sözleşme zinciri içindeki önceki bir satıcının veya diğer bir aracı kişinin bir fiili veya ihmâli sonucu ortaya çıkan bir sözleşmeye aykırılık sebebiyle tüketici karşısında sorumlu olursa, son satıcı aynı sözleşme zinciri içindeki sorumluya veya sorumlulara rücu edebilir. Devlet içi hukuk, son satıcının rücu edebildiği sorumluyu veya sorumluları, keza uygun olan usulü ve yapılandırmayı belirler."
- 9 Yönerge'nin 5. maddesi ("Süreler"), 1. fıkranın 1. cümlesinde şu saptamadır:
 "Sözleşmeye aykırılık, tüketim malının tesliminden sonraki iki sene içinde belirdiğinde, satıcı 3. madde uyarınca sorumludur."
- 10 Yönerge'nin 7. maddesi ("Aksi kararlaştırılamamazlık") şöyle öngörmektedir:
 "(1) Bu Yönerge ile sağlanan hakları doğrudan veya dolaylı kaldıran veya sınırlandıran sözleşme hükümleri veya satıcı ile sözleşmeye aykırılık hususunda kendisinin bilgilendirilmesinden evvel kararlaştırılan anlaşmalar, devlet içi hukuk uyarınca tüketici için bağlayıcı değildir.
 ..."
- 11 Yönerge'nin 8. maddesi ("Devlet içi hukuk ve asgari koruma") şöyle söylemektedir:
 "(1) Sözleşmeden doğan sorumluluk veya sözleşme dışı sorumluluk hakkındaki devlet içi hukuk düzenlemeleri gereğince tüketicinin ileri sürebildiği diğer taleplere, bu Yönerge gereğince sağlanan haklar ile bir etkide bulunulmaz.
 (2) Tüketiciler için daha yüksek bir koruma seviyesini güven altına almak için, üye devletler bu Yönerge'nin kapsadığı alanda, Sözleşme ile uyumlu daha ağır düzenlemeler çıkarabilir veya bunları ayakta tutabilir."
- Milli Hukuk*
- 12 Alman Medeni Kanunu'nun (devamında: BGB) 433. maddesi⁸ ("Satım sözleşmesinde sözleşmeye özgü yükümlülükler") 1. fıkrada şu saptamadır:

⁸ Çevirenin notu: Çeviride, BGB'nin ilgili hükümlerine ilişkin yerlerde paragraf yerine, madde ifadesinden yararlanılmıştır.

“Satım sözleşmesi ile bir şeyin satıcısına, alıcıya bu şeyi devretme ve bu şeyde mülkiyeti temin etme, yükümlenir. Satıcının, bu şeyi alıcıya maddi ve hukuki ayıplardan ari temin etmesi gerekir.”

13 BGB 434. madde (“Maddi ayıp”) şu saptamadır:

“(1) Şey, risk devri⁹ esnasında kararlaştırılan mahiyeti haizse, maddi ayıplardan aridir. ...”

14 437. madde (“Alıcının ayıp durumlarında hakları”) şöyle söylemektedir:

“Şey ayıplı ise, alıcı, takip eden düzenlemelerin şartları mevcutsa ve aksi kararlaştırılmadığı müddetçe,

1. 439. madde uyarınca telafi ifası isteyebilir,
2. 440., 323. maddeler ve 326. maddenin 5. fıkrası uyarınca sözleşmeden dönebilir veya 441. madde uyarınca satım ücretini indirebilir ve
3. 440., 280., 281., 283. ve 311a. maddeler uyarınca tazminat veya 284. madde uyarınca beyhude harcamaların tazminini isteyebilir.”

15 BGB 439. madde (“Telafi ifası”) şöyle öngörmektedir:

“(1) Alıcı, kendi seçimi doğrultusunda, telafi ifası olarak ayıbın giderilmesini veya ayıptan ari bir şeyin teslimini isteyebilir.

(2) Satıcının telafi ifası için lazım gelen harcamaları, özellikle taşıma, yol, iş gücü ve malzeme masraflarını üstlenmesi gerekir.

(3) Satıcı, alıcı tarafından seçilen telafi ifası türünden, bu sadece ölçüsüz masraflar ile mümkün ise ... kaçınabilir. Bu hususta özellikle şeyin ayıptan ari hâlde değerine, ayıbın ağırlığına ve alıcıya fazla mahzur etmeden diğer telafi ifası türünden yararlanılabilir miydi sorusuna dikkat edilmesi gerekir. Alıcının talebi bu durumda diğer telafi ifası türü ile sınırlıdır; satıcının, 1. cümleinin şartları altında bundan da kaçınma hakkı saklıdır.

(4) Satıcı telafi ifası amacıyla ayıptan ari bir şey teslim ederse; o, alıcıdan ayıplı şeyin iadesini ... isteyebilir.”

⁹ Çevirenin notu: Bu konuda hasarın intikali, hasarın geçişi ifadeleri öğretilmektedir. Lakin bu ifadeler tartışmaya açıktır, zira intikal eden hasar değil, buna ilişkin risktir. Bir hasarın doğup doğmayacağı belirsiz olduğu gibi, hasar doğduğunda bir tarafta kalmaktadır, intikal etmemektedir. Bu bakımdan çevrilen metne sadık kalınarak, burada risk devri ifadesinden yararlanılmıştır.

Bekleyen davalar ve yöneltilen sorular*C-65/09 numaralı dava dosyasında*

- 16 Bay Wittmer ve Gebr. Weber, parlak yer fayansları üzerine 1.382,27 Euro ücretten bir satım sözleşmesi yaptılar. Bay Wittmer fayansların aşağı yukarı üçte ikisini evinde döşettirdikten sonra, üst yüzeyde çıplak gözle fark edilebilir taramalar olduğunu tespit etti.
- 17 Bunun üzerine Bay Wittmer ayıp ihbarında bulundu, bunu Gebr. Weber fayansların üreticisi ile görüşükten sonra kabul etmedi. Bay Wittmer tarafından açılan bağımsız bir tespit davasında bilirkişi bu taramaların giderilmesi mümkün olmayan saf mikro sürtünme izlerinden olduğu, bu bakımdan bir tedbirin ancak fayansların tamamen değiştirilmesi suretiyle mümkün olduğu sonucuna vardı. Bilirkişi, ilgili masrafların 5.830,27 Euro tuttuğunu hesap etti.
- 18 Bay Wittmer, Gebr. Weber'e ifaya beyhude bir çağrıda bulunduktan sonra Bölge Mahkemesi Kassel'de, Gebr. Weber'i ayıptan ari fayansların teslimi ve 5.830,27 Euro'nun ödenmesi üzerine dava etti. Bölge Mahkemesi Kassel, Gebr. Weber'in indirim nazarından, 273,10 Euro ödemesine hükmetti ve davayı geri kalan hususlarda ret etti. Bay Wittmer'in Bölge Mahkemesi Kassel'in kararı karşısında istinafi üzerine, Bölge Yüksek Mahkemesi Frankfurt, Gebr. Weber'in yeni ve ayıptan ari fayanslar teslim etmesine ve ayıplı fayansların sökümü ve bertarafı için 2.122,37 Euro ödemesine hükmetti ve davayı geri kalan hususlarda ret etti.
- 19 Gebr. Weber, Bölge Yüksek Mahkemesi Frankfurt'un hükmü karşısında, kararının İstinaf Mahkemesi'nin Bay Wittmer'in ayıplı fayansların söküm masraflarının karşılanmasını isteyebilmesini kabul etmekte haklı mı olduğuna bağlı bulunduğu işaretle bulunan Federal Yüksek Mahkeme'de temyize gitti. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre Bay Wittmer Alman Hukuku uyarınca masrafların karşılanmasını isteye- mediğinden, bu sorunun cevabı Yönerge'nin 3. maddesinin 2. fıkrasının ve 3. fıkrasının 3. bentinin yorumuna bağlıdır ve icabında BGB 439. maddenin Yönerge ile uyumlu yorumlanması gerekir.
- 20 Federal Yüksek Mahkeme buna ilişkin, Yönerge'nin 3. maddesinin 2. fıkrasında "ikame teslimi" kavramının kullanımından yapılacak, sadece sözleşmeye uygun tüketim malının teslim edilmesinin değil, bundan başka aynı zamanda ayıplı tüketim malının yerine bir şey koyulmasının ve böylece ortadan kaldırılmasının gerektiği çıkarımının düşünüle-

bildiğini söylemektedir. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre, dahası 3. maddenin 3. fıkrası uyarınca sunulan sözleşmeye uygun hâli gerçekleştirme yükümü bağlamında tüketim malının türünü ve kullanım amacını göz önünde bulundurma, satıcının, ikamenin tür ve amaca uygun kullanımının mümkün kılınması için, ikame tesliminde sadece sözleşmeye uygun tüketim malının tesliminden fazlasını, yani ayıplı tüketim malının ortadan kaldırılmasını da borçlandığından yana olabilir.

- 21 Ancak, Gebr. Weber sözleşmeye aykırı fayansların sökülme masraflarının karşılanmasından bu masrafların ölçsüzlüğüne dayanarak kaçınılabileydi, Federal Yüksek Mahkeme'nin görüşüne göre bu sorunun incelenmesine gerek kalmazdı. Federal Yüksek Mahkeme, BGB 439. madde 3. fıkrası uyarınca satıcının, alıcı tarafından seçilen telafi ifası türünden, sadece bu telafi ifası türü satıcıya diğer telafi ifası türü ile karşılaştırıldığında ölçsüz masraflar doğurduğunda değil ("nispi ölçsüzlük"), bunun yanında alıcı tarafından seçilen telafi ifası türü, bu tek mümkün olan tür olsa bile, özü gereği tek başına ölçsüz masraflar doğurduğunda da kaçınılabildiğini ("mutlak ölçsüzlük") söylemektedir. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre, ilgili davada, sözleşmeye uygun fayansların teslimi ile talep edilen telafi ifası mutlak ölçsüzlüğün tipik bir durumudur, zira bu durum, Gebr. Weber'e, teslim için yuvarlak hesap 1.200 Euro yüksekliğindeki masraflardan başka, sözleşmeye aykırı fayansların sökülmesi için yuvarlak hesap 2.100 Euro yüksekliğindeki masraflar ile beraber böylece toplamda yuvarlak hesap 3.300 Euro'luk masraflar doğururdu, ki bu bu tip bir talebin ölçülü mü olduğunun önceden baz alınarak değerlendirildiği ayıptan arı tüketim malının değerinin %150'sinde bulunan eşiğin üzerinde bulunur.
- 22 Buna karşın satıcıya milli hukuk aracılığı ile sağlanan telafi ifasından bunun masraflarının bu tip bir mutlak ölçsüzlüğüne dayanarak kaçınma imkânının lafzı gereği sadece nispi ölçsüzlüğü kapsamına alır görünen Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrası ile çeliştiğinin düşünülebildiğini söyleyen Federal Yüksek Mahkeme'ye göre, yine de mutlak ölçsüzlüğe dayanan bir kaçınmanın 3. maddenin 3. fıkrasındaki "imkânsızlık" kavramının uygulama alanına girmesi mümkündür, zira Yönerge'nin münhasıran fiziksel imkânsızlık durumlarını kapsamayı ve satıcıyı da ekonomik açıdan manasız bir telafi ifası ile yükümlü kılmayı istediğine istinat edilemez.
- 23 Binaenaleyh, Federal Yüksek Mahkeme davayı beklemeye aldı ve Divan'a ön karar verilmesi amacıyla takip eden soruları yöneltti:

1. Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 1. ve 2. bentlerinin düzenlemelerinin, bunların, satıcının sözleşmeye aykırılık durumunda alıcı tarafından istenen tedbir türünden, bu tür satıcıya tüketim malının sözleşmeye aykırılık olmasaydı alacağı değer ve sözleşmeye aykırılığın ağırlığı ile karşılaştırıldığında namakul (mutlak ölçüsüzlük) olacak masraflar doğuracağına da kaçınabildiği bir milli yasa kuralına aykırı düştüğü yönünde mi yorumlanması gerekir?
2. Eğer ilk soruya evet denilmesi gerekirse: Yönerge'nin 3. maddesinin 2. fıkrasının ve 3. fıkrasının 3. bentinin düzenlemelerinin, ikame teslimi ile sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesi durumunda, tüketicinin türü ve kullanım amacı uyarınca döşediği bir şeyden tüketim malının sökülmesinin masraflarını satıcının üstlenmesinin gerektiği yönünde mi yorumlanması gerekir?

C-87/09 numaralı dava dosyasında

- 24 Bayan Putz ve Medianess Electronics internet üzerinden yeni bir bulaşık makinesi üzerine 367 Euro ücretten, buna ek 9,52 Euro tutarında teslim anında nakden ödeme masrafları ile, bir satım sözleşmesi yaptılar. Taraflar, Bayan Putz'un evinin kapısının önüne teslim üzerinde anlaştilar. Bulaşık makinesinin teslimi ve satım ücretinin ödemesi anlaşmaya uygun gerçekleşti.
- 25 Bayan Putz bulaşık makinesini kendi dairesinde monte ettirdikten sonra bulaşık makinesinin montaj sonucu oluşması ve giderilmesi mümkün olmayan bir ayıp taşıdığı ortaya çıktı.
- 26 Sonrasında, taraflar bulaşık makinesinin değiştirilmesi üzerinde anlaştilar. Bu çerçevede Bayan Putz, Medianess Electronics'in sadece yeni bulaşık makinesini teslim etmesini değil, aynı zamanda ayıplı makineyi sökmesini ve ikame makineyi kurmasını yahut da söküm ve kurulum masraflarını üstlenmesini istedi, bunu Medianess Electronics kabul etmedi. Medianess Electronics Bayan Putz'un kendisine yaptığı çağrıya cevap vermediği için, Bayan Putz satım sözleşmesinden döndü.
- 27 Bayan Putz, Medianess Electronics karşısında Alt Derece Mahkemesi Schorndorf'ta satım ücretinin ayıplı bulaşık makinesinin teslimi ile eş zamanlı iadesi için dava açtı.
- 28 Yöneltilen kararda, Alman Hukuku uyarınca satım sözleşmesinden dönmenin geçerliliğinin, Bayan Putz'un, Medianess Electronics neyi

borçlu ise sadece onu talep ederek Medianess Electronics'e telafi ifası için geçerli bir süreyi beyhude yere vermiş mi olduğuna bağlı bulunduğu söylenmektedir. Bu karara göre, dolayısı ile hukuki uyumsuzluğa ilişkin karar, Bayan Putz, Medianess Electronics'ten ayıplı makineyi sökmesini ve yeni makineyi kurmasını yahut da bu işlemlerin masraflarını üstlenmesini isteyebilir miydi sorusuna bağlıdır.

- 29 Buna ilişkin Alt Derece Mahkemesi Schorndorf, Alman Hukuku uyarınca satıcının ayıplı şeyin sökümünü veya yeni şeyin kurulumunu keza ilgili masrafları, tüketici ayıplı şeyi ayıbın ortaya çıkmasından evvel özgülendiği amaç uyarınca önceden kurduğunda dahi, kusurdan bağımsız üstlenmesinin gerekmediğini söylemektedir. Mahkeme'ye göre, bu yönde bir yükümlülüğün ancak Yönerge'den doğduğu düşünülebilir, zira Yönerge tüketicinin korunmasında yüksek bir seviyeye ulaşmayı hedeflemekte ve 3. maddenin 3. fıkrasının 3. bentinde ikame tesliminin tüketiciye fazla sıkıntı vermeden gerçekleştirilmesinin gerektiğini öngörmektedir.
- 30 Mahkeme'ye göre, alıcıya ikame şeyin kurulum masrafları ödenmezse, alıcının bunları iki defa üstlenmesi gerekir, yani bir defa ayıplı şeyin kurulumu için ve bir defa da ikame şeyin kurulumu için, oysa sözleşmeye uygun bir teslimde alıcının bunları sadece bir defa ödemesi gerekirdi. Aslında satıcının sadece kusur varlığında ikame şeyin kurulum masraflarını üstlenmekle yükümlü bulunduğu düşünülebildiğini, ancak tüketiciye bir kusur izafe edilememesinin ve ayıbın tüketiciden ziyade daha çok satıcıya atfedilmesi olgusunun, alıcıya, satıcının bir kusurundan bağımsız bir talep sağlanmasını haklı kıldığı; ayrıca satıcı için üreticiye rücu etmenin de daha kolay olduğu ifade edilmektedir.
- 31 Başvuruda bulunan Mahkeme ayıplı şeyin sökümüne ilişkin, sözleşmeye uygun hâlin sadece ayıptan ari bir sözleşme malının teslim edilmesini değil, bununla beraber aynı şekilde alıcının dairesinde ayıplı bir sözleşme malının kalmamasını da içerdiğini, bunun, satıcının bu tip bir şeyin sökümü ile yükümlü bulunduğu yönündeki bir yorumdan yana olduğunu söylemektedir. Mahkeme'ye göre, tüketicinin dairesinde ayıplı bir malın kalması durumunda, ek olarak tüketici açısından fazlaca sıkıntı doğduğu da düşünülebilir. Mahkeme son olarak Yönerge'nin 3. maddesinde kullanılan kavram "ikame teslimi"nin, satıcının yükümlüğünün safi ayıptan ari bir ikame şeyin teslimi ile sınırlı olmadığına, bundan başka ayıplı şeyin, ayıptan ari şey ile değiştirilmesini de kapsadığına işarette bulunur görüldüğünü söylemektedir.

- 32 Binaenaleyh, Alt Derece Mahkemesi Schorndorf davayı beklemeye aldı ve Divan'a ön karar verilmesi amacıyla takip eden soruları yöneltti:
1. Yönerge'nin 3. maddesinin 2. fıkrasının ve 3. fıkrasının 3. bentinin düzenlemelerinin, bunların, ikame teslimi ile sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesi durumunda, tüketicinin sözleşmeye aykırı tüketim malını türü ve kullanım amacı uyarınca kurduğu bir şeyde sonradan teslim edilen tüketim malının kurulumunun masraflarını, kurulum aslen sözleşmede borçlanılmadıysa, satıcının üstlenmesinin gerekmediğini söyleyen bir milli yasa kuralına aykırı düştüğü yönünde mi yorumlanması gerekir?
 2. Yönerge'nin 3. maddesinin 2. fıkrasının ve 3. fıkrasının 3. bentinin düzenlemelerinin, ikame teslimi ile sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesi durumunda, tüketicinin türü ve kullanım amacı uyarınca döşediği bir şeyden tüketim malının sökülmesinin masraflarını satıcının üstlenmesinin gerektiği yönünde mi yorumlanması gerekir?

Dava dosyalarının birleştirilmesine ilişkin

- 33 C-65/09 ve C-87/09 numaralı dava dosyaları birbirleri ile bağlantılı bulduklarından, bunların Yargılama Usulü Kuralları 43. madde uyarınca, 103. madde ile bağlantılı olarak, müşterek bir karar için birleştirilmesi mümkündür.

Yöneltelen sorulara ilişkin

C-65/09 numaralı dava dosyasındaki soruların kabul edilebilirliğine ilişkin

- 34 Gebr. Weber C-65/09 numaralı dava dosyasındaki iki soruyu da kabul edilemez görmektedir. Gebr. Weber'e göre ilk soru varsayıma dayalı bir yapıdadır, zira bu soru beklemeye alınan davada verilecek karar ile alakalı değildir. Alman Hukuku uyarınca kendisine bir kusur isabet etmeyen satıcının sözleşmeye aykırı tüketim malının sökülmesi ile yükümlü olmadığı, böylece bu sökülmenin masraflarının karşılanması, bu masrafların yüksekliğinden bağımsız olarak ret edilmesinin gerektiği; ilk sorunun kabul edilemezliğinin, ikinci soruyu da kapsamına aldığı, zira başvuruda bulunan mahkemenin bu sorunun cevaplandırılmasını ilk soruya evet denilmesine bağladığı ifade edilmektedir.

- 35 Buna ilişkin işarete bulunulması gerekir ki, milli mahkemeler ve Divan arasında açık bir görev ayırımına dayanan ABİHA¹⁰ 267. madde uyarınca bir davada, hukuki olayın özellikleri açısından hem kendi hükmünün verilmesi için bir ön kararın gerekliliğini, hem de Divan'a yöneltilen soruların önemini, sadece hukuki uyumsuzluk ile ilgilenen ve verilecek karar kendi sorumluluk alanına düşen milli mahkemenin değerlendirmesi gerekir. Bundan dolayı, sorular Birlik Hukuku'nun yorumuna ilişkin olduğunda, Divan'ın kural olarak kendisine yöneltilen sorular üzerinde durması lazım gelir (krşl. diğerleri arasında 22 Haziran 2006 tarihli Conseil général de la Vienne Hükümü, C-419/04, derleme 2006, I-5645, paragraf 19; 18 Temmuz 2007 tarihli Lucchini Hükümü, C-119/05, derleme 2007, I-6199, paragraf 43; 17 Şubat 2011 tarihli TeliaSonera Hükümü, C-52/09, derleme 2001, I-527, paragraf 15).
- 36 Divan, milli bir mahkemenin yöneltilen bir sorusu hakkında karar vermekten ancak, Birlik Hukuku'nun sorulan yorumunun gerçeklik veya beklmeye alınan davanın konusu ile açıkça hiçbir bağlantısı olmadığında, problem varsayıma dayalı bir yapıda olduğunda veya mahkeme Divan'a yöneltilen soruların esastan cevaplanması için gereken gerçekçi ve hukuki açıklamaları sunmadığında imtina edebilir (krşl. diğerleri arasında Conseil général de la Vienne Hükümü, paragraf 20; Lucchini Hükümü, paragraf 44; TeliaSonera Hükümü, paragraf 16).
- 37 Böyle bir durum burada mevcut değildir.
- 38 Federal Yüksek Mahkeme Yönerge'nin bir yorumuna yönelik başvurusundaki soruları ile açıkçası, Milli Hukuk'un Yönerge ile uyumlu mu olduğunu tespit edebilme amacındadır, zira satıcı bu hukuka göre bir taraftan sözleşmeye aykırı tüketim malının sökülmesine ilişkin masrafları üstlenmekle yükümlü değildir, diğer taraftan bir ikame tesliminden, bu teslim özellikle bahsi geçen masraflar sebebiyle ölçüsüz bir masraf harcamasını beraberinde getirirse, kaçınma imkânını haizdir. Bundan başka, başvuru kararından bu sorulara ilişkin cevabın beklmeye alınan davada verilecek karar için belirleyici vasıfta olduğu ileri gelmektedir, zira Federal Yüksek Mahkeme, kendisinin ilgili Milli Hukuku icabında Yönerge ile uyumlu yorumlayabildiğine işarete bulunmaktadır. Soruların hangi sırada yöneltildiği, bu bağlamda önemsizdir. Dahası bahsi geçen son noktaya ilişkin dikkat edilmesi gerekir ki, Gebr. Weber olaya ilişkin açıklamalarında kendisi ilk sorunun cevaplanmasının Yöner-

¹⁰ Çevirenin notu: Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma.

ge'nin sözleşmeye aykırı tüketim malının ikamesinin teslimine ilişkin 3. maddesinin 3. fıkrasından doğan yükümlülüğün kapsamına ilişkin bilgiyi ve böylece ikinci sorunun cevaplanmasını şart koştuğunu ileri sürmüş ve bu sorunun ilk olarak incelenmesi tavsiyesinde bulunmuştur.

- 39 Dolayısıyla Gebr. Weber tarafından ileri sürülen kabul edilemezlik def'inin kabul edilmemesi gerekir.

Satıcının sözleşmeye aykırı tüketim malının sökülümünü ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulumunu veya ilgili masrafları üstlenme yükümlülüğüne ilişkin

- 40 C-65/09 numaralı dava dosyasındaki ikinci soru yanında C-87/09 numaralı dava dosyasındaki birlikte incelenmesi gereken birinci ve ikinci soru ile başvuruda bulunan mahkemeler, Yönerge'nin 3. maddesinin 2. fıkrasının ve 3. fıkrasının 3. bentinin, tüketici tarafından aybın otaya çıkmasından evvel türü ve kullanım amacı uyarınca kurulmuş sözleşmeye aykırı bir tüketim malının sözleşmeye uygun hâli ikame teslimi ile gerçekleştirildiğinde, satım sözleşmesi satıcı için aslen satın alınmış tüketim malına ilişkin bir kurulum yükümlülüğü öngörmediği hâlde, satıcının, ya şahsen bu tüketim malının kurulduğu şeyden sökülümünü gerçekleştirmek ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malını bu şeyde kurmakla ya da bu sökülümün ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulumunun masraflarını üstlenmekle yükümlü olduğu yönünde mi yorumlanmasının gerektiğini bilmek istemektedir.
- 41 Gebr. Weber'den başka Alman, Belçika ve Avusturya Hükümetlerinin savunduğu görüş, bu sorulara hayır cevabı verilmesi gerektiğidir. Yönerge'nin 3. maddesinin 2. fıkrasının 1. bentinde kullanılan kavram "ikame teslimi"nin sadece satım sözleşmesine uygun bir tüketim malının teslimini tarif ettiği ve bu sebepten bu maddenin satıcıya bu sözleşmede öngörülmemiş bir yükümlülük yükleyemeyeceği; ikame tesliminin "ivazsız" ve "tüketiciye fazla sıkıntı vermeden" gerçekleştirilmesinin gerektiğini düzenleyen 3. maddenin 3. ve 4. fıkralarından da, ayıplı tüketim malının sökülümüne ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulumuna yönelik bu tipte yükümlülükler çıkmadığı; bu şartların açıkçası yalnızca ikame teslimine ilişkin olduğu ve ne satıcıya sözleşmeyi aşan yükümlülükler yüklemesinin, ne de tüketiciyi sözleşmeye aykırı tüketim malını kendi sorumluluğunda kullanmasında doğacak masraflardan ve sıkıntılardan korumasının gerektiği; tüketicinin ayıplı tüketim malının kurulumundan doğan zararlarının, Yönerge'nin uygulama alanına girmediği; aksine bunun tazmininin icabında

sözleşmeden doğan sorumluluk bahsinde geçerli olan Milli Hukuk uyarınca istenmesinin gerektiği ifade edilmektedir.

- 42 İspanya ve Polonya Hükümetlerinin yanı sıra Komisyon aksi yöndeki görüşü savunmaktadır. İspanya Hükümeti'nin görüşüne göre, ayıplı malın sökülmesine ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulumuna ilişkin masrafları içerir şekilde, ayıplı tüketim malının ikamesinin teslimi ile bağlantılı olan bütün masrafları, satıcının üstlenmesi gerekir, zira aksi takdirde tüketicinin bu masrafları iki defa üstlenmesi gerekirdi, bu ise Yönerge ile amaçlanan yüksek koruma seviyesi ile bağdaşmazdı. Polonya Hükümeti, Yönerge'nin 3. maddesinin 3. ve 4. fıkraları ile, Yönerge'de öncelikli olarak öngörülen tedbir imkânlarının, yani sözleşmeye aykırı tüketim malının ıslahının ve ikame tesliminin, gerçekleştirilmesine ilişkin masrafları, tüketicinin hiçbir şekilde üstlenmemesinin sağlanması hedefinin takip edildiğinin altını çizmektedir. Komisyon'un görüşüne göre, ayıplı tüketim malının sözleşmeye uygun hâlinin gerçekleştirilmesinin iki türü arasında Yönerge'nin 3. maddesinin 2. ve 3. fıkraları ile getirilen paralellik, ikame tesliminin, tıpkı ıslah gibi, ayıbın ortaya çıktığı anda tüketim malı hangi durumda ise o durumdaki tüketim malını konu edindiği kabulüne izin vermektedir. Sözleşmeye aykırı tüketim malı türü ve kullanım amacı uyarınca önceden kurulduysa, artık bu durumdaki tüketim malının sözleşmeye uygun hâlin gerçekleştirilmesinin konusunu oluşturduğu; sonuç olarak ikame tesliminin, yeni tüketim malının, ayıplı tüketim malının içinde bulunduğu durum ile aynı durumda bulunacak şekilde gerçekleştirilmesinin gerektiği; ek olarak tüketicinin sözleşmeye aykırı tüketim malını, bu satıcı tarafından sökülmezse, tutmasının gerektiği ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malını kurulum gerçekleşmediğinde kullanmadığı olgusunun 3. maddenin 3. fıkrası tabirince "tüketiciye fazla sıkıntı" anlamına geldiği ifade edilmektedir.
- 43 Öncelikle işaret edilmesi gerekir ki, Yönerge'nin 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca satıcı, tüketim malının teslimi anında mevcut her türlü sözleşmeye aykırılıktan tüketici karşısında sorumludur.
- 44 Yönerge'nin 3. maddesinin 2. fıkrası, tüketicinin teslim edilmiş tüketim malının sözleşmeye aykırılığında satıcı karşısında haiz olduğu talepleri saymaktadır. Tüketici, öncelikle sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesini isteyebilir. Tüketici, sözleşmeye uygun hâlin gerçekleştirilmesini elde edemezse, ikinci bir adımda satım ücretinde bir indirim veya sözleşmenin çözülmesini isteyebilir.

- 45 Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrası sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesine ilişkin olarak, tüketici satıcıdan tüketim malının ivazsız ıslahını veya ivazsız bir ikame teslimi isteyebilir, yeter ki alacağının ifası imkânsız veya alacak ölçüsüz olmasın, saptamasındadır.
- 46 Buna göre, Divan'ın daha önceden de tespit ettiği gibi, Yönerge'nin 3. maddesinin lafzından, keza yine aynı şekilde Yönerge'nin ilgili hazırlık çalışmalarından, Birlik Kanun Koyucusu'nun, sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin satıcı tarafından gerçekleştirilmesinin ivazsızlığını, Yönerge ile sağlanan tüketici korunmasının önemli bir parçası yapmak istediği çıkmaktadır. Satıcıya yüklenen bu ıslah ya da sözleşmeye aykırı tüketim malının değiştirilmesi ile sözleşmeye uygun tüketim malı hâlini ivazsız gerçekleştirme yükümlülüğü, tüketiciyi, bu tip bir korumanın yokluğunda taleplerini ileri sürmekten alıkoyabilecek tehditkâr finansal yüklerden korumalıdır (krşl. 17 Nisan 2006 tarihli Quelle Hükümü, C-404/06, derleme 2008, 2685, paragraf 33 ve 34).
- 47 Ancak tüketici, sözleşmeye aykırı bir tüketim malının ikamesinin teslimi durumunda, tüketim malının türü ve kullanım amacı uyarınca kurulduğu şeyden sökülümünü ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının bu aynı şeyde kurulumunu ya da ilgili masrafları satıcının üstlenmesini satıcıdan isteyemeseydi, bu ikame teslimi, satıcı satım sözleşmesini uygun şekilde ifa etseydi, tüketicinin aslında hiç üstlenmesi gerekmeyecek ek finansal yüklere sebep olurdu. Yani satıcı en başından sözleşmeye uygun bir tüketim malı teslim etseydi, tüketicinin kurulum masraflarını sadece bir defa üstlenmesi gerekir ve ayıplı malın sökülümüne ilişkin bir masraf üstlenmesi gerekmezdi.
- 48 Yönerge'nin 3. maddesi, bunun satıcıyı sözleşmeye aykırı tüketim malının sökülümünü ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulumunu ya da ilgili masrafları üstlenmekle yükümlemediği yönünde yorumlansaydı, bu böylece tüketicinin kendisine bahsi geçen madde tarafından verilen hakları kullanabilmek için, sözleşmeye aykırı bir tüketim malının satıcı tarafından tesliminden doğan bu ek masrafları üstlenmesinin gerektiği sonucuna varırdı.
- 49 Bu durumda, tüketim malının ikamesinin teslimi, Yönerge'nin 3. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının aksine tüketici için ivazsız gerçekleştirilmiş olmazdı.
- 50 Aslında sözleşmeye aykırı tüketim malının sökülümüne ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulumuna ilişkin masraflar, Yöner-

ge'nin 3. maddesinin 4. fıkrasında açıkça sayılan masraflardan değildir, bu düzenlemeye göre "ivazsız" kavramı "sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesi için gerekli masrafları, özellikle gönderim, iş gücü ve malzeme masraflarını" kapsar. Buna karşın Divan hâlihazırda, "özellikle" zarfının Birlik Kanun Koyucusu tarafından kullanımından, bu sıralamanın sadece örnekler içerdiği ve sınırlayıcı yapıda olmadığı sonucu çıktığı kararına varmıştır (krşl. Quelle Hükmü, paragraf 31). Bundan başka artık bu masraflar, sözleşmeye aykırı tüketim malının ikame edilebilmesi için gereklidir ve sonuç olarak 3. maddenin 4. fıkrası tabirince "sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesi için gerekli masraflar" mahiyetindedir.

- 51 Dahası, Komisyon'un da ifadelerine uygun olarak, Yönerge'nin 3. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının sistematüğinden, bu maddede sayılan sözleşmeye uygun hâlin gerçekleştirilmesinin iki türünün tüketicinin korunmasında aynı seviyeyi sağlamasının gerektiği çıkmaktadır. Bununla beraber şu husus sabittir, sözleşmeye aykırı bir tüketim malının ıslahı genel olarak ayıbın ortaya çıktığı anda tüketim malı hangi durumda ise o durumdaki tüketim malında gerçekleştirilir, böylece tüketici bu durumda söküme ve yeni kuruluma ilişkin masrafları üstlenmez.
- 52 Dahası işarete bulunulması gerekir ki, Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasına göre sözleşmeye aykırı bir tüketim malının ıslahı ve ikame teslimi sadece ivazsız değil, aynı zamanda uygun bir süre içerisinde ve tüketiciye fazla sıkıntı vermeden gerçekleştirilmelidir. Bu üç basamaklı gerek, Birlik Kanun Koyucusu'nun açık edilmiş etkili bir tüketici koruması sağlama isteğinin ifadesidir (krşl. bu tabirde Quelle Hükmü, paragraf 35).
- 53 Kanun koyucunun bu isteği açısından Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 3. bentindeki "tüketiciye fazla sıkıntı vermeden" kavramı, Alman, Belçika ve Avusturya Hükümetleri tarafından önerilen dar yoruma tabi tutulamaz. Bu doğrultuda, alıcının sözleşmeye aykırı tüketim malını sökmemesi ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malını kurmaması olgusu, tüketici için kuşkusuz fazla sıkıntı teşkil eder, özellikle ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının olağan özgülmesine uygun kullanılabilmesi için öncelikle kurulmasının gerektiği, bunun sözleşmeye aykırı tüketim malının önceden sökümünü gerekli kıldığı bekleme alınan davalardaki gibi durumlarda. Bundan başka 3. maddenin 3. fıkrasının 3. bentinde, "tüketim malının türü ve tüketicinin

tüketim malına hangi sebepten ihtiyaç duyduğu” hususunun göz önünde bulundurulmasının gerektiği açıkça belirtilmektedir.

- 54 “İkame teslimi” kavramına ilişkin, bunun tam karşılığının münferit tercümelere farklılık gösterdiğinin belirtilmesi gerekir. Bu kavram kimi tercümelere, örneğin İspanyolcasında (“sustitución”), İngilizcesinde (“replacement”), Fransızcasında (“remplacement”), İtalyancasında (“sostituzione”), Felemenkçesinde (“vervanging”) ve Portekizcesinde (“substituição”), hadisenin bütününe işaret edip, ki bunun tamamlanmasında sözleşmeye aykırı tüketim malının yerine gerçekten bir şey konulması gerekir, böylece satıcıyı bu sonuca ulaşmak için her ne gerekiyorsa yapmakla yükümlü kılarken, diğer dillere tercümelere, özellikle Almancasındaki gibi (“Ersatzlieferung”), biraz daha dar başka bir yorumdan yana olabilirdi. Ancak başvuruda bulunan mahkemelerin vurguda bulunduğu gibi, bu kavram bu tercümede de kendini sadece bir ikamenin teslimi ile sınırlamamaktadır, aksine sözleşmeye aykırı tüketim malını ikame olarak teslim edilmiş mal ile değiştirme yükümlülüğünün mevcudiyetine işarette bulunduğu düşünülebilir.
- 55 Yönerge’nin 3. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının, bu düzenlemenin sözleşmeye aykırı bir tüketim malının ikamesinin teslimi durumunda, satıcıyı, tüketicinin ayıbın ortaya çıkmasından evvel türü ve kullanım amacı uyarınca kurduğu bir şeyden bu malın sökülmesini ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulumunu ya da ilgili masrafları üstlenmekle yükümlü kıldığı tabirindeki bir yorumu Yönerge’nin amacı ile de uyumludur, ki bu Yönerge ile, bunun ilk gerekçesinden anlaşıldığı gibi, tüketicinin korunmasında yüksek bir seviye sağlanmalıdır.
- 56 Bu bağlamda, bu tipte bir yorumun haksız bir sonuca da götürmediğinin vurgulanması gerekir. Tüketim malının sözleşmeye aykırılığı açıkçası satıcının bir kusuruna dayanmasa bile, satıcı yine de sözleşmeye aykırı bir tüketim malının teslimi sebebiyle satım sözleşmesinde girdiği yükümlülüğünü uygun bir şekilde ifa etmemiştir ve satıcının bu sebepten kötü ifanın sonuçlarını üstlenmesi gerekir. Bunun karşısında, tüketici kendi tarafında satım ücretini ödemiş ve böylece sözleşmeden doğan yükümlülüğünü uygun bir şekilde ifa etmiştir (krşl. bu tabirde Quelle Hükmü, paragraf 41). Ek olarak tüketicinin teslim edilen tüketim malının sözleşmeye uygunluğuna güvenerek ayıplı tüketim malını, ayıbın ortaya çıkmasından evvel türü ve kullanım amacı uyarınca iyiniyetle kurduğu olgusu, ilgili tüketiciye yüklenebilecek bir kusur teşkil edemez.

- 57 Bu doğrultuda, iki taraftan hiçbirinin kusurlu davranmadığı bir durumda, sözleşmeye aykırı tüketim malının sökülmesine ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kuruluma ilişkin masrafların satıcıya yüklenmesi adildir, zira bu ek masraflar bir taraftan satıcı sözleşmeden doğan yükümlülüğünü en başından uygun bir şekilde ifa etseydi engellenebilirdi, diğer taraftan sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilmesi için artık gereklidir.
- 58 Bundan başka, satıcının finansal çıkarları sadece Yönerge'nin 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca iki senelik zamanaşımı süresi ve kendisine Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 2. bentinde açılan ikame tesliminden, bu tedbir satıcıya namakul masraflar doğuracağından ötürü ölçüsüz görüldüğünde kaçınma imkânı ile değil (krşl. Quelle Hükmü, paragraf 42), aynı zamanda Yönerge'nin 4. maddesinde onanan aynı sözleşme zinciri içindeki sorumlulara rücu etme hakkı ile de korunmaktadır. Satıcının Yönerge doğrultusunda tüketim malının teslimi anında mevcut her türlü sözleşme aykırılığında tüketici karşısında sorumlu olması olgusu (krşl. Quelle Hükmü, paragraf 40), sonuç olarak satıcının milli hukukun uygulanabilir düzenlemeleri uyarınca üreticiye, aynı sözleşme zinciri içindeki önceki bir satıcıya veya diğer bir aracı kişiye rücu edebilmesi ile dengelenmektedir.
- 59 Yönerge'nin 3. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının bu yorumu, satım sözleşmesi uyarınca satıcının teslim edilen tüketim malının kurulumu ile yükümlü mü olduğundan bağımsızdır. Aslında, açıkçası Yönerge'nin 2. maddesi uyarınca, satım sözleşmesi ile sözleşmeye uygun tüketim malı hâli tayin edilir ve böylece özellikle neyin bir sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği saptanır, yine de bu tip bir sözleşmeye aykırılık durumunda satıcının sözleşmenin kötü ifasını takip eden yükümlülükleri sadece bundan değil, bununla beraber bilhassa tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemelerden ve özellikle kapsamı bahsi geçen sözleşmenin hükümlerinden bağımsız ve icabında sözleşmede öngörülen yükümlülükleri aşabilen yükümlülükler öngören Yönerge'nin 3. maddesinden doğar.
- 60 Yönerge'nin 3. maddesinde böylece tüketicilere verilen, tüketicileri satım sözleşmesi uyarınca talep edebildikleri bir pozisyondan daha elverişli bir pozisyona koymayı amaçlamayan, sadece satıcı en başta sözleşmeye uygun bir tüketim malı teslim etseydi nasıl bir durum mevcut olacaktıysa onu gerçekleştirilmesi gereken hakların Yönerge'nin 7. maddesi uyarınca satıcı lehine aksi kararlaştırılamaz. Ek olarak Yönerge'nin 8. maddesinin 2. fıkrasından, Yönerge'nin asgari bir koruma öngördüğü ve üye devletlerin daha ağır düzenlemeler çıkara-

bildiği, ancak Birlik Kanun Koyucusu tarafından öngörülen garantilere ızzar edemediği anlaşılmaktadır (krşl. Quelle Hükümü, paragraf 36).

- 61 Satıcı sözleşmeye aykırı tüketim malının sökülümünü ve ikame olarak teslim edilmiş malın kurulumunu şahsen gerçekleştirmezse, tüketicinin karşılanmasını isteyebildiği sökülüm ve kurulum için gerekli masrafların tahkik edilerek ortaya çıkarılması milli mahkemenin görevidir.
- 62 Tüm bunları takiben Yönerge'nin 3. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının, tüketici tarafından ayıbın ortaya çıkmasından evvel türü ve kullanım amacı uyarınca iyiniyetle kurulumu yapılmış sözleşmeye aykırı bir tüketim malının sözleşmeye uygun hâli ikame teslimi ile gerçekleştirildiğinde, satıcının, ya şahsen bu tüketim malının kurulduğu şeyden sökülümünü gerçekleştirmek ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malını bu şeyde kurmakla ya da bu sökülüm ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulumu için gerekli masrafları üstlenmekle yükümlü olduğu yönünde yorumlanması gerekir. Satıcının bu yükümlülüğü, onun satım sözleşmesinde, aslen satın alınan tüketim malını kurmakla yükümlenmiş mi olduğundan bağımsız varlık bulur.

Satıcının ayıplı tüketim malının sökülümüne ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulumuna ilişkin ölçüsüz masrafları üstlenmeyi ret etme imkânına ilişkin

- 63 C-65/09 sayılı dava dosyasında, başvuruda bulunan mahkeme ilk sorusu ile Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 1. ve 2. bentlerinin, bunun, satıcının sözleşmeye aykırı tüketim malının bir ikamesinin tesliminden, bunun kendisine, bu tüketim malının kurulduğu şeyden sökülümünü ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının bu şeyde kurulumunu gerçekleştirme yükümlülüğünden ötürü, tüketim malının sözleşmeye uygun olsaydı alacağı değer ve sözleşmeye aykırılığın ağırlığı ile karşılaştırıldığında ölçüsüz olacak masraflar doğuracağı gerekçesiyle milli hukuk uyarınca kaçınabilmesini gayrimümkün kıldığı yönünde mi yorumlanmasının gerektiğini bilmek istemektedir.
- 64 Gebr. Weber ile Alman ve Avusturya Hükümetleri bu soruya hayır cevabı verilmesini önermektedir. Yönerge'nin, sadece tek bir tedbir imkânının mevcudiyetinde, satıcıya ekonomik açıdan manasız masraflar yüklemeyi amaç edinemeyeceği; dahası Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının bu duruma ilişkin bir imare içermediği; bundan başka, böyle bir durumda bu maddenin sistematığı uyarınca 3. fıkranın 2. bentinde sınırlayıcı olmayarak sayılan kriterlerin evveliyetle dikkate alınmasının gerektiği; aslında, alternatif tedbir imkânının masrafları ile

bir karşılaştırmanın mümkün olmadığı, yine de bu tip bir ölçüsüzlüğün bu bentin geri kalan kriterleri aracılığı ile araştırılıp tespit edilebildiği; her halükârda bu düzenlemenin, bunun satıcıyı uygunsuz ekonomik mahzurlardan korumaya yönelik amacı açısından, alternatif tedbir imkânı yoksa dahi bu tip bir korumanın sağlandığı yönünde yorumlanmasının gerektiği ifade edilmektedir.

- 65 Bunun karşısında Belçika, İspanya ve Polonya Hükümetleri ile Komisyon bu soruya evet cevabı verilmesinden yanadır ve Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 2. bentinden, bu düzenlemenin sadece nispi ölçüsüzlüğe işaret ettiğinin açıkça çıktığını, bu işaretin bundan başka Yönerge'nin on birinci gerekçesinde de onaylandığını ileri sürmektedir. Bu düzenlemenin hedefinin, tüketicinin, satıcıdan sözleşmeye uygun hâli, diğer türün satıcı için daha elverişli olacağına ve aynı sonuca götüreceğine karşın, bir türde gerçekleştirmesini isteyerek haklarını kötüye kullanabilmesini engellemek olduğu; bununla beraber sözleşmeye uygun hâlin gerçekleştirilmesinin iki türünün, tüketicinin aynı çıkarlarını, yani sözleşmesel yükümlülüklerin ifa edilmesine ilişkin çıkarını ve sözleşmeye uygun bir tüketim malı üzerinde tasarrufta bulunmaya ilişkin çıkarını, koruması gerekirken, bu çıkarların tali araçlar, yani satım ücretinde indirim ve sözleşmenin çözülmesi, ile korunulmadığı; satıcının mümkün olan tek tedbir türünden, bunun mutlak ölçüsüzlüğünden ötürü kaçınabileceğinin kabulü hâlinde, tüketicinin bu durumda artık sadece bahsi geçen tali araçlar üzerinde tasarrufta bulunabileceği, ki bunun satım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin müteakibi-yetini ayakta tutmaya öncelik veren 3. maddenin sistematiğine ve Yönerge'nin tüketicinin korunmasında yüksek bir seviye sağlama hedefine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Diğer yandan Komisyon'un bulunduğu eklemeye göre, tek mümkün tedbirin, tüketicinin bu tedbirin gerçekleştirilmesine ilişkin çıkarı ile büyük bir orantısızlık içinde bulunacak bir çaba gerektireceği uç durumlarda, Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 1. benti tabirince bir imkânsızlık durumunun mevcudiyeti mümkündür.
- 66 Buna ilişkin işarete bulunulması gerekir ki, Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 1. benti uyarınca tüketici, satıcıdan öncelikle tüketim malının ivazsız ıslahını veya ivazsız bir ikame teslimi isteyebilir, yeter ki bu imkânsız veya ölçüsüz olmasın.
- 67 Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 2. benti uyarınca bir tedbir, tüketim malının sözleşmeye aykırılık olmasaydı alacağı değer açısından, sözleşmeye aykırılığın ağırlığını dikkate alarak ve alternatif tedbir

- imkânından tüketiciye fazla sıkıntı vermeden yararlanılabilir miydi sorusunun değerlendirilmesinden sonra, alternatif tedbir ile karşılaştırıldığına satıcıya namakul masraflar doğuracaksa, ölçüsüz kabul edilir.
- 68 Bu sebeple tespit edilmesi gerekir ki, her ne kadar Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 1. benti mutlak ölçüsüzlük durumlarını da kapsayabilir şekilde geniş kaleme alınmış olsa da, 3. maddenin 3. fıkrasının 2. benti, "ölçüsüz" kavramını sadece diğer tedbir imkânı ile bağlantılı tanımlamakta ve böylece sadece nispi ölçüsüzlük durumları ile sınırlamaktadır. Dahası Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının sistematigi ve lafzından, bunun ilk sırada öngörülen iki tedbire, yani sözleşmeye aykırı tüketim malının ıslahına ve ikame teslimine, işaret ettiği anlaşılmaktadır.
- 69 Bu tespitler Yönerge'nin on birinci gerekçesi tarafından desteklenmektedir, bu gerekçe uyarınca diğerleri ile karşılaştırıldığında namakul masraflar doğuran tedbirler ölçüsüzdür ve masrafların namakul mu olduğu sorusunun cevaplanmasında, bir tedbirin masraflarının diğer tedbirin masraflarından açıkça daha yüksek mi olduğu, belirleyici olmalıdır.
- 70 Her ne kadar, Gebr. Weber ve Alman Hükümeti'nin ileri sürdüğü gibi, bu on birinci gerekçenin kimi tercümelemleri, bunlar arasında özellikle Almancası, çoğul hâlinde diğer tedbirlere ("diğerleri") işaret ettiklerinden ötürü yeterince açık olmasa da, tercümelerin büyük bir kısmı, örneğin İngilizcesi, İtalyancası, Felemenkçesi ve Portekizcesi, yasa koyucunun bu gerekçede, tıpkı Almancası da dahil olmak üzere bütün tercümelerde tekil formu kullanan Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasındaki gibi, sadece bu düzenlemede ilk sırada öngörülen diğer tedbir imkânına, yani sözleşmeye aykırı tüketim malının ıslahına veya ikame teslimine, işaret etmek istediği konusunda hiç bir kuşkuya yer bırakmamaktadır.
- 71 Sonuç olarak, Birlik Yasa Koyucusu'nun, ayıplı tüketim malının ıslahından veya ikame tesliminden kaçınma hakkını, satıcıya sadece imkânsızlık veya bir nispi ölçüsüzlük durumunda sağlamak istediği görülmektedir. Böylece, bu iki tedbirden sadece biri mümkün olursa, satıcı, sözleşmeye uygun tüketim malı hâlinin gerçekleştirilebildiği bu tek tedbirden kaçınamaz.
- 72 Birlik Yasa Koyucusu tarafından Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 2. bentinde verilen bu karar, Belçika ve Polonya Hükümetleri ile Komisyon tarafından öne sürüldüğü gibi, sözleşmenin iki tarafının

çıkartı doğrultusunda Yönerge'nin, sözleşmenin öncelikli olarak öngörülen iki tedbirden birinin yardımı ile ifa edilmesini, sözleşmenin çözülmesine veya satım ücretinde indirimle yeğlemesi olgusuna dayanmaktadır. Ek olarak bu karar kendini, tüketicinin korunmasında aynı seviyenin kendisini son sayılan iki tali araç ile, sözleşmeye uygun hâlin gerçekleştirilmesindeki gibi sağlatmamasıyla açıklamaktadır.

- 73 Sonuç olarak, Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının 2. benti, bir milli yasa kuralının satıcıya, mümkün olan tek tedbirden bunun mutlak ölçüsüzlüğü gerekçesiyle kaçınma hakkı vermesini gayrimümkün kılmaktadır, buna karşın bu madde satıcının haklı finansal çıkarlarının, bu hükmün 58. paragrafında tespit edildiği gibi, Yönerge'nin 4. ve 5. maddelerinde öngörülene ek etkin bir şekilde korunmasına müsaade etmektedir.
- 74 Bu bağlamda, başvuruda bulunan mahkemenin incelediği, sözleşmeye aykırı tüketim malının ikamesinin tesliminin mümkün olan tek tedbir türü olarak, sözleşmeye aykırı tüketim malının kurulduğu şeyden sökülmesi ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulması gereğinden ötürü ölçsüz masraflar doğuracağı özel durum açısından işaretle bulunulması gerekir ki, Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrası, tüketicinin sözleşmeye aykırı tüketim malının sökülmesine ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulmasına ilişkin masrafların karşılanmasına yönelik talebinin, gerekli olduğu takdirde, tüketim malının sözleşmeye uygun olsaydı alacağı değer ve sözleşmeye aykırılığın ağırlığı ile orantılı bir meblağ ile sınırlandırılmasını gayrimümkün kılmamaktadır. Bu tip bir sınırlama tüketicinin sözleşmeye aykırı tüketim malının ikamesinin teslimini isteme hakkına açıkçası bir etkide bulunmamaktadır.
- 75 Bu çerçevede altı çizilmesi gerekir ki, 3. madde satıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kötü ifa etmesi karşısında tüketiciye, sözleşmenin zayıf tarafı olarak, kapsamlı ve etkili bir koruma sağlayıp, bunun yanında satıcı tarafından ileri sürülen ekonomik çekincelerin dikkate alınmasına da müsaade ederek, tüketicinin ve satıcının çıkarları arasında adil bir denge kurmalıdır.
- 76 Böylece başvuruda bulunan mahkemenin, mahkeme beklemeye alınan davada tüketicinin sözleşmeye aykırı tüketim malının sökülmesine ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulmasına ilişkin masrafların karşılanmasına yönelik talebinde indirimle gidilmesinin mi gerektiğini incelediğinde, bir taraftan tüketim malının sözleşmeye uygun

olsaydı alacağı değeri ve sözleşmeye aykırılığın ağırlığını, diğer taraftan Yönerge'nin tüketicinin korunmasında yüksek bir seviyenin sağlanması yönündeki amacını dikkate alması gerekecektir. Bu tip bir indirim gitme imkânı buna göre, tüketicinin sözleşmeye aykırı tüketim malını ayıbın ortaya çıkmasından evvel türü ve kullanım amacı uyarınca iyiniyetle kurduğu durumlarda, tüketicinin bu masrafların karşılanmasına yönelik hakkının uygulamada içinin boşaltılması sonucuna götüremez.

- 77 Son olarak, bahsi geçen masrafların karşılanmasına yönelik talepte indirimle gidilmesi durumunda, tüketiciye, Yönerge'nin 3. maddesinin 5. fıkrasının son satırı uyarınca, sözleşmeye aykırı tüketim malının bir ikamesinin teslimi yerine satım ücretinde uygun bir indirim veya sözleşmenin çözülmesini isteme imkânının sağlanması gerekir, zira tüketicinin ayıplı tüketim malının sözleşmeye uygun hâlinin gerçekleştirilmesini sadece masrafların bir kısmını üstlenerek elde edebilmesi olgusu, onun için fazla sıkıntı teşkil eder.
- 78 Tüm bunları takiben Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının, bunun, bir milli yasa kuralının satıcıya, tek mümkün tedbir olan sözleşmeye aykırı tüketim malının ikamesinin tesliminden, bunun kendisine, bu tüketim malının kurulduğu şeyden sökülmesini ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının bu şeyde kurulmasını gerçekleştirme yükümlülüğünden ötürü, tüketim malının sözleşmeye uygun olsaydı alacağı değer ve sözleşmeye aykırılığın ağırlığı ile karşılaştırıldığında ölçsüz olacak masraflar doğuracağı gerekçesiyle kaçınma hakkı sağlanmasını gayrimümkün kıldığı yönünde yorumlanması gerekir. Buna karşın 3. maddenin 3. fıkrası, tüketicinin ayıplı tüketim malının sökülmesine ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulmasına ilişkin masrafların karşılanmasına yönelik talebinin bu tip bir durumda, satıcı tarafından uygun bir meblağın üstlenilmesi ile sınırlandırılmasını gayrimümkün kılmaz.

Masraflar

- 79 Beklemeye alınan davanın tarafları için bu dava, başvuruda bulunan mahkemedeki derdest hukuki uyuşmazlıktaki bir ara uyuşmazlıktır. Masraflara ilişkin karar, bu sebepten bu mahkemenin görevidir. Açıklamaların Divan önünde ibrazı için diğer katılanların yaptıkları masrafların tazmini kabil değildir.

Bu gerekçelere dayanarak, Divan'ın (Birinci Daire) verdiği hüküm:

1. 25 Mayıs 1999 tarihli Tüketim Malları Satımının ve Tüketim Malları için verilen Garantilerin Belirli Bazı Yönleri Hakkında 1999/44 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'nin 3. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının, tüketici tarafından ayıbın ortaya çıkmasından evvel türü ve kullanım amacı uyarınca kurulmuş sözleşmeye aykırı bir tüketim malının sözleşmeye uygun hâli ikame teslimi ile gerçekleştirildiğinde, satıcının, ya şahsen bu tüketim malının kurulduğu şeyden sökülümünü gerçekleştirmek ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malını bu şekilde kurmakla ya da bu sökülüm ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulumu için gerekli masrafları üstlenmekle yükümlü olduğu yönünde yorumlanması gerekir. Satıcının bu yükümlülüğü, onun satım sözleşmesinde, aslen satın alınan tüketim malını kurmakla yükümlenmiş mi olduğundan bağımsız varlık bulur.
2. 1999/44 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinin 3. fıkrasının, bunun, bir milli yasa kuralının satıcıya, tek mümkün tedbir olan sözleşmeye aykırı bir tüketim malının ikamesinin tesliminden, bunun kendisine, bu tüketim malının kurulduğu şeyden sökülümünü ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının bu şekilde kurulumunu gerçekleştirme yükümlülüğünden ötürü, tüketim malının sözleşmeye uygun olsaydı alacağı değer ve sözleşmeye aykırılığın ağırlığı ile karşılaştırıldığında ölçüsüz olacak masraflar doğuracağı gerekçesiyle kaçınma hakkı sağlamasını gayrimümkün kıldığı yönünde yorumlanması gerekir. Buna karşın 3. maddenin 3. fıkrası, tüketicinin ayıplı tüketim malının sökülümüne ve ikame olarak teslim edilmiş tüketim malının kurulumuna ilişkin masrafların karşılanmasına yönelik talebinin bu tip bir durumda, satıcı tarafından uygun bir meblağın üstlenilmesi ile sınırlandırılmasını gayrimümkün kılmaz.

İmzalar

YENİ İŞ MAHKEMELERİ KANUNU UYARINCA ARABULUCULUK VE ARABULUCULUĞUN İŞ YARGILAMASINA ETKİLERİ

*Arş. Gör. Kaan Muharrem YAĞCIOĞLU**

Öz

Arabuluculuk öğretide tarafların, bağlayıcı bir çözüm önerisi getirme veya karar verme yetkisine sâhip olmayan bir üçüncü kişinin (arabulucu) yardımıyla, üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle, ortak menfaatlerini gözetererek aralarındaki uyuşmazlığı çözümlenmeleri olarak tanımlanmıştır. Arabuluculuk, iradilik, tarafsızlık, gizlilik ve eşitlik esaslarına dayanır. Kanun koyucu 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş yargısında arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngörerek, mahkemelerin iş yükünü hafifletmeyi, uyuşmazlıkların daha kolay, hızlı, ucuz ve etkili bir biçimde çözülmesini amaçlamıştır. İş yargısında arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesi öğretilde eleştirilmiştir. Gelen eleştirilerin başında bu düzenlemenin arabuluculuğun taraf iradesi ve taraf eşitliği esaslarına aykırı olduğu ve Anayasa'da öngörülen hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturabileceği gelmektedir. Bu önemli değişiklikten başka 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda ayrıca 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na arabuluculuğun yapısını değiştiren hükümler de getirilmiştir. Buna göre arabulucular artık tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi getirebileceklerdir. Bu durumda değişen arabuluculuk sistemi ile birlikte dava şartı olarak getirilen arabuluculuğun iş yargısına uygun olup olmadığının incelenmesi, bu değişikliklerin iş yargısını ne şekilde etkileyeceğinin ortaya konması gerekmektedir. Çalışmamızda getirilen yeni düzenlemeleri genel hatlarıyla inceledikten sonra öğretilde yer alan endişeleri de göz önünde bulundurarak bazı önerilerde bulunduk.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: kaann89@gmail.com) (Makalenin Geliş Tarihi: 23.02.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 23.02.2018-23.02.2018/Makale Kabul Tarihleri: 18.04.2018-08.08.2018)

Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk, İş Yargısında Arabuluculuk, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nda Arabuluculuk, Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Dava Şartı Olarak Arabuluculuğa Başvuru, Arabuluculuğa Başvuru Şartı

**MEDIATION ACCORDING TO NEW LABOR COURT LAW
AND EFFECTS OF MEDIATION ON LABOR
COURT PROCEEDINGS****Abstract**

Mediation described in doctrine as dispute resolution of parties' with help of third party (mediator) who hasn't got authority to bring a resolution suggestion or discretion, according to procedure and basis which they agreed, mutual communication and looking after common benefits. Mediation is based on voluntariness, neutrality, confidentiality and equality. With 7036 numbered Labor Court Law, Legislator aimed to lighten caseload of courts and solve disputes easier, faster, cheaper and more effective way by stipulating application to mediation as a case condition. Stipulating application to mediation as a case condition in labor court proceedings criticized in doctrine. Criticisms mostly based on this regulation's contrary being to mediation's voluntariness and equality principle and possibility of going against constitutional freedom of seek justice. Furthermore 7036 numbered Labor Court Law has brought regulations which changed nature of mediation to 6325 numbered Mediation in Legal Disputes Law. According to this, mediators can bring resolution suggestion if parties can't find resolution from now on. In this case, it must be examined whether changed mediation system and stipulating application to mediation as a case condition are suitable or not for labor court proceedings. Also it must be determined, how will they effect labor court proceedings. In this study, we have made some suggestions while we were taking criticisms into account, after generally reviewed new regulations.

Keywords

Mediation, Mediation in Labor Court Proceedings, Mediation in New Labor Court Law, Mediation As a Case Condition, Application to Mediation As a Case Condition, Application Condition to Mediation

GİRİŞ

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 3. maddesi ile birlikte arabuluculuğu dava şartı olarak getirerek, iş yargısında çok önemli bir değişiklik öngörmüştür. Kanun koyucunun iş yargılamasında arabuluculuk şartını getirmesindeki temel amacının, iş mahkemelerinin, bölge adliye mahkemelerinin ve Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek ve uyuşmazlıkların kolay, hızlı, ucuz ve etkili bir biçimde çözmeyi amaçlamak olduğu söylenebilir. Kanuna göre dava şartı olarak arabuluculuk 3. maddede düzenlendiğinden, iş yargılamasında arabuluculuğa başvuru şartı 01.01.2018 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır.

İş yargılamasına arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesi, öğretide beraberinde tartışmaları da getirmiştir. Arabuluculuk kurumunun taraflar arasında eşitsizliğin söz konusu olduğu iş uyuşmazlıklarına uymadığı, işçinin haklarının pazarlık konusu haline getirilmemesi gerektiği, arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesinin iradi özellikteki arabuluculuk ile bağdaşmadığı öğretide bu düzenlemeye getirilen eleştirilerin başında gelmektedir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesi dışında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda da köklü değişikliklere gidilmiştir. Bu değişikliklerden en önemlisi arabulucuya tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi getirebilme yetkisi verilmesidir.

Çalışmamızın birinci bölümünde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yer alan dava şartı olarak getirilen arabuluculuk düzenlemesini genel hatlarıyla inceleyeceğiz. İkinci bölümde arabuluculuk kurumunun tanımını, faydalarını ve özelliklerini, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na getirilen değişiklikler ile arabuluculuğun değişen yapısını dikkate alarak inceleyeceğiz. Üçüncü ve son bölümde ise dava şartı olarak getirilen arabuluculuğun iş yargısına olan etkilerini ve ortaya çıkabilecek özel durumları ortaya koymaya çalışacağız.

I. YENİ İŞ MAHKEMELERİ KANUNU'NDA ARABULUCULUK DÜZENLEMESİ

A. Yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesi

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 12.10.2017 tarihinde kabul edilmiş ve 25.10.2017 tarihinde de Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. 7036 sayılı İş

Mahkemeleri Kanunu, 3. maddesi ile birlikte arabuluculuğu dava şartı olarak getirmiş, böylece iş yargısında çok önemli bir değişiklik gerçekleştirmiştir. Kanuna göre: “Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir” (İMK 3/1, 2).

İMK'nın 38. maddesine göre İMK'nın 3., 11. ve 12. maddeleri 01.01.2018 tarihinde, diğer hükümleri ise yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre dava şartı olarak getirilen arabuluculuk 3. maddede düzenlendiğinden, iş yargılamasında arabuluculuğa başvuru şartı 01.01.2018 tarihinden sonra açılan davalar için uygulanmaya başlamıştır.

B. Yeni İş Mahkemeleri Kanunu'na Göre Arabuluculuk Şartının Kapsamı

İMK m. 3'ün birinci ve üçüncü fıkraları, dava şartı olarak getirilen arabuluculuğun kapsamı hakkında bilgi vermektedir. Buna göre kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı iken; iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarında bu şart yoktur.

İMK m. 3'e göre artık işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesi zorunludur. Bunların İş Kanunu'na veya Türk Borçlar Kanunu'na, bireysel iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine dayanması arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. Böylece bunlardan hangisine dayanılırsa dayanılsın, artık bu davaları açmadan önce arabuluculuğa gidilmesi zorunludur.

C. Yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nda Arabuluculuğun Dava Şartı Olarak Getirilmesindeki Gerekçeler

Türk hukukunda dava şartı olarak arabuluculuğun hangi nedenlere dayanarak zorunlu hale getirilmek istendiğinin incelenmesi yararlı olacaktır. İMK taslağının genel gerekçesinde buna ilişkin açıklamalar yer almaktadır. Gerekçede işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların hem çalışma hayatının hem de yargının gündeminde önemli bir yer tuttuğu¹ ve ilk derece mahkemelerindeki ve Yargıtay'daki uyuşmazlıkların önemli bir bölümünü oluşturduğu² belirtilmiştir. Ayrıca işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlık çeşit ve sayısının artmasının nedenleri olarak nüfus artışı, iş alanları ve iş yapma şeklinin değişmesi, teknoloji alanındaki gelişmeler ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin alanın genişlemesi gösterilmiştir.

Gerekçeden anlaşıldığı üzere, dava şartı olarak arabuluculuğun getirilmesinde iş hukuku uyuşmazlıklarının Türk yargısına büyük yük getirmesi ve iş mahkemelerindeki yargılama sürelerinin uzun olması³ etkili olmuştur⁴.

Gerekçede ayrıca iş uyuşmazlıklarının müzakere edilerek sonuçlandırılmasına uygun olduğu belirtilmiştir. Uyuşmazlıkların kısa süre içinde ve daha az masrafla çözümlenerek makul sürede yargılanma ilkesine riayet edilebilmesi ve uyuşmazlığın doğmasını engellemek suretiyle uyuşmazlığı temelden sonlandırılarak sosyal barışa katkı sağlaması, düzenleme ile hedef-

¹ Gerekçede yer alan 2016 yılı Aralık ayı verilerine göre ülkemizde 14 milyona yakın işçi ve 1 milyon 750 bine yakın işyeri bulunmaktadır. 2017 yılı Mayıs ayı verilerine göre 50'si sosyal güvenlik hukukunda uzman olmak üzere 320 iş mahkemesinde 376 hâkim ve İş mahkemesi kurulmayan yerlerde ise 514 asliye hukuk mahkemesi iş mahkemesi sıfatıyla işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için çalışmaktadır.

² Gerekçede yer alan 2016 yılı verilerine göre ilk derece mahkemelerindeki 3 milyon 525 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının yaklaşık yüzde 15'i ve Yargıtay'da bakılan 780 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının yaklaşık yüzde 30'u iş uyuşmazlıklarından kaynaklanmaktadır.

³ Gerekçede yer alan Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verilerine göre iş davalarının yıllık ortalama görülme süresi 2010 yılında 466, 2011 yılında 488, 2012 yılında 483, 2013 yılında 381, 2014 yılında 417, 2015 yılında 431, 2016 yılında 434 gün olarak gösterilmiştir.

⁴ Yargılama sürelerinin uzunluğu ve mahkemelerdeki dosya sayısının fazla olması durumunun sadece Türkiye'ye özgü olmadığı, benzer gelişmiş ülkeler de bile bu sorunların var olduğu ve bunlar hakkında Türkiye-Fransa karşılaştırması için bakınız: **Namlı, Mert**: "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016, s. 153.

lenen hususlar olarak gösterilmiştir. Gerekçede arabuluculuk hakkında karşılaştırmalı hukuktan örnekler de verilmiştir⁵.

İMK m. 3/12'nin gerekçesinde de ayrıca dava şartı olarak getirilen arabuluculuk ile hedeflenen hususlardan bahsedilmiştir. Maddenin gerekçesine göre dava şartı olarak getirilen arabuluculuk ile amaçlanan, işçi ve işveren taraflarının biraraya gelerek aralarındaki uyuşmazlığı müzakere etmesi ve ortak bir sonuç ve karara varmaları için gerekli ortamın sağlanmasıdır.

II. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARINDAN BİRİ OLAN ARABULUCULUK VE ARABULUCULUĞUN DEĞİŞEN YAPISI

A. Arabuluculuğun Doğumu ve Gelişimi

Arabuluculuğun doğuşu Uzakdoğu'da gerçekleşmiştir. Gerçekten de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve arabuluculuğun özellikle Uzakdoğu'da çok eski tarihlerden beri uygulandığı görülmüştür⁶. Alternatif çözüm yolla-

⁵ Gerekçede bu konu hakkında şu ifadeler yer almaktadır: "İngiltere'de arabulucuya başvurulması bir dava şartı olarak öngörülmemiş olmakla birlikte yüksek mahkeme kararları arabulucuya başvurulmasını fiilen zorunlu hale getirmiş durumdadır. Fransa'da iş mahkemesine başvuru yapıldıktan sonra uyuşmazlık arabulucuya yönlendirilmekte ve bu aşama sonuçlanmadan yargılama aşamasına geçilmemektedir. Avusturya'da iş hukukunda arabulucuya başvurulması kural olarak zorunlu olmamakla birlikte özel desteğe ihtiyacı olan işçilerin ayrımcılık nedeniyle tazminat talepleri veya işten çıkarmaya ilişkin itirazları bakımından öncelikli olarak arabuluculuk prosedürünün uygulanması gerekmektedir. Hollanda'da arabuluculuğa başvuru zorunluluğu olmamakla birlikte iş uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurulması durumunda, arabulucunun ücreti işveren tarafından ödendiğinden bu yöntem işçi açısından teşvik edilmiş durumdadır. İtalya'da bankacılık, finans ve sigortacılık, işyeri kirası, kredi sözleşmeleri, kat mülkiyeti, basın ve diğer kamusal yollarla yapılan hakaret suçundan doğan uyuşmazlıklar, aile arasındaki sözleşmeler, tıbbi uygulama hatası ve doktorların sorumluluğundan doğan tazminat davaları, miras, ortak mülkiyet, gayrimenkul, mal paylaşımı, kira sözleşmeleri ve aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru zorunluluğu kabul edilmiş ancak iş uyuşmazlıkları yönünden arabulucuya başvuru ihtiyari bırakılmıştır. Malezya'da 1952 yılından, Arjantin'de ise 1996 yılından bu yana işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için arabulucuya başvurulması zorunlu tutulmaktadır". Ayrıca zorunlu arabuluculuk modelleri ve Avrupa'daki zorunlu arabuluculuk hakkındaki gelişmeler için bakınız: **Özmumcu**, Seda: "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 808 vd.

⁶ **Namlı**, s. 153, dn. 2; **Kekeç**, Elif Kismet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 30, 31, dn 105.

rının kurumsal olarak gelişimi ise 1960'lı yıllarda ABD'de gerçekleşmiştir. Kıta Avrupası'nda ise, alternatif çözüm yollarının daha yavaş bir şekilde gelişim gösterdiği görülmüştür. Avrupa Birliği, 90'lı yılların sonlarında alternatif çözüm yollarına ilgi göstermeye başlamış, bunun sonucunda 19.04.2002 tarihli "Medeni ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına İlişkin Yeşil Kitap" (GREEN PAPER on alternative dispute resolution in civil and commercial law) yayımlanmıştır⁷. Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan bu kitapta, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hakkında yer alan bazı tespitler şunlardır: Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, hakemlik hariç olmak üzere, tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yönetilen mahkeme dışı çözüm yöntemleri olarak tanımlanmıştır (1.1/2, s. 6). Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişmesindeki destekleyici faktörlerden biri de onların pratik ve konjonktürel yapısıdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, birçok ülkedeki bireylerin adalete ulaşmasındaki şu üç faktörden kaynaklanan problemlere bir çözüm sunmaktadır: mahkeme öncesi anlaşmazlık miktarındaki artış, işlemlerin daha uzun sürer hale gelmesi ve bu işlemlerin masraflarının artması. Ayrıca mevzuatın miktarı, karmaşıklığı ve teknik belirsizliği, adalete ulaşımı daha da zorlaştırmaktadır (1.2/5, s. 7). Adalete ulaşım, herkes için Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin 6. maddesinde korunan temel bir haktır. Geçerli hukuki yollarına başvuru hakkı, Avrupa Topluluğu Hukuku'nun temel ilkesi olarak Avrupa Adalet Divanı tarafından belirlenmiş ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 47. maddesinde de ilan edilmiştir. Hızlı ve pahalı olmayan yargısal işlemlerin yerine getirilmesi yoluyla adalete ulaşım, üye devletlerce karşılanması gereken bir yükümlülüktür (1.2/7, s. 8). Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, adalete ulaşımı kolaylaştırma politikalarının tamamlayıcı bir parçasıdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, daha önce iletişim kurmalarına olanak bulunmayan tarafların iletişim kurmasına ve mahkemeye gitme konusunda kendi değerlendirmelerini yapmalarına yardımcı olabilir (1.2/9, s. 8). Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sosyal barışın sağlanmasındaki rolünü belirtmekte yarar vardır. Üçüncü kişilerin karar almadığı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları türlerinde taraflar, çatışma içine girmeden uzlaşma süreci içinde, uyuşmazlık çözüm yolunu kendileri seçerek ve bu süreçte daha aktif rol oynayarak, kendilerine en uygun çözümü bulmaya çalışırlar (1.2/10, s. 8, 9). Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları esas itibarıyla, tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurusu, süreci kimin veya hangi organizasyonun yöneteceği, hangi prose-

⁷ <http://eur-lex.europa.eu/>

dürlerin uygulanacağı, sürece kendisinin ya da temsil edilerek katılması ve son olarak sürecin sonucu hakkında karar vermede esneklik (1.2/11, s. 9).

Daha sonra 2004 yılında Arabuluculara İlişkin Etik Davranış Kuralları Kanunu (European Code of Conduct for Mediators) kabul edilmiştir. Son olarak da 21.05.2008 tarihinde Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi (Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters) kabul edilmiştir.

B. Arabuluculuğun Tanımı

Öğretide arabuluculuk, tarafların, bağlayıcı bir çözüm önerisi getirme veya karar verme yetkisine sâhip olmayan bir üçüncü kişinin (arabulucu) yardımıyla, üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle, ortak menfaatlerini gözetererek aralarındaki uyuşmazlığı çözümlenmeleri olarak tanımlanmıştır⁸.

Arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2/1-b maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre: “Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder”.

C. Arabuluculuğun Yararları

Alternatif çözüm yollarından biri olan arabuluculuğu savunan görüşler, öğretide genel olarak şu şekilde yer almaktadır⁹: Alternatif uyuşmazlık

⁸ **Özbek**, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Cilt, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 592 vd; **Kekeç**, s. 23, 24; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 605; **Tanrıver**, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 64, 2006, s. 165, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>).

⁹ **Doğan Yenisey**, Kübra: “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016, s. 170, 171; **Özbek**, s. 595 vd; **Kekeç**, s. 83 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 605 vd. Ayrıca zorunlu arabuluculuk modeline olumlu yaklaşımlar için bakınız: **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 825 vd.

çözüm yollarının tamamının temel amacı, uyuşmazlıkların çözümünde tarafları daha etkin hale getirmektir. Taraflar bu yolla uyuşmazlıklarının çözümünde daha etkin olarak uyuşmazlıklarını kendi kontrollerindeki bir süreçte daha rahatça çözümlenebilecektir. Böylece mahkemelerdeki uzun ve katı kurallara tabi olmaksızın kendi kontrollerinde bir uyuşmazlık çözüm süreci geçirecekler ve yargı sürecindeki bilinmezliğin korkusunu yaşamayacaklardır.

Arabuluculuk gizlilik esasına dayandığından tarafların buna ilişkin ihtiyaçlarını karşılar. Yargı kararlarının ve duruşmaların aleni olmasından kaynaklanan birtakım sorunlar, arabuluculukta bulunmaz. Arabuluculuk toplantılarının gizli olması tarafların birtakım sorunlarını daha açık yüreklilikle tartışmalarına imkan verir.

Arabuluculukta uyuşmazlıkların yargılamaya göre çok daha uygun maliyetli bir biçimde çözülebilir. Hukuki sorunların, yüksek maliyetli ve uzun yargılama süreçleri yerine mahkeme dışındaki çözüm yöntemleri ile çözülmesi tarafların yararına olacaktır. Yine konusu parayla çözülebilen uyuşmazlıklarda özellikle yüksek miktartlı uyuşmazlıklarda yargılama giderleri dikkate alındığında arabuluculuk daha ekonomik bir çözüm olabilir.

Yine günümüzdeki mahkemelerin yargılama süreleri dikkate alındığında, arabuluculuğun daha hızlı, daha zahmetsiz ve daha etkin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu belirtilmektedir.

D. Arabuluculuğun Mahkeme Yargısı İle Karşılaştırılması

Alternatif çözüm yollarından biri olan arabuluculuk ile mahkeme yargısı arasında amaç olarak farklılık bulunmaktadır. Arabuluculuğun amacı tarafların arasındaki uyuşmazlığı hızlı ve ucuz bir yolla gidererek, tarafların menfaatleri doğrultusunda ortak bir noktada buluşturmak iken, yargılamanın amacı sadece tarafların menfaatlerini gözeterek tarafları sulhe kavuşturmak değildir. Yargılama faaliyetinin amacı aynı zamanda Anayasa ve yasalarda yer alan hukuk kurallarını ve ilkeleri açıklamak, yorumlamak ve bunları hayata geçirmek ve uygulamaktır. Uyuşmazlık taraflarının anlaşmış olmaları yargının bu görevini sona erdirmemektedir¹⁰.

Ayrıca belirtelim ki alternatif çözüm yolları ve onlardan biri olan arabuluculuk, devlet yargısının bir alternatifi olarak getirilmemiştir¹¹. Alternatif çözüm yolları, modern bir toplumda bireylere sunulan bir uzlaşma olana-

¹⁰ Doğan Yenisey, s. 173.

¹¹ Özbek, s. 198 vd.; Kekeç, s. 58, 59; Tanrıver, s. 168.

ğıdır. Bu durum İMK genel gerekçesinde de Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına yapılan atıfla bahsedilmiştir: "...alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğudur".

E. Arabuluculuğun Özellikleri

Bu bölümde arabuluculuk kurumunun özelliklerini, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na getirilen değişiklikler ile arabuluculuğun değişen yapısını dikkate alarak inceleyeceğiz.

1. Arabuluculuğun İradi Olması

Öğretideki tanımlardan da görüldüğü üzere arabuluculuk, taraf iradeleri üzerine kurulmuştur¹². Buna göre taraflar, arabuluculuğa başvuru, uygulayacak esas ve yöntem ve son olarak da çözüm üzerinde karşılıklı olarak anlaşmalıdırlar¹³. Arabuluculuk tarafların iradeleri etrafında şekillenir. Çünkü taraflar ancak müzakereye gönüllü ise arabuluculuk süreci başarıya ulaşabilir¹⁴.

Yeni İMK ile birlikte arabuluculuğun iş yargısında dava şartı olarak getirilmesi, öğretide bazı eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Öğretide müzakereye bulunmak istemeyen tarafları bir araya getirmenin bu yola iterek arabuluculuğa başvurmak zorunda tutmanın arabuluculuk kurumu ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle arabuluculuğun iş yargısında dava şartı olarak getirilmesi eleştirilmiştir. Bunun yerine tarafların arabuluculuğa başvurması için özendirici tedbirler alınabileceği belirtilmiştir¹⁵.

Gerçekten de yeni İMK ile birlikte arabuluculuğun iş yargısında dava şartı olarak getirilmesi ile arabuluculuğun iradilik ilkesine istisna getirildiği söylenebilir. Ancak İMK m. 3/12'nin ikinci cümlesine göre: "Her iki tarafın

¹² Özbek, s. 611; Kekeç, s. 68.

¹³ Kekeç, s. 68.

¹⁴ Kekeç, s. 68.

¹⁵ Namli, s. 156; Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 835; Karacabey, Kürşat: "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, S. 2016-1, s. 464 vd, (<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2016-1/14.pdf>); Oğuz, Özgür: Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Legal Yayınevi, İstanbul 2016, s. 83.

da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır". Görüldüğü üzere İMK, sadece arabulucuya başvuru şartı aramakta, toplantıya katılım şartı bile aramamaktadır. Her iki tarafın da arabuluculuğun ilk toplantısına katılmaması halinde yine dava açılabilir. Sadece ilk toplantıya katılımı özendirmek amacıyla toplantıya katılan tarafın davada haksız çıkırsa bile hiçbir yargılama giderlerinden sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir (İMK 3/12 ilk cümle). O halde tarafların aralarındaki uyuşmazlığı arabulucuya götürmek istememeleri, onu mahkemede çözmek istemeleri halinde, davacı tarafın şeklen arabulucuya başvurması yeterli olacak, tarafların arabuluculuk toplantılarına veya ilk toplantıya katılması gerekmeyecektir. Bu durumda davacı İMK m. 3/2 uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine ekleyerek dava açabilir.

Görüldüğü üzere yeni İMK ile birlikte arabuluculuğun iş yargısında dava şartı olarak getirilmesi, iradilik ilkesine bir istisna getirdiği söylenebilirse de arabuluculuğun iradi olma özelliğini kaldırdığından bahsedilemez.

2. Arabulucunun Tarafsız Olması

Bir diğer husus da arabulucunun tarafsız olmasıdır. Bu durumda arabulucunun tarafsızlığının sağlanması için, taraflarla ilgili herhangi bir ilişkisinin bulunmaması ve uyuşmazlık hakkında herhangi bir menfaatinin bulunmaması gerekir¹⁶.

Arabulucunun görevi, tarafları bir araya getirmek ve taraflar arasında dostane müzakere ortamı sağlamaktır. Arabulucunun taraflar arasındaki müzakereleri etkilemeden aynı zamanda tarafların etkin bir şekilde müzakerelere katılmalarını sağlayabilmesi gerekir. Arabulucu her iki tarafa da dinlenilme fırsatı tanımalıdır. Taraflar arasında güç dengesizliğinin bulunduğu uyuşmazlıklarda arabulucu, tarafsızlığını sağlamakta zorluk çekebilir. Eğer arabulucu taraflar arasındaki dengesizliği telâfi etmeye çalışırsa tarafsızlığı zedelenebilir. Ancak arabulucu süreçte tamamen pasif kalmaya çalışırsa da bu durumda zayıf olan tarafın sürece etkin şekilde katılmasını sağlama görevine aykırı hareket ettiği söylenebilir¹⁷. Buna göre arabulucunun taraflar arasındaki dengesizliği telâfi etmeye çalışmadan zayıf olan tarafın sürece etkin şekilde katılmasını sağlamaya çabalaması gerekir.

¹⁶ Özbek, s. 602; Kekeç, s. 60 vd.

¹⁷ Özbek, s. 603.

İMK m. 17 ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının "b" bendine eklemeye yapılarak "gerçekleştiren," ibaresinden sonra gelmek üzere " tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen," ibaresi eklenmiştir. İMK'nun madde gerekçelerinde ise bu madde hakkında: "Madde ile, arabuluculuğun tanımında düzenleme yapılmakta ve arabuluculuk görüşmelerinde tarafların bir çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde, arabulucunun çözüm önerisi getirebilmesine imkan sağlanmaktadır" ifadeleri yer almaktadır.

Öğretide arabuluculuk modelleri kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk olmak üzere temel iki grupta toplanmaktadır¹⁸. Kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucu, pasif fonksiyon üstlenir. Bu yöntemde arabulucu, kendisi geri çekilmekte fakat tarafları iletişim kurmaları için cesaretlendirmekte ve böylece taraflar kendileri çözüm geliştirmektedir. Burada arabulucu, tarafların içinde buldukları durumu değerlendirmelerine, kendi menfaatleri üzerine odaklanmalarına, durumu anlayıp kendi aralarında anlaşmaya ulaşmalarına yardımcı olmaktadır. Yani bu yöntemde taraflar, kendi kaderlerini kendileri çizmektedirler. Burada taraf egemenliği esas alınmakta, arabulucuların taraflara uyuşmazlığa neden olan sorun hakkında tavsiye ya da hukuki bilgi vermesine izin verilmemektedir. Bu arabuluculuk yöntemi menfaate dayalı arabuluculuk olarak da bilinmektedir¹⁹. Değerlendirici arabuluculuk modelinde ise, tarafların içinde buldukları durumu, esas konuyu bilen, bilgili ve kültürlü tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlığa düşen taraflara yardım edebileceği anlayışı esas alınır. Değerlendirici arabuluculukta tarafların hukuki hakları, uyuşmazlığın sebebi ve onun altında yatan esas üzerine odaklanılmaktadır. Ancak bu süreç gelecekteki yargılama yöntemlerini içermez. Bu yöntemde arabulucu aktif rolde değildir. Burada arabulucunun, hukuki temele sahip bir kişi olması beklenir. Arabulucu öneriler getirebilir veya somut durum hakkında uygulanabilir bir çözüm önerisi sunabilir. Ayrıca arabulucu, taraflara dava açmaları halinde dava masrafları ve davanın riskleri hakkında bilgi verir²⁰.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız: **Özmumcu**, Seda: "Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, C. II, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C.LXXXI, S. 1, (s. 1357-1377), s. 1370 vd.

¹⁹ **Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, s. 1372.

²⁰ **Özmumcu**, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, s. 1375, 1376.

HUAK'a getirilen değişiklik ile arabulucuya çözüm önerisi getirme yetkisi verilmesiyle birlikte bugüne kadar kabul edilen kolaylaştırıcı arabuluculuk (facilitative mediation) modelinden değerlendirici arabuluculuk (evaluative mediation) modeline geçildiği anlaşılmaktadır²¹.

Çözüm önerisi yetkisi verilmesi ile birlikte arabulucu, tarafların anlaşabilmesi halinde tarafsızlığını sürdürebilecek ancak tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucunun getirdiği çözüm önerisi, ister istemez taraflardan birinin lehine olabilecektir.

İş yargısındaki davaların içeriği göz önüne alındığında, davaların büyük bir kısmının işverenin İK'daki veya iş sözleşmesindeki hükümlere uymamasından kaynaklandığı görülmektedir. Böyle bir durumda tarafların anlaşamaması halinde, yani arabulucunun çözüm önerisi getirme aşamasına geçildiğinde, arabulucunun getirdiği çözüm önerisi, işçinin lehine olabilir. Örneğin işverenin İK m. 22'ye uygun olmadan tek taraflı olarak işçinin ücretini azalttığını düşünelim. Böyle bir durumda işçinin ücreti ve faizini talep etme (İK m. 34), çalışmaktan kaçınma (İK m. 34) ya da sözleşmeyi haklı nedenle feshetme (İK m. 24/2, e) hakkı mevcuttur. Bu olayda işçinin arabulucuya başvurması durumunda, tarafların da müzakereler sonucu anlaşamaması halinde, arabulucunun işçi lehine çözüm önerisi getirmesi muhtemeldir. Özellikle işçinin avukatla temsil edilmediği yani bizzat görüşmeye katıldığı hallerde, arabulucunun getirdiği çözüm önerisinin daha çok işçinin lehine olabileceği düşünülebilir.

Açıkçası artık arabulucunun bir tarafın daha çok lehine olan bir çözüm önerisi getirebilecek olmasının arabulucunun tarafsızlığını zedeleyeceğini ve bu durumun arabuluculuk kurumu ile bağdaşmadığı söylenebilir. Ancak arabulucunun bu yeni çözüm önerisi getirebilme yetkisi sayesinde arabuluculuk süreci, hakkaniyete daha uygun olarak başarı ile yani tarafların anlaşması ile sonlanabilir. Böylece İMK'nun ulaşmak istediği yargı yükünün azaltılması sonucuna ulaşmak mümkün olabilir²².

Aşağıda da ayrıca bahsedeceğimiz üzere arabulucunun çözüm önerisi getirme yetkisi ile birlikte hukukçuların sadece arabulucu olabileceği kuralı daha da önem kazanmıştır. Hukuk fakültesi mezunu ve mesleğinde beş yıllık tecrübe sahibi kişilerin arabulucu olabileceği göz önünde alındığında arabulucu, asgari düzeyde de olsa hukukun temel ilkelerini ve iş hukukundaki

²¹ Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 836.

²² Arabulucuya çözüm önerisi getirme yetkisi verilmesinin arabuluculuk faaliyetinin işlerlik kazanması açısından olumlu olduğu yönünde bakınız: Özmumcu, Zorunlu Arabuluculuk, s. 836.

temel ilkeleri göz önüne alarak çözüm önerisi getirebilecektir. Böylece tarafların hakkaniyete daha uygun bir noktada anlaşması sağlanabilecek ve arabulucunun bu şekilde başarılı sonuca ulaşması mümkün olabilecektir. Ayrıca yukarıda bahsedildiği üzere bu durum, getirilen değişiklik ile benimsenen değerlendirici arabuluculuk modeli ile uyum içindedir. Çünkü değerlendirici arabuluculuk modelinde arabulucunun konuya vakıf, bilgili yani hukuki temele sahip bir kişi olması gerekmektedir.

HUAK m. 14'e göre başka bir usul kararlaştırılmış olmadıkça arabulucu taraflarca seçilir. İMK m. 3/6'ya göre ise arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenecektir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları durumunda bu arabulucu görevlendirilecektir. Buna göre arabulucunun tarafların özgür iradeleriyle seçimi şüphesiz arabulucunun tarafsızlığı açısından önemlidir. Bir tarafın dayatması sonucu belirlenen arabulucunun tarafsızlığı konusunda şüphe oluşabilir. Bu konuda bir denetim mekanizmasının geliştirilmesi, sürecin sağlıklı olarak yürütülebilmesi için önemli olacaktır.

Ayrıca belirtelim ki arabulucu tarafsızlığını süreç boyunca korumalı, tarafların anlaşmaması haline kadar taraflardan biri lehine olabilecek veya bu izlenimi verecek davranışlardan kaçınmalıdır. Arabuluculuk sürecinin önceliği tarafların kendi iradeleri ile anlaşması, her iki tarafın menfaatine uygun olan ortak bir noktada buluşmaları olmalıdır.

3. Arabuluculuğun Gizli Olması

Gizlilik, arabuluculuğun bir diğer özelliğidir. Tarafların kendilerini rahat hissedecekleri dostane bir müzakere ortamının sağlanması için arabuluculuğun gizli olması önemlidir. Taraflar sürecin gizli şekilde yürüyeceğine güvenerek, uyuşmazlık hakkında gerekli bilgileri açıklayabilecek ve bu şekilde tarafların uyuşmazlığın çözümü için bilinmesi gerekli menfaatleri öğrenerek daha doğru çözümler üretebilecektir²³.

Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeleri düzenleyen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 4. maddeye göre: "Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.

Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar".

²³ Özbek, s. 612, 613, 615; Kekeç, s. 76, 80.

HUAK m. 5'te arabuluculukla ilgili belgelerin dava veya tahkimde kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Bu madde de arabuluculuğun gizliliği ile doğrudan ilgilidir. Söz konusu maddeye göre: “(1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

- a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.
- b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.
- c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü.
- ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

(2) Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır.

(3) Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

(4) Yukarıdaki fıkralar, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır.

(5) Birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez”.

Ancak arabuluculukta gizlilik her zaman için mutlak değildir. Arabuluculukta gizlilik, HUAK m. 4 ve 5/3'ten açıkça anlaşıldığı üzere tarafların rızası, sözleşme veya kanun öngörüsü hallerinde sınırlandırılabilir²⁴.

4. Arabuluculukta Tarafların Eşit Olması

Arabuluculuğa ilişkin temel ilkeleri düzenleyen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 3/2'ye göre: “Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara

²⁴ Ayrıntılı bilgi için: **Kekeç**, ss. 81-83; **Özbek**, s. 611 vd.

sahiptirler”. Bu maddede tarafların arabulucuya başvurabilmesi için eşit olması, taraflar arasında güç dengesi olması gerektiğinden bahsetmemektedir. Burada bahsedilen eşitlik, arabuluculuğa başvurmada her iki tarafın özgür olmasına, arabuluculuk müzakereleri sırasında her iki tarafın eşit haklara sahip olmasına ilişkindir.

F. Arabulucu Olabilecek Kişiler

İMK m. 3/6’ya göre: “Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilir”.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 20. maddesine göre arabulucular siciline kaydedilebilmek (arabulucu olabilmek) için:

- a) Türk vatandaşı olmak,
 - b) Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak,
 - c) Tam ehliyetli olmak,
 - ç) (Değişik: 12/10/2017-7036/25 md.) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak,
 - d) (Ek: 5/6/2017-KHK-691/9 md.) Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak,
 - e) Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı (...) (2) sınavda başarılı olmak,
- gerekir”.

Öğretide arabulucunun hukuk fakültesi mezunu olması şartının kaldırılarak hukukçu olmayan kişilerin de arabulucu olmasının önünün açılması gerektiği kimi yazarlarca savunulmaktadır. Arabulucunun görevinin hukuk kurallarını uygulamak değil de tarafları dostane bir müzakere ortamı sağlayarak bir araya getirip kendi çözümlerini üretmelerini sağlamak olması ve bunu yapabilmek için hukukçu olmaya gerek bulunmaması ayrıca karşılaştır-

malı hukukta hukukçu olmayan kişilerin de arabuluculuk yapabilmesi, bu görüşe dayanak olarak ileri sürülen argümanların başında gelmektedir²⁵.

Kanımızca kendi içinde haklı gerekçeleri olan bu görüşe, İMK ile arabuluculuğun değişen yapısı göz önüne alındığında artık katılmak mümkün değildir. İMK ile arabulucuya çözüm önerisi getirme yetkisinin verilmesi sonucunda arabulucunun getireceği çözüm önerisi, ister istemez taraflardan birinin lehine olabilecektir. O halde arabulucunun asgari düzeyde de olsa hukukun temel ilkelerini ve iş hukukundaki temel ilkeleri (örneğin iş hukukundaki işçiyi koruma, işçi lehine yorum ilkesini) göz önüne alarak çözüm önerileri getirmesi yerinde olacaktır. Ayrıca iş uyuşmazlıklarında alacaklarının niteliği, hak kazanma koşulları, hesaplama teknikleri, yani iş uyuşmazlıklarının karmaşık yapısı düşünüldüğünde arabulucuların hukuk eğitimi almış kişilerden oluşması gerektiği açıktır. Bu nedenlerle arabulucunun hukuk fakültesi mezunlarından olması artık kanımızca adeta bir zorunluluktur.

III. DAVA ŞARTI OLARAK GETİRİLEN ARABULUCULUĞUN İŞ YARGISINA OLAN ETKİSİ

A. Arabuluculuğun İş Yargısında Dava Şartı Olarak Getirilmesinin Anayasa'ya Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu

Yeni İMK'da arabuluculuğun iş yargısında dava şartı olarak getirilmesine karşı anayasaya aykırılık iddiaları ileri sürülebileceğini düşünen kanun koyucu, İMK taslağının genel gerekçesinde buna ilişkin açıklamalara yer vermiştir. Genel gerekçeye göre: "Anayasa Mahkemesinin 10/7/2013 tarihli ve E.: 2012/94 ve K.: 2013/89 sayılı Kararında da belirtildiği gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargının alternatifini olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğudur. Tasarıda öngörülen uyuşmazlıklar bakımından, tarafların dava açmadan önce arabulucuya başvurması zorunlu olup tarafların serbest iradeleriyle yürütülen arabuluculuk görüşmelerinde anlaşma zorunluluğu bulun-

²⁵ **Namlı**, s. 162, 163. Namlı, hukuk fakültesi mezunu olmayan kişilerin de arabuluculuk yapabilmesi gerektiğini savunmakla beraber, bunun ülkemizin sosyal şartları çerçevesinde çok sakıncalı sonuçları da beraberinde getirebileceğini vurgulamaktadır (**Namlı**, s. 163, dn. 27). Arabulucu olmak için hukuk fakültesi mezunu olma şartının sürdürülmesi gerektiği konusunda bakınız: **Karacabey**, s. 484.

mamaktadır. Arabulucuda anlaşılmasını halinde tarafların mahkeme huzurunda haklarını aramaları mümkündür. Bu sebeple arabulucuya başvurulmuş olmasının bir dava şartı olarak öngörülmesi, Anayasanın 36 ncı maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin ihlali anlamına gelmemektedir”.

Anayasa Mahkemesi'nin bugüne kadar konu ile ilgili iki kararı vardır. İlk karar, eski hali “toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür” şeklinde olan İş Kanunu'nun 20. maddesinin birinci fıkrası ile ilgilidir. AYM' ye göre: “(...) İptali istenilen kuralın, “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya” bölümüyle, toplu iş sözleşmesinin bu konudaki hükümlerine yasa hükmü gibi bağlayıcılık kazandırılmaktadır. Özel hakem kararları ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533. maddesinde yer alan ve esas yönünden denetime olanak vermeyen nedenlerle temyiz edilebiliyor ise de, iptali istenilen kuralda yargı önünde davacı olarak esas yönünden iddiada bulunulmasına olanak verilmemiş olması hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır. Bu nedenle kuralın “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya” bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

(...) İşçinin, 20. maddenin birinci fıkrasındaki uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında, dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olduğundan Anayasa'nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez.

Bu nedenlerle, kuralın “...taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür” bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir” (AYM, E. 2003/66, K. 2005/72, T. 19.10.2005, RG., 24.11.2007, S. 26710). Bu kararda AYM sadece söz konusu maddenin birinci fıkrasının son cümlesindeki “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya...” bölümünü iptal edilmiştir.

İkinci kararda ise AYM, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun anayasaya aykırılığını incelemiştir. Bu karara göre: “a-) Kanunda “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular”da arabuluculuğa gidilmesi öngörülmüş olup, kamu düzenine ilişkin hususlarda arabuluculuğa gidilemeyeceği zaten şüphesizdir.

b-) “(...) Tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları açıkça ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılama yetkisini bertaraf ede-

mez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır.

Dolayısıyla, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı bir yönü yoktur" (AYM, E. 2012/94, K. 2013/89, T. 10.07.2013, RG., 25.01.2014, S. 28893).

Görüldüğü üzere AYM, arabuluculuğun irâdiliği ilkesi gereğince tarafların bu yola başvurmakta, süreci devam ettirmekte ve sonuçlandırmakta tamamen serbest olduklarını, bu nedenle de arabuluculuğun anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Yeni İMK ile birlikte tarafların süreci devam ettirmekte ve sonuçlandırmakta tamamen serbest olmalarının değişmediği ancak bu yola başvurularının zorunlu hale getirildiği görülmektedir. Bu durumda sorulması gereken soru, dava açmadan önce sadece başlangıçta arabuluculuğa başvurunun zorunlu olmasının arabuluculuğun iradilik ilkesini ortadan kaldırıp kaldırmayacağıdır.

Kanımızca dava şartı olarak getirilen arabuluculuk, bu süreçte uzlaşıl-maması halinde dava yolunun yine açık olması nedeniyle dava hakkının tarafların elinden alınması anlamına gelmemektedir²⁶. Ayrıca İMK m. 3/12'ye göre: "Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır". Görüldüğü üzere İMK, sadece arabulucuya başvuru şartı aramakta, toplantıya katılım şartı bile aramamaktadır. Her iki tarafın da arabuluculuğun ilk toplantısına katılmaması halinde yine dava

²⁶ Aynı yönde, ancak bunun için yargı yolunun kapatılmaması, bu anlamda, arabuluculuğun, devamı ve sona erdirilmesi bakımından ihtiyariliğinden vazgeçilmemesi gerektiği hakkında bakınız: **Özekes**, Muhammet (Moderatör), "Arabuluculuk Çalışma Toplantısı: Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2015/1, s. 126, (www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Ocak/eskisehir_rapor/eskisehir_raporu.pdf); **Oğuz**, s. 86. Aksi görüş için: **Karacabey**, s. 469-474; **Namlı**, s. 158; **Güzel**, Ali: "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 50-2016/3, s. 1137, (<http://www.calismatoplum.org/sayi50/guzel.pdf>). Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu sayılması, bireylerin uluslararası sözleşmeler ve anayasal düzenlemeler ile güvence altına alınan adalete erişim haklarını engellemese de erteleyecek nitelikte olduğu, görüşü hakkında bakınız: **Öznumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 834.

açılacaktır. Sadece ilk toplantıya katılımı özendirme amacıyla toplantıya katılan tarafın davada haksız çıkarsa bile hiçbir yargılama giderlerinden sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir²⁷. Bu şekilde bir yaptırım öngörülmeseydi, arabuluculuğa başvuru, tamamen usuli bir şart olarak kalacak ve arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesindeki amaçlara ulaşılması mümkün olmayacaktı²⁸. Bu sebeple öngörülen yaptırımın ölçülü ve makul olduğu kanaatindeyiz.

Öğretide ayrıca yeni İMK ile HUAK m. 18/5'e getirilen: "Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz" düzenlemesi eleştirilmektedir. Eleştirilerin temelinde arabuluculuk sonucunda anlaşılan hususlar için hukuki denetim yolları kapatılarak adeta bir kesin hüküm niteliği kazandırıldığı, böylece arabulucuya hakim de üzerinde bir konum yaratıldığı, böyle bir düzenlemenin diğer ülkelerde bulunmadığı, dolayısıyla bu düzenlemenin arabuluculuk kurumu ile bağdaşmadığı ve düzenlemenin bu haliyle bireyin adalete erişim ve hak arama özgürlüğünün önüne getirilmiş önemli bir engel olduğu gibi hususlar yatmaktadır²⁹. Madde gerekçesinde bu düzenlemenin neden getirildiği hakkında bilgi yer almamaktadır. Getirilen eleştirilere katılmakla beraber, getirilen bu düzenlemenin zamanaşımı konusunda getirilen düzenlemenin gerekçesine benzer olarak, anlaşılan konularda işverenlerin zamanaşımı süresi boyunca dava tehdidi ile karşı karşıya kalınmasının yeni yatırımlar yapılması konusunda işverenlerin cesaretini kırabileceği ve ekonomik anlamda önünü görme ve plan yapma konusunda sıkıntılar yaşanmasına sebep olabileceği, bu durumun da işçisi, işvereni ve işletmeleriyle kalkınma sürecinde olan ülkemizin ekonomik gelişiminin sektöre uğramasına neden olabileceği ayrıca işçi ve işveren arasındaki uyuş-

²⁷ Benzer şekilde yaptırımların, uyuşmazlığı bir anlaşmayla çözmek için makul bir şekilde hareket etmeyen taraflara karşı İngiltere ile Avustralya'da da olduğu yönünde bakınız: **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 809.

²⁸ Arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yollarının bizim hukukumuzda çok yaygın tercih edilen müesseseler olmaması, toplum olarak uyuşmazlıklarımızı anlaşarak çözme yolundan çok dava açarak çözmeyi tercih etmemiz, mahkemelerin iş yükünde ağırlaşma meydana gelmesi ve böylece adalet tecelli etse de bunun zamanında olmaması sonucunu doğurmaktadır. Zorunlu arabuluculuk sistemi ile birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve özellikle arabuluculuk sürecine ilişkin önyargılar aşılabılır ve bu süreçlere olan isteksizlikler önlenebilir. Böylece uyuşmazlıkların az bir kısmı bile zorunlu arabuluculuk sistemi ile çözüme kavuşsa, bu mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde azaltabilir (**Oğuz**, s. 83).

²⁹ **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 837.

mazlığın olabilecek en kısa sürede çözümlenerek sosyal barışa katkı sağlama ve mahkemelerin iş yükünü azaltma düşüncelerinden hareketle getirildiği söylenebilir. Ancak böyle bir düzenleme yerine, anlaşılan konularda dava açılmasını kısa hak düşürücü süreye bağlayan bir düzenlemenin getirilmesi, kanımızca daha uygun bir çözüm olacaktır. Örneğin: “Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, tarafların üzerinde anlaşılan hususlar hakkında açacağı davalar, üç aylık hak düşürücü süreye tabidir”.

B. Arabuluculuğun İş Hukuku ile Bağdaşıp Bağdaşmadığı Sorunu

İş Hukuku, her ne kadar özel hukukun bir dalı, hem de esasen sözleşme serbestisi ilkesinin burada da geçerli olduğu düşünülse de iş sözleşmesinde taraflar arasında bir dengesizlik mevcuttur. Bu sebeple iş hukukunda, iş ilişkisinin niteliği nedeniyle bu hukuka özgü bir yorum kuralı olarak işçi lehine yorum ilkesi vardır. İşçi lehine yorum, kuralın uygulanması sırasında tereddüt çıkması halinde, eğer norm yeterince açık olmayıp amacı dikkate alındığında dahi farklı yorumlara gidilebilirse, işçinin yararına olan çözümün benimsenmesi anlamına gelmektedir³⁰. Bu ilke 1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile şu şekilde ifade edilmiştir: “Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel

³⁰ **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul, 2017, s. 21, 22; **Sur**, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 6. Bası, Ankara, 2017, s. 4. Yargıtay bir kararında Kanun’da açık hüküm olmayan bir konuda işçi lehine hareket edilmesi gerektiğine karar vermiştir: “4857 sayılı İş Kanunu’nda bu sayı 30’a çıkarılmış; 18.maddede bir işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tepsitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısının dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, birden fazla işyeri bulunan bir işverene ait aynı işkolundaki işyerleri bir bütün olarak düşünülmelidir. İş güvencesi hükümleri kapsamına girecek işyerlerinin belli sayıda işçi çalışması koşuluna tabi tutulması kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere küçük işyerlerinin korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. 158 sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı iş kolunda başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir” (Y 9.HD, E. 2006/32297, K. 2007/3272, T. 12.02.2007, www.calismatoplum.org/sayi15/abc/56.doc).

şekilde koruyacak içtimai muvazaneyi ve cemiyetin sükûnunu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının gerektiği göz önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır³¹”.

İş Kanunu'nun birçok hükmü de işçiyi koruma amacıyla düzenlenmiş, bu amaç doğrultusunda birçok emredici hükme yer verilmiştir³². Bu sebeplerden dolayı iş mahkemeleri de işçiyi koruyucu içtihat geliştirmiştir. İşte arabuluculuk faaliyetinde, arabulucunun tarafsız olması gerektiğinden bu politikanın izlenmesinin mümkün olmadığı akla gelmektedir. Ayrıca İş Kanunu'nun işçiyi koruyucu birçok emredici hükme yer vermiş olmasının, tarafların müzakeresine dayanan bir yöntem olan arabuluculuk ile bağdaşmadığı söylenebilir³³. Yine işçi ile işveren gibi taraflar arasındaki eşitsizliğin en fazla olarak görüldüğü iş hukukunun arabuluculuğa uygun olmadığı, işçinin haklarını elde etmek için davanın sonuçlanmasını uzun süre beklemek yerine, kısa sürede sonuçlanabilecek arabuluculuğu tercih etmek zorunda kalabilmesinin esasen serbest iradeye dayanan arabuluculuğun özüne aykırı olduğu öğretide belirtilmiştir³⁴. İşçinin haklarının pazarlık konusu yapılmasının doğru olmadığından bahsedilmiştir³⁵.

Yine bir an evvel parasına kavuşmak isteyen işçinin hak ettiği az da olsa anlaşmaya razı olacağı, bu durumun arabuluculuk kurumunun başarılı olarak değerlendirilmesini sağlayacağı ancak sonucun adil olup olmayacağını tartışmalı olduğu belirtilmektedir. Arabuluculuğun gizli olmasından dolayı da işçinin bu müzakereler sonucunda yasal hakkını ne ölçüde elde ettiği öğrenilemeyecektir³⁶.

Ayrıca iş sözleşmesinin kurulmasıyla özel hukuktan kaynaklanan borçlar yanında kamusal yükümlülükler de ortaya çıkmaktadır. Bu kamusal yükümlülükler, işçilerin sağlığı ve yaşamının korunması ihtiyacından kaynaklanmakta ve işvereni devlet karşısında yükümlülük altına sokmaktadır.

³¹ YİBK., E. 1957/15, K. 1958/5, T. 27.05.1958 (RG, 26.09.1958, S. 10017).

³² **Süzek**, s. 27; **Sur**, s. 3.

³³ **Namlı**, s. 160; **Gülsevil Alpagut**, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016, s. 213; **Doğan Yenisey**, s. 176, 180.

³⁴ **Alpagut**, s. 213, 214; **Karacabey**, s. 480.

³⁵ **Alpagut**, s. 213, 214.

³⁶ **Alpagut**, s. 214, 215; **Doğan Yenisey**, s. 175, 179; **Karacabey**, s. 480.

Örneğin azami çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelerin amacı işçilerin sağlığının korunması olup, burada amaçlanan sadece işçilerin bu sürelerin üzerindeki çalışmalarının ücretlendirilmesi değil, işçinin sağlığını ve yaşamını koruyabilmesi için bu çalışmaların önlenmesidir. İşte arabuluculuk aşamasında uyuşmazlığın çözümünde kamusal veya özel hukuk alanındaki emredici normlardan hiçbirinin dikkate alınmak zorunda olmayışı, iş hukukunun etkinliği açısından önemli bir tehlike oluşturabilir³⁷. Örneğin yılda 270 saatten fazla çalışma yasağı veya günlük çalışma sürelerinin 11 saatle sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler yalnızca sözleşmeden doğan bir alacak hakkı yaratmamakta, aynı zamanda çalışma yaşamında uyulması zorunlu kuralları oluşturmaktadır. Uygulamadaki idari denetimlerin yetersizliği nedeniyle bu normların hemen hemen tek yaptırımı sözleşme sona erdikten sonra açılan fazla çalışma alacak davasıdır. Arabuluculuk aşamasında bu rakamlar üzerinde anlaşılabilmesi, bu normların etkinliğini ortadan kaldıracaktır³⁸.

Öğretide yer alan tüm bu kaygılara katılmakla beraber birkaç tedbir ile bu sakıncaların azaltılabileceğini düşünüyoruz. Öncelikle arabuluculuk görüşmelerinde işçinin karşısında ekonomik ve hukuki bilgi olarak daha güçlü konumda olan işveren bulunduğu düşünülüğünde, işçinin müzakerede bir avukat tarafından temsil edilmesi kendisi için büyük yarar sağlayacaktır. Böylece işçi tarafı haklarının farkında olabilecek, dava ile elde edebileceği ile anlaşmaya hazır olunan nokta arasında karşılaştırma yapabilecek, menfaatine aykırı, dava ile elde edilebilecek olandan çok daha azını teklif eden anlaşmalara razı olmayacaktır³⁹. Buna göre işçinin avukatla temsilini kolaylaştırıcı tedbirler alınabilir. Bu konuda adli yardım mekanizmaları geliştirilebilir. Aşağıda bahsedeceğimiz üzere Türkiye’de sendikalaşmanın artırılması da işçinin hukuki yardım almasını kolaylaştıracaktır. Örneğin arabuluculuk görüşmelerine sendika üyesi işçi yerine veya onunla birlikte sendikanın avukatı da katılabilecektir.

Yine yukarıda bahsettiğimiz üzere artık arabulucunun çözüm önerisi getirebilecek olması, arabulucunun asgari düzeyde de olsa iş hukukunun

³⁷ **Doğan Yenisey**, s. 175, 176; Aynı yönde: **Karacabey**, s. 478; İş hukukunda arabuluculuk faaliyetinin, nispi emredici hükümlerin çizdiği sınırlar dahilinde mümkün olabileceği, iş barışının korunması, işçinin işine devamındaki yararı gibi hususlar gözetilerek, emredici hükümlere aykırı olmadıkça mümkün olduğunca arabuluculuğa imkân tanınması gerektiği konusunda bakınız: **Özekes**, s. 124.

³⁸ **Doğan Yenisey**, s. 178.

³⁹ Nitekim zorunlu arabuluculuk sistemini kabul eden İtalya’da, arabuluculuk faaliyetinde taraflara bir avukat tarafından yardım edilmesi, kanunen gereklidir (**Özsumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 815).

temel ilkelerinden işçinin korunması ilkesini göz önünde bulundurarak bir çözüm önerisi getirmesini sağlayabilir. Böylece daha adil sonuçlar elde edilebilir.

Ayrıca belirtelim ki arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın adil olup olmayacağına ilişkin sorgulamayı, mahkeme yargısının her zaman adil sonuca ulaşacağını düşünerek yapmaktayız. Türk yargısındaki dava sürelerinin uzunluğu, ilk derece mahkemelerinin verdiği yanlış kararlar düşünüldüğünde, hızlı sonuca götüren arabuluculuk kurumunun uygulanması, işçi açısından daha iyi sonuçlar doğurabilecektir.

C. Arabuluculukta Tarafların Belirlenmesi

İMK m. 3/15'e göre: "Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır". Alt işverenin kendi işçilerine karşı İş Kanunundan, iş akdinden ve taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden asıl işverenin de müteselsil sorumlu olduğu İK m. 2/6'da öngörülmüştür. Gerçekten İK m. 2/6'ya göre: "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur".

Buna göre asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin bulunması halinde işçinin işe iade talebiyle arabulucuya başvurması durumunda, bu davalarda asıl işveren ve alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu kabul edildiğinden⁴⁰, işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları gerekir. Nitekim fıkranın gerekçesinde bu durumdan açıkça bahsedilmiştir⁴¹.

⁴⁰ Yargıtay işe iade davaları için asıl işveren ve alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu bahsetmektedir. Ayrıca bakınız, **Alpagut**, s. 213, 214.

⁴¹ İMK m. 3/15'in gerekçesine göre: "Uygulamada alt işverenin çalıştırdığı işçi tarafından işe iade talebiyle açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğunun veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalının gerçek işveren olmadığının belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın sıfat yoksluğu sebebiyle (husumet nedeniyle) reddi durumunda ise işçinin gerçek işverene

D. Arabuluculuğa Başvurmadan Dava Açılması Durumu

Arabuluculuğa başvurmadan dava açılması durumunda ne olacağının incelenmesinde yarar vardır. Bu husus İMK m. 3/2’de düzenlenmiştir. Buna göre: “Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir”. Öğretide arabuluculuğa başvurmadan dava açılması halinde davanın usulden reddedilecek olmasının başta arabuluculuk olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden beklenen zamandan ve masraflardan tasarruf edilmesi esasıyla bağdaşmadığı, dava şartı yerine dava açıldıktan sonra tarafların arabuluculuğa gitmesi konusunda bir ön şartın getirilmesinin daha uygun bir çözüm olacağından bahsedilmiştir⁴². Bu öneriye katılmakla beraber, kanımca bu maddede bahsedilen, davacıya arabuluculuk tutanağını mahkemeye sunması için verilen “bir haftalık kesin süre”nin “kırkbeş gün” olarak belirlenmesi suretiyle de bu

karşı dava açması gerektiğinden işçi, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durum işçiyi mağdur etmekte ve bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılması zorunluluğu da usul ekonomisine aykırı düşmektedir. Öte yandan, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığı konusunda yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını, kendi haklarını koruyacak açıklamaları yapmalarını ve iddialarıyla ilgili olarak ispat haklarını kullanmalarını zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile 6100 sayılı Kanunun 27 nci maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, işe iade davalarına özgü olarak, davalı taraf yönünden mecburi dava arkadaşlığının var olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple Tasarıda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Bu düzenleme ile, hem işçi hem de işveren tarafının haklarının ve çıkarlarının daha iyi bir şekilde korunması amaçlanmaktadır”.

⁴² **Özmumcu**, Zorunlu Arabuluculuk, s. 825.

olumsuzluk giderilebilir. Zira İMK m. 3/10'a göre arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırarak, bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilecektir. Buna göre arabuluculuk aşaması en fazla dört hafta sürebilecektir. Arabulucunun atanması için belirli bir zamanın da geçecek olması göz önüne alındığında kırkbeş günlük süre, bu aşamanın tamamlanması için yetebilecektir. Bu durumda arabuluculuğa başvurmamış olan davacı, bu süre içinde arabuluculuğa başvurabilecek, anlaşmaya varılamaması durumunda arabuluculuk tutanağını mahkemeye sunabilecektir. Böylece davacının iki sefer dava açmasına gerek kalmayacak, zaman ve masraflardan tasarruf edilebilecektir.

SONUÇ

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 3. maddesi ile birlikte arabuluculuğu dava şartı olarak getirmiş, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda önemli değişiklikler öngörmüştür. Özellikle arabulucuya çözüm önerisi getirme yetkisinin verilmesi, arabuluculuk kurumunun yapısını değiştirmiştir.

Arabulucu artık tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi getirebilecektir. Bu durumda arabulucu, tarafların anlaşabilmesi halinde tarafsızlığını sürdürebilecek ancak tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucunun getireceği çözüm önerisi, ister istemez taraflardan birinin lehine olabilecektir. Buna göre arabulucunun çözüm önerisi getirirken, asgari düzeyde de olsa, hukukun temel ilkelerini ve iş hukukundaki temel ilkeleri (örneğin iş hukukundaki işçiyi koruma, işçi lehine yorum ilkesini) göz önüne alması, sürecin hakkaniyete daha uygun sonuçlanmasını sağlayabilecektir.

Arabuluculuk sürecinde zayıf olan tarafı oluşturan işçinin haklarının daha iyi gözetilmesi için işçinin toplantılara avukatıyla katılması önem göstermektedir. Bunun için adli yardım mekanizmaları geliştirilmeli, Türkiye'deki sendikalaşmayı arttırıcı önlemler alınmalıdır⁴³. Türkiye'deki sendikalaşmanın artması ile sendika üyesi işçi, sendikadan hukuki yardım alabilecek, işçinin hakları daha etkin bir şekilde savunulabilecektir. Böylece işçilerin hakları daha etkili bir şekilde korunacağından, yargının iş yükü, bu

⁴³ **Manav Özdemir**, Eda: "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri", Çalışma ve Toplum, S. 47-2015/4, s. 218, 219, (www.calismatoplum.org/sayi47.htm); **Namlı**, s. 160; **Karacabey**, s. 484, 485.

yolla önemli ölçüde azalabilir. Yine kayıt dışı istihdamın önlenmesi de yargının iş yükünü önemli ölçüde azaltabilir⁴⁴. Bu durumda arabuluculuğun dava şartı olarak getirilmesindeki amaç sağlanmış olur.

Dava şartı olarak arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmesi bazı sakıncaların doğumuna yol açabileceği gibi, çözümü basit uyuşmazlıkların yargıyı meşgul etmeden hızlı ve ucuz yolla çözümünü de sağlayabilir. Uygulamada “müzakere edecek bir şeyin olmadığını” söyleyen tarafların arabulucu huzurunda bir araya geldiklerinde anlaştıklarına birçok kez şahit olunmuştur. Özellikle bu bakımdan ilk arabuluculuk toplantısına katılan tarafın davada haksız çıksa bile hiçbir yargılama giderinden sorumlu olmayacağı düzenlemesi (İMK m. 3/12), tarafların katılımını sağlayarak arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşması için önemli bir düzenlemedir.

⁴⁴ **Alpagut**, s. 214.

KAYNAKÇA

- Alpagut**, Gülsevil: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016.
- Doğan Yenisey**, Kübra: “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016.
- Güzel**, Ali: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 50-2016/3, ss. 1131-1146, (<http://www.calismatoplum.org/sayi50/guzel.pdf>).
- Karacabey**, Kürşat: “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2016-1, ss. 457-489, (<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2016-1/14.pdf>).
- Kekeç**, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınları, Ankara, 2011.
- Manav Özdemir**, Eda: “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri”, Çalışma ve Toplum, S. 47-2015/4, ss. 185-222, (www.calismatoplum.org/sayi47.htm).
- Namlı**, Mert: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016.
- Oğuz**, Özgür: Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Özbek**, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Cilt, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Özekes**, Muhammet (Moderatör): “Arabuluculuk Çalışma Toplantısı: Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2015/1, ss. 119-133, (www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Ocak/eskisehir_rapor/eskisehir_raporu.pdf).
- Özmuşcu**, Seda: “Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akinci’ya Armağan, C. II,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXXI, S. 1, 2013, ss. 1357-1377.

Özmumcu, Seda: “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 2, 2016, ss. 807-842.

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 6. Bası, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 2017.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

Tanrıver, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 64, 2006, ss. 151-177, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>).

KISALTMALAR

AYM	: Anayasa Mahkemesi
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Sayısı
HD.	: Hukuk Dairesi
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
İK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İMİK	: 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
K.	: Karar Sayısı
m.	: Madde
n.	: Paragraf Numarası
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfadan Sayfaya
S.	: Sayı
RG	: Resmi Gazete
T.	: Tarih
vd.	: ve Devamı

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI

<u>Y.N</u>	<u>YAYININ ADI</u>	<u>YAZARI</u>
0 13	İcra İflas Hukukunda Şikayet (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
0 14	Hisse Senetleriyle Değ. Tah.(ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
02	Hukuk Fakültesi Der./M.ALAM Armağanı (İZMİR-1983)	
0 17	Hukuk Fak. Dergisi Sayı 1-4 (Kudret Ayıter Armağanı)	
0 32	İşçi Buluşları Hukuku (İZMİR-1987)	Doç.Dr. A.Necip ORTAN
0 33	2918 Sayılı Karayolları Tr. K...(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Demet ÇELİKTAŞ
0 34	Devre Mülk Hakkı(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Ayşe HAVUTÇU
0 35	Grev Kavramı (İZMİR-1987)	Yard.Doç. Dr. Melda SUR
1-	Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku (C.2)(İZMİR-1988)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
2-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi(1.Basım) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
3-	İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
4-	Hukuk Felsefesi (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
5-	Eşya Hukuku (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
6-	Türk Yunan İlişkileri (ANKARA-1989)	E.Gn. Sedat İLHAN
7-	İktisat Giriş (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Sadık ACAR
8-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi-1 (2.Basım) (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
9 -	Haksız Yakalama ve Tutuklama (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
10-	Bina ve Yapı Eseri Malikleri. (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
11-	Eski Eserler Hukuku (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Bilge UMAR
12-	Almanya'daki Türkler ve Sorunları (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
13-	Veraset İntikal Vergisi (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Yusuf KARAKOÇ
14-	Grev (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
15-	Kıymetli Evrakın Ziya-ı ve İp.. (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Hanife DİRİKKAN
16-	Uyg. Cez. Muh. H. Cilt-1 (2.Bası) (Ankara-1990)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
17-	Ceza Muh. H. Koşuşturma Mecburiyeti (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
18-	Anonim Ortaklıkların İflası (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
19 -	Top. Söz. H. Yararlılık İlkesi (ANKARA-1991)	Prof.Dr. Polat SOYER
20-	Farklı Cinslerin Eşit Hak. Sah... (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
21-	Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Melda SUR
22-	Öldürme Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
23-	İşkence Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
24-	Kamulaştırma ve İptal (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Meltem KUTLU
25-	Alacaklının Temerrüdü (ANKARA-1992)	Doç.Dr.Nevzat KOÇ

26-	Kitlerin Tacir Sıfatı (İZMİR-1992)	Yrd.Doç. Dr.Ercüment ERDEM
27-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk.(1.Bas.) (ANK.-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
28-	Tarafların Yeterlilik Belirleme Sözleşmesi (ANK.-1992)	Arş.Gör. Ziya AKINCI
29-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk. (2.Bas.) (ANK.-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
30-	Medeni Usul Hukukunda Ferhi Müdahale (ANK.-1992)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
31-	A.Y.O Tanıtım Bülteni (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
32-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
33-	Alman İş Kanun Taslağı (ANKARA-1993)	Prof.Dr. S.EDİS-/ B.ÖZTAN/F.ÖZTAN
34-	Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
35-	Ticari İşletme Hukuku (ANKARA-1993)	Yard.Doç. Ercüment ERDEM
36-	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
37-	D.E.Ü. Öğr. İçin Temel Yasa ve Yönet. (ANK.-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
38-	Millet Meclisi İç Tüzüğü	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
39-	Roma Özel Hukuku (İZMİR-1993)	Prof.Dr. Kudret AYITER
40-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (3.Bası) (ANK.-1993)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
41-	Medeni Huk. Gir. ve Başl. Hükm. (4.Basım) (ANK.1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
42-	İthalatta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önl. (ANK. 1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
43-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi - I (3.Bası) (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
44-	Milletlerarası Ticari Hakem Kar. ve Tenfizi (ANK.-1994)	Yard.Doç. Ziya AKINCI
45-	Hukuk Felsefesi (2.Basım) - (ANKARA -1994)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
46-	Uygulamalı Ceza Muh. Kanunu (3.Basım) (ANK.-1994)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
47-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
48-	Genel İktisat (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Sadık ACAR
49-	Ceza Hukukunda Basit/Postada Elkoyma (ANK.-1994)	Dr. Ahmet GÖKÇEN
50-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi (4. Basım) -(ANKARA 1995)	Prof.Dr. Ergun AYBARS
51-	Yeni Değer Sigortası (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
52-	İdari Yargı İle İlgili Kanunlar (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
53-	Rekebet Yasağı Sözleşmesi (ANKARA-1994)	Prof.Dr. M.Polat SOYER
54-	Anonim Şirketlerin Sermaye Piyasası (ANK.-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
55-	Eşya Hukuku (2.Basım) (ANKARA-1995)	Prof.Dr.Şeref ERTAŞ
56-	Miras Hukuku (3.Basım) ANKARA-1995	Prof.Dr. Ş.ERTAŞ-Prof.Dr. A.N.İNAN
57-	Temel Hak Genel Teorisi (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
58-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA -1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
59-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışması (İZMİR -1995)	Doç.Dr. H.PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
60-	Tam İki Tar.Borç.Yük.Müsbet Zar.Taz. (İZMİR -1995)	Yrd.Doç.Dr. Ayşe HAVUTCU
61-	Sosyal Maliye (İZMİR - 1995)	Dr.Yusuf KARAKOÇ
62-	Avukatlık Mes. Av.Hak ve Yükümlülükleri (İZMİR -1995)	Dr. Meral SUNGURTEKİN

- | | | |
|------|---|--|
| 63- | Hukuk Sosyolojisi(2.Basım) (İZMİR -1995) | Prof.Dr. Adil İZVEREN |
| 64- | İdare Hukuku Mevzuatı Cilt.II (İZMİR -1995) | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN |
| 65- | Türkiyede Top. ve Gösteri Yürüyüş Özgür.(İZMİR -1995) | Dr. Esra ATALAY |
| 66- | İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları (İZMİR -1995) | Doç.Dr. Melda SUR |
| 67- | Anonim Şirketlerin İflası (İZMİR -1996) | Yrd.Doç. Dr. Oğuz ATALAY |
| 68- | Karşılaştırmalı Huk. Açısından Damping ve Antidamping (İZMİR-1996) | Dr. Hanife DİRİKKAN |
| 69- | Vergi Sorunlarını Çözümü (İZMİR -1996) | Dr. Yusuf KARAKOÇ |
| 70- | Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (İZMİR -1996) | Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ |
| 71- | Saniğin Hazırlık Sor. İfadesinin Alınması (İZMİR -1996) | Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ |
| 72 - | İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR -1996) | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN |
| 73- | Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözl. (İZMİR -1996) | Doç.Dr. Ziya AKINCI |
| 74- | Eşya Hukuku (2.Basım) (İZMİR -1997) | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ |
| 75- | İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (İZMİR -1997) | Dr. Meltem KUTLU |
| 76- | Türk Vergi Ceza Huk. Pişmanlık ve Islah (İZMİR -1997) | Dr.Yusuf KARAKOÇ |
| 77- | Türk Vergi Yargılaması.Huk.Delil Sistemi (İZMİR -1997) | Dr. Yusuf KARAKOÇ |
| 78- | Çevre Hukuku (İZMİR-1997) | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ |
| 79- | Hukuk Başlangıcı (ANKARA - 1997) | Prof.Dr. Bilge UMAR |
| 80- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (5. Basım)-(İZMİR 1997) | Prof.Dr. Ergün AYBARS |
| 81- | Fakülte Der.Şükrü POSTACIOGLU'na Armağan (İZMİR-1997) | |
| 82- | Medeni Usul Hukuku Pratik Çalış. 2.Bas.(İZMİR -1997) | Doç.Dr. H.PEKCANITEZ
Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES |
| 83- | Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (İZMİR -1998) | Prof.Dr. Zafer GÖREN |
| 84- | Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (İZMİR - 1998) | Arş.Gör. M.Beşir ACABEY |
| 86- | Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu (İZMİR -1998) | Prof.Dr. Zafer GÖREN |
| 87- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (6. Basım)-(İZMİR 1998) | Prof.Dr. Ergün AYBARS |
| 88- | Prof.Dr.ERNST E. HIRSCH'ten Mekt. (İZMİR -1998) | Prof.Dr. Zafer GÖREN |
| 89- | Genel İktisat (3.Basım) -(İZMİR-1998) | Prof.Dr. Sadık ACAR |
| 90- | İdare Hukuku Mevzuatı 2. Bası (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Yrd.Doç. Dr. Meltem KUTLU
Dr. Oğuz SANCAKDAR
Ar.Gör. Muhlis ÖĞÜTÇÜ |
| 91- | İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 3. Bası (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU |
| 92- | 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar (İZMİR-1998) | Arş.Gör. Murat AYDOĞDU |
| 93- | Türk Hukukunda Altına ve Diğer Kıymetli Madenlere Dayalı Sermaye Piyasası Araçları (İZMİR-1998) | Doç. Dr. Huriye KUBİLAY |
| 94- | İş Mücadelesinde Denge İlkesi (İZMİR-1999) | Yard.Doç.Dr. Şükran ERTÜRK |

- | | | |
|------|--|---|
| 95- | 1998-1999 Öğretim Yılı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Yüksekokulu Tanıtım ve Bilgilendirme Kılavuzu (İZMİR-1999) | Prof. Dr. Zafer GÖREN |
| 96- | Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle II Cilt (İZMİR-1999) | Prof. Dr. Zafer GÖREN |
| 97- | Anayasa Hukukuna Giriş (İZMİR-2000) | Prof. Dr. Zafer GÖREN |
| 98- | Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (İZMİR-2000) | Prof. Dr. Zafer GÖREN |
| 99- | Uluslararası Hukukun Esasları (İZMİR-2000) | Prof. Dr. Melda SUR |
| 100- | Borçlar Özel Hukuku Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları (İZMİR 2001) | Doç. Dr. Nevzat KOÇ/
Arş. Gör. Murat AYDOĞDU |
| 101- | Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (İZMİR 2001) | Doç. Dr. Oğuz ATALAY |
| 102- | Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan (İZMİR 2001) | |
| 103- | İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri (İZMİR 2001) | Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU |
| 104- | 2001-2002 Öğretim Yılı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Tanıtım ve Bilgilendirme Klavuzu | |
| 105- | Prof.Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan (İZMİR-2001) | |
| 106- | İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-2001) 2. Baskı | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Yrd.Doç.Dr. Meltem K. GÜRSEL
Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR
Yrd.Doç.Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ |
| 107- | Nişanlanma Sözleşmesi (İZMİR-2002) | Doç.Dr. Nevzat KOÇ |
| 107- | DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı: 1 2002) İzmir | |
| 108- | DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı: 2 2002) İzmir | |
| 109- | Topluluğun Mali Çıkarlarının Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında YEŞİL KİTAP | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Arş.Gör. Murat ÖNOK
Arş.Gör. Behiye EKER
Arş.Gör. Sesim SOYER
Arş.Gör. Serkan EKİZ |
| 110- | DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı: 1 2003) İzmir | |
| 111- | DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı: 2, 2003) İzmir | |
| 112- | DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 1, 2004) İzmir | |
| 113- | DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 2, 2004) İzmir | |
| 114- | DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 1, 2005) İzmir | |
| 115- | Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan- DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:7, Özel S. 2005) İzmir | |

-
- 116- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 2, 2005) İzmir
- 117- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 1, 2006) İzmir
- 118- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 2, 2006) İzmir
- 119- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 1, 2007) İzmir
- 120- Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU Armağanı
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:9, Özel S. 2007) İzmir
- 121- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 2, 2007) İzmir
- 122- DEÜ Yayınları, TC Anayasası ve İdari Yargı Temel Mevzuatı (İzmir-2010) Prof.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
- 123- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 1, 2008) İzmir
- 124- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 2, 2008) İzmir
- 125- Prof.Dr. Bilge UMAR'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 11, Özel Sayı, 2009) (Basım Yılı 2010) İzmir
- 126- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 1, 2009) İzmir
- 127- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 2, 2009) İzmir
- 128- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 1, 2010) İzmir
- 129- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 2, 2010) İzmir
- 130- Prof.Dr. Burhan CEYHAN'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 12, Özel Sayı, 2010) (Basım Yılı 2012) İzmir
- 131- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 1, 2011) İzmir
- 132- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 2, 2011) İzmir
- 133- DEÜ Hukuk Fakültesi Yayın Kataloğu (2013) İzmir
- 134- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 1, 2012) İzmir
- 135- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 2, 2012) İzmir
- 136- Prof.Dr. M. Polat SOYER'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 15, Özel Sayı, 2013) (Basım Yılı 2014) İzmir
- 137- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 1, 2013) İzmir
- 138- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 2, 2013) İzmir
- 139- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 1, 2014) İzmir
- 140- Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 16, Özel Sayı, 2014) (Basım Yılı 2015) İzmir
- 141- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 2, 2014) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 142- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 1, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 143- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 2, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 144- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 1, 2016) İzmir
- 145- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 2, 2016) (Basım Yılı 2017) İzmir
- 146- DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Anabilim Dalları Lisansüstü Rehberi (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)
- 147- Sıkça Sorulan Sorular (2017-2018) (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)

- 148- Prof.Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 19, Özel Sayı, 2017) İzmir
- 149- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 1, 2017) İzmir
- 150- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 2, 2017) İzmir
- 151- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 1, 2018) İzmir